

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส Criminal Liability for Spousal Rape

ชลชญา วงศ์ชญาน์¹

Chonchaya Wongchayaangkun

อรรัมภา ไวยมุข²

Awnrumpa Waiyamuk

บทคัดย่อ

การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 มีวัตถุประสงค์เพื่อยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่สามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมุ่งให้เกิดความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันและเพื่อเป็นการคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่ถูกกระทำให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย และเพื่อแก้ไขปัญหาคือการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศและขจัดความรุนแรงที่กระทำต่อผู้หญิง

ผลการศึกษาพบว่ากฎหมายดังกล่าวยังมีความบกพร่องบางประการซึ่งสมควรได้รับการแก้ไข ดังต่อไปนี้ ประการที่หนึ่ง ควรบัญญัตินิยาม “ความยินยอม” ที่จะทำให้ขาดองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ให้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร ประการที่สอง ควรบัญญัติให้ขอบเขตคำว่า “คู่สมรส” ตามมาตรา 276 วรรคสี่ ให้หมายความรวมถึงคู่สมรสที่มีได้จดทะเบียนสมรสด้วยในลักษณะเดียวกันกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 ซึ่งเป็นกลไกคุ้มครองบุคคลที่ถูกกระทำ ความรุนแรงในครอบครัวเช่นเดียวกันและประการที่สาม ในกรณีคู่สมรสเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี เสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 277 เพื่อให้สอดคล้องเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับมาตรา 276 วรรคสี่

คำสำคัญ : การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส ; ความยินยอม ; คู่สมรสอายุต่ำกว่า 15 ปี

¹ นิสิตหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

Student, Master of Laws Program, Faculty of Political Science and Law, Burapha University

² อาจารย์ประจำ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

Lecturer at Department of Laws, Faculty of Political Science and Law, Burapha University

Abstract

Amendment of the Penal Code by the Amendment Act, Criminal Code (No. 19), BE 2550 (2007), aims to remove the marital exemption of rape crime, to achieve gender equality and to provide protection for spousal rape victims. It also tackles gender discrimination and aims to eliminate violence against women.

The Study found that there are some imperfections in this matter. Therefore it should be amended as follow: Firstly, Criminal Code, Section 276, should provide a clear written statement of what will be considered a consent that will result in the lack of a rape component. Secondly, similarly to the Act on the Protection of Victims of Domestic Violence, BE 2550 (2007) which is another mechanism to protect the victims of domestic violence, the scope of "spouse" under Section 276, paragraph four, shall include cohabiting couples as well. Finally, in case the spouse is a child, section 277 should be amended in order to be consistent with the fourth paragraph of Section 276.

Keywords: spousal rape; consent; child spouse age under 15.

บทนำ

การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นเป็นความผิดทั้งต่อกฎหมายและศีลธรรมที่ทำให้ผู้เสียหายได้รับผลกระทบทั้งทางร่างกายและจิตใจอย่างรุนแรง แนวความคิดดั้งเดิมของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีรากฐานมาจากแนวคิดในการคุ้มครองทรัพย์สินและเกียรติยศของชายผู้มีอำนาจปกครองหญิง ซึ่งเกิดจากวัตถุประสงค์ของสังคมในอันที่จะปกป้องสิทธิในทรัพย์สินของชาย เนื่องจากในสมัยโบราณถือว่าหญิงเป็นทรัพย์สินสมบัติของผู้มีอำนาจปกครอง ในกรณีหญิงยังไม่สมรสชายผู้เป็นเจ้าของหรือผู้มีอำนาจปกครองหญิงคือบิดา แต่ในกรณีหญิงสมรสแล้วชายผู้เป็นเจ้าของหญิงคือสามีของหญิงนั้น ผู้คนจึงไม่ได้มองว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำต่อร่างกายของหญิงหากแต่เป็นการกระทำความผิดต่อทรัพย์สิน ส่วนแนวความคิดดั้งเดิมของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ระหว่างสามีภรรยา มีรากฐานมาจากแนวคิดในระบบชายเป็นใหญ่หรือปิตาธิปไตย หลักอำนาจอิสระเหนือตัวหญิงและเหนือประเวณีของหญิงหรืออำนาจอิสระของสามีเหนือภรรยา และหลักความยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์อันเกิดจากพันธะสัญญาของการสมรสประหนึ่งว่าภาวะของความเป็นสามีทำให้มีสิทธิที่จะมีเพศสัมพันธ์กับภรรยาเพราะถือว่าสถานภาพของการสมรสเป็นการให้ความยินยอมไปตลอดจนกว่าจะขาดจากการสมรส จนมีผู้เปรียบเปรยว่า

ทะเบียนสมรสคือใบอนุญาตให้ข่มขืนภรรยา (License to Rape) ตลอดไป (Finkelhor & Yllo, 1987) ดังนั้นปัญหาที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภรรยาจึงถือเป็นเรื่องในครอบครัวและมองว่าสามีไม่มีความผิด สังคมไม่เห็นความจำเป็นในการให้ความคุ้มครองหญิงในฐานะภรรยา กฎหมายจึงไม่อาจก้าวล่วงไปให้ความคุ้มครองในส่วนนี้ได้

ในสังคมไทยยังมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนและตระหนักต่อผลกระทบทั้งทางร่างกายและจิตใจของผู้หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราจากคนแปลกหน้ามากกว่าการถูกข่มขืนจากสามีหรือคู่ครองของตนเอง คนในสังคมส่วนใหญ่เข้าใจผิดว่าการกระทำดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลกระทบรุนแรงต่อภรรยา แต่ในความเป็นจริงนั้นเกิดผลกระทบทั้งทางร่างกายและจิตใจ สร้างผลกระทบรุนแรงเนื่องจากการกระทำต่อเนื่องเป็นระยะเวลาอันยาวนาน เหตุที่ต้องตกอยู่ในภาวะจำยอมนิ่งเฉยไม่สามารถหาทางออกหรือหลีกเลี่ยงต่อการกระทำรุนแรงทางเพศนั้นเพราะอับอายและจำนนต่ออำนาจของผู้กระทำ ซึ่งมีผลกระทบทางด้านจิตใจรุนแรงกว่าการข่มขืนกระทำชำเราจากคนแปลกหน้า ในประเด็นนี้ Finkelhor และ Yllo (1987, p.137) ได้กล่าวไว้อย่างน่าสะเทือนใจว่า "ผู้หญิงที่ถูกข่มขืนจากคนแปลกหน้านั้น มีชีวิตอยู่กับความทรงจำของการถูกทำร้ายที่น่าหวาดกลัว แต่ผู้หญิงที่ถูกสามีข่มขืนนั้นต้องดำเนินชีวิตอยู่กับคนที่ข่มขืนเธอ"³ แต่เมื่อสังคมไทยเริ่มพัฒนาเข้าสู่ความเป็นสากลมากขึ้นแนวความคิดสิทธิมนุษยชนและความเสมอภาคเข้ามามีบทบาทในสังคมไทยมากขึ้น โดยประเทศไทยให้การรับรองสิทธิสตรีโดยมีรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงเอาไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้รัฐธรรมนูญเป็นกลไกหนึ่งที่สำคัญในการเสริมสร้างความเสมอภาคระหว่างเพศให้เกิดขึ้นในสังคมไทย ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ตลอดมาจนถึงปัจจุบัน อันนำมาซึ่งการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา(ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 มีวัตถุประสงค์เพื่อยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่สามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายของตน โดยมุ่งให้เกิดความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันและเพื่อเป็นการคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่ถูกกระทำให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย และเพื่อแก้ไขปัญหาค่าการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศและขจัดความรุนแรงที่กระทำต่อผู้หญิง

³ "When you are raped by a stranger you have to live with a frightening memory. When you are raped by your husband, you have to live with your rapist."

วัตถุประสงค์การวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี หลักความเสมอภาค และพัฒนาการของกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา
2. เพื่อศึกษาถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสในประเทศไทยและต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสในประเทศไทย
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส

แนวคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส

1. แนวคิดการบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเป็นความผิด

“การข่มขืนกระทำชำเรา” หมายถึงการกระทำความผิดด้วยประการใดๆไม่ว่าจะใช้กำลังทางกายภาพหรือบีบบังคับจิตใจให้มีความสัมพันธ์ทางเพศ อันเป็นการฝ่าฝืนความยินยอมจากฝ่ายที่ถูกกระทำและเกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจ โดยประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันได้ให้นิยามของการ “กระทำชำเรา” ไว้ว่าหมายถึง “การกระทำให้สนองความใคร่ของผู้กระทำโดย การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

แนวความคิดดั้งเดิมของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันเกียรติยศ ศักดิ์ศรี ชื่อเสียง และคุ้มครองทางกายภาพและชีวภาพให้กับหญิง และคุ้มครองหญิงเป็นการเฉพาะในภาวะความเสี่ยงจากการตั้งครรภ์ที่อาจเกิดขึ้นได้อันอาจทำให้หญิงต้องรับภาระนั้นไปตลอดชีวิต นอกจากนี้ยังมีรากฐานมาจากแนวคิดในการคุ้มครองทรัพย์สินและเกียรติยศของชายผู้มีอำนาจปกครองหญิง ซึ่งเกิดจากวัตถุประสงค์ของสังคมในอันที่จะปกป้องสิทธิในทรัพย์สินของชาย เนื่องจากในสมัยโบราณถือว่าหญิงเป็นทรัพย์สินสมบัติของผู้มีอำนาจปกครอง ในกรณีหญิงยังไม่สมรสชายผู้เป็นเจ้าของหรือผู้มีอำนาจปกครองหญิงคือบิดา แต่ในกรณีหญิงสมรสแล้วชายผู้เป็นเจ้าของหญิงคือสามีของหญิงนั้น ผู้คนจึงไม่ได้มองว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำต่อร่างกายของหญิงเท่านั้น หากแต่เป็นการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินอย่างร้ายแรงโดยผู้เสียหายคือผู้มีอำนาจปกครองหญิงเหตุที่กล่าวว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินอย่างร้ายแรง เนื่องจากว่าเป็นการทำให้หญิงสูญเสียคุณค่าความเป็นหญิงหรือ “พรหมจรรย์” ผลคือหญิงยอมเสียโอกาสที่จะได้แต่งงานหรือหากแต่งงานแล้ว ค่าตัวของหญิงซึ่งเป็นทรัพย์สินทาง

เพศของชายก็จะมีราคาดี เสมอค่าเสมอราคาไปซึ่งค่านิยมหรือความเชื่อในสังคมเช่นนี้ได้ถ่ายทอดกันมาตลอดว่าชายเป็นเจ้าของหญิง ดังนั้นการข่มขืนกระทำชำเราก่อให้เกิดการสูญเสียสิทธิผูกขาดของชายผู้เป็นเจ้าของ (พ่อ และ/หรือ ผัว) ในตัวหญิงถือเป็นการทำลายศักดิ์ศรีและเกียรติยศของชายผู้เป็นเจ้าของหญิงนั่นเอง แนวคิดดั้งเดิมมีประเด็นเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นระหว่างคนแปลกหน้ากระทำต่อหญิง (stranger rape) เท่านั้น (วิมลเรขา ศิราชัยวรรณ, 2556, หน้า 11-14)

ในปัจจุบันนี้ได้กฎหมายอาญาในหลายประเทศรวมทั้งประเทศไทยได้มีพัฒนาการในเรื่องแนวคิดการบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเป็นความผิดให้ต้องสอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ในส่วนการบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดเพิ่มเติมขึ้นมาในปัจจุบันก็มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเสรีภาพทางเพศ (Sexual Liberty) กล่าวคือ เสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเองว่าต้องการหรือไม่ต้องการจะมีความสัมพันธ์ทางเพศกับใครนั้น บุคคลหนึ่งไม่ควรถูกบังคับให้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลหนึ่งเพื่อตอบสนองต่อเสรีภาพทางเพศของบุคคลอื่นในขณะที่เสรีภาพทางเพศของตนเองถูกทำลายลง แม้ว่าจะสมรสแล้วก็ตามก็มีสิทธิในการตัดสินใจมีเพศสัมพันธ์กับผู้ที่ป็นคู่สมรสหรือปฏิเสธโดยไม่ถูกผูกพันด้วยพันธสัญญาสมรสหรือหน้าที่ของคำว่าภรรยาหรือสามี (วิมลเรขา ศิราชัยวรรณ, 2556, หน้า 107,148) นอกจากนี้ยังเป็นการช่วยประคับประคองสถาบันครอบครัวที่สอดคล้องกับแนวคิดและสภาพสังคมปัจจุบัน กล่าวคือ ครอบครัวประกอบไปด้วยสามีภรรยาและบุตรการอยู่ร่วมกันต้องมีความรักความเข้าใจกันภายในครอบครัว ซึ่งตามประเพณีและตามธรรมชาติผู้ที่จะเป็นสามีภรรยากันได้ต้องเกิดจากการที่ทั้งสองฝ่ายตกลงใช้ชีวิตร่วมกันรวมถึงการยินยอมให้อีกฝ่ายหนึ่งร่วมประเวณีด้วย แต่ถ้าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ต้องการมีเพศสัมพันธ์แล้วอีกฝ่ายใช้กำลังบังคับ ชูเชิญ หรือหลอกลวงให้ร่วมประเวณี ย่อมก่อให้เกิดการใช้ความรุนแรง การบัญญัติเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ให้มีการลงโทษคู่สมรสที่บังคับขืนใจคู่สมรสอีกฝ่ายให้ร่วมประเวณี โดยที่อีกฝ่ายไม่ยินยอมนั้นเป็นการลดปัญหาความรุนแรงที่อาจจะเกิดขึ้นในครอบครัวและทำให้ผู้ที่กระทำความผิดต้องคิดทบทวนและไตร่ตรองก่อนที่จะลงมือใช้ความรุนแรงกับคู่สมรสอีกฝ่ายเพราะอาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาได้(สมนัส ตั้งเจริญกิจกุล, 2552, หน้า 14)

2. สิทธิและเสรีภาพทางเพศ

สิทธิทางเพศ (Sexual Rights) เป็นสิทธิมูลฐานและเป็นรากฐานของสิทธิมนุษยชน ซึ่งสมาคมเพศศาสตร์ศึกษานานาชาติ (World Association for Sexual Health) ได้แถลงสิทธิทางเพศ (Declaration of Sexual Rights) ดังกล่าว เป็นครั้งแรก ณ การประชุมครั้งที่ 13 ที่กรุงวาเลน

ชลชญา วงศ์ชญางกูร/อรรธมภา ไวยมุกข์

เซีย ประเทศสเปน ในปีค.ศ. 1997 ว่า เพศเป็นมิติหนึ่งของมนุษย์ที่มีการปรับตัวและเปลี่ยนแปลง อยู่ตลอดเวลา เพศเกิดจากปฏิสัมพันธ์ระหว่างโครงสร้างภายในของสังคมเองและของแต่ละบุคคล ในเวลาเดียวกัน โดยปรากฏให้เห็นทางวงจรชีวิตของบุคคลที่ประสานความเป็นตัวของตัวเองและ สร้างเสริมความผูกพันซึ่งกันและกันให้แน่นแฟ้นยิ่งขึ้น

สิทธิทางเพศ ได้แก่ สิทธิดังต่อไปนี้ 1. สิทธิที่จะมีเสรีภาพทางเพศ ต้องขจัดการบังคับข่มขู่ ทางเพศ การแสวงหาผลประโยชน์ และการล่วงเกินทางเพศทุกรูปแบบ 2. สิทธิที่จะมีความเป็นอิสระ ความเป็นตัวของตัวเอง และความปลอดภัยในร่างกาย รวมถึงการควบคุมและการหาความสุขจาก ร่างกายของตนเอง โดยปราศจากการทารุณกรรมและความรุนแรงในทุกรูปแบบ 3. สิทธิเท่าเทียม กันทางเพศ รวมทั้งความเคารพในความหลากหลายทางเพศ ไม่ว่าจะชายหรือหญิง และไม่ว่าจะ มีอายุ เชื้อชาติ ศาสนา ชนชั้น หรือมีรสนิยมทางเพศแบบใด 4. สิทธิที่จะมีสุขอนามัยทางเพศที่ดี รวมทั้งได้รับการรักษาพยาบาล โรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์อย่างถูกต้องและเหมาะสม 5. สิทธิที่จะ ได้รับความรู้เรื่องเพศที่กว้างขวางและเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่เบี่ยงเบน ซึ่งครอบคลุมความรู้ด้าน เพศศึกษาตั้งแต่เกิดจนตลอดชีวิต 6. สิทธิที่จะดำเนินชีวิตร่วมอย่างอิสระ จะแต่งงานหรือไม่ก็ได้ รวมทั้งสิทธิในการใช้ชีวิตร่วมทางเพศแบบอื่นๆ ที่ตนประสงค์ 7. สิทธิที่จะตัดสินใจโดยเสรีและ รับผิดชอบในการเจริญพันธุ์ สามารถเลือกการวางแผนครอบครัวที่เหมาะสม 8. สิทธิในความเป็น ส่วนตัว สามารถตัดสินใจในการดำเนินชีวิตทางเพศโดยอิสระ ภายใต้จริยธรรมทางสังคมและบุคคล (พันธ์ศักดิ์ ศุกระฤกษ์, 2542)

ดังนั้นในความสัมพันธ์ทางเพศบุคคลทุกคนจึงมีสิทธิที่จะไม่ให้ความยินยอมในการร่วม ประเวณีในกรณีที่อีกฝ่ายมีความต้องการที่จะร่วมประเวณีด้วย ถึงแม้ว่าอีกฝ่ายจะเป็นบุคคลที่ตน เคยมีความสัมพันธ์ร่วมประเวณีกันมาก่อนก็ตาม การตัดสินใจร่วมประเวณีหรือร่วมกิจกรรมทาง เพศใดๆ ย่อมตั้งอยู่บนความพึงพอใจสูงสุดของบุคคลนั้น โดยปราศจากการใช้ความรุนแรงโดยบุคคล อื่นๆ นอกจากนี้บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิเลือกที่จะคุมกำเนิด หรือป้องกันตนเองจากโรคติดต่อทาง เพศสัมพันธ์ มีสิทธิที่จะถามคู่นอนอีกฝ่ายว่าเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์หรือไม่ บุคคลทุกคน จะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติเพียงเพราะเหตุแห่งเพศ เพศสภาวะ อายุ เชื้อชาติ สถานะทางสังคม ศาสนา หรือความผิดปกติทางร่างกาย หรือจิตใจ (พรสิริ สุริยกันต์, 2557, หน้า 11-13)

3. แนวคิดเกี่ยวกับการสมรส

มนุษย์ต่างมีสัญชาตญาณในการสืบพันธุ์เพื่อให้บังเกิดบุตรหลานสืบแทนตนต่อไปภาย หน้า ในสังคมยุคเริ่มแรกมนุษย์อยู่รวมกันเป็นเผ่า(clan)การสมสู่กระทำโดยอิสระเสรีระหว่างบุคคล ในเผ่า โดยถือว่าทุกคนเป็นของกันและกัน ไม่มีการแยกคู่ต่างหากจากกันต่อมาจึงค่อยวิวัฒนาการ มาเป็นการอยู่กินเป็นคู่โดยเฉพาะเจาะจงขึ้นเพื่อไม่ให้เกิดการทะเลาะเบาะแว้งในการแย่งคู่ครอง

และเพื่อกำหนดการแยกสายตระกูลต่างหากออกจากกันจึงเกิดเป็นการสมรสขึ้น การสมรสมีความเกี่ยวข้องแน่นแฟ้นกับขนบธรรมเนียมประเพณีตามธรรมชาติแห่งท้องถิ่นที่การสมรสนั้นได้กระทำขึ้น โดยถือเป็นธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติก่อนแล้วจึงพัฒนาที่ละเล็กทีละน้อยจึงค่อยกลายมาเป็นสิ่งที่กฎหมายรับรองในที่สุด(ประสพสุข บุญเดช, 2550, หน้า 145)สำหรับประเทศไทยก่อนที่จะมีการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ในวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ.2478 การสมรสไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนสมรสและชายอาจมีภรรยาได้หลายคน โดยภรรยาจะมีฐานะเป็นเมียหลวง เมียน้อยลดหลั่นกันลงไป แต่ตั้งแต่ปี พ.ศ.2478 เป็นต้นมา การสมรสจะมีพิธีหรือไม่มีพิธีแต่งงานตามประเพณีก็ตาม ความสำคัญและสมบูรณ์ของการสมรสอยู่ที่จะต้องมีการจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามมาตรา 1457 และจะต้องมีคู่สมรสถูกต้องตามกฎหมายได้เพียงคนเดียวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามมาตรา 1452 (ธีรบรรณ กุลไพศาลธรรม, 2552, หน้า 9) โดยวัตถุประสงค์ของการที่กฎหมายกำหนดแบบแห่งการสมรส(form of marriage) ให้ต้องมีการจดทะเบียนสมรสก็เพียงเพื่อให้การสมรสนั้นเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป โดยให้มีทะเบียนสมรสที่เป็นเอกสารมหาชนอันมีผลทางกฎหมายต่อคู่สมรส ต่อบุคคลภายนอก และต่อรัฐ คู่สมรสได้ประโยชน์ในแง่ที่ตนได้มีหลักฐานทางราชการเกี่ยวกับการสมรสซึ่งสามารถนำออกแสดงต่อบุคคลภายนอกได้ ส่วนบุคคลภายนอกได้ประโยชน์ที่ได้รู้ถึงฐานะของการสมรสเพื่อจะได้ปฏิบัติตนได้ถูกต้องหากจำเป็นต้องติดต่อสัมพันธ์กัน สำหรับรัฐได้ประโยชน์ในการที่มีข้อมูลของประชาชนอย่างถูกต้องเพื่อจัดเก็บภาษีและจัดบริการทางสังคมอย่างเพียงพอ (ประสพสุข บุญเดช, 2550, หน้า 146)

สมมติฐานการวิจัย

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา(ฉบับที่ 19)พ.ศ. 2550 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ได้ยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่สามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายของตน เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ถูกกระทำในลักษณะข่มขืนกระทำชำเราได้ดียิ่งขึ้น เนื่องจากได้คำนึงถึงหลักความเสมอภาคระหว่างชายหญิงและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในร่างกายของบุคคล อย่างไรก็ตามกฎหมายดังกล่าวยังมีความบกพร่องบางประการซึ่งสมควรได้รับการแก้ไข

วิธีการวิจัย

การศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร(Documentary research)โดยการศึกษารวบรวมข้อมูลจากแหล่งข้อมูลต่างๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ได้แก่ ประมวลกฎหมาย ตำรา วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ บทความ วารสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ ตลอดจนคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับการข่มขืน

ชลชญา วงศ์ชญาอังกุล/อรรธมภา ไวยมุกข์

กระทำชำเราระหว่างคู่สมรส ทั้งนี้เพื่อที่จะได้รวบรวมข้อมูลและวิเคราะห์ให้ได้ข้อสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป

ผลการวิจัย

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา(ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ได้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอาญาของไทยที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบางประการ โดยหนึ่งในนั้นคือการยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่การข่มขืนกระทำชำเราโดยคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของตน โดยมุ่งให้เกิดความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันและเพื่อเป็นการคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่ถูกกระทำให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย และเพื่อแก้ไขปัญหาการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศ และขจัดความรุนแรงที่กระทำต่อผู้หญิง ในปัจจุบันนี้ การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสก็จะมี ความผิดโดยชัดเจนตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง อย่างไรก็ตามผู้ร่างกฎหมาย ได้คำนึงถึงลักษณะเฉพาะของการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีดังกล่าวซึ่งเป็นความรุนแรงในครอบครัวรูปแบบหนึ่ง จึงบัญญัติว่าเพิ่มเติมในมาตรา 276 วรรคสี่ว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้น ยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติดัง การลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

ถึงแม้กฎหมายอาญาที่แก้ไขใหม่ได้ให้ความคุ้มครองผู้ถูกกระทำในลักษณะข่มขืนกระทำชำเราได้ดียิ่งขึ้นเนื่องจากได้คำนึงถึงหลักความเสมอภาคระหว่างชายหญิงและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในร่างกายโดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพทางเพศของบุคคลที่สมรสแล้ว แต่ในปัจจุบันกฎหมายยังมีความบกพร่องบางประการ จึงควรได้รับการแก้ไขในประเด็นดังต่อไปนี้

1 ปัญหาจำกัดความของคำว่า“ความยินยอม”ในการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 มีองค์ประกอบภายนอก ได้แก่ การกระทำ คือ การข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหมายความว่า ได้กระทำชำเราโดยผู้อื่นมิได้สมัครใจหรือปราศจากความยินยอม ดังนั้นหากผู้อื่นยินยอมยอมไม่เป็นความผิด เพราะถือว่าเป็นการขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 276 (คำพิพากษาฎีกาที่ 828/2486) ความยินยอมจึงเป็นสาระสำคัญที่จะปฏิเสธการครอบงำประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา 276 ความยินยอมของผู้เสียหายเกี่ยวข้องโดยตรงกับการสละคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งแบ่งออกได้ 2 ประเภทคือ 1.คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม

(Universal Rechtsgut) เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยต่างๆ ผู้ที่เป็นเจ้าของคุณธรรมข้อนี้จะสละไม่ได้เพราะกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มุ่งให้เกิดความสงบแก่ส่วนรวม และมุ่งให้เกิดความยุติธรรมในสังคมเป็นสำคัญ 2.คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนตัว(Individual Rechtsgut) ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย เป็นต้น ผู้ที่เป็นเจ้าของคุณธรรมข้อนี้อาจจะยอมให้ผู้อื่นละเมิดได้ แต่ก็ต้องดูว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองเอกชนโดยส่วนตัวอย่างแท้จริงหรือไม่ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคหนึ่ง หรือการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภริยาตามมาตรา 276 วรรคสี่นั้น กฎหมายมุ่งคุ้มครองเอกชนโดยส่วนตัว แต่ถ้ากฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครองเพียงตัวบุคคลหากกฎหมายมองและมุ่งคุ้มครองสังคมส่วนรวมด้วย เช่น การข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือร่วมกันอันมีลักษณะเป็นการโหมหนิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกันตามมาตรา 276 วรรคสาม หรือการข่มขืนกระทำชำเราต่อหน้าธารกำนัล ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 281 เป็นต้น ความยินยอมของผู้เสียหายก็ไม่อาจลบล้างความผิดของผู้กระทำได้ และในกรณีมาตรา 276 วรรคสี่ วัตถุประสงค์และคุณธรรมทางกฎหมายคือความเสมอภาคระหว่างชายหญิง เสรีภาพทางเพศและสถาบันครอบครัว

หลักความยินยอม (volenti non fit injuria) หมายความว่าเมื่อให้ความยินยอมแล้วย่อมไม่ถือว่ามีความเสียหายหรือความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นละเมิด อย่างไรก็ตามการจะนำหลักดังกล่าวมาใช้ยกเว้นให้การกระทำที่ผิดกฎหมายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะต้องพิจารณาด้วยว่าจะนำมาใช้ยกเว้นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิ่งใด หากกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเฉพาะตัวผู้เสียหายแล้วผู้เสียหายยอมให้ความยินยอมต่อการกระทำนั้นได้ แต่ถ้าวัตถุประสงค์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองคือสังคมหรือประชาชนด้วยแล้วย่อมไม่สามารถนำความยินยอมของผู้เสียหายเพียงคนเดียวมาทำให้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาได้

การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส(spousal rape) กับการข่มขืนกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้า(stranger rape) ล้วนเป็นปัญหาทางสังคมทั้งสิ้น การข่มขืนกระทำชำเราทั้งสองประเภทอาจมีความแตกต่างกันในบางบริบท อย่างไรก็ตามในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น ความยินยอมถือเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด หากผู้ถูกกระทำยินยอมย่อมไม่เป็นความผิด เพราะถือว่าเป็นการขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 276 ทั้งสองกรณี ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ อย่างไรจึงจะถือว่าเป็นความยินยอม เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญามีได้บัญญัติไว้ ทำให้เกิดการตีความว่าอย่างไรจึงถือเป็นความยินยอม และในกรณีที่เคยให้ความยินยอมมาก่อนแล้วต่อมามีการบอกถอนความยินยอมในภายหลัง จะส่งผลให้การกระทำต่อเนืองมานั้นยัง

ชลชญา วงศ์ชญางกูร/อรรัมภา ไวยมุกข์

ถือเป็นการยินยอมหรือไม่ รวมถึงกรณีการนิ่งเฉยไม่ขัดขืนให้มีการร่วมประเวณีจะถือเป็นการให้ความยินยอมด้วยหรือไม่ และอย่างไรเป็นความจำยอม แล้วจำยอมจะถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนหรือไม่

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้บัญญัติเรื่องความยินยอมไว้โดยตรง แต่นักวิชาการด้านกฎหมายได้ให้ความหมายเกี่ยวกับความยินยอม พอสรุปได้ดังนี้ ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายต้องเป็นความยินยอมที่ไม่มีข้อบกพร่องใดๆในการแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอม ดังนั้นความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดจากการบังคับขู่เข็ญหรือหลอกลวงจึงไม่เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์ความยินยอมให้การกระทำที่จะใช้เป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ไว้ในฎีกาที่ 1403/2508 ดังนี้ “มีหลักทั่วไปยกเว้นความผิดอาญาอยู่ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้”

นอกจากนี้การพิจารณาเปรียบเทียบในเรื่องความยินยอมกับการสมัครใจนั้นจะพบว่าแตกต่างกัน เพราะในบางกรณีอาจยินยอมให้กระทำชำเราโดยที่ไม่สมัครใจก็เป็นได้กล่าวคือ ตกอยู่ในภาวะจำยอม ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้ให้บทนิยามและคำอธิบายแก่ “ความจำยอม” ivo อย่างไรก็ตาม หาก “ความจำยอม” เกิดขึ้นจากผู้ถูกกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ทั้งนี้อาจเป็นเพราะปัจจัยภายนอกทั้งหลายรวมทั้งสภาพแวดล้อมและสภาพร่างกายและจิตใจของผู้ถูกกระทำ ทำให้มีผลต่อการเข้าใจถึงสาระของเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นและส่งผลต่อการตัดสินใจของผู้เสียหายทั้งสิ้น ดังนั้นจึงไม่อาจถือว่ามี ความยินยอมได้ เช่น ยอมเพราะความกลัวว่าจะถูกทำร้าย รวมถึงการข่มขืนในขณะที่ผู้อื่นไม่รู้สึกร่วมไม่เรียกว่าสมัครใจด้วยเช่นกัน รวมไปถึงความยินยอมของผู้วิกลจริตย่อมไม่มีผลเป็นความยินยอม ผู้ที่เมาสุราหรือติดสุราอาจมีปัญหาเรื่องการให้ความยินยอม การกระทำชำเราผู้อื่นขณะที่ผู้อื่นนั้นเมาสุราหมดสติอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ กรณีเหล่านี้ถือเป็นการผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นทั้งสิ้น ในส่วนความยินยอมที่เกี่ยวข้องกับกรณีการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสนั้น เห็นว่าแม้การสมรสเป็นเรื่องของการทำพันธะสัญญา ซึ่งถือว่าสามีภรรยาที่ได้จดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมายนั้นได้ให้ความยินยอมที่จะอยู่กินด้วยกัน ในฐานะสามีภรรยา ซึ่งหมายความว่ารวมถึงการร่วมประเวณี อันถือเป็นสาระสำคัญของการสมรสประการและเป็นหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หน้าที่หนึ่ง แต่มิได้หมายความว่า การจดทะเบียนสมรสจะให้สิทธิคู่สมรสข่มขืนกระทำชำเราอีกฝ่ายหนึ่งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย

กรณีอาจให้ความยินยอมโดยปริยาย กล่าวคือ ในลักษณะการนิ่งเฉยไม่ขัดขวาง การนิ่งเฉยที่ถือเป็นความยินยอม ต้องเป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่าการนิ่งในพฤติการณ์เช่นนั้นเป็นการยินยอมและต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าไม่มีพฤติการณ์แวดล้อม หรือตกอยู่ในภาวะจำยอมหรืออยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยผู้ถูกระทำยังคงมีอำนาจอิสระในการตัดสินใจด้วย แต่ในบางกรณีการนิ่งเฉยก็ไม่ถือเป็นความยินยอม แต่ตกอยู่ในภาวะจำยอมหรือตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นการนิ่งเฉยไม่ขัดขวางเพราะมีพฤติการณ์แวดล้อมทำให้ตกอยู่ในสภาวะจำยอม โดยมีปัจจัยอื่นๆเป็นตัวกำหนดให้ผู้ถูกระทำตัดสินใจเลือกที่จะนิ่งเฉยไม่ขัดขวาง โดยไม่ได้เกิดจากความสมัครใจหรือมีอำนาจตัดสินใจโดยอิสระของตนเองอย่างแท้จริง

การบอกถอนความยินยอมถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่จะนำมาปฏิเสธการให้ความยินยอมไว้ก่อนหน้านั้นสิ้นผลไปและยุติความยินยอมทันที ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่อย่างไรก็ตามมีนักวิชาการบางท่านได้ให้ความเห็นสรุปได้ดังนี้ ดร.รณกรณ์ บุญมี(2553) ได้ให้ความเห็นไว้ 2 ประการ ประการที่หนึ่ง คือความยินยอมในการกระทำชำเรานั้นจะต้องมีตลอดเวลาที่การกระทำชำเราเริ่มขึ้นและดำเนินไปจนจบ หากฝ่ายที่ไม่ได้ถอนความยินยอมไม่ยอมหยุดการกระทำฝ่ายนั้นย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ประการที่สอง ในการบอกถอนความยินยอม นั้นถ้าหากฝ่ายหนึ่งถอนหรือยุติความยินยอม อีกฝ่ายหนึ่งจะต้องหยุดการกระทำในทันที ดังนั้นในกรณีที่ผู้ถูกระทำให้ความยินยอมในขณะที่เริ่มกระทำชำเรา แต่เปลี่ยนเป็นปฏิเสธให้ความยินยอมภายหลังการกระทำชำเราจนกระทั่งการกระทำชำเราจบสิ้นลง เมื่อมีปฏิเสธไม่ให้มีการกระทำชำเราต่อไปแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งกลับไม่ยอมหยุดการกระทำชำเราในทันทีและยังกระทำชำเราต่อไปผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

กล่าวโดยสรุปความยินยอมต้องเกิดจากความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ กล่าวคือ ต้องไม่เกิดจากการหลอกลวง หรือสำคัญผิด หรือข่มขู่ ด้วยประการใดๆ และความยินยอมต้องมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด หากบอกเลิกแล้วผู้กระทำยังข่มขืนกระทำก็ไม่มีเหตุที่จะยกเว้นความผิดให้แก่ผู้กระทำได้

2. ปัญหาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 กรณีคู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่ ในปัจจุบันซึ่งเป็นบทบัญญัติพิเศษใช้บังคับสำหรับกรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำระหว่างคู่สมรส สำหรับกรณีที่คู่สมรสยังประสงค์อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป โดยกำหนดให้ศาลมีอำนาจพิจารณาลดโทษให้น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 276 วรรคหนึ่งเพียงใดก็ได้หรือกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติก

ชลชญา วงศ์ชญางกูร/อรรัมภา ไวยมุกข์

แทนการลงโทษก็ได้ โดยคำว่า “คู่สมรส” ตามมาตรานี้คือ สามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย(วิมลเรขา ศิราชัยวรรณ, 2556, หน้า 147) เมื่อชายและหญิงได้ทำการจดทะเบียนสมรสโดยปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสที่กฎหมายกำหนดไว้ครบถ้วนแล้ว ชายและหญิงก็เป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือสามีภริยาโดยนิตินัย(ประสพสุข บุญเดช, 2550, หน้า 156) ส่วนการอยู่ด้วยกันโดยไม่สมรสเป็นความสัมพันธ์อีกรูปแบบหนึ่งซึ่งก่อให้เกิดความผูกพันกันในสถานะของความเป็นสามีภรรยาตามความเป็นจริงหรือสามีภรรยาโดยพฤตินัย ซึ่งในแต่ละประเทศก็มีรูปแบบของความสัมพันธ์ดังกล่าวที่ยาวนานเพียงพอกับการสมรส แต่การยอมรับพฤติการณ์ดังกล่าวของคู่ที่เข้ามาอยู่ร่วมกันให้มีสถานะเท่าเทียมกับคู่สมรสหรือไม่นั้น ก็ขึ้นอยู่กับกรยอมรับโดยกฎหมายของแต่ละประเทศนั้นๆ ประเทศไทยไม่มีกฎหมายลักษณะใดให้การรับรองชายหญิงดังกล่าว มีเพียงการแบ่งทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกันในรูปแบบของกรรมสิทธิ์รวมเท่านั้น ดังนั้นเมื่อเป็นเพียงสามีภรรยาโดยพฤตินัยย่อมไม่ใช่สามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์(ธีรวรรณ กุลไพศาลธรรม, 2552, หน้า 21-23) ดังนั้นจึงไม่ใช่คู่สมรสตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ อย่างไรก็ตามแม้เป็นเพียงสามีภรรยาโดยพฤตินัย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ก็ถือว่าอยู่ในนิยามคำว่า “บุคคลในครอบครัว” แล้ว ทั้งนี้เพราะพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวคำนึงถึงความสัมพันธ์ในครอบครัวทั้งตามกฎหมายและตามความเป็นจริง คำว่าบุคคลในครอบครัวตามที่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ให้คำนิยามไว้ในมาตรา 3 กล่าวคือ “บุคคลในครอบครัว” หมายความว่า คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กิน หรือเคยอยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคลใดๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคู่สมรสนั้น ได้ให้คำนิยามรวมถึงผู้ที่อยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสหรือสามีภรรยาโดยพฤตินัยด้วย แต่ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ คำว่า “คู่สมรส” หมายถึง สามีภริยาที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า มาตรา 276 วรรคสี่ เป็นกลไกของกฎหมายเพื่อรักษาสถาบันครอบครัวโดยการคุ้มครองบุคคลจากความรุนแรงในครอบครัว ในลักษณะเดียวกันกับพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวและมีการคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาซึ่งแตกต่างจากการข่มขืนจากคนแปลกหน้า นอกจากนี้วัตถุประสงค์และคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสามีภรรยาตามมาตรา 276 วรรคสี่นั้น มุ่งคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างชายหญิงและเสรีภาพทางเพศ แม้ว่าจะสมรสแล้วก็ตามก็ยังคงมีสิทธิในการตัดสินใจที่จะร่วมประเวณีกับคู่สมรสหรือปฏิเสธโดยไม่ถูกผูกพันด้วยพันธะสัญญาสมรสหรือหน้าที่ของคำว่าภรรยาหรือสามีไม่ว่าจะเป็น

หน้าที่ตามกฎหมายหรือตามจารีตประเพณี ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าเมื่อกฎหมายมีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองความเสมอภาคและเสรีภาพทางเพศของผู้ที่สมรสแล้วก็ควรหมายรวมถึงคู่สมรสที่มีได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายด้วย เพราะไม่อาจปฏิเสธได้ว่า การอยู่กินกันฉันสามีภรรยาหรือสมรสกันตามประเพณีโดยที่อาจไม่มีการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นเป็นปกติในสังคม ซึ่งในกรณีดังกล่าวในทางสังคมถือว่าเป็นสถาบันครอบครัวเช่นเดียวกัน เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการที่กฎหมายกำหนดแบบแห่งการสมรส(form of marriage) ให้ต้องมีการจดทะเบียนสมรสก็เพียงเพื่อให้การสมรสนั้นเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป โดยให้มีทะเบียนสมรสที่เป็นเอกสารมหาชนอันมีผลทางกฎหมายต่อคู่สมรส ต่อบุคคลภายนอก และต่อรัฐ คู่สมรสได้ประโยชน์ในแง่ที่ตนได้มีหลักฐานทางราชการเกี่ยวกับการสมรสซึ่งสามารถนำออกแสดงต่อบุคคลภายนอกได้ ส่วนบุคคลภายนอกได้ประโยชน์ที่รับรู้ถึงฐานะของการสมรสเพื่อจะได้ปฏิบัติตนได้ถูกต้องหากจำเป็นต้องติดต่อสัมพันธ์กันสำหรับรัฐได้ประโยชน์ในการที่มีข้อมูลของประชาชนอย่างถูกต้องเพื่อจัดเก็บภาษีและจัดบริการทางสังคมอย่างเพียงพอ (ประสพสุข บุญเดช, 2550, หน้า 146)

แนวคิดการบังคับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายอาญาในฐานะความผิดข่มขืนกระทำชำเรากับคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายอาญาฝรั่งเศสในมาตรา 222-24 ซึ่งมาตราดังกล่าวนอกจากจะบังคับใช้กับคู่สมรสตามกฎหมายแล้ว ยังรวมถึงผู้ที่อยู่กินฉันสามีภรรยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส (Concubinage) และคู่ตามสัญญาทางแพ่งในการดูแลซึ่งกันและกัน (PACS) ด้วย

3. ปัญหาการตีความกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ในกรณีที่คู่สมรสเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี

การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่สามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายของตน นอกจากจะมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ ในส่วนของมาตรา 277 นั้นก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ดังนี้

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

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

คำว่า “ซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน” ตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่ย่อมแสดงให้เห็นว่า หากกระทำชำเราภริยาหรือสามีของตนย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรา นี้ เพราะคำว่า “ซึ่งมิใช่ภริยาหรือ

สามีของตน” เป็นองค์ประกอบในทางปฏิเสธ ดังนั้นหากเป็นภริยาหรือสามีของตนแล้วย่อมกระทำ
ได้

ผลการวิจัยพบว่า การแก้ไขมาตรา 277 จะเห็นว่ายังคงยกเว้นความรับผิดชอบให้สามีซึ่งไม่ต่าง
ไปจากเดิมก่อนที่จะมีการแก้ไขกฎหมาย เพียงแต่เพิ่มข้อยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่ภรรยาด้วย แต่
ในขณะที่มาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่มีการเปลี่ยนแปลงจากเดิมไปอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือยกเลิก
ข้อยกเว้นความรับผิดชอบของคู่สมรสฝ่ายหนึ่งเมื่อกระทำการข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสของตน จาก
กรณีดังกล่าวจึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าเพราะเหตุใดการแก้ไขมาตรา 277 ว่าด้วยการกระทำ
ชำเราเด็ก จึงไม่ได้รับการแก้ไขให้สอดคล้องกับมาตรา 276 จึงอาจกล่าวได้ว่ากรณีกระทำชำเรา
ภรรยาที่เป็นเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปีไม่มีความผิด แต่ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาที่เป็นผู้ใหญ่กลับมี
ความผิด

ในประเด็นนี้ได้มีความเห็นจากนักวิชาการออกเป็นสองฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายที่ 1 เห็นว่า หาก
กระทำชำเราภริยาหรือสามีของตนที่เป็นเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 277
แต่หากภริยาหรือสามี “ไม่ยินยอม” ก็เป็นการ “ข่มขืน” ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 276 วรรคสี่ได้
เพราะถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเช่นกัน (สถิตย์ ไพเราะ, 2552, หน้า 321) ส่วนฝ่ายที่ 2
เห็นว่าหากกระทำชำเราภริยาหรือสามีของตนที่เป็นเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี ไม่เป็นความผิดตาม
มาตรา 277 เช่นกัน และจะไม่กลับไปผิดตามมาตรา 276 อีก เพราะคนละมาตรากัน จะเห็นว่า
กรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบทลงโทษตามมาตรา 276 ก็ไม่ได้เพราะมาตรา 277 ให้อำนาจสามี
กระทำกับภริยาเด็กของตนได้อยู่แล้วมาตราอื่นก็จะเอาผิดอีกไม่ได้ (ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2553,
หน้า 598)

ผู้วิจัยมีความเห็นสอดคล้องกับความเห็นฝ่ายที่สอง เพราะหากพิจารณาตามตัวบทมาตรา
277 จะตีความได้ว่าการกระทำชำเราภริยาหรือสามีของตนที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี แม้เด็ก
ซึ่งเป็นคู่สมรสจะไม่ยินยอมก็ตามก็สามารถทำได้ โดยไม่เป็นความผิดตามมาตรา 277 จนกว่าคู่
สมรสนั้นจะมีอายุเกินสิบห้าปี จึงจะอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 276 วรรคสี่ จึงจะทำให้การข่มขืนคู่
สมรสมีความผิด และไม่อาจกลับไปใช้มาตรา 276 วรรคสี่ได้ เนื่องจากจะเป็นการขัดต่อหลัก
“nullum crimen, nulla poena sine lege” หรือ “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย”
หลักการดังกล่าวส่งผลให้กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนปราศจากความคลุมเครือ
กฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด ห้ามตีความกฎหมายเกินตัวบท และไม่สามารถนำ
กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) มาปรับใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำได้ เนื่องจากมาตรา 277 เป็น
บทเฉพาะที่ใช้กับเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี ไม่ใช่บททั่วไปที่ใช้กับบุคคลทั่วไปเพราะมีโทษหนักกว่า จึง
ไม่สามารถนำมาตรา 276 มาปรับใช้แก่กรณีนี้ได้ จะเห็นได้ว่าสถานะของกฎหมายอาญาในปัจจุบัน

ที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสที่อายุไม่เกิน 15 ปียังมีความบกพร่องคลุมเคลืออยู่สมควรได้รับการแก้ไขให้สอดคล้องกับมาตรา 276 และเจตนารมณ์ของกฎหมายต่อไป

นอกจากนี้จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่า ประมวลกฎหมายอาญาอินเดียมาตรา 375 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า การข่มขืนกระทำชำเราที่ได้กระทำต่อภรรยาของตนซึ่งมีอายุเกินกว่าสิบห้าปีไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด ดังนั้นหากเป็นการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภรรยาของตนเองแล้ว สามิจึงไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ เว้นเสียแต่ว่าภรรยาของผู้กระทำความผิดนั้นมียุ่ต่ำกว่า 15 ปี ผู้กระทำจึงจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ย่อมแสดงให้เห็นว่ากฎหมายคุ้มครองภรรยาที่เป็นเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี เห็นได้ว่าแม้ในประเทศที่สถานภาพของหญิงถูกกดขี่ในทางเพศ มีการเลือกปฏิบัติและความไม่เท่าเทียมกันในทางเพศ รัฐยังให้ความสำคัญและตระหนักถึงคู่สมรสที่เป็นเด็กเป็นพิเศษ ดังนั้นประเทศไทยจึงควรตระหนักและให้ความสำคัญแก่คู่สมรสที่เป็นเด็กเช่นเดียวกัน

อภิปรายผลและข้อเสนอแนะการวิจัย

ในประเด็นเรื่องความเหมาะสมของการบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดอาญา โดยการยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบอาญาที่เคยมีอยู่ในกฎหมายอาญาเดิมนั้น งานนิพนธ์เล่มนี้ได้ข้อสรุปแตกต่างจากงานวิจัยชิ้นอื่นซึ่งมักได้ข้อสรุปว่าการที่พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ซึ่งได้กำหนดให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดในทุกกรณีนั้นไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดผลร้ายมากกว่าผลดีต่อสถาบันครอบครัว โดยจะนำมาซึ่งความแตกร้างและล่มสลายของชีวิตสมรส โดยเห็นว่ากฎหมายอาญาควรกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเรานั้นเป็นความผิดเฉพาะในพฤติการณ์ที่เห็นได้ชัดเจนว่าชีวิตสมรสนั้นได้แตกสลายลงไปแล้ว แต่คู่สมรสยังคงมีสถานะทางกฎหมายเป็นสามีหรือภริยากันอยู่หรือในพฤติการณ์ที่เห็นได้ว่าการกระทำชำเรานั้นอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่อนามัยของอีกฝ่ายอย่างร้ายแรง (พรสิริ สุริยภัณฑ์, 2557 ; วิมลเรขา ศิริชัยราวรรณ, 2556) ในทางตรงกันข้าม ผู้วิจัยมีความเห็นพ้องด้วยกับการแก้ไขกฎหมายในลักษณะที่เป็นอยู่ในกฎหมายอาญาไทยปัจจุบัน กล่าวคือ คู่สมรสฝ่ายหนึ่งอาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสของตนได้ในทุกกรณีโดยไม่มีข้อยกเว้น เนื่องจากเป็นการส่งเสริมสถาบันครอบครัวที่สอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบันซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันระหว่างสามีภริยา โดยวัตถุประสงค์ของทะเบียนสมรสก็เพื่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายและการคุ้มครองบุคคลภายนอกเท่านั้น มิฉะนั้นแล้วทะเบียนสมรสก็ยังคงก่อให้เกิดสิทธิที่คู่สมรสจะข่มขืนกระทำชำเราอีกฝ่ายหนึ่งได้อยู่ต่อไป กฎหมายอาญาในสถานะที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้เป็นการรับรองสิทธิของคู่สมรสจะปฏิเสธให้ร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์ได้

โดยอิสระ กล่าวคือ สิทธิและเสรีทางเพศของบุคคลมิได้ถูกลดทอนลงอันเนื่องมาจากสถานภาพสมรสของบุคคลนั้นๆ และคู่สมรสฝ่ายผู้กระทำไม่มีสิทธิใช้อำนาจหรือใช้กำลังเพื่อให้อีกฝ่ายร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์กับตนได้ ดังนั้นเมื่อคู่สมรสไม่ยินยอมในกรณีดังกล่าวก็อาจเป็นเหตุฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น หากมีการข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 การกำหนดโทษทางอาญาเป็นการยืนยันรับรองสิทธิผู้ที่จดทะเบียนสมรสในเนื้อตัวร่างกายและสิทธิทางเพศ นอกจากนี้ยังเห็นว่าการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา(ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 มิได้ทำให้สถาบันครอบครัวต้องล่มสลายแต่อย่างใด เพราะเห็นว่าการที่คู่สมรสจะดำเนินการฟ้องร้องคดีต่อกันได้ ต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจปรองดองหรืออยู่ร่วมกันอีกต่อไปได้แล้วจึงเลือกใช้วิธีการดำเนินคดีต่อกัน จึงกล่าวได้ว่าสถาบันครอบครัวนั้นได้แตกแยกมาก่อนแล้วจนไม่อาจประนีประนอมต่อกันได้ การดำเนินคดีต่อกันจึงเป็นทางออกสุดท้ายโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการแสดงออกถึงความชัดเจนของสถานะและความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสว่าไม่อาจประนีประนอมหรืออยู่ร่วมกันอีกต่อไปได้

อย่างไรก็ตามผู้วิจัยพบว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสยังมีข้อบกพร่องบางประการที่สมควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขในประเด็นดังต่อไปนี้

1. ในประเด็นเรื่องความหมายของ “ความยินยอม” อันจะทำให้ขาดองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น เมื่อเป็นการข่มขืนกระทำชำเราโดยคู่สมรส อาจเกิดปัญหาในเรื่องการตีความ “ความยินยอม” โดยเฉพาะในกรณีความจำยอมในการมีเพศสัมพันธ์กับคู่สมรส ผู้วิจัยจำแนกความจำยอมออกได้ 4 ประการ ดังนี้ 1. ความจำยอมที่เกิดจากตัวผู้ถูกระทำอันเนื่องมาจากความสามารถของผู้ถูกระทำ 2. ความจำยอมที่เกิดจากตัวผู้ถูกระทำอันเนื่องมาจากลักษณะทางกายภาพ 3. ความจำยอมที่เกิดจากตัวผู้กระทำอันเนื่องมาจากการใช้กำลังทางกายภาพของผู้กระทำ 4. ความจำยอมที่เกิดจากตัวผู้กระทำอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจครอบงำทางจิตใจ จะเห็นได้ว่าความจำยอมต้องมีพฤติการณ์หรือสภาพแวดล้อมเป็นปัจจัยที่สำคัญ ที่คอยควบคุมการกระทำดังกล่าว โดยผู้ถูกระทำมิได้มีอิสระในการตัดสินใจ หรือสมัครใจอย่างแท้จริงที่จะเข้ากระทำการนั้นๆ แต่อยู่ในสถานะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ด้วยเหตุผลใดๆก็ตาม กล่าวคือเป็นการนิ่งเฉยไม่ขัดขวางเพราะตกอยู่ในสถานะจำยอมมิได้เป็นการให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีแต่อย่างใด

เมื่อการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของคู่สมรสเป็นความผิดอาญาในหลายประเทศทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทย แต่เมื่อตัวบทกฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยตรงทำให้เกิดการตีความว่าอย่างไรจึงถือเป็นความยินยอมอันจะทำให้ขาดองค์ประกอบความผิดของการข่มขืนกระทำชำเรา โดยเฉพาะในการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส ดังนั้นเห็นควรให้บัญญัติเพิ่มเติม

เกี่ยวกับคำจำกัดความนิยาม คำว่า ความยินยอม ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ให้ชัดเจน ในลักษณะเดียวกันกับที่ได้มีการนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 276 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

2. ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ คำว่า “คู่สมรส” หมายถึง สามีภรรยาที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายเท่านั้นหรือสามีภรรยาโดยนิตินัยเท่านั้น มาตรา 276 วรรคสี่ สามารถใช้เป็นกลไกของกฎหมายเพื่อรักษาสถาบันครอบครัวและคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสซึ่งแตกต่างจากการข่มขืนกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้า โดยวัตถุประสงค์และคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหว่างสามีภรณยานั้น มุ่งคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างชายหญิงและเสรีภาพทางเพศของบุคคล แม้ว่าจะสมรสแล้วก็ตามก็มีสิทธิในการตัดสินใจร่วมประเวณีหรือปฏิเสธโดยไม่ถูกผูกพันด้วยพันธะสัญญาสมรสหรือหน้าที่ของคำว่า ภรรยาหรือสามีไม่ว่าจะโดยกฎหมายหรือโดยจารีตประเพณี ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าเมื่อกฎหมายมีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองความเสมอภาคและเสรีภาพทางเพศก็ควรรวมไปถึงคู่สมรสที่มีได้จดทะเบียนแต่ยังอยู่กินฉันสามีภรรยาด้วย เมื่อคุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองเป็นเรื่องเดียวกัน ผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรให้บัญญัติเพิ่มเติมโดยกำหนดขอบเขตของคำว่า “คู่สมรส” ตามมาตรา 276 วรรคสี่ ให้กว้างมากขึ้นในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายอาญาฝรั่งเศส โดยให้ความคุ้มครองรวมถึงผู้ที่อยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสหรือสามีภรรยาโดยพฤตินัยด้วย ในลักษณะเดียวกันกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 แต่เฉพาะผู้ที่ยังอยู่กินด้วยกันเท่านั้น ไม่รวมถึงคู่สมรสเดิมหรือเคยอยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส

3. ในประเด็นปัญหาการตีความกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ในกรณีที่คู่สมรสเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ผู้วิจัยเห็นว่าหากพิเคราะห์ตามตัวบทมาตรา 277 จะตีความได้ว่าการกระทำชำเราภรรยาหรือสามีของตนที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี แม้เด็กซึ่งเป็นสามีหรือภรรยาจะไม่ยินยอมก็ตามก็สามารถกระทำได้ โดยไม่เป็นความผิดตามมาตรา 277 จนกว่าสามีหรือภรรยาเด็กนั้นจะมีอายุเกินสิบห้าปี จึงจะอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 276 วรรคสี่ ที่จะทำให้การข่มขืนสามีหรือภรณามีความผิด และไม่อาจกลับไปใช้มาตรา 276 วรรคสี่ได้ เนื่องจากเห็นว่า การกระทำเช่นนั้นจะเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายอาญา เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญานั้นมีหลักมาจากหลัก “nullum crimen, nulla poena sine lege” หรือ “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” ด้วยหลักการนี้ส่งผลให้กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนปราศจากความคลุมเครือ ซึ่งจะมีผลต่อการตีความกฎหมายเป็นอย่างมาก กล่าวคือกฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด ห้ามตีความกฎหมายเกินตัวบท และไม่สามารถนำกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) มาปรับใช้เพื่อ

ชลชญา วงศ์ชญางกูร/อรรัมภา ไวยมุกข์

ลงโทษผู้กระทำผิด และนอกจากนั้นมาตรา 277 เป็นบทเฉพาะที่ใช้กับเด็ก ไม่ใช่บททั่วไปที่ใช้กับบุคคลทั่วไปเพราะมีโทษหนักกว่า จึงเห็นว่าจะไม่สามารถนำมาตรา 276 มาปรับใช้แก่กรณีนี้ได้

ดังนั้นเพื่อให้สอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันและเป็นการคุ้มครองทางเพศแก่เด็ก เห็นควรแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 277 โดยเพิ่มเติมมาตรา 277 วรรคหก โดยให้บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำ ความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำต่อคู่สมรสที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นไม่ยินยอม ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษตามวรรคหนึ่งด้วย และในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้” ในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 276 วรรคสี่ แต่ไม่ควรกำหนดให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจลงโทษน้อยกว่าที่กำหนดไว้ได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็ก

รายการอ้างอิง

- พรสิริ สุริยกันท์. (2557). *การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรส*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- พันธ์ศักดิ์ ศุภระฤกษ์, (มิถุนายน 2542) . สิทธิทางเพศ. *นิตยสารหมอชาวบ้าน* 242(6). เข้าถึงได้จาก <https://www.doctor.or.th/article/detail/2145>
- ประสพสุข บุญเดช (2550). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว*. (พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (กันยายน 2553). *ขอชำเราครั้งใหม่!!!* สะใจผู้แก้ไข แต่เพิ่มทุกข์ภัยแก่เพศหญิง. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*. 39(3), 695-699.
- ธีรวรรณ กุลไพศาลธรรม. (2552). *ปัญหาทางกฎหมายที่มีผลกระทบต่อมูลเหตุจูงใจในการสมรส*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- รณกรณ์ บุญมี. (ธันวาคม 2553). *ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหลังการกระทำชำเราด้วยความยินยอม*. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 39(4), 769-787
- วิมลเรขา ศิริชัยวารรณ. (2556). *หลักความเสมอภาคระหว่างหญิงชายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 : ศึกษากรณีการข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ดุสิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สถิตย์ ไพเราะ (2552). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 209-287 และมาตรา 367-398.

(พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ :สำนักพิมพ์สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. (2552). ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำ
ชำเรากับการกระทำอนาจาร. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

Finkelhor, D., & Yllö, K. (1987). *License to Rape: Sexual Abuse of Wives*: Free Press.