

บทที่ 4

วิเคราะห์ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้ง การแยกกันอยู่ระหว่างสามีและภรรยา

หลักจารีตประเพณีในสังคมไทยยอมรับว่าการสมรสเป็นการแสดงออกซึ่งความยินยอมของภรรยาที่จะร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์กับชายผู้เป็นสามี ประกอบกับหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวบัญญัติหลักกฎหมายไว้อย่างชัดเจนในส่วนของการสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาตามมาตรา 1461 วรรคแรกซึ่งบัญญัติว่า "สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา" ซึ่งหมายความรวมถึง การร่วมประเวณีด้วย หากภริยาปฏิเสธไม่ยอมให้สามีร่วมประเวณีด้วยแล้วสามีใช้กำลังบังคับภริยา สามีไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ทั้งนี้เพราะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นการข่มขืนกระทำชำเราต่อหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เชิญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่นโดยเจตนา¹ จึงเห็นได้ว่าคำว่า "ซึ่งมิใช่ภริยาของตน" เป็นองค์ประกอบในทางปฏิเสธ หากผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราได้กระทำต่อหญิงผู้เป็นภริยา ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญานี้

4.1 สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นกรณีที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาเมื่อสามีภริยาแยกกันอยู่

ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นกรณีที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่โดยการสอบถามจากผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องจากหน่วยงานต่างๆ ทั้งของภาครัฐและเอกชน พบว่าประเด็นปัญหากรณีดังกล่าวนี้นับว่าเป็นประเด็นที่มีความสำคัญยิ่ง ทั้งนี้เพราะเป็นประเด็นปัญหาที่มีส่วนสัมพันธ์กับหลักสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ การที่บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 บัญญัติกฎหมายโดยวางหลักการกระทำ ความผิดฐานข่มขืน

¹คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 182.

กระทำซ้ำเราว่าผู้กระทำต้องกระทำต่อหญิงอื่น หากผู้กระทำการได้กระทำต่อหญิงซึ่งเป็นภริยาของตน ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบช้ขึ้นกระทำซ้ำเรา เป็นเหตุให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง อีกทั้งยังเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อสามีในการใช้กำลังบังคับภริยาให้ร่วมประเวณีกับตนอันเป็นการขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน

จากการสอบถามผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ในการดูแลและคุ้มครองหญิงผู้ตกเป็นเหยื่อจากการทำร้ายของสามีพบว่า ปัจจุบันมีภริยาจำนวนมากที่ต้องทนทุกข์ทรมานจากการกระทำรุนแรงของสามี โดยที่ภริยาเหล่านั้นต้องทนยอมรับกับสภาพที่เกิดขึ้น ทั้งนี้เพราะภริยาเหล่านั้นเกรงว่าหากแจ้งเรื่องที่เกิดแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจทราบจะก่อให้เกิดผลร้ายต่อครอบครัวของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่มิได้บัญญัติว่าการกระทำดังกล่าวของสามีถือเป็นการผิดฐานช้ขึ้นกระทำซ้ำเรา ดังนั้นจึงมีภริยาจำนวนมากที่ถูกสามีของตนบังคับให้ร่วมประเวณีโดยที่ภริยาไม่ยินยอม นอกจากนี้ในบางกรณีภริยาไม่พร้อมที่จะร่วมประเวณีกับสามีของตนไม่ว่าด้วยสภาพร่างกายที่อ่อนแอหรือด้วยสาเหตุอื่นๆ อันมิอาจกล่าวล่วงได้ แต่ภริยาต้องยอมร่วมประเวณีกับสามีของตน ทั้งนี้เพราะภริยาไม่มีโอกาสที่จะปฏิเสธ การกระทำดังกล่าวยอมส่งผลร้ายแก่ภริยาโดยหลีกเลี่ยงมิได้ กรณีปัญหาดังกล่าวได้รับการยืนยันจากสภาประชากรในการสัมมนาระดมความคิดเห็นเรื่อง "แนวทางแก้ไขกฎหมายอาญาในฐานความผิดทางเพศ: สังคมไทยพร้อมเพียงใด" โดยสถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด เครือข่ายผู้หญิงกับรัฐธรรมนูญ ร่วมกับแนวร่วมเพื่อความก้าวหน้าของผู้หญิงและสภาประชากร ที่ได้ทำการสำรวจและศึกษาสภาพปัญหาโดยการลงพื้นที่พบว่า มีภริยาผู้ถูกสามีช้ขึ้นกระทำซ้ำเราในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่เป็นจำนวนมาก บางรายถูกสามีกระทำทารุณอย่างรุนแรง ตัวอย่างเช่น สามีอายุ 65 ปี ภริยาอายุ 62 ปี สามีมีความต้องการทางเพศวันละหลายครั้งเมื่อภริยาไม่ยอม สามีจับภริยามัดและช้ขึ้นกระทำซ้ำเรา ภริยาต้องทนอยู่กับความทุกข์ทั้งทางกายและทางใจ ดังนั้นทราบได้ที่กฎหมายอาญายังเปิดช่องให้สามีมีอำนาจเหนือภริยาสามารถร่วมประเวณีกับภริยาของตนโดยไม่มี ความผิดฐานช้ขึ้นกระทำซ้ำเรา ความเดือดร้อนและความทุกข์ย่อมตกแก่หญิงผู้เป็นภริยา ดังนั้นจึงเห็นควรที่จะมีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ให้สามีมีความผิดฐานช้ขึ้นกระทำซ้ำเราภริยาของตน ทั้งนี้เพราะกรณีสามีช้ขึ้นกระทำซ้ำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่มิใช่เรื่องชอบธรรมที่จะปล่อยปละละเลย²

² คำให้สัมภาษณ์ของ คุณดุสิตา พิงลำภาญ ในหนังสือพิมพ์มติชนรายวัน วันพฤหัสบดีที่ 23 กันยายน 2545, หน้า 14.

ในบางกรณีภริยาผู้ซึ่งถูกกระทำละเมิดได้ร้องทุกข์ต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจกรณีสามีใช้กำลังข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่เป็นเหตุให้ภริยาได้รับอันตรายแก่กาย เจ้าหน้าที่มักจะเห็นว่าข้อพิพาทในครอบครัวกรณีดังกล่าวมิใช่คดีที่ต้องให้ความสำคัญมากนัก ทั้งที่ความจริงแล้วกรณีดังกล่าวเป็นความรุนแรงในครอบครัว การที่เจ้าหน้าที่ละเลยไม่พิทักษ์สิทธิของภริยา โดยไม่ยอมรับแจ้งความหรือไม่ดำเนินคดี เจ้าหน้าที่คงเพียงแต่เรียกให้สามีภริยามาไกลเกลี่ยประนีประนอมกัน แม้ภริยาผู้ถูกละเมิดต้องการให้ดำเนินคดีถือว่าเป็นการปฏิเสธกระบวนการยุติธรรมในเบื้องต้น นอกจากนี้ในบางครั้งการไกลเกลี่ยประนีประนอมกันดังกล่าวกลับเป็นผลร้ายต่อภริยา ทั้งนี้เพราะภริยายังคงถูกสามีทำร้ายต่อไปไม่มีความเช็ดหลาบ อีกทั้งยังไม่มีมาตรการทางอาญาลงโทษสามีผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาของตนในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่อย่างแท้จริง

จากแนวความคิดของการให้ความสำคัญต่อการดำรงรักษาครอบครัว ความเป็นส่วนตัวของครอบครัว การให้สิทธิพิเศษแก่สามีประกอบกับแนวความคิดในการคุ้มครองความเป็นอิสระในการปกครองตนเองของครอบครัวตามจารีตประเพณีซึ่งเป็นอุดมคติที่มีคุณค่าสำคัญ จึงนำมาสู่ความขัดแย้งกับหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสมาชิกของรัฐที่อ่อนแอ ทั้งนี้เพราะแนวความคิดเรื่องความเป็นส่วนตัว และการเน้นถึงการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวอาจก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้ที่ย่อมนแอที่อยู่ในสถานที่ที่เรียกว่า "ที่ส่วนบุคคล" ดังนั้น "บ้าน" จึงเป็นสถานที่ที่ผู้มีอำนาจเหนือกว่าสามารถกระทำการใดๆ ได้โดยปราศจากการยับยั้งจากบุคคลภายนอก การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของสามีภริยาจึงอาจก่อความเสียหายแก่สิทธิของอีกฝ่ายได้ทางหนึ่งด้วย ตัวอย่างเช่น สิทธิของภริยาที่จะได้รับความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตร่างกายตามกฎหมาย

ดังนั้นการแบ่งแยกเรื่องในบ้านและนอกบ้าน (public and private spheres) อย่างเด็ดขาดชัดเจนนี้จึงส่งผลให้การเข้าไปจัดการของรัฐกรณีการข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นระหว่างสามีภริยาเป็นไปได้ยาก จากบทสัมภาษณ์ของเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับปัญหาดังกล่าวได้ยอมรับว่า กรณีปัญหาดังกล่าวมักถูกมองว่าเป็นเรื่องธรรมดาระหว่างสามีภริยา จึงเป็นการยากที่รัฐจะเข้าไปจัดการดูแลและควบคุม³ ปัญหาดังกล่าวจึงถูกหยิบยกขึ้นในการสนทนาเรื่อง "แนวทางแก้ไขกฎหมายอาญาในฐานะความผิดทางเพศ: สังคมไทยพร้อมเพียงใด" ที่จัดขึ้นโดยสถาบันกฎหมายอาญาสำนักงานอัยการสูงสุด เครือข่ายผู้หญิงกับรัฐธรรมนูญ ร่วมกับแนวร่วมเพื่อความก้าวหน้าของผู้หญิงและสภาประชากร ได้กล่าวว่า ความรุนแรงในครอบครัวไม่ใช่เรื่องส่วนตัวอีกต่อไป กลไกของรัฐต้อง

³ คำให้สัมภาษณ์ของ พล.ต.ท. โสภณ วารานนท์ ในมติชนรายวัน 24 กรกฎาคม 2539, หน้า 12.

เข้าไปแทรกแซงเพื่อแก้ไขปัญหาก็ยังต้องมีกระบวนการที่ไม่ทำให้ครอบครัวแตกร้าง ทั้งนี้เพราะความรุนแรงที่เกิดขึ้นภายในครอบครัวจะส่งผลกระทบต่อบุตรที่อยู่ในครอบครัว บุตรจะได้รับความรุนแรงต่างๆ ที่เกิดขึ้น อันเป็นการก่อให้เกิดพฤติกรรมเบี่ยงเบนและมีแนวโน้มที่บุตรจะก่ออาชญากรรมขึ้นในอนาคต อีกทั้งยังต้องยอมรับความจริงที่ว่าเรื่องของความรุนแรงที่เกิดขึ้นนี้มีใช่เรื่องส่วนตัว⁴

นอกจากนี้การที่ภริยาไม่แจ้งเรื่องราวที่ถูกสามีข่มขืนกระทำชำเรา นั้นยังมีสาเหตุสำคัญๆ หลายประการ ตัวอย่างเช่น

1.) ภริยารู้สึกอับอายและเป็นตราบาป กล่าวคือ ภริยาที่ถูกสามีข่มขืนกระทำชำเรา รู้สึกอับอายที่จะเผชิญต่อสาธารณชนในสภาพที่บอบช้ำ หรือไม่ต้องการทนต่อคำครหาที่ว่าไม่มีความอดทน หรือไม่มีความรับผิดชอบต่อหน้าที่ความเป็นภริยาอันเป็นต้นเหตุที่ทำให้ครอบครัวต้องแตกสลาย หรือไม่ต้องการถูกสังคมตำหนิ⁵ การประณามจากสังคมทำให้ภริยาหวาดกลัวและหากเหตุการณ์อันเลวร้ายเกิดขึ้น หญิงจะไม่กล้าปรึกษาแพทย์⁶

2.) การข่มขืนกระทำชำเราภริยาเป็นอาชญากรรมที่ถูกละเลย เนื่องจากสังคมไม่ถือว่าเป็นเรื่องที่น่ารังเกียจ แต่เป็นเรื่องภายในครอบครัวที่เกิดขึ้นเป็นปกติในชีวิตประจำวัน ทำให้ภริยาซึ่งเป็นผู้ถูกกระทำไม่กล้าที่จะแจ้งความต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือหากแจ้งความก็มักจะถูกเกลี้ยกล่อมให้ยอมความ

3.) ภริยาหวาดกลัวต่อการถูกแก้แค้น กล่าวคือ ภริยามีความหวาดกลัวต่อการถูกทำร้ายที่รุนแรงยิ่งขึ้นจากสามี หากสามีรู้ว่าภริยาได้เข้าแจ้งความต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือขอความช่วยเหลือจากบุคคลอื่นหรือเปิดเผยให้บุคคลอื่นรู้

4.) ภริยาไร้ที่พึ่งพิง กล่าวคือ การที่ภริยาทำหน้าที่แม่บ้านไม่มีรายได้และตลอดเวลา มักจะถูกสามีแยกตัวออกจากสังคมเดิมที่เคยมีเพื่อนและญาติ การไปขอพิงพิงเพื่อนหรือญาติก็จะเป็นไปได้ยาก อีกทั้งยังอาจทำให้บุคคลเหล่านั้นต้องประสบปัญหาต่างๆ ด้วย⁷

⁴คำให้สัมภาษณ์ของ คุณทิวา ณ นคร ในหนังสือพิมพ์มติชนรายวัน วันพฤหัสบดีที่ 23 กันยายน 2545, หน้า 14.

⁵จูไรต์น์ จันทร์ธำรง, "เพศ อำนาจ และความรุนแรง," สตรีทัศน์ 8, ฉบับที่ 4-5 (ตุลาคม 2535-มกราคม 2536): 28-39.

⁶ฤดี เจริญชัย, ปัญหาและแนวทางการต่อสู้ของผู้หญิง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรสัมพันธ์, 2519), หน้า 67.

⁷จูไรต์น์ จันทร์ธำรง, "เพศ อำนาจ และความรุนแรง," สตรีทัศน์ 8, ฉบับที่ 4-5 : 28-39.

ดังนั้น เมื่อภริยาต้องหวาดหวั่นต่อความมั่นคงของตนเอง ภริยาจึงต้องไขว่คว้าหาที่ยึดเหนี่ยว โดยเฉพาะสามีผู้ที่เป็นบุคคลใกล้ชิดกับภริยามากที่สุด นี่คือความเป็นจริงที่สังคมกำหนดให้กับหญิงผู้เป็นภริยา^๑

อนึ่ง สาเหตุของปัญหากรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ คือ การที่กฎหมายอาญาไม่สามารถเอาผิดกับสามีฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ ทั้งนี้เพราะจากหลักกฎหมายมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ซึ่งมีใช้ภริยาของตนโดยชอบด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต" พิจารณาได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นการข่มขืนกระทำชำเราต่อหญิงซึ่งมีใช้ภริยาของตนโดยชอบด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่นโดยเจตนา^๒ จึงเห็นได้ว่าองค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราคือการข่มขืนกระทำชำเราต่อหญิงซึ่งมีใช้ภริยาของตนโดยชอบด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่นโดยเจตนา^๓ จึงเห็นได้ว่าองค์ประกอบในทางปฏิเสธ ดังนั้นการที่สามีกระทำการข่มขืนกระทำชำเราต่อหญิงผู้เป็นภริยา สามีไม่มีความผิดตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญานี้ จึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ไม่สามารถให้ความคุ้มครองหญิงผู้เป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายจากการถูกสามีข่มขืนกระทำชำเราในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ ทั้งนี้เพราะการแยกกันอยู่ต่างหากเป็นการชั่วคราวระหว่างสามีภริยานี้ไม่เป็นเหตุให้การสมรสนั้นสิ้นสุดลง หญิงยังคงเป็นภริยาของสามี สามีจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวจึงก่อให้เกิดปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อภริยาให้ต้องได้รับความเดือดร้อนจากการถูกสามีข่มขืนกระทำชำเราในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่

^๑ ฤดี เจริญชัย, ปัญหาและแนวทางการต่อสู้ของผู้หญิง, หน้า 19-20.

^๒ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 182.

4.2 ผลกระทบจากปัญหากรณีที่มีข่มขืนกระทำชำเราภริยาเมื่อสามีภริยาแยกกันอยู่

ผู้เขียนจะทำการศึกษาถึงผลกระทบจากปัญหากรณีที่มีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบต่อภริยาเอง ผลกระทบต่อสังคม และผลกระทบทางด้านเศรษฐกิจ

ผลกระทบต่อภริยาเอง ได้แก่ ผลกระทบทางด้านชีวิตร่างกาย การข่มขืนกระทำชำเราเป็นการใช้กำลังรุนแรงและเป็นการประทุษร้ายทางเพศ ดังนั้นภายหลังจากการถูกข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาผู้ถูกสามีข่มขืนกระทำชำเราจะมีความเจ็บป่วยทางร่างกายหลายด้าน ตัวอย่างเช่น เกิดอาการบาดเจ็บและอาการฟกช้ำตามบริเวณลำคอ แขน ขา โคนขา กระดูก หรือกล้ามเนื้อ การระคายเคืองในระบบสืบสาวะและอวัยวะสืบพันธุ์ ปัสสาวะไม่สะดวก บางรายมีอาการติดเชื้ออักเสบเรื้อรังของระบบสืบพันธุ์ ความผิดปกติของประจำเดือน เกิดการตั้งครรภ์ซึ่งมีผลกระทบต่อทารกในครรภ์ด้วย¹⁰ นอกจากนี้ภริยาอาจมีอาการปวดศีรษะ นอนไม่หลับ รับประทานอาหารมากหรือน้อยกว่าปกติ น้ำหนักตัวเพิ่มขึ้นหรือลดลงอย่างผิดปกติ ระบบขับถ่ายผิดปกติ ผลกระทบทางด้านจิตใจหญิงซึ่งเป็นภริยาผู้ถูกสามีข่มขืนกระทำชำเราส่วนมากจะเกิดความเครียด วิดกกังวล ขาดความเชื่อมั่นในตนเอง ขาดขวัญและกำลังใจ¹¹ จากการศึกษาค้นคว้าของ Mackinnon ศาสตราจารย์ทางกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยสแตนฟอร์ดพบว่า ความรู้สึกของหญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราจะรู้สึกว่าคุณค่าของตัวเองต่ำด้อยไร้ค่า¹² ผู้เสียหายจะเกิดปัญหาภายในตัวบุคคลที่เรียกว่า "defenae machanism" ใช้การไม่ได้หรือไม่มีประสิทธิภาพอันเนื่องมาจากการที่บุคคลต้องเผชิญปัญหา หรือความเปลี่ยนแปลงก่อให้เกิดความเครียด (stress) อย่างหนักจนเกินความสามารถที่จะหลีกเลี่ยงปัญหาหรือแก้ไขปัญหาได้

¹⁰ปนัดดา พันธุ์พานิช, "ทัศนคติของบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมต่อปัญหาการดำเนินคดีข่มขืนกระทำชำเรา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), หน้า 25.

¹¹มีณฑนี บุรณเขตต์, "ก่อนมาเป็นวิทยานิพนธ์เรื่องลักษณะภูมิหลังและสภาวะทางจิตใจของผู้ถูกข่มขืนศึกษารายกรณี," สตรีทัศน์ 6, ฉบับที่ 1 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2533): 54.

¹²อรพินท์ สพฤกษ์ชัย, "ประเด็นสำคัญและข้อควรรู้เกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศ," เอกสารในการสัมมนาโครงการเวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย เรื่องกระบวนการยุติธรรมกับความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับผู้หญิง ณ โรงแรมเดอะแกรนด์ 17 กันยายน 2542. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

ด้วยตนเอง ไม่ว่าจะเป็เพราะสิ่งแวดลอมภายนอก หรือภาวะภายในร่างกายที่ทำให้เกิดความไม่สมดุลย์ภายในจิตใจ (psychological disequilibrium)¹³

นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ จากโรงพยาบาลศิริราชอธิบายหลักทางการแพทย์เกี่ยวกับผลกระทบทางด้านจิตใจของผู้เสียหายในกรณีที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราว่า กลุ่มอาการที่ได้รับบาดเจ็บจากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา หรือ rape trauma syndrome มีอาการดังต่อไปนี้ ระยะแรกจะไม่ค่อยพูด ไม่ตอบคำถามเรื่องปัญหา ขาดความเชื่อมั่นในตัวเอง กลัวตาย กลัวเสียชื่อเสียง เกิดภาพหลอน ผันรำย ระยะสุดท้ายจะมีสภาพจิตที่เรียกว่า "depress" กล่าวคือมีอาการซึมเศร้า อาจรุนแรงถึงฆ่าตัวตาย¹⁴

ผลกระทบทางด้านสังคม กล่าวคือ ปัญหากรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่นี้เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นภายในครอบครัวแต่ผลของปัญหาดังกล่าวกระทบต่อระบบสังคมด้วย กล่าวคือ การที่สถาบันครอบครัวอันเป็นสถาบันที่มีความสำคัญยิ่งในสังคมต้องประสบกับภาวะของความรุนแรงที่เกิดขึ้นในครอบครัว ย่อมส่งผลกระทบต่อความมั่นคงภายในครอบครัวคุณภาพชีวิตของครอบครัวตลอดจนกระบวนการขัดเกลาทางสังคม (socialization) ของบุตรด้วย ทั้งนี้เพราะบุตรที่อาศัยอยู่ในครอบครัวที่ใช้ความรุนแรงบิดาทำร้ายมารดา บุตรจะมีแนวโน้มใช้ความรุนแรงต่อไปในครอบครัว ดังจะเห็นได้จากการศึกษาของ Fisher พบว่าบุตรที่เติบโตจากครอบครัวที่มีความรุนแรงมักประกอบอาชญากรรมที่มีความรุนแรง ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และผลการศึกษาของ P. Jaffe พบว่าบุตรที่เติบโตจากครอบครัวที่มีความรุนแรงมักมีปัญหาด้านความประพฤติและปัญหาการปรับตัวเข้าสู่สังคม เป็นต้น ทฤษฎีที่สนับสนุนแนวความคิดดังกล่าวได้เป็นอย่างดี คือ ทฤษฎีสังคม (social learning theory)¹⁵ กล่าวคือ ทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคมเป็นกลไกที่สะท้อนให้เห็นถึงสภาวะแวดล้อมของครอบครัวที่บุคคลอาศัยอยู่ Langer ได้กล่าวไว้ในปีคริสต์ศักราช 1969 ว่า พฤติกรรมที่บุตรแสดงออกมานั้นเปรียบเสมือนกระจกเงาที่สะท้อนให้เห็นถึงสภาพแวดล้อมของครอบครัว

¹³Ellen L. Bassuls, "A crisis theory perspective on rape," in *A Rape Crisis Intervention Handbook*, ed. Sharon L. Maccombie (New York: Plenum Press, 1980), p. 121.

¹⁴ศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็ก, "สรุปสัมมนาทางวิชาการปัญหาในการดำเนินคดีละเมิดสิทธิทางเพศ," *สตรีทัศน์* 7, ฉบับที่ 1 (เมษายน 2534): 16.

¹⁵Sue Titus Reid, *Crime and criminology*, 2nd ed. (New York: Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1979), pp. 109-110.

โดยที่พฤติกรรมที่บุตรได้แสดงออกมานั้นมาจากการเรียนรู้เกิดจากสิ่งเร้า (stimulus) ผ่านเข้ามากระทบกับประสาทสัมผัส ประสาทสัมผัสก็จะทำการแปลความหมายโดยอาศัยประสบการณ์เดิม การขัดเกลาทางสังคมและอื่นๆ ทำให้เกิดการรับรู้ (perception) เมื่อผ่านการรับรู้แล้วคนเราจะสร้างปฏิกิริยาตอบสนอง (response) สิ่งเร้าที่รับรู้เป็นผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมที่เรียกว่า "การเรียนรู้" ขึ้นมา¹⁶ นอกจากนี้ทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคมได้นำหลักการเสริมแรง (reinforcement) และหลักการเชื่อมโยง (association) มาอธิบายว่าสิ่งแวดล้อมทางสังคม (social environment) หรือวัฒนธรรมเป็นตัวกำหนดเงื่อนไขทางสังคมให้กับบุตรตั้งแต่แรกเกิด นักจิตวิทยาทางการเรียนรู้ทางสังคมที่สำคัญ ตัวอย่างเช่น Sears มีความเชื่อว่าการอบรมเลี้ยงดูของครอบครัว (child – rearing practice) มีอิทธิพลต่อการปลูกฝังจริยธรรมให้แก่บุตรเป็นอย่างมาก ในขณะที่ Bandura มีความเชื่อที่ว่าค่านิยมและจริยธรรมของบุตร เกิดจากการเรียนรู้ โดยบุตรสังเกตพฤติกรรมของบิดามารดาหรือนุคคลใกล้เคียง ทำให้บุตรเกิดพฤติกรรมลอกเลียนแบบผู้ใหญ่¹⁷ ดังนั้นสภาพแวดล้อมจึงมีอิทธิพลต่อพฤติกรรมของบุตรมาก บุตรจะเรียนรู้จากบิดามารดาและแสดงออกโดยการเลียนแบบบิดามารดา หากครอบครัวที่บุตรอาศัยอยู่นั้นประกอบด้วยบิดามารดาที่เข้าใจกันเคารพซึ่งกันและกัน บุตรย่อมมีพฤติกรรมที่ดีไม่ก้าวร้าว จากประเด็นปัญหากรณีสามีใช้กำลังบังคับภรรยาให้ร่วมประเวณีกับตน โดยภรรยาไม่ยินยอมนั้นย่อมทำให้บุตรเรียนรู้พฤติกรรมความรุนแรงอันเป็นเหตุให้บุตรมีพฤติกรรมรุนแรงด้วย

นอกจากนี้บุตรที่มีประสบการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้นภายในครอบครัวจะส่งผลกระทบต่อจิตใจได้สำนึกที่มีส่วนผลักดันให้บุตรมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดหรือประพฤตินอกรวม¹⁸ ทั้งนี้เป็นไปตามทฤษฎีจิตวิเคราะห์ซึ่งเป็นผลงานของชาวออสเตรียชื่อ Sigmund Freud¹⁹ โดย Freud ได้วิเคราะห์บุคลิกภาพของคนประกอบด้วยส่วนสำคัญ 3 ส่วน ส่วนแรกคือ Id (สันดานดิบ) เป็นความรู้สึกของจิตมาตั้งแต่ถือกำเนิด ตัวอย่างเช่น ความกระหาย ความหิว ความต้องการ ส่วนที่สองคือ Ego (อัตตา) ความเป็นตัวของตัวเอง Ego เป็นสิ่งที่คอยควบคุมการปฏิบัติของ

¹⁶ Jame K. Whittaker, *Social treatment* (the United States of America: Aldine Puplishing Co., 1979), pp. 74-75.

¹⁷พรพนทิพย์ ศิริวรรณบุศย์, *ทฤษฎีจิตวิทยาพัฒนาการ*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 247-248.

¹⁸Edward Eldefonso, *Law enforcement and the youthful offender*, 2nd ed. (New York: John Wiley&Sons., Inc., 1973), pp. 94-95.

¹⁹Isidore Silver, *Criminology* (New York: Harper&Row, Publishers, 1981), pp. 51-54.

สันดานดิบ (id) เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของสติสัมปชัญญะอันเกิดจากวัฒนธรรมในสังคม แต่อย่างไรก็ตาม id ก็มีอาจปฏิบัติตามวัฒนธรรมได้เสมอไป ทั้งนี้เพราะความขัดแย้ง ดังนั้น Ego จึงต้องคอยกด id เอาไว้ เมื่อ id ถูกกดไว้ก็จะซ่อนตัวอยู่ในจิตใต้สำนึกอันส่งผลให้เกิดความวิตกกังวลขึ้นมา ทางออกคือต้องทำการดิ้นรนต่อสู้ แต่ไม่ว่าจะดิ้นรนต่อสู้ในรูปแบบใดก็ตาม id ก็ยังคงมีอยู่มิได้หมดไปแต่อย่างใด เพียงแต่ยังคงรอที่จะแสดงออกมาในรูปแบบอื่นๆ อีกต่อไป ส่วนที่สามคือ Superego (สติสัมปชัญญะ) เป็นส่วนของคุณธรรม คนที่มี Superego สูงเป็นคนที่มีคุณธรรมและความรับผิดชอบสูง สรุปได้ว่าบุคคลที่มีพฤติกรรมเหมาะสมคือผู้ที่มี Id Ego Superego ทำงานประสานสอดคล้องกัน โดยมี Ego เป็นตัวควบคุมให้เป็นไปตามหลักความจริง หาก Ego อ่อนแอจะส่งผลให้บุคคลนั้นไม่สามารถแก้ไขปัญหาต่างๆ ได้ เกิดความวิตกกังวล และในที่สุดก็จะหันเหไปใช้กลวิธีป้องกันตนเอง เพื่อให้ตนเองคลายความวิตกกังวลนั้น²⁰ ทั้งนี้เพราะอิทธิพลของอารมณ์มีผลกระทบต่อพฤติกรรมของบุคคล²¹ แนวความคิดในเรื่องของทฤษฎีจิตวิเคราะห์ดังกล่าวนี้อาจสรุปได้ว่า "อาชญากรรมเป็นผลสืบเนื่องมาจากจิตใต้สำนึก อีกทั้งยังส่งผลมาจากการถ่ายทอดค่านิยมความดีงามจากผู้เป็นบิดามารดาอีกด้วย ทั้งนี้เพราะ ความมีสติสัมปชัญญะของบุตรเมื่อเจริญเติบโตขึ้นมา นั้นขึ้นอยู่กับปฏิกิริยาที่มีต่อกันระหว่างบุตรกับบิดามารดาหรือบุคคลผู้ที่ทำหน้าที่แทนบิดามารดาของเด็กนั่นเอง

ดังนั้นครอบครัวจึงเป็นปัจจัยที่มีส่วนสำคัญ ในการกำหนดจิตใจ หากบิดามารดา เข้าใจกันปรองดองกัน บุตรที่เกิดมามีอ้อมรู้ถึงความอบอุ่นภายในครอบครัว จิตสำนึกของบุตรจะพัฒนาการไปในทางที่เหมาะสม โอกาสที่บุตรจะประกอบอาชญากรรมเป็นไปได้น้อยมากเมื่อเทียบกับบุตรที่เกิดมาในครอบครัวที่แตกแยก บิดามารดาทำร้ายกันและกัน บุตรย่อมได้รับความกดดันอันนำไปสู่การพัฒนาการของจิตสำนึกที่บกพร่อง โอกาสที่เด็กจะก่ออาชญากรรมเป็นไปได้มาก²² เมื่อพิจารณา ประกอบกับประเด็นปัญหากฎหมายที่มีทำร้ายภรรยา สามีใช้กำลังร่วมประเวณีกับภรรยาโดยที่ไม่อาจ

²⁰ม.ร.ว. สมพร สุทัศน์ย์, มนุษย์สัมพันธ์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 186.

²¹Jeffrey Weeks, Sexuality and its discontents: Meanings, myths and modern sexualities (London: Routledge&Kegan Paul, 1985), pp. 127-132.

²²Michael J. Lillyquist, Understanding and changing criminal behavior (Englewood Cliffs, NJ: A Prentice-Hall, Inc., 1980), pp.91-93.

ลงโทษสามีฐานข่มขืนกระทำชำเราอันเป็นการเปิดโอกาสให้สามีกระทำเช่นนั้นต่อภริยาได้ ความแตกแยกภายในครอบครัวย่อมเกิดขึ้น โอกาสที่บุตรจะประกอบอาชญากรรมจึงมีสูง

สำหรับผลกระทบทางด้านเศรษฐกิจ ได้แก่ ผลกระทบต่อการทำงานและการพัฒนา ผลที่เกิดขึ้นโดยตรงกับผู้ที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศนั้นจะส่งผลกระทบเป็นลูกโซ่ กล่าวคือ จากการศึกษาของ The U.S. Merit Systems Protection Board ในปีคริสต์ศักราช 1981 พบว่าหญิงจะขาดขวัญและกำลังใจในการทำงาน²³ นอกจากนี้ปัญหาดังกล่าวยังส่งผลให้ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการให้ความสงเคราะห์แก่ภริยาในด้านต่างๆ ด้วย²⁴

กล่าวโดยสรุปการที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่นั้น ได้สร้างปัญหาให้กับภริยาเป็นอย่างมาก เนื่องจากภริยาผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา มักจะได้รับผลกระทบจากการที่สามีข่มขืนกระทำชำเราทั้งผลกระทบในระยะสั้นและผลกระทบในระยะยาว กล่าวคือ ภริยาผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเราจะได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่ว่าจะเป็นผลกระทบต่อสภาพร่างกายจิตใจอย่างรุนแรง บางรายอาจถูกระงับถึงกับเสียชีวิต นอกจากนี้ภริยาผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเราบางรายอาจได้รับผลกระทบตามมาภายหลังได้ ตัวอย่างเช่น ภริยาผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเราอาจติดเชื้อโรคจากการข่มขืนกระทำชำเราหรืออาจตั้งครรภ์ได้ บางรายอาจมีอาการทางจิต มีความผิดปกติทางด้านอารมณ์ ไม่อาจควบคุมอารมณ์ของตนเองได้ มีอาการทางประสาท มีความรู้สึกเป็นอคติต่อสังคม อีกทั้งหากการกระทำข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำที่รุนแรง ผลกระทบที่จะเกิดแก่ภริยาผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเราก็มักจะรุนแรงมากขึ้นตามไปด้วย นอกจากผลกระทบจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีต่อตัวภริยาผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเราเองแล้ว การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรายังส่งผลกระทบต่อไปยังครอบครัวและบุคคลใกล้ชิดของภริยาเองด้วย ทั้งนี้เพราะครอบครัวและบุคคลใกล้ชิดของภริยาต้องคอยดูแลภริยาฟื้นฟูสภาพจิตใจของภริยา อีกทั้งหากภริยาตั้งครรภ์สืบเนื่องจากถูกข่มขืนกระทำชำเรา ครอบครัวและบุคคลใกล้ชิดของภริยาต้องคอยดูแลสุขภาพของภริยาและคอยเลี้ยงดูบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์สืบเนื่องจากภริยาถูกข่มขืนกระทำชำเราด้วย

²³อรพินท์ สพอิชคชัย, ประเด็นสำคัญและข้อควรระวังเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศ, หน้า 7-8.

²⁴United Nations, *Violence against women in the family* (Austria: United Nations Publications, 1989), pp. 21-24.

4.3 วิเคราะห์ความไม่เท่าเทียมกันในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพกรณีปัญหาสามีข่มขืนกระทำชำเราภรรยาเมื่อสามีภรรยาแยกกันอยู่

พื้นฐานแนวความคิดในสวนที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชายและหญิงนั้นถือว่าชายเป็นเพศที่มีความแข็งแรงกว่าหญิงและเป็นเพศที่มีความเป็นผู้นำจึงถือกันว่าชายเป็นผู้นำหรือหัวหน้าครอบครัว (pater famillias) มีอำนาจเหนือบุคคลทุกคนในครอบครัวไม่ว่าจะทางด้านร่างกายหรือทางทรัพย์สิน²⁵

เรื่องของความไม่เท่าเทียมกันของชายและหญิงนั้นมีขึ้นตั้งแต่ในสมัยอดีต ดังจะเห็นได้จากในสมัยโรมัน การใช้ชีวิตของหญิงตั้งแต่เด็กจนถึงสมรส หญิงนั้นต้องอยู่ภายใต้อำนาจการคุ้มครองตามกฎหมายของชาย ตัวอย่างเช่น เมื่อหญิงเป็นผู้เยาว์ต้องอยู่ภายใต้อำนาจของบิดา เมื่อหญิงสมรสแล้วหญิงต้องอยู่ภายใต้อำนาจของสามี²⁶ ชายผู้เป็นสามีมีสิทธิที่จะลงโทษสมาชิกในครอบครัวที่กระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นการเสียเกียรติยศ นอกจากนี้ชายผู้เป็นสามียังสามารถที่จะขายหรือยกบุคคลในครอบครัวหรือบุตรสาวให้สมรสกับบุคคลอื่นได้²⁷ โดยถือหลักที่ว่าหญิงเป็นเพียงสมบัติของชายผู้เป็นบิดาหรือชายผู้เป็นสามีซึ่งเป็นหัวหน้าครอบครัวเท่านั้น²⁸

ในสมัยโรมันแต่เดิมนั้นการสมรสเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะของหญิงอย่างแท้จริง โดยเฉพาะการสมรสที่มีข้อตกลงเรื่อง manus กล่าวคือ manus เกิดขึ้นในสมัยยุคสาธารณรัฐ โดยอาจเทียบได้กับอำนาจปกครองแห่งบิดา (patria potesta) ความหมายของคำว่า "manus" นี้ตามสมัยโรมันตอนต้น หมายความว่า อำนาจหรือกำลังของคนที่มีอยู่เหนือสิ่งที่เป็นเจ้าของ โดยสามารถควบคุมและใช้ทรัพย์สินนั้นได้ ต่อมา manus มีความหมายว่า อำนาจของหัวหน้าครอบครัวที่มีอยู่เหนือสมาชิกและทรัพย์สินของครอบครัว และต่อมาก็กลายเป็นศัพท์เทคนิคทางกฎหมายที่หมายความว่า "สิทธิตามกฎหมายของสามีที่มีเหนือทรัพย์สินและเนื้อตัวร่างกายของภรรยา"

²⁵ประชุม โฉมฉาย, เอกสารประกอบการบรรยายวิชา น 430 ประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า 6.

²⁶William L Burdick, The principle of Roman law and their relation to modern law (New York: The Lawyer Co-operative Publishing, 1983), p. 221.

²⁷J. A. Groom, Law and the life of Rome (London: The Camelot Press, 1976), p. 107.

²⁸Fanny M. Cheung, Malavika Karfekar, Aurora De Dios, Juree Vichit-Vadakan and Lourdes R. Quisumbing. Breaking the silence: Violence against women in Asia (Hongkong: Equal Opportunities Commission, 1999), p. 7.

ดังนั้นการสมรสที่มีข้อตกลงเรื่อง manus ระหว่างผู้ปกครองของหญิงกับชาย หรือที่เรียกกันว่า "cum manus" ซึ่งเป็นการให้อำนาจกับชายสามีในการใช้อำนาจปกครองเหนือร่างกายทรัพย์สินของภริยามากเป็นพิเศษ โดย Manus อาจเกิดขึ้นด้วย 3 วิธี กล่าวคือ

1. การมอบอำนาจให้กับสามีของหญิง
2. การทำพิธีกรรมทางศาสนา หรือ
3. โดยอายุความ²⁹

การสมรสที่มีข้อตกลงเรื่อง manus ส่งผลให้หญิงผู้เป็นภริยาไม่อยู่ในอำนาจปกครองของบิดาอีกต่อไปแต่จะอยู่ในอำนาจปกครองของสามีแทน หญิงจะมีสถานะเป็นเพียงบุตรสาวของสามีเท่านั้นและไม่มีสิทธิใดๆ ตามกฎหมายไปกว่าบุตรของตนเอง รวมทั้งทรัพย์สินของภริยาย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์ของสามี และอยู่ในอำนาจจัดการดูแลของสามีหรือหัวหน้าครอบครัวของสามี

ตามกฎหมายดั้งเดิมเกี่ยวกับ manus สถานภาพทางกฎหมายของหญิงนำเข้าไปรวมกันกับสามีอย่างบริบูรณ์ สามีมีอำนาจเหนือภริยาโดยเด็ดขาดเป็นอำนาจเหนือชีวิตและความตาย สามีมีอำนาจที่จะขายหรือเสียดินหรือแม้แต่ต้องการที่จะฆ่าภริยาก็สามารถทำได้³⁰ ทั้งนี้เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาตามกฎหมายโรมันเทียบเคียงได้กับความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตร โดยที่สามีมีฐานะเท่ากับบิดาและภริยามีฐานะเป็นบุตร สามีจึงมีสิทธิตามกฎหมายและถือว่าเป็นหน้าที่ตามศีลธรรม (moral obligation) ที่จะควบคุมและลงโทษความประพฤติที่ไม่เหมาะสมของภริยา³¹ ภริยามีหน้าที่เชื่อฟังคำสั่งที่ชอบด้วยเหตุผลของสามี

อนึ่ง การสมรสนั้นไม่ต้องบังคับว่าการสมรสต้องมีข้อตกลงเรื่อง manus เสมอไป ดังนั้นชายกับผู้ปกครองของหญิงอาจตกลงให้มีการสมรสโดยไม่มีข้อตกลงเรื่อง manus ก็ได้ หรือที่เรียกกันว่า "sin manus" หรือ "free marriage" โดยการสมรสที่ไม่มี manus นี้จะไม่มีผลใดๆ กับหญิงนั้นเลย หญิงยังคงมีสถานะเป็นสมาชิกในครอบครัวเดิมของหญิง หากหญิงบรรลุนิติภาวะแล้วหญิงมีสิทธิในทรัพย์สินเช่นเดียวกับหญิงโสด³²

²⁹Barry, Nicolas, *An introduction to Roman law* (Oxford: Clarendon Press, 1975), p. 122.

³⁰William L. Burdick, *The principle of Roman law and their relation to modern law*. p. 235.

³¹"Domestic abuse legislation in Illinois and other states: A survey and suggestion for reform," *University of Illinois Law Review* (1983): 263.

³²Corbett, Percy Ellwood, *The Roman law of marriage* (Oxford: Clarendon Press, 1979), p. 122.

แต่อย่างไรก็ตามอำนาจของสามีเหนือร่างกายภริยาโดยเด็ดขาดนี้มีอยู่เฉพาะในยุคต้นๆ เท่านั้น ทั้งนี้เพราะสังคมปัจจุบันเป็นสังคมยุคประชาธิปไตยเน้นหลักความเสมอภาคของบุคคลโดยไม่จำกัดเพศ ดังนั้นจึงได้มีการยกเลิกอำนาจของสามีโดยสิ้นเชิง สามีไม่มีอำนาจลงโทษหรือขายภริยาหากสามีฝ่าฝืน สามีมีความผิดตามกฎหมายได้

สำหรับเรื่องของความไม่เท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงในประเทศไทยนั้น มีมาตั้งแต่สมัยอดีต ดังจะเห็นได้จากศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงที่ได้จัดทำขึ้นในสมัยกรุงสุโขทัย ระหว่างพุทธศักราช 1828 ถึงพุทธศักราช 1835 เพศหญิงไม่มีบทบาทในทางครอบครัวหรือสังคม³³ สำหรับสถานภาพของหญิงในทางกฎหมายเมื่อสมัยกรุงศรีอยุธยาครั้งที่พระเจ้าอู่ทองทรงสถาปนากรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานีได้เพียงไม่นาน พระองค์ได้ทรงตรากฎหมายขึ้นหลายฉบับ เอกสารกฎหมายจึงเป็นเอกสารสำคัญที่ชี้ให้เห็นถึงสถานภาพหญิงไทยในสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนต้นได้เป็นอย่างดี ทั้งนี้เนื่องจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของปวงชนไว้ ตัวอย่างเช่น สิทธิและฐานะในการเป็นภริยา สำหรับสถานภาพหญิงด้านกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนกลาง สิทธิและฐานะในการเป็นภริยาจากจดหมายเหตุลาลูแบร์³⁴ ได้บันทึกไว้ว่าสามีมีอำนาจเหนือภริยา สามีสามารถขายภริยาได้ สำหรับสถานภาพหญิงด้านกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนปลาย ภริยายังคงอยู่ในฐานะที่ต่ำต้อยกว่าสามีดังเช่นในสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนต้นและตอนกลางเกือบทุกประการ เนื่องจากยังคงใช้บทบัญญัติที่มีมาตั้งแต่เดิมบังคับ³⁵

ต่อมาประเทศไทยได้มีการใช้บังคับกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ บทที่ 109 ให้สิทธิแก่สามีที่จะยกภริยาของตนให้กับผู้อื่นเหมือนเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งได้ กฎหมายเหล่านี้สะท้อนค่านิยมของสังคมในอดีตที่มีการยอมรับอำนาจเด็ดขาดของสามีที่มีเหนือชีวิตของภริยา อำนาจที่มีลักษณะเดียวกันกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ภริยาจึงเป็นส่วนหนึ่งของกองทรัพย์สินเช่นเดียวกับพวกทาสหรือ

³³ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 1.

³⁴ซีมง เดอ ลาลูแบร์, ราชอาณาจักรสยาม แปลโดย สันต์ ท. โกมลบุตร (พระนคร: ก้าวหน้าการพิมพ์, 2510), หน้า 229-233.

³⁵กฎหมายตราสามดวง เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: องค์การค้าของคุรุสภา, 2515), หน้า 323.

กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ บทที่ 109 มาตรา 12 บัญญัติว่า "ผู้ใดเล่นหาแก่ท่าน ยกภริยาดังชีวิตให้แก่ท่าน ด้วยเล่นหาแล้ว แลอยู่จะมาคืนเอาเล่า ท่านว่าจะคืนมิได้เลย"

สัตว์เลี้ยง³⁶ จากข้อพิจารณาเบื้องต้นจึงเห็นได้ว่า หญิงมีสภาวะที่ต่ำด้อยกว่าชาย โดยสภาวะเช่นนี้เกิดขึ้นจากวัฒนธรรมและกฎหมายที่สังคมวางแบบแผนไว้

นอกจากนี้ปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการสร้างความเสมอภาคของหญิงไทยได้แก่ สภาพสตรีระหว่างร่างกาย การอบรมเลี้ยงดู วัฒนธรรม ค่านิยมของสังคม ระบบการศึกษา ความใจกว้างของเพศชาย ข้อบัญญัติทางกฎหมายและกฎระเบียบ ความเชื่อทางศาสนา การขาดมาตรการในเชิงรุก และสื่อที่ยังตอกย้ำภาพลักษณ์เก่าๆ สิ่งต่างๆ เหล่านี้เป็นสาเหตุที่ทำให้หญิงถูกแบ่งแยกทางเพศและมิได้รับโอกาสทัดเทียมกับชายในลักษณะต่างๆ

เมื่อวัฒนธรรมคือระบบสัญลักษณ์ที่มนุษย์สร้างขึ้นและมีใช้ระบบที่เกิดขึ้นโดยสัญชาตญาณย่อมหมายความว่า วัฒนธรรมคือสิ่งที่มนุษย์จะต้องเรียนรู้และจะต้องมีการถ่ายทอดวัฒนธรรม การถ่ายทอดวัฒนธรรมที่เห็นได้ชัดที่สุดเริ่มต้นจากสถาบันครอบครัว ครอบครัวไทยมักจะถ่ายทอดวัฒนธรรมที่ว่า ชายต้องเป็นหัวหน้าครอบครัวเป็นผู้นำ ส่วนหญิงต้องเป็นผู้ตาม จนมีคำกล่าวที่ได้ยินเสมอๆ ว่า "ผู้ชายเป็นช้างเท้าหน้า ผู้หญิงเป็นช้างเท้าหลัง"

การกดขี่และหม่อมมาทางวัฒนธรรม คือ การอบรมสั่งสอนหญิงจนหญิงเกิดปัญหาต่างๆ ขึ้น ปัญหาดังกล่าวแยกได้ 5 กรณีดังนี้

1. ปัญหากุลสตรี กล่าวคือ การที่สังคมอบรมสั่งสอนและปลูกฝังหญิงให้หญิงเป็น "กุลสตรี" เป็นผู้ที่ต้องยอมจำนน ยอมรับทุกขัทรมาณ โดยไม่ปรีปากบ่น
2. ปัญหาอ่อนแอ สังคมมักปลูกฝังการอบรมสั่งสอนที่ว่าหญิงนั้นอ่อนแอกว่าชายทั้งทางกายและจิตใจ
3. ปัญหาครอบครัว สังคมมักปลูกฝังการอบรมสั่งสอนหญิงว่าครอบครัวหรือบ้านเป็นที่อยู่ของหญิง นอกบ้านเป็นเรื่องของชาย ดังนั้นความคิดของหญิงจึงอยู่เพียงงานและหน้าที่ในบ้าน
4. ปัญหาความรัก สังคมมักสอนหญิงว่าความรักอยู่เหนือสิ่งอื่นใด
5. ปัญหาความสวยและความบริสุทธิ์ สังคมมักปลูกฝังการอบรมสั่งสอนหญิงว่าความสวยและความบริสุทธิ์เป็นสิ่งที่หญิงพึงมีไว้ หญิงจึงเป็นเพียงวัตถุเท่านั้น

ซึ่งปัญหาทั้ง 5 กรณีนี้ล้วนแล้วแต่เป็นสิ่งนำพามาซึ่งปัญหาที่หญิงต้องกลายเป็นผู้เสียเปรียบในสังคม³⁷

³⁶ว. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชจำกัด, 2526), หน้า 95.

³⁷ฤดี เริงชัย, ปัญหาและแนวทางการต่อสู้ของผู้หญิง, หน้า 4-6.

ดังนั้นวัฒนธรรมที่ถือชายเป็นใหญ่จึงเป็นวัฒนธรรมเชิงรุนแรง กล่าวคือ วัฒนธรรมดังกล่าวเป็นการก่อให้เกิดความรุนแรงเชิงโครงสร้าง (structural violence) ได้แก่ การกดขี่ข่มเหง การเอาใจเอาเปรียบอันส่งผลให้การใช้ความรุนแรงทางตรงเป็นสิ่งที่สังคมยอมรับได้ อิทธิพลของวัฒนธรรมดังกล่าวทำให้บุคคลในสังคมไม่รับรู้ถึงปรากฏการณ์ที่เกิดจากการกระทำที่รุนแรงของชายที่กระทำต่อหญิง³⁸

ค่านิยมที่เห็นว่า "เพศหญิงเป็นเพศต่ำต้อยหรือด้อยกว่าชาย" นำมาซึ่งอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างเพศ กล่าวคือ ฝ่ายชายดำรงฐานะที่เหนือกว่าและครอบงำฝ่ายหญิง (male dominance and female subordination) และภายใต้ระบบความสัมพันธ์นี้ก่อให้เกิดรูปแบบความรุนแรงทางเพศทั้งทางตรงและทางอ้อม (direct and indirect forms of sexual violence) ตัวอย่างรูปแบบความรุนแรงทางตรง ได้แก่ ข่มขืนกระทำชำเรา ทบตี ทารุณภริยา เป็นต้น ตัวอย่างรูปแบบความรุนแรงในทางอ้อม ได้แก่ ตัวยับทวนหมาย จาริตประเพณี เป็นต้น³⁹ อีกทั้งยังนำมาซึ่งการที่สามีเอาใจเอาเปรียบภริยาทุกวิถีทางตั้งแต่ทางเพศทางเศรษฐกิจการใช้แรงงานรวมถึงการข่มขืนกระทำชำเราภริยาและทำร้ายทารุณภริยา ทั้งนี้เพราะค่านิยมของสังคมกำหนดให้ชายเป็นใหญ่ หญิงต้องเป็นกุลสตรีต้องยอมรับการนำอันไร้ขอบเขตหรือแม้แต่การทำรุนแรงของชาย⁴⁰ ภริยาจึงต้องยินยอมให้สามีเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ภริยาต้องสนับสนุนความก้าวหน้าในอาชีพของสามี ภริยาไม่มีสิทธิปฏิเสธเมื่อสามีมีความต้องการทางเพศ⁴¹

นอกจากนั้นบทบาทของภริยาที่ใช้เวลาหมดไปกับการเลี้ยงบุตรทำงานบ้านปรนนิบัติคนในครอบครัว และด้วยภาระทางเศรษฐกิจซึ่งบางครั้งทำให้ภริยาต้องทำงานหนักเพิ่มขึ้นจนไม่มีเวลาปรับปรุงหรือเพิ่มพูนทักษะการเรียนรู้ในโลกและชีวิตส่วนตัว ขณะเดียวกันสามีก็หลีกเลี่ยงการช่วยเหลือแบ่งเบาภาระของครอบครัวไม่ช่วยเลี้ยงดูบุตรร่วมกัน เป็นต้น นอกจากนี้จากการที่ชายได้รับการศึกษามากกว่าหญิงจึงส่งผลให้ชายมีโอกาสที่จะได้รับตำแหน่งในการทำงานดีกว่าหญิงและมี

³⁸Johan Galtung, "Cultural violence," *Journal of Peace Research* 27, No. 3 (1990): 291.

³⁹สุชีลา ดันชัยนันท์, "เศรษฐศาสตร์การเมืองว่าด้วยวิถีวิเคราะห์ปัญหาข่มขืนและรูปแบบความรุนแรงทางเพศ," *วารสารเศรษฐศาสตร์การเมือง* 4, เล่มที่ 4 (กรกฎาคม 2528): 90-91.

⁴⁰เน่งน้อย บัญจพวรรค์, "ลูกผู้ชายกับอาชญากรรมต่อลูกผู้หญิง," *สตรีทัศน์* 2, ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-กรกฎาคม 2527): 22-25.

⁴¹วันทนี วาสิกะสิน และ สุนีย์ เหมะประสิทธิ์, *สังคมไทยคาดหวังอย่างไรกับผู้หญิง*. พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 81.

อำนาจเหนือหญิง ดังนั้นชายจึงใช้อำนาจที่เหนือกว่านั้นกดขี่ข่มเหงหญิง⁴² ภาวะต่างๆ ที่ภริยาต้องประสบนี้เป็นภาวะของความไม่เท่าเทียมกันที่เกิดกับเพศหญิงในสังคมปัจจุบันนี้

กลุ่มนักอนุรักษ์นิยมให้เหตุผลของการที่หญิงต้องทำงานทุกอย่างในบ้านเพื่อบริการสมาชิกทั้งหมดในครอบครัวว่าหญิงเป็นเพศแม่ ดังนั้นหญิงจึงต้องคอยเลี้ยงดูบุตรอีกทั้งหญิงยังเป็นเพศที่ละเอียดอ่อน ส่วนเหตุผลของการที่หญิงมักถูกมองในด้านกามารมณ์ว่าเป็นเพียงเครื่องบำบัดความใคร่ของชายเท่านั้น กลุ่มนักอนุรักษ์นิยมให้เหตุผลของความคิดดังกล่าวว่าชายเป็นเพศที่มีอารมณ์ทางเพศมากกว่าหญิง ดังนั้นโดยปกติแล้วชายจึงเป็นฝ่ายเสนอ ส่วนหญิงนั้นเป็นเพียงฝ่ายสนองเท่านั้น ทั้งที่แท้จริงแล้วข้อยืนยันทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับอารมณ์ทางเพศอธิบายว่า ทั้งชายและหญิงมีความรู้สึกทางเพศไม่แตกต่างกันเลย⁴³

แต่อย่างไรก็ตามมีกลุ่มนักปราชญ์ที่ทำการศึกษาระยะความไม่เท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง โดยให้เหตุผลว่ามีสาเหตุมาจากความไม่เท่าเทียมกันทางด้านเศรษฐกิจ กล่าวคือ เมื่อความกดดันทางเศรษฐกิจเป็นผลทำให้หญิงผู้เป็นภริยาต้องตกอยู่ในภาวะที่ต่ำต้อยกว่าชายผู้เป็นสามี ทั้งนี้เพราะชายผู้เป็นสามีครอบครองปัจจัยทางเศรษฐกิจเป็นผู้นำในการหารายได้เข้าสู่ครอบครัว เพราะฉะนั้นนักปราชญ์กลุ่มนี้จึงได้ชี้ให้เห็นว่าการแก้ปัญหาภาวะความไม่เท่าเทียมกันระหว่างชายผู้เป็นสามีและหญิงผู้เป็นภริยานั้น คือ การจัดการมิให้ชายผู้เป็นสามีเป็นผู้ครอบครองปัจจัยทางเศรษฐกิจแต่เพียงผู้เดียว ทั้งนี้เพราะความเสมอภาคระหว่างชายผู้เป็นสามีและหญิงผู้เป็นภริยาจะมีได้ต่อเมื่อมีความเสมอภาคทางเศรษฐกิจระหว่างเพศทั้งสอง กล่าวคือ การจัดการให้ชายผู้เป็นสามีและหญิงผู้เป็นภริยามีอำนาจทัดเทียมกันในด้านเศรษฐกิจ เพื่อฝ่ายหนึ่งไม่ต้องเอาชีวิตไปแขวนอยู่กับอีกฝ่ายหนึ่ง⁴⁴ นับได้ว่าแนวคิดของกลุ่มนักปราชญ์กลุ่มนี้ที่ว่าความกดดันทางเศรษฐกิจเป็นผลทำให้หญิงผู้เป็นภริยาต้องตกอยู่ในภาวะที่ต่ำต้อยกว่าชายผู้เป็นสามีสอดคล้องกับแนวความคิดของ Mackinnon ศาสตราจารย์ทางกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยสแตนฟอร์ดที่กล่าวว่า ชายผู้เป็นสามีที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าหญิงผู้เป็นภริยา ดังนั้นชายผู้เป็นสามีจึงมักจะใช้อำนาจดังกล่าวในการล่วงละเมิดทางเพศต่อหญิงผู้เป็นภริยาโดยที่ภริยาเองไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงได้ โดย Mackinnon ได้สรุปไว้ว่า

⁴²James A. Doyle, *Sex and gender. The human experience*, 1st ed. (Dubuque, Iowa: W.C. Brown Publishers, 1985), pp. 151-155.

⁴³ฤดี เรืองชัย, *ปัญหาและแนวทางการต่อสู้ของผู้หญิง*, หน้า 14-16.

⁴⁴กุหลาบ สายประดิษฐ์, *กำเนิดครอบครัวของมนุษยชาติระเบียบสังคมของมนุษย์* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์กณเฑาะ, 2524), หน้า 137.

อำนาจทางเศรษฐกิจจะนำไปสู่การข่มขืนกระทำชำเราได้⁴⁵ ทั้งนี้เพราะเมื่อชายผู้เป็นสามีมีอำนาจเหนือกว่าหญิงผู้เป็นภรรยา ชายผู้เป็นสามีก็จะใช้อำนาจเหนือกว่ากระทำการต่อหญิงผู้เป็นภรรยาให้ ยินยอมในเรื่องที่เกี่ยวกับการการล่วงละเมิดทางเพศ⁴⁶ ดังนั้นเมื่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจที่หญิงผู้เป็นภรรยาต้องพึ่งพาชายผู้เป็นสามีทำให้ภรรยาถูกจำกัดสิทธิทั้งในด้านการเงิน ความก้าวหน้าในอาชีพ การศึกษา และการฝึกอบรม ความไม่เท่าเทียมกันทางด้านเศรษฐกิจจะระหว่างชายผู้เป็นสามีและหญิง ผู้เป็นภรียนั้นถือเป็นเรื่องสำคัญมากประการหนึ่งที่ลดทอนพลังอำนาจของหญิง⁴⁷

นอกจากนี้ความไม่เสมอภาคระหว่างชายหญิงนั้นเป็นผลจากการที่หญิงถูกกดขี่⁴⁸ ทั้งนี้เพราะการที่หญิงถูกจำกัดโดยจากระบบแบบแผนของสังคมตั้งแต่สังคมระดับครอบครัวจนถึงสังคมระดับประเทศที่กำหนดหลักเกณฑ์ให้หญิงต้องตกอยู่ในภาวะต่ำต้อยกว่าชาย โดยการจำกัดให้หญิงต้องเป็นไปตามแบบแผนที่สังคมกำหนดขึ้นทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ภายในครอบครัว กฎระเบียบในสถานที่ทำงาน ข้อบังคับของทางราชการ กลไกทางสังคม รวมถึงกฎหมาย⁴⁹ ที่บัญญัติขึ้นบนพื้นฐานของความเชื่อ ศาสนา และประเพณี ทำให้สถานภาพของภรรยาทางกฎหมายต้อยกว่าสามี ตัวอย่างเช่น กฎหมายที่เกี่ยวกับการหย่าร้าง สิทธิในการปกครองบุตร การสืบทอดมรดก รวมทั้งการละเลยและการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจและบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมไม่คำนึงถึงความละเอียดอ่อนของปัญหาการกระทำรุนแรงต่อภรรยา⁵⁰ สิ่งทั้งหลายเหล่านี้เป็นตัวกำหนดให้หญิงต้องตกอยู่ในภาวะที่ต่ำต้อยกว่าชาย การที่หญิงเติบโตและใช้ชีวิตอยู่ในสังคมที่ถือว่าชายเป็นใหญ่ อันเป็นการลำบากที่จะทำให้หญิงคิดว่าตนเองเป็นมนุษย์คนหนึ่งที่มีความสามารถในการพัฒนา

⁴⁵Diana E.H. Russell, Sexual exploitation: Rape, child sexual abuse, and workplace harassment, 1st ed. (California: Sage Publications, 1984), p. 277.

⁴⁶วิมณา ธรรมปริชา, "การคุกคามทางเพศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 21.

⁴⁷Heise, L.L., Raikes, A., Watts, H.C., and Zwi, B.A., "Violence against women: A neglected public health issue in less developed countries," Soc. Sci. Med. 39, No. 9 (1994): 1165-1179.

⁴⁸กุลลาภ สายประดิษฐ์, กำเนิดครอบครัวของมนุษยชาติระเบียบสังคมของมนุษย์, หน้า 137.

⁴⁹ฤดี เจริญชัย, ปัญหาและแนวทางการต่อสู้ของผู้หญิง, หน้า 18.

⁵⁰Heise, L.L., Raikes, A., Watts, H.C., and Zwi, B.A., "Violence against women: A neglected public health issue in less developed countries," Soc. Sci. Med. 39, No. 9 : 1165-1179.

ตนเอง⁵¹ และการสูญเสียความยกย่องในตนเองเช่นนี้จะนำมาซึ่งความรู้สึกต่ำต้อยและไร้ค่า ดังนั้นหญิงจึงจำยอมให้ชายมีอำนาจเหนือกว่าหญิงเสมอ

กล่าวโดยสรุปคือ สังคมไทยเป็นสังคมที่มีค่านิยมถือว่าชายเป็นใหญ่ ส่วนหญิงจะถูกมองเป็นเพียงวัตถุทางเพศ แม้สภาพสังคมจะเปลี่ยนแปลงไปแต่ค่านิยมชายเป็นใหญ่ยังคงฝังรากลึกอยู่ในตัวของคนไทย⁵²

สำหรับกรณีประเด็นปัญหากรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่พิจารณาประกอบกับประเด็นความไม่เท่าเทียมกันระหว่างชายหญิงพบว่า ความไม่เสมอภาคระหว่างชายหญิงที่กฎหมายได้บัญญัติขึ้นมาตั้งแต่สมัยอดีตอันเป็นมรดกตกทอดมาจนถึงปัจจุบัน คือ กรณีการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁵³ หลักที่ว่าด้วย "ภูมิคุ้มกันของสามีที่ทำให้สามีได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิดในทางอาญาในการข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน (marital rape exemption)" นั้นเป็นหลักที่ส่งเสริมและสนับสนุนให้สภาพของหญิงเป็นรองชาย หญิงมีสภาพที่ต่ำต้อยกว่าชาย⁵⁴ ดังนั้นหลักสิทธิมนุษยชนเป็นหลักที่มีความสำคัญยิ่งในการพิจารณาประเด็นปัญหากรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ กล่าวคือ การที่บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ของประเทศไทยวางหลักกฎหมายให้อำนาจสามีในการร่วมประเวณีกับภริยาได้ แม้ภริยาจะไม่ยินยอม สามีไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันเป็นการขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนที่ว่าด้วยความเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง ทั้งนี้เพราะมาตรา 276 เป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ชายผู้เป็นสามีในการร่วมประเวณีกับหญิงภริยา โดยมีต้องคำนึงว่าหญิงภริยาจะยินยอมร่วมประเวณีหรือไม่

อนึ่ง การพัฒนาความก้าวหน้าและการประกันความเท่าเทียมกันในเรื่องสิทธิระหว่างชายหญิงเป็นเรื่องที่สหประชาชาติให้ความสำคัญและให้ความสนใจตลอดมา กล่าวคือ ตั้งแต่สหประชาชาติจัดตั้งขึ้นในปีคริสต์ศักราช 1945 สหประชาชาติเป็นกลไกสำคัญในการยกระดับ

⁵¹Alan Soble, "An introduction to the philosophy of sex," in The philosophy of sex edited by Alan Soble (Littlefield: Adams&Co., 1980), p. 41.

⁵²สุภัทรา นาคะผิว, "องค์กรพัฒนาเอกชนด้านสตรีและเด็กจับมือกองบัญชาการตำรวจนครบาลด้านอาชญากรรมทางเพศ," สตรีทัศน์ 9, ฉบับที่ 1 (กุมภาพันธ์ - มีนาคม 2536): 27.

⁵³กุหลาบ สายประดิษฐ์, กำเนิดครอบครัวของมนุษยชาติระเบียบสังคมของมนุษย์, หน้า 137.

⁵⁴Michel Foucault, Power knowledge: Selected interviews and other writings 1972-1977, trans. Colin Gordon, et al. (New York: Pantheon Books, 1980), p. 131.

สถานภาพของหญิงด้วยการเป็นผู้นำในการเปลี่ยนแปลงและปลุกเร้าความสนใจให้โลกตระหนักถึงสถานการณ์ที่หญิงต้องเผชิญอยู่⁵⁵

โดยหลักที่จะนำมาใช้ในการศึกษาวิเคราะห์ถึงกรณีที่เพศหญิงมักถูกกดขี่ ช่มเหง หรือกระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิแห่งความเป็นมนุษย์ คือ หลักการของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ กล่าวคือ

1. ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) หลักปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้กล่าวถึง สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐานสำหรับชายและหญิงทุกแห่งในโลก โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ อีกทั้งได้วางหลักการพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกันพร้อมทั้งเนื้อหาแห่งสิทธิ ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับหญิงทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิในการดำรงชีวิตในเสรีธรรมและในความมั่นคงแห่งร่างกาย และสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม⁵⁶

2. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant of Civil and Political Rights) ซึ่งรัฐบาลไทยได้มีมติคณะรัฐมนตรีในปีพุทธศักราช 2535 ให้ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี โดยกติกาฉบับนี้จะดำเนินการเท่าที่เหมาะสมเพื่อรับรองความเสมอภาคแห่งสิทธิและความรับผิดชอบของชายและหญิง⁵⁷

3. อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)⁵⁸ อนุสัญญานี้มีความเป็นมา กล่าวคือ เป็นอนุสัญญาที่จัดทำขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติ และได้รับการรับรองจากที่ประชุมสัญญาแห่งสหประชาชาติ สมัยที่ 34 เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม คริสต์ศักราช 1979 ปัจจุบันมีประเทศต่างๆ ให้สัตยาบัน (ratification) หรือภาคยานุวัติ (accession) อนุสัญญานี้แล้ว 99 ประเทศ สำหรับประเทศไทยได้เข้ารับเป็นภาคีอนุสัญญาฯ โดยวิธีภาคยานุวัติ มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 8 กันยายน พุทธศักราช 2528

⁵⁵United Nations, *Women: Challenges to the year 2000* (New York: United Nations Department of Public Information, 1991), p. 1.

⁵⁶ไพโรจน์ พลเพชร, ศราวดี ประทุมราช และ อัญชลี เอมะ, *สิทธิมนุษยชน* (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการประสานงานองค์กรสิทธิมนุษยชน, 2540), หน้า 3-17.

⁵⁷เรื่องเดียวกัน, หน้า 21-59.

⁵⁸เรื่องเดียวกัน, หน้า 109-138.

สำหรับคำจำกัดความ คำว่า "การเลือกปฏิบัติต่อสตรี" (discrimination against women) หมายความว่า การแบ่งแยก (distinction) การกีดกัน (exclusion) หรือการจำกัด (restriction) ใดๆ เพราะเหตุแห่งเพศ ซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับ การได้อุปโภค หรือใช้สิทธิโดยหญิง โดยไม่เลือกสถานภาพด้านการสมรส บนพื้นฐานของความเสมอภาคของชายและหญิงของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมพลเมือง หรือด้านอื่นๆ ทั้งนี้เพราะการเลือกปฏิบัติเป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้ มนุษย์ทุกคนเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในเกียรติศักดิ์และสิทธิ และว่าทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพโดยปราศจากความแตกต่างเพราะเหตุแห่งเพศ

หลักสิทธิมนุษยชนทั้ง 3 ประการที่กล่าวมานี้ ประเทศไทยได้มีการอนุวัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน โดยตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิมนุษยชนและปรับปรุงกฎหมายต่างๆ เพื่อให้สอดคล้องกับกติกาและพันธกรณีที่ทำไว้ในระดับนานาชาติ และเพื่อให้สิทธิของคนไทยได้รับความคุ้มครองโดยเท่าเทียมกันอย่างเป็นธรรม โดยไม่คำนึงถึงความเป็นหญิงและชาย ดังจะเห็นได้จากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2517 ซึ่งมีบทบัญญัติให้ชายหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ประเทศไทยได้มีการแก้ไขกฎหมายหลายฉบับเพื่อรองรับสิทธิของหญิงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2517 แต่อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2517 มีผลใช้บังคับเพียงระยะเวลาสั้นๆ และในรัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มาอีกหลายฉบับก็มิได้มีบทบัญญัติรองรับสิทธิของหญิงให้เท่าเทียมกับชายอย่างชัดเจนซึ่งตามนัยแห่งกฎหมายและในทางปฏิบัติหลายๆ กรณีไม่อาจปฏิเสธได้ว่าหญิงยังถูกแบ่งแยกทางเพศและมิได้รับโอกาสทัดเทียมชาย ไม่ว่าจะเป็นทางด้านการเมือง ทางด้านเศรษฐกิจ ทางด้านสังคม ทางด้านวัฒนธรรมและทางด้านการศึกษา ต่อมาประเทศไทยได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2538 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 11 กุมภาพันธ์ พุทธศักราช 2538 ซึ่งในมาตรา 24 ได้มีบทบัญญัติทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2517 รับรองสิทธิของหญิงโดยชัดเจนว่า "ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน"

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 4 บัญญัติว่า "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง" มาตรา 5 บัญญัติว่า "ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอภาคกัน" และมาตรา 30 ได้บัญญัติรับรองว่าชายและหญิงมีสิทธิ

เท่าเทียมกันโดยบัญญัติว่า "บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน"

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม"

แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับได้อย่างจริงจังก็ต่อเมื่อมีการออกกฎหมายรองรับสิทธิตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว รวมทั้งกระทำการปรับปรุงกฎหมายกฎระเบียบทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเสมอภาคและความเป็นธรรมอย่างแท้จริงโดยปราศจากการแบ่งแยกทางเพศ

ความมีเสรีของหญิง เป็นเครื่องชี้วัดความเจริญของสังคมนั้น กล่าวคือ สังคมยิ่งเจริญก้าวหน้าเท่าใด หญิงยิ่งถูกกดขี่ขูดรีดน้อยลงเท่านั้น⁵⁹

4.4 ความจำเป็นและเหตุผลในการบัญญัติกฎหมายให้กรณีที่มีสัมชัมขึ้นกระทำซ้ำเรากริยาเมื่อสามีกริยาแยกกันอยู่เป็นความผิด

โดยหลักการแล้วมนุษย์นั้นไม่อาจอยู่ลำพังผู้เดียวได้ มนุษย์ต้องอยู่ร่วมกันเป็นสังคมมีความสัมพันธ์ติดต่อแลกเปลี่ยนปัจจัยอันจำเป็นต่อการดำรงชีพ จากความจำเป็นที่มนุษย์ต้องอยู่ร่วมกันนี้เอง มนุษย์จึงต้องสร้างกฎเกณฑ์ต่างๆ เพื่อควบคุมความประพฤติของสมาชิกและรักษาความเป็นระเบียบและความสงบของสังคม ทั้งนี้เพราะหากสังคมไม่สร้างกฎเกณฑ์ดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมได้ เนื่องจากโดยสัญชาตญาณของมนุษย์ย่อมจะกระทำการใดๆ ตามความพอใจ ทั้งนี้เพราะมนุษย์รักอิสระ แต่หากบุคคลสามารถกระทำการใดๆ ได้ตามความพอใจอาจก่อให้เกิดความรบกวนหรือสร้างความเดือดร้อนระหว่างกันได้ การกำหนดขอบเขตแห่งความเป็นอิสระของ

⁵⁹ ฤดี เริงชัย, ปัญหาและแนวทางการต่อสู้ของผู้หญิง, หน้า 3.

มนุษย์จึงต้องจำกัดด้วยกฎเกณฑ์ข้อบังคับต่างๆ พร้อมทั้งการกำหนดโทษตอบแทนแก่นักคิดผู้กระทำการเกินกว่าขอบเขตที่กำหนดไว้⁶⁰

การศึกษาความจำเป็นและเหตุผลในการบัญญัติกฎหมายให้กรณีที่มีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่มีภริยาแยกกันอยู่เป็นความผิดนั้นจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องคำนึงถึงความมั่นคงของครอบครัว ทั้งนี้เพราะประเด็นปัญหากรณีที่มีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่มีภริยาแยกกันอยู่นั้นเป็นประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องกับสถาบันครอบครัวมาก

ความมั่นคงของครอบครัวที่กล่าวถึงนี้ คือ ภาวะของครอบครัวที่อบอุ่น สมาชิกในครอบครัวเข้าใจกันปรองดองกัน ครอบครัวที่อบอุ่นนั้นควรต้องประกอบไปด้วยการรับและการให้ กล่าวคือ หากจะวิเคราะห์ถึงประเด็นปัญหากรณีมีเพศสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา การเรียกร้องความสุขทางเพศโดยไม่คำนึงถึงความไม่พร้อมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งนั้นจะนำมาซึ่งปัญหาครอบครัวได้⁶¹ ทั้งนี้เพราะสามีภริยาเป็นจุดเริ่มต้นของสัมพันธภาพที่สำคัญที่สุดในครอบครัว หากสามีภริยามีความรักและเข้าใจกันมีสัมพันธภาพที่ดีต่อกันพยายามที่จะปรับตัวเข้าหากันมีความร่วมมือร่วมใจกันช่วยเหลือกันตลอดจนมีความรับผิดชอบต่อกันที่ ย่อมจะส่งผลให้ครอบครัวมีความมั่นคงราบรื่น หากสามีภริยามีสัมพันธภาพที่ไม่ดีต่อกันไม่มีความรักไม่มีความเข้าใจกันขาดความเห็นใจกันและขาดความรับผิดชอบย่อมเกิดความขัดแย้งอยู่เสมอ อันเป็นสาเหตุให้ครอบครัวแตกสลายได้⁶²

สำหรับความหมายของการมีเพศสัมพันธ์กับสามีในทัศนคติของภริยา คือ การให้ความสุขกับสามี โดยการตอบสนองความต้องการทางเพศของสามี ซึ่งการกระทำเช่นนี้จะทำให้ตนมีความสุขเช่นกัน ทั้งนี้เพราะหญิงส่วนใหญ่มีความเชื่อว่าในฐานะภริยา ตนมีหน้าที่ที่ต้องตอบสนองความต้องการทางเพศกับชายผู้เป็นสามี ซึ่งหากตนไม่สนองตอบความต้องการทางเพศของสามีแล้วจะต้องเสี่ยงกับสภาวะความล้มเหลวอันเกิดปัญหาขึ้นในครอบครัว

ดังนั้นอำนาจการต่อรองทางเพศหรือการปฏิเสธการมีเพศสัมพันธ์กับสามีนั้นจึงแตกต่างกันไปในหญิงแต่ละคน ปัจจัยที่กำหนดอำนาจการปฏิเสธการมีเพศสัมพันธ์นั้นขึ้นอยู่กับ

⁶⁰ นุชทิพย์ ป. บรรจงศิลป์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดฤทธิศรีการพิมพ์, 2528), หน้า 1.

⁶¹ อรอนงค์ อินทวิจิตร และ นรินทร์ กรินชัย, ผู้หญิงและเด็ก:เหยื่อความรุนแรงในครอบครัว (กรุงเทพมหานคร: สถาบันจิตวิทยาออนไลน์, 2542), หน้า 72.

⁶² สรรค์ ศรีเพ็ญ, หนังสือชุดเพศศึกษา ภาค 1 การแต่งงานและการครองความเป็นคู่ (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), หน้า 81.

หลายๆ ปัจจัยไม่ว่าจะเป็นบทบาททางเศรษฐกิจของหญิงหากหญิงมีรายได้เป็นของตนเองไม่ต้องพึ่งสามีแล้วหญิงมักจะมีโอกาสต่อรองได้มากกว่าหญิงที่ไม่มีรายได้จึงต้องพึ่งสามี จำนวนปีในการสมรส หากคู่สมรสได้สมรสกันมาหลายปีแล้วหญิงมักจะมีโอกาสต่อรองได้มากกว่าหญิงที่เพิ่งทำการสมรส ความแตกต่างทางด้านอายุระหว่างสามีและภริยาหากภริยาที่มีอายุอ่อนกว่าสามีมากๆ ภริยาจะเกิดความเกรงใจสามีและโอกาสในการปฏิเสธการมีเพศสัมพันธ์จะมีน้อยมาก บุคลิกภาพของหญิง หากหญิงที่มีบุคลิกภาพที่อ่อนแอขาดความมั่นใจในตนเองมักจะไม่กล้าปฏิเสธการมีเพศสัมพันธ์กับสามี สถานที่ตั้งของครอบครัวหลังการสมรสการที่หญิงอยู่ในบ้านของตนเองหลังจากสมรสแล้วทำให้หญิงมีอำนาจในการตัดสินใจต่างๆ ภายในบ้านพอสมควรรวมถึงเรื่องที่กำลังปฏิเสธการมีเพศสัมพันธ์ แต่ทั้งนี้ไม่ใช่ทุกกรณีไป นอกจากนี้จากการศึกษาค้นคว้าและวิจัยในเรื่องการต่อรองการมีเพศสัมพันธ์ พบว่าภริยามักจะต่อรองการมีเพศสัมพันธ์กับสามี โดยให้เหตุผลที่ว่า "ง่วงนอน" "ไม่มีอารมณ์" "เอาไว้วันอื่น" หรือ "วันนี้เหนื่อย"⁶³

อนึ่ง ความจำเป็นและเหตุผลในการบัญญัติกฎหมายให้กรณีที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่เป็นความผิดนั้น เนื่องจากกฎหมายในส่วนที่ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนั้นยังไม่มุ่งประสงค์คุ้มครองหญิงจากการถูกข่มขืนกระทำชำเราเท่าที่ควร⁶⁴ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโหดเหี้ยม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต" พิจารณาได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁶⁵ เป็นการข่มขืนกระทำชำเราต่อหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่นโดยเจตนา⁶⁵ อันเป็นบทบัญญัติที่มอบอำนาจให้สามีสามารถกระทำ

⁶³อรอนงค์ อินทรจิตร์ และ นรินทร์ กรินชัย, ผู้หญิงและเด็ก: เหยื่อความรุนแรงในครอบครัว, หน้า 72.

⁶⁴Jennifer Temkin, *Rape and the criminal justice system* (the United States of America: Dartmouth Publishing Company Ltd., 1995), p. 203.

⁶⁵คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด*, หน้า 182.

ซ้ำเราภริยาของตนได้ทั้งนี้เพราะองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁶⁶ ผู้กระทำการต้องกระทำต่อ "หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" เท่านั้น

การบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เช่นนี้สืบเนื่องจากระบบสังคมของไทยเป็นสังคมผู้เดียวหลายเมียมาแต่โบราณกาล ดังนั้นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นจึงเป็นการคุ้มครองสิทธิของชายค่อนข้างเบ็ดเสร็จ ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายบัญญัติให้สิทธิแก่สามีสามารถขหายภริยาตลอดจนมีสิทธิบังคับให้ภริยาร่วมประเวณีด้วย⁶⁶ อีกทั้งหากแก้ปัญหากรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาด้วยวิธีบัญญัติกฎหมายโดยมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยให้หมายรวมถึงกรณีที่มีข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาของตนด้วยก็จะเป็นกรณีของกฎหมายที่ไม่มีความเหมาะสม จึงแสดงให้เห็นว่าเป็นการยากที่จะออกกฎหมายให้การกระทำของสามีดังกล่าวเป็นความผิดฐานสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยา⁶⁷

นักปฏิรูปกฎหมายความผิดเกี่ยวเพศได้วิจารณ์วัตถุประสงค์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า โดยประวัติศาสตร์แล้วแท้ที่จริงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁶⁸ นี้มิได้มีขึ้นหรือมีอยู่เพื่อเป็นการปกป้องสตรีแต่อย่างใด ทั้งนี้เพราะในอดีตคุณค่าของเพศหญิง (sexual worth) ถือเป็นกรรมสิทธิ์ของเพศชาย เพศหญิงจึงเปรียบเสมือนวัตถุสิ่งของชิ้นหนึ่งมิได้มีฐานะเป็นมนุษย์ การข่มขืนกระทำชำเราหญิงจึงเป็นเพียงการทำลายสมบัติหรือกรรมสิทธิ์เท่านั้น⁶⁸ หรืออาจกล่าวได้ว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเกิดจากวัตถุประสงค์ของสังคมในอันที่จะปกป้องสิทธิใน "ทรัพย์สิน" ขององค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁶⁹ นี้คือการเอาไปเสียซึ่ง "ทรัพย์สิน" ของชายอื่น กล่าวคือ ค่านิยมและทัศนคติของสังคมไทยตั้งแต่สมัยอดีตเห็นว่าเป็น "เจ้าของ" หญิงได้ "สูญเสีย" สิทธิผูกขาดในตัวหญิงเป็นการทำลายศักดิ์ศรีและเกียรติยศของชายผู้เป็นเจ้าของหญิง นั่นคือ "บิดา" ในกรณีที่หญิงยังมีได้ทำการสมรส และ "สามี" ในกรณีที่หญิงทำการสมรสแล้ว ดังนั้นกฎหมายที่ว่าด้วยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁷⁰ นี้มีวัตถุประสงค์ในการปกป้องผลประโยชน์

⁶⁶สถาบันกฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น สมาคมบัณฑิตศึกษากฎหมายแห่งประเทศไทยในพระบรมราชินูปถัมภ์, กระบวนการยุติธรรมกับความรุนแรงที่เกิดแก่ผู้หญิง: รายงานการสัมมนาทางวิชาการในโครงการเวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สถาบันกฎหมายอาญา, 2543), หน้า 57.

⁶⁷Jennifer Temkin, Rape and the criminal justice system, p. 203.

⁶⁸Susan Broeomiller, Against our will: Men, women and rape (New York: Simon&Schuster, 1975), pp. 6-22.

ของบุคคลเพศชายต่อการ "เลื้อยมค่า" ของทรัพย์สินทางเพศของตนอันเนื่องมาจากการล่วงล้ำโดยใช้กำลัง⁶⁹

นอกจากนี้ในการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ยังได้คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1461 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า "สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา" ซึ่งย่อมต้องหมายความรวมถึงการร่วมประเวณีกันระหว่างสามีภริยาด้วย

การที่บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 มิได้บัญญัติลงโทษสามีผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนโดยเฉพาะกรณีที่มีสามีภริยาแยกกันอยู่ อันเป็นปัญหาสามีภริยาได้ในกรณีที่ภริยาไม่สมัครใจที่จะร่วมประเวณีกับสามี ถือเป็นกรณีของกฎหมายที่ไม่สามารถให้ความคุ้มครองหญิงได้ทุกคน กล่าวคือ หญิงผู้เป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นหญิงที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ไม่ให้ความคุ้มครองไม่ว่าหญิงนั้นจะได้รับความเดือดร้อนจากการถูกสามีกระทำชำเราในระหว่างที่แยกกันอยู่ตามคำสั่งศาล กรณีดังกล่าวนี้ส่งผลต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย จิตใจของภริยาเป็นอย่างมาก แต่เนื่องจากความยินยอมของภริยาที่ให้ไว้แก่สามีเนื่องมาจากการสมรส ไม่อาจเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนได้ จึงเป็นผลให้สามีสามารถร่วมประเวณีกับภริยาโดยปราศจากความยินยอมของภริยาได้ อันเป็นการให้อำนาจสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนได้โดยไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

จากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 นี้จะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่กระทบถึงความเป็นธรรมต่อภริยา อีกทั้งยังเป็นบทบัญญัติที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอีกทางหนึ่งด้วย ทั้งนี้เพราะบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ได้บัญญัติยกเว้นความรับผิดกรณีที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ อันเป็นการอนุญาตให้สามีล่วงละเมิดทางเพศต่อภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่โดยไม่ถือว่าการกระทำของสามีเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

อนึ่ง เมื่อพิจารณาถึงปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่เน้นถึงหลักการไม่เลือกปฏิบัติและประกาศว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมามีเสรีและเท่าเทียมกันในเกียรติและสิทธิ กล่าวคือทุกคนมีสิทธิเสรีภาพตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในทางเพศ แต่ในความเป็นจริงที่ปรากฏขึ้นในสังคม ตั้งแต่สมัยอดีตจนถึงปัจจุบันหญิงมักถูก

⁶⁹Le Grand, "Rape and rape laws: Sexism in society and law," *California Law Review* (1973):

ล่องละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานต่างๆ หญิงมักถูกมองจากชายว่าเป็นเพศที่ต่ำต้อย ดังจะเห็นได้จากประเด็นปัญหาที่ทำการพิจารณาในเรื่องของการที่ชายผู้เป็นสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่เป็นการกระทำที่ชายผู้เป็นสามีใช้อำนาจล่องละเมิดทางเพศต่อหญิงผู้เป็นภริยา แต่กฎหมายอาญากลับไม่สามารถเอาสามีผู้กระทำการดังกล่าวมารับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ ทั้งนี้เพราะองค์ประกอบประการหนึ่งของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่ผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ คือผู้กระทำต้องกระทำต่อ "หญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาของตน" ด้วย

จากการประชุมขององค์การสหประชาชาติได้กล่าวถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในครอบครัวหลายครั้งไม่ว่าจะเป็น

- ในปีคริสต์ศักราช 1975 การประชุม The Fifth United Nations Congress on the Prevention of Crime and Treatment of offenders
- ในปีคริสต์ศักราช 1980 การประชุม The World Conference of the United Nations Decade for Women : Equality , Development and Peace
- ในปีคริสต์ศักราช 1980 การประชุม The Programme of Action for the Second Half of the United Nations Decade for Women
- ในปีคริสต์ศักราช 1982 การประชุม The Nairobi World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace
- ในปีคริสต์ศักราช 1984 การประชุม The Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and Treatment of offenders
- ในปีคริสต์ศักราช 1986 การประชุม Expert Group Meeting on Violence in the Family with Special Emphasis on its Effects of Women

ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศว่าปัญหาสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่นั้นเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อภริยาอย่างมาก เป็นภัยคุกคามสิทธิในร่างกายและจิตใจของภริยา เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในทุกประเทศทั่วโลก

ดังนั้นประเทศในแถบตะวันตกจึงได้เปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อลงโทษสามีผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ โดยถือเสมือนว่าการกระทำความผิดดังกล่าวของสามีนั้นเป็นการกระทำผิดกฎหมาย ทั้งนี้เพราะเป็นการกระทำที่รุนแรงมากอีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อภริยา สามีจึงถูกกล่าวหาว่าเป็น "อาชญากร" ได้

จากการสัมภาษณ์บุคคลผู้เกี่ยวข้องกับกรณีปัญหาสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยา ในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ในมูลนิธิเพื่อนหญิงได้ความว่า การที่กฎหมายอาญาบัญญัติว่าการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นเป็นการกระทำต่อหญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาของตนเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อหญิงผู้เป็นภริยาเป็นอย่างมาก ทั้งนี้เพราะเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจสามีที่จะใช้ความรุนแรงและข่มขืนกระทำชำเราภริยาได้ โดยที่เจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ที่บัญญัติว่า "หญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาของตน" อาจเป็นเพราะการร่างกฎหมายส่วนใหญ่ผู้ร่างกฎหมายเป็นชายและค่านิยมที่ว่าเมื่อหญิงสมรสกับชาย หญิงเป็นสมบัติของชาย⁷⁰ การบัญญัติให้ผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจำเป็นต้องเป็นหญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาของผู้ข่มขืนกระทำชำเราเป็นการแสดงให้เห็นชัดว่า หากสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยา สามีไม่ต้องรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยา ดังนั้นทางมูลนิธิเพื่อนหญิงจึงดำเนินการรณรงค์ให้มีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เพื่อให้การคุ้มครองภริยามิให้ถูกสามีข่มขืนกระทำชำเรา โดยแก้ไขกฎหมายให้สามารถเอาผิดกับสามีกรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยา โดยเฉพาะกรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่⁷¹

นอกจากนี้ผู้เขียนยังได้ทำการสัมภาษณ์คุณวันชัย รุจนวงศ์ ผู้อำนวยการสถาบันกฎหมายอาญาเกี่ยวกับกรณีปัญหาสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ ได้ความว่า ในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ยังมีช่องโหว่ กล่าวคือ การที่บทบัญญัติมาตรา 276 บัญญัติว่า "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน..." นั้นเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ขัดต่อหลักที่ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลในเรื่องเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ และเห็นด้วยอย่างยิ่งที่จะทำการแก้ไขกฎหมายอาญาใหม่เพื่อคุ้มครองหญิงซึ่งเป็นภริยาด้วย โดยทางสถาบันกฎหมายอาญาเองก็ได้ดำเนินการรวบรวมข้อมูลและระดมความคิดเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายอาญาอยู่เช่นกัน⁷² นอกจากนี้ผู้เขียนยังได้ทำการสัมภาษณ์คุณศิริระ บุญภินันท์ อัยการประจำกรมสถาบันกฎหมายอาญาเกี่ยวกับกรณีปัญหาสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ ได้ความว่า การแก้ไขกฎหมายอาญามาตรา 276 เป็นสิ่งที่จำเป็นและควรอย่างยิ่ง ทั้งนี้เพราะประเด็นปัญหาดังกล่าวเป็นประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นตลอดมาตั้งแต่สมัยอดีต แต่เนื่องด้วยบทบัญญัติกฎหมาย

⁷⁰สัมภาษณ์ คุณสัจฉชัย อนุพันธ์, นักกฎหมาย มูลนิธิเพื่อนหญิง, 14 มีนาคม 2545.

⁷¹สัมภาษณ์ คุณพัชรรพ ไตรังกูร, เจ้าหน้าที่ฝ่ายข้อมูล มูลนิธิเพื่อนหญิง, 14 มีนาคม 2545.

⁷²สัมภาษณ์ คุณวันชัย รุจนวงศ์, ผู้อำนวยการ สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด, 30 ตุลาคม

อาญามาตรา 276 มิได้เอาผิดกับสามีกรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อสามีภริยาแยกกันอยู่ กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองหญิงในฐานะภริยา⁷³

ในประเด็นปัญหากรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ นี้ได้รับความสนใจจากหน่วยงานต่างๆ ดังจะเห็นได้จากข่าวที่ปรากฏในหนังสือพิมพ์ว่าด้วยเรื่องของการรณรงค์ให้มีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เพื่อให้ความคุ้มครองหญิงผู้เป็นภริยา โดยทางมูลนิธิผู้หญิงได้เปิดประเด็นเรียกร้องสิทธิสตรีใหม่ โดยการล่ารายชื่อประชาชนสนับสนุนการแก้ไขกฎหมายไม่ให้สิทธิสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน เพื่อให้หญิงที่ไม่พร้อมมีเพศสัมพันธ์กับสามีได้มีทางออก กล่าวคือ ทุกวันนี้แม้จะมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายให้สิทธิแก่หญิงเท่าเทียมชายแล้ว แต่ความเชื่อที่ว่าหญิงเป็นสมบัติของสามียังคงดำรงอยู่ สามีมีสิทธิข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนได้โดยไม่ผิดกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 บัญญัติไว้ว่า "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน..." จึงก่อให้เกิดความรุนแรงในครอบครัว และหญิงซึ่งเป็นภริยาไม่มีทางออกที่จะมิให้สามีข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้นทางมูลนิธิผู้หญิงจึงร่วมกับคณะทำงานส่งเสริมสิทธิหญิงชายในการพัฒนาและแนวร่วมเพื่อความก้าวหน้าของผู้หญิงรณรงค์ให้รัฐส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน อันได้แก่ สิทธิในร่างกายของตนโดยการแก้ไขกฎหมายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ให้ตัดวลีที่ว่า "ซึ่งมิใช่ภริยาของตน" เพื่อให้หญิงทุกคนไม่ว่าจะอยู่ในฐานะใดได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน

ทางมูลนิธิผู้หญิงกล่าวถึงเหตุที่ต้องให้มีการแก้ไขกฎหมายว่า เพราะมีหญิงผู้เป็นภริยาจำนวนมากที่ได้รับความทุกข์จากกรณีถูกสามีข่มขืนกระทำชำเราโทรศัพท์มาปรึกษาหาทางออกกับทางมูลนิธิ ประกอบกับทางมูลนิธิ ได้ร่วมกับมหาวิทยาลัยมหิดลทำการศึกษาวิจัยเรื่อง "ความรุนแรงต่อผู้หญิงในชีวิตคู่" เมื่อปีพุทธศักราช 2543 พบว่าผู้หญิงร้อยละ 29 เคยถูกสามีหรือคนรักกระทำความรุนแรงทางเพศโดยมีระดับความรุนแรงต่างกันไปดังนี้ ร้อยละ 8 ถูกบีบบังคับให้มีเพศสัมพันธ์โดยใช้กำลัง ร้อยละ 4 ถูกบังคับให้ทำอะไรในเรื่องเพศที่ทำให้รู้สึกแยะหรือไม่ชอบหรือรู้สึกต่ำต้อย และร้อยละ 26 ยอมมีเพศสัมพันธ์โดยไม่สมัครใจ และเมื่อหันมาดูในเนื้อหาของกฎหมายจะเห็นว่าเป็นการให้สิทธิแก่ชายและทำให้ชายรู้สึกว่าสิ่งที่ตนกระทำนั้นถูกต้อง ทำให้หญิงที่ไม่พร้อมจะมีเพศสัมพันธ์ไม่มีทางออก ซึ่งการออกมารณรงค์เรื่องนี้ของทางมูลนิธิ มิใช่ต้องการสร้างความแตกแยกในครอบครัว แต่หากมีการแก้ไขกฎหมายเปิดช่องให้หญิงมีทางออก น่าจะเป็นประโยชน์แก่หญิงที่ไม่ต้องการมีเพศสัมพันธ์กับผู้ที่ได้ชื่อว่าเป็นสามี โดยทางมูลนิธิ ได้ล่ารายชื่อประชาชนเพื่อร่วมสนับสนุน

⁷³สัมภาษณ์ คุณคุณศิริ บุญภินนท์, อัยการประจำกรม สถาบันกฎหมายอาญา, 23 กันยายน 2545.

แนวความคิดให้ทำการแก้ไขบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ได้เป็นจำนวนสองพันรายชื่อแล้วและจะส่งรายชื่อประชาชนให้ได้จำนวนห้าหมื่นรายชื่อ เพื่อยื่นเสนอต่อคณะรัฐมนตรีให้พิจารณาในประเด็นดังกล่าวต่อไป⁷⁴ โดยถือเอาวันที่ 8 มีนาคม ซึ่งเป็นวันสตรีสากลเป็นวันเริ่มต้นส่งรายชื่อประชาชนจนถึงวันที่ 25 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2545⁷⁵

ทางด้านแกนนำเครือข่ายผู้หญิงกับรัฐธรรมนูญ คุณทิวา ณ นคร กล่าวถึงประเด็นปัญหาดังกล่าวว่า กฎหมายให้ความคุ้มครองหญิงจากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา แต่หลังจากหญิงเปลี่ยนสถานภาพเป็นภริยาความคุ้มครองทางกฎหมายสิ้นสุดลง ทั้งที่ความเสมอภาคในกฎหมายคือเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2540 โดยเฉพาะห้ามไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติ (มาตรา 30) ด้วยเหตุแห่งความแตกต่างทางสถานะของบุคคล⁷⁶

นายแพทย์ธวัช คงสกนธ์ จิตแพทย์จากโรงพยาบาลรามาริบัติ ได้ให้ข้อมูลทางด้านการแพทย์ว่า ปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลที่เป็นภริยา เป็นปัญหาที่สังคมไม่ค่อยรับทราบ แต่จากการทำงานให้คำปรึกษาด้านจิตเวชพบว่า การกระทำดังกล่าวเป็นปัญหาความรุนแรงในครอบครัวประการหนึ่งที่ต้องได้รับการแก้ไข โดยยกตัวอย่างคนใช้รายหนึ่ง มีอาการเบื่อโลก ซึมเศร้า เมื่อซักถามประวัติกลับกลายเป็นปัญหาครอบครัวที่ต้องรองรับอารมณ์ทางเพศของสามี โดยที่หญิงมิได้ต้องการมีเพศสัมพันธ์ด้วย ซึ่งตามหลักจิตวิทยาการร่วมกันทางเพศเป็นการร่วมกันปลดปล่อยและมีความสุขร่วมกัน แต่กรณีนี้สามีเต็มใจมีพฤติกรรมรุนแรงทำร้ายภริยาและบีบบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ ขณะที่หญิงไม่มีความพร้อมด้านจิตใจแต่ด้วยความเป็นภริยาจึงยอม เมื่อภริยาต้องทนกับสภาวะเช่นนี้เป็นเวลานานย่อมก่อให้เกิดภาวะทางจิตใจและเป็นโรคซึมเศร้าตามมา⁷⁷ ในบางรายที่เก็บกดจึงหาทางออกให้ตัวเองด้วยการฆ่าตัวตาย ถึงแม้จำนวนคนไข้ที่ถูกสามีข่มขืนจะไม่สามารถระบุเป็นตัวเลขที่แน่นอนได้ แต่เชื่อได้ว่านับวันจะมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ หากยังไม่มีการแก้ไขปัญหา

⁷⁴คำให้สัมภาษณ์ของ คุณศิริพร สะโครบาเนค ในหนังสือพิมพ์ไทยรัฐ วันพฤหัสบดีที่ 7 มีนาคม 2545, หน้า 24.

⁷⁵คำให้สัมภาษณ์ของ คุณศิริพร สะโครบาเนค ในหนังสือพิมพ์เดลินิวส์ วันศุกร์ที่ 8 มีนาคม 2545, หน้า 26.

⁷⁶คำให้สัมภาษณ์ของ คุณทิวา ณ นคร ในหนังสือพิมพ์มติชนรายวัน วันพฤหัสบดีที่ 7 มีนาคม 2545, หน้า 25.

⁷⁷คำให้สัมภาษณ์ของ นายแพทย์ธวัช คงสกนธ์ ในหนังสือพิมพ์ไทยรัฐวันพฤหัสบดีที่ 7 มีนาคม 2545, หน้า 24.

อย่างจริงจัง⁷⁸ จึงเห็นด้วยกับการแก้ไขบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ทั้งนี้เพื่อให้ สามีตระหนักถึงสิทธิเสรีภาพของภรรยาและเป็นหนทางที่จะช่วยกันสร้างสรรค์ครอบครัวให้มั่นคงและ ดีขึ้นต่อไป

นอกจากทางมูลนิธิเพื่อนหญิงจะได้จัดการรณรงค์แก้ไขกฎหมายแล้ว ทางสถาบัน กฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด เครือข่ายผู้หญิงกับรัฐธรรมนูญ ร่วมกับแนวร่วมเพื่อความ ก้าวหน้าของผู้หญิงและสภาประชากร จัดการสัมมนาเรื่อง "แนวทางแก้ไขกฎหมายอาญาในฐานความ ผิดทางเพศ: สังคมไทยพร้อมเพียงใด" โดยมีคุณวันชัย รุจนวงศ์ ผู้อำนวยการ สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุดได้กล่าวถึงการแก้ไขบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ว่า แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 จะกำหนดเรื่องสิทธิ แต่ในวงการกฎหมาย ย่อมทราบดีว่าในปัจจุบันนี้ยังไม่มีความเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง ดังนั้นเรื่องเหล่านี้จะต้องได้ รับการแก้ไขและต้องแก้จากรากฐานที่ว่าหญิงก็เป็นมนุษย์เท่าเทียมกับชาย ทั้งนี้ได้มุ่งหวังให้ภรรยา แจ้งความสามีเพียงแต่เป็นการกำหนดมาตรฐานทางศีลธรรมเท่านั้น⁷⁹

จากประเด็นปัญหาดังกล่าวมีแนวความคิดของนักกฎหมายแบ่งเป็น 2 แนว กล่าวคือ

1.) แนวความคิดแรก จากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ซึ่งวาง หลักกฎหมายว่า ผู้กระทำจะต้องข่มขืนกระทำชำเรา "หญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน" จึงจะมีความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้นหากสามีข่มขืนกระทำชำเราภรรยาในระหว่างที่สามีภรรยาแยกกันอยู่นั้น สามี ไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จากปัญหาดังกล่าวจึงเห็นควรที่จะนำบทบัญญัติแห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 มาใช้บังคับโดยอนุโลม กล่าวคือ เมื่อพิจารณาถึงหลักกฎหมาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 อันกฎหมายนั้น ท่านว่าต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วย บทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ จะเห็นได้

⁷⁸คำให้สัมภาษณ์ของ นายแพทย์วันชัย คงสกนธ์ ในหนังสือพิมพ์เดลินิวส์ วันศุกร์ที่ 8 มีนาคม 2545, หน้า 26.

⁷⁹คำให้สัมภาษณ์ของ คุณวันชัย รุจนวงศ์ ในหนังสือพิมพ์มติชนรายวัน วันพฤหัสบดีที่ 23 กันยายน 2545, หน้า 14.

มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้อง ด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีต ประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป"

ว่าความมุ่งหมายของกฎหมายอาญานั้นต้องการลงโทษผู้กระทำผิดเท่านั้น เมื่อกฎหมายแพ่งวางหลักให้ขาดจากการเป็นสามีภริยากันทางพฤตินัย ดังนั้นความเป็นสามีภริยาตามกฎหมายอาญาย่อมขาดจากกัน ทั้งนี้เพราะเมื่อกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าขาดความเป็นสามีภริยากัน คือ ห้ามร่วมประเวณีกันเป็นเรื่องสำคัญ ฉะนั้นความเป็นสามีภริยาในมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญาย่อมขาดกันไปตามเจตนาความมุ่งหมายของกฎหมาย หากสามีกระทำการชำเรากฎหมายอาญาย่อมน่าจะมี ความผิด มิฉะนั้นแล้วกฎหมายก็จะกลายเป็นเศษกระดาษไป หรือคำพิพากษานั้นไม่มีผลทางกฎหมาย ดังนั้นจึงเห็นควรให้มีการแก้ไขกฎหมายอาญามาตรา 276 โดยบัญญัติให้สามีต้องรับผิดชอบชำเรากฎหมายในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่⁸⁰

2.) แนวความคิดที่สอง ในการพิจารณาประเด็นกรณีสามีชำเรากฎหมายในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่นั้นจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ไม่บัญญัติลงโทษกรณีดังกล่าวไว้ ดังนั้นหากสามีกระทำการชำเรากฎหมาย สามีไม่ต้องรับโทษฐานชำเรากฎหมาย เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายของประเทศอังกฤษพบว่า หากสถานะของภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปโดยกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น กรณีเมื่อสามีภริยาแยกกันอยู่หากสามีชำเรากฎหมาย สามีต้องรับผิดชอบชำเรากฎหมายด้วย ทั้งนี้เนื่องจากการสมรสนั้นภริยาให้ความยินยอมแก่สามีในการใช้สิทธิแห่งการสมรสตราบชั่วคราวเวลาที่ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาเป็นไปตามปกติ แต่หากความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาเปลี่ยนแปลงด้วยกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย ความยินยอมในการร่วมประเวณีระหว่างการสมรสย่อมถูกเพิกถอนไป ดังนั้นสามีจึงไม่อาจที่จะบังคับภริยาให้ร่วมประเวณีกับตน⁸¹ โดยหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษได้วางหลักกรณีสามีชำเรากฎหมายในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ว่าสามีมีความผิดฐานชำเรากฎหมายของตน ดังนี้ "Judicial Separation

Any one of the 5 bases for divorce described above will provide a sufficient reason for establishing judicial separation. Husband and wife remain married, but their duty to live together ends. The consent to sexual intercourse implied in the marriage contract is revoked so husband may be found guilty of raping his wife if he is judicially separated from

⁸⁰ณรงค์ สิงห์ประเสริฐ, "ความเห็นของแพทย์ในปัญหาการกระทำชำเรากฎหมาย," ตุลพาน 22, เล่มที่ 4 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2518): 28-30.

⁸¹Simon Bronitt, "Spreading disease and the criminal law," Criminal Law Review (January 1994):

her."⁸² อันเป็นหลักกฎหมายที่สนับสนุนแนวความคิดที่เห็นควรลงโทษสามีผู้ข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ แต่อย่างไรก็ตามระบบกฎหมายของประเทศไทยและระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ประเทศไทยมีระบบกฎหมายที่เคร่งครัดถือตามตัวบทกฎหมายที่เรียกว่า "civil law" แต่ระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษเป็นระบบที่ไม่เคร่งครัดในตัวบทกฎหมายถือเอาคำพิพากษาศาลของประเทศอังกฤษเป็นกฎหมายที่เรียกว่า "common law" ดังนั้นศาลของประเทศไทยต้องตีความตามตัวบทกฎหมายมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญาจะตีความตามเจตนารมณ์อย่างศาลของประเทศอังกฤษไม่ได้ หากสามีกระทำการข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน สามีไม่ต้องรับโทษฐานข่มขืนกระทำชำเรา จึงมีปัญหาที่ทำให้เห็นว่าการคำสั่งของศาลที่ให้สามีภริยาแยกกันอยู่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1462 ดังกล่าวไม่อาจคุ้มครองหญิงผู้เป็นภริยาได้ จึงเห็นควรให้มีการบัญญัติกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมให้สามีต้องรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่⁸³

จากแนวความคิดทั้งสองแนวทางข้างต้นนี้ต่างเห็นควรที่จะให้มีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เพื่อคุ้มครองภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่เพื่อมิให้สามีใช้อำนาจข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าหากสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ควรให้สามีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนและลงโทษสามีผู้ข่มขืนกระทำชำเราได้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองภริยาให้ถูกสามีข่มขืนกระทำชำเราในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ เพราะมนุษย์เป็นประธานแห่งสิทธิ (subject of right) และรัฐธรรมนูญก็บัญญัติให้หญิงชายเท่าเทียมกัน จึงควรบัญญัติตัวบทกฎหมายให้เสมอภาคกันโดยยึดหลักที่ว่ากรณีที่สามีภริยาแยกกันอยู่นั้นหมายความว่าความรวมถึง การที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมให้อีกฝ่ายหนึ่งร่วมประเวณีด้วย ทั้งนี้เพราะกฎหมายควรให้ความสำคัญกับผลกระทบต่อตัวตนของหญิงผู้ถูกระทำมากกว่าที่จะให้ความสำคัญกับรูปแบบอย่างที่เป็นอยู่⁸⁴ อีกทั้งจากการศึกษาสภาพปัญหากรณีดังกล่าวผู้เขียนพบว่ากรณีที่ภริยาไม่เหตุจำเป็นที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันกับสามี โดยภริยาได้ตกลงแยกกันอยู่ต่างหากก็ตีร้องต่อศาลขอคำสั่ง

⁸²Anna Coote and Lawrence Grant, *The NCCL guide civil liberty* (London: Penguin Books, 1972), p. 175.

⁸³ประสิทธิ์ พัฒนอมร, *ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา* (ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า 54.

⁸⁴ชลิตาภรณ์ ส่งสัมพันธ์, "ข่มขืนความรุนแรงเชิงวัฒนธรรม," *รัฐศาสตร์สาร* 19, ฉบับที่ 3 (2539): 180.

อนุญาตให้ตนอยู่ต่างหากในระหว่างเหตุจำเป็นและศาลได้มีคำสั่งให้สามีภริยาแยกกันอยู่ก็ตีกันว่า เป็นการคุ้มครองภริยามิให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ แต่กฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดฐาน ช่มชู้ในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ อันเป็นการส่งผลให้สามียังคงใช้สิทธิในความเป็น สามีร่วมประเวณีกับภริยา แม้เหตุแห่งการตกลงแยกกันอยู่ต่างหากก็ตีการขอให้ศาลมีคำสั่งให้สามี ภริยาแยกกันอยู่ก็ตีจะมาจากการบังคับให้ภริยาร่วมประเวณีกับสามีขณะที่ภริยามีสภาพร่างกายที่ อ่อนแอ หรือสาเหตุประการอื่นที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการร่วมประเวณีระหว่างสามีภริยา โดยเฉพาะการที่ ภริยาร้องขอให้ศาลสั่งอนุญาตให้แยกกันอยู่เพราะทนต่อภาวะที่สามีทารุณ ในขณะที่ร่วมประเวณีไม่ไหว เพื่อสุขภาพของภริยาแล้ว ศาลจึงมีคำสั่งให้แยกกันอยู่ ผู้เขียนเห็นว่าจากเจตนาของศาลย่อมเล็งเห็น ผลถึงการขาดจากความเป็นสามีภริยาทางพฤตินัยด้วย ดังนั้นความเป็นภริยาในมาตรา 276 แห่ง ประมวลกฎหมายอาญาย่อมหมดไป

นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าความสัมพันธ์ทางเพศที่ดีควรเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นด้วย ความสมัครใจของทั้งสามีและภริยา กล่าวคือ เมื่อการสมรสต้องกระทำด้วยความสมัครใจ การ ร่วมประเวณีย่อมต้องทำด้วยความสมัครใจเช่นเดียวกัน⁸⁵ การจดทะเบียนสมรสไม่ควรเป็นการผูกมัด ว่าภริยามีหน้าที่ที่จะต้องยอมจำนนต่อความต้องการทางเพศของสามีตลอดไปจนกว่าจะมีการ ถอนทะเบียนสมรส ทั้งนี้เนื่องจากหลังจดทะเบียนสมรสแล้วเหตุการณ์อาจจะเปลี่ยนแปลงไปจนทำให้ ภริยาไม่สมัครใจที่จะมีเพศสัมพันธ์กับสามีอีกต่อไป ไม่ว่าจะเป็กรณีที่สามีภริยาแยกกันอยู่ต่างหาก เป็นการชั่วคราว หรืออยู่ในระหว่างการดำเนินการฟ้องหย่า หรือสามีมีโรคติดต่ออย่างร้ายแรง ในกรณี นี้หากสามีบังคับขืนใจให้ภริยาร่วมเพศกับตน สามีก็ควรจะมี ความผิดฐานช่มชู้ในระหว่างที่สามีภริยาได้ ทั้งนี้เพราะการกระทำดังกล่าวของสามีเป็นการละเมิดต่อเนื้อตัวร่างกายของภริยา⁸⁶

อนึ่ง ตามหลักกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความสัมพันธ์ระหว่าง สามีภริยาต้องเป็นสามีภริยากันถูกต้องตามกฎหมาย กล่าวคือ ต้องมีการจดทะเบียนสมรสโดยชอบ ด้วยกฎหมาย และการร่วมประเวณีก็เป็นสาระสำคัญประการหนึ่งของการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ดังนั้นการร่วมประเวณีจึงเปรียบเสมือนเป็นทั้งสิทธิและหน้าที่ที่ทั้งสามีและภริยาพึงมีต่อกัน ในฐานะที่

⁸⁵วิมลศิริ ชำนาญเวช, "กฎหมายอาญาคู่ครองผู้หญิงและเด็กในคดีเกี่ยวกับครอบครัวเพียงใด," วารสาร นิติศาสตร์ 27, ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2540): 369.

⁸⁶มาลี พุกพงษ์สวัสดิ์, สตรีกับกฎหมาย (กรุงเทพมหานคร: สถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์ และมูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์ และมนุษยศาสตร์, 2527), หน้า 224-225.

เป็นสิทธิก็ควรเป็นสิทธิของทั้งสามีและภรรยาในอันที่จะยอมรับหรือปฏิเสธที่จะร่วมประเวณีด้วยหรือไม่ แต่หากมองว่าการร่วมประเวณีเป็นหน้าที่ประการหนึ่งของการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาก็น่าจะเป็นสิ่งที่พึงกระทำ

เมื่อการร่วมประเวณีก็เป็นทั้งสิทธิและหน้าที่ของสามีภรรยา ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรอย่างยิ่งที่จะมีการจำกัดขอบเขตของการร่วมประเวณีไว้ด้วย แต่อย่างไรก็ตามในส่วนของสิทธิในการร่วมประเวณีนั้นยังเป็นประเด็นปัญหาว่าอย่างไรจะถือว่าอยู่ในสิทธิของผู้เป็นสามีพึงกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายอันจะถือเป็นหน้าที่ที่ภริยาไม่สามารถปฏิเสธได้

จากประเด็นปัญหาดังกล่าวข้างต้น การร่วมประเวณีนั้นในหลักการควรถือเป็นสิทธิของสามีในอันที่จะพึงมีต่อภริยาของตน แต่หากมองว่าการร่วมประเวณีเป็นสิทธิของทั้งสามีและภริยาจึงมีความเป็นไปได้ว่า ทั้งสามีและภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีโอกาสที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำก็ได้ กล่าวคือ ทั้งสามีและภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถที่จะปฏิเสธที่จะไม่ร่วมประเวณีด้วยได้ ทั้งนี้เพราะคำว่า "สิทธิ" ย่อมนำมาซึ่งโอกาสที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำ

การร่วมประเวณีจึงเป็นทั้งบทบาทและหน้าที่ที่ทั้งสามีและภริยาพึงกระทำ และยังเป็นสิทธิที่ควรจะให้ทั้งสามีและภริยาเลือกที่จะปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติได้ แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีความเห็นว่าการร่วมประเวณีนั้นควรจะมีการกำหนดขอบเขตและเงื่อนไขของการร่วมประเวณีให้เหมาะสม โดยการจำกัดสิทธิของสามี โดยให้สิทธิภริยาที่จะปฏิเสธการร่วมประเวณี⁸⁷ ดังที่ประเทศต่างๆ ได้กำหนดฐานความผิดกรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาอันเป็นการคุ้มครองหญิงซึ่งเป็นภริยา

ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้จึงก่อให้เกิดปัญหาจากการที่กฎหมายไม่สามารถให้ความคุ้มครองภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายจากการถูกสามีข่มขืนกระทำชำเราในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ ทั้งนี้เพราะกฎหมายอาญาไม่สามารถเอาผิดสามีฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนได้ อันเป็นบทกฎหมายที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในสังคม กฎหมายไม่ควรบัญญัติโดยให้อำนาจบุคคลใดในการกระทำความผิดเพียงเพราะความแตกต่างกันทางเพศ

⁸⁷ Jerusalem Post, International Edition, September 28-October 4, 1980.

การกำหนดฐานความผิดกรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาเคยมีคำพิพากษาของศาลสูงอิสราเอลพิพากษาลงโทษกรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน โดยให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาว่าการให้ภริยาต้องสยบต่อสามีโดยสิ้นเชิงดังที่กฎหมายคอมมอนลอว์วางแนวบรรทัดฐานไว้นั้น เห็นได้ว่าเป็นการขัดต่อศีลธรรมของวิญญูชนอย่างร้ายแรง อีกทั้งยังเป็นการขัดต่อเหตุผลทางสังคมของประเทศที่เจริญแล้ว

นอกจากนี้หากกฎหมายไม่ยอมรับว่าภริยามีสิทธิไม่ยินยอมที่จะร่วมประเวณีกับสามีของตนแล้ว กฎหมายนั้นก็จะเป็นภาวะแก่ภริยาหากในชีวิตสมรสนั้นสามีได้ใช้วิธีการอันไม่สมควรในการร่วมประเวณีกับภริยา การสมรสย่อมจะเกิดความยุ่งยากและก่อให้เกิดการกระทำที่ไม่เป็นธรรมในสังคม⁸⁸ ภริยาต้องตกอยู่ในภาวะหวาดกลัวต่อการถูกสามีข่มขืนกระทำชำเรา⁸⁹ กฎหมายจึงไม่ควรให้สามีมีอำนาจทรมานภริยา

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าย่อมมีความยุติธรรม ในการที่จะยอมให้ภริยามีสิทธิไม่ยินยอมในการร่วมประเวณีกับสามีในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ ดังที่ในประเทศอังกฤษวางหลักกฎหมายให้ทั้งสามีและภริยาสามารถทำข้อตกลงเพื่อแยกกันอยู่หรือร้องขอต่อศาลขอให้ศาลสั่งอนุญาตให้แยกกันอยู่ อันจะมีผลให้ภริยาได้รับการป้องกันมิต้องยอมร่วมประเวณีกับสามีเมื่อภริยาไม่ต้องการ ทั้งนี้เพราะในการที่สามีภริยาจะร่วมประเวณีต่อกัน (sexual intercourse) นั้น คู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่ต้องยอมทนต่อการกระทำที่ผิดปกติธรรมดา วิปริต หรือเกินสมควร หรืออาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัยอย่างใดๆ แก่ตนเอง ตัวอย่างเช่น สามีกำลังป่วยเป็นโรคกามโรคจะบังคับให้ภริยาต้องร่วมประเวณีกับสามีไม่ได้⁹⁰ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้เคยพิพากษาว่า การที่ภริยาวางใจมอบชีวิตและร่างกายแก่สามีมิได้หมายความว่า เธอจะยินยอมต่อการติดเชื้ออันชั่วร้ายของสามีด้วย⁹¹

โดยผู้เขียนเห็นว่าควรทำการบัญญัติกฎหมายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เพิ่มเติมขึ้นจากหลักการเดิมหรือทำการบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมเป็นมาตรา 276 ทวิก็ได้ โดยมีหลักกฎหมายที่ว่า "ชายผู้เป็นสามีกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาของตน และกระทำในขณะที่แยกกันอยู่ โดยขู่เชือดด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดอันยอมความได้"

นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าการแก้ไขกฎหมายนี้มิใช่เป็นการกระทำให้ครอบครัวแตกแยกกัน หากมีการแก้ไขหลักกฎหมายอาญามาตรา 276 จริง ภริยาคนใดที่ได้รับความรุนแรงจากสามีจะทำ

⁸⁸David Jary and Julia Jary, The haper collins dictionary of sociology (New York: Harper Perennial, (n.d.)), pp. 288-289.

⁸⁹บุญเทียม เทพพิทักษ์ศักดิ์, "การข่มขืนโดยสามี," จดหมายเหตุวารสารคดีศึกษา ฉบับที่ 6 (พฤศจิกายน 2544): 9.

⁹⁰Foster v. Foster (1921) P 438 CA

⁹¹วิชัย อริยะนนทกะ, "วงการกฎหมายทั่วไป," ตุลพาน 32, เล่มที่ 2 (มีนาคม-เมษายน 2528): 142.

การฟ้องร้องสามีหรือไม่ได้ ถือเป็นสิทธิของภริยาขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของภரியานั้นเอง การแก้ไขกฎหมายเป็นเพียงการเพิ่มทางเลือกอีกทางหนึ่งแก่ภริยาเท่านั้น

สำหรับโทษที่จะลงแก่สามีผู้ข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรเป็นโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี ทั้งนี้เพราะเมื่อศาลพิพากษาลงโทษจำคุกสามีในอัตราโทษขั้นต่ำเป็นเวลาสี่ปี หากกรณีการกระทำดังกล่าวของสามีมีเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 แห่งประมวลกฎหมายอาญา¹ ไม่ว่าจะเป็นผู้กระทำความผิดเป็นผู้โหดเหี้ยมเบาปัญญา ตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส มีคุณความดีมาแต่ก่อน รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น ลูกแก่โทษต่อเจ้าพนักงานหรือให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา หรือเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามีลักษณะทำนองเดียวกัน ศาลเห็นสมควรจะลดโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่สามีคงเหลือโทษจำคุกสองปี โทษจำคุกดังกล่าวก็อาจปรับเข้าสู่หลักการรอกการลงโทษตามมาตรา 56 แห่งประมวลกฎหมายอาญา² ถ้าไม่ปรากฏว่าสามีได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่า

มาตรา 78 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า "เมื่อปรากฏว่ามีเหตุบรรเทาโทษ ไม่ว่าจะได้มีการเพิ่มหรือการลดโทษตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นแล้วหรือไม่ ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้"

เหตุบรรเทาโทษนั้นได้แก่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้โหดเหี้ยมเบาปัญญา ตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส มีคุณความดีมาแต่ก่อน รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น ลูกแก่โทษต่อเจ้าพนักงานหรือให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา หรือเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามีลักษณะทำนองเดียวกัน"

มาตรา 56 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาลจะได้ลงโทษจำคุกไม่เกินสองปี ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ เมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพและสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิดหรือเหตุอื่นอันควรปรานีแล้ว เห็นเป็นการสมควร ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอกการกำหนดโทษไว้ หรือกำหนดโทษแต่รอกการลงโทษไว้ แล้วปล่อยตัวไปเพื่อให้โอกาสผู้นั้นกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนด แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติดังกล่าวด้วยหรือไม่ก็ได้"

เงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติดังกล่าวของผู้นั้นศาลอาจกำหนดข้อเดียวหรือหลายข้อ ดังต่อไปนี้

(1) ให้ไปรายงานตัวต่อเจ้าพนักงานที่ศาลระบุไว้เป็นครั้งคราว เพื่อเจ้าพนักงานจะได้สอบถาม แนะนำช่วยเหลือ หรือตักเตือนตามที่เห็นสมควรในเรื่องความประพฤติและการประกอบอาชีพ หรือจัดให้กระทำกิจกรรมบริการสังคมหรือสาธารณประโยชน์ตามที่เจ้าพนักงานและผู้กระทำความผิดเห็นสมควร

(2) ให้ฝึกหัดหรือทำงานอาชีพอันเป็นกิจจะลักษณะ

(3) ให้ละเว้นการคบหาสมาคมหรือการประพฤติใดอันอาจนำไปสู่การกระทำความผิดในทำนองเดียวกันอีก

สามีได้รับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ หากศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพและสิ่งแวดล้อมของสามี หรือสภาพความผิด หรือเหตุอื่นอันควรปราณีแล้ว เห็นเป็นการสมควร ศาลจะรอการลงโทษไว้แล้วปล่อยตัวสามีไปเพื่อให้โอกาสสามีกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ทั้งนี้เพราะความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยานั้นเป็นความสัมพันธ์แบบพิเศษและมีความละเอียดอ่อนมาก อีกทั้งการคงไว้ซึ่งสถาบันครอบครัวเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้เพราะสถาบันครอบครัวคือจุดเริ่มต้นของการสร้างพัฒนาบุคลากรของชาติซึ่งคนในสังคมจะเป็นบุคคลที่มีคุณภาพที่ดีได้ต้องเริ่มมาจากสภาพความเป็นครอบครัวของแต่ละบุคคลนั้น

นอกจากนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรถือว่าการที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยา ในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่เป็นความผิดอันยอมความได้ด้วย ทั้งนี้เพราะทั้งผู้กระทำและผู้ถูกกระทำต่างก็ยังคงมีความสัมพันธ์อันสามีภริยากันอยู่ การข่มเหงทางเพศกรณีนี้จึงไม่น่าจะถือเป็นเหตุรุนแรงอันจะทำให้ถึงขนาดยอมความกันไม่ได้ ทั้งนี้เพราะเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกรณีทั่วไปยังเป็นความผิดยอมความได้ หากไม่เข้ากรณีมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนยังเห็นอีกว่าหากกรณีการที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยา ของตนในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่นี้ขยายความรุนแรงไปถึงการที่สามีร่วมกับบุคคลอื่นกระทำ

(4) ให้ไปรับการรักษาการติดยาเสพติดให้โทษ ความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ หรือความเจ็บป่วยอย่างอื่น ณ สถานที่และตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด

(5) เงื่อนไขอื่นๆ ตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนดเพื่อแก้ไข พื้นฟู หรือป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำหรือมีโอกาสกระทำความผิดขึ้นอีก

เงื่อนไขตามที่ศาลได้กำหนดตามความหมายในวรรคก่อนนั้น ถ้าภายหลังความปรากฏแก่ศาลตามคำขอของผู้กระทำความผิด ผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้นั้น ผู้อนุบาลของผู้นั้น พนักงานอัยการหรือเจ้าพนักงานว่าพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องแก่การควบคุมความประพฤติของผู้กระทำความผิดได้เปลี่ยนแปลงไป เมื่อศาลเห็นสมควรศาลอาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือเพิกถอนข้อหนึ่งข้อใดเสียก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขข้อใด ตามที่กล่าวในวรรคก่อนที่ศาลยังมีได้กำหนดไว้เพิ่มเติมขึ้นอีกก็ได้"

มาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า "ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม"

การอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงผู้เป็นภริยาของตน การกระทำดังกล่าวของสามีนี้ควรที่จะบัญญัติกฎหมายให้การกระทำเป็นความผิดและเป็นความผิดอันไม่อาจยอมความได้ โดยโทษที่จะลงแก่ชายผู้เป็นสามีก็ควรเป็นโทษสถานหนัก ทั้งนี้เพราะการกระทำดังกล่าวของสามีเป็นการกระทำที่รุนแรงอันเป็นการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสถาบันครอบครัวและส่งผลกระทบต่อหญิงผู้เป็นภริยาอย่างมาก

กล่าวโดยสรุปจากการที่ได้ศึกษาถึงหลักกฎหมายและช่องโหว่ของกฎหมายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ที่เกิดขึ้นกับภริยากรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ ผู้เขียนเห็นควรอย่างยิ่งที่จะให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ทั้งนี้เพราะประมวลกฎหมายอาญา 276 เป็นบทบัญญัติให้สิทธิพิเศษแก่สามีที่จะได้รับการตอบสนองทางเพศแม้ภริยาไม่เต็มใจก็ตาม