

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา

ชลชญา วงศ์ชญำอังกูร

งานนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา

คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

มกราคม 2561

ลิขสิทธิ์เป็นของมหาวิทยาลัยบูรพา

อาจารย์ผู้ควบคุมงานนิพนธ์และคณะกรรมการสอบงานนิพนธ์ ได้พิจารณา  
งานนิพนธ์ของ ชลชญา วงศ์ชญาอังกุล ฉบับนี้แล้ว เห็นสมควรรับเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา  
ตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา  
ของมหาวิทยาลัยบูรพาได้

อาจารย์ผู้ควบคุมงานนิพนธ์

..... อาจารย์ที่ปรึกษา

(ดร.อรรัมภา ไวยมุข์)

คณะกรรมการสอบปากเปล่า

..... ประธาน

(ดร.อรรัมภา ไวยมุข์)

..... กรรมการ

(ดร.รัชณี แต่งอ่อน)

..... กรรมการ

(รองศาสตราจารย์ ดร.ประทีป ทับอัตรานนท์)

คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ อนุมัติให้รับงานนิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา  
ตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา  
ของมหาวิทยาลัยบูรพา

..... คณบดีคณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์

(รองศาสตราจารย์ ว่าที่เรือตรี ดร.เอกวิทย์ มณีธร)

วันที่ 19 เดือน มกราคม พ.ศ. 2561

## ประกาศคุณูปการ

งานนิพนธ์ฉบับนี้ สามารถสำเร็จลุล่วงไปด้วยดีเพราะได้รับความกรุณาและอนุเคราะห์ คำแนะนำจากท่านอาจารย์ ดร.อรรธมา ไวยมุกข์ โดยรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและได้กรุณาเป็น ประธานกรรมการสอบ ซึ่งท่านได้จุดประกายความคิดใหม่ ให้คำปรึกษาชี้แนะแนวทาง กำกับดูแล อย่างใกล้ชิดเสมอมา และได้เสียสละเวลาในการตรวจแก้ไขงานนิพนธ์ฉบับนี้ ทำให้สำเร็จลุล่วง ด้วยดี จึงขอกราบขอบพระคุณท่านอย่างสูงที่ให้ความเมตตากรุณาและให้โอกาสผู้วิจัย

ขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.รัชณี แดงอ่อน และท่านอาจารย์ ดร.ประทีป ทับ อุตตานนท์ ผู้ทรงคุณวุฒิภายนอก ที่กรุณาเสียสละเวลาอันมีค่ามาเป็นกรรมการสอบงานนิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำและแก้ไขข้อบกพร่องที่เป็นประโยชน์ต่องานนิพนธ์ฉบับนี้ จนประสบความสำเร็จด้วยดี จึงขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

ขอกราบขอบพระคุณ บิดามารดาและครอบครัว รวมถึงขอขอบคุณญาติพี่น้อง ผองเพื่อน และผู้มีส่วนร่วมในความสำเร็จทุกท่าน ที่คอยให้กำลังใจ คำแนะนำ แก่ผู้วิจัยมาโดยตลอด จนทำให้ งานนิพนธ์ฉบับนี้ประสบความสำเร็จด้วยดี

คุณค่าและประโยชน์ในงานนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยขอมอบให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดที่กล่าว ไว้ข้างต้น โดยหวังว่างานนิพนธ์ฉบับนี้จะช่วยอำนวยความสะดวกต่อการศึกษา และขอมอบความ ดีทั้งหมดให้กับบิดามารดาและครูบาอาจารย์ ส่วนความผิดพลาดบกพร่องประการใดในงานนิพนธ์ ฉบับนี้ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ชลชญา วงศ์ชญาน์อังกร

57920799: สาขาวิชา: กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา; น.ม. (กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา)

คำสำคัญ: การข่มขืนระหว่างสามีภริยา/ ความยินยอม/ คู่สมรส

ชลชญา วงษ์ญาอังกูร: ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส(CRIMINAL LIABILITY FOR SPOUSAL RAPE) คณะกรรมการควบคุมงานนิพนธ์: อรรัมภา ไวยมุกข์, Docteur en Droit, รัชณี แดงอ่อน, ปร.ด., ประทีป ทับอัครานนท์, Docteur en Droit, 154 หน้า. ปี พ.ศ. 2560.

การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มีวัตถุประสงค์เพื่อยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่สามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมุ่งให้เกิดความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันและเพื่อเป็นการคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่ถูกกระทำให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย และเพื่อแก้ไขปัญหาการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศและขจัดความรุนแรงที่กระทำต่อผู้หญิง จากการศึกษาพบว่า การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภริยาจะเป็นความผิดหรือไม่ขึ้นอยู่กับนิยามของประเศที่นั้นๆ ซึ่งแตกต่างกันออกไป ในประเทศไทยมีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นกลไกคุ้มครองบุคคลที่ถูกกระทำ ความรุนแรงในครอบครัวบังคับใช้อยู่แล้ว โดยพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้ความคุ้มครองรวมถึงผู้ที่อยู่กินกันฉันสามีภริยา แตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ ที่คู่สมรสต้องจดทะเบียนตามกฎหมายเท่านั้น ทั้งที่กฎหมายทั้งสองฉบับออกมาเพื่อคุ้มครองสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของสามีหรือภริยาเช่นกัน จึงเสนอให้บัญญัติเพิ่มเติมขอบเขตคำว่า “คู่สมรส” ตามมาตรา 276 วรรคสี่ ให้หมายความรวมถึงผู้ที่อยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสด้วย และบัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับนิยามคำว่า “ความยินยอม” ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 โดยบัญญัติให้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรว่ากรณีใดบ้างที่จะถือว่าเป็นความยินยอมที่จะทำให้ขาดองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และในกรณีคู่สมรสเป็นเด็กเสนอให้แก้ไขมาตรา 277 เพื่อให้สอดคล้องกันไปในทิศทางเดียวกันกับมาตรา 276 วรรคสี่ โดยบัญญัติเพิ่มเติมเป็นมาตรา 277 วรรคหก ดังนี้ “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำต่อคู่สมรสที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นไม่ยินยอม ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษตามวรรคหนึ่งด้วย และในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้” ในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 276 วรรคสี่ แต่ไม่ควรกำหนดให้ศาลสามารถให้ดุลพินิจลงโทษน้อยกว่าที่กำหนดไว้ได้ ทั้งนี้เพื่อความเป็นธรรมและเป็นการคุ้มครองแก่คู่สมรสที่เป็นเด็ก

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
สารบัญ.....	จ
สารบัญตาราง.....	ช
บทที่	
1 บทนำ.....	1
ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	3
ขอบเขตของการศึกษา.....	3
สมมติฐานของการวิจัย.....	3
วิธีการศึกษา.....	4
ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
2 แนวคิดทฤษฎีและวิวัฒนาการเกี่ยวกับกฎหมายข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา.....	5
สิทธิมนุษยชนกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.....	5
หลักความเสมอภาค.....	8
หลักการไม่เลือกปฏิบัติ.....	12
หลักสิทธิเสรีภาพทางเพศ.....	14
การรับรองสิทธิและความเสมอภาคของผู้หญิงทางกฎหมาย.....	16
ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	20
วิวัฒนาการและแนวความคิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราของไทย.....	29
วัตถุประสงค์และคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.....	51
กลไกการคุ้มครองบุคคลที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยบุคคลในครอบครัว.....	59
3 กฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา.....	68
ประมวลกฎหมายอาญา.....	68
พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำ ความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550.....	86
แนวความคิดของความผิดอันยอมความได้.....	99
ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยคู่สมรสตามกฎหมายต่างประเทศ.....	105

## สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา.....	114
ปัญหาคำจำกัดความของคำว่า “ความยินยอม” ในการข่มขืนกระทำชำเราระหว่าง สามีภรรยา.....	114
ปัญหาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 กรณีคู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส.....	124
ปัญหาการตีความกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศในกรณีที่คู่สมรสเป็นเด็ก อายุไม่เกิน 15 ปี.....	133
5 บทสรุป และข้อเสนอแนะ.....	136
บทสรุป.....	136
ข้อเสนอแนะทางกฎหมาย.....	143
ข้อเสนอแนะเพิ่มเติม.....	144
บรรณานุกรม.....	146
ประวัติย่อของผู้วิจัย.....	154

## สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
1	เปรียบเทียบ: สารสำคัญของบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ก่อนและ หลังการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550..... 138

# บทที่ 1

## บทนำ

### ความเป็นมาและสภาพของปัญหา

การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นเป็นความผิดทั้งกฎหมายและศีลธรรมที่ปรากฏขึ้น และเป็นปัญหาหลักที่ยังไม่อาจแก้ไขให้หมดสิ้นไปได้ โดยผู้เสียหายได้รับผลกระทบทั้งทางร่างกายและจิตใจอย่างรุนแรงเสื่อมเสียเกียรติยศ ชื่อเสียง และไม่กล้าที่จะกลับมาใช้ชีวิตอยู่ในสังคมตามปกติ แนวความคิดดั้งเดิมของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีรากฐานมาจากแนวคิดในการคุ้มครองทรัพย์สินและเกียรติยศของชายผู้มีอำนาจปกครองหญิง ซึ่งเกิดจากวัตถุประสงค์ของสังคมในอันที่จะปกป้องสิทธิในทรัพย์สินของชาย เนื่องจากในสมัยโบราณถือว่าหญิงเป็นทรัพย์สินสมบัติของผู้มีอำนาจปกครอง ในกรณีหญิงยังไม่สมรสชายผู้เป็นเจ้าของหรือผู้มีอำนาจปกครองหญิงคือบิดา แต่ในกรณีหญิงสมรสแล้วชายผู้เป็นเจ้าของหญิงคือสามีของหญิงนั้น ผู้คนจึงไม่ได้มองว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำต่อร่างกายของหญิง หากแต่เป็นการกระทำความผิดต่อทรัพย์สิน ส่วนแนวความคิดดั้งเดิมของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ระหว่างสามีภรรยา มีรากฐานมาจากแนวคิดในระบบชายเป็นใหญ่หรือปิตาธิปไตย หลักอำนาจอิสระเหนือตัวหญิงและเหนือประเพณีของหญิงหรืออำนาจอิสระของสามีเหนือภรรยา และหลักความยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์ อันเกิดจากพันธะสัญญาของการสมรส ประหนึ่งว่าภาวะของความเป็นสามีทำให้มีสิทธิที่จะมีเพศสัมพันธ์กับภรรยา เพราะถือว่าสถานภาพของการสมรสเป็นการให้ความยินยอมไปตลอดจนกว่าจะขาดจากการสมรส จนมีผู้เปรียบเทียบเปรยว่าทะเบียนสมรสคือใบอนุญาตให้ข่มขืนภรรยาตลอดไป ดังนั้นปัญหาที่สามีข่มขืนภรรยาจึงถือเป็นเรื่องในครอบครัวและมองว่าสามีไม่มีความผิด สังคมไม่เห็นความจำเป็นในการให้ความคุ้มครองหญิงในฐานะภรรยา กฎหมายจึงไม่อาจก้าวล่วงไปให้ความคุ้มครองช่องว่างที่เกิดขึ้น

ในสังคมไทยยังมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนและตระหนักต่อผลกระทบทั้งทางร่างกายและจิตใจของผู้หญิงที่ถูกข่มขืนจากคนแปลกหน้ามากกว่าการถูกข่มขืนจากสามีหรือคู่ครองของตนเอง คนในสังคมส่วนใหญ่เข้าใจผิดว่าการกระทำความผิดดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลกระทบรุนแรงต่อภรรยา แต่ในความเป็นจริงนั้นเกิดผลกระทบทั้งทางร่างกายและจิตใจ งานวิจัยจากต่างประเทศยืนยันว่าการข่มขืนระหว่างสามีภรณานั้นสร้างผลกระทบรุนแรง เนื่องจากการกระทำต่อเนื้อเป็นระยะเวลาอันยาวนานเหยื่อจะถูกทำร้ายร่างกายและข่มขืนแต่ต้องตกอยู่ในภาวะจำยอมนิ่งเฉยไม่



สามารถหาทางออกหรือหลีกเลี่ยงต่อการกระทำรุนแรงทางเพศนั้นเพราะอับอายและจำนนต่ออำนาจของผู้กระทำ ซึ่งมีผลกระทบทางด้านจิตใจรุนแรงกว่าการข่มขืนจากคนแปลกหน้า ฟิงค์เกิลฮอร์ และเยโล่ (Finkelhor & Yllo, 1987, p. 137) ได้กล่าวไว้อย่างน่าสะเทือนใจว่า “ผู้หญิงที่ถูกข่มขืนจากคนแปลกหน้านั้น มีชีวิตอยู่ด้วยความทรงจำของการถูกทำร้ายที่น่าหวาดกลัว แต่ผู้หญิงที่ถูกสามีข่มขืนนั้นต้องดำเนินชีวิตอยู่กับคนที่ข่มขืนเธอ” แต่เมื่อสังคมไทยเริ่มพัฒนาเข้าสู่ความเป็นสากลมากขึ้นแนวความคิดสิทธิมนุษยชนและความเสมอภาคเข้ามามีบทบาทในสังคมไทยมากขึ้น โดยประเทศไทยให้การรับรองสิทธิสตรีโดยมีรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงเอาไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้รัฐธรรมนูญเป็นกลไกหนึ่งที่สำคัญในการเสริมสร้างความเสมอภาคระหว่างเพศให้เกิดขึ้นในสังคมไทย ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ตลอดมาจนถึงปัจจุบัน อันนำมาซึ่งการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มีวัตถุประสงค์เพื่อยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่สามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายของตน ซึ่งเดิมการข่มขืนที่สามีกระทำต่อภรรยาไม่มีความผิด โดยมุ่งให้เกิดความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันและเพื่อเป็นการคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่ถูกกระทำให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย และเพื่อแก้ไขปัญหาการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศและขจัดความรุนแรงที่กระทำต่อผู้หญิง

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา “ความยินยอม” ถือเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด ดังนั้นหากผู้ถูกกระทำยินยอมย่อมไม่มีความผิดเพราะถือว่าเป็นการขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 276 ความยินยอมจึงเป็นสาระสำคัญที่จะปฏิเสธการครบองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา 276 แล้วอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นความยินยอมเพราะที่ตัวบทมิได้บัญญัติไว้โดยตรง ทำให้เกิดการตีความว่าอย่างไรจึงถือเป็นความยินยอม นอกจากนั้นการข่มขืนระหว่างสามีภรณายังมีความแตกต่างจากการข่มขืนโดยคนแปลกหน้า เพราะถือเป็นความรุนแรงในครอบครัวรูปแบบหนึ่งด้วย

ในขณะเดียวกันได้มีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ซึ่งมีแนวทางในการคุ้มครองความสัมพันธ์ในครอบครัว โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 14 สิงหาคม พ.ศ. 2550 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 12 พฤศจิกายน พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นเวลาใกล้เคียงกับการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ลงวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2550 คำถามที่เกิดขึ้น คือ คำจำกัดความของคำว่า “ความยินยอม” ในการข่มขืนระหว่างสามีภรรยา มีความหมายครอบคลุมเพียงใด ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 กรณีคู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนนั้นจะอยู่ในความหมายเดียวกับคำว่า คู่สมรส ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่หรือไม่ และการ

ตีความกฎหมายในกรณีที่คุณสมรสเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 เป็นไปในแนวทางใด และสอดคล้องกับมาตรา 276 วรรคสี่หรือไม่ นอกจากนั้นพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 กับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ จะเป็นกลไกจัดความรุนแรงในทางเพศซึ่งจะเป็นการส่งเสริมสถาบันครอบครัวได้อย่างแท้จริงหรือไม่ อย่างไร

### วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี หลักความเสมอภาค และวิวัฒนาการเกี่ยวกับกฎหมายข่มขืนกระทำชำเราและคุณธรรมทางกฎหมาย
2. เพื่อศึกษาถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาและกลไกการคุ้มครองบุคคลที่ถูกกระทำชำเราโดยบุคคลในครอบครัวในประเทศไทยและต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาในประเทศไทย
4. เพื่อศึกษาถึงแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการป้องกันและแก้ไขรวมถึงวิธีการที่เหมาะสมในการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา

### ขอบเขตการศึกษา

งานนิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคสี่ แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย โดยศึกษาถึงแนวคิดและวิวัฒนาการของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา ตลอดจนสาเหตุปัจจัยและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว ศึกษาปัญหาและผลกระทบจากการแก้ไขกฎหมายในกรณีที่คุณสมรสเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี ตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง รวมถึงพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 โดยมุ่งเน้นมาตรา 3 นิยามคำว่า “ความรุนแรงในครอบครัว” และคำว่า “บุคคลในครอบครัว” และมาตรา 4 ในความผิดฐานกระทำรุนแรงในครอบครัวเป็นสำคัญ

### สมมติฐานการศึกษา

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ จากการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามีผลให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ โดยหลักการแล้วเป็นการปรับรายละเอียดบางประการเพื่อให้ความคุ้มครองผู้ถูกระทำในลักษณะข่มขืนได้ดียิ่งขึ้น ทั้งนี้

เพราะคำนึงถึงหลักความเสมอภาคระหว่างชายหญิง แต่ในปัจจุบันกฎหมายยัง ไม่มีความชัดเจนและ ไม่เหมาะสมบางประการ เนื่องจากทำให้เกิดปัญหาการตีความในเรื่องความยินยอมอันเป็น องค์ประกอบสำคัญของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา รวมถึงคำว่า คู่สมรส ตามมาตรา 276วรรคสี่ ยังไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมปัจจุบัน

## วิธีการศึกษา

เป็นการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary research) โดยการศึกษารวบรวมข้อมูลจาก แหล่งข้อมูลต่าง ๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ได้แก่ ประมวลกฎหมาย คำรา วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ บทความ วารสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ ตลอดจนคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับการข่มขืน กระทำชำเราระหว่างคู่สมรส ทั้งนี้เพื่อที่จะได้รวบรวมข้อมูลและวิเคราะห์ให้ได้ข้อสรุปและ ข้อเสนอแนะต่อไป

## ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี หลักความเสมอภาค และวิวัฒนาการเกี่ยวกับกฎหมาย ข่มขืนกระทำชำเราและคุณธรรมทางกฎหมาย
2. เพื่อทราบถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา และกลไกการคุ้มครองบุคคลที่ถูกกระทำชำเราโดยบุคคลในครอบครัวในประเทศไทยและ ต่างประเทศ
3. เพื่อทราบถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามี ภรรยาในประเทศไทย
4. เพื่อทราบถึงแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการป้องกันและแก้ไขรวมถึงวิธีการที่ เหมาะสมในการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา

## บทที่ 2

### แนวคิดทฤษฎีและวิวัฒนาการเกี่ยวกับกฎหมายข่มขืนกระทำชำเรา

ความเสมอภาคเป็นรากฐานที่สำคัญของสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยมนุษย์ทุกคนย่อมสิทธิในชีวิตร่างกายของตนและสิทธิที่จะได้รับความเสมอภาค และสิทธิทางเพศก็เป็นสิทธิมูลฐานอันเป็นรากฐานของสิทธิมนุษยชนเช่นกัน ดังนั้นในความสัมพันธ์ทางเพศบุคคลทุกคนจึงมีสิทธิที่จะยินยอมหรือไม่ให้ความยินยอมในการร่วมประเวณี อย่างไรก็ตามแม้จะเป็นสามีภรรยา ก็ยังบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งจำต้องร่วมประเวณีกับตนไม่ได้ แม้วัตถุประสงค์แห่งการสมรสก็เพื่อให้ชายและหญิงได้อยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา มีลูกมีหลานสืบต่อไป แต่การเป็นสามีภรณามีได้ก่อให้เกิดสิทธิข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้ โดยการตัดสินใจร่วมประเวณีหรือร่วมกิจกรรมทางเพศใด ๆ ย่อมตั้งอยู่บนพื้นฐานของการไม่ใช้ความรุนแรง เดิมการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาไม่เป็นความผิด เพราะมาขาดหรือความเชื่อผิด ๆ เกี่ยวกับค่านิยมและบทบาทของผู้หญิงในชีวิตแต่งงาน และการใช้ชีวิตว่าภรรยาทำหน้าที่ปรนนิบัติตามใจสามีในเรื่องเพศทุกประการ ไม่ว่าเธอจะต้องการหรือเต็มใจหรือไม่ก็ตาม และในกรณีที่ภรรยาถูกสามีข่มขืนนั้นสังคมส่วนใหญ่เข้าใจผิดว่าการกระทำดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลกระทบบรุนแรงต่อเหยื่อ แต่แท้จริงแล้วมีผลกระทบทั้งทางร่างกายและจิตใจ ต่อมาได้มี พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 19 และ 20 พ.ศ. 2550 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 20 กันยายน 2550 จากการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามีผลให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ ทั้งนี้เพราะคำนึงถึงหลักความเสมอภาค นอกจากนั้นประเทศไทยยังมีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นกลไกที่ให้การคุ้มครองบุคคลที่ถูกกระทำชำเราโดยบุคคลในครอบครัวอีกด้วย

### สิทธิมนุษยชนกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

#### 1. ความเป็นมาของสิทธิมนุษยชน

ในช่วงระยะเวลาระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 1 กับครั้งที่ 2 ได้เกิดระบอบการปกครองแบบเผด็จการ ซึ่งก่อตัวขึ้นในประเทศเยอรมนี เมื่อ ค.ศ. 1920 และดำเนินต่อไปจนถึงสงครามโลกครั้งที่ 2 ระบอบการปกครองดังกล่าวได้มีการล่วงละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรง ในขณะที่สงครามโลกครั้งที่ 2 ทำให้เกิดการทำลายล้างชีวิตและศักดิ์ศรีของมนุษย์อย่างกว้างขวาง

จึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติระดับนานาชาติเพื่อเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เพราะ การเคารพสิทธิมนุษยชนนับเป็นหนทางสำคัญที่จะนำไปสู่สันติภาพและความสงบสุขของโลก

เมื่อมีการดำเนินการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้นในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 บรรดาผู้นำของประเทศสมาชิกดั้งเดิม 50 ประเทศ ได้ร่วมลงนาม ในกฎบัตรสหประชาชาติ (The Charter of the United Nations) เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1945 โดยประกาศเป้าหมายหลัก ขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งได้ถือกำเนิดขึ้นอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 1945 ว่า “เพื่อปกป้องคนรุ่นต่อไปจากภัยพิบัติของสงครามและเพื่อยืนยันความศรัทธาในสิทธิมนุษยชนขั้น พื้นฐาน ในศักดิ์ศรีและคุณค่าของมนุษย์และในสิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรี” ดังในมาตรา 1 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ได้ระบุว่าจุดมุ่งหมายประการหนึ่ง ของสหประชาชาติ คือ “เพื่อบรรลุ ความร่วมมือระหว่างชาติในการส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพ ขั้นพื้นฐาน สำหรับมนุษย์ทุกคนโดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา” ต่อมาองค์การ สหประชาชาติจึงได้จัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Committee on human rights) ขึ้น ใน ค.ศ. 1945 เพื่อร่างกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องสิทธิมนุษยชนส่งผลให้เกิดปฏิญญาสากล ว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal declaration of human rights) ซึ่งสหประชาชาติได้มีมติรับรองเมื่อ วันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 (สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนฯ, ม.ป.ป.)

เนื้อหาของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ประกอบด้วยข้อความ 30 ข้อ มีเนื้อหาแบ่งเป็น 4 ส่วน

ส่วนแรก ปรากฏในคำปรารภ ข้อ 1 และข้อ 2 กล่าวถึงหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชน ที่ว่า มนุษย์มีสิทธิติดตัวมาแต่เกิด มนุษย์มีศักดิ์ศรี มีความเสมอภาคกัน ดังนั้นจึงห้ามเลือกปฏิบัติต่อ มนุษย์และควรปฏิบัติต่อกันเสมือนเป็นพี่น้อง สิทธิมนุษยชนนี้เป็นสิ่งที่ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ จึงเป็นหน้าที่ของรัฐบาลทุกประเทศที่จะสร้างหลักประกันแก่ทุกชีวิตด้วยการเคารพหลักการของ สิทธิเสรีภาพที่ปรากฏในปฏิญญานี้ เพื่อให้สิทธิมนุษยชนเป็นมาตรฐานร่วมกันสำหรับการปฏิบัติ ต่อกันของผู้คนในสังคมทั้งในประเทศและระหว่างประเทศอันจะเป็นพื้นฐานแห่งเสรีภาพ ความ ยุติธรรม และสันติภาพในโลก

ส่วนที่สอง ปรากฏใน ข้อ 3 ถึงข้อ 21 กล่าวถึงสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and political rights)

ส่วนที่สาม กล่าวถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (Economic social and cultural rights) สิทธิดังกล่าวเริ่มตั้งแต่ ข้อ 22 ถึงข้อ 27

ส่วนที่สี่ กล่าวถึงหน้าที่ของบุคคล สังคม และรัฐ โดยการทำจะต้องดำเนินการสร้าง หลักประกันให้มีการคุ้มครองสิทธิที่ปรากฏในปฏิญญานี้ให้ได้รับการปฏิบัติอย่างจริงจัง ห้ามรัฐ

กระทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนและจำกัดสิทธิของบุคคลมิให้ใช้สิทธิมนุษยชนละเมิดสิทธิของผู้อื่น สังคมและโลก สิทธิเหล่านี้ปรากฏอยู่ในข้อ 28 ถึงข้อ 30 (กองส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, ม.ป.ป., หน้า 7-9)

สำหรับประเทศไทยได้ร่วมลงมติรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้มาตั้งแต่ต้น แม้ปฏิญญานี้ไม่มีลักษณะเป็นข้อตกลงตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม แต่ประเทศไทยก็มีความพยายามในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายภายในและปฏิบัติการให้เป็นไปตามหลักการพื้นฐานที่กำหนดไว้ในปฏิญญาดังกล่าวเสมอมา ซึ่งเห็นได้ชัดจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ที่มีบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวไทยที่มีเนื้อหาสาระสอดคล้องกับหลักของปฏิญญาดังกล่าว โดยไม่เคยปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับใดของไทยมาก่อน (ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน Universal Declaration of Human Rights, 2551, หน้า 32) และในปัจจุบันยังคงมีบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย รับรองอยู่ในหมวด 3 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

## 2. ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรี” (Dignity) ว่า หมายถึง เกียรติศักดิ์ ส่วน คำว่า “เกียรติ” หมายถึง ชื่อเสียง การยกย่องนับถือ และคำว่า “ศักดิ์” หมายถึง อำนาจ ความสามารถ กำลัง ฐานะ ความหมายเหล่านี้สอดคล้องกับความหมายของคำว่า “Dignity” ในภาษาอังกฤษ ซึ่งมีรากศัพท์มาจากภาษาโรมัน คำว่า “Dignitas”

ไซยันต์ กุลนิตติ (2557, หน้า 1-4) ได้สรุปลักษณะโดยทั่วไปของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ดังนี้

1. ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มีลักษณะเป็นคุณค่าที่ติดตัวมาพร้อมกับความเป็นมนุษย์ และการคงอยู่ของคุณค่าดังกล่าวไม่ได้ขึ้นอยู่กับปัจจัยอื่นใดเลย ยกเว้นความเป็นมนุษย์เท่านั้น ในแง่นี้มนุษย์จึงไม่อาจถูกปฏิบัติเยี่ยงวัตถุหรือสัตว์ได้

2. คุณค่าอันเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ไม่อาจถูกพรากหรือถ่ายโอนระหว่างกันได้ ไม่ว่าจะกระทำโดยบุคคลนั่นเองหรือบุคคลอื่นใด จึงยอมรับกันว่าหากสิ่งใดถูกถือว่าอยู่ในความหมายของศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์แล้วสิ่งนั้นย่อมเป็นสิ่งที่ละเมิดไม่ได้โดยเด็ดขาด

3. หลักที่ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ละเมิดไม่ได้โดยเด็ดขาด ส่งผลให้ความสามารถของบุคคลที่ต่างกันไม่มีผลต่อการดำรงอยู่ของคุณค่าแห่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

4. ในรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นหลักประกันที่เป็นมูลฐานที่สุดของสังคม ว่ามนุษย์ย่อมเป็นประธานแห่งสิทธิและมีอำนาจในการกำหนดเจตจำนงที่ชอบธรรมของตนเอง รัฐ จึงมีหน้าที่เพียงให้ความเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่านั้น

รากฐานอันเป็นสาระสำคัญของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ประกอบด้วย 2 ประการ ที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ดังนี้ คือ สิทธิในชีวิตร่างกายและสิทธิที่จะได้รับความเสมอภาค

1. สิทธิในชีวิตร่างกาย เป็นสิ่งที่ติดตัวบุคคลมาตั้งแต่เกิดเป็นสิทธิที่บุคคลมีอยู่ในสภาวะธรรมชาติ สิทธิในชีวิตร่างกายไม่อาจถูกพรากไปได้ แต่ในทางตรงกันข้ามอาจทำให้ได้รับหลักประกันมากขึ้นโดยบทบัญญัติของรัฐได้ สิทธิในชีวิตร่างกายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่แสดงให้เห็นว่ามนุษย์มีอิสระที่จะกำหนดตนเองได้ตามเจตจำนงที่ตนประสงค์ จากการที่มนุษย์มีเจตจำนงอิสระในอันจะสร้างสภาพแวดล้อมของตนหรือพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองนี้เองที่ทำให้มนุษย์แตกต่างจากสิ่งมีชีวิตอื่น ๆ ดังนั้นเพื่อเป็นการเคารพในสิทธิในชีวิตและร่างกายของปัจเจกบุคคล บุคคลแต่ละคนจึงต้องเคารพในขอบเขตปริมณฑลส่วนบุคคลของแต่ละคน และด้วยเหตุนี้สิทธิในชีวิตและร่างกายจึงเป็นรากฐานสำคัญของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

2. สิทธิในความเสมอภาค เป็นการแสดงว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน ในขณะที่สิทธิในชีวิตและร่างกายแสดงถึงปริมณฑลส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคล แต่สิทธิในความเสมอภาคแสดงถึงความสัมพันธ์ของปัจเจกบุคคลต่อปัจเจกบุคคลและต่อสังคม ดังนั้นถึงแม้มนุษย์จะมีสิทธิในชีวิตร่างกายของตนก็ตาม แต่หากขาดหลักประกันในเรื่องหลักความเสมอภาคแล้ว บุคคลนั้นอาจได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น ๆ ในสังคม หรืออาจถูกเลือกปฏิบัติจากผู้ใช้อำนาจรัฐ ด้วยเหตุนี้เพื่อให้มนุษย์สามารถดำรงตนอยู่ได้อย่างมีศักดิ์ศรีอย่างแท้จริง นอกจากปัจเจกบุคคลจะมีสิทธิในชีวิตร่างกายแล้ว ปัจเจกบุคคลจะต้องมีหลักประกันในเรื่องหลักความเสมอภาคด้วย หลักความเสมอภาคจึงเป็นรากฐานที่สำคัญอีกประการหนึ่งของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (วิมลเรขา ศิริชัยราวรณ, 2556, หน้า 37-38) เมื่อพิจารณาแล้วเห็นได้ว่ามนุษย์ทุกคนย่อมสิทธิในชีวิตร่างกายและสิทธิที่จะได้รับความเสมอภาคอย่างเท่าเทียมกัน ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามภรรยาที่ต้องมีการร่วมประเวณีเพื่อสืบเผ่าพันธุ์ก็เช่นเดียวกัน เมื่อทุกคนมีสิทธิในชีวิตร่างกายซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่แสดงให้เห็นว่ามนุษย์มีอิสระที่จะกำหนดตนเองได้ตามเจตจำนงที่ตนประสงค์ ดังนั้นหากภรรยาไม่ยินยอมร่วมประเวณีด้วยสามีก็ไม่มีสิทธิหรืออำนาจในการข่มขืนกระทำชำเราภรรยาของตนเองได้

## หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคเบื้องต้นกฎหมายนั้นเป็นหลักการที่สำคัญในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่มีวิวัฒนาการอย่างต่อเนื่องและยาวนาน หลักการนี้ได้เรียกร้องให้มีการปฏิบัติต่อสิ่งที่เหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน แต่ในขณะที่เดียวกันก็ได้ปฏิเสธการเลือกปฏิบัติหากการเลือกปฏิบัตินั้นเป็นการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความแตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับกรณี que เลือกปฏิบัตินั้นมี

วัตถุประสงค์เพื่อส่วนรวม หรือเป็นการมุ่งลดความเลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ (สมคิด เลิศไพฑูรย์, 2543, หน้า 183)

### 1. ความหมายของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคเป็นหลักพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยซึ่งมีความสัมพันธ์กันอย่างยากกับหลักเสรีภาพ เนื่องจากหลักความเสมอภาคนี้เองที่ทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปได้อย่างทั่วถึง หากเสรีภาพนั้นสามารถเข้าถึงได้เพียงบางกลุ่มบุคคลก็ไม่ถือว่าเป็นเสรีภาพแต่อย่างใด ดังนั้นความเสมอภาคจึงเป็นรากฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการใช้เสรีภาพ หลักความเสมอภาคนั้นคือการปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกันในสถานการณ์ที่เหมือนกัน ดังนั้นหากมีการเลือกปฏิบัติในสถานการณ์ที่เหมือนกันก็จะถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและยังขัดกับหลักความเสมอภาคอีกด้วย (สมคิด เลิศไพฑูรย์, 2543, หน้า 74-77) อย่างไรก็ตาม หลักความเสมอภาคนั้นสามารถเป็นไปได้กับการปฏิบัติหรือการตรากฎหมายที่แตกต่างกันในสถานการณ์ที่ต่างกัน เนื่องจากให้ในสิ่งที่เหมือนกัน หรือการให้เท่า ๆ กันนั้นไม่ใช่การเสมอภาค แต่การให้ในสิ่งที่เขาควรจะได้ ต่างหากคือความเสมอภาค กล่าวคือ สิ่งที่เหมือนกันนั้นจะต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน สิ่งที่แตกต่างกันจะต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน เช่น การสร้างห้องน้ำชายและหญิงจำนวนไม่เท่ากัน เนื่องจากหญิงต้องใช้เวลาในการเข้าห้องน้ำนานกว่าชาย การสร้างห้องน้ำหญิงที่มากกว่าจึงเป็นสิ่งที่ เป็นธรรม (ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2553, หน้า 158-159 อ้างถึงใน พรสิริ สุริยกันท์, 2557, หน้า 5-7)

กล่าวโดยสรุป หลักความเสมอภาคไม่ได้หมายความว่าบุคคลทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกันในทุก ๆ เรื่อง หากแต่หมายความว่าในสถานการณ์ หรือในสภาพอย่างเดียวกันนั้นบุคคลจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน บุคคลจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน ดังนั้นการตรากฎหมายซึ่งกำหนดเนื้อหาและรายละเอียดที่แตกต่างกันเพื่อใช้บังคับกับสถานการณ์หรือสภาพที่แตกต่างกันนั้นสามารถทำได้ และไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค

### 2. แนวคิดเรื่องหลักความเสมอภากระหว่างชายหญิง

เมื่อสังคมมนุษย์มีการให้ความสำคัญและยอมรับในเรื่องสิทธิมนุษยชนมากขึ้น การเคารพซึ่งความเป็นคนของแต่ละคน ส่งผลให้ผู้หญิงได้รับโอกาสในด้านต่าง ๆ มากขึ้น ถึงกระนั้นความแตกต่างทางเพศนี้ได้ออกให้เกิดปัญหาความไม่เท่าเทียมในทางเพศขึ้น ซึ่งเป็นปัญหาที่สังคมให้ความสนใจอย่างมากในปัจจุบัน ความแตกต่างของคำว่าเพศ (Sex) และความเป็นเพศหรือเพศภาวะ (Gender) นั้นได้ถูกจำแนกอย่างชัดเจนในการประชุมเชิงปฏิบัติการของกองทุนสหประชาชาติเรื่อง Gender, Population and Development ในปี 1996 (The Population Council, 1996 อ้างถึงใน ชีรพัฒน์ อังศุวาล, 2554)



โดยคำว่า เพศ (Sex) หมายถึง เพศที่กำหนดขึ้นโดยธรรมชาติ และเป็นข้อกำหนดทางสภาวะทางชีววิทยาซึ่งเปลี่ยนแปลงไม่ได้(ยกเว้นการผ่าตัดแปลงเพศ ซึ่งเปลี่ยนแปลงได้เพียงบางส่วน) โดยบุคคลที่เกิดมามีเพศเป็นหญิงหรือเป็นชายมีหน้าที่การให้กำเนิดและมีบุคลิกภาพที่แตกต่างกัน อาทิ มนุษย์เพศหญิงเท่านั้นที่สามารถตั้งครรภ์และคลอดบุตรได้ ขณะที่มนุษย์เพศชายจะมีส่วนในการให้กำเนิดโดยเป็นผู้ผลิตอสุจิที่จะผสมกับไข่จากเพศหญิง

ในขณะที่คำว่าเพศสภาวะ (Gender) หมายถึง เพศที่ถูกกำหนดโดยเงื่อนไขทางสังคมหรือวัฒนธรรมให้แสดงบทบาทหญิงหรือบทบาทชาย ดังนั้นเพศสภาวะนี้จึงสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามสภาวะการณ์และเงื่อนไขของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป นอกจากนี้บทบาททางเพศที่สังคมกำหนดยังมีความหมายเกี่ยวพันไปถึงโอกาสที่บุคคลแต่ละเพศสามารถเข้าถึง ได้ใช้และควบคุมทรัพยากรต่าง ๆ เพราะมีสิทธิ อำนาจ ความรับผิดชอบและการถูกการคาดหวังของสังคมแตกต่างกันไป บทบาททางเพศที่สังคมกำหนดได้ส่งผลกระทบต่อสถานภาพของผู้หญิงและผู้ชาย กล่าวคือ เพศหญิงหรือเพศชายเป็นข้อเท็จจริงทางสรีระ แต่การจะกลายเป็นผู้หญิงหรือผู้ชายเป็นกระบวนการจัดเกลาทางวัฒนธรรม (Socialization) เรียกได้ว่า วัฒนธรรมสร้างความเป็นหญิงและความเป็นชายให้เกิดในสังคม กำหนดในผู้หญิงและผู้ชายต้องปฏิบัติตนอย่างไร ทำให้ทุกคนถูกคาดหวังว่าแต่ละเพศควรมีความประพฤติหรือการปฏิบัติตัวอย่างไรติดตัวมาตั้งแต่แรกคลอดเป็นสมาชิกในสังคม โดยความคาดหวังและความเชื่อที่แตกต่างกันไปตามวัฒนธรรม บรรทัดฐานและค่านิยมของสังคม ความแตกต่างดังกล่าวส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์เชิงอำนาจในลักษณะที่ฝ่ายหนึ่งเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น สังคมในวัฒนธรรมไทยสอนว่าผู้หญิงต้องเป็นคนเรียบร้อย ไม่พูดเสียงดัง ไม่สบถ ในขณะที่ผู้ชายไม่ถูกคาดหวังให้เป็นเช่นนั้น หรือผู้หญิงที่เป็นภรรยาต้องเชื่อฟังสามี ให้ความสำคัญกับหน้าที่ของภรรยาและแม่มากกว่าการประสบความสำเร็จในหน้าที่การงาน กล่าวได้ว่าเป็นความคิดที่แคบและไม่เป็นเหตุเป็นผล ความแตกต่างทางชีวภาพระหว่างเพศ มิได้มีความเกี่ยวข้องที่จำเป็นต่อการกำหนดลักษณะของพฤติกรรมและสังคมของมนุษย์ ความเป็นผู้หญิงและผู้ชายจึงขึ้นกับการตีความทางชีววิทยาที่สัมพันธ์กับวิถีชีวิตของแต่ละวัฒนธรรมนั่นเอง (ปราณี วงษ์เทศ, 2544 , หน้า 7-10 อ้างถึงใน ชีรพัฒน์ อังศุชวาล, 2554)

สรุปความไม่เท่าเทียมทางเพศ มีสาเหตุมาจาก 3 ปัจจัยหลัก (ภัตสร ลิมานนท์, 2544 อ้างถึงใน ชีรพัฒน์ อังศุชวาล, 2554) ได้แก่ ปัจจัยทางธรรมชาติและชีวภาพ ปัจจัยทางโครงสร้างครอบครัว และปัจจัยทางวัฒนธรรมและบรรทัดฐานทางสังคม

1. ปัจจัยทางธรรมชาติและชีวภาพ ความแตกต่างของบทบาททางเพศนั้นเกิดจากพื้นฐานด้านสรีระหรือชีวภาพ กล่าวคือ โครงสร้างของเพศชาย เช่นกระดูก กล้ามเนื้อ แข็งแรงกว่าเพศหญิง

ในขณะที่สภาพร่างกายของเพศหญิงอ่อนแอและใกล้ขีดธรรมชาติมากกว่า เช่น การมีประจำเดือน การตั้งครรภ์ การคลอดบุตร เป็นต้น

2. ปัจจัยโครงสร้างครอบครัว (Family structure) เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดการแบ่งงานระหว่างเพศและยังทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในสถานภาพหญิงและชายในครอบครัวซึ่งเกิดขึ้นจากระบบคิดที่แบ่งสังคมออกเป็นสองส่วน คือส่วนที่เป็นสาธารณะ (Public domain) อันได้แก่ เรื่องนอกบ้านหรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ สังคมและการเมือง โดยกล่าวว่าโลกส่วนนี้เป็นโลกหรือสังคมของผู้ชาย และส่วนที่เป็นเรื่องส่วนตัว (Private domain) อันได้แก่ เรื่องในบ้านหรือการดูแลบ้านเรือนและสมาชิกภายในครอบครัว โดยมองว่าโลกส่วนนี้เป็นของผู้หญิง ทำให้ผู้ชายมักอยู่ในฐานะผู้ผลิต เลี้ยงดูครอบครัว จึงอยู่ในฐานะที่เหนือและมีอำนาจมากกว่าผู้หญิง เป็นบทบาททางเพศแบบประเพณีหรือไม่เสมอภาคนั่นเอง ในขณะที่งานที่อยู่ใต้ความรับผิดชอบของภรรยา เช่น งานบ้าน การอบรมเลี้ยงดูบุตรมิได้เปิดโอกาสให้ได้เข้าควบคุมการผลิต ฐานะของเพศหญิงจึงด้อยกว่า

3. ปัจจัยทางด้านวัฒนธรรม (Culture) และบรรทัดฐานทางสังคม (Social norms) ในแต่ละวัฒนธรรมสมาชิกหญิงชายเมื่อแรกเกิดจะถูกปลูกฝังให้มีอุปนิสัยแตกต่างกันออกไปโดยสมาชิกใหม่แต่ละเพศต้องยอมรับเจตคติและบทบาทที่สังคมกำหนดไว้ให้ โดยอาศัยพื้นฐานมาจากเพศที่กำหนดโดยธรรมชาติ ซึ่งเพศที่กำหนดโดยสังคมจะแตกต่างกันออกไปในเกือบทุกสังคมแล้วแต่ค่านิยมและความเชื่อของแต่ละวัฒนธรรม นอกจากนี้ยังสามารถเปลี่ยนแปลงได้เพราะบทบาทที่กำหนดขึ้นเป็นของไม่ยั่งยืน (ธีรพัฒน์ อังศุขวาล, 2554) เนื่องจากสาเหตุและปัจจัยที่ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคระหว่างชายและหญิง มาจากแนวคิดที่ว่าผู้ชายและหญิงมีความแตกต่างกันเนื่องมาจากพื้นฐานที่ต่างกัน ทั้งด้านร่างกายและจิตใจตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น แม้ในปัจจุบันจะมีการเปลี่ยนแปลงแนวคิดและค่านิยมไปในทางที่ดีขึ้น แต่ก็ยังสามารถจัดปัญหาดังกล่าวได้หมดอย่างสิ้นเชิง ดังนั้นสังคมจึงต้องปรับเปลี่ยนค่านิยมและความคิดเสียใหม่ ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาคทางเพศ

ความเสมอภาคทางเพศ หมายถึง การที่หญิงและชายนั้นได้ประโยชน์จากโอกาส ทรัพยากร และผลตอบแทนจากการพัฒนาที่มีคุณค่าทางสังคมอย่างเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตามความเสมอภาคทางเพศนั้นไม่ได้หมายความว่าหญิงจะต้องเหมือนกันทุกประการหากแต่หมายถึงการที่ชายและหญิงมีศักยภาพในการใช้โอกาสทางสังคม และชีวิตที่เท่าเทียมกัน ในกรณีที่หญิงหรือชายไม่สามารถเข้าถึงและใช้โอกาสทางสังคมอย่างเท่าเทียมได้ไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุเงื่อนไขทางสังคม หรือเงื่อนไขทางวัฒนธรรม รัฐมีความจำเป็นที่จะต้องสร้างมาตรการพิเศษ (Affirmative action) ขึ้นมา เพื่อให้ชายและหญิงสามารถเข้าถึงและใช้โอกาสที่ได้รับอย่างเท่า

เทียมกัน (พรศิริ สุริยกันต์, 2557, หน้า 7-8) ทั้งนี้ตั้งที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้รับรองไว้ในมาตรา 27\*

จึงกล่าวได้ว่าความไม่เสมอภาคทางเพศเป็นผลจากการที่สังคมกำหนดบทบาทและความรับผิดชอบให้เหมาะสมกับมนุษย์แต่ละเพศ โดยกำหนดบทบาทหลักของผู้หญิงจากบทบาทตามธรรมชาติ คือการเป็นแม่ที่ให้กำเนิดบุตร และการเป็นภรรยา บทบาทดังกล่าวทำให้เพศหญิงต้องเป็นผู้ดูแลบุตรและจัดการงานในครัวเรือน ต้องพึ่งพาและเชื่อฟังเพศชายซึ่งมีบทบาทในการเป็นผู้นำครอบครัว เป็นผู้หารายได้เลี้ยงครอบครัว เป็นเหตุให้ชายมีสถานภาพเหนือกว่าเพศหญิงซึ่งนำไปสู่ความไม่เสมอภาคทางเพศและการเลือกปฏิบัติ

### หลักการไม่เลือกปฏิบัติ

หลักการไม่เลือกปฏิบัติเป็นหลักกฎหมายทั่วไปทั้งในกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ โดยถือเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายสิทธิมนุษยชน หลักการนี้ได้ประกาศครั้งแรกในกฎบัตรสหประชาชาติ โดยกำหนดให้รัฐต้องส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยไม่มี การเลือกปฏิบัติโดยเหตุผลทางด้านเผ่าพันธุ์ เพศ ภาษาและศาสนา หลักการนี้ต่อมาได้บรรจุอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนข้อ 2 โดยได้ทำให้ชัดเจนขึ้นว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพ บรรดาที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้ ทั้งนี้โดยไม่มี การจำแนกความแตกต่างเรื่องใด ๆ” ตราสารสิทธิมนุษยชนต่อมาเกือบทุกเรื่องได้บรรจุหลักการไม่เลือกปฏิบัติไว้ในบทบัญญัติทั่วไปของอนุสัญญา หรือคิกานั้น ๆ ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนหลักการไม่เลือกปฏิบัติมีสองนัยด้วยกันคือ ความเท่าเทียมกับ โอกาสที่เท่าเทียม

ในความหมายแรก ความเท่าเทียม หมายความว่าห้ามมิให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างในการ ดำเนินการใด ๆ ของรัฐเพื่อให้สิทธิหรือประโยชน์ใดแก่บุคคลแล้วจักต้องอยู่บนพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติหรือให้สิทธิพิเศษแก่บุคคลใด ๆ หรือจักทำให้บุคคลใด ๆ ต้อง

\* มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าจะด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพ ได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

เสียสิทธิมากกว่าคนอื่น กล่าวอีกนัยหนึ่งการปฏิบัตินั้นต้องเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่ลดทอนสิทธิ หรือการกระทำที่ส่งเสริมหรือขยายขอบเขตสิทธิหรือการให้ประโยชน์ใด ๆ ส่วนความหมายที่สอง โอกาสที่เท่าเทียม คือการทำให้บุคคลที่อยู่ในฐานะที่มีโอกาสในการใช้สิทธิด้วยกว่าคนอื่น ได้มีโอกาสได้ใช้สิทธินั้นอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งทำให้เกิดความเท่าเทียมกันอย่างแท้จริง กฎหมายสิทธิมนุษยชนจึงกำหนดให้รัฐมี การกระทำที่เป็นการตอบสนองให้บรรลุถึงการมีสิทธิของบุคคลที่มีโอกาสใช้สิทธิไม่เท่ากัน นั่นคือรัฐต้องมีมาตรการพิเศษต่อบุคคลเหล่านั้น เป็นที่น่าสังเกตว่าตราสารระหว่างประเทศต่าง ๆ ได้เรียกร้องให้รัฐใช้มาตรการพิเศษ เพื่อให้บุคคลที่มีสิทธิแต่ไม่สามารถใช้สิทธิได้เท่าเทียมกับผู้อื่นด้วยสาเหตุบางประการได้บรรลุถึงการมีสิทธินั้นได้ (หนังสือกฎหมายสิทธิมนุษยชนมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, ม.ป.ป. อ้างถึงใน สุชัยญา วีระโพธิ์ประสิทธิ์, 2553)

แต่อย่างไรก็ตามการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นไม่ได้หมายความว่าจะเป็นการเลือกปฏิบัติ อันเป็นที่รังเกียจของสังคมหรือขัดต่อหลักความเสมอภาคในทุกกรณี เนื่องจากการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้น อาจเป็นได้ทั้งการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม หรือการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับปัจจัยอื่น ๆ ที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วย

ตัวอย่างการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม เช่น การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพราะสถานะทางกฎหมายของบุคคล ดังเช่น ผู้ต้องขังซึ่งถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพมากกว่าบุคคลอื่นโดยทั่วไป เช่น เสรีภาพในการเคลื่อนไหว สิทธิส่วนตัว เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร สิทธิเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ หรือในกรณีของหญิงและชายที่มีสภาพร่างกายที่แตกต่างกันก็อาจมีการปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ ดังเช่นการเกณฑ์ทหาร เป็นต้น (พรสิริ สุริยกันท์, 2557, หน้า 8, 10)

ตัวอย่างการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เช่น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 บทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มีลักษณะเป็นบทบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้น อันเป็นการลดทอนสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกันเกิดความไม่เสมอภาคกันทางกฎหมายด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศและสถานะของบุคคล อีกทั้งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากการบังคับให้หญิงมีสามีใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงฝ่ายเดียวโดยใช้สถานการณ์สมรส มิได้เป็นเหตุผลในเรื่องความแตกต่างทางกายภาพหรือภาระหน้าที่ระหว่างชายหญิงที่มีผลมาจากความแตกต่างทางเพศ จนทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติ (คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่21/ 2546, 2546) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547 การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุสภาพร่างกายของผู้สมัครสอบคัดเลือกเป็นข้าราชการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย คดีนี้ผู้ฟ้องคดีประกอบอาชีพทนายความ ได้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการตำแหน่งอัยการผู้ช่วย แต่ถูกตัดสิทธิ์สอบโดย

คณะกรรมการอัยการอ้างว่ามีรูปกายพิการ เดินขาเกแผลก กล้ามเนื้อขาลีบ มีบุคลิกภาพและร่างกาย ไม่เหมาะสม ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าบทบัญญัติมาตรา 30 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้วางหลักแห่งความเสมอภาคว่า องค์กรต่าง ๆ ของรัฐรวมทั้ง ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันและปฏิบัติต่อบุคคลที่ แตกต่างกันในสาระสำคัญที่ต่างกันออกไปตามลักษณะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่ เหมือนกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันก็ดี หรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ อย่างเดียวกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค ในกรณีนี้แม้ร่างกายจะพิการแต่ไม่เป็นอุปสรรค อย่างมากต่อการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานอัยการ การที่ไม่รับสมัครจึงเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ เป็นธรรมตามมาตรา 30 (ชัยอนันต์ สมุทวณิช, ม.ป.ป. อ้างถึงใน พิทักษ์ เกิดหอม, ม.ป.ป.) เป็นต้น

สรุปการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค แต่ ในกรณีที่มีการเลือกปฏิบัตินั้นมีความจำเป็นและมีเหตุอันสมควรยอมเป็นการปฏิบัติที่เป็นธรรม สามารถกระทำได้ ไม่ถือว่าขัดต่อหลักความเสมอภาคแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามในความเป็นจริง ความเสมอภาคเท่าเทียมกันอย่างแท้จริงไม่อาจเป็นไปได้ กฎหมายจึงต้องเข้ามามีบทบาทโดยอ้อม น้อยที่สุดบุคคลย่อมต้องมีความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ในเรื่องความเสมอภาคทางเพศก็ เช่นเดียวกันรัฐจึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศ ทั้งนี้เพื่อ มุ่งเน้นถึงหลักความเสมอภาคระหว่างชายหญิงและเป็นการให้ความคุ้มครองสามีหรือภรรยาใน กรณีที่มีการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสอันเป็นการคุ้มครองสิทธิในเนื้อตัวร่างกายและ เสรีภาพทางเพศของคู่สมรส

### หลักสิทธิเสรีภาพทางเพศ

สิทธิทางเพศเป็นสิทธิมูลฐานและเป็นรากฐานของสิทธิมนุษยชน ซึ่งสมาคมเพศศาสตร์ ศึกษานานาชาติได้แถลง ณ การประชุมครั้งที่ 13 ที่กรุงวอเลนเซีย ประเทศสเปน ว่าเพศเป็นมิติหนึ่ง ของมนุษย์ที่มีการปรับตัวและเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา เพศเกิดจากปฏิสัมพันธ์ระหว่างโครงสร้าง ภายในของสังคมเองและของแต่ละบุคคลในเวลาเดียวกัน โดยปรากฏให้เห็นทางวงจรชีวิตของ บุคคลที่ประสานความเป็นตัวของตัวเองและสร้างเสริมความผูกพันซึ่งกันและกันให้แน่นแฟ้นยิ่งขึ้น

สิทธิทางเพศ ได้แก่ สิทธิดังต่อไปนี้ 1. สิทธิที่จะมีเสรีภาพทางเพศ ต้องจัดการบังคับ ข่มขู่ทางเพศ การแสวงหาผลประโยชน์ และการล่วงเกินทางเพศทุกรูปแบบ 2. สิทธิที่จะมีความเป็น อิสระ ความเป็นตัวของตัวเอง และความปลอดภัยในร่างกาย รวมถึงการควบคุมและการหาความสุข จากร่างกายของตนเอง โดยปราศจากการทารุณกรรมและความรุนแรงในทุกรูปแบบ 3. สิทธิเท่า

เทียมกันทางเพศ รวมทั้งความเคารพในความหลากหลายทางเพศ ไม่ว่าจะป็นชายหรือหญิง และไม่  
ว่าจะมีอายุ เชื้อชาติ ศาสนา ชนชั้น หรือมีรสนิยมทางเพศแบบใด 4. สิทธิที่จะมีสุขอนามัยทางเพศที่  
ดี รวมทั้งได้รับการรักษาพยาบาล โรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์อย่างถูกต้องและเหมาะสม 5. สิทธิที่จะ  
ได้รับความรู้เรื่องเพศที่กว้างขวางและเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่เบี่ยงเบน ซึ่งครอบคลุมความรู้ด้าน  
เพศศึกษาตั้งแต่เกิดจนตลอดชีวิต 6. สิทธิที่จะดำเนินชีวิตร่วมอย่างอิสระ จะแต่งงานหรือไม่ก็ได้  
รวมทั้งสิทธิในการใช้ชีวิตร่วมทางเพศแบบอื่น ๆ ที่ตนประสงค์ 7. สิทธิที่จะตัดสินใจโดยเสรีและ  
รับผิดชอบในการเจริญพันธุ์ สามารถเลือกการวางแผนครอบครัวที่เหมาะสม 8. สิทธิในความเป็น  
ส่วนตัว สามารถตัดสินใจในการดำเนินชีวิตทางเพศโดยอิสระ ภายใต้จริยธรรมทางสังคมและบุคคล  
(พันธ์ศักดิ์ สุกระฤกษ์, 2542)

ดังนั้นในความสัมพันธ์ทางเพศบุคคลทุกคนจึงมีสิทธิที่จะไม่ให้ความยินยอมในการร่วม  
ประเวณีในกรณีที่อีกฝ่ายมีความต้องการที่จะร่วมประเวณีด้วย ถึงแม้ว่าอีกฝ่ายจะเป็นบุคคลที่ตนเคย  
มีความสัมพันธ์ร่วมประเวณีกันมาก่อนก็ตาม การตัดสินใจร่วมประเวณีหรือร่วมกิจกรรมทางเพศ  
ใด ๆ ย่อมตั้งอยู่บนความพึงพอใจสูงสุดของบุคคลนั้น โดยปราศจากการใช้ความรุนแรงโดยบุคคล  
อื่น ๆ นอกจากนี้บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิเลือกที่จะคุมกำเนิด หรือป้องกันตนเองจากโรคติดต่อทาง  
เพศสัมพันธ์ มีสิทธิที่จะถามคู่นอนอีกฝ่ายว่าเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์หรือไม่ บุคคลทุกคน  
จะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติเพียงเพราะเหตุแห่งเพศ เพศสภาวะ อายุ เชื้อชาติ สถานะทางสังคม ศาสนา  
หรือความผิดปกติทางร่างกาย หรือจิตใจ อย่างไรก็ตามการตัดสินใจในทางเพศของบุคคลอาจถูก  
จำกัดโดยปัจจัยบางประการ ในกรณีที่ปัจจัยดังกล่าวมีผลต่อความสามารถในการให้ความยินยอมใน  
การเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ เนื่องมาจากการที่บุคคลนั้นไม่อาจเข้าใจถึงสภาพหรือความหมายของ  
การกระทำดังกล่าว การบริการดูแลสุขภาพทางเพศถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่สำคัญโดยบุคคลทุกคน  
ควรมีสิทธิที่จะได้รับการรักษาปัญหาทางเพศใด ๆ ที่บุคคลนั้นอาจจะมีและมีสิทธิที่จะได้รับการ  
ดูแลป้องกันเพื่อจะทำให้มีสุขภาพดี โดยไม่ถูกกีดกันจากการได้รับบริการเพียงเพราะเหตุรสนิยม  
ทางเพศ ความพิการ เชื้อชาติ สถานะทางสังคม อายุ หรือปัจจัยอื่นใด นอกจากนี้บุคคลทุกคนควรมี  
สิทธิในการได้รับความรู้เรื่องเพศศึกษาทั้งนี้เพื่อความเข้าใจปลอดภัยในการเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ  
นั้น ๆ (พรสิริ สุริยภัณฑ์, 2557, หน้า 11-13)

สรุปสิทธิทางเพศเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่งซึ่งมนุษย์ทุกคนพึงมี และควรได้รับการ  
ตระหนักถึงเนื่องจากเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่ง โดยบุคคลทุกคนล้วนมีสิทธิกำหนดความ  
ต้องการทางเพศของตนเองในการร่วมกิจกรรมทางเพศหรือในรสนิยมทางเพศด้วยตนเอง บุคคลทุก  
คนล้วนมีสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองในเรื่องที่เกี่ยวกับเพศตราบเท่าที่ไม่เป็นการรบกวนสิทธิทาง  
เพศของบุคคลอื่น การที่บุคคลมีความต้องการหรือมีรสนิยมทางเพศหรือเพศสภาวะเป็นอย่างไร

จะต้องไม่ถูกนำมาเป็นเหตุในการเลือกปฏิบัติเช่นเดียวกันกับสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ ทุกคนล้วนแต่มีสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองว่าตนประสงค์ที่จะร่วมประเวณีกับอีกฝ่ายหรือไม่

### การรับรองสิทธิและความเสมอภาคของผู้หญิงทางกฎหมาย

1. อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW))

อนุสัญญานี้มีขึ้นเพื่อยืนยันถึงหลักการเคารพในสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน โดยเฉพาะสิทธิอันเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง โดยเสนอกรอบความคิดและแนวทางให้ประเทศภาคีของอนุสัญญากำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่จะทำให้เกิดความเสมอภาคอย่างเต็มที่ระหว่างชายหญิงในด้านต่าง ๆ โดยเนื้อหาสาระแบ่งได้ดังนี้

ส่วนที่ 1 (ข้อ 1-6) กล่าวถึงคำจำกัดความของคำว่าการเลือกปฏิบัติต่อสตรี พันธกรณีของรัฐภาคี มาตรการที่รัฐภาคีต้องดำเนินการเพื่อสนับสนุนความก้าวหน้าของสตรี ฯลฯ

ส่วนที่ 2 (ข้อ 7-9) กล่าวถึงความเท่าเทียมกันระหว่างบุรุษและสตรีในด้านการเมืองและการดำรงชีวิต เช่น สิทธิในการเลือกตั้ง

ส่วนที่ 3 (ข้อ 10-14) กล่าวถึงสิทธิของสตรีที่จะต้องได้รับการดูแลทางเศรษฐกิจ การป้องกันความรุนแรงต่อสตรีในสถานที่ทำงาน และการเข้าถึงบริการสุขภาพ ฯลฯ

ส่วนที่ 4 (ข้อ 15-16) กล่าวถึงความเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรีในด้านกฎหมาย

ส่วนที่ 5 (ข้อ 17-22) กล่าวถึงการจัดตั้งคณะกรรมการการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ พันธกรณีของรัฐในการจัดทำรายงานของรัฐภาคี และการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการ

ส่วนที่ 6 (ข้อ 23-30) กล่าวถึงการมิให้มีข้อบทของอนุสัญญาที่จะขัดต่อกฎหมายภายในที่ดำเนินการ มากกว่าที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาและกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ การนำพันธกรณีไปปฏิบัติในระดับประเทศ ฯลฯ

ไทยมีคำแถลงตีความว่า ข้อบทในอนุสัญญา CEDAW ต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญไทย ไทยมีข้อสงวนในข้อ 29 เกี่ยวกับการเสนอเรื่องให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณา ในกรณีพิพาทระหว่างรัฐภาคี สำหรับพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนา และเพิ่มกลไกความคุ้มครองสิทธิของผู้หญิงที่มีอยู่เดิม โดยสาระสำคัญเป็นการยอมรับอำนาจของคณะกรรมการประจำอนุสัญญาฯ ในการรับและพิจารณาเรื่องร้องเรียน ในกรณีที่มีการละเมิดพันธกรณีที่ปรากฏในอนุสัญญาฯ ที่เกี่ยวข้องกับรัฐภาคี โดยผู้ร้องเรียนอาจเป็นบุคคลหรือกลุ่มบุคคลในนามของผู้ถูกละเมิดสิทธิได้ ไทยเข้าเป็นภาคี

โดยการให้สัตยาบัน เมื่อวันที่ 14 มิถุนายน 2543 และมีผลใช้บังคับกับไทยเมื่อวันที่ 14 กันยายน 2543 (อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ, ม.ป.ป.)

2. พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ 1999 (Optional protocol to the convention on the elimination of all forms of discrimination against women)

พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ เป็นกลไกสำหรับผู้หญิงทั่วโลกแรกที่เปิดโอกาสให้ปัจเจกบุคคลติดต่อกับสหประชาชาติได้โดยตรง พิธีสารเลือกรับนี้ได้เปิดช่องทางและกลไกสำหรับรับฟังเสียงของผู้หญิงและดำเนินการกับข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้หญิง โดยพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ เป็นความตกลงฝ่ายเดียวของอนุสัญญานี้ที่อนุญาตให้ภาคีของอนุญาดเลือกยอมรับในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ โดยพิธีสารเลือกรับนี้ได้รับมติเห็นชอบจากสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2543 และมีผลใช้บังคับในวันที่ 22 ธันวาคม 2543 ในเดือนสิงหาคม 2552 ปรากฏว่ามีภาคีแห่งพิธีสารเลือกรับนี้แล้วทั้งสิ้น 175 รัฐ แบ่งเป็นรัฐที่ลงนามแล้ว 79 รัฐ โดยมีพันธกิจคือต้องหาทางแก้ไขความรุนแรงทางเพศ โดยเฉพาะการข่มขืนและการคุกคามทางเพศซึ่งรัฐต้องริบดำนิยามมาตรการทั้งทางกฎหมายและมาตรการอื่น ๆ เท่าที่จำเป็นเพื่อให้การคุ้มครองมีประสิทธิภาพ รัฐต้องปฏิบัติการอย่างจริงจังโดยปฏิบัติตามพิธีสารเลือกรับฯ ดังนั้นเมื่อกระบวนการในทางปฏิบัติที่ผู้เสียหายไม่ได้รับความเป็นธรรมจากกระบวนการยุติธรรมในประเทศได้จบสิ้นลง และผู้เสียหายจากกระบวนการยุติธรรมยังเห็นว่าตนเองยังไม่ได้ได้รับความเป็นธรรม ก็สามารถจะทำเรื่องร้องเรียนไปยังหน่วยงานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศสมาชิกได้ให้สัตยาบันรับรองแล้ว ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนอย่างเท่าเทียมกันไม่ว่าจะเป็นบุรุษหรือสตรีนั่นเอง (ภาควิชาสตรีศึกษา คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2557, หน้า 3)

3. อนุสัญญาอิสตันบูล (Istanbul convention)

สภาแห่งยุโรป (Council of Europe) จัดตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2492 โดยมีประเทศสมาชิกที่ก่อตั้ง 10 ประเทศ ได้แก่ เบลเยียม เดนมาร์ก ฝรั่งเศส ไอร์แลนด์ อิตาลี ลักเซมเบิร์ก เนเธอร์แลนด์ นอร์เวย์ สวีเดน และสหราชอาณาจักร และมีการเพิ่มจำนวนประเทศสมาชิกในหลายช่วงเวลา ในปัจจุบันมีสมาชิก 47 ประเทศ ในตราสารก่อตั้งสภาแห่งยุโรปกำหนดเงื่อนไขสำหรับสมาชิกภาพว่า “สมาชิกของสภาแห่งยุโรปต้องยอมรับหลักการนิติรัฐ และการมีสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนภายใต้เขตอำนาจของตน และต้องร่วมมืออย่างจริงจังและเห็นผลในการทำ



ให้บรรลุเป้าหมายของสภา” ต่อมาสภาแห่งยุโรปได้พัฒนาตราสารและกลไกสิทธิมนุษยชนเฉพาะด้านเพื่อคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่อยู่ในข่ายเสี่ยงการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน เช่น อนุสัญญาอิสตันบูล (Istanbul convention) ต่อด้านความรุนแรงต่อสตรี (มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาองค์กรภาครัฐ, 2559, หน้า 16-18 )

พิธีสารอิสตันบูลได้ถูกนำเสนอต่อสำนักงานข้าหลวงใหญ่แห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2542 และไทยเราก็ได้ลงนามและให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาต่อต้านการทรมานแห่งสหประชาชาติ (UN Convention against Torture) หรือเรียกย่อ ๆ ว่า CAT ไปแล้วเมื่อปี 2550 กอปรกับมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญฯ ปี 57 (ฉบับชั่วคราว) ก็ให้การยืนยันที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีที่มิต้ององค์การระหว่างประเทศไว้ ไทยเราจึงมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามพิธีสารอิสตันบูลนี้เกิดจากความร่วมมือของนักนิติวิทยาศาสตร์ แพทย์ นักจิตวิทยา ผู้รายงานพิเศษด้านสิทธิมนุษยชนและนักกฎหมายในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก เพื่อวางหลักการมาตรฐานในการบันทึกรวบรวมพยานหลักฐานกรณีการทรมานให้ไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นแนวทางให้ความช่วยเหลือเหยื่อผู้เสียหายจากการถูกทรมานเพื่อการคุ้มครองและเยียวยา และสามารถนำเสนอพยานหลักฐานอันเกิดจากการได้รับบาดเจ็บไม่ว่าจะเป็นทางร่างกายหรือจิตใจต่อศาลอย่างเป็นระบบและมีประสิทธิภาพ โดยเนื้อหาในพิธีสารนั้นมีครบถ้วนกระบวนการในอันที่จะพิสูจน์การทรมาน ไม่ว่าจะเป็นการตรวจร่างกาย ผิวหนัง ใบหน้า ทรวงอกและช่องท้อง ระบบกล้ามเนื้อและกระดูก ระบบสืบพันธุ์และปัสสาวะ ระบบประสาทส่วนกลางและส่วนปลาย รวมไปถึงการตรวจร่างกายและประเมินผลที่ได้รับจากการทรมานในรูปแบบต่าง ๆ อีกด้วย เช่น การทุบตีและการกระแทกด้วยวัตถุไม่มีคม การทุบตีเท้า การแขวน การทรมานด้วยการจี้ การทรมานที่เกิดกับฟัน การขาดอากาศหายใจ การทรมานทางเพศซึ่งรวมถึงการกระทำชำเรา โดยใน (c) ผู้รายงานพิเศษเรื่องการใช้ความรุนแรงต่อสตรี (จันนาญ จันทรเรือง, 2558)

ข้อ 22 ผู้รายงานพิเศษเรื่องการใช้ความรุนแรงต่อสตรีจัดตั้งขึ้นในปี 1994 โดยมีมติที่ 1994/45 ของคณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชน และคำสั่งดังกล่าวได้รับการขยายเวลาออกไปอีกตามมติ ที่ 1997/44 ผู้รายงานพิเศษได้วางกระบวนการในการหาความกระจ่างและข้อมูลจากรัฐบาลต่าง ๆ ด้วยเจตนารมณ์ด้านมนุษยธรรมในกรณีเฉพาะข้อกล่าวหาเรื่องการใช้ความรุนแรงต่อสตรีเพื่อที่จะระบุและสืบสวนสอบสวนข้อกล่าวหาและเหตุการณ์เกี่ยวกับการใช้ความรุนแรงต่อสตรีในประเทศต่าง ๆ การดำเนินการเหล่านี้อาจเกี่ยวโยงกับบุคคลคนเดียวหรือหลายคนซึ่งถูกระบุชื่อหรือเกี่ยวกับข้อมูลทั่วไปของสภาพการณ์ที่เพิกเฉยหรือยินยอมให้มีการกระทำรุนแรงต่อสตรี คำจำกัดความของการใช้ความรุนแรงต่อสตรีที่เกิดจากรากฐานเรื่องเพศโดยผู้รายงานพิเศษนั้นนำมาจากปฏิญญาว่าด้วยการขจัดความรุนแรงต่อสตรี (Declaration on the elimination of violence against

women) ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากสมัชชาสหประชาชาติโดยข้อมติที่ 48/104 เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม 1993 โดยผู้รายงานพิเศษอาจยื่นคำอุทธรณ์กรณีฉุกเฉิน ในกรณีที่มีการใช้ความรุนแรงต่อสตรีที่เกิดจากรากฐานเรื่องเพศ ซึ่งเกี่ยวข้องหรืออาจเกี่ยวข้องกับภัยคุกคามที่ใกล้จะมาถึงหรือความกลัวต่อการคุกคามสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่ต่อไปหรือการละเมิดร่างกายของบุคคล ผู้รายงานพิเศษไม่เพียงแต่กระตุ้นให้หน่วยงานระดับประเทศนำเสนอข้อมูลของเหตุการณ์อย่างละเอียด แต่ยังกระตุ้นให้มีการดำเนินการสืบสวนสอบสวนเหตุการณ์ดังกล่าวอย่างอิสระและเป็นกลาง รวมถึงดำเนินการโดยพลันเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าจะไม่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนของสตรีเกิดขึ้นอีกในภายหลัง

ข้อ 23 ผู้รายงานพิเศษนำเสนอรายงานประจำปีต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในเรื่องการเสาะหาข้อมูลจากรัฐบาลต่าง ๆ และคำตอบที่ได้รับจากรัฐบาลเหล่านั้น ซึ่งจากข้อมูลดังกล่าวและแหล่งข้อมูลที่น่าเชื่อถืออื่น ๆ ผู้รายงานพิเศษจะจัดทำข้อเสนอแนะแก่รัฐบาลที่เกี่ยวข้องเพื่อหาทางแก้ปัญหาอย่างยั่งยืนในการขจัดความรุนแรงต่อสตรีในประเทศ ผู้รายงานพิเศษอาจมีการสื่อสารกับรัฐบาลเพื่อติดตามความคืบหน้า หากว่าไม่ได้รับคำตอบหรือข้อมูลที่ได้รับยังขาดความสมบูรณ์ ในกรณีที่ปรากฏว่าสถานการณ์ความรุนแรงต่อสตรีในประเทศใดยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง อีกทั้งข้อมูลที่ผู้รายงานพิเศษได้รับชี้ให้เห็นว่า รัฐบาลประเทศนั้นมีดำเนินมาตรการใด ๆ เพื่อสร้างหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของสตรี ผู้รายงานพิเศษอาจพิจารณาความเป็นไปได้ในการขออนุญาตเดินทางเข้าประเทศต่อรัฐบาลนั้นเพื่อดำเนินการค้นหาข้อเท็จจริงในสถานที่เกิดเหตุ(American Bar Rule Of Law Initiative (ABA ROLI), 2555, หน้า 30)

#### 4. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

สถานภาพทางกฎหมายของสตรีและการต่อสู้เรียกร้องเพื่อให้ได้มาซึ่งความเสมอภาคระหว่างเพศนั้นมีความสัมพันธ์กันกับสภาวะการณ์ทางการเมืองของประเทศ เนื่องจากสภาวะการณ์ทางการเมืองเป็นตัวกำหนดแนวทางและเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ ในช่วงที่การเมืองในประเทศไทยมีความเป็นประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญก็จะให้ความสำคัญกับการปกครองเป็นแบบเผด็จการ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของประชาชน แต่ในทางกลับกันเมื่อใดที่การปกครองแบบเผด็จการ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของประชาชนมักจะถูกละเลยไม่ได้ให้ความสำคัญแต่อย่างใด รัฐธรรมนูญจึงถือเป็นเป็นกลไกหนึ่งที่สำคัญในการเสริมสร้างความเสมอภาคระหว่างเพศให้เกิดขึ้นในสังคมไทย (พรสิริ สุริยกันท์, 2557, หน้า 37) ในช่วงหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2550 หลักความเสมอภาคของบุคคลได้มีรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงเอาไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่รับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้หญิงให้เสมอภาคและเท่าเทียมกับผู้ชายและห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็น

ธรรมต่อสตรี ตลอดจนการรับรองให้ใช้มาตรการพิเศษ (Affirmative action) เพื่อเร่งรัดความเสมอภาคหญิงชาย นอกจากนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้คงหลักการที่สำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เอาไว้ โดยแจกแจงสิทธิ เสรีภาพ ตลอดจนแนวนโยบายแห่งรัฐออกเป็นด้านต่าง ๆ อีกทั้งได้กล่าวถึงสิทธิ เสรีภาพ และหลักการที่มีส่วนร่วมของผู้หญิงเอาไว้อย่างชัดเจน ดังนั้นในบทบัญญัติใดที่มีได้ระบุว่า “สตรี” เอาไว้ก็ต้องตีความว่าสตรีย่อมได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นประชาชนคนหนึ่งด้วย (วิมลเรขา ศิราชัยวรรณ, 2556, หน้า 48-49) และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 (ฉบับปัจจุบัน) โดยมีมาตรา 4 ยังคงบัญญัติรับรอง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาค อยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้เช่นกัน

สรุปในปัจจุบันสังคมไทยเริ่มพัฒนาเข้าสู่ความเป็นสากลมากขึ้น แนวความคิดสิทธิมนุษยชนและความเสมอภาคเข้ามามีบทบาทในสังคมไทยมากขึ้น ทำให้เกิดการเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพของสตรีให้เท่าเทียมกับผู้ชายเกิดขึ้น ได้มีการเรียกร้องและผลักดันให้เกิดความเปลี่ยนแปลงต่อบทบัญญัติทางกฎหมายของไทยให้มีความเป็นสากลมากยิ่งขึ้น กรณีกฎหมายภายในประเทศที่มีอยู่เดิมก็ได้ถูกร่างใหม่ปรับเปลี่ยนเพื่อแก้ไขปัญหาการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศและจัดความรุนแรงที่กระทำต่อผู้หญิง ทั้งนี้ประเทศไทยก็ให้การรับรองสิทธิสตรีดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ตลอดจนจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบัน และเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง จึงมีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 19 และ 20 พุทธศักราช 2550 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยมุ่งเน้นถึงความเสมอภาคไม่ว่าจะเป็นคนเพศใดก็เป็นผู้กระทำและเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนได้ รวมทั้งกำหนดให้สามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาของตนเป็นการกระทำความผิดซึ่งประมวลกฎหมายอาญาเดิมไม่มี อันแสดงให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงทางความคิดที่ว่าผู้หญิงมีหน้าที่ต้องยอมให้สามีร่วมเพศด้วยทุกครั้งตามความต้องการของสามี

### ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

#### 1. ความหมายและหน้าที่ของสถาบันครอบครัว

สถาบันครอบครัว คือ แบบแผนพฤติกรรมของคนที่มาติดต่อกันเกี่ยวข้องกับครอบครัวและเครือญาติจะต้องปฏิบัติตามนั่นคือ คนที่เป็นญาติกันโดยสายเลือด เช่น พ่อแม่ พี่น้อง เป็นญาติกันทางการแต่งงาน เช่น เป็นสามีภรรยา เป็นเขยสะใภ้กัน หรือการรับไว้เป็นญาติ เช่น บุตรบุญธรรม เป็นต้น คนเหล่านี้จะต้องปฏิบัติตามเกณฑ์

แบบแผนที่สังคมเป็นผู้กำหนดขึ้นที่เรียกว่า สถาบันครอบครัว ซึ่งครอบคลุมแนวทางในการปฏิบัติในเรื่องต่าง ๆ เหล่านี้ คือการเลือกคู่ การหมั้น การแต่งงาน การเลี้ยงดูลูก การอบรมขัดเกลา การหย่าร้าง และเรื่องที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวและเครือญาติทั้งหมด สถาบันครอบครัวและวงศ์วานเป็นสถาบันพื้นฐานแรกที่สุด และมีความสำคัญอย่างยิ่งของสังคมเพราะสถาบันครอบครัวเป็นสถาบันขั้นพื้นฐานที่เป็นจุดเริ่มต้นของสถาบันอื่น ๆ (ดำรงค์ ฐานดี, ม.ป.ป., หน้า 5)

สถาบันครอบครัว เป็นสถาบันเก่าแก่และสถาบันแรกที่มีมนุษย์สัมพันธ์ ความหมายกว้าง ๆ ของสถาบันครอบครัว"ระบบของวิธีปฏิบัติและบรรทัดฐานที่ยอมรับของหน่วยสังคมที่ผูกพันเข้าด้วยกัน โดยการสมรสสืบเชื้อสายการรับบุตรบุญธรรม เพื่อรับผิดชอบเลี้ยงดูบุตรและสนองความต้องการบางประการของมนุษย์ (ปราณี เกษมสันต์, 2550)

หน้าที่ของสถาบันครอบครัว

1. หน้าที่ผลิตสมาชิกใหม่ให้แก่สังคม เพื่อทดแทนสมาชิกของสังคมที่สิ้นชีวิตลง
2. หน้าที่เลี้ยงดูสมาชิกใหม่ให้มีชีวิตรอด เนื่องจากทารกแรกเกิดและเด็กไม่สามารถดูแลตนเองได้
3. หน้าที่ถ่ายทอดวัฒนธรรมของสังคมไปสู่สมาชิกใหม่ ซึ่งเป็นกระบวนการขัดเกลาทางสังคมเพื่อให้เด็กเติบโตเป็นสมาชิกที่ดีของสังคม
4. หน้าที่อื่น ๆ ได้แก่ การสนองความต้องการทางจิตใจ ทำหน้าที่ให้ความรักความอบอุ่นแก่สมาชิก

สัญลักษณ์ของสถาบันครอบครัวที่สำคัญ คือ แหวนหมั้น แหวนแต่งงาน เป็นต้น สถาบันครอบครัวในแต่ละสังคมย่อมมีค่านิยมต่างกันตามวัฒนธรรมของสังคม เช่น สังคมสมัยใหม่ สามีและภรรยามีค่านิยมในการหาเลี้ยงครอบครัวเท่าเทียมกัน การร่วมรับผิดชอบกิจกรรมต่าง ๆ ในครอบครัวอย่างเท่าเทียมกัน (ชานินทร์ พร้อมสุข และกาญจน์มณี จรุงพรสวัสดิ์, 2552)

จากคำอธิบายข้างต้น จึงกล่าวได้ว่าสถาบันครอบครัวเป็นจุดเริ่มต้นของสถาบันอื่น ๆ และมีความสำคัญต่อสังคมเป็นอย่างมาก โดยประกอบด้วยกลุ่มคนที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือทางการแต่งงานจำนวนหนึ่งที่ได้ตกลงใช้ชีวิตร่วมกันอยู่ภายในบ้านเรือนเดียวกันตามระเบียบประเพณีของสังคม เช่น บิดา มารดา บุตร วงศาภคณาญาติที่เกี่ยวข้องโดยสายโลหิตหรือโดยการสมรสรวมถึงบุตรบุญธรรม โดยมีได้คำนึงถึงการจดทะเบียนสมรสแต่อย่างใด ทั้งนี้มีแบบแผนตามวัฒนธรรมและประเพณีของแต่ละสังคม จึงกล่าวได้ว่าสามีภรรยาในความหมายของสถาบันครอบครัวมิได้จำกัดเฉพาะการจดทะเบียนสมรส แต่ในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่นั้น สามีภรรยาต้องเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นหากเกิดการข่มขืน

กระทำชำระระหว่างสามีภรรยาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมต้องด้วยมาตรา 276 วรรคหนึ่ง ทั้งที่ในความเป็นจริงถือเป็นสามีภรรยากันโดยพฤตินัย

## 2. แนวคิดของทะเบียนสมรส

มนุษย์ต่างมีสัญชาตญาณในการสืบพันธุ์เพื่อให้บังเกิดบุตรหลานสืบแทนตนต่อไปภายหน้า ในสังคมยุคเริ่มแรกมนุษย์อยู่รวมกันเป็นเผ่า (Clan) การสมรสกระทำโดยอิสระระหว่างบุคคลในเผ่า โดยถือว่าทุกคนเป็นของกันและกัน ไม่มีการแยกคู่ต่างหากจากกันต่อมาในระยะหลัง ๆ จึงค่อยวิวัฒนาการมาเป็นการอยู่กินเป็นคู่โดยเฉพาะเจาะจงขึ้นเพื่อไม่ให้เกิดการทะเลาะเบาะแว้งในการแย่งคู่ครองและเพื่อกำหนดการแยกสายตระกูลต่างหากออกจากกันจึงเกิดเป็นการสมรสขึ้น การสมรสมีความเกี่ยวข้องกับแนบแน่นกับขนบธรรมเนียมประเพณีตามธรรมชาติแห่งท้องถิ่นที่การสมรสนั้นได้กระทำขึ้น โดยถือเป็นธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติก่อนแล้วจึงพัฒนาทีละเล็กทีละน้อยจึงค่อยกลายมาเป็นสิ่งที่กฎหมายรับรองในที่สุด (ประสพสุข บุญเดช, 2550, หน้า 145)

สำหรับสังคมไทยก่อนที่จะมีการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว (วันที่ 1 ตุลาคม 2478) การสมรสไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนและชายอาจมีภรรยาได้หลายคน โดยภรรยาจะมีฐานะเป็นเมียหลวง เมียน้อยลดหลั่นกันลงไป แต่ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2478 เป็นต้นมา การสมรสจะมีพิธีหรือไม่มีพิธีแต่งงานก็ตาม ความสำคัญและสมบูรณ์ของการสมรสอยู่ที่จะต้องมีการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามมาตรา 1457\* และจะต้องมีคู่สมรสถูกต้องตามกฎหมายได้เพียงคนเดียวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามมาตรา 1452\*\* (ธีรพรรณ กุลไพศาลธรรม, 2552, หน้า 9)

ในเรื่องแบบแห่งการสมรสนั้น ตามมาตรา 1457 บัญญัติว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้ จดทะเบียนแล้วเท่านั้น” การที่ชายหญิงสมรสกันตามกฎหมาย ลักษณะคู่สมรสก่อนวันที่ 1 ตุลาคม 2478 โดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันนั้น การสมรสดังกล่าวเป็นอันสมบูรณ์ตามกฎหมายลักษณะคู่สมรสและเป็นอันสมบูรณ์ในปัจจุบันนี้ด้วย โดยไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนสมรสกันใหม่อีกแต่อย่างใด สำหรับชายหญิงที่ทำการสมรสกันตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 อันเป็นวันที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ออกใช้บังคับเป็นต้นมาจนกระทั่งปัจจุบันนี้ จะต้องสมรสกันโดยการจดทะเบียนสมรส (Registration of marriage) เมื่อได้จดทะเบียนสมรสกันแล้วก็เกิดผลเป็นสามีภรรยากันตามกฎหมายทันทีโดยไม่ต้องมีพิธีอย่างอื่นอีก (ธีรพรรณ กุลไพศาลธรรม, 2552, หน้า 19-20)

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้ จดทะเบียนแล้วเท่านั้น

\*\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1452 ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้

วัตถุประสงค์ของการที่กฎหมายกำหนดแบบแห่งการสมรส (Form of marriage) ให้ต้องมีการจดทะเบียนสมรสก็เพื่อให้การสมรสนั้นเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป โดยให้มีทะเบียนสมรสที่เป็นเอกสารมหาชนอันมีผลทางกฎหมายต่อคู่สมรส ต่อบุคคลภายนอก และต่อรัฐ คู่สมรสได้ประโยชน์ในแง่ที่ตนได้มีหลักฐานทางราชการเกี่ยวกับการสมรสซึ่งสามารถนำออกแสดงต่อบุคคลภายนอกได้ ส่วนบุคคลภายนอกได้ประโยชน์ที่รู้ถึงฐานะของการสมรสเพื่อจะได้ปฏิบัติตนได้ถูกต้องหากจำเป็นต้องติดต่อสัมพันธ์กัน สำหรับรัฐได้ประโยชน์ในการที่มีข้อมูลของประชาชนอย่างถูกต้องเพื่อจัดเก็บภาษีและจัดบริการทางสังคมอย่างเพียงพอ (ประสพสุข บุญเดช, 2550, หน้า 146)

นอกจากนั้นการจดทะเบียนสมรสเป็นหลักประกันความมั่นคงได้ว่าเมื่อมีการจดทะเบียนแล้วคู่สมรสอีกฝ่ายจะไปจดทะเบียนสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้\* หากฝ่าฝืนการจดทะเบียนสมรสครั้งหลังนี้กฎหมายถือว่าเป็นโมฆะ\*\* ในกรณีที่เป็นความผิดอาญาที่กระทำระหว่างสามีภรรยา เช่น ลักทรัพย์ฉ้อโกง ยักยอก ทำให้เสียทรัพย์ หรือบุกรุก ซึ่งมีผลคือสามีหรือภรณานั้นไม่ต้องรับโทษตามกฎหมาย\*\*\* ในเรื่องอำนาจในการดำเนินคดีอาญาแทนสามีหรือภรรยา ผู้เสียหายซึ่งถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บไม่สามารถจะจัดการฟ้องคดีได้เอง ภรรยาหรือสามีที่ยังมีชีวิตอยู่สามารถร้องทุกข์ต่อตำรวจหรือฟ้องคดีต่อศาลแทนได้ และถ้าคู่สมรสเป็นผู้เยาว์ที่มีอายุ 17 ปีขึ้นไปเมื่อได้จดทะเบียนสมรสแล้วกฎหมายถือว่าผู้นั้นได้บรรลุนิติภาวะแล้วและสามารถทำกิจการงานต่าง ๆ ได้เอง โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองและแม้ต่อมาจะได้หย่าขาดกันก่อนอายุ 20 ปีบริบูรณ์ก็ยังคงเป็นผู้บรรลุนิติภาวะอยู่ (อัศวิน ณ นรากุล, ม.ป.ป.) นอกจากนี้คู่สมรสมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากสามีที่อุปการะหญิงอื่นและหญิงอื่นนั้นหรือจากภรรยาที่มีชู้และจากชายชู้แล้วแต่กรณี รวมทั้งค่าทดแทนเพราะเหตุหย่าเพราะความผิดของอีกฝ่ายหนึ่ง และยังมีสิทธิเรียกค่าเลี้ยงชีพได้หากเหตุแห่งการหย่านั้นเป็นความผิดของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว และการหย่านั้นทำให้อีกฝ่ายยากจนลงเพราะไม่มีรายได้จากทรัพย์สินหรือการทำงานที่เคยทำอยู่ระหว่างสมรส นอกจากนี้การจดทะเบียนสมรสยังก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา ต้องมีการจัดการทรัพย์สินสมรสใหม่เป็นสินส่วนตัวและสินสมรส และต้องร่วมกันรับผิดชอบใน “หนี้ร่วม” ที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจเป็นผู้ก่อขึ้นแต่เพียงฝ่ายเดียว และเกิดสิทธิรับมรดกสำหรับคู่สมรสซึ่งถือเป็นทายาทโดยธรรมมีสิทธิได้รับมรดกของอีกฝ่ายหนึ่งได้ตาม

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1452 ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ ไม่ได้

\*\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1495 การสมรสที่ฝ่าฝืน มาตรา 1449 มาตรา 1450 มาตรา 1452 และมาตรา 1458 เป็นโมฆะ

\*\*\* ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71วรรคหนึ่ง ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคหนึ่ง และมาตรา 341 ถึงมาตรา 364 นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามีภรรยากระทำต่อภรรยา หรือภรรยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

ส่วนที่กฎหมายกำหนดไว้ และประการสุดท้ายบุตรที่คลอดออกมาอยู่รอดเป็นทารก ย่อมเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของบิดามิสิทธิใช้ชื่อสกุลและรับมรดกและสิทธิสวัสดิการอื่น ๆ ของบิดาตามกฎหมายหรือข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง (อัศวิน ณ นรากุล, ม.ป.ป.) สำหรับการจดทะเบียนสมรสระหว่างคนไทยกับคนต่างประเทศ หรือคนต่างประเทศด้วยกันในประเทศไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 มิได้กำหนดเงื่อนไขของการสมรสว่าจะต้องเป็นไปตามกฎหมายใด ดังนั้นจึงต้องนำบทบัญญัติของ พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 19 มาใช้บังคับ คือเงื่อนไขของการสมรสให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่กรณีแต่ละฝ่ายในขณะสมรส และถึงแม้คนไทยด้วยกันจะทำการสมรสในต่างประเทศ ถ้าหากประเทศนั้นไม่มีความสัมพันธ์กับประเทศไทย คือ ไม่มีสถานทูตก็ไม่อาจจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทยได้ (ชาติชาย อัครวิบูลย์, 2544, หน้า 161-162 อ้างถึงใน ชีววรรณ กุลไพศาลธรรม, 2552, หน้า 21)

ในอดีตตามกฎหมายไทยสตรีมีภาวะและหน้าที่ สตรีมีสภาพเหมือนทรัพย์สินของชายผู้เป็นสามี จากแนวคิดที่ชายเป็นใหญ่ในสังคมมีอิทธิพลในสังคมไทยเรื่อยมา โดยเรื่องที่ถูกมองข้ามหรือไม่ให้ความสำคัญคือเรื่องสิทธิและอำนาจในเนื้อตัวร่างกายของหญิงที่เป็นภรรยา รวมตลอดไปถึงการมีเพศสัมพันธ์ การข่มขืนที่สามีกระทำต่อภรรยา (Marital rape or wife rape) ด้วยการที่สามีใช้กำลังขู่เจ็ญ หรือกระทำการใดเพื่อบังคับให้ภรรยาอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืน เพื่อให้มีการร่วมเพศหรือร่วมประเวณี ซึ่งถือเป็นรูปแบบหนึ่งของความรุนแรงในครอบครัว แต่เดิมสังคมไทยไม่เห็นว่าปัญหา จึงไม่ให้ความสำคัญ กลับเห็นว่าเป็นเรื่องความสัมพันธ์ในครอบครัวระหว่างสามีภรรยา เมื่อสมรสอยู่กินกันด้วยความยินยอมแล้ว ความยินยอมนั้นย่อมรวมตลอดถึงการมีเพศสัมพันธ์ด้วย ปัญหาสามีข่มขืนภรรยาจึงเป็นเรื่องในครอบครัวสามีไม่มีความผิด เมื่อสังคมไม่เข้าใจและไม่เชื่อว่ามืออยู่จริง จึงไม่เห็นความจำเป็นในการให้ความคุ้มครองหญิงในฐานะภรรยา กฎหมายก็ไม่อาจก้าวล่วงไปให้ความคุ้มครอง ช่องว่างที่เกิดเปรียบเหมือน “อำนาจอิสระ” ที่กฎหมายไทยในอดีตจะไม่ก้าวล่วงไปถึงอำนาจอิสระของบิดามารดาที่มีเหนือบุตรโดยไม่มีขอบเขตจำกัด รวมตลอดถึงอำนาจที่จะจ่ายโอนบุตรให้แก่ผู้อื่นตามความพอใจ (มาลี พฤษภ์พงสาวลี, 2544, หน้า 8 อ้างถึงใน ศิพร โกวิท, ม.ป.ป.) อีกทั้งความเชื่อทางเพศในสังคมวัฒนธรรมไทยมีหลากหลาย สุชีลา ตันชัยนนท์ (2540, หน้า 40 อ้างถึงใน สุวรรณ ลัคนวณิช, ม.ป.ป., หน้า 56) ได้รวบรวมความเชื่อทางเพศในสังคมไทยไว้ว่า สังคมไทยเชื่อว่าผู้ชายเป็นเพศที่เหนือกว่าผู้หญิงหรือผู้หญิงอ่อนแอกว่าผู้ชาย ผู้หญิงเป็นเพียงสมบัติของผู้ชาย เป็นวัตถุทางเพศ (Sexual object) ที่สามารถซื้อได้ด้วยเงินตรา เชื่อว่าผู้ชายมีความต้องการทางเพศสูงกว่าผู้หญิงและมีเพศสัมพันธ์กับผู้หญิงหลาย ๆ คนได้และเป็นเรื่องธรรมดา นอกจากนั้นยังมองว่าเรื่องธรรมดาที่ผู้ชายเมื่อมีภรรยาแล้วสามารถไปหาความสุขทางเพศนอกบ้านได้อีก และโสเภณีมีไว้เพื่อแก้ปัญหาทางเพศของผู้ชาย

ดังนั้น การสมรสก็เพื่อการดำรงอยู่ของเผ่าพันธุ์โดยการสืบพันธุ์เพื่อให้ง่เกิดบุตรหลานสืบแทนตนต่อไปภายภาคหน้า การสมรสระหว่างชายหญิงที่จะชอบด้วยกฎหมายจะต้องมีการจดทะเบียนเท่านั้น ทั้งนี้วัตถุประสงค์ของทะเบียนสมรสก็เพื่อให้เกิดสิทธิหน้าที่และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามการเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการข่มขืนกระทำชำเราอีกฝ่ายหนึ่งได้ ทั้งนี้หากเกิดการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา ผู้กระทำจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคสี่

### 3. การอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา

เมื่อชายและหญิงได้ทำการจดทะเบียนสมรสโดยปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสที่กฎหมายกำหนดไว้ครบถ้วนแล้ว ชายและหญิงก็เป็นสามีภรรยากัน ในสมัยโบราณกฎหมายกำหนดให้ชายมีอำนาจอิสระเหนือภรรยา ต่อมาในปี พ.ศ. 2516 ประเทศไทยได้รับแนวความคิดที่จะทำให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันในทุกด้าน จึงทำให้มีการแก้กฎหมายยกเลิกข้อจำกัดสิทธิและหน้าที่ของหญิงมีสามีทั้งหลายให้หมดสิ้นไป ในปัจจุบันความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาจึงตั้งอยู่บนรากฐานที่สามีภรรยาเท่าเทียมกันในการจัดการทุกอย่างในครอบครัว

มาตรา 1461 \* “สามีภรรยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา..” วัตถุประสงค์แห่งการสมรสก็เพื่อให้ชายและหญิงได้อยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ทำให้เป็นครอบครัวมีลูกมีหลานสืบต่อไป กฎหมายจึงบัญญัติให้เป็นความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาข้อแรกว่าสามีภรรยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา การอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา หมายถึงการอยู่ร่วมบ้านเดียวกัน (To share a common home) ร่วมชีวิตในการครองเรือน (Domestic life) และทั้งร่วมประเวณีต่อกัน การอยู่กินด้วยกันนี้ย่อมแล้วแต่ประเพณีของผู้เป็นสามีภรรยาจะพึงประพฤติปฏิบัติต่อกันโดยทั่วไป ทั้งนี้โดยคำนึงถึงอายุ สุขภาพฐานะทางสังคมและสภาวะทางการเงินของสามีภรรยาด้วย อย่างไรก็ตาม

ประสพสุข บุญเดช (2550, หน้า 156-157) เห็นว่า การที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่ยอมอยู่กินด้วยกันกับอีกฝ่ายหนึ่งนั้นน่าจะเป็นเรื่องบังคับกันไม่ได้เพราะเป็นเรื่องเฉพาะตัวภายในครอบครัว เช่น ภรรยาไม่ยอมอยู่กินด้วยกันกับสามีโดยแยกไปอยู่กับญาติ สามีจะให้สมัครพรรคพวกไปบังคับนำตัวภรรยากลับมาอยู่ร่วมบ้านกับตน โดยอ้างว่าเพื่อบังคับตามสิทธิในการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาไม่ได้ หรือสามีจะข่มขืนกระทำชำเราภรรยาที่ไม่ได้ อย่างไรก็ดีแม้สามีภรรยาจะบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งจำต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาของตนไม่ได้ก็ตาม แต่ผลในทางกฎหมายทางอ้อมมีอยู่หลายประการ คือ ประการที่หนึ่ง การที่ภรรยาปฏิเสธไม่ยอมให้สามีร่วมประเวณีด้วยอาจเป็นการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภรรยาอย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นเหตุให้สามีฟ้องหย่าได้ตามมาตรา

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 สามีภรรยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาสามีภรรยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน



1516(6) และประการที่สอง ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่ยอมอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาโดยจงใจละทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งไปเกินหนึ่งปี ก็เป็นเหตุหย่าตามมาตรา 1516(4) เป็นต้น (ประสพสุข บุญเดช, 2550, หน้า 156-157)

ในการที่สามีภรรยาจะร่วมประเวณีต่อกัน (sexual intercourse) นั้น คู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่จำเป็นต้องยอมทนต่อการกระทำที่ผิดปกติธรรมดา วิปริต หรือเกินสมควร หรืออาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัยอย่างใด ๆ แก่ตนเอง เช่น ภรรยาไม่จำเป็นต้องร่วมประเวณีกับสามีที่กำลังป่วยเป็นกามโรค นอกจากนี้สามีไม่มีสิทธิที่จะใช้ถุงยางอนามัยหรือใช้วิธีสำเร็จความใคร่นอกช่องคลอดเพื่อคุมกำเนิดโดยภรรยาไม่ยินยอม การที่สามีหรือภรรยาที่มีความต้องการทางเพศสูงเกินปกติจนอีกฝ่ายทนไม่ได้ อันเป็นการทำลายความผาสุกอย่างมาก อีกฝ่ายหนึ่งนั้นอาจร้องขอต่อศาลให้สั่งอนุญาตให้แยกกันอยู่ต่างหากเป็นการชั่วคราวตามมาตรา 1462\* ได้ กรณีสามีภรรยาแยกกันอยู่ต่างหากเป็นการชั่วคราว แยกเป็น 2 กรณี (1) สามีภรรยาทำข้อตกลงแยกกันอยู่ต่างหากตามมาตรา 1516 (4/2) หรือ (2) ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้แยกกันอยู่ต่างหากเป็นการชั่วคราวตามมาตรา 1462 (ประสพสุข บุญเดช, 2550, หน้า 157-167)

เหตุฟ้องหย่า\*\* มีหลายประการแต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับงานนิพนธ์ฉบับนี้ คือที่เกี่ยวข้องกับการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภรรยากันอย่างร้ายแรงตามมาตรา 1516 (6)

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1462 ในกรณีที่สามีภรรยาไม่สามารถที่จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาโดยปกติสุขได้ หรือถ้าการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือทำลายความผาสุกอย่างมาก สามีหรือภรรยาฝ่ายที่ไม่สามารถที่จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาโดยปกติสุขได้หรือฝ่ายที่จะต้องรับอันตรายหรือถูกทำลายความผาสุก อาจร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตให้ตนอยู่ต่างหากในระหว่างที่เหตุนี้ยังมีอยู่ก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ศาลจะกำหนดจำนวนค่าอุปการะเลี้ยงดูให้ฝ่ายหนึ่งจ่ายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งตามควรแก่พฤติการณ์ก็ได้

\*\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 เหตุฟ้องหย่ามีดังต่อไปนี้

- (1) สามีหรือภรรยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันภรรยาหรือสามี เป็นชู้หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาชิม อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้
- (2) สามีหรือภรรยาประพฤติชั่ว ไม่ว่าจะความประพฤติชั่วนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ถ้าเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่ง
  - (ก) ได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง
  - (ข) ได้รับความดูถูกเกลียดชังเพราะเหตุที่คงเป็นสามีหรือภรรยาของฝ่ายที่ประพฤติชั่วอยู่ต่อไป หรือ
  - (ค) ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร ในเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยา คำนึงประกอบอีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้
- (3) สามีหรือภรรยาทำร้าย หรือทรมาณร่างกายหรือจิตใจ หรือหมิ่นประมาทหรือเหยียดหยามอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีของอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ ถ้าเป็นการร้ายแรง อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้
- (4) สามีหรือภรรยาจงใจทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งไปเกินหนึ่งปี อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้
  - (4/1) สามีหรือภรรยาต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก และ ได้ถูกจำคุกเกินหนึ่งปีในความคิดที่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีส่วนก่อให้เกิดการกระทำความผิดหรือยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดนั้นด้วย และการเป็นสามีภรรยากันต่อไปจะเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

การเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภรรยากันอย่างร้ายแรง (Commit any act seriously adverse to the relationship between husband and wife) หมายถึง การกระทำที่ขัดขวางต่อการที่ชายและหญิงจะดำเนินชีวิตครอบครัวอย่างปกติสุขและอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกาย จิตใจ สุขภาพ หรืออนามัยของกลุ่มสมรสอีกฝ่ายหนึ่งด้วย การกระทำอาจเป็นเพียงคำพูด หรือการทำร้ายร่างกายหรือจิตใจ หรือเป็นการกระทำที่ไม่ซื่อสัตย์ต่อความรักระหว่างกัน นอกจากนี้การที่ภรรยาไม่ยอมรับร่วมประเวณีกับสามีเพราะเกรงว่าจะเกิดบุตร สามีปฏิเสธไม่ยอมรับร่วมประเวณีกับภรรยาติดต่อกันเป็นเวลานาน สามีใช้เครื่องป้องกันไม่ให้มีบุตรซึ่งขัดขวางความประสงค์ของภรรยาที่ต้องการมีบุตร หรือภรรยาแอบไปทำแท้งโดยไม่ปรึกษาสามีก่อน เหล่านี้ น่าจะถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีภรรยาได้เช่นเดียวกัน และในคำพิพากษาฎีกาที่ 5347/2538 ได้อธิบายความหมายการทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภรรยากันอย่างร้ายแรง ว่าเป็นการกระทำที่เป็นอุปสรรคขัดขวางที่สามีและภรรยาจะดำเนินชีวิตครอบครัวอย่างปกติสุข หรือการกระทำที่เป็นอุปสรรคขัดขวางต่อความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาเกี่ยวกับความเป็นอยู่ร่วมกันอันอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่จิตใจของกลุ่มสมรสอีกฝ่ายหนึ่ง (ประเสริฐสุข บุญเดช, 2550, หน้า 423-424)

สรุปความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเกิดขึ้นเมื่อชายและหญิงได้ทำการจดทะเบียนสมรสโดยปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ครบถ้วนแล้ว ชายและหญิงก็เป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย วัตถุประสงค์แห่งการสมรสก็เพื่อให้ชายและหญิงได้อยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา มีลูกมีหลานสืบต่อไป กฎหมายจึงบัญญัติให้เป็นความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาข้อแรกว่าสามีภรรยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา การอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา หมายถึงการอยู่ร่วมกันในบ้านเดียวกัน (To share a common home) ร่วมชีวิตใน

(4/2) สามีและภรรยาสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี หรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งของศาลเป็นเวลาเกินสามปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(5) สามีหรือภรรยาถูกศาลสั่งให้เป็นคนสาบสูญ หรือไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่เป็นเวลาเกินสามปีโดยไม่มีใครทราบแน่ว่าเป็นตายร้ายดีอย่างไร อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(6) สามีหรือภรรยาไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควรหรือทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภรรยากันอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ ถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความ เป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยาตามค่านึงประกอบ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

(7) สามีหรือภรรยาวิกลจริตตลอดมาเกินสามปี และความวิกลจริตนั้นมีลักษณะยากจะหายได้ กับทั้งความวิกลจริตถึงขนาดที่จะทนอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยาต่อไปไม่ได้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(8) สามีหรือภรรยาคิดค้นขบวนการที่ทำให้ไว้เป็นหนังสือในเรื่องความประพฤติ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(9) สามีหรือภรรยาเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่งและ โรคมีลักษณะเรื้อรัง ไม่มีทางที่จะหายได้ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

(10) สามีหรือภรรยาไม่สภพแห่งกาย ทำให้สามีหรือภรณานั้น ไม่อาจร่วมประเวณีได้ตลอดกาล อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

การครองเรือน (Domestic life) และทั้งร่วมประเวณีต่อกัน อย่างไรก็ตามการเป็นสามีภรรยาไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้ หากสามีหรือภรรยาปฏิบัติจะทำการร่วมประเวณีข่มขืนเข้ากรณีเป็นเหตุฟ้องหย่าเท่านั้น หากสามีหรือภรรยาข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสอีกฝ่ายข่มขืนเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่

#### 4. กรณีคู่สมรสเป็นเพศเดียวกัน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว เป็นการผสมผสานระหว่างรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐ และรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติเข้าไว้ด้วยกัน โดยรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐจะทำหน้าที่ในการกำหนดหลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขของการสมรส เพื่อให้เกิดการรับรองสถานะในทางกฎหมายของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของมนุษย์ ในรูปแบบของการจดทะเบียนสมรส ส่วนการนำรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของธรรมชาติมาใช้จะนำไปในลักษณะของการนำเงื่อนไขในเรื่องเพศของคู่สมรสมาเป็นองค์ประกอบของการได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในรูปแบบการสมรสตามเงื่อนไขของรัฐเท่านั้น เงื่อนไขของการสมรสต้องเป็นคู่รักที่จะสามารถจดทะเบียนสมรสกันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะเรื่องเพศสรีระของคู่สมรสที่ถือเป็นองค์ประกอบที่มีความสำคัญมาก โดยคู่สมรสจะต้องมีเพศสรีระเป็นชายและหญิงเท่านั้นจึงจะได้รับสิทธิตามกฎหมาย ในการสมรส คู่รักเพศเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นชายรักชายหรือคู่รักที่เป็นหญิงรักหญิงไม่ครบองค์ประกอบที่จะสามารถจดทะเบียนสมรสกันได้ตามกฎหมาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 มีลักษณะเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อรับรองสถานะในทางกฎหมายของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของชายและหญิงเท่านั้นและเป็นการจดทะเบียนสมรสเพื่อตอบสนองต่อลักษณะของการสร้างสถาบันครอบครัวของมนุษย์ที่เกิดจากความรักของคู่รักต่างเพศได้เท่านั้น ส่วนคู่รักเพศเดียวกันหาได้มีสิทธิที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวฉบับนี้ไม่ จึงกล่าวได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว เป็นเรื่องของคู่รักชายและหญิงเท่านั้นและจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดจึงจะได้รับสิทธิในการรับรองสถานะคู่ชีวิตตามกฎหมาย ดังนั้น หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า คู่รักคู่ใดแม้จะได้ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันฉันสามีภรรยาแลเช่นคู่รักคู่อื่น ๆ แต่เป็นคู่รักที่ไม่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดไว้ในเรื่องเพศสรีระของผู้ที่มีสิทธิที่จะจดทะเบียนสมรส อันได้แก่ คู่รักเพศเดียวกันนั้น โดยองค์ประกอบเรื่องเพศนี้จะส่งผลให้คู่รักเพศเดียวกันจะไม่ได้ได้รับการรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะส่งผลให้สถานภาพของการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันเป็นการใช้ชีวิตคู่ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปโดยปริยาย ดังนั้นคู่รักเพศเดียวกันที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้จึงไม่อาจได้รับสิทธิในทางกฎหมายแลเช่นคู่รักต่างเพศที่ได้รับการรับรองสถานะในการ

ใช้ชีวิตคู่ตามกฎหมายและไม่ใช้สามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย (ณัฐวุฒิ ชัยสาขันธ์, 2558, หน้า 144-155)

ดังนั้นหากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่รักเพศเดียวกันที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยา กรณีจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคหนึ่งและวรรคสามเท่านั้น เพราะ คู่รักเพศเดียวกันไม่ได้รับความคุ้มครองหรือรับรองตามกฎหมายว่าเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย

### วิวัฒนาการและแนวความคิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราของไทย

การกระทำที่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาก่อน มีการแก้ไขเพิ่มเติมขึ้น เป็นประเด็นหนึ่งที่มีถูกอ้างอิงเมื่อมีการพิจารณาถึงสถานะและสิทธิของ หญิงในระบบกฎหมายไทย บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำผิดฐานนี้จะเกิดขึ้น เฉพาะในกรณีที่เป็นการกระทำของชายต่อหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเท่านั้น หากเป็นการกระทำ ต่อภรรยาของตนก็จะไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา บทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นรูปธรรม ในลักษณะนี้ถูกถือเป็นภาพสะท้อนของสถานะที่ตกเป็นรองของหญิงในระบบกฎหมายไทยได้เป็น อันหนึ่ง (สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, 2550, หน้า 50) วิวัฒนาการในกฎหมายที่เกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราของไทยมีดังต่อไปนี้

#### 1. กฎหมายตราสามดวง: พระอัยการลักษณะผัวเมีย

ตามกฎหมายตราสามดวงในพระอัยการลักษณะผัวเมีย๑ แบ่งเมียออกเป็นสามประเภท คือ

(1) เมียกลางเมือง ได้แก่หญิงอันบิดามารดาคุมมือให้เป็นเมียชาย ได้ชื่อว่าเป็นเมียกลางเมือง โดยทั่วไปเรียกเมียหลวงมิได้เพียงคนเดียว

(2) เมียกลางนอก ได้แก่ กรณีชายขอหญิงมาเลี้ยงเป็นอนุภรรยา หล้นเมียหลวงลงมาได้ ชื่อว่าเมียกลางนอก โดยทั่วไปเรียกเมียน้อยหรืออนุภรรยา มิได้โดยไม่จำกัดจำนวน

(3) เมียกลางทาสี ได้แก่ หญิงใดมีทุกข์ยาก ชายช่วยไถ่ได้มาเห็นหมดหน้าเลี้ยงเป็นเมียได้ ชื่อว่าเมียกลางทาสี โดยทั่วไปเรียกทาสภรรยา มิได้ไม่จำกัดจำนวน

นอกจากนี้ ยังมีภรรยาอีก 2 ประเภท ตามพระอัยการลักษณะมรดกข้อ 5 คือ ภรรยาอัน ทรงพระกรุณาพระราชทานให้และภรรยาอันทูลขอพระราชทาน จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายและ ประเพณีโบราณของไทยอนุญาตให้ชายมีภรรยาได้หลายคน แต่ไม่ยินยอมให้หญิงมีสามีได้มากกว่า หนึ่งคน การที่ชายมีภรรยาได้หลายคน กฎหมายจึงได้จัดลำดับชั้นของภรรยา โดยเมียพระราชทาน เป็นใหญ่กว่าเมียหลวง เมียหลวงเป็นใหญ่กว่าเมียน้อย เมียน้อยเป็นใหญ่กว่าเมียทาสี ทั้งนี้ ก็เพื่อ

กำหนดเบี้ยปรับชายชู เช่น กรณีชายชูทำชูกับเมียกลางเมือง (เมียหลวง) จะถูกปรับเต็มตามพระราชกฤษฎีกา ถ้าทำชูกับเมียกลางนอก (อนุภรรยา) จะถูกปรับห้าส่วนยกเลิก ส่วนหนึ่งเอาสี่ส่วน ถ้าทำชูกับเมียกลางทาสีให้ปรับห้าส่วน ยกเลิกสองส่วนเอาสามส่วน นอกจากนี้ก็เป็นการกำหนดส่วนแบ่งมรดกเมื่อผู้ตาย ซึ่งเรียกว่าการแบ่งมรดกภาคภรรยา และการเป็นสามีภรณานับแต่ใช้กฎหมายตราสามดวงมาเป็นเวลาเกือบ 600 ปี ก็ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนสมรสกันแต่อย่างใด การจดทะเบียนคงใช้เฉพาะการจดทะเบียนสัตว์เท่านั้นเช่น ช้าง ม้า วัว ควาย เป็นต้น ส่วนการลงโทษหญิง ก็จะลงโทษด้วยวิธีประจาน โดย ให้เอาเฉลว (เฉลว คือ ดอกसानเป็นรูปดาว) ปะหน้า ทัดดอกกะเบาแดงสองหู ร้อยดอกกะเบาแดงใส่ศีรษะ ใส่คอ ให้นายจะมั่งคั่งองประจาน 3 วัน” หากสามีไม่ยอมให้เมียถูกประจานดังกล่าวก็สามารถนำเงินมาเสียค่าปรับแทนได้

ความคิดเกี่ยวกับเพศในพระไอยการลักษณะผู้เมีย

นอกจากแบ่งเมียออกเป็น 3 ประเภทแล้ว พระไอยการลักษณะผู้เมียยังกำหนดความผิดในขณะที่อยู่กินเป็นสามีภรรยาอีกหลายประการ เช่น 1. ข้อหาเป็นชู้ไม่ถึงชำเราหรือผิดเมียท่าน 2. ข้อหาทำชูหรือเมียมีชู 3. ผู้ป้องกันเกียรติยศและชื่อเสียง 4. ข้อหาข่มขืน 5. ข่มขืนกระทำชำเราเด็ก 6. นายเงินข่มขืนทาส 7. หมิ่นประมาทว่ามีชู

ความคิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายตราสามดวง ไม่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา คงถือเป็นความผิดในทางแพ่งเท่านั้น การเป็นชู้เป็นกรณีที่ชายชูและหญิงสมัครใจมีเพศสัมพันธ์กัน ส่วนการข่มขืนเป็นกรณีที่หญิงไม่ยินยอม โทษชายชูหรือโทษผิดเมีย มีเฉพาะโทษปรับไหม แต่ค่าปรับจะแพงมาก ถึงขนาดหากไม่มีเงินเสียค่าปรับจะต้องไปเป็นทาสสามปีของหญิงที่ตนทำชูหรือข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนโทษข้อหาข่มขืนกระทำชำเราจะมีโทษปรับเป็นสองเท่าของโทษผิดเมีย นอกจากนี้หากทำชูกับหญิงชาววังหรือทำกับหญิงในวังทั้งชายและหญิงจะมีโทษหนักและแยกอยู่ในหมวดกฎหมายเทียรบาล เช่น มาตรา 120 ผู้ใดทำชูด้วยแม่พระสนม ให้ฆ่าผู้นั้นเสีย 3 วัน จึงให้ตาย ส่วนหญิงนั้นฆ่าเสียด้วย ส่วนการข่มขืนกระทำชำเราก็มียกเว้นเช่นเดียวกับการทำชูกล่าวคือ เป็นกรณีหญิงไม่ยินยอมให้ทำชำเรา จึงมีโทษสูงกว่าการทำชู และในกรณีหญิงชาววังเป็นชู้เมียกัน (หญิงต่อหญิง) ซึ่งนิยมเรียกว่า “เล่นเพื่อน” ก็จะมีโทษเขียนสูงถึง 50 ที แล้วสักคอประจานรอบพระราชวัง ซึ่งถือว่ามิโทษสูงกว่าฐานข่มขืนเด็กเสียอีก (วัชรินทร์ สังคีแก้ว, ม.ป.ป.)

2. พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์... พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงมีพระบรมราชโองการดำรัสเหนือเกล้าให้ประกาศให้ทราบทั่วกันว่า พระราชกำหนดกฎหมายเดิมที่ว่าด้วยการข่มขืนทำชำเราผู้หญิงนั้น ยังบกพร่องอยู่หลายประการเป็นเหตุให้เกิดความสงสัยต่าง ๆ ในการพิจารณาพิพากษา คดีที่กล่าวหากันว่า ข่มขืนทำชำเรา จึงทรงพระราชดำริเห็นควรให้แก้ไขพระ

ราชกำหนดกฎหมายนั้นเสียใหม่ให้ชัดเจนดีขึ้นกว่าแต่เก่า เหตุฉะนี้จึงมี พระราชโองการดำรัส  
เหนือเกล้าให้ตราพระราชกำหนดไว้ต่อไปนี้ดังนี้

มาตรา 3 ชายใดข่มขืนชำเราหญิง ในเหตุ 4 ประการดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ ท่าน  
ว่าชายผู้นั้น ข่มขืนชำเราหญิง คือ

ข้อ 1 ขืนใจหญิง

ข้อ 2 หญิงไม่ยินยอม

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายขู่เข็ญ จะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิง ๆ มีความกลัวจึง  
ยินยอม

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดีแต่หญิงนั้นมีอายุต่ำกว่า 12 ปี ลงมา

มาตรา 4 ชายใดข่มขืนชำเราหญิง ดังเช่นว่าไว้ในมาตรา 3 พิจารณาเป็นสัตย์ ให้ลงโทษ  
จำคุกไว้ตั้งแต่ 10 ปี ลงมา กับให้ทำการหนักมากก็ได้ ถ้ามิให้ทำการหนักด้วยก็ได้ แล้วจะปรับเป็น  
เงินทำขวัญให้แก่หญิงตั้งแต่ 1,000 บาทลงด้วยก็ได้

อนึ่งผู้ใดได้รับโทษฐานข่มขืนทำชำเรา ครั้งหนึ่งแล้ว ภายหลังยังกลับข่มขืนกระทำผิดลง  
อีกเป็นครั้งที่ 2 ที่ 3 ต่อไปจะลงโทษเข็ญตั้งแต่ 60 ที่ลงมา เพิ่มเข้ากับโทษจำคุก และปรับด้วยอีกก็  
ได้จากพระราชกำหนดดังกล่าวสามารถสรุปได้ดังนี้

1. องค์ประกอบของความผิดตามพระราชกำหนดนี้ ประกอบด้วย

1.1 ขืนใจหญิง

1.2 หญิงไม่ยินยอม

1.3 หญิงยินยอมด้วยชายขู่เข็ญจะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึง

ยินยอม

1.4 หญิงอายุต่ำกว่า 12 ปี

2. ความแตกต่างระหว่าง ขืนใจหญิงและหญิงไม่ยินยอมนั้น กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์

อธิบายว่า “ข้อที่ 1 (ขืนใจหญิง) กับข้อที่ 2 (หญิงไม่ยินยอม) ดูผิวเผินแล้วก็คล้ายกันแต่มีความประสงค์  
นั้นคือ ข้อที่ 1 ต้องใช้กำลังที่หนี ถ้า ทำอย่างไรไม่พ้น ข้อ 2 มัดชายปลอมตัวเป็นผ้า หญิงไม่รู้สีก ถ้า  
โดยให้ยาเพื่อเมากินไม่มีสติ”

3. ผู้ใดพยายามจะกระทำความผิดตามพระราชกำหนดนี้ถือว่าเป็นความผิดต้องระวาง  
โทษจำคุก ไม่เกิน 5 ปี พร้อมทำงานหนักหรือปรับเป็นเงินไม่เกิน 500 บาท ในกรณีไม่ทำงานหนัก

4. ผู้สนับสนุนกระทำความผิดหรือสมรู้เป็นใจ ตามพระราชกำหนดนี้ว่าเป็นความผิด  
ต้องโทษ จำคุกไม่เกิน 3 ปี พร้อมทำงานหนักหรือปรับเป็นเงินไม่เกิน 300 บาท ในกรณีทำงานหนัก

5. อายุหญิงในการพิจารณาความยินยอมนั้นคือ 12 ปี

6. การปรับโทษให้นักขึ้นนั้น พระราชกำหนดได้ตั้งเกณฑ์แก่ผู้กระทำผิดซ้ำเป็นครั้งที่ 2 ครั้งที่ 3 และครั้งต่อไปต้องลงโทษ เข็มขึ้นไม่เกิน 60 ที และปรับอีกโทษหนึ่ง

7. โทษผู้กระทำผิดตามพระราชกำหนดนี้คือ จำคุก เข็มขึ้น ทำงานหนัก และปรับ และเป็นที่น่าสังเกตว่าโทษปรับนั้นกฎหมายถือว่าเป็นค่าทำขวัญหญิง ด้วยเหตุนี้โทษปรับนั้นน่าจะเป็นค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งมากกว่าทางอาญา

8. กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้นิยามการทำชำเราว่า “ในการทำชำเราแต่เพียงชายจดถึงทวารหนักหญิงเท่านั้น ก็ได้ถือว่าถึงชำเราทีเดียว” (อัมมัน แดเปาะ, 2547, หน้า 48-50)

### 3. กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

ในสมัยรัชการที่ 5 พระองค์ดำริที่จะจัดระบบกฎหมายและศาลไทย โดยได้ให้คำอธิบายและเปรียบเทียบว่า “ระบบกฎหมายและการศาลไทยในขณะนั้นมีสภาพเหมือน เรือกำปั่นที่ถูกเพรียงและปลวกกินสุโทรมทั้งลำ แต่ก่อนมานั้นเมื่อรั้วแห่งใดก็เข้าไปตามอุคยาแต่เฉพาะตรงรอยรั้วนั้น ที่อื่นก็โทรมลงอีก ครั้นนานเข้าก็ชำรุดหนักลงทั้งลำ เป็นเวลาสมควรที่ต้องตั้งกงขึ้นกระดานใหม่เป็นมันคงสืบไป” จึงได้ตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ขึ้น ซึ่งถือเป็นกฎหมายอาญารับแรกของไทย และถือเป็นเหตุในการขอยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับต่างประเทศด้วยในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศอยู่ในหมวด 6 ว่าด้วยความผิดขัดต่อศีลธรรมอันดี (Offence against morality) โดยมีบัญญัติไว้ในมาตรา 240 – 248 แบ่งเป็น 2 ส่วนคือ ส่วนที่ 1 ว่าด้วยความผิดอันขัดต่อศีลธรรมสาธารณะ และส่วนที่ 2 ว่าด้วยข่มขืนกระทำชำเราและลามกอนาจาร โดยมีผู้แปลเป็นภาษาไทยดังนี้คือ

หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชน

มาตรา 241 ผู้ใดข่มขืนสอนเด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบให้กระทำชำเราก็ดี หรือให้กระทำอนาจารด้วยผู้อื่นก็ดี หรือมันเป็นธุระหาเด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ ให้ผู้อื่นกระทำชำเราหรือทำอนาจารก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี แลให้ปรับไม่เกินกว่าพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

มาตรา 242 ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมดามนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดียรฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทอีกโทษหนึ่งด้วย

หมวด 2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 243 ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจา ขู่เข็ญกระทำชำเราจิตใจหญิง ซึ่งมีชักรรยาของมันเอง ท่านว่าผู้นั้น ข่มขืนกระทำชำเราต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราจิตใจหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของมันเองท่านว่ามันข่มขืน  
กระทำชำเรามีความผิด ต้องระวางโทษจคุกกันที่วามานัน

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้นมีบาดเจ็บสาหัส  
ท่านว่ามันผู้กระทำผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบ  
บาทขึ้นไปจนถึงพันบาทอีกโสดหนึ่งด้วย

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปี จนถึง  
ยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปถึงสองพันบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

มาตรา 244 กระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี

มาตรา 247 ความผิดอย่างใดใดที่วามาในมาตรา 243, 244, 245 และ 246 นั้น

ถ้าผู้กระทำเป็นบิดา มารดา หรือปู่ ย่า ตา ยาย ก็ดี ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกทำร้ายไว้ก็ดี เจ้าหน้าที่  
ผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองรักษาผู้ถูกกระทำร้ายไว้ก็ดี ท่านว่าต้องระวางโทษของมันผู้กระทำผิด  
หนักกว่าที่บัญญัติไว้ในสี่มาตราที่วามานันหนึ่งในสามส่วน

มาตรา 248 การฟ้องเอาโทษแก่ผู้กระทำผิดกฎหมายหมวดนี้ นั้น ถ้าคดีเป็นข้อกล่าวหาว่า  
ใช้อำนาจด้วยกำลัง เพื่อขู่เข็ญทำชำเราหญิงดั่งว่าไว้ในตอนต้น แห่งมาตรา 243 ก็ดี หรือว่าคดีมี  
ข้อหาว่าใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราจิตใจหญิง ดั่งว่าไว้ในตอน 2 แห่งมาตรา 243 นั้นก็ดี หรือว่าคดี  
เป็นข้อหาว่าบังอาจกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุสิบสองขวบขึ้นไป ดั่งว่าไว้ในมาตรา 246 นั้นก็ดี  
ท่านให้พิจารณาฐานที่เกิดก่อน ถ้าเหตุมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัลใช้ ท่านให้ถือว่าต่อผู้ที่ถูกกระทำ  
ร้ายมาร้องทุกข์ จึงให้เจ้าพนักงานเอาคดีนั้นขึ้นว่ากล่าวตามกระบิลเมือง

จากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (ค.ศ. 1908) ในความผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าวอยู่ใน  
หมวดความว่าด้วยความผิดอันขัดต่อศีลธรรม (Offences against morality) ซึ่งคล้ายกับกฎหมาย  
เยอรมัน ในปี 1962 ซึ่งอยู่ในหมวดเดียวกัน (Crime against morality) และมีข้อความใกล้เคียงกัน  
เช่นกฎหมาย ลักษณะอาญา มาตรา 242 ห้ามการกระทำชำเราผิดธรรมชาติต่อชาย หญิง หรือ สัตว์  
เป็นความผิด ซึ่งคล้ายกับประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาตรา 216 ส่วนความผิดข้อหาข่มขืน  
กระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 243 ข่มขืน โดยใช้กำลังกาย วาจา ขู่เข็ญ หญิง ซึ่ง  
มิใช่ภรรยาของมันเอง ก็ตรงกับมาตรา 204 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ปี 1962 ทุกประการ แต่  
จากข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเห็นว่ากฎหมายลักษณะอาญาของไทยในความผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าว  
บัญญัติไว้ทัดเทียมกับกฎหมายเยอรมัน กฎหมายอังกฤษ อย่างไรก็ตาม เมื่อไทยปรับปรุงกฎหมาย  
เป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันได้ยกเลิกความผิดในส่วนกระทำชำเราผิดธรรมชาติ  
ออกไป โดยคณะอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเห็นว่ากฎหมายของ  
ประเทศอื่น เช่นอิตาลี ฝรั่งเศสไม่มี การฟ้องตามมาตรานี้ก่อให้เกิดความอับอายมากหลาย และกรณี



จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ก็มิฉะนั้นทำให้ไม่มีกฎหมายลงโทษการกระทำชำเราผิดมนุษย์อีกนับแต่ปี 2499 (วัชรินทร์ สังสีแก้ว, ม.ป.ป.)

#### 4. ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499

ในปี พ.ศ. 2499 ประเทศไทยได้ปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 อีกครั้งเป็นประมวลกฎหมายอาญานับปัจจุบันที่ประกาศใช้ และให้มีผลบังคับตั้งแต่ 1 มกราคม 2500 ในส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศอยู่ในลักษณะ 9 มี 12 มาตรา ต่อมาในปี 2514 คณะปฏิวัติได้ออกประกาศ ฉบับที่ 11 เพิ่มมาตรา 277 ทวิ, 277 ตริ และได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมอีก 3 ครั้ง ในปี พ.ศ. 2525, 2430 และ 2540 โดยมาตราหลัก คือมาตรา 276 ยังคงวางหลักเช่น กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 243 ที่ได้ให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราว่า “ผู้ใดใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจา ชู้เหตุกระทำชำเราขึ้นใจหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง....”(Whoever by violence or by any threat has sexual intercourse with any woman against her will, she not being his wife...) มาเป็นมาตรา 276 ที่ว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาของตน....” (Whoever has sexual intercourse with a woman who is not wife, against her will....) ซึ่งเป็นการเปลี่ยนการใช้ถ้อยคำให้สละสลวยขึ้น เลิกใช้คำว่า “เมีย หรือ ภรรยา” มาใช้คำว่า “ภรรยา” แทน แต่เมื่อพิจารณาด้วยทศภาษาอังกฤษแล้วความหมายเหมือนเดิมทุกประการ (วัชรินทร์ สังสีแก้ว, ม.ป.ป.)

5. ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. 2514 (เพิ่มเติมเรื่องโทษเพียงเรื่องเดียว) (วิมลเรขา ศิราชวัลลภ, 2556, หน้า 114)

#### 6. ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. 2525

เพิ่มเติมเรื่องหากศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสกันในระหว่างที่ผู้กระทำกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยตัวผู้กระทำผิดนั้นไป และมีการเปลี่ยนแปลงเรื่องเกณฑ์อายุขั้นต่ำของหญิงในการให้ความยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์ (วิมลเรขา ศิราชวัลลภ, 2556, หน้า 114)

7. ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

กฎหมายอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นกฎหมายที่ได้รับการปรับปรุงแก้ไขมาแล้วหลายครั้ง โดยขยายขอบเขตของ “การกระทำชำเรา” ให้กว้างขวางมากยิ่งขึ้น จากเดิม

“มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน โดยชู้เหตุด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราหญิง หมายถึง การเอาของลับของชายผ่านเข้าไปในช่องสังวาสของหญิง ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงต้องระวางโทษจำคุกสิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต”

ต่อมา ได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) โดยกำหนดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ในมาตรา 3 ดังนี้

“มาตรา 3 ให้ยกเลิกความในมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 และมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

มาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงคจะอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

(อัตราโทษ แก้ไขเพิ่มเติม โดยมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560)

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีประเด็นหลักสองประการ คือ

1. ประมวลกฎหมายอาญาลบเลิกโทษขยายขอบเขตของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราออกไปอย่างกว้างขวาง นอกจากนั้นยังนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” อย่างเป็นลายลักษณ์อักษร

2. ประมวลกฎหมายอาญาลบเลิกโทษกำหนดให้สามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาของตนเป็นการกระทำความผิด ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาเดิมไม่มี อันแสดงให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงทางความคิดที่ว่าผู้หญิงมีหน้าที่ต้องยอมให้สามีร่วมเพศด้วยทุกครั้งตามความต้องการของสามี

3. ตามประมวลกฎหมายอาญาลบเลิกโทษไม่ว่าจะเป็นคนเพศใดก็เป็นผู้กระทำและเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนได้ ซึ่งแตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญาเดิมที่จำกัดเพียงผู้กระทำเป็นชายและผู้ถูกกระทำเป็นหญิงเพียงกรณีเดียว (ยิ่งรัก อัจฉานนท์, 2556)

อย่างไรก็ตาม ก่อนมีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญาโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 19 พ.ศ. 2550 นั้นได้มีความพยายามในการแก้ไขโดยเสนอให้เพิ่มนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” โดยกำหนดให้มีความหมายกว้างขึ้นกว่าเดิมและให้ครอบคลุมทั้งการกระทำแก่เด็กหญิงและเด็กชายด้วย นอกจากนี้ยังได้เสนอให้ขยายขอบเขตความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีให้รวมถึงการกระทำแก่ชายหรือเด็กชายด้วย

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้มีหนังสือด่วนที่สุด ที่ นร 0204/7765 ลงวันที่ 5 มิถุนายน 2550 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งมีความว่าคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 3 มิถุนายน 2540 อนุมัติร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา(ฉบับที่..) พ.ศ. .... (กรณีความผิดเกี่ยวกับเพศ) ที่สำนักนายกรัฐมนตรีได้เสนอและให้ส่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา

การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในครั้งนั้นสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เสนอให้คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายเป็นผู้ตรวจพิจารณา โดยมีผู้แทนสำนักนายกรัฐมนตรี สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานสตรีแห่งชาติ ผู้แทนกระทรวงต่างประเทศ ผู้แทนกระทรวงพาณิชย์ ผู้แทนกระทรวงยุติธรรม ผู้แทนกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม ผู้แทนกระทรวงสาธารณสุข ผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติ และผู้แทนแพทยสภาเป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริง ในการพิจารณาสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานสตรีแห่งชาติ(ปัจจุบันคือกรมกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว) ได้เห็นควรที่จะขยายขอบเขตของการกระทำชำเราให้กว้างขึ้น โดยกำหนดให้ชายที่ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาของตนเป็นความผิด และกำหนดให้การกระทำชำเรานั้นหมายความรวมถึงการกระทำแก่ชายหรือเด็กชาย ทั้งนี้เพื่อป้องกันการหาประโยชน์ทางเพศในทุกรูปแบบ อย่างไรก็ตามคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาพิจารณาแล้วเห็นว่า “กระทำชำเรา” นั้นมีความหมายใน

ตัวเองประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลฎีกานั้นได้กำหนดให้การกระทำชำเราหมายถึง การร่วมประเวณี ดังนั้น จึงเห็นว่าการกำหนดนิยาม “การกระทำชำเรา” ให้ขยายขอบเขตไปอย่างกว้างขวาง โดยมุ่งหวังจะลงโทษบุคคลดังกล่าวทั้ง ๆ ที่ลักษณะของการกระทำนั้นเป็นการอนาจารมิใช่การร่วมประเวณีนั้นไม่น่าจะตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการกำหนดให้ชายข่มขืนกระทำชำเรากรรยาของตน โดยกรรยาไม่ยินยอมเป็นความผิดนั้น อาจส่งผลกระทบต่อความสงบสุขของสถาบันครอบครัวเป็นอย่างยิ่ง อีกทั้งการกำหนดฐานความผิดให้กว้างขึ้นตามที่หน่วยงานได้เสนอมาน่าจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี (พรสิริ สุริยกันท์, 2557, หน้า 104)

คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายอาญาเห็นควรกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเรากรรยาเป็นความผิด โดยมีเงื่อนไขว่าถ้าได้กระทำในขณะที่ตนเป็นโรคติดต่อทางเพศอย่างร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่ง หรือกระทำในขณะที่แยกกันอยู่โดยความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายด้วยสาเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันได้โดยปกติสุข หรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งของศาลซึ่งเป็นเหตุหย่าตามมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาก่อนเป็นเงื่อนไขให้ผู้กระทำต้องรับโทษ(เสนอให้เพิ่มมาตรา 276/1)และกำหนดให้การกระทำดังกล่าวถ้ามิได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัลหรือไม่เป็นเหตุให้ผู้กระทำได้รับอันตรายสาหัสเป็นความผิดอันยอมความได้ (เสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 281) นอกจากนี้ได้นำบทนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” อันมีลักษณะเป็นการอนาจารอย่างร้ายแรงไปกำหนดเป็นการกรำทำความผิดฐานอนาจาร อันเป็นเหตุให้ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 279 ทั้งนี้ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา(ฉบับที่..) พ.ศ. .... เกี่ยวกับการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มีดังนี้ “มาตรา 276/1 ถ้าการกระทำตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่หญิงซึ่งเป็นภรรยาของผู้กระทำ และกระทำในขณะที่ตนเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์อย่างร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่งหรือได้กระทำในขณะที่แยกกันอยู่โดยความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายด้วยสาเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันได้โดยปกติสุข หรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งของศาล ผู้กระทำจะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปีและปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสามแสนบาท” อย่างไรก็ตามเมื่อร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้ผ่านการเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อส่งไปยังรัฐสภาแล้ว กลับมิได้มีการเห็นชอบและประกาศใช้เป็นกฎหมายแต่อย่างใด ร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวจึงตกไป\* เมื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวการข่มขืนระหว่างสามีภรรยาจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อกระทำในขณะที่ตนเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์อย่างร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่งหรือได้กระทำในขณะที่แยกกันอยู่โดยความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายด้วยสาเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกัน

\* (บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่..) พ.ศ. .... เรื่องเสร็จที่ 271-272/2550

ได้โดยปกติสุข หรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งของศาล เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับต่างประเทศจะเห็นว่าหลายประเทศที่กำหนดให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสเป็นความผิด ทั้งนี้อาจกำหนดเงื่อนไขหรือพฤติการณ์บางประการให้เป็นความผิด

จึงกล่าวได้ว่า การแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 276 ประกอบด้วยสาระสำคัญสามประการ สำคัญคือประการแรก ไม่ว่าจะเป็นคนเพศใดก็เป็นผู้กระทำและเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนได้ จากที่กฎหมายเดิมจำกัดเพียงผู้กระทำเป็นชายและผู้ถูกกระทำเป็นหญิงเพียงกรณีเดียว เป็นการขจัดอคติในเรื่องเพศ (มาตรา 276 วรรคหนึ่ง) ประการที่สอง มีการนิยามคำว่ากระทำชำเราให้เป็นลายลักษณ์อักษร (มาตรา 276 วรรคสอง) ประการสุดท้ายกำหนดให้กรณีสามีข่มขืนภรรยาของตัวเอง ก็เป็นความผิดฐานข่มขืน (มาตรา 276 วรรคสี่) ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 302/2559 \*\* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4355/2558 \*\*\* นอกจากนี้ในมุมมองกลับกันหากภรรยาข่มขืนสามีก็เป็นความผิดเช่นเดียวกัน ในกรณีดังกล่าวได้มีคดีตัวอย่างเกิดขึ้นที่ประเทศเกาหลีใต้ซึ่งศาลสูงของเกาหลีใต้มีคำตัดสินชี้ขาดให้การข่มขืนคู่สมรส ถือเป็นความผิดตามกฎหมาย \*\*\*\* จึงกล่าวได้ว่าการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 276 มีที่มาจากแนวความคิดเรื่องความเสมอภาคทางเพศและการบริหารจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่

\*\* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 302/2559 แม้โจทก์และจำเลยเป็นสามีภรรยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 วรรคหนึ่ง ซึ่งจะต้องมีการร่วมประเวณีกันบ้าง แต่การร่วมประเวณีต้องเกิดจากความยินยอมของทั้งสองฝ่าย หากอีกฝ่ายไม่ยินยอมก็ไม่อาจบังคับได้ หากขึ้นใจถือเป็นความผิดตาม ประมวลกฎหมาย มาตรา 276

การที่จำเลยเรียกบุตรผู้เยาว์มาฟังคำดำเนินโจทก์ยอมให้จำเลยร่วมประเวณีเพื่อให้บุตรผู้เยาว์ไปพักนอน เช่นนี้จะถือว่าโจทก์ยอมให้จำเลยร่วมประเวณีไม่ได้ และการที่โจทก์มกลูกอีกเสบจากการร่วมประเวณีของจำเลย จำเลยทราบแต่ไม่หยุดร่วมประเวณีกับโจทก์ จนโจทก์ต้องหนีออกจากบ้าน พฤติกรรมของจำเลยถือเป็นการทำร้ายหรือทรมานจิตใจโจทก์อย่างร้ายแรง อันเป็นเหตุหย่าตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (3) และยังเป็นพฤติการณ์ที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภรรยาด้วยกันอย่างร้ายแรง ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (6) ด้วย(ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา: <http://deka.supremecourt.or.th>)

\*\*\* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4355/2558 ตาม ประมวลกฎหมาย มาตรา 276 (เดิม) ผู้ที่จะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นชายข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นที่มีใช้ภรรยาตน แต่ตาม ประมวลกฎหมาย มาตรา 276 (ที่แก้ไขใหม่) ซึ่งใช้บังคับขณะเกิดเหตุ ทั้งชายและหญิงอาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแม้จะกระทำต่อภรรยาหรือสามีของตนเอง หากมีการขู่ข่มขู่ด้วยประการใด ๆ ดังที่บัญญัติตาม ประมวลกฎหมาย มาตรา 276 (ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา:

<http://deka.supremecourt.or.th>)

\*\*\*\* เมื่อวันที่ 27 ต.ค.ที่ผ่านมา สำนักข่าวอนธกของเกาหลีใต้ รายงานว่า หญิงวัย 46 ปีรายหนึ่งถูกตั้งข้อหาบังคับขืนใจสามีของเธอให้มีเพศสัมพันธ์ ซึ่งนับเป็นผู้หญิงคนแรกของประเทศที่ถูกตั้งข้อหาข่มขืนสามีของตัวเอง สำนักงานอัยการกลางของกรุงโซลระบุว่าภรรยารายนี้มีนามสกุลชิม ได้กักขังหน่วงเหนี่ยวสามีนามสกุลคิม ไว้ในบ้านนานถึง 29 ชม.แล้วบังคับให้เขามีเพศสัมพันธ์ ซึ่งเธอทำเช่นนี้เพื่อที่จะพยายามสร้างหลักฐานเทียม เพื่อจะนำไปดำเนินการหย่าร้างกับสามีต่อไป แต่แหล่งข่าวไม่ได้ระบุว่า นางชิมสร้างหลักฐานประเภทใดขึ้นระหว่างการข่มขืน ทั้งนี้ศาลสูงของเกาหลีใต้มีคำตัดสินชี้ขาดให้การข่มขืนคู่สมรส ถือเป็นความผิดตามกฎหมายตั้งแต่เมื่อปี 2013 แต่กรณีของชิมและคิม เป็นครั้งแรกที่ผู้หญิงถูกฟ้องร้องภายใต้กฎหมายนี้ (โพสทูเดย์ออนไลน์, 29 ตุลาคม 2558)

รับรองหลักความเสมอภาคในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เท่าเทียมกัน การแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวทำให้เกิดความเสมอภาคทางเพศจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีและขจัดอคติทางเพศ

#### 1. แนวคิดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

คำว่า “ข่มขืน” นั้นในประมวลกฎหมายอาญามีได้ให้คำนิยามไว้ อย่างไรก็ตามได้มีนักวิชาการได้ให้ความหมายของคำว่า “ข่มขืน” ไว้ดังนี้

นักวิชาการกฎหมายกล่าวว่า การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายนานาประเทศ ในสมัยโบราณถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการประทุษร้ายทางร่างกายด้วย แต่เรียกการทำร้ายที่ผิดศีลธรรมจรรยา (Indecent Assault) เพราะการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความยินยอมของผู้อื่นและทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บเป็นอันตรายต่อร่างกาย ต่อมาได้ถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual offence) นอกจากจะเป็นการทำร้ายร่างกาย และจิตใจของผู้หญิงเสียหายแล้ว ยังทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง เกียรติคุณของผู้เสียหายอีกสถานหนึ่ง

นิโคลัส (Nicholas, n.d. อ้างถึงใน อัมมัน แต่เปาะ, 2547, หน้า 53) ให้ความหมายว่าการข่มขืนกระทำชำเราคือ การมีความสัมพันธ์ทางเพศโดยปราศจากความยินยอม โดยผู้ไม่เต็มใจถูกบีบบังคับให้มีเพศสัมพันธ์โดยบุคคลอีกคนหนึ่ง ซึ่งมีสถานภาพทางอำนาจที่เหนือกว่า และเป็นผู้ได้เปรียบซึ่งจะก่อให้เกิดผลเสียติดตามมาทั้งในด้านสังคม เศรษฐกิจและการดำรงชีพของหญิง

สุวทนา อารีพรรค (ม.ป.ป. อ้างถึงใน อัมมัน แต่เปาะ, 2547, หน้า 53) กล่าวว่า การข่มขืนกระทำชำเราคือ การพยายามร่วมเพศโดยฝ่ายหญิงไม่ยินยอม อันถือเป็นการทำร้ายทางเพศอย่างหนึ่ง ในทางกฎหมายการข่มขืนกระทำชำเรารวมถึงกรณีที่หญิงยินยอมให้มีการร่วมเพศเพราะความกลัวเพราะถูกบังคับ เพราะถูกล่อลวงหรือเพราะปัญญาอ่อน การร่วมเพศในสถานะที่หญิงไม่อาจขัดขืนได้

สถิตย์ ไพเราะ (2552, หน้า 306) กล่าวว่า คำว่า ข่มขืน หมายถึงการข่มขืนใจผู้อื่น มิได้สมัครใจ

ธกรณ บัญมี (2553, หน้า 786) กล่าวว่า คำว่า ข่มขืน หมายถึงการบังคับ ขืนใจ หรือขู่เจ็ญ

จึงกล่าวได้ว่า การข่มขืนกระทำชำเรา หมายถึงการกระทำด้วยประการใด ๆ ไม่ว่าจะใช้กำลังทางกายภาพหรือบีบบังคับจิตใจให้มีความสัมพันธ์ทางเพศ อันเป็นการฝ่าฝืนความยินยอมจากฝ่ายที่ถูกกระทำและเกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจ

แนวความคิดดั้งเดิมของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแบ่งประเภทออกเป็น

1. แนวความคิดดั้งเดิมของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั่วไป
2. แนวความคิดดั้งเดิมของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา

## 2. การข่มขืนกระทำชำเราทั่วไป

แนวความคิดดั้งเดิมของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีรากฐานมาจากแนวคิดในการคุ้มครองทรัพย์สินและเกียรติยศของชายผู้มีอำนาจปกครองหญิง ซึ่งเกิดจากวัตถุประสงค์ของสังคมในอันที่จะปกป้องสิทธิในทรัพย์สินของชาย เนื่องจากในสมัยโบราณถือว่าหญิงเป็นทรัพย์สินสมบัติของผู้มีอำนาจปกครอง ในกรณีหญิงยังไม่สมรสชายผู้เป็นเจ้าของหรือผู้มีอำนาจปกครองหญิงคือบิดา แต่ในกรณีหญิงสมรสแล้วชายผู้เป็นเจ้าของหญิงคือสามีของหญิงนั้น ผู้คนจึงไม่ได้มองว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำต่อร่างกายของหญิง หากแต่เป็นการทำความผิดต่อทรัพย์สินอย่างร้ายแรงโดยผู้เสียหายคือผู้มีอำนาจปกครองหญิงเหตุที่กล่าวว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการทำความผิดต่อทรัพย์สินอย่างร้ายแรง เนื่องจากว่าเป็นการทำให้หญิงสูญเสียคุณค่าความเป็นหญิงหรือ “พรหมจรรย์” ผลคือหญิงย่อมเสียโอกาสที่จะได้แต่งงานหรือหากแต่งงานแล้ว ค่าตัวของหญิงซึ่งเป็นทรัพย์สินทางเพศของชายก็จะมีราคา เสื่อมค่าเสื่อมราคาไปซึ่งค่านิยมหรือความเชื่อในสังคมเช่นนี้ได้ถ่ายทอดกันมาตลอดว่าชายเป็นเจ้าของหญิง ดังนั้นการข่มขืนกระทำชำเราก่อให้เกิดการสูญเสียสิทธิผูกขาดของชายผู้เป็นเจ้าของ (พ่อ และ/หรือ ผัว) ในตัวหญิงถือเป็นการทำลายศักดิ์ศรีและเกียรติยศของชายผู้เป็นเจ้าของหญิงนั่นเอง แนวความคิดเดิมมีประเด็นเกี่ยวกับการทำความผิดที่เกิดขึ้นระหว่างคนแปลกหน้ากระทำต่อหญิง (Stranger rape) ในกรณีคนแปลกหน้ากระทำต่อหญิงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับความยินยอม และเกณฑ์อายุที่จะสามารถให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ (วิลเลียมส์ คีราชัวยวรรณ, 2556, หน้า 11-14) ดังนั้นหากเกิดการข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำจะมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 หรือ มาตรา 277 แล้วแต่กรณี

## 3. การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา

แนวความคิดดั้งเดิมของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา มีรากฐานมาจากแนวคิดในระบบชายเป็นใหญ่หรือปิตาธิปไตย ซึ่งหมายถึง ระบบการครอบครองและควบคุมของผู้ชาย และการตกเบี่ยงล่างของผู้หญิงในเชิงเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ซึ่งเป็นลักษณะเด่นชัดในทุกยุคทุกสมัยตั้งแต่อดีตมาจนถึงปัจจุบัน ในทางเศรษฐกิจ ระบบชายเป็นใหญ่สะท้อนให้เห็นได้จากการแบ่งงานระหว่างผู้หญิงและผู้ชายในครอบครัวที่ให้นานในบ้านเป็นหน้าที่ของผู้หญิงเท่านั้น งานนอกบ้านเป็นหน้าที่ผู้หญิงทำเปลี่ยนแปลงไปตามแนวทางการพัฒนา ซึ่งส่วนใหญ่กิจกรรมที่ผู้หญิงทำมักมีสถานภาพต่ำกว่าและได้รับค่าตอบแทนที่ต่ำกว่ากิจกรรมที่ผู้ชายทำ (คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ, 2559, หน้า 2) เป็นหลักอำนาจอิสระเหนือตัวหญิงและเหนือประเวณีของหญิงหรืออำนาจอิสระของสามีเหนือภรรยาและหลักความยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์ อันเกิดจากพันธสัญญาของการสมรสประหนึ่งว่าภาวะของความเป็นสามีทำให้มีสิทธิที่

จะมีเพศสัมพันธ์กับภรรยาเพราะถือว่าสถานภาพของการสมรสเป็นการให้ความยินยอมไปตลอดจนกว่าจะขาดจากการสมรส จึงอาจกล่าวได้ว่าแนวคิดดั้งเดิมมีประเด็นเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นจากชายผู้เป็นสามีกระทำต่อหญิงที่เป็นภรรยา (Marital rape) ในกรณีนี้เดิมของประเทศไทยและของต่างประเทศเป็นเรื่องของอำนาจอิสระของสามีเหนือภรรยาและหลักความยินยอมที่ภาวะของความเป็นสามีทำให้มีสิทธิที่จะมีเพศสัมพันธ์กับภรรยา เพราะถือว่าสถานภาพของการสมรสเป็นการให้ความยินยอมไปตลอดจนกว่าจะขาดจากการสมรส ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีความสลับซับซ้อนเกี่ยวข้องกับอารมณ์และความรู้สึกของมนุษย์มาก ในยุคสมัยของการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง การที่สามีใช้กำลังขู่ขู่หรือกระทำการใดเพื่อบังคับให้ภรรยาอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืน เพื่อให้มีการร่วมเพศหรือร่วมประเวณีถือเป็นรูปแบบหนึ่งของความรุนแรงในครอบครัว เดิมสังคมไทยไม่เห็นว่าเป็นปัญหาจึงไม่ให้ความสำคัญ แต่เห็นว่าเป็นเรื่องความสัมพันธ์ในครอบครัวระหว่างสามีภรรยาซึ่งเมื่อสมรสอยู่กินด้วยกันด้วยความยินยอมแล้ว “ความยินยอม” นั้นย่อมรวมถึงการมีเพศสัมพันธ์ด้วยปัญหาสามีข่มขืนภรรยาจึงเป็นเรื่องในครอบครัว กฎหมายจึงไม่เอาผิดสามี สังคมจึงไม่เห็นความจำเป็นในการให้ความคุ้มครองหญิงในฐานะภรรยา จนมีผู้เปรียบเปรยว่าทะเบียนสมรสคือ ใบอนุญาตให้ข่มขืนภรรยาตลอดไป แต่ต่อมาเมื่อได้มีการแก้ไขกฎหมายอาญาในส่วนนี้ให้เป็นความผิดแล้ว ความยินยอมจึงเป็นสาระสำคัญที่แฝงอยู่ในองค์ประกอบความผิดในส่วนของการข่มขืนกระทำชำเรา อันมีผลให้การกระทำไม่มีความผิด แต่หากไม่ได้รับความยินยอมเสียแล้วก็เท่ากับเป็นการบังคับขืนใจ ซึ่งแม้เป็นสามีก็มีความผิดฐานกระทำชำเราได้ (วิมลเรขา ศิราชัษวรรณ, 2556, หน้า 14-31) การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายนั้นก็เพื่อให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างหญิงชาย ดังนั้นการเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายมิได้ให้สิทธิคู่สมรสข่มขืนกระทำชำเราอีกฝ่ายหนึ่งได้ ในปัจจุบันหากเกิดการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา ผู้กระทำจะมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่

ทั้งนี้ การข่มขืนที่สามีกระทำต่อภรรยาถือเป็นการกระทำรูปแบบหนึ่งของความรุนแรงในครอบครัว ซึ่งนอกจากไทยแล้วในบางประเทศก็ถือว่าเป็นการกระทำผิดทางกฎหมายและมีการบังคับใช้กฎหมายเอาผิดกรณีสามีข่มขืนภรรยาเช่นกัน อาทิ ออสเตรเลีย แคนาดา อิสราเอล อิตาลี เนเธอร์แลนด์ นิวซีแลนด์ สวีเดน สวิสเซอร์แลนด์ สหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา เป็นต้น (Manager Online, 2552)

จึงกล่าวได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 มีรากฐานทางความคิดมาจากหลักความเสมอภาคระหว่างชายหญิง เกิดขึ้นโดยกลุ่มที่ต่อสู้เพื่อสิทธิสตรีโดยถือว่าเป็นกลไกที่สำคัญในการผลักดันให้เกิดการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมกับสตรี ทั้งนี้มีการ



รณรงค์และเคลื่อนไหวให้ดำเนินการแก้ไขให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์สากลโดยขยายความ  
คุ้มครองให้กับบุคคลทุกเพศ ทุกสถานภาพ รวมไปถึงการกำหนดความผิดกรณีข่มขืนกระทำชำเรา  
ระหว่างคู่สมรส

## 2. ทศนคติและค่านิยมทางเพศของสังคม

ความรุนแรงในครอบครัวสามารถเกิดขึ้นได้ในทุกระดับของสังคม และเกิดจากหลาย  
สาเหตุรวมกัน ทั้งสาเหตุด้านตัวบุคคล สาเหตุด้านครอบครัว สาเหตุด้านสังคมและสาเหตุจาก  
ความสัมพันธ์เชิงอำนาจ นอกจากนี้ ความเชื่อ ค่านิยม ทศนคติ ที่มีต่อการกระทำรุนแรงใน  
ครอบครัว ในทัศนะของคู่สมรสหรือสามีภรรยา ยังพบว่าสามีภรณายังมีทัศนะที่ไม่เหมาะสม  
เกี่ยวกับความไม่เท่าเทียมกันระหว่างหญิงกับชายเกี่ยวกับการกระทำรุนแรงในครอบครัวถือเป็น  
เรื่องส่วนตัว ซึ่งมีการศึกษาความเชื่อในบทบาททางเพศในสามีที่กระทำรุนแรงต่อภรรยาในบริบท  
สังคมวัฒนธรรมพื้นที่ภาคอีสานของ กฤตยา แสงเจริญ (2545 อ้างถึงใน อังคณา ช่วยคำชู, 2555,  
หน้า 136) พบว่าสามีที่กระทำรุนแรงต่อภรณามีความเชื่อที่ต่างจากสามีทั่วไป โดยเชื่อว่าผู้หญิงเป็น  
สาเหตุให้สามีต้องกระทำรุนแรงสามีติภรรยาได้ถ้าไม่นับถือญาติหรือบรรพบุรุษของสามี สามีควร  
ได้รับการอภัยถ้าติภรรยาที่ไม่ยอมทำงานบ้าน และสามีไม่ควรได้รับการลงโทษถ้าติภรรยาของตน  
แนวคิดที่ว่าภรรยาเป็นสมบัติของสามีลูกเป็นสมบัติของพ่อแม่ ผู้ชายมีอำนาจเหนือผู้หญิง ผู้หญิง  
เป็นวัตถุทางเพศ เจตคติของสังคมในเรื่องบทบาทหญิงชายให้ความสำคัญและคาดหวังเพศชายใน  
ฐานะผู้นำ ผู้ตัดสินใจ ผู้สืบทอดเชื้อสายทางครอบครัว เพราะเพศชายมีร่างกายที่แข็งแรงกว่า  
สามารถปกป้องผู้อ่อนแอทางร่างกายคือผู้หญิงและเด็กได้ด้วย การมีค่านิยมที่สนับสนุนให้ชาย  
ได้เปรียบทางเพศมากกว่าหญิง การที่สมัยโบราณมีความเชื่อว่าฝ่ายชายมีความเก่งกล้าสามารถมี  
ภรรยาได้หลาย ๆ คน หรือการแสดงออกซึ่งการมีสมรรถภาพทางเพศสูง หรือสามารถมีเพศสัมพันธ์  
ก่อนสมรสได้โดยที่สังคมไม่ประณาม ในทางตรงกันข้ามฝ่ายหญิงจะถูกประณามอย่างรุนแรงจาก  
เหตุการณ์เดียวกัน (ศยา วังศิริไพศาล, 2536, 151 อ้างถึงใน สุวรรณี ลัคณวิฑ, ม.ป.ป., หน้า 56)  
นอกจากนี้ ยังมีค่านิยมอื่น ๆ เช่นสังคมเปิดโอกาสให้ชายสามารถมีเพศสัมพันธ์ก่อนแต่งงานได้ทั้ง  
ในขณะที่แต่งงานแล้วก็สามารถมีเพศสัมพันธ์กับหญิงนอกสมรสได้ ซึ่งตรงกันข้ามกับเพศหญิงที่  
ต้องรักษาพรหมจรรย์จนกว่าจะแต่งงาน การมีเพศสัมพันธ์ก่อนแต่งงานและระหว่างแต่งงานของ  
หญิงถือว่าเป็นสิ่งที่สังคมไม่ยอมรับ (วันทนี วาสิกะสิน, 2526 อ้างถึงใน สุวรรณี ลัคณวิฑ, ม.ป.ป., หน้า 56)ความเชื่อดังกล่าว ทำให้คนในสังคมไม่ต้องการเข้าไปยุ่งเกี่ยวหรือให้ความ  
ช่วยเหลือทำให้ปัญหาเพิ่มขึ้น การให้ความสำคัญและคาดหวังเพศชายในฐานะผู้นำผู้ตัดสินใจผู้สืบ  
ทอดเชื้อสายทางครอบครัวจะเห็นได้ชัดเจนในกรณีความรุนแรงในครอบครัว ซึ่งมาจากความเชื่อ  
ของสังคมแต่ดั้งเดิมเกี่ยวกับความไม่เท่าเทียมกันระหว่างหญิงกับชาย เช่น แนวคิดที่ว่าภรรยาเป็น

สมบัติของสามี ลูกเป็นสมบัติของพ่อแม่ ลูกผู้หญิงถูกอบรมสั่งสอนให้ว่านอนสอนง่ายและเมื่อแต่งงานก็ต้องเชื่อฟังสามี เก่งงานบ้านงานเรือน ในขณะที่ผู้ชายต้องเข้มแข็ง มีอำนาจเหนือผู้หญิง ผู้ชายจึงมีฐานะเป็นผู้นำ ผู้ดูแลคุ้มครองผู้หญิงและเด็ก แต่ก็มีสิทธิที่จะใช้อำนาจบังคับ ควบคุมหรือแม้แต่ทำร้ายร่างกายจิตใจได้สิ่งเหล่านี้ปรากฏให้เห็นต่อสังคมว่า ผู้ชายสามารถมีอำนาจเหนือกว่าทางด้าน อาชีพการงาน ด้านการเมือง และศาสนา ผู้หญิงเป็นเพศที่แสดงถึงผู้มีอำนาจที่น้อยกว่า ได้รับผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่น้อยกว่า บางคนมีโลกของตนเองเฉพาะภายในบ้านและการเลี้ยงลูก โดยทั่วไปภาพที่เหมาะสมให้กับผู้หญิงที่ประสบความสำเร็จในครอบครัว เป็นไปในลักษณะของผู้ถูกระงับที่ไร้อำนาจ ในขณะที่ผู้ชายเป็นผู้กระทำ มีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาด (อังคณา ช่วยคำชู, 2555, หน้า 136-137)

ความเชื่อและค่านิยมเกี่ยวกับเพศดังกล่าวถูกใช้เป็นเครื่องมือที่มีบทบาทสำคัญในการสร้างแนวคิดและกรอบในการดำเนินวิถีชีวิตของคนในสังคมทั้งผู้หญิงและผู้ชายเป็นอย่างมากโดยเห็นได้จากการอบรมสั่งสอนและการเลี้ยงดูระหว่าง “ลูกสาว” และ “ลูกชาย” ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การอบรมสั่งสอนลูกสาวในเรื่องเพศวิถี (Sexuality) ซึ่งเป็นเรื่องของการกระทำ มารยาท การพูดจา ท่าทีของคน สังคมไทยจะมีความเข้มงวดเป็นพิเศษ โดยเฉพาะเรื่องของการรักษานวลสงวนตัว ซึ่งแตกต่างไปจากการอบรมสั่งสอนลูกชาย ที่สังคมไทยมักให้ความสำคัญเกี่ยวกับการเป็นผู้นำในครอบครัวมากกว่าสอนเรื่องการวางตัวเกี่ยวกับเพศวิถีอันเป็นผลสืบเนื่องจากแนวคิดของระบบปิตาธิปไตย ที่ทำให้การอบรมสั่งสอนระหว่างผู้หญิงและผู้ชายแตกต่างกัน (สุชาดา รัชชกุล, 2541, หน้า 38 อ้างถึงใน สุวรรณิ ลักนวนิช, ม.ป.ป., หน้า 56) การแบ่งสองเพศสภาพคือ ชายและหญิงมีการให้คุณค่ามากกว่าอีกด้านหนึ่งเสมอ (สิรินุช เสงี่ยมศักดิ์, 2548, หน้า 34 อ้างถึงใน สุวรรณิ ลักนวนิช, ม.ป.ป., หน้า 56) ส่งผลให้คนในสังคมปฏิบัติต่อผู้หญิงและผู้ชายแตกต่างกันจนทำให้เกิดเป็นค่านิยมทวิมาตรฐานกับบทบาททางเพศขึ้นในสังคม กล่าวคือสังคมมักให้คุณค่ากับเพศชายมากกว่าเพศหญิง

### 3. มายาคติของความรุนแรงต่อผู้หญิง

“มายาคติ” เป็นศัพท์ทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มาจากคำภาษากรีกว่า Mythos แปลว่า นิทานหรือตำนาน ซึ่งนาย Roland Barthes ชาวฝรั่งเศสนำมาผสมกับคำว่า Logos ที่แปลว่า ความรู้ รวมกันเข้าเป็นคติความเชื่อหรือทัศนคติที่เป็นมายา คือ “เป็นความเชื่อที่ไม่เป็นความจริง” นั่นเอง

มายาคติมักถูกสร้างจากวัฒนธรรมทางภาษาของมนุษย์ โดย “ภาษา” คือเครื่องมือที่มนุษย์ใช้อธิบายความคิด โลกทัศน์ ความเข้าใจต่าง ๆ เพื่อสร้างนิยามความหมายให้ตนเองและสังคม ซึ่งถูกผลิตซ้ำ เพื่อใช้สื่อความหมาย (Representation) และเพื่อใช้ในการสื่อสาร

(Communication) ของสังคม ภาษาได้สะท้อน ความเชื่อ วัฒนธรรม ประเพณีในสังคมนั้น ๆ มาในรูปแบบต่าง ๆ เช่น สุภาษิต คำพังเพย ฯลฯ

ในสังคมไทยนั้น ผู้หญิงถูกคาดหวังจากระบบชายเป็นใหญ่ (Patriarchy) รวมทั้งอุดมการณ์ผัวเดียวเมียเดียว (Monogamy) จารีตประเพณีแต่ดั้งเดิมยกให้ชายมีอำนาจเหนือหญิง ในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรส สามีจึงมีอำนาจเหนือภรรยาและบุตรที่ต้องการทั้งการปกป้องคุ้มครอง และการควบคุมการใช้ความรุนแรงของชายจึงเป็นเครื่องมือในการรักษาอำนาจที่เหนือกว่า ซึ่งสตรีส่วนใหญ่ก็ยอมรับสถานะภาพที่ด้อยกว่าผู้ชาย ซึ่งในครอบครัวและอาณาเขตต่าง ๆ ในสังคมจารีตประเพณีดังกล่าว สะท้อนให้เห็นว่าสังคมโดยส่วนรวม ยังยอมรับความไม่เท่าเทียมของหญิงและชาย ซึ่งนำไปสู่การที่สังคมยังไม่ตระหนักว่า ความรุนแรงต่อสตรีเป็นปัญหาสำคัญ แต่เป็นเพียงปัญหาภายในครอบครัวที่บุคคลภายนอกไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยว "เรื่องของผัวเมีย อย่ายุ่ง" คำคลาสสิก ที่ได้รับอภิสิทธิ์ จากสังคม แม้แต่ในภาพยนตร์/ละครหลายต่อหลายเรื่องที่มีฉากภาพความรุนแรงในครอบครัว ที่กระทำซ้ำซาก ทั้งสามีและภรรยา ความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับผู้หญิงและไม่สามารถจัดการแก้ปัญหาเหล่านี้ได้นั้น ส่วนหนึ่งก็มาจากการมองว่า "เรื่องผัว-เมีย อย่าไปยุ่ง" นั่นเอง หากสังคมวันนี้ยังมองว่าสิ่งที่พบเจอนั้น เป็นความรุนแรงของคนอื่น ไม่ใช่เรื่องของเราไม่ควรเข้าไปยุ่งจนมองข้ามและมองไม่เห็นว่าการรุนแรงในครอบครัว หรือแม้แต่ความรุนแรงใด ๆ ว่าเป็นเรื่องสำคัญแล้ว ก็ถือว่าได้ถูกม่านมายาสำคัญบดบังอคติไปด้วยในตัวแล้ว ดังนั้นวันนี้จึงไม่ควรจะมีคำว่า "เรื่องของผัวเมีย ใครอย่ายุ่ง" อีกต่อไป

ตัวอย่างสุภาษิตที่สะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับต่อการใช้ความรุนแรงในครอบครัว เช่น ลิ่นกับพิน ย่อมกระทบกันเป็นธรรมดา ไฟในอย่านำออก ภรรยาเป็นสมบัติของสามี นอกจากนี้ยังมีการเปรียบเปรยเกี่ยวกับเพศที่มักได้ยินบ่อย ๆ ว่า "ผู้ชายคือช้างเท้าหน้า ผู้หญิงคือช้างเท้าหลัง" โดยคนไทยส่วนใหญ่เชื่อว่าเป็นคาสุภาษิตที่บอกถึงผู้ชายต้องเป็นผู้นำและผู้หญิงต้องเป็นผู้ตาม (ภาควิชาสตรีศึกษา คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2557)

จึงกล่าวได้ว่าสังคมไทยถูกมายาคติครอบงำทางความคิดโดยถือว่าผู้ชายถือเป็นหัวหน้าครอบครัวเป็นเสาหลักของบ้านเป็นคนทำงานหาเลี้ยงครอบครัว แต่สถานะของหญิงในครอบครัวเป็นเพียงแม่บ้านทำงานบ้านเลี้ยงลูกเท่านั้น ซึ่งความเป็นจริงในปัจจุบันมีการยอมรับเพศหญิงมากขึ้น ผู้หญิงในยุคปัจจุบันมีความรู้ความสามารถและสามารถเข้ามามีบทบาทในด้านต่าง ๆ ได้อย่างทัดเทียมกับผู้ชาย ฉะนั้นผู้หญิงจึงไม่ใช่แค่ช้างเท้าหลังอีกต่อไป

#### 4. รูปแบบและแรงจูงใจในการข่มขืน

ในการศึกษาเกี่ยวกับการข่มขืนซึ่งถือว่าเป็นความรุนแรงทางเพศ (Sexual violence<sup>\*</sup>) นั้นได้มีการแบ่งประเภทการข่มขืนไว้หลายรูปแบบอาทิ การข่มขืนโดยคนแปลกหน้า (Stranger rape)<sup>\*\*</sup> การข่มขืนระหว่างสายโลหิต (Incest rape<sup>\*\*\*</sup>) การข่มขืนระหว่างคู่รัก (Date rape<sup>\*\*\*\*</sup>) การข่มขืนโดยผู้ใกล้ชิดหรือคนรู้จักคุ้นเคย (Intimate rape<sup>\*\*\*\*\*</sup>) การรุมโทรม (Gang rape<sup>\*\*\*\*\*</sup>) และการข่มขืนที่สามีกระทำต่อภรรยา (Marital rape or wife rape<sup>\*</sup>) เป็นต้น นิยามโดยทั่วไปของ “การข่มขืนที่สามีกระทำต่อภรรยา” (Marital rape or wife rape) คือ การที่สามีใช้กำลังบังคับขู่เข็ญ หรือกระทำการใดเพื่อบังคับหรือทำให้ภรรยาอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดขึ้น เพื่อให้มีการร่วมเพศหรือร่วมประเวณีโดยมีการสอดใส่อวัยวะเพศชายในช่องคลอด ทวารหนัก ปาก และรวมถึงกรณีสามีภรรยาที่มีได้สมรส

---

\* Sexual violence is any sexual act or attempt to obtain a sexual act by violence or coercion, acts to traffic a person or acts directed against a person's sexuality, regardless of the relationship to the victim.

[http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/global\\_campaign/en/chap6.pdf](http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/global_campaign/en/chap6.pdf)

\*\* Sexual violence means that someone forces or manipulates someone else into unwanted sexual activity without their consent. Reasons someone might not consent include fear, age, illness, disability, and/or influence of alcohol or other drugs. Anyone can experience sexual violence including: children, teens, adults, and elders. Those who sexually abuse can be acquaintances, family members, trusted individuals or strangers. [http://www.nsvrc.org/sites/default/files/Publications\\_NSVRC\\_Factsheet\\_What-is-sexual-violence\\_1.pdf](http://www.nsvrc.org/sites/default/files/Publications_NSVRC_Factsheet_What-is-sexual-violence_1.pdf)

\*\*\* sexual intercourse between close blood relatives, including brothers and sisters, parents and children, grandparents and grandchildren, or aunts or uncles with nephews or nieces. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/incest>

\*\*\*\* Date rape is a form of [acquaintance rape](#). The two phrases are often used interchangeably, but date rape specifically refers to a [rape](#) in which there has been some sort of romantic or potentially sexual relationship between the two parties. Acquaintance rape also includes rapes in which the victim and perpetrator have been in a non-romantic, non-sexual relationship, for example as co-workers or neighbors. [https://en.wikipedia.org/wiki/Date\\_rape](https://en.wikipedia.org/wiki/Date_rape)

\*\*\*\*\* A perpetrator can have any relationship to a victim, and that includes the role of an intimate partner. There are many different terms to refer to sexual assault committed by a person in a relationship with the victim, including: intimate partner sexual violence, domestic violence, intimate partner rape, marital rape, and spousal rape. No matter what term is used or how the relationship is defined, it is never okay to engage in sexual activity without someone's consent.

<https://www.rainn.org/articles/intimate-partner-sexual-violence>

\*\*\*\*\* an occasion when a group of people use violence or threatening behaviour to force someone to have sex with all of them. <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/gang-rape>

\* Marital rape is defined by any unwanted sexual acts by a spouse or ex-spouse, committed without consent and/or against a person's will, obtained by force, or threat of force, intimidation, or when a person is unable to consent. There are various types of rape, including battering rape, force-only rape and obsessive/sadistic rape. Learn about other types of nonconsensual acts, how to get support and more about the crime and statistics of marital rape. <https://www.thespruce.com/what-is-marital-rape-2300724>

โดยถูกต้องตามกฎหมาย แยกกันอยู่ หย่าร้าง หรืออยู่กินด้วยกันในช่วงเวลาหนึ่ง \*\* (Bergen, 1999) จากรูปแบบของการข่มขืนดังกล่าว ได้นำมาสู่ข้อสรุปถึง แรงจูงใจในการข่มขืน (Rapist motivation) ซึ่งแบ่งออกเป็น 7 ประการ ได้แก่

1. แรงจูงใจที่ผู้กระทำผิดมองการมีเพศสัมพันธ์ (Sex and lovemaking) ซึ่งอาจจะทำให้กลายเป็นการใช้อำนาจไปบังคับ เพราะว่าในเด็กหนุ่มที่ยังขาดประสบการณ์จำนวนมากถูกสั่งสอนเกี่ยวกับการใช้อำนาจและความรุนแรงว่า อาจจะเป็นสิ่งที่สามารถกระตุ้นอารมณ์ทางเพศกับผู้หญิงได้ จนนำไปสู่พฤติกรรมข่มขืน เนื่องจากความสับสนระหว่างการหาประสบการณ์ทางเพศกับการมีความสัมพันธ์ทางเพศ

2. แรงจูงใจที่ผู้กระทำผิดมองผู้หญิงเหมือนกับสินค้าที่สามารถจะซื้อขายไปได้ (Sex and shop lifting) โดยพวกเขาจะถูกสอนว่า ความต้องการทางเพศนั้นเหมือนกับความหิวกระหาย ซึ่งผู้หญิงเปรียบเหมือนกับลูกกวาดที่บางครั้งต้องหยิบขโมยมาเหมือนของกับของกิน

3. แรงจูงใจที่เกิดจากกลุ่มที่มีความสัมพันธ์กับพฤติกรรมข่มขืน (Uniting) โดยการใช้การข่มขืนเป็นบทพิสูจน์ในบางสิ่งของกลุ่มแก๊ง หรือสนับสนุนความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของแก๊ง

4. การแบ่งแยกที่มีแรงจูงใจของการมองว่าผู้หญิงเป็นทรัพย์สินสมบัติของผู้ชาย (Dividing) และการข่มขืนนั้นใช้เพื่อแสดงอำนาจเหนือผู้หญิง

5. แรงจูงใจด้านอำนาจ (Power) เพื่อต้องการรักษาอำนาจและควบคุมเหนือเหยื่อ โดยเฉพาะ

6. แรงจูงใจจากความโกรธ (Anger) โดยจะใช้กำลังโจมตีเหยื่อทุกส่วนของร่างกายและจะใช้ความรุนแรงมากขึ้น ถ้าจำเป็นเพื่อให้เหยื่อยอมเชื่อฟัง นอกจากนี้ยังเป็นการกระทำเพื่อต้องการลดคุณค่าความเป็นคนของผู้หญิง เช่น การถ่ายปัสสาวะลงไปในตัวเหยื่อ หรือหลังน้ำอสุจิรดบนใบหน้าบนผมของเหยื่อ หรือบังคับร่วมเพศทางทวารหนัก หรือสอดใส่วัตถุเข้าไปในช่องคลอด ช่องทวารหนักของเหยื่อ หรือการแสดงออกทางการทำร้ายและการพุดจาคุกหมิ่นต่าง ๆ

7. แรงจูงใจพัฒนามาจากความโกรธ กลายมาเป็นความก้าวร้าวทางเพศในเวลาต่อมา (Sadism) ซึ่งความก้าวร้าวจะเป็นตัวกระตุ้นความรู้สึกทางเพศ (Baker, 1997 อ้างถึงใน สฤณี สืบพงษ์ศิริ, ม.ป.ป., หน้า 4)

---

\*\* marital rape can be defined as any unwanted intercourse or penetration (vaginal, anal, or oral) obtained by force, threat of force, or when the wife is unable to consent (Bergen, 1996; Pagelow, 1984; Russell, 1990). Most studies of marital rape have included couples who are legally married, separated, divorced or cohabiting with the understanding that the dynamics of sexual violence in a long-term cohabiting relationship are similar to those of a married couple (Mahoney & Williams, 1998).

<https://web.archive.org/web/20111006080602/http://www.taasa.org/library/pdfs/TAASALibrary104.pdf>

## 5. สาเหตุที่ก่อให้เกิดปัญหาการข่มขืน

สาเหตุของการข่มขืน การประกอบอาชญากรรมนั้นมีสาเหตุสำคัญมาจากปัจจัย 3 ประการและ 1 องค์ประกอบร่วม ซึ่งได้แก่ ปัจจัยทางกายภาพและปัจจัยทางสังคม มีส่วนผลักดันให้บุคคลเป็นอาชญากรเมื่อถูกกระตุ้นผ่านตัวแปรสภาพคือ ปัจจัยทางจิต (ซึ่งเป็นความรู้สึกขาดความรับผิดชอบชั่วดีและศีลธรรม) และองค์ประกอบร่วมด้านโอกาสในการกระทำผิด แต่ปัจจัยทางจิตประการเดียวก็สามารถเปลี่ยนแปลงนำไปสู่สภาพอาชญากรรมได้แม้จะไม่มีอิทธิพลจากสภาพปัจจัยทางกายภาพหรือสังคมร่วมก็ตาม ซึ่งจะพบเห็นได้กรณีที่อาชญากรเป็นโรคจิต (จักษ์พันธ์ชูเพชร, 2548, หน้า 12-13)

### 5.1 สาเหตุจากตัวผู้ข่มขืน

5.1.1 สาเหตุจากแรงกระตุ้นทางเพศ เป็นการแสดงออกทางอารมณ์เพศรุนแรง (Explosive sexual impulse) ผู้กระทำจะมีลักษณะเป็นปกติมาตลอด แต่มักจะมีความขลาดอาย มีบุคลิกภาพที่ไม่บรรลุนิติภาวะทางอารมณ์ (Immature) อายุที่จะผูกสัมพันธ์กับเพศหญิง

5.1.2 สาเหตุจากความวิปริตทางเพศ เป็นกามวิปริตแบบ sadism ที่ผู้กระทำผิดจะกระทำเพื่อถ่ายทอดความก้าวร้าวทางเพศ (Sexual aggressive diffusion) ที่จะต้องได้รับการกระตุ้นอารมณ์ทางเพศด้วยการขัดขืนหรือต่อต้านจากอีกฝ่าย และจากภูมิหลังการเลี้ยงดูพบว่ามักเคยถูกทารุณมาก่อนจนเกิดเป็นความผิดปกติทางเพศ หรือเรียกว่าความเบี่ยงเบนทางเพศ (Sexual deviation)

5.1.3 สาเหตุจากสันดานความประพฤติแบบก้าวร้าว (Aggressive conduct disorder) ผู้ข่มขืนไม่ใช่อาชญากรทางเพศอย่างแท้จริง แต่เป็นการใช้กำลังรุนแรงเพราะต้องการมีอำนาจเหนือหรือเอาชนะเหยื่อ ผู้กระทำผิดส่วนใหญ่มีพฤติกรรมแบบต่อต้านสังคม มาจากครอบครัวที่ขาดความอบอุ่นหรือถูกทารุณกรรมในวัยเด็ก

5.1.4 สาเหตุจากความผิดปกติทางจิตใจ (Mental disorder) ในลักษณะของการเป็นโรคจิต เช่น โรคหวาดระแวง (Paranoid) ปัญญาอ่อนและโรคทางสมอง (Organic brain diseases) ที่จะทำให้มีพฤติกรรมเปลี่ยนแปลงไป และกระทำความผิดโดยขาดความรู้สึกรับผิดชอบชั่วดี นอกจากนี้แล้วยังมีสาเหตุของพฤติกรรมข่มขืนที่เกิดจากการสูญเสียการควบคุมตนเองชั่วคราวเนื่องจากการมีสภาพผิดปกติ อันมีสาเหตุอันเนื่องมาจากการเสพยาเสพติดหรือแอลกอฮอล์โดยเมื่อดื่มเสพยาจะทำให้พฤติกรรมเปลี่ยนแปลงไป เพราะสุราไปกดความรู้สึกผิดชอบชั่วดี เหลือเพียงแต่ความรู้สึกที่มาจากสัญชาตญาณ (Instinctual need) ทำให้ความรู้สึกอารมณ์ที่เก็บกดไว้ระเบิดออกมา การกระทำจึงเกิดขึ้นเพื่อระบายความต้องการทางเพศ (Curt, 1991 อ้างถึงใน สฤษดิ์สีบพงษ์ศิริ, ม.ป.ป., หน้า 6-7)

## 5.2 สาเหตุจากสังคม

เป็นสาเหตุที่เกิดจากภายนอก เช่น การแพร่กระจายของสิ่งยั่วยุทางกามารมณ์ต่าง ๆ รวมถึงสุราและยาเสพติด ที่ทำให้เกิดแหล่งมั่วสุมหรือมีฤทธิ์ต่อสมอง ขาดความรู้สึกผิดชอบชั่วดี ความยับยั้งชั่งใจ ซึ่งเป็นสิ่งที่สนับสนุนการก่ออาชญากรรมทางเพศได้ทั้งสิ้นนอกจากนี้ (สฤณี สืบพงษ์ศิริ, ม.ป.ป., หน้า 7) โกทและเบอร์นบวม (Groth & Birnbaum, 1981, pp. 18-19 อ้างถึงใน จักษ์ พันธุ์เพชร, 2548, หน้า 14) กล่าวว่า การข่มขืนกระทำชำเราอาจเกิดจากการตอบสนองความต้องการพื้นฐานที่ไม่ใช่เรื่องเพศ เป็นการแสดงอำนาจและความ โกรธแค้นผ่านพฤติกรรมทางเพศ มากกว่าที่จะเกิดความต้องการทางเพศอย่างเดียว การข่มขืนกระทำชำเราจึงเป็นการแสดงออกถึงการสูญเสียการทำหน้าที่ทางจิต ซึ่งอาจเกิดขึ้นชั่วคราว นาน ๆ ครั้ง หรือซ้ำแล้วซ้ำเล่าเป็นการกระทำของคนที่อ่อนแอทางอารมณ์ และไม่สามารถจัดการกับความเครียดและความต้องการของชีวิตได้

### 6. ประเภทหรือชนิดของการข่มขืนที่สามมีกระทำต่อภรรยา

มาฮันนี และวิลเลียม (Mahoney & Williams, n.d. อ้างถึงใน กมลทิพย์ คติการ และคณะ, 2547, หน้า 9-11) ได้รวบรวมประเภทหรือชนิดของการข่มขืนจากงานวิจัย 2 เรื่องไว้ 4 ประเภท ดังนี้ ประเภทแรก คือการใช้กำลังบังคับเพื่อข่มขืนกระทำชำเรา ในกรณีนี้สามมีจะใช้อำนาจในรูปแบบต่าง ๆ บังคับให้เกิดการร่วมเพศโดยฝ่ายหญิงไม่ยินยอม

ประเภทที่สอง คือการทำร้ายร่างกายร่วมกับการข่มขืน สามมีจะทั้งทำร้ายร่างกายและข่มขืนภรรยาของตน การทำร้ายร่างกายนี้อาจเกิดขึ้นก่อนหรือหลังการร่วมเพศก็ได้

ประเภทที่สาม ทารุณเพื่อการตอบสนองทางเพศ สามมีจะใช้วิธีการทรมานหรือการร่วมเพศในลักษณะวิปริตต่าง ๆ กับภรรยาของตนโดยฝ่ายหญิงไม่ยินยอม

### ประเภทสุดท้าย เป็นแบบผสม

นอกจากนี้ “วิธีการร่วมเพศ” นั้นมิได้หมายถึงการร่วมเพศทางช่องคลอดเพียงอย่างเดียว เนื่องจากงานวิจัยต่าง ๆ พบว่ามีวิธีการร่วมเพศในหลากหลายรูปแบบทั้งทางปาก ทวารหนัก หรือแม้แต่การใช้วัตถุแทนอวัยวะเพศ หรือบังคับให้ร่วมเพศกับสัตว์ วิธีการเหล่านี้ถือเป็นการข่มขืนทั้งสิ้น อย่างไรก็ดี จากงานวิจัยจำนวน 4 เรื่องเกี่ยวกับการกระทำรุนแรงทางเพศที่ชายกระทำต่อภรรยาหรือคู่ครองนั้นมีรูปแบบต่างกันเช่น ร่วมเพศทางปาก ทวารหนัก การใช้วัตถุ นิ้วมือ การทุบตี การบังคับร่วมเพศมากกว่าหนึ่งครั้ง

มาฮันนี และวิลเลียม (Mahoney & Williams, n.d. อ้างถึงใน กมลทิพย์ คติการ และคณะ, 2547, หน้า 9-11) ได้เปิดเผยข้อมูลว่าเหยื่อส่วนใหญ่รายงานว่าถูกบังคับร่วมเพศทางช่องคลอด เกือบร้อยละ 50 ถูกทำร้ายหรือทุบตีระหว่างการร่วมเพศ และหนึ่งในสามเคยถูกบังคับให้ร่วมเพศทางปาก และทวารหนัก ส่วนการใช้วัตถุนั้นไม่ค่อยมีข้อมูล และงานวิจัยของ เคมเบลและออฟอร์ด

(Campbell & Alford, 1989 อ้างถึงใน กมลทิพย์ คติการและคณะ, 2547, หน้า 9) ยังรายงานอีกว่าเหยื่อบางคนถูกบังคับให้ร่วมเพศกับหญิงอื่น ร่วมเพศกับสัตว์ หญิงอาชีพบริการทางเพศ และร่วมเพศในที่สาธารณะ มาฮันนี และวิลเลียม สรุปรวบรวมจากงานวิจัยต่าง ๆ ว่าปัจจัยที่ทำให้ภรรยาหนึ่งเจ็บไม่กล้าบอกเล่าปัญหาแก่บุคคลอื่นหรือสังคมคือ 1. ความซื่อสัตย์จงรักภักดีและความรู้สึกว่าเป็นเรื่องภายในครอบครัว ไม่ควรเปิดเผยให้บุคคลภายนอกรับรู้ 2. ผู้หญิงหรือภรรยาไม่ต้องการยอมรับภาวะที่ตนเองตกเป็นเหยื่อของการข่มขืน 3. การไม่ต้องการถูกตีตราจากสังคมว่าเคยมีประสบการณ์ในการถูกข่มขืน 4. การมีมายาคติหรือความเชื่อผิด ๆ เกี่ยวกับบทบาทของผู้หญิงในชีวิตแต่งงาน และการใช้ชีวิตกว่าภรรยาทำหน้าที่ปรนนิบัติตามใจสามีในเรื่องเพศทุกประการไม่ว่าเธอจะต้องการหรือเต็มใจหรือไม่ก็ตาม 5. ไม่สามารถบอกหรือรู้ความแตกต่างระหว่างการมีเพศสัมพันธ์อย่างปกติหรือการถูกบังคับโดยใช้กำลังเนื่องจากไม่เคยมีประสบการณ์ทางเพศสัมพันธ์มาก่อน

#### 7. ผลกระทบจากการที่ภรรยาหรือคู่ครองถูกข่มขืน

ในด้านผลกระทบจากการที่ภรรยาหรือคู่ครองถูกข่มขืนนั้นยังมีความเข้าใจคลาดเคลื่อนอยู่มากในสังคมไทย กล่าวคือสังคมมักจะหวาดกลัว และตระหนักต่อผลกระทบทั้งทางร่างกายและจิตใจของผู้หญิงที่ถูกข่มขืนจากคนแปลกหน้ามากกว่าการถูกข่มขืนจากสามีหรือคู่ครองของตนเอง โดยครอบครัวจะให้ความเห็นอกเห็นใจ สนับสนุนทางด้านจิตใจอย่างเต็มที่ ดำรวจหรือกระบวนการยุติธรรมก็พยายามหาทางจับกุมผู้กระทำผิดมาลงโทษเนื่องจากเป็นเรื่องสะเทือนขวัญในสังคม

แต่ในกรณีที่ภรรยาถูกสามีข่มขืนนั้น สังคมส่วนใหญ่เข้าใจผิดว่า การกระทำดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลกระทบรุนแรงต่อเหยื่อ แต่แท้จริงแล้วมีผลกระทบทั้งทางร่างกายและจิตใจ งานวิจัยจากต่างประเทศยืนยันว่าการข่มขืนระหว่างสามีภรณานั้นสร้างผลกระทบรุนแรงเนื่องจากการกระทำต่อเนื่องเป็นระยะเวลานาน เหยื่อจะถูกทำร้ายร่างกายและข่มขืน แต่ต้องตกอยู่ในภาวะจำยอมนิ่งเฉย ไม่สามารถหาทางออกหรือหลีกเลี่ยงต่อการกระทำรุนแรงทางเพศนั้นเพราะอับอาย และจำนนต่ออำนาจของผู้กระทำซึ่งมีผลกระทบทางด้านจิตใจรุนแรงกว่าการข่มขืนจากคนแปลกหน้า เช่น ฟิงค์เกิลฮอร์ และเยโล่ (Finkelhor & Yllo, 1987, p. 137) ได้กล่าวไว้อย่างน่าสะเทือนใจว่า “ผู้หญิงที่ถูกข่มขืนจากคนแปลกหน้านั้น มีชีวิตอยู่กับความทรงจำของการถูกทำร้ายที่น่าหวาดกลัว แต่ผู้หญิงที่ถูกสามีข่มขืนนั้นต้องดำเนินชีวิตอยู่กับคนที่ข่มขืนเธอ”<sup>\*</sup> ที่สำคัญที่สุดก็คือ

<sup>\*</sup> Many victims of wife rape also suffer severe physical injuries and endure multiple rapes throughout their marriages. As Finkelhor and Yllo (1983) note, a woman who is raped by a stranger lives with a memory of a horrible attack; a woman who is raped by her husband lives with her rapist.



ผู้หญิงเหล่านี้ไม่สามารถร้องขอการคุ้มครองจากสังคมและกฎหมาย แม้ว่าการข่มขืนนี้จะเป็นการกระทำของสามีต่อภรรยา แต่ผลกระทบมิได้เกิดกับเฉพาะกับภรรยาเท่านั้น เด็กหรือลูก ๆ ก็ได้รับผลกระทบนี้ด้วย เพราะเด็ก ๆ อาจได้ยินเสียงร้องเห็นการทำร้ายร่างกาย หรือทราบได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างพ่อแม่ของเขากำลังมีปัญหาและยังพบด้วยว่ามีบางครั้งที่ได้ถูกบังคับให้มีส่วนร่วมในการบังคับร่วมเพศนั้น ๆ ด้วย (Mahoney & Williams, 1998, p.24) \*\*

ดังนั้นปัญหาการขัดแย้งทะเลาะหรือความแตกแยกของครอบครัวจึงมิได้เริ่มต้นเมื่อผู้หญิงต้องการฟ้องร้องให้กฎหมายคุ้มครอง หากแต่การฟ้องร้องจะเป็นการหยุดยั้งปัญหา หรือระงับความรุนแรงที่ได้รับ เพราะปัญหาต่าง ๆ ได้เกิดก่อนหน้านั้นและส่งผลกระทบต่อร่างกายและจิตใจทั้งของตัวภรรยาและสมาชิกในครอบครัวในลักษณะเรื้อรัง การที่ผู้หญิงหรือภรรยาได้แจ้งความดำเนินคดีจึงไม่ได้หมายความว่าสภาพชีวิตในบ้านเป็นปกติสุขหรือไม่มีความแตกแยกแต่อย่างใด

#### 8. ปัจจัยที่ทำให้ภรณานิ่งเงียบไม่กล้าบอกเล่าปัญหาแก่บุคคลอื่นหรือสังคม

มาฮอนีย์ และวิลเลียม (Mahoney & Williams, n.d. อ้างถึงใน กมลทิพย์ คติการ และคณะ, 2547, หน้า 9-11) ได้สรุปรวบรวมจากงานวิจัยต่าง ๆ ว่าปัจจัยที่ทำให้ภรรยาที่ถูกสามีข่มขืนหรือภรณานิ่งเงียบไม่กล้าบอกเล่าปัญหาแก่บุคคลอื่นหรือสังคม คือ

1. ภรรยามีความซื่อสัตย์จงรักภักดีและความรู้สึกว่าเป็นเรื่องภายในครอบครัวไม่ควรเปิดเผยให้บุคคลภายนอกรับรู้
2. ภรรยาไม่ต้องการยอมรับภาวะที่ตนเองตกเป็นเหยื่อของการข่มขืน
3. ไม่ต้องการถูกตีตราจากสังคมว่าเคยมีประสบการณ์ถูกข่มขืน

---

\*\* *Effects on the offender* : So little is known about the experience of the husband-rapist, it is only possible to speculate on how wife rape effects his life. His behavior and the force used to have sex against his wife's wishes may lead to the loss of intimacy between himself and his wife and to the disintegration and loss of his family. Although the husband-rapist may also experience negative psychological outcomes from the abuse he inflicts, he may not have other means of managing his anger, and thus may continue to create an unstable home environment in which he is feared and even hated by his family.

*Effects on children* : The personal accounts of wife rape indicate that children often witness sexual assaults or overhear struggles and screams during rapes. As noted earlier, some studies reveal that a small percentage of children are also forced to participate in sexual acts (Campbell & Alford, 1989). Unfortunately, aside from the finding that raped/battered women are more violent to their own children than battered only women (Frieze, 1983), almost nothing has been written about the effects of marital rape on children. Children are often aware of the conflicts between their parents, even when the parents believe otherwise. We know that children who witness physical abuse between parents are more likely to be involved in physically abusive relationships as adults. It may be that children who witness sexual assaults between their parents will be more likely to be involved in sexually assaultive relationships as adults. Further research on these relationships is needed.

[http://www.ncdsv.org/images/NNFR\\_PartnerViolence\\_A20YearLiteratureReviewandSynthesis.pdf](http://www.ncdsv.org/images/NNFR_PartnerViolence_A20YearLiteratureReviewandSynthesis.pdf)

4. ภรรยาที่มีมายาคติหรือความเชื่อผิด ๆ เกี่ยวกับบทบาทของผู้หญิงในชีวิตแต่งงาน และการใช้ชีวิตว่าภรรยาทำหน้าที่ปรนนิบัติตามใจสามีในเรื่องเพศทุกประการไม่ว่าเธอจะต้องการหรือเต็มใจหรือไม่ก็ตาม

5. ไม่สามารถบอกหรือรู้ความแตกต่างระหว่างการมีเพศสัมพันธ์อย่างปกติหรือการถูกบังคับโดยใช้กำลัง เนื่องจากไม่เคยมีประสบการณ์ทางเพศสัมพันธ์มาก่อน ด้วยปัจจัยเหล่านี้น่าจะเป็นเหตุที่ทำให้ขนาดความรุนแรงของปัญหายังเป็นภูเขาน้ำแข็งในทะเล

สรุป ในอดีตผู้หญิงถูกตีกรอบจากขนบธรรมเนียมประเพณี วัฒนธรรมและสังคมทำให้ต้องอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่าชาย ไม่มีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมชายอันเป็นความไม่เสมอภาคทางเพศ ต่อมาเมื่อสังคมมีการให้ความสำคัญและยอมรับในเรื่องสิทธิมนุษยชนมากขึ้น การเคารพซึ่งความเป็นคนของแต่ละคนส่งผลให้หญิงได้รับโอกาสในด้านต่าง ๆ มากขึ้น โดยมีรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองความเสมอภาคเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง ส่วนในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาจากเดิมไม่มีกฎหมายบัญญัติในกรณีที่สามีข่มขืนภรรยาเป็นความผิด ต่อมามีการเรียกร้องถึงสิทธิสตรีจากกลุ่มต่อสู้เพื่อสิทธิสตรีโดยมองว่าไม่เป็นธรรมแก่หญิงที่เป็นภรรยา จนนำมาซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 (แก้ไขแล้วในปี พ.ศ. 2550) ทั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่สามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายของตน โดยต้องการรับรองเสรีภาพทางเพศหรือสิทธิในการตัดสินใจมีเพศสัมพันธ์ของหญิงโดยมุ่งให้เกิดความเสมอภาคเท่าเทียมกัน

### วัตถุประสงค์และคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

แนวคิดพื้นฐานกฎหมายอาญา กฎหมายอาญาจัดอยู่ในสาขากฎหมายมหาชน เป็นเรื่องราวความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน เพื่อคุ้มครองความสงบในสังคม โดยอาศัยแนวคิดหรือหลักการที่เป็นพื้นฐานของกฎหมายอาญา มีความมุ่งหมายในอันที่จะป้องกันความเสียหายต่อสังคม โดยบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิดและกำหนดโทษที่จะลงแก่การกระทำนั้น การกระทำจะเป็นความผิดอาญาต่อเมื่อมีบทลงโทษการกระทำนั้นด้วย ฉะนั้น ความผิดอาญาจึงประกอบด้วย 2 ส่วน คือการกระทำที่กฎหมายห้ามและโทษที่จะลงล่าฝังก่อการกระทำโดยไม่มีโทษไม่เป็นความผิดอาญา โทษในความผิดอาญามี 5 ประการ คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน ฉะนั้นกฎหมายหรือ พระราชบัญญัติใด ๆ ที่บัญญัติให้ลงโทษเช่นนี้แก่การกระทำความผิดตามกฎหมายนั้น ๆ เรียกว่าเป็นกฎหมายอาญาทั้งสิ้น เช่น พระราชบัญญัติยาเสพติด พระราชบัญญัติความผิดอันเกิดจากการใช้เชือก พระราชบัญญัติศุลกากร พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ฯลฯ หรือแม้แต่ประกาศคณะปฏิวัติบางฉบับ (วิสาร พันธนะ, ลาวัลย์ หอนพรัตน์, ม.ป.ป., หน้า 4-6)

กฎหมายอาญามีลักษณะที่สำคัญอย่างหนึ่งก็คือว่าเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา และอยู่ในรัฐธรรมนูญซึ่งภาษาลาตินคือ (Nullum crimen, nulla poena sine lege) แปลได้ว่า “หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (ฉัตรธรรม ดวงกางใต้, 2558, หน้า 20)

การที่กฎหมายอาญาบัญญัติลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้น มีวัตถุประสงค์ประการหนึ่งคือเพื่อป้องกันความเสียหายต่อสังคมเพื่อป้องกันอันตรายต่ออนามัย ความปลอดภัยและศีลธรรมของส่วนรวม วัตถุประสงค์นี้บรรลุผลได้ก็ด้วยการลงโทษผู้ที่ก่อความเสียหายขึ้น และโดยการขู่จะลงโทษผู้ที่คิดจะก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น บางกรณีความเสียหายที่กฎหมายอาญาประสงค์จะปกป้องจะเป็นเรื่องทางรูปธรรม เช่น การฆ่าคนหรือทำร้ายคนในความผิดฐานฆ่าหรือทำร้ายร่างกาย การเผาบ้านในความผิดฐานวางเพลิง การสูญเสียชีวิตทรัพย์สินในความผิดฐานลักทรัพย์ บางกรณีความเสียหายนั้นอาจเป็นเรื่องทางนามธรรม เช่น ความเสียหายต่อเกียรติยศชื่อเสียงในความผิดฐานหมิ่นประมาท บางกรณีความเสียหายที่จะป้องกันก็อาจเป็นเพียงสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งอันน่าหวาดเสียว หรือจะก่ออันตรายขึ้น เช่น ความผิดฐานขับรถเร็วเกินกว่าที่กำหนด หรือความผิดฐานเป็นช่องโหว่ ซึ่งเมื่อการกระทำของผู้กระทำความผิดยุติลง สังคมมิได้รับความเสียหายแท้จริงอย่างใด ไม่ว่าในทางร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิ่งที่เป็นนามธรรม (วิสาร พันธุนะ และลาวัลย์ หอนพรัตน์, ม.ป.ป., หน้า 6-7)

#### 1. วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา

กล่าวโดยกว้าง ๆ กฎหมายอาญามีความมุ่งหมายในอันที่จะบังคับให้บุคคลประพฤติในสิ่งที่สังคมปรารถนาและป้องกันมิให้มีการประพฤติในสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาของสังคม และเนื่องจากบทบัญญัติในกฎหมายอาญามีลักษณะในทางลงโทษกรรมชั่ว มิใช่บำเหน็จต่อกรรมดี ฉะนั้นกฎหมายอาญาจึงเน้นในเรื่องการป้องกันกรรมชั่วยิ่งกว่าสนับสนุนกรรมดี ในการบัญญัติลงโทษการกระทำหรือความประพฤติอย่างใดอย่างหนึ่ง กฎหมายอาญามุ่งเพียงมาตรฐานความประพฤติในระดับเพียงพอดี มิใช่หวังต่อความประพฤติอันสูงส่งอย่างของผู้ทรงศีล หรือถึงขนาดเป็นวีรกรรม การเลี้ยงชีวิตฝ่าเปลวไฟเข้าไปช่วยเด็กที่ติดอยู่ในอาคารซึ่งกำลังถูกไฟไหม้ ย่อมเป็นการกระทำที่ควรแก่การสดุดีแต่ใช้ว่ากฎหมายอาญาจะลงโทษการกระทำที่ไม่ได้มาตรฐาน เช่นนั้น อีกประการหนึ่งในสังคมของเราการมีภรรยาคนเดียวถือว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามหลักจริยธรรม กระนั้นกฎหมายอาญาหาได้เอาผิดกับผู้ที่ไม่สามารถประพฤติได้ตามฐานนี้ไม่

ปรัชญาของกฎหมายอาญาที่มุ่งจะคุ้มครองป้องกันส่วนได้เสียต่าง ๆ ของสังคมให้พ้นจากการประทุษร้ายโดยถือเกณฑ์ความประพฤติในระดับหนึ่ง จึงเป็นมูลฐานของความคิดในกฎหมายอาญา เช่น การคุ้มครองความมั่นคงของรัฐ การคุ้มครองกระบวนการยุติธรรม การคุ้มครองความสงบเรียบร้อยแห่งสังคม การคุ้มครองมิให้ถูกกระทำร้ายทางเพศ การคุ้มครองเกียรติยศ

ชื่อเสียง การคุ้มครองสวัสดิภาพของตัวบุคคล และการคุ้มครองทรัพย์สินของบุคคล ตลอดจนการคุ้มครองอนามัยของส่วนรวม และการคุ้มครองส่วนได้เสียอื่น ๆ แต่ในการป้องกันความประพฤติอันกระทบกระเทือนต่อส่วนได้เสียของส่วนรวมนั้น สังคมมิได้ใช้คำพิงแต่กฎหมายอาญา การศึกษาอบรมทั้งที่บ้านและโรงเรียนให้รู้ว่าสิ่งใดควรหรือไม่ควรประพฤติ เป็นสิ่งสำคัญยิ่งนอกจากนี้มีปัจจัยอื่น ๆ อีก เช่น ศาสนาซึ่งมุ่งที่จะแยกแยะระหว่างความดีและความชั่ว ความปรารถนาของตัวเองที่จะได้รับความรัก ความเคารพนับถือ จากครอบครัวมิตรสหาย และเพื่อนร่วมงาน ก็มีอิทธิพลไม่น้อยต่อการยับยั้งมิให้บุคคลประพฤติในสิ่งที่สังคมไม่ยอมรับ ในด้านกฎหมายแพ่ง ซึ่งบังคับให้ผู้ก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นต้องชดใช้ค่าเสียหายที่ก่อขึ้นเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่บังคับให้บุคคลประพฤติไปตามครรลองที่สังคมปรารถนา (วิสาร พันธนะ และลาวัลย์ หอนพรัตน์, ม.ป.ป., หน้า 11-12)

## 2. วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้นในแต่ละมาตราจะแฝงไปด้วยสิ่งที่กฎหมายอาญาต้องการคุ้มครอง ซึ่งสิ่งนั้นน่าจะหมายถึง วัตถุประสงค์ของกฎหมาย คือสิ่งที่กฎหมายอาญาต้องการคุ้มครอง การข่มขืนกระทำชำเราเป็นพฤติกรรมที่กระทบต่อบุคคลผู้ถูกกระทำและสังคมร้ายแรงถึงระดับที่รัฐเห็นว่าควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา

2.1 วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (ก่อนแก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. 2550) เป็นไปตามรากเหง้าของวัฒนธรรมไทยที่มีอยู่ดั้งเดิมคือ

2.1.1 ป้องกันเกียรติยศ ศักดิ์ศรี ชื่อเสียง และคุ้มครองทางกายภาพและชีวภาพให้กับหญิง

2.1.2 ปกป้องมิให้เกิดความเสื่อมค่าเสื่อมราคาหรือเพื่อมิให้หญิงเสียโอกาสและในอนาคตที่จะได้แต่งงานกับผู้ชายที่เหมาะสม เนื่องจากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา

2.1.3 เป็นความผิดที่คุ้มครองหญิงเป็นการเฉพาะในภาวะความเสี่ยงจากการตั้งครรภ์ที่อาจจะเกิดขึ้นได้อันอาจทำให้หญิงต้องรับภาระนั้นไปตลอดชีวิต

2.2 วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (แก้ไขเพิ่มเติมแล้วปี พ.ศ. 2550)

จะเห็นได้ว่าสิ่งที่รัฐต้องการให้ความคุ้มครองสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามี 3 ประการคือ เสรีภาพทางเพศของผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา ความปลอดภัยในร่างกาย ชื่อเสียง และเกียรติยศของผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา และความบริสุทธิ์ควมไร้เดียงสาทางเพศของเด็ก

2.2.1 เสรีภาพทางเพศ (Sexual liberty) เสรีภาพทางเพศในที่นี้มีได้หมายถึง เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งรสนิยมทางเพศของแต่ละบุคคล แต่หมายถึงเสรีภาพในการกำหนด

ความสัมพันธ์ทางเพศของตนเองว่าต้องการหรือไม่ต้องการจะมีความสัมพันธ์ทางเพศกับใคร บุคคลหนึ่งไม่ควรถูกบังคับให้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลหนึ่งเพื่อตอบสนองต่อเสรีภาพทางเพศของบุคคลอื่น ในขณะที่เสรีภาพทางเพศของตนเองถูกทำลายลง

2.2.2 ความปลอดภัยของร่างกาย จิตใจ ชื่อเสียงและเกียรติยศของผู้ถูกข่มขืน  
กระทำชำเรา จะเห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดโทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้สูงกว่าโทษของความผิดเกี่ยวกับเพศในกรณีอื่น ๆ

2.2.3 ความบริสุทธิ์และความไร้เดียงสาทางเพศของเด็ก ในกรณีของการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี แม้เด็กยินยอมรัฐก็กำหนดให้ผู้กระทำมีความผิดเพราะรัฐต้องการคุ้มครองความบริสุทธิ์และความเดียงสาทางเพศของเด็กมิให้ต้องมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันควร เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายมองว่าเด็กในวัยนี้ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรมและประสบการณ์ที่ไม่เพียงพอ การมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันควรอาจมีผลกระทบต่อพัฒนาการด้านต่าง ๆ ของเด็ก

วัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้ยังเป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์กับหลักความยินยอมของผู้เสียหายอันเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้โดยไม่มีความรับผิดชอบทางอาญา จึงต้องพิจารณาก่อนว่าความผิดตามกฎหมายอาญาในเรื่องนั้น ๆ มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ใด เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่ง หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม คือคุ้มครองในส่วนตนหรือส่วนรวม ก็เป็นเรื่องที่บุคคลใดไม่อาจสละการคุ้มครองนั้นได้ ดังนั้นการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ (วิมลเรขา ศิริชัยวารวรรณ, 2556, หน้า 107-109)

### 3. คุณธรรมทางกฎหมายของมาตรา 276

ที่มาความหมายและประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมายเป็นทฤษฎีทางกฎหมายอาญาที่พัฒนาขึ้นในเยอรมันมาช้านานแล้ว โดยนักกฎหมายเยอรมันได้เรียกคุณธรรมทางกฎหมายว่า *Rechtsgut* หากแต่เพิ่งจะมาเป็นที่รู้จักกันในหมู่นักกฎหมายเองไกลอเมริกา เมื่อปี ค.ศ. 2002 นี้เอง โดยนักกฎหมายเองไกลอเมริกาเรียกว่า *Rechtsgutstheorie* หรือ หลักแห่งการทำร้าย (Harm principle) สำหรับในประเทศไทย เป็นระยะเวลาร่วมศตวรรษแล้วที่นักกฎหมายไทยรู้จักคำว่าคุณธรรมทางกฎหมายอาญา ซึ่งในการแปลคำว่า *Rechtsgut* เป็นภาษาไทย ศ.ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ได้แปลไว้ว่านิติสมบัติ และนักกฎหมายในยุคต่อมาได้แปลเสียใหม่ว่า คุณธรรมทางกฎหมายอาญา อันเป็นถ้อยคำที่แพร่หลายอยู่ในปัจจุบัน หลักการมีอยู่ว่าการอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์จะเป็นปกติสุขได้ก็ต่อเมื่อมนุษย์ทุกคนเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์ในการอยู่ร่วมกัน ประโยชน์ดังกล่าวจึงเป็นพื้นฐานแห่งปทัสถาน (Norm) และความผิดอาญาก็มาจากปทัสถานเหล่านั้น จึงอาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า กฎหมายอาญามีขึ้นเพื่อธำรง

ประโยชน์ในการอยู่ร่วมกัน ฉะนั้นคุณธรรมทางกฎหมายอาญาแท้จริงแล้วก็คือประโยชน์ที่กฎหมายอาญามุ่งประสงค์จะคุ้มครอง (วัลภ์ วิเศษสุวรรณ, 2557)

ตำรากฎหมายเยอรมันกล่าวไว้ว่า คุณธรรมทางกฎหมายเป็นผลผลิตของทฤษฎีกฎหมายอาญาในคริสต์ศตวรรษที่ 19 กล่าวไว้ว่ากฎหมายอาญาตั้งอยู่บนหลักการคุ้มครองสิทธิ สมบัติทั้งหลายทั้งที่เป็นทรัพย์สินสมบัติและทรัพย์สินทางความคิดของบุคคลที่ชอบที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอาญาและยังได้มีความเห็นอีกว่ากฎหมายอาญาไม่มีหน้าที่ ที่นอกเหนือจากนี้ โดยนัยก็คือคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณากันเฉพาะในกรณีทีบุคคลผู้เป็นเจ้าของสมบัติสามารถสละสมบัตินั้นได้เท่านั้น (ฉฐสุวรรณ ดวงางใต้, 2558, หน้า 28) แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้ ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย แบ่งได้ 2 ประเภท คือ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universal rechtsgut) และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individual rechtsgut)

1. คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universal rechtsgut) เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยต่าง ๆ กฎหมายคุ้มครองแรงงานหรือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 281 เป็นต้น ผู้ที่เป็นเจ้าของคุณธรรมข้อนี้จะสละไม่ได้เพราะกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มุ่งให้เกิดความสงบแก่ส่วนรวมและมุ่งให้เกิดความยุติธรรมในสังคมเป็นสำคัญ

2. คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนตัว (Individual rechtsgut) ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย เป็นต้น ผู้ที่เป็นเจ้าของคุณธรรมข้อนี้ อาจจะยอมให้ผู้อื่นละเมิดได้ แต่ก็ต้องดูว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองเอกชนโดยส่วนตัวอย่างแท้จริงหรือไม่ เช่นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคหนึ่งนั้น ถ้ากฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครองเพียงตัวบุคคล แต่หากกฎหมายมองและมุ่งคุ้มครองสังคมส่วนรวมด้วย เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำต่อหน้าธารกำนัล หรือการทำให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายตามมาตรา 281 ความยินยอมของผู้เสียหายก็ไม่อาจลบล้างความผิดของผู้กระทำได้ (ฉฐสุวรรณ ดวงางใต้, 2558, หน้า 28 -29)

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่สร้างความเสียหายร้ายแรงที่สุดต่อผู้ถูกกระทำ โดยเป็นความผิดต่อเสรีภาพทางเพศเนื่องจากการกระทำที่มีการข่มขืนใจและกระทำชำเราประกอบกัน ซึ่งมีคุณธรรมทางกฎหมาย ดังนี้

1. ขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรม

คนไทยมีวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นของตนเอง ซึ่งยึดถือปฏิบัติสืบทอดมาจากบรรพบุรุษ โดยขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมของไทยในเรื่องเกี่ยวกับการล่วงเกิน

ทางเพศมีพื้นฐานมาจากหลักคำสอนทางพุทธศาสนา โดยการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นถือว่าเป็นการกระทำผิดศีลข้อ 3 ที่ว่า “กาเม สุมิจจา จารา เวระมะณี สิกขา ปะทัง” อันมีความหมายว่า “พึงละเว้นจากการล่วงเกินบุตรภรรยาผู้อื่น” การคุ้มครองขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมเป็นสิ่งจำเป็นในการที่มนุษย์จะอยู่ร่วมกันในบ้านเมืองโดยสงบสุข เนื่องจากการฝ่าฝืนขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมเป็นการทำลายแบบอย่างความประพฤติที่ดีที่ปฏิบัติสืบทอดกันมาในสังคม ดังนั้น การที่มีผู้ใดมากระทำการข่มขืนกระทำชำเราโดยผู้ถูกกระทำมิได้ยินยอม ถือเป็นกระทำความผิดที่ฝ่าฝืนต่อขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมของคนในสังคมจึงเป็นสิ่งที่กฎหมายต้องการให้ความคุ้มครอง

## 2. เสรีภาพทางเพศ

สังคมไทยมีค่านิยมว่าการกระทำชำเราเป็นสิ่งที่น่าละอายต้องกระทำในที่มืดซิดไม่ควรเปิดเผยในที่สาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการล่วงประเวณีในปัจจุบันสังคมไทยยังมีค่านิยมว่าผู้หญิงที่ผ่านการร่วมประเวณีมาแล้วไม่ว่าจะโดยสมัครใจหรือไม่ก็ตาม จะทำให้คุณค่าและความยอมรับนับถือในสังคมของหญิงนั้นลดลง ประกอบกับในปัจจุบันการทำกิจกรรมทางเพศโดยไม่มีการป้องกันอาจทำให้เกิดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ สิ่งเหล่านี้เป็นปัจจัยที่ทำให้บุคคลต้องนำมาพิจารณาประกอบการตัดสินใจยินยอมให้ผู้ใดมากระทำการกิจกรรมทางเพศกับตน เนื่องจากบุคคลนั้นต้องยอมรับผลร้ายที่จะเกิดขึ้น ดังนั้นจึงเป็นการสมควรที่กฎหมายต้องคุ้มครองให้บุคคลทุกคนในสังคมมีเสรีภาพที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเองได้

## 3. ความบริสุทธิ์ในทางเพศ

หญิงที่ถูกการร่วมประเวณีมาแล้วจะถูกสังคมมองว่าสูญเสียความบริสุทธิ์ในทางเพศแล้ว เนื่องจากสังคมไทยมีค่านิยมว่าผู้หญิงก่อนแต่งงานจะต้องยังไม่สูญเสียความบริสุทธิ์ให้กับชายอื่น นอกจากผู้จะเป็นสามีของตนในอนาคต หากหญิงผู้นั้นสูญเสียความบริสุทธิ์ไปแล้วก็จะถูกสังคมมองว่ามีมลทินติดตัว แม้แต่ตัวหญิงเองก็รู้สึกว่ามีตราบาปติดตัวไปตลอดชีวิต ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดให้การร่วมประเวณีที่หญิงผู้ถูกกระทำมิได้ให้ความยินยอมเป็นความผิด เนื่องจากทำให้หญิงต้องสูญเสียความบริสุทธิ์ไปโดยไม่ยินยอม ทำให้หญิงอาจถูกสังคมรังเกียจและมีตราบาปติดตัวตลอดชีวิต

## 4. ความเท่าเทียมกันในทางเพศ

การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากฎหมายมิได้จำกัดว่าผู้กระทำหรือผู้ถูกกระทำต้องเป็นเพศหรือวัยใด อาจเป็นชายหรือหญิง หญิงแปลงเพศหรือชายแปลงเพศหรืออาจเป็นสามีภรรยากันได้ เนื่องจากการกระทำชำเราเป็นการกระทำที่ผู้กระทำใช้วัยวะต่ออวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกกระทำ หรือเป็นการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวาร

หนักของผู้ถูกระทำ จึงทำให้ทุกคนสามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้เท่าเทียมกันหมด และในขณะที่เดียวกันทุกคนก็สามารถเป็นผู้ถูกระทำซ้ำเราได้ ดังนั้น การบัญญัติให้บุคคลทุกเพศและทุกวัยสามารถเป็นได้ทั้งผู้เสียหายและผู้กระทำเช่นเดียวกัน เป็นการแสดงให้เห็นว่าบุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมในทางเพศ

#### 5. การกระทำซ้ำเราตามธรรมชาติ

คือการร่วมประเวณีระหว่างชายหญิงโดยใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่ในปัจจุบันรูปแบบการกระทำทางเพศได้เปลี่ยนแปลงไปโดยมิได้จำกัดอยู่แค่การกระทำตามธรรมชาติเท่านั้น แต่ยังมีกรกระทำที่ผิดธรรมชาติเกิดขึ้นหลากหลายรูปแบบ เช่นการใช้อวัยวะเพศชายเทียมกระทำกับอวัยวะเพศหญิง ทวารหนักหรือช่องปาก เป็นต้น ซึ่งจำแนกได้เป็นหลายประเภท เช่น รักร่วมเพศ ลักเพศ การมีความต้องการทางเพศกับเด็ก การมีความต้องการทางเพศกับสัตว์ การมีความสุขทางเพศกับส่วนของร่างกายหรือวัตถุ การมีความสุขทางเพศจากการทำให้ผู้อื่นได้รับความเจ็บปวด การขบอวดอวัยวะเพศ เป็นต้น ในบางครั้งสังคมจะเรียกพวกกรณีเช่นนี้ว่า กามวิปริต ดังนั้นกฎหมายอาญาจึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อขยายขอบเขตความหมายหรือนิยามของการกระทำซ้ำเราให้กว้างขึ้น

#### 6. ความเสียหายต่อร่างกาย ชื่อเสียง เกียรติยศ และสภาพจิตใจของผู้ถูกระทำ

การข่มขืนกระทำซ้ำเราเป็นการละเมิดต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำอย่างร้ายแรง ทำให้ผู้ถูกระทำได้รับความเสียหายอับอายเสียชื่อเสียงและได้รับอันตรายต่อร่างกายหรืออาจถึงแก่ชีวิตจากการติดโรคทางเพศสัมพันธ์ หรือการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ซึ่งก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ถูกระทำในระยะยาว ส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้ถูกระทำอย่างร้ายแรง ทำให้ผู้ถูกระทำอับอายถูกสังคมรังเกียจเดียดฉันท์ บางคนอาจได้รับผลกระทบถึงขั้นเสียดสี กฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองมิให้ผู้ถูกระทำต้องหวาดกลัวว่าตนจะได้รับความเสียหายจากการถูกข่มขืนกระทำซ้ำเรา

#### 7. ความไร้เดียงสาของเด็ก

กฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองความไร้เดียงสาของเด็ก มิให้ต้องมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันควรเนื่องจากเด็กอยู่ในวัยเจริญเติบโตทั้งทางร่างกายและพัฒนาร่างกายต่าง ๆ ซึ่งการกระทำซ้ำเราเป็นการขัดขวางพัฒนาการของเด็ก ประกอบกับเด็กอยู่ในช่วงเข้ารับการศึกษาไม่ควรหมกหมุ่นอยู่กับเรื่องทางเพศ และหากเด็กเกิดตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์จะทำให้เสียโอกาสทางการศึกษาและอาจเกิดภาระในการเลี้ยงบุตร นอกจากนั้นกฎหมายยังไม่ต้องการให้ผู้ใดอาศัยผลประโยชน์จากความไร้เดียงสาของเด็กซึ่งอาจยังไม่รู้จักหรือเข้าใจเกี่ยวกับการกระทำซ้ำเรามาเป็นช่องทางในการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กอีกด้วย (สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล, 2552, หน้า 10-14)

#### คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำระหว่างสามีภรรยา



การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาเป็นเรื่องละเอียดอ่อนและซับซ้อน เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่สังคมมักมองข้ามเพราะเห็นว่าเป็นเรื่องภายในครอบครัวและถือว่าเป็นเรื่องปกติหรือเป็นวัฒนธรรมที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาโดยสังคมมองว่าไม่เป็นความผิด ทั้งที่ในความเป็นจริงจัดว่าเป็นอาชญากรรมประเภทหนึ่ง ซึ่งมีคุณธรรมทางกฎหมาย ดังนี้

### 1. ความเสมอภาคทางเพศ

วัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 (แก้ไขแล้วในปี พ.ศ. 2550) เพื่อให้เกิดความเสมอภาคเท่าเทียมกับชายและครอบคลุมทั้งหญิงที่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายหรือที่มีสภาพโสดเพื่อให้เกิดการปฏิบัติอย่างเสมอภาคและเป็นธรรมในระหว่างหญิงด้วยกันเองทุกคนด้วย (วิมลเรขา ศิริชัยวารธรรม, 2556, หน้า 148)

### 2. เสรีภาพทางเพศ

เสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเองว่าต้องการหรือไม่ต้องการจะมีความสัมพันธ์ทางเพศกับใครนั้น บุคคลหนึ่งไม่ควรถูกบังคับให้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลหนึ่งเพื่อตอบสนองต่อเสรีภาพทางเพศของบุคคลอื่นในขณะที่เสรีภาพทางเพศของตนเองถูกทำลายลง แม้ว่าจะสมรสแล้วก็ตามก็มีสิทธิในการตัดสินใจมีเพศสัมพันธ์กับผู้ที่ตนเป็นสามีหรือภรรยาโดยไม่ถูกผูกพันด้วยพันธะสัญญาสมรสหรือหน้าที่ของคำว่าภรรยาหรือสามี (วิมลเรขา ศิริชัยวารธรรม, 2556, หน้า 107,148)

### 3. สถาบันครอบครัว

ครอบครัวประกอบไปด้วยสามีภรรยาและบุตรการอยู่ร่วมกันต้องมีความรักความเข้าใจกันภายในครอบครัว ซึ่งตามประเพณีและตามธรรมชาติผู้ที่จะเป็นสามีภรรยากันได้ต้องเกิดจากการที่ทั้งสองฝ่ายตกลงใช้ชีวิตร่วมกันรวมถึงการยินยอมให้อีกฝ่ายหนึ่งร่วมประเวณีด้วย แต่ถ้าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ต้องการมีเพศสัมพันธ์แล้วอีกฝ่ายใช้กำลังบังคับ ชูเชื้อ หรือหลอกลวงให้ร่วมประเวณีย่อมก่อให้เกิดการใช้ความรุนแรง การบัญญัติเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ให้มีการลงโทษคู่สมรสที่บังคับขืนใจคู่สมรสอีกฝ่ายให้ร่วมประเวณี โดยที่อีกฝ่ายไม่ยินยอม นั้นเป็นการลดปัญหาความรุนแรงที่อาจจะเกิดขึ้นในครอบครัวและทำให้ผู้ที่จะกระทำความผิดต้องคิดทบทวนและไตร่ตรองก่อนที่จะลงมือใช้ความรุนแรงกับคู่สมรสอีกฝ่ายเพราะอาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาได้ (สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล, 2552, หน้า 14)

สรุปคุณธรรมทางกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น แบ่งออกได้ 2 ประเภท คือ คุณธรรมทางกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นที่เป็นของส่วนรวม ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 281 ซึ่งเป็นความผิดอันยอมความไม่ได้ เพราะถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหาย และคุณธรรมทางกฎหมายกับความผิดฐานข่มขืนกระทำ

ชำระผู้อื่นที่เป็นของส่วนบุคคล ถือเป็นความผิดต่อส่วนตัวตามมาตรา 276 ซึ่งความผิดต่อส่วนตัวนี้ ผู้เสียหายสามารถระงับความผิดทางกฎหมายในข้อนี้ได้เอง ซึ่งเอกชนอาจป้องกันได้เฉพาะสิทธิหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนเอกชนหรือของบุคคลเท่านั้น ส่วนคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือสามีภรรยาตามมาตรา 276วรรคสี่นั้น มุ่งคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างชายหญิงและเสรีภาพทางเพศ ซึ่งเป็นความผิดต่อส่วนตัว ดังนั้นผู้เสียหายจึงระงับความผิดทางกฎหมายในข้อนี้ได้เช่นกัน

### กลไกการคุ้มครองบุคคลที่ถูกกระทำชำเราโดยบุคคลในครอบครัว

ครอบครัวนับเป็นสถาบันแห่งแรกที่ทุกคนรู้จักและเป็นสถาบันที่มีความสำคัญที่สุดในชีวิตของทุกคน ความสงบสุขในครอบครัวเป็นรากฐานสำคัญที่จะผลักดันเด็ก และเยาวชนให้มีการเติบโตสมบูรณ์ไม่ใช่แต่เพียงร่างกายเท่านั้น แต่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการพัฒนาจิตใจสังคม เพื่อภายหน้าเด็กและเยาวชนจะเป็นกำลังสำคัญในสังคม ดังนั้นครอบครัวจึงมีส่วนสำคัญในการอบรม สั่งสอน ให้ความรู้สมาชิกในครอบครัว แต่ในปัจจุบันครอบครัวมีลักษณะเป็นครอบครัวเดี่ยวมากขึ้น และด้วยสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ภายในครอบครัว ทำให้เกิดปัญหาการใช้ความรุนแรงในครอบครัวตามมาด้วย ทั้งระหว่างคู่สมรสด้วยกัน ระหว่างพ่อแม่กับลูก และระหว่างญาติพี่น้องกันเอง ส่งผลให้เกิดปัญหาการหย่าร้าง การติดยาเสพติดของลูก ปัญหาสุขภาพกายและจิต รวมทั้งอาจจะเป็นต้นเหตุให้เกิดปัญหาอาชญากรรมได้ปัญหาความรุนแรงในครอบครัวเป็นปัญหาที่ละเอียดอ่อน มีความแตกต่างจากการทำร้ายร่างกายระหว่างบุคคลทั่วไป เนื่องจากเกิดขึ้นกับบุคคลในครอบครัว ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกัน ดังนั้นจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ขึ้นมาเพื่อบังคับกับผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว ดังนั้นการนำมาตรการทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาบังคับใช้จึงไม่เหมาะสมเนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติที่มุ่งเน้นที่จะลงโทษผู้กระทำผิดมากกว่าที่จะแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด (นาฏสุดา เอโกบอล, 2558, หน้า 14)

#### 1. ความหมายของคำว่า “ครอบครัว”

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 (หน้า 168) ได้ให้ความหมายของคำว่าครอบครัว หมายถึง ผู้ร่วมครัวเรือน คือ สามี ภรรยา และบุตร เป็นต้น

ภัสสร ลิมานนท์ และมยุรี นกยูงทอง (2538) ได้ให้คำนิยามของคำว่า ครอบครัว หมายถึง บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่พักอาศัยรวมกัน (อาจจะอาศัยอยู่ประจำหรืออยู่ชั่วคราว) ภายในบ้านที่ตกเป็นตัวอย่าง และกลุ่มบุคคลดังกล่าวมีความสัมพันธ์กันโดยสายโลหิต หรือ โดยการสมรส

สมาคมคหเศรษฐศาสตร์แห่งประเทศไทย (2542) ได้ให้ความหมายของครอบครัว

ในเชิงสหวิทยาการ ดังนี้

1. ด้านชีววิทยา ครอบครัวยุ หมายถึง กลุ่มคนที่มีความผูกพันทางสายโลหิต
2. ด้านเศรษฐศาสตร์ ครอบครัวยุ หมายถึง กลุ่มบุคคลที่ใช้จ่ายเงินจากงบประมาณเดียวกัน แม้จะอาศัยอยู่ต่างสถานที่กัน
3. ด้านสังคมศาสตร์ ครอบครัวยุ หมายถึง กลุ่มคนที่อยู่ร่วมเคหะสถานหรือบ้านเดียวกัน มีปฏิสัมพันธ์ สนใจต่อทุกข์ซึ่งกันและกัน มีความผูกพันกัน มีความรักความปรารถนาดีต่อกัน โดยมีจำเป็นต้องสืบสายโลหิตเดียวกัน
4. ด้านนิติศาสตร์/กฎหมาย ครอบครัวยุ หมายถึง ครอบครัวยุที่ชายหญิงจดทะเบียนสมรสอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งครอบคลุมถึงบุตรและบุตรบุญธรรม กฎหมายยังได้กำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของบิดามารดา สามีภรรยา และบุตรที่มีต่อกัน และกำหนดสิทธิในการรับมรดกทางกฎหมาย (จิราพร ชมพิกุล, ปราณี สุทธิสุนทร, เกรียงศักดิ์ ช่อเลื่อม และคุณณี คำมี, 2552, หน้า 7-8)

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ครอบครัวยุ หมายถึง กลุ่มบุคคลที่อาศัยอยู่ร่วมกันมีความสัมพันธ์ผูกพันกันทางสายโลหิตหรือกฎหมาย โดยสมาชิกแต่ละคนจะมีบทบาทหน้าที่ความรับผิดชอบที่แตกต่างกันจะเห็นได้ว่าความหมายของคำว่า “ครอบครัวยุ” ตามกฎหมาย หมายถึงกรณีที่ชายหญิงจดทะเบียนสมรสกันเท่านั้นและรวมถึงบุตรและบุตรบุญธรรม ฉะนั้นคำว่าครอบครัวยุตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ ย่อมหมายถึงสามีภรรยาที่จดทะเบียนตามกฎหมายเท่านั้น อย่างไรก็ตามแม้คำว่าครอบครัวยุตามกฎหมายจะหมายถึงการที่ชายหญิงจดทะเบียนสมรสแต่ในส่วนพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 ได้บัญญัตินิยาม ของคำว่า “บุคคลในครอบครัว” เอาไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นจึงถือได้ว่าชายหญิงที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาแต่ไม่จดทะเบียนตามกฎหมายไม่ใช่สามีภรรยาตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ แต่ถือว่าเป็นบุคคลในครอบครัวได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

#### 2. ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับความรุนแรงในครอบครัว

ความรุนแรงในครอบครัวสามารถเกิดขึ้นได้ในทุกระดับของสังคม และมาจากหลายปัจจัย ทั้งปัจจัยด้านบุคคล ครอบครัวยุ สังคม วัฒนธรรมและเศรษฐกิจ ปัจจัยทั้งหมดล้วนเป็นปัจจัยเสี่ยง (Risk factor) ที่นำไปสู่การกระทำรุนแรงในครอบครัวทั้งสิ้น โดยพบว่าปัจจัยที่เกี่ยวข้องดังนี้

2.1 ปัจจัยด้านค่านิยม เจตคติ ที่สังคมยังมีค่านิยมและเจตคติที่ไม่เหมาะสม เกี่ยวกับความไม่เท่าเทียมกันระหว่างหญิงกับชาย เช่น แนวคิดที่ว่าภรรยาเป็นสมบัติของสามี ลูกเป็นสมบัติของพ่อแม่ ผู้ชายมีอำนาจเหนือผู้หญิง ผู้หญิงเป็นวัตถุทางเพศ เจตคติของสังคมในเรื่องบทบาทหญิง

ชาย ให้ความสำคัญและคาดหวังเพศชายในฐานะผู้นำ ผู้ตัดสินใจ ผู้สืบทอดเชื้อสายทางครอบครัว เพราะเพศชายมีร่างกายที่แข็งแรงกว่าสามารถปกป้องผู้อ่อนแอทางร่างกาย คือผู้หญิงและเด็กได้ และมีความเชื่อที่ผิด ๆ เกี่ยวกับปัญหาความรุนแรง เช่น ความรุนแรงในครอบครัวเป็นเรื่องส่วนตัว ความรุนแรงทางเพศเกิดขึ้นเพราะ ผู้หญิงเป็นฝ่ายผิด หรือสมยอมเอง ทำให้ผู้ประสบปัญหาพยายาม ปิดไว้เป็นความลับ และด้วยความเชื่อดังกล่าวทำให้คนในสังคมไม่ต้องการ เข้าไปยุ่งเกี่ยวและให้ความช่วยเหลือ ทำให้ปัญหาเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ

2.2 ปัจจัยด้านครอบครัว ความไม่พร้อมที่จะมีครอบครัวตั้งแต่ร่างกาย จิตใจ อายุ สุขภาพอนามัย และฐานะทางเศรษฐกิจ ส่งผลให้เกิดความรุนแรงในครอบครัวได้ รวมทั้งพฤติกรรมของกลุ่มสมรสได้ก่อให้เกิดความรุนแรงในครอบครัว เช่น การนอกใจกลุ่มสมรส การดื่มสุรา การติดการพนัน การไม่ช่วยแบ่งเบาภาระในครอบครัว เช่น ด้านเศรษฐกิจ งานบ้าน การดูแลลูก การขาดการให้ความรู้เกี่ยวกับการเตรียมตัวเป็นพ่อแม่ที่ดี หน้าที่ของพ่อแม่ การเลี้ยงดู ให้ความอบอุ่นแก่ลูก การอบรมเลี้ยงดูลูกชายหญิงไม่เท่าเทียมกัน ขณะที่ลูกผู้หญิงได้รับการอบรมให้เป็นกุลสตรีว่านอนสอนง่าย ในขณะที่อบรมลูกผู้ชายให้เข้มแข็ง มีความเป็นลูกผู้ชาย มีอิสระ มีเจตคติเรื่องเพศที่สามารถแสดงออกได้เต็มที่ รวมทั้งการอบรมเลี้ยงดูที่ขาด ศีลธรรม จริยธรรม ขาดการศึกษาที่ทำให้ไม่รู้บทบาทหน้าที่ของตน การขาดความรู้ในเรื่องการวางแผนครอบครัว ขาดทักษะชีวิต ทักษะในการสื่อสารที่ีระหว่างสมาชิกในครอบครัว ที่ไม่ใช่เอาชนะกันด้วยเหตุผลอย่างเดียว

2.3 ปัจจัยด้านสภาวะเศรษฐกิจ จากปัญหาเศรษฐกิจตกต่ำ การเลิกจ้างงาน ธุรกิจ ล้มละลาย ค่าครองชีพสูง ทำให้เกิดความเครียด เป็นสาเหตุที่ช่วยทำให้เกิดความรุนแรงทุกรูปแบบทั้งในครอบครัวและสังคม ลักษณะนิสัยการใช้ข่ายเกินตัว บริโภคนิยม วัตถุนิยม ทำให้มีการกู้หนี้ และก่อให้เกิดความเครียด

2.4 สื่อ ภาพลามกอนาจารต่าง ๆ ที่เผยแพร่ทางสื่อต่าง ๆ เช่น วิดีโอ หนังสือ ภาพยนตร์ รูปภาพ สื่อทางอินเทอร์เน็ต รวมทั้งการเสพยาของมีนเมา และการเที่ยวในสถานเริงรมย์ต่าง ๆ มีส่วนช่วยให้เกิดความรู้สึทางเพศ อาจชักจูงไปในทางที่ไม่เหมาะสมหรือก่อให้เกิดความรุนแรงได้

2.5 ปัจจัยด้านการศึกษา พบว่าระบบการศึกษายังไม่ให้ความสำคัญในการบรรจุหลักสูตรการเรียนการสอนเรื่องจริยธรรมทางเพศ การเป็นพ่อแม่ที่ดี สิทธิสตรี สิทธิเด็กและสิทธิมนุษยชน การให้ความรู้เรื่องเพศศึกษายังไม่เป็นที่ยอมรับอย่างจริงจัง เนื่องจากเรื่องเพศเป็นเรื่องที่ปกปิดมีผลทำให้วัยรุ่นเกิดความอยากรู้อยากเห็น อยากลอง เมื่อมีอารมณ์ทางเพศเกิดขึ้น จากรายงานข้อมูลสถานการณ์ด้านความรุนแรงของประเทศไทย พบว่ามีปัจจัยที่ก่อให้เกิดการกระทำความรุนแรงในครอบครัวดังนี้ คือ การดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ทำให้ขาดสติสัมปชัญญะและเกิดการทา

ร้าย รongลงมาคือปัญหาการพ่น ปัญหาหนี้สินจนก่อให้เกิดความเครียด และปัจจัยเกี่ยวกับสื่อที่สะท้อนเร้าอารมณ์ให้เกิดการกระทำรุนแรง ทั้งนี้ปัจจัยเรื่องการดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ถือเป็นปัจจัยที่พบมากที่สุดต่อการกระทำรุนแรงในครอบครัว (อังคณา ช่วยคำชู, 2555, หน้า 135-136)

### 3. สาเหตุของความรุนแรงในครอบครัว

#### 3.1 สภาพภายในตัวบุคคล

สิ่งที่เกี่ยวข้องระหว่างสภาพภายในตัวบุคคลกับความรุนแรงในครอบครัว คือการมีประสบการณ์ความรุนแรงในครอบครัวในวัยเด็ก นิสัยส่วนตัวที่เป็นคนคือร้อนไม่ยอมใคร ใจร้อนขี้โมโห ไม่สามารถควบคุมความโกรธของตนเองได้ หวาดระแวงและพุดจาไม่ไพเราะหรือไม่ให้เกียรติคนอื่น มีความวิตกกังวลสูง ชอบเก็บตัว เป็นคนเคร่งครัดไม่ยอมผ่อนปรน เชื่อคนง่ายโดยไม่ไตร่ตรองให้รอบคอบ และชอบดื่มสุราจนติดเป็นนิสัย

#### 3.2 สภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจสังคม

สิ่งที่เกี่ยวข้องกับสภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจและสังคม คือ การมีรายได้ต่ำและมีภาระหนี้สิน การอยู่ในครอบครัวและสิ่งแวดล้อมที่แออัดและเสียง การมีภาระเลี้ยงดูบุตรหลานจำนวนมาก รวมทั้งการต้องอาศัยพึ่งพิงญาติผู้ใหญ่ที่ไม่ใช่บิดามารดา การมีเวลาในการทำกิจกรรมร่วมกับครอบครัวน้อยเพราะต้องดิ้นรนทำมาหาเลี้ยงชีพ โดยเฉพาะครอบครัวหนุ่มสาวที่เพิ่งเริ่มต้นชีวิตครอบครัว (ขงยุทธ แสนประสิทธิ์, 2554, หน้า 12)

### 4. ผลกระทบของความรุนแรงในครอบครัว

เมื่อปัญหาการกระทำรุนแรงในชีวิตสมรสยังคงอยู่ ย่อมส่งผลกระทบในวงกว้างและสร้างความเสียหายเป็นมูลค่ามหาศาล รณชัย คงสกันซ์ (2549 อ้างถึงใน ขงยุทธ แสนประสิทธิ์, 2554, หน้า 12) ได้ระบุถึงผลกระทบของปัญหาการกระทำรุนแรงในครอบครัวว่าจะส่งผลกระทบต่อ

1. ทางด้านเศรษฐกิจ ประกอบด้วยค่ารักษาโดยตรงและค่ารักษาทางอ้อมเป็นจำนวนมหาศาล เช่น ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลตน การไม่สามารถประกอบอาชีพได้ปกติ ประสิทธิภาพในการทำงานลดลง ถูกออกจากงาน หรือลาออกเอง รวมทั้งการไม่มีงานทำ
2. ทางด้านสังคม ผลกระทบคือการมีพฤติกรรมความเสื่อมเสียศีลธรรม กระทั่งต่อสิทธิมนุษยชน ความผิดต่อกฎหมายบ้านเมือง จากผลวิจัยชี้ชัดว่าเด็กในครอบครัวที่มีความรุนแรง จะมีปัญหาทางด้านพฤติกรรม โรคจิต โรคประสาท วิตกกังวล ความก้าวร้าว รวมถึงการใช้สารเสพติดในอนาคต
3. ทางด้านสาธารณสุข ผลกระทบในด้านนี้คือ ความเจ็บป่วยทางด้านร่างกายจนนำไปสู่การรักษา ความพิการทางกาย ความเจ็บป่วยทางจิต โรคทางจิต โรคประสาท โรคซึมเศร้า การฆ่าตัวตายและการทำร้ายคนใกล้ชิด และการก่อให้เกิดปัญหาทางจิตใจของลูกในครอบครัว และ
4. ทางด้านความมั่นคง ผลกระทบคือการ

ล่มสลายของครอบครัว การหย่าร้าง การทำร้ายถึงแก่ชีวิต การเป็นคดีความ และการกระทบต่อความเป็นอยู่ของสังคมโดยรวมทั้งนี้ผลกระทบโดยภาพรวมต่อสังคม ก็คือความเป็นอยู่ในสังคมแอ่งสวนทางกับการเติบโตทางด้านเศรษฐกิจเยาวชนรุ่นต่อไปที่มีปัญหา รวมทั้งการใช้ความรุนแรงมากขึ้น ความเจ็บป่วยทางจิตพบสูงขึ้น และสังคมไทยจะอ่อนแอลง (ขงยุทธ แสนประสิทธิ์, 2554, หน้า 12-13)

#### 5. แนวคิดเกี่ยวกับความรุนแรงและประเภทความรุนแรง (Typology of violence)

องค์การอนามัยโลก The World Health Organization หรือ WHO (1995) ได้ให้ความหมายของการใช้ความรุนแรงไว้ดังนี้เป็นการกระทำ ที่มีเจตนาใช้กำลังหรืออำนาจทางกาย เพื่อการขู่บังคับหรือกระทำต่อตนเอง บุคคลอื่น กลุ่มบุคคล หรือชุมชน ซึ่งมีผลก่อให้เกิดหรือมีแนวโน้มที่จะเกิดการบาดเจ็บ การเสียชีวิต หรือเป็นอันตรายต่อจิตใจหรือเป็นการยับยั้งการเจริญงอกงามหรือปิดกั้นกีดกันทำให้เกิดความสูญเสียสิทธิบางประการ การถูกทอดทิ้งไม่ได้รับสิ่งที่สมควรได้รับ (พรจันทร์ เสียงสอน, 2557, หน้า 20)

#### ประเภทความรุนแรง (Typology of violence)

WHO (1997) ได้แบ่งประเภทของความรุนแรงไว้ในเบื้องต้นเป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

##### 1. ความรุนแรงต่อตนเอง (Self-directed violence)

1.1 พฤติกรรมการฆ่าตัวตาย ความคิดฆ่าตัวตาย ความพยายามฆ่าตัวตาย

1.2 พฤติกรรมการทำร้ายตนเอง การกระทำให้ตนเองบาดเจ็บหรือการทำให้ตนเองอยู่ในภาวะเสี่ยงอันตราย แต่ไม่จำเป็นต้องมีผลถึงเสียชีวิต

##### 2. ความรุนแรงระหว่างบุคคล (Interpersonal violence)

2.1 ความรุนแรงในครอบครัว ความรุนแรงต่อเด็ก ความรุนแรงระหว่างสามีภรรยา และความรุนแรงต่อผู้สูงอายุ

2.2 ความรุนแรงในชุมชน หมายถึง ความรุนแรงที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลภายนอกบ้านที่คุ้นเคยกันหรือเกิดจากบุคคลที่รู้จักกัน โดยไม่มีความสัมพันธ์ต่อกันหรือคนแปลกหน้าได้แก่ ความรุนแรงที่เกิดจากการร่วมกระทำผิดตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป (Gang violence) การใช้ความรุนแรงทางเพศ การข่มขืนโดยคนแปลกหน้า (Stranger rape and sexual assault) การใช้ความรุนแรงทางกายระหว่างวัยรุ่น หรือในคูรัก (Dating violence) และความรุนแรงที่เกิดขึ้นในสถาบันต่าง ๆ รวมถึงการล่วงลามทางเพศ (Sexual harassment) และการทอดทิ้ง หรือการทุบตีทำร้ายร่างกาย

##### 3. ความรุนแรงระหว่างกลุ่ม (Collective violence)

3.1 ความรุนแรงทางสังคม การกระทำอาชญากรรมการใช้ความรุนแรงที่เกิดจากความเกลียดชัง เหยียดผิว หรือเหยียดเชื้อชาติกลุ่มชน (Hate crimes) การกระทำของผู้ก่อการร้าย

(Terrorist acts) หรือการใช้ความรุนแรงโดยกลุ่มผู้ประท้วง (Mob violence) ซึ่งก่อความเดือดร้อนให้กับผู้อื่นและขยายในวงกว้างฝังลึกในจิตใจ

3.2 ความรุนแรงทางการเมือง การใช้ความรุนแรงที่เกิดจากสงคราม หรือความรุนแรงที่เกิดจากคนกลุ่มใหญ่กระทำต่อคนกลุ่มที่เล็กกว่า ค้อยกว่าในเรื่องอำนาจ กำลังตัวอย่างเช่น การข่มขืนผู้หญิงระหว่างสงคราม หรือการทรมาณเชลยทางการเมือง เป็นต้น

3.3 ความรุนแรงทางเศรษฐกิจ การใช้ความรุนแรงโดยกลุ่มคนกลุ่มใหญ่ที่หวังผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจต่อคนอีกกลุ่มหนึ่งเป็นการเอาเปรียบ หรือต้องการช่วงชิงอำนาจภายใต้ระบบเศรษฐกิจโดยเฉพาะระบบทุนนิยม ที่เอื้อให้ผู้ที่มีอำนาจเอาเปรียบผู้อื่นได้อย่างง่ายดาย โดยที่เขากลุ่มนั้น ไม่มีสิทธิที่จะต่อสู้ (พรจันท์ เสียงสอน, 2557, หน้า 20-21)

ความรุนแรงในครอบครัว

ความรุนแรงในครอบครัวได้ออกเป็น 3 ลักษณะตามผู้ถูกกระทำ ดังนี้

1. ความรุนแรงต่อเด็ก (Child abuse) หมายถึง การใช้ความรุนแรงต่อเด็ก มักจะเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นเป็นปกติในสังคมไทย โดยเฉพาะมักจะเกิดขึ้นกับผู้ที่มีฐานะยากจน พ่อแม่ที่ใช้ความรุนแรงต่อเด็กมักจะให้เหตุผลว่าทำไปเพื่อเป็นการลงโทษ แทนที่จะอธิบายด้วยเหตุและผล ซึ่งการใช้ความรุนแรงต่อเด็กส่วนใหญ่จะเป็นการกระทำต่อร่างกาย และการกระทำความรุนแรงทางเพศ หรือการล่วงละเมิดทางเพศ (พิชญภา เจริมแท้, 2555, หน้า 11-12)

2. ความรุนแรงระหว่างสามีภรรยา (Intimate partner violence) หมายถึง กรณีที่สามีกระทำความรุนแรงต่อภรรยาหรือภรรยากระทำความรุนแรงต่อสามีก็ได้ แต่โดยสถิติแล้วพบว่าสามีมักจะเป็นฝ่ายที่ใช้ความรุนแรงต่อภรรยามากกว่าภรรยากระทำต่อสามี ซึ่งการใช้ความรุนแรงระหว่างคู่สมรสอาจเป็นการกระทำความรุนแรงต่อร่างกาย จิตใจ ทางเพศ สุขภาพ ทางอารมณ์ หรือการกระทำความรุนแรงทางการเงินก็ได้ (พิชญภา เจริมแท้, 2555, หน้า 11)

3. ความรุนแรงต่อผู้สูงอายุ (Elder abuse) องค์การสหประชาชาติได้ให้ความหมายของการใช้ความรุนแรงต่อผู้สูงอายุ ไว้ว่า หมายถึง การที่ผู้สูงอายุถูกล่วงละเมิดทางร่างกาย จิตใจ ทางเพศ หรือการทอดทิ้งคนสูงอายุ ซึ่งการทอดทิ้งผู้สูงอายุนี้นี้มีทั้งการตั้งใจโดยการไม่ดูแลใส่ใจปล่อยให้ผู้สูงอายุต้องอยู่ตามลำพัง และการทอดทิ้งโดยไม่ตั้งใจเนื่องจากผู้ดูแลขาดความรู้ความเข้าใจในการดูแลผู้สูงอายุ การใช้ความรุนแรงต่อผู้สูงอายุนี้นี้ เป็นสิ่งที่พบได้มากไม่ว่าจะเป็นในสังคมไทย หรือต่างประเทศ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นการกระทำรุนแรงต่อผู้ที่มีอายุ 65 ปีขึ้นไป โดยในประเทศสหรัฐอเมริกามีการสำรวจพบว่า ในจำนวนทุก ๆ ผู้สูงอายุ 100 คนจะมีผู้ที่ถูกทำร้ายด้วยการผลัก ตบ ตี เตะ ต่อย เป็นจำนวน 2 คน อันถือเป็นสถิติที่น่าตกใจอย่างมาก (พิชญภา เจริมแท้, 2555, หน้า 12)

## 6. ลักษณะของการกระทำความรุนแรง

สามารถแบ่งได้ 4 รูปแบบ ตามวิธีการที่ใช้ในการแสดงออกถึงความรุนแรง ได้แก่

1. ความรุนแรงทางร่างกาย (Physical violence) หมายถึง การได้รับบาดเจ็บโดยผู้กระทำ ความรุนแรงในรูปแบบต่าง ๆ ที่ทำให้ผู้ถูกกระทำได้รับบาดเจ็บ เช่น กระชกหักเลือดออก ฟกช้ำ แผลไฟไหม้ ได้รับสารพิษ รวมถึงการทะเลาะวิวาท ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงบริบทของแต่ละวัฒนธรรม ด้วย และเป็นเหตุการณ์ที่ไม่ใช่อุบัติเหตุ

2. ความรุนแรงทางเพศ (Sexual violence) หมายถึง การกระทำใด ๆ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ ใช้ผู้ถูกกระทำเป็นเครื่องมือตอบสนองความต้องการทางเพศของผู้กระทำหรือตกลงยินยอมร่วมกัน และการกระทำนั้นอาจใช้กำลังบังคับข่มขู่หรือหลอกลวง ชักชวนให้สิ่งตอบแทน

3. ความรุนแรงทางจิตใจ (Psychological violence) หมายถึง การทำร้ายจิตใจควบคุม บังคับอย่างไม่มีเหตุผล ทำให้เกิดความรู้สึกอับอาย รู้สึกด้อยค่าหรือลดคุณค่าความเป็นมนุษย์

4. ความรุนแรงที่ก่อให้เกิดความสูญเสีย หรือการละเลยทอดทิ้ง (Deprivation or neglect) หมายถึง การไม่ได้รับการดูแลเอาใจใส่และการให้ความคุ้มครองอย่างเหมาะสมรวมถึงการทอดทิ้ง ทางกาย ได้แก่ การไม่ให้อาหารที่พอเพียง การไม่ดูแลสุขภาพ ไม่ดูแลยามเจ็บป่วย ไม่คุ้มครองจาก อันตรายหรืออุบัติเหตุ เป็นต้น (พรจันทร์ เสียงสอน, 2557, หน้า 21)

## 7. การบำบัดช่วยเหลือผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัว

ข้อมูลจากหนังสือเรื่อง เรื่องของผู้ชายจากสายด่วนสุขภาพบุรุษ ที่กล่าวถึงผู้ชายเข้ารับ บริการจากโครงการให้บริการปรึกษา แนะนำและจิตบำบัดสำหรับผู้ชายที่ชอบใช้ความรุนแรง ควบคุมตนเองไม่ได้ แต่ยังคงการใช้ชีวิตร่วมกับครอบครัวอย่างปกติ ไม่ต้องการทำร้ายผู้หญิง ที่เป็นภรรยา โดยโทรศัพท์เข้ามาปรึกษาและนัดมาพบเพื่อขอรับบริการให้การปรึกษา แนะนำ และ จิตบำบัดที่ศูนย์ฮอทไลน์ ที่ให้บริการโดยนักจิตวิทยา (อรอนงค์ อินทรจิตร และนรินทร์ กรินชัย, 2543 อ้างถึงใน อังคณา ช่วยคำฐ, 2555, หน้า 141, 143) สำหรับรูปแบบการบำบัดผู้กระทำ ความรุนแรงได้มีการบำบัดให้ในผู้ที่กระทำรุนแรงที่เป็นผู้ต้องขัง โดยการบำบัดจะเน้นการปรับเปลี่ยน พฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมให้ดีขึ้น ลดพฤติกรรมการใช้ความรุนแรงลง โดยใช้แนวคิดที่ว่าชีวิต มีอิสระมากเกินไปเป็นสิ่งไม่ดี ผู้ที่กระทำความรุนแรงต้องมีความมุ่งมั่น โดยการสร้างแรงจูงใจ ให้ ผู้กระทำความรุนแรงรู้สึกมุ่งมั่น ไปด้วยเรื่องของการเงินหรือเศรษฐกิจในครอบครัว และสร้างความมี คุณค่าในตนเอง ที่จะช่วยส่งเสริมให้ผู้กระทำความรุนแรงที่สามารถปรับเปลี่ยนพฤติกรรมได้ จากนั้นส่งเสริมให้ผู้กระทำความรุนแรงที่ปรับเปลี่ยนพฤติกรรมได้เป็นต้นแบบให้กับผู้อื่น และมีความกล้าในการที่จะนำประสบการณ์ของตนไปแลกเปลี่ยนกับบุคคลอื่น โดยในกรณีที่ผู้กระทำ ความรุนแรงที่เป็นผู้กระทำผิดจำเป็นต้องได้รับความช่วยเหลือจากสถานบริการเฉพาะทาง เช่น



โรงพยาบาล สำนักงานคุมประพฤติจะประเมินว่าผู้กระทำความผิดต้องการความช่วยเหลือโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือไม่ หากมีความต้องการหรือมีความจำเป็นที่ต้องได้รับการช่วยเหลือ ก็จะดำเนินการประสานงานเพื่อส่งตัวให้เข้ารับการรักษาต่อไป

การบำบัดหรือการให้การช่วยเหลือผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัว พบว่ารูปแบบการช่วยเหลือผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัวนั้นยังมีค่อนข้างน้อย มีเพียงการให้บริการทางโทรศัพท์ และการบำบัดสำหรับผู้กระทำความรุนแรงที่กระทำผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 เป็นส่วนใหญ่ (ณัฐชานันท์ กฤติพงษ์สกุล, 2548 อ้างถึงใน อังคนา ช่วยคำชู, 2555, หน้า 141, 143) ซึ่งอาจเป็นเพราะผู้ที่กระทำความรุนแรงในครอบครัวส่วนใหญ่ไม่เห็นว่าเป็นพฤติกรรมเหล่านั้นเป็นปัญหาที่ควรได้รับการบำบัดหรือปรับเปลี่ยนให้ดีขึ้น ซึ่งหากภาครัฐหรือหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องมองประเด็นนี้เพิ่มเติม อาจหาแนวทางในการป้องกันหรือแก้ไขปัญหาคความรุนแรงในครอบครัวโดยเน้นที่ผู้กระทำความรุนแรงโดยตรง ซึ่งสถานการณ์ความรุนแรงในครอบครัวทางสังคมไทย ยังไม่มีการเปิดเผยเรื่องนี้อย่างจริงจัง ทำให้รัฐและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องขาดข้อมูลที่จะใช้ในการวางแผน ป้องกันและลดอุบัติเหตุการเกิดความรุนแรงในครอบครัวหรือป้องกันการเกิดการกระทำผิดซ้ำ ซึ่งจากการวิเคราะห์ข้อค้นพบที่เกี่ยวกับปัญหาการกระทำความรุนแรงในครอบครัว พบว่าข้อค้นพบส่วนใหญ่ ล้วนนำมาจากการศึกษาจากผู้ที่ถูกกระทำความรุนแรง จากบุคคลที่เกี่ยวข้อง และศึกษาจากหน่วยงานต่าง ๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง โดยพบว่าข้อมูลที่เกี่ยวกับผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัวยังมีไม่มากนัก ทั้งยังเป็นปัญหาที่เรื้อรังที่ยังได้รับการแก้ไขน้อย ดังนั้นทำความเข้าใจถึงสิ่งที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นความคิด ทัศนคติ พฤติกรรม หรือสาเหตุที่ทำให้ต้องกระทำความรุนแรงกับคนในครอบครัวจากผู้กระทำความรุนแรงโดยตรง น่าจะอธิบายสิ่งต่าง ๆ ที่เกิดได้ และนำข้อเท็จจริงที่ได้จากผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด มาสู่แนวทางในการลดปัญหาหรือแก้การปัญหาการกระทำความรุนแรงในครอบครัว ที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป (อังคนา ช่วยคำชู, 2555, หน้า 141,143)

สรุปการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาเป็นความรุนแรงรูปแบบหนึ่งถึงอาชญากรรม ฉะนั้นเมื่อเกิดเหตุความรุนแรงในครอบครัวขึ้น กฎหมายที่สามารถนำมาบังคับใช้ได้ คือประมวลกฎหมายอาญาหรือสามารถบังคับตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 แต่เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 มีความเหมาะสมกว่าการใช้กระบวนการทางอาญา เพราะสามารถกำหนดรูปแบบวิธีการและขั้นตอนที่มีลักษณะแตกต่างจากการดำเนินคดีอาญาโดยทั่วไป โดยให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับตัวและยับยั้งการกระทำผิดซ้ำ รวมทั้งสามารถรักษาความสัมพันธ์อันดีในครอบครัวไว้ได้ ประกอบกับเด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัว มีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐ

จากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม โดยให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับตัว และยับยั้งการกระทำผิดซ้ำ รวมทั้งสามารถรักษาความสัมพันธ์อันดีในครอบครัวไว้ได้ จึงเกิดประเด็นที่น่าสนใจว่า การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ ซัดหรือแย้งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 หรือไม่ อย่างไรโดยประเด็นนี้จะได้วิเคราะห์ในบทต่อไป

### บทที่ 3

## กฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา

กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคม การกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราถือเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงประเภทหนึ่งที่ไม่ได้มีผลกระทบต่อ โครงสร้างทางสังคมโดยตรงแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังกระทบต่อศีลธรรมอันดีหลักความเชื่อทาง ศาสนาที่มีข้อห้ามอย่างชัดเจนเกี่ยวกับการประพฤติผิดในกาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้เสียหายใน ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราย่อมได้รับผลกระทบทั้งทางร่างกายและจิตใจอย่างรุนแรง เสื่อมเสีย เกียรติยศ ชื่อเสียง และไม่กล้าที่จะกลับมาใช้ชีวิตอยู่ในสังคมตามปกติ การข่มขืนกระทำชำเราเป็น พฤติกรรมที่กระทบต่อบุคคลผู้ถูกระทำและสังคมร้ายแรงถึงระดับที่รัฐเห็นควรกำหนดให้เป็น ความผิดอาญา โดยวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (แก้ไข เพิ่มเติมแล้วปี พ.ศ. 2550) มี 3 ประการคือ เสรีภาพทางเพศของผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา ความ ปลอดภัยในร่างกาย ชื่อเสียงและเกียรติยศของผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา และความบริสุทธิ์ควมไว้ เดียงสาทางเพศของเด็ก ภายหลังจากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ในปี พ.ศ. 2550 ทำให้สามีหรือภรรยาที่ข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสของตนมีความผิด คำว่า “คู่สมรส” ตามมาตรานี้ คือสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น และนอกจากประเทศไทยแล้วยังมีอีกหลายประเทศที่ กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาเป็นความผิด เพียงแต่บางประเทศได้ กำหนดให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา (Marital rape or wife rape) จะเป็น ความผิดได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการเท่านั้น

### ประมวลกฎหมายอาญา

#### 1. องค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276

องค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น มาตรา 276 ตามประมวลกฎหมาย อาญา ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศมาตรา 276 แยกพิจารณาดังนี้

##### 1.1 ผู้กระทำซึ่งกฎหมายบัญญัติโดยใช้คำว่า “ผู้ใด”

“ผู้ใด” ตามประมวลกฎหมายอาญาเดิม “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยา ตน” ผู้กระทำความผิดต้องเป็นชาย แต่หญิงก็อาจเป็นตัวการร่วมกับชายได้ โดยได้มีคำพิพากษาศาลฎีกา ตัดสินไว้ว่าจำเลยที่ 2 เป็นภรรยาของจำเลยที่ 3 ได้ใช้จำเลยที่ 3 ถอดเสื้อผ้าผู้เสียหายออก

ระหว่างนั้นก็คอยปิดปากและจับแขนผู้เสียหายไว้เหนือศีรษะให้จำเลขที่3 กระทำชำเราจนสำเร็จ ความใคร่ ถือได้ว่าเป็นตัวการร่วมในการกระทำชำเราผู้เสียหายแล้ว

ตามประมวลกฎหมายอาญาที่แก้ไขใหม่ใช้คำว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น” เห็นได้ชัดว่า คำว่า “ผู้ใด” ตาม “บริบทใหม่” จึงไม่จำกัดเพศหรือวัยของผู้กระทำ ดังนั้นผู้กระทำจะเป็นชาย หญิง เด็กชาย หรือเด็กหญิงก็ได้ หากครบองค์ประกอบความผิด ผู้นั้นก็มีความผิดตามมาตราที่ได้กล่าวข้างต้น และหญิงก็เป็นตัวการได้เอง โดยไม่ต้องร่วมกระทำผิดกับชายตามหลักกฎหมายเดิม ดังนั้นแม้หญิงกระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราโดยลำพัง ก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จได้โดยไม่ต้องมีชายเป็นตัวการแล้ว (วิมลธาดา ศิริชัยวารวณ, 2556, หน้า 137-138)

## 1.2 องค์ประกอบความผิด “การกระทำ”

การกระทำ ได้แก่การกระทำชำเราโดยการกระทำชำเราที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 276 ผู้ถูกกระทำจะต้องไม่ยินยอม หากยินยอมโดยสมัครใจ การกระทำข่มขืนไม่ใช้การ “ข่มขืน” แม้จะเป็นกระทำชำเราก็ตาม “การข่มขืนกระทำชำเรา”แยกพิจารณาได้เป็น “ข่มขืน” และ “กระทำชำเรา”

### 1.2.1 “ข่มขืน”

การ “ข่มขืน” ได้แก่การฝืนใจหรือบังคับใจ ถ้ายินยอมข่มขืนไม่มีความผิด การสมัครใจยินยอมทำให้ไม่มีความผิดตามมาตรา นี้ การข่มขืนต้องใช้วิธีการ โดยขู่เข็ญประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น กระทำต่อหญิงขณะหมดสติ แม้ผู้กระทำไม่ได้เป็นผู้ทำให้หญิงหมดสติก็ตาม ก็เป็นความผิดฐานนี้ เพราะหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หากเป็นผู้ทำให้หญิงหมดสติเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย

ข่มขืน ประมวลกฎหมายอาญามีได้นิยามไว้ แต่ตามพจนานุกรมให้ความหมายไว้ว่า “ใช้กำลังให้ทำตามใจ” ซึ่งย่อหมายถึง การที่ชายใช้กำลังบังคับหญิงให้ทำตามใจตนเอง โดยที่หญิงมิได้ยินยอมโดยสมัครใจ หรือใช้อำนาจกระทำโดยอีกฝ่ายไม่สมัครใจ

การข่มขืนซึ่งหมายถึงการอำนาจบังคับเอานั้น อาจเกิดจากเหตุใดเหตุหนึ่งได้ดังต่อไปนี้

1. โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ
2. โดยใช้กำลังประทุษร้าย
3. โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้
4. โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดคิดว่าเป็นบุคคลอื่น

ประการที่ 1 การข่มขืน โดยขู่เช็ญด้วยประการใด ๆ หมายถึง การทำให้กลัวจะเกิดอันตรายโดยบังคับไม่ว่าด้วยประการใด ๆ กฎหมายมิได้จำกัดวิธีการกระทำการ อาจทำการขู่เช็ญโดยใช้วาจา ใช้อาวุธ หรือแสดงกิริยาท่าทางประกอบพฤติการณ์แวดล้อมให้เข้าใจว่าถ้าไม่ยินยอมจะเกิดอันตรายแก่ตน เช่น ชายขอร่วมประเวณีกับหญิง หญิงไม่ให้ ชายจึงยิงสุนัขที่อยู่ข้าง ๆ ตายแล้วขอร่วมประเวณีกับหญิงอีก ท่าทางจิ้งจางของชายยอ่ยทำให้หญิงเชื่อว่า ถ้าไม่ยอมจะถูกยิงเสียชีวิตอย่างสุนัข เช่นนี้ยอมเป็นการขู่เช็ญแล้ว การทำให้ผู้ถูกขู่เช็ญกลัวหรือมีเหตุอันควรกลัวว่าจะเกิดอันตรายแก่ตนนั้น ไม่ว่าจะป็นอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน สิทธิ ฐานะในสังคม หรือฐานะทางเศรษฐกิจ และผู้ที่ได้รับอันตราย ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ถูกขู่เช็ญก็ได้ อาจเป็นบุคคลอื่นที่ผู้ถูกขู่เช็ญมีความผูกพันไม่ว่าจะทางสายโลหิตหรือทางสังคมที่จะต้องกลัวว่าจะเกิดอันตรายแก่เขา เสมือนอันตรายจะเกิดแก่ตน เช่น ฎีกาที่ 638/2516 ขู่เช็ญหญิงให้ยอมชารากับตน ถ้าไม่ยอมจะฆ่าบิดาของหญิง หญิงกลัวบิดาจะได้รับอันตรายแก่ชีวิตจึงยอม เช่นนี้ยอมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชารา แต่ถ้า จ. ยอมให้ ย. ชารา แล้วยอมให้ ย. ชาราอีก เพื่อปิดปากไม่ให้ผู้อื่น ล. และ ย. ไม่มีความผิดตามมาตรานี้

ประการที่ 2 การข่มขืน โดยใช้กำลังประทุษร้าย คำว่า การใช้กำลังประทุษร้ายนั้น ตามกฎหมายอาญามาตร 1 (6) ใ้ค่นิยามว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า การทำประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยแรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใดและให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยไป้ยาทำให้มึนเมาหรือสะกดจิต หรือไป้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน” ซึ่งยอมหมายถึง การกระทำให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจโดยการกระทำที่มีรูปร่างและหมายเพียงการกระทำที่ทำการหรือจิตใจเท่านั้น กรณีดังกล่าวไม่รวมถึงการกระทำแก่เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน

ประการที่ 3 การข่มขืน โดยที่หญิงไม่อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ตามมาตรานี้ซึ่งเป็นการทำให้หญิงจำยอมด้วยประการหนึ่งแต่มิใช่โดยสมัครใจ ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นี้ อาจเกิดขึ้นได้หลายกรณี บางกรณีทำให้หญิงตกอยู่ในอิทธิพลของผู้กระทำ เป็นต้นว่า นุคหญิงไปในป่า ไม่มีทางที่จะขัดขืนหรือได้รับความช่วยเหลือจากผู้อื่น หญิงจึงจำต้องยอมให้กระทำ (ฎีกาที่ 143/2456 และ 271/2475) หญิงถูกพรรคพวกของชายข่มขืนอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนคนที่กระทำต่อไป (ฎีกาที่ 2809/2536) โดยเกิดขึ้นจากตัวหญิงเอง ซึ่งเป็นเหตุให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เช่น หญิงเป็นอัมพาต ไม่รู้สึกตัว มึนเมา วิกลจริตหรือแรงผลักดันจากโรค หรือหญิงกำลังหลับ (ฎีกาที่ 234/2466)

ประการที่ 4 ข่มขืน โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เป็นการสำคัญผิดในตัวบุคคล เป็นคนละคนต่างคนกัน ไม่ใช่เพียงสำคัญผิดในคุณสมบัติ โดยมากเป็นเรื่องที่หญิง

สำคัญคิดว่าเป็นสามีตน โดยผู้กระทำได้ทาดนให้เข้าใจคิดว่าเป็นสามีของหญิง (ฎีกาที่ 233/2462) หรือทำให้หญิงเข้าใจว่าเป็นเพื่อนชายที่เคยเข้าหลับนอนกับตน (สุรชัย วรเนติโพธิ์, 2556, หน้า 15-17)

### 1.2.2 “กระทำชำเรา”

จากเดิมนั้น การข่มขืนหมายความว่า การใช้วัยวะเพศชายกระทำกับอวัยวะเพศหญิง และล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสของหญิง ซึ่งตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้วางแนวไว้ว่า แม้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดเพียงองคูลิเดียวจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ก็ตาม ก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว ฎีกาที่ 1048/2518

การกระทำชำเราตามกฎหมายจะต้องปรากฏว่า ของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาส หรืออวัยวะสืบพันธุ์หญิงการที่จำเลยขืนใจผู้เสียหาย โดยใช้ของลับของจำเลยใส่เข้าไปในทวารหนักของผู้เสียหาย จึงไม่เป็นการกระทำชำเรา คงมีความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น แต่กฎหมายใหม่ได้นิยามความหมายของลักษณะการข่มขืนกระทำชำเราเพิ่มขึ้นอีกจากเดิมที่มีได้มีการบัญญัติไว้ คือ การใช้วัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับ อวัยวะเพศ ทวารหนัก ช่องปาก หรือ ใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับ อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น การกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ มีความหมายที่กว้างกว่ากฎหมายเดิมที่ชายกระทำต่อหญิง แต่กฎหมายใหม่ให้รวมการกระทำที่หญิงกระทำต่อชาย หรือชายกระทำต่อชายด้วย ทั้งนี้หมายความว่ารวมตลอดถึงเพศที่ 3 อีกด้วย ส่วนการใช้สิ่งอื่นใด อาจหมายความรวมถึงอวัยวะเทียมหรือนิ้วมือ กระทำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ทั้งนี้การกระทำดังกล่าวทั้งหมดต้องเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ (แก้วมณี สุโกศล, ม.ป.ป., หน้า 2-3) โดยปัจจุบัน ได้มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ยึดตามประมวลกฎหมายอาญาลับบับแก้ไข ดังนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5448/2557\* และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555\*\*

\* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5448/2557 การกระทำชำเราตาม ประมวลกฎหมาย มาตรา 277 วรรคหนึ่ง หมายถึง การร่วมประเวณี กรณีจึงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าไป ในอวัยวะเพศของอีกฝ่าย แม้มาตรา 277 วรรคสอง บัญญัติให้ความหมาย ของการกระทำชำเราว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ก็เป็นเพียงการขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในส่วนของอวัยวะที่ถูกกระทำ ในมาตรา 277 วรรคหนึ่ง ว่าไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ จะเป็นการกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากก็ได้ และสิ่งที่ใช้ในการกระทำ ไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเท่านั้น จะเป็นสิ่งอื่นใดก็ได้เช่นกัน ดังนั้น การกระทำชำเราไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก ของผู้อื่นจึงยังต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดให้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น ไม่ว่าด้วย อวัยวะส่วนใดหรือวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียทั้งหมด จำเลยเพียงใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูกละเมิดกับอวัยวะเพศของผู้เสียหาย โดยเจตนากระทำชำเราผู้เสียหาย แต่เมื่อได้มีการสอดใส่เพื่อที่จะให้อวัยวะเพศของจำเลยล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย จึงยังไม่เป็นการกระทำชำเรา อันเป็นความผิดสำเร็จตามความหมายของมาตรา 277 วรรคสอง การกระทำของจำเลยคงเป็นเพียงความผิดฐานพยายามกระทำ

### 1.3 องค์ประกอบความผิด “ผู้ถูกระทำ”

ผู้ถูกระทำ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 บัญญัติใช้คำว่า “ผู้อื่น” ซึ่งเป็นหญิงหรือชายก็เป็นผู้ที่ถูกระทำซ้ำเราได้ หากเป็นหญิงอาจเป็นภรรยาของผู้กระทำเองก็ได้แต่ถ้าชายผู้ลงมือกระทำเป็นคนอื่น มิใช่สามีหญิงแม้ว่าสามีจะยินยอม หรือใช้ให้กระทำ หรือร่วมมือในการกระทำ เช่น ช่วยจับแขนขา ทั้งสามีและผู้ลงมือและผู้ร่วมในการกระทำนั้นมีความผิดตามมาตรา 276 หรือจะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันก็ได้ สามีภรรยา ตามบทบัญญัติของกฎหมายมาตรานี้ หมายถึง สามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามคำพิพากษาศาลฎีกา การกระทำต่อหญิงที่เป็นภรรยาไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจมีข้อแก้ตัวได้โดยอาศัยเรื่องความสำคัญผิดตามมาตรา 62 เช่น สำคัญผิดว่าเป็นภรรยาของตนตามกฎหมายอิสลาม เป็นต้น

หญิง คือ เพศของบุคคลธรรมดาตามสภาพที่ถือกำเนิด ฉะนั้นชายแปลงเพศเป็นหญิงจึงไม่ใช่หญิงในความหมายของความผิดฐานนี้ หญิงที่ถูกระทำอาจมีความประพฤติไม่ดีในทางประเวณีหรือเป็นหญิงโสเภณีก็ได้ แม้แต่เคยมีเพศสัมพันธ์กับผู้กระทำมาก่อนก็ไม่ใช่เหตุให้การกระทำครั้งนี้ไม่มีความผิด ความประพฤติของหญิงเช่นนี้อาจเป็นแต่เพียงพยานหลักฐานอันหนึ่งว่าหญิงยินยอมให้กระทำ แต่ก็ไม่ถึงกับความผิดฐานนี้จะเกิดกับหญิงประเภทนี้ไม่ได้เสียทีเดียว ตามคำวินิจฉัยของศาลฎีกา คำว่า “ผู้อื่น” ตามบทบัญญัติของกฎหมายใหม่นั้น หมายถึง หญิงตามธรรมชาติที่ถือกำเนิดมาเป็นเพศที่ออกลูกได้ และรวมถึงชายแปลงเพศเป็นหญิงด้วย ดังนั้น การกระทำระหว่างหญิงต่อหญิงหรือชายต่อชายจึงเป็นความผิดฐานนี้ด้วย ดังนั้นชายกระทำต่อหญิงหรือชายกระทำต่อชาย หญิงกระทำต่อหญิง ชายกระทำต่อหญิงซึ่งเป็นภรรยา หรือหญิงกระทำต่อชายซึ่งเป็นสามีก็เป็นความผิดฐานนี้ได้เช่นกัน(ฉัตรวรรณ ดวงกาง ใต้, 2558, หน้า 48 -50)

#### องค์ประกอบภายใน

ดังได้กล่าวแล้วว่าความรับผิดชอบขั้นกระทำซ้ำเราเป็นความผิดทางอาญาอย่างหนึ่งซึ่งผู้กระทำต้องมีเจตนาในการกระทำ ซึ่งมาตรา 59 ได้บัญญัติไว้ว่า “บุคคลจะต้องรับในอาญาที่ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา” การกระทำซ้ำเรา ต่างกับความรับผิดชอบอื่น คือไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยประมาทหรือโดยไม่เจตนาจะเกิดขึ้นได้เฉพาะกรณีเจตนาเท่านั้น ซึ่งมาตรา 59 วรรค 2 บัญญัติว่า “กระทำโดยเจตนา ได้แก่ กระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำ และในขณะที่เดียวกัน ผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเสี่ยงเห็นผลของการกระทำ” (สุรชัย วรรณดิโพธิ์, 2556, หน้า 18)

\*\* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555 จำเลยใช้ลิ้นเลียที่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม ใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วมโจทก์ร่วมมีอาการเจ็บ มีอาการอักเสบเป็นรอยแดงบริเวณแคมทั้งสองข้างรอบปากช่องคลอด สืบให้เห็นว่า จำเลยประสงค์จะใช้ อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม มิใช่เพียงการใช้อวัยวะเพศของจำเลยดูเฉพาะภายนอกอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมโดยไม่ประสงค์จะสอดใส่ การกระทำของจำเลยจึงบ่งชี้ถึงเจตนาของจำเลยที่จะข่มขืนกระทำซ้ำเราโจทก์ร่วม หากมีเจตนาเพียงแต่กระทำอนาจารไม่

ดังนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญาในฐานข่มขืนกระทำชำเราที่แก้ไขใหม่นี้ ทำให้บุคคล ผู้ถูกระทำหรือผู้เสียหายจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ หรือเป็นการกระทำต่อเพศเดียวกันก็เป็น ความผิดและเมื่อนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” มีความหมายกว้างขึ้น จึงเกิดกรณีดังต่อไปนี้

1. ผู้กระทำเป็นชายและผู้ถูกระทำเป็นหญิง
2. ผู้กระทำเป็นชายและผู้ถูกระทำเป็นชาย
3. ผู้กระทำเป็นหญิงและผู้ถูกระทำเป็นหญิง
4. ผู้กระทำเป็นหญิงและผู้ถูกระทำเป็นชาย

## 2. ความยินยอมกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความยินยอมถือเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 276 ดังนั้นหาก ผู้ถูกระทำยินยอมย่อมไม่เป็นความผิด ความยินยอมจึงเป็นสาระสำคัญที่จะปฏิเสธการครบ องค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา 276

หลักความยินยอม (Volenti non fit injuria) หมายความว่าเมื่อให้ความยินยอมแล้วย่อมไม่ ถือว่ามีความเสียหายหรือความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นละเมิดเนื่องจากการละเมิดเป็นการ กระทำที่ผิดกฎหมายและเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นเมื่อถือว่าไม่มีความเสียหายการกระทำนั้นจึง ไม่เป็นละเมิดผู้เสียหายจึงไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำที่ตนให้ความยินยอม

อย่างไรก็ตามการจะนำหลักดังกล่าวมาใช้ยกเว้นให้การกระทำที่ผิดกฎหมายเป็นการ กระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะต้องพิจารณาด้วยว่าจะนำมาใช้ยกเว้นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ เพื่อคุ้มครอง สิ่งใดหากกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเฉพาะตัวผู้เสียหายแล้วผู้เสียหายยอมให้ ความยินยอมต่อการกระทำนั้นได้แต่ถ้าวัตถุประสงค์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองคือสังคมหรือประชาชน ด้วยแล้วย่อมไม่สามารถนำความยินยอมของผู้เสียหายเพียงคนเดียวมาทำให้การกระทำที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมายนั้น ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาได้จึงไม่อาจใช้หลักความยินยอมกับการกระทำที่ขัดต่อ ความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน (พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร และนริศรา แดงไผ่, ม.ป.ป., หน้า 3)

### ความหมายของความยินยอม

ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติให้ความหมายของคำว่า “ความ ยินยอม” เอาไว้

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 คำว่ายินยอม หมายถึง ยอม ไม่ขัดใจ ตก ลง ชอบใจ ตาม ซึ่งตรงกับคำศัพท์ภาษาอังกฤษ คำว่า “Consent”

ท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ (ม.ป.ป. อ้างถึงใน พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร และนริศรา แดงไผ่, ม.ป.ป., หน้า 8) ได้อธิบายว่า การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นโดย



ไม่ชัดเจนทั้งที่สามารถชัดเจนได้ ซึ่งจะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์ เช่นนั้นขึ้น โดยแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเองหรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตนอันเป็นการแสดงความประสงค์ต่อผู้กระทำเหตุการณ์นั้นให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้ทำ ยกเว้นแต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้นที่การนิ่งไม่ชัดเจน อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมเพราะเป็นที่เข้าใจกัน โดยปกติทั่วไปว่าการนิ่งเช่นนั้นเป็นการยินยอมและการแสดงออกซึ่งความประสงค์อันถือได้ว่าเป็นความยินยอมนั้นอาจแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือปริยายก็ได้

อาจารย์ เพ็ง เพ็งนิติ (ม.ป.ป. อ้างถึงใน พิชัยศักดิ์ หรยางกูร และนริศรา แดงไผ่, ม.ป.ป., หน้า 8) ให้หมายความว่า เป็นเรื่องและผู้เสียหายยินยอมให้ กระทำการประทุษร้ายโดยสมัครใจหรือยอมเข้าสู่อันตรายไม่ว่าจะเป็นการทำอันตรายต่อร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใด การนิ่งเฉยไม่ชัดเจนหรือไม่ชัดเจนคัดค้านต่อการกระทำที่เป็นการประทุษร้ายหรือพฤติกรรมนั้น ควรจะชัดเจน ห้ามปราม หรือคัดค้าน แต่ไม่ชัดเจน ไม่ห้ามปราม หรือไม่คัดค้าน ถือเป็นการยินยอมโดยปริยาย

ท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร(ม.ป.ป. อ้างถึงใน ฉัตรวรรณ ดวงกางใต้, 2558, หน้า 33) ได้อธิบายว่า ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายต้องเป็นความยินยอมที่ไม่มีข้อบกพร่องใด ๆ ในการแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอม ดังนั้นความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดจากการบังคับขู่เข็ญหรือหลอกลวงจึงไม่เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้นความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมายจึงจะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงและเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ

ท่านศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส (ม.ป.ป. อ้างถึงใน ฉัตรวรรณ ดวงกางใต้, 2558, หน้า 34) ได้อธิบายว่า การพิจารณาเรื่องความยินยอมในทางอาญาต้องแยกพิจารณาในเบื้องต้นว่า ความยินยอมที่จะยกขึ้นเป็นข้ออ้างนั้นอยู่ในส่วนขององค์ประกอบซึ่งเป็น โครงสร้างข้อแรกหรืออยู่ในส่วนของความผิดกฎหมายอันเป็น โครงสร้างข้อสองหากผู้กระทำหรือผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้วในความผิดนั้น ๆ ก็ไม่อาจจะเกิดขึ้นได้ อาทิเช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มาตรา 278 มาตรา 283 และมาตรา 286 หรือในความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพก็เช่นกัน

ลักษณะทางกฎหมายของหลักความยินยอมประกอบด้วย

1. ผู้ให้ความ ยินยอมซึ่งเป็นผู้ได้รับความเสียหายต้องเป็นผู้มีความสามารถในการให้ความยินยอม คือ เข้าใจยังรู้ถึงการกระทำนั้นและรู้คุณค่าของการกระทำว่าดีหรือไม่ เข้าใจถึงธรรมชาติของการกระทำและผลที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นได้และต้องรู้ถึงคุณค่าของการกระทำนั้นจากประสบการณ์ของตนเองซึ่งจะต้องเป็นผู้ใหญ่พอสมควร

2. วิธีการ ให้ความยินยอม กฎหมายมิได้กำหนดแบบไว้ จึงอาจให้โดยแจ้งชัดหรือโดยปริยายและการ หนึ่งถือว่าการ ให้ความยินยอมได้ ถ้าตามพฤติการณ์ทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจว่าเป็นการ ให้ความยินยอม

3. เงื่อนไขความสมบูรณ์ของความยินยอม พิจารณาจาก 1. ระยะเวลาการ ให้ความยินยอมจะต้องมีอยู่ ก่อนหรืออย่างน้อยต้องมีในขณะที่กระทำและมีอยู่ตลอดการกระทำ 2. ความยินยอมต้องให้แก่ผู้กระทำโดยตรง 3. การ ให้ความยินยอมต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายโดยความสมัครใจปราศจากการทำกลลวง หลอกลวง ข่มขู่ หรือ สำคัญผิด 4. การ ให้ความยินยอมต่อสิ่งหนึ่งไม่หมายความรวมถึงสิ่งอื่นที่เพิ่มหรือแตกต่างไปจากที่ผู้เสียหาย ให้ความยินยอมหรือ โดยผู้เสียหายไม่ทราบถึง 5. ความยินยอมต้องไม่มีเงื่อนไข 6. ผู้กระทำต้องทราบถึงความยินยอมและได้กระทำด้วยความยินยอมใน ความผิดที่อ้างความยินยอมได้ ในกรณีที่ผู้กระทำไม่ทราบความยินยอมของผู้เสียหายและได้กระทำ ความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมที่ตน ไม่ทราบเป็นข้ออ้างได้

4. ผลของความ ยินยอม เมื่อการ ให้ความยินยอมได้กระทำโดยผู้ ให้ความยินยอม ที่ถูกต้องตามกฎหมาย และใช้วิธีการ ให้ความยินยอมตลอดจนเงื่อนไขความ สมบูรณ์ของความ ยินยอมถูกต้องครบถ้วนตามหลักความยินยอมที่ได้กล่าวใน ตอนต้นแล้ว ย่อมทำให้ผลของความ ยินยอมเป็นไปโดยสมบูรณ์ซึ่งผู้กระทำ สามารถอ้างหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดได้

5. ข้อยกเว้นหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด อาจมีในกรณีที่เกิดการประทุษกรรม โดยไม่ได้รับความยินยอม แต่ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบได้แก่

5.1 กรณีมีเหตุฉุกเฉินเกิดขึ้นอย่างแท้จริงและแจ้งชัดจำเป็นต้องกระทำก่อน ได้รับความยินยอม เช่น การจับคนที่จะฆ่าตัวตายด้วยการกระ โดดจากที่สูงโดยมัดมือมัดเท้าขังไว้ในห้อง

5.2 ในกรณีเช่นนั้นวิญญูชนยอม ให้ความยินยอม เช่น มีคนโยนระเบิดเข้ามาและระเบิดกำลังจะระเบิดจึงผลักผู้ซึ่งอยู่ข้าง ๆ ให้ล้มเพื่อหลบแรงระเบิด และการผลักทำให้ผู้นั้นได้รับบาดเจ็บไม่ต้องรับผิดชอบ

5.3 ผู้กระทำไม่รู้หรือไม่มีเหตุควรรู้ว่าผู้ถูกกระทำจะไม่ ให้ความยินยอมถ้ามีโอกาสถามบุคคลนั้น เช่น แพทย์นำคนเจ็บซึ่งสลบจากอุบัติเหตุเข้าทำการผ่าตัดเพื่อช่วยชีวิต (พิชัยศักดิ์ ทรายงกูร และนริศรา แดงไผ่, ม.ป.ป., หน้า 11)

#### บทบาทของหลักความยินยอม

1. ความยินยอมของผู้เสียหายปรากฏเป็นข้อยกเว้นความรับผิด ทั้งในทางแพ่งและทางอาญานำหลักความยินยอมมาใช้จึงอาจนำมาใช้ได้ทั้งในทางแพ่งและทางอาญาด้วยเช่นกันซึ่งมีความแตกต่างในเรื่องวัตถุประสงค์ของการเยียวยาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหายโดยในทาง

แพ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นผู้ก่อความเสียหายต้องเยียวยาความเสียหายให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมแต่ในทางอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมความประพฤติของบุคคลให้อยู่ในสังคมด้วยความสงบเรียบร้อยเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของบุคคลในสังคม

2. ในระบบกฎหมายของไทยได้นำหลักดังกล่าวมาใช้ทั้งในทางแพ่งและทางอาญาซึ่งมีหลักการคล้ายกัน คือการนำความยินยอมของผู้เสียหายมาอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดซึ่งผู้กระทำ่อขึ้น อย่างไรก็ตาม การนำมาใช้ในทางแพ่งและในทางอาญายังมีความแตกต่างกันในเรื่องความเข้มงวดของการปรับใช้ กล่าวคือในทางแพ่งโดยทั่วไปจะพิจารณาว่าผู้เสียหายเข้าใจในผลแห่งความยินยอมหรือไม่โดยไม่คำนึงว่ามีการขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีหรือไม่ส่วนในทางอาญาจะพิจารณาว่า ความยินยอมที่ทำให้การกระทำไม่ผิดกฎหมายนั้นจะต้องไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีมิเช่นนั้นผู้กระทำย่อมผิดกฎหมายอาญา (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร และนริศรา แดงไผ่, ม.ป.ป., หน้า 13)

#### ความยินยอมในทางอาญาของไทย

ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยความยินยอมไม่มีบัญญัติไว้โดยตรง แต่ศาลฎีกาได้เคยวางหลักเป็นบรรทัดฐานไว้ในฎีกาที่ 1403/2508 ดังนี้ “มีหลักทั่วไปยกเว้นความผิดอาญาอยู่ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้” ศาลฎีกาใช้คำว่า หลักกฎหมายทั่วไป สามารถนำมาใช้ได้ทั้งที่ไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยไม่ขัดต่อหลักในมาตรา 2 อันเป็นหลักสากลในภาษาลาตินที่ว่า “Nullum crimen nulla poena sine lege” แปลว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย” เพราะเป็นการนำมาใช้เพื่อเป็นคุณแก่ผู้กระทำ กล่าวคือเพื่อยกเว้นความผิดให้แก่ผู้กระทำนั่นเอง

#### หลักข้างต้นแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. เป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ หมายความว่า ไม่มีการหลอกลวง หรือสำคัญผิด หรือข่มขู่ ด้วยประการใด ๆ

2. ความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี โดยต้องพิจารณาตามความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในท้องที่และเวลาที่เกิดการกระทำนั้น ความยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดร่างกายเพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาล ความยินยอมของนักมวยในการชกกันตามกติกาเท่านั้น ถือว่าเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี

3. เป็นความยินยอมที่มีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด หมายความว่า ไม่มีการบอกเลิกความยินยอมนั้น หากบอกเลิกแล้วผู้กระทำยังขึ้นกระทำก็ไม่มีเหตุที่จะยกเว้นความผิดให้แก่ผู้กระทำได้ (เกียรติขจร วัฒนสวัสดิ์, 2551, หน้า 432)

ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่พิจารณา ดังนี้

1. ความผิดที่ยินยอมให้กระทำนั้นมีสิ่งที่ถูกกฎหมายมุ่งจะคุ้มครองที่ เรียกว่า คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) หรือไม่กล่าวคือเป็นคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นความคุ้มครองในส่วนตัวตน เช่น เจ้าของ ทรัพย์ยินยอมให้ผู้อื่นทำลายทรัพย์ได้ไม่เป็นความผิดตาม มาตรา 358 และคุณธรรมทางกฎหมายซึ่ง เป็นความคุ้มครองในส่วนรวม เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 277 ถึงแม้ผู้เสียหายยินยอมสละคุณธรรมทางกฎหมาย ก็ เป็นการสละในส่วนตัวตนเท่านั้นผู้เสียหายไม่มีอำนาจสละคุณธรรมในส่วนรวมที่มุ่งคุ้มครองศีลธรรมในทางเพศของคนในสังคมได้

2. การขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีพิจารณาจากผลประโยชน์ของสังคม มติมหาชนและศีลธรรม

3. ความยินยอมของผู้เสียหายไม่เป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เนื่องจากความผิดตามกฎหมายอาญา ไม่ได้มีเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่ง แต่มีเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของ สังคมประกอบกับการจะอ้าง ความยินยอมได้หรือไม่ต้องพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายว่าเป็นความคุ้มครองในส่วนตัวตนหรือส่วนรวมซึ่งจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงทาง ภาวะวิสัย (Objective) อันเป็นเหตุเนื่องจากการกระทำ (Cause objective) นั่นเอง (พิชัยศักดิ์ ทรัพย์กร และนริศรา แดง ฟ้า, ม.ป.ป., หน้า 17)

ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญาและบทบัญญัติความผิดทางอาญาเกี่ยวกับเพศ

1. กรณีที่กฎหมายบัญญัติเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายไว้อย่างชัดเจนว่าแม้ผู้เสียหาย จะให้ความยินยอม การกระทำก็ยังคงเป็นความผิดทางเพศอยู่ เช่น การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้นความยินยอมของผู้เสียหายไม่มีผลต่อการ กระทำนั้น

2. ผู้กระทำจะต้องกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย จึงจะเป็นความผิด แม้ว่ากฎหมายไม่ได้บัญญัติเรื่องความยินยอมไว้ก็ตาม เช่น มาตรา 276 มาตรา 278 มาตรา 283 และ มาตรา 284 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากการกระทำทางเพศในข้อนี้เป็นเรื่องของเอกชน ซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับความยินยอมของกลุ่ม ดังนั้นจึงไม่มีการบัญญัติว่า “โดยปราศจากความ ยินยอม” ไว้ ในกรณีที่ความยินยอมเสียไปเพราะเกิดจาก หลอกลวง ชูเชิญ ลำค้ำยัด ซึ่งมีผลเท่ากับ ว่าการกระทำนั้น ไม่ได้กระทำด้วยความยินยอม ผู้กระทำย่อมมีความผิด แต่นักกฎหมายบางคนเห็นว่า ตามมาตรา 276 จะต้องเป็นเรื่องชัดเจนของหญิง มิใช่เรื่องปราศจากความยินยอม ดังนั้น



ฟื้นความยินยอมของผู้ถูกระทำ ดังนั้นแม้ภายหลังผู้ถูกระทำจะให้ความยินยอมแก่การกระทำซ้ำเรานั้น องค์ประกอบความผิดของกฎหมายอาญาก็ไม่ถูกระทบกระเทือน เทียบได้กับความผิดฐานลักทรัพย์ ที่เมื่อเป็นลักทรัพย์สำเร็จแล้วแม้ผู้กระทำจะได้นำทรัพย์มาคืนหรือวางทรัพย์ทิ้งไว้ที่เดิมโดยยังไม่ทันพ้นประตูบ้านของผู้เสียหาย หรือผู้เสียหายให้อภัย อย่างไรก็ตามความผิดของผู้กระทำก็ยังคงมีอยู่ไม่ได้ถูกลบไป เพราะการกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังความผิดสำเร็จอยู่ดี เพียงแต่หากพิจารณาตามกฎหมายวิธีสบัญญัติแล้ว ประเด็นดังกล่าวอาจถูกนำมาพิจารณาได้ว่า ความยินยอมที่ให้ในภายหลังนั้น เป็นการยอมความหรือเป็นเหตุบรรเทาโทษแก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้น แต่ความผิดที่เกิดขึ้นไปแล้วไม่ได้ถูกลบไป\*

3.4 ผู้ถูกระทำให้ความยินยอมขณะเริ่มการกระทำซ้ำเร แต่เปลี่ยนเป็นปฏิเสธให้ความยินยอมหลังการกระทำซ้ำเรจนกระทั่งการกระทำซ้ำเรจบสิ้นลง

ใน 3 กรณีแรกไม่มีประเด็นปัญหาใด ๆ ในทางกฎหมาย แต่ในกรณีสุดท้ายนี้มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าในกรณีที่มีการกระทำซ้ำเรเริ่มต้นขึ้นด้วยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย แต่ขณะที่การกระทำซ้ำเรกำลังดำเนินไปภายใต้ความยินยอมร่วมกันนั้นเกิดมีฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะกระทำซ้ำเรกันต่อไป ไม่ว่าจะเพราะเหตุผลใดก็ตาม เมื่อได้ปฏิเสธไม่ให้มีการกระทำซ้ำเรต่อไปแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งกลับไม่ยอมหยุดการกระทำซ้ำเรในทันที จะถือได้หรือไม่ว่าการกระทำซ้ำเรโดยฝ่ายความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่งในกรณีนี้ เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเร (รณกรณ์ บุญมี, 2553, หน้า 777-779)

พฤติการณ์ที่เป็นการบอกถอนความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรผู้อื่น

1. การบอกถอนความยินยอมนั้นเกิดขึ้นโดยอิสระและผู้ที่บอกถอนความยินยอมต้องการที่จะยุติการกระทำที่ได้ร่วมประเวณีในทันที

2. ระยะเวลาในการถอนความยินยอมการปฏิเสธซึ่งความยินยอมในเวลาใด ๆ ก็ตาม ภายหลังการได้ให้ความยินยอม ไม่ว่าจะมีการร่วมประเวณีเกิดขึ้นแล้วหรือยัง ไม่มีการร่วมประเวณีฝ่ายที่ต้องการบอกถอนความยินยอมก็สามารถบอกถอนความยินยอมนั้นได้เสมอ แต่ผลทางกฎหมายย่อมต่างกัน กล่าวคือ

ประการแรก หากการบอกถอนความยินยอมของฝ่ายที่บอกถอนความยินยอมได้บอกถอนความยินยอม ในขณะที่ยังไม่มีกรร่วมประเวณี อีกฝ่ายเคารพการตัดสินใจของผู้ที่บอกถอนความยินยอมที่เคยได้ให้ไว้โดยต่างฝ่ายต่างกลับมาสู่สถานะปกติไม่มีการกระทำซ้ำเรจากฝ่ายที่ได้รับคำบอกถอน กรณีเช่นนี้ก็ไม้อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรเกิดขึ้นได้

\* แต่หากผู้ถูกระทำอายุต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด ผู้กระทำก็อาจมีความผิดฐานกระทำซ้ำเรเด็กได้

ประการที่สอง การบอกถอนความยินยอมของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้บอกถอนความยินยอมในขณะที่ยังไม่มีกร่วมประเวณีเช่นเดียวกันกับประการแรก แต่ฝ่ายที่ได้รับคำบอกถอนความยินยอมนั้นไม่เคารพการตัดสินใจของฝ่ายที่ได้บอกถอนความยินยอม และกระทำชำเราฝ่ายที่บอกถอนความยินยอมนั้น กรณีเช่นนี้ย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

ประการที่สาม ในขณะที่มีการร่วมประเวณีกันภายหลังความยินยอมของทั้งคู่ แต่ในระหว่างการร่วมประเวณีนั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้บอกถอนความยินยอมหรือต้องการยุติการร่วมประเวณีนั้น ปัญหาในกรณีหลังจากนี้ต้องมาวิเคราะห์คือ หากฝ่ายที่ได้รับคำบอกถอนความยินยอมนั้นไม่ยอมหยุดโดยไม่ว่าจะเป็นเพศไหนก็ตามยังคงกระทำชำเราต่อไปโดยไม่ยี่คิดต่อการบอกถอนความยินยอมของอีกฝ่าย ตามหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น และผู้กระทำไม่อาจจะเอาความยินยอมที่ไว้ก่อนร่วมประเวณีมาเป็นข้ออ้างว่าการกระทำชำเรานั้นกระทำไปโดยมีความยินยอมของผู้เสียหาย

3. การแสดงการถอนความยินยอมต้องเป็นการแสดงออกที่ชัดเจน ที่จะทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าใจถึงการบอกถอนความยินยอมนั้นเข้าใจถึงสาระที่ต้องการถอนความยินยอมนั้น เพื่อให้อีกฝ่ายเข้าใจและยุติการล่วงประเวณีทันที (ฉัตรบรรณ ดวงกางใต้, 2558, หน้า 60)

สรุปความยินยอมต้องเกิดจากความสมัครใจและต้องมีตั้งแต่ก่อนร่วมประเวณี และมีในขณะร่วมประเวณีจนถึงการสิ้นสุดการร่วมประเวณี ฉะนั้น หากก่อนร่วมประเวณีได้ให้ความยินยอมไว้แต่ได้ปฏิเสธหรือบอกถอนในภายหลังจากร่วมประเวณีไปแล้ว ในกรณีดังกล่าวประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และไม่ปรากฏแนวคำพิพากษาที่ตัดสินในกรณีดังกล่าว จึงเกิดเป็นประเด็นคำถามว่าหากเกิดกรณีดังกล่าวจะถือว่าเป็นการข่มขืนหรือไม่อย่างไร

กรณีที่ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบในเรื่องความยินยอมกับการสมัครใจนั้นจะพบว่าแตกต่างกัน เพราะในบางกรณีอาจยินยอมให้กระทำชำเราโดยที่ไม่สมัครใจก็เป็นได้ เช่น ยอมเพราะความกลัวว่าจะถูกทำร้าย การยินยอมในลักษณะนี้ถือว่าเป็นการข่มขืนตามมาตรา 276 รวมถึงการข่มขืนในขณะที่ผู้อื่นไม่รู้สึกร่วมไม่เรียกว่าสมัครใจด้วยเช่นกัน (พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร และนริศรา แดงไผ่, ม.ป.ป., หน้า 17)

คำว่า “อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” นั้น กล่าวคือ โดยตัวของผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้เองอยู่ก่อนการข่มขืนกระทำชำเรานั้นแล้วหรือโดยที่ผู้อื่นนั้นเป็นผู้กระทำให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ก็เป็นกรณีที่ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ทั้งสิ้น และหมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใด

อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้ ไม่ว่าจะโดยการไช้ยาทำให้มีนเมา หรือมอมเหล้าสุราให้ผู้เสียหาย มีนเมาไม่มีสติหรือสะกดจิตหรือใช้วิธีการอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน ถ้าตามพฤติการณ์ผู้เสียหายกลัว จำเลยและตกอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลย ตกอยู่ในภาวะที่ไม่กล้าขจัดขึ้นจะถือว่าผู้เสียหายยินยอม ไม่ได้ หรือหญิงตกอยู่ในอิทธิพลของผู้กระทำความผิดกับพรรคพวกที่จู่เข้าไปในป่าไม่มีทางขจัดขึ้นและไม่มีทางได้รับความช่วยเหลือ

นอกจากนี้ยังรวมถึงโดยหญิงอยู่ในสภาวะที่ไม่อาจขจัดขึ้นได้ หมายถึง การทำให้หญิง จำยอมโดยไม่สมัครใจ เช่น ไช้ยาทำให้มีนเมาหรือทำให้หญิงเมาสุราหมดสติ และภาวะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้นี้ ไม่ได้จำกัดว่าต้องเกิดจากการกระทำของผู้กระทำเท่านั้น แต่ภาวะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้อาจเกิดจากตัวหญิงเองก็ได้ เช่น หญิงป่วยเป็นอัมพาต เป็น โรคร่างกายอ่อนแรงจึงไม่สามารถขจัดขึ้นได้ เป็นต้น (ฉัฎฐวรรณ ดวงกางใต้, 2558, หน้า 47)

สรุปความยินยอมที่จะอยู่กินด้วยกันในฐานะสามีภรรยา นั้นย่อมรวมถึงการร่วม ประเวณีระหว่างสามีภรรยา โดยความยินยอมนั้นต้องเกิดขึ้น โดยความสมัครใจมิใช่ฝ่าฝืนต่อความ ยินยอมของกลุ่มสมรสอีกฝ่าย และความยินยอมเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายส่วนบุคคลเท่านั้น ผู้ที่ให้ความยินยอมต้องมีสติสัมปชัญญะ ในขณะที่ให้ความยินยอมระยะเวลาให้ความยินยอมต้องมีอยู่ ตลอดเวลาของการกระทำนั้น ๆ และยังคงมีผลอยู่โดยมิได้บอกถอนความยินยอมก่อนการกระทำ นั้นสิ้นสุดลง และความยินยอมต้องไม่ขัดต่อความรู้สึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้แม้เป็น สามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ไม่ได้ให้สิทธิสามีหรือภรรยาที่มีอำนาจกระทำชำเราโดยฝ่าฝืน ความยินยอมของกลุ่มสมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้ โดยการข่มขืนกระทำชำเราที่สามีกระทำต่อภรรยาถือเป็นการ กระทำรูปแบบหนึ่งของความรุนแรงในครอบครัว อันนำมาซึ่งเหตุผลที่มีการผลักดันให้แก้ไข ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งคุ้มครองบุคคลทุกเพศทุกวัยให้ ได้รับความเท่าเทียมกัน

#### 4. ประเด็นความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา

ความหมายของกลุ่มสมรสตามมาตรา 276 วรรคสี่

ภายหลังจากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ในปี พ.ศ. 2550 ทำให้สามี หรือภรรยาที่ข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสของตนมีความผิด คำว่า “คู่สมรส” ตามมาตรานี้คือ สามี ภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย (วิมลธาดา ศิริราชวรรณ, 2556, หน้า 147) เมื่อชายและหญิงได้ทำการจดทะเบียนสมรส โดยปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสที่กฎหมายกำหนดไว้ครบถ้วนแล้ว ชายและ หญิงก็เป็นสามีภรรยากัน โดยชอบด้วยกฎหมายหรือสามีภรรยาโดยนิตินัย (ประสพสุข บุญเดช, 2550, หน้า 156) ส่วนการอยู่ด้วยกัน โดยไม่สมรสเป็นความสัมพันธ์รูปแบบหนึ่งซึ่งก่อให้เกิด ความผูกพันกันในสถานะของความเป็นสามีภรรยาตามความเป็นจริงหรือสามีภรรยาโดยพฤตินัย



ซึ่งในแต่ละประเทศก็มีรูปแบบของความสัมพันธ์ดังกล่าวที่ยาวนานเพียงพอกับการสมรส แต่การยอมรับพฤติกรรมดังกล่าวของคู่ที่เข้ามาอยู่ร่วมกันให้มีสถานะเท่าเทียมกับคู่สมรสหรือไม่ นั่นก็ขึ้นอยู่กับกรอบการยอมรับโดยกฎหมายของแต่ละประเทศนั้น ๆ ประเทศไทยไม่มีกฎหมายลักษณะใดให้การรับรองชายหญิงดังกล่าว มีเพียงการแบ่งทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกันในรูปแบบของกรรมสิทธิ์รวมเท่านั้น ดังนั้นเมื่อเป็นเพียงสามีภรรยาโดยพฤตินัยย่อมไม่ใช่สามีภรรยาตามกฎหมายว่าด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ธีรวรรณ กุลไพศาลธรรม, 2552, หน้า 21-23) และไม่ใช่คู่สมรสตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่ อย่างไรก็ตามแม้เป็นเพียงสามีภรรยาโดยพฤตินัย แต่ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ถือว่าอยู่ในนิยามคำว่า “บุคคลในครอบครัว” แล้ว ทั้งนี้เพราะพระราชบัญญัติดังกล่าวคำนึงถึงความสัมพันธ์ในครอบครัวทั้งตามกฎหมายและตามความเป็นจริง

#### ความรับผิดชอบเพิ่มขึ้นกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 (ก่อนแก้ไขในปี พ.ศ. 2550) ใช้คำว่า “หญิงซึ่งมิใช่ภรรยาตน” ดังนั้นผู้ถูกระทำจะต้องเป็นหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของผู้กระทำ แสดงว่ากฎหมายเดิมจำกัดเพศของผู้กระทำไว้ว่า ต้องเป็นหญิงเท่านั้น และหากว่าหญิงที่ถูกกระทำชำเราเป็นภรรยาของผู้กระทำนั้น แม้หญิงจะไม่ยินยอม ผู้กระทำก็ไม่มี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามความเข้าใจของกลุ่มต่อสู้เพื่อสิทธิสตรีจึงเข้าใจว่าสามีได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นความรับผิดมาโดยตลอด จึงมองว่าไม่เป็นธรรมแก่หญิงที่เป็นภรรยา ต่อมาประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 (แก้ไขแล้วในปี พ.ศ. 2550) ได้มีการเปลี่ยนคำว่า “หญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาตน” เป็น “ผู้อื่น” โดยคณะผู้ร่างมีวัตถุประสงค์เพื่อยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดให้แก่สามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายของตน ผลจากการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว ทำให้สามีหรือภรรยาที่ข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสของตนมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 (แก้ไขแล้วในปี พ.ศ. 2550) โดยที่มาของแนวคิดนี้ต้องการรับรองเสรีภาพทางเพศหรือสิทธิในการตัดสินใจมีเพศสัมพันธ์ของหญิง โดยมุ่งให้เกิดความเสมอภาคเท่าเทียมกับชาย และครอบคลุมทั้งหญิงที่สมรส โดยชอบด้วยกฎหมายหรือที่มีสภาพโสด เพื่อให้เกิดการปฏิบัติอย่างเสมอภาคและเป็นธรรมในระหว่างหญิงด้วยกันเองทุกคนด้วย

กล่าวได้ว่าแนวคิดในเรื่องสิทธิมนุษยชนได้ส่งผลสำคัญต่อการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบัน โดยการยกเลิกข้อยกเว้นที่ทำให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาไม่เป็นความผิด (Marital rape exemption, marital rape immunity) เท่ากับยอมรับในสิทธิของภรรยาเหนือร่างกายของตนเป็นสิทธิในการกำหนดตนเองในทางเพศ (Sexual autonomy) หรือเสรีภาพในการตัดสินใจมีเพศสัมพันธ์ (Sexual liberty) แม้ว่าจะสมรสแล้วก็ตาม ซึ่งไม่ได้หมายความว่าหญิงที่สมรสและมีเสรีภาพในการเลือกมีเพศสัมพันธ์กับใครก็ได้ นอกเหนือไปจาก

สามีตน แต่หมายถึงสิทธิในการตัดสินใจมีเพศสัมพันธ์กับผู้ที่ เป็นสามีหรือภริยาโดยไม่ถูกผูกพัน ด้วยพันธะสัญญาสมรสหรือหน้าที่ของคำว่าภรรยาโดยแนวความคิดนี้เห็นว่า การที่สามีบังคับให้ ภรรยาต้องร่วมประเวณีด้วยนั้น ถือเป็นการลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ของภรรยาให้เป็นเพียงวัตถุ ของการระบายความใคร่หรือความโกรธแค้นเท่านั้น จากแนวความคิดนี้จึงก่อให้เกิดการยอมรับในการ กำหนดให้กรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภรรยาเป็นความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราขึ้นมา นอกจากนี้ในหลักการและเหตุผลของบทบัญญัติจะเห็นว่าผู้ร่างประสงค์ให้ปราศจาก “การเลือก ปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมด้วยสาเหตุทางเพศ และสถานะครอบครัว” ด้วย กล่าวคือ ผู้ที่เป็นคู่สมรสที่ ชอบด้วยกฎหมายจะได้รับการคุ้มครองและรับรองสิทธิทางเพศเช่นเดียวกับผู้ที่มีสถานภาพโสดโดย ไม่แตกต่างกัน (วิมลเรขา ศิริชัยวารวณ, 2556, หน้า 146-148)

#### 5. กรณีคู่สมรสที่เป็นผู้เยาว์

มาตรา 277 วรรคหนึ่ง (เดิม) บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภรรยาตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และ ปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

มาตรา 277 วรรคหนึ่ง (แก้ไขใหม่โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย อาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558) บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภรรยา หรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และ ปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”

คำว่า “เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี” หมายความว่า เด็กหญิงและเด็กชาย

กฎหมายมาตรานี้ใช้เฉพาะคำว่า “กระทำชำเรา” ไม่มีคำว่า “ข่มขืน” เหมือนมาตรา 276 วรรคหนึ่ง เมื่อไม่มีคำว่า “ข่มขืน” ก็หมายความว่า ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็เป็นความผิดตาม มาตรานี้ เพราะในทางวิชาการเห็นว่าเด็กที่อายุไม่เกินสิบห้าปียังไม่มีวุฒิภาวะพอที่จะยินยอม หรือไม่หรือไม่ยินยอมได้ และในทางแพทย์เด็กที่อายุไม่เกินสิบห้าปียังเติบโตไม่เต็มที่ หากพลาด พลังมีบุตรจะเป็นอันตรายแก่ตัวเด็กนั่นเองและบุตรในครรภ์ (สถิตย์ ไพเราะ, 2552, หน้า 321)

นอกจากนั้น สถิตย์ ไพเราะ (2552, หน้า 321) ให้ความเห็นว่า คำว่า “ซึ่งมิใช่ภรรยาหรือ สามีของตน” แสดงว่าหากกระทำชำเราภรรยาหรือสามีของตนไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้ และ หากภรรยาหรือสามี “ไม่ยินยอม” ก็เป็นการ “ข่มขืน” ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 276 ได้

แต่อย่างไรก็ตาม ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ (2553, หน้า 598) ให้ความเห็นว่า ตามกฎหมายที่ แก้ไขใหม่จึงทำให้เด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปีถูกสามีชำเราได้โดยไม่มีผิดเพราะตามความใน มาตรานี้หมายถึง หากเป็นสามีภรรยาแล้วชำเราได้ ไม่ว่าเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่

คำว่า “ซึ่งมิใช่ภรรยาหรือสามีของตน” เป็นองค์ประกอบในทางปฏิเสธ กล่าวคือ หากเป็นภรรยาหรือสามีของตนแล้วย่อมกระทำได้ เพราะไม่ใช่องค์ประกอบของมาตรานี้

แม้เด็กหญิงนั้นจะไม่ยินยอม (ถูกข่มขืนใจ) ก็ตาม โดยจะไม่กลับไปผิดตามมาตรา 276 อีก เพราะคนละมาตรากัน จะเห็นว่ากรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบทลงโทษตามมาตรา 276 ก็ไม่ได้ เพราะมาตรา 277 ให้อำนาจสามีกระทำกับภรรยาเด็กตน ได้อยู่แล้ว มาตราอื่นก็จะเอาผิดอีกไม่ได้ (ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2553, หน้า 598)

จากการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 ทำให้เกิดประเด็นการถกเถียงกันว่าในกรณีกระทำชำเราสามีหรือภรรยาที่เป็นเด็กไม่ติดคุก แต่ข่มขืนกระทำชำเราสามีหรือภรรยาที่เป็นผู้ใหญ่กลับติดคุก ซึ่งทำให้เกิดผลลัพท์ที่ประหลาดและไม่สอดคล้องกันระหว่างมาตรา 276 วรรคสี่ และมาตรา 277 วรรคหนึ่ง อีกทั้งจะถือว่าเป็นการส่งเสริมให้มีภรรยาเด็กไว้ข่มขืนหรือไม่ เพราะดูตามตัวบทกฎหมายแล้วนั้นย่อมเข้าใจได้ว่าหากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราภรรยาเด็กที่อายุเกินสิบห้าปีย่อมเป็นความผิด แต่หากกระทำชำเราภรรยาเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี ผู้กระทำย่อมไม่มี ความผิด ซึ่งประเด็นนี้จะได้ว่าเคราะห์ไว้ในบทต่อไป

#### 6. การกำหนดโทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276

โทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท” จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นว่า โทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราคือ จำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หลังจากที่ได้มีการพิจารณาแล้วว่าจำเลยได้กระทำผิดตามที่ถูกกล่าวหา ในขั้นตอนต่อไปก็คือการพิจารณาว่าจะกำหนดโทษแก่จำเลย เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมาย จะพบว่าในบทบัญญัติของกฎหมายก่อนข้างจะเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้เหตุผลในการลงโทษให้เป็นคุณแก่บุคคลผู้กระทำความผิดได้กว้างขวางซึ่งก็เป็นช่องทางที่ศาลได้นำมาปรับใช้แก่ผู้กระทำความผิดในคดีอาญาทั่วไป ซึ่งในที่นี้จะได้มีการพิจารณาว่าในคดีที่เกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศ จะมีการกระทำในลักษณะเช่นใดที่ศาลจะหิบบกขืนมาเป็นเหตุผลเพื่อลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด

#### ก. การกำหนดโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด

นอกจากการพิจารณาโทษตามกรอบอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ศาลก็สามารถที่จะกำหนดการลงโทษแตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลงโทษในสถานเบาซึ่งต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดเป็นขั้นต่ำเอาไว้ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญามีบัญญัติไว้ใน

หลายส่วน เช่น เหตุอันควรปรานี เหตุบรรเทาโทษ เหตุบันดาลโทษะ เป็นต้น ในคดีที่เกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา หากศาลได้พิจารณาแล้วว่าจำเลยผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดจริง เหตุสำคัญที่สามารถนำมาใช้อ้างเป็นเหตุผลเพื่อที่จะให้ศาลลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายได้บัญญัติตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาก็คือ

1. การที่ฝ่ายชายผู้กระทำความผิดมอบเงินให้กับทางฝ่ายผู้เสียหาย ไม่ว่าจะเรียกเงินนี้ว่าค่าทำขวัญ ค่าเสียหาย หรือในชื่ออื่นใดก็ตาม นอกจากนี้ก็ยังมีเหตุอื่นประกอบ เช่น จำเลยไม่เคยต้องโทษจำคุกมาก่อน และชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ฝ่ายผู้เสียหาย แล้วผู้เสียหายก็ไม่คิดใจเอาความกับจำเลย ทั้งนี้ศาลมักจะให้โอกาสจำเลยกลับตัวเป็นพลเมืองดี โทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้ และกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติจำเลย

2. นอกจากการมอบเงินให้กับทางฝ่ายผู้เสียหายแล้ว การแสดงท่าทีของฝ่ายผู้เสียหายในลักษณะที่แสดงให้เห็นได้ว่าไม่คิดใจเอาความหรือไม่ประสงค์จะดำเนินคดีกับทางจำเลยก็เป็นสิ่งที่ศาลก็ได้ให้ความสำคัญเช่นเดียวกันในการกำหนดสถานเบา

3. การที่ผู้เสียหายแจ้งความดำเนินคดีกับจำเลย หากแต่ในชั้นพิจารณาไม่ได้มาให้ปากคำ ก็จะเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้ศาลยกฟ้องได้

ดังนั้นหากบุคคลใดถูกกล่าวหาและถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีของการข่มขืนกระทำชำเรา ไม่ว่าจะเป็นผู้กระทำผิดจริงหรือไม่ก็ตาม หากในคดีนั้นทางฝ่ายผู้เสียหายมีพยานหลักฐานค่อนข้างแน่นหนาและมีแนวโน้มที่จะทำให้เชื่อได้ว่าผู้ตกเป็นจำเลยกระทำความผิดจริง หากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา จำเลยยังมีช่องทางในการต่อสู้เพื่อให้ตนเองพ้นไปจากความผิดหรือเพื่อให้ได้รับโทษในสถานเบาได้ ถ้าสามารถตกลงค่าเสียหายหรือจำนวนเงินที่จะมอบให้กับจำเลยได้ (สมชาย ปรีชาศิลปะกุล, 2550, หน้า 73-76)

ข. เหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาเหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น มีดังนี้

มาตรา 276 วรรคสาม “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

มาตรา 277 วรรคสาม “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

มาตรา 277 วรรคสี่ “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดย ร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะ เดียวกันหรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอด ชีวิต”

มาตรา 277 ทวิ “ถ้าการกระทำความผิดตาม มาตรา 276 วรรคหนึ่ง หรือ มาตรา 277 วรรคหนึ่งหรือวรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต”

มาตรา 277 ตริ “ถ้าการกระทำความผิดตาม มาตรา 276 วรรคสาม หรือ มาตรา 277 วรรค สี่ เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต”

มาตรา 285 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความ ปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ใน มาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม

## พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550

### 1. ความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัว

หลักการและเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากปัญหาการ แก่ไขการใช้ความรุนแรงในครอบครัวมีความละเอียดอ่อนซับซ้อน เกี่ยวพันกับบุคคลใกล้ชิด มี ลักษณะพิเศษแตกต่างจากการทำร้ายร่างกายระหว่างบุคคลโดยทั่วไป การใช้มาตรการทางอาญาตาม ประมวลกฎหมายอาญามาบังคับกับการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวจึงไม่เหมาะสม เนื่องจากกฎหมายอาญามีเจตนารมณ์ที่จะลงโทษผู้กระทำความผิด มากกว่าที่จะแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำ ผิด หรือปกป้องคุ้มครองผู้ที่ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว ดังนั้น การมีกฎหมายคุ้มครอง ผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว จึงมีความเหมาะสมกว่าการใช้กระบวนการทางอาญา เพราะสามารถกำหนดรูปแบบ วิธีการ และขั้นตอนที่มีลักษณะแตกต่างจากการดำเนินคดีอาญา โดยทั่วไป โดยให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับตัว และยับยั้งการกระทำผิดซ้ำ รวมทั้งสามารถ

รักษาความสัมพันธ์อันดีในครอบครัวไว้ได้ ประกอบกับเด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัวมีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้\*

ความหมายของคำว่า “ความรุนแรงในครอบครัว” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

จากพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดความหมายของคำว่าความรุนแรงในครอบครัวไว้ในมาตรา 3 ว่า “ความรุนแรงในครอบครัว” หมายความว่า การกระทำใด ๆ โดยมุ่งประสงค์ให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพ หรือกระทำโดยเจตนาในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลในครอบครัว หรือบังคับหรือใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม ให้บุคคลในครอบครัวต้องกระทำการ ไม่กระทำการ หรือยอมรับการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดยมิชอบ แต่ไม่รวมถึงการกระทำโดยประมาท\*\*

ความหมายของคำว่า “บุคคลในครอบครัว” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

คำว่าบุคคลในครอบครัวตามพระราชบัญญัตินี้ได้ให้คำนิยามไว้ในมาตรา 3 กล่าวคือ “บุคคลในครอบครัว” หมายความว่า คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กิน หรือเคยอยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคลใด ๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน\*\*\*

ความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัว

ในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำการอันเป็นความรุนแรงในครอบครัว ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ไม่ลบล้างความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาอื่น หากการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ด้วย ให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้”

องค์ประกอบความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัว

1. ผู้ใด

\* ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 41 ก 14 สิงหาคม 2550

\*\* มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

\*\*\* มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

## 2. กระทบการอันเป็นความรุนแรงในครอบครัว

การกระทำ หมายความว่า การเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก กล่าวคืออยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ โดยหลักแล้ว การกระทำคือการเคลื่อนไหวร่างกาย ส่วนการกระทำโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกายนั้นถือเป็นข้อยกเว้น แยกออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้ คือ 1. การกระทำโดยจงใจ 2. การกระทำโดยละเว้น (เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2551, หน้า 96)

จากคำนิยามมาตรา 3 “ความรุนแรงในครอบครัว” ประกอบด้วย

1. เป็นการกระทำใด ๆ ที่ผู้กระทำมีเจตนาให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลในครอบครัว ลักษณะประการที่หนึ่งเป็นความรุนแรงในครอบครัวที่แสดงออกชัดเจนอยู่ในตัวโดยผู้กระทำมีเจตนาประสงค์ต่อผล

อันตรายต่อร่างกายนั้นพิจารณาจากหลักการวินิจฉัยทางการแพทย์ เช่น รอยบาดแผลที่ถูกทำร้าย เป็นต้น

อันตรายต่อจิตใจ เป็นเรื่องที่พิจารณายากเพราะไม่เห็นชัดเจนกรณีที่มีการกระทำ ถึงขนาดที่ทำให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อจิตใจจนถึงขนาดที่สุขภาพจิตผิดปกติไป เช่น จิต ฝั่นเพื่อน ตกใจกลัวถึงขนาดประสาทเสีย หรือวิตกกังวลจนประสาทเสีย ซึ่งต้องพิสูจน์ในทางจิตแพทย์หรือทางจิตเวช อนึ่งถ้าการกระทำนั้นเป็นผลให้เกิดความรู้สึกโกรธ น้อยใจ เจ็บใจ หรือแค้นใจ เหล่านี้เป็นเพียงอารมณ์

อันตรายต่อสุขภาพ กล่าวคือ การกระทำนั้นทำให้เสียสุขภาพ หรือเกิดอาการเจ็บป่วยซึ่งต้องอาศัยการวินิจฉัยทางการแพทย์ เช่น การแอบไปสูยาที่เป็นอันตรายให้กับคู่สมรสกินทุกวัน จนส่งผลให้สุขภาพอ่อนแอ เป็นต้น

2. เป็นการกระทำโดยเจตนาในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายจิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลในครอบครัว ลักษณะที่สองนี้ใช้ “พฤติการณ์ประกอบการกระทำ” เข้ามาวินิจฉัยการกระทำ แม้ผลแห่งอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพยังไม่เกิดในทันที แต่วิญญูชนพิจารณาแล้วว่าจะเกิดผลดังกล่าวก็คือว่าเป็นความรุนแรงในครอบครัว เช่น การขว้างปาสิ่งของมีคมในบ้านเป็นประจำ แม้ว่าในวันเกิดเหตุจะยังไม่มีผู้บาดเจ็บก็ตาม เห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเรื่องที่บุคคลทั่วไปพิจารณาได้ว่าน่าจะเกิดอันตรายต่อร่างกายบุคคลในบ้านได้ เป็นต้น ซึ่งกรณีดังกล่าวต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไปตามข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่อง เนื่องจากขนบธรรมเนียมประเพณีในแต่ละท้องถิ่นไม่เหมือนกัน ทั้งความรู้สึก ความคิดอ่าน และการยอมรับของแต่ละครอบครัวนั้น อาจแตกต่างกัน

3. บังคับหรือใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมให้บุคคลในครอบครัวต้องกระทำการไม่กระทำการ หรือยอมรับการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดยมิชอบ ซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวนี้ ต้องเป็น

การกระทำโดยเจตนาเท่านั้น เช่น การบังคับภรรยาให้อยู่เฉพาะภายในห้องแคบ ๆ ไม่ยอมให้ไปไหนนอกเขตที่กำหนดโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร เป็นต้น

อย่างไรก็ตามหากเป็นเรื่องการกระทำความผิดโดยประมาทเป็นเหตุให้บุคคลในครอบครัวได้รับอันตรายเช่นนี้ ไม่ถือว่าเป็นความรุนแรงในครอบครัว(วิญญู พงศ์พันธุ์อนุสร, 2556 , หน้า 29-30)

ดังนั้นจากคำนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่าความรุนแรงในครอบครัวรวมถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาด้วย เพราะเป็นการกระทำใด ๆ ที่ผู้กระทำผิดเจตนาให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลในครอบครัว และเป็นการบังคับหรือใช้อำนาจครอบงำผิดครองกรรมให้บุคคลในครอบครัวต้องกระทำการ ไม่กระทำการ หรือยอมรับการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดยมิชอบนั้นคือการบังคับข่มขืนใจนั่นเอง

### 3. ต่อบุคคลในครอบครัว

จากคำนิยามมาตรา 3 คำว่า “บุคคลในครอบครัว” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 มีความหมายกว้าง นอกเหนือจากความหมายตามกฎหมายครอบครัวแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่จะต้องจดทะเบียนสมรสเท่านั้น (สำนักงานกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว, 2552 อ้างถึงใน วิญญู พงศ์พันธุ์อนุสร, 2556, หน้า 30-31) ดังนั้นคำว่า “บุคคลในครอบครัว” ตามพระราชบัญญัตินี้ จึงได้แก่

1. คู่สมรส หมายถึง ชายและหญิงที่อยู่ร่วมกันโดยจดทะเบียนสมรส
2. คู่สมรสเดิม หมายถึง ชายและหญิงที่เคยจดทะเบียนสมรส ต่อมาภายหลังได้จดทะเบียนหย่า
3. ผู้ที่อยู่กันฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส
4. ผู้ที่เคยอยู่กันฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส
5. บุตร หมายถึง บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายและบุตรนอกสมรส (บุตรตามความเป็นจริง)
6. บุตรบุญธรรม
7. สมาชิกในครอบครัว ซึ่งความหมายกว้างโดยรวมถึงบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือทางญาติพี่น้องกัน เช่น บิดา มารดา พี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ลุง ป้า น้า อา ปู่ ย่า ตา ยาย เป็นต้น
8. บุคคลใด ๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน หมายถึง บุคคลใดที่ไม่มีบุคคลตามข้อ 1-7 โดยเป็นบุคคลที่ต้องพึ่งพาอาศัยไม่ว่าจะทางเศรษฐกิจหรือสังคม และต้องปรากฏว่าบุคคลนั้นต้องพึ่งพาอาศัยหรืออยู่ในครัวเรือนเดียวกันในขณะที่มีการใช้ความรุนแรง เช่น คนรับ



ใช้ที่อยู่มานานและมีการดูแลห่วงใยประดุจเครือญาติ หรือแม่นม เป็นต้น ทั้งนี้หากเป็น คนรับใช้ คนสวน หรือลูกจ้างทั่วไป แม้มีการพักอาศัยอยู่ภายในบ้าน แต่ถ้ามีการรับค่าจ้าง ค่าแรงเป็นรายเดือน เช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นบุคคลในครอบครัว (วิชญ์ พงศ์พันธุ์อนุสร, 2556 , หน้า 30-31)

สรุป คำว่า “บุคคลในครอบครัว” ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว หมายความว่า คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กิน หรือเคยอยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคลใด ๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน ฉะนั้นในกรณีการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ ย่อมเห็นได้อย่างชัดเจนว่าสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายอาญาย่อมรวมอยู่ในนิยามของคำว่า “บุคคลในครอบครัว”ตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย

#### 4. โดยเจตนา

ตามประมวลกฎหมายมาตรา 59 วรรคหนึ่งแบ่งเจตนาออกเป็น 2 ประเภท คือ 1. เจตนาประสงค์ต่อผล คือ มุ่งหมายให้ผลเกิดขึ้นหากผลเกิดขึ้นตามที่มุ่งหมายก็เป็นความผิดสำเร็จ หากผลไม่เกิดตามที่มุ่งหมายก็เป็นความผิดเพียงฐานพยายาม 2. เจตนาเล็งเห็นผล คือ เล็งเห็นได้ว่าผลนั้นจะเกิดขึ้นได้ อย่างแน่นอนเท่าที่จิตใจของบุคคลในฐานะเช่นนั้นจะเล็งเห็นได้ (เกียรติจิกร วิจารณ์สวัสดิ์, 2551, หน้า 103)

ผลในทางกฎหมายเมื่อผู้กระทำผิดได้กระทำความรุนแรงในครอบครัว ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนด แต่ความผิดตามมาตรานี้ก็เป็นการผิดอันยอมความได้ และหากการกระทำความรุนแรงในครอบครัวเป็นการทำร้ายร่างกาย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 ซึ่งโดยปกติเป็นคดีอาญาแผ่นดินยอมความไม่ได้ กฎหมายฉบับนี้ก็บัญญัติให้ความผิดฐานดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมได้ได้ แต่ถ้าเป็นความผิดอื่นนอกเหนือจากความผิดฐานทำร้ายร่างกาย มาตรา 295 ก็จะไม่มีผลแต่ประการใด ยังคงต้องใช้การดำเนินคดีอาญาปกติ (เฉลิมวุฒิ สารกิจ, 2556)

สรุปความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับความรุนแรงในครอบครัว ซึ่งมีความซับซ้อนและละเอียดอ่อนกว่าคดีอาญาทั่วไป เพราะเป็นคดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงและการทำร้ายกันระหว่างสมาชิกในครอบครัว ดังนั้นการใช้มาตรการทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาที่มุ่งการลงโทษผู้กระทำผิดอย่างเดียวจึงอาจไม่เหมาะสม ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงเป็นที่มาของการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ซึ่งมีวิธีการในการดำเนินคดีต่างหาก โดยหวังให้ผู้กระทำผิดกลับตัวและยับยั้งการกระทำผิดซ้ำ รวมถึงเพื่อให้เกิดความสัมพันธ์อันดีระหว่างบุคคลในครอบครัว

2. ความสัมพันธ์ระหว่างความผิดฐานกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวกับความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา

ความรุนแรงในครอบครัวเกือบทั้งหมดล้วนแต่เป็นความผิดสามัญตามประมวลกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตามความรุนแรงในครอบครัวบางลักษณะก็ไม่เป็นความผิดอาญาใด ๆ เลย ความสัมพันธ์ระหว่างความรุนแรงในครอบครัวกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาพิจารณาได้ (ปกป้อง ศรีสนิท, 2552 อ้างถึงใน วิษณุ พงศ์พันธุ์อนุสร, 2556, หน้า 32-33) ดังนี้

ลักษณะที่หนึ่ง ความผิดฐานกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวได้กำหนดโทษจำคุกไม่เกิน หก เดือนหรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่ความผิดมาตรา 4 ไม่ลดล้างความผิด ตามกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่น ดังนั้นหากมีการทำร้ายร่างกายขึ้นระหว่างบุคคลในครอบครัวซึ่งถือว่าเป็นการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว ผู้กระทำจะมีความผิดทั้งมาตรา 295 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว

ลักษณะที่สอง ความผิดฐานกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวเป็น “ความผิด” กรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท” หากเปรียบเทียบกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา โดยเป็นความผิดกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบทประเภท “บทหนักบทเบา” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90 ความผิดฐานกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวไม่ใช่ “บทเฉพาะ” ของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา เพราะเหตุว่าอาจมีบางกรณีที่ทำให้ความผิดฐานกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวเกิดขึ้นได้โดยไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาใด ๆ เลย

ลักษณะที่สาม เมื่อความผิดฐานกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวเป็นกรรมเดียวกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวมาตรา 8 วรรค 2 จึงได้กำหนดความสัมพันธ์โดยสรุปดังนี้ คือ หากความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นมีโทษหนักกว่าความผิดตามมาตรา 4 ให้ดำเนินคดีทั้งหมดที่ศาลจังหวัดหรือศาลแขวงแล้วแต่กรณี ในทำนองกลับกันหากความผิดตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวมีโทษหนักกว่า จึงจะให้ดำเนินคดีที่ศาลเยาวชนและครอบครัว เช่นเดียวกันกับการกระทำความรุนแรงในครอบครัวที่เป็นความผิดตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวแต่เพียงอย่างเดียว การดำเนินคดีก็จะกระทำที่ศาลเยาวชนและเยาวชน

ลักษณะที่สี่ ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 หากเกิดขึ้นระหว่างบุคคลในครอบครัวเป็นความผิดอันยอมความได้ตามมาตรา 4 วรรค 2 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว

อย่างไรก็ตามความผิดฐานทำร้ายร่างกายและความผิดเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัว นั้นมีความคล้ายคลึงกัน คือ ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บทางร่างกายจนอาจถึงขั้นบาดเจ็บสาหัส ดังนั้น การตีความและสามารถแยกความผิดทั้งสองได้จึงเป็นสิ่งสำคัญ (วิษณุ พงศ์พันธุ์อนุสร, 2556, หน้า 32-33)

จึงกล่าวได้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยานอกจากจะเป็นความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่แล้ว ยังถือเป็นความรุนแรงในครอบครัวประการหนึ่ง ด้วย ดังนั้นผู้กระทำจึงมีความผิดฐานกระทำ ความรุนแรงในครอบครัวตามมาตรา 4 แห่ง พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ด้วย เมื่อพิจารณา อัตราโทษแล้วพบว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ มีโทษหนักกว่าความผิดตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงต้องดำเนินคดีที่ศาลอาญาและไม่ลดล้างความผิดตามประมวล กฎหมายอาญา ฉะนั้นผู้กระทำความผิดจึงต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย

### 3. กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับความรุนแรงในครอบครัว

แนวคิดกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ เริ่มเผยแพร่กระจายเข้าสู่กระบวนการ ยุติธรรมไทยตั้งแต่ปี พ.ศ. 2538 ภายหลังจากการประชุม UN Crime Congress ครั้งที่ 9 เมื่อ ค.ศ. 1995 จากนั้นระหว่างปี พ.ศ. 2544-2546 ได้มีการประชุมวิชาการหลายครั้งอย่างต่อเนื่อง โดยมีการ เตรียมการเพื่อนำประเทศไทยเข้าสู่การประชุม UN Crime Congress ครั้งที่ 11 ที่ได้มีขึ้นในระหว่าง วันที่ 18-25 เมษายน 2548 ซึ่งไทยเป็นเจ้าภาพจัดขึ้นในการประชุมมีประเด็นอภิปรายที่เกี่ยวข้องกับ หลักการพื้นฐานว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์และแนวคิดดังกล่าวได้มีอิทธิพลในการ เปลี่ยนกรอบแนวคิดของกระบวนการยุติธรรมไทยเป็นแนวนโยบายแห่งรัฐจนถึงปัจจุบัน (ทัศนีย์ สุขสมบุญ, 2554, หน้า 3)

โดยกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อที่จะนำตัวผู้กระทำผิดมา ลงโทษคดีเป็นหลัก จนบางครั้งเป็นเหตุทำให้มีคดีได้เข้าสู่ระบบกระบวนการพิจารณาคดีของศาล เป็นจำนวนมากโดยมิได้ให้ความสำคัญต่อการแก้ไขปัญหามาในสังคมโดยการส่งเสริมให้มีการยุติข้อ พิพาทในชั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือชั้นพนักงานอัยการเท่าที่ควร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของเด็กหรือ เยาวชนได้กระทำความผิดอาญาซึ่งต้องถูกลงโทษ ย่อมก่อให้เกิดปัญหาทางสังคมตามมาอย่างไม่ อาจที่จะหลีกเลี่ยงได้ ดังนั้น เพื่อที่จะหาทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงควรที่จะได้มีการปรับเปลี่ยน แนวคิดจากเดิมที่เน้นในเรื่อง “กระบวนการยุติธรรมเชิงแก้แค้นทดแทน” (Retributive justice) มา เป็นแนวคิดใหม่โดยการเน้นเรื่อง “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์” (Restorative justice) แทน ทั้งนี้โดยมองว่า ปัญหาอาชญากรรมนั้นไม่ใช่เรื่องที่กระทำต่อรัฐหรือกระทบต่อความสงบเรียบร้อย ของรัฐเท่านั้น แต่เป็นเรื่องที่กระทบต่อความสัมพันธ์ส่วนบุคคลระหว่าง “ผู้กระทำผิด” “ผู้เสียหาย”

และ “ชุมชน” ด้วย ดังนั้น ภายใต้แนวคิดดังกล่าวทุกฝ่ายที่ได้รับผลกระทบจึงควรที่จะต้องเข้ามา มีบทบาทและมีส่วนร่วมในการเข้ามาแก้ไขปัญหาทั้งระบบ โดยมีจุดมุ่งหมายสำคัญเพื่อสร้างสันติสุข และการนำความสมานฉันท์กลับคืนสู่สังคมหรือชุมชนในที่สุด (เพลินตา ตันรังสรรค์, ม.ป.ป., หน้า 1)

### 3.1 นิยามและความหมายของยุติธรรมเชิงสมานฉันท์

จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย (2548, หน้า 39 อ้างถึงใน เรียวรุ่ง บุญเกิด, 2557, หน้า 20) ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “Restorative Justice” หรือกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์” หมายถึง รวมถึงโครงการ กระบวนการและกระบวนการวิธีที่ดำเนินการตามหลักการของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ที่มีวิธีการตอบสนองความขัดแย้งพฤติกรรมไม่พึงประสงค์และอาชญากรรม โดยตระหนักถึงการเยียวยาความเสียหายทั้งทางร่างกายและความสัมพันธ์ให้มากที่สุด พร้อมทั้งสร้างแผนความรับผิดชอบหรือข้อตกลงที่จะป้องกันไม่ให้เกิดสถานการณ์เช่นเดียวกันนี้ขึ้นอีก หรือกล่าวได้ว่าโครงการในลักษณะนี้ว่า หมายถึง การอำนวยความสะดวกที่ต้องการทำให้ทุกฝ่ายซึ่งได้รับผลกระทบจากอาชญากรรมมีโอกาสกลับคืนสู่สภาพดีเช่นเดิม อันเป็นการสร้างความสมานฉันท์ในสังคมซึ่งเป็นเป้าหมายสุดท้าย

กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ (2550, หน้า 86-87 อ้างถึงใน บัณฑิต ใต้ทองดี, 2555, หน้า 46) อธิบายว่า คำภาษาไทยที่เรียกว่า ความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ไม่ตรงกับคำว่า Restorative justice หรือ Restoration ในภาษาอังกฤษซึ่งแปลว่า กระบวนการยุติธรรมเชิงปฏิสังขรณ์และถ้าใช้คำว่า การอำนวยความสะดวกความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ น่าจะสื่อความหมายได้ดีเพราะเป็นเป้าหมายสุดท้ายของ Restorative justice นั่น คือ ต้องการทำให้ทุกฝ่ายที่ได้รับผลกระทบกลับคืนสู่สภาพดีเช่นเดิม อันเป็นการสร้างความสมานฉันท์ในสังคม อย่างไรก็ตามวิธีการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ อาจแยกอธิบายได้ 2 ส่วน ดังนี้

1. กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ หมายถึง กระบวนการที่ไม่เป็นทางการ โดยให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องได้มาพบกันในบรรยากาศที่ส่งเสริมให้เกิดความสมานฉันท์ปรองดองส่งเสริมให้ผู้กระทำผิดได้สำนึกได้ชดใช้ และส่งเสริมให้ชุมชนได้มีโอกาสเข้ามามีส่วนร่วมเกี่ยวข้องซึ่งกระบวนการที่ใช้อยู่ในต่างประเทศมีหลายรูปแบบ ได้แก่ การประชุมกลุ่มครอบครัว ประชุมกลุ่มชุมชน หรือเป็นการประชุมวงกลม เป็นต้น ไม่ว่าจะประชุมในรูปแบบใดก็ตาม ความสำคัญอยู่ที่การสร้างความปลอดภัยของทุกฝ่ายที่เกิดขึ้น

2. ผลลัพธ์ที่จะก่อให้เกิดความสมานฉันท์การแสดงความสำนึกผิดการยินยอมที่ปรับพฤติกรรมและการที่ผู้กระทำผิดพร้อมเยียวยาชดใช้ให้กับผู้เสียหาย ซึ่งอาจไม่ใช่เรื่องเงินอย่างเดียว อาจเป็นการบำเพ็ญประโยชน์สาธารณะหรืออื่น ๆ แล้วแต่กรณี

ชาร์ป (Sharpe, 2001 อ้างถึงใน เรียวรุ่ง บุญเกิด, 2557, หน้า 21) กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เป็นแนวความคิดที่มีรากฐานแตกต่างจากการอำนวยความยุติธรรมเชิงแก้แค้นทดแทน โดยมุ่งให้ความสำคัญกับสิ่งซึ่งจำเป็นต้องได้รับการเยียวยา (สำหรับเหยื่ออาชญากรรม) สิ่งซึ่งควรแก้ไขปรับปรุง (สำหรับผู้กระทำผิด) และสิ่งซึ่งควรเรียนรู้เมื่อมีอาชญากรรมเกิดขึ้นในสังคม (สำหรับชุมชน) แนวคิดนี้ทำให้เหยื่ออาชญากรรมเป็นศูนย์กลางของกระบวนการให้คำนิยามเกี่ยวกับอันตรายและการชดใช้เยียวยา กล่าวคือ เหยื่ออาชญากรรมเป็นผู้กำหนดว่าอันตรายที่ตนได้รับคืออะไรและการชดใช้เยียวยาที่เหมาะสมสำหรับตนจะมีขนาดเท่าใด ขณะที่ชุมชนสามารถเข้ามีส่วนเกี่ยวข้องในกิจกรรมการเรียกร้องความรับผิดชอบจากผู้กระทำผิดในการสนับสนุนเหยื่ออาชญากรรมและประกัน โอกาสในการแก้ไขฟื้นฟูตนเองของผู้กระทำผิด

### 3.2 หลักการสำคัญของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์

กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ (2545, หน้า 8-9 อ้างถึงใน เรียวรุ่ง บุญเกิด, 2557, หน้า 22) ได้กล่าวถึง หลักการสำคัญของ “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์” ว่า

1. อาชญากรรม ไม่เป็นเพียงแต่การฝ่าฝืนกฎหมายและละเมิดบรรทัดฐานสังคมซึ่งต้องลงโทษผู้กระทำผิดเท่านั้น แต่อาชญากรรมทำให้เกิดความเสียหาย (Harm) ต่อผู้เสียหายเพราะการทำความผิดทางอาญาเป็นการทำลายสัมพันธ์ภาพที่ดีระหว่างบุคคลและความสมานฉันท์ในสังคมไปพร้อม ๆ กัน

2. กระบวนการยุติธรรม ไม่ควรมุ่งเน้นเพียงแต่จับตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษโดยมุ่งผลของการแก้แค้นทดแทน (Retribution) สร้างความข่มขู่ยับยั้ง (Deterrent) และตัดโอกาสเขาไม่ให้กระทำความผิดอีก (Incapacitation) แต่ควรจะเน้นการบรรเทาความเสียหายให้ทุกฝ่ายกลับคืนสู่สภาพดีดั้งเดิม (Restoration) อีกด้วย อันเป็นที่มาของแนวคิดเรื่อง Restorative Justice คือต้องการฟื้นฟูความเสียหายหรือผลกระทบจากการกระทำความผิดให้สังคม

3. รัฐไม่ควรผูกขาดการดำเนินการที่มุ่งเน้นเรื่องการลงโทษเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยเพียงอย่างเดียว แต่ควรเปิดโอกาสให้เหยื่ออาชญากรรม ผู้กระทำความผิด และชุมชนได้มีโอกาสหาทางออกในการแก้ปัญหาเหล่านี้ร่วมกัน

### 3.3 วัตถุประสงค์หรือจุดมุ่งหมายของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์

วัตถุประสงค์หรือจุดมุ่งหมายสำคัญของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มี 2 ข้อใหญ่ ๆ คือ

1. การชดใช้ความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายไม่ว่าจะเป็นความเสียหายทางทรัพย์สิน ทางกายหรือจิตใจ รวมถึงเกียรติภูมิ อำนาจ สิทธิ และความสามัคคี ดังนั้น ผลลัพธ์ในกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์จึงไม่ใช่การค้นหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามที่กฎหมายกำหนด แต่

เป็นการทำให้ผู้เสียหายพอใจและได้รับการเยียวยาจากผู้กระทำความผิด ซึ่งรวมถึงการได้ระบายความรู้สึกหรือความทุกข์ร้อนที่ตนได้รับ และผลที่ตามมาจากการตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรม

2. เป็นการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ โดยมีกระบวนการที่กำหนดเงื่อนไขที่ผู้กระทำ ความผิดต้องปฏิบัติและเป็นหลักประกันว่าจะไม่กระทำ ความผิดซ้ำ อีกและยังเป็นประโยชน์ต่อหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรม ทั้งนี้ เพราะถ้าเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยทั่วไป ต้องกำหนดหน้าที่ให้เจ้าพนักงานและพยานร่วมมือกันในการค้นหาความจริงอันจะนำไปสู่การกำหนดโทษ แต่ในกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เน้นการร่วมมือระหว่างผู้เสียหายผู้กระทำความผิด และผู้ที่เกี่ยวข้อง สังคม ชุมชน เจ้าพนักงาน ศาล และผู้เชี่ยวชาญเพื่อร่วมกันหาทางออกสำหรับแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นและเป็นการป้องกันการกระทำความผิดในอนาคต ซึ่งเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายเพราะไม่ได้เน้นกระบวนการค้นหาความจริง แต่เน้นที่การคุ้มครองสวัสดิภาพ การฟื้นฟูรักษาพยาบาลผู้กระทำความผิด และการเสริมสร้างความสัมพันธ์อันดีในชุมชน (สรุปสาระสำคัญของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์, ม.ป.ป., หน้า 5-6)

### 3.4 รูปแบบของความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับความรุนแรงในครอบครัว

การนำแนวคิดยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้ในการแก้ไขปัญหาลักษณะใหญ่จะมีลักษณะของการเจรจาไกล่เกลี่ยระหว่างคู่กรณีหรือผู้เกี่ยวข้องที่มีประโยชน์ได้เสีย เช่น

1. Victim - Offender Mediation (VOM) เป็นการประชุมระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหาย

2. Family Group Conferences (FGCs) เป็นการประชุมระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหาย และครอบครัวของคู่กรณี

3. Sentencing circles เป็นการประชุมของคู่กรณีกับสมาชิกในชุมชน เช่น บุคคลที่เคยดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา อัยการ หรือตำรวจ เป็นต้น

4. Community reparative boards เป็นการประชุมคณะกรรมการชุมชนเพื่อเยียวยาความเสียหาย

การประชุมรูปแบบของ FGCs เป็นแบบที่นิยมใช้ในศาลเยาวชนและครอบครัว โดยทั่วไป ส่วนการประชุมไกล่เกลี่ยทางแพ่งและการประชุมระดมข้อพิพาททางอาญาของศาล (Healing conference) จะใช้รูปแบบ VOM ทั้งหมด เนื่องจากความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มีการใช้ในรูปแบบของการประชุม ความสมัครใจในการเจรจากัน รวมทั้งกระบวนการที่ดำเนินไปโดยชุมชนและปราศจากการแทรกแซงจากรัฐจึงเป็นเรื่องสำคัญ (สุทธิพล ทวีชัยการ, ม.ป.ป., หน้า 19-20)

รูปแบบของความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่นำมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเราได้นั้น สำหรับประเทศไทยมี 2 รูปแบบคือ Victim - Offender Mediation (VOM) เป็นการประชุมระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายหรือการไกล่เกลี่ย และ Family Group Conferences (FGCs) เป็นการประชุมระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายและครอบครัวของกลุ่ม (วิมลเรขา ศิริชัยวารรณ, 2556, หน้า 230)

### 3.5 ประเภทคดีที่สามารถใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์

กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์สามารถนำมาใช้กับฐานความผิดหรือประเภทคดีบางคดีได้ดังนี้

#### 1. ความผิดที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำ

ประเทศออสเตรเลียและนิวซีแลนด์มีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้กับคดีที่เด็กและเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดโดยบัญญัติเป็นกฎหมายอย่างชัดเจน และหลายประเทศในยุโรปเช่น อังกฤษ เยอรมัน และออสเตรเลีย รวมทั้งแคนาดาและสหรัฐอเมริกา ก็นำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้เป็นหลักเพิ่มมากขึ้น เช่นเดียวกับประเทศไทยที่นำวิธีการ “การประชุมกลุ่มครอบครัวและชุมชน” มาใช้กับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด

#### 2. ความผิดจากความรุนแรงในครอบครัว

กรณีความรุนแรงในครอบครัวถือเป็นปัญหาสังคมที่อาชญากรรมที่ต้องใช้กระบวนการยุติธรรมที่มีลักษณะเฉพาะเพื่อให้ความสำคัญกับเหยื่อหรือผู้เสียหายในฐานะเป็นประธานของปัญหา โดยคำนึงถึงความรู้สึกนึกคิดของผู้เสียหาย และแสวงหาวิธีการที่จะให้ผู้กระทำผิดเยียวยาชดเชยและปรับปรุงนิสัยความประพฤติอย่างเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น ซึ่งกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เป็นทางเลือกหนึ่งที่สามารถนำมาใช้กับเรื่องนี้ได้ สำหรับประเทศไทยจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติหลักการเกี่ยวกับความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ไว้อย่างชัดเจน โดยที่พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้ความผิดฐานกระทำการอันเป็นความรุนแรงในครอบครัวเป็นความผิดอันยอมความได้นอกจากนี้ยังได้บัญญัติว่าหากการกระทำความรุนแรงในครอบครัวเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตาม ประมวลกฎหมาย มาตรา 295 ซึ่งเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ก็ให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้ พระราชบัญญัตินี้ได้ให้อำนาจศาลใช้มาตรการทางเลือกได้ เช่น การฟื้นฟูบำบัดรักษา คุ้มครองผู้กระทำความผิด ฯลฯ และให้ศาลพยายามเปรียบเทียบให้คู่ความยอมความกัน ซึ่งสอดคล้องกับไปในแนวทางเดียวกับกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์

#### 3. ความผิดอาญาต่อส่วนตัวหรือความผิดอาญาที่ยอมความกันได้

เนื่องจากคดีอาญาประเภทนี้มีลักษณะที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิส่วนบุคคลแต่ไม่ได้กระทบกระเทือนต่อสาธารณะ กฎหมายจึงยอมให้ถอนคำร้องทุกข์หรือยอมความกันได้ และเมื่อยอมความกันแล้วผู้เสียหายจะนำคดีมาฟ้องร้องอีกไม่ได้ โดยตัวอย่างคดีอาญาประเภทความผิดที่ยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (มาตรา 276 วรรคหนึ่ง) นอกจากนี้ในกรณีการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาแม้มาตรา 281 จะมีได้ระบุว่ามาตรา 276 วรรคสี่ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ก็ตาม แต่เมื่อพิเคราะห์ด้วยบทตามมาตรา 276 วรรคสี่แล้ว ย่อมเข้าใจได้ว่าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคสี่ ที่อ้างอิงฐานความผิดตามวรรคหนึ่งย่อมต้องยอมความได้เช่นเดียวกับการกระทำความผิดตาม มาตรา 276 วรรคหนึ่งเช่นกัน ความผิดฐานอนาจาร (มาตรา 278, 284) ความผิดฐานหมิ่นประมาท (มาตรา 326-328) ความผิดฐานชักยอกทรัพย์(มาตรา 352-355) และความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ (มาตรา 358-359) เป็นต้น

#### 4. ข้อพิพาททางแพ่งเกี่ยวเนื่องทางอาญา

การกระทำบางอย่างผู้กระทำความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา เนื่องจากการกระทำนั้นเข้าองค์ประกอบความผิดทางอาญาในขณะที่เดียวกันยังทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายด้วย ซึ่งลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดทางแพ่งเกี่ยวเนื่องทางอาญา หรืออีกนัยหนึ่งคือคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญานั้น

นอกจากผู้กระทำความผิดต้องรับผิดตามกฎหมายอาญาแล้ว ยังต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้เสียหายด้วย เพราะฉะนั้น ข้อพิพาทในลักษณะนี้จะระงับลงได้ก็ต่อเมื่อคู่พิพาทได้ตกลงประนีประนอมยอมความกันทั้งคดีอาญาและคดีแพ่ง

#### 5. ความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ อื่น ๆ เพื่อหลีกเลี่ยงการจำคุกระยะสั้น

คดีอาญาประเภทนี้เป็นความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ซึ่งแม้กฎหมายจะมีบัญญัติให้เป็นคดีความผิดอันยอมความกันได้ เพราะถือว่าเป็นความผิดต่อแผ่นดินทำให้ต้องมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีไปตามลำดับขั้นตอน แต่หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมแต่ละลำดับได้แก่ เจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานอัยการและศาล อาจใช้ดุลพินิจพิจารณาคดีประเภทนี้ให้เกิดความยุติธรรม ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้โทษจำคุกระยะสั้นอันก่อให้เกิดผลเสียหายแก่ผู้กระทำความผิดและสังคมมากกว่า รวมทั้งลดความแออัดในเรือนจำได้อีกทางหนึ่งด้วย (เพลินดา ต้นรังสรรค์, ม.ป.ป., หน้า 58-59)

นอกจากนี้จะเห็นได้ว่าในต่างประเทศได้ให้ความสำคัญกับกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เป็นอย่างมากและที่ประสบความสำเร็จอย่างเห็นได้ชัดคือประเทศญี่ปุ่นที่สามารถลดปริมาณคดีและอาชญากรรมลงได้ โดยประเทศญี่ปุ่นเพราะเจ้าหน้าที่บ้านเมืองของญี่ปุ่นได้เรียนรู้การแก้ไขผู้กระทำความผิดและการฟื้นฟูชุมชนเป็นเรื่องสำคัญ ไม่ว่าพนักงานตำรวจ พนักงาน



อัยการ และศาล ต่างมีความคิดร่วมกันที่จะแก้ไขปัญหาผู้กระทำความผิดยิ่งกว่าการลงโทษผู้กระทำความผิด ซึ่งส่วนใหญ่แล้วผู้กระทำความผิดในประเทศญี่ปุ่นมักจะให้การรับสารภาพ ผู้กระทำความผิดจะต้องขอให้ผู้เสียหายให้อภัยโดยการทำเป็นหนังสือ พร้อมทั้งชดเชยค่าเสียหายเพื่อบรรเทาทุกข์ ตลอดจนบุคคลในครอบครัวที่เกี่ยวข้องต้องร่วมกันวางมาตรการควบคุม เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำโครงการประนอมข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมาใช้ร่วมกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยให้ดุลพินิจแก่ตำรวจ พนักงานอัยการ และศาลในการเบี่ยงเบนคดี กระบวนการไกล่เกลี่ยของสหรัฐอเมริกาสามารถนำมาใช้ได้เกือบทุกประเภทความผิด ซึ่งจำนวนคดีที่นำโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้จะใช้ทั้งคดีที่เด็กกระทำความผิดและรวมถึงคดีที่มีความร้ายแรง อย่างเช่น ความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ซึ่งมีองค์กรเฉพาะที่รับผิดชอบทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ย คือ The American Bar Association's Special Committee on Alternative Means Disputes Resolution โดยเปิดโอกาสให้ผู้ที่เกี่ยวข้องได้มีส่วนร่วมในการกำหนดว่าจะเข้าสู่โครงการไกล่เกลี่ยหรือไม่ก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม นอกจากนี้ประเทศออสเตรเลียได้นำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้ในสถานีตำรวจในเมือง Wagga Wagga กับการกระทำความผิดอาญาของเด็กเป็นอันดับแรก โดยได้เริ่มมีการประชุมครอบครัวใช้ในต้นปี ค.ศ. 1994 และขยายมาใช้ในการกระทำความผิดของผู้ใหญ่ด้วยประมาณปี ค.ศ. 1995 โดยประเทศออสเตรเลียมีการติดตามผลของกระบวนการดังกล่าวอย่างจริงจัง ส่งผลให้กระบวนการดังกล่าวตอบสนองต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องเป็นอย่างมากไม่ว่าจะเป็น ผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย บุคคลในครอบครัวและชุมชน (บัณฑิต โต้ทองดี, 2557 หน้า 132-133)

กล่าวโดยสรุป วัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) เพื่อสร้างความสัมพันธ์ที่ดีแทนการลงโทษจำคุกหรือลงโทษอื่นตามที่กฎหมายกำหนด อันมีลักษณะเฉพาะ โดยให้ความสำคัญกับเหยื่อหรือผู้เสียหายและความรู้สึกนึกคิดของผู้เสียหาย แสวงหาวิธีการที่จะให้ผู้กระทำความผิดเยียวยาชดเชยและปรับปรุงนิสัยความประพฤติอย่างเป็นรูปธรรม ทั้งเป็นการหลีกเลี่ยงการใช้โทษจำคุกระยะสั้นอันก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้กระทำความผิด จึงเห็นถึงความเหมาะสมที่จะนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาเป็นเรื่องละเอียดอ่อนจึงจำเป็นต้องใช้กระบวนการยุติธรรมที่มีลักษณะเฉพาะเพื่อให้ความสำคัญกับผู้เสียหายมากกว่าการมุ่งลงโทษผู้กระทำความผิด ดังนั้นกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์จึงเป็นมาตรการอีกช่องทางหนึ่งที่ผู้วิจัยเห็นว่าควรนำมาปรับใช้ตามความเหมาะสมในกรณีดังกล่าว

## แนวความคิดของความผิดอันยอมความได้

ศ.ดร.คณิต ฒ นคร (2543 อ้างถึงใน สุภัสสร ภูเจริญศิลป์, 2551, หน้า 15) ได้ให้แนวคิดของความผิดอันยอมความได้ไว้ว่า ความผิดฐานใดฐานหนึ่งจะควรบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้หรือไม่ ชอบที่จะต้องพิจารณาปัจจัยดังต่อไปนี้

1. ความผิดฐานนั้น ๆ มีความเป็นอาชญากรรมสูงหรือไม่ ถ้าความผิดฐานใดมีความเป็นอาชญากรรมค่อนข้างน้อย กรณีก็อาจกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

2. ความผิดฐานนั้น ๆ กระทบต่อชีวิตส่วนตัวของบุคคลมากน้อยเพียงใด ถ้ากระทบต่อชีวิตส่วนตัวของบุคคลมากจนไม่สามารถให้มีการดำเนินคดีโดยปราศจากเจตจำนงของผู้เสียหายแล้ว กรณีก็ชอบที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

3. ความผิดฐานนั้น ๆ เรียกร้องการคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรมเพียงใด ถ้าเรียกร้องและการดำเนินคดีจะเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหายแล้ว ก็ชอบที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

พ.ต.ท. ชาตรี ศรีนวนนัต และ พ.ต.ต. วันชัย ศรีนวนนัต (2528 อ้างถึงใน สุภัสสร ภูเจริญศิลป์, 2551, หน้า 15-16) ได้อธิบายว่า เหตุที่กฎหมายเลือกเอาความผิดบางเรื่องให้เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่บางเรื่องยอมความไม่ได้นั้น มีแนวทางคิดอยู่ 3 ทฤษฎี คือ

1. ทฤษฎีความยินยอมของผู้เสียหาย ถ้าผู้เสียหายยินยอม ผู้กระทำก็ไม่ต้องมีความผิด ความผิดนั้นเป็นอันยอมความได้

2. ทฤษฎีความสงบเรียบร้อย ทฤษฎีนี้ถือว่าการที่จะถือเอาความผิดใดเป็นความผิดอันยอมความได้นั้น แล้วแต่ความผิดนั้นจะกระทบกระเทือนเฉพาะบุคคลบางคน เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา น้อ โกง บุกรุก ฯลฯ ก็อาจถือเอาความผิดชนิดนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ถ้าความผิดชนิดใดที่สังคมได้รับความกระทบกระเทือนด้วยแล้วก็จะไม่ให้มีการยอมความต่อกันได้ เพราะจะเป็นการสร้างความไม่สงบสุขขึ้นกับสังคม เช่น ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งรัฐ ความผิดฐานปลอมแปลง

3. ทฤษฎีสិทธิการแก้แค้นทดแทน ทฤษฎีนี้กล่าวว่า สิทธิแก้แค้นทดแทนเป็นสิทธิของผู้เสียหายที่จะกระทำตอบแทนผู้ที่มากระทำผิดแก่ตน ต่อมาเมื่อชุมชนเจริญขึ้นแนวคิดในเรื่องการแก้แค้นทดแทน ได้ถูกยกเลิกไป แต่ให้ตกเป็นสิทธิและหน้าที่ของรัฐเท่านั้นที่จะเป็นผู้ลงโทษผู้ทำผิด แต่รัฐก็ไม่ประสงค์จะเข้ามาก้าวก่ายแก่เอกชนทุกกรณี รัฐจะยื่นมือมาจัดการเมื่อรัฐเห็นว่าจะเป็นการกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนเท่านั้น ถ้าพฤติการณ์ใดไม่จำเป็นการทำลายความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว รัฐก็จะปล่อยเป็นสิทธิของผู้เสียหายที่จะพิจารณาเอาเองว่าเขาสมควรจะเอาโทษกันหรือไม่ รัฐมีหน้าที่เพียงแต่คอยช่วยเหลือให้ความประสงค์ของ

ผู้เสียหายสำเร็จไปได้เท่านั้น เพราะถือว่าความผิดอาญาประการนี้เป็นเรื่องกระทบกระเทือนต่อผู้เสียหายโดยตรง มากกว่ากระทบกระเทือนต่อสังคม

นพรัตน์ อักษร (2532, หน้า 22 อ้างถึงใน สุภัสสร์ ภูเจริญศิลป์, 2551, หน้า 16-17) ได้ให้ความเห็นว่า การบัญญัติให้ความผิดใดเป็นความผิดอันยอมความได้น่าจะอาศัยปัจจัยดังต่อไปนี้

1. ลักษณะของความผิด หากไม่มีพฤติการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ส่วนรวม หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน ก็จะบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้

2. จารีตประเพณี การบัญญัติให้ความผิดบางฐานที่มีผลกระทบต่อเอกชนผู้เสียหายเป็นส่วนตัวมากกว่ากระทบต่อส่วนรวมสามารถที่จะยอมความได้ โดยพิจารณาจากปัจจัยในด้านจารีตประเพณี จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายอาญามีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น การดำเนินคดีทุกครั้งเมื่อมีการกระทำความผิดขึ้น อาจก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงประสงค์ในบางครั้ง การที่กฎหมายบัญญัติให้ความผิดบางฐานสามารถยอมความได้ จะเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดได้ปรับปรุงแก้ไขตนเอง และทำให้สมาชิกในสังคมสามารถอยู่ด้วยกันได้อย่างสมานฉันท์

3. ความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกในครอบครัว ครอบครัวเป็นสิ่งที่สำคัญในชีวิตของมนุษย์นับแต่เดิมตราบเท่าโลก สถาบันครอบครัวจึงควรต้องมีความเข้มแข็ง อย่างไรก็ตามในบางครั้งอาจมีการกระทำความผิดทางอาญาระหว่างบุคคลในครอบครัว ซึ่งอาจทำให้เกิดความผิดที่กระทำต่อกันที่มีความร้ายแรงมากหรือน้อยกว่าธรรมดาก็ได้ แต่เพื่อรักษาความสัมพันธ์อันดีระหว่างบุคคลในครอบครัว จึงสมควรที่จะยอมความกันได้ในความผิดบางฐานที่กระทบเอกชนผู้เสียหายเป็นส่วนตัว

#### 1. การยอมความในคดีอาญา

การกระทำความผิดทางอาญาโดยทั่วไปแล้วจะเป็นความผิดอาญาแผ่นดินซึ่งไม่สามารถที่จะยอมความกันได้ แม้ผู้เสียหายจะไม่ตั้งใจดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดก็ตาม แต่ก็มีกรณีกระทำความผิดอาญาบางฐานความผิดที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้ การยอมความในคดีอาญา มีผู้ให้ความเห็นว่า หมายถึงการที่ผู้เสียหายหรือ โจทย์ซึ่งเป็นผู้เสียหายตกลงระงับข้อพิพาทหรือความผิดที่เกิดขึ้นกับผู้กระทำความผิดหรือจำเลยไม่คิดว่ากล่าวหาความอีกต่อไป ซึ่งมีผลทำให้คดีอาญาความผิดอันยอมความได้หรือความผิดต่อส่วนตัวระงับไป (ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, 2523, หน้า 104 อ้างถึงใน สุภัสสร์ ภูเจริญศิลป์, 2551, หน้า 28-29) เช่น มาตรา 281 บัญญัติว่า “การกระทำความผิดตาม มาตรา 276 วรรคหนึ่ง และ มาตรา 278 นั้น ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลดังระบุไว้ใน มาตรา 285 เป็นความผิดอันยอมความได้”

การเริ่มต้นและการฟ้องคดี ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28 ได้กำหนดให้ผู้ที่มิอำนาจฟ้องคดีอาญา ได้แก่ พนักงานอัยการและผู้เสียหายแต่ในการฟ้องคดีอาญาตามปกติแล้วส่วนมากพนักงานอัยการจะเป็นผู้ฟ้อง กรณีที่ผู้เสียหายฟ้องคดีอาญานั้นมีน้อยมาก ทั้งนี้ เพราะว่าการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยนั้นเป็น “การดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ” ซึ่งถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหายโดยตรง และเจ้าพนักงานของรัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ดำเนินคดีอาญาคือ “พนักงานอัยการ” อย่างไรก็ตาม หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐดังกล่าวก็ไม่ได้ผูกขาดการดำเนินคดีอาญาไว้แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยเด็ดขาด เนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติให้สิทธิแก่ผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีอาญาได้ด้วยตัวเองหรือจะเข้าเป็นโจทก์ร่วมกับพนักงานอัยการซึ่งได้ฟ้องคดีนั้นไว้แล้วก็ได้ ในคดีความผิดอันยอมความได้นี้ พนักงานอัยการหรือผู้เสียหายจะเป็นผู้ฟ้องคดีก็ได้ ในกรณีที่ผู้เสียหายฟ้องคดีเองจะต้องฟ้องภายใน 3 เดือน นับแต่วันที่ “รู้เรื่องความผิด” และ “รู้ตัวผู้กระทำความผิด” โดยผู้เสียหายไม่ต้องร้องทุกข์แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามในคดีความผิดอันยอมความได้นี้ หากผู้เสียหายได้ร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนไว้แล้วภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิดผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีเกิน 3 เดือนได้ ทั้งนี้ โดยอยู่ภายใต้กำหนดอายุความตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 95 ในกรณีที่พนักงานอัยการเป็นผู้ฟ้องคดีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120 และมาตรา 121 ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ว่าจะต้องมีการสอบสวนในความผิดนั้นก่อน ซึ่งอำนาจในการสอบสวนของพนักงานสอบสวนในกรณีความผิดอันยอมความได้จะเกิดขึ้นเมื่อ “ผู้เสียหายได้ร้องทุกข์” ไว้แล้วเท่านั้น นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาเรื่องสิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 ด้วย ทั้งนี้ “สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับ” ระงับไปดังต่อไปนี้ (1) โดยความตายของผู้กระทำความผิด (2) ในคดีความผิดต่อส่วนตัว เมื่อได้ถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้องหรือยอมความกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย (3) เมื่อคดีเลิกกันตามมาตรา 37 (4) เมื่อมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้อง (5) เมื่อมีกฎหมายออกใช้ภายหลังการกระทำความผิดยกเลิกความผิดเช่นนั้น (6) เมื่อคดีขาดอายุความ (7) เมื่อมีกฎหมายยกเว้นโทษ ในคดีความผิดอันยอมความได้มาตรา 39(2) กำหนดไว้โดยเฉพาะว่าสิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับเมื่อได้ถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความกัน โดยถูกต้องตามกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากความผิดอันยอมความได้นั้นถือว่าเอกชนเป็นผู้เสียหายโดยตรงกฎหมายจึงให้สิทธิแก่ผู้เสียหายว่าจะดำเนินคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิดหรือไม่ ถ้าผู้เสียหายไม่คิดจะเอาความแก่ผู้กระทำความผิดก็จะไม่ร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานได้ หรือเมื่อได้มีการร้องทุกข์ไปแล้วหรือฟ้องคดีนั้นต่อศาลแล้วก็สามารถที่จะถอนคำร้องทุกข์หรือถอนฟ้องคดีหรือยอมความกันเมื่อใดก็ได้ก่อนคดีถึงที่สุด เพราะรัฐถือว่าเมื่อผู้เสียหายไม่ต้องการดำเนินคดีแล้วรัฐก็ไม่มีสิทธิ์ที่จะดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดได้ ดังนั้น เมื่อมีการถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้องหรือยอมความกันตามกฎหมายแล้วก็ถือว่าสิทธิที่จะนำคดีอาญามาฟ้องระงับ

ระงับไปด้วย ซึ่งเห็นว่าจะแตกต่างกับความผิดอาญาแผ่นดิน ซึ่งแม้ผู้เสียหายจะได้ถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความกันเองแล้วก็ตาม ก็ไม่ได้มีผลให้คดีนั้นสิ้นสุดแต่อย่างใด รัฐสามารถ ดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิดต่อไปได้ (จุฬารัตน์ ะปะปะนัน, 2553, หน้า 153-157)

จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่าในเรื่องอายุความสำหรับความผิดอันยอมความได้นั้นประมวล กฎหมายอาญามาตรา 96 ได้กำหนดอายุความการฟ้องคดีอาญาไว้โดยมีกำหนดอายุความเดียวกันกับ อายุความฟ้องคดีอาญา ซึ่งเป็น “ความผิดอาญาแผ่นดิน” ทั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้เสียหายจะต้องมี การร้องทุกข์หรือฟ้องคดีต่อศาลภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด หากพ้นระยะเวลา 3 เดือนแล้ว ผู้เสียหายยังไม่ได้ร้องทุกข์หรือฟ้องคดีต่อศาลคดีเป็นอันขาดอายุ ความ

2. การยอมความตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 มาตรา 12 ในกรณีที่ศาลพิพากษาว่าผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัวมีความผิดตาม มาตรา 4 ศาลมีอำนาจกำหนดให้ใช้วิธีการฟื้นฟู บำบัดรักษา คุ้มครองความปลอดภัยผู้กระทำความผิด ให้ ผู้กระทำความผิดชดใช้เงินช่วยเหลือบรรเทาทุกข์ ทำงานบริการสาธารณะ ละเว้นการกระทำอันเป็น เหตุให้เกิดการใช้ความรุนแรงในครอบครัว หรือทำทัณฑ์บนไว้ ตามวิธีการและระยะเวลาที่ศาล กำหนด แทนการลงโทษผู้กระทำความผิดก็ได้

ในกรณีที่มีการยอมความ การถอนคำร้องทุกข์ หรือการถอนฟ้องในความผิดตามมาตรา 4 ให้พนักงานสอบสวน หรือศาล แล้วแต่กรณี จัดให้มีการบำบัดฟื้นฟูเบื้องต้นก่อนการยอม ความ การถอนคำร้องทุกข์ หรือการถอนฟ้องนั้น และกำหนดให้นำวิธีการตามวรรคหนึ่งเป็น เงื่อนไขในการปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลงดังกล่าวโดยอนุโลม โดยอาจรับฟังความคิดเห็นของ ผู้เสียหายหรือบุคคลในครอบครัวประกอบด้วยก็ได้ หากได้ปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลงและเงื่อนไข ดังกล่าวครบถ้วนแล้วจึงให้มีการยอมความ การถอนคำร้องทุกข์ หรือการถอนฟ้องในความผิดตาม มาตรา 4 ได้ หากผู้ต้องหาหรือจำเลยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว ให้พนักงานสอบสวน หรือศาลมีอำนาจยกคดีขึ้นดำเนินการต่อไป

หลักเกณฑ์และวิธีดำเนินการตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามระเบียบที่ อธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา หรือรัฐมนตรี ประกาศกำหนด แล้วแต่กรณี

#### เงื่อนไขของการยอมความ

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มีการ กำหนดรูปแบบ วิธีการ และขั้นตอนต่างจากการใช้มาตรการทางอาญา กำหนดให้การกระทำ ความรุนแรงในครอบครัวเป็นความผิดฐานยอมความได้เพื่อช่วยเหลือคดีออกจากกระบวนการยุติธรรม

โดยมีเงื่อนไขในการขอมความ โดยใช้วิธีการแก้ไขฟื้นฟู บำบัดรักษา คุ้มครองประพฤติดชใช้เงิน ทำงานบริการสาธารณะ เพื่อที่จะได้สามารถคุ้มครองผู้ถูกระทำความรุนแรง และสามารถแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดให้กลับใจไม่กระทำผิดอีก และยังทำให้ความสัมพันธ์ในครอบครัวดีขึ้น ในกรณีที่มีการขอมความหรือถอนคำร้องทุกข์พนักงานสอบสวนต้องจัดให้มีการทำบันทึกข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการขอมความหรือก่อนการถอนคำร้องทุกข์ หากผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัวปฏิบัติตามเงื่อนไขจึงจะให้มีการขอมความหรือถอนคำร้องทุกข์ได้ แต่ถ้าไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข ให้พนักงานสอบสวนยกเลิกขึ้นดำเนินการต่อไป (สมชาย ว่องไวเมธี, 2555 อ้างถึงใน นานุสตา เอโกบล, 2558, หน้า 16) ปัจจุบันมีการออกระเบียบตามมาตรา 12 นี้แล้ว คือ ระเบียบอธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและระยะเวลาดำเนินการแก่ผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัวแทนการลงโทษ และเงื่อนไขการขอมความ การถอนคำร้องทุกข์หรือการถอนฟ้อง พ.ศ. 2550 ดังนั้นหากศาลต้องการใช้อำนาจตามมาตรา 12 จะต้องดำเนินการตามระเบียบดังกล่าว ดังนี้

(1) ในการกำหนดให้ใช้วิธีการฟื้นฟู บำบัดรักษา คุ้มครองประพฤติดผู้กระทำความผิด ให้ผู้กระทำความผิดชดใช้เงินช่วยเหลือบรรเทาทุกข์ ทำงานบริการสาธารณะ ละเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้เกิดการใช้ความรุนแรงในครอบครัว หรือทำทัณฑ์บนไว้ แทนการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น ศาลอาจใช้ดุลพินิจพิจารณากำหนดว่าจะใช้อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกันก็ได้ ตามที่ได้กำหนดไว้ในระเบียบข้อ 4 ถึงข้อ 9 โดยให้พิจารณาถึงสาเหตุแห่งการกระทำความผิด พฤติการณ์แห่งคดี อายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และฐานะของผู้กระทำความผิด ตลอดจนสิ่งแวดล้อมที่พ่วงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิด ประกอบดุลพินิจที่จะใช้วิธีการดังกล่าวให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย และเหมาะสมกับพฤติการณ์เฉพาะเรื่อง โดยมุ่งถึงความสงบสุขและการอยู่ร่วมกันในครอบครัวเป็นสำคัญ และศาลอาจสอบถามหรือรับฟังความคิดเห็นของผู้เสียหายหรือบุคคลในครอบครัวประกอบดุลพินิจด้วยก็ได้

(2) กรณีที่มีการขอมความ การถอนคำร้องทุกข์ หรือการถอนฟ้องให้ศาลจัดให้มีการทำบันทึกข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการขอมความ การถอนคำร้องทุกข์ หรือการถอนฟ้องนั้น และกำหนดให้นำวิธีการตามข้อ 4 ถึงข้อ 9 ข้อเดียวหรือหลายข้อมาเป็นเงื่อนไขในการปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลงดังกล่าวโดยอนุ โลม โดยอาจรับฟังความคิดเห็นของผู้เสียหายหรือบุคคลในครอบครัวประกอบด้วยก็ได้ (สุภัทสร ภูเจริญศิลป์, 2551, หน้า 33-34)

ในส่วนของพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ได้มีการออกระเบียบกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการทำบันทึกข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการยอมความ ถอนคำร้องทุกข์ในชั้นสอบสวน พ.ศ.2551

การที่บทบัญญัติในมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดให้มีการทำบันทึกข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการยอมความ การถอนคำร้องทุกข์ หรือการถอนฟ้อง โดยกำหนดให้ใช้วิธีการฟื้นฟู บำบัดรักษา คุ้มครองประพฤดิผู้กระทำความผิด ให้ผู้กระทำความผิดชดใช้เงินช่วยเหลือบรรเทาทุกข์ ทำงานบริการสาธารณะ ละเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้เกิดการใช้ความรุนแรงในครอบครัว หรือทำทัณฑ์บนเป็นเงื่อนไขในการปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลงเสียก่อน ต่อเมื่อได้มีการปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลงและเงื่อนไขดังกล่าวครบถ้วนแล้ว จึงจะให้มีการยอมความ ถอนคำร้องทุกข์ในความผิดดังกล่าวได้ ทั้งนี้หากผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัวฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว ให้พนักงานสอบสวนหรือศาลยกคดีขึ้นดำเนินการต่อไปได้ เพราะคดีอาญายังไม่ระงับสิ้นไป (สำนักกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว, 2552 อ้างถึงใน วิษณุ พงศ์พันธุ์นุสร, 2556, หน้า 63) ซึ่งจะเห็นได้ว่าคดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัวนั้นการยอมความ การถอนคำร้องทุกข์ หรือถอนฟ้อง จะต้องมียุติเงื่อนไขในการปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลงก่อนเสมอ

เมื่อสถานการณ์เกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัวมีผลกระทบต่อทุกคนในครอบครัวเป็นอย่างมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อบุตรผู้เยาว์ ซึ่งอาจส่งผลให้ครอบครัวแตกแยกและล่มสลายลงในที่สุด การจัดการกับปัญหาดังกล่าวจึงต้องกระทำด้วยความรอบคอบแตกแยกและล่มสลายลงในที่สุด การจัดการกับปัญหาดังกล่าวจึงต้องกระทำด้วยความรอบคอบและระมัดระวัง อีกทั้งต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพและอนาคตของผู้เยาว์ซึ่งเป็นบุคคลสำคัญ ดังนั้น ในมาตรา 15 จึงบัญญัติว่า

“ไม่ว่าการพิจารณาคดีการกระทำความรุนแรงในครอบครัวจะได้ดำเนินไปแล้วเพียงใด ให้ศาลพยายามเปรียบเทียบให้คู่ความได้ยอมความกัน โดยมุ่งถึงความสงบสุขและการอยู่ร่วมกันในครอบครัวเป็นสำคัญ ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงหลักการดังต่อไปนี้ ประกอบด้วย

- (1) การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกระทำความรุนแรงในครอบครัว
- (2) การสงวนและคุ้มครองสถานภาพของการสมรสในฐานะที่เป็นศูนย์รวมของชายและหญิงที่สมัครใจเข้ามาอยู่กินฉันสามีภรรยา หากไม่อาจรักษาสถานภาพของการสมรสได้ ก็ให้การหย่าเป็นไปด้วยความเป็นธรรมและเสียหายน้อยที่สุด โดยคำนึงถึงสวัสดิภาพและอนาคตของบุตรเป็นสำคัญ
- (3) การคุ้มครองและช่วยเหลือครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขณะที่ครอบครัวนั้นต้องรับผิดชอบในการดูแลให้การศึกษาแก่สมาชิกที่เป็นผู้เยาว์

(4) มาตรการต่าง ๆ เพื่อช่วยเหลือสามีภรรยาและบุคคลในครอบครัวให้ปรองดองกัน และปรับปรุงความสัมพันธ์ระหว่างกันเองและกับบุตร”

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายต้องการให้คู่ความได้ยอมความกันโดยมุ่งถึงความสงบสุขและการอยู่ร่วมกันในครอบครัวเป็นสำคัญ และในความเป็นจริงนั้นผู้กระทำความรุนแรงส่วนใหญ่มักเป็นผู้ที่เป็นหลักในการหาเลี้ยงครอบครัว การดำเนินคดีกับผู้กระทำความรุนแรงกลับเป็นสิ่งที่ทำให้ครอบครัวเดือดร้อน อีกทั้งบางกรณีผู้ถูกกระทำอาจไม่ประสงค์ที่จะให้ผู้กระทำต้องรับโทษ หากเพียงต้องการที่จะป้องปรามมิให้ผู้กระทำความรุนแรงกระทำการดังกล่าวอีกเท่านั้น (สุภัสสร ภูเจริญศิลป์, 2551, หน้า 33-35)

สรุป ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 นั้นมีบทบัญญัติ มาตรา 281 บัญญัติให้การกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง เป็นความผิดอันยอมความได้ ทั้งนี้แม้จะมีได้ระบุว่ามาตรา 276 วรรคสี่ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาด้วยบทตามมาตรา 276 วรรคสี่ ที่บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส...” ย่อมเข้าใจได้ว่า การกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคสี่ ที่อ้างอิงฐานความผิดตามวรรคหนึ่งย่อมต้องยอมความได้เช่นเดียวกัน เมื่อเป็นความผิดอันยอมความได้จึงต้องร้องทุกข์ภายในสามเดือน นับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิดทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 96 มิฉะนั้นคดีจะขาดอายุความ ส่วนพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 กำหนดไว้ชัดเจนในมาตรา 4 ความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัว ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับเป็นความผิดอันยอมความได้ทั้งสิ้น แต่ต่างกันตรงวิธีการและเงื่อนไขของการยอมความทั้งนี้ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

### ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยคู่สมรสตามกฎหมายต่างประเทศ

นอกจากประเทศไทยแล้วยังมีอีกหลายประเทศที่กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเรา ระหว่างสามีภรรยาเป็นความผิด โดยผู้วิจัยจะขอนำเสนอเพียง 4 ประเทศ คือ อังกฤษ ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และอินเดีย เนื่องจากว่าประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา เป็นกลุ่มประเทศที่มีพัฒนาการทางด้านกฎหมายและมีอิทธิพลต่อแนวคิดทางกฎหมายเป็นประเทศต้นแบบในการร่างกฎหมายของในหลายประเทศ ส่วนอินเดียนั้นเป็นประเทศที่แบ่งชนชั้นวรรณะหญิงอยู่ในสถานะที่ต่ำกว่าชายอย่างชัดเจนและมักเกิดความรุนแรงต่อสตรีตามที่ปรากฏเป็นข่าวอยู่เสมอ นอกจากนั้นทั้ง 4 ประเทศที่ยกตัวอย่างมาข้างต้นล้วนมีกฎหมายบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาเป็นความผิดทั้งสิ้น เพียงแต่บางประเทศได้กำหนดให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา



ระหว่างสามีภรรยา (Marital rape or wife rape) จะเป็นความผิดได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้เห็นถึงความแตกต่างของแต่ละประเทศ

### 1. ประเทศอังกฤษ

แต่เดิมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศอังกฤษนั้น ผู้กระทำต้องเป็นชายและ ผู้ถูกกระทำต้องเป็นหญิงซึ่งไม่ใช่ภรรยาของชาย หากหญิงเป็นภรรยาของชายและไม่ยอมร่วมเพศกับชายผู้เป็นสามี สามีใช้กำลังบังคับข่มขืนกระทำชำเราภรรยา ชายผู้เป็นสามีไม่มีความผิด เรียกว่า marital exception หรือข้อยกเว้นความผิดอันเนื่องมาจากการสมรส ซึ่งกล่าวกันว่า เกิดจากข้อเขียนของ Sir Matthew Hale ซึ่งเป็นประธานศาลฎีกาของอังกฤษ (Lord Chief Justice) ระหว่างปี ค.ศ. 1671 ถึง 1676 ที่ว่า

(1) การที่หญิงแต่งงานกับชายย่อมหมายความว่าหญิงได้ให้ความยินยอมแก่สามีในการที่ร่วมเพศกัน โดยความยินยอมนั้นไม่อาจเพิกถอนได้ (Irrevocable consent to intercourse)

(2) ภรรยาถือว่าเป็นทรัพย์สิน (Chattle) ของผู้เป็นสามี

(3) สามีและภรรยาเป็นบุคคลเดียวกัน ดังนั้น สามีจึงไม่อาจข่มขืนกระทำชำเราตนเอง (ดวงจิตต์ กำประเสริฐ, 2551) ดังนั้นการที่สามีข่มขืนภรรยาของตนเองจึงไม่อาจถือเป็นสิ่งที่ขัดต่อกฎหมายได้

ต่อมาในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 ประเทศอังกฤษได้มีการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดใหม่เกี่ยวกับการสมรส ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา 2 ประการดังนี้ ประการแรกได้มีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของครอบครัวจากเดิมที่สามีเป็นผู้นำหรือหัวหน้าครอบครัวมาเป็นสามีและภรรยามีสิทธิเท่าเทียมกันในการตัดสินใจในทุกอย่างในครอบครัว ประการที่สองได้มีการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดเรื่องความเป็นหนึ่งเดียว มาเป็นสามีและภรรยาต่างก็มีอำนาจตัดสินใจด้วยตนเองโดยอิสระปราศจากการครอบงำจากอีกฝ่ายหนึ่ง

การเปลี่ยนแปลงแนวความคิดใหม่ในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาทั้งสองประการข้างต้นนี้ยึดหลักความเสมอภาคและความร่วมมือร่วมใจกันระหว่างสามีภรรยาแทนแนวความคิดของการมีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่งอย่างในอดีต การเปลี่ยนแปลงแนวความคิดดังกล่าวในที่สุดส่งผลให้เกิดการปฏิรูปความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันเกี่ยวกับองค์ประกอบข้อ ผู้ถูกกระทำ นั่นคือการยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบของสามีในการข่มขืนกระทำชำเราภรรยาของตนเอง (วิมลเรขา สิริชัยวารณ, 2556, หน้า 165) จุดเริ่มต้นของการกำหนดให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภรรยาเป็นความผิดอาญาเริ่มต้นโดย คดี R v. Clarke (Sonya, 2012, p.559) เมื่อปี ค.ศ. 1949 โดยข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่าภายหลังจากที่ได้มีการสมรสมาสิบเอ็ดปี ภรรยาได้รับคำสั่งศาลให้แยกกันอยู่ต่างหากจากสามีของนาง โดยในคำสั่งเช่นว่านั้นได้ระบุว่า “ภรรยาไม่มีพันธะ

ในการที่จะต้องอยู่ร่วมกันกับสามีของนางอีกต่อไป” ภายในสองอาทิตย์หลังจากที่ได้รับคำสั่งศาล ภรรยาได้ถูกข่มขืนโดยสามีของนาง ในคดีนี้ผู้พิพากษา Byrne ซึ่งเป็นหัวหน้าองค์คณะได้ยอมรับว่า โดยทั่วไปแล้วสามีไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งได้กระทำต่อภรรยาของตนแต่ในกรณีที่ภรรยาได้รับคำสั่งของศาลให้แยกกันอยู่ต่างหากจากสามีนั้น มีผลให้ความยินยอมโดยปริยายในการร่วมประเวณีนั้นสามีภรณานั้นได้ถูกเพิกถอนแล้ว คำพิพากษานี้เน้นว่าคำสั่งให้แยกกันอยู่ของศาลนั้นเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการเพิกถอนความยินยอมโดยปริยายดังกล่าว

\* ต่อมามีการแก้ไขกฎหมายโดยพระราชบัญญัติ The Criminal Justice and Public Order Act 1994 ได้บัญญัติถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเอาไว้ในมาตรา 142\*\* โดยกำหนดให้การกระทำที่เป็น การข่มขืนกระทำชำเรานั้นผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นเพศชายเท่านั้น ส่วนผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศ ชายหรือเพศหญิงก็ได้ โดยจะต้องเป็นการกระทำชำเราโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกกระทำ ในขณะกระทำและผู้กระทำทราบว่าผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม หรือผู้กระทำเพิกเฉยไม่สนใจว่า ผู้ถูกกระทำนั้นจะยินยอมหรือไม่ หรือทำให้ผู้ถูกกระทำคิดว่าตนเป็นสามีของผู้ถูกกระทำ (พรสิริ สุ ริยภัณฑ์, 2557, หน้า 45, 48) การศึกษาแนวทางในการพิจารณาลงโทษของศาล พบว่าแม้ศาลจะ พิพากษาลงโทษสามีผู้กระทำความผิดแต่ศาลจะกำหนดอัตราโทษที่ต่ำเนื่องจากเห็นว่าคดีเช่นนี้เป็น เรื่องภายในครอบครัวและมีได้ส่งผลกระทบต่อสาธารณะ

(วิมลเรขา ศิริชัยวารวรรณ, 2556, หน้า 169)

สรุป การข่มขืนกระทำชำเราโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกกระทำในขณะที่กระทำ และผู้กระทำทราบว่าผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม หรือผู้กระทำเพิกเฉยไม่สนใจว่าผู้ถูกกระทำนั้นจะ ยินยอมหรือไม่ หรือทำให้ผู้ถูกกระทำคิดว่าตนเป็นสามีของผู้ถูกกระทำย่อมมีความผิดตามกฎหมาย

\* CRIMINAL LAW: RAPE BY HUSBAND ON WIFE. *R. v. clarke*. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/ResJud/1950/71.pdf>

\*\* Section 142 Rape of women and men

For section 1 of the [1956 c. 69.] Sexual Offences Act 1956 (rape of a woman) there shall be substituted the following section—

“1Rape of woman or man

(1)It is an offence for a man to rape a woman or another man.

(2)A man commits rape if—

(a)he has sexual intercourse with a person (whether vaginal or anal) who at the time of the intercourse does not consent to it; and

(b)at the time he knows that the person does not consent to the intercourse or is reckless as to whether that person consents to it.

(3)A man also commits rape if he induces a married woman to have sexual intercourse with him by impersonating her husband.

(4)Subsection (2) applies for the purpose of any enactment.”.

## 2. ประเทศฝรั่งเศส

ในอดีตการข่มขืนกระทำชำเราซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสนั้นได้ถูกจำกัดอยู่เพียงการข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดจากการร่วมประเวณี (ทางช่องคลอด)ระหว่างหญิงและชายเท่านั้น โดยผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องเป็นชายซึ่งมิใช่สามีของหญิงนั้น โดยนักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่าการสมรสเป็นบทสันนิษฐานถึงความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ซึ่งเป็นหน้าที่อย่างหนึ่งในการอยู่ร่วมกันของกลุ่มสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่ง (พรสิริ สุริยกันต์, 2557, หน้า 57) ในช่วงปี ค.ศ. 1980 ประเทศฝรั่งเศสได้มีการแก้ไขและกำหนดนิยามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 332-23 โดยบัญญัติว่า “การล่วงประเวณี ทุกทางตามธรรมชาติที่จะเป็นไปได้ ซึ่งได้กระทำต่อบุคคลอื่น โดยการใช้ความรุนแรงการบังคับหรือการทำให้ไม่รู้ตัว ก่อให้เกิดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” แต่ต่อมาหลังปี ค.ศ. 1993 ได้มีการแก้ไขกฎหมายอีกครั้ง แต่ในมาตรา 222-23\* ที่เป็นมาตราหลักของนิยามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ก็ยังคงบัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันกับมาตรา 332-23

แม้ว่าการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในปี ค.ศ. 1980 จะไม่ได้มีการระบุถึงกรณีการข่มขืนภรรยาก็ตาม แต่ศาลสามารถรับฟังได้หากสามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานของการอยู่กินฉันสามีภรรยาในข้อที่ว่าย่อมต้องทราบถึง,ยินยอมและยอมรับการมีเพศสัมพันธ์ทางเพศ โดยต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการบังคับหรือพฤติกรรมความรุนแรงที่มีอยู่เกินปกติธรรมดา เช่น โดยมีร่องรอยบาดแผลอันเกิดจากการถูกรายหรือบังคับ(ฎีกาแผนกคดีอาญาปี ค.ศ. 1984, 1990, 1992, 1994) ในปี 2006 ได้มีการบัญญัติการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาอย่างชัดเจน และมีข้อสันนิษฐานความยินยอมในประมวลกฎหมายอาญา ในปัจจุบันความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสของกฎหมายฝรั่งเศส นอกจากจะบังคับใช้กับคู่สมรสตามกฎหมายแล้ว ยังรวมถึงคู่ที่อยู่กินฉันสามีภรรยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสและคู่ตามสัญญาทางแพ่งในการดูแลซึ่งกันและกันด้วย ซึ่งเป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 222-24\*\* โดยกำหนดให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นกว่ากรณีทั่วไป โดยระวางโทษจำคุกไม่เกิน 20 ปี (วิมลเรขา ศิริชัยวรารณ, 2556, หน้า 164-165) และในปี 2010 ได้ยกเลิกข้อสันนิษฐานในเรื่องความยินยอมการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส

\* Article 222-23

Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol.

\*\* Article 222-24

Le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle :

11° Lorsqu'il est commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité

สรุปความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาตามกฎหมายฝรั่งเศส ใช้กับสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายและรวมถึงคู่ที่อยู่กินฉันสามีภรรยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสด้วย และมีโทษรุนแรงกว่าข่มขืนกระทำชำเราระหว่างบุคคลแปลกหน้า

### 3. ประเทศสหรัฐอเมริกา

เดิมสังคมประเทศสหรัฐอเมริกามีหลักการให้สิทธิสามีข่มขืนกระทำชำเราภรรยาของตนได้โดยถือว่าชายผู้เป็นสามีมีอำนาจบังคับภรรยาของตนในการร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์กับตนได้แม้ปราศจากความยินยอมของภรรยา และจากหลักแนวคิดที่ว่า สามีภรรยาเป็นบุคคลเดียวกันโดยยึดหลักตามกฎหมายจารีตประเพณี (วิญญู เครื่องงาม, 2530, หน้า 42 อ้างถึงใน วิมลเรขา ศิริชัยวารวรรณ, 2556, หน้า 169) โดยมีคดี Commonwealth v. Fogerty (Katherine, 1994, p.90) เป็นคดีแรกที่ตัดสินว่าสามีไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ได้กระทำต่อภรรยาของตนเอง แต่ในปัจจุบันการร่วมประเวณีโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดอาญาในทุกมลรัฐของสหรัฐอเมริกา โดยมลรัฐ Nebraska ได้เป็นมลรัฐแรกที่ยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบนี้เมื่อปี ค.ศ. 1976 ต่อมาในปี ค.ศ. 1977 มลรัฐ Oregon เป็นมลรัฐแรกที่ได้ตั้งข้อหาข่มขืนกระทำชำเราแก่สามีซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาของตนเองในระหว่างที่ทั้งสองยังคงอยู่ร่วมกันในฐานะสามีภรรยาและหลังจากนั้นในหลาย ๆ คดีของหลายมลรัฐได้ทำให้เกิดการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งมีผลให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอาญา ในปี ค.ศ. 1984 New York เป็นมลรัฐแรกที่ยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบนี้ผ่านทางกระบวนการศาล โดยศาลอุทธรณ์ของ New York เห็นว่าหลักข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่ทำให้สามีไม่ต้องรับผิดชอบจากการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภรณานั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญในคดี People v. Liberta (Liberta Revisited, 1995, p. 865) ซึ่งข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าสามีแยกกันอยู่ต่างหากจากภรรยาตามคำสั่งศาลซึ่งมีคำสั่งให้สามีย้ายออกไปจากบ้านที่เป็นที่อยู่อาศัยของคู่สมรส ห้ามเข้าใกล้ภรรยาและบ้านหลังดังกล่าว ภายหลังจากนั้นสามีได้โทรหาภรรยาเพื่อที่จะขอพบกับลูกชาย ภรรยาไม่อนุญาตให้เขาเข้ามาในบ้าน แต่อนุญาตให้เขารับตัวภรรยาและลูกชายไปยังห้องพักของเขาได้แต่มีข้อตกลงว่าเพื่อนของสามีจะต้องอยู่ด้วยในตลอดเวลาดังกล่าว เมื่อถึงห้องพักเพื่อนของสามีก็กลับออกไป สามีทำร้ายและขู่ว่าจะฆ่าภรรยา ทั้งยังได้กระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมและร่วมประเวณีที่ผิดธรรมชาติกับภรรยาอีกด้วย แม้ขณะนั้นกฎหมายลายลักษณ์อักษรของ New York ว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเราจะมีข้อยกเว้นความรับผิดชอบให้กับการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรส กล่าวคือ การจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ ผู้ถูกระทำจะต้องมิใช่ภรรยาของผู้กระทำ แต่ในคดีนี้ศาลได้ตัดสินให้สามีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากศาลเห็นว่ากรกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภรณานั้น ได้กระทำในระหว่างที่คำสั่งศาล

ให้แยกกันอยู่และให้สามีอยู่ห่างจากภรรยา มีผลใช้บังคับอยู่ สามีได้ยื่นอุทธรณ์โดยต่อสู้ว่าในระหว่างที่กระทำความผิดนั้นการสมรสยังคงสมบูรณ์อยู่ ทั้งคู่ยังเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นสามีจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจากอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นความรับผิดชอบดังกล่าว ศาลอุทธรณ์ของ New York ซึ่งเป็นศาลสูงสุดของรัฐได้ตัดสินว่า “ไม่มีมูลเหตุใด ๆ ที่จะให้ข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสแตกต่างไปจากการกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้าและข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของคู่สมรสไม่เป็นการผิดนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ” โดยศาลอุทธรณ์ได้บันทึกเอาไว้ว่าทะเบียนสมรสไม่ควรถูกมองว่าเป็นใบอนุญาตแก่สามีในการที่จะบังคับให้ภรรยาร่วมประเวณีด้วยโดยไม่ต้องรับโทษใด ๆ อีกทั้งหญิงซึ่งสมรสแล้วมีสิทธิในเนื้อตัวร่างกายเช่นเดียวกันกับหญิงซึ่งยังมิได้สมรส (Jessica Klarfeld, .2011, p. 1831 อ้างถึงใน พรศิริ สุริยกันต์, 2557, หน้า 51-53)

ในปัจจุบันกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสนั้นได้มีการแก้ไขและยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่เป็นการผิด โดยมีรายละเอียดดังนี้

ใน 16 มลรัฐ ข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่เป็นการผิดนั้นได้ถูกยกเลิกอย่างเด็ดขาดในทุกพฤติกรรม กล่าวคือ การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสเป็นการผิดอาญาในทุกกรณี โดยไม่ต้องคำนึงว่าคู่สมรสนั้นจะยังอยู่กันด้วยกันฉันสามีภรรยาหรือได้แยกกันอยู่ต่างหากจากกัน ได้แก่ Alabama, Alaska, Arkansas, Colorado, Florida, Georgia, Indiana, Maine, Massachusetts, Nebraska, New Jersey, New York, North Dakota, Oregon, Vermont และ Wisconsin และใน 26 มลรัฐโดยหลักแล้วสามีจะได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่เป็นการผิด กล่าวคือ สามีไม่ต้องรับผิดทางอาญาจากการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภรรยา เว้นแต่ในบางพฤติกรรมที่กฎหมายได้กำหนดให้สามีต้องรับผิดทางอาญาจากการกระทำดังกล่าว ได้แก่ Arizona, California, Connecticut, Delaware, Hawaii, Idaho, Illinois, Iowa, Kansas Louisiana, Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, Montana, Nevada, New Hampshire, Ohio, Pennsylvania, Rhode Island, Tennessee, Texas, Virginia, Washington, West Virginia และ Wyoming และใน 8 มลรัฐ ยังคงใช้ข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่เป็นการผิด อย่างไรก็ตามสามีอาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ได้กระทำต่อภรรยาตนเองได้ ในกรณีที่สามีภรรยาแยกกันอยู่ต่างหากจากกัน หรือมีคำสั่งศาลให้คู่สมรสแยกกันอยู่ หรือในขณะที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ยื่นฟ้องหย่าหรือยื่นคำร้องให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครอง ในกรณีเหล่านี้เพื่อวัตถุประสงค์ในการฟ้องคดี คู่สมรสถูกถือ

ว่าเป็นบุคคลที่มีได้สมรสกัน กล่าวคือ ถูกถือว่ามีได้เป็นสามีภรรยากัน ดังนั้น หากสามีได้กระทำ  
 ชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภรรยาในระหว่างนี้ สามีก็จะมีคามผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา  
 ได้แก่ Kentucky, Missouri, New Mexico, North Carolina, Oklahoma, South Carolina, South  
 Dakota และ Utah (พรสิริ สุริยกันท์, 2557, หน้า 54)

จะเห็นได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีความหลากหลายทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์และ  
 กฎหมายที่ใช้บังคับในแต่ละมลรัฐ แต่สิ่งหนึ่งที่เหมือนกันทุกรัฐคือการร่วมประเวณีโดยฝ่าฝืนความ  
 ยินยอมระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดอาญาทั้งสิ้น

#### 4. ประเทศอินเดีย

ปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศ ถือได้ว่าเป็นหนึ่งในปัญหาอาชญากรรมที่ทุกประเทศทั่วโลกควรให้ความสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศอินเดีย เพราะเมื่อพิจารณาจากข้อมูลของ  
 สำนักงานสถิติอาชญากรรมแห่งชาติในประเทศอินเดีย (National Crime Records Bureau) เป็นที่น่า  
 ตกใจว่า คดีข่มขืนที่เกิดขึ้นในประเทศอินเดียมีจำนวนเพิ่มขึ้นจาก 2,481 คดีในปี พ.ศ. 2514 เป็น  
 24,206 คดีในปี พ.ศ. 2554 หรือเพิ่มขึ้นเฉลี่ยร้อยละ 5.86 ต่อปีจากข้อมูลดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า  
 การดำรงชีวิตของผู้หญิงในประเทศอินเดียอยู่ในสภาพที่ยากลำบาก และมีความเสี่ยงสูงมากจากการ  
 ถูกล่วงละเมิดทางเพศ และถึงแม้ว่าปัจจุบันประเทศอินเดียได้มีการแก้ไขกฎหมายเพื่อลดปัญหาการ  
 ข่มขืนภายในประเทศให้มีโทษสูงสุด คือ การประหารชีวิต แต่ปัจจัยที่ส่งผลทำให้เกิดการล่วงละเมิด  
 ทางเพศในอินเดีย กลับไม่ใช่ปัจจัยด้านกฎหมาย แต่เป็นปัจจัยด้านการดำเนินงานของภาครัฐ และ  
 ทัศนคติของคนในสังคมต่อเรื่องเพศ (เกรียงศักดิ์ เจริญวงศ์ศักดิ์, ม.ป.ป.) โดยในอดีตสถานภาพของ  
 หญิงในอินเดียนั้นเปรียบเสมือนดังเทพธิดาในพิธีกรรมและความเชื่อทางศาสนาอื่นคู่ต่างให้เกียรติ  
 ต่อสตรี ดังจะเห็นได้จากการประกอบพิธีกรรมทางศาสนาต่าง ๆ แม้สามีจะเป็นหัวหน้าครอบครัว  
 แต่ในความเป็นจริงอาจกล่าวได้ว่าสามีเป็นเพียงหุ่นเชิดของภรรยาเท่านั้นทำให้สถานภาพของหญิง  
 อินเดียในยุคโบราณนั้นมีความสำคัญและมีความเท่าเทียมกับชาย แต่เมื่อเวลาผ่านไปสถานภาพของ  
 หญิงอินเดียในยุคโบราณได้เสื่อมลงจนกลายเป็นว่าสถานภาพของหญิงอินเดียเป็นเพียงหุ่นเชิดของ  
 ผู้ชายเท่านั้น เนื่องจากสถานภาพของหญิงในอินเดียตั้งแต่เกิดจนตายนั้นปราศจากอิสระจะต้องอยู่  
 ภายใต้อำนาจปกครองของชายอยู่ตลอดเวลา กล่าวคือ ในวัยเด็กหญิงอินเดียจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจ  
 ปกครองของบิดา เมื่อได้ทำการสมรสต้องไปอยู่ใต้อำนาจปกครองของชายผู้เป็นสามี และหาก  
 ภายหลังสามีเสียชีวิตหญิงอินเดียก็จะต้องไปอยู่ใต้อำนาจปกครองของบุตรชาย และยังคง  
 เฝงชิดหน้ากับการเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นเรื่อง โภชนาการ อนามัยหรือการศึกษา เนื่องจากค่านิยมที่  
 ฝังรากลึกในอินเดียซึ่งต่างปรารถนาจะมีบุตรเป็นเพศชายมากกว่าเพศหญิง

มาตรา 375\* ประมวลกฎหมายอาญาของอินเดีย ได้บัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา นั้น ได้กำหนดว่าการข่มขืนกระทำชำเราที่ได้กระทำต่อภรรยาของตนซึ่งมีอายุไม่ต่ำกว่าสิบห้าปีไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด ดังนั้นหากเป็นการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภรรยาของตนเองแล้ว สามีจึงไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ เว้นเสียแต่ว่าภรรยาของผู้กระทำความผิดนั้นมีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี ผู้กระทำจึงจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ตาม การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภรรยาในขณะที่คู่สมรสแยกกันอยู่ ไม่ว่าจะภายใต้คำสั่งของศาลให้แยกกันอยู่หรือคำสั่งอื่น ๆ อาจมีความผิดและถูกลงโทษตั้งแต่สองปีถึง

---

\* Section 375. A man is said to commit "rape" if he—

- a. penetrates his penis, to any extent, into the vagina, mouth, urethra or anus of a woman or makes her to do so with him or any other person; or
- b. inserts, to any extent, any object or a part of the body, not being the penis, into the vagina, the urethra or anus of a woman or makes her to do so with him or any other person; or
- c. manipulates any part of the body of a woman so as to cause penetration into the vagina, urethra, anus or any ~ of body of such woman or makes her to do so with him or any other person; or
- d. applies his mouth to the vagina, anus, urethra of a woman or makes her to do so with him or any other person, under the circumstances falling under any of the following seven descriptions:— First.—Against her will. Secondly.—Without her consent.

Third/y.—With her consent, when her consent has been obtained by putting her or any person in whom she is interested, in fear of death or of hurt.

Fourth/y.—With her consent, when the man knows that he is not her husband and that her consent is given because she believes that he is another man to whom she is or believes herself to be lawfully married.

Fifth/y.—With her consent when, at the time of giving such consent, by reason of unsoundness of mind or intoxication or the administration by him personally or through another of any stupefying or unwholesome Substance, she is unable to understand the nature and consequences of that to which she gives consent.

Sixthly.—With or without her consent, when she is under eighteen years of age.

Seventhly.—When she is unable to communicate consent.

Explanation I.—For the purposes of this section, "vagina" shall also include labia majora.

Explanation 2.—Consent means an unequivocal voluntary agreement when the woman by words, gestures or any form of verbal or non-verbal communication, communicates willingness to participate in the specific sexual act:

Provided that a woman who does not physically resist to the act of penetration shall not by the reason only of that fact, be regarded as consenting to the sexual activity.

Exception I.—A medical procedure or intervention shall not constitute rape.

Exception 2.—Sexual intercourse or sexual acts by a man with his own wife, the wife not being under fifteen years of age, is not rape.<sup>1</sup>.

Punishment for rape. <https://www.iitk.ac.in/wc/data/TheCriminalLaw.pdf>

เจ็ดปีและอาจมีโทษปรับ\* โดยโทษสำหรับความผิดนี้จะมีความรุนแรงน้อยกว่าโทษสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (พรสิริ สุริยกันท์, 2557, หน้า 73-76)

สรุป เห็นได้ว่าโดยหลักการแล้วการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่เป็นความผิดเว้นเสียแต่ว่าภรรยาของผู้กระทำความผิดนั้นมีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี แต่อย่างไรก็ตามการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภรรยาในขณะที่คู่สมรสแยกกันอยู่หรือคำสั่งอื่น ๆ อาจเป็นความผิดอาญาได้

กล่าวโดยสรุป ทั้ง 4 ประเทศที่ยกตัวอย่างมาข้างต้นล้วนมีกฎหมายบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาเป็นความผิดทั้งสิ้น เพียงแต่บางประเทศได้กำหนดให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา (Marital rape or wife rape) จะเป็นความผิดได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เช่น เป็นการรกรกระทำชำเราในขณะที่แยกกันอยู่ หรือถือเกณฑ์อายุมาเป็นเงื่อนไข แต่สำหรับบางประเทศรวมถึงประเทศไทยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา (Marital rape or wife rape) เป็นความผิดทุกกรณี โดยปราศจากเงื่อนไขใด ๆ

---

\* Section 376B. Whoever has sexual intercourse with his own wife, who is living separately, whether under a decree of separation or otherwise, without her consent, shall be punished with imprisonment of either description for a term which shall not be less than two years but which may extend to seven years, and shall also be liable to fine.

Explanation.—In this section, "sexual intercourse" shall mean any of the acts mentioned in clauses (a) to (d) of section 375.  
<https://www.iitk.ac.in/wc/data/TheCriminalLaw.pdf>



## บทที่ 4

### วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา

การข่มขืนกระทำชำเราเป็นปัญหาที่สังคมให้ความสนใจถึง เพราะเป็นอาชญากรรมที่ส่งผลกระทบต่อเหยื่ออย่างร้ายแรงทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ โดยการข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้มีเฉพาะกรณีการข่มขืนโดยคนแปลกหน้า (Stranger rape) เท่านั้น ยังรวมถึงการข่มขืนระหว่างสามีภรรยา (Marital rape or wife rape) ด้วย แต่สังคมไม่ค่อยตระหนักถึงความสำคัญเพราะเห็นว่าเป็นเรื่องภายในครอบครัว การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 (ในปี พ.ศ. 2550) นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อขกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่สามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายของตน โดยต้องการรับรองเสรีภาพทางเพศหรือสิทธิในการตัดสินใจมีเพศสัมพันธ์ของหญิง โดยมุ่งให้เกิดความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันและเพื่อเป็นการคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่ถูกกระทำให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาถือเป็นปัญหาถึงอาชญากรรมและเป็นความรุนแรงในครอบครัวรูปแบบหนึ่ง นอกจากนั้นการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ และมาตรา 277 วรรคหนึ่ง ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าในกรณีคู่สมรสเป็นผู้เยาว์ผู้กระทำจะมีความผิดหรือไม่ และในขณะเดียวกันได้มีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ามีความเหมาะสมและเป็นกลไกเพื่อคุ้มครองบุคคลในครอบครัวมีการแก้ปัญหาที่ตรงจุดมากกว่า เพราะสามารถกำหนดรูปแบบ วิธีการ และขั้นตอนที่มีลักษณะแตกต่างจากการดำเนินคดีอาญาโดยทั่วไป โดยให้ผู้กระทำมีความผิดมีโอกาสดับตัวและยับยั้งการกระทำผิดซ้ำ รวมทั้งสามารถรักษาความสัมพันธ์อันดีในครอบครัวไว้ได้ ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

### ปัญหาคำจำกัดความของคำว่า“ความยินยอม”ในการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา

การข่มขืนระหว่างสามีภรรยา (Marital rape or wife rape) ก็กับการข่มขืนโดยคนแปลกหน้า (Stranger rape) ล้วนเป็นปัญหาทางสังคมทั้งสิ้น การข่มขืนทั้งสองประเภทมีความแตกต่างกันในบางบริบทดังจะได้อธิบายต่อไป อย่างไรก็ตามในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น ความยินยอมถือเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด หากผู้ถูกกระทำยินยอมย่อมไม่เป็นความผิด เพราะถือว่าเป็นการขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 276 ทั้งในกรณีของการข่มขืนระหว่างสามีภรรยา (Marital rape or wife rape) ก็กับการข่มขืน โดยคนแปลกหน้า (Stranger

rape) ดังนั้นความยินยอมจึงเป็นสาระสำคัญที่จะปฏิเสธการครอบครองประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา 276 แล้วอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นความยินยอมเพราะที่ตัวบทมิได้บัญญัติไว้โดยตรง ทำให้เกิดการตีความว่าอย่างไรจึงถือเป็นความยินยอม และในกรณีที่เคยให้ความยินยอมมาก่อนแล้วต่อมาเกิดการบอกถอนความยินยอมในภายหลัง จะส่งผลให้การกระทำต่อเนื่องมานั้นยังถือเป็นความยินยอมหรือไม่ รวมถึงกรณีการนิ่งเฉยไม่ขัดขืนให้มีการร่วมประเวณีจะถือเป็นการให้ความยินยอมด้วยหรือไม่ และอย่างไรเป็นความจำยอม แล้วจำยอมจะถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนหรือไม่ โดยผู้วิจัยจะวิเคราะห์ในลำดับต่อไป

ความแตกต่างระหว่างการข่มขืนโดยคนแปลกหน้า (Stranger rape) กับการข่มขืนระหว่างสามีภรรยา (Marital rape or wife rape)

ในแง่สังคม มองว่าการข่มขืน โดยคนแปลกหน้าเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงจนถึงขั้นที่รัฐต้องเข้ามาบีบบังคับในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 (เดิม) แต่อย่างไรก็ตามรัฐเห็นว่าเป็นเรื่องส่วนตัวจึงกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ส่วนการข่มขืนระหว่างสามีภรณยานั้นแต่เดิมสังคมหรือรัฐไม่ได้ตระหนักถึงปัญหานี้เพราะมองว่าภรรยาเป็นสมบัติของสามีและเมื่อแต่งงานก็ต้องเชื่อฟังสามี โดยถือว่าการจดทะเบียนสมรสเป็นการให้ความยินยอมที่จะอยู่กินด้วยกันในฐานะสามีภรรยาซึ่งหมายความว่ารวมถึงการร่วมประเวณีหรือการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา ปัญหาสามีข่มขืนภรรยาจึงเป็นเรื่องในครอบครัว กฎหมายจึงไม่เอาผิดสามี จนมีผู้เปรียบเปรยว่าทะเบียนสมรสคือใบอนุญาตให้ข่มขืนภรรยาตลอดไป แต่ในปัจจุบันสังคมได้ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวจึงให้ความสำคัญกับหลักความเสมอภาค นำมาซึ่งการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย เพื่อให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างหญิงชาย ดังนั้นในปัจจุบันการข่มขืนกระทำชำเราไม่ว่าโดยคนแปลกหน้าหรือระหว่างสามีภรรยาล้วนเป็นความผิดทั้งสิ้น

ในแง่ผลกระทบ สังคมไทยยังมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน โดยสังคมตระหนักต่อผลกระทบทั้งทางร่างกายและจิตใจของผู้หญิงที่ถูกข่มขืนจากคนแปลกหน้ามากกว่าการถูกข่มขืนโดยสามี ดังจะเห็นได้จากครอบครัวจะให้ความเข้าใจเห็นใจอย่างเต็มที่ รวมถึงกระบวนการยุติธรรมก็พยายามหาทางจับกุมผู้กระทำผิดมาลงโทษเนื่องจากเป็นเรื่องสะเทือนขวัญในสังคม แต่ในกรณีที่ภรรยาถูกสามีข่มขืนนั้นได้มีงานวิจัยจากต่างประเทศยืนยันว่าการข่มขืนระหว่างสามีภรรยาสร้างผลกระทบรุนแรง เนื่องจากการกระทำที่ต่อเนื่องเป็นระยะเวลาอันยาวนาน เชื่อจะถูกทำร้ายร่างกายและข่มขืน แต่ต้องตกอยู่ในภาวะจำยอม นิ่งเฉย ไม่สามารถหาทางออกหรือหลีกเลี่ยงต่อการกระทำรุนแรงทางเพศนั้นเพราะอับอาย และจำนนต่ออำนาจของผู้กระทำซึ่งมีผลกระทบทางด้านจิตใจรุนแรงกว่าการข่มขืนจากคนแปลกหน้า ดังคำกล่าวของ ฟิงค์เกิลฮอร์ และเยโล่ (Finkelhor & Yllo,

1987, p. 137) ที่ว่า “ผู้หญิงที่ถูกข่มขืนจากคนแปลกหน้านั้น มีชีวิตอยู่กับความทรงจำของการถูกทำร้ายที่น่าหวาดกลัว แต่ผู้หญิงที่ถูกสามีข่มขืนนั้นต้องดำเนินชีวิตอยู่กับคนที่ข่มขืนเธอ”

ในแง่พยานหลักฐาน ไม่ว่าจะเป็นการถูกข่มขืนโดยคนแปลกหน้าหรือการถูกข่มขืนระหว่างสามีภรรยาส่วนใหญ่มักเกิดในที่ลับตาคนแทบทั้งสิ้นจึงยากต่อการพิสูจน์เนื่องจากมักไม่มีประจักษ์พยานพบเห็น อย่างไรก็ตามมีความแตกต่างกันที่สถานะของความเป็นสามีภรรยาตั้งนั้น การข่มขืนระหว่างสามีภรรยา จึงมักเกิดในเคสสถานอันเป็นที่อยู่อาศัยและยากแก่การพิสูจน์มากกว่าการข่มขืนโดยคนแปลกหน้าเนื่องจากสถานะความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรณานั้นเอง

ในแง่ความยินยอม การข่มขืนโดยคนแปลกหน้าหรือการข่มขืนระหว่างสามีภรรยาต้องพิจารณาถึงความยินยอมเช่นเดียวกัน เพราะความยินยอมถือเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น...” เมื่อพิจารณาจากตัวบทแล้วจะเห็นว่าล้วนแต่เป็นกรณีที่ผู้เสียหายมิได้ยินยอมทั้งสิ้น คำว่า ข่มขืน ประมวลกฎหมายอาญามีได้นิยามไว้ แต่ตามพจนานุกรมและตามความเห็นของนักวิชาการด้านกฎหมาย พอสรุปได้ว่า การข่มขืนเป็นการฝืนใจหรือบังคับใจ เป็นกรณีที่ใช้กำลังบังคับผู้เสียหายให้ทำตามใจตนเอง โดยที่ผู้เสียหายมิได้ยินยอมโดยสมัครใจ หรือใช้อำนาจกระทำโดยอีกฝ่ายไม่สมัครใจ หรือปราศจากความยินยอมของผู้เสียหายนั่นเอง จึงกล่าวได้ว่าความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 มีองค์ประกอบภายนอกได้แก่ การกระทำ คือ การข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหมายความว่า ได้กระทำชำเราโดยผู้อื่นมิได้สมัครใจหรือปราศจากความยินยอม ดังนั้นหากผู้อื่นยินยอมย่อมไม่เป็นความผิดเพราะถือว่าเป็นการขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 276 (คำพิพากษาฎีกาที่ 828/2486) ความยินยอมจึงเป็นสาระสำคัญที่จะปฏิเสธการครอบงำองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา 276 นอกจากนั้นศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์ความยินยอมให้การกระทำที่จะใช้เป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ไว้ในฎีกาที่ 1403/2508 ดังนี้ “มีหลักทั่วไปยกเว้นความผิดอาญาอยู่ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้”

นอกจากนี้การพิจารณาเปรียบเทียบในเรื่องความยินยอมกับการสมัครใจนั้นจะพบว่าแตกต่างกัน เพราะในบางกรณีอาจยินยอมให้กระทำชำเราโดยที่ไม่สมัครใจก็เป็นได้ (จำยอม) เช่นยอมเพราะความกลัวว่าจะถูกทำร้าย การยินยอมในลักษณะนี้ถือว่าเป็นการข่มขืนตามมาตรา 276 รวมถึงการข่มขืนในขณะที่ผู้อื่นไม่รู้สึกรับข่มขืนไม่เรียกว่าสมัครใจด้วยเช่นกัน รวมไปถึงความ

ยินยอมของผู้วิกลจริตย่อม ไม่มีผลเป็นความยินยอม ผู้ที่เมาสุราหรือติดสุราอาจมีปัญหาเรื่องการให้ความยินยอม การกระทำชำเราผู้อื่นขณะที่ผู้อื่นนั้นเมาสุราหมดสติอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ กรณีนี้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเพราะขาดความยินยอมนั่นเอง

จึงกล่าวได้ว่าการข่มขืน โดยคนแปลกหน้าหรือการข่มขืนระหว่างสามีภรรยาต้องพิจารณาถึงความยินยอมเช่นเดียวกัน โดยความยินยอมนั้นต้องเกิดจากความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายและต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ด้วย กล่าวคือ ต้องไม่เกิดจากการหลอกลวง หรือสำคัญผิดหรือข่มขู่ ด้วยประการใด ๆ อีกทั้งความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและความยินยอมต้องมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด หากบอกเลิกแล้วผู้กระทำยังข่มขืนกระทำก็ไม่มีเหตุที่จะยกเว้นความผิดให้แก่ผู้กระทำได้ ในกรณีการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาแม้ความยินยอมจะเกี่ยวข้องกับพันธะสัญญาของการสมรส ซึ่งถือว่าสามีภรรยาที่ได้จดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมายนั้นได้ให้ความยินยอมที่จะอยู่กินด้วยกันในฐานะสามีภรรยา ซึ่งหมายความรวมถึงการร่วมประเวณีหรือการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา อันถือเป็นสาระสำคัญของการสมรสประการหนึ่ง แต่มิได้หมายความว่าภรรยาจะยินยอมให้สามีภรรยาข่มขืนกระทำชำเราอีกฝ่ายหนึ่งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย ในปัจจุบันการข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสย่อมเป็นความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ตามมาตรา 276 วรรคสี่

กรณีการนี้จึงถือเป็นการยินยอม

จากความเห็นของนักวิชาการจะเห็นได้ว่าความยินยอมไม่มีแบบ ความยินยอมอาจแสดงออกมาโดยชัดแจ้งหรือปริยาย หรือโดยการนิ่งก็ได้ การให้ความยินยอมจะทำได้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจาก็ได้ เพราะกฎหมายมิได้บัญญัติแบบของการให้ความยินยอมไว้ สำคัญอยู่ที่ว่าอีกฝ่ายต้องรับรู้ถึงความยินยอมนั้น แต่การนิ่งที่จะถือเป็นการให้ความยินยอมนั้นจะต้องเป็นกรณีที่มีการนิ่งนั้นตามปกติประเพณีหรือตามกฎหมายให้ถือว่าการนิ่งนั้นคือการยอมรับด้วย

ความยินยอมตามความหมายของกฎหมายโดยหลักแล้วจะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เหตุการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้นโดยชัดแจ้ง กล่าวคือ ผู้ให้ความยินยอมจะต้องสร้างเจตนาที่จะให้ความยินยอมและกำหนดเจตนาที่จะยินยอมต่อเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้น โดยการแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดด้วยตนเองหรือโดยให้ผู้อื่นกระทำการแทนตน อันเป็นการแสดงความประสงค์ต่อผู้กระทำให้เหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นเข้าใจว่าตนอนุญาตให้กระทำได้ ส่วนการนิ่งไม่ขัดขวางอาจถือว่าเป็นการให้ความยินยอมได้ หากเป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่าการนิ่งในพฤติการณ์เช่นนั้นเป็นการยินยอม เช่น ผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอมไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เพราะไม่อยู่ในที่นั้นแต่ก็พอจะเข้าใจได้ตามพฤติการณ์ว่าคงยินยอม หรือ นาย ก.เดินเข้าไปในร้านตัดผมแล้วนั่งลงบนเก้าอี้สำหรับนั่งตัดผมโดยไม่พูดอะไรเลย จากนั้นช่างตัดผมก็เอากรรไกรมาตัดผมนาย ก.

กรณีนี้แม้โดยสภาพจะเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายของผู้อื่นอันเป็นการกระทำละเมิด แต่จะถือว่าช่างตัดผมทำละเมิดต่อนาย ก. ไม่ได้ เพราะโดยปกติการเข้าไปในร้านตัดผมก็เพื่อตัดผม อยู่แล้ว เท่ากับนาย ก. ให้ความยินยอมให้ช่างตัดผมกระทำได้ การนิ่งไม่ขัดขืนไม่ได้มีเฉพาะที่ถือว่าการยินยอมเท่านั้น แต่อาจหมายถึงไม่ได้ยินยอมก็ได้หากตกอยู่ในภาวะจำยอมจึงไม่ใช่การยินยอมโดยสมัครใจ การนิ่งในกรณีนี้จึงไม่ถือเป็นการยินยอม

ในกรณีของการข่มขืนกระทำชำเรา<sup>1</sup> การยินยอมของหญิงต้องดูจากอากัปกิริยาของหญิงไป พฤติการณ์ที่นิ่งเฉยนั้นต้องถือว่าเป็นการยินยอมให้ร่วมประเวณีด้วย ตามสุภาษิตโบราณที่ว่า “ผู้ที่นิ่งไว้เสมือนแสดงว่ายินยอม” Qui Tacet consentire videtur เช่น ในการที่ชายใดใช้กิริยาเล้าโลมลวนลามหญิง หญิงไม่ได้แสดงอาการขัดขืนใด ๆ ชายจึงกระทำต่อไปเพราะเห็นว่าหญิงไม่ได้ขัดขวางการกระทำนั้นจนกระทั่งมีการชำเรา เช่นนี้ควรสันนิษฐานว่าหญิงยินยอม (พระอินทปรีชา(เหยียนเลขะวณิช), 2469, หน้า 1107 อ้างถึงใน ธรรมนูญ ควงกางใต้, 2558, หน้า 59) ดังนั้นจึงอาจแบ่งลักษณะการนิ่งเฉยไม่ขัดขวางออกได้ 2 ลักษณะ ดังนี้

#### 1. การนิ่งเฉยที่ถือเป็นการยินยอม

การนิ่งเฉยที่จะถือเป็นการยินยอมได้นั้น ต้องเป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่าการนิ่งในพฤติการณ์เช่นนั้นเป็นการยินยอม การนิ่งเฉยไม่ขัดขืน หรือไม่ขัดขวางคัดค้านต่อการกระทำที่เป็น การประทุษร้าย หรือพฤติการณ์นั้นควรจะขัดขวาง ห้ามปรามหรือคัดค้าน แต่ไม่ขัดขวาง ไม่ห้ามปราม หรือไม่คัดค้าน ย่อมเข้าใจได้ว่าการนิ่งเช่นนั้นถือเป็นการยินยอมโดยปริยาย ซึ่งจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าไม่มีพฤติการณ์แวดล้อมใด ๆ บีบบังคับ หรือตกอยู่ในภาวะจำยอมหรืออยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ กล่าวคือการนิ่งเฉยไม่ขัดขวางในกรณีนี้ผู้ถูกระทำยังคงมีอำนาจอิสระในการตัดสินใจด้วยตนเอง ประกอบกับการนิ่งเฉยไม่ขัดขวางในกรณีนี้ต้องเป็นไปตามปกติประเพณีหรือต้องเป็นไปตามกฎหมายจึงจะถือว่าการนิ่งเฉยนั้นคือการยินยอม ทั้งนี้ผู้วิจัยเห็นว่าการนิ่งเฉยที่ถือเป็นการยินยอมมักเกิดขึ้นในกรณีสามีภรรยา เพราะสามีภรรยามีหน้าที่ตามประเพณีที่ต้องร่วมประเวณี ทั้งนี้เพื่อดำรงไว้ซึ่งความเป็นครอบครัวมีลูกมีหลานสืบต่อไป และการร่วมประเวณียังเป็นหน้าที่ตามกฎหมายประกอบกับจารีตประเพณีและวัฒนธรรมทางสังคม กฎหมายจึงบัญญัติความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาว่าสามีภรรยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามี หมายถึงการอยู่ร่วมบ้านเดียวกัน ร่วมชีวิตในการครองเรือน และทั้งร่วมประเวณีต่อกัน หากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งปฏิเสธไม่ยอมให้อีกฝ่ายหนึ่งร่วมประเวณีด้วยถือเป็นการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภรรยาอย่างร้ายแรง ย่อมเป็นเหตุให้ฝ่ายที่ถูกปฏิเสธฟ้องหย่าได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516(6) ฉะนั้นผู้วิจัยจึงเห็นว่าการนิ่งเฉยไม่ขัดขวางในกรณีนี้ถือเป็นการยินยอม ซึ่งทำให้ขาด

องค์ประกอบภายนอกของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ ดังนั้นผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดแต่อย่างใด

## 2. การนิ่งเฉยที่ไม่ถือเป็นการยินยอม

การนิ่งไม่ขัดขืนอาจหมายถึงไม่ได้ยินยอม หากตกอยู่ในภาวะจำยอมหรือตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นการนิ่งเฉยไม่ขัดขวางเพราะมีพฤติการณ์แวดล้อมทำให้ตกอยู่ในสภาวะจำยอม โดยมีปัจจัยอื่น ๆ เป็นตัวกำหนดให้ผู้ถูกกระทำตัดสินใจเลือกที่จะนิ่งเฉยไม่ขัดขวาง โดยการนิ่งเฉยไม่ขัดขวางดังกล่าวไม่ได้เกิดจากความสมัครใจหรือมีอำนาจตัดสินใจโดยอิสระของตนเองอย่างแท้จริง ในกรณีนี้จึงไม่ใช่การยินยอมโดยสมัครใจแต่ถือเป็นการจำยอม การนิ่งในกรณีดังกล่าวผู้วิจัยเห็นว่าอาจเกิดขึ้นได้ทั้งจากการข่มขืนโดยคนแปลกหน้าและการข่มขืนระหว่างสามีภรรยา

สรุปได้ว่าการนิ่งเฉยไม่ขัดขวางโดยที่ไม่มีพฤติการณ์แวดล้อมใด ๆ โดยผู้ถูกกระทำยังคงมีอำนาจตัดสินใจได้เองถือว่าเป็นความยินยอมอย่างหนึ่ง ต่างกับความจำยอมหรือตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เพราะเป็นกรณีที่ต้องมีพฤติการณ์แวดล้อมทำให้ไม่อาจตัดสินใจได้โดยอิสระ ในกรณีสามีภรณยานั้นเห็นว่าหากภรณยานิ่งเฉยต่อการร่วมประเวณี ผู้วิจัยเห็นว่าการร่วมประเวณีในครั้งนั้นไม่ถือเป็นกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของกลุ่มสมรส อันจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ แต่อย่างใด เพราะชายหญิงเมื่อได้ทำการจดทะเบียนสมรสแล้วย่อมมีผลทำให้ชายหญิงมีฐานะเป็นสามีภรรยาอันนำไปสู่ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา คือ ต้องอยู่กินกันฉันสามีภรรยา เนื่องจากการสมรสเป็นการก่อตั้งสถาบันครอบครัวขึ้น สถาบันครอบครัวคงเกิดขึ้นไม่ได้ถ้าสามีภรณามีได้อยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยา คำว่าอยู่กินกันฉันสามีภรรยา มีความหมายว่า ใช้ชีวิตร่วมกัน การมีเพศสัมพันธ์ สามีภรรยาหากมิได้อยู่กินกันย่อมเป็นการละเลยต่อหน้าที่ของสามีภรรยา การเป็นคู่สมรสตามกฎหมายย่อมเป็นเรื่องปกติที่จะต้องร่วมประเวณีเพื่อสืบเผ่าพันธุ์มีลูกมีหลานสืบต่อไป ทั้งนี้เป็นปกติตามประเพณีและตามกฎหมาย ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการนิ่งเฉยไม่ขัดขวางในกรณีดังกล่าวถือเป็นการยินยอมอย่างหนึ่ง

## การบอกถอนความยินยอม

นอกจากความยินยอมแล้วยังต้องพิจารณาถึงการบอกถอนความยินยอมด้วย ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่จะนำมาปฏิเสธการให้ความยินยอมไว้ก่อนหน้านั้นสิ้นผลไปและยุติความยินยอมทันที ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และไม่ปรากฏแนวคำพิพากษาที่ตัดสินในกรณีดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามมีนักวิชาการบางท่านได้ให้ความเห็นไว้ดังนี้

ดร.รณกรณ์ บุญมี (2553 ,หน้า 787) ได้ให้ความเห็นไว้ 2 ประการ ประการที่หนึ่ง คือ ความยินยอมในการกระทำชำเรานั้นจะต้องมีตลอดเวลาที่การกระทำชำเราเริ่มขึ้นและดำเนินไปจนจบ หากฝ่ายที่ไม่ได้ถอนความยินยอมไม่ยอมหยุดการกระทำฝ่ายนั้นย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ประการที่สอง ในการบอกถอนความยินยอมนั้นถ้าหากฝ่ายหนึ่งถอนหรือยุติความยินยอม อีกฝ่ายหนึ่งจะต้องหยุดการกระทำในทันที ดังนั้น การนำหลักการนี้ไปใช้ต้องอาศัยการตีความตามข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นตามแต่ละคดี ผู้วิจัยเห็นว่าหลักการดังกล่าวใช้พิจารณาได้ทั้งกรณีการข่มขืนโดยคนแปลกหน้าและการข่มขืนระหว่างสามีภรรยา แต่อย่างไรก็ตาม เห็นว่าการบอกถอนความยินยอมเกิดขึ้นได้ยากหรืออาจจะไม่เกิดขึ้นเลยในกรณีการข่มขืนโดยคนแปลก เพราะผู้กระทำไม่ใช่บุคคลที่คุ้นเคยที่เหยื่อจะให้ความยินยอมตั้งแต่เริ่มแรก ดังนั้นเหยื่อจึงมักถูกบังคับขืนใจ ไม่ยินยอม ไม่สมัครใจตั้งแต่เริ่มแรก ซึ่งต่างกับการข่มขืนระหว่างสามีภรรยาที่เหยื่อมีความคุ้นเคยและอยู่ภายใต้พันธะแห่งการสมรส

ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมในขณะที่เริ่มกระทำชำเรา แต่เปลี่ยนเป็นปฏิเสธให้ความยินยอมภายหลังการกระทำชำเราจนกระทั่งการกระทำชำเราจบสิ้นลง ในกรณีนี้ต้องพิจารณาว่าขณะการกระทำชำเรากำลังดำเนินไปภายใต้ความยินยอมร่วมกันนั้น เกิดมีฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะกระทำชำเรากันต่อไป ไม่ว่าจะเป็นเพราะเกิดจากความเจ็บปวด หรือทราบข้อเท็จจริงบางประการเพิ่มเติมกะทันหัน เช่น ทราบว่าอีกฝ่ายหนึ่งเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ร้ายแรง มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศ นิยมความรุนแรง เป็นต้น หรือไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม เมื่อปฏิเสธไม่ให้มีการกระทำชำเราต่อไปแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งกลับไม่ยอมหยุดการกระทำชำเราในทันทีและยังกระทำชำเราต่อไปผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น และตามหลักกฎหมายต่างประเทศถือว่าเป็นการกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมเป็นการกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ซึ่งเป็นความผิดที่รุนแรงและทำลายความสงบเรียบร้อยของสังคมอย่างมาก จนต้องมีการกำหนดพระราชโทษสูงเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการร่วมประเวณีระหว่างสามีภรรยาที่ต้องใช้ชีวิตคู่ร่วมกันภายใต้พันธะแห่งการสมรสในประเด็นนี้อาจเป็นความผิดได้เช่นกันเพราะในกฎหมายปัจจุบันไม่ได้ถือคติอย่างในอดีตที่ว่าเมื่อทำการสมรสกันแล้ว ถือเสมือนว่าภรรยาเป็นสมบัติของสามี สามีมีอำนาจเหนือภรรยา และภรรยาต้องคอยปรนนิบัติสามีด้วยความเป็นหน้าที่หรือค่านิยมที่ปลูกฝังกันมานานว่าต้องยินยอมให้สามีร่วมประเวณีโดยที่การยินยอมนั้นไม่สามารถถอนคืนได้ ดังคำเปรียบที่ว่า ถ้าชายจดทะเบียนสมรสกับหญิง เป็นสามีภรรยาแล้ว สามีก็มีสิทธิข่มขืนภรรยาของตนได้ และกระทำได้ไปตลอดชีวิตสมรส ด้วยความคิดที่ว่า การสมรสมีผลเป็นการยินยอมให้มีการร่วมประเวณีอยู่โดยนัย แต่ในปัจจุบันหากเกิดกรณีดังกล่าวสามีหรือภรรยาจะมีความผิดตามมาตรา 276 วรรคสี่

จึงสรุปได้ว่า กระทำชำเราอีกฝ่ายหนึ่งโดยฝ่ายนั้นไม่สมัครใจหรือการฝ่าฝืนความยินยอมของผู้เสียหาย ย่อมเป็นการข่มขืนกระทำชำเราในทันที มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้เสียหายจะเคยให้ความยินยอมมาก่อนหรือไม่ และความยินยอมจะมีผลต่อเมื่อผู้ให้ความยินยอมยังคงให้ความยินยอมอันบริสุทธิ์เท่านั้น เมื่อใดก็ตามหากผู้ถูกกระทำไม่ให้ความยินยอมหรือบอกถอนความยินยอม ผู้กระทำก็ไม่อาจยกเอาความยินยอมก่อนหน้านั้นมาต่อสู้ว่าการกระทำของตนขาดองค์ประกอบความผิดหรือยกเว้นความผิดได้

กรณีที่ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่า ความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ มิใช่ยินยอมแต่ไม่สมัครใจในกรณีดังกล่าวเท่ากับเป็นการทำให้หญิงจำยอม

“จำยอม” ([v'] be unwilling) เป็นคำกริยา แปลว่า ยอม ยอมทน ให้อย่างเสียไม่ได้ จำใจ

ในทางกฎหมาย “ความจำยอม” ไม่มีบทนิยามและคำอธิบายไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่อย่างไรก็ตามผู้วิจัยเห็นว่า “ความจำยอม” เกิดขึ้นจากผู้ถูกกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ทั้งนี้อาจเป็นเพราะปัจจัยภายนอกทั้งหลายรวมทั้งสภาพแวดล้อมและสภาพร่างกายและจิตใจของผู้ถูกกระทำ ทำให้มีผลต่อการเข้าใจถึงสาระของเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นและส่งผลกระทบต่อตัดสินใจของผู้เสียหายทั้งสิ้น ดังนั้นจึงไม่อาจถือว่ามีความยินยอมได้

คำว่า อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ นั้นเหล่านักวิชาการด้านกฎหมายได้ให้ความเห็นว่า หมายถึงสภาวะที่หญิงจำต้องยอมอันมิใช่โดยสมัครใจโดยอาจเป็นภาวะที่หญิงมีอยู่ก่อนกระทำ โดยเกิดขึ้นจากตัวหญิงเอง ซึ่งเป็นเหตุให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เช่น หญิงเจ็บป่วยเป็นโรค มีร่างกายอ่อนแออยู่แล้ว เป็นอัมพาต ไม่รู้สึกตัว มีนเมา วิกลจริตหรือแรงผลักดันจากโรค หรือหญิงกำลังหลับ (ฎีกาที่ 234/2466) หรือผู้กระทำเป็นฝ่ายทำให้เกิดภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เช่น ใช้น้ำทำให้มีนเมาหรือสะกดจิต เป็นต้น โดยมักอ้างอิงมาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินไว้ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 142/2454 หญิงตกอยู่ในอิทธิพลของผู้กระทำผิดกับพรรคพวกที่นุ้ดเข้าไปในป่าไม่มีทางขัดขืนได้รับความช่วยเหลือจากผู้ใด หญิงจึงจำต้องยอมให้กระทำเรา ไม่ถือว่าหญิงยินยอม และการที่หญิงใช้เท้าถีบก็แสดงอยู่ในตัวว่าหญิงมิได้ยินยอม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2809/2516 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในทันที แม้จำเลยจะไม่ได้พูดหรือมีอาวุธขู่เจิญผู้เสียหายก็ตาม ถ้าตามพฤติการณ์ผู้เสียหายกลัวจำเลยตกอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลย ไม่กล้าขัดขืนอยู่ในภาวะจำต้องยอมแล้ว จำเลยจะอ้างว่าผู้เสียหายยินยอมไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 382/2522 จำเลยกระทำชำเราหญิงขณะหมดสติ เพราะดื่มสุรากับจำเลย อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ มีความผิดตามมาตรา 276



คำพิพากษาฎีกาที่ 2759/2532 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น แม้จำเลยจะไม่ได้พูด หรือมีอาวุธขู่ขัวผู้เสียหาย ถ้าตามพฤติการณ์ผู้เสียหายกลัวจำเลย ตกอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลย ตกอยู่ในภาวะจำยอมไม่กล้าขัดขืน จะถือว่าผู้เสียหายยินยอมไม่ได้ จำเลยจึงต้องมีความผิด

คำพิพากษาฎีกาที่ 728/2540 จำเลยที่ 2 และผู้เสียหายรู้จักกันมาก่อน จำเลยทั้งสองชวนผู้เสียหายไปรับประทานอาหาร ด้วยความสนิทสนมคุ้นเคยกันเช่นนี้ จึงเป็นธรรมดาที่ผู้เสียหายจะเชื่อถือและไว้วางใจ จำเลยที่ 2 ไม่คิดว่าจะถูกจำเลยที่ 2 พาไปข่มขืนกระทำชำเรา เมื่อผู้เสียหายนั่งซ้อนท้ายรถจักรยานยนต์ไป จึงยังไม่รู้และไม่ได้อธิบายขอความช่วยเหลือ และเมื่อไปถึงบริเวณทุ่งนาที่เปลี่ยว จำเลยที่ 2 ทำร้ายร่างกายโดยคดหน้าผู้เสียหายและพูดขู่ว่า ถ้าไม่ยอมให้ร่วมประเวณีก็จะพาเพื่อนอีก 10 คน มาร่วมกันข่มขืน ผู้เสียหายจึงเกิดความกลัว ไม่กล้าขัดขืนและร้องขอความช่วยเหลือ และหากผู้เสียหายยินยอมจริงแล้ว ก็ไม่มีเหตุผลใดที่ทันทีที่พบบิดาผู้เสียหาย ผู้เสียหายก็เล่าเรื่องให้บิดาฟัง และพาบิดาไปตามหาจำเลยที่ 2 จนพบ และแจ้งเจ้าพนักงานตำรวจจับจำเลยที่ 2 จำเลยทั้งสองมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 302/2559 แม้โจทก์และจำเลยเป็นสามีภรรยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 วรรคหนึ่ง ซึ่งจะต้องมีการร่วมประเวณีกันบ้าง แต่การร่วมประเวณีต้องเกิดจากความยินยอมของทั้งสองฝ่าย หากอีกฝ่ายไม่ยินยอม ก็ไม่อาจบังคับได้ หากขึ้นใจถือเป็นการผิดตาม ประมวลกฎหมาย มาตรา 276 การที่จำเลยเรียกบุตรผู้เยาว์มาฟังคำดำเนินโจทก์ยอมให้จำเลยร่วมประเวณีเพื่อให้บุตรผู้เยาว์ไปพักผ่อน เช่นนี้จะถือว่าโจทก์ยอมให้จำเลยร่วมประเวณีไม่ได้ และการที่โจทก์มดลูกอักเสบจากการร่วมประเวณีของจำเลย จำเลยทราบแต่ไม่หยุดร่วมประเวณีกับโจทก์ จนโจทก์ต้องหนีออกจากบ้าน พฤติกรรมของจำเลยถือเป็นการทำร้ายหรือทรมาณจิตใจโจทก์อย่างร้ายแรง อันเป็นเหตุหย่าตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (3) และยังถือเป็นพฤติการณ์ที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภรรยากันอย่างร้ายแรง ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (6) ด้วย

จากคำพิพากษาผู้วิจัยจำแนกความจำยอมออกได้ 4 ประการ ดังนี้

1. ความจำยอมที่เกิดจากตัวผู้ถูกกระทำอันเนื่องมาจากความสามารถของผู้ถูกกระทำ กล่าวคือ กรณีผู้ถูกกระทำที่มีสภาพร่างกายมีสมบูรณ์แต่มีจิตบกพร่อง เช่น ไม่สามารถรู้ผิดชอบ ไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง เป็นโรคจิต จิตฟั่นเฟือน มึนเมาหรือหมดสติเพราะเสพสุราหรือสิ่งมึนเมาอื่น ดิดยาเสพติด เป็นต้น

2. ความจำยอมที่เกิดจากตัวผู้ถูกกระทำอันเนื่องมาจากลักษณะทางกายภาพ

กล่าวคือ กรณีผู้ถูกระทำที่มีสภาพร่างกายไม่สมบูรณ์แต่มีจิตปกติ เช่น มีร่างกายพิการ แต่มีจิตปกติ เป็นอัมพาต ป่วยเจ็บหรือเจ็บป่วย ร่างกายไม่สมบูรณ์ประกอบเพราะ ไม่มีแขนหรือไม่มีขา ร่างกายอ่อนแอ กล้ามเนื้ออ่อนแอ เป็นต้น

กรณีผู้ถูกระทำที่มีสภาพร่างกายไม่สมบูรณ์และมีจิตบกพร่อง เช่น พิกัดซ้ำซ้อน เป็นต้น

3. ความจำยอมที่เกิดจากตัวผู้กระทำอันเนื่องมาจากการใช้กำลังทางกายภาพของผู้กระทำ กล่าวคือ กรณีที่ผู้ถูกระทำเป็นผู้ที่มีร่างกายปกติสมบูรณ์และมีจิตปกติ แต่ถูกผู้กระทำความผิด หรือจำเลยกระทำให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้เพราะใช้กำลังทำร้าย หรือใช้กำลังบีบบังคับ คุกคาม ฆัดมื่อฆัดเท้า หรือใช้เครื่องเครื่องพันธนาการ เป็นต้น

4. ความจำยอมที่เกิดจากตัวผู้กระทำอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจครอบงำทางจิตใจ กล่าวคือ กรณีที่ผู้ถูกระทำเป็นผู้ที่มีร่างกายปกติสมบูรณ์และมีจิตปกติ แต่ถูกผู้กระทำความผิด หรือจำเลยกระทำให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้เพราะการใช้อำนาจครอบงำทางจิตใจ โดยผู้กระทำอยู่สถานะที่มีอำนาจเหนือกว่าผู้ถูกระทำโดยมีปัจจัยหรือพฤติการณ์แวดล้อมอื่น ๆ ประกอบด้วย เช่น ผู้บังคับบัญชา ผู้ที่หาเลี้ยงครอบครัว(สามี) ผู้ที่กุมความลับของผู้ถูกระทำ ผู้กระทำใช้อาวุธหรือคำพูดข่มขู่ให้เกิดความกลัว เจ้าหนี้ หรือผู้ที่มีสถานะทางเศรษฐกิจหรือทางการเงินเหนือกว่า เป็นต้น ทำให้ผู้ถูกระทำจำต้องยอมร่วมประเวณีด้วยทั้งที่มิได้เกิดจากความสมัครใจ

จะเห็นได้ว่าความจำยอมเป็นการจำใจ หรือยอมจำนน ให้อำนาจกระทำการนั้น ๆ โดยมีพฤติการณ์หรือสภาพแวดล้อมเป็นปัจจัยที่สำคัญ ที่คอยควบคุมการกระทำดังกล่าว โดยผู้ถูกระทำมิได้มีอิสระในการตัดสินใจ หรือสมัครใจอย่างแท้จริงที่จะเข้ากระทำการนั้น ๆ แต่อยู่ในสถานะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ นอกจากนี้ความจำยอมยังรวมถึงการนิ่งเฉยไม่ขัดขวางเพราะตกอยู่ในสถานะจำยอม โดยการนิ่งเฉยไม่ขัดขวางดังกล่าวไม่ได้เกิดจากความสมัครใจหรือมีอำนาจตัดสินใจโดยอิสระของตนเองอย่างแท้จริง จึงกล่าวได้ว่าความจำยอมมิได้เกิดจากความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้ถูกระทำ แต่เป็นการยินยอมแบบไม่สมัครใจหรือเรียกว่าความจำยอมนั่นเอง ทั้งนี้ย่อมเกิดขึ้นได้ทั้งในกรณีของการข่มขืนระหว่างสามีภรรยา (Marital rape or wife rape) และการข่มขืนโดยคนแปลกหน้า (Stranger rape)

ในต่างประเทศการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมคู่สมรสเป็นความผิด เช่น อังกฤษ ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และอินเดีย ประเทศเหล่านี้ล้วนมีกฎหมายบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดทั้งสิ้น เพียงแต่บางประเทศได้กำหนดให้เป็นความผิดภายใต้เงื่อนไขบางประการตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เช่น เป็นการกระทำชำเราใน

ขณะที่แยกกันอยู่ หรือถือเกณฑ์อายุมาเป็นเงื่อนไข จึงเห็นได้ว่าความยินยอมเป็นสาระสำคัญที่จะปฏิเสธการครอบงำประกอบของความผิด ในประเทศอังกฤษนั้นการข่มขืนกระทำชำเราโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำในขณะที่กระทำและผู้กระทำทราบว่าผู้ถูกระทำไม่ยินยอม หรือผู้กระทำเพิกเฉยไม่สนใจว่าผู้ถูกระทำนั้นจะยินยอมหรือไม่ หรือทำให้ผู้ถูกระทำคิดว่าตนเป็นสามีของผู้ถูกระทำย่อมมีความผิดตามกฎหมาย ในประเทศฝรั่งเศสในปี 2010 ได้ยกเลิกข้อสันนิษฐานในเรื่องความยินยอมการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสและมีบทลงโทษรุนแรงกว่าข่มขืนกระทำชำเราระหว่างบุคคลแปลกหน้า ในประเทศสหรัฐอเมริกามีความหลากหลายทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายและกฎหมายที่ใช้บังคับในแต่ละมลรัฐ แต่ถึงหนึ่งเหมือนกันทุกรัฐคือการร่วมประเวณีโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดอาญาทั้งสิ้น ในประเทศอินเดียโดยหลักการแล้วการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่เป็นความผิดเว้นเสียแต่ว่าภรรยาของผู้กระทำมีความผิดนั้นมีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี แต่อย่างไรก็ตามการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภรรยาในขณะที่คู่สมรสแยกกันอยู่หรือคำสั่งอื่น ๆ อาจเป็นความผิดอาญาได้

จากที่ศึกษากลุ่มประเทศตัวอย่างและความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276วรรคสี่ ทำให้เห็นว่า การข่มขืนกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของคู่สมรสเป็นความผิด ความยินยอมจึงเป็นองค์ประกอบสำคัญสำหรับความผิดฐานนี้ แต่เมื่อตัวบทมิได้บัญญัติไว้โดยตรงทำให้เกิดการตีความว่าอย่างไรจึงถือเป็นความยินยอม จึงเห็นควรให้บัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับคำจำกัดความนิยาม คำว่า ความยินยอม ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 โดยบัญญัติให้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรว่ากรณีใดบ้างที่จะถือว่าเป็นความยินยอมที่จะทำให้ขาดองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

## ปัญหาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 กรณีคู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา(ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มีเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ให้ความสำคัญคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่บทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 286 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ สมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อ

บุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ แต่ขณะเดียวกันแนวทางการคุ้มครองความสัมพันธ์ในครอบครัวนั้น ได้มีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ไว้อยู่แล้ว โดยมีเจตนารมณ์เพื่อเยียวยาแก้ไขผู้ถูกระทำรุนแรงและผู้ถูกระทำให้สามารถกลับมาดำเนินชีวิตเป็นปกติในครอบครัวได้ต่อไป คำถามที่เกิดขึ้นคือประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ กับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มีความสอดคล้องกันหรือไม่ อย่างไร

ประมวลกฎหมายอาญาในมาตรา 276 วรรคสี่ กับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวพ.ศ. 2550 เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกันแล้วสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

### 1. หลักการและเหตุผล

ประมวลกฎหมายอาญาในมาตรา 276 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 กฎหมายทั้งสองฉบับออกมาเพื่อคุ้มครองสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของสามีหรือภรรยา โดยหลักการและเหตุผลคือต้องการให้มีการพิทักษ์สิทธิมนุษยชนให้ได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน แต่มีเจตนารมณ์ในการบังคับใช้ที่ต่างกัน ด้วยเจตนารมณ์กฎหมายมุ่งลงโทษผู้กระทำความผิดมากกว่าที่จะแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด ซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวพ.ศ. 2550 ที่มีเจตนารมณ์สืบเนื่องมาจากปัญหาการแก้ไขการใช้ความรุนแรงในครอบครัวมีความละเอียดอ่อนซับซ้อนเกี่ยวพันกับบุคคลใกล้ชิด มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากการทำร้ายร่างกายระหว่างบุคคลโดยทั่วไป

### 2. อำนาจศาลและโทษ

การข่มขืนกระทำชำเรา<sup>1</sup>นั้น มาตรา 276 วรรคสอง ได้ให้นิยามคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ว่าหมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ดังนั้นการกระทำที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา จึงอยู่ในความหมายของ “ความรุนแรงในครอบครัว” ตามบทนิยาม มาตรา 3<sup>\*</sup> แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

ดังนั้นหากเกิดการข่มขืนกระทำชำเรา<sup>1</sup>ระหว่างสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่ ผู้ถูกระทำย่อมมีช่องทางในการดำเนินคดีแก่ผู้กระทำได้ 2 ช่องทางดังนี้

<sup>\*</sup> นิยาม มาตรา 3 "ความรุนแรงในครอบครัว" หมายความว่า การกระทำใด ๆ โดยมุ่งประสงค์ให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพ หรือกระทำโดยเจตนาในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลในครอบครัว หรือบังคับ หรือใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมให้บุคคลในครอบครัวต้องกระทำการ ไม่กระทำการ หรือยอมรับการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด โดยมีขอบ แต่ไม่รวมถึง การกระทำโดยประมาท

1. ร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนเพื่อให้ดำเนินคดีอาญา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่ มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท คดีจึงอยู่ในอำนาจศาลอาญาหรือศาลจังหวัด

2. แจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งก็คือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเพื่อดำเนินการตาม มาตรา 5\* มาตรา 6\*\* แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 เพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่เข้าไปสอบถามและขอรับการตรวจรักษา ขอรับคำแนะนำ ปรีกษาจากจิตแพทย์ คดีจึงอยู่ในอำนาจศาลเยาวชนและครอบครัวและตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง\*\*\* บัญญัติให้นำกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวงมาใช้บังคับ กับคดีความรุนแรงในครอบครัว ซึ่งต่างกับการดำเนินคดีอาญาตามมาตรา 276 วรรคสี่

เมื่อพิจารณามาตรา 8 วรรคสอง\*\*\*\* ถือว่าโทษตามมาตรา 4\*\*\*\*\* แห่งพระราชบัญญัติ คุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 เป็นโทษที่ต่ำกว่าโทษตามประมวล

\* มาตรา ๕ ผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว หรือผู้ที่พบเห็นหรือทราบการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว มีหน้าที่ แจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้

การแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง เมื่อได้กระทำโดยสุจริต ย่อมได้รับความคุ้มครองและไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง ทางอาญา และทางปกครอง

\*\* มาตรา ๖ การแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ๕ อาจกระทำโดยวาจา เป็นหนังสือ ทาง โทรศัพท์ วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือวิธีการอื่นใด

เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้พบเห็นการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว หรือได้รับแจ้งตามมาตรา ๕ แล้ว ให้พนักงาน เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจเข้าไปในเคหสถานหรือสถานที่ที่เกิดเหตุ เพื่อสอบถามผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัว ผู้ถูกระทำด้วยความ รุนแรงในครอบครัว หรือบุคคลอื่นที่อยู่ในสถานที่นั้น เกี่ยวกับการกระทำที่ได้รับแจ้ง รวมทั้งให้มีอำนาจจัดให้ผู้ถูกระทำด้วยความ รุนแรงในครอบครัวเข้ารับการรักษาจากแพทย์ และขอรับคำปรึกษาแนะนำจากจิตแพทย์ นักจิตวิทยา หรือนักสังคมสงเคราะห์ ในกรณีที่ผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวประสงค์จะดำเนินคดี ให้จัดให้ผู้นั้นร้องทุกข์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา แต่ถ้าผู้นั้นไม่อยู่ในวิสัยหรือมีโอกาสที่จะร้องทุกข์ได้ด้วยตนเอง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่เป็นผู้ร้องทุกข์แทนได้

หลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามวรรคสอง ให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

\*\*\* มาตรา 8 วรรคหนึ่ง เมื่อมีการร้องทุกข์ภายในอายุความตามมาตรา ๗ แล้ว ให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนโดยเร็ว และส่ง ตัวผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัว ส่วนการสอบสวน พร้อมทั้งความเห็น ไปยังพนักงานอัยการ เพื่อฟ้องคดีต่อศาลภายในสี่สิบแปดชั่วโมงนับแต่ได้ตัวผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัว แต่หากมีเหตุจำเป็นทำให้ไม่อาจยื่นฟ้องได้ทันภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ขอคัดฟ้องต่อศาลได้คราวละไม่เกินหกวัน แต่ทั้งนี้ ต้องไม่เกินสามคราว โดยให้นำกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลแขวงและวิธี พิจารณาความอาญาในศาลแขวงมาใช้บังคับโดยอนุโลม

\*\*\*\* มาตรา 8 วรรคสอง ในกรณีที่การกระทำความผิดตามมาตรา ๔ วรรคหนึ่ง เป็นความผิดธรรมดาเดียวกับความผิดตามกฎหมายอื่น ให้ดำเนินคดีความผิดตามมาตรา ๔ วรรคหนึ่ง ต่อศาลรวมไปกับการพิจารณาคดีตามกฎหมายอื่นนั้น เว้นแต่ความผิดตามกฎหมายอื่นนั้นมี อัตราโทษสูงกว่า ให้ดำเนินคดีต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาความผิดตามกฎหมายอื่นนั้น โดยให้นำบทบัญญัติทั้งหลายแห่ง พระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับโดยอนุโลม

\*\*\*\*\* มาตรา 4 ผู้ถูกระทำการอันเป็นความรุนแรงในครอบครัว ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัว ต้อง ระวังโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ให้ความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ไม่ลบล้างความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่น หากการ กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๕๕ ด้วย ให้ความผิดดังกล่าวเป็น ความผิดอันยอมความได้

กฎหมายอาญามาตรา 276 ดังนั้นพนักงานอัยการจึงไม่มีอำนาจส่งฟ้องศาลเยาวชนและครอบครัว ต้องส่งไปที่ศาลอาญา แต่อย่างไรก็ตามสามารถนำบทบัญญัติทั้งหลาย แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ไปใช้บังคับได้ โดยอนุโลม

### 3. บุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ คำว่า “คู่สมรส” หมายถึงสามีภรรยาที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายเท่านั้น \* ส่วนพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 จากบทนิยาม มาตรา 3 คำว่า “บุคคลในครอบครัว”\*\* รวมถึง คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส บุตรด้วย

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 คุ้มครองครอบคลุมไปถึงคู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส ซึ่งแตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญา

### 4. การจัดให้มีสหวิชาชีพ

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าต้องจัดให้มีจิตแพทย์ นักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ หรือบุคคลที่ผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวร้องขอ ซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มาตรา 8 วรรคสาม \*\*\* ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองถึงสภาพจิตใจของผู้ถูกระทำ

### 5. อายุความฟ้องคดี

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 นั้นมีบทบัญญัติมาตรา 281 บัญญัติให้การกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง เป็นความผิดอันยอมความได้ ทั้งนี้แม้จะมีใ้ระบุว่ามาตรา 276 วรรคสี่ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าตามมาตรา 276 วรรคสี่ ที่บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้น ยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะ

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น

\*\* นิยามมาตรา 3 “บุคคลในครอบครัว” หมายถึง คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคลใด ๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน

\*\*\* มาตรา 8 วรรคสาม ในการสอบปากคำผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พนักงานสอบสวนต้องจัดให้มีจิตแพทย์ นักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ หรือบุคคลที่ผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวร้องขอ ร่วมอยู่ด้วยในขณะสอบปากคำ เพื่อให้คำปรึกษา

อยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้” ย่อมเข้าใจได้ว่า การกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคสี่ ที่อ้างอิงฐานความผิดตามมาตราหนึ่งย่อมต้องยอมความได้เช่นเดียวกับการกระทำผิดตาม มาตรา 276 วรรคหนึ่งเช่นกัน ดังนั้นเมื่อเป็นความผิดอันยอมความได้จึงต้องร้องทุกข์ภายในสามเดือน นับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิดทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 มิฉะนั้นคดีจะขาดอายุความ ส่วนพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มาตรา 7\* กำหนดไว้ชัดเจนว่า ถ้ามิได้มีการแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือมิได้มีการร้องทุกข์ภายในสามเดือนนับแต่ผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวอยู่ในวิสัยและมีโอกาสที่จะแจ้งหรือร้องทุกข์ได้ ให้ถือว่าคดีเป็นอันขาดอายุความ เห็นได้ว่า แม้ว่าจะมีกำหนดอายุความดังกล่าวไว้แต่ก็ยังเปิดช่อง โอกาสโดยให้นับอายุความตั้งแต่เมื่อผู้ถูกกระทำอยู่ในวิสัยที่จะแจ้งความได้

จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับเป็นความผิดอันยอมความได้และแม้จะกำหนดอายุความร้องทุกข์ หรือดำเนินคดีภายในสามเดือนเช่นเดียวกัน แต่ความผ่อนปรนในการเปิดโอกาสให้ดำเนินคดีของผู้เสียหายนั้นมีส่วนที่ต่างกัน

#### 7. มาตรการบรรเทาทุกข์ เยียวยาฟื้นฟู บำบัดรักษา

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่ กำหนดว่า ในกรณีที่คู่กรณีประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ส่วนพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ได้กำหนดวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ไว้ตามมาตรา 9\*\*

\* มาตรา 7 ถ้ามิได้มีการแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ๕ หรือมิได้มีการร้องทุกข์ตามมาตรา ๖ ภายในสามเดือนนับแต่ผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวอยู่ในวิสัยและมีโอกาสที่จะแจ้งหรือร้องทุกข์ได้ ให้ถือว่า คดีเป็นอันขาดอายุความ แต่ไม่ตัดสิทธิผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวหรือผู้มีส่วนได้เสียจะร้องขอคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว

\*\* มาตรา 9 เมื่อมีการแจ้งตามมาตรา ๕ หรือมีการร้องทุกข์ตามมาตรา ๖ แล้ว ห้ามมิให้ผู้ใดลงพิมพ์ โฆษณา หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนด้วยวิธีใด ๆ ซึ่งภาพ เรื่องราว หรือข้อมูลใด ๆ อันน่าจะทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัวหรือผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวในคดีตามพระราชบัญญัตินี้

ผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 10\* และมาตรา 11\*\* รวมถึงวิธีการฟื้นฟูบำบัดรักษามาตรา 12\*\*\* และมาตรา 12 วรรคสี่ โดย  
มาตรการต่อผู้กระทำความผิดนี้ ก็สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา แต่ต่างกันตรงที่ประมวล  
กฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ไม่มีวิธีการบรรเทาทุกข์ เยียวยา ฟื้นฟู บำบัดรักษาแก่ผู้ถูกระทำ

\* **มาตรา 10** ในการดำเนินการตามมาตรา ๘ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีฐานะเทียบได้ไม่ต่ำกว่าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้น  
ผู้ใหญ่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และได้รับมอบหมายจากรัฐมนตรี มีอำนาจออกคำสั่งกำหนดมาตรการหรือ  
วิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่บุคคลผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวเป็นการชั่วคราว ไม่ว่าจะมีการร้องขอจากบุคคลดังกล่าว  
หรือไม่ โดยให้มีอำนาจออกคำสั่งใด ๆ ได้เท่าที่จำเป็นและสมควร ซึ่งรวมถึง การให้ผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัวเข้ารับการ  
ตรวจรักษาจากแพทย์ การให้ผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัวชดใช้เงินช่วยเหลือบรรเทาทุกข์เบื้องต้นตามสมควรแก่ฐานะ การ  
ออกคำสั่งห้ามผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัวเข้าไปในที่พำนักของครอบครัวหรือเข้าใกล้ตัวบุคคลใดในครอบครัว ตลอดจนการ  
กำหนดวิธีการดูแลบุตร

เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างตามวรรค  
หนึ่งแล้ว ให้เสนอมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ต่อศาลภายในสี่สิบแปดชั่วโมงนับแต่วันออกคำสั่งกำหนดมาตรการหรือ  
วิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ หากศาลเห็นชอบกับคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ดังกล่าว ให้คำสั่งกำหนดมาตรการ  
หรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์มีผลต่อไป

ในกรณีที่ศาลไม่เห็นชอบด้วยกับคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือมี  
ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป ให้ศาลทำการไต่สวนและมีคำสั่งโดยพลัน หากข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์เพียงพอแก่การ  
วินิจฉัยออกคำสั่ง ศาลอาจแก้ไขเพิ่มเติม เปลี่ยนแปลง หรือเพิกถอนคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ หรือออก  
คำสั่งใด ๆ รวมทั้งกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมก็ได้

ผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่หรือศาลตามมาตรา นี้ สามารถยื่นอุทธรณ์คำสั่งเป็นหนังสือขอให้ศาล  
ทบทวนคำสั่งได้ภายในสามสิบวันนับแต่ทราบคำสั่ง ให้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลเป็นที่สุด

ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่หรือศาล ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสาม  
พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

\*\* **มาตรา 11** ในระหว่างการสอบสวนหรือการพิจารณาคดี ให้ศาลมีอำนาจออกคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์  
ตามมาตรา 10 หรือออกคำสั่งใด ๆ ได้ตามที่เห็นสมควร

ในกรณีที่เหตุการณหรือพฤติการณ์เกี่ยวกับผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัว หรือผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว  
เปลี่ยนแปลงไป ศาลมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติม เปลี่ยนแปลง หรือเพิกถอนคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ หรือคำสั่ง  
ใด ๆ รวมทั้งกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมก็ได้

ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

\*\*\* **มาตรา 12** ในกรณีที่ศาลพิพากษาว่า ผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัวมีความผิดตามมาตรา 4 ศาลมีอำนาจกำหนดให้ใช้วิธีการ  
ฟื้นฟู บำบัดรักษา ความประพฤติผู้กระทำความผิด ให้ผู้กระทำความผิดชดใช้เงินช่วยเหลือบรรเทาทุกข์ ทำงานบริการสาธารณะ  
ละเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้เกิดการใช้ความรุนแรงในครอบครัว หรือทำทัณฑ์บนไว้ ตามวิธีการและระยะเวลาที่ศาลกำหนด  
แทนการลงโทษผู้กระทำความผิดก็ได้

ในกรณีที่มีการขอมความ การถอนคำร้องทุกข์ หรือการถอนฟ้องในความคิดตามมาตรา 4 ให้พนักงานสอบสวน หรือศาล  
แล้วแต่กรณี จัดให้มีการทำบันทึกข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการขอมความ การถอนคำร้องทุกข์ หรือการถอนฟ้องนั้น และกำหนดให้นำ  
วิธีการตามวรรคหนึ่งเป็นเงื่อนไขในการปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลงดังกล่าวโดยอนุโลม โดยอาจรับฟังความคิดเห็นของผู้เสียหายหรือ  
บุคคลในครอบครัวประกอบด้วยก็ได้ หากได้ปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลงและเงื่อนไขดังกล่าวครบถ้วนแล้วจึงให้มีการขอมความ การ  
ถอนคำร้องทุกข์ หรือการถอนฟ้องในความคิดตามมาตรา 4 ได้ หากผู้ต้องหาหรือจำเลยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว ให้  
พนักงานสอบสวนหรือศาลมีอำนาจกักขังขึ้นดำเนินการต่อไป



## 8. การขอมความ

กฎหมายทั้งสองฉบับล้วนความผิดอันขอมความได้ดังที่อธิบายไว้แล้ว แต่การดำเนินกระบวนการพิจารณาแตกต่างกันตรงที่ ตามประมวลกฎหมายอาญานั้นไม่มีกฎหมายให้ศาลพยายามเปรียบเทียบให้คู่ความได้ขอมความกันดังเช่นมาตรา 15\* มาตรา 16\*\* แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ที่มีกฎหมายให้ศาลพยายามเปรียบเทียบให้คู่ความได้ขอมความกันทั้งนี้มุ่งถึงความสงบสุขและการอยู่ร่วมกันในครอบครัวเป็นสำคัญและในความเป็นจริงผู้กระทำความรุนแรงส่วนใหญ่มักเป็นเสาหลักในการหาเลี้ยงครอบครัว การดำเนินคดีกับผู้กระทำความรุนแรงจึงเป็นสิ่งที่ทำให้ครอบครัวเดือดร้อน

สรุปแม้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับจะออกมาเพื่อคุ้มครองสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของสามีหรือภรรยา โดยหลักการและเหตุผลคือต้องการให้มีการพิทักษ์สิทธิมนุษยชนให้ได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันก็ตาม แต่เจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายอาญาในมาตรา 276 วรรคสี่ กับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวพ.ศ. 2550 แตกต่างกัน โดยสิ้นเชิง

หลักเกณฑ์และวิธีดำเนินการตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามระเบียบที่อธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา หรือรัฐมนตรีประกาศกำหนด แล้วแต่กรณี

\* มาตรา 15 ไม่ว่าการพิจารณาการกระทำความรุนแรงในครอบครัวจะได้ดำเนินไปแล้วเพียงใด ให้ศาลพยายามเปรียบเทียบให้คู่ความได้ขอมความกัน โดยมุ่งถึงความสงบสุขและการอยู่ร่วมกันในครอบครัวเป็นสำคัญ ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงหลักการดังต่อไปนี้ประกอบด้วย

- (1) การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว
- (2) การสงวนและคุ้มครองสถานภาพของการสมรสในฐานะที่เป็นศูนย์รวมของชายและหญิงที่สมัครใจเข้ามาอยู่กินฉันสามีภรรยา หากไม่อาจรักษาสถานภาพของการสมรสได้ ก็ให้การหย่าเป็นไปด้วยความเป็นธรรมและเสียหายน้อยที่สุด โดยคำนึงถึงสวัสดิภาพและอนาคตของบุตรเป็นสำคัญ
- (3) การคุ้มครองและช่วยเหลือครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขณะที่ครอบครัวนั้นต้องรับผิดชอบในการดูแลให้การศึกษาแก่สมาชิกที่เป็นผู้เยาว์
- (4) มาตรการต่าง ๆ เพื่อช่วยเหลือสามีภรรยาและบุคคลในครอบครัวให้ปรองดองกันและปรับปรุงความสัมพันธ์ระหว่างกันเองและกับบุตร

\*\* มาตรา 16 เพื่อประโยชน์ในการขอมความในคดีการกระทำความรุนแรงในครอบครัว พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือศาล แล้วแต่กรณี อาจตั้งผู้ประนีประนอม ประกอบด้วย บุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งเป็นบิดา มารดา ผู้ปกครอง ญาติของคู่ความ หรือบุคคลที่พนักงานเจ้าหน้าที่หรือศาลเห็นสมควร เพื่อให้คำปรึกษาหรือช่วยเหลือในการไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ขอมความกัน หรืออาจมอบหมายให้นักสังคมสงเคราะห์ หน่วยงานสังคมสงเคราะห์ หรือบุคคลใดช่วยเหลือไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ขอมความกันก็ได้

เมื่อผู้ประนีประนอมหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายตามวรรคหนึ่งได้ดำเนินการไกล่เกลี่ยตามคำสั่งพนักงานเจ้าหน้าที่หรือศาลแล้ว ให้รายงานผลการไกล่เกลี่ยต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือศาลแล้วแต่กรณีด้วย ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยเป็นผลสำเร็จ บุคคลดังกล่าวจะจัดให้มีการทำสัญญาขอมความขึ้น หรือจะขอให้เรียกคู่ความมาทำสัญญาขอมความกันต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่หรือศาลก็ได้

เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือศาลเห็นว่า สัญญาขอมความไม่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือศาลดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญาขอมความนั้น

ดังนั้นหากเกิดการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา ผู้ถูกระทำจะต้องเลือกว่าจะดำเนินการตามประมวลกฎหมายอาญาโดยดำเนินคดีกับผู้กระทำตลอดจนหย่าขาดจากกันตามมาตรา 276 วรรคสี่ หรือยังต้องการดำรงคงไว้ซึ่งสถานะภาพการสมรสตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของเหยื่อหรือผู้ถูกระทำ

จากที่ได้อธิบายไว้ว่าการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มีวัตถุประสงค์เพื่อยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่สามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายของตน ซึ่งเดิมการข่มขืนที่สามีกระทำต่อภรรยาไม่มีความผิด โดยมุ่งให้เกิดความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันและเพื่อเป็นการคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่ถูกกระทำให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย และเพื่อแก้ไขปัญหาการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศและขจัดความรุนแรงที่กระทำต่อผู้หญิง ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นพ้องด้วยกับการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวเพราะเป็นการคุ้มครองความเสมอภาคทางเพศโดยตั้งอยู่บนรากฐานที่สามีภรณามีความเท่าเทียมกันและสอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบัน โดยวัตถุประสงค์ของทะเบียนสมรสก็เพื่อยังให้เกิดสิทธิหน้าที่และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่านั้น จึงกล่าวได้ว่าทะเบียนสมรสไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่คู่สมรสจะข่มขืนกระทำชำเราอีกฝ่ายหนึ่งได้ โดยคู่สมรสฝ่ายที่ถูกกระทำมีอำนาจอิสระที่จะไม่ยินยอมให้ร่วมประเวณีได้ และคู่สมรสฝ่ายผู้กระทำไม่มีสิทธิใช้อำนาจหรือใช้กำลังในการใช้สิทธิร่วมประเวณีได้ ดังนั้นเมื่อคู่สมรสไม่ยินยอมให้ร่วมประเวณีถือเป็นเหตุฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น หากสามีหรือภรรยาข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสอีกฝ่ายย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ การกำหนดโทษทางอาญาเป็นการยืนยันรับรองสิทธิผู้ที่จดทะเบียนสมรสในเนื้อตัวร่างกายและสิทธิทางเพศ นอกจากนี้ยังเห็นว่าการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มิได้ทำให้สถาบันครอบครัวต้องล่มสลายแต่อย่างใด เพราะเห็นว่าการที่สามีภรรยาจะดำเนินการฟ้องร้องคดีต่อกันได้ ต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจปรองดองหรืออยู่ร่วมกันอีกต่อไปได้แล้วจึงเลือกใช้วิธีการดำเนินคดีต่อกัน จึงกล่าวได้ว่าสถาบันครอบครัวนั้นได้แตกแยกมาก่อนแล้วจนไม่อาจประนีประนอมต่อกันได้ การดำเนินคดีต่อกันจึงเป็นทางออกสุดท้ายโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการแสดงออกถึงความชัดเจนของสถานะและความสัมพันธ์ระหว่างคู่สามีภรรยาว่าไม่อาจประนีประนอมหรืออยู่ร่วมกันอีกต่อไปได้

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ให้ความคุ้มครองรวมถึงผู้ที่อยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสหรือสามีภรรยาโดยพฤตินัย แต่ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ คำว่า “คู่สมรส” หมายถึง สามีภรรยาที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายเท่านั้นหรือสามีภรรยาโดยนิตินัย ซึ่งผู้วิจัยเห็น

ว่ามาตรา 276วรรคสี่ ควรให้ความคุ้มครองรวมไปถึงผู้ที่อยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสหรือสามีภรรยาโดยพฤตินัยด้วย เพราะมาตรา 276 วรรคสี่ เป็นกลไกของกฎหมายเพื่อรักษาสถาบันครอบครัวและมีลักษณะเฉพาะของการข่มขืนระหว่างสามีภรรยาให้แตกต่างจากการข่มขืนจากคนแปลกหน้า จึงควรปรับใช้ในกรณีนี้ด้วย นอกจากนี้ วัตถุประสงค์และคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหว่างสามีภรรยาตามมาตรา 276วรรคสี่นั้น มุ่งคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างชายหญิงและเสรีภาพทางเพศ แม้ว่าจะสมรสแล้วก็ตามก็มีสิทธิในการตัดสินใจมีเพศสัมพันธ์กับผู้ที่เป็สามีหรือประวิเศษ โดยไม่ถูกผูกพันด้วยพันธสัญญาสมรสหรือหน้าที่ของคำว่าการรยาหรือสามี ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าเมื่อกฎหมายมีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองความเสมอภาคและเสรีภาพทางเพศก็ควรรวม ไปถึงคู่สมรสที่มีได้จดทะเบียนแต่อยู่กินฉันสามีภรรยาด้วย เพราะในสังคมปัจจุบันไม่อาจปฏิเสธได้ว่ามีการอยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยไม่มีการจดทะเบียนสมรสเป็นจำนวนมาก ซึ่งในกรณีดังกล่าวในทางสังคมถือว่าเป็นสถาบันครอบครัวเช่นเดียวกัน (ดังที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 2) มิฉะนั้นแล้วจะกลับกลายเป็นว่าผู้ที่จดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายกลับมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276วรรคสี่ แต่ผู้ที่อยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสหรือสามีภรรยาโดยพฤตินัยกลับมีความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง ทั้งที่ในความเป็นจริงทั้งสองกรณีแทบไม่มีความแตกต่างกันเพราะทั้งสองกรณีมีการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา มีลูกหลานสืบเผ่าพันธุ์อันมีลักษณะเป็นครอบครัว

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่าประเทศฝรั่งเศสได้ให้ความสำคัญกับคู่สมรสที่อยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส โดยในปัจจุบันความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสของกฎหมายฝรั่งเศส นอกจากจะบังคับใช้กับคู่สมรสตามกฎหมายแล้ว ยังรวมถึงคู่ที่อยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสและคู่ตามสัญญาทางแพ่งในการดูแลซึ่งกันและกันด้วย ซึ่งเป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมาตรา 222-24 โดยกำหนดให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นกว่ากรณีทั่วไป โดยระวางโทษจำคุกไม่เกิน 20 ปี ดังนี้เห็นว่ากฎหมายควรมีวิวัฒนาการเข้าใจถึงสภาพสังคมและให้ความสำคัญกับความ เป็นอยู่ตามความเป็นจริงของสังคมสมัยใหม่

ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรให้บัญญัติเพิ่มเติมโดยกำหนดขอบเขตของคำว่า “คู่สมรส” ตามมาตรา 276 วรรคสี่ ให้กว้างมากขึ้น โดยให้ความคุ้มครองรวมไปถึงผู้ที่อยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสหรือสามีภรรยาโดยพฤตินัยด้วย ในลักษณะเดียวกันกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 แต่เฉพาะผู้ที่ยังอยู่กินด้วยกันเท่านั้น ไม่รวมถึงคู่สมรสเดิมหรือเคยอยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส

## ปัญหาการตีความกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ในกรณีที่คู่สมรสเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี

จากการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่ และมาตรา 277 วรรคหนึ่ง ทำให้เกิดการประเด็นการถกเถียงกันว่าจะเป็นการส่งเสริมให้มีภรรยาเด็กไว้ข่มขืนหรือไม่ เพราะดูตามตัวบทกฎหมายแล้วนั้นย่อมเข้าใจได้ว่าหากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราภรรยาเด็กที่อายุเกินสิบห้าปีย่อมเป็นความผิด แต่หากข่มขืนกระทำชำเราภรรยาเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด จากกรณีดังกล่าวได้มีความเห็นของนักวิชาการด้านกฎหมายออกเป็น 2 ฝ่าย โดยฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่ายังคงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา 276 วรรคสี่ แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่ 19 และ 20 พ.ศ. 2550 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ทำให้มีผลเป็นการคุ้มครองบุคคลทุกเพศไม่ว่าชายหรือหญิงจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ นอกจากนี้ยังได้บัญญัติเพิ่มเติมให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาเป็นความผิด ตามมาตรา 276 วรรคสี่อีกด้วย จากมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่ ส่งผลให้การข่มขืนสามีหรือภรรยาเป็นการกระทำความผิดเท่ากับการข่มขืนผู้อื่น

ในส่วนของมาตรา 277 นั้นก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเช่นเดียวกัน ดังนี้

มาตรา 277 (เดิม) บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภรรยาตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม...”

มาตรา 277 (แก้ไขใหม่) บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภรรยาหรือสามีตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม...”

คำว่า “ซึ่งมีใช้ภรรยาหรือสามีของตน” ตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่ย่อมแสดงให้เห็นว่าหากกระทำชำเราภรรยาหรือสามีของตนย่อมไม่มีความผิดตามมาตรานี้ เพราะคำว่า “ซึ่งมีใช้ภรรยาหรือสามีของตน” เป็นองค์ประกอบในทางปฏิเสธ ดังนั้นหากเป็นภรรยาหรือสามีของตนแล้วย่อมกระทำไม่ได้

จากการแก้ไขกฎหมายในมาตรา 277 จะเห็นว่ายังคงยกเว้นความรับผิดชอบให้สามีซึ่งไม่ต่างไปจากเดิมก่อนที่จะมีการแก้ไขกฎหมาย เพียงแต่เพิ่มข้อยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่ภรรยาด้วย แต่ในขณะที่มาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่มีการเปลี่ยนแปลงจากเดิมไปอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบของสามี ทำให้สามีหรือภรรยาข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดตามมาตรา 276 วรรคสี่ จากกรณีดังกล่าวจึงเป็นที่น่าแปลกใจว่าเพราะเหตุใดการแก้ไขมาตรา 277 ว่าด้วยการกระทำชำเราเด็ก จึงไม่ได้รับการแก้ไขให้สอดคล้องกับมาตรา 276 วรรคสี่ จึงอาจกล่าวได้ว่ากรณีกระทำ

ชำเรารรษาที่เป็นเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปีไม่มีความผิด แต่ข่มขืนกระทำชำเรารรษาที่เป็นผู้ใหญ่ กลับมีความผิด

ในประเด็นนี้ได้มีความเห็นจากนักวิชาการออกเป็นสองฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายที่ 1 เห็นว่า หากกระทำชำเรารรษาหรือสามีของตนที่เป็นเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 277 แต่หากกรรษาหรือสามี “ไม่ยินยอม” ก็เป็นการ “ข่มขืน” ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 276 วรรคสี่ ได้เพราะถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเรารรษาผู้อื่นเช่นกัน ส่วนฝ่ายที่ 2 เห็นว่าหากกระทำชำเรารรษา หรือสามีของตนที่เป็นเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 277 เช่นกัน และจะไม่ กลับไปผิดตามมาตรา 276 อีก เพราะคนละมาตรากัน จะเห็นว่ากรรมเดียวผิดกฎหมายหลาย บทลงโทษตามมาตรา 276 ก็ไม่ได้เพราะมาตรา 277 ให้อำนาจสามีกระทำกับกรรษาเด็กของตนได้ อยู่แล้วมาตราอื่นก็จะเอาผิดอีกไม่ได้

ผู้วิจัยเห็นว่าหากพิเคราะห์ตามตัวบทมาตรา 277 จะตีความได้ว่ากรกระทำชำเรารรษา หรือสามีของตนที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี แม้เด็กซึ่งเป็นสามีหรือกรรษาจะไม่ยินยอมก็ตาม ก็ สามารถกระทำได้ โดยไม่เป็นความผิดตามมาตรา 277 จนกว่าสามีหรือกรรษาเด็กนั้นจะมีอายุเกิน สิบห้าปี จึงจะอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 276 วรรคสี่ ที่จะทำให้การข่มขืนสามีหรือกรรชามีความผิด และไม่อาจกลับไปใช้มาตรา 276 วรรคสี่ได้ เนื่องจากเห็นว่า การกระทำเช่นนั้นจะเป็นการขัดต่อ หลักกฎหมายอาญา เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญานั้นมีหลักมาจากหลัก “Nullum crimen, nulla poena sine lege” หรือ “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” ด้วยหลักการนี้ส่งผลให้กฎหมาย อาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนปราศจากความคลุมเครือ ซึ่งจะมีผลต่อการตีความกฎหมายเป็น อย่างมาก กล่าวคือกฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด ห้ามตีความกฎหมายเกินตัวบท และ ไม่สามารถนำกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) มาปรับใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำได้ และ นอกจากนั้นมาตรา 277 เป็นบทเฉพาะที่ใช้กับเด็ก ไม่ใช่บททั่วไปที่ใช้กับบุคคลทั่วไปเพราะมีโทษ หนักกว่า จึงไม่สามารถนำมาตรา 276 มาปรับใช้แก่กรณีนี้ได้ ซึ่งผู้วิจัยไม่เห็นด้วยเนื่องจากการ ข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีกรรษาที่อายุกว่า 15 ปีเป็นความผิดตามมาตรา 276 วรรคสี่ ฉะนั้น แล้วการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีกรรษาที่เป็นเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีย่อมต้องเป็นความผิดด้วย เช่นกันและควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ

ในประเทศอินเดียประมวลกฎหมายอาญามาตรา 375 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า การ ข่มขืนกระทำชำเรได้ที่ได้กระทำต่อกรรษาของคนที่อายุไม่ต่ำกว่าสิบห้าปีไม่มีความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเรแต่อย่างใด ดังนั้นหากเป็นการกระทำชำเรโดยฝ่าฝืนความยินยอมของกรรษา ของตนเองแล้ว สามีจึงไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรได้ เว้นเสียแต่ว่ากรรษาของผู้กระทำ ความผิดนั้นมีอายุต่ำกว่า 15 ปี ผู้กระทำจึงจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเร ย่อมแสดงให้เห็นว่า

กฎหมายคุ้มครองภรรยาที่เป็นเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี เห็นได้ว่าแม้ในประเทศที่สถานภาพของหญิง ถูกกดขี่ในทางเพศ มีการเลือกปฏิบัติและความไม่เท่าเทียมกันในทางเพศ รัฐยังให้ความสำคัญและ ตระหนักถึงคู่สมรสที่เป็นเด็ก ดังนั้นประเทศไทยจึงควรตระหนักและให้ความสำคัญแก่คู่สมรสที่ เป็นเด็กเช่นเดียวกัน

ผู้วิจัยจึงเห็นว่าเพื่อให้สอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันและเป็นการคุ้มครองทางเพศแก่ เด็ก ควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 277 โดยยังคงถ้อยคำตามมาตรา 277 วรรคหนึ่งไว้เช่นเดิม แต่เพิ่มเติม มาตรา 277 วรรคหก โดยให้บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการ กระทำต่อคู่สมรสที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นไม่ยินยอม ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษ ตามวรรคหนึ่งด้วย และในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ ดำเนินการฟ้องหย่าให้” ในลักษณะเดียวกับมาตรา 276 วรรคสี่ แต่ไม่ควรกำหนดให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจลงโทษน้อยกว่าที่กำหนดไว้ได้ ทั้งนี้เพื่อความเป็นธรรมและเป็นการคุ้มครองแก่คู่สมรส ที่เป็นเด็ก และเพื่อเพื่อให้เกิดความชัดเจนป้องกันปัญหาการตีความ ดังนั้นเมื่อเป็นการคุ้มครองคู่ สมรสที่เป็นเด็กจึงเห็นควรให้มีอัตราโทษขั้นต่ำที่ศาลจะพิพากษาลงโทษแก่ผู้กระทำ แม้ว่าคู่สมรส จะยังประสงค์อยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ก็ตาม ซึ่งจะแตกต่างจากคู่สมรสที่เป็นผู้ใหญ่ที่ยัง ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ซึ่งศาลจะใช้ดุลพินิจลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ เพียงใดก็ได้

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### บทสรุป

การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา (Marital rape or wife rape) เป็นปัญหามาตั้งแต่ในอดีตซึ่งแต่เดิมไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาเป็นความผิด เพราะในสังคมไทยมองบทบาททางเพศของผู้ชายว่าอยู่ในฐานะ “ข้างเท้าน้ำ” และมองบทบาททางเพศของผู้หญิงว่าอยู่ในฐานะ “ข้างเท้าหลัง” ทำให้บทบาทของผู้ชายเป็นผู้นำและบทบาทของผู้หญิงเป็นผู้ตาม เป็นเหตุให้ชายมีสถานภาพเหนือกว่าเพศหญิงซึ่งนำไปสู่ความไม่เสมอภาคทางเพศ โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 มักเป็นประเด็นหนึ่งที่ถูกหยิบยกขึ้นมากลางอ่างถึงสถานะและสิทธิของหญิง ถือเป็นภาพสะท้อนของสถานะที่ตกเป็นรองของหญิงในระบบกฎหมายไทย โดยวัฒนธรรมการข่มขืน (Rape culture) มากจากอคติทางเพศ ที่เกิดจากระบบปิตาธิปไตย (Patriarchy) หรือสังคมชายเป็นใหญ่ ที่ฝังรากลึกอยู่ในสังคมไทย ที่มองว่าผู้หญิงด้อยกว่าผู้ชาย ทำให้ไม่เกิดความเท่าเทียมทางเพศขึ้น ทำให้ผู้หญิงตกจึงเป็นผู้ถูกระทำเสมอมา การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา (Marital rape) เป็นรูปแบบหนึ่งของอาชญากรรมทางเพศที่ร้ายแรง อีกทั้งยังเป็นการล่วงละเมิดเสรีภาพทางเพศและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อีกด้วย เพราะบุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพและสิทธิเหนือร่างกายของตนเอง การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา ทำให้เกิดผลกระทบที่รุนแรงทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ ทั้งยังต้องดำเนินชีวิตอยู่กับผู้กระทำ ทำให้ผลกระทบที่เกิดขึ้นรุนแรงกว่าการข่มขืนจากบุคคลแปลกหน้า แต่เมื่อวัฒนธรรมตะวันตกเข้ามาเผยแพร่ค่านิยมหลายอย่างก็ได้มีการปรับปรุงให้สอดคล้องกับความเป็นสากลมากขึ้น ซึ่งเรื่องความเสมอภาคทางเพศก็เป็นอีกเรื่องหนึ่งที่มีการเรียกร้องให้มีการแก้ไข ต่อมาเมื่อสังคมไทยเริ่มพัฒนาเข้าสู่ความเป็นสากลมากขึ้น แนวความคิดสิทธิมนุษยชน และความเสมอภาคเข้ามามีบทบาทในสังคมไทยมากขึ้น เกิดแนวคิดแบบสตรีนิยม (Feminism) ซึ่งเข้ามามีบทบาทและอิทธิพลต่อสังคมไทย ทำให้เกิดการเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพของสตรีให้เท่าเทียมกับผู้ชาย โดยองค์กรสิทธิสตรีได้มีการเรียกร้องและผลักดันให้เกิดความเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติทางกฎหมาย จึงนำมาซึ่งการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ทำให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสเป็นความฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง และเพื่อแก้ไขปัญหาการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศและขจัดความรุนแรงที่กระทำต่อผู้หญิง

สาระสำคัญที่แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 276 ประกอบด้วยสาระสำคัญสามประการสำคัญคือ

ประการแรก ไม่ว่าจะเป็นคนเพศใดก็เป็นผู้กระทำและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนได้ จากที่กฎหมายเดิมจำกัดเพียงผู้กระทำเป็นชายและผู้ถูกกระทำเป็นหญิงเพียงกรณีเดียว เป็นการขจัดอคติในเรื่องเพศ (มาตรา 276 วรรคหนึ่ง)

ประการที่สอง มีการนิยามคำว่ากระทำชำเราให้เป็นลายลักษณ์อักษร (มาตรา 276 วรรคสอง) “กระทำชำเรา” จากเดิมนั้น การข่มขืนหมายความว่าการใช้อวัยวะเพศชายกระทำกับอวัยวะเพศหญิง แม้อวัยวะเข้าไปในช่องคลอดเพียงองคูลีเดียวจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ก็ตาม ก็เป็นความผิดสำเร็จ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518) ดังนั้นการกระทำชำเราตามกฎหมายจะต้องปรากฏว่าของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องส้วก หรืออวัยวะสืบพันธุ์หญิง การที่จำเลยเข้าใจผู้เสียหายโดยใช้ของลับของจำเลยใส่เข้าไปในทวารหนักของผู้เสียหายจึงไม่เป็นการกระทำชำเรา คงมีความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น แต่กฎหมายใหม่ได้นิยามความหมายของลักษณะการข่มขืนกระทำชำเราเพิ่มขึ้นอีกจากเดิมที่ได้มีการบัญญัติไว้ คือ การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก ช่องปาก หรือ ใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับ อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น การกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ มีความหมายที่กว้างกว่ากฎหมายเดิมที่ชายกระทำต่อหญิง แต่กฎหมายใหม่ให้รวมการกระทำที่หญิงกระทำต่อชาย หรือชายกระทำต่อชายด้วย ทั้งนี้หมายความว่ารวมตลอดถึงเพศที่ 3 อีกด้วย ส่วนการใช้สิ่งอื่นใด อาจหมายความรวมถึงอวัยวะเพศเทียมหรือนิ้วมือกระทำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ทั้งนี้การกระทำดังกล่าวทั้งหมดต้องเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ และการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำจะต้องปรากฏว่าได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปาก หรือการใช้สิ่งอื่นใดจะต้องปรากฏว่าได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก เช่นกัน ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5448/2557

ประการสุดท้ายกำหนดให้กรณีสามีข่มขืนภรรยาของตัวเอง ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนตาม(มาตรา276วรรคสี่) ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 302/2559 “แม้ใจทักและจำเลยเป็นสามีภรรยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1461 วรรคหนึ่ง ซึ่งจะต้องมีการร่วมประเวณีกันบ้าง แต่การร่วมประเวณีต้องเกิดจากความยินยอมของทั้งสองฝ่าย หากอีกฝ่ายไม่ยินยอมก็ไม่อาจบังคับได้ หากเข้าใจถือเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276...” คำว่า คู่สมรส หมายถึงสามีภรรยาที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย เป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ในกรณีที่เพียงแต่อยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสหรือเป็นภรรยาเนื้ออกกรณีไม่ต้องด้วย มาตรา 276วรรคสี่ แต่อย่างไรก็ตามถือเป็นความผิดตาม มาตรา 276 วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นกัน แต่ต่างกันตรงอัตราโทษในกรณีมาตรา 276 วรรคหนึ่งต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท แต่หากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาตามมาตรา 276 วรรคสี่ ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติก่อนการลงโทษก็ได้



ตารางที่ 1 เปรียบเทียบ: สาระสำคัญของบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ก่อนและ  
หลังการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 (เดิม)	ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 (แก้ไขใหม่)
<p>1. ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่มีใช้ภรรยาของตน -เป็นความผิดเฉพาะชายข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นซึ่ง มิใช่ภรรยาตน</p> <p>2. ไม่มีบทบัญญัติในกรณีที่มีสามีที่ข่มขืนกระทำชำเรา ภรรยาของตนให้เป็นการกระทำความผิด</p> <p>3. การกระทำชำเราหญิง ได้แก่ การเอาของลับ ของชายผ่านเข้าไปในช่องสังวาสของหญิง -มาตรา 276 เดิมที่บัญญัติใช้มาตั้งแต่ปี 2499 ไม่มีนิยาม ของคำว่าข่มขืนกระทำชำเราแต่มีคำพิพากษาศาลฎีกา วางหลักว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะเป็น ความผิดสำเร็จก็ต่อเมื่อของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปใน ของลับของหญิง 1 องคุลี*</p>	<p>1. ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น -ผู้กระทำจะเป็นชาย หญิง เด็กชาย เด็กหญิงก็ได้</p> <p>2. กำหนดให้สามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาของตนเป็น การกระทำความผิด</p> <p>3. การกระทำชำเรา หมายความว่า การกระทำเพื่อสนอง ความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก ของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนัก ของผู้อื่น -การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หาก เป็นไปเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ จะรวมทั้ง อวัยวะ เพศชายสอดใส่ในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนักหรือช่องปาก ของชายหรือหญิง หรือการใช้สิ่งอื่นใด ซึ่งอาจเป็น อวัยวะ ส่วนอื่น เช่น นิ้ว ลิ้น มือ หรืออาจเป็นสิ่งของ เช่น อวัยวะ เพศเทียม ไม้ ขวด หรือสิ่งอื่นใด สอดใส่ในอวัยวะเพศหญิง หรือทวารหนัก ซึ่งน่าจะเป็นการแก้ไขกฎหมายให้พัฒนา ทันกับสภาพสังคม ได้ดีขึ้น**</p>

\* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509 จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหายจนของลับของจำเลยได้เข้าไปในของลับผู้เสียหายราว 1 องคุลี  
เช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 แล้ว การที่ทางพิจารณาไม่ปรากฏว่า  
มีน้ำอสุจิของจำเลยออกมาอยู่ที่ของลับของผู้เสียหายหรือที่ของลับของจำเลยนั้นเป็นเรื่องสำเร็จความใคร่แล้วหรือไม่ เป็นอีกส่วน  
หนึ่ง ไม่เป็นเหตุให้เห็นว่า จำเลยกระทำชำเราไม่สำเร็จ หรือเป็นเพียงชั้นพยายาม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518 การกระทำชำเราตามกฎหมายจะต้องปรากฏว่าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปใน  
ช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง การที่จำเลยขืนใจเด็กหญิงผู้เสียหายโดยใส่ของลับของจำเลยใส่เข้าไปในทางทวารหนักของ  
ผู้เสียหายจึงไม่เป็นการกระทำชำเราคงมีความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

\*\* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555 จำเลยใช้ลิ้นเลียอวัยวะเพศของโจทก์ร่วม ใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์  
ร่วม โจทก์ร่วมมีอาการเจ็บ มีอาการอักเสบเป็นรอยแดงบริเวณแคมทั้งสองข้างรอบปากช่องคลอด ถือให้เห็นว่า จำเลยประสงค์จะใช้  
อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม มิใช่เพียงการใช้อวัยวะเพศของจำเลยดูเฉพาะภายนอกอวัยวะเพศของโจทก์  
ร่วมโดยไม่ประสงค์จะสอดใส่ การกระทำของจำเลยจึงบ่งชี้ถึงเจตนาของจำเลยที่จะข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ร่วม หากมีเจตนาเพียง  
แต่กระทำอนาจารไม่ ประมวลกฎหมาย มาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม  
(ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่อ  
อวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกกระทำด้วย เท่ากับ

## จากปัญหาทางวิจัย สามารถสรุปได้ดังนี้

เป็นการเพิ่มอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่ เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำนอกจากจะกระทำซ้ำเราโดยใช้อวัยวะของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด เช่น การใช้อวัยวะเพศเทียมกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำด้วย เป็นกรณีที่ขยายความหมายของคำว่ากระทำซ้ำเรา ในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำซ้ำเราสำเร็จนั้นก็คงยังคงมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำซ้ำเราสำเร็จได้ต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำ หรือล้วงล้าเข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกกระทำ หรือล้วงล้าเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกกระทำ หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะเพศเทียม สิ่งของอย่างนั้นก็จะต้องมีการล้วงล้าเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำเช่นกัน จำเลยมีเจตนากระทำซ้ำเราโจทก์ร่วม จำเลยใช้อวัยวะเพศของจำเลยดูอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมแต่อวัยวะเพศของจำเลยไม่อาจล้วงล้าเข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมได้ เพราะอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมมีขนาดเล็ก ส่วนการใช้ลึงเลียอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมก็ไม่ปรากฏว่าลึงได้ล้วงล้าเข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ร่วม การกระทำของจำเลยถือได้ว่าจำเลยลงมือกระทำซ้ำเราแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามกระทำซ้ำเราโจทก์ร่วม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6816/2554 ความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคหนึ่ง (เดิม) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในขณะจำเลยกระทำความผิด และต้องใช้บังคับแก่คดี เนื่องจากกฎหมายที่แก้ไขในภายหลังไม่เป็นคุณแก่จำเลยนั้น มิได้ให้คำนิยามของการกระทำซ้ำเราไว้ แต่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง ที่แก้ไขในภายหลัง ให้คำนิยามของการกระทำซ้ำเราไว้ว่า หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่น หรือ การใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่งเป็นเพียงการขยายความแต่ก็ยังคงเทียบเคียงการกระทำซ้ำเราหญิงตามกฎหมายเดิมได้ ความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำซ้ำเราหญิงนั้น ผู้กระทำจะต้องใช้อวัยวะเพศของตนกระทำในลักษณะใกล้ชิดพร้อมที่จะใช้อวัยวะเพศสอดใส่กับอวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำ การกระทำของจำเลยที่ใช้แรงกายบังคับนวดกระซางลากตัวผู้เสียหายเข้าไปในห้องน้ำ ล็อกประตูห้องน้ำ ถอดกางเกงชั้นนอกและกางเกงในของผู้เสียหายออก แล้วจับนมและอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ซึ่งถือเป็นการกระทำการลวนลามผู้เสียหายแล้ว แต่จำเลยยังไม่ได้ถอดกางเกงที่ตนเองสวมใส่ออก การกระทำของจำเลยจึงยังไม่ถึงขั้นที่พยายามใช้อวัยวะเพศของตนเองสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย จึงถือว่าลักษณะการกระทำผิดของจำเลยยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำการข่มขืนกระทำซ้ำเราผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดเพียงฐานกระทำอนาจารผู้เสียหายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้น

1. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มีองค์ประกอบภายนอกได้แก่ การกระทำ คือ การข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหมายความว่า ได้กระทำชำเราโดยผู้อื่นมิได้สมัครใจหรือปราศจากความยินยอม ดังนั้นหากผู้อื่นยินยอมย่อมไม่มีความผิด เพราะถือว่าเป็นการขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 276 (คำพิพากษาฎีกาที่ 828/2486) ความยินยอมจึงเป็นสาระสำคัญที่จะปฏิเสธการครบองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา 276 ความยินยอมของผู้เสียหายเกี่ยวข้องโดยตรงกับการสละคุณธรรมทางกฎหมาย ในกรณีมาตรา 276วรรคสี่ วัตถุประสงค์และคุณธรรมทางกฎหมายคือความเสมอภาคระหว่างชายหญิง เสรีภาพทางเพศและสถาบันครอบครัว โดยประมวลกฎหมายอาญาของไทยความยินยอมไม่มีบัญญัติไว้โดยตรง แต่ศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์ความยินยอมให้การกระทำที่จะใช้เป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ไว้ในฎีกาที่ 1403/2508

การพิจารณาเปรียบเทียบในเรื่องความยินยอมกับการสมัครใจนั้นจะพบว่าแตกต่างกัน เพราะในบางกรณีอาจยินยอมให้กระทำชำเราโดยที่ไม่สมัครใจก็เป็นได้(จำยอม) ความยินยอมที่เกี่ยวข้องกับกรณีการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา นั้น เห็นว่าแม้การสมรสเป็นเรื่องของการทำพันธะสัญญา ซึ่งถือว่าสามีภรรยาที่ได้จดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมายนั้น ได้ให้ความยินยอมที่จะอยู่กันด้วยกันในฐานะสามีภรรยา ซึ่งหมายความรวมถึงการร่วมประเวณีหรือการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา อันถือเป็นสาระสำคัญของการสมรสประการหนึ่ง แต่มิได้หมายความว่า การจดทะเบียนสมรสจะให้สิทธิสามีภรรยาข่มขืนกระทำชำเราอีกฝ่ายหนึ่งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย กล่าวโดยสรุปความยินยอมต้องเกิดจากความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ กล่าวคือ ต้องไม่เกิดจากการหลอกลวง หรือสำคัญผิด หรือข่มขู่ ด้วยประการใด ๆ อีกทั้งความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและความยินยอมต้องมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด หากบอกเลิกแล้วผู้กระทำยังข่มขืนกระทำก็ไม่มีเหตุที่จะยกเว้นความผิดให้แก่ผู้กระทำได้

กรณีการนิ่งเฉยก็อาจถือเป็นความยินยอมได้ เพราะความยินยอมอาจแสดงออกมาโดยชัดแจ้งหรือปริยาย หรือโดยการนิ่งก็ได้ แต่การนิ่งที่จะถือเป็นกรณียกเว้นความยินยอมนั้นจะต้องเป็นกรณีการนิ่งนั้นตามปกติประเพณีหรือตามกฎหมายให้ถือว่าการนิ่งนั้นคือการยอมรับด้วย ในกรณีสามีภรณยานั้นหากภรณยานิ่งเฉยต่อการร่วมประเวณีและมีได้มีพฤติการณ์แวดล้อมใด ๆ ผู้วิจัยเห็นว่าการร่วมประเวณีในครั้งนั้นไม่ถือเป็นกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของคู่สมรส นอกจากนั้นการบอกถอนความยินยอมถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่จะนำมาปฏิเสธการให้ความยินยอมไว้ก่อนหน้านั้นสิ้นผลไปและยุติความยินยอมทันที ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด และ

กรณีและผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถชัดเจนได้ หรือ ความจำยอม “ความจำยอม” ไม่มีบทนิยาม และคำอธิบายไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่อย่างไรก็ตามผู้วิจัยเห็นว่า “ความจำยอม” เกิดขึ้นจากผู้ถูกกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถชัดเจนได้ ทั้งนี้อาจเป็นเพราะปัจจัยภายนอกทั้งหลายรวมทั้งสภาพแวดล้อมและสภาพร่างกายและจิตใจของผู้ถูกกระทำ ทำให้มีผลต่อการเข้าใจถึงสาระของเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นและส่งผลต่อการตัดสินใจของผู้เสียหายทั้งสิ้น กล่าวคือผู้ถูกกระทำมิได้มีอิสระในการตัดสินใจ หรือสมัครใจอย่างแท้จริงที่จะเข้ากระทำการนั้น ๆ แต่อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถชัดเจนได้

ในประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และอินเดีย มีกฎหมายบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสเป็นความผิด จากการศึกษาของกลุ่มประเทศตัวอย่างและความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276วรรคสี่ ทำให้เห็นว่าการข่มขืนกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของกลุ่มสมรสเป็นความผิด ความยินยอมจึงเป็นองค์ประกอบสำคัญสำหรับความผิดฐานนี้ แต่เมื่อตัวบทมิได้บัญญัติไว้โดยตรงทำให้เกิดการตีความว่าอย่างไรจึงถือเป็นความยินยอม ดังนั้นเห็นควรให้บัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับคำจำกัดความนิยาม คำว่า ความยินยอม ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 โดยบัญญัติให้ชัดเจน

2. สถาบันครอบครัวนับเป็นสถาบันแรกที่มนุษย์สัมพันธ์ตั้งแต่แรกเกิด หน้าตัวอย่างหนึ่งของสถาบันครอบครัว คือ ผลิตสมาชิกใหม่ให้แก่สังคมเพื่อทดแทนสมาชิกของสังคมที่สิ้นชีวิตลง ส่วน “ครอบครัว” คือกลุ่มของบุคคลที่สืบเชื้อสายมาจากบรรพบุรุษเดียวกัน มีความใกล้ชิดกันและอาศัยในที่เดียวกัน ครอบครัวเป็นส่วนหนึ่งของสถาบันครอบครัวซึ่งประกอบด้วยกลุ่มบุคคลที่อาศัยอยู่ร่วมกันมีความสัมพันธ์ผูกพันกันทางสายโลหิตหรือกฎหมาย โดยสมาชิกแต่ละคนจะมีบทบาทหน้าที่ความรับผิดชอบที่แตกต่างกัน เมื่อชายและหญิงได้ทำการจดทะเบียนสมรสโดยปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสที่กฎหมายกำหนดไว้ครบถ้วนแล้วชายและหญิงก็เป็นสามีภรรยากัน วัตถุประสงค์ของทะเบียนสมรสก็เพื่อยังให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สมรสและต่อรัฐ ทั้งยังได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย และเพื่อให้ชายและหญิงได้อยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ทั้งนี้เห็นว่าทะเบียนสมรสไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่คู่สมรสจะข่มขืนกระทำชำเราอีกฝ่ายหนึ่งได้ โดยคู่สมรสฝ่ายที่ถูกกระทำมีอำนาจอิสระที่จะไม่ยินยอมให้ร่วมประเวณีได้ และคู่สมรสฝ่ายผู้กระทำไม่มีสิทธิใช้อำนาจหรือใช้กำลังในการใช้สิทธิร่วมประเวณีได้ ดังนั้นเมื่อคู่สมรสไม่ยินยอมให้ร่วมประเวณีถือเป็นเหตุฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น หากมีการข่มขืนกระทำชำเรา ระหว่างสามีภรรยาผู้กระทำจะมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี ซึ่งถือเป็นโทษที่หนัก แต่กฎหมายก็มีมาตรการผ่อนปรนในกรณีที่คู่สมรสยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด

ไว้เพียงใดก็ได้หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ดังนั้นคำเปรียบเปรยที่ว่าทะเบียนสมรสคือใบอนุญาตให้ข่มขืนภรรยาตลอดไปจึงไม่อาจใช้ได้ในปัจจุบัน

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่ ผู้วิจัยเห็นว่าควรใช้ไปในแนวทางที่สนับสนุนสถาบันครอบครัวและขจัดความรุนแรงทางเพศ โดยเห็นว่าเป็นการยับยั้งให้ผู้กระทำความผิดหรือรับทราบผลของการกระทำที่จะตามมา หากกระทำการข่มขืนคู่สมรสการกระทำนั้นถือเป็นความผิดและมีโทษตามกฎหมายทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำดังกล่าวขึ้น นอกจากนั้นยังเห็นว่าการแก้ไขการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่ มิได้ทำให้สถาบันครอบครัวต้องล่มสลายแต่อย่างใด เพราะเห็นว่าสถาบันครอบครัวนั้นแตกแยกมาก่อนแล้วจนไม่อาจประนีประนอมต่อกันได้ สามภรรยาจึงเลือกใช้ชีวิตการดำเนินคดีต่อกัน โดยใช้กฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่ เป็นเครื่องมือในการดำเนินคดีอันเป็นการแสดงออกถึงความชัดเจนของสถานะและความสัมพันธ์ระหว่างคู่สามีภรรยาว่าไม่อาจปรองดองหรืออยู่ร่วมกันต่อไปได้ ดังนั้นหากเกิดการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา ผู้ถูกกระทำจึงต้องเลือกว่าจะดำเนินการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่ หรือตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นอีกทางเลือกหนึ่งของผู้ถูกกระทำที่อาจใช้ช่องทางนี้ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดในกรณีเกิดการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้ถูกกระทำว่ายังคงต้องการรักษาสถาบันครอบครัวไว้หรือไม่

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่ คำว่า “คู่สมรส” หมายถึง สามภรรยาที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายเท่านั้นหรือสามีภรรยาโดยนิตินัย ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ามาตรา 276 วรรคสี่ ควรให้ความคุ้มครองรวมไปถึงผู้ที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสหรือสามีภรรยาโดยพฤตินัยด้วย เพราะมาตรา 276 วรรคสี่ เป็นกลไกของกฎหมายเพื่อรักษาสถาบันครอบครัวและมีลักษณะเฉพาะของการข่มขืนระหว่างสามีภรรยาให้แตกต่างจากการข่มขืนจากคนแปลกหน้า จึงควรปรับใช้ในกรณีนี้ด้วย เพราะในสังคมปัจจุบันไม่อาจปฏิเสธได้ว่ามีการอยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยไม่มีการจดทะเบียนสมรสเป็นจำนวนมาก ซึ่งในกรณีดังกล่าวในทางสังคมถือว่าเป็นสถาบันครอบครัวเช่นเดียวกัน และในประเทศฝรั่งเศสความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสรวมถึงผู้ที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสและคู่ตามสัญญาทางแพ่งในการดูแลซึ่งกันและกันด้วย ดังนั้นเห็นว่าควรให้บัญญัติเพิ่มเติมโดยกำหนดขอบเขตของคำว่า “คู่สมรส” ตามมาตรา 276 วรรคสี่ ให้กว้างมากขึ้น โดยให้ความคุ้มครองรวมไปถึงผู้ที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสหรือสามีภรรยาโดยพฤตินัยด้วย ในลักษณะเดียวกันกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

3. ในกรณีคู่สมรสเป็นผู้เยาว์มีนักวิชาการให้ความเห็นว่า การแก้ไขกฎหมายในมาตรา 277 ยังคงยกเว้นความรับผิดชอบให้สามีซึ่งไม่ต่างไปจากเดิมก่อนที่จะมีการแก้ไขกฎหมาย เพียงแต่เพิ่มข้อยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่ภรรยาด้วย แต่ในขณะที่มาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่มีการเปลี่ยนแปลงจากเดิมไปอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ ยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบของสามี ดังนั้นการแก้ไขกฎหมายกลับกลายเป็นการทำให้กรณีกระทำชำเราภรรยาเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี ผู้กระทำไม่มีความผิด แต่ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาที่อายุเกิน 15 ปี แล้วเป็นความผิดสามีอาจติดคุกได้ ในประเทศอินเดียประมวลกฎหมายอาญามาตรา 375 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า การข่มขืนกระทำชำเราที่ได้กระทำต่อภรรยาของตนซึ่งมีอายุไม่ต่ำกว่า 15 ปี ไม่เป็นความผิด ดังนั้นหากเป็นการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภรรยาของตนเองแล้ว สามีจึงไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ เว้นเสียแต่ว่าภรรยาของผู้กระทำมีความผิดนั้นมีอายุต่ำกว่า 15 ปี ผู้กระทำจึงจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ย่อมแสดงให้เห็นว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองภรรยาที่เป็นเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี

ดังนั้นเพื่อให้สอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันและเป็นการคุ้มครองทางเพศแก่เด็ก ควรแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 277 โดยเพิ่มเติมเป็น มาตรา 277 วรรคหก โดยให้บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำ ความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำต่อคู่สมรสที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นไม่ยินยอม ผู้กระทำ ความผิดต้องระวางโทษตามวรรคหนึ่งด้วย และในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กับด้วยกันฉันสามีภรรยาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้” ในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 276 วรรคสี่ แต่ไม่ควรกำหนดให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจลงโทษน้อยกว่าที่กำหนดไว้ได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็ก

สรุปความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาเป็นความรุนแรงในครอบครัว ถือเป็นปัญหาสังคมกึ่งอาชญากรรมที่ต้องใช้กระบวนการยุติธรรมที่มีลักษณะเฉพาะควบคู่ไปกับประมวลกฎหมายอาญา เพื่อให้มีความสำคัญกับเหยื่อหรือผู้เสียหายในฐานะเป็นประธานของปัญหา โดยคำนึงถึงความรู้สึกนึกคิดของผู้เสียหายและแสวงหาวิธีการที่จะให้ผู้กระทำผิดเยียวยาชดใช้และปรับปรุงนิสัยความประพฤติอย่างเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น

### ข้อเสนอแนะทางกฎหมาย

1. เห็นควรบัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับนิยาม คำว่า ความยินยอม ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 โดยบัญญัติให้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรว่ากรณีใดบ้างที่จะถือว่าเป็นความยินยอมที่จะทำให้ขาดองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

2. เห็นควรบัญญัติเพิ่มเติมโดยกำหนดขอบเขตของคำว่า “คู่สมรส” ตามมาตรา 276 วรรคสี่ ให้หมายความรวมไปถึงเฉพาะผู้ที่ยังอยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสหรือสามีภรรยาโดยพฤตินัยด้วย ในลักษณะเดียวกันกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

3. เห็นควรให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคหก โดยให้บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำต่อคู่สมรสที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นไม่ยินยอม ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษตามวรรคหนึ่งด้วย และในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้” ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนเพื่อความเป็นธรรมและเป็นการคุ้มครองแก่คู่สมรสที่เป็นเด็ก

### ข้อเสนอแนะเพิ่มเติม

นอกจากข้อเสนอแนะดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยขอเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหา ทั้งนี้ เพื่อเป็นการบูรณาการให้เกิดประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ดังนี้

1. เห็นควรแก้ไขปรับปรุงบทนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 คำว่า “ความรุนแรงในครอบครัว” โดยบัญญัติเพิ่มเติมว่า “การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความรุนแรงในครอบครัว” ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจน และบัญญัติเพิ่มเติมให้ “ความรุนแรงในครอบครัว” ครอบคลุมกรณีมีบุคคลอื่นร่วมด้วยเพื่อให้สามารถใช้กลไกของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ในการคุ้มครองเหยื่อความรุนแรงได้

2. เสนอแนะให้เพิ่มโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่ เพราะเห็นว่า การข่มขืนระหว่างสามีภรรยาเป็นเรื่องละเอียดอ่อนมีผลกระทบรุนแรงต่อทั้งร่างกายและจิตใจและเป็นการกระทำที่ต่อเนื่อง โดยมีโอกาสเกิดขึ้นได้ง่ายกว่าการข่มขืนโดยคนแปลกหน้า

3. รัฐควรมีมาตรการควบคุมสื่อให้มีประสิทธิภาพ โดยออกเป็นกฎหมายควบคุมเนื้อหาสื่อที่มีความรุนแรงและนำเสนอเรื่องราวในทางเพศที่ไม่สมควร โดยมีมาตรการบังคับใช้หรือบทลงโทษอย่างเด็ดขาด เพราะในปัจจุบันยังคงพบการนำเสนอเรื่องราวจึงใช้ความรุนแรงจากสื่อมวลชน เช่น โทรทัศน์ ภาพยนตร์ อินเทอร์เน็ต สื่อสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ ซึ่งแพร่สะพัดอย่างรวดเร็วตามความทันสมัยของเทคโนโลยี ทั้งยังคงพบเห็นฉากข่มขืนในละครที่พระเอกข่มขืนนางเอกให้เห็นอยู่เสมอและสื่อลามกอนาจารตามอินเทอร์เน็ต จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าสื่อเหล่านี้มีผลต่อแนวคิดและ

พฤติกรรมทางเพศของคนในสังคม ถือเป็นสิ่งเร้าหรือมีส่วนกระตุ้นให้เกิดการใช้ความรุนแรงทางเพศในสังคม อีกทั้งสื่อดังกล่าวสามารถเข้าถึงได้ง่าย การนำเสนอเรื่องที่ใช้ความรุนแรงจากสื่อมวลชนจึงเป็นแบบอย่างที่ยาวชนและสังคมซึมซับความรุนแรงโดยไม่รู้ตัว

หมายเหตุ มาตรา 71 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึง มาตรา 336 วรรคหนึ่ง และมาตรา 341 ถึงมาตรา 364 นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามีกระทำต่อภริยา หรือภริยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ” ในมาตราดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดระหว่างสามีภรรยาในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ โดยคำว่าสามีภริยาในมาตราดังกล่าวต้องชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ทำให้เห็นว่าไม่น่าจะสอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบันที่นิยมอยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยไม่จดทะเบียนสมรส ซึ่งกฎหมายควรให้ความคุ้มครองไปถึงสามีภรรยาโดยพฤตินัยด้วย ผู้วิจัยจึงขอตั้งเป็นข้อสังเกตไว้เพื่อศึกษาการแก้ปัญหาทางกฎหมายต่อไปในอนาคต



## บรรณานุกรม

- กมลทิพย์ คติการ นาถฤดี เต๋นดวง และพรรณนิภา บุรพาชีพ. (2547). *บุคลากรในกระบวนการยุติธรรมมองอย่างไร?เมื่อสามปีข้างหน้า*. กรุงเทพฯ: เจริญดีการพิมพ์.
- กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. (ม.ป.ป.) *อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ*. เข้าถึงได้จาก <http://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation/international-human-rights-mechanism/CEDAW.php>
- กฤตยา อาชวนิจกุล. (2554). “เพศวิถีที่กำลังเปลี่ยนแปลงไป ในสังคมไทย *Sexuality Transition in Thai Society*”. เข้าถึงได้จาก <http://www.ipsr.mahidol.ac.th/ConferenceVII/Download/2011-Article-03.pdf>
- กองส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม. (ม.ป.ป.). *ชุดความรู้ สิทธิมนุษยชน สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ สนธิสัญญาหลักระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยภาคี*. เข้าถึงได้จาก [http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd\\_1/HRC/nhr.pdf](http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_1/HRC/nhr.pdf)
- เกียรติขจร วัฒนสวัสดิ์. (2551). *กฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินดี. เกรียงศักดิ์ เจริญวงศ์ศักดิ์. (ม.ป.ป.). *การล่วงละเมิดทางเพศในอินเดีย สัญญาเดือนกุมภาพันธ์ประเทศไทย*. เข้าถึงได้จาก <http://www.kriengsak.com/Sexual%20harassment%20in%20India>
- แก้วมณี สุโกศล. (ม.ป.ป.). *การข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่*. เข้าถึงได้จาก <http://training.p3.police.go.th/doc/kaw5.pdf>
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ. (2559). *กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง*. เข้าถึงได้จาก <http://www.humanrightscenter.go.th/IHR/ICCPR1/%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B9%80%E0%B8%94%E0%B9%87%E0%B8%99%E0%B8%84%E0%B8%B3%E0%B8%96%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%82%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%84%E0%B8%93%E0%B8%B0%E0%B8%81%E0%B8%A3%E0%B8%A3%E0%B8%A1%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%20HRC%20%E0%B8%95%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%80%E0%B8%AA%E0%B8%99%E0%B8%AD%E0%B8%A3%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B8%87%E0%B8%B2%E0%B8%99%20ICCPR%20%E0%B8%89%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%9A%202.pdf>

- คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546. (2546). เข้าถึงได้จาก [http://www.senate.go.th/w3c/senate/pictures/sec/22/a5\\_21\\_2546\\_1.pdf](http://www.senate.go.th/w3c/senate/pictures/sec/22/a5_21_2546_1.pdf)
- จักษ์ พันธุ์ชูเพชร. (2548). *ข่มขืนคนในครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: มายด์ พับลิชชิ่ง.
- จิราพร ชมพิกุล ปราณี สุทธิสุขนธ์ เกรียงศักดิ์ ชื่อเลื่อม และคุณณี คำมี. (2552). *สัมพันธ์ภาพในครอบครัวไทย*. กรุงเทพฯ: แทนทองชินวัฒน์การพิมพ์.
- จุฬารัตน์ ยะปะนัน. (2553). ความผิดอาญาแผ่นดินและความผิดอันยอมความได้. *เกร็ดกฎหมายน่ารู้*, 3, 153-157.
- เฉลิมวุฒิ สาระกิจ. (2556). *ขั้นตอนการดำเนินคดี ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550*. เข้าถึงได้จาก <http://chalermwutsa.blogspot.com/2013/03/2550.html>
- ไชยันต์ กุลนิตติ. (2557). *ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยศาลรัฐธรรมนูญ*. เข้าถึงได้จาก [http://118.174.12.141/document/documents/documents/Individual\\_Study\\_200.pdf](http://118.174.12.141/document/documents/documents/Individual_Study_200.pdf)
- ชำนาญ จันทร์เรือง. (2558). *พิสูจน์การทรมานด้วยวิธีสารอิสต์สบูล*. เข้าถึงได้จาก <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/634143>
- ณัฐวรรณ ดวงทางใต้. (2558). *ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษายอบเขตของการให้ความยินยอมโดยผู้เสียหาย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ณัฐวุฒิ ชัยสาขันธ์. (2558). *กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของกลุ่มคนที่มีเพศวิถีแบบรักเพศเดียวกัน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.
- ดวงจิตต์ กำประเสริฐ. (2551). *บทความวิชาการ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: การศึกษาเปรียบเทียบ*. เข้าถึงได้จาก <http://oknation.nationtv.tv/blog/koson/2008/06/07/entry-3>
- ดำรงค์ ฐานดี. (ม.ป.ป.). *ความรู้เรื่องสังคมและวัฒนธรรม*. เข้าถึงได้จาก <http://www3.ru.ac.th/korea/article1/article11.pdf>
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2553). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ทัศนีย์ สุขสมบูรณ์. (2554). *การยุติความขัดแย้งในสังคมไทยด้วยกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์*. เข้าถึงได้จาก [http://library.senate.go.th/document/Ext3129/3129414\\_0002.PDF](http://library.senate.go.th/document/Ext3129/3129414_0002.PDF)

ธานีรินทร์ พร้อมสุข และกาญจน์มณี จรุงพรสวัสดิ์. (2552). *สถาบันครอบครัว*.

เข้าถึงได้จาก <http://www.thaigoodview.com/node/45044>

ธีรพัฒน์ อังศุชาล. (2554). *ความไม่เท่าเทียมทางเพศ ในการบริหารรัฐกิจ*.

เข้าถึงได้จาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1542>

ธีรวรรณ กุลไพศาลธรรม. (2552). *ปัญหาทางกฎหมายที่มีผลกระทบต่อมูลเหตุจูงใจในการสมรส*.

วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

นาฏสุดา เอโกบอล. (2558). ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ของผู้ปฏิบัติงานในกลุ่มพนักงานสอบสวน. *วารสารกฎหมาย สุขภาพและสาธารณสุข*, 1(1), 16.

บัณฑิต ได้ทองดี. (2555). *กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: ศึกษาการเบี่ยงเบนคดีความรุนแรงในครอบครัว*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

*ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน Universal Declaration of Human Rights*. (ม.ป.ป.).

เข้าถึงได้จาก <http://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/udhr-th-en.pdf>

ประสพสุข บุญเดช. (2550). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว*

(พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

ปราณี เกษมสันต์. (2550). *สถาบันในครอบครัว*. เข้าถึงได้จาก [http://krupranee.blogspot.com/](http://krupranee.blogspot.com/2007/06/blog-post.html)

2007/06/blog-post.html โปสทูเดย์ออนไลน์. (2558). *ฮือฮา!หญิงเกาหลีจ่อติดคุก ฐานก่อเหตุข่มขืนสามี*. เข้าถึงได้จาก <http://www.posttoday.com/world/news/396733>

พิทักษ์ เกิดหอม. (ม.ป.ป.). *เรื่องสิทธิมนุษยชน: ความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ*.

เข้าถึงได้จาก <http://www.fpps.or.th/news.php?detail=n1249421768.news>

พิชญภา เจียมแท้. (2555). *ความหมายและมาตรการทางกฎหมายต่อการกระทำด้วยความรุนแรงใน*

*ครอบครัว: ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร และนริศรา แดงไผ่. (ม.ป.ป.). *หลักความยินยอม*. เข้าถึงได้จาก

<http://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex%2040701-3.pdf>

พันธ์ศักดิ์ ศุกระฤกษ์. (2542). *สิทธิทางเพศ*. เข้าถึงได้จาก [https://www.doctor.or.th/article/](https://www.doctor.or.th/article/detail/2145)

detail/2145

พรจันทร์ เสียงสอน. (2557). *การนำเสนอผู้หญิงและความรุนแรงในภาพยนตร์ไทย*. วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชาการสื่อสารประยุกต์, คณะภาษาและการสื่อสาร, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.

พรสิริ สุริยกันท์. (2557). *การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรส: ศึกษาเปรียบเทียบ*, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เพลินตา ดันรังสรรค์. (ม.ป.ป.). *กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับการกระทำคามผิดอาญาของเด็กหรือเยาวชน*. เข้าถึงได้จาก [http://www.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCKeditor/upload/Image/b/b121%20jul\\_7\\_3.pdf](http://www.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCKeditor/upload/Image/b/b121%20jul_7_3.pdf)

ภาควิชาสตรีศึกษา คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. (2557). *ยุติความรุนแรงต่อผู้หญิง*. เข้าถึงได้จาก <https://static1.squarespace.com/static/52bce94ae4b013dbd6fc79d4/t/54530b0fe4b0517b6ac57155/1414728463373/-/%20%E0%B8%AA%E0%B8%B3%E0%B8%99%E0%B8%B1%E0%B8%81%E0%B8%87%E0%B8%B2%E0%B8%99%E0%B9%80%E0%B8%A5%E0%B8%82%E0%B8%B2%E0%B8%98%E0%B8%B4%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%A7%E0%B8%B8%E0%B8%92%E0%B8%B4%E0%B8%AA%E0%B8%A0%E0%B8%B2>

ภัตสร ลิมานนท์ และมยุรี นกยูงทอง . (2538). *การศึกษาคุณลักษณะด้านประชากรและพฤติกรรมสตรีขายบริการทางเพศ (การพัฒนามาตรการป้องกันการค้าประเวณีโรคนอกรีต) ระยะที่ 2*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ.

มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาองค์กรภาครัฐ. (2559). *รายงานการศึกษาวิจัยโครงการการศึกษาวิจัยเรื่อง พันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของประชาคมอาเซียน*. เข้าถึงได้จาก <http://www.nhrc.or.th/getattachment/494228a1-4aaf-4c7a-9845-3ba2113c82d5/.aspx>

Manager Online. (2552). *เรื่องเลวร้าย! เมื่อฉันถูกสามี 'ข่มขืน' - Life & Family*. เข้าถึงได้จาก <http://www.manager.co.th/Family/ViewNews.aspx?NewsID=9520000083633>

ขงยุทธ แสนประสิทธิ์. (2554). *รูปแบบการป้องกันปัญหาความรุนแรงในครอบครัว โดยกระบวนการ. การมีส่วนร่วมของครอบครัวและชุมชน: กรณีศึกษาชุมชนแห่งหนึ่งในจังหวัดปทุมธานี*. ปริญญาโทวิทยาศาสตรดุษฎีบัณฑิต, สาขาวิชาการวิจัยพฤติกรรมศาสตร์ประยุกต์, บัณฑิตวิทยาลัย, มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ.

- ยิ่งรัก อัจฉานนท์. (2556). *กฎหมายข่มขืนใหม่ ทำอะไรจะผิดฐานข่มขืนบ้าง?*. เข้าถึงได้จาก <https://ilaw.or.th/node/1859>
- รณกรณ์ บุญมี. (2553). ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหลังการกระทำชำเราด้วยความยินยอม. *วารสารนิติศาสตร์*, 39 (4), 777-786.
- ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 40 ก 6 เมษายน 2560. (2560). เข้าถึงได้จาก <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2560/A/040/1.PDF>
- ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 41 ก 14 สิงหาคม 2550. (2560). เข้าถึงได้จาก [http://www.jvnc.coj.go.th/doc/data/jvnc/jvnc\\_1492483871.PDF](http://www.jvnc.coj.go.th/doc/data/jvnc/jvnc_1492483871.PDF)
- ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 32 ก 20 มีนาคม 2560. (2560). เข้าถึงได้จาก <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2560/A/032/51.PDF>
- เรียวรุ่ง บุญเกิด. (2557). *กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: กรณีศึกษาสำนักงานยุติธรรมจังหวัดมหาสารคาม*. วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชาการบริหารการพัฒนาสังคม, คณะพัฒนาสังคมและสิ่งแวดล้อม, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.
- วัชรินทร์ สังกีแก้ว. (ม.ป.ป.). *ข่มขืนกระทำชำเรา: อดีต ปัจจุบัน อนาคต*. เข้าถึงได้จาก [http://www.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCKeditor/upload/Image/b/b77%20jun\\_4\\_1.pdf](http://www.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCKeditor/upload/Image/b/b77%20jun_4_1.pdf)
- วิมลเรขา ศิริชัยวารวรรณ. (2556). *หลักความเสมอภาคระหว่างหญิงชายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550: ศึกษากรณีการข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, สาขาวิชากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วัลภ์ วิเศษสุวรรณ. (2557). *คุณธรรมทางกฎหมายกับการเป็นหัวใจของกฎหมายอาญา*. เข้าถึงได้จาก <http://www.sattaban.com/article/5>
- วิษณุ พงศ์พันธุ์อนุสร. (2556). *วิกฤตการณ์แก้ไขปัญหาความรุนแรงในครอบครัวด้วยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550*. วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชาอาชญาวิทยาและงานยุติธรรม, บัณฑิตวิทยาลัย, มหาวิทยาลัยมหิดล.
- วิสาร พันธุณะ และลาวัลย์ หอนพรัตน์. (ม.ป.ป.). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอาญา และลักษณะทั่วไป ของกฎหมายอาญา*. เข้าถึงได้จาก <http://law.stou.ac.th/dynfiles/%E0%B8%AB%E0%B8%99%E0%B9%88%E0%B8%A7%E0%B8%A2%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%201%20%20%E0%B8%81%E0%B8%A1.%E0%B8%AD%E0%B8%B2%E0%B8%8D%E0%B8%B2%201%20%20%E0%B8%89%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B8%A5%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%A%E0%B8%B8%E0%B8%94.pdf>

- ศิพร โกวิท. (ม.ป.ป.). *ข่มขืนภรรยา: มิติด้านกฎหมายของความรุนแรงในครอบครัว*. เข้าถึงได้จาก <https://www.gotoknow.org/posts/500660&sa=U&ved=0ahUKEwi7mMKphPPMAhVKQI8KHcbqCggQFggNMAE&usg=AFQjCNGEcNrnLMpawam6l8JPzLSZhxTJFw>
- สถิตย์ ไพเราะ. (2552). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 209-287 และ มาตรา 367-398* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- สถิตย์ สืบพงษ์ศิริ. (ม.ป.ป.). “พฤติกรรมอาชญากรข่มขืน” (*The Criminal Behavior of the Rapist*). เข้าถึงได้จาก [http://www.forensicrpca.com/data/article/article\\_rapist.pdf](http://www.forensicrpca.com/data/article/article_rapist.pdf)
- สุทธิพล ทวีชัยการ. (ม.ป.ป.). *กระบวนการยุติธรรมทางเลือกในคดีอาญา*. เข้าถึงได้จาก <http://law.stou.ac.th/dynfiles/41717-9-A.pdf>
- สุรัชญา วีระโพธิ์ประสิทธิ์. (2553). *หลักการไม่เลือกปฏิบัติ*. เข้าถึงได้จาก <https://www.l3nr.org/posts/367823>
- สุภัสสร กุ๋เจริญศิลป์. (2551). *ความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวกับการยอมความตามกฎหมายอาญา: ศึกษาเฉพาะความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 (ที่เกิดต่อหน้าธารกำนัล) และความผิดต่อเสรีภาพ ตามมาตรา 310 ทวิ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2543). *หลักความเสมอภาค*. *วารสารนิติศาสตร์*, 2(30), 74-183.
- สมชาย ปรีชาศิลป์กุล. (2550). *เพศวิถีในคำพิพากษา*. เข้าถึงได้จาก <http://tjournals.tu.ac.th/thammasatjournal/detailart.aspx?ArticleID=39>
- สมาคมคหเศรษฐศาสตร์แห่งประเทศไทย. (2542). *ครอบครัวสัมพันธ์*. กรุงเทพฯ: วิทยุธุรกิจการพิมพ์.
- สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนฯ. (ม.ป.ป.). *สิทธิมนุษยชน*. เข้าถึงได้จาก <http://kanchanapisek.or.th/kp6/sub/book/book.php?book=32&chap=4&page=t32-4-infodetail02.html>
- สรุปสาระสำคัญกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์*. (ม.ป.ป.). เข้าถึงได้จาก <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=210>
- สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. (2552). *ความคิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร*, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- สุรัชย์ วรเนติโพธิ์. (2556). สาเหตุการตกเป็นเหยื่อการข่มขืนกระทำชำเราในเด็ก : ศึกษาเฉพาะเขต  
ในพื้นที่รับผิดชอบสำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีเยาวชนและครอบครัว 5, วิทยาลัยนพนธ์  
รัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชาอาชญาวิทยาและการบริหารงานยุติธรรม,  
วิทยาลัยบริหารรัฐกิจและรัฐศาสตร์, มหาวิทยาลัยรังสิต.
- สุวรรณณี ลักนวนิช. (ม.ป.ป.). การส่งเสริมความเสมอภาคหญิงชายในระดับอุดมศึกษา. เข้าถึงได้  
จาก [http://www.bu.ac.th/knowledgecenter/executive\\_journal/april\\_june\\_11/pdf/aw7.pdf](http://www.bu.ac.th/knowledgecenter/executive_journal/april_june_11/pdf/aw7.pdf)  
อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ. (ม.ป.ป.) เข้าถึงได้จาก  
<http://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/cedawt.pdf>
- อังคณา ช่วยคำชู. (2555). ความรุนแรงในครอบครัว: สาเหตุ ผลกระทบ และแนวทางการช่วยเหลือ.  
*วารสารธรรมศาสตร์*, 31(3), 135-143.
- อัมมัน แตะเปาะ. (2547). ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอาญา  
อิสลามกับประมวลกฎหมายอาญาไทย. วิทยาลัยนพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชา  
อิสลามศึกษา, บัณฑิตวิทยาลัย, มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์.
- อัศวิน ณ นรากุล. (ม.ป.ป.). *ประโยชน์การจดทะเบียนสมรส*. เข้าถึงได้จาก  
<https://sites.google.com/site/kdhmayphaengkhrxbkhrwlaeamrdk/TNWIN>
- American Bar Rule Of Law Initiative (ABA ROLI). (2555). พิธีสารอิสตันบูล คู่มือการสืบสวน  
สอบสวน และบันทึกข้อมูลหลักฐานอย่างมีประสิทธิภาพการทรมาน และการปฏิบัติ  
หรือการลงโทษอื่น ๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี. เข้าถึงได้จาก  
[https://voicefromthais.files.wordpress.com/2014/03/istanbul-protocol\\_th\\_full\\_content-thai-version.pdf](https://voicefromthais.files.wordpress.com/2014/03/istanbul-protocol_th_full_content-thai-version.pdf)
- Bergen, R. K. (1999). *Marital rape*. Retrieved from <https://web.archive.org/web/20111006080602/>
- Finkelhor, D., & Yllö, K. (1987). *License to rape: Sexual abuse of wives*. New York: Free Press.
- Katherine, M. S. (1994). *Domestic violence and the state: Responses to and rationales for spousal battering*, Retrieved from <http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1562&context=mulr>
- Liberta Revisited. (1995). *A Call to repeal the marital exemption for all sex offenses in New York's penal law*. Retrieved from <http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1562&context=mulr>

Mahoney, P., & Williams, L. M. (1998). Sexual assault in marriage: Prevalence, consequences, and treatment of wife rape. In J. L. Jasinski & L. M. Williams (Eds.), *Partner violence: A comprehensive review of 20 years of research* (pp. 113-163). Thousand Oaks, CA: Sage.

Sonya, A. A.(2012). *The injustice of the marital rape exemption: A survey of common law countries*. Retrieved from <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1682&context=auilr>