

การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกันศึกษากรณี
มาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

สิรภัทร ปิยะเวช

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
2560

การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกันศึกษากรณี
มาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา
สิรภัทร ปิยะเวช
คณะนิติศาสตร์

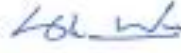
ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ดร.วิธา ส้าเสิศ)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ได้ พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาด้านหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

รองศาสตราจารย์..........ประธานกรรมการ
(ดร.พินิต ณ นคร)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........กรรมการ
(ดร.วราภรณ์ รามพิทักษ์)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........กรรมการ
(ดร.วิธา ส้าเสิศ)

รองศาสตราจารย์..........คณบดี
(นรศ. เกษะประกร)
ตุลาคม 2560

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกันศึกษากรณี
	มาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา
ชื่อผู้เขียน	นางสาวสิริภัทร ปิยะเวช
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2560

ในปี 2550 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ซึ่งการแก้ไขบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ส่งผลให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา แต่สำหรับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรณยานั้น กฎหมายได้บัญญัติเหตุผลโทษให้กับผู้กระทำ หากเป็นการกระทำความผิดระหว่างสามีภรรยาไว้โดยเฉพาะ ซึ่งคำว่าสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายอาญา หมายความว่า บุคคลที่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การสมรสที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยต้องเป็นบุคคลที่มีเพศสภาพตามกำเนิดเป็นชายและหญิงเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ... ได้รับการยกร่างโดยมีเจตนารมณ์ให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันมีสถานะเท่าเทียมกับสามีภรรยา ซึ่งหากร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้บังคับใช้เป็นกฎหมาย คู่ชีวิตเพศเดียวกันจะมีสถานภาพและการรับรองตามกฎหมายคล้ายคลึงกับสามีภรรยา เป็นเหตุให้ต้องมีการศึกษา บทบัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา เพื่อนำมาปรับใช้กับกรณีของการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน โดยศึกษาผ่านวิธีการวิจัยเอกสารทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา รวมถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน

ผลจากการศึกษาร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ได้บัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ซึ่งคู่ชีวิตเพศเดียวกันได้รับจะมีลักษณะเช่นเดียวกับสามีภรรยา จากบทบัญญัติของร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ที่ให้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวกับสามีภรณามาปรับใช้กับคู่ชีวิตโดยอนุโลม แต่อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันมีสถานภาพเช่นเดียวกับสามีภรรยาอย่างชัดเจน และไม่ได้กล่าวถึงลักษณะของการกระทำความผิดทางอาญาต่อกันไว้แต่อย่างใด อีกทั้งคู่ชีวิตเพศเดียวกันก็ไม่เข้าองค์ประกอบสำคัญในลักษณะของการเป็นสามีภรรยาตามกฎหมายไทย ซึ่งได้กำหนดเพศของการสมรสไว้ชัดเจนแล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ อันเป็นการกำหนดเงื่อนไขทางเพศของคู่สมรสเอาไว้เฉพาะชายหญิงเท่านั้น ที่จะสามารถตีความคู่ชีวิตเพศเดียวกันให้มีสถานภาพเช่นเดียวกับสามีภรรยาได้

และเพื่อให้สามารถนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มาปรับใช้กับคู่ชีวิตเพศเดียวกันตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

ให้มีสถานภาพเช่นเดียวกับสามีภรรยาตามกฎหมายไทย ตามเจตนารมณ์ของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับสถานภาพระหว่างคู่ชีวิตไว้เป็นหมวดหนึ่งโดยเฉพาะ กำหนดให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันตามร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว มีสถานภาพตามกฎหมายเช่นเดียวกับ สามีภรรยาทุกประการ รวมทั้งข้อความในกฎหมายใดที่กล่าวถึงสามีภรรยา หรืออ้างถึงความสัมพันธ์อย่างเช่นสามีภรรยาในกฎหมายอื่น ให้หมายความรวมถึงคู่ชีวิตเพศเดียวกันด้วย เพื่อให้สถานภาพของคู่ชีวิตเพศเดียวกันมีบทบัญญัติรับรองให้มีสถานะเทียบเท่าสามีภรรยาตามกฎหมาย ซึ่งการมีสถานะดังกล่าวได้ครอบคลุมถึงการข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ด้วย โดยถือว่าคู่ชีวิตเพศเดียวกันมีสถานะเป็นสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 โดยปริยาย นอกจากนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ไม่ใช่เป็นการรับรองสถานะของคู่ชีวิตเพศเดียวกันให้มีสถานภาพเช่นเดียวกับสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น แต่เป็นการรับรองสถานะของคู่ชีวิตเพศเดียวกันให้มีสถานภาพเช่นเดียวกับสามีภรรยาตามกฎหมายอื่น ๆ ด้วย

ABSTRACT

Tittle of Thesis	Rape Among Same-Sex Couples Studying Case, Article 276 of the Criminal Code
Author	Miss Sirapat Piyawech
Degree	Master of laws
Year	2017

In 2007, the provisions on rape under section 276 were amended. As a result, rape among husband and wife is guilty according to the Criminal Code. But for rape between husband and wife. The law has reduced the penalty for the offender. If the offense between husband and wife is specifically. The word husband According to the Penal Code, a person who complies with the marriage rules provided for in the Civil and Commercial Code. It must be a man with male and female sex. However, today. The Matrimonial Registration Act BE ... was drafted with the intent of providing same sex couples. Equal status for husbands and wife If the bill is enforced as a law. Same sex couples have the same status and legal endorsement as husbands and wives. It is a must to study. The provisions on rape between husbands and wives to apply to rape cases between same sex couples. Study through document research in Thailand and abroad. Related to rape between husband and wife Include the rights and duties of the same sex partner.

The results of the drafting of the Act on the Registration of Marriage Partners, BE ..., provide the same rights and duties that same-sex couples receive in the same manner as husband and wife. From the provisions of the bill. To bring the Civil and Commercial Code and other laws. Husbands and wives apply to their spouses *mutatis mutandis*. However The bill does not require same-sex couples to have the same status as husband and wife. And do not mention the nature of the criminal offense in any way. Also, same-sex couples do not have a significant element in the manner of being a spouse under Thai law. The gender of the marriage is clear. According to the Civil and Commercial Code, It is the sexual orientation of the spouse only for men and women. To be able to interpret same-sex couples the same status as husband and wife.

And to be able to apply the provisions on rape. According to the Penal Code, Section 276 applies to same-sex couples according to the Bill of Marriage Act, BE ..., To the same status as a spouse under Thai law. According to the intention of the bill. It is necessary to amend the bill. In addition, the provisions on the status of spouses in a particular category. The same sex couples according to the bill. Have the same legal status as husbands and wives in all respects. Including the text in the law referred to husbands. Or refer to a relationship like husband and wife in another law. Include same-sex couples. To ensure that same-sex couples have the same legal status as spouses. The existence of such status covers the rape under the Penal Code Section 276, with the same sex couples have the status of spouses under the Penal Code Section 276 implicitly. In addition, the amendment to the bill. It is not a testament to the status of same-sex couples to the same status as husbands and wives under

(6)

the penal code. However, the status of same-sex couples is the same as that for husband and wife under other laws.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เรื่องการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกันศึกษากรณีมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา สำเร็จจุล่งได้ด้วยความช่วยเหลือและความกรุณาเป็นอย่างยิ่งจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้าเลิศ ผู้ซึ่งเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและอาจารย์ผู้ควบคุมวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน โดยท่านได้กรุณาสละเวลาคอยให้คำปรึกษา ชี้แนะแนวทาง ให้ความอนุเคราะห์ในการช่วยเหลือการค้นคว้าหาข้อมูล ตลอดจนให้คำแนะนำในการจัดทำและเรียบเรียง อีกทั้งช่วยเหลือสนับสนุนในด้านการตรวจทานและแก้ไขข้อบกพร่องของวิทยานิพนธ์นี้จนสำเร็จจุล่ง ผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านอาจารย์เป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรารณ วนาพิทักษ์ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ายิ่ง ในการร่วมเป็นคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมทั้งให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะเพิ่มเติมในประเด็นข้อกฎหมายและประเด็นปัญหาต่าง ๆ ตลอดจนให้คำแนะนำที่ดีในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ให้ถูกต้องและสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ซึ่งตลอดระยะเวลาในการศึกษาและการจัดทำวิทยานิพนธ์นี้ ขอขอบพระคุณ บิดา มารดา และ ครอบครัวผู้ซึ่งสนับสนุนทุนการศึกษา และเป็นกำลังใจแก่ผู้เขียนมาโดยตลอด รวมทั้งเพื่อน ๆ ทุกคน ที่ให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนในด้านต่าง ๆ จนวิทยานิพนธ์นี้สามารถดำเนินไปกระทั่งสำเร็จจุล่งลงได้

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะเป็นประโยชน์และมีคุณค่าต่อผู้สนใจเพื่อการศึกษาค้นคว้าและพัฒนาความรู้ต่อไป และขอให้คุณความดีในส่วนของคุณประโยชน์และคุณค่าทางวิชาการของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นเครื่องบูชาแก่บิดามารดา บุรพจารย์และผู้มีพระคุณทุกท่าน ตลอดจนผู้เขียนตำราและเอกสารต่าง ๆ ที่ได้นำมาอ้างอิง แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียวและขออภัยไว้ ณ ที่นี้

สิรภัทร ปิยะเวช

ตุลาคม 2560

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	(3)
ABSTRACT	(5)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
สารบัญ	(8)
สารบัญตาราง	(11)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	6
1.3 สมมติฐานของการวิจัย	6
1.4 ขอบเขตของการวิจัย	6
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	7
บทที่ 2 ความหมาย แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเราที่เกี่ยวกับคู่ชีวิตเพศเดียวกัน	8
2.1 แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา	8
2.1.1 ประวัติความเป็นมาของการข่มขืนกระทำชำเรา	8
2.1.2 แนวความคิดของนักกฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา	11
2.1.3 รูปแบบของการข่มขืนกระทำชำเรา	12
2.1.4 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	14
2.2 โครงสร้างความคิดทางอาญา	17
2.2.1 การกระทำครบองค์ประกอบ	18
2.2.2 ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด	27
2.2.3 ไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ	32
2.3 องค์ประกอบความรับผิดของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	38
2.3.1 องค์ประกอบความรับผิดของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย	38
2.3.2 องค์ประกอบความรับผิดของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในต่างประเทศ	40
2.4 คู่ชีวิตเพศเดียวกัน	42

2.4.1	คำนิยาม	42
2.4.2	เงื่อนไขในการจดทะเบียนของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน	42
2.4.3	การรับรองตามกฎหมาย	44
บทที่ 3	กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกันในประเทศไทย	48
3.1	กฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรง (ประมวลกฎหมายอาญา)	48
3.1.1	วิวัฒนาการของประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา	48
3.1.2	บทบัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบัน	53
3.1.3	การข่มขืนกระทำชำเรากรณีทั่วไป ตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา	55
3.1.4	การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา	58
3.2	กฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่นๆ	59
3.2.1	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560	59
3.2.2	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	60
3.2.3	ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.	63
3.2.4	พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550	64
บทที่ 4	กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา การกระทำความรุนแรงในครอบครัว และการจดทะเบียนความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน	68
4.1	กฎหมายต่างประเทศกรณีความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา	68
4.1.1	ประเทศอังกฤษ	68
4.1.2	ประเทศสหรัฐอเมริกา	73
4.1.3	ประเทศฝรั่งเศส	79
4.2	กฎหมายต่างประเทศกรณีการกระทำความรุนแรงในครอบครัว	81
4.2.1	ประเทศอังกฤษ	81
4.2.2	ประเทศสหรัฐอเมริกา	85
4.2.3	ประเทศฝรั่งเศส	88
4.3	กฎหมายต่างประเทศกรณีการจดทะเบียนความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน	90
4.3.1	ประเทศอังกฤษ	90
4.3.2	ประเทศสหรัฐอเมริกา	96
4.3.3	ประเทศฝรั่งเศส	102
บทที่ 5	บทวิเคราะห์ปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน	112
5.1	คำนิยามระหว่างสามีภรรยาตามกฎหมายไทยกับคู่ชีวิตเพศเดียวกันตาม	112

ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.	
5.1.1 สามีภรรยาตามกฎหมายไทย	112
5.1.2 คู่ชีวิตเพศเดียวกันตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.	113
5.1.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบค่านิยมระหว่างสามีภรรยาตามกฎหมายไทยกับ คู่ชีวิตเพศเดียวกันตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.	113
5.2 การกำหนดโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและการคุ้มครองความรุนแรง ของผู้ถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัว	114
5.2.1 การกำหนดโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	114
5.2.2 การคุ้มครองความรุนแรงของผู้ถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัว	116
5.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตเพศเดียวกันที่จดทะเบียนคู่ชีวิต ในประเทศไทยและต่างประเทศ	118
5.3.1 ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ของประเทศไทย	119
5.3.2 The Civil Partnerships Act 2004 ของประเทศอังกฤษ	119
5.3.3 Vermont Civil Union Bill ของประเทศสหรัฐอเมริกา	120
5.3.4 Civil Solidarity Pact (Pacs) ของประเทศฝรั่งเศส	121
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	126
6.1 บทสรุป	126
6.2 ข้อเสนอแนะ	128
บรรณานุกรม	131
ภาคผนวก	137
ประวัติผู้เขียน	142

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
5.1 เปรียบเทียบเชิงวิเคราะห์สิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตเพศเดียวกันที่จดทะเบียน คู่ชีวิตในประเทศไทยและต่างประเทศ	123

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันคำว่าคู่ชีวิตหรือในลักษณะของบุคคลที่ใช้ชีวิตร่วมกันดังครอบครัวนั้น ไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะผู้ชายกับผู้หญิงเพียงเท่านั้น ยังมีคู่ชีวิตเพศเดียวกัน กล่าวคือการมีครอบครัวในลักษณะของการเป็นผู้ชายกับผู้ชาย หรือผู้หญิงกับผู้หญิง อีกจำนวนมากที่ใช้ชีวิตร่วมกันดังครอบครัวเช่นผู้ชายกับผู้หญิง แต่สถานภาพของคู่ชีวิตเพศเดียวกันดังกล่าวไม่มีกฎหมายรับรองในเรื่องของสิทธิอันพึงมีไว้ ซึ่งขัดกับหลักของสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 27¹ และตามหลักปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เนื่องจากการไม่ยอมรับคู่ชีวิตเพศเดียวกันอาจถือเป็นการละเมิดสิทธิ ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันเพราะความแตกต่างทางเพศ

ซึ่งคู่ชีวิตตามกฎหมายไทยในปัจจุบันจะต้องเป็นคู่ชีวิตที่เป็นผู้ชายกับผู้หญิงเท่านั้น เนื่องจากบทบัญญัติต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้ตั้งข้อจำกัดต่าง ๆ ไว้ เช่น ในกฎหมายลักษณะครอบครัวที่กำหนดไว้ว่า การสมรสจะกระทำได้อีกต่อเมื่อ “ชายและหญิง” อายุสิบเจ็ดปี

¹ มาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2560) บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

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

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม”

บริบูรณ์² หรือการสมรสจะทำได้ต่อเมื่อ “ชายและหญิง” ยินยอมเป็นสามีภรรยากันและต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้³ เป็นต้น ซึ่งถือว่าข้อจำกัดดังกล่าวเป็นอุปสรรคอย่างหนึ่งตามกฎหมายไทยที่บังคับไว้ว่าการสมรสนั้นจะเป็นกรณีของผู้ชายกับผู้หญิงเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ดีจากสภาพปัญหาดังกล่าวประเทศไทยได้มีการจัดทำร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ซึ่งร่างพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้บุคคลเพศเดียวกันที่เป็นคู่รักหรือหุ้นส่วนชีวิตจะมีสถานะที่ใกล้เคียงกับสามีภรรยาตามกฎหมาย โดยร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตนั้นมีข้อกำหนดที่เป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้

1. นิยามของคำว่าคู่ชีวิต⁴ หมายถึง บุคคลสองคนที่จดทะเบียนกันตามพระราชบัญญัตินี้
2. การจดทะเบียนจะทำได้ต่อเมื่อบุคคลทั้งสองบรรลุนิติภาวะแล้ว⁵ (ตามกฎหมายปัจจุบันการบรรลุนิติภาวะคืออายุ 20 ปีบริบูรณ์ หรือจดทะเบียนสมรสกัน)
3. บุคคลใดที่จดทะเบียนสมรสอยู่แล้ว มาจดทะเบียนคู่ชีวิตหรือจดทะเบียนคู่ชีวิตอยู่แล้วไปจดทะเบียนสมรส การจดทะเบียนครั้งหลังถือเป็นโมฆะ⁶
4. คู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเสมือนคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่น⁷

² มาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การสมรสจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อชายและหญิง มีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้”

³ มาตรา 1458 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภรรยากัน และต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย”

⁴ มาตรา 2 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้ “คู่ชีวิต” หมายความว่า บุคคลสองคนซึ่งเป็นเพศเดียวกันและได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้”

⁵ มาตรา 5 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. บัญญัติว่า “การจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ ให้กระทำได้เมื่อบุคคลมีอายุสิบปีบริบูรณ์ขึ้นไป และมีสัญชาติไทย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย”

⁶ มาตรา 7 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. บัญญัติว่า “การจดทะเบียนจะกระทำมิได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ถ้าคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

(2) ถ้าคู่ชีวิตเป็นญาติสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ซึ่งความเป็นญาติดังกล่าวให้ถือตามสายโลหิต โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

(3) มีคู่สมรส หรือได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้อยู่ก่อนแล้ว”

5. ในเรื่องทรัพย์สิน ให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว หมวด 4 ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยามาใช้บังคับ⁸ (สิทธิในการจัดการทรัพย์สินเหมือนกับคู่สามีภริยาที่จดทะเบียนสมรสกัน)

6. ในเรื่องมรดก ให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มรดก มาใช้บังคับ⁹ (คู่ชีวิตมีสิทธิรับมรดกเช่นเดียวกับคู่สามีภริยาที่จดทะเบียนสมรสกัน)

ซึ่งถ้าหากร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ดังกล่าว ผ่านสภาผู้แทนราษฎร และออกบังคับใช้เป็นกฎหมาย จะทำให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันมีสิทธิและสถานะเท่าเทียมกันกับสามีภริยาที่เป็นผู้ชายกับผู้หญิง และนอกจากนั้นจะทำให้มีการเปลี่ยนแปลงทางด้านกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งถือว่าเป็นความก้าวหน้าทางด้านกฎหมายเป็นอย่างมาก

และในกรณีของการข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบันก็ได้มีเฉพาะแต่ผู้ชายกับผู้หญิงเท่านั้น แต่จะมีในลักษณะของผู้ชายกับผู้ชายหรือผู้หญิงกับผู้หญิงด้วย และแม้แต่ในบริบทของสามีภริยาก็จะมีกรณีของการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภริยาดังด้วย ซึ่งในกรณีที่มีการข่มขืนกระทำชำเราโดยทั่วไปนั้นผู้กระทำความผิดต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276¹⁰ แต่ถ้าเป็นการ

⁷ มาตรา 9 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. บัญญัติว่า “ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมาบังคับใช้โดยอนุโลม

คู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเสมือนคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่น เช่น สิทธิในการใช้ชื่อสกุล สิทธิตามกฎหมายเกี่ยวกับการประกันภัยหรือประกันชีวิต สิทธิตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ สิทธิตามกฎหมายประกันสังคม สิทธิในการลดหย่อนภาษี และสิทธิของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาดังด้วย”

⁸ มาตรา 10 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. บัญญัติว่า “ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมาบังคับใช้โดยอนุโลม”

⁹ มาตรา 15 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก มาใช้บังคับกับสิทธิและหน้าที่ในการรับมรดกของคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้โดยอนุโลม”

¹⁰ มาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา นั้น แม้จะถือเป็นความผิดตามที่ต้องบังคับเช่นการกระทำของบุคคลที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์กันตามกฎหมายก็ตาม แต่กฎหมายได้บัญญัติในลักษณะของการบรรเทาโทษไว้โดยเฉพาะสำหรับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา โดยกำหนดว่าถ้าคู่สมรสนั้นประสงค์ที่จะอยู่กินกันฉันจะสามีภรรยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติด้านการลงโทษก็ได้ โดยในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาต่อไป และประสงค์จะหย่า คู่สมรสฝ่ายนั้นจะแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้ได้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่

โดยการกระทำความผิดในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดระหว่างสามีภรรยา ประมวลกฎหมายอาญาจะบัญญัติในลักษณะของการยกเว้นโทษให้ (ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71)¹¹ หรือการลดโทษให้ (โดยศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้) เนื่องจากกฎหมายเห็นว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีความสัมพันธ์เป็นสามีภรณยานั้นนั้น ไม่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อส่วนรวม ตรงข้ามถือเป็น การบั่นทอนความมั่นคงของครอบครัว ทำให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี และไม่เหมาะสมกับความผิด กฎหมายจึงได้บัญญัติให้มีการยกเว้นโทษ หรือ ลดโทษให้ แล้วแต่กรณี

ซึ่งถ้าหากมีการกำหนดกรอบในอนาคต ถึงการยอมรับคู่ชีวิตที่มีเพศเดียวกันให้มีสถานภาพเช่นเดียวกันกับสามีภรรยาแล้ว ในอนาคตนั้นบทบัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราของคู่ชีวิตเพศเดียวกันด้วยหรือไม่ เนื่องจากการที่คู่ชีวิตเพศเดียวกันจดทะเบียนคู่ชีวิตกันตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. นั้นย่อมเกิดการไว้วางใจ เชื่อใจ และคาดหวังว่าจะได้รับการดูแลทั้งทางด้านจิตใจและร่างกาย เช่นเดียวกับคู่สมรสทั่วไป ซึ่งถึงแม้ว่าจะเปรียบเทียบไม่ได้กับในลักษณะของสามีภรรยาซึ่งเป็นผู้ชายกับผู้หญิง แต่เมื่อได้จดทะเบียนคู่ชีวิตกันตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. แล้ว ตามศักดิ์ของกฎหมายย่อมถือว่าคู่ชีวิตเพศเดียวกันนั้นมีลักษณะของความเป็นสภาพครอบครัว เช่นเดียวกันกับสามีภรรยา เพียงแต่ไม่สามารถสืบพันธุ์ได้โดยใช้วิธีการตามปกติเท่านั้น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติด้านการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

¹¹ มาตรา 71 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก และมาตรา 341 ถึงมาตรา 364 นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามีกระทำต่อภรรยา หรือภรรยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ”

โดยในกรณีของต่างประเทศคู่ชีวิตเพศเดียวกัน ที่ได้จดทะเบียนชีวิตคู่กันตามกฎหมายแล้ว มีผลทำให้ให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันนั้นมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย อันเป็นการรับรองสถานภาพคู่ชีวิตเพศเดียวกันว่ามีสถานะทางกฎหมายเท่าเทียมกับสามีภรรยา เช่น สิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่ชีวิตว่ามีสถานะในทางกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส หรือ สิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน หรือ สิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกัสถานภาพสมรสของบุคคล เป็นต้น

ส่วนกรณีของประเทศไทยนั้น เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา แห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่ คำที่จำกัดไว้คือคำว่าสามีหรือภรรยา เพราะฉะนั้นคำที่จำกัดไว้คือผู้ชายกับผู้หญิงที่มีการจดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายเท่านั้น แต่ถ้าปรากฏว่าต่อไปในอนาคตคำว่าสามีภรรยาได้เปลี่ยนไปตามการเปลี่ยนแปลงของสังคม คำว่าคู่สามีภรรยาอาจไม่ได้จำกัดเฉพาะชายกับหญิงเท่านั้น แต่หมายรวมถึงกรณีที่เป็นชายกับชายหรือหญิงกับหญิงด้วย บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา แห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่จะสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีของการข่มขืนกระทำชำเราหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกันได้หรือไม่ หรือคู่ชีวิตเพศเดียวกันจะต้องได้รับโทษตามบทบัญญัติว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเราที่ใช้บังคับกันทั่วไป โดยไม่มีสิทธิที่จะนำบทบัญญัติในกรณีเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรณามาใช้บังคับ

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงแนวความคิดและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน
2. เพื่อศึกษามาตรการของกฎหมายไทยเกี่ยวกับบทบัญญัติเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหว่างสามีภรรยา ที่จะนำมาปรับใช้กับการข่มขืนกระทำชำเราหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน
3. เพื่อวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมของการนำบทบัญญัติเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหว่างสามีภรณามาปรับใช้กับการข่มขืนกระทำชำเราหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางในการนำบทบัญญัติเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหว่างสามีภรณามาปรับใช้กับการข่มขืนกระทำชำเราหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

ในปัจจุบันสถานภาพของคู่ชีวิตเพศเดียวกันยังไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิ ทำให้ในกรณีที่มีการข่มขืนกระทำชำเราหว่างคู่สมรสเพศเดียวกัน ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เช่นเดียวกับบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์กัน ซึ่งเป็นกรณีที่ใช้บังคับกับบุคคลทั่วไปที่กระทำความผิด ดังนั้น ควรนำบทบัญญัติเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหว่างสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ มาปรับใช้กับการข่มขืนกระทำชำเราหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในเรื่องเพศ และไม่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอีกด้วย

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

1. วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษาเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน ศึกษากรณีมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา
2. ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276
3. กฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาที่นำมาปรับใช้กับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน
4. รวมทั้งศึกษาถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาที่นำมาปรับใช้กับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน เพื่อเป็นแนวทางในการนำมาปรับใช้กับกรณีการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ดำเนินการศึกษาวิจัยเพื่อนำมาวิเคราะห์หาข้อสรุปและข้อเสนอแนะ เพื่อเป็นแนวทางที่ใช้ในการแก้ไขปัญหา โดยใช้วิธีการศึกษาค้นคว้า และดำเนินการศึกษาวิจัยเอกสาร (Documentary Research) จากตัวบทกฎหมาย บทความทางวิชาการ และบทความอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง หนังสือวิชาการ หรือสิ่งตีพิมพ์ต่าง ๆ ทั้งจากข้อมูลภายในประเทศและต่างประเทศ รวมถึงการค้นคว้าทาง Internet

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้เข้าใจถึงแนวความคิดและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน
2. ได้แนวทางในการนำบทบัญญัติเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา มาปรับใช้กับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน
3. ทำให้เข้าใจถึงความเหมาะสมในการนำบทบัญญัติเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ระหว่างสามีภรรยา มาปรับใช้กับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน
4. ได้แนวทางในการนำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามี ภรรยา มาปรับใช้กับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกันในอนาคต โดยใช้เป็น แหล่งข้อมูล เพื่อปรับใช้ให้เหมาะสมกับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน

บทที่ 2

ความหมาย แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วย การข่มขืนกระทำชำเราที่เกี่ยวกับคู่ชีวิตเพศเดียวกัน

ในการดำรงชีวิตของมนุษย์นั้น สามารถกล่าวได้ว่า มนุษย์จะกระทำพฤติกรรม เพื่อตอบสนอง สัญชาตญาณ สี่ประการ ได้แก่ การกิน การนอน การสืบพันธุ์ และการป้องกันอันตราย ดังนั้น การมีความสัมพันธ์ทางเพศ หรือการมีเพศสัมพันธ์จึงถือเป็นเรื่องปกติของมนุษย์ เป็นปรากฏการณ์ธรรมชาติของมนุษย์¹² แต่ถึงแม้จะเป็นเรื่องปกติของมนุษย์ก็ตาม ก็มีไว้ว่าบุคคลจะมีความสัมพันธ์ทางเพศได้อย่างอิสระ กล่าวคือจะต้องอยู่บนพื้นฐานของความถูกต้อง ซึ่งแต่ละสังคมก็จะมี การกำหนดกติกาหรือกฎหมายออกมาควบคุม โดยการกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิด

2.1 แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่เกิดจากแนวความคิดที่สะท้อนถึงสภาพของสังคม และได้ปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับความต้องการและความเหมาะสมในสังคม ซึ่งแนวคิดต่าง ๆ ย่อมมีผลสำคัญที่สะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมาย การศึกษาแนวความคิดดังกล่าวจึงเป็นประโยชน์ต่อการตีความและบังคับใช้กฎหมาย

2.1.1 ประวัติความเป็นมาของการข่มขืนกระทำชำเรา

ความหมายของคำว่า “ข่มขืน” มีต้นกำเนิดมาจากภาษาละตินว่า “Rapar” ซึ่งหมายถึง ฉวยไว้ หรือ เอามาโดยกำลัง คำนี้ต้นกำเนิดไม่ได้มีความหมายเกี่ยวกับเรื่องเพศ แต่อย่างไรก็ตามได้มีการใช้คำนี้เรื่อยมาเป็นรากศัพท์ในภาษาอังกฤษ คือ “Rape” ตามกฎหมายโรมัน การข่มขืนนั้นถูกจัดอยู่ในอาชญากรรมของการก้าวล่วง โดยถูกใช้ในความหมายของ “การกระทำผิดต่อสาธารณะ” ซึ่งขัดแย้งกับ “การกระทำผิดต่อบุคคล” ซีชาร์ ออกัสตัส ออกกฎหมายปฏิรูปการข่มขืน ภายใต้กฎหมาย Lex Iulia de vi publica ซึ่งมีนามสกุลของพระองค์ คือ “Iulia” ที่อยู่ใต้กฎหมาย จักรพรรดิ จัสติเนียนยังคงใช้กฎหมายนี้ สำหรับเอาผิดผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราตลอดศตวรรษที่ 6 ในอาณาจักรโรมันตะวันออก โดยในยุคโบราณตอนปลาย คำว่า Raptus หมายถึง การลักพาเรียกค่าไถ่ การหนีตามกันไป การปล้น หรือการข่มขืน โดยในความหมายปัจจุบัน ความสับสนระหว่างคำนี้ได้เกิดขึ้นเมื่อผู้เขียนจดหมายเหตุของคริสตจักรในสมัยแรกใช้แยกแยะระหว่าง การหนีตามกันไปเอง โดยไม่ได้รับความยินยอมจาก บิดามารดาและการก้าวล่วง อย่างไรก็ตามผู้กระทำความผิดทั้งสอง

¹² วันทนี วาสิกะสิน, ปัญหาพฤติกรรมทางเพศของมนุษย์กับงานสังคมสงเคราะห์ (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 12.

ประเภทข้างต้นนี้ จะต้องถูกลงโทษทางการเมือง โดยอาจจะถูกขับออกจากกลุ่มของครอบครัวหรือหมู่บ้านของผู้หญิงที่ได้ถูกลักพาตัวไป อย่างไรก็ตามแต่ตั้งแต่เดิมอาชญากรรมของการข่มขืนเป็นอาชญากรรมที่รุนแรงต่อบุรุษผู้ที่เป็นเจ้าของหญิง เพราะถือว่าหญิงเป็นทรัพย์สินของชาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีหญิงมีคู่หมั้น ถ้าหากเสียความบริสุทธิ์จะถูกรับรองว่าเสียคุณค่าอย่างรุนแรงต่อสามีของเธอ ในกฎหมายกรณีนี้จะถือว่าการหมั้นโมฆะและต้องมีการจ่ายค่าเสียหายจากชายที่เป็นฝ่ายข่มขืนแก่ครอบครัวของฝ่ายหญิง ภายใต้กฎหมายของพระคัมภีร์ไบเบิลในสมัยแรก ผู้ข่มขืนจะต้องแต่งงานกับผู้หญิงที่ยังไม่ได้แต่งงานโดยไม่ต้องรับโทษ¹³

ซึ่งในยุคโบราณของกรีกและโรมันจนถึงยุคล่าอาณานิคม อาชญากรรมข่มขืนกระทำชำเราถือเป็นอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงใกล้เคียงกับการลอบวางเพลิง การขายชาติ และการฆาตกรรมเลยทีเดียว ผู้กระทำความผิดจะถูกลงโทษประหารชีวิต โดยในศตวรรษที่ 12 ญาติของผู้เสียหายมีทางเลือกที่จะประหารผู้กระทำความผิดด้วยตัวพวกเขาเอง ในประเทศอังกฤษ ศตวรรษที่ 14 ตอนต้นเหยื่อของการข่มขืนจะถูกคาดหวังให้ควักลูกตาหรือตีลูกอ้นทะของผู้กระทำผิดให้แตกด้วยตัวของเธอเอง กฎหมายของอังกฤษระบุว่า การข่มขืนถือเป็นต้นหารุนแรง ขัดขืนต่อเพศหญิงและความต้องการของเธอ กฎหมายสามัญระบุว่า ตัณหาคือการสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง และรวมถึงการกระทำอื่น ๆ ภายนอก อาชญากรรมการข่มขืนมีความแตกต่างในขอบข่ายที่ว่ามันมุ่งเน้นไปที่สภาพของจิตใจที่ไม่ได้มีการยินยอม และการกระทำที่ไม่มีการยินยอม นอกจากการกระทำของผู้ประพฤติดิิด เหยื่อต้องแสดงหลักฐานการไม่มีการยินยอม นอกจากการกระทำของผู้ประพฤติดิิด เหยื่อต้องแสดงหลักฐานการไม่มีการยินยอม ซึ่งถ้าหากยอม จะหมายถึงการที่แค่สามีได้หลับนอนกับภรรยาเท่านั้น

โดยจากที่กล่าวมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราอยู่คู่กับสังคมมาอย่างช้านาน และกฎหมายดั้งเดิมก็ได้กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิด แต่อย่างไรก็ดีไม่ว่าสังคมมนุษย์จะมีความเจริญมากขึ้นเพียงใด พฤติกรรมการข่มขืนกระทำชำเราก็มิได้หายไปจากสังคมเลยแม้แต่น้อย ในทางกลับกัน การข่มขืนกระทำชำเรากลับยิ่งทวีความรุนแรงมากขึ้นอีกด้วย ต่อมาในยุคที่สังคมมนุษย์มีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้นก็เริ่มมีความคิดว่าพฤติกรรมบางอย่างเป็นการไม่สมควรและเป็นปฏิกิริยาต่อการอยู่ร่วมกันในสังคม จึงมีการกำหนดกฎ กติกา ระเบียบ แบบแผนในการดำเนินชีวิตในสังคมขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในสังคม โดยในเรื่องของพฤติกรรมทางเพศก็มีการกำหนดมาตรฐานของพฤติกรรมที่เป็นที่ยอมรับในสังคม ส่วนพฤติกรรมที่ผิดไปจากการยอมรับในสังคมหรือเป็นพฤติกรรมที่คนในสังคมส่วนใหญ่ไม่ประพฤติปฏิบัติกัน และอาจจะก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้อื่นได้ก็ถือเป็นพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานของสังคม¹⁴ โดยการข่มขืนกระทำชำเราก็คือเป็นพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการเบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานของสังคม โดยผู้ที่ชอบข่มขืนผู้อื่น

¹³ ศิวดี เกิดเจริญ, ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต่อความผิดฐานอนาจาร (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 12-14.

¹⁴ Jame Leslie McCary, "Sex in Later Year," In *Human Sexuality* (New York: D. Van Nostrand, 1973).

จะเรียกว่า “Rapist” พฤติกรรมประเภทนี้เป็นพฤติกรรมที่บังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งมีความสัมพันธ์ทางเพศกับตน ผู้ที่ชอบข่มขืนมักเป็นผู้ที่มีความผิดปกติทางด้านอารมณ์และจิตใจ และส่วนมากจะมีฐานะทางเศรษฐกิจต่ำ มีสติปัญญาค่อนข้างต่ำ มาจากครอบครัวที่มีปัญหา การข่มขืนนี้ไม่เพียงแต่เป็นการทำร้ายร่างกายของผู้หญิงเท่านั้นแต่ยังเป็นการแสดงถึงการที่ผู้ชายดูถูกผู้หญิง ทำลายศักดิ์ศรี เป็นการเหยียดหยามความเป็นมนุษย์อีกด้วย และแท้จริงแล้วการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการตอบสนองความต้องการพื้นฐานที่ไม่ใช่เรื่องเพศ แต่เป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจและความโกรธแค้นผ่านพฤติกรรมทางเพศ การบังคับขู่เข็ญในทางเพศเพื่อข่มขืนกระทำชำเรา นั้นเกิดจากแรงจูงใจจากความต้องการทางเพศ และการข่มขืนกระทำชำเราเป็นอาการที่แสดงออกถึงการสูญเสียการทำหน้าที่ทางจิต ซึ่งอาจเกิดขึ้นนาน ๆ ครั้ง หรือเกิดขึ้นเป็นอาเจิน โดยนอกจากการข่มขืนกระทำชำเราจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายโดยตรงแล้ว ยังอาจก่อให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ตามมาอีกด้วย¹⁵ เช่น ปัญหาอาชญากรรม ปัญหาโสเภณี หรือปัญหาครอบครัว เป็นต้น เมื่อการข่มขืนกระทำชำเราถือได้ว่าเป็นปัญหาสังคมจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายออกมาควบคุมพฤติกรรมทางเพศ เป็นแบบแผนในการดำรงชีวิตประจำวันของมนุษย์ และจะมีลักษณะที่แตกต่างกันไปตามแต่ละสังคม เพื่อให้บุคคลในสังคมปฏิบัติตามภายใต้แบบแผนเดียวกัน และเป็นการรักษาความเป็นระเบียบของสังคม หากไม่มีการกำหนดกฎหมายเพื่อควบคุมพฤติกรรมทางเพศที่เบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานแล้ว สังคมย่อมได้รับความกระทบกระเทือนจากพฤติกรรมทางเพศที่ไม่ถูกต้องของคนในสังคม

¹⁵ วันทนี วาสิกะสิน, *เรื่องเดิม*, หน้า 149.

2.1.2 แนวความคิดของนักกฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา

แนวความคิดของนักกฎหมายในกลุ่มคอมมอนลอว์ (Common Law) และกลุ่มซีวิลลอว์ (Civil Law) ต่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹⁶

2.1.2.1 แนวความคิดของนักกฎหมายในกลุ่มคอมมอนลอว์ (Common Law)

แนวความคิดกลุ่มคอมมอนลอว์นี้ คือ กลุ่มประเทศที่ยึดถือคำพิพากษาของศาลเป็นบรรทัดฐาน อาทิเช่น ในประเทศอังกฤษ ได้อธิบายเกี่ยวกับความผิดฐานนี้ว่าองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นศาลเป็นผู้กำหนดขึ้นเอง เมื่อประมาณคริสต์ศตวรรษที่ 16-17 แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะได้เป็นความผิดมาตั้งแต่สมัยนอร์แมนแล้วก็ตาม อาจเข้าใจได้ว่าศาลอาจสร้างความผิดฐานนี้ขึ้นในคอมมอนลอว์ พร้อม ๆ กับความผิดฐานฆ่าคน วางเพลิงเผาทรัพย์ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ การทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานเบียดเบียนทรัพย์ และการร่วมเพศผิดธรรมชาติตามนุษย์ (Sodomy) ก็ได้ นักกฎหมายได้เรียกความผิดเหล่านี้ว่าความผิดอาญาตามกฎหมายคอมมอนลอว์¹⁷ (Common Law Crimes) นักกฎหมายในคอมมอนลอว์ ถือว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) ไม่ใช่ความผิดประเภทที่เป็นความผิด เพราะมีกฎหมายห้ามไว้ (mala prohibita)

2.1.2.2 แนวความคิดของนักกฎหมายในกลุ่มซีวิลลอว์ (Civil Law)

แนวความคิดกลุ่มซีวิลลอว์นี้ คือ กลุ่มประเทศที่ยึดถือประมวลกฎหมายเป็นหลัก คำพิพากษาของศาลเป็นเพียงแนวทางแต่ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตาม อาทิเช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน คำพิพากษาของศาลนั้นมีความสำคัญในฐานะเป็นตัวอย่างในการปรับใช้กฎหมายในกรณีรูปธรรม เป็นการแสดงออกซึ่งความมีอยู่ของหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยคดี อันแฝงอยู่ในบทกฎหมายที่นำมาปรับใช้ แต่คำพิพากษาที่มีใช้ที่มากหรือบ่อยของกฎหมายโดยแท้ ซึ่งนักกฎหมายจะยึดสาระของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติเป็นใหญ่ โดยไม่ให้ความสำคัญแก่เรื่องวิธีพิจารณา และแนวคำพิพากษาของศาลเกินไป จนเป็นผลเสียแก่หลักการทางสารบัญญัติ โดยถือว่าคำพิพากษาและหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีเป็นเพียงเครื่องช่วยในทางปฏิบัติเท่านั้น โดยนักกฎหมายในซีวิลลอว์จะถือว่าการกระทำที่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น ต้องเข้าองค์ประกอบความผิดทางอาญา คือ องค์ประกอบทางกฎหมาย องค์ประกอบทางการกระทำ และองค์ประกอบทางจิตใจ โดยมักเน้นเจตนา หรือองค์ประกอบทางจิตใจเป็นสำคัญ

2.1.3 รูปแบบของการข่มขืนกระทำชำเรา

รูปแบบของการข่มขืนกระทำชำเรานั้นขึ้นอยู่กับสังคมและสถานการณ์ที่แตกต่างกัน โดยรูปแบบของการข่มขืนกระทำชำเรานั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น¹⁸

2.1.3.1 การข่มขืนตัวต่อตัว (Single Rape)

¹⁶ สุชาติา เหล่าพลสุข, ความผิดทางเพศ: กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548), หน้า 25-26.

¹⁷ Wayne R. LaRave and Austin W. Scott, Jr., **Criminal Law** (St. Paul, Minn: West, 1972), pp. 58-59.

¹⁸ บุญสวย เชิดเกียรติกุล, “ข่มขืนกระทำชำเรา,” **วารสารอัยการ** 3 (มีนาคม 2523): 61-63.

อาจเป็นการข่มขืนที่หญิงไม่รู้เห็นเป็นใจด้วย หรือมีส่วนรู้เห็นเป็นใจด้วยก็ได้ และอาจจะโดยคนที่คุ้นเคยกันมาก่อนก็ได้ กรณีที่ผู้หญิงไม่มีความรู้เห็นเป็นใจด้วยการข่มขืนก็จะรุนแรง ยิ่งหากเป็นคนที่รู้จักกัน ผู้หญิงมักจะสู้เต็มที่และจะได้รับอันตรายมาก ส่วนกรณีที่หญิงมีส่วนรู้เห็นเป็นใจด้วย เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้มากที่สุด ตามหลักวิชาที่ว่า “ผู้หญิงให้ท่า” เป็นหญิงประเภทที่มีความโน้มเอียงในทางเพศอยู่มาก เช่น มีอาชีพเป็นโสเภณี หมอนวด พาร์ทเนอร์ หรือเป็นผู้หญิงที่เปลี่ยนผู้ชายบ่อย ๆ เป็นต้น¹⁹

2.1.3.2 การโหมมหญิง (Multiple Rapes)

คือ การกระทำที่เกิดขึ้นโดยผู้ชายสองคนหรือมากกว่านั้น การโหมมหญิงโดยทั่วไปมีการวางแผนและเตรียมการล่วงหน้า การโหมมหญิงแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

- 1) การข่มขืนคู่ (Pair Rape) โดยผู้ชายสองคน
- 2) การข่มขืนหมู่ (Group Rape) โดยผู้ชายมากกว่าสองคนขึ้นไป

2.1.3.3 การข่มขืนภายในครอบครัว (Incest)

เกิดขึ้นในหมู่สมาชิกของครอบครัว เช่น ระหว่างพ่อกับลูกสาว ปู่กับหลานสาว อาผู้ชายกับหลานสาว เป็นต้น

2.1.3.4 การข่มขืนในสถาบันการสมรส (Rape Within Marriage)

เกิดขึ้นระหว่างคู่สมรสในต่างประเทศ เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ มีกรณีที่สามีข่มขืนภรรยาจะไม่ให้ความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจแก่ภรรยา ในกรณีที่ภรรยาปฏิเสธการร่วมประเวณี หรือในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้แยกกันอยู่ชั่วคราว แต่สามีก็ยังมียึดถือตามกฎหมายครอบครัว ในการบังคับภรรยาให้ร่วมประเวณีด้วย²⁰

¹⁹ ศิวดี เกิดเจริญ, *เรื่องเดิม*, หน้า 15-16.

²⁰ สุชาดา เหล่าพูลสุข, *เรื่องเดิม*, หน้า 24.

นอกจากนี้ยังมีรูปแบบของการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งอาจแบ่งกว้าง ๆ ได้ดังนี้²¹

1. การข่มขืนแล้วฆ่า (Felony Murder) มักจะเกิดในลักษณะการข่มขืนตัวต่อตัวโดยส่วนใหญ่เหตุผลที่ต้องฆ่า ก็เนื่องมาจากต้องการปิดปาก ซึ่งมีน้อยรายที่เป็นการกระทำรุนแรงเกินกว่าเหตุ โดยไม่ได้ตั้งใจ และมีอีกพวกหนึ่ง คือ ฆ่าแล้วข่มขืน ซึ่งมักเกิดจากการที่หญิงต่อสู้ขัดขืน
2. การข่มขืนโดยอำนาจหน้าที่ (Authority Rape) เกิดขึ้นแก่ผู้สืบสันดานศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลผู้อื่นในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือ ผู้อยู่ในปกครองในความสัมพันธ์หรือในความอนุบาล เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285²² เป็นต้น
3. การข่มขืนในสถานการณ์สงคราม (Rape During Wartime)²³ คือ การข่มขืนเกิดขึ้นในสงครามปราศจากศาสนา เช่น สงครามครูเสด หรือในสงครามปลดแอกทางชนชั้นและประชาชาติ เช่น เกิดขึ้นในขณะที่ยกทัพแดงของรัสเซียบุกเยอรมนีในสงครามโลกครั้งที่สอง หรือการข่มขืนเกิดขึ้นในสงครามแย่งอำนาจระหว่างมหาอำนาจในสงครามโลกทั้งสองครั้ง
4. การข่มขืนโดยกลุ่มชน (Mass Rape)²⁴ เกิดขึ้นในประเทศแถบเอเชียใต้ โดยเฉพาะประเทศบังกลาเทศ และอินเดีย การข่มขืนในลักษณะนี้เป็นเครื่องมือทางการเมืองของฝ่ายปกครองหรือกลุ่มชนที่ได้เปรียบในสังคมที่ใช้ควบคุมขบวนการเคลื่อนไหวของชาวนารับจ้าง และชาวนาที่ไร้ที่ดินทำกินที่ต่อรองเรื่องสิทธิผลประโยชน์ของตน รูปแบบที่เกิดขึ้น คือ ผู้หญิงในชุมชนนั้นจะถูกข่มขืนโดยผู้ชายที่ถูกเกณฑ์มาจากหมู่บ้านอื่น ยกตัวอย่างเช่น การข่มขืนผู้หญิงของชนกลุ่มน้อยในรัฐฐานประเทศพม่า แม้ว่ารูปแบบการข่มขืนโดยกลุ่มชนจะมีได้เกิดขึ้นในประเทศไทย แต่การข่มขืนก็เป็นเครื่องมือทางการเมืองของฝ่ายปกครองในหลายสมัยที่ใช้ควบคุมนักต่อสู้เพื่อประชาธิปไตยฝ่ายสตรี

²¹ สุชีลา ตันชัยนันท์, “เศรษฐศาสตร์การเมืองว่าด้วยวิธีวิเคราะห์ปัญหาข่มขืนและรูปแบบความรุนแรงทางเพศ,” *วารสารเศรษฐศาสตร์การเมือง* 4 (กรกฎาคม 2528): 91-92.

; มาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตาม มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือ มาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ ในความดูแลผู้อื่นในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนัก กว่าที่บัญญัติไว้ใน มาตรา นั้น ๆ หนึ่งในสาม”

²³ ศิวดี เกิดเจริญ, *เรื่องเดิม*, หน้า 16-17.

²⁴ สุชาดา เหล่าพลสุข, *เรื่องเดิม*, หน้า 24.

2.1.4 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ถือว่าเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา แบ่งออกเป็นหลายกรณี ไม่ว่าจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเรากรณีทั่วไป การข่มขืนกระทำชำเราเด็ก หรือแม้กระทั่งในลักษณะของบุคคลซึ่งเป็นสามีภรรยาตามกฎหมาย กล่าวคือ

2.1.4.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากรณีทั่วไป

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 บัญญัติว่า

ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดย การใช้วัยะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโหมหนักร หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้น ยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติด้านการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากรณีทั่วไป โดยผู้ใดที่ได้กระทำความผิดครบองค์ประกอบของความผิดตามกฎหมายอาญา ผู้นั้นย่อมถือว่ามีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้ดังกล่าว อีกทั้งบทบัญญัตินี้กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ดังนั้นผู้กระทำความผิดจึงเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง ส่วนผู้ถูกกระทำกฎหมายใช้คำว่า “ผู้อื่น” ดังนั้นผู้ถูกกระทำ ก็อาจเป็นชายหรือหญิงได้เช่นกัน²⁵

²⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 17 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2548), หน้า 375.

2.1.4.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 บัญญัติว่า

ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำ ต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป

มาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น เป็นกฎหมายว่าด้วยการกระทำชำเราต่อเด็ก ซึ่งกฎหมายกำหนดบทบัญญัติดังกล่าว เพื่อให้ความคุ้มครองการกระทำชำเราผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นเด็กโดยเฉพาะ และมีองค์ประกอบความผิดแตกต่างจากกรณีการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 โดยวรรคแรก ได้กล่าวถึงการกระทำที่ชายหรือหญิงกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมิใช่ภริยาหรือภริยาตน ไม่ว่าจะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็เป็นความผิด แต่อย่างไรก็ดีหากเป็นกรณีที่เด็กผู้ถูกกระทำมีความสัมพันธ์เป็นสามีหรือภรรยาของผู้กระทำผิด ย่อมไม่มีความผิดตามบทบัญญัติดังกล่าว และในวรรคห้า ได้กล่าวถึงความยินยอม ซึ่งถือว่าผู้กระทำผิดความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ กล่าวคือ ถ้าผู้กระทำอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำต่อผู้ถูกกระทำที่เป็นเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี และศาลอนุญาตให้สมรสกัน ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับโทษ หรือหากกำลังรับโทษอยู่ก็ให้ปล่อยตัวผู้นั้นไป²⁶

2.1.4.3 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา

²⁶ อัมพร แจ่มสุวรรณ, ข่มขืนกระทำชำเรา: บทบาทของแพทย์ตามกฎหมายใหม่, ค้นวันที่ 5 สิงหาคม 2560 จาก <https://www.doctor.or.th/clinic/detail/7096>

การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา²⁷ นั้น เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276²⁷ ซึ่งถึงแม้ว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำจะมีความสัมพันธ์กันในสถานะสามีภรรยาก็ตาม แต่กฎหมายได้ยกเลิกบทบัญญัติที่กล่าวถึงการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาไม่เป็นความผิด ดังนั้น สามีหรือภรรยาซึ่งกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสามีหรือภรรยาของตนเองย่อมมีความผิด และต้องรับโทษตามบทบัญญัติดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดีประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคท้าย ได้บัญญัติเหตุผลโทษให้แก่คู่สมรสที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างกันเนื่องจากคำนึงถึงความสัมพันธ์อันดีในครอบครัว โดยให้เป็นดุลพินิจของศาลว่าจะลงโทษมากน้อยเพียงใดตามแต่พฤติการณ์

2.1.4.4 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราคู่ชีวิตเพศเดียวกัน

ในปัจจุบันความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราคู่ชีวิตเพศเดียวกันยังไม่มีข้อกำหนดกฎหมายไว้ และยังไม่มีการรับรองถึงสถานภาพของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน ดังนั้นเมื่อมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน ไม่ว่าผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำจะมีสถานภาพอย่างไรก็ตาม ก็ย่อมต้องรับโทษตามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากรณีทั่วไป

2.2 โครงสร้างการรับผิดทางอาญา

บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาก็ต่อเมื่อ²⁸

1. การกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ
2. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด
3. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

ในการพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาหรือไม่นั้น ประการแรกต้องดูว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ หากครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้วก็ต้องดูต่อไปว่าการกระทำมีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ก็ต้องดูต่อไปว่ามีกฎหมายยกเว้นโทษหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษก็หมายความว่า บุคคลนั้นจะต้องรับผิดในทางอาญา ซึ่งหากมีเหตุผลโทษ ศาลก็อาจใช้ดุลพินิจลดโทษ

²⁷ มาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา . . .

²⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบาย กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: พลสยามพริ้นตัง, 2551), หน้า 86.

ให้ เช่น การกระทำความผิดเพราะบันดาลโทสะ (มาตรา 72)²⁹ และหากโทษที่ได้รับเป็นโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ศาลก็อาจใช้ดุลพินิจรอการลงอาญา ถ้าเข้าตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติ (มาตรา 56)³⁰

2.2.1 การกระทำความผิดประกอบ

2.2.1.1 มีการกระทำ³¹

การกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกาย หรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย โดยรู้สำนึก

²⁹ มาตรา 72 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุ อันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

³⁰ มาตรา 56 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาล จะลงโทษจำคุกไม่เกินสองปี ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อนหรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อน แต่เป็นโทษสำหรับความ ผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ เมื่อศาลได้คำนึง ถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรมสุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพและสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือเหตุอันอันควรปรานีแล้ว เห็นเป็นการสมควร ศาลจะพิพากษาว่า ผู้นั้นมีความผิดแต่รอการกำหนดโทษไว้ หรือกำหนดโทษแต่รอการ ลงโทษไว้ แล้วปล่อยตัวไปเพื่อให้โอกาสผู้นั้นกลับตัวภายในระยะเวลา ที่ศาลจะได้กำหนด แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดย จะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติของผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้

เงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติของผู้กระทำความผิดนั้น ศาลอาจกำหนดข้อเดียวหรือหลายข้อดังต่อไปนี้

(1) ให้ไปรายงานตัวต่อเจ้าพนักงานที่ศาลระบุไว้เป็นครั้งคราว เพื่อเจ้าพนักงานจะได้สอบถาม แนะนำ ช่วยเหลือหรือตักเตือนตาม ที่เห็นสมควรในเรื่องความประพฤติและการประกอบอาชีพหรือจัดให้ กระทำกิจกรรมบริการสังคม หรือสาธารณประโยชน์ตามที่ เจ้า พนักงานและผู้กระทำความผิดเห็นสมควร

(2) ให้ฝึกหัดหรือทำงานอาชีพอันเป็นกิจจะลักษณะ

(3) ให้ละเว้นการคบหาสมาคมหรือการประพฤติดื้ออานำไป สู่การกระทำความผิดในทำนองเดียวกันอีก

(4) ให้ไปรับการบำบัดรักษาการติดยาเสพติดให้โทษ ความ บกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ หรือความเจ็บป่วยอย่างอื่น ณ สถานที่และตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด

(5) เงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนดเพื่อแก้ไข ฟื้นฟูหรือป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำหรือมีโอกาสกระทำความผิดขึ้นอีก

เงื่อนไขตามที่ศาลได้กำหนดตามความในวรรคก่อนนั้น ถ้าภายหลังความปรากฏแก่ศาลตามคำขอของผู้กระทำความผิด ผู้แทนโดย ชอบธรรมของผู้นั้น ผู้อนุบาลของผู้นั้น พนักงานอัยการหรือเจ้าพนักงานว่า พฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมความประพฤติของผู้ กระทำความผิดได้เปลี่ยนแปลงไป เมื่อศาลเห็นสมควร ศาลอาจ แก้ไขเพิ่มเติมหรือเพิกถอนข้อหนึ่งข้อใดเสียก็ได้ หรือจะกำหนด เงื่อนไขข้อใด ตามที่กล่าวในวรรคก่อนที่ศาลยังมิได้กำหนดไว้ เพิ่มเติมขึ้นอีกก็ได้”

³¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 96.

โดยรู้สำนึก หมายถึง อยู่ภายใต้บังคับของจิตใจอันได้แก่

1. มีความคิดที่จะกระทำ
2. ตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิดไว้
3. ได้กระทำตามที่ตกลงใจอันสืบเนื่องมาจากความคิด

การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายใดก็ตาม หากไม่ได้เป็นผลมาจากการตกลงใจอันเนื่องมาจากความคิดก็ไม่ถือว่ารู้สำนึกในการกระทำ และไม่ถือว่ามี การกระทำตามความใน มาตรา 59³²

การกระทำโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกาย มี 2 ลักษณะ³³

- 1) การกระทำโดยการงดเว้น

มาตรา 59 วรรคท้าย “การกระทำ หมายความว่า ให้ความหมายรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย”

จากหลักกฎหมายข้างต้น คำว่า “งดเว้นการที่จักต้องกระทำ” หมายความว่า งดเว้นไม่กระทำในสิ่งที่ตนมีหน้าที่ต้องกระทำ คำว่า “เพื่อป้องกันผล” หมายถึง หน้าที่ที่ต้องกระทำนั้นเป็นหน้าที่โดยเฉพาะที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดผลซึ่งเกิดขึ้นนั้น

ดังนั้นความตามมาตรา 59 วรรคท้ายจึงสรุปได้ว่า เป็นการไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก ทั้ง ๆ ที่มีหน้าที่จะต้องกระทำ และทั้ง ๆ ที่หน้าที่นั้นเป็นหน้าที่ซึ่งต้องกระทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลนั้นขึ้น

หน้าที่ที่ต้องกระทำ เกิดจากหลายกรณีดังนี้

(1) หน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ หมายถึง หน้าที่ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติว่าให้เป็นหน้าที่ของผู้กระทำโดยตรง เช่น หน้าที่ของบุตรที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา ตาม

³² มาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำ โดยเจตนาเว้นแต่จะได้กระทำความโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมาย บัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและ ในขณะเดียวกันผู้กระทำ ประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบของความผิดจะ ถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้

กระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่ กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจัก ต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวัง เช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

การกระทำ หมายความว่า ให้ความหมายรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้น โดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย”

³³ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 104-106.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1563³⁴ หน้าที่ของสามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461³⁵ เป็นต้น

(2) หน้าที่อันเกิดจากการยอมรับโดยเจาะจง หมายถึง ผู้กระทำยอมรับโดยตรงที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งทำให้เกิดหน้าที่ในอันที่จะต้องกระทำตามที่ตนยอมรับที่จะกระทำนั้น เช่น ยอมรับในการเป็นพยาบาลพิเศษเพื่อดูแลคนไข้ หรือรับจ้างเลี้ยงเด็ก

(3) หน้าที่อันเกิดจากการกระทำก่อน ๆ ของตน หมายถึง การกระทำของบุคคลนั้นน่าจะก่อให้เกิดอันตรายอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้นแล้ว ผู้กระทำนั้นย่อมมีหน้าที่ต้องป้องกันอันตรายนั้น เช่น พาคคนตาบอดเดินข้ามถนนเมื่อเดินไปถึงกลางถนนกลับทิ้งคนตาบอดไว้เพราะตนเองรีบจะต้องไปทำธุระอย่างอื่น การกระทำเช่นนี้ถือว่าเป็นการงดเว้นไม่กระทำสิ่งที่ตนมีหน้าที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผลที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำของตน

(4) หน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์เป็นพิเศษเฉพาะเรื่อง หมายถึง ไม่มีกฎหมายบัญญัติหน้าที่เอาไว้โดยเฉพาะ แต่เพราะว่าผู้เสียหายมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษต่อกันจึงทำให้เกิดมีหน้าที่ขึ้น เช่น อยู่กินด้วยกันแบบสามีภริยาแต่ไม่จดทะเบียนสมรส หรือเป็นบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งความสัมพันธ์ลักษณะดังกล่าวแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ แต่ก็เป็นที่อันเกิดจากความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่องที่จะต้องช่วยเหลือกัน

หากหน้าที่ที่จะต้องกระทำนั้นไม่ใช่หน้าที่โดยเฉพาะที่จะต้องป้องกันมิให้เกิดผลนั้นขึ้น การไม่กระทำตามหน้าที่นั้นก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยงดเว้น เช่น การเป็นหนี้แล้วไม่ชำระหนี้เป็นเหตุให้เจ้าหนี้ไม่มีเงินรักษาตัวและถึงแก่ความตาย เป็นต้น

2) การกระทำโดยการละเว้น

การกระทำโดยการละเว้น เป็นการกระทำประเภทไม่เคลื่อนไหวร่างกาย หรือเรียกว่าไม่ยอมกระทำ ทั้ง ๆ ที่สมควรกระทำ คำว่า “สมควรกระทำ” นั้นเรียกว่า หน้าที่โดยทั่วไปที่พลเมืองดีควรจะทำ ไม่ใช่หน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงเพื่อป้องกันผลที่อาจเกิดขึ้น

กฎหมายอาญาบางมาตราได้บัญญัติบังคับให้บุคคลต้องกระทำการบางอย่าง ซึ่งหากไม่กระทำก็ถือว่าเป็นความผิดโดยการละเว้น เช่น มาตรา 374³⁶ ซึ่งถือว่าเป็นบทบัญญัติที่บังคับให้บุคคลต้องกระทำการช่วยเหลือผู้ตกอยู่ในอันตรายแห่งชีวิต หากช่วยได้โดยไม่ควรกลัวอันตรายแก่ตนเองหรือผู้อื่นแต่ไม่ช่วยก็มีความผิดและต้องรับโทษ การไม่ช่วยจึงถือว่าเป็นการละเว้นไม่กระทำ³⁷

³⁴ มาตรา 1563 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา”

³⁵ มาตรา 1461 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา สามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและ ฐานะของตน”

³⁶ มาตรา 374 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดเห็นผู้อื่นตกอยู่ในอันตรายแห่งชีวิต ซึ่งตนอาจ ช่วยได้โดยไม่ควรกลัวอันตรายแก่ตนเองหรือผู้อื่น แต่ไม่ช่วยตามความจำเป็น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกิน หนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

³⁷ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 120.

2.2.1.2 มีการกระทำการกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดเรื่องนั้น ๆ องค์ประกอบภายนอก หมายถึง สิ่งที่อยู่ภายนอกซึ่งสามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ ซึ่งการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นองค์ประกอบภายนอกของกฎหมายต้องพิจารณาเป็นรายมาตรานั้น ๆ ไป เช่น มาตรา 288 “ผู้ใดฆ่าผู้อื่นต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าถึงยี่สิบปี” องค์ประกอบภายนอกภายนอกของความผิดมาตรานี้ คือ 1. ผู้ใด 2. ฆ่า 3. ผู้อื่น

ทั้งนี้เพราะทั้ง 3 ข้อของความผิดฐานนี้สามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ และนอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากความผิดฐานต่างตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอาญาอื่นยังสามารถสรุปได้ว่าส่วนใหญ่แล้วองค์ประกอบภายนอกของกฎหมายอาญามีอยู่ด้วยกัน 3 ส่วน คือ 1. ผู้กระทำ 2. การกระทำ 3. วัตถุแห่งการกระทำ

ผู้กระทำ

ผู้ที่จะต้องรับผิดชอบในทางอาญาตามกฎหมายไทยมีได้ก็แต่กับบุคคลเท่านั้น ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล (ในบางกรณี) สัตว์และสิ่งของไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา (แต่กรณีที่สัตว์หรือสิ่งของก่อให้เกิดความผิดเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาในทางแพ่ง และการริบทรัพย์สินหรือปรับในทางอาญานั้นก็มีใช่เป็นการลงโทษทางอาญาแก่ทรัพย์สินหรือเงินค่าปรับแต่เป็นการลงโทษแก่เจ้าของทรัพย์สินหรือเจ้าของเงินนั้นเท่านั้น)

เมื่อพิจารณาฐานความผิดตามมาตรานี้ต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายอาญาจะขึ้นต้นด้วยคำว่า “ผู้ใด” ซึ่งคำดังกล่าวสามารถแบ่งได้เป็น³⁸

1. ผู้กระทำความผิดเอง หมายความว่าผู้นั้นกระทำความผิดโดยตรงและยังหมายความรวมถึง การใช้สัตว์ให้กระทำความผิด และการใช้บุคคลผู้ไม่มีการกระทำเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดด้วย เช่น การสะกดจิต หรือการจับมือผู้อื่นให้กระทำความผิด เป็นต้น

2. ผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม มีหลายกรณี คือ

กรณีที่ 1 ผู้ที่ใช้หรือหลอกลอบบุคคลซึ่งมีการกระทำตามมาตรา 59 ให้กระทำความผิด โดยผู้ถูกใช้หรือถูกหลอกไม่ต้องรับผิดชอบกระทำโดยเจตนา เพราะไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้น ๆ

กรณีที่ 2 ผู้ที่หลอกให้ผู้อื่นกระทำความผิด โดยผู้ที่ถูกหลอกไม่ต้องรับผิดชอบกระทำโดยเจตนา เพราะมีกฎหมายยกเว้นความผิดที่กระทำโดยเจตนา

กรณีที่ 3 ผู้ที่หลอกให้ผู้อื่นกระทำความผิดโดยผู้หลอกมีเจตนากระทำความผิดต่อผู้เสียหาย แต่ผู้ถูกหลอกได้กระทำไปเพียงเพราะความประมาท

กรณีที่ 4 ผู้ที่ใช้ให้บุคคลที่ไม่มีคุณสมบัติที่จะเป็นผู้กระทำความผิดได้ฐานเป็นผู้กระทำความผิดเอง ให้เป็นผู้กระทำความผิด

กรณีที่ 5 ผู้ที่ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดไม่เป็นความผิดเพราะขาดองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ไปกระทำความผิด

กรณีที่ 6 ผู้ที่บังคับหรือหลอกลอบผู้เสียหายให้กระทำต่อตัวผู้เสียหายเอง

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 128-137.

3. ผู้ร่วมกระทำความผิด หมายถึงผู้เกี่ยวข้องกับกระทำความผิดนั้นตั้งแต่สองคนขึ้นไป ซึ่งอาจมีฐานะเป็นตัวการ (มาตรา 83)³⁹ ผู้ใช้ (มาตรา 84)⁴⁰ หรือผู้สนับสนุน (มาตรา 86)⁴¹ ก็ได้

การกระทำ

การกระทำของผู้กระทำจะต้องถึงขั้นที่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ผู้กระทำจึงจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา ซึ่งโดยหลักแล้วหากเป็นการกระทำโดยเจตนาจะต้องถึงขั้นลงมือกระทำความผิดตามมาตรา 80⁴² ผู้กระทำจึงจะต้องรับผิดชอบในฐานะพยายามกระทำความผิด อย่างไรก็ตามการกระทำก่อนขั้นลงมือกระทำความผิด ในบางกรณีผู้กระทำก็จะต้องรับผิดชอบในทางอาญา เช่น การเตรียมวางเพลิงเผาทรัพย์ตามมาตรา 219⁴³ การเป็นสมาชิกหรือสมคบกันเป็นอั้งยี่หรือช่องโจรตามมาตรา 209⁴⁴ หรือ มาตรา 210⁴⁵ การใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84⁴⁶ แม้ความผิดที่ใช้ยังไม่ได้กระทำลง ผู้ใช้ก็ต้องระวางโทษหนึ่งในสามของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดที่ใช้ เป็นต้น

³⁹ มาตรา 83 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ในกรณีความผิดใดเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันนั้นเป็นตัวการ ต้องระวาง โทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

⁴⁰ มาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดไม่ว่าด้วยการใช้ บังคับ ชูเชิญ จ้าง วาน หรือยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด ผู้นั้นเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด ถ้าความผิดมิได้กระทำลงไม่ว่าจะเป็นเพราะผู้ถูกใช้ไม่ยอมกระทำ ยังไม่ได้กระทำ หรือเหตุอื่นใด ผู้ใช้ต้องระวางโทษเพียงหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

ถ้าผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ และถ้าผู้ถูกใช้เป็นบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี ผู้พิการ ผู้ทุพพลภาพ ลูกจ้างหรือผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของผู้ใช้ ผู้ที่มีฐานะยากจน หรือผู้ต้องพึ่งพาผู้ใช้เพราะเหตุป่วยเจ็บหรือไม่ว่าทางใด ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้ใช้ถึงหนึ่งของโทษที่ศาล กำหนดสำหรับผู้นั้น”

⁴¹ มาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ อันเป็นการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิด ก่อนหรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมีได้รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความ สะดวกนั้นก็ตาม ผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ต้อง ระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่สนับสนุนนั้น”

⁴² มาตรา 80 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด ผู้ใดพยายามกระทำความผิดต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

⁴³ มาตรา 219 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดเตรียมเพื่อกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 217 หรือมาตรา 218 ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับพยายามกระทำความผิดนั้น ๆ”

⁴⁴ มาตรา 209 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นสมาชิกของคณะบุคคลซึ่งปกปิดวิธีดำเนินการ และมีความมุ่งหมายเพื่อการอันมิชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นอั้งยี่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท

วัตถุแห่งการกระทำ

วัตถุแห่งการกระทำ หมายถึง สิ่งที่มีมุ่งหมายกระทำต่อ เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย โดยเจตนาตามมาตรา 288⁴⁷ วัตถุแห่งการกระทำ คือ ผู้อื่น เป็นต้น⁴⁸

2.2.1.3 การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความผิดเรื่องนั้น ๆ

1) เจตนา แบ่งได้ 2 ความหมาย คือ

เจตนาประสงค์ต่อผล หมายความว่า มุ่งหมายหรือประสงค์ต่อผลโดยตรงในความผิดต่อชีวิต และความผิดต่อร่างกาย ในการวินิจฉัยต้องใช้หลักกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนาเป็นแนวทางในการพิจารณา เช่น ถ้าผู้กระทำใช้ปืนยิงไปที่ผู้เสียหาย โดยยิงไปที่อวัยวะสำคัญ ๆ ต้องถือว่า ประสงค์หรือมุ่งหมายให้ผู้เสียหายตาย แต่ถ้าใช้มีดเล็ก ๆ แหวงที่เดียวในเวลาจำกัด ขณะที่มองเห็นไม่ถนัด อาจต้องถือว่าประสงค์หรือมุ่งหมายต่ออันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้เสียหายเท่านั้นก็ได้

เจตนาเล็งเห็นผล หมายความว่า ผู้กระทำไม่ประสงค์ต่อผลแต่เล็งเห็นได้ว่าจะเกิดผลอย่างแน่นอน เท่าที่จิตใจของบุคคลในฐานะเช่นเดียวกับผู้กระทำโดยปกติเล็งเห็นได้ในการวินิจฉัยนั้น ให้พิจารณาถึงเรื่องประสงค์ต่อผลก่อน หากพิจารณาเห็นว่าผู้กระทำไม่ประสงค์ต่อผล จึงค่อยมาพิจารณาต่อไปว่าผู้กระทำเล็งเห็นผลหรือไม่ เจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลก็มีผลทางกฎหมายอย่างเดียวกันกล่าวคือ ถ้าเป็นเจตนาฆ่าประเภทประสงค์ต่อผล ผู้กระทำก็ผิดฐานฆ่าคนตาย โดยเจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288⁴⁹ ถ้าเป็นเจตนาฆ่าประเภทเล็งเห็นผล ผู้กระทำก็ผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 เช่นเดียวกัน

2) เจตนาพิเศษ

เจตนาพิเศษ คือ มูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิด เจตนาพิเศษเป็นคุณละกรณีกับเจตนาธรรมดา เจตนาธรรมดาคือประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล ความผิดใดกฎหมายต้องเจตนาพิเศษ ก็จะมีบัญญัติถ้อยคำที่แสดงว่าเป็นเจตนาพิเศษไว้ในองค์ประกอบของความผิดนั้น ๆ

ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นหัวหน้า ผู้จัดการหรือผู้มีตำแหน่งหน้าที่ ในคณะบุคคลนั้น ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท”

⁴⁵ มาตรา 210 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดสมคบกันตั้งแต่ห้าคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ และความผิดนั้นมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นช่องโจร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าเป็นการสมคบเพื่อกระทำความผิดที่มีระวางโทษถึงประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท

⁴⁶ มาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายอาญา . . .

⁴⁷ มาตรา 288 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่นต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าถึงยี่สิบปี”

⁴⁸ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 143-144.

⁴⁹ มาตรา 288 แห่งประมวลกฎหมายอาญา . . .

โดยตรง เช่น คำว่า โดยทุจริต ถือว่าเป็นเจตนาพิเศษของความผิดฐานลักทรัพย์ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334)⁵⁰ คำว่า เพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริง เป็นเจตนาพิเศษของความผิดฐานปลอมเอกสาร (มาตรา 264)⁵¹ ในการพิจารณาถ้อยคำนั้น ๆ เป็นเจตนาพิเศษหรือไม่ให้สังเกตที่คำว่า เพื่อหรือคำว่า โดยทุจริต เป็นต้น ความผิดที่กฎหมายต้องการเจตนาพิเศษ เช่น ความผิดฐานปลอมเอกสาร (มาตรา 264) หากผู้กระทำความผิดมีแต่เจตนาธรรมดา เช่น ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลเท่านั้น ผู้กระทำก็ยังไม่มีความผิด โดยถือว่าขาดองค์ประกอบภายใน แต่ถ้าความผิดมาตรานั้น ๆ กฎหมายไม่ต้องการเจตนาพิเศษ เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาตามมาตรา 288 เพียงแต่ผู้กระทำความผิดมีเจตนาธรรมดา กล่าวคือ ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล ผู้กระทำก็มีความผิดแล้ว

3) ประมาท

การกระทำโดยประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่⁵²
มีหลักเกณฑ์ดังนี้

- ก. มิใช่เป็นการกระทำความผิดโดยเจตนา
- ข. กระทำไปโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์
- ค. ผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

2.2.1.4 ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำนั้น ๆ

การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลจะต้องทำความเข้าใจในเบื้องต้นก่อนว่าลักษณะของความผิดอาญาอาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ⁵³

⁵⁰ มาตรา 334 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดเอาทรัพย์สินของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินหกพันบาท”

⁵¹ มาตรา 264 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดทำเอกสารปลอมขึ้นทั้งฉบับหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใด เต็มหรือตัดทอนข้อความ หรือแก้ไขด้วยประการใด ๆ ในเอกสารที่แท้จริง หรือประทับตราปลอม หรือลงลายมือชื่อปลอมในเอกสาร โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ถ้าได้กระทำเพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานปลอมเอกสารต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ผู้ใดกรอกข้อความลงในแผ่นกระดาษหรือวัตถุอื่นใด ซึ่งมีลายมือชื่อของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมหรือโดยฝ่าฝืนคำสั่งของผู้อื่นนั้น ถ้าได้กระทำเพื่อนำเอาเอกสารนั้นไปใช้ในกิจการที่อาจเกิดเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือประชาชน ให้ถือว่าผู้นั้นปลอมเอกสาร ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน”

⁵² มาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญา . . .

⁵³ แสง บุญเฉลิมวิภาส, **หลักกฎหมายอาญา**, พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2551), หน้า 45-47.

1) ความผิดที่ไม่จำเป็นต้องมีผลเกิดก็เป็นความผิดได้ เช่น ความผิดฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน (มาตรา 137)⁵⁴ เมื่อได้แจ้งข้อความอันเป็นเท็จ ก็ถือเป็นความผิดแล้ว การที่เจ้าพนักงานจะเชื่อข้อความนั้นหรือไม่ ไม่สำคัญ เช่นเดียวกับความผิดฐานเบิกความเท็จต่อศาล (มาตรา 177)⁵⁵ เมื่อมีการเบิกความเท็จ ความผิดสำเร็จก็เกิดขึ้นแล้ว โดยไม่ต้องพิจารณาว่าศาลจะเชื่อข้อความนั้นหรือไม่ก็ตาม

2) ความผิดที่ต้องการผลหรือจะต้องมีผลเกิดขึ้นจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ เช่น ความผิดต่อชีวิต ความผิดต่อร่างกาย ความผิดในลักษณะนี้จะต้องพิสูจน์ให้ได้ความว่าผลที่เกิดขึ้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำในกรณีนั้น ๆ ผู้กระทำจึงจะต้องรับผิดชอบในผลนั้น กล่าวอีกในหนึ่งก็คือ การกระทำนั้นเป็นเหตุให้เกิดผลขึ้น การอธิบายในเรื่องที่กล่าวนี้ นักนิติศาสตร์ได้วางเป็นทฤษฎีหลายทฤษฎี แต่ทฤษฎีที่ได้รับความนิยมในการนำมาอธิบายข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ได้แก่

(1) ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม ทฤษฎีนี้ถือหลักว่าเหตุที่ก่อให้เกิดผลที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบนั้นหมายความว่าเหตุที่ตามประสบการณ์ทั่วไปสามารถทำให้เกิดผลที่ความผิดนั้นต้องการได้ กล่าวคือมุ่งเฉพาะเงื่อนไขที่เพียงพอเท่านั้นโดยดูเฉพาะเหตุที่ตามความรู้ความชำนาญทำให้เกิดผลได้เท่านั้น ไม่ใช่พิจารณาทุกเหตุ กล่าวคือ การกระทำและผลที่เกิดขึ้น ต้องมีความเกี่ยวพันกันอย่างสมเหตุสมผล (Reasonable Connection)

(2) ทฤษฎีเงื่อนไข (The Condition Theory) ทฤษฎีนี้ถือหลักว่าเป็นการกระทำในทุกกรณีย่อมเชื่อว่าเป็นเหตุที่ทำให้เกิดผล กล่าวคือ ถ้าหากว่าไม่มีการกระทำนั้น ๆ แล้ว ผลก็จะไม่เกิดขึ้นแม้ผลที่เกิดขึ้นจะเกิดจากการกระทำอื่น ๆ ด้วยก็ตาม

ทฤษฎีเงื่อนไขนี้เป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับอย่างมาจกนักนิติศาสตร์ แต่ทฤษฎีนี้ก็ยังมีขอบเขตในการใช้อยู่บางประการ เพราะหากใช้โดยไม่ข้อจำกัดโดยพิจารณาย้อนขึ้นไปในทุก ๆ เหตุ จะกลายเป็นการพิจารณาโดยไม่รู้จักจบ ซึ่งแท้จริงแล้วเหตุที่อยู่ห่างไกลย่อมมิใช่เหตุโดยตรงที่ทำให้เกิดผลหรือถ้าเป็นเหตุที่เกิดขึ้นใหม่ภายหลัง อันผู้กระทำในตอนแรกไม่อาจคาดหมายได้ตามความคิดเช่นวิญญูชน ผู้กระทำย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นนั้น เหตุที่เกิดขึ้นใหม่ในภายหลังนี้ มักเรียกกันว่า “เหตุแทรกแซง”

เหตุแทรกแซงนี้ อาจเกิดขึ้นจาก⁵⁶

1. การกระทำของบุคคลอื่น เช่น ก. เจตนาจะฆ่า ข. จึงได้ใช้ปืนยิง ข. ได้รับบาดเจ็บ ขณะที่ ข. นอนรักษาตัวอยู่นั้น ถูก ค. ยิงถึงแก่ความตาย ดังนั้นถือว่า การกระทำของ ค. เป็นเหตุที่เกิดขึ้นใหม่ ก. ควรรับผิดชอบในการกระทำตอนแรก คือ พยายามฆ่าเท่านั้น

⁵⁴ มาตรา 137 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงานซึ่งอาจ ทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁵⁵ มาตรา 177 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดเบิกความอันเป็นเท็จในการพิจารณาคดีต่อศาล ถ้าความเท็จนั้นเป็นข้อสำคัญในคดี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁵⁶ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *เรื่องเดิม*, หน้า 47-48.

เพราะผลที่เกิดขึ้นเป็นผลที่เกิดจากเหตุใหม่อันผู้กระทำในตอนแรกไม่อาจคาดหมายได้ เหตุที่ทำให้เกิดผลคือความตายเกิดจากการยิงของ ค.

2. การกระทำของผู้เสียหายเอง ในบางครั้งเมื่อมีเหตุการณ์เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย เช่น ถูกทำร้ายบาดเจ็บ หรือถูกลักทรัพย์หรือถูกข่มขืนกระทำชำเรา ผู้เสียหายอาจเกิดความเจ็บปวดหรือเสียใจมากจนตัดสินใจฆ่าตัวตาย ปัญหาว่าผู้กระทำในตอนแรกจะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นด้วยหรือไม่ การพิจารณาในเรื่องดังกล่าวนี้คงจะต้องถือหลักว่า เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นคงจะต้องถือหลักว่า เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นใหม่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยเกี่ยวเนื่องกับเหตุการณ์ในตอนแรกอย่างมีเหตุเพียงใด ถ้าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นใหม่มีความเกี่ยวเนื่องหรือมีส่วนทำให้เกิดผลสุดท้ายขึ้นผู้กระทำในตอนแรกก็ต้องรับผิดชอบในผลนั้นด้วย

3. เหตุธรรมชาติ เหตุธรรมชาติบางเรื่องเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยไม่อาจคาดหมายได้ เช่น พายุ น้ำท่วม ดังนั้นหากมีการทำร้ายกันขึ้น ผู้ถูกทำร้ายวิ่งหนีและถูกพายุพัดตาย เหตุการณ์ที่เกิดพายุ ย่อมถือว่าเป็นเหตุแทรกแซงที่เกิดขึ้นใหม่ ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในผลสุดท้ายที่เกิดขึ้น

4. ผู้กระทำผิดเอง เหตุแทรกแซงในบางครั้งอาจเกิดจากผู้กระทำผิดเอง เช่น เหตุในตอนแรกเกิดจากการทำร้ายจนสลบแต่ผู้กระทำเข้าใจว่าผู้ถูกทำร้ายถึงแก่ความตายจึงเอาผ้าขาวม้ามาผูกคอแขวนกับต้นไม้ทำเป็นว่าผู้นั้นแขวนคอตาย กรณีเช่นนี้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในผลนั้นพิจารณาได้ดังนี้ สำหรับผลที่เกิดจากเหตุในตอนแรก ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในผลนั้นอย่างแน่นอนนั่นก็คือ ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ส่วนผลที่เกิดภายหลังคือความตายนั้น ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา เพราะผู้กระทำกระทำไปโดยไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด คือไม่รู้ว่าการกระทำยังมิใช่สภาพความเป็นมนุษย์

2.2.2 ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

เมื่อพิจารณาโครงสร้างความรับผิดในทางอาญาซึ่งครบทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในแล้ว หากมีกฎหมายยกเว้นความผิด หรืออีกนัยหนึ่งเรียกว่า “เหตุยกเว้นความผิด” การกระทำนั้นก็จะไม่เป็นความผิด และผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา

ระบบกฎหมายไทย ยอมรับเหตุต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ เป็นเหตุยกเว้นความผิดซึ่งมีอยู่ 4 ประการ

2.2.2.1 การป้องกันโดยด้วยกฎหมาย

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นเหตุที่กฎหมายยอมให้มีการป้องกันตนเองได้ เนื่องจากรัฐไม่อาจให้ความคุ้มครองแก่ทุกคน ทุกขณะในทุกกรณีได้ และการป้องกันก็เป็นการกระทำต่อผู้ที่ละเมิดกฎหมายจึงไม่เกิดประโยชน์ที่จะลงโทษผู้กระทำการป้องกัน ไม่ว่าจะเป็นในแง่ของผู้กระทำ ความผิด หรือเพื่อประโยชน์ของชุมชนก็ตาม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68⁵⁷ นั้น เป็นการ

⁵⁷ มาตรา 68 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่นให้พ้นอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

ป้องกันสิทธิ อันได้แก่ สิทธิที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองไม่ว่าจะเป็นสิทธิในร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่น ๆ ซึ่งการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนี้มีหลักเกณฑ์และเงื่อนไข 4 ประการ คือ⁵⁸

1) จะต้องมียันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย

กล่าวคือ มีการกระทำที่ผิดกฎหมาย ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นการละเมิดต่อกฎหมายอาญาเท่านั้น จะเป็นการละเมิดต่อกฎหมายอื่นก็ได้

ยันตราย หมายถึง บรรดาการกระทำทั้งหลายที่กระทบต่อสิทธิของผู้อื่นที่กฎหมายรับรองและคุ้มครอง ดังนั้น ผู้ที่จะก่ออันตรายได้จะต้องเป็นการกระทำของมนุษย์เท่านั้น ถ้าเป็นการกระทำของสัตว์โดยตรงแล้วเราไม่อาจอ้างว่าเป็นการกระทำโดยป้องกันได้ สำหรับการกระทำของสัตว์ที่เกี่ยวข้องกับคนซึ่งเป็นอันตรายที่เกิดจากบุคคล ไม่ใช่เกิดจากสัตว์เราสามารถอ้างป้องกันได้

การละเมิดกฎหมาย นอกจากจะเป็นอันตรายแล้ว ยันตรายนั้นจะต้องละเมิดกฎหมายด้วยหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือผู้ก่ออันตรายไม่มีอำนาจให้กระทำได้ ถ้าเขามีอำนาจให้กระทำได้ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย เช่น ตำรวจจับผู้ร้ายไปควบคุม แม้จะกระทบเสรีภาพซึ่งเป็นอันตราย แต่ไม่เป็นการละเมิดกฎหมายแต่อย่างใด หรือกรณีที่ครูทำโทษนักเรียนเพื่อเป็นการว่ากล่าวตักเตือนและกระทำไปพอสมควรแก่เหตุ

การละเมิดกฎหมายนี้อาจเป็นการละเมิดกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอาญาก็ได้ แม้จะเป็นการละเมิดในทางแพ่ง เช่น การประมาททำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นเสียหาย แม้จะไม่ใช่ความผิดอาญาแต่ก็เป็นการละเมิดซึ่งป้องกันได้ หรือการเป็นชู้แม้จะไม่ใช่ความผิดอาญาแต่ก็เป็นการละเมิดซึ่งป้องกันได้เช่นเดียวกัน

2) ยันตรายนันใกล้จะถึง

กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องรอให้ภัยนั้นเกิดขึ้นก่อน แต่ต้องอยู่ในลักษณะที่หากไม่กระทำการเพื่อป้องกันจะต้องเกิดภัยอย่างแน่นอน ดังนั้นถ้าภัยยังอยู่ในอนาคตหรือห่างไกล ไม่ฉุกเฉินก็ไม่เกิดสิทธิป้องกันได้ และถ้าภัยนั้นผ่านพ้นไปแล้วก็ไม่เป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง ในเรื่องกานป้องกันนั้นกฎหมายให้อำนาจป้องกันตัวเพื่อเป็นทางให้พ้นอันตรายเท่านั้น เพราะรัฐเข้าช่วยเหลือไม่ทัน หรือไม่อาจขอความช่วยเหลือได้ทัน ฉะนั้นเมื่อภัยนั้นไม่ฉุกเฉินหรือภัยนั้นผ่านพ้นไปแล้วก็ไม่มีเหตุจะต้องป้องกัน ผู้ถูกกระทำควรจะดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายต่อไป

3) ผู้กระทำจำต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองหรือของผู้อื่นให้พ้นจากอันตราย

กล่าวคือ การกระทำของผู้้นต้องมีเหตุชักจูงเพื่อป้องกันสิทธิ หากไม่มีความคิดเช่นนั้นก็ไม่เป็นการป้องกัน เพราะกฎหมายยอมคำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำในขณะนั้นเป็นหลัก ซึ่งกระทำเพื่อป้องกันสิทธิ นอกจากจะต้องมียันตรายแล้ว ผู้กระทำจะต้องกระทำโดยเจตนา

⁵⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2551), หน้า 156-160.

(มาตรา 59 วรรคสอง วรรคสาม)⁵⁹ หากเป็นการกระทำโดยประมาทแล้วก็ไม่อาจจะอ้างได้ว่าเป็นการกระทำโดยป้องกัน และนอกจากนั้นผู้กระทำจะต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อป้องกันด้วย

การกระทำเพื่อป้องกันสิทธินั้นกฎหมายถือเป็นสิทธิ ผู้ที่ได้รับภัยอันตรายไม่มีหน้าที่จะต้องหลบหนีภัยอันตรายนั้น ซึ่งแม้จะหลีกเลี่ยงได้แต่กฎหมายก็ไม่ประสงค์ให้เป็นคนชั่วลาดเหมือนนโยบายของกฎหมายอาญาต้องการการการกระทำที่คุกคามเป็นภัยอันละเมิดต่อกฎหมาย ผู้ถูกคุกคามจึงไม่จำต้องหนี แท้จริงแล้วเป็นหน้าที่ของบุคคลที่จะต่อสู้กับภัยอันละเมิดต่อกฎหมายด้วยซ้ำไป และการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของผู้อื่นนั้น (มาตรา 374)⁶⁰ ถึงแม้จะเป็นภัยอันตรายที่ไม่ถึงแก่ชีวิตก็ป้องกันได้ และผู้อื่นในที่นี้ก็ไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์กันแต่อย่างใด แต่จะต้องอยู่ในฐานะที่จะใช้สิทธิป้องกันได้ด้วย ถ้าผู้อื่นไม่มีสิทธิป้องกันได้ ผู้เข้าทำการป้องกันให้ผู้อื่นก็จะใช้สิทธิไม่ได้ ซึ่งโดยปกติผู้ที่กระทำการเพื่อป้องกันสิทธินี้จะต้องไม่มีส่วนในการก่อภัยอันตรายขึ้นมาด้วยเพราะบุคคลที่กฎหมายจะให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษจะต้องไม่ละเมิดกฎหมายเสียเอง

4) ต้องกระทำไปพอสมควรแก่เหตุ

กล่าวคือ พิจารณาจากลักษณะการกระทำ ว่าขนาดไหนเพียงใดจึงจะถือว่าพอเพียงในการป้องกันสิทธิ โดยจะต้องพิจารณาถึงตัวผู้กระทำว่ามีความเชื่อได้ว่าได้เกิดภัยอันจำต้องกระทำเพื่อป้องกันนั้นแล้ว และวิธีการที่จะหลีกเลี่ยงภัยดังกล่าวมีอยู่อย่างไร ซึ่งหากความเชื่อดังกล่าวเกิดขึ้นเพราะความสำคัญผิดก็ยังคงเป็นเหตุยกเว้นโทษได้ และถ้าความสำคัญผิดเกิดขึ้นโดยประมาทผู้กระทำคงต้องรับผิดไปตามนั้น

2.2.2.2 ความยินยอม

ความยินยอมเป็นส่วนหนึ่งในการที่ก่อให้เกิดความผิดขึ้น กล่าวคือ ความผิดนั้น ๆ ถ้าเกิดขึ้นเพราะความยินยอมจึงเป็นความผิด ซึ่งโดยทั่วไปแล้วความยินยอมไม่มีผลที่จะยกเลิกความผิด ส่วนความยินยอมที่จะทำให้การกระทำนั้น ๆ ไม่เป็นความผิดได้จะต้องประกอบด้วยหลักดังนี้⁶¹

1. ความยินยอมนั้นจะต้องไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งการกระทำใดจะเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือไม่นั้น พิจารณาจากความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในท้องถิ่น เวลาที่เกิดการกระทำนั้น โดยจะต้องพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมาย ว่าข้อใดกฎหมายยอมให้สละได้ เนื่องจากคุณธรรมทางกฎหมายมิใช่จะสละได้ทั้งหมด

2. ความยินยอมนั้นจะต้องเกิดขึ้นโดยความบริสุทธิ์ใจ โดยเสรีชัดแจ้งและปราศจากการข่มขู่ ล่อลวงหรือสำคัญผิด

3. ความยินยอมนั้นจะต้องมีอยู่ตลอดเวลาที่กระทำความผิด

ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติเรื่องความยินยอมไว้ว่าเป็นเหตุยกเว้นความผิดโดยตรง นอกจากนั้นในบางมาตรายังบัญญัติว่าแม้ยินยอมก็เป็นความผิด หรือในบางมาตราจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เกี่ยวข้อง ดังนั้น ความยินยอมตามกฎหมายจึงมีอยู่ 2 ประเภท ดังนี้

⁵⁹ มาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญา . . .

⁶⁰ มาตรา 374 แห่งประมวลกฎหมายอาญา . . .

⁶¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *เรื่องเดิม*, หน้า 161-163.

1. ความยินยอมที่เป็นองค์ประกอบความผิด หมายถึง ความยินยอมและไม่ยินยอม นั้นเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายนอกในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง เช่น มาตรา 276⁶² ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งในความผิดฐานนี้จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ 2 อย่างคือ

- 1) การกระทำชำเราหญิง
- 2) การที่หญิงนั้นไม่ยินยอมให้ชำเรา

ดังนั้น หากหญิงยอมให้ชำเราแล้วย่อมขาดองค์ประกอบความผิด

หรือ ความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334⁶³ ซึ่งการกระทำความผิดคือ “เอาไป” ซึ่งจะต้องเป็นการเอาทรัพย์ไปโดยที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองไม่ยินยอม

แต่อย่างไรก็ตามในความผิดบางฐานกฎหมายอาจจะระบุไว้อย่างชัดเจนว่าจะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็เป็นความผิด เช่น มาตรา 301⁶⁴ เป็นต้น และความยินยอมที่เป็นองค์ประกอบในข้อ 1 นี้ ไม่เกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิด

2. ความยินยอมที่เป็นเหตุยกเว้นความผิด กล่าวคือ แม้จะไม่มีเหตุที่กฎหมายระบุไว้อย่างชัดเจน แต่ศาลอาจตัดสินว่ามีเหตุใดมายกเว้นความผิดได้ เพราะไม่เป็นโทษต่อผู้กระทำ

บุคคลจะตกลงกันได้ก่อนว่าจะไม่ฟ้องคดีอาญา ถ้าหากจะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นต่อไปข้างหน้านั้น ข้อตกลงนั้นห้ามมีผลก่อให้เกิดหนี้ที่จะผูกพันคู่กรณีให้จำต้องงดเว้นไม่ฟ้องคดีอาญาเช่นนั้นแต่ประการใดไม่ เพราะอำนาจฟ้องคดีอาญาจะมีอยู่หรือไม่นั้น มิได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายลักษณะหนี้ในทางแพ่ง หากอยู่ภายในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญาอีกส่วนหนึ่ง

2.2.2.3 การกระทำที่กฎหมายอนุญาต

แม้ในประมวลกฎหมายอาญาจะไม่บัญญัติไว้โดยตรงว่ากรณีที่ถูกกฎหมายต่าง ๆ อนุญาตให้บุคคลใดกระทำการใด ซึ่งกฎหมายอื่นนั้นถือว่าเป็นเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติเช่นกัน เมื่อมีกฎหมายอื่นอนุญาตให้ทำได้ย่อมยกเว้นความผิดอาญาด้วย เช่น

1) ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305⁶⁵ การกระทำของนายแพทย์ ซึ่งถือว่าอนุญาตให้มีการทำแท้งได้

⁶² มาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา . . .

⁶³ มาตรา 334 แห่งประมวลกฎหมายอาญา . . .

⁶⁴ มาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก”

⁶⁵ มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าว ใน มาตรา 301 และ มาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือ มาตรา 284 ผู้กระทำไม่มีความผิด”

2) ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329⁶⁶ และ 331⁶⁷ การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริต และการแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาล หรือโดยคู่ความเพื่อประโยชน์แก่คดีของตน

3) ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 79⁶⁸ กรณีราชกรณเจ้าผู้กระทำความผิด

4) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1347⁶⁹ ซึ่งอนุญาตให้ตัดรากไม้และกิ่งไม้จากที่ดินข้างเคียงได้ (ผู้กระทำไม่มีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์และลักทรัพย์ เพราะกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้) และนอกจากนี้ยังรวมถึงกฎหมายอื่น ๆ อีกด้วย

2.2.2.4 จารีตประเพณี

แม้ว่าจารีตประเพณีจะไม่ใช่มติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็เกิดจากการถือปฏิบัติของประชาชนอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานว่าเป็นสิ่งที่กระทำได้ และในประมวลกฎหมายอาญาก็มีได้บัญญัติให้ “จารีตประเพณี” เป็นเหตุยกเว้นความผิด แต่เนื่องจากจารีตประเพณีนั้นเป็นสิ่งที่ผู้คนในสังคมปฏิบัติมาช้านานจนเป็นที่ยอมรับ และสังคมในสมัยใหม่ก็ยังยอมรับปฏิบัติ โดยเหตุนี้จารีตประเพณีจึงอาจยกเว้นความผิดอาญาในบางเรื่องได้เท่าที่ไม่ขัดต่อความรู้สึกอันดีในสังคมสมัยปัจจุบัน⁷⁰

2.2.3 ไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

⁶⁶ มาตรา 329 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริต

(1) เพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม

(2) ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติการตามหน้าที่

(3) ดิชมด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัย ของประชาชนย่อมกระทำ หรือ

(4) ในการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรม เรื่องการดำเนินการอันเปิด เผยในศาลหรือในการประชุม ผู้ที่นั้นไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท”

⁶⁷ มาตรา 331 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “คู่ความ หรือทนายความของคู่ความ ซึ่งแสดงความคิด เห็น หรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาล เพื่อประโยชน์แก่คดี ของตน ไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท”

⁶⁸ มาตรา 79 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “ราชกรณเจ้าผู้อื่น ไม่ได้เว้นแต่จะเข้าอยู่ในเกณฑ์แห่ง มาตรา 82 หรือเมื่อผู้อื่นกระทำความผิดซึ่งหน้า และความผิดนั้นได้ ระบุไว้ในบัญชีท้ายประมวลกฎหมายนี้ด้วย”

⁶⁹ มาตรา 1347 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “เจ้าของที่ดินอาจตัดรากไม้ซึ่งบุกรุกเข้ามาจากที่ดินติดต่อกันและเอาไว้เสีย ถ้ากิ่งไม้ยื่นล้ำเข้ามา เมื่อเจ้าของที่ดินได้บอกผู้ครอบครองที่ดินติดต่อกันให้ตัดภายในเวลาอันสมควรแล้ว แต่ผู้อื่นไม่ตัด ท่านว่าเจ้าของที่ดินตัดเอาเสียได้”

⁷⁰ แสง บุญเฉลิมวิภาส, *เรื่องเดิม*, หน้า 77.

เหตุยกเว้นโทษจะพิจารณาเมื่อการกระทำที่ครบองค์ประกอบ ไม่มีเหตุยกเว้นความผิด ส่วนจะลงโทษหรือไม่ต้องพิจารณาว่ามีเหตุยกเว้นโทษหรือไม่ ซึ่งเหตุยกเว้นโทษสำหรับการกระทำเนื่องจากถูกบังคับมี 2 กรณี

1. การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น (มาตรา 67)⁷¹

การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น มีหลักเกณฑ์ 6 ประการ ได้แก่⁷²

⁷¹ มาตรา 67 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

(1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ

(2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตรายที่ใกล้จะถึง และไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภยันตรายนั่นตน มิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน

ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแต่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้อง รับโทษ”

⁷² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *เรื่องเดิม*, หน้า 167-177.

1) การอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจ

กล่าวคือมีสภาพบังคับให้ผู้กระทำได้ตัดสินใจกระทำการ โดยการบังคับหรืออำนาจนี้อาจอาจเกิดจากการกระทำของบุคคลก็ได้ หรืออาจเกิดเหตุการณ์ธรรมชาติก็ได้

อำนาจหรือการบังคับนี้ถือเป็นการปองภัยหรือสาเหตุให้ผู้กระทำนั้นตัดสินใจต้องกระทำ ความผิดจึงเป็นเหตุภายนอก หรืออีกนัยหนึ่งก็คือผู้กระทำไม่ได้คิดจะกระทำความผิดด้วยตนเอง

สรุป การกระทำเพราะตกอยู่ในที่บังคับตามมาตรา 67 (1) จึงเกิดจากเหตุภายนอกโดยผู้กระทำมิได้ริเริ่มที่จะกระทำความผิดแต่อย่างใด

2) ภัยอันตรายที่ต้องหลีกเลี่ยง

การอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจตามมาตรา 67 (1) นั้น ผู้กระทำผิดมิได้มีความริเริ่มที่จะกระทำความผิด หากแต่อิทธิพลภายนอกบังคับให้ผู้กระทำจำต้องกระทำหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นความผิด

ส่วนกรณีตามมาตรา 67 (2) ไม่มีการบงการหรือบังคับให้กระทำ แต่มีภัยอันตรายที่คุกคามตนเองหรือผู้อื่นอันเป็นมูลเหตุชักจูงใจให้ผู้กระทำความผิดต้องคิดและกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายดังกล่าวอาจเป็นภัยจากธรรมชาติหรือสัตว์

3) ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง

ภัยอันตรายนี้จะต้องกำลังเกิดอยู่ในปัจจุบันอันเป็นเหตุฉุกเฉิน ซึ่งถ้าไม่ได้กระทำความผิดลงในขณะนั้นอาจไม่สามารถแก้ไขได้ทัน และรวมตลอดถึงการกระทำความผิดเชื่อโดยสุจริตใจว่ามีภัยอันตรายเกิดขึ้นและใกล้จะถึงในขณะที่ตนกระทำความผิด

4) การไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้

ผู้กระทำความผิดจะต้องไม่มีทางเลือกที่จะกระทำอย่างอื่นโดยไม่ผิดกฎหมาย และภัยที่หลีกเลี่ยงนี้ไม่จำกัดว่าเป็นภัยชนิดใด อาจเป็นภัยแก่ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือผลประโยชน์ทั้งหลายที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ และไม่ว่าภัยนั้นจะเกิดแก่ตนเองหรือผู้อื่นก็ตาม

5) ผู้กระทำมิได้ก่อภัยนั้น

กล่าวคือ ภัยอันตรายนั้นไม่ได้เกิดจากความผิดของตน

6) พอสมควรแก่เหตุ

กล่าวคือ การกระทำความผิดด้วยความจำเป็นนั้นจะต้องกระทำไปภายในขอบเขต หากได้กระทำไปเกินขอบเขต จะต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 69⁷³

2. การกระทำตามคำสั่ง (มาตรา 70)⁷⁴

⁷³ มาตรา 69 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ในกรณีที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 67 และ มาตรา 68 นั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่ง ความจำเป็นหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น เพียงใดก็ได้แต่ถ้าการกระทำนั้นเกิดขึ้นจากความตื่นเต้น ความ ตกใจหรือความกลัว ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้”

กรณีที่จะถือว่าการกระทำตามคำสั่งของเจ้านักงานและได้รับยกเว้นโทษมีหลักเกณฑ์ดังนี้⁷⁵

1) กระทำตามคำสั่งของเจ้านักงาน

คำสั่ง หมายถึง คำบงการให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดหรือจำยอมต่อสิ่งใด หากฝ่าฝืนถือว่าเป็นการขัดขึ้น มิใช่คำแนะนำหรือแสดงความเห็น ซึ่งจะกระทำหรือไม่กระทำก็ได้
เจ้านักงาน ต้องพิจารณาจากการแต่งตั้งโดยชอบ ประกอบกับลักษณะงานที่ได้รับการแต่งตั้งให้ทำ

อนึ่ง ตามมาตรานี้ กฎหมายคุ้มครองเฉพาะเมื่อเป็นคำสั่งของเจ้านักงานเท่านั้น หากเป็นคำสั่งของสามี ภริยา บิดา มารดา ผู้ปกครอง นายจ้าง ไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรานี้

2) คำสั่งนั้นมิชอบด้วยกฎหมาย

กล่าวคือ คำสั่งที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจผู้ออกคำสั่งที่จะออกคำสั่งเช่นนั้นได้

3) ผู้กระทำความผิดหรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม

ซึ่งถ้าผู้กระทำความผิดไม่ปฏิบัติตามย่อมมีความผิด ไม่ว่าจะมีความผิดตามกฎหมายอาญา (มาตรา 368)⁷⁶ หรือผิดวินัยก็ตาม

นอกจากเหตุยกเว้นโทษสำหรับการกระทำเนื่องจากถูกบังคับแล้ว ในทางกฎหมายอาญายังมี เหตุยกโทษ เหตุลดโทษ และเหตุบรรเทาโทษด้วย ซึ่งได้แก่⁷⁷

⁷⁴ มาตรา 70 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำตามคำสั่งของเจ้านักงาน แม้คำสั่งนั้นจะมีชอบด้วยกฎหมาย ถ้าผู้กระทำความผิดหรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ผู้ นั้นไม่ต้องรับโทษ เว้นแต่จะรู้ว่าคำสั่งนี้เป็นคำสั่งซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

⁷⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *เรื่องเดิม*, หน้า 178-181.

⁷⁶ มาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดทราบบคำสั่งของเจ้านักงานซึ่งสั่งการตามอำนาจ ที่มีกฎหมายให้ไว้ ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นโดยไม่มีเหตุหรือข้อแก้ตัวอันสมควร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบวัน หรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการสั่งเช่นนั้นเป็นคำสั่ง ให้ช่วยทำกิจการในหน้าที่ของเจ้า พนักงานซึ่งกฎหมายกำหนดให้สั่งให้ช่วยได้ ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁷⁷ แสง บุญเฉลิมวิภาส, *เรื่องเดิม*, หน้า 101-104.

1. เหตุเกี่ยวกับความเป็นสามีภริยาและความเป็นญาติ

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 ได้บัญญัติเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษหรือให้ดุลยพินิจแก่ศาลในการลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดก็ได้ โดยมีเหตุผลเกี่ยวกับการเป็นสามีภริยา และความเป็นญาติ ดังนี้

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก และมาตรา 341 ถึงมาตรา 364 นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามีกระทำต่อภริยา หรือภริยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

ความผิดดังระบุนานี้ ถ้าเป็นการกระทำที่ผู้บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดาน ผู้สืบสันดานกระทำต่อผู้บุพการี หรือพี่หรือน้องร่วมบิดามารดาเดียวกันกระทำต่อกัน แม้กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ และนอกจากนั้นศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายได้ยกโทษให้กับการกระทำความผิดที่สามีกระทำต่อภริยา หรือภริยากระทำต่อสามีในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ไม่ว่าจะเป็นการลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ฉ้อโกง โกง เจ้าหนี้ ยักยอก รับของโจร ทำให้เสียทรัพย์ หรือความผิดฐานบุกรุก เหตุผลของการยกเว้นโทษนั้น เนื่องจากกฎหมายเล็งเห็นความสำคัญในความเป็นเอกภาพของครอบครัว⁷⁸ ซึ่งรวมถึงผู้บุพการีและผู้สืบสันดานตามกรณีของบทบัญญัติในวรรคสองด้วย เหตุผลของการยกโทษและลดโทษเหล่านี้จึงเป็นเหตุผลพิเศษที่ไม่อยู่ในโครงสร้างความผิดอาญา แต่เป็นเหตุผลที่เกี่ยวกับการรักษาความเป็นปึกแผ่นของสถาบันครอบครัว เพราะกฎหมายมีอาจจะเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับเรื่องทุกอย่างในครอบครัวได้

อนึ่ง ตามบทบัญญัติของมาตรา 71 กฎหมายยกเว้นโทษให้เฉพาะกรณีที่เกี่ยวกับความผิดอันกระทำต่อทรัพย์เท่านั้น หากเป็นเรื่องที่กระทบต่อชีวิตร่างกายกฎหมายไม่ได้ยกเว้นไว้

2. เหตุเกี่ยวกับการบันดาลโทสะ

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ได้บัญญัติเหตุเกี่ยวกับการกระทำผิดโดยบันดาลโทสะไว้ว่า “ผู้ใดบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

การกระทำที่จะถือได้ว่ากระทำโดยบันดาลโทสะ จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังนี้

1) ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม

⁷⁸ คณิต ณ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), หน้า 280-281.

กล่าวคือการข่มเหงได้กระทำไปโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร⁷⁹ ซึ่งไม่จำเป็นต้องถึงขั้นละเมิดต่อกฎหมายดังเช่นหลักเกณฑ์ในเรื่องป้องกัน

อนึ่ง การข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม อาจเกิดขึ้นกับบุคคลนั้น หรือผู้ที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับบุคคลนั้นก็ได้ เช่น การข่มเหงกระทำต่อบิดามารดา สามีหรือภรรยา บุตรหรือญาติที่ใกล้ชิดของผู้นั้น

2) เกิดการบันดลโทสะจากเหตุที่ถูกข่มเหงนั้น

หลักเกณฑ์นี้เป็นการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล กล่าวคือการกระทำบันดลโทสะจะต้องมาจากเหตุแห่งการถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงนั้น โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี

3) ได้กระทำผิดต่อผู้ถูกข่มเหงในขณะที่บันดลโทสะ

การที่กฎหมายยอมให้อำนาจเหตุบันดลโทสะเพื่อลดโทษ เนื่องจากบุคคลนั้นถูกข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม แต่ถ้าผู้บันดลโทสะได้กระทำความผิดในเวลาอื่น ไม่ใช่ในขณะที่บันดลโทสะ ย่อมถือว่าผู้กระทำมีโอกาสดำเนินการสมควรกระทำความผิดหรือไม่

3. เหตุบรรเทาโทษ

กรณีที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจบรรเทาโทษนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 ได้บัญญัติไว้ว่า

เมื่อปรากฏว่ามีเหตุบรรเทาโทษ ไม่ว่าจะได้มีการเพิ่มหรือการลดโทษตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นแล้วหรือไม่ ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้

เหตุบรรเทาโทษนั้น ได้แก่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้เผลอเลาะเบาปัญญาตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส มีคุณความดีมาก่อน รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น ลุแก่โทษต่อ เจ้าพนักงานหรือให้ความรู้แก่ศาล อันเป็นผลประโยชน์แก่การพิจารณา หรือเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามีลักษณะทำนองเดียวกัน

⁷⁹ หุตุ แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 172-174.

เหตุบรรเทาโทษตามที่กฎหมายกำหนดในมาตรา 78 อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

เหตุก่อนการกระทำผิด

1) เป็นผู้โหดเหี้ยมบาปปัญหา หมายความว่า ผู้กระทำความผิดโดยทางปัญญาจึงกระทำความผิดโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์

2) ตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส เช่น บิดามารดา หรือบุตร กำลังป่วยหนักไม่มีเงินค่ารักษาพยาบาล จึงต้องลักทรัพย์ ย่อมถือเป็นเหตุบรรเทาโทษได้

3) มีคุณงามความดีมาก่อน

เหตุหลังการกระทำผิด

1) ผู้กระทำความผิดรู้สึกถึงความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น

2) ลุแก่วินาศ เช่น การเข้ามอบตัวและสารภาพว่าได้กระทำความผิด

3) ให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา

4) เหตุอื่น ๆ ที่ศาลเห็นว่ามີลักษณะทำนองเดียวกัน

4. เหตุเกี่ยวกับความไม่รู้ผิดชอบ

กรณีที่ผู้กระทำความผิดรู้สึกผิดชอบ ไม่อาจก่อเจตนาในทางอาญาหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ โดยการกระทำยังคงเป็นความผิด แต่กฎหมายยกเว้นโทษหรือลดโทษให้เมื่อเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด⁸⁰ ได้แก่

1) การกระทำของเด็ก

กฎหมายเห็นว่าเด็กยังไม่มีความสามารถที่จะมีเจตนาในทางอาญาได้ การลงโทษจึงไม่มีผลป้องกันมิให้มีการกระทำเช่นนั้นอีก เพราะการลงโทษจะไม่เหมาะสมถ้าผู้กระทำไม่สามารถแยกความดี-เลว ความถูก-ผิด หรือไม่เข้าใจผลจากการกระทำนั้น ๆ

2) การกระทำของคนวิกลจริต

วิกลจริต หมายถึง สภาพที่จิตไม่มั่นคง ไม่สมประกอบ หรือไม่สมบูรณ์ ทำให้ผู้นั้นไม่อาจเข้าใจสภาพหรือสาระของการกระทำได้

3) การกระทำเพราะความมึนเมา

โดยหลักความมึนเมาไม่เป็นเหตุยกเว้นโทษหรือลดโทษ เพราะแม้การกระทำความผิดในขณะที่มึนเมาหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ จะถือว่าเป็นการขาดเจตนาทางอาญาก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม ผู้กระทำความผิดก็ต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเนื่องจากความมึนเมา

⁸⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *เรื่องเดิม*, หน้า 183-194.

2.3 องค์ประกอบความรับผิดของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

องค์ประกอบความรับผิดของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของแต่ละประเทศนั้นแตกต่างกันออกไป โดยขึ้นอยู่กับที่มาทางประวัติศาสตร์ และสภาพโครงสร้างของแต่ละสังคมที่แตกต่างกัน

2.3.1 องค์ประกอบความรับผิดของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราปรากฏเป็นครั้งแรกในกฎหมายไทยตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงเรื่อยมาจนกระทั่งประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน โดยในกฎหมายตราสามดวง พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118⁸¹ บัญญัติองค์ประกอบความผิดของผู้กระทำความผิดคือ “ชายใด” คือชายเท่านั้นจึงจะเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ ต่อมาเมื่อกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติให้ “ผู้ใด” เป็นผู้กระทำ นักกฎหมายได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดนี้ไว้เป็น 3 แนวทาง กล่าวคือ⁸²

แนวทางที่ 1 เห็นว่าคำว่า “ผู้ใด” เป็นใครก็ได้เพราะตัวบทไม่ได้กำหนดไว้

ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย⁸³ เห็นว่า เมื่อไม่ได้กำหนดความหมายไว้ และตัวบทมิได้ระบุว่า “ชายใด” หญิงจึงไม่ขาดคุณสมบัติเป็นตัวการ ผู้ใดจึงหมายความว่าทั้งชายและหญิง กล่าวคือไม่ว่าชายหรือหญิงก็สามารถทำความผิดฐานนี้ได้

แนวทางที่ 2 เห็นว่าคำว่า “ผู้ใด” มีความหมายเฉพาะ “ชาย” เท่านั้น

ศ.จิตติ ติงศภัทย์⁸⁴ เห็นว่า โดยสภาพผู้ลงมือกระทำมิได้แต่ชาย การกระทำระหว่างหญิงต่อหญิง หรือชายต่อชาย จึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา 276 แต่ก็ไม่ได้หมายความว่ามีความผิดได้เฉพาะชาย หากมีผู้ร่วมกระทำความผิดผู้อื่นก็เป็นตัวการได้ด้วย

ศ.ธานินทร์ กรัยวิเชียร⁸⁵ เห็นว่า ถ้อยคำในมาตรา 276 ที่ว่า กระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน ถ้อยคำนี้ชัดเจนว่าผู้ใดนี้เฉพาะผู้กระทำชำเราต้องเป็นชายเท่านั้น ส่วนหญิงไม่สามารถลงมือข่มขืนเองได้ ซึ่งเป็นไปตามลักษณะทางกายภาพของหญิง

⁸¹ ประสิทธิ์ พัฒนอมร, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), หน้า 14.

⁸² ปรีดา เวทพิสัย, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณีผู้ถูกกระทำ (สารนิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 8-10.

⁸³ หยุด แสงอุทัย, “บุคคลที่ไม่สามารถเป็นตัวการได้ในทางอาญา,” บทบัณฑิตย 20, 4 (2520): 783.

⁸⁴ จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ก่อนมีการแก้ไข ปี พ.ศ. 2550 ภาค 2 ตอน 1 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2506), หน้า 718.

⁸⁵ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” วารสารนิติศาสตร์ 2, 4 (เมษายน-มิถุนายน 2517): 70-71.

อาจารย์สุป็น พูลพัฒน์⁸⁶ เห็นว่า โดยหลักแล้วหญิงในฐานะส่วนตัวไม่สามารถกระทำชำเราได้เลย และชายจะเป็นผู้เสียหายเพราะถูกหญิงกระทำชำเราไม่ได้คู่กัน

แนวทางที่ 3 เห็นว่าคำว่า “ผู้ใด” เป็นชายเท่านั้น หญิงเป็นได้แค่เพียงผู้สนับสนุน

ศ.ไพจิตร บุญญพันธ์ เห็นว่าหญิงโดยสภาพไม่อาจข่มขืนผู้อื่นได้ จึงเป็นได้เพียงการสนับสนุนเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ทั้งนักนิติศาสตร์และผู้พิพากษาศาลฎีกาส่วนใหญ่แล้วต่างยึดถือตามแนวความคิดที่ 2 โดยเห็นว่าผู้ลงมือกระทำความผิดต้องเป็นชายเท่านั้น แต่ผู้ร่วมกระทำความผิดอาจเป็นชายด้วยกันหรือเป็นหญิงก็ได้ เนื่องจากผู้ร่วมกระทำความผิดตามมาตรา 83⁸⁷ เป็นแต่ร่วมมือร่วมใจในการกระทำความผิด ซึ่งไม่จำเป็นต้องกระทำการอย่างเดียวกัน อาจแบ่งหน้าที่กันกระทำต่าง ๆ กันได้ เช่น ช่วยจับแขน จับขา คูดันทาง โดยเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นความผิดที่ร่วมกันกระทำผิดได้ โดยผู้ร่วมกระทำความผิดมิต้องเป็นผู้ลงมือกระทำชำเราด้วยทุกคน เพียงแต่คนใดคนหนึ่งกระทำเรา ผู้ที่ร่วมกระทำความผิดทุกคนก็มีความผิดฐานเป็นตัวการ อีกทั้งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276⁸⁸ ก็ได้บัญญัติให้ลงโทษแต่เฉพาะชายเท่านั้น ในบทกฎหมายมาตรานี้บัญญัติแต่เพียงว่า “ผู้ใดกระทำความผิด ฯลฯ” เท่านั้น ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงไม่จำเป็นต้องเป็นชายเสมอไป อาจเป็นหญิงก็ได้ นอกจากนี้ การที่กฎหมายบัญญัติว่าผู้ถูกกระทำเป็นหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน ทำให้สามีไม่อาจเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเองได้ ดังนั้น หากสามีเป็นผู้ร่วมในการกระทำชำเราโดยทำหน้าที่อื่น เช่น เป็นผู้คูดันทาง หรือ ช่วยจับแขนขา สามีก็มีความผิดเพียงฐานเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นอกจากนี้กฎหมายไม่เอาผิดแก่สามีโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น หากชายที่ลงมือข่มขืนกระทำชำเราไม่ใช่สามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิง เพียงแต่อยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยาโดยไม่ได้ทำการจดทะเบียนสมรส สามีก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ และหากสามีมิได้ลงมือกระทำชำเราด้วยตนเอง หากแต่ช่วยคูดันทางหรือจับแขน จับขา สามีก็เป็นตัวการร่วมในความผิดฐานนี้ได้เช่นกัน

ภายหลังในประมวลกฎหมายอาญา ความผิดเกี่ยวกับเพศได้ใช้บังคับอยู่เป็นเวลา 50 ปี จึงได้มีการเรียกร้องจากหน่วยงานหลายฝ่ายให้มีการแก้ไขกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ จนกระทั่งได้มีการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 บัญญัติเปลี่ยนแปลงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเสียใหม่ โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรายังคงปรากฏอยู่ในมาตรา 276 เช่นเดิม แต่มีหลักการที่เปลี่ยนแปลงไปจากกฎหมายเดิม โดยองค์ประกอบความรับผิดของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น ชายและหญิงเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ชายจึงเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดได้ ส่วนกรณีของหญิงนั้น เมื่อพิจารณาประกอบกับนิยามของการกระทำชำเรา เมื่อมิได้ให้ความสำคัญกับการ

⁸⁶ สุป็น พูลพัฒน์, คำอธิบายกฎหมายอาญาเรียงมาตรา, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2521), หน้า 120.

⁸⁷ มาตรา 83 แห่งประมวลกฎหมายอาญา . . .

⁸⁸ มาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา . . .

ที่อวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำอวัยวะของหญิงอีกต่อไป หญิงจึงสามารถเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดด้วยตนเองได้เช่นกัน มิใช่เป็นได้แต่เพียงในฐานะตัวการร่วมเช่นดังแต่ก่อน⁸⁹

2.3.2 องค์ประกอบความรับผิดของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในต่างประเทศ

ในสังคมตะวันตกสมัยก่อนนั้นมองความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดต่อผู้ที่เป็นหัวหน้าครอบครัวหรือเป็นความผิดเนื่องจากการเป็นการพรากพรหมจารีไปจากหญิง สังคมจึงมองว่าการข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่เป็นพรหมจรรย์เป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงกว่าการข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่ไม่เป็นพรหมจรรย์ กฎหมายของบางประเทศถึงกับกำหนดว่าการข่มขืนกระทำชำเราหญิงโสเภณีหรือหญิงที่ไม่เป็นพรหมจรรย์นั้นไม่เป็นความผิดอาญาอันเนื่องมาจากการที่พรหมจรรย์ของหญิงเหล่านั้นไม่อาจถูกทำให้เสียหายได้อีก และยิ่งไปกว่านั้นบางประเทศถึงกับกำหนดว่า ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์นั้นไม่เป็นข้อแก้ตัวให้พ้นจากความผิด เช่น ประเทศ ฝรั่งเศส ในศตวรรษที่ 17 การแต่งงานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ปกครองถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา บทลงโทษก็คือการจำคุกปรับให้แก่บิดาหรือสามี ทั้งนี้เนื่องจากสังคมมองว่าการกระทำเช่นนี้คือการทำให้เสียหายซึ่งทรัพย์สินของบิดาหรือสามี เหล่านี้สะท้อนให้เห็นว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในอดีตกาลนั้น มิได้มีความสำคัญต่อหญิงที่ตกเป็นเหยื่อจากการถูกข่มขืนกระทำชำเราแต่ประการใด⁹⁰

และตั้งแต่ปี 1970 ได้เกิดการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดในการคุ้มครองผู้เสียหายจากการข่มขืนกระทำชำเรา โดยเห็นว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อความยินยอมของผู้อื่นและทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บเป็นอันตรายต่อร่างกายและจิตใจ เป็นการกระทำที่ประทุษร้ายต่อร่างกาย เรียกว่า เป็นการทำร้ายที่ผิดศีลธรรมจรรยา (Indecent Assault) ต่อมาได้ถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual Offence) เนื่องจากแนวความคิดที่ว่า การบาดเจ็บของร่างกายไม่เป็นสาระสำคัญเท่ากับเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของหญิง (Autonomy of Woman) โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่สามารถจะจำกัดขอบเขตเฉพาะความเสียหายทางกายภาพและทางจิตใจเท่านั้น แต่ยังมีผลให้เสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้เสียหายอีกสถานหนึ่งด้วย⁹¹

องค์ประกอบความรับผิดของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามบทบัญญัติกฎหมายที่ปรากฏในต่างประเทศ เช่น ในประเทศอังกฤษตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 1976 (แก้ไขเพิ่มเติม) พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 1956 กำหนดให้ “A Man Commits Rape If . . .” กฎหมายจึงกำหนดให้ชายเท่านั้นที่จะเป็นผู้กระทำความผิดได้ ส่วนหญิงก็เป็นได้เพียงตัวการร่วมในการกระทำความผิดเท่านั้น เช่น การที่หญิงช่วยจับแขนขาของเหยื่อเพื่อให้ชายกระทำการข่มขืนกระทำชำเราเหยื่อนั้น เป็นต้น⁹² และแม้ในประเทศอังกฤษจะมีการปฏิรูปความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอยู่หลายครั้ง หากแต่ยังคงกำหนดให้ชายเท่านั้นที่ผู้ลงมือกระทำ

⁸⁹ ปรีดา เวทพิสัย, *เรื่องเดิม*, หน้า 32-34.

⁹⁰ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 18-24.

⁹¹ ประสิทธิ์ พัฒนอมร, *เรื่องเดิม*, หน้า 5.

⁹² Michael T. Molan, *Criminal Law: Textbook*, 3rd ed. (London: Old Bailey, 2011), p. 191.

ความผิดฐานนี้ได้ พิจารณาจากนิยามของการกระทำชำเราที่ต้องเป็นการล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของบุคคลโดยอวัยวะเพศของชายเท่านั้น หากหญิงบังคับให้ชายร่วมประเวณีกับตนโดยฝ่าฝืนต่อความยินยอมของชาย เป็นได้เพียงความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศ (Sexual Assault) หรือความผิดฐานบังคับให้ผู้อื่นมีความสัมพันธ์ทางเพศกับตนโดยผู้อื่นนั้นมิได้ยินยอม (Causing Another Person to Perform a Sexual Act without Consent) แต่หญิงนั้นไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเมื่อพิจารณาจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราใน Model Penal Code ที่บัญญัติว่า “ชายใดกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน ชายนั้นย่อมกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” แต่เดิมมาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ผู้กระทำความผิดจึงต้องเป็นชายเท่านั้น แต่ในปัจจุบันความผิดอาญฐานข่มขืนกระทำชำเราในแต่ละรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกามีบัญญัติแตกต่างกันออกไป บางรัฐก็กำหนดให้ชายเท่านั้นเป็นผู้กระทำความผิดได้ เช่น รัฐจอร์เจีย รัฐโอดาโฮ และรัฐอินเดียนา บางรัฐก็กำหนดให้ทั้งชายและหญิงสามารถเป็นผู้กระทำความผิดได้ เช่น รัฐมิชิแกน และรัฐนิวยอร์ก เป็นต้น⁹³

⁹³ ปรีดา เวทพิสัย, *เรื่องเดิม*, หน้า 46-47.

2.4 คู่ชีวิตเพศเดียวกัน

ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ได้บัญญัติถึงความหมาย เงื่อนไขในการจดทะเบียน รวมทั้งการรับรองตามกฎหมายของคู่ชีวิตเพศเดียวกันไว้ดังต่อไปนี้

2.4.1 คำนิยาม

คำว่า “คู่ชีวิต” ตาม พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายความว่า ผู้ร่วมเป็นร่วมตาย ผู้ร่วมทุกข์ร่วมสุข สามีหรือภรรยา

คำว่า “คู่ชีวิต” ตามร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต หมายความว่า บุคคลสองคนซึ่งเป็นเพศเดียวกันและได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้

ดังนั้นคำว่า “คู่ชีวิตเพศเดียวกัน” จึงหมายถึง บุคคลสองคนซึ่งเป็นเพศเดียวกัน และได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต โดยมีสถานภาพและการรับรองตามกฎหมายคล้ายคลึงกับสามีภรรยา

ตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต ได้ถือการจดทะเบียนคู่ชีวิตว่าเป็นการทำสัญญาตามกฎหมาย โดยมีการกำหนดเพศของคู่สัญญาไว้ ซึ่งผู้ที่เข้ามาทำสัญญาคู่ชีวิตนั้น จะต้องเป็นบุคคลเพศเดียวกันตามกฎหมาย ต่างจากกรณีการจดทะเบียนสมรสที่คู่สัญญาจะต้องเป็นชายกับหญิง ซึ่งเป็นบุคคลต่างเพศกันและเพศของบุคคล ก็ถือตามเพศในขณะกำเนิด ดังนั้น ในกรณีที่มีการจดทะเบียนที่คู่ชีวิต หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นชายอีกฝ่ายหนึ่งก็ต้องเป็นชาย ฝ่ายหนึ่งเป็นหญิงอีกฝ่ายหนึ่งก็ต้องเป็นหญิงเช่นเดียวกัน แม้จะเป็นกรณีที่มีการผ่าตัดแปลงเพศแล้วก็ตาม ทั้งนี้ เพราะการผ่าตัดแปลงเพศของบุคคลมิได้ทำให้เพศตามกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปด้วยแต่อย่างใด⁹⁴

2.4.2 เงื่อนไขในการจดทะเบียนของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน

ความประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตนั้น เป็นไปเพื่อให้ความเสมอภาคแก่สิทธิในครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน ให้มีสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวของตนอย่างเสมอภาคเช่นเดียวกับครอบครัวของคู่สมรสชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันมีลักษณะยอมรับหลักความเป็นสถาบันของการเข้าร่วมสถานะแห่งการเป็นคู่ชีวิตในทำนองเดียวกับการสมรสซึ่งถือเป็นการหลุดพ้นจากเจตนาของคู่สมรส และตกอยู่ในบังคับเงื่อนไขในการเข้าร่วมสร้างสถาบันครอบครัวขึ้นใหม่ของสังคม⁹⁵ ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตนี้ จึงกำหนดเงื่อนไขในการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตไว้หลายประการดังต่อไปนี้

⁹⁴ กมลวรรณ อยู่วัฒน์, *มาตรการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศเดียวกันในการอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยา* (รายงานการวิจัย เสนอต่อมหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา, 2558), หน้า 34.

⁹⁵ ฉัตรชัย เอมราช, *ความไม่เสมอภาคในการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2557), หน้า 79-80.

1. ทั้งสองฝ่ายต้องมีเพศเดียวกัน⁹⁶
2. ทั้งสองฝ่ายต้องมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์ขึ้นไป⁹⁷
3. ทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย⁹⁸
4. ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องไม่เป็นคนวิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือเป็นคนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ⁹⁹
5. ทั้งสองฝ่ายต้องไม่เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ซึ่งความเป็นญาติดังกล่าวให้ถือตามสายโลหิตโดยไม่ต้องคำนึงว่า จะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่¹⁰⁰
6. ทั้งสองฝ่ายต้องไม่มีคู่สมรสหรือได้จดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตอยู่ก่อนแล้ว¹⁰¹
7. ทั้งสองฝ่ายต้องแสดงความยินยอมให้ปรากฏต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียนบันทึกความยินยมนั้นไว้¹⁰²

⁹⁶ มาตรา 5 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

⁹⁷ มาตรา 5 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

⁹⁸ มาตรา 5 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

⁹⁹ มาตรา 7 (1) แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

¹⁰⁰ มาตรา 7 (2) แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

¹⁰¹ มาตรา 7 (3) แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

¹⁰² มาตรา 6 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. บัญญัติว่า “การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะกระทำได้ต่อเมื่อบุคคลทั้งสองฝ่ายแสดงความยินยอมให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียนบันทึกความยินยมนั้นไว้ด้วย

การจดทะเบียนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามแบบหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง”

2.4.3 การรับรองตามกฎหมาย

ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตเป็นบทบัญญัติที่มุ่งเพื่อให้ครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันสามารถมีสิทธิและหน้าที่อันจำเป็นแก่การดำรงอยู่ซึ่งครอบครัวของตนได้อย่างเสมอภาคกับครอบครัวของคู่สมรสชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยไม่มีลักษณะเป็นการเข้าไปแก้ไขบทบัญญัติว่าด้วยการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การที่จะเอื้อให้ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต สามารถให้สิทธิในความเสมอภาคแก่ครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันได้จึงมีลักษณะของการอนุโลมสิทธิและหน้าที่อันมีต่อคู่สมรสชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ¹⁰³

1. ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต กำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมาใช้บังคับแก่ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตด้วยโดยอนุโลม เป็นเหตุให้สิทธิและหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาต้องนำมาใช้บังคับแก่คู่ชีวิตด้วยดังต่อไปนี้

1) สิทธิหน้าที่ในการที่จะต้องอยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 วรรคแรก¹⁰⁴

2) สิทธิหน้าที่ในการที่จะต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 วรรคท้าย¹⁰⁵

3) สิทธิในการร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตให้ตนอยู่ต่างหากจากอีกฝ่ายในกรณีที่ไม่อาจอยู่กินร่วมกันอย่างปรกติสุขได้ หรือถ้าการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือทำลายความผาสุกอย่างมาก ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1462¹⁰⁶

4) สิทธิหน้าที่ในการเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้อีกฝ่ายหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1463¹⁰⁷

¹⁰³ ฉัตรชัย เอมราช, *เรื่องเดิม*, หน้า 80-83.

¹⁰⁴ มาตรา 1461 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ . . .

¹⁰⁵ มาตรา 1461 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ . . .

¹⁰⁶ มาตรา 1462 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ในกรณีที่สามีภริยาไม่สามารถที่จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยปรกติสุขได้ หรือถ้าการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือทำลายความผาสุกอย่างมาก สามีหรือภริยาฝ่ายที่ไม่สามารถที่จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยปรกติสุขได้ หรือฝ่ายที่จะต้องรับอันตรายหรือถูกทำลายความผาสุก อาจร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตให้ตนอยู่ต่างหากในระหว่างที่เหตุนั้น ๆ ยังมีอยู่ก็ได้ในกรณีเช่นนี้ ศาลจะกำหนดจำนวนค่าอุปการะเลี้ยงดูให้ฝ่ายหนึ่งจ่ายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งตามควรแก่พฤติการณ์ก็ได้”

¹⁰⁷ มาตรา 1463 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลสั่งให้สามีหรือภริยาเป็นคนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ ภริยาหรือสามีย่อมเป็นผู้อนุบาลหรือผู้

2. สิทธิหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายอื่นเสมือนคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาทิ สิทธิในการใช้ชื่อสกุล สิทธิตามกฎหมายเกี่ยวกับการประกันภัยหรือประกันชีวิต สิทธิตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ สิทธิตามกฎหมายประกันสังคม สิทธิในการลดหย่อนภาษี สิทธิของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา และสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมาย¹⁰⁸

3. ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตกำหนดนำบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมาใช้บังคับกับทรัพย์สินของคู่ชีวิตด้วยโดยอนุโลม¹⁰⁹ ซึ่งจะส่งผลให้ทรัพย์สินของคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตต้องตกอยู่ในบังคับระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาเช่นเดียวกันกับคู่สมรสชายหญิงตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ

- 1) บทบัญญัติว่าด้วยสัญญาก่อนสมรส แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- 2) บทบัญญัติว่าด้วยสัญญาระหว่างสมรส แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- 3) บทบัญญัติว่าด้วยสินส่วนตัวและการจัดการสินส่วนตัว ตลอดจนสินสมรสและการจัดการสินสมรส แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- 4) บทบัญญัติว่าด้วยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของอีกฝ่ายในระหว่างเป็นสามีภรรยา แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- 5) บทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบในการส่วนตัวในหนี้สินที่สามีหรือภรรยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก่อขึ้นก่อนหรือในระหว่างสมรส แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- 6) บทบัญญัติว่าด้วยหนี้ร่วมกันระหว่างสามีภรรยา แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- 7) บทบัญญัติว่าด้วยการแยกสินสมรส แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

4. การสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิต ตลอดจนสิทธิหน้าที่อันเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของการเป็นคู่ชีวิต โดยที่ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตได้กำหนดถึงสิทธิหน้าที่ของคู่ชีวิตอันเกี่ยวข้องกับการสิ้นสุดลงของการเป็นคู่ชีวิตไว้ในหมวดที่ 4 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต โดยกำหนดสาระสำคัญเกี่ยวกับการสิ้นสุดลงของการเป็นคู่ชีวิตและสิทธิหน้าที่ของคู่ชีวิตที่เกี่ยวข้องกับการสิ้นสุดลงของสถานภาพคู่ชีวิต กล่าวคือ

- 1) กำหนดให้การเป็นคู่ชีวิตสามารถสิ้นสุดลงได้สามวิธี กล่าวคือ การสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิตโดยความตาย การสมัคใจเลิกกันโดยการเพิกถอนการจดทะเบียน หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอนการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิต¹¹⁰

พิทักษ์ แต่เมื่อผู้มีส่วนได้เสียหรืออัยการร้องขอ และถ้ามีเหตุสำคัญศาลจะตั้งผู้อื่น เป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ก็ได้”

¹⁰⁸ มาตรา 9 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

¹⁰⁹ มาตรา 10 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

¹¹⁰ มาตรา 11 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. บัญญัติว่า “คู่ชีวิตย่อมสิ้นสุดลงด้วยความตาย การสมัคใจเลิกกันโดยการจดทะเบียน หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอน”

2) กำหนดเงื่อนไขในการขอให้ศาลเพิกถอนการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิต กล่าวคือ การฝ่าฝืนเงื่อนไขในการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิต การจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตได้กระทำโดยสำคัญผิด ถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ โดยกำหนดให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการสมรสที่กระทำไปโดยฝ่ายหนึ่งสำคัญผิดในตัวคู่สมรสอีกฝ่าย หรือทำการสมรสโดยถูกกลฉ้อฉล หรือทำการสมรสโดยถูกข่มขู่ และบทบัญญัติว่าด้วยผลแห่งคำพิพากษาให้เพิกถอนการสมรส แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้โดยอนุโลม¹¹¹

และในกรณีที่มีเหตุหย่าตามมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตกำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยข้อจำกัดสิทธิในการฟ้องหย่าตามมาตรา 1517 และมาตรา 1518 และบทบัญญัติว่าด้วยการฟ้องหย่าในกรณีที่มีเหตุหย่าเกิดขึ้นในขณะที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริตตามมาตรา 1519 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับแก่การพิจารณาเหตุในการเพิกถอนการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตในกรณีนี้โดยอนุโลม

3) กำหนดคุ้มครองสิทธิที่ได้มาก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตของคู่ชีวิตผู้ที่จดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตโดยสุจริต ในกรณีที่จดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตฝ่าฝืนเงื่อนไขด้านอายุ หรือสัญชาติ ตามมาตรา 5 หรือเงื่อนไขด้านการให้ความยินยอมต่อนายทะเบียนในการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามมาตรา 6 และเงื่อนไขด้านความเป็นคนวิกลจริตหรือสติฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ คนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ หรือเงื่อนไขความเป็นญาติ หรือการมีคู่สมรสหรือคู่ชีวิตอยู่ก่อนแล้ว ตามมาตรา 7 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตโดยการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขด้านความเป็นคนวิกลจริตหรือสติฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ คนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ หรือเงื่อนไขความเป็นญาติ หรือการมีคู่สมรสหรือคู่ชีวิตอยู่ก่อนแล้ว ตามมาตรา 7 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตดังกล่าวไม่ทำให้คู่ชีวิตเกิดสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่าย¹¹²

¹¹¹ มาตรา 12 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. บัญญัติว่า “เหตุที่จะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิต มีดังต่อไปนี้

(1) การฝ่าฝืนเงื่อนไขการจดทะเบียนคู่ชีวิต ตามหมวด 1 แห่งพระราชบัญญัตินี้

(2) การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ได้กระทำโดยสำคัญผิด ถูกกลฉ้อฉลหรือถูกข่มขู่ และให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1505 ถึงมาตรา 1508 และมาตรา 1511 ถึงมาตรา 1513 มาบังคับใช้โดยอนุโลม

(3) กรณีมีเหตุ ตามมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการพิจารณาเหตุตาม (3) ให้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1517 ถึงมาตรา 1519 มาบังคับใช้โดยอนุโลม”

¹¹² มาตรา 13 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. บัญญัติว่า “การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ฝ่าฝืน มาตรา 5 มาตรา 6 และมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ไม่เป็นเหตุให้บุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิตโดยสุจริตเสื่อมเสียสิทธิที่ได้มาเพราะการจดทะเบียนคู่ชีวิตก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิต แต่การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ฝ่าฝืนมาตรา 7 ไม่ทำให้คู่ชีวิตเกิดสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง”

4) กำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการสิ้นสุดแห่งการสมรส เช่น ผลการเพิกถอนการสมรส สิทธิเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู ค่าทดแทน ค่าเลี้ยงชีพ และการจัดการทรัพย์สินกรณีการหย่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้บังคับกับการสิ้นสุดของการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตโดยอนุโลม¹¹³

5. สิทธิในการรับมรดก โดยร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตกำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยมรดก ในบรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับแก่สิทธิและหน้าที่ในการรับมรดกของคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต¹¹⁴

¹¹³ มาตรา 14 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยการสิ้นสุดแห่งการสมรส เช่น ผลการเพิกถอนการสมรส สิทธิเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู ค่าทดแทนค่าเลี้ยงชีพ และการจัดการทรัพย์สินกรณีการหย่า มาใช้บังคับกับการสิ้นสุดของการจดทะเบียนคู่ชีวิตโดยอนุโลม”

¹¹⁴ มาตรา 15 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก มาใช้บังคับกับสิทธิและหน้าที่ในการรับมรดก มาใช้บังคับกับสิทธิและหน้าที่ในการรับมรดกของคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้โดยอนุโลม

บทที่ 3

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเรา ระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกันในประเทศไทย

3.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรง (ประมวลกฎหมายอาญา)

3.1.1 วิวัฒนาการของประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา

จากอดีตเป็นต้นมาประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเราหลายฉบับ แต่ไม่มีฉบับใดเลยที่บัญญัติให้สามีต้องรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราภรรยา เนื่องจากจารีตประเพณีที่สังคมถือว่าภรรยาได้ยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์กับสามีนับแต่ทำการสมรสแล้ว จึงไม่ถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา และไม่สามารถเอาผิดได้ แม้จะมีพฤติการณ์ที่ผิดศีลธรรมและค้ำกับความรู้สึกของวิญญูชนก็ตาม

3.1.1.1 การข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายตราสามดวง: กฎหมายลักษณะฟัวเมีย (กรุงศรีอยุธยาและกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น)

สมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 พระองค์ทรงโปรดฯให้มีการรวบรวมและเขียนกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นเป็นครั้งแรก โดยมีชื่อว่า กฎหมายลักษณะฟัวเมีย ซึ่งเป็นที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาการนำเอาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราลงในกฎหมายลักษณะฟัวเมียเพราะผู้ร่างกฎหมายเห็นว่า การล่วงเกินภรรยาผู้อื่น เป็นการละเมิดอำนาจปกครองของรัฐและอำนาจอิสระของสามี

การข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายตราสามดวงมีสองประการ คือ¹¹⁵

1. การข่มขืนยังมีถึงชำเรา ซึ่งหมายถึงการอนาจาร ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 2, 75 ดังนี้

มาตรา 2 ผู้ใดเฝ้าโลมจับมือถือนมกอดจูบเมียท่าน ผัวท่านไม่ยอมไปหาเมียท่านถึงในเรือน แลในสถานที่ลับไม่มีผู้ใดอยู่ด้วยเปนค่านักก็ดี ไปหาเมียท่านถึงที่นอนในห้องอยู่แต่สองต่อสองก็ดี ท่านให้ไหมชายนั้นปรดผิดเมีย ถ้าผู้ใดกล่าวคำแพะโลมเมียท่านก็ดี ลักลอบพูดจาด้วยเมียท่านก็ดี พิจารณาเปนสัจใช้ให้ไหมชายนั้นกึ่งเบี้ยชักมือถือนมกอดจูบนั้น

มาตรา 75 บุรุษผู้ใดจับมือหยอกบุตรีท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรีท่านก็ดี แลอุดลากบุตรีท่านไปจูบกอดทำชั่วแลทำประการใดก็ดี ท่านว่าชายนั้นผิดให้ลงโทษโดยโทษานุโทษ

¹¹⁵ สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล, ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 45.

2. การข่มขืนจนถึงชำเรา ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1, 76, 77 และ 78 ดังนี้

มาตรา 1 ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมียทวิคุณ ถ้าข่มขืนโดยมิได้ชำเราให้ไหมโดยประณมผิดเมีย

มาตรา 76 ชายใดมีเมียแล้ว ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้นถึงประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ไหมถึงชำเรา

มาตรา 77 ชายหาเมียมิได้ ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้นถึงเบียดขามีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนมิถึงชำเรา ให้ไหมถึงชำเรา

มาตรา 78 ชายใดข่มขืนหญิงเดกไม่รู้เตียงสา (กฎหมายตราสามดวง: พระอัยการลักษณะวิวาท มาตรา 11 เด็กที่ไม่รู้เตียงสา หมายถึง เด็กอายุต่ำกว่า 7 ขวบลงมา) มิถึงชำเราให้ไหมถึงเบียดประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิตไหล ให้ไหมเท่าเบียดประณมเมียทวิคุณ ถ้าตบตีหญิงทำให้มีบาดเจ็บด้วย ท่านให้ไหมชายนั้นโดยบาดเจ็บอีกโสດหนึ่ง

3.1.1.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงมีพระบรมราชโองการดำรัสเหนือเกล้าให้ประกาศให้ทราบทั่วกันว่า พระราชกำหนดกฎหมายเดิมที่ว่าด้วยการข่มขืนทำชำเราผู้หญิงนั้น ยังบกพร่องอยู่หลายประการเป็นเหตุให้เกิดความสงสัยต่าง ๆ ในการพิจารณาพิพากษา คดีที่กล่าวหากันว่า ข่มขืนทำชำเรา จึงทรงพระราชนิพนธ์ให้แก้ไขพระราชกำหนดกฎหมายนั้นเสียใหม่ให้ชัดเจนดีขึ้นกว่าแต่เก่าจึงมี พระราชโองการดำรัสเหนือเกล้าให้ตราพระราชกำหนดไว้ต่อไปนี้¹¹⁶

มาตรา 3 ชายใดข่มขืนชำเราหญิง ในเหตุ 4 ประการดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ ท่านว่าชายผู้นั้น ข่มขืนชำเราหญิง คือ

ข้อ 1 ขืนใจหญิง

ข้อ 2 หญิงไม่ยินยอม

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายขู่เข็ญ จะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิง ๆ มีความกลัวจึงยินยอม

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดีแต่หญิงนั้นมีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา

มาตรา 4 ชายใดข่มขืนชำเราหญิง ดังเช่นว่าไว้ในมาตรา 3 พิจารณาเป็นสัตย์ ให้ลงโทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 10 ปี ลงมา กับให้ทำการหนักมากก็ได้

¹¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 47-48.

ถ้ามิให้ทำการหนักด้วยก็ได้ แล้วจะปรับเป็นเงินทำขวัญให้แก่หญิงตั้งแต่ 1,000 บาทลงด้วยก็ได้

อนึ่งผู้ใดได้รับโทษฐานข่มขืนทำชำเรา ครั้งหนึ่งแล้ว ภายหลังยังกลับข่มขืนกระทำผิดลงอีกเป็นครั้งที่ 2 ที่ 3 ต่อไปจะลงโทษเชี่ยนตั้งแต่ 60 ที่ลงมา เพิ่มเข้ากับโทษจำคุก และปรับด้วยอีกก็ได้

มาตรา 5 ผู้ใดทำชำเราทางเวจมรรคก็ดี ถ้าทำชำเราด้วยสัตว์ เตรณานผิดธรรมดาโลกย์ก็ดี พิจารณาเป็นสัตย์ ให้ลงโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปี ลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ถ้ามิให้ทำการหนักด้วยก็ได้

3.1.1.3 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลทางอาญา ร.ศ. 127 ในกฎหมายในลักษณะอาญา แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ 1. ความผิดฐานกระทำอนาจาร 2. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีบัญญัติอยู่ในส่วนที่ 6 หมวดที่ 2 ในมาตรา 242, 243 และมาตรา 244 ดังนี้¹¹⁷

มาตรา 242 ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดียรฉานก็ดี ท่านว่ามีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสດหนึ่ง

มาตรา 243 ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกายหรือด้วยวาจาขู่เข็ญ กระทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโสດหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนทำชำเรา มีความผิดต้องระวางโทษดุจกันกับที่ว่ามานั้น

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้นมีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่าผู้นั้นผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโสດหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่าผู้นั้นผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโสດหนึ่ง

มาตรา 244 ผู้ใดกระทำชำเราด้วยเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามขวบ ถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตาม หรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่าผู้นั้นมีความผิดต้อง

¹¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 49-54.

ระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสດหนึ่ง

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้นมีบาดเจ็บอย่างสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโสດหนึ่ง

ถ้าแลเด็กหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโสດหนึ่ง

3.1.1.4 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา ก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

ประมวลกฎหมายอาญามีบัญญัติเป็นครั้งแรกหลังจากทำการแก้ไขบทบัญญัติที่ใช้กันมาตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 ไว้ในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499¹¹⁸ ในมาตรา 276 ดังนี้

มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ซึ่งมีใช้ภริยาของตนโดยขู่ เชื้อด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ต่อมาได้มีการยกเลิกมาตรา 276 เดิม โดยประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ข้อ 7 ความว่า “ให้ยกเลิกความในมาตรา 276 และมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา” และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ซึ่งมีใช้ภริยาของตนโดยขู่ เชื้อด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี

อีกครั้งในปี พ.ศ. 2525 ได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 5 ในมาตรา 3 ความว่า “ให้ยกเลิกความในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิมาตรา 277 ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 และมาตรา 280 แห่งประมวลกฎหมายอาญา”

¹¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 56-58.

ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 และให้ใช้ความต่อไปนี้เป็น

มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยขู่ เชื้อด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธ ปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต¹¹⁹

3.1.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบัน

ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในภาค 2 ภาคความผิดด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งได้มีการเปลี่ยนแปลงยกเลิกความในมาตรา 276 และ มาตรา 277 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 20 กันยายน 2550 และใช้ความดังต่อไปนี้¹²⁰

มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เชื้อด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้นั้นเข้าใจผิดคิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำการโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติ

¹¹⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, **ประมวลกฎหมายอาญา**, ค้นวันที่ 27 มิถุนายน 2560 จาก <http://www.krisdika.go.th/>

¹²⁰ สมน์ส ตั้งเจริญกิจกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 63-67.

แทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภริยาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

มาตรา 277 ผู้ใดกระทำความผิดที่เรากล่าวไว้ไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำความผิดเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำความผิดโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำความผิดกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำความผิดกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามเป็นการกระทำความผิดโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง หรือกระทำความผิดกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน และเด็กนั้นไม่ยินยอมหรือได้กระทำความผิดโดยมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำความผิดโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำความผิดต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลได้อนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยตัวผู้กระทำความผิดนั้นไป

สรุป การข่มขืนกระทำความผิดตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมในปัจจุบันได้ขยายขอบเขตของการกระทำความผิดในความผิดฐานข่มขืนกระทำความผิดออกไปอย่างมาก โดยบัญญัติให้การล่วงละเมิดทางเพศไม่ว่าจะเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำความผิดกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก หรือใช้สิ่งอื่นใดกระทำความผิดกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำความผิดทั้งสิ้น ทำให้สามารถแยกการกระทำความผิดฐานนี้ตามบทบัญญัติของกฎหมายออกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ การร่วมประเวณีตามธรรมชาติ และการร่วมประเวณีโดยผิดธรรมชาติ ซึ่งแตกต่างจากการตีความการกระทำความผิดตามบทบัญญัติกฎหมายเดิม ซึ่งการข่มขืนกระทำความผิดจะต้องเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น โดยศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่าต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ ถ้ายังไม่มีสอดใส่ถือว่าเป็นความผิดในชั้นพยายาม ส่วนการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายในช่องทางอื่นหรือการใช้วัตถุอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายเป็นเพียงความผิดฐานกระทำความผิดอนาจารซึ่งผู้กระทำจะได้รับโทษน้อยกว่าการข่มขืนกระทำความผิด

ส่วนในเรื่องผู้ถูกกระทำนั้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำความผิดตามกฎหมายใหม่ผู้ถูกกระทำอาจเป็นได้ทั้งชายและหญิง เนื่องจากการที่กฎหมายบัญญัติไว้เพียงแต่ว่าความผิดฐานนี้เป็นการกระทำความผิดต่ออวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นนั้น แสดงว่ากฎหมายไม่ได้มุ่งคุ้มครองเฉพาะ

ผู้ถูกระทำที่เป็นหญิงเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติความผิดเดิมที่บัญญัติไว้ว่าผู้ที่จะถูกข่มขืนกระทำชำเราได้จะต้องเป็นหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาตนเท่านั้น หากมีการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของชายตามกฎหมายเดิม ผู้กระทำจะรับผิดชอบเพียงฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

3.1.3 การข่มขืนกระทำชำเรากรณีทั่วไป ตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไป บัญญัติอยู่ในมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า

ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้นั้นเข้าใจผิดคิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

โดยสามารถแยกพิจารณาขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ได้ดังต่อไปนี้

3.1.3.1 บุคคลผู้กระทำความผิด

บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่า ผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นเพศใด เนื่องจากความหมายของคำว่า “ผู้ใด” นั้น ผู้กระทำความผิดอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ โดยอาจเป็นการกระทำระหว่างชายกับหญิง หญิงกับหญิง หรือ ชายกับชายก็ได้ รวมถึงการกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสด้วย ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายเดิม

เนื่องจากมาตรา 276 ก่อนมีการแก้ไขนั้น การกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาตน ไม่เป็นการกระทำความผิด¹²¹ ดังนั้นผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 จึงได้แก่บุคคลดังต่อไปนี้

1. ชายที่ข่มขืนกระทำชำเราหญิง (แม้ชายจะเป็นสามีของหญิงผู้ถูกระทำ)
2. ชายที่ข่มขืนกระทำชำเราชาย
3. หญิงที่ข่มขืนกระทำชำเราชาย
4. หญิงที่ข่มขืนกระทำชำเราหญิง

ดังนั้นเมื่อการกระทำครบองค์ประกอบแล้ว บุคคลดังกล่าวจึงมีความผิดตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

3.1.3.2 บุคคลผู้ถูกระทำ

บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ใช้คำว่า “ผู้อื่น” ซึ่งกฎหมายมองว่าบุคคลทุกคนควรได้รับความคุ้มครองโดยเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน ความหมายของคำว่า “ผู้อื่น” นั้นจึงอาจเป็นหญิงหรือชายก็ได้เช่นกัน รวมทั้งเป็นคู่สมรสของผู้กระทำก็ได้ ดังนั้นผู้ถูกระทำตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 จึงได้แก่บุคคลดังต่อไปนี้

1. หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยชาย (แม้หญิงจะเป็นภรรยาของชายผู้กระทำความผิด)

2. หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยหญิง
3. ชายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยหญิง
4. ชายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยชาย

3.1.3.3 ลักษณะของการกระทำความผิด

บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ได้กำหนดนิยามของการกระทำชำเราไว้ ตามมาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งเป็นการขยายความหมายของการกระทำชำเราให้กว้างขึ้นครอบคลุมถึงการใช้อวัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย ไม่จำเป็นต้องใช้อวัยวะเพศชายกระทำชำเราอย่างเดียว ผู้กระทำอาจใช้สิ่งอื่นใดกระทำชำเราก็ได้ ส่วนอวัยวะเพศที่ถูกกระทำก็ไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศหญิง อาจเป็นอวัยวะเพศชาย ทวารหนักหรือช่องปากของเพศใดก็ได้ ถือเป็นการกระทำชำเราทั้งสิ้น ดังนั้นสามารถแยกรูปแบบของการกระทำได้ดังต่อไปนี้¹²²

กรณีหญิงเป็นผู้ถูกระทำ

1. หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยชาย ซึ่งใช้อวัยวะเพศชาย กระทำกับ อวัยวะเพศหญิง
2. หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยชาย ซึ่งใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับ อวัยวะเพศหญิง
3. หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยหญิง ซึ่งใช้อวัยวะเพศหญิง กระทำกับ อวัยวะเพศหญิง
4. หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยหญิง ซึ่งใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับ อวัยวะเพศหญิง
5. หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยชาย ซึ่งใช้อวัยวะเพศชาย กระทำกับ ทวารหนักหญิง
6. หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยหญิง ซึ่งใช้อวัยวะเพศหญิง กระทำกับ ทวารหนักหญิง

¹²¹ ศิวดี เกิดเจริญ, *เรื่องเดิม*, หน้า 41.

¹²² *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 42-44.

7. หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยชาย ซึ่งใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับ ทวารหนักหญิง
8. หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยหญิง ซึ่งใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับ ทวารหนักหญิง
9. หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยชาย ซึ่งใช้อวัยวะเพศชาย กระทำกับ ปากหญิง
10. หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยหญิง ซึ่งใช้อวัยวะเพศหญิง กระทำกับ ปากหญิง

กรณีชายเป็นผู้ถูกระทำ

1. ชายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยหญิง ซึ่งใช้อวัยวะเพศหญิง กระทำกับ อวัยวะเพศชาย
2. ชายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยหญิง ซึ่งใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับ อวัยวะเพศชาย
3. ชายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยชาย ซึ่งใช้อวัยวะเพศชาย กระทำกับ อวัยวะเพศชาย
4. ชายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยชาย ซึ่งใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับ อวัยวะเพศชาย
5. ชายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยหญิง ซึ่งใช้อวัยวะเพศหญิง กระทำกับ ทวารหนักชาย
6. ชายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยชาย ซึ่งใช้อวัยวะเพศชาย กระทำกับ ทวารหนักชาย
7. ชายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยหญิง ซึ่งใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับ ทวารหนักชาย
8. ชายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยชาย ซึ่งใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับ ทวารหนักชาย
9. ชายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยหญิง ซึ่งใช้อวัยวะเพศหญิง กระทำกับ ปากชาย
10. ชายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยชาย ซึ่งใช้อวัยวะเพศชาย กระทำกับ ปากชาย

โดยจะต้องได้กระทำได้ด้วยวิธีการใดวิธีการหนึ่ง ดังต่อไปนี้¹²³

- 1) โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ

หมายถึง ทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต ซึ่งอาจเป็นอันตรายต่อผู้ถูกระทำเองหรือต่อผู้อื่นที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกระทำนั้นก็ได้

- 2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย

หมายถึง ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้อำนาจทำให้มีเมตตา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน¹²⁴

- 3) โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

หมายถึง สภาวะที่ผู้นั้นจำต้องยอมโดยไม่สมัครใจ

- 4) โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดคิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

หมายถึง การทำให้สำคัญผิดในตัวบุคคล ไม่ใช่ทำให้เข้าใจผิดในคุณสมบัติของบุคคล

¹²³ สมนัส ตั้งเจริญกิจกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 74.

¹²⁴ มาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ในประมวลกฎหมายนี้

(6) “ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้อำนาจทำให้มีเมตตา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน”

และการกระทำความผิดตามมาตรา นี้ ต้องเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของตนเองเท่านั้น หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้ถูกระทำเองแล้ว ผู้กระทำไม่มีความผิด

3.1.4 การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา ตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันได้ถูกกำหนดให้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติและหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ดีประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันได้บัญญัติเหตุผลโทษในกรณีที่มีการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาเกิดขึ้น โดยบัญญัติไว้ในวรรคสี่ของมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยมาตรา 276 วรรคสี่นั้น ได้บัญญัติเหตุผลโทษให้กับผู้กระทำ หากเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส โดยกฎหมายให้ความคุ้มครองภริยาหรือสามีไม่ให้ถูกล่วงเกินทางเพศจากคู่สมรสของตน หากตนไม่ให้ความยินยอม เพื่อเป็นการลดปัญหาความรุนแรงที่อาจเกิดขึ้นในครอบครัว และทำให้ผู้ที่คิดจะข่มขืนคู่สมรสของตนคิดใคร่ครวญให้ดีกว่านั้น ที่จะกระทำการข่มขืนกระทำชำเราในขณะเดียวกันกฎหมายก็ประสงค์ที่จะลดความขัดแย้งในครอบครัว หากมีการกระทำความผิดตามมาตรา นี้เกิดขึ้น โดยให้คู่สมรสทบทวนให้ดีกว่านั้นที่ศาลจะมีคำพิพากษาลงโทษว่า ยังคิดที่จะอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยากันอีกหรือไม่ หรือประสงค์จะหย่าร้างกัน โดยมาตรา 276 วรรคสี่ได้กำหนดแนวทางให้ศาลพิจารณาไว้ 2 กรณี คือ¹²⁵

1. หากคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กันฉันสามีภริยา
 - 1) ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือ
 - 2) ศาลจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้
2. ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไปและประสงค์จะหย่า
 - 1) ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และ
 - 2) ให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่า

3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ

3.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ และเป็นกลไกสำคัญในการเสริมสร้างความเสมอภาคระหว่างเพศให้เกิดขึ้นในสังคมไทย โดยรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองความเสมอภาคของบุคคลเอาไว้อย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งประกอบด้วย¹²⁶

¹²⁵ สมน์ส ตั่งเจริญกิจกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 76.

¹²⁶ สิทธิและหน้าที่ของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ, ค้นวันที่ 5 สิงหาคม 2560 จาก

มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง

ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน

มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

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

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

ซึ่งตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 ดังกล่าว หลักความเสมอภาคของบุคคลนั้น ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญอย่างเท่าเทียม มีความเป็นธรรม โดยไม่ถูกกีดกัน หรือเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างทางเพศ

3.2.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว มีบทบัญญัติในกฎหมายที่ได้กำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรส ซึ่งเป็นการสร้างครอบครัวตามกฎหมาย ไว้ดังต่อไปนี้¹²⁷

1. เพศของคู่สมรส เมื่อการสมรสโดยหลักมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างครอบครัวและให้กำเนิดบุตร ดังนั้น ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกจึงต่างยอมรับการสมรสของชายหญิง และด้วยเจตนารมณ์ที่จะเพิ่มประชากร กฎหมายครอบครัวจึงกำหนดว่าผู้ที่จะสมรสกันต้องเป็นชายหญิง ไม่ยอมให้คนในเพศเดียวกันทำการสมรสกันได้¹²⁸

ในปัจจุบันหลายประเทศมีกฎหมายรองรับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน ทำให้บุคคลดังกล่าวอยู่ในฐานะคู่สมรสมีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน แต่สำหรับประเทศไทย การสมรสจะมีได้เฉพาะชาย

¹²⁷ กมลวรรณ อยู่วัฒนะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 17-23.

¹²⁸ วิมลศิริ ชำนาญเวช, “สิทธิในการสมรสของคนรักเพศเดียวกัน,” *วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 41, 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2555): 877-878.

หญิงเท่านั้น ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524 “เพศของบุคคลธรรมดาตามกฎหมายรับรองและถือเอาตามเพศที่ถือกำเนิดมา ผู้ร้องเป็นชายโดยกำเนิด แม้จะได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศเป็นหญิงแล้วก็ตาม แต่ก็ไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิผู้ร้องที่จะขอเปลี่ยนแปลงเพศที่ถือกำเนิดมาได้ ทั้งมิใช่กรณีที่ผู้ร้องจะต้องใช้สิทธิทางศาลตามกฎหมาย ฉะนั้น ผู้ร้องจะขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ร้องเปลี่ยนเพศมาเป็นหญิงไม่ได้” กล่าวคือ เพศของบุคคลในการสมรสจะถือตามสภาพในขณะถือกำเนิด ดังนั้น การที่ชายสมรสกับชาย หรือหญิงสมรสกับหญิง การสมรสดังกล่าวย่อมไม่มีผลตามกฎหมายใช้บังคับไม่ได้

2. อายุของคู่สมรส กฎหมายมีการกำหนดเงื่อนไขในเรื่องอายุไว้ว่าชายหญิงที่จะทำการสมรสจะต้องมีอายุ สิบเจ็ดปีบริบูรณ์ แต่ในกรณีที่มิเหตุอันสมควรศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้ ตามมาตรา 1448¹²⁹ หากการสมรสฝ่าฝืนเงื่อนไข เนื่องจากอายุยังไม่ถึงสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ การสมรสจะตกเป็นโมฆียะ มาตรา 1503¹³⁰ บิดามารดาซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียอาจยื่นคำร้องขอให้ศาลเพิกถอนการสมรสนั้นได้ มาตรา 1504¹³¹ แต่จะต้องดำเนินการก่อนที่ชายหญิงจะมีอายุสิบเจ็ดปีหรือก่อนหญิงตั้งครรภ์ เพราะฉะนั้น จะถือว่าการสมรสที่เป็นโมฆียะนั้น สมบูรณ์มาตั้งแต่แรกทำการสมรส มาตรา 1504 วรรคสอง

3. ความสามารถของคู่สมรส กฎหมายกำหนดเป็นเงื่อนไขว่าชายหญิงที่ทำการสมรสจะต้องไม่เป็นคนวิกลจริตหรือคนไร้ความสามารถ หากมีการสมรสที่ฝ่าฝืนเงื่อนไข โดยทำการสมรสกับคนวิกลจริตหรือคนไร้ความสามารถ การสมรสจะเป็นโมฆะ มาตรา 1495¹³² ผู้มีส่วนได้เสียสามารถขอให้ศาลพิพากษาว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะ ซึ่งจะทำให้การสมรสเสียเปล่ามาแต่เริ่มแรก

4. ต้องไม่เป็นญาติสืบสายโลหิตต่อกัน กฎหมายบัญญัติห้ามมิให้บุคคลดังต่อไปนี้ทำการสมรสด้วยกัน หากมีการฝ่าฝืนข้อห้าม การสมรสจะมีผลเป็นโมฆะ มาตรา 1495¹³³

- 1) ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป ได้แก่ บิดามารดา ปู่ย่า ตายาย และทวด
- 2) ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงลงมา ได้แก่ บุตร หลาน เหลนและเหลื้อ
- 3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน ได้แก่ พี่น้องพ่อแม่เดียวกัน

¹²⁹ มาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ . . .

¹³⁰ มาตรา 1503 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “เหตุที่จะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการสมรสเพราะเหตุ ว่าเป็นโมฆียะ มีเฉพาะในกรณีที่คู่สมรสทำการฝ่าฝืน มาตรา 1448 มาตรา 1505 มาตรา 1506 มาตรา 1507 และมาตรา 1509”

¹³¹ มาตรา 1504 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การสมรสที่เป็นโมฆียะเพราะฝ่าฝืนมาตรา 1448 ผู้มีส่วนได้เสียขอให้เพิกถอนการสมรสได้ แต่บิดามารดาหรือผู้ปกครองที่ให้ความยินยอมแล้วจะขอให้เพิกถอนการสมรสไม่ได้

ถ้าศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนการสมรสจนชายหญิงมีอายุครบตาม มาตรา 1448 หรือเมื่อหญิงมีครรภ์ก่อนอายุครบตามมาตรา 1448 ให้ถือว่าการสมรสสมบูรณ์มาตั้งแต่เวลาสมรส”

¹³² มาตรา 1495 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การสมรสที่ฝ่าฝืน มาตรา 1449 มาตรา 1450 มาตรา 1452 และ มาตรา 1458 เป็นโมฆะ”

¹³³ มาตรา 1495 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ . . .

4) พี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน ได้แก่ พี่น้องบิดาเดียวกันแต่คนละมารดาหรือมารดาเดียวกันแต่คนละบิดา

5. ต้องไม่เป็นผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม กฎหมายกำหนดให้ผู้รับบุตรบุญธรรมทำหน้าที่เป็นบิดามารดา ส่วนบุตรบุญธรรมจะอยู่ในฐานะเดียวกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม ดังนั้นหากมีการสมรสฝ่าฝืนข้อห้ามนี้จะมีผลให้การรับบุตรบุญธรรมเป็นอันยกเลิก มาตรา 1598/32¹³⁴

6. ต้องไม่มีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้ว โดยไม่หมายความรวมถึงกรณีที่เคยมีสามีหรือภรรยามาก่อน และภายหลังการสมรสสิ้นสุดลง หรือกรณีมีสามีหรือภรรยาแต่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสระหว่างกัน การสมรสในขณะที่มีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้ว ถือเป็นการสมรสซ้อน มีผลเป็นโมฆะ มาตรา 1495¹³⁵ แม้คู่สมรสจะกระทำโดยสุจริตโดยไม่ทราบว่ามีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้วก็ไม่ส่งผลทำให้การสมรสที่เป็นโมฆะนั้น สมบูรณ์ขึ้นมาได้

7. การสมรสของหญิงหม้าย หญิงที่สามีตายหรือที่การสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น จะทำการสมรสใหม่ได้ต่อเมื่อการสมรสได้สิ้นสุดไปแล้ว ไม่น้อยกว่าสามร้อยสิบวัน เว้นแต่ในกรณีที่หญิงคลอดบุตรแล้วในระหว่างเวลานั้น หรือสมรสกับคู่สมรสเดิม หรือมีใบรับรองแพทย์ประกาศนียบัตรหรือปริญญาซึ่งเป็นผู้ประกอบการรักษาโรคในสาขาเวชกรรมตามกฎหมายว่ามิได้มีครรภ์ หรือมีคำสั่งของศาลให้สมรสได้

8. ความยินยอมของคู่สมรส ชายและหญิงที่มีเจตนาสมรสกัน ต้องกระทำด้วยความสมัครใจ ตามมาตรา 1548¹³⁶ ซึ่งกำหนดว่า การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภรรยาและต้องแสดงความยินยอมนั้น ให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้น ไว้ในขณะนั้นด้วย

¹³⁴ มาตรา 1598/32 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การรับบุตรบุญธรรมย่อมเป็นอันยกเลิกเมื่อมีการ สมรสฝ่าฝืน มาตรา 1451”

¹³⁵ มาตรา 1495 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ . . .

¹³⁶ มาตรา 1548 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บิดาจะจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้ต่อ เมื่อได้รับความยินยอมของเด็กและมารดาเด็ก

ในกรณีที่เด็กและมารดาเด็กไม่ได้มาให้ความยินยอมต่อหน้านายทะเบียนให้นายทะเบียนแจ้งการขอจดทะเบียนของบิดาไปยังเด็กและมารดาเด็ก ถ้าเด็กหรือมารดาเด็กไม่คัดค้านหรือไม่ให้ความยินยอมภายในหกสิบวันนับแต่การ แจ้งนั้นถึงเด็กหรือมารดาเด็ก ให้สันนิษฐานว่าเด็กหรือมารดาเด็กไม่ให้ความยินยอม ถ้าเด็กหรือมารดาเด็กอยู่นอกประเทศไทยให้ขยายเวลานั้นเป็นหนึ่งร้อยแปดสิบวัน

ในกรณีที่เด็กหรือมารดาเด็กคัดค้านว่าผู้ขอจดทะเบียนไม่ใช่บิดา หรือไม่ให้ความยินยอมหรือไม่อาจให้ความยินยอมได้ การจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรต้องมีคำพิพากษาของศาล

เมื่อศาลได้พิพากษาให้บิดาจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรได้ และบิดาได้นำคำพิพากษาไปขอจดทะเบียนต่อนายทะเบียนให้นายทะเบียนดำเนินการจดทะเบียนให้”

9. ความยินยอมของบิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครอง ความยินยอมในกรณีนี้เป็นความยินยอมที่บิดามารดาหรือผู้ปกครองให้แก่ผู้เยาว์เพื่อทำการสมรส ทั้งนี้เนื่องจากผู้เยาว์ยังอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา ดังนั้น หากชายหญิงอายุสิบเจ็ดปี แต่ยังไม่ครบยี่สิบปีบริบูรณ์ ประสงค์จะทำการสมรสต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา บิดาหรือมารดา ผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้ปกครองแล้วแต่กรณีก่อน การสมรสของผู้เยาว์โดยปราศจากความยินยอมย่อมเป็นโมฆะ

10. การจดทะเบียนสมรส ตามมาตรา 1457¹³⁷ บัญญัติว่า การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น การสมรสที่จะทำให้ชายหญิงเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายจะเริ่มตั้งแต่มีการจดทะเบียน (Registration of Marriage) วัตถุประสงค์ที่กำหนดให้ต้องมีการจดทะเบียนสมรสตามแบบแห่งการสมรส (Form of Marriage) ก็เพื่อให้การสมรสนั้นเป็นที่รู้กันทั่วไป โดยให้มีทะเบียนสมรสเป็นเอกสารมหาชนอันมีผลทางกฎหมายต่อคู่สมรส ต่อบุคคลภายนอก และต่อรัฐ¹³⁸

เมื่อสามีภรรยาจดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายแล้ว สามีภรรยามีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน ซึ่งหน้าที่ประการหนึ่งคือการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ทั้งยังมีหน้าที่ช่วยเหลือซึ่งกันและกัน เพื่อให้ครอบครัวดำรงอยู่ได้ด้วยความสุข โดยการช่วยเหลืออีกฝ่ายหนึ่งตามสมควรและเหมาะสม หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ในการเกื้อกูลให้ชีวิตสมรสอยู่ด้วยกันโดยปกติสุข การให้สิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีพ การอุปการะเลี้ยงดูนั้นเป็นหน้าที่ที่ทั้งสามีและภรรยาจะต้องช่วยเหลือซึ่งกันและกันอย่างเท่าเทียมกัน

3.2.3 ร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

ในประเทศไทย กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ได้เป็นที่ยอมรับในสังคม บุคคลเหล่านั้นจึงต้องออกมาเรียกร้องสิทธิในความเท่าเทียมกับเพศอื่น ได้แก่ ความเสมอภาคทางเพศ เช่นเดียวกับเพศชายเพศหญิง หลายทศวรรษที่ผ่านมาสังคมไทย เคยให้นิยามกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยแสดงถ้อยคำที่มีความหมายในเชิงลบและสะท้อนถึงการไม่ยอมรับจากสังคม เช่น พวกวิปริตผิดเพศ พวกเบี่ยงเบนทางเพศ เป็นต้น จึงนำไปสู่การเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้อง สิทธิ และกำหนดนิยามของบุคคลเหล่านั้นว่า “กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ” เพื่อให้สิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในสังคมไทย อาจเป็นวิถีทางหนึ่งนำไปสู่การอยู่ร่วมกันด้วยความเคารพในสิทธิของทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน¹³⁹

¹³⁷ มาตรา 1457 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้ จดทะเบียนแล้วเท่านั้น”

¹³⁸ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553), หน้า 2-3.

¹³⁹ ณัฐวุฒิ ชื่นโพธิ์กลาง, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต, 2557), หน้า 49.

กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม จึงได้ดำเนินการยกร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิตขึ้น เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิในการแต่งงานและการมีชีวิตรอบครัว (Right to Marriage and Family Life) ให้กับคู่ชีวิตเพศเดียวกัน กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือกลุ่มบุคคลที่มีวิถีทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิด อันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานตามที่ได้รับรองไว้ในหลักการสิทธิมนุษยชนสากลหลายฉบับ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights: UDHR) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) และหลักการ Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity 2006) เนื่องจากในปัจจุบันคู่ชีวิตเพศเดียวกันจำนวนมากที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันเหมือนครอบครัวของคู่สมรสต่างเพศทั่วไป แต่ไม่มีกฎหมายรับรองสถานภาพของคู่ชีวิตเพศเดียวกันไว้ จึงทำให้บุคคลเหล่านั้นไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ทั้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่อันพึงมี ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต จึงเป็นกฎหมายรับรองสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน และถือว่ามีสถานะครอบครัวในระดับที่เท่าเทียมกับครอบครัวของคู่สมรสชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3.2.4 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

จากการที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ และเพื่อให้การรองรับสิทธิของเด็ก เยาวชน สตรี และบุคคลในครอบครัวตามรัฐธรรมนูญมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น (ในขณะยกร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ การรับรองสิทธิของเด็ก เยาวชน สตรี และบุคคลในครอบครัวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อยู่ในมาตรา 53) อีกทั้งเมื่อพิจารณากฎหมายที่มีอยู่ในขณะนั้นจะเห็นว่า กฎหมายที่นำมาใช้ในการแก้ปัญหาความรุนแรงในครอบครัว คือประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายที่มุ่งเน้นในเรื่องการลงโทษจึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้แก้ไขปัญหาดังกล่าว เนื่องด้วยปัญหาความรุนแรงในครอบครัวเป็นปัญหาที่มีความละเอียดอ่อนเพราะเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกัน จึงทำให้ประเทศไทยมีแนวคิดในการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ขึ้นมาในปัจจุบัน ซึ่งบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 นี้ได้กำหนดมาตรการต่าง ๆ อันเป็นการผสมผสานมาตรการทางแพ่งและมาตรการทางอาญาเอาไว้ด้วยกัน¹⁴⁰

3.2.4.1 ความหมายของการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ได้กำหนดความหมายของความรุนแรงในครอบครัวไว้ในมาตรา 3 ซึ่งให้คำนิยามไว้ว่า “ความรุนแรงใน

¹⁴⁰ พิชญาภา เจียมแท้, ความหมายและมาตรการทางกฎหมายต่อการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว: ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 64.

ครอบครัวยุคใหม่ หมายความว่า การกระทำใด ๆ โดยมุ่งประสงค์ให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพ หรือการกระทำโดยเจตนาในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพ หรือการกระทำโดยเจตนาในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลในครอบครัวยุคใหม่ หรือบังคับหรือใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรมให้บุคคลในครอบครัวยุคใหม่ต้องกระทำการ ไม่กระทำการหรือยอมรับการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดยมิชอบ แต่ไม่รวมถึงการกระทำโดยประมาท ซึ่งการให้คำนิยามดังกล่าว สามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ 3 ประการ คือ¹⁴¹

1) เป็นการกระทำใด ๆ โดยมุ่งประสงค์ให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลในครอบครัวยุคใหม่ จะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่เจตนามุ่งประสงค์โดยไม่จำเป็นต้องเกิดผลของการกระทำ ดังนั้น ถ้ามีเจตนาที่จะกระทำให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพ ก็เข้าลักษณะความผิดแล้ว แต่เจตนาที่มุ่งกระทำนั้นต้องถึงขนาดที่จะก่อให้เกิดอันตราย แก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพด้วย

2) เป็นการกระทำโดยเจตนาโดยลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลในครอบครัวยุคใหม่ แม้อันตรายยังไม่เกิด แต่ผู้กระทำรู้ว่าจะอันตรายนั้นอาจเกิดขึ้นได้ ก็ถือว่ากระทำความรุนแรงแล้ว ซึ่งต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไปตามข้อเท็จจริงแต่ละเรื่อง เนื่องจากขนบธรรมเนียมประเพณีในแต่ละท้องถิ่นไม่เหมือนกัน ทั้งความรู้ ความคิดอ่าน และการยอมรับของแต่ละครอบครัวยุคใหม่นั้นอาจแตกต่างกัน

3) การบังคับหรือใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรมให้บุคคลต้องกระทำการ ไม่กระทำการ หรือยอมรับการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดยมิชอบ แต่ไม่รวมถึงการกระทำโดยประมาท เช่น กระทำด้วยประการใด ๆ ให้ผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงรู้สึกว่าการปฏิเสธไม่ยินยอมตามจะเป็นการเนรคุณ หรือไม่ได้รับความรักหรือรางวัลจากผู้กระทำ เป็นต้น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า เป็นการบังคับหรือข่มขู่ หรือใช้อำนาจครอบงำจากผู้ที่มีอิทธิพลเหนือบุคคลในครอบครัวยุคใหม่ ไม่ว่าจะเป็นอิทธิพลทางด้านฐานะ หรือจิตใจนั่นเอง¹⁴²

3.2.4.2 บุคคลในครอบครัวยุคใหม่ได้รับความคุ้มครอง

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวยุคใหม่ พ.ศ. 2550 ได้ให้ความหมายคำว่า “บุคคลในครอบครัวยุคใหม่” ไว้ในมาตรา 3 ว่าหมายความว่า คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินหรือผู้ที่เคยอยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัวยุคใหม่รวมทั้งบุคคลใด ๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน

การให้คำนิยามดังกล่าวเป็นการให้ความหมายอย่างกว้าง ซึ่งถือตามสภาพความเป็นจริงประกอบกับขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคมไทย เพื่อความมั่นคงของสถาบันครอบครัวไทย จึงมีความหมายกว้างกว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ

¹⁴¹ สำนักกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว, ฝ่ายนิติการ, กองกลาง, คำอธิบาย

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวยุคใหม่ พ.ศ. 2550 (กรุงเทพฯ: สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ, 2550), หน้า 5.

¹⁴² พิชญาภา เจริญแท้, *เรื่องเดิม*, หน้า 67-69.

1. คู่สมรส หมายถึง ชายและหญิงที่อยู่ร่วมกันโดยจดทะเบียนสมรส
2. คู่สมรสเดิม หมายถึง ชายและหญิงที่เคยจดทะเบียนสมรสกัน ต่อมาภายหลังได้จดทะเบียนหย่าขาดจากกัน
3. ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส
4. บุตร หมายถึง บุตรตามความเป็นจริง ไม่ว่าบุตรนั้นจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม
5. บุตรบุญธรรม
6. สมาชิกในครอบครัว เป็นคำกว้าง ๆ ซึ่งหมายถึง บุคคลที่มีสายสัมพันธ์ทางโลหิตหรือทางเครือญาติ อาทิ บิดา มารดา พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ลุง ป้า น้า อา ปู่ ย่า ตา ยาย เป็นต้น
7. บุคคลใด ๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน หมายถึงบุคคลใด ๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยไม่ว่าจะเป็นทางเศรษฐกิจหรือสังคม และอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน โดยไม่จำเป็นต้องมีสายสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือทางเครือญาติ ซึ่งต้องปรากฏว่าสายสัมพันธ์หรือการพึ่งพามีอยู่ในขณะที่มีการใช้ความรุนแรง¹⁴³

¹⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 71.

บทที่ 4

กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา การกระทำความรุนแรงในครอบครัว และการจดทะเบียนความสัมพันธ์ ระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน

4.1 กฎหมายต่างประเทศกรณีความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา

การกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยาในต่างประเทศ ได้กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างสามีภรรยาเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพื่อให้สอดคล้องกับแนวความคิดว่าด้วยสิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาค ตลอดจนการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ¹⁴⁴

4.1.1 ประเทศอังกฤษ

Marital Rape Exemption (หลักข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่เป็นความผิด) เริ่มต้นที่อังกฤษในปลายศตวรรษที่ 16 โดย Lord Matthew Hale หัวหน้าผู้พิพากษาของอังกฤษได้วางหลักการสำคัญแก่หลักการข่มขืนภริยาไม่มีความผิด (Marital Rape Exemption) ที่เรียกว่า “หลักความยินยอมต่อเนื่อง” (Ongoing Consent) ซึ่งผู้พิพากษา Hale มองว่าการแต่งงานคือการที่ภริยาให้ความยินยอมอย่างต่อเนื่องในการร่วมประเวณีแก่สามี¹⁴⁵

“History of the Pleas of the Crown” งานเขียนของผู้พิพากษา Hale ได้เขียนเอาไว้ว่า “สามีไม่สามารถเป็นผู้กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งได้กระทำด้วยตนเองต่อภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของเขา เนื่องจากความยินยอมในการสมรส และสัญญาซึ่งไม่อาจเพิกถอนได้ที่ภริยาได้ให้แก่สามี”¹⁴⁶ แม้ว่าผู้พิพากษา Hale จะไม่ได้อ้างหลักกฎหมายใด ๆ ขึ้นมาเพื่อสนับสนุนความคิดของเขา

¹⁴⁴ พรสิริ สุริยกันท์, การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรส: ศึกษาเปรียบเทียบ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 43.

¹⁴⁵ Michelle J. Anderson, “Marital Immunity, Intimate Relationships, and Improper Inferences: A New Law on Sexual Offenses by Intimates,” *Villanova University School of Law and Legal Theory* 2003-7 (August 2003): 1477-1478.

¹⁴⁶ “the husband cannot be guilty of a rape committed by himself upon his lawful wife, for by their mutual matrimonial consent and contract the wife hath given up herself in this kind unto her husband, which she cannot retract.”

แต่หลักความยินยอมต่อเนื่องนี้ก็เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไปโดยปราศจากการตั้งข้อกังขาใด ๆ ในศาลของประเทศอังกฤษ

ปี ค.ศ. 1889 ศาลอังกฤษได้เริ่มตั้งข้อกังขากับหลักการที่ผู้พิพากษา Hale ได้วางไว้ โดยในคดี Regina v. Clarence¹⁴⁷ ซึ่งเสียงส่วนใหญ่ขององค์คณะยังคงเห็นว่าการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่มีความผิดทางอาญา ผู้พิพากษา Will ได้แสดงความคิดเห็นเอาไว้ว่าเขาไม่เชื่อว่าการข่มขืนกระทำชำเราในระหว่างคู่สมรสจะเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ อย่างไรก็ตาม เขาได้เห็นด้วยกับเสียงข้างมากว่าการกระทำดังกล่าวไม่มีความผิดอาญา ในขณะที่ผู้พิพากษา Field ซึ่งเห็นต่างได้คัดค้านแนวคิดของผู้พิพากษา Hale โดยเห็นว่าภริยาสามารถปฏิเสธการร่วมประเวณีกับสามีและในกรณีที่สามีใช้ความรุนแรงบังคับให้ภริยาร่วมประเวณีด้วย สามีอาจมีความรับผิดชอบทางอาญาจากการกระทำดังกล่าว¹⁴⁸ อย่างไรก็ตามข้อคิดเห็นของผู้พิพากษา Field กลับไม่ได้รับความสนใจทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภริยายังคงไม่มีความผิดตามกฎหมายอาญา และหลักการดังกล่าวไม่ได้รับการแก้ไขเป็นเวลากว่า 150 ปีต่อมา¹⁴⁹

จุดเริ่มต้นของการกำหนดให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภริยาเป็นความผิดอาญาได้เริ่มต้นโดย คดี R. v. Clarke¹⁵⁰ ในปี ค.ศ. 1949 โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่าภายหลังจากที่ได้ทำการสมรสมา 11 ปี ภริยาได้รับคำสั่งของศาลให้แยกกันอยู่ต่างหากจากสามีของนาง โดยในคำสั่งเช่นนั้นได้ระบุว่า “ภริยาไม่มีพันธะในการที่จะต้องอยู่ร่วมกันกับสามีของนางอีกต่อไป” ภายในสองอาทิตย์หลังจากที่ได้รับคำสั่งของศาล ภริยาได้ถูกข่มขืนโดยสามีของนาง ในคดีนี้ผู้พิพากษา Byrne ซึ่งเป็นหัวหน้าองค์คณะได้ยอมรับว่า โดยทั่วไปแล้วสามีไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งได้กระทำต่อภริยาของตน แต่ในกรณีที่ภริยาได้รับคำสั่งของศาลให้แยกกันอยู่ต่างหากจากสามีนั้น มีผลให้ความยินยอมโดยปริยายในการร่วมประเวณีฉันทามิตรยานั้นได้ถูกเพิกถอนแล้ว คำพิพากษานี้ได้เน้นว่าคำสั่งให้แยกกันอยู่ของศาลนั้นเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการเพิกถอนความยินยอมโดยปริยายดังกล่าว

ปี ค.ศ. 1954 ในการพิจารณาคดี R. v. Miller¹⁵¹ ซึ่งมีลักษณะเดียวกันกับคดี R. v. Clarke¹⁵² ผู้พิพากษา Lynskey ได้แสดงความคิดเห็นเอาไว้ในคำพิพากษาว่า ข้อตกลงร่วมกันของสามีภริยาในการ

¹⁴⁷ Regina v. Clarence (U.K, 22 Q.B.D. 23, 1888)

¹⁴⁸ Melisa J. Anderson, “Lawful Wife, Unlawful Sex – Examining The Effect of the Criminalization of Marital Rape in England and The Republic of Ireland,” **Georgia Journal of International & Comparative Law** 27, 139 (1998): 150-151.

¹⁴⁹ Theresa Fus, “Criminalizing Marital Rape: A Comparison of Judicial and Legislative Approaches,” **Vanderbilt Journal of Transnational Law** 39, 481 (2006): 485-486.

¹⁵⁰ R. v. Clarke (Australian High Court, 1949)

¹⁵¹ R. v. Miller (House of Lords Court, 1954)

¹⁵² R. v. Clarke (Australian High Court, 1949)

แยกกันอยู่ นั้นแสดงให้เห็นว่าภริยาได้เพิกถอนความยินยอมในการร่วมประเวณีกับสามีแล้ว อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษา Lynskey ยังได้แสดงความคิดเห็นเพิ่มเติมเอาไว้ว่าในกรณีที่ภริยาเพียงแต่ไปเสียจากสามี และได้ยื่นฟ้องหย่าสามีนั้นยังไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่าได้เพิกถอนความยินยอมในการร่วมประเวณีกับสามี ทั้งนี้เนื่องจากผู้พิพากษา Lynskey เห็นว่าการที่ภริยาเพียงแต่แยกกันอยู่กับสามีและได้ยื่นฟ้องหย่าสามีแล้วนั้นไม่ได้เกิดผลทางกฎหมายใด ๆ ในความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา สามีภริยายังคงมีสิทธิหน้าที่ต่อกันตามกฎหมายจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาให้สามีภริยาหย่าขาดจากกัน สิทธิและหน้าที่ดังกล่าวจึงจะหมดลง

ปี ค.ศ. 1974 ในคดี R. v. O'Brien¹⁵³ ผู้พิพากษา Park ได้ขยายขอบเขตของหลักการแยกกันอยู่ตามกฎหมายที่ทำให้มีผลเป็นการเพิกถอนความยินยอมของภริยาในการร่วมประเวณีกับสามีให้ครอบคลุมไปถึงการแยกกันอยู่ในระหว่างที่ศาลมีคำพิพากษาให้ภริยามีสิทธิหย่า แต่คำสั่งดังกล่าวยังไม่เป็นที่สุด (decree nisi) โดยคำสั่งนี้จะถือเป็นที่สุดเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถแสดงให้ศาลเห็นว่าไม่ควรตัดสินเช่นนั้นภายในเวลาที่ศาลได้กำหนดไว้ ในระหว่างที่คำสั่งศาลให้หย่ายังไม่ถึงที่สุดนั้นถือได้ว่าความยินยอมของภริยาในการร่วมประเวณีกับสามีได้ถูกเพิกถอนแล้ว¹⁵⁴

ปี ค.ศ. 1976 ในคดี R. v. Steele¹⁵⁵ ซึ่งข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าคู่สมรสได้แยกกันอยู่ และภริยาได้ร้องต่อศาลขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครอง ในระหว่างที่ศาลยังไม่ได้มีคำสั่งดังกล่าวสามีได้กระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภริยา Lord Lane ได้ให้ความเห็นว่าเพียงแต่ข้อตกลงร่วมกันในการแยกกันอยู่ หรือ ในระหว่างที่ศาลยังไม่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งใด ๆ การร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งคุ้มครองในคดีนี้ยังไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่าภริยาได้เพิกถอนความยินยอมในการร่วมประเวณีกับสามีแล้ว เฉพาะข้อตกลงในการแยกกันอยู่โดยมีเงื่อนไขว่าจะไม่อยู่ร่วมกันฉันสามีภริยา (Non-Cohabitation Clause), คำพิพากษาให้หย่า, คำพิพากษาหรือคำสั่งให้แยกกันอยู่โดยศาลโดยมีเงื่อนไขว่าจะไม่อยู่ร่วมกันฉันสามีภริยา (Non-Cohabitation Clause) หรือคำสั่งของศาลซึ่งห้ามมิให้สามีลวนลาม หรือร่วมประเวณีกับภริยาเท่านั้นจึงจะเป็นกรณีที่ชัดเจนว่าความยินยอมในการร่วมประเวณีกับสามีได้ถูกเพิกถอนแล้ว ในกรณีที่ภริยาเพียงแต่ร้องขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองนั้นยังไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่าภริยาได้เพิกถอนความยินยอมในการร่วมประเวณีกับสามี¹⁵⁶

และภายหลังจากที่คดี R. v. Steele¹⁵⁷ ได้ตัดสินไปไม่นาน พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ (แก้ไขเพิ่มเติม) ค.ศ. 1976 ได้มีผลบังคับ โดยได้ให้คำจำกัดความของการข่มขืนว่า “การร่วมประเวณีกับหญิงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย” (Unlawful Sexual Intercourse with a Woman) ทำให้เข้าใจได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวต้องการสงวนไว้ซึ่งหลักข้อยกเว้นความรับผิดชอบของสามีจากการร่วมประเวณีโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภริยา เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า

¹⁵³ R. v. O'Brien (Crown Court, 1974)

¹⁵⁴ Theresa Fus, *op. cit.*, p. 486.

¹⁵⁵ R. v. Steele (Supreme Court, 1976)

¹⁵⁶ Melisa J. Anderson, *op. cit.*, pp. 151-152.

¹⁵⁷ R. v. Steele (Supreme Court, 1976)

“ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” เอาไว้โดยเฉพาะ ทำให้การข่มขืนถูกกำหนดเอาไว้แต่เพียงเฉพาะการร่วมประเวณีโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างบุคคลที่มีใช้คู่สมรสกันเท่านั้น ดังนั้นการร่วมประเวณีระหว่างสามีภริยาจึง “มิใช่” สิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในคดีที่ตัดสินหลังจากที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บังคับใช้ ศาลได้พิพากษาโดยอ้างถึงคำว่า “ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ทำให้หลักการข้อยกเว้นความรับผิดของสามีจากการร่วมประเวณีโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภริยาได้กลับมาดำรงอยู่ในกฎหมายของอังกฤษ

ปี ค.ศ. 1990 ในคดี R. v. R.¹⁵⁸ ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่าคู่สมรสได้แยกกันอยู่ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 1989 ในระหว่างที่ภริยาได้แยกกันอยู่ต่างหากจากสามี ภริยาพร้อมด้วยลูกได้ย้ายกลับไปอยู่ที่บ้านของบิดามารดาของตนเอง หลังจากนั้นสองวันสามีได้โทรหาภริยาและแจ้งว่าเขาต้องการที่จะหย่า ไม่กี่สัปดาห์หลังจากนั้นสามีได้ป็นเข้าไปในบ้านของบิดามารดาของภริยาและพยายามบังคับให้ภริยาร่วมประเวณีด้วย ประเด็นที่ศาลจะต้องพิจารณามีอยู่ว่าการร่วมประเวณีนี้อยู่ในความหมายของ “การร่วมประเวณีโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย” (Unlawful Sexual Intercourse) ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ (แก้ไขเพิ่มเติม) ค.ศ. 1976 หรือไม่ ในคดีนี้สามีต่อสู้คดีโดยยึดหลักซึ่งผู้พิพากษา Hale ได้วางเอาไว้โดยอ้างว่าสามีไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำต่อภริยาของตนได้ และการกระทำของสามีจึงมิใช่การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁵⁹ ในคดีนี้ผู้พิพากษา Owen เห็นว่าการที่ภริยาแยกกันอยู่ต่างหากจากสามี และการที่สามีโทรมาขอยุ่ย่านั้นการกระทำของแต่ละฝ่ายย่อมทำให้สามีภริยาเข้าใจร่วมกันได้ว่าภริยาได้เพิกถอนความยินยอมในการร่วมประเวณีกับสามีแล้ว ทำให้การแสดงเจตนาของแต่ละฝ่ายเพียงลำพังนั้นเพียงพอที่จะเพิกถอนความยินยอมแล้ว ความเห็นของผู้พิพากษา Owen นับได้ว่าเป็นการขยายข้อยกเว้นที่ทำให้การร่วมประเวณีโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภริยาเป็นความผิดออกไปจากคดีก่อนหน้านี้¹⁶⁰

ปี ค.ศ. 1991 ในคดี R. v. C.¹⁶¹ ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าสามีและภริยาได้แยกกันอยู่ แต่ยังไม่ได้ทำข้อตกลงในการแยกกันอยู่อย่างเป็นทางการ ในระหว่างที่แยกกันอยู่นั้นสามีได้ร่วมมือกับบุคคลอื่นลักพาตัวและข่มขืนภริยา ในคดีนี้ผู้พิพากษา Simon Brown ได้ตัดสินว่าสามีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹⁶² โดยผู้พิพากษา Simon Brown เห็นว่าไม่มีข้อยกเว้นความผิดสำหรับการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภริยาอีกต่อไปในปัจจุบัน เนื่องจากในขณะนั้นสกอตแลนด์ได้ยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดแล้ว

และคดีสุดท้ายซึ่งเป็นคดีที่สำคัญ คือคดี R. v. J.¹⁶³ ในปี ค.ศ. 1991 ซึ่งในคดีนี้ผู้พิพากษา Rougier ได้ตัดสินโดยต้องแยกระหว่างความเห็นส่วนตัวกับหน้าที่ในฐานะผู้พิพากษาที่จะต้องตัดสินตามความมุ่งหมายคำว่า “ชอบด้วยกฎหมาย” ซึ่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ (แก้ไข

¹⁵⁸ R. v. R. (House of Lords Court, 1991)

¹⁵⁹ Theresa Fus, *op. cit.*, pp. 486-487.

¹⁶⁰ Melisa J. Anderson, *op. cit.*, p. 153.

¹⁶¹ R. v. C. (Crown Court, 1991)

¹⁶² Theresa Fus, *op. cit.*, p. 489.

¹⁶³ R. v. J. (Crown Court, 1991)

เพิ่มเติม) ค.ศ. 1976 ได้บัญญัติไว้ ถึงแม้ว่าเขาจะไม่เห็นด้วยกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่เป็นความผิด (Marital Rape Exemption) ในคดีนี้ผู้พิพากษา Rougier จึงได้พิพากษายกฟ้อง โดยผู้พิพากษาได้กล่าวเสริมไว้ว่า เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายที่เกี่ยวกับกรณีดังกล่าวไว้แล้ว เขาจึงสงสัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวยังคงให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาในการสร้างเหตุยกเว้นข้อยกเว้นความรับผิดชอบดังกล่าวหรือไม่ และเขาเข้าใจว่าหน้าที่ในการแก้ไขพระราชบัญญัตินี้คงเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น¹⁶⁴ นอกจากนี้ ผู้พิพากษา Rougier ยังได้เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่เป็นความผิดนี้เสียจากกฎหมายของอังกฤษ

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1994 รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติ ที่ชื่อว่า The Criminal Justice and Public Order Act of 1994 โดยได้ยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่เป็นความผิด (Marital Rape Exemption)¹⁶⁵ เนื่องจากได้ตัดคำว่า “unlawful” ออกไป โดยพระราชบัญญัติ The Criminal Justice and Public Order Act of 1994 นี้ได้บัญญัติถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเอาไว้ในมาตรา 142¹⁶⁶ ซึ่งกำหนดให้การกระทำที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรานั้นผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นเพศชายเท่านั้น ส่วนผู้ถูกกระทำนั้นอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ โดยจะต้องเป็นการกระทำชำเราโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกกระทำในขณะที่กระทำและผู้กระทำทราบว่าผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม หรือผู้กระทำเพิกเฉยไม่สนใจว่าผู้ถูกกระทำนั้นจะยินยอมหรือไม่ หรือโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจผิดคิดว่าตนเป็นสามีของผู้ถูกกระทำ¹⁶⁷

4.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยกเลิกข้อยกเว้นความผิดซึ่งทำให้การกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสไม่เป็นความผิดทางอาญา ที่ได้รับแนวคิดมาจากกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ เนื่องจาก การเรียกร้องความเสมอภาคระหว่างหญิงและชาย ซึ่งได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ภายใต้การเรียกร้อง

¹⁶⁴ Theresa Fus, *op. cit.*, pp. 489-490.

¹⁶⁵ *Ibid.*, pp. 496.

¹⁶⁶ Section 142

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 vagina 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 consent to it.

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

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

¹⁶⁷ พรสิริ สุริยกันท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 43-49.

ของกลุ่มสตรี ทำให้สหรัฐอเมริกาต้องปรับปรุงหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ

4.1.2.1 Marital Rape Exemption (ข้อยกเว้นความรับผิดที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่เป็นความผิด)

ข้อยกเว้นความรับผิดที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่เป็นความผิดนั้น เป็นข้อยกเว้นความรับผิดที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีรากฐานมาจากกฎหมายคอมมอนลอว์ในคดี *Commonwealth v. Fogerty*¹⁶⁸ ซึ่งเป็นคดีแรกของสหรัฐอเมริกาที่ได้ตัดสินว่าสามีไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อภริยาของตนเอง คดีนี้ศาลสูงของมลรัฐ Massachusetts ได้ตัดสินว่าการสมรสถือเป็นข้ออ้างที่ทำให้สามีไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ได้กระทำต่อภริยาของตนเองได้ ข้อยกเว้นความรับผิดนี้มีที่มาจากหลักการดั้งเดิมที่สำคัญ 3 ประการดังนี้¹⁶⁹

1) หลักความยินยอมโดยปริยายและทฤษฎีสัญญา โดยมีรากฐานมาจากแนวคิดของ Sir Matthew Hale ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า การสมรสทำให้เกิดสัญญาซึ่งรวมถึงความยินยอมที่ไม่อาจเพิกถอนได้ของภริยาในการร่วมประเวณีกับสามี หรืออาจกล่าวได้ว่าสามีมีสิทธิที่เกิดจากการสมรสในการร่วมประเวณีกับภริยาของตนเอง อย่างไรก็ตาม หลักความยินยอมโดยปริยายนั้นไม่สอดคล้องกับหลักความยินยอมโดยทั่วไปในกฎหมายอาญา ทั้งนี้เนื่องจากบุคคลไม่สามารถให้ความยินยอมแก่บุคคลอื่นในการทำให้เกิดอันตรายแก่กายของตนได้ นอกจากนี้แล้วหลักความยินยอมโดยปริยายนี้ยังไม่สอดคล้องกับกฎหมายครอบครัวซึ่งภริยาสามารถเพิกถอนความยินยอมกับสามีได้ในหลายพฤติการณ์

2) หลักอำนาจปกครอง และหลักสิทธิในทรัพย์สิน ภายใต้หลักการนี้สามีและภริยาถือเป็นบุคคลเดียวกันนับตั้งแต่ได้ทำการสมรส ดังนั้นสามีจึงไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ได้กระทำต่อภริยาของตนเอง เพราะหากเป็นความผิดก็เท่ากับว่าเป็นการข่มขืนตนเองเช่นกัน นอกจากนี้ภริยายังถือเสมือนเป็นทรัพย์สินของสามี การข่มขืนกระทำชำเราภริยาจึงไม่อาจเป็นความผิดได้

3) หลักการสงวนไว้ซึ่งความเป็นส่วนตัว และความผาสุกของครอบครัว โดยหลักการนี้มองว่าการที่กฎหมายเข้าไปก้าวก่ายความสัมพันธ์ในครอบครัวจะทำลายแนวโน้มในการกลับมาคืนดีกัน และอาจทำลายความผาสุกของครอบครัวได้

นอกจากหลักการดั้งเดิมสามประการข้างต้นแล้ว ในสมัยใหม่ซึ่งผู้ที่สนับสนุนข้อยกเว้นความรับผิดที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภริยาไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะได้ให้เหตุผลว่าการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภริยานั้นไม่ได้เกิดขึ้นบ่อย ๆ ถึงขนาดที่จะเป็นปัญหาร้ายแรง และการกระทำดังกล่าวมีความร้ายแรงน้อยกว่าการข่มขืนกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้า นอกจากนี้ ผู้ที่สนับสนุนข้อยกเว้นความรับผิดดังกล่าวยังได้ให้

¹⁶⁸ *Commonwealth v. Fogerty* (Massachusetts Supreme Judicial Court, 1857)

¹⁶⁹ Jessica Klarfeld, "A Striking Disconnect: Marital Rape Law's Failure to Keep Up With Domestic Violence Law," *American Criminal Law Review* 48 (2011): 1825-1828.

เหตุผลว่าการพิสูจน์ถึงความยินยอมในการร่วมประเวณีระหว่างสามีภริยาเป็นเรื่องที่ทำได้ยาก อีกทั้งภริยายังสามารถหาทางออกอื่นทางกฎหมายได้ เช่น การฟ้องคดีฐานทำร้ายร่างกาย เป็นต้น

4.1.2.2 การกำหนดให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดอาญา

ในปัจจุบันการร่วมประเวณีโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดอาญาในทุกมลรัฐของสหรัฐอเมริกา โดยความพยายามในการยกเลิกความรับผิดชอบดังกล่าวได้เริ่มต้นขึ้นกลางทศวรรษที่ 197 จนกระทั่งมลรัฐ Nebraska ได้เป็นมลรัฐแรกที่ยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบนี้เมื่อปี ค.ศ.1976¹⁷⁰

ปี ค.ศ. 1977 มลรัฐ Oregon เป็นรัฐแรกที่ได้ตั้งข้อหาข่มขืนกระทำชำเราแก่สามีซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเองในระหว่างที่ทั้งสองยังคงร่วมกันในฐานะสามีภริยา และหลังจากนั้นในหลาย ๆ คดีของหลายมลรัฐได้ทำให้เกิดการแก้ไขบทบัญญัติทางกฎหมายซึ่งมีผลให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอาญา

ปี ค.ศ. 1984 New York เป็นมลรัฐแรกที่ยกเลิกหลักข้อยกเว้นความรับผิดชอบนี้ ผ่านทางกระบวนการทางศาล โดยศาลอุทธรณ์ของ New York เห็นว่าหลักข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่ทำให้สามีไม่ต้องรับผิดชอบจากการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภริยานั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในคดี *People v. Liberta*¹⁷¹ ซึ่งข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าสามีได้แยกกันอยู่ต่างหากจากภริยาตามคำสั่งของศาล ซึ่งมีคำสั่งให้สามีย้ายออกไปจากบ้านที่เป็นที่อยู่อาศัยของคู่สมรส ห้ามเข้าใกล้ภริยาและบ้านหลังดังกล่าว ภายหลังจากนั้นสามีได้โทรหาภริยาเพื่อที่จะขอพบกับลูกชาย ภริยาไม่อนุญาตให้เขาเข้ามาในบ้านแต่ได้รับอนุญาตให้เขารับตัวภริยาและลูกชายไปยังห้องพักของเขาได้แต่มีข้อตกลงว่าเพื่อนของสามีจะต้องอยู่ด้วยในตลอดเวลาดังกล่าว เมื่อไปถึงห้องพักของสามีเพื่อนของสามีได้กลับออกไป สามีได้ทำร้ายและขู่ว่าจะฆ่าภริยา ทั้งยังได้กระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมและร่วมประเวณีที่ผิดธรรมชาติกับภริยาอีกด้วย ซึ่งแม้ในขณะนั้นกฎหมายลายลักษณ์อักษรของ New York ว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเราจะยังมีข้อยกเว้นความรับผิดชอบให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสกล่าวคือ การจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ ผู้ถูกกระทำจะต้องมิใช่ภริยาของผู้กระทำ แต่ในคดีนี้ศาลได้ตัดสินให้สามีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากศาลเห็นว่าการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภริยานั้นได้กระทำในระหว่างคำสั่งศาลให้แยกกันอยู่และให้สามีอยู่ห่างจากภริยามีผลใช้บังคับอยู่ สามีได้ยื่นอุทธรณ์โดยต่อสู้ว่าในระหว่างที่กระทำความผิดนั้นการสมรสยังคงสมบูรณ์อยู่ ทั้งคู่ยังคงเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นสามีจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจากอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นความรับผิดชอบดังกล่าว

ศาลอุทธรณ์ของ New York ซึ่งเป็นศาลสูงสุดของรัฐได้ตัดสินว่า “ไม่มีมูลเหตุใด ๆ ที่จะทำให้ข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสแตกต่างไปจากการกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้าและข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของคู่สมรสไม่มีความผิดนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ” โดยศาลอุทธรณ์ของ New York ได้บันทึกเอาไว้ว่าทะเบียนสมรสไม่ควรถูกมองว่า

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 1830.

¹⁷¹ *People v. Liberta* (Family Court New York, 1984)

เป็นใบอนุญาตแก่สามีในการที่จะบังคับให้ภริยาร่วมประเวณีด้วยโดยไม่ต้องรับโทษใด ๆ อีกทั้งหญิงซึ่งสมรสแล้วมีสิทธิในเนื้อตัวร่างกายเช่นเดียวกับหญิงซึ่งยังมิได้สมรส โดยจากคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ในคดี *Liberta* ศาลอื่น ๆ ในคดีหลังจากนั้นได้ตัดสินโดยให้เหตุผลเดียวกัน กล่าวคือ ให้เหตุผลว่าข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของคู่สมรสไม่เป็นความผิดนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยในคดีส่วนใหญ่ศาลเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไร้เหตุผลที่กฎหมายจะให้ความคุ้มครองแก่หญิงที่สมรสแล้วจากการข่มขืนกระทำชำเราโดยสามีแตกต่างไปจากการข่มขืนกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้า ตัวอย่างเช่น ในคดี *People v. M.D.*¹⁷² ซึ่งศาลอุทธรณ์ของอิลลินอยส์ ได้ตัดสินเช่นเดียวกับคดี *Liberta* กล่าวคือ ศาลได้ปฏิเสธข้อยกเว้นความรับผิดชอบดังกล่าว และได้ตัดสินว่าข้อยกเว้นความรับผิดชอบดังกล่าวเป็นปฏิปักษ์กับการคุ้มครองความเสมอภาค และความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา และรัฐธรรมนูญของรัฐอิลลินอยส์¹⁷³

ปี ค.ศ. 2000 ในคดี *In re Estate of Peters*¹⁷⁴ ศาลสูงของ Vermont ได้ปฏิเสธหลักการที่ว่า การสมรสทำให้เกิดความยินยอมในความสัมพันธ์ทางเพศอย่างสิ้นเชิง และได้รับรู้ว่าความแตกต่างระหว่างการกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส และการกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้านั้นมีรากฐานมาจากหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ในสมัยโบราณที่มองว่าผู้หญิงเป็นทรัพย์สินของสามีและได้ตัดสินว่าสถานภาพทางการสมรสไม่ทำให้เกิดความแตกต่างใด ๆ ในความคิดฐานประทุษร้ายทางเพศ โดยกล่าวว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในปี 1985 ได้ยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดชอบซึ่งได้กระทำต่อคู่สมรสในความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศ ศาลได้สรุปว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรในปัจจุบันได้ห้ามการร่วมประเวณีโดยฝ่าฝืนความยินยอมของอีกฝ่ายเอาไว้อย่างชัดเจน โดยไม่คำนึงถึงสถานะทางการสมรสระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ¹⁷⁵

ปี ค.ศ. 2010 ศาลก็ยังคงมีการกล่าวถึงหลักการของข้อยกเว้นความรับผิดชอบนี้ อยู่ในคดี *Mayo v. Commonwealth*¹⁷⁶ ศาลสูงของรัฐ Kentucky ได้ตัดสินลงโทษจำเลยฐานข่มขืนกระทำชำเรา และกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ที่ได้กระทำต่อภริยาของจำเลยในระหว่างแยกกันอยู่ ศาลได้กล่าวว่าสามีสามารถมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ที่ได้กระทำต่อภริยาของตนได้ นอกจากนี้ยังได้ให้ข้อสังเกตว่าข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ถูกกระทำและจำเลยเคยร่วมเพศทางทวารหนักด้วยความยินยอมในครั้งก่อน ๆ นั้นไม่ได้ทำให้แนวโน้มในการให้ความยินยอมในการร่วมเพศโดยวิธีการใด ๆ กับจำเลยในการร่วมเพศครั้งที่ถูกกล่าวหาหมกหรือน้อยลงไป

¹⁷² *People v. M. D.* (Supreme Court of Illinois, 1992)

¹⁷³ Jessica Klarfeld, *op. cit.*, p. 1831.

¹⁷⁴ *In re Estate of Peters* (Vermont Supreme Court, 2000)

¹⁷⁵ Jessica Klarfeld, *op. cit.*, p. 1832.

¹⁷⁶ *Mayo v. Commonwealth* (Supreme Court of Kentucky, 2010)

ในปัจจุบันกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสนั้น ได้มีการแก้ไขและยกเลิกความรับผิดที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่เป็นความผิด โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้¹⁷⁷

16 มลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ข้อยกเว้นความรับผิดที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่เป็นความผิด (Marital Rape Exemption) นั้นได้ถูกยกเลิกอย่างเด็ดขาดในทุก ๆ พฤติการณ์ กล่าวคือ การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดอาญาในทุก ๆ กรณี โดยไม่ต้องคำนึงว่าคู่สมรสนั้นจะยังอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา หรือได้แยกกันอยู่ต่างหากจากกัน ได้แก่ Alabama, Alaska, Arkansas, Colorado, Florida, Georgia, Indiana, Maine, Massachusetts, New Jersey, New York, North Dakota, Oregon, Vermont และ Wisconsin

26 มลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ถือว่าโดยหลักแล้วสามีจะได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นความผิดที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่เป็นความผิด (Marital Rape Exemption) กล่าวคือ สามีไม่ต้องรับผิดทางอาญาจากการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภริยา เว้นแต่ ในบางพฤติการณ์ที่กฎหมายได้กำหนดให้สามีต้องรับผิดทางอาญาจากการกระทำความผิดดังกล่าว 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

8 มลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ยังคงใช้ข้อยกเว้นความรับผิดที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่เป็นความผิด (Marital Rape Exemption) อย่างไรก็ตาม สามีอาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ได้กระทำต่อภริยาของตนเองได้ ในกรณีที่สามีภริยาแยกกันอยู่ต่างหากจากกัน หรือมีคำสั่งศาลให้คู่สมรสแยกกันอยู่ หรือในขณะที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ยื่นฟ้องหย่าหรือยื่นคำร้องให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครอง ในกรณีเหล่านี้เพื่อวัตถุประสงค์ในการฟ้องคดี คู่สมรสถูกถือว่าเป็นบุคคลที่มีได้สมรสกัน กล่าวคือ ถูกถือว่าเป็นสามีภริยากัน ดังนั้น หากสามีได้กระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภริยาในระหว่างนี้ สามีก็จะมีผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ได้แก่ Kentucky, Missouri, New Mexico, North Carolina, South Carolina, South Dakota และ Utah

ซึ่งถึงแม้ว่าทุกมลรัฐจะได้อยกเลิกข้อยกเว้นความรับผิดที่ทำให้การกระทำชำเราระหว่างสามีภริยาไม่เป็นความผิด (Marital Rape Exemption) แล้ว แต่การตัดสินใจโทษผู้กระทำความผิดนั้นยังเป็นเรื่องที่ทำได้ยาก เนื่องจากในหลายมลรัฐยังคงมีความแตกต่างกันระหว่างการข่มขืนกระทำชำเราโดยคู่สมรส และการข่มขืนกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้า แต่บางมลรัฐกำหนดให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเฉพาะแต่ในบางพฤติการณ์ เช่น การกระทำชำเราโดยใช้กำลังบังคับเท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำชำเราโดยการข่มขู่บังคับ เช่น มลรัฐ Idaho เป็นต้น นอกจากนี้ยังกำหนดให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความ

¹⁷⁷ Diana E. H. Russell, **Rape in Marriage** (Bloomington: Indiana University Press, 1990), pp. 21-23.

ยินยอมระหว่างคู่สมรสมีระยะเวลาการร้องทุกข์ที่สั้นกว่าการข่มขืนกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้า เช่น มลรัฐ South Carolina ได้กำหนดให้คู่สมรสฝ่ายที่ถูกกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้า เช่น มลรัฐ South Carolina ได้กำหนดให้คู่สมรสฝ่ายที่ถูกกระทำจะต้องร้องทุกข์ภายใน 3 เดือน ในขณะที่กฎหมายไม่ได้กำหนดให้มีการร้องทุกข์สำหรับความผิดที่กระทำโดยคนแปลกหน้า เป็นต้น¹⁷⁸

กฎหมายของบางมลรัฐยังกำหนดให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสมีระวางโทษที่ต่ำกว่าการข่มขืนกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้า หรืออาจกำหนดให้ผู้กระทำความผิดถูกคุมประพฤติแทนการจำคุกในกรณีที่ผู้เสียหายและพนักงานอัยการเห็นชอบให้คุมประพฤติผู้กระทำความผิดแทนการลงโทษจำคุก เช่น มลรัฐ Virginia เป็นต้น ซึ่งในหลายมลรัฐได้ยกเว้นความผิดให้แก่คู่สมรสในกรณีที่เป็นการกระทำต่อคู่สมรสอีกฝ่าย ในขณะที่คู่สมรสอีกฝ่ายไม่สามารถให้ความยินยอมได้เนื่องจากวิกลจริต หรือไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ เช่น มลรัฐ Kentucky เป็นต้น

นอกจากความแตกต่างในบทบัญญัติระหว่างการกระทำโดยคู่สมรสและการกระทำโดยคนแปลกหน้าแล้ว การฟ้องคดีที่เกิดจากการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสยังเป็นเรื่องที่ทำได้ยาก ทั้งนี้ เนื่องจากค่านิยมของสังคมซึ่งมองว่าการถูกข่มขืนคือตราบาป หรือเป็นเรื่องที่น่าอับอาย ทำให้หญิงที่ถูกข่มขืนไม่กล้าที่จะแจ้งความดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นการกระทำระหว่างคู่สมรสพบว่าผู้เสียหายเพียงส่วนน้อยเท่านั้นที่กล้าแจ้งความต่อตำรวจ นอกจากนี้ภริยาที่ถูกข่มขืนโดยสามีส่วนใหญ่ไม่ทราบว่าตนเองมีสิทธิที่จะปฏิเสธการมีเพศสัมพันธ์กับสามีของตนเองอีกด้วย

ในกรณีที่ผู้เสียหายได้แจ้งความดำเนินคดีต่อตำรวจนั้น ผู้เสียหายยังต้องเผชิญกับหลาย ๆ อุปสรรคในการดำเนินคดี เนื่องจากการที่พนักงานอัยการมักจะไม่ฟ้องคดีที่เกี่ยวกับการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรส กล่าวคือ มีคดีเพียงร้อยละ 7.5 ที่ถูกฟ้อง ในขณะที่มีเพียงร้อยละ 58.1 ที่ศาลพิพากษาให้จำเลยมีความผิด พนักงานอัยการจึงมีความคิดว่า การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอม นั้นมักจะถูกยกฟ้อง เพราะการพิสูจน์ให้คณะลูกขุนเชื่อโดยปราศจากความสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดนั้นเป็นเรื่องที่ทำได้ยาก เนื่องจากในกรณีที่ผู้เสียหายได้ถูกข่มขืนนั้นไม่เพียงพอที่จะทำให้คณะลูกขุนเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิด

นอกจากนี้จำเลยมักต่อสู้โดยอ้างถึงแนวคิดที่ว่า “ผู้หญิงมักโกหก” โดยอ้างว่าผู้เสียหายได้แจ้งความเท็จเพื่อที่ผู้เสียหายจะได้รับประโยชน์จากการที่จำเลยถูกตัดสินว่ามีความผิดไม่ว่าจะเป็นเหตุในการฟ้องหย่า ความประสงค์ให้จำเลยต้องรับโทษจำคุก หรือประโยชน์ในทางการเงิน เป็นต้น เนื่องจากอุปสรรคในการดำเนินคดีไม่ว่าจะเป็นปัญหาจากการที่พนักงานอัยการไม่ฟ้องคดี หรือปัญหาการพิสูจน์พยานหลักฐานต่อศาลดังที่กล่าวมาข้างต้นทำให้ผู้หญิงส่วนใหญ่ที่ถูกสามีข่มขืนเลือกที่จะไม่ดำเนินคดีต่อสามีเพื่อที่จะไม่ต้องเผชิญกับปัญหาในกระบวนการฟ้องคดีซึ่งในที่สุดแล้วมักจะถูกยกฟ้อง¹⁷⁹

¹⁷⁸ *Ibid.*, pp. 1833-1836.

¹⁷⁹ พรสิริ สุริยกันต์, *เรื่องเดิม*, หน้า 49-56.

4.1.3 ประเทศฝรั่งเศส

การข่มขืนกระทำชำเราซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสในอดีตนั้น ได้ถูกจำกัดอยู่เพียงการข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดจากการร่วมประเวณี (ทางช่องคลอด) ระหว่างหญิงและชายเท่านั้น โดยผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องเป็นชายซึ่งมิใช่สามีของหญิงนั้น¹⁸⁰ โดยนักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่าการสมรสเป็นบทสันนิษฐานถึงความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ซึ่งเป็นหน้าที่อย่างหนึ่งในการอยู่ร่วมกันของคู่สมรส ตามประมวลกฎหมายแพ่ง¹⁸¹

จนกระทั่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ. 1980 โดยได้มีการกำหนดให้การข่มขืน หมายรวมถึง การล่วงประเวณีทุกกรณีตามธรรมชาติ ซึ่งกระทำต่อบุคคลอื่นโดยใช้ความรุนแรง การข่มขู่ การบังคับ หรือทำให้ประหลาดใจ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้นั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ได้กระทำโดยปราศจากความยินยอมเท่านั้น ความยินยอมจึงเป็นองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานนี้¹⁸² บทบัญญัติที่แก้ไขนี้ไม่ได้คำนึงว่าเป็นการข่มขืนในระหว่างคู่สมรสหรือไม่ เนื่องจากบัญญัติเอาไว้แต่เพียงว่าเป็นการข่มขืนผู้อื่นเท่านั้น¹⁸³

ปี ค.ศ. 1990 ศาลฎีกาได้ยอมรับถึงการมีอยู่ของการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา แต่เป็นเพียงในกรณีที่มีการใช้ความรุนแรงอย่างมากเท่านั้น ในคำตัดสินของศาลฎีกาแผนกคดีอาญา เมื่อวันที่ 5 กันยายน ค.ศ. 1990 จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1992 ศาลฎีกาได้ยอมรับอย่างชัดเจนว่าข้อสันนิษฐานถึงความยินยอมในการร่วมประเวณีระหว่างสามีภรณานั้นสามารถรับฟังได้เว้นเสียแต่ว่าผู้ที่กล่าวอ้างถึงความไม่ยินยอมจะสามารถพิสูจน์หักล้างได้ ทำให้ข้อสันนิษฐานในเรื่องความยินยอมดังกล่าวยังคงมีอยู่ต่อไปแต่สามารถพิสูจน์ให้เห็นเป็นอย่างอื่นได้

ปี ค.ศ. 2006 หลักข้อสันนิษฐานถึงความยินยอมในการร่วมประเวณีระหว่างสามีภรรยาที่ปรากฏในคำพิพากษาเมื่อปี ค.ศ. 1992 ได้รับการยอมรับและบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 222-22 ของ

¹⁸⁰ P. Bensussan, "Marital Rape According to French Law: Desire, Need and Consent," *Sexologies* 18, 3 (July-September 2009): 182-185.

¹⁸¹ Article 215

Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie.

La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord.

Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation: l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous.

¹⁸² P. Bensussan, note 166, pp.182-185.

¹⁸³ Yves Mayaud et Carole Gayet, *CODE PENAL EDITION 2011*, 108 edition (Paris: Dalloz, 2010), pp. 324-325.

ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อวันที่ 4 เมษายน ค.ศ. 2006¹⁸⁴ และในที่สุดข้อสันนิษฐานถึงความยินยอมได้ถูกยกเลิกไปโดยพระราชบัญญัติที่ 2010-769 เมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 2010 ว่าด้วยความรุนแรงต่อสตรี ความรุนแรงระหว่างคู่สมรส และผลกระทบต่อบุตร¹⁸⁵

อย่างไรก็ตามการพิสูจน์พยานหลักฐานถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นไม่ใช่เรื่องง่ายและศาลจะตัดสินให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบเมื่อฝ่ายที่กล่าวอ้างนั้นสามารถพิสูจน์ได้จนปราศจากข้อสงสัยเท่านั้น จากการศึกษาในปี 2010 ในประเทศฝรั่งเศส มีการข่มขืน 200,000 ครั้ง ในแต่ละปี โดยครึ่งหนึ่งนั้นเป็นการข่มขืนระหว่างคู่สมรส แต่มีการฟ้องร้องให้ต้องรับผิดชอบน้อยมาก และมีเพียง 10% ของคดีที่ฟ้องร้องที่ศาลจะพิพากษาให้คู่สมรสมีความผิด โดยมีเพียง 1% เท่านั้นที่ได้รับการลงโทษ ซึ่งบ่อยครั้งก็เป็นการลงโทษที่เบา โดยโทษสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนดนั้นคือ 20 ปี แต่บ่อยครั้งที่โทษศาลกำหนดนั้นเป็นเพียง 8 ปี¹⁸⁶

4.2 กฎหมายต่างประเทศกรณีการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว

การบัญญัติกฎหมายที่นำมาใช้ในการแก้ไขปัญหามความรุนแรงในครอบครัวของแต่ละประเทศนั้น ขึ้นอยู่กับลักษณะปัญหาและความรุนแรงของปัญหาในครอบครัวของประเทศนั้น ๆ จึงทำให้แต่ละประเทศมีการให้ความหมายของความรุนแรงในครอบครัว รวมถึงบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองแตกต่างกันออกไป ดังจะกล่าวต่อไปนี้¹⁸⁷

4.2.1 ประเทศอังกฤษ

พระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ. 1996 (Family Law Act 1996) เป็นกฎหมายการคุ้มครองความรุนแรงในครอบครัวของประเทศไทยที่มีเจตนารมณ์ในการประกาศใช้เพื่อวางข้อกำหนดดังต่อไปนี้ การหย่าและแยกกันอยู่ การช่วยเหลือทางกฎหมายในกรณีกำหนดให้มีการไกล่

¹⁸⁴ Article 11

I. - Après le premier alinéa de l'article 222-22 du code pénal, il est inséré un alinéa ainsi rédigé:

« Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage. Dans ce cas, la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire.

¹⁸⁵ Article 36

La dernière phrase du deuxième alinéa de l'article 222-22 du code pénal est supprimée.

¹⁸⁶ พรสิริ สุริยกันท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 57-59.

¹⁸⁷ พิษญาภา เจียมแท้, *เรื่องเดิม*, หน้า 29.

เกลี้ยข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัว กระบวนการพิจารณาคดีในกรณีการสมรสสิ้นสุดลง (Proceeding in Case Where Marriages Have Broken Down) สิทธิการครอบครองทรัพย์สินระหว่างสมรส (Rights of Occupation of Certain Domestic Premises) การคุ้มครองการรบกวน (Prevention of Molestation) รวมทั้งการออกคำสั่งภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยเด็ก ปี 1989 ข้อกำหนดเกี่ยวกับการครอบครองที่อยู่อาศัย การโอนการครอบครองทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสและบุคคลซึ่งอยู่อาศัยร่วมกันเสมือนสามีภริยาและเพื่อเป็นการประสานผลประโยชน์ในครอบครัว

4.2.1.1 ความหมายของการกระทำความรุนแรงในครอบครัว

คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย (The Law Commission) ของประเทศอังกฤษได้ให้คำนิยามคำว่า “ความรุนแรง” ไว้ในรายงานฉบับที่ 207 (1992) ว่า ถ้อยคำ “รุนแรง (Violence)” ในตัวของมันเองมักใช้ในสองความหมาย กล่าวคือ ในความหมายอย่างแคบ หมายถึง การใช้กำลังหรืออาวุธ (Physical Force) ประทุษร้าย (Assault) หรืออุป้เหตุว่าใช้กำลังประทุษร้ายแก่ผู้อื่นแต่ถ้าเป็นการใช้ความรุนแรงในครอบครัวมีความหมายกว้างกว่าการใช้กำลังประทุษร้ายแก่กายโดยรวมถึงการประทุษร้ายทางเพศหรือต่อจิตใจ (Physiological Molestation) หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญ (Harassment) อันมีผลกระทบต่อสุขภาพกาย จิตใจ อนามัยและความเป็นอยู่อย่างปกติสุข (Well-Being) แม้จะไม่มีการใช้กำลังประทุษร้ายก็ตาม ความร้ายแรงและผลกระทบแห่งการกระทำย่อมขึ้นอยู่กับสภาพธรรมชาติของผู้กระทำ¹⁸⁸

Deborah Locton & Richard¹⁸⁹ นิยามคำว่า “ความรุนแรงในครอบครัว” หมายถึง ความรุนแรงที่เกิดขึ้นหรือถูกกล่าวหาว่าเกิดขึ้นระหว่างคู่สมรสหรือผู้ที่อาศัยอยู่ด้วยกัน หรือผู้ถูกกระทำมีความสัมพันธ์เป็นคู่ครองกับผู้กระทำความรุนแรง ซึ่งเดิมกฎหมายครอบครัว ค.ศ. 1996 ของประเทศอังกฤษให้ความคุ้มครองกรณีความรุนแรงในครอบครัวเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างเพศชายและเพศหญิง (Heterosexual Relationship) ที่เป็นคู่สมรสหรือเคยเป็นคู่สมรสกันมาก่อนโดยไม่รวมถึงความรุนแรงที่เกิดแก่คู่ครองเพศเดียวกัน แต่ต่อมาเมื่อมีการบัญญัติ The Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004 ได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมว่าผู้ที่อยู่ร่วมกัน (Cohabitant) นั้นให้หมายความรวมถึงคู่ที่เป็นเพศเดียวกันด้วย

รายงานวิจัยของ Home Office ปี ค.ศ. 1999 ได้ให้ความหมายคำว่าความรุนแรงในครอบครัวซึ่งถูกรวบรวมไว้อย่างกว้าง ๆ ตามประสบการณ์ และการชีวิตในงานวิจัยจะพิจารณาจากประเภทของความสัมพันธ์ของบุคคลที่เรียกว่าบุคคลในครอบครัว (Domestic) และประเภทของประสบการณ์ที่ถูกเข้าใจว่าเป็นการใช้ความรุนแรง¹⁹⁰ โดยงานวิจัยดังกล่าวได้ให้ความหมายโดยแคบ

¹⁸⁸ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล และคณะ, การประเมินกระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองสวัสดิภาพบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัว (รายงานการวิจัย เสนอต่อสถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข มูลนิธิเพื่อนหญิง และสถาบันพัฒนากระบวนการยุติธรรมเยาวชนและครอบครัว, 2546), หน้า 25.

¹⁸⁹ Deborah Locton and Richard Ward, **Domestic Violence** (London: Cevendish, 1997), p. 7.

¹⁹⁰ Catriona Mirrlees-Black, **Domestic Violence Findings from a New British Crime Survey Self-Completion Questionnaire** (London: S.I., 2004), pp. 1-2.

ของการกระทำความรุนแรงในครอบครัว (Domestic Violence) ว่าหมายถึงการกระทำระหว่างบุคคลที่อาศัยอยู่ด้วยกันเป็นคู่ครองหรือสามีภริยา และหมายถึงเฉพาะคู่ที่เป็นเพศตรงข้ามเท่านั้น หรือหมายถึงบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันในขั้นแรก (Early Stages) ที่ยังไม่รู้จักแต่ละฝ่ายกันดีพอ และเป็นความสัมพันธ์ที่ไม่ยาวนาน แต่เป็นลักษณะที่เคยมีความสัมพันธ์กันชั่วระยะเวลาหนึ่ง

สำหรับการให้ความหมายของ The Share ACPO, Crown Prosecution Service (CPS) และรัฐบาลนั้น องค์เหล่านี้ได้ให้ความหมายของการกระทำความรุนแรงในครอบครัวว่า หมายถึงการกระทำใด ๆ ที่เป็นพฤติกรรมคุกคาม การกระทำความรุนแรง หรือ การกระทำทารุณกรรม ทั้งทางจิตใจ ร่างกาย ทางการเงิน (Financial) ทางเพศ หรือทางอารมณ์ความรู้สึก (Emotional) ระหว่างผู้ใหญ่ที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด (Intimate Partner) หรือสมาชิกในครอบครัว (สมาชิกในครอบครัว หมายถึง บิดา มารดา บุตรชาย บุตรสาว พี่ชายน้องชาย พี่สาวน้องสาว และปู่ย่าตายาย ไม่ว่าจะป็นญาติโดยตรง หรือโดยการแต่งงาน หรือครอบครัวที่มีพ่อเลี้ยงแม่เลี้ยง (Step-Family) โดยไม่คำนึงว่าเป็นเพศใด ซึ่งในรายงานวิจัยของ Home Office ปี 2004 ได้ให้คำจำกัดความไว้เช่นเดียวกับข้างต้น แต่ในรายงานวิจัยนี้ได้กำหนดว่าจะต้องเป็นการกระทำของผู้ใหญ่ที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป¹⁹¹

4.2.1.2 บุคคลในครอบครัวที่ได้รับความคุ้มครอง

ลักษณะครอบครัวของประเทศอังกฤษแต่เดิม จะมีลักษณะครอบครัวเล็กที่จะประกอบไปด้วย พ่อ แม่ และลูก ๆ ซึ่งเป็นลักษณะครอบครัวที่ยังปรากฏให้เห็นในสังคมอังกฤษปัจจุบัน โดยลักษณะและความสัมพันธ์ของครอบครัวนั้น จะได้รับอิทธิพลทางด้านศาสนา เศรษฐกิจ วัฒนธรรม กฎหมาย และปัจจัยอื่น ๆ โดยศาสนานั้นเป็นสิ่งที่ทำให้คนในสังคมมองเห็นภาพของความสัมพันธ์ในครอบครัว ส่วนสิทธิและหน้าที่ของสมาชิกในครอบครัวถูกกำหนดโดยกฎหมายและขนบธรรมเนียมประเพณี ซึ่งเป็นรูปแบบชีวิตของครอบครัวนั้นจะเป็นไปอย่างแตกต่างและหลากหลาย โดยสิ่งที่มีส่วนสำคัญในการกำหนดขนาดและโครงสร้างของครอบครัวของคนในสังคมนั้น คือ สภาพของสังคม สภาพเศรษฐกิจ แหล่งที่มาทางวัตถุหรือรายได้ และแนวทางของการดำรงชีวิต จากการสำรวจของลักษณะของครอบครัวในประเทศอังกฤษในช่วงปลายศตวรรษที่ 16 จนถึงช่วงศตวรรษที่ 19 พบว่าจะประกอบไปด้วยครอบครัวเล็ก ๆ ที่ประกอบไปด้วย พ่อ แม่ และลูกเสียส่วนใหญ่ กล่าวคือ มากกว่าร้อยละ 70 ของครอบครัวในประเทศอังกฤษ เป็นครอบครัวที่ประกอบไปด้วยคนสองรุ่น คือ พ่อแม่ และลูก ส่วนร้อยละ 6 ประกอบไปด้วยคนสามชั่วอายุคน และส่วนน้อยมาก ๆ ที่ครอบครัวประกอบไปด้วยคู่สมรสสองคู่ขึ้นไป อย่างไรก็ตามในการสำรวจในช่วงปี 1971 จนถึงปี 2002 พบว่า ค่าเฉลี่ยของสมาชิกในครอบครัวของอังกฤษลดน้อยลง คือเหลือเพียง 2.4 คนต่อครอบครัว และลักษณะครอบครัวของอังกฤษนั้นเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ ลักษณะครอบครัวที่ประกอบไปด้วย พ่อแม่ และลูกนั้นลดน้อยลง โดยคนนิยมเป็นโสดเพิ่มมากขึ้นกว่าเดิม และพบว่ามีสถิติการหย่าร้างมากยิ่งขึ้นกว่าเดิม ซึ่งแตกต่างจากเมื่อก่อนที่การหย่าร้างในสังคมอังกฤษจะเกิดขึ้นได้อย่างยากยิ่ง จึงทำให้มีครอบครัวที่ประกอบไปด้วย พ่อหรือแม่ ที่อาศัยอยู่กับลูกเพียงไม่เกินสองคนยิ่งขึ้น

¹⁹¹ Andrea Finney, *Domestic Violence, Sexual Assault and Stalking:*

Findings From The 2004/05 British Crime Survey (Wales: Home Office, 2006), p. 5.

การให้ความคุ้มครองบุคคลในครอบครัวตามกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้น กฎหมายครอบครัว (The Family Law Act 1996) ให้การคุ้มครองเกี่ยวกับการครอบครองทรัพย์สินหรือที่อยู่อาศัย (Property or Matrimonial Rights) และการคุ้มครองให้พ้นจากการถูกรบกวนทำร้าย (Non-Molestation) ซึ่งกำหนดคุ้มครองในกรณีผู้ที่ก่อเหตุความรุนแรงในครอบครัวมีส่วนสัมพันธ์ทางครอบครัวกับผู้ร้องหรือเด็กที่ถูกทารุณกรรม โดยได้กำหนดความหมายของบุคคลที่มีอยู่ความสัมพันธ์กันทางครอบครัวไว้ในมาตรา 62 กล่าวคือ¹⁹²

1. บุคคลซึ่งเป็นคู่สมรสหรือเคยสมรสกัน
2. บุคคลซึ่งอยู่หรือเคยอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยา
3. บุคคลซึ่งอยู่หรือเคยอยู่อาศัยในบ้านหลังเดียวกัน เว้นแต่กรณีของลูกจ้าง ผู้เช่าผู้อาศัย หรือนักเรียนกินนอน
4. บุคคลซึ่งเป็นญาติกัน
5. บุคคลที่ได้ตกลงว่าจะสมรสกับอีกฝ่ายหนึ่ง (ไม่ว่าสัญญานั้นจะสิ้นสุดลงไปหรือไม่ก็ตาม)

6. บุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์กับเด็ก
ผู้ที่มีความสัมพันธ์กับเด็กตามข้อ 6 นี้ หมายถึง บุคคลที่เป็นบิดามารดาของเด็ก หรือมีหรือเคยมีหน้าที่ปกครองดูแลเด็ก หรือหากเป็นในกรณีที่มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือเลิกรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม บุคคลจะมีความสัมพันธ์กันหากบุคคลหนึ่งเป็นบิดามารดาโดยกำเนิดของเด็ก หรือบุคคลที่กลายเป็นบิดามารดาเนื่องจากคำสั่งให้รับบุตรบุญธรรม หรือจากการยื่นคำร้องขอรับบุตรบุญธรรม หรือเป็นบุคคลที่ให้อยู่อาศัยกับเด็กกรณีที่มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมในเวลาใดก็ตาม

7. บุคคลซึ่งเป็นคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีครอบครัวคดีเดียวกัน (เว้นแต่เป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาภายใต้หมวดนี้)

สำหรับความหมายของ “ญาติ” ตามมาตรา 63 หมายถึง บุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์กันโดยเป็นบิดามารดา พ่อเลี้ยงแม่เลี้ยง ลูกเลี้ยง บุตรหลาน ปู่ย่า ตายาย พี่น้อง ลุงป้า น้าอา ของบุคคลอีกคนหนึ่ง หรือของคู่สมรส หรือของอดีตคู่สมรสของบุคคลอีกคนหนึ่งด้วย ทั้งนี้ให้รวมถึงผู้ที่อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาหรือเคยอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาด้วย

4.2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้พัฒนากฎหมายให้คุ้มครองบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัวมาเป็นเวลานาน เช่น มลรัฐนิวยอร์ก ซึ่งได้มีการตราพระราชบัญญัติศาลครอบครัวตั้งแต่ 1962 (The Family Law Act 1962) โดยได้กำหนดกระบวนการพิจารณาคุ้มครองสวัสดิภาพบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัวไว้ และมีสาระสำคัญดังนี้

4.2.2.1 ความหมายของการกระทำความรุนแรงในครอบครัว

¹⁹² พิชญาภา เจียมแท้, *เรื่องเดิม*, หน้า 34-37.

ระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาในแต่ละมลรัฐได้มีการให้คำนิยามความรุนแรงในครอบครัวไว้ 2 ความหมาย คือ¹⁹³

1. ความรุนแรงในครอบครัว หมายถึง การประทุษร้ายหรือทำร้ายกันภายในครอบครัว ซึ่งเป็นคำนิยามที่อยู่ในกฎหมายอาญา และ
2. การให้คำนิยามไว้อย่างกว้าง ๆ กว่าการให้คำนิยามในกฎหมายอาญาโดยเป็นการให้คำนิยามที่นำมาใช้ในคำสั่งคุ้มครองทางแพ่ง

การกระทำความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวในกฎหมายอาญา มีความหมายเหมือนกันกับการประทุษร้ายและทำร้ายร่างกายตามกฎหมายอาญาทั่วไป โดยกฎหมายเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัวได้ถูกใช้ในความหมายเดียวกันแต่มีองค์ประกอบที่มากกว่าคือ ผู้ถูกระทำและผู้กระทำจะต้องเป็นบุคคลที่อาศัยอยู่ด้วยกันหรือมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกัน ตัวอย่างเช่น ในกฎหมายของมลรัฐ Illinois กฎหมายบัญญัติให้ฐานความผิดการทำร้ายร่างกายคือ “การที่บุคคลทำร้ายร่างกายโดยเจตนา โดยไม่มีเหตุทางกฎหมายที่สมควร ซึ่งเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายของบุคคลอื่น หรือ การกระทำการดูถูกเหยียดหยาม (Insulting) หรือ ก้าวร้าว (Provoking) ต่อบุคคลอื่น¹⁹⁴

การกระทำรุนแรงในครอบครัว หมายความว่าเช่นเดียวกับการทำร้ายร่างกายในข้างต้น แต่เหยื่อผู้ถูกระทำจะต้องเป็นสมาชิกในครอบครัวของผู้กระทำผิด หรืออาศัยอยู่ด้วยกันกับผู้กระทำ ซึ่งสมาชิกในครอบครัว (Family Member) หรือบุคคลที่อาศัยอยู่ด้วยกัน (Household Member) หมายถึง ผู้ที่มีความเกี่ยวข้องทางสายโลหิต บุคคลที่เคยอาศัยอยู่ หรือ อาศัยอยู่ด้วยกัน และหมายถึง บุคคลที่เป็นหรือเคยเป็นคู่รักกัน หรือมีความสัมพันธ์กัน

ในการให้คำนิยามการกระทำความรุนแรงในครอบครัวตามกฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกานั้น ยังคงได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่า การให้คำนิยามในปัจจุบันนั้นยังมิได้สะท้อนถึงลักษณะพฤติกรรมพื้นฐานของการกระทำความรุนแรงในครอบครัวซึ่งถือเป็นการกระทำความรุนแรงที่แตกต่างจากความรุนแรงอื่น ๆ ดังจะเห็นได้จากการให้คำนิยามในปัจจุบันยังมิได้หมายความว่ารวมถึงพฤติกรรมการใช้อำนาจบังคับหรือควบคุมสมาชิกในครอบครัวซึ่งถือเป็นพฤติกรรมการใช้ความรุนแรงในครอบครัวประเภทหนึ่ง โดยคณะผู้ร่างกฎหมายยังคงเชื่อมั่นว่ากฎหมายควรจะต้องคุ้มครองการใช้ความรุนแรงในครอบครัวเฉพาะเกี่ยวกับการใช้ความรุนแรงหรือการละเมิดทางร่างกายเท่านั้น ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วการกระทำความรุนแรงในครอบครัวนั้นมิใช่เพียงแต่หมายถึงการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายที่เกิดขึ้นระหว่างคนในครอบครัวหรือคนที่อาศัยอยู่ในบ้านเดียวกันแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังหมายความรวมถึงการใช้อำนาจบังคับหรือควบคุมโดยผู้กระทำได้กระทำโดยมีสิ่งกระตุ้นหรือความตั้งใจโดยกระทำบ่อยครั้ง และยังหมายความรวมถึงการกระทำความรุนแรงอื่น ๆ ที่มิใช่การกระทำต่อร่างกายด้วย ทำให้การให้ความหมายทางอาญายังไม่ครอบคลุมการใช้ความรุนแรงในครอบครัวอื่น ๆ ที่มีใช้การกระทำทารุณต่อร่างกายจึงทำให้การคุ้มครองยังไม่ครอบคลุมถึงปัญหาดังกล่าว

¹⁹³ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 37-47.

¹⁹⁴ Steve Mulligan, “Redefining Domestic Violence: Using the Power and Control Paradigm for Domestic Violence Legislation,” *Children’s Legal Right Journal* 29, 1 (Spring 2009): 34-36.

ซึ่งการให้คำนิยามในกฎหมายอาญานั้นจะแตกต่างจากการให้คำนิยามทางแพ่ง โดยคำนิยามตามกฎหมายแพ่งจะใช้ในการตัดสินเกี่ยวกับการอนุญาตคำสั่งคุ้มครองเหยื่อหรือผู้ถูกระทำ ซึ่งการให้ความหมายทางแพ่งจะเป็นการให้ความหมายที่กว้างกว่าความหมายทางอาญา และรวมถึงการกระทำที่ไม่ได้กระทำต่อร่างกายด้วย ตัวอย่างเช่น ในมลรัฐ Illinois ได้ให้ความหมายการกระทำ ความรุนแรงในครอบครัวในทางแพ่งไว้ว่ารวมถึงการรบกวนซึ่งสิทธิส่วนบุคคล (Interference with Personal Liberty) การข่มขู่ (Intimidation of a Dependent) หรือการรบกวน หรือ การก่อกวน (Harassment)

การรบกวน หรือการก่อกวน (Harassment) นั้นหมายความรวมถึง การกระทำใด ๆ ที่กระทำโดยไม่มีความจำเป็น อันเป็นเหตุให้เกิดความโศกเศร้าเสียใจหรือเกิดผลกระทบต่ออารมณ์ความรู้สึกเป็นอย่างมาก และยังหมายความรวมถึงการโทรศัพท์บ่อยครั้งมาก หรือติดตาม สะกดรอยตามเหยื่อในที่สาธารณะ และการสร้างความรบกวนแก่เหยื่อที่บ้าน ที่ทำงาน หรือ สถานศึกษาด้วย

อย่างไรก็ตามในการให้ความหมายความรุนแรงในครอบครัวทางสังคมศาสตร์นั้น มีความแตกต่างจากการให้ความหมายทั้งทางกฎหมายแพ่งและอาญา ซึ่งการให้ความหมายในทางสังคมศาสตร์จะเป็นการให้ความหมายที่ขยายความหมายตามกฎหมายแพ่งและอาญาออกไปอีกโดยนักวิชาการทางสังคมศาสตร์ได้ให้ความเห็นว่าการกระทำ ความรุนแรงในครอบครัวไม่เพียงเป็นการกระทำ ความรุนแรงต่อร่างกายเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงการกระทำ ความรุนแรงต่อจิตใจและอารมณ์ต่อสมาชิกในครอบครัว ซึ่งพฤติกรรมเหล่านี้ย่อมรวมถึง การกระทำ ความรุนแรงด้วยวาจา การกระทำให้เกิดความรู้สึกอับอายเป็นประจำ การดูถูก การสบประมาท การเยาะเย้ย การกักขัง การติดตามหรือสะกดรอยตาม การปฏิเสธที่จะเลี้ยงดูและคุ้มครองสมาชิกในครอบครัวด้วย

4.2.2.2 บุคคลในครอบครัวที่ได้รับความคุ้มครอง

ในสังคมชาวอเมริกันตั้งแต่เดิมนั้นครอบครัวจะมีขนาดใหญ่ซึ่งเวลล์และกูบาร์¹⁹⁵ ได้อธิบายวงจรชีวิตครอบครัวของชาวอเมริกันออกเป็น 2 รูปแบบ คือ วงจรชีวิตครอบครัวแบบดั้งเดิม และวงจรชีวิตครอบครัวแบบสมัยใหม่ ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

วงจรชีวิตแบบดั้งเดิมของชาวอเมริกันสามารถแบ่งออกเป็น 9 ขั้นตอน เริ่มตั้งแต่ ขั้นที่ 1 เป็นโสด ขั้นที่ 2 คู่สมรสที่เพิ่งแต่งงาน ขั้นที่ 3 ครอบครัวที่มีลูกเล็ก ๆ ขั้นที่ 4 ครอบครัวที่มีลูกโตแล้วซึ่งมีอายุเกิน 6 ปี ขั้นที่ 5 ครอบครัวที่มีลูกเป็นวัยรุ่น ขั้นที่ 6 ครอบครัวที่เริ่มเปล่าเปลี่ยวระยะที่ 1 ซึ่งเป็นครอบครัวที่คู่แต่งงานมีอายุแก่ลงและไม่มีลูกอยู่ด้วย เพราะลูกได้แยกย้ายออกไปหารายได้ หรือมีครอบครัวเป็นของตัวเองหมดแล้ว ขั้นที่ 7 ครอบครัวเปล่าเปลี่ยวระยะที่ 2 เป็นวัยที่คู่แต่งงานอยู่ในวัยชราและไม่มีบุตรอาศัยอยู่ด้วย ขั้นที่ 8 ครอบครัวเดียวดายระยะที่ 1 คือครอบครัวที่คู่แต่งงานฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเสียชีวิตไปก่อนแล้ว และขั้นสุดท้ายคือครอบครัวเดียวดายระยะที่ 2 ซึ่งเป็นครอบครัวที่คนชราอยู่อย่างโดดเดี่ยวเดียวดาย

ส่วนวงจรชีวิตแบบสมัยใหม่ของครอบครัวอเมริกันนั้น เนื่องจากด้วยสภาพเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมบางอย่างที่เปลี่ยนแปลงไปจึงทำให้ลักษณะของครอบครัวชาวอเมริกัน

¹⁹⁵ William C. Wells, and George Gubar, "Life Cycle Concept in Marketing Research," *Journal of Marketing Research* 3 (1996): 355-363.

เปลี่ยนแปลงไปด้วย ซึ่งครอบครัวอเมริกันในปัจจุบันนั้นมีขนาดเล็กลงกว่าเดิมเป็นอย่างมาก โดยคนเริ่มที่จะเลื่อนระยะเวลาการแต่งงานช้าลง หรือหนุ่มสาวมาอยู่กินกันโดยไม่แต่งงานกันมากขึ้น อีกทั้งยังมีครอบครัวที่อย่าร้างกันมากขึ้นกว่าเดิมเป็นอย่างมาก จึงทำให้สามารถแบ่งรูปแบบครอบครัวในปัจจุบันได้เป็น 4 ประเภท คือ 1. ครอบครัวที่มีผู้ใหญ่เพียงคนเดียว 2. ครอบครัวที่มีผู้ใหญ่สองคน 3. ครอบครัวที่มีผู้ใหญ่ 2 คนกับลูก ๆ 4. ครอบครัวที่มีผู้ใหญ่ที่ทำหน้าที่เลี้ยงดูลูก ๆ เพียงคนเดียว

สำหรับการให้ความหมายครอบครัวในทางกฎหมายนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา การกระทำใดที่จะถือว่าเป็นการกระทำความรุนแรงในครอบครัวตามกฎหมาย จะต้องเป็นการกระทำที่มีความสัมพันธ์ระหว่างเหยื่อกับผู้กระทำความผิดที่ถูกระบุได้อย่างชัดเจน ซึ่ง ได้แก่

1. สามีภรรยาหรือบุคคลที่เป็นสามีภรรยาที่ถูกต้องตามกฎหมาย (a spouse or former spouse)
2. บุคคลที่อยู่ร่วมกันหรือเคยอยู่ร่วมกันอย่างสามีภรรยาโดยมิได้มีการสมรส (a cohabitant or former cohabitant)
3. บุคคลซึ่งมีบุตรร่วมกัน โดยสันนิษฐานว่าชายเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายและหญิงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่
4. หญิงซึ่งตั้งครรภ์ และชายซึ่งได้รับการสันนิษฐานว่าบิดาของเด็กที่อยู่ในครรภ์
5. คู่หมั้น
6. บุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือบุตรซึ่งติดมากับสามีหรือภรรยา
7. บิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือบิดามารดาซึ่งเป็นสามีหรือภรรยาใหม่ของมารดาหรือบิดาของบุตร

ในมลรัฐนิวยอร์ก การดำเนินคดีคุ้มครองสวัสดิภาพที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัวของมลรัฐนิวยอร์ก (New York Family Court Act 1962) ได้กำหนดให้บุคคลได้รับการคุ้มครองไว้ว่า การกระทำ ความรุนแรงในครอบครัวนั้น ได้แก่ การกระทำที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สมรสหรือเคยเป็นคู่สมรส ระหว่างบิดามารดากับบุตรหรือระหว่างสมาชิกภายในครอบครัวเดียวกันหรือครัวเรือนเดียวกัน (Member of the Same or Household) สำหรับสมาชิกในครอบครัวให้หมายรวมถึงผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ผู้ที่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย (Legally Married to One Another) ผู้ซึ่งมีบุตรด้วยกันโดยไม่คำนึงถึงว่าจะเคยสมรสกันหรือเคยอยู่กินด้วยกันไม่ว่าเวลาใด ๆ ตามมาตรา 812 (1)¹⁹⁶

4.2.3 ประเทศฝรั่งเศส

ในปี ค.ศ. 2010 รัฐสภาฝรั่งเศสได้ตรา “รัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำรุนแรงต่อผู้หญิง ความรุนแรงระหว่างคู่รักและระหว่างบุคคลดังกล่าวต่อบุตร” (Loi no 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des

¹⁹⁶ นีรชา ฐานพงษ์, กระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองเด็กผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว: วิเคราะห์พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 44-45.

couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants)¹⁹⁷ ซึ่งเป็นรัฐบัญญัติเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัว โดยรัฐบัญญัติดังกล่าวมีเนื้อหาเป็นการเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความรุนแรงต่อผู้หญิง และความรุนแรงในครอบครัวลงในกฎหมายที่มีอยู่แล้วเช่นประมวลกฎหมายแพ่ง ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายคนเข้าเมือง กฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งศาล กฎหมายเกี่ยวกับการศึกษา และรัฐบัญญัติอื่น ๆ

4.2.3.1 ความหมายของการกระทำความรุนแรงในครอบครัว

ในประเทศฝรั่งเศสไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติที่ให้คำนิยามของความรุนแรง (Violence) ไว้โดยเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 8 ของรัฐบัญญัติเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัว ได้เพิ่มเติมมาตรา 373-2-11 ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งระบุถึงอำนาจของผู้พิพากษาศีครอบครัวในการตัดสินเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองต่อบุตร ซึ่งการเพิ่มเติมนี้เป็นการเพิ่มเติมเข้าวรรค 6 เป็นหนึ่งในปัจจัยที่ผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึงเมื่อตัดสินเกี่ยวกับอำนาจปกครอง (l'autorité Parentale) ได้แก่ “ความกดดัน หรือความรุนแรง โดยลักษณะทางกายภาพหรือทางจิตใจซึ่งกระทำขึ้นโดยผู้ปกครองฝ่ายหนึ่งต่อผู้ปกครองอีกฝ่ายหนึ่ง”¹⁹⁸ ดังนั้น แม้รัฐบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ให้คำจำกัดความหรือบอกขอบเขตของการกระทำความรุนแรงแต่จะเห็นได้จากบทบัญญัติข้างต้นว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองบุคคลจากความรุนแรงทั้งต่อร่างกายและจิตใจ

4.2.3.2 บุคคลในครอบครัวที่ได้รับความคุ้มครอง

มาตรา 1 ของรัฐบัญญัติฉบับนี้ได้เพิ่มลักษณะ 9 (Titre XIV) โดยชื่อว่า “มาตรการคุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกกระทำความรุนแรง” (Des Mesures de Protection des Victimes de Violences) ลงในบรรพ 1 (Livre 1er) ว่าด้วยบุคคล ของประมวลกฎหมายแพ่ง (Code Civil) ทั้งนี้ มาตรา 515-9 ที่ถูกเพิ่มนั้นบัญญัติว่า “เมื่อมีการกระทำความรุนแรงเกิดขึ้นระหว่างคู่รัก หรือโดยอดีตคู่สมรส คู่สัญญาทางแพ่งเพื่อการอยู่ร่วมกัน หรืออดีตคู่รักที่อยู่ร่วมกันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสซึ่งทำให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตราย ผู้พิพากษาศีครอบครัวมีอำนาจออกข้อกำหนดคุ้มครองโดยเร่งด่วน”¹⁹⁹ ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวได้กล่าวถึงคู่สัญญาทางแพ่งเพื่อการอยู่ร่วมกัน เป็นบุคคลในครอบครัวที่

¹⁹⁷ JORF n°0158 du 10 juillet 2010 page 12762 texte n° 2, Retrieved August 5, 2017 from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022454032&categorieLien=id>

¹⁹⁸ มาตรา 372-2-11 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งประเทศฝรั่งเศส “Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération: 6° Les pressions ou violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre”

¹⁹⁹ มาตรา 515-9 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งประเทศฝรั่งเศส “Lorsque les violences exercées au sein du couple ou par un ancien conjoint, un ancien partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou un ancien concubin mettent en danger la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants, le juge aux affaires familiales peut délivrer en urgence à cette dernière une ordonnance de protection”

ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญด้วย เนื่องจากในปี ค.ศ. 2014 ประเทศฝรั่งเศสได้ตรารัฐธรรมนูญอนุญาตให้มีการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน (Loi no 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage civil aux couples de personnes de même sexe) ซึ่งผลจากการตราพระราชบัญญัติดังกล่าว ทำให้มีการเพิ่มมาตรา 143 ในประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งบัญญัติว่า “การสมรสมีขึ้นได้ระหว่างบุคคล 2 คนซึ่งต่างเพศกันหรือเพศเดียวกัน”²⁰⁰ ดังนั้น จึงพิจารณาได้ว่า ในเมื่อภายใต้ระบบกฎหมายฝรั่งเศส ไม่ได้มีข้อแบ่งแยกเกี่ยวกับคู่รักต่างเพศหรือเพศเดียวกันไม่ว่าจะสมรสกันหรือไม่ บุคคลทุกจำพวกที่รัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัวระบุถึงจึงไม่ได้จำกัดเฉพาะการกระทำรุนแรงระหว่างบุคคลต่างเพศเท่านั้นแต่ยังรวมถึงบุคคลเพศเดียวกันด้วย

4.3 กฎหมายต่างประเทศกรณีการจดทะเบียนความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน

4.3.1 ประเทศอังกฤษ

คู่ชีวิตเพศเดียวกันในประเทศอังกฤษเป็นไปตามกฎหมาย Civil Partnership Act 2004 ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นผลของแนวความคิดริเริ่มของรัฐสภาอังกฤษโดยคำแนะนำของลอร์ด เลสเตอร์ สมาชิกสภาขุนนาง เพื่อให้เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมความเสมอภาคให้แก่ครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันให้มีสิทธิหน้าที่ในครอบครัวของตนได้อย่างไม่แตกต่างจากครอบครัวของคู่สมรสชายหญิง²⁰¹

4.3.1.1 ประวัติความเป็นมา

แนวคิดเรื่องการเป็นคู่ชีวิตในประเทศอังกฤษเป็นผลงานของฝ่ายนิติบัญญัติเนื่องจากความต้องการให้ความเสมอภาคในสิทธิในครอบครัวแก่คู่ชีวิตเพศเดียวกันอย่างเท่าเทียมเสมอกับครอบครัวของคู่สมรสชายหญิง โดยที่ก่อนหน้านี้ประเทศอังกฤษไม่มีหลักกฎหมายใด ๆ ที่สามารถรับรองความชอบด้วยกฎหมายของความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกันมาก่อน ดังปรากฏในคำพิพากษาคดี Hyde v. Hyde and Woodmansee²⁰² ศาลได้พิพากษาวางหลักกฎหมายในคดีนี้ว่า “การสมรสตามที่เข้าใจในทางศาสนาคริสต์ คือการแสดงความจำนงเข้าร่วมกันชั่วชีวิตของชายหนึ่งและหญิงอีกหนึ่ง” (ในคดีดังกล่าวประเด็นแห่งคดีเป็นเรื่องความชอบด้วยการสมรสแบบพหุสามี-ภรรยา (Polygamy) ของผู้ที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายมอร์มอน) แม้จากคำพิพากษาคดี Hyde v. Hyde and Woodmansee²⁰³ ดังกล่าวจะไม่ได้เป็นการวินิจฉัยในประเด็นเรื่องเพศของคู่สมรสโดยตรงแต่หลักกฎหมายจากคำพิพากษาที่ว่า การสมรสเป็นเรื่องระหว่างเพศชายและหญิงเท่านั้น ซึ่งภายหลังมีคำพิพากษาหลายเรื่องที่เกิดขึ้นในแนวทางเดียวกัน เช่น คำพิพากษาคดี Talbot v.

²⁰⁰ มาตรา 143 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งประเทศฝรั่งเศส “Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe”

²⁰¹ ฉัตรชัย เอมราช, *เรื่องเดิม*, หน้า 50.

²⁰² Hyde v. Hyde and Woodmansee (Court of Probate and Divorce, 1866)

²⁰³ Hyde v. Hyde and Woodmansee (Court of Probate and Divorce, 1866)

Talbot²⁰⁴ ศาลพิพากษาว่าการสมรสในโบสถ์โดยฝ่ายเจ้าสาวไม่ทราบว่าเป็นหญิง แต่เมื่อทราบภายหลังก็ยังอยู่กินด้วยกันเรื่อยมาเป็นเวลาร่วมปีนั้นไม่ถือว่าเป็นการสมรส โดยอิทธิพลของคำพิพากษาคดี Hyde v. Hyde and Woodmansee²⁰⁵ ยังส่งผลต่อการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสในประเทศอังกฤษได้แก่ Nullity of Marriage Act 1971²⁰⁶ ซึ่งต่อมาถูกแทนที่ด้วย Matrimonial Causes Act 1973 และยังมีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน โดยที่ครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันยังคงมีความแตกต่างจากครอบครัวของคู่รักชายหญิง หรือคำพิพากษาคดี Harrogate BC v. Simpson²⁰⁷ ศาลพิพากษาว่า หญิงสองคนที่อยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ไม่อาจได้รับสิทธิตกทอดในบ้านสวัสดิการ (Council House) ของอีกฝ่ายเมื่ออีกฝ่ายถึงแก่ความตาย โดยศาลเห็นว่าคู่ชีวิตเพศเดียวกันไม่ใช่บุคคลในครอบครัวของอีกฝ่ายและในทฤษฎีของคนส่วนใหญ่ในสังคมไม่ถือว่าคู่ชีวิตเพศเดียวกันมีความเป็นญาติ (Akin) ซึ่งกันและกัน

ผลจากการที่ประเทศอังกฤษไม่มีกฎหมายรับรองสถานะทางกฎหมายให้แก่ครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันในขณะที่สภาพสังคมของประเทศอังกฤษปรากฏรูปแบบของคนข้ามเพศที่อยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยาเป็นจำนวนมาก เป็นเหตุให้กลุ่มบุคคลดังกล่าวสูญเสียสิทธิอันพึงมีพึงได้จากสภาพครอบครัวของตนเอง เช่น การไม่ได้รับสิทธิในการเยี่ยมคู่ชีวิตของตนในกรณีที่คู่ชีวิตอีกฝ่ายป่วยหนัก การไม่ได้สิทธิตามกฎหมายในการจัดการศพของคู่ชีวิต การต้องถูกไล่ออกจากบ้านเมื่อคู่ชีวิตอีกฝ่ายถึงแก่ความตาย เป็นต้น ประกอบกับการที่ไม่มีกฎหมายรับรองสถานะครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันยังส่งผลต่อการแพร่หลายของทัศนคติหวาดกลัวหรือรังเกียจพฤติกรรมรักร่วมเพศ (Homophobia) ในสังคมอังกฤษอีกด้วย²⁰⁸

²⁰⁴ Law Teacher, **Capacity to Marry**, Retrieved August 5, 2017 from <http://www.lawteacher.net/family-law-resources/Capacity-to-Marry.php>

²⁰⁵ Hyde v. Hyde and Woodmansee (Court of Probate and Divorce, 1866)

²⁰⁶ The Law Reform Commission, **Report on Nullity of Marriage** (October 1984): 515-714, Retrieved August 5, 2017 from http://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/rNullity.pdf#page=10

²⁰⁷ X Y & Z v. United Kingdom (or Whittle v. UK) (1997) ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้พิพากษาว่าหญิงซึ่งได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงเพศสภาพเป็นชายมีสถานะในทางครอบครัวที่ไม่แตกต่างจากครอบครัวของคู่สมรสชายหญิง ในการเป็นบิดาของบุตรซึ่งเกิดโดยเทคโนโลยีทางการแพทย์ (วิธีการ Artificial Insemination) จากหญิงที่อยู่กินฉันสามีภรรยาของตน ด้วยการอยู่กินฉันสามีภรรยากับคู่รักของตนจนชั่วชีวิตนั้น ทำให้สภาพครอบครัวของคู่รักที่เป็นคนข้ามเพศมีลักษณะที่ชัดเจนของความผูกพันครอบครัวตามความเป็นจริง (De Facto)

²⁰⁸ Lorraine Conway and Catherine Fairbairn, **The Civil Partnership Bill [HL]: Background and Debate**, Retrieved August 5, 2017 from <http://www.parliament.uk/business/publications/research/briefingpapers/RP04-64/civil-partnership-bill-hl-bill-132-of-200304>

แนวคิดในการยกร่าง Civil Partnership Act 2004 ในชั้นนิติบัญญัตินั้นเริ่มขึ้นจากการเสนอร่างส่วนตัวของ ลอร์ด เลสเตอร์ สมาชิกสภาขุนนางสังกัดพรรคเสรีประชาธิปไตย (The Liberal Democrat Peer) โดยร่างดังกล่าวได้รับการตอบสนองจากรัฐบาลอย่างรวดเร็วด้วยเหตุผลว่า หลักกฎหมายคู่ชีวิตสามารถทำให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันสามารถได้รับความเสมอภาคในสิทธิในครอบครัวอย่างแท้จริงและสอดคล้องกับสภาพครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันในปัจจุบัน และเมื่อร่างอยู่ในการพิจารณาของสภาขุนนางก็ได้รับการตอบรับเป็นอย่างดีจากสมาชิกสภาขุนนางเช่นกันด้วยเชื่อว่าหลักการรับรองสถานภาพของคู่ชีวิตเพศเดียวกันตามร่างดังกล่าวสามารถแก้ไขปัญหาในชีวิตประจำวันหลายประการของคู่ชีวิตเพศเดียวกันที่มักเกิดขึ้นจากการขาดความเป็นทางการของสถานะครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันได้ ซึ่งกฎหมาย Civil Partnership Act 2004 ดังกล่าวมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ. 2005

อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติ Civil Partnership Act 2004 ยังถูกวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการและคู่ชีวิตเพศเดียวกันอย่างกว้างขวางนับแต่ประกาศใช้เป็นต้นมา ถึงประสิทธิภาพในการให้ความเสมอภาคแก่คู่ชีวิตเพศเดียวกันโดยในมุมมองของนักวิชาการมีความเห็นว่ากฎหมาย Civil Partnership Act 2004 ไม่สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคแก่คู่ชีวิตเพศเดียวกันอย่างเพียงพอ โดยเฉพาะเมื่อรัฐบาลสามารถให้สิทธิในการสมรสแก่คู่ชีวิตเพศเดียวกันได้โดยตรง การบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้จึงเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นโดยเฉพาะการยกร่างพระราชบัญญัติที่มีถึง 264 มาตรากับตารางท้ายอีกถึง 30 ตารางแทนที่จะออกกฎหมายที่มีเนื้อความเพียงแค่ว่าการแต่งงานคือความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองคน²⁰⁹ ก็เพียงพอที่จะสามารถแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่คู่ชีวิตเพศเดียวกันมีอยู่ทั้งหมด²¹⁰

4.3.1.2 เงื่อนไขว่าด้วยบุคคลซึ่งมีสิทธิจดทะเบียน

- 1) บุคคลทั้งสองต้องมีเพศเดียวกัน (Same Sex)²¹¹
- 2) ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องไม่อยู่ในสถานภาพสมรสหรือสถานภาพคู่ชีวิตกับบุคคลอื่นในขณะเดียวกัน²¹²
- 3) บุคคลทั้งสองฝ่ายต้องมีอายุไม่น้อยกว่า 16 ปี²¹³ และเฉพาะบุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปี การจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตาม Civil Partnership Act 2004 ต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา (Parent) หรือผู้ปกครอง (Legal Guardian) เสียก่อน

กรณีของการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตในประเทศอังกฤษตามกฎหมาย Civil Partnership Act 2004 ได้กำหนดเงื่อนไขด้านอายุของบุคคลที่จะเริ่มความสัมพันธ์ในฐานะของการเป็นคู่ชีวิตโดยการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตว่าต้องมีอายุไม่น้อยกว่า 16 ปี โดยบุคคลที่มีอายุน้อยกว่า

²⁰⁹ **All-Embracing Partnership Act**, Retrieved August 5, 2017 from <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1499995/Allembicing-partnership-Act.html>

²¹⁰ ฉัตรชัย เอมราช, *เรื่องเดิม*, หน้า 16-19.

²¹¹ Civil Partnership Act 2004, Section 3 (1) (a), Section 86 (1) (a), Section 138 (1) (a)

²¹² Civil Partnership Act 2004, Section 3 (1) (b)

²¹³ Civil Partnership Act 2004, Section 3 (1) (c)

18 ปีต้องได้รับความยินยอมจากผู้ใช้อำนาจปกครองก่อน มีลักษณะที่สอดคล้องกับอายุของคู่สมรสที่กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของประเทศอังกฤษกำหนดให้การสมรสระหว่างบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปีเป็นโมฆะ²¹⁴ โดยบุคคลซึ่งมีอายุน้อยกว่า 18 ปี ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ใช้อำนาจปกครองก่อน²¹⁵

4) บุคคลทั้งสองฝ่ายต้องไม่เป็นผู้อยู่ในสถานะต้องห้ามมิให้จดทะเบียนเป็นคู่ชีวิต²¹⁶ กล่าวคือ บุคคลจะจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตาม Civil Partnership Act 2004 มิได้หากปรากฏว่าบุคคลดังกล่าวมีความสัมพันธ์เป็นญาติโดยการสืบสายโลหิตหรือโดยการรับบุตรบุญธรรมนับขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นความสัมพันธ์ทางเครือญาติในระดับเดียวกันได้ 3 ชั้น กล่าวคือ²¹⁷ บุตร หรือบุตรบุญธรรม หลาน บิดามารดาหรือพ่อแม่บุญธรรม ผู้ซึ่งเคยเป็นบุตรบุญธรรมหรือพ่อแม่บุญธรรม ปู่ย่าตาหรือยาย พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาของบิดาหรือมารดาของตน พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา บุตรของพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา เป็นต้น²¹⁸

4.3.1.3 สิทธิและหน้าที่ตาม Civil Partnership Act 2004

ผลจากการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตาม Civil Partnership Act 2004 เป็นผลของแนวความคิดที่จะรับรองสถานะครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันอย่างเป็นทางการตามกฎหมาย เพื่อให้สิทธิประโยชน์ในครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันได้รับการรับรองอย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสชายหญิงทุกประการ ผลของการจดทะเบียนความสัมพันธ์ในฐานะของคู่ชีวิตตาม Civil Partnership Act 2004 จึงครอบคลุมสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายและก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายหลายประการ อันมีลักษณะเป็นอย่างเดียวกันกับสิทธิและหน้าที่ซึ่งเป็นผลจากสถานะความเป็นสามีภรรยา (Spouse) เช่น สิทธิในการเช่าบ้าน สิทธิประโยชน์ในเงินค่าจ้างและบำนาญ การเป็นทายาทโดยธรรมหรือผู้รับพินัยกรรม สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายประกันชีวิต สิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนจากอุบัติเหตุ การได้รับความคุ้มครองจากความรุนแรงในครอบครัว สิทธิหน้าที่ทางภาษีอากรรวมถึงภาษีมรดก สิทธิในการเปลี่ยนสัญชาติและการย้ายถิ่น และรวมถึงภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น²¹⁹

สิทธิหน้าที่อันเกิดขึ้นโดยผลของการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตาม Civil Partnership Act 2004

1) ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต

กฎหมายคู่ชีวิตของประเทศอังกฤษในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิตนั้น Civil Partnership Act 2004 มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับต่างๆของประเทศอังกฤษที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของคู่สมรสชายหญิงและอำนาจจัดการทรัพย์สินดังกล่าวทั้งในขณะและภายหลังจากสถานภาพสมรสชายหญิงสิ้นสุดลงให้กินความครอบคลุมถึงคู่ชีวิตตาม Civil

²¹⁴ Marriage Act 1949, Section 2

²¹⁵ Roger M. E., **Understanding Family Law** (London: Carvendish, 2004), pp. 10-11.

²¹⁶ Civil Partnership Act 2004, Section 3 (1) (d)

²¹⁷ Civil Partnership Act 2004, Schedule 1 ส่วนที่ 1 ข้อ 1

²¹⁸ ฉัตรชัย เอมราช, *เรื่องเดิม*, หน้า 50-52.

²¹⁹ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 58-61.

Partnership Act 2004 กล่าวคือกฎหมาย Civil Partnership Act 2004 มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม Woman's Property Act 1882 Wills Act 1837 Public Trustee Act 1906 Administration of Estates Act 1925 Intestates' Estates Act 1952 Family Provision Act 1966 Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975 ในเรื่องสิทธิในการจำหน่ายทรัพย์สินของหญิงมีสามีการทำพินัยกรรม ทริสต์ มรดกและพินัยกรรมให้มีผลบังคับใช้รวมถึงคู่ชีวิตด้วย และ Civil Partnership Act 2004 มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม Matrimonial Act 1973 Domestic Proceeding and Magistrate's Court Act 1978 ให้สิทธิในการให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่คู่ชีวิตอีกฝ่าย และบุตรนั้นมีผลบังคับใช้ถึงคู่ชีวิตด้วย²²⁰

2) สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตรและการรับบุตรบุญธรรม

Civil Partnership Act 2004 กำหนดสิทธิหน้าที่ในครอบครัวของคู่ชีวิตที่เกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครอง (Parental Responsibility) โดยแก้ไข Children Act 1989 ให้คู่ชีวิตเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง (Parent) ของบุตรซึ่งเกิดจากคู่ชีวิตอีกฝ่าย ขยายความหมายของคำว่าบุตรของครอบครัว (Child of the Family) ว่าหมายถึงบุตรของคู่สมรสหรือคู่ชีวิตทั้งสองฝ่าย และขยายคำจำกัดความของความเป็นญาติ (Relative) ว่ามีความหมายถึงคู่ชีวิตด้วย ซึ่งสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตรในครอบครัวของคู่ชีวิตดังกล่าวยังได้รับการรับรองถึงความปกครอง (Guardian) สิทธิในการกำหนดถิ่นที่อยู่และการติดต่อบุตร และการสนับสนุนทางการเงินแก่บุตร

Civil Partnership Act 2004 ยังรับรองสิทธิของคู่ชีวิตเพศเดียวกันที่เกี่ยวข้องกับการรับบุตรบุญธรรม โดยการแก้ไขเพิ่มเติม Adoption and Children Act 2002 รับรองสถานภาพคู่ชีวิตเช่นเดียวกับสถานภาพคู่สมรสตามกฎหมาย²²¹

3) สิทธิหน้าที่ด้านสวัสดิการสังคม

เพื่อให้ครอบครัวของคู่ชีวิตได้รับสิทธิประโยชน์อย่างเท่าเทียมกับคู่สมรส ชายหญิง Civil Partnership Act 2004 จึงได้แก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการพักอาศัยและการเช่าบ้านในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพสมรสให้กินความถึงสถานภาพคู่ชีวิตด้วย²²²

4) สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายต่อต้านความรุนแรงในครอบครัว

Civil Partnership Act 2004 มีผลแก้ไขเพิ่มเติม Family Law Act 1996 ตลอดจนบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้รับรองสถานภาพคู่ชีวิตเช่นเดียวกันกับสถานภาพสมรส²²³

5) สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาในผลแห่งละเมิด

²²⁰ Civil Partnership Act 2004, Section 70, Schedule 4, Schedule 5, Schedule 6

²²¹ Civil Partnership Act 2004, Section 75 (2) (3) (4), Section 76, Section 77, Section 78, Section 79

²²² Civil Partnership Act 2004, Schedule 8

²²³ Civil Partnership Act 2004, Section 82

Civil Partnership Act 2004 มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม Fatal Accident Act 1976 ซึ่งเป็นบทบัญญัติให้ญาติของผู้ซึ่งได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายอันเป็นผลจากการทำละเมิดของผู้อื่นนั้นสามารถใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน ให้มีผลรับรองสถานภาพคู่ชีวิตตาม Civil Partnership Act 2004²²⁴

6) สิทธิตามกฎหมายลักษณะพยาน

Civil Partnership Act 2004 มีผลเป็นการขยายความกฎหมายลักษณะพยานในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพสมรสทั้งตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือตามจารีตประเพณี ให้กินความหมายถึงสถานะความเป็นคู่ชีวิต กล่าวคือ Civil Partnership Act 2004 มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์อันเกี่ยวกับการให้ถ้อยคำของพยานตามกฎหมายซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดย Civil Partnership Act 2004 ในส่วนที่ใช้บังคับแก่สามีหรือภรรยาให้มีผลเป็นอย่างเดียวกันในกรณีของคู่ชีวิต แต่เพื่อมิให้เกิดข้อสงสัยคำว่าคู่ชีวิตนั้นไม่ให้ความหมายรวมถึงอดีตคู่ชีวิตด้วย นอกจากนี้ Civil Partnership Act 2004 ยังมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม Section 7 (3) Civil Evidence Act 1995 Section 118 (1) Criminal Justice Act 2003 และข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับกระบวนการสืบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับข้อเสียหรือชนบประเพณีของครอบครัวเพื่อพิสูจน์หรือหักล้างความมีอยู่จริงของการสมรสให้นำมาใช้ในการพิสูจน์หรือหักล้างความมีอยู่จริงของสถานภาพคู่ชีวิตเช่นเดียวกัน²²⁵

4.3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐเวอร์มอนต์เป็นมลรัฐแรกของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้สิทธิในครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันในรูปแบบของการก่อตั้งสถานภาพคู่ชีวิต อันเป็นผลจากคำตัดสินในคดี Baker v. State²²⁶ ของศาลสูงแห่งมลรัฐเวอร์มอนต์ซึ่งศาลในคดีดังกล่าวรับรองสิทธิในความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐเวอร์มอนต์²²⁷ ซึ่งผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวผูกพันมลรัฐเวอร์มอนต์ให้ต้องบัญญัติกฎหมายให้สิทธิแก่ครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันเพื่อให้มีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกันกับคู่สมรสตามกฎหมายทุกประการ Vermont Civil Union Bill จึงเป็นตัวอย่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งมีจุดกำเนิดจากหลักแห่งความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ²²⁸

4.3.2.1 ประวัติความเป็นมา

การเกิดขึ้นของหลักกฎหมายคู่ชีวิตในมลรัฐเวอร์มอนต์ ประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเป็นผลของทั้งจากพัฒนาการทางสังคมและการเคลื่อนไหวเพื่อสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นในระดับ

²²⁴ Civil Partnership Act 2004, Section 83

²²⁵ Civil Partnership Act 2004, Section 84 (1) (4) (5)

²²⁶ Baker v. State (Vermont Supreme Court, 1999)

²²⁷ Carey Goldberg, Vermont High Court Backs Rights of Same-Sex Couples.

The New York Times (21 December 1999), Retrieved August 5, 2017 from <http://www.nytimes.com/1999/12/21/us/vermont-high-court-backs-rights-of-same-sex-couples.html>

²²⁸ ฉัตรชัย เอมราช, *เรื่องเดิม*, หน้า 65.

สหพันธรัฐอย่างต่อเนื่องมาเป็นระยะเวลายาวนานประกอบกับปัจจัยภายในของมลรัฐเวอร์มอนต์ที่เอื้ออำนวยต่อการเกิดขึ้นของกฎหมายรับรองสถานะครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันที่มีลักษณะเป็นการให้สิทธิในความเสมอภาคแก่ครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันในระดับสหพันธรัฐแนวคิดในการยอมรับสิทธิในครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันเริ่มได้รับการถกเถียงอันเป็นผลจากเหตุปัจจัยทางสังคมหลายประการ ซึ่งปัจจัยสำคัญทำให้แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิในความเสมอภาคของคู่ชีวิตเพศเดียวกันในประเทศสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นเป็นรูปธรรมได้แก่ การยกเลิกความผิดอาญาที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานรักร่วมเพศซึ่งเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญในรูปแบบการแสดงออกโดยเปิดเผยของคู่ชีวิตเพศเดียวกันในสหรัฐอเมริกา ด้วยเป็นเหตุให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันสามารถแสดงตัวตนและเริ่มต้นการเรียกร้องสิทธิในความเสมอภาคของตนได้อย่างเปิดเผย ประกอบกับปัจจัยด้านความเปลี่ยนแปลงทางสังคมอเมริกันในช่วงทศวรรษที่ 1960 ก่อให้เกิดให้แนวคิดเกี่ยวกับการยอมรับในเสรีภาพในการสมรสและความเคารพในสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่น ซึ่งเป็นแนวคิดที่เข้ามามีบทบาทสำคัญในสถาบันครอบครัวอเมริกันในเวลาต่อมา

นอกจากปัจจัยอันเป็นผลจากสภาพสังคมอเมริกันในภาพรวมแล้ว ในบริบทของมลรัฐเวอร์มอนต์เองก็ประกอบด้วยเหตุปัจจัยหลายประการซึ่งส่งผลให้กฎหมายรับรองสถานะครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันเกิดขึ้นเป็นรูปธรรมได้เป็นแห่งแรกในประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ บทบาทของสถาบันตุลาการของมลรัฐเวอร์มอนต์ ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งต่อการผลักดันให้แนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคในครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันดังจะเห็นได้จากกฎหมายคู่ชีวิตของมลรัฐเวอร์มอนต์ซึ่งเป็นมลรัฐแรกในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ปรากฏว่ามีการประกาศกฎหมายคู่ชีวิตออกบังคับใช้ก็มีพื้นฐานมาจากคำพิพากษาของศาลสูงแห่งมลรัฐด้วย แต่อย่างไรก็ตามศาลสูงแห่งมลรัฐเวอร์มอนต์ก็ไม่ได้บัญญัติหลักกฎหมายขึ้นรับรองสิทธิในครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันโดยตรงหากแต่ประกันสิทธิในครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันเอาไว้ในคำพิพากษาของศาลสูงแห่งมลรัฐเวอร์มอนต์ และเปิดช่องให้ฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐสามารถดำเนินการออกกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลดังกล่าวได้

ต่อมาสภานิติบัญญัติแห่งมลรัฐเวอร์มอนต์ได้ประกาศใช้กฎหมาย Vermont House Bill No. 847 หรือกฎหมาย H.B. 847 หรือกฎหมาย Vermont Civil Union Bill ซึ่งได้แก่กฎหมาย Vermont Civil Union Bill เพื่อให้สิทธิแก่ครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันในฐานะของคู่ชีวิต (Civil Union) เป็นมลรัฐแรกในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 26 เมษายน ค.ศ. 2000²²⁹

4.3.2.2 เงื่อนไขว่าด้วยบุคคลซึ่งมีสิทธิจดทะเบียน²³⁰

1. คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายต้องมีเพศเดียวกัน ซึ่งถูกห้ามมิให้สมรสตามกฎหมายแห่งมลรัฐเวอร์มอนต์²³¹

²²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 19-25.

²³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 66.

²³¹ Vermont Civil Union Bill, Section 3

2. เป็นบุคคลซึ่งมีอายุไม่น้อยกว่า 18 ปี²³² ซึ่งเป็นเกณฑ์ด้านอายุที่สอดคล้องกับเงื่อนไขในการสมรสที่กระทำลงในมลรัฐเวอร์มอนต์ ด้วยการสมรสในมลรัฐเวอร์มอนต์สามารถกระทำได้เมื่อคู่สมรมมีอายุไม่น้อยกว่า 18 ปี²³³

3. ไม่เป็นคู่สมรสหรือเป็นคู่ชีวิตกับผู้อื่นอยู่ในขณะเดียวกัน²³⁴

4. ปฏิบัติตามเงื่อนไขใน Vermont Statute Annotated Title 18 Chapter 106²³⁵ กล่าวคือ การบันทึกทะเบียนกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหรือกระทำโดยผู้ไม่มีอำนาจแต่คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายสุจริตว่าการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ

5. ทั้งสองฝ่ายไม่เป็นบุคคลซึ่งต้องห้ามมิให้จดทะเบียนเป็นคู่ชีวิต กล่าวคือ ในกรณีที่เป็นหญิงห้ามมิให้จดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตกับ มารดา ย่าหรือยาย บุตรสาว หลานสาว น้องหรือพี่สาว บุตรสาวของน้องหรือพี่ชาย บุตรสาวของน้องหรือพี่สาว น้องหรือพี่สาวของบิดาหรือน้องหรือพี่สาวของมารดา²³⁶ ส่วนในกรณีที่ห้ามมิให้จดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตกับ บิดา ปู่หรือตา บุตรชาย หลานชายน้องหรือพี่ชาย บุตรชายของน้องหรือพี่ชาย บุตรชายของน้องหรือพี่สาว น้องหรือพี่ชายของบิดา น้องหรือพี่ชายของมารดา²³⁷ การจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตซึ่งได้กระทำระหว่างบุคคลดังกล่าวเป็นโมฆะ²³⁸

4.3.2.3 สิทธิและหน้าที่ตาม Vermont Civil Union Bill²³⁹

1) สิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส บุคคลซึ่งเข้าผูกพันเป็นคู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายต่างได้รับการรับรองและคุ้มครองโดย Vermont Civil Union Bill ให้มีสิทธิและหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นสิทธิและหน้าที่อันเกิดจากกฎหมายซึ่งรวมทั้งกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ รวมทั้งระเบียบข้อบังคับของ

²³² Civil Union in Vermont, **Vermont Department of Health**, Retrieved August 5, 2017 from <http://healthvermont.gov/research/records/civil.pdf>

²³³ The House and Senate, **State of Vermont Legislative Council**, Retrieved August 5, 2017 from <http://hrc.vermont.gov/sites/hrc/files/pdfs/ss%20marriage/s115faq.pdf>

²³⁴ Vermont Civil Union Bill, Section 3

²³⁵ Vermont Civil Union Bill, Section 3

²³⁶ Section 1203 (a) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 Vermont Civil Union Bill

²³⁷ Section 1203 (b) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 Vermont Civil Union Bill

²³⁸ Section 1203 (c) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 Vermont Civil Union Bill

²³⁹ ฉัตรชัย เอมราช, *เรื่องเดิม*, หน้า 67-70.

ฝ่ายบริหารหรือตุลาการ โดยเสมอภาคกับคู่สมรสทุกประการ²⁴⁰ นอกจากนี้ ถ้อยคำใด ๆ ในกฎหมายที่อ้างอิงถึง คู่สมรส ครอบครัว ญาติ หรือถ้อยคำอื่นอันเกี่ยวเนื่องกับความสัมพันธ์อย่างเช่นสามี ภรรยา ให้ความหมายรวมถึงคู่ชีวิตเพศเดียวกันด้วย²⁴¹

2) สิทธิหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน

บุคคลซึ่งเป็นคู่ชีวิตกันมีภาระหน้าที่ในการอุปการะซึ่งกันและกันในระดับเดียวกันกับที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับคู่สมรส²⁴²

3) สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว

Vermont Civil Union Bill กำหนดให้นำกฎหมายทั้งหลายอันเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในครอบครัวอันเกี่ยวเนื่องกับการสมรสมาใช้กับคู่ชีวิตด้วย เช่น ความเป็นโมฆะของการสมรส การหย่าหรือแยกกันอยู่ชั่วคราว การอุปการะเลี้ยงดูบุตร ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา เป็นต้น²⁴³

4) สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร

Vermont Civil Union Bill บัญญัติรับรองความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตและบุตรของคู่ชีวิตอีกฝ่ายไว้ โดยเฉพาะในกรณีที่บุตรนั้นเป็นบุตรซึ่งเกิดขึ้นโดยธรรมชาติของคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการหามีสถานภาพคู่ชีวิต คู่ชีวิตอีกฝ่ายย่อมมีสิทธิต่อบุตรดังกล่าวนั้นเป็นอย่างเช่นเดียวกันกับกรณีของคู่สมรสชายหญิงซึ่งมีบุตรโดยธรรมชาติขึ้นในระหว่างสถานภาพสมรส²⁴⁴

5) สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพสมรสของบุคคล

Vermont Civil Union Bill กำหนดให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิประโยชน์ตามกฎหมาย ความคุ้มครอง และความรับผิดชอบในฐานะคู่สมรส มาใช้บังคับกับคู่ชีวิตด้วยโดยอนุโลม กล่าวคือ

(1) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง การโอนหรือจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ การรับมรดกในกรณีไม่มีพินัยกรรม การสละพินัยกรรม ทายาทโดยธรรม การได้มาซึ่งทรัพย์สิน กรรมสิทธิ์ การโอนทรัพย์สินในระหว่างชีวิต (In Vivos) หรือหลังจากถึงแก่ความ

²⁴⁰ Section 1204 (a) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 Vermont Civil Union Bill

²⁴¹ Section 1204 (b) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 Vermont Civil Union Bill

²⁴² Section 1204 (c) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 Vermont Civil Union Bill

²⁴³ Section 1204 (d) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 Vermont Civil Union Bill

²⁴⁴ Section 1204 (f) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 Vermont Civil Union Bill

ตาย รวมทั้งสิทธิในการยึดถือทรัพย์สินที่เช่าทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ก็ตาม²⁴⁵

(2) สิทธิอันเกี่ยวข้องกับผลของการกระทำอันเกี่ยวเนื่องหรือมีมูลเหตุมาจากสถานภาพสมรส การกระทำละเมิดจนเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย ค่าเสียหายแก่จิตใจ ค่าขาดไร้อุปการะความรับผิดชอบตามกฎหมายสุรา หรือการละเมิดหรือการกระทำภายใต้ข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพสมรส²⁴⁶

(3) สิทธิตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภาษีอากรอย่างอื่นนอกจากภาษีที่ดินทั้งที่ออกโดยรัฐหรือโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น²⁴⁷

ในกรณีสิทธิเกี่ยวกับภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาที่สถานภาพคู่ชีวิตย่อมได้รับการยอมรับเสมือนประหนึ่งว่ากฎหมายภาษีแห่งสหรัฐอเมริกายอมรับความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตเช่นเดียวกันกับระบบกฎหมายคู่ชีวิตของมลรัฐเวอร์มอนต์²⁴⁸

ในกรณีของภาษีที่ดินนั้นเพื่อให้กฎหมายของมลรัฐเวอร์มอนต์สอดคล้องกับการจัดเก็บภาษีที่ดินของประมวลรัษฎากรแห่งสหรัฐอเมริกา (United States Internal Revenue Code) และด้วยระบบการจัดเก็บภาษีที่ดินของสหพันธรัฐ (Federal) ไม่ยอมรับระบบความสัมพันธ์แบบคู่ชีวิตดังเช่นที่ปรากฏในมลรัฐเวอร์มอนต์ ประกอบกับระบบกฎหมายของมลรัฐเวอร์มอนต์เกี่ยวกับการลดหย่อนภาษีที่ดินให้แก่คู่ชีวิตนั้นวางรากฐานอยู่บนระบบกฎหมายดังกล่าวของสหพันธรัฐ เป็นเหตุให้คู่ชีวิตไม่อาจได้รับประโยชน์ในการลดหย่อนภาษีที่ดินทั้งหมดได้และต้องคำนวณฐานภาษีที่ดินในทรัพย์สินของคู่ชีวิตไปตามกฎหมายของสหพันธรัฐ²⁴⁹ เว้นแต่กรณีที่ เป็นภาษีที่ดินอันเกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินที่มีราคาประเมินไม่เกินกว่า 10,000 เหรียญสหรัฐ ซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัยของทหารผ่านศึกหรือบุคคลซึ่งได้รับเหรียญเชิดชูเกียรติสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ในการทหารของสหรัฐอเมริกา (American Expeditionary Medal) ตามเงื่อนไขใน Section 3802 (11) Vermont Statute Annotated Title 32 ให้ถือว่ากฎหมายของสหพันธรัฐยอมรับความสัมพันธ์ในสถานะภาพคู่ชีวิตเช่นเดียวกันกับระบบกฎหมายคู่ชีวิตของมลรัฐเวอร์มอนต์²⁵⁰

²⁴⁵ Section 1204 (e) (1) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 Vermont Civil Union Bill

²⁴⁶ Section 1204 (e) (2) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 Vermont Civil Union Bill

²⁴⁷ Section 1204 (e) (14) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 Vermont Civil Union Bill

²⁴⁸ Section 5812 Vermont Statute Annotated Title 32 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 21 Vermont Civil Union Bill

²⁴⁹ Section 7401 (a) Vermont Statute Annotated Title 32 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 22 Vermont Civil Union Bill

²⁵⁰ Section 3802 (11) Vermont Statute Annotated Title 32 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 23 Vermont Civil Union Bill

4) สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายอื่น ๆ อันเกี่ยวข้องกับสถานภาพสมรส อาทิกฎหมายเกี่ยวกับการตกทอดซึ่งทรัพย์สินของผู้ตาย (Probate Law)²⁵¹ กฎหมายเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม²⁵² สิทธิในการได้รับสวัสดิการสังคมต่าง ๆ ตามกฎหมายแห่งมลรัฐเวอร์มอนต์²⁵³ เอกสิทธิสำหรับคู่สมรสตามกฎหมายลักษณะพยาน²⁵⁴ เป็นต้น

4.3.3 ประเทศฝรั่งเศส

ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส เป็นระบบกฎหมายที่มีความใกล้ชิดกับระบบกฎหมายของประเทศไทยอย่างมาก ด้วยประเทศฝรั่งเศสจะเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ซึ่งเป็นระบบเดียวกันกับระบบกฎหมายของประเทศไทยและระบบกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับระบบกฎหมายแพ่งของประเทศไทยด้วย ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Code Civil) มีอิทธิพลต่อการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยโดยตรง นอกจากนี้ กฎหมายคู่ชีวิตของประเทศฝรั่งเศสหรือ กฎหมาย Pacs ยังเป็นกฎหมายคู่ชีวิตของต่างประเทศที่มีอิทธิพลต่อการนำรูปแบบการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตมาเป็นแนวคิดในการยกร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตของประเทศไทยด้วยอีกประเทศหนึ่ง²⁵⁵

กฎหมายคู่ชีวิตของประเทศฝรั่งเศสหรือ กฎหมาย Pacs นั้นมีความมุ่งหมายเพื่อให้เป็นทางเลือกแก่บุคคลซึ่งประสงค์ที่จะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายในลักษณะของครอบครัวที่มีใช้ลักษณะของการแต่งงานตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส จึงเป็นเหตุให้กฎหมายดังกล่าวมิได้ให้ความเสมอภาคในสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายแก่ครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันอย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส คู่ชีวิตตามกฎหมาย Pacs มีเพียงสิทธิได้รับการยอมรับตามกฎหมายในรูปแบบครอบครัวของตนที่คล้ายคลึงกับสิทธิหน้าที่ที่มีในครอบครัวของคู่สมรสชายหญิงเพียงบางประการเช่น สิทธิหน้าที่ในทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต หนี้ร่วมระหว่างคู่ชีวิต การได้รับการยอมรับตามกฎหมายประกันสังคม เป็นต้น แต่สิทธิหน้าที่ซึ่งจำเป็นแก่ครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน เช่น สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร หรือ สิทธิในการรับมรดกของคู่ชีวิตอีกฝ่ายในฐานะทายาทโดยธรรม จะไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย Pacs แต่ประการใด²⁵⁶

4.3.3.1 ประวัติความเป็นมา

²⁵¹ Section 1204 (e) (3) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 Vermont Civil Union Bill

²⁵² Section 1204 (e) (4) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 Vermont Civil Union Bill

²⁵³ Section 1204 (e) (13) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 Vermont Civil Union Bill

²⁵⁴ Section 1204 (e) (15) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 Vermont Civil Union Bill

²⁵⁵ ฉัตรชัย เอมราช, *เรื่องเดิม*, หน้า 70-71.

²⁵⁶ Notaires de France, **Civil Solidarity Pact (Pacs)**, Retrieved August 5, 2017 from <http://www.notaires.fr/en/civil-solidarity-pact-pacs>

สภาพสังคมของประเทศฝรั่งเศสภายหลังจากเหตุการณ์เคลื่อนไหวทางสังคมในประเทศฝรั่งเศส เมื่อปี ค.ศ.1968 ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงอันสำคัญต่อทางโครงสร้างพื้นฐานของสังคมเกี่ยวกับสถาบันครอบครัวฝรั่งเศส กล่าวคือ คนรุ่นใหม่ของฝรั่งเศสชะลอการสมรสของตนออกไป และมีลักษณะของการอยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยาโดยไม่ได้สมรส (Concubinage) นอกจากนี้ยังปรากฏว่าบุคคลซึ่งเลือกการอยู่กินฉันสามีภรรยาในลักษณะของจุดเริ่มต้นที่จะนำไปสู่การสมรสก็มักจะไม่ดำเนินการให้เกิดการสมรสที่สมบูรณ์ภายหลัง²⁵⁷ เป็นเหตุให้การมีบุตรไม่ได้ผูกพันอยู่กับเงื่อนไขในเบื้องต้นที่จะต้องผ่านขั้นตอนการสมรสกันก่อนอีกต่อไปแต่ประการใด ซึ่งรูปแบบของการอยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้สมรสกันในฝรั่งเศสที่เพิ่มสูงมากขึ้นในอัตราที่สอดคล้องกับจำนวนที่ลดลงอย่างต่อเนื่องของการสมรสนับตั้งแต่ทศวรรษที่ 1960 เป็นต้นมา

สถานะความเป็นคู่อยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้สมรสนั้น ระบบกฎหมายฝรั่งเศสเดิมปฏิเสธสถานะความสัมพันธ์ดังกล่าวโดยถือว่าต่างฝ่ายต่างเป็นอิสระไม่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์ใด ๆ ต่อกัน แต่ด้วยสภาพครอบครัวของคู่ที่อยู่กินร่วมกันฉันสามีภรณามีลักษณะร่วมกับคู่สมรสหลายประการ โดยเฉพาะลักษณะการอยู่อาศัยและมีบุตรร่วมกัน ส่งผลให้สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายที่คู่สมรสได้รับมีความจำเป็นต่อครอบครัวของคู่ที่อยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยาโดยมิได้สมรสด้วย เช่นเดียวกัน ซึ่งความจำเป็นดังกล่าวส่งผลให้ระบบกฎหมายฝรั่งเศสยอมรับสิทธิหน้าที่บางประการอันจำเป็นแก่รูปแบบครอบครัวของคู่ที่อยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยาโดยมิได้สมรส อาทิ สิทธิในการมีอำนาจปกครองบุตรร่วมกัน เป็นต้น

แม้ว่านับตั้งแต่ทศวรรษที่ 1960 เป็นต้นมารูปแบบครอบครัวของฝรั่งเศสจะมีแนวโน้มไปในรูปแบบของการอยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยาโดยมิได้สมรสมากขึ้น และระบบกฎหมายของฝรั่งเศสก็ได้ยอมรับความสัมพันธ์ในรูปแบบดังกล่าวโดยลำดับผ่านกระบวนการให้สิทธิหน้าที่อันจำเป็นแก่สถาบันครอบครัวของคู่ที่อยู่กินร่วมกันโดยมิได้สมรส แต่อย่างไรก็ตามศาลฎีกาฝรั่งเศส (Cour de Cassation) ปฏิเสธที่จะให้ความหมายของคู่ที่อยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยาโดยมิได้สมรสให้มีความหมายถึงคู่ที่ประกอบด้วยคนข้ามเพศด้วย อันเป็นผลมาจากการพิจารณาถึงสถานะของการอยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยาว่าในแง่ของชีวิตสมรสอย่างเคร่งครัดว่าหมายถึงเฉพาะชายและหญิงเท่านั้น (ในคดีดังกล่าว คู่รักที่เป็นคนข้ามเพศหญิงทั้งสองฝ่ายร้องขอให้สิทธิที่จะได้รับประโยชน์ในการประกันสังคม (Social Security Insurance) มีผลถึงคู่รักอีกฝ่ายที่ในขณะนั้นอยู่ในภาวะว่างงาน ซึ่งสิทธิในการทำนองเดียวกันนี้ กฎหมายฝรั่งเศสให้แก่บุคคลที่อยู่กินร่วมกันในลักษณะที่เหมือนกับการสมรส ซึ่งศาลพิพากษาว่าสิทธิดังกล่าวควรได้แก่คู่ที่เป็นเพศชายและหญิงเท่านั้น เนื่องมาจากคู่ชีวิตเพศ

²⁵⁷ Ellie Lowes, Civil Partnerships are Open Only to Same-Sex Couples.

Does this Discriminate Against Opposite-Sex Couples? What Effect will the Gay Marriage Bill have on this Discrimination ?, Retrieved August 5, 2017 from http://www.iaml.org/cms_media/files/civil_partner_ships_are_open_only_to_same_sex_couples.pdf

เดียวกันไม่มีลักษณะที่จะสามารถเทียบกับการสมรสได้)²⁵⁸ และเป็นเหตุให้สิทธิหน้าที่อันกฎหมายให้แก่คู่ซึ่งอยู่กันฉันสามีภรรยาโดยมิได้สมรสดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงคู่ชีวิตเพศเดียวกันด้วย ส่งผลให้กลุ่มของดังกล่าวเริ่มเรียกร้องการรับรองสถานะทางกฎหมาย

กฎหมายรับรองสถานะภาพการเป็นคู่ชีวิตของประเทศฝรั่งเศสประกอบด้วยร่างกฎหมายจำนวนหลายฉบับ ซึ่งถูกเสนอโดย ส.ส.พรรคฝ่ายซ้ายของฝรั่งเศส กล่าวคือ ร่างกฎหมาย Partenariat Civil ร่างกฎหมาย Contract d'Union Civile ร่างกฎหมาย Contract d'Union Sociale และ ร่างกฎหมาย Contract d'Union Civile et Sociale โดยสาระสำคัญของร่างกฎหมาย Partenariat Civil มีลักษณะของการสร้างรูปแบบของสัญญาระหว่างบุคคลที่ต้องนำไปบันทึกทะเบียนไว้กับเทศมนตรี (Mayor) และคู่สัญญาสามารถตกลงยกเลิกข้อสัญญาเมื่อใดก็ได้โดยปราศจากขั้นตอนที่ยุ่งยาก และให้นำระบบทรัพย์สินของสามีภรรยาแบบบังคับใช้ในส่วนของบริษัททรัพย์สินของคู่สัญญาตลอดจนให้คู่ชีวิตเป็นทายาทของอีกฝ่ายและมีสิทธิในทางภาษีเช่นเดียวกันกับสามีภรรยา ในขณะที่สาระสำคัญของร่างกฎหมาย Contract d'Union Civile ร่างกฎหมาย Contract d'Union Sociale และร่างกฎหมาย Contract d'Union Civile et Sociale ร่างกฎหมายทั้งสามฉบับดังกล่าวมีรายละเอียดมากกว่าร่างกฎหมาย Partenariat Civil โดยมีหลักการคล้ายคลึงกับการสมรส หากแต่มีความแตกต่างจากการสมรสอยู่สองประการ กล่าวคือ การเลิกสัญญาไม่ได้กระทำโดยกระบวนการหย่า การก่อขึ้นของสัญญาไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในฐานะเครือญาติ (Filiation) อย่างไรก็ตามร่างกฎหมายทั้งสี่ฉบับ ยังคงมีความแตกต่างกันในเรื่องบุคคลที่อาจเข้าทำสัญญาคู่ชีวิตได้ ด้วยร่างกฎหมาย Contract d'Union Sociale ไม่เปิดช่องให้บุคคลทั่วไป เช่น พี่น้อง หรือเพื่อน สามารถสร้างรูปแบบความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างกันได้หากแต่เปิดโอกาสสำหรับคู่ที่อยู่กันร่วมกันฉันสามีภรรยาเท่านั้น ในขณะที่ร่างกฎหมาย Partenariat Civil ร่างกฎหมาย Contract d'Union Civile และร่างกฎหมาย Contract d'Union Civile et Sociale เปิดกว้างให้แก่คู่ของบุคคลทุกประเภทโดยไม่จำเป็นต้องปรากฏลักษณะของการอยู่กันร่วมกันฉันสามีภรรยาเท่านั้น²⁵⁹

ในปี 1997 พรรคฝ่ายซ้ายประสบความสำเร็จในการเลือกตั้งประกอบกับแรงผลักดันของกลุ่มคนข้ามเพศจากภายนอก เป็นเหตุให้ร่างกฎหมาย Contract d'Union Sociale ได้รับความสำคัญจากพรรคอย่างมากอันเป็นแต่เนื่องจากสาระสำคัญในร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวที่เป็นไปในลักษณะสนับสนุนคู่ชีวิตเพศเดียวกันอย่างโดดเด่น ร่างดังกล่าวจึงไม่ได้รับการสนับสนุนจาก ส.ส. ของพรรค ด้วยความกลัวที่จะไม่ได้รับการเลือกตั้งในสมัยถัดไป ต่อมาในปี ค.ศ.1998 ร่างกฎหมาย Contract d'Union Sociale ได้รับการยกร่างใหม่ โดยเปลี่ยนชื่อเป็น Pacs (Pacte Civil de

²⁵⁸ Yuval Merin, *Equality for Same-Sex Couples Legal Recognition of GayPartnership in Europe and the United State* (Chicago: The University of Chicago Press, 2002), p. 137.

²⁵⁹ Claude Martin and Irène Théry, "The Pacs and Marriage and Cohabitation in France," *International Journal of Law Policy and the Family* 14, 3 (March 2001): 135-158. Retrieved August 5, 2017 from <http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/19/99/63/PDF/thery.pdf>

Solidarité)²⁶⁰ โดยร่างกฎหมาย Pacs มีสาระสำคัญที่มีลักษณะเหมือนเป็นการสมรส (Quasi Marriage) เปิดกว้างในการเข้าก่อตั้งสถานะความสัมพันธ์ทั้งแก่คู่ (Couple) ที่เป็นเพศชายหญิงและคู่ชีวิตเพศเดียวกันโดยกำหนดให้นำระบบทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยามาใช้บังคับ และให้สิทธิคู่ชีวิตในการเป็นทายาทโดยธรรม (Legal Heir) แต่ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ได้รับการสนับสนุนจากนาย Lionel Jospin นายกรัฐมนตรีฝรั่งเศสในขณะนั้น ด้วยเหตุผลว่าสถานะความสัมพันธ์ตามร่างกฎหมาย Pacs ไม่สามารถเทียบกับการสมรสได้ เป็นเหตุให้เกิดการแก้ไขร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวในประเด็นต่าง ๆ กล่าวคือ

1. เพื่อไม่ให้สถานะคู่ชีวิตตามร่างกฎหมาย Pacs สามารถเทียบเคียงกับการสมรส การเริ่มต้นสถานภาพคู่ชีวิตจึงต้องไม่กระทำต่อเทศมนตรี หากแต่ต้องทำต่อศาลชั้นต้น (Tribunal d'Instance) ซึ่งมีคุณค่าเชิงสัญลักษณ์น้อยกว่า
2. ระบบทรัพย์สินต้องเปลี่ยนจากเดิมที่ใช้ระบบทรัพย์สินของสามีภรรยามาเป็นระบบกรรมสิทธิ์รวม (Co-Ownership)
3. ไม่ให้ถือว่าคู่ชีวิตเป็นทายาทโดยธรรมต่อกัน
4. สิทธิประโยชน์ซึ่งร่างกฎหมาย Pacs พยายามจะให้แก่คู่ชีวิตเหมือนกับสามีภรรยาต้องมีลักษณะของเงื่อนไขในการเข้าถึงสิทธิที่ยากกว่าในกรณีของสามีภรรยา อาทิ คู่ชีวิตจะไม่ได้สิทธิในการเสียภาษีร่วมกันทันทีที่มีสถานะคู่ชีวิตหากแต่จะได้สิทธิดังกล่าวต่อเมื่อเวลาล่วงผ่านไปสามปี เป็นต้น

แม้ว่าร่างกฎหมาย Pacs จะได้รับการแก้ไขจนกระทั่งมีเนื้อหาสาระสำคัญที่แตกต่างจากการสมรสตลอดจนสิทธิที่คู่สามีภรรยาได้จากการสมรส แต่เนื่องจากร่างกฎหมาย Pacs จะส่งผลให้สถานะคู่ชีวิตเพศเดียวกันได้รับรองตามกฎหมายฝรั่งเศสเป็นครั้งแรก อันกระทบต่อรากฐานทางสังคมของฝรั่งเศส ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าตกใจในสังคมฝรั่งเศสขณะนั้น ในทันทีที่ร่างกฎหมาย Pacs ผ่านเข้าสู่การพิจารณาของสภาแทนราษฎรฝรั่งเศสในเดือน ธันวาคม ค.ศ. 1998 ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวได้รับการต่อต้านอย่างหนักทั้งจากพรรคการเมืองฝ่ายขวา (Right-Wing Parties) และผู้นำทางศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก นิกายโปรเตสแตนต์ ศาสนาอิสลาม และชุมชนยิว ประกอบกับในการพิจารณา ร่างกฎหมาย Pacs ร่างกฎหมายดังกล่าวไม่อาจโน้มน้าว ส.ส. ของพรรคสังคมนิยมให้เห็นคล้อยตามในประโยชน์ของร่างกฎหมาย Pacs ได้ ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวจึงไม่ได้รับการสนับสนุนเท่าที่ควรจาก ส.ส.พรรคสังคมนิยมเมื่อร่างกฎหมายเข้าสู่ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรฝรั่งเศส เป็นเหตุให้ร่างกฎหมายดังกล่าวไม่ผ่านการพิจารณา ภายหลังจากร่างกฎหมาย Pacs ไม่ได้รับการยอมรับในที่ประชุมสภา ผู้แทนราษฎรฝรั่งเศส ร่างกฎหมาย Pacs ได้รับการเสนออีกครั้งโดยเพิ่มสิทธิในการเป็นคู่ชีวิตแก่พี่น้องด้วยเพื่อหลีกเลี่ยงข้อครหาว่าเป็นกฎหมายให้ประโยชน์แก่คู่ชีวิตเพศเดียวกันโดยเฉพาะ แม้ร่างกฎหมาย Pacs ที่เสนอในภายหลังจะผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร แต่ร่างกฎหมาย Pacs กลับไม่ผ่านการพิจารณาของวุฒิสภา ด้วยเหตุผลว่าร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นการปฏิเสธระบบการสมรสหลักในสังคมฝรั่งเศส²⁶¹

²⁶⁰ Yuval Merin, *op. cit.*, p. 137.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 138.

ในการพิจารณาร่างกฎหมายวาระที่สี่และเป็นวาระสุดท้าย เมื่อวันที่ 13 ตุลาคม ค.ศ. 1999 สมาชิกวุฒิสภาฝรั่งเศสลงคะแนนเสียงผ่านร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวโดยปราศจากความเห็นชอบของวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียง 315 ต่อ 249 และกฎหมาย Pacs ได้รับการลงนามโดยประธานาธิบดี Jacques Chirac ให้มีผลใช้บังคับในวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ. 1999 ผลจากการเป็นกฎหมายที่ได้รับการโต้เถียงในระหว่างกระบวนการนิติบัญญัติอย่างดุเดือดที่สุดนับตั้งแต่การแก้ไขรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในปี 1958 เป็นต้นมา เป็นเหตุให้สาระสำคัญของร่างกฎหมายได้รับการเปลี่ยนแปลงและแก้ไขในหลายประการ กล่าวคือ สิทธิในการเป็นคู่ชีวิตกันระหว่างพี่น้องถูกปฏิเสธจากสภาและไม่ได้รับการบัญญัติในกฎหมาย แต่ให้เพิ่มเติมสถานะความเป็นคู่ที่อยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส (Concubinage) ในประมวลกฎหมายแพ่ง ฝรั่งเศสโดยให้สถานะความสัมพันธ์ดังกล่าวให้กินความถึงคู่ชีวิตเพศเดียวกันด้วย²⁶²

4.3.3.2 เงื่อนไขว่าด้วยบุคคลซึ่งมีสิทธิจดทะเบียน

การจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตในประเทศฝรั่งเศสตามกฎหมาย Pacs นั้นมิได้กระทำได้โดยการยื่นคำขอต่อนายทะเบียนโดยตรง แต่คู่ชีวิตในประเทศฝรั่งเศสนั้น ต้องทำข้อตกลงคู่ชีวิตขึ้นมา ระหว่างกันเสียก่อน และเมื่อคู่ชีวิตได้ทำข้อตกลงคู่ชีวิตกันแล้วจึงจะนำข้อตกลงคู่ชีวิตที่ทั้งสองฝ่ายทำ ขึ้นนั้นไปยื่นขอบันทึกข้อตกลงต่อนายทะเบียนที่มีอำนาจบันทึกข้อตกลงคู่ชีวิตไว้ในทะเบียนอีกชั้นหนึ่ง เมื่อได้มีการบันทึกข้อตกลงคู่ชีวิตแล้วสถานะภาพความเป็นคู่ชีวิตจึงจะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายต่อไป

1) เพศของบุคคลซึ่งจะทำข้อตกลงเป็นคู่ชีวิต

การทำข้อตกลงคู่ชีวิตในประเทศฝรั่งเศสตามกฎหมาย Pacs สามารถกระทำได้ทั้งในระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกันและในระหว่างชายกับหญิงก็สามารถก่อตั้งความสัมพันธ์ในฐานะของคู่ชีวิตตามกฎหมายฉบับดังกล่าวได้²⁶³

2) อายุของบุคคลซึ่งทำข้อตกลงคู่ชีวิต

บุคคลที่จะทำข้อตกลงก่อตั้งความสัมพันธ์ในฐานะของคู่ชีวิตต้องเป็นผู้บรรลุนิติภาวะ (Les Majeurs)²⁶⁴ ซึ่งในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสผู้เยาว์จะบรรลุนิติภาวะต่อเมื่อมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์²⁶⁵ ซึ่งเงื่อนไขด้านอายุของบุคคลในการทำสัญญาคู่ชีวิตของประเทศฝรั่งเศสนั้นมีลักษณะที่สอดคล้องกับเงื่อนไขด้านอายุของการสมรสในประเทศฝรั่งเศสที่บุคคลจะสมรสได้ต่อเมื่อมีอายุไม่น้อยกว่า 18 ปี²⁶⁶

3) ข้อห้ามของการทำข้อตกลงคู่ชีวิต

²⁶² ฉัตรชัย เอมราช, *เรื่องเดิม*, หน้า 25-29.

²⁶³ Article 515-1 Code Civil ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Article 1 Pacs

²⁶⁴ Article 515-1 Code Civil ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Article 1 Pacs

²⁶⁵ Article 488 Code Civil

²⁶⁶ Article 144 Code Civil

ข้อตกลงคู่ชีวิตตามกฎหมาย Pacs ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Code Civil) หากปรากฏพฤติการณ์ดังต่อไปนี้

(1) ปรากฏว่าข้อตกลงเป็นคู่ชีวิตนั้นกระทำลงระหว่างผู้สืบสายโลหิตโดยตรงระหว่างกันขึ้นไป หรือลงมา หรือเป็นเครือญาติโดยตรงจากการสมรส หรือเป็นญาติสืบสายโลหิตมิใช่โดยตรงนับได้สามชั้น²⁶⁷

(2) ในระหว่างทั้งสองฝ่ายนั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสถานภาพสมรส²⁶⁸ หรือมีสถานภาพการเป็นคู่ชีวิตกับผู้อื่นอยู่ก่อนแล้ว²⁶⁹

(3) บุคคลซึ่งเป็นผู้บรรลุนิติภาวะที่ตกอยู่ภายใต้ความอนุบาล (Tutelle) ไม่อาจทำข้อตกลงคู่ชีวิตได้²⁷⁰ และหากปรากฏว่าในภายหลังจากการมีสถานภาพคู่ชีวิตแล้ว ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตกเป็นผู้อยู่ในใต้ความอนุบาลตามคำสั่งศาล ศาลมีอำนาจทำลายข้อตกลงการเป็นคู่ชีวิตได้²⁷¹

4.3.3.3 สิทธิและหน้าที่ตาม Pacte Civil de Solidarité (Pacs)²⁷²

1) หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน
คู่ชีวิตมีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ตามเงื่อนไขที่ได้ระบุไว้ในข้อตกลงเป็นคู่ชีวิต²⁷³

2) หนี้ร่วมระหว่างคู่ชีวิต
คู่ชีวิตต้องร่วมกันรับผิดชอบบุคคลภายนอกในหนี้ที่คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก่อขึ้นเพื่อการจัดหาสิ่งจำเป็นสำหรับดำรงชีพและการจัดการบ้านเรือน

3) ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต
ภายหลังทำข้อตกลงคู่ชีวิตนั้นในกรณีที่เป็นการสละทรัพย์สิน กฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นทรัพย์สินไม่อาจแบ่งแยกได้แม้ว่าคู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายจะประสงค์เช่นนั้น และให้มีผลนับแต่วันที่ได้ทรัพย์สินนั้นมาในความครอบครอง²⁷⁴ ในกรณีของทรัพย์สินอย่างอื่นนอกจากสละทรัพย์สินให้ตกอยู่ในข้อสันนิษฐานอย่างเดียวกันหากคู่ชีวิตได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวภายหลังการเป็นคู่ชีวิต เว้นแต่ในข้อตกลงเข้าเป็นคู่ชีวิตจะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

4) สิทธิตามกฎหมายภาษีอากร

²⁶⁷ Article 506-2 <<1>> Code Civil ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Article 2 Pacs

²⁶⁸ Article 506-2 <<2>> Code Civil ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Article 2 Pacs

²⁶⁹ Article 506-2 <<3>> Code Civil ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Article 2 Pacs

²⁷⁰ Article 506-1 Code Civil ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Article 2 Pacs

²⁷¹ อัครชัย เอมราช, *เรื่องเดิม*, หน้า 71-72.

²⁷² *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 73-76.

²⁷³ Article 515-4 Code Civil ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Article 1 Pacs

²⁷⁴ Article 515-5 Code Civil ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Article 1 Pacs

กฎหมาย Pacs รับรองสิทธิคู่ชีวิตตามกฎหมายภาษีอากรโดยมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากรฝรั่งเศส (Code Général des Impôts) ให้คู่ชีวิตมีสิทธิในทางกฎหมายภาษีอากรในทำนองเดียวกับคู่สมรสชายหญิง²⁷⁵ กล่าวคือ

(1) คู่ชีวิตมีสิทธิในการเสียภาษีร่วมกัน (Imposition Commune) ภายหลังจากการมีสถานภาพคู่ชีวิตแล้ว 3 ปี²⁷⁶

(2) คู่ชีวิตมีสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายว่าด้วยภาษีที่ดินนับแต่ปีแรกของสถานภาพคู่ชีวิตตามประมวลรัษฎากรฝรั่งเศส Article 777 Bis

(3) คู่ชีวิตมีสิทธิในทางภาษีมรดก แม้ว่ากฎหมาย Pacs จะไม่ให้สิทธิในการเป็นทายาทโดยธรรมในระหว่างคู่ชีวิตด้วยกัน แต่กฎหมาย Pacs กำหนดสิทธิเกี่ยวกับภาษีมรดกเอาไว้ ในกรณีที่คู่ชีวิตได้รับทรัพย์สินมาโดยพินัยกรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่าย แต่คู่ชีวิตทั้งสองต้องมีสถานภาพคู่ชีวิตระหว่างกันมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสองปีก่อนคู่ชีวิตอีกฝ่ายถึงแก่ความตาย²⁷⁷

5) สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายสวัสดิการสังคม

กฎหมาย Pacs มีผลเป็นการแก้ไขประมวลกฎหมายสวัสดิการสังคมฝรั่งเศส (Code de la Sécurité Sociale) ให้รับรองสถานะภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายดังกล่าว²⁷⁸ ทั้งยังบัญญัติรับรองให้เงินหรือสิทธิประโยชน์ตามประมวลกฎหมายสวัสดิการสังคมฝรั่งเศสสามารถตกทอดแก่คู่ชีวิตได้ด้วย²⁷⁹ รวมตลอดจนกระทั่งสิทธิประโยชน์ตามประมวลกฎหมายสวัสดิการสังคมฝรั่งเศสซึ่งให้แก่บิดามารดาของผู้ซึ่งมีครอบครัวแล้วนั้นให้รวมถึงบิดามารดาของผู้ที่มีสถานภาพคู่ชีวิตด้วย²⁸⁰

6) สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร และสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมและการผสมเทียมมนุษย์ และสิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม

แม้ว่ากฎหมาย Pacs จะเป็นกฎหมายซึ่งมีเนื้อหาไม่เลือกปฏิบัติระหว่างเพศ ซึ่งส่งผลให้คนข้ามเพศสามารถมีสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวของตนได้อย่างใกล้เคียงกับสิทธิและหน้าที่อันกฎหมายมอบให้แก่ครอบครัวของคู่สมรสชายหญิงอันเป็นผลจากการมีสถานภาพสมรส แต่กระนั้นกฎหมาย Pacs ก็ได้มีบทบัญญัติรับรองสิทธิหน้าที่ในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร (Filiation) ในครอบครัวของคู่ชีวิตไว้โดยเฉพาะ ไม่ว่าคู่ชีวิตนั้นจะเป็นรูปแบบของคู่ชีวิตที่ประกอบด้วยคู่ชีวิตเพศเดียวกันหรือเป็นคู่ชีวิตต่างเพศก็ตาม สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรในครอบครัวของคู่ชีวิตจึงต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับทั่วไป²⁸¹

²⁷⁵ Article 885-W Code Général des Impôts ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Article 6 Pacs

²⁷⁶ Article 885-A Code Général des Impôts ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Article 6 Pacs

²⁷⁷ Yuval Merin, *op.cit.*, p. 140.

²⁷⁸ Article 7, Article 8, Article 11 Pacs

²⁷⁹ Article L.361-4 Code de la Sécurité Sociale ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Article 9 Pacs

²⁸⁰ Article L.356-3 Code de la Sécurité Sociale ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Article 10 Pacs

²⁸¹ Nicolas Belliot, *Is the Civil Pact of Solidarity (Pacs) Competitive or*

ในกรณีของการรับบุตรบุญธรรมและการผสมเทียมมนุษย์ (Artificial Insemination) ในกรณีของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน กฎหมาย Pacs ก็ได้บัญญัติรับรองสิทธิของคู่ชีวิตซึ่งเป็นคู่ชีวิตเพศเดียวกัน ไว้โดยเฉพาะเช่นเดียวกัน การรับบุตรบุญธรรมจึงต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่เดิม และเป็นกรณีเดียวกันกับหลักเกณฑ์ในการรับบุตรบุญธรรมของคู่สมรสชายหญิง กล่าวคือ การรับบุตรบุญธรรมนั้นคู่ชีวิตเพศเดียวกัน สามารถรับบุตรบุญธรรมได้ แต่เป็นการรับบุตรบุญธรรมโดยคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่อาจรับบุตรบุญธรรมร่วม (Joint Adoption)²⁸² และสำหรับกรณีของการผสมเทียมมนุษย์นั้นเมื่อกฎหมาย Pacs มิได้บัญญัติรับรองสิทธิของคู่ชีวิตเพศเดียวกันในการผสมเทียมมนุษย์ไว้โดยเฉพาะ หรือบัญญัติรับรองสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมาย Pacs ว่ามีสถานะเท่าเทียมหรือเป็นอย่างเดียวกันกับสถานภาพสมรสหรือความเป็นสามีภรรยาตามกฎหมายอื่น ดังกล่าวข้างต้น การผสมเทียมมนุษย์ในคู่ชีวิตเพศเดียวกัน จึงไม่อาจกระทำได้ ด้วยการผสมเทียมมนุษย์ต้องตกอยู่ในข้อห้ามตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการผสมเทียมมนุษย์ที่ใช้บังคับอยู่เดิม ซึ่งอนุญาตให้มีการผสมเทียมมนุษย์ในคู่สมรสชายหญิงที่ได้อยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยาตั้งแต่สองปีขึ้นไปเท่านั้น

ผลของแนวคิดที่ว่าสถานะความเป็นคู่ชีวิตไม่สามารถเทียบได้กับการสมรส ความเป็นคู่ชีวิตตามกฎหมาย Pacs ของประเทศฝรั่งเศส และไม่สามารถก่อให้เกิดสถานะความสัมพันธ์ในฐานะเครือญาติ (Filiation) ภายในครอบครัวของคู่ชีวิต สถานะความเป็นคู่ชีวิตไม่กระทบถึงสถานะตามกฎหมายของบุคคล โดยบุคคลซึ่งเป็นคู่ชีวิตตามกฎหมาย Pacs ของประเทศฝรั่งเศสยังคงมีสถานภาพโสด (Single)²⁸³ สิทธิหน้าที่ในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมระหว่างกันจึงไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย Pacs แต่ประการใด

7) สิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ

นอกจากสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายที่ซึ่งกฎหมาย Pacs ให้แก่บุคคลซึ่งมีสถานะคู่ชีวิตดังกล่าวข้างต้นแล้วกฎหมาย Pacs ยังได้บัญญัติรับรองสถานะของคู่ชีวิตโดยกำหนดให้สถานะภาพคู่ชีวิตมีผลบังคับใช้ในกฎหมายและกฎีกาอีก 5 ฉบับ กล่าวคือ กฎหมายว่าด้วยข้าราชการแห่งรัฐ (Loi No. 84-16)²⁸⁴ กฎหมายว่าด้วยข้าราชการท้องถิ่น (Loi No. 84-53)²⁸⁵ กฎหมายว่าด้วยข้าราชการสาธารณสุข (Loi No. 86-33)²⁸⁶ กฎหมายปรับปรุงความสัมพันธ์ในการเข้า

www.iussp.org/sites/default/files/event_call_for_papers/Abstract%20BELLIO%20UIESP%202013.pdf

²⁸² R. Lalement, **France QRD: the Civil Solidarity Pact**, pp. 1-5, Retrieved August 5, 2017 from http://www.unc.edu/depts/europe/francophone/a_la_carte/pacs/qrd_pacs.pdf

²⁸³ Yuval Merin, *op. cit.*, p. 139.

²⁸⁴ Article 13 I Pacs

²⁸⁵ Article 13 III Pacs

²⁸⁶ Article 13 IV Pacs

และแก้ไขเปลี่ยนแปลง Loi No. 86-1290 (Loi No. 89-462)²⁸⁷ และรัฐกำหนดว่าด้วยการเข้าเมือง
และอยู่อาศัยของคนต่างด้าวในฝรั่งเศส (L'Ordonnance No. 45-2658)²⁸⁸

²⁸⁷ Article 14 Pacs

²⁸⁸ Article 12 Pacs

บทที่ 5

บทวิเคราะห์ปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน

5.1 คำนิยามระหว่างสามีภรรยาตามกฎหมายไทยกับคู่ชีวิตเพศเดียวกันร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

กฎหมายไทยได้จำกัดคำว่าสามีภรรยาว่าอยู่ในลักษณะของชายหญิงเท่านั้น ซึ่งในปัจจุบันการใช้ชีวิตคู่อยู่ร่วมกันดังเช่นบุคคลในครอบครัวนั้น ยังมีในลักษณะของคู่ชีวิตเพศเดียวกันด้วย แม้จะยังไม่มีกฎหมายรับรองสถานภาพไว้อย่างถูกต้องก็ตาม แต่ทั้งสามีภรรยา และคู่ชีวิตเพศเดียวกันต่างก็มีคำนิยามที่บ่งชี้ถึงลักษณะของบุคคลดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ

5.1.1 สามีภรรยาตามกฎหมายไทย

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การเป็นสามีภรรยาตามกฎหมายไว้ในมาตรา 1448 ซึ่งบัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวถือเป็นตัวกำหนดเงื่อนไขทางเพศของคู่สมรสเอาไว้ กล่าวคือ การสมรสที่กฎหมายรับรองในประเทศไทยจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเป็นการสมรสของชายหญิง และการสมรสที่สมบูรณ์จะต้องจดทะเบียนสมรสแล้วเท่านั้น อันถือว่าการทำสัญญาทางแพ่งชนิดหนึ่ง กำหนดข้อตกลงกันเป็นการสร้างสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา ที่จะเรียกคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เป็นผู้ชายว่าสามี และเรียกคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่า เป็นภรรยา และจะมีข้อตกลงในสัญญาที่จะต้องไม่มีลักษณะเป็นการพันวิสัย หรือ เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยในการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ดังกล่าว มีวัตถุประสงค์หลักในการสร้างความสัมพันธ์ทางเพศ เพื่อดำรงสืบต่อไปหรือสร้างชาติพันธุ์ของมนุษย์ ดังนั้น บุคคลที่จะทำการสมรสเป็นสามีภรรยาได้ ตามกฎหมายไทย ต้องเป็นบุคคลสองคนที่มีเพศสภาพตามกำเนิดเป็น ชายและหญิงเท่านั้น

แม้ในปัจจุบันเทคโนโลยีทางการแพทย์ จะก้าวหน้ามากขึ้นถึงขนาดที่จะแปรเปลี่ยนบุคคลหนึ่งให้เป็นชายหรือหญิงได้ก็ตาม โดยมีอาจใช้หลักวิญญูชนทั่วไปในการวิเคราะห์ถึงความแตกต่างระหว่างความเป็นชายหญิงที่แท้จริงได้ อย่างไรก็ตาม แม้บุคคลผู้นั้นจะทำการแปลงเพศจากชายมาเป็นหญิงแล้วก็ตาม ก็ไม่สามารถทำการสมรสกับผู้ชายได้ เนื่องจากกฎหมายรับรองและถือเอาเพศของบุคคลตามกำเนิดเท่านั้น ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524

5.1.2 คู่ชีวิตเพศเดียวกันร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

“คู่ชีวิต” หมายความว่า บุคคลสองคนซึ่งเป็นเพศเดียวกันและได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต²⁸⁹

การจดทะเบียนคู่ชีวิตเป็นการทำสัญญาทางแพ่งรูปแบบหนึ่งตามกฎหมาย โดยมีการกำหนดเพศของคู่สัญญาไว้ ซึ่งบุคคลที่จะเข้ามาทำสัญญาคู่ชีวิตนั้น จะต้องเป็นบุคคลเพศเดียวกันเท่านั้น ต่างจากกรณีการจดทะเบียนสมรสที่คู่สัญญาจะต้องเป็นชายกับหญิงซึ่งเป็นบุคคลต่างเพศกัน และเพศของบุคคลก็ถือตามเพศในขณะกำเนิด ในกรณีที่มีการจดทะเบียนคู่ชีวิต หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นชายอีกฝ่ายหนึ่งก็ต้องเป็นชาย ฝ่ายหนึ่งเป็นหญิงอีกฝ่ายหนึ่งก็ต้องเป็นหญิงเช่นเดียวกัน แม้จะเป็นกรณีที่มีการผ่าตัดแปลงเพศแล้วก็ตาม ทั้งนี้ เพราะการผ่าตัดแปลงเพศของบุคคลมิได้ทำให้เพศตามกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ความผูกพันของบุคคลทั้งสองฝ่ายในฐานะคู่ชีวิตที่มีเจตนาจะอยู่ร่วมกันตลอดชีวิตนั้น จะเกิดขึ้นไม่ได้หากว่าการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์นั้นมิได้เกิดขึ้นจากการจดทะเบียนต่อนายทะเบียนตามกฎหมาย²⁹⁰ โดยที่ทั้งสองฝ่ายต้องบรรลุนิติภาวะอายุ 20 ปีบริบูรณ์²⁹¹ ซึ่งเมื่อได้ดำเนินการจดทะเบียนตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. แล้ว จะถือเสมือนว่าทั้งสองฝ่ายมีสถานะเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ที่มีสิทธิและหน้าที่ในรูปแบบสามีและภรรยาตามกฎหมาย โดยจะมีการนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้โดยอนุโลม อาทิ คู่ชีวิตสามารถที่จะใช้นามสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน สิทธิในการรับมรดก เป็นต้น

5.1.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบค่านิยมระหว่างสามีภรรยาตามกฎหมายไทย กับ คู่ชีวิตเพศเดียวกันตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

ลักษณะของสามีภรรยาตามกฎหมายไทย กับ คู่ชีวิตเพศเดียวกันตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ได้กำหนดหลักเกณฑ์ถึงเงื่อนไขของการสมรสและการจดทะเบียนไว้อย่างชัดเจน ซึ่งความแตกต่างของเงื่อนไขดังกล่าวที่สำคัญที่สุด ได้แก่ เรื่องเพศของคู่สมรส ซึ่งตามกฎหมายไทยการจดทะเบียนสมรสกันนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้ให้เพศที่จะทำการสมรสกันได้ จะต้องเป็นชายกับหญิงเท่านั้น ส่วนความประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. นั้น เป็นไปเพื่อให้ความเสมอภาคแก่สิทธิในครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน ให้มีสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวของตนอย่างเสมอภาคเช่นเดียวกับครอบครัวของคู่สมรสชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การจดทะเบียนคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. จึงเป็นการกำหนดให้คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายจะต้องเป็นบุคคลเพศเดียวกัน ซึ่งแม้เงื่อนไขการสมรสและเงื่อนไขในการจดทะเบียนคู่ชีวิตอื่น ๆ จะมีบทบัญญัติที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกัน แต่คู่ชีวิตเพศเดียวกันก็ไม่เข้าในลักษณะของการเป็นสามีภรรยาตามกฎหมายไทย ซึ่งได้กำหนดเพศของการสมรสไว้ชัดเจนแล้ว อย่างไรก็ตามคู่ชีวิตเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียน

²⁸⁹ มาตรา 3 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

²⁹⁰ มาตรา 6 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

²⁹¹ มาตรา 5 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

คู่ชีวิต พ.ศ. ก็ถือว่ามิสถานะเป็นคู่ชีวิตกัน มีสิทธิและหน้าที่ที่กำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกัน แม้ไม่อาจถือเป็นลักษณะของสามีภรรยาตามกฎหมายไทยได้ก็ตาม

ความแตกต่างอีกประการหนึ่ง ระหว่างคู่สมรสและคู่ชีวิตเพศเดียวกัน เป็นเรื่องของการสืบสายโลหิต โดยวัตถุประสงค์ของการสมรสระหว่างชายหญิงนั้น มีขึ้นเพื่อมีทายาทสืบสายโลหิตร่วมกัน แต่คู่ชีวิตเพศเดียวกัน ไม่สามารถที่จะมีทายาทสืบสายโลหิตร่วมกันได้ เนื่องจากตามเพศสภาพ ที่เป็นหญิงและหญิง หรือ ชายและชาย อย่างไรก็ตามคู่ชีวิตเพศเดียวกัน อาจใช้วิธีอื่นในการเติมเต็มครอบครัวได้ อาทิเช่น การรับบุตรบุญธรรม หรือการใช้เทคโนโลยีทางวิทยาศาสตร์เป็นเครื่องมือในการช่วยเหลือ เป็นต้น แต่วิธีการเหล่านั้นก็ไม่ว่าจะได้มาซึ่งสายโลหิตร่วมกัน

ดังนั้น คู่สมรส ที่เป็นชายและหญิง ย่อมมีความแตกต่างกัน กับคู่ชีวิต ที่อาจจะเป็นหญิงและหญิง หรือ ชายและชาย ทั้งในแง่กฎหมายและข้อเท็จจริงที่มีอยู่จริง ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น

5.2 การกำหนดโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและการคุ้มครองความรุนแรงของผู้ถูกระทำความรุนแรงในครอบครัว

5.2.1 การกำหนดโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ในประเทศไทยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไป บัญญัติอยู่ในมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา²⁹² โดยผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งหมายถึงความถึงการไม่จำกัดเพศของผู้กระทำความผิด ซึ่งอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ โดยอาจเป็นการกระทำความผิดระหว่างชายกับหญิง หญิงกับหญิง หรือ ชายกับชายก็ได้ รวมถึงการกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสด้วย ดังนั้นเมื่อการกระทำความผิดประกอบของความผิด บุคคลดังกล่าวก็จะมี ความผิดตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีที่บุคคลที่มีความผิดตามมาตรา 276 นั้น มีความสัมพันธ์ในลักษณะของคู่สมรสของฝ่ายผู้ถูกระทำความผิด ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติถึงเหตุผลโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด กล่าวคือ

มาตรา 276 วรรคสี่ “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้น ยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่า” โดยมาตรา 276 วรรคสี่ เป็นการบัญญัติถึงเหตุบรรเทาโทษให้กับผู้กระทำ หากเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส โดยกฎหมายให้ความคุ้มครองภรรยาหรือสามีที่ถูกล่วงเกินทางเพศจากคู่สมรสของตน ในกรณีที่ไมให้ความยินยอม และเพื่อเป็นการลดปัญหาความรุนแรงที่อาจเกิดขึ้นในครอบครัว ซึ่งหากมีการกระทำความผิดตามมาตรานี้เกิดขึ้น โดยให้คู่สมรสได้พิจารณา

²⁹² มาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา . . .

ทบทวนก่อนที่จะศาลจะมีคำพิพากษาลงโทษ ว่าประสงฆ์ที่จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาอีกหรือไม่ หรือประสงฆ์จะหย่าร้างกัน

เนื่องจากตามประมวลกฎหมายอาญานั้น ถือว่าความสัมพันธ์ของสามีภรรยาเป็นความสัมพันธ์ในครอบครัว ที่มีความละเอียดอ่อนซับซ้อน เกี่ยวพันกับบุคคลใกล้ชิด มีลักษณะพิเศษ แตกต่างจากบุคคลโดยทั่วไป การใช้มาตรการทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาจึงเป็นในลักษณะของการลดโทษหรือยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำความผิด โดยให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับตัว เพื่อรักษาความสัมพันธ์อันดีในครอบครัวไว้ได้

แต่อย่างไรก็ดี การเป็นสามีภรรยาที่จะได้รับการยกเว้นโทษหรือลดโทษในกรณีที่ได้กระทำความผิดอาญาต่อกันนั้น จะต้องเป็นสามีภรรยาที่จดทะเบียนสมรสกันถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นชายหญิงที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาจะไม่ได้รับข้อยกเว้นในกรณีนี้

สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา หรือประเทศฝรั่งเศสนั้น ได้ยกเลิกข้อยกเว้นความผิดที่ทำให้การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรสไม่เป็นความผิด (Marital Rape Exemption) ในอดีต ทำให้กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบัน การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสนั้นเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายของประเทศนั้น ๆ แต่อย่างไรก็ตาม แม้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสจะเป็นความผิด แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะใช้บังคับในบางพฤติการณ์เท่านั้น เช่น เฉพาะกรณีที่สามีภรรยาแยกกันอยู่ ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้น การพิสูจน์พยานหลักฐานถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องยากและศาลจะตัดสินให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบเมื่อฝ่ายที่กล่าวอ้างนั้นสามารถพิสูจน์ได้จนปราศจากข้อสงสัยเท่านั้น อีกทั้งคดีที่ฟ้องร้องที่ศาลจะพิพากษาให้คู่สมรสมีความผิด โดยมีเพียง 1% เท่านั้นที่ได้รับการลงโทษ ซึ่งบ่อยครั้งก็เป็นการลงโทษที่สถานเบา²⁹³ การกำหนดโทษตามความผิดกรณีข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสในประเทศฝรั่งเศสจึงอยู่ในลักษณะของการประนีประนอมยอมความกันเท่านั้น

จากกรณีการกำหนดโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบันไม่ว่าจะในประเทศไทยหรือต่างประเทศ ไม่มีการกล่าวถึงคู่ชีวิตเพศเดียวกันแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อปรากฏความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน ก็ไม่ถือว่ามีความสัมพันธ์กันดังสามีภรรยาที่จะได้รับการลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ จึงต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามบททั่วไปมาใช้บังคับ

5.2.2 การคุ้มครองความรุนแรงของผู้ถูกระทำความรุนแรงในครอบครัว

ในประเทศไทยการคุ้มครองความรุนแรงของผู้ถูกระทำความรุนแรงในครอบครัวได้กล่าวไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้ถูกระทำความรุนแรงในครอบครัว ซึ่งเป็นการคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรง การปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม และการบำบัดฟื้นฟู โดยบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 “บุคคลในครอบครัว หมายความว่า คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กิน

²⁹³ พรสิริ สุริยกันท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 54-59.

หรือเคยอยู่กินฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคลใด ๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน”

ซึ่งจากคำนิยามดังกล่าว สามารถแบ่งบุคคลในครอบครัวออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ²⁹⁴

1. บุคคลที่ถือเป็นบุคคลในครอบครัวโดยสถานะ ซึ่งกลุ่มบุคคลเหล่านี้ไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะอยู่ในครัวเรือนเดียวกันหรือไม่ ได้แก่

- 1) คู่สมรส หมายความว่า ชายและหญิงที่อยู่ร่วมกันโดยจดทะเบียนสมรส
- 2) คู่สมรสเดิม หมายความว่า ชายและหญิงที่เคยจดทะเบียนสมรส แต่ต่อมาภายหลังได้จดทะเบียนหย่า
- 3) ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส
- 4) บุตร หมายความว่า บุตรความเป็นจริง ไม่ว่าบุตรนั้นจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม

5) บุตรบุญธรรม

6) สมาชิกในครอบครัว เป็นคำกว้าง ๆ ซึ่งหมายความว่า บุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต หรือทางเครือญาติ อาทิ บิดา มารดา พี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ลุง ป้า น้า อา ปู่ ย่า ตา ยาย เป็นต้น

2. บุคคลใด ๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน หมายความว่า บุคคลใดที่ต้องพึ่งพาอาศัยไม่ว่าจะทางเศรษฐกิจหรือสังคม และอาศัยอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน โดยไม่ต้องมีสายสัมพันธ์ทางสายโลหิต หรือทางเครือญาติ ซึ่งต้องปรากฏว่ามีสายสัมพันธ์ หรือการพึ่งพาอาศัยกันอยู่ในขณะที่มีการใช้ความรุนแรงในครอบครัว

จากคำนิยามดังกล่าว บุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำ ความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 นั้น เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า คู่ชีวิตเพศเดียวกันย่อมไม่ใช่บุคคลในครอบครัวตามข้อ 1. เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ให้คำจำกัดความคำว่าคู่สมรส หรือผู้ที่อยู่กินด้วยกันนั้น จะต้องเป็นการสมรสหรืออยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาของชายหญิงเท่านั้น เพราะคู่สมรสตามความหมายของกฎหมายไทยนั้น บุคคลที่จะสามารถจดทะเบียนสมรสกันได้จะต้องเป็นการจดทะเบียนระหว่างชายและหญิงเท่านั้น คู่ชีวิตเพศเดียวกันจึงไม่ใช่บุคคลในครอบครัวตามความหมายของข้อ 1. แต่อย่างไรก็ดี อาจถือเป็นลักษณะ ตามข้อ 2. เนื่องจากคู่ชีวิตเพศเดียวกันเป็นบุคคลที่อาศัยอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน และต้องพึ่งพาอาศัยกัน ซึ่งอาจเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำ ความรุนแรงในครอบครัวได้

สำหรับการคุ้มครองความรุนแรงของผู้ถูกกระทำ ความรุนแรงในครอบครัวของต่างประเทศตามพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ. 1996 (Family Law Act 1996) ของประเทศอังกฤษ ไม่ได้บัญญัติให้คุ้มครองคู่ชีวิตเพศเดียวกันไว้ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว แต่ได้บัญญัติเพิ่มเติมให้คุ้มครองคู่ชีวิตเพศเดียวกันตาม Domestic Violence Crime and Victims 2004 ซึ่งมีมาตรการในการคุ้มครองผู้ถูกกระทำ ความรุนแรงในครอบครัว ทั้งคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว คำสั่งคุ้มครองทรัพย์สิน

²⁹⁴ พิชญาภา เจริญแท้, *เรื่องเดิม*, หน้า 148-149.

และมาตรการในการเรียกร้องค่าเสียหาย²⁹⁵ โดยเป็นการเพิ่มหลักเกณฑ์ให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง โดยมีผลเป็นอย่างเดียวกันกับคู่สมรสตามกฎหมาย ถือว่ากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความรุนแรงของประเทศอังกฤษ ได้บัญญัติให้คุ้มครองถึงคู่ชีวิตเพศเดียวกันโดยเฉพาะ

และในกรณีตามรัฐบัญญัติเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัวของประเทศฝรั่งเศส บุคคลที่ได้รับความคุ้มครองครอบคลุมถึง คู่สัญญาทางแพ่งเพื่อการอยู่ร่วมกันด้วย เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสได้ตราบัญญัติอนุญาตให้มีการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน (Loi no 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage civil aux couples de personnes de même sexe) ซึ่งผลจากการตราพระราชบัญญัติดังกล่าว ทำให้มีการเพิ่มมาตรา 143 ในประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งบัญญัติว่า “การสมรสมีขึ้นได้ระหว่างบุคคล 2 คนซึ่งต่างเพศกันหรือเพศเดียวกัน”²⁹⁶ ถือเสมือนว่าคู่สัญญาทางแพ่งเพื่อการอยู่ร่วมกันนั้นเป็นคู่สมรสตามกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส ที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐบัญญัติดังกล่าว

จากกรณีของการคุ้มครองความรุนแรงในครอบครัวทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ คู่ชีวิตเพศเดียวกันถือเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองในสถานะที่แตกต่างกันไป ไม่ว่าจะเป็นกรณีตามกฎหมายของประเทศอังกฤษที่ได้บัญญัติเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ตาม Domestic Violence Crime and Victims 2004 เพื่อให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันมีสิทธิได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับคู่สมรสตามกฎหมาย หรือตามรัฐบัญญัติเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัวของประเทศฝรั่งเศสที่ถือว่าคู่ชีวิตเพศเดียวกัน เป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐบัญญัติดังกล่าว ในฐานะของคู่สมรสตามกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส แต่อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่สามารถนำมาปรับใช้กับสิทธิของคู่ชีวิตเพศเดียวกันตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ในลักษณะของกฎหมายไทยได้ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์ของสามีภรรยาไว้โดยเฉพาะ อีกทั้ง ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ก็ไม่ได้บัญญัติให้เพิ่มเติมสิทธิของคู่ชีวิตเพศเดียวกันให้ได้รับความรับรองในสถานะคู่สมรสตามกฎหมายหรือคู่ชีวิตไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำ ความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 แต่อย่างใด ดังนั้น คู่ชีวิตเพศเดียวกันก็ถือว่าเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำ ความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 แต่ในสถานะของบุคคลที่อาศัยอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน และต้องพึ่งพาอาศัยกันเท่านั้น

5.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตเพศเดียวกันที่จดทะเบียนคู่ชีวิตในประเทศไทยและต่างประเทศ

คู่ชีวิตเพศเดียวกันทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ เมื่อได้จดทะเบียนถูกต้องและมีการรับรองสถานะทางกฎหมายแล้ว ย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายที่รับรองสถานะดังกล่าว โดยแต่ละประเทศการกำหนดสิทธิและหน้าที่นั้นจะแตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับลักษณะสังคมและกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

²⁹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 146-148.

²⁹⁶ มาตรา 143 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งประเทศฝรั่งเศส . . .

5.3.1 ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ของประเทศไทย

สิทธิและหน้าที่ตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. บัญญัติไว้ในมาตรา 9 และ มาตรา 10 ซึ่งมีลักษณะเป็นการอนุโลมสิทธิและหน้าที่อันมีต่อคู่สมรสชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เท่าที่สามารถนำมาใช้ได้ ทั้งในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา เช่น การที่ต้องอยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยา การที่จะต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน การเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้อีกฝ่ายหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ เป็นต้น หรือ เกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินและหนี้สินระหว่างสามีภรรยา เช่น คู่ชีวิตมีอำนาจจัดการทรัพย์สินที่เกิดขึ้นระหว่างการเป็นคู่ชีวิตได้โดยลำพัง เว้นแต่เป็นการทำนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1476 ที่จะจัดการเพียงลำพังไม่ได้ ต้องจัดการร่วมกับคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง ส่วนหนี้สินของคู่ชีวิตที่กฎหมายถือว่าเป็นหนี้ร่วมกันนั้น จะต้องเป็นหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1490 เช่น การจัดหาสิ่งจำเป็นสำหรับครอบครัว การอุปการะเลี้ยงดู การศึกษาของบุตรตามสมควรแก่อัตภาพ เป็นต้น

นอกจากนั้นยังมีสิทธิและหน้าที่เสมือนคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายอื่น อาทิ สิทธิในการใช้ชื่อสกุล สิทธิตามกฎหมายเกี่ยวกับการประกันภัยหรือประกันชีวิต สิทธิตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ สิทธิตามกฎหมายประกันสังคม สิทธิในการลดหย่อนภาษี สิทธิของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา และสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมาย

จากที่กล่าวมาข้างต้น สิทธิและหน้าที่ที่คู่ชีวิตได้รับจะมีลักษณะเช่นเดียวกับคู่สมรส ซึ่งจะเห็นได้จากบทบัญญัติของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ที่ให้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับคู่สมรสมาปรับใช้กับคู่ชีวิตโดยอนุโลม ทั้งนี้ ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ไม่ได้กล่าวถึงลักษณะของการกระทำความผิดทางอาญาต่อกันแต่อย่างใด โดยส่วนใหญ่ได้จำกัดไว้เฉพาะสิทธิและหน้าที่ในทางแพ่งเท่านั้น

5.3.2 The Civil Partnerships Act 2004 ของประเทศอังกฤษ

การจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตาม Civil Partnership Act 2004 ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายหลายประการ โดยมีลักษณะอย่างเดียวกันกับสิทธิและหน้าที่ซึ่งเป็นผลจากสถานะความเป็นสามีภรรยา เพื่อให้สิทธิประโยชน์ในครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันได้รับการรับรองอย่างเท่าเทียมเช่นเดียวกันกับคู่สมรสชายหญิง

โดย Civil Partnership Act 2004 มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องสิทธิและหน้าที่ของคู่สมรสหลายฉบับ ไม่ว่าจะเป็น สิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน โดยการแก้ไขเพิ่มเติม Matrimonial Act 1973 Domestic Proceeding and Magistrate's Court Act 1978 เกี่ยวกับสิทธิในการให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่คู่สมรสอีกฝ่ายและบุตร หรือ สิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตรและการรับบุตรบุญธรรม โดยการแก้ไขเพิ่มเติม Adoption and Children Act 2002 หรือ สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายต่อต้านความรุนแรงในครอบครัว โดยการแก้ไขเพิ่มเติม Family Law Act 1996 หรือ สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาในผลแห่งละเมิด โดยการแก้ไขเพิ่มเติม Fatal Accident Act 1976 ซึ่งเป็นบทบัญญัติให้ญาติของผู้ซึ่งได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตาย อันเป็นผลจากการทำละเมิดของผู้อื่นนั้นสามารถใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ หรือ สิทธิ

ตามกฎหมายลักษณะพยาน โดยการแก้ไขเพิ่มเติม Section 7 (3) Civil Evidence Act 1995 Section 118 (1) Criminal Justice Act 2003 และ สิทธิหน้าที่ด้านสวัสดิการสังคม โดยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการพักอาศัยและการเช่าบ้านอีกด้วย²⁹⁷

ซึ่งจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น ถือว่าเป็นการบัญญัติรับรองสิทธิและสถานภาพของคู่ชีวิตเพศเดียวกันให้ได้รับสิทธิประโยชน์อย่างเท่าเทียมกับสถานภาพคู่สมรสตามกฎหมาย โดยการเพิ่มหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นการขยายความกฎหมายเกี่ยวกับสถานภาพสมรสที่ใช้บังคับแก่สามีหรือภรรยาให้มีผลเป็นอย่างเดียวกันกับในกรณีของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน ตามกฎหมายต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น แต่อย่างไรก็ดี การเพิ่มหลักเกณฑ์ในกฎหมายต่าง ๆ นั้น ไม่ได้กล่าวถึงกฎหมายอาญาแต่อย่างใด จึงถือไม่ได้ว่าคู่ชีวิตเพศเดียวกันได้รับสิทธิประโยชน์ในทางกฎหมายอาญา เท่าเทียมกับคู่สมรสตามกฎหมาย โดยถือว่าสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตเพศเดียวกันส่วนใหญ่จะจำกัดอยู่เฉพาะสิทธิและหน้าที่ในทางแพ่งเท่านั้นที่มีการบัญญัติรับรอง

5.3.3 Vermont Civil Union Bill ของประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐเวอร์มอนต์เป็นมลรัฐแรกของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้สิทธิในครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันในรูปแบบของการก่อตั้งสถานภาพคู่ชีวิต โดยได้ประกาศใช้กฎหมายเฉพาะชื่อว่า กฎหมาย Vermont Civil Union Bill เพื่อให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในเรื่องการสมรส ซึ่งสิทธิและหน้าที่ที่สำคัญที่สุดของกฎหมายนี้ ได้แก่ สิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส กล่าวคือ คู่ชีวิตที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดย Vermont Civil Union Bill มีสิทธิและหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นสิทธิและหน้าที่อันเกิดจากกฎหมาย ซึ่งรวมทั้งกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ รวมทั้งระเบียบข้อบังคับของฝ่ายบริหารหรือตุลาการ โดยเสมอภาคกับคู่สมรสทุกประการ นอกจากนี้ ถ้อยคำใด ๆ ในกฎหมายที่อ้างอิงถึง คู่สมรส ครอบครัว ญาติ หรือถ้อยคำอื่นอันเกี่ยวเนื่องกับความสัมพันธ์อย่างเช่นสามีภรรยา ให้หมายความรวมถึงคู่ชีวิตเพศเดียวกันด้วย

นอกจากนี้ยังมีสิทธิและหน้าที่ซึ่งได้รับความรับรองคุ้มครองตามกฎหมาย Vermont Civil Union Bill อีกหลายประการ อาทิ สิทธิและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน หรือ สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว เช่น ความเป็นโมฆะของการสมรส การหย่าหรือแยกกันอยู่ชั่วคราว เป็นต้น หรือ สิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร โดยเฉพาะในกรณีที่บุตรนั้นเป็นบุตรซึ่งเกิดขึ้นโดยธรรมชาติของคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในระหว่างการมีสถานภาพคู่ชีวิต คู่ชีวิตอีกฝ่ายย่อมมีสิทธิต่อบุตรดังกล่าวนั้นเป็นอย่างเช่นเดียวกันกับกรณีของคู่สมรสชายหญิง และ สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพสมรสของบุคคล โดยกำหนดให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิประโยชน์ตามกฎหมาย ความคุ้มครอง และความรับผิดชอบในฐานะคู่สมรส มาใช้บังคับกับคู่ชีวิตเพศเดียวกันโดยอนุโลม²⁹⁸

²⁹⁷ ฉัตรชัย เอมราช, *เรื่องเดิม*, หน้า 77-78.

²⁹⁸ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 77-78.

จากกรณีดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่ากฎหมาย Vermont Civil Union Bill ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้อำนาจถึงสถานภาพของคู่ชีวิต เพศเดียวกันให้ได้รับความคุ้มครองคุ้มครองเช่นเดียวกับคู่สมรสอย่างเท่าเทียม โดยได้อำนาจถึงสถานภาพนั้นไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น ไม่ว่ากฎหมายใดที่ใช้บังคับกับกรณีของคู่สมรส กฎหมายนั้นก็นำมาปรับใช้กับคู่ชีวิตเพศเดียวกันได้โดยตรงด้วยเช่นกัน ซึ่งย่อมหมายความว่าความรวมถึงบทบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการกระทำทางอาญาที่กล่าวถึงคู่สมรส บทบัญญัตินั้นก็สามารถนำมาปรับใช้กับคู่ชีวิตเพศเดียวกันในฐานะคู่สมรสได้ โดยกฎหมาย Vermont Civil Union Bill นั้นจะแตกต่างจากร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ของประเทศไทย ซึ่งไม่อาจนิยามคู่ชีวิตที่จดทะเบียนตามร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวให้มีการรับรองสถานภาพเช่นเดียวกับสามีภรรยาได้อย่างครอบคลุม คงเป็นความคุ้มครองคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ในทางแพ่งเท่านั้น

5.3.4 Civil Solidarity Pact (Pacs) ของประเทศฝรั่งเศส

กฎหมาย Pacs นั้นมีความมุ่งหมายเพื่อให้เป็นทางเลือกแก่บุคคลซึ่งประสงค์ที่จะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายในลักษณะของครอบครัวที่มีใช้ลักษณะของการแต่งงานตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส จึงเป็นเหตุให้กฎหมายดังกล่าวมิได้ให้ความเสมอภาคในสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายแก่ครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกันอย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส คู่ชีวิตตามกฎหมาย Pacs มีเพียงสิทธิได้รับการยอมรับตามกฎหมายในรูปแบบครอบครัวของตนที่คล้ายคลึงกับสิทธิและหน้าที่ที่มีในครอบครัวของคู่สมรสชายหญิงเพียงบางประการเท่านั้น เช่น สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายภาษีอากร โดยให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันมีสิทธิในทางกฎหมายภาษีอากรในทำนองเดียวกับคู่สมรสชายหญิง สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายสวัสดิการสังคม โดยเป็นการแก้ไขประมวลกฎหมายสวัสดิการสังคมฝรั่งเศส (Code de la Sécurité Sociale) ให้รับรองสถานภาพของคู่ชีวิตเพศเดียวกันตามกฎหมายดังกล่าว สิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับทรัพย์สินและหนี้ร่วมระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน รวมถึงสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายอื่น ๆ ว่าด้วยข้าราชการแห่งรัฐ (Loi No. 84-16) รัฐกำหนดว่าด้วยการเข้าเมืองและอยู่อาศัยของคนต่างด้าวในฝรั่งเศส (L'Ordonnance No. 45-2658) เป็นต้น²⁹⁹

จากกรณีดังกล่าว เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสมีประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งบัญญัติถึงการสมรสของบุคคลไว้ กล่าวคือ “การสมรสมีขึ้นได้ระหว่างบุคคล 2 คนซึ่งต่างเพศกันหรือเพศเดียวกัน”³⁰⁰ ทำให้การสมรสของประเทศฝรั่งเศสไม่ว่าจะเป็นสมรสระหว่างชายหญิง หรือเป็นกรณีของคู่ชีวิตเพศเดียวกันก็ตาม ย่อมได้รับความคุ้มครองคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสในฐานะคู่สัญญาทางแพ่งเพื่อการอยู่ร่วมกันอยู่แล้ว ดังนั้น การรับรองสถานภาพของคู่ชีวิตเพศเดียวกันตามกฎหมายแพ่งจึงอยู่ในลักษณะเช่นเดียวกันกับคู่สมรส ความเป็นคู่ชีวิตตามกฎหมาย Pacs ของประเทศฝรั่งเศสจึงมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวไม่เสมอภาคกับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแต่ประการใด เพียงกล่าวถึงสิทธิและหน้าที่ในทางแพ่งระหว่างกันเพียงบางประการเท่านั้น

²⁹⁹ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 77-78.

³⁰⁰ มาตรา 143 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งประเทศฝรั่งเศส . . .

ตารางที่ 5.1 เปรียบเทียบเชิงวิเคราะห์เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตเพศเดียวกันที่จดทะเบียนคู่ชีวิตในประเทศไทยและต่างประเทศ

ประเทศที่ศึกษา	ร่างพระราชบัญญัติ การจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ประเทศไทย	Civil Partnership Act 2004 ประเทศอังกฤษ	Vermont Civil Union Bill ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐเวอร์มอนต์)	Civil Solidarity Pact (Pacs) ประเทศฝรั่งเศส
ประเด็นที่ศึกษา				
สิทธิและหน้าที่ของ คู่ชีวิตเพศเดียวกัน ตามกฎหมาย	1. สิทธิหน้าที่ในการที่จะต้องอยู่กิน ร่วมกันฉันสามีภรรยา 2. สิทธิหน้าที่ในการที่จะต้อง ช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตาม ความสามารถและฐานะของตน 3. สิทธิในการร้องขอต่อศาลเพื่อให้มี คำสั่งอนุญาตให้ตนอยู่ต่างหากจากอีก ฝ่ายในกรณีที่ไม่อาจอยู่กินร่วมกัน อย่างปรกติสุขได้ หรือถ้าการอยู่ ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่กายหรือ จิตใจหรือทำลายความผาสุกอย่างมาก 4. สิทธิหน้าที่ในการเป็นผู้อุปการะหรือ ผู้พิทักษ์ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้อีก ฝ่ายหนึ่งเป็นคนไร้ความสามารถหรือ เสมือนไร้ความสามารถ 5. สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายอื่นเสมือน คู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ เช่น สิทธิในการใช้ชื่อสกุล สิทธิตามกฎหมายเกี่ยวกับการ ประกันภัยหรือประกันชีวิต สิทธิตาม	1. สิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่ชีวิต ตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ ซึ่งเกี่ยวข้อง ทรัพย์สิน การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและ กัน การทำพินัยกรรม และการรับมรดก ซึ่งมีผลใช้บังคับในระหว่างคู่สมรสชาย หญิง โดยให้กฎหมายดังกล่าวมีผลใช้ บังคับถึงคู่ชีวิตเพศเดียวกันด้วย 2. สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและ บุตรในบุตรซึ่งเกิดจากคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่าย หนึ่งในระหว่างที่มีสถานภาพคู่ชีวิต 3. สิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่ชีวิต ว่ามีสถานะทางกฎหมายเท่าเทียมกับ สามี ภรรยาตามกฎหมายว่าด้วย บุตร 4. สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการ ประกันสังคม เช่น สิทธิการพักอาศัยและ เช่าบ้าน 5. สิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ต่อต้านความรุนแรงในครอบครัว เช่นเดียวกับการมีสถานภาพสมรส	1. สิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่ชีวิต ว่ามีสถานะในทางกฎหมายเท่าเทียมกับคู่ สมรส รวมทั้งสถานะภาพต่าง ๆ ตาม กฎหมายในกรณีที่เกี่ยวข้องกับ ความสัมพันธ์ฉันสามีภรรยา 2. สิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกัน และกัน 3. สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัว เช่น การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยความ เป็นโมฆะของการสมรส การหย่า ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา เป็นต้น 4. สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตร ในบุตรซึ่งเกิดขึ้นจากคู่ชีวิตอีกฝ่ายใน ระหว่างการมีสถานภาพคู่ชีวิต 5. สิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับ สถานภาพสมรสของบุคคล เช่น สิทธิตาม กฎหมายเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม สิทธิตามกฎหมายประกันสังคม สิทธิตาม กฎหมายแรงงาน สิทธิตามกฎหมาย สวัสดิการสังคม สิทธิตามกฎหมายภาษี	1. สิทธิหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่ง กันและกัน 2. กำหนดความรับผิดชอบในหนี้ร่วมแก่ คู่ชีวิตอีกฝ่าย ในกรณีที่คู่ชีวิตฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งก่อหนี้แต่เพียงลำพัง อันเป็น หนี้ที่เกี่ยวกับความจำเป็นในการดำรง ชีพหรือการจัดการบ้านเรือน 3. สิทธิหน้าที่ในการมีทรัพย์สินร่วมกัน ระหว่างคู่ชีวิต 4. สิทธิหน้าที่ในการเสียภาษีร่วมกัน ตามกฎหมายว่าด้วยภาษีอากร 5. สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วย ภาษีที่ดินและภาษีมรดก 6. สิทธิในการได้รับเงินหรือประโยชน์ ตกทอดแก่คู่ชีวิตอีกฝ่ายตามกฎหมาย สวัสดิการสังคม 7. สิทธิได้รับประโยชน์ตามกฎหมาย สวัสดิการสังคมแก่บิดามารดาของผู้มี สถานภาพคู่ชีวิต 8. รับรองสถานะคู่ชีวิตว่ามีสิทธิหน้าที่

ประเทศที่ศึกษา	ร่างพระราชบัญญัติ การจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ประเทศไทย	Civil Partnership Act 2004 ประเทศอังกฤษ	Vermont Civil Union Bill ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐเวอร์มอนต์)	Civil Solidarity Pact (Pacs) ประเทศฝรั่งเศส
ประเด็นที่ศึกษา	กฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญ ข้าราชการ สิทธิตามกฎหมาย ประกันสังคม สิทธิในการลดหย่อน ภาษี สิทธิของผู้เสียหายตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณา และสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมาย	6. สิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อ ละเมิดอันเกิดแก่คู่ชีวิตอีกฝ่าย 7. สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตาม กฎหมายลักษณะพยานในลักษณะ เช่นเดียวกับกรณีของคู่สมรส	อากร (เว้นแต่กรณีที่เกี่ยวข้องกับภาษี ที่ดิน) สิทธิตามกฎหมายลักษณะพยาน เป็นต้น	ตามกฎหมายว่าด้วยข้าราชการแห่งรัฐ กฎหมายว่าด้วยข้าราชการท้องถิ่น กฎหมายว่าด้วยข้าราชการสาธารณสุข กฎหมายปรับปรุงความสัมพันธ์ในการ เช่า และรัฐกำหนดว่าด้วยการเข้าเมือง และอยู่อาศัยของคนต่างด้าวใน ฝรั่งเศส
บ ท วิ เ ค ร า ะ ห์ เปรียบเทียบเกี่ยวกับ สิทธิและหน้าที่ของ คู่ชีวิตเพศเดียวกันที่ จดทะเบียนคู่ชีวิตใน ประเทศไทย และ ต่างประเทศ	ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียน คู่ชีวิต พ.ศ. ได้บัญญัติถึงสิทธิและ หน้าที่ ซึ่งคู่ชีวิตได้รับจะมีลักษณะ เช่นเดียวกับคู่สมรส ซึ่งจากบทบัญญัติ ของร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ที่ให้ นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับคู่สมรส มาปรับใช้กับคู่ชีวิตโดยอนุโลม ทั้งนี้ ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียน คู่ชีวิต พ.ศ. ไม่ได้กล่าวถึงลักษณะ ของการกระทำความผิดทางอาญาต่อ กันแต่อย่างใด โดยส่วนใหญ่ได้จำกัดไว้ เฉพาะสิทธิและหน้าที่ในทางแพ่ง เท่านั้น	Civil Partnership Act 2004 ได้บัญญัติ ถึงสิทธิและหน้าที่ ในลักษณะเป็นการ แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง กับคู่สมรส ซึ่งถือเสมือนว่าเป็นการ บัญญัติรับรองสิทธิและสถานภาพของ คู่ชีวิตเพศเดียวกันให้ได้รับสิทธิประโยชน์ อย่างเท่าเทียมกับสถานภาพคู่สมรสตาม กฎหมาย โดยการเพิ่มหลักเกณฑ์ซึ่งเป็น การขยายความกฎหมายเกี่ยวกับสถาน ภาพสมรสที่ใช้บังคับแก่สามีหรือภรรยา ให้มีผลเป็นอย่างเดียวกันกับในกรณีของ คู่ชีวิตเพศเดียวกัน ตามกฎหมายต่าง ๆ แต่อย่างไรก็ดี การเพิ่มหลักเกณฑ์ใน กฎหมายต่าง ๆ นั้น ไม่ได้กล่าวถึง กฎหมายอาญาแต่อย่างใด จึงถือไม่ได้ว่า คู่ชีวิตเพศเดียวกันได้รับสิทธิประโยชน์	Vermont Civil Union Bill ได้บัญญัติถึง สถานภาพของคู่ชีวิตเพศเดียวกันให้ได้รับ ความรับรองคุ้มครองเช่นเดียวกับคู่สมรส อย่างเท่าเทียม โดยได้บัญญัติถึง สถานภาพนั้นไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย Vermont Civil Union Bill ดังนั้น ไม่ว่า กฎหมายใดที่ใช้บังคับกับกรณีของคู่สมรส กฎหมายนั้นก็นำมาปรับใช้กับคู่ชีวิตเพศ เดียวกันได้โดยตรงด้วยเช่นกัน ซึ่งย่อ มความรวมถึงบทบัญญัติต่าง ๆ ที่ เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาที่กล่าวถึงคู่ สมรส บทบัญญัตินั้นก็สามารถนำมาปรับ ใช้กับคู่ชีวิตเพศเดียวกันในฐานะคู่สมรสได้ โดยกฎหมาย Vermont Civil Union Bill นั้นจะแตกต่างจากร่างพระราชบัญญัติ การจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ของ	ประเทศฝรั่งเศสมีประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งบัญญัติถึงการสมรสของบุคคลไว้ กล่าวคือ “การสมรสมีขึ้นได้ระหว่าง บุคคล 2 คนซึ่งต่างเพศกันหรือเพศ เดียวกัน” ทำให้การสมรสของประเทศ ฝรั่งเศสไม่ว่าจะเป็นการสมรสระหว่างชาย หญิง หรือเป็นกรณี ของคู่ชีวิตเพศ เดียวกันก็ตาม ย่อมได้รับความรับรอง คุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งของ ฝรั่งเศสในฐานะคู่สัญญาทางแพ่งเพื่อการ อยู่ร่วมกันอยู่แล้ว ดังนั้น การรับรอง สถานภาพของคู่ชีวิตเพศเดียวกันตาม กฎหมายแพ่งจึงอยู่ใน ลักษณะ เช่นเดียวกับกับคู่สมรส ความเป็นคู่ชีวิต ตามกฎหมาย Pacs ของประเทศฝรั่งเศส จึงมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย Pacs

ประเทศที่ศึกษา	ร่างพระราชบัญญัติ การจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.	Civil Partnership Act 2004 ประเทศอังกฤษ	Vermont Civil Union Bill ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐเวอร์มอนต์)	Civil Solidarity Pact (Pacs) ประเทศฝรั่งเศส
ประเด็นที่ศึกษา	ประเทศไทย	ในทางกฎหมายอาญา เท่าเทียมกับคู่สมรสตามกฎหมาย โดยถือว่าสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตเพศเดียวกันส่วนใหญ่จะจำกัดอยู่เฉพาะสิทธิและหน้าที่ในทางแพ่งเท่านั้นที่มีการบัญญัติรับรอง	ประเทศไทย ซึ่งไม่อาจนิยามคู่ชีวิตที่จดทะเบียนตามร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวให้มีการรับรองสถานภาพเช่นเดียวกับสามีภรรยาได้อย่างครอบคลุม คงเป็นความรับรองคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ในทางแพ่งเท่านั้น	ไม่เสมอภาคกับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแต่ประการใด เพียงกล่าวถึงสิทธิและหน้าที่ในทางแพ่งระหว่างกันเพียงบางประการเท่านั้น

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

การเป็นสามีภรรยาตามกฎหมายไทยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ในมาตรา 1448 ความว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวถือเป็นตัวกำหนดเงื่อนไขทางเพศของคู่สมรสเอาไว้ กล่าวคือ การสมรสที่กฎหมายรับรองในประเทศไทยจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเป็นการสมรสของชายหญิง และการสมรสที่สมบูรณ์จะต้องจดทะเบียนสมรสแล้วเท่านั้น ฉะนั้น แม้บุคคลผู้นั้นจะทำการแปลงเพศจากชายมาเป็นหญิงแล้วก็ตาม ก็ไม่สามารถทำการสมรสกับชายได้ เนื่องจากกฎหมายรับรองและถือเอาเพศของบุคคลตามกำเนิดเท่านั้น ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524

ในกรณีของคู่ชีวิตเพศเดียวกันตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ซึ่งร่างพระราชบัญญัตินี้มีเจตนารมณ์เพื่อให้ความเสมอภาคแก่สิทธิในครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน ให้มีสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวของตนอย่างเสมอภาคเช่นเดียวกับครอบครัวของคู่สมรสชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก่อให้เกิดสถานะการยอมรับหลักความเป็นสถาบันของการเข้าร่วมสถานะแห่งการเป็นคู่ชีวิตในทำนองเดียวกับการสมรส ซึ่งถือเป็นการหลุดพ้นจากเจตนาของคู่สมรสและตกอยู่ในบังคับเงื่อนไขในการเข้าร่วมสร้างสถาบันครอบครัวขึ้นใหม่ของสังคม แต่อย่างไรก็ดีลักษณะของสามีภรรยาตามกฎหมายไทย กับคู่ชีวิตเพศเดียวกันร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. หลักเกณฑ์สำคัญที่สุดในเงื่อนไขของการจดทะเบียน ได้แก่เรื่องเพศของคู่สมรส ซึ่งตามกฎหมายไทยการจดทะเบียนสมรสกันนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ชัดเจนให้เพศที่จะทำการสมรสกันได้ จะต้องเป็นชายกับหญิงเท่านั้น ส่วนเจตนารมณ์ของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความเสมอภาคแก่สิทธิในครอบครัวของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน ให้มีสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวของตนอย่างเสมอภาคเช่นเดียวกับครอบครัวของคู่สมรสชายหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การจดทะเบียนคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. จึงเป็นการกำหนดให้คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายจะต้องเป็นบุคคลเพศเดียวกัน ซึ่งแม้เงื่อนไขการสมรสและเงื่อนไขในการจดทะเบียนคู่ชีวิต จะมีบทบัญญัติที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกัน แต่คู่ชีวิตเพศเดียวกันก็ไม่เข้าองค์ประกอบสำคัญในลักษณะของการเป็นสามีภรรยาตามกฎหมายไทย ซึ่งได้กำหนดเพศของการสมรสไว้ชัดเจนแล้ว อย่างไรก็ตามคู่ชีวิตเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ก็ถือว่ามีสถานะเป็นคู่ชีวิตกัน มีสิทธิและหน้าที่ที่กำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิตอย่างชัดเจนเช่นเดียวกัน แม้ไม่อาจถือเป็นลักษณะของสามีภรรยาตามกฎหมายไทยได้ก็ตาม

เมื่อคู่ชีวิตเพศเดียวกันตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ไม่อาจเปรียบได้ตั้งสามิภรรยา จึงไม่สามารถปรับใช้กับคำว่าสามิภรรยาตามประมวลกฎหมายอาญาได้เช่นกัน ดังนั้น แม้เป็นการกระทำความผิดอาญาที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำมีลักษณะของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน ก็ไม่ถือเสมือนว่ามีความสัมพันธ์เช่นสามิภร่ายากันแต่อย่างใด

โดยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ซึ่งบัญญัติถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แม้จะกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามิภร่ายาเป็นความผิดก็ตาม แต่ตามมาตรา 276 วรรคสี่ ก็ได้กล่าวถึงเหตุผลโทษไว้ กล่าวคือ หากคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินฉันสามิภร่ายาศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือศาลจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยแก่ตนและการลงโทษก็ได้ และในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามิภร่ายาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าต่อไป ดังนั้นเมื่อลักษณะของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน ไม่อาจปรับใช้กับสามิภร่ายาตามนัยของมาตรา 276 ได้ เนื่องจากไม่ถือเสมือนสามิภร่ายาที่สมรสแบบชายหญิง การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกันจึงต้องนำบทบัญญัติทั่วไปมาใช้บังคับ

ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับการคุ้มครองความรุนแรงของผู้ถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัวของประเทศไทย คู่ชีวิตเพศเดียวกันถือเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 แต่ก็ได้ถือเสมือนเป็นคู่สมรสตามกฎหมาย หรือแม้แต่บุคคลที่อยู่กินกันฉันสามิภร่ายา แต่ได้รับความคุ้มครองในกรณีของบุคคลที่อาศัยอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน และต้องพึงพาอาศัยกันเท่านั้น ไม่อาจถือเป็นสามิภร่ายาตามพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ คู่ชีวิตเพศเดียวกันจึงไม่มีลักษณะที่จะนำมาปรับใช้ทั้งกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 หรือพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 ในฐานะสามิภร่ายาได้โดยตรง

แม้จะแตกต่างจากการคุ้มครองความรุนแรงของผู้ถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัวตามกฎหมายของต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ตามพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ. 1996 (Family Law Act 1996) นั้น ที่แม้จะไม่ได้บัญญัติให้คุ้มครองคู่ชีวิตเพศเดียวกันในพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่ได้บัญญัติเพิ่มเติมให้คุ้มครองคู่ชีวิตเพศเดียวกันตาม Domestic Violence Crime and Victims 2004 ซึ่งมีมาตรการในการคุ้มครองผู้ถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัว ทั้งคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว คำสั่งคุ้มครองทรัพย์สิน และมาตรการในการเรียกร้องค่าเสียหาย ส่งผลให้ถือว่าคู่ชีวิตเพศเดียวกัน เป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองจากความรุนแรงในครอบครัว โดยมีบทบัญญัติให้คุ้มครองคู่ชีวิตเพศเดียวกันโดยเฉพาะ หรือในประเทศฝรั่งเศสตามรัฐบัญญัติเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัว ซึ่งบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองครอบคลุมถึง คู่สัญญาทางแพ่งเพื่อการอยู่ร่วมกันด้วย เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสได้ตรารัฐบัญญัติอนุญาตให้มีการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน (Loi no 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage civil aux couples de personnes de même sexe) ซึ่งผลจากการตราพระราชบัญญัติดังกล่าว ทำให้มีการเพิ่มมาตรา 143 ในประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งบัญญัติว่า “การสมรสมีขึ้นได้ระหว่างบุคคล 2 คนซึ่งต่างเพศกันหรือเพศเดียวกัน” ถือเสมือนว่าคู่สัญญาทางแพ่งเพื่อการอยู่ร่วมกันนั้นเป็นคู่สมรสตามกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งอย่างไรก็ดี แม้บุคคลที่ได้รับความคุ้มครองจะมีสถานะเป็นคู่สมรสตามกฎหมายก็ตาม แต่การมีสถานะ

ดังกล่าว ได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสโดยเฉพาะ จึงไม่สามารถนำมาปรับใช้ตามกฎหมายไทยซึ่งบัญญัติหลักเกณฑ์ของการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต้องเป็นชายและหญิงเท่านั้นไว้อย่างชัดเจน

แต่อย่างไรก็ดี ตามกฎหมาย Vermont Civil Union Bill ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติรับรองสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส โดยถือว่าคู่ชีวิตที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย Vermont Civil Union Bill มีสิทธิและหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นสิทธิและหน้าที่อันเกิดจากกฎหมาย ซึ่งรวมทั้งกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ รวมทั้งระเบียบข้อบังคับของฝ่ายบริหารหรือตุลาการ โดยเสมอภาคกับคู่สมรสทุกประการ นอกจากนี้ ถ้อยคำใด ๆ ในกฎหมายที่อ้างอิงถึง คู่สมรส ครอบครัว ญาติ หรือถ้อยคำอื่นอันเกี่ยวเนื่องกับความสัมพันธ์อย่างเช่นสามีภรรยา ให้หมายความรวมถึงคู่ชีวิตเพศเดียวกันด้วย ซึ่งถือเป็นการบัญญัติที่กล่าวถึงสถานภาพของคู่ชีวิตเพศเดียวกันให้ได้รับความรับรองคุ้มครองเช่นเดียวกับคู่สมรสอย่างเท่าเทียม โดยได้บัญญัติถึงสถานภาพนั้นไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย Vermont Civil Union Bill ดังนั้น หากนำกฎหมาย Vermont Civil Union Bill มาปรับใช้ตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ของประเทศไทย จะทำให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันมีสถานะทางกฎหมายเช่นเดียวกันกับคู่สมรสตามกฎหมายได้ ถือเสมือนว่าให้ความเสมอภาคแก่คู่ชีวิตเพศเดียวกันอย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสชายหญิงได้อย่างแท้จริง ตามเจตนารมณ์ของการร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.

6.2 ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้สามารถนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มาปรับใช้กับคู่ชีวิตเพศเดียวกันตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ให้มีสถานภาพเช่นเดียวกับสามีภรรยาตามกฎหมายไทย ตามเจตนารมณ์ของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะ ให้ดำเนินการแก้ไขร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยเห็นสมควรที่จะนำกฎหมาย Vermont Civil Union Bill ของมลรัฐเวอร์มอนต์ ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งบัญญัติรับรองและคุ้มครองสถานภาพคู่ชีวิตเพศเดียวกันตามกฎหมายเท่าเทียมกับ คู่สมรส โดยกล่าวถึงคู่ชีวิตเพศเดียวกันให้มีสิทธิและหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นสิทธิและหน้าที่อันเกิดจากกฎหมาย ซึ่งรวมทั้งกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ รวมทั้งระเบียบข้อบังคับของฝ่ายบริหารหรือตุลาการ โดยเสมอภาคกับคู่สมรสทุกประการ นอกจากนี้ ถ้อยคำใด ๆ ในกฎหมายที่อ้างอิงถึง คู่สมรส ครอบครัว ญาติ หรือถ้อยคำอื่นอันเกี่ยวเนื่องกับความสัมพันธ์อย่างเช่นสามีภรรยา ให้หมายความรวมถึงคู่ชีวิตเพศเดียวกันด้วย มาปรับใช้กับร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ที่ต้องการให้คู่ชีวิตเพศเดียวกันมีความเสมอภาคดังเช่นคู่สมรสชายหญิง

ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะให้เพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับสถานภาพระหว่างคู่ชีวิตไว้เป็นหมวดหนึ่งโดยเฉพาะ ในร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. โดยกำหนดให้มีหมวด 2 ว่าด้วยสถานภาพระหว่างคู่ชีวิต ไว้ในร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยนำบทบัญญัติของกฎหมาย Vermont Civil Union Bill มลรัฐเวอร์มอนต์ ประเทศสหรัฐอเมริกา มาใช้บังคับแก่คู่ชีวิตเพศเดียวกันตามร่าง

พระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. โดยอนุโลม และเลื่อนบทบัญญัติมาตรา 9 หมวด 2 ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิต มาตรา 10 หมวด 3 ว่าด้วยทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต มาตรา 11 ถึงมาตรา 14 หมวด 4 ว่าด้วยการสิ้นสุดของการเป็นคู่ชีวิต รวมถึงบทบัญญัติมาตรา 15 หมวด 5 ว่าด้วยมรดก แห่งร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ไปบัญญัติใหม่เป็นมาตรา 10 หมวด 2 มาตรา 11 หมวด 4 มาตรา 12 ถึงมาตรา 15 หมวด 5 และ มาตรา 16 หมวด 6 โดยอาศัยข้อความเดิม กล่าวคือ

หมวด 2

สถานภาพระหว่างคู่ชีวิต

มาตรา 9 คู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ มีสถานภาพตามกฎหมายเช่นเดียวกับคู่สมรสทุกประการ และ ข้อความในกฎหมายใดที่กล่าวถึงคู่สมรส หรือ อ้างถึงความสัมพันธ์อย่างเช่นสามีภรรยาในกฎหมายอื่น ให้หมายความรวมถึงคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย

จากการเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าว ทำให้สถานภาพของคู่ชีวิตเพศเดียวกันมีบทบัญญัติรับรองให้มีสถานะเทียบเท่าสามีภรรยาตามกฎหมาย ซึ่งการมีสถานะดังกล่าวได้ครอบคลุมถึงการข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ด้วย โดยถือว่าคู่ชีวิตเพศเดียวกันมีสถานะเป็นสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 โดยปริยาย กล่าวคือ หากคู่ชีวิตเพศเดียวกันได้กระทำความผิดอาญาต่อกันครบองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ก็สามารถนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการลดโทษที่ใช้บังคับกับสามีภรรยา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่ มาปรับใช้กับคู่ชีวิตเพศเดียวกันได้โดยตรง

นอกจากนั้นการเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าว ไม่ใช่เป็นการรับรองสถานะของคู่ชีวิตเพศเดียวกันตามประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น แต่เป็นการรับรองสถานะของคู่ชีวิตเพศเดียวกันให้มีสถานภาพเช่นเดียวกับสามีภรรยาตามกฎหมายอื่น ๆ ด้วย

บรรณานุกรม

กมลวรรณ อยู่วัฒน์. **มาตรการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพศเดียวกันในการอยู่ร่วมกันฉันสามี**

ภริยา. รายงานการวิจัย เสนอต่อมหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา, 2558.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1.** พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม.

กรุงเทพฯ: พลสยามพริ้นติ้ง, 2551.

คณิต ณ นคร. **ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ.** พิมพ์ครั้งที่ 5.

นิติธรรม, 2538.

จิตติ ติงศภัทัย. **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ก่อนมีการแก้ไข ปี พ.ศ. 2550 ภาค 2 ตอน 1.**

กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2506.

ฉัตรชัย เอมราช. **ความไม่เสมอภาคในการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติ**

การจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ สถาบัน
บัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2557.

ณัฐรุณี ชื่นโพธิ์กลาง. **ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีเพศ**

เดียวกัน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต, 2557.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป.** พิมพ์ครั้งที่ 10 ปรับปรุงใหม่.

กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. **ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง.** พิมพ์ครั้งที่ 17 แก้ไขเพิ่มเติม.

กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548.

ธานินทร์ กรัยวิเชียร. **ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา. วารสารนิติศาสตร์.** 2, 4 (เมษายน-

มิถุนายน 2517): 44-81.

นیرชา ฐานพงษ์. **กระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองเด็กผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงใน**

ครอบครัว: วิเคราะห์พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงใน

ครอบครัว พ.ศ. 2550. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, 2553.

บุญสวย เชิดเกียรติกุล. **ข่มขืนกระทำชำเรา. วารสารอัยการ.** 3 (มีนาคม 2523): 61-65.

ประสพสุข บุญเดช. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว.**

พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553.

ประสิทธิ์ พัฒนอมร. **ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะ**

นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522.

ปรินดา เวทพิสัย. **ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณีผู้ถูกกระทำ.**

สารนิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

พรสิริ สุริยกันต์. **การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมระหว่างคู่สมรส: ศึกษาเปรียบเทียบ.**

วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550. ค้นวันที่ 5 สิงหาคม 2560 จาก <http://www.thailawforum.com/thailand-domestic-violence-law-th/>

พิชญานา เจียมแท้. **ความหมายและมาตรการทางกฎหมายต่อการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว: ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโท บัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560. **ราชกิจจานุเบกษา.** 134, 40 ก (6 เมษายน 2560). **ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.** ค้นวันที่ 5 สิงหาคม 2560 จาก <https://www.isranews.org/isranews-scoop/19307-ร่างกฎหมาย.html>

วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล และคณะ. **การประเมินกระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองสวัสดิภาพบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัว.** กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร, 2546.

วันทนี วาสิกะสิน. **ปัญหาพฤติกรรมทางเพศของมนุษย์กับงานสังคมสงเคราะห์.** กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.

วิมลศิริ ชำนาญเวช. **สิทธิในการสมรสของคนรักเพศเดียวกัน.** วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 41, 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2555): 877-878.

ศิวดี เกิดเจริญ. **ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต่อความผิดฐานอนาจาร.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโท บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.

สำนักงานกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว, ฝ่ายนิติการ, กองกลาง. **คำอธิบายพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550.** กรุงเทพฯ: สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ, 2550

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. **ประมวลกฎหมายอาญา.** ค้นวันที่ 27 มิถุนายน 2560 จาก <http://www.krisdika.go.th>

สิทธิและหน้าที่ของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ. ค้นวันที่ 5 สิงหาคม 2560 จาก <http://www.thethailaw.com/law27/lawpdf/law4/4-17.pdf>

สุชาดา เหล่าพูลสุข. **ความผิดทางเพศ: กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโท บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548.

สุชีลา ตันชัยนันท์. **เศรษฐศาสตร์การเมืองว่าด้วยวิธีวิเคราะห์ปัญหาข่มขืนและรูปแบบความรุนแรงทางเพศ.** วารสารเศรษฐศาสตร์การเมือง. 4 (กรกฎาคม 2528): 89-102.

สุปิ่น พูลพัฒน์. **คำอธิบายกฎหมายอาญาเรียงมาตรา.** พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2521.

สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. **ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโท บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. **หลักกฎหมายอาญา**. พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.
- หยุด แสงอุทัย. **กฎหมายอาญา ภาค 1**. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.
- หยุด แสงอุทัย. บุคคลที่ไม่สามารถเป็นตำรวจได้ในทางอาญา. **บทบัญญัติ**. 20, 4 (2520): 783.
- อัมพร แจ่มสุวรรณ. **ข่มขืนกระทำชำเรา: บทบาทของแพทย์ตามกฎหมายใหม่**. ค้นวันที่ 5 สิงหาคม 2560 จาก <https://www.doctor.or.th/clinic/detail/7096>
- All-Embracing Partnership Act**. Retrieved August 5, 2017 from <http://www.Telegraph.co.uk/news/uknews/1499995/All-embracing-partnership-Act.html>
- Anderson, Melisa J. Lawful Wife, Unlawful Sex – Examining The Effect of the Criminalization of Marital Rape in England and the Republic of Ireland. **Georgia Journal of International & Comparative Law**. 27, 139 (1998): 150-151.
- Anderson, Michelle J. Marital Immunity, Intimate Relationships, and Improper Inferences: A New Law on Sexual Offenses by Intimates. **Villanova University School of Law and Legal Theory**. 2003-7 (August 2003): 1477-1478.
- Belliot, Nicolas. **Is the Civil Pact of Solidarity (Pacs) Competitive or Complementary with Marriage in France ?**. Retrieved August 5, 2017 from http://www.iussp.org/sites/default/files/event_call_for_papers/Abstract%20BELLIOT%20UIESP%202013.pdf
- Bensussan, P. Marital Rape According to France Law: Desire, Need and Consent. **Sexologies**. 18, 3 (July-September 2009): 182-185.
- The Civil Partnerships Act 2004**. Retrieved August 5, 2017 from https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/pdfs/ukpga_20040033_en.pdf
- Civil Solidarity Pact (Pacs)**. Retrieved August 5, 2017 from <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2012/8/20/JUSC1116944D/jo/texte>
- Civil Union in Vermont. **Vermont Department of Health**. Retrieved August 5, 2017 from <http://healthvermont.gov/research/records/civil.pdf>
- Code Civil of France**. Retrieved August 5, 2017 from <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Francia-French-Civil-Code-english-version.pdf>
- Conway, Lorraine and Fairbairn, Catherine. **The Civil Partnership Bill [HL]: Background and Debate**. Retrieved August 5, 2017 from <http://www.parliament.uk/business/publications/research/briefingpapers/RP04-64/civil-partnership-bill-hl-bill-132-of-200304>
- E., Roger M. **Understanding Family Law**. London: Carvendish, 2004.

- Finney, Andrea. **Domestic Violence, Sexual Assault and Stalking: Findings from the 2004/05 British Crime Survey**. Wales: Home Office, 2006.
- Fus, Theresa. Criminalizing Marital Rape: A Comparison of Judicial and Legislative Approaches. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**. 39 (2006): 485-486.
- Goldberg, Carey. Vermont High Court Backs Rights of Same-Sex Couples. **The New York Times**. (21 December 1999). Retrieved August 5, 2017 from <http://www.nytimes.com/1999/12/21/us/vermont-high-court-backs-rights-ofsame-sex-couples.html>
- The House and Senate. **State of Vermont Legislative Council**. Retrieved August 5, 2017 from <http://hrc.vermont.gov/sites/hrc/files/pdfs/ss%20marriage/s115faq.pdf>
- JORF n°0158 du 10 juillet 2010 page 12762 texte n° 2. Retrieved August 5, 2017 from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022454032&categorieLien=id>
- Klarfeld, Jessica. A Striking Disconnect: Marital Rape Law's Failure to Keep Up with Domestic Violence Law. **American Criminal Law Review**. 48 (2011): 1825-1828.
- Lalement, R. **France QRD: the Civil Solidarity Pact**. Retrieved August 5, 2017 from http://www.unc.edu/depts/europe/francophone/a_la_carte/pacs/qrd_pacs.pdf
- LaRave, Wayne R. and Scott, Austin W., Jr. **Criminal Law**. St. Paul, Minn: West, 1972.
- The Law Reform Commission. **Report on Nullity of Marriage**. (October 1984): 515-714. Retrieved August 5, 2017 from http://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/rNullity.pdf#page=10
- Law Teacher. **Capacity to Marry**. Retrieved August 5, 2017 from <http://www.lawteacher.net/family-law-resources/Capacity-to-Marry.php>
- Locton, Deborah and Ward, Richard. **Domestic Violence**. London: Cevendish, 1997.
- Lowes, Ellie. **Civil Partnerships are Open Only to Same-Sex Couples. Does this Discriminate Against Opposite-Sex Couples? What Effect will the Gay Marriage Bill have on this Discrimination ?**. Clare College. Retrieved August 5, 2017 from http://www.iaml.org/cms_media/files/civil_partnerships_are_open_only_to_same_sex_couples.pdf
- Marriage Act 1949**. Retrieved August 5, 2017 from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/12-13-14/76/contents>
- Martin, Claude and Théry, Irène. The Pacs and Marriage and Cohabitation in France. **International Journal of Law Policy and the Family**. 14, 3 (March 2001):

- 135-158. Retrieved August 5, 2017 from <http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/19/99/63/PDF/they.pdf>
- Mayaud, Yves et Gayet, Carole. **CODE PENAL EDITION 2011**. 108 edition. Paris: Dalloz, 2010.
- McCary, Jame Leslie. Sex in Later Year. In **Human Sexuality**. New York: D. Van Nostrand, 1973.
- Merin, Yuval. **Equality for Same-Sex Couples Legal Recognition of Gay Partnership in Europe and the United State**. Chicago: The University of Chicago Press, 2002.
- Mirrlees-Black, Catriona. **Domestic Violence Findings from a New British Crime Survey Self-Completion Questionnaire**. London: S.L., 2004.
- Molan, Michael T. **Criminal law: Textbook**. 3rd ed. London: Old Bailey, 2011.
- Mulligan, Steve. Redefining Domestic Violence: Using the Power and Control Paradigm for Domestic Violence Legislation. **Children's Legal Right Journal**, 29, 1 (Spring 2009): 34-36.
- Notaires de France. **Civil Solidarity Pact (Pacs)**. Retrieved August 5, 2017 from <http://www.notaires.fr/en/civil-solidarity-pact-pacs>
- Russell, Diana E. H. **Rape in Marriage**. Bloomington: Indiana University Press, 1990.
- Vermont Civil Union Bill**. Retrieved August 5, 2017 from <http://www.dfr.vermont.gov/reg-bul-ord/civil-unions-1>
- Wells, William C. and Gubar, George. Life Cycle Concept in Marketing Research. **Journal of Marketing Research**. 3 (1996): 355-363.

ภาคผนวก

ร่าง
พระราชบัญญัติ
การจดทะเบียนคู่ชีวิต
พ.ศ.

โดยที่เป็นการสมควรมีกฎหมายว่าด้วย การจดทะเบียนคู่ชีวิต

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า "พระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต
พ.ศ."

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่
วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้
"คู่ชีวิต" หมายความว่า บุคคลสองคนซึ่งเป็นเพศเดียวกันและได้จดทะเบียน
ตามพระราชบัญญัตินี้
"การจดทะเบียน" หมายความว่า การจดทะเบียนเพื่อความสะดวก
ทางกฎหมาย

"นายทะเบียน" หมายความว่า เจ้าพนักงานซึ่งรัฐมนตรีผู้มีหน้าที่รักษาการ
ตามพระราชบัญญัตินี้ได้แต่งตั้งขึ้น

มาตรา ๔ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้
และให้อำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้
กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้

160 100

หมวด ๑
เงื่อนไขการจดทะเบียนคู่ชีวิต

มาตรา ๕ การจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ ให้กระทำได้เมื่อบุคคลมีอายุ
ยี่สิบปีบริบูรณ์ขึ้นไป และมีสัญชาติไทย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย

มาตรา ๖ การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะกระทำได้อต่อเมื่อบุคคลทั้งสองฝ่ายแสดงความ
ยินยอมให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย
การจดทะเบียนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามแบบ หลักเกณฑ์และวิธีการตามที่
กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

มาตรา ๗ การจดทะเบียนจะกระทำมิได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

- (๑) ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ คน
ไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ
- (๒) ถ้าบุคคลทั้งคู่เป็นญาติสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นพ่
น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ซึ่งความเป็นญาติ
ดังกล่าวให้ถือตามสายโลหิต โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นญาติโดยชอบด้วย
กฎหมายหรือไม่
- (๓) มีคู่สมรส หรือได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้อยู่ก่อนแล้ว

มาตรา ๘ การจดทะเบียนคู่ชีวิตในต่างประเทศระหว่างคนที่มีสัญชาติไทยด้วยกัน
หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทยให้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

หมวด ๒
ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิต

มาตรา ๙ ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ให้นับว่าคู่ชีวิตว่า
ด้วยความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย
ครอบครัวมาบังคับใช้โดยอนุโลม

คู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเสมือนคู่สมรสตาม
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่น เช่น สิทธิในการใช้ชื่อสกุล สิทธิตามกฎหมาย
เกี่ยวกับการประกันภัยหรือประกันชีวิต สิทธิตามกฎหมายว่าด้วยบำนาญข้าราชการ สิทธิตาม
กฎหมายประกันสังคม สิทธิในการลดหย่อนภาษี สิทธิของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธี
พิจารณาความอาญาและสิทธิอื่นๆตามกฎหมาย

หมวด ๓

ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต

มาตรา ๑๐ ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ให้นำบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมาบังคับใช้โดยอนุโลม

หมวด ๔

การสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิต

มาตรา ๑๑ คู่ชีวิตย่อมสิ้นสุดลงด้วยความตาย การสมภารใจเลิกกันโดยการจดทะเบียน หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอน

มาตรา ๑๒ เหตุที่จะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิต มีดังต่อไปนี้

- (๑) การฝ่าฝืนเงื่อนไขการจดทะเบียนคู่ชีวิต ตามหมวด ๑ แห่งพระราชบัญญัตินี้
- (๒) การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ได้กระทำโดยสำคัญผิด ถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ และให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๐๕ ถึง มาตรา ๑๕๐๘ และมาตรา ๑๕๑๑ ถึง ๑๕๑๓ มาบังคับใช้โดยอนุโลม
- (๓) กรณีมีเหตุ ตามมาตรา ๑๕๑๖ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการพิจารณาเหตุตาม(๓) แห่งมาตรานี้ ให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๑๗ ถึง มาตรา ๑๕๑๙ มาบังคับใช้โดยอนุโลม

มาตรา ๑๓ การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ฝ่าฝืน มาตรา ๕ มาตรา ๖ และ มาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัตินี้ ไม่เป็นเหตุให้บุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิตโดยสุจริตเสื่อมเสียสิทธิที่ได้มาเพราะการจดทะเบียนคู่ชีวิตก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิต แต่การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ฝ่าฝืน มาตรา ๗ ไม่ทำให้คู่ชีวิตเกิดสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง

มาตรา ๑๔ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วยการสิ้นสุดแห่งการสมรส เช่น ผลการเพิกถอนการสมรส สิทธิเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู ค่าทดแทนค่าเลี้ยงชีพ และการจัดการทรัพย์สินกรณีการหย่า มาใช้บังคับกับการสิ้นสุดของการจดทะเบียนคู่ชีวิตโดยอนุโลม

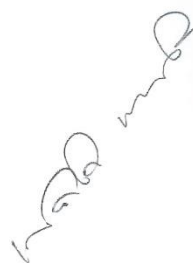


หมวด ๕

มรดก

มาตรา ๑๕ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๖ ว่า
ด้วยมรดก มาใช้บังคับกับสิทธิและหน้าที่ในการรับมรดกของคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้โดยอนุโลม

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

.....
นายกรัฐมนตรี

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล

นางสาวสิรภัทร ปิยะเวช

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต
มหาวิทยาลัยทักษิณ
ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2554