เพศวิถีในคำพิพากษา

รศ.สมชาย ปรีชาศิลปกุล

รายงานการวิจัยเรื่องเพศวิถีในคำพิพากษา

ISBN : 978 - 974 - 518 - 442 - 8
พิมพ์ครั้งที่ ๑ : พฤศจิกายน ๒๕๕๑

ที่ปรึกษา : ดร.คุณหญิงอัมพร มีศุข, ดร.สุนทรียา เหมือนพะวงศ์
สุพัตรา ภู่ธนานุสรณ์, นัยนา สุภาพึ่ง

ผู้เขียน : ร.ศ.สมชาย ปรีชาศิลปกุล

ประสานงาน : ปิยภา เมืองแมน, จันทร์จิรา บุญประเสริฐ
บริพัตร จุฑานิธิ, กิติพร บุญอ่ำ
ขวัญสุดา วรรณารักษ์

จัดพิมพ์โดย

สถาบันวิจัยระพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม
อาคารสถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม
ถนนรัชดาภิเษก เขตจตุจักร กรุงเทพฯ ๑๐๙๐๐

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
๒๓๙ ถนนห้วยแก้ว อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ ๕๐๒๐๐

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
๔๒๒ ถนนพญาไท (ใกล้สะพานหัวช้าง)
เขตปทุมวัน กรุงเทพมหานคร ๑๐๓๐๐
ตู้ ปณ. ๔๐๐ ปณจ. รองเมือง กรุงเทพมหานคร ๑๐๓๓๐
โทรศัพท์ ๐ ๒๒๑๙ ๒๙๘๐ โทรสาร ๐ ๒๒๑๙ ๒๙๔๐
www.nhrc.or.th สายด่วน ๑๓๗๗
E-mail : help@nhrc.or.th

Canadian International Development Agency (CIDA)

โครงการ UNIFEM CEDAW SEAP ประเทศไทย
กองทุนการพัฒนาเพื่อสตรีแห่งสหประชาชาติ
อาคารพญาไทคอร์ท ถนนราชวิถี เขตดุสิต กรุงเทพฯ ๑๐๓๐๐
โทรศัพท์ ๐ ๒ ๒๔๔ ๘๗๕๓ โทรสาร ๐ ๒ ๒๔๔ ๘๗๕๔

คำนำ

กองทุนการพัฒนาเพื่อสตรีแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Fund for Women -UNIFEM) ร่วมกับ Canadian International Development Agency (CIDA) ได้ดำเนินโครงการ “Facilitating CEDAW Implementation towards the Realisation of Women’s Human Rights in South East Asia (UNIFEM CEDAW SEAP)” ใน ๗ ประเทศ ได้แก่ เขมร อินโดนีเซีย สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ฟิลิปปินส์ ติมอร์-เลสเต เวียดนาม และ ไทย

เป้าหมายที่ UNIFEM CEDAW SEAP ต้องการบรรลุ คือ ความตระหนักเรื่องสิทธิมนุษยชนของผู้หญิง สมรรถนะการดำเนินงานตามอนุสัญญา และเจตนารมณ์หรือคำมั่นของภาครัฐและภาคประชาสังคมที่จะดำเนินการตามพันธะสัญญาให้ผู้หญิงใช้สิทธิมนุษยชนด้านต่างๆ ของตนได้อย่างเสมอภาคกับชาย กิจกรรมที่ UNIFEM CEDAW SEAP สนับสนุนให้ภาครัฐและภาคประชาสังคมดำเนินการจึงครอบคลุมการผลักดันด้านรัฐธรรมนูญ/กฎหมายให้คำนึงถึงสิทธิมนุษยชนของผู้หญิง การเสริมสร้างขีดความสามารถในการนำ CEDAW ไปใช้เป็นเครื่องมือในการปฏิบัติงาน และการปรับเปลี่ยนเจตคติหรือค่านิยมที่ขัดกับหลักการสิทธิมนุษยชน

UNIFEM CEDAW SEAP สนับสนุนการวิจัยฉบับนี้เพื่อนำไปสู่การปรับเปลี่ยนเจตคติเชิงลบของสังคมในอนาคต ผู้วิจัยมีแรงบันดาลใจจากการอ่านคำพิพากษาในคดีที่เกี่ยวกับความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศจำนวนหนึ่ง และทำให้เกิดคำถามหลายคำถามต่อแนวทางการวินิจฉัยของศาลโดยเฉพาะอย่างยิ่งในระดับของศาลฎีกา เนื่องจากในการตัดสินในหลายคดีจะเป็นการปรับใช้ข้อกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมให้เข้ากับข้อเท็จจริงให้คดี ดังเช่นการวินิจฉัยถึงเรื่องความยินยอมของหญิงในคดีเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องใช้ความเชื่อ ประสบการณ์ หรือความเข้าใจของผู้ทำการตัดสินเข้ามาเป็นปัจจัยประกอบ

การให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยในหลายคดีได้แสดงให้เห็นถึงความรู้ความเข้าใจของผู้ตัดสินที่มีต่อบรรทัดฐานในความประพฤติทางเพศของหญิงและชาย เมื่อได้อ่านคำพิพากษาจำนวนที่กว้างขวางขึ้นก็ได้พบลักษณะร่วมกันของบรรทัดฐานความคิดดังกล่าว จนสามารถเรียกได้ว่าเป็นฐานคติทางเพศที่ปรากฏขึ้นในคำพิพากษาของศาล จนเกิดความสนใจที่จะค้นคว้าและอธิบายว่าฐานคติทางเพศของผู้ตัดสินคดีนั้นมีลักษณะอย่างไร และมีผลต่อการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทในคดีอย่างไร

งานวิจัยเรื่อง**เพศวิถีในคำพิพากษา** อาจมีความแตกต่างไปจากงานวิชาการอื่นที่ได้เคยมีการศึกษาในแวดวงวิชาการนิติศาสตร์ของไทย เนื่องจากเป็นการศึกษาที่มุ่งสืบค้นถึงฐานคติทางเพศของผู้ตัดสินคดีที่มีผลต่อคำวินิจฉัยในคำพิพากษา ซึ่งคำอธิบายในลักษณะนี้อาจฟังดูแปลกประหลาดมิใช่น้อยในแวดวงผู้พิพากษาที่ได้รับการยืนยันมาอย่างสืบเนื่องว่าผู้พิพากษาต้องเป็นกลาง ในการตัดสินคดีก็ไม่อาจนำเอาความเชื่อส่วนตัวมาปะปน

ผู้วิจัยต้องขอขอบคุณคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ โดยเฉพาะคุณนัยนา สุภาพึ่ง ที่เปิดโอกาสให้ผู้วิจัยได้นำเสนอแนวความคิดในเบื้องต้นก่อนที่งานวิจัยชิ้นนี้จะเป็นรูปเป็นร่างขึ้น รวมทั้ง คุณสุพัตรา ภู่ธนานุสรณ์ ผู้จัดการ UNIFEM CEDAW SEAP ประเทศไทย ที่ให้การสนับสนุนจนงานวิจัยสำเร็จลุล่วง

อาจารย์ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธุ์ อาจารย์วิระดา สมสวัสดิ์ อาจารย์กฤตยา อาชวนิจกุล และอาจารย์มาลี พฤกษ์พงศาวลี เป็นผู้ที่ให้คำแนะนำและคำวิจารณ์ที่เป็นประโยชน์อย่างมากแก่งานชิ้นนี้ ทำให้เห็นข้อจำกัด รวมถึงทิศทางของการพัฒนางานวิจัยด้านสตรีนิยมในระบบกฎหมายที่สามารถเปิดมิติและพื้นที่ในการศึกษาต่อไปได้อีกอย่างกว้างขวาง

และที่ขาดไม่ได้ก็คือนักศึกษา “หญิง” ปริญญาโทนิติศาสตร์ ของมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ๓ คน คือ ปอ แมวและผึ้ง ที่ช่วยกันค้น อ่าน ตั้งข้อสังเกตและร่วมกันถกเถียงถึงประเด็นต่างๆ ซึ่งปรากฏในคำพิพากษา โดยเฉพาะจากมุมมองของผู้หญิงที่ช่วยให้มองเห็นทรรศนะ ความเห็น หรือความรู้สึกที่สะท้อนจากสายตาของผู้หญิงได้เป็นอย่างดี

ผู้วิจัยตระหนักดีว่ายังมีข้อบกพร่องและความไม่ชัดเจนปรากฏขึ้นในงานวิจัยชิ้นนี้ ในฐานะผู้วิจัยยอมรับถึงข้อจำกัดบางอย่างที่มีในการทำงานชิ้นนี้ทั้งในด้านความรู้ความเข้าใจที่มีต่อแนวความคิดด้านสตรีนิยม รวมถึงสถานะของการเป็น “ชาย” ที่อาจทำให้มองข้ามหรือมองไม่เห็นประเด็นอีกหลายประเด็น ผู้วิจัยน้อมรับคำวิจารณ์ที่มีต่องานวิจัยเรื่องเพศวิถีในคำพิพากษาโดยหวังว่าจะเป็นงานเล็กๆ ชิ้นหนึ่งที่ทำให้เกิดการศึกษาถึงฐานความคิดในระบบกฎหมายได้เกิดเพิ่มมากขึ้น มากกว่าการศึกษากฎหมายตามแบบจารีตที่มุ่งเน้นอธิบายตัวบทกฎหมายเป็นหลัก โดยไม่ให้ความสำคัญกับวิถีคิดและความเชื่อของผู้คนที่ได้เข้ามาเกี่ยวข้องแต่อย่างใด

รศ.สมชาย ปรีชาศิลปกุล
เมื่อสายลมหนาวมาเยือน, เชียงใหม่
ตุลาคม ๒๕๕๑

คำนำ

สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม เป็นหน่วยพัฒนางานวิชาการให้แก่ผู้พิพากษาและศาลยุติธรรม เพื่อให้เป็นองค์กรแห่งความรู้และการเรียนรู้ ให้สามารถพัฒนางานไปในทิศทางที่ถูกต้องเหมาะสม มีประสิทธิภาพ และเกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชน ด้วยบทบาทในเชิงวิชาการ สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์จึงพยายามเปิดกว้างไปเรียนรู้ข้อมูลจากหลายฝ่าย ทำให้ได้รับทราบว่ามีบุคคลและหน่วยงานมากมายที่มีความคาดหวังต่อศาลยุติธรรมในลักษณะต่างๆ ซึ่งหากจะสรุปในภาพรวมแล้วอาจกล่าวได้ว่าทุกฝ่ายต้องการให้ผู้พิพากษามีความรู้และความเข้าใจในเรื่องต่างๆ เพิ่มขึ้น เพื่อให้ศาลสามารถสร้างความยุติธรรม “ที่เป็นธรรม” ได้มากขึ้น

หากเข้าใจไม่ผิด งานวิจัยของรองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุลฉบับนี้ เขียนขึ้นเป็นครั้งแรกในชื่อ “อคติทางเพศในคำพิพากษา” ซึ่งท่านผู้วิจัยน่าจะประสงค์ที่จะถ่ายทอดจากคำศัพท์เทคนิคในภาษาอังกฤษว่า “Gender Bias” โดยผู้วิจัยและผู้ให้ทุนทำวิจัยจากฝ่ายต่างๆ คงปรารถนาที่จะแสดงให้ศาลได้รับทราบถึงความทุกข์ระทมของสตรีที่ได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมจากกระบวนการยุติธรรมทั้งหลาย โดยเฉพาะจากศาลยุติธรรม

สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ มิได้นิ่งนอนใจในเรื่องดังกล่าว หากแต่ได้ร่วมกับองค์กรที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายจัดกิจกรรมการศึกษาอย่างต่อเนื่อง ในเรื่องแนวความคิดแบบสตรีนิยมในลักษณะต่างๆ และเรื่องบทบาทศาลกับการสร้างความเสมอภาคทางเพศ ทำให้สามารถเปิดประตูก้าวเข้าไปสัมผัสกับปัญหาที่ฝ่ายสตรีเรียกร้องได้อย่างชัดเจนมากขึ้น และทำให้ได้พบว่ายังมี “อวิชชา” หรือความไม่รู้เกี่ยวกับเรื่อง “ความยุติธรรมว่าด้วยเพศ” (Gender Justice) อีกหลายเรื่อง ที่อาจมิใช่เรื่องเนื้อหาในเชิงกฎหมายเสียทีเดียว แต่เป็นเรื่องมุมมองหรือทัศนคติของผู้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจำเป็นจะต้องหยิบมาถก ยกมาศึกษา เพื่อพัฒนาให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในทางที่ถูกต้องกันต่อไป

สุดท้ายนี้ สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม ขอขอบพระคุณรองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล ผู้วิจัย รวมทั้งคุณนัยนา สุภาพึ่ง กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และคุณสุพัตรา ภู่ธนานุสรณ์ ตัวแทนของกองทุนการพัฒนาเพื่อสตรีแห่งสหประชาชาติ ผู้สนับสนุนงานวิจัยฉบับนี้ ที่ได้จุดประกายให้ผู้พิพากษาทั้งหลายต้องช่วยกันขบคิดในเรื่องดังกล่าวอย่างจริงจัง และทำให้ศาลยุติธรรมเป็นอีกองค์กรหนึ่งที่ได้มีโอกาสเข้าไปร่วมสร้างสรรค์ “เส้นแห่งความเสมอภาค” (Line of Equality) ให้เกิดความสมบูรณ์ขึ้นในสังคมไทยของเรา

ดร. สุนทรียา เหมือนพะวงศ์
ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำสำนักประธานศาลฎีกา
สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม

คำนำ

กองทุนการพัฒนาเพื่อสตรีแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Fund for Women-UNIFEM) สนับสนุนการดำเนินการตามอนุสัญญาการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women -CEDAW) ในประเทศไทย UNIFEM ได้เริ่มส่งเสริมการดำเนินงานตาม CEDAW ใน ๗ ประเทศ รวมทั้งประเทศไทย เมื่อปี ๒๕๔๘ เพื่อสนับสนุนให้ของภาครัฐและภาคประชาสังคมดำเนินงานตามภารกิจขององค์กรหรือชุมชนโดยคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิมนุษยชน ความเสมอภาคและความเป็นธรรมที่ผู้หญิงต้องได้รับในฐานะที่เป็นมนุษย์

ในการเสนอรายงานของประเทศไทยโดยคณะผู้แทนไทยต่อคณะกรรมการ CEDAW ของสหประชาชาติ เมื่อวันที่ ๒๐ มกราคม ๒๕๔๙ คณะกรรมการฯ มีความห่วงใยต่อการกระทำความรุนแรงที่มีผลกระทบต่อผู้หญิงและเด็กหญิง จึงเสนอแนะให้รัฐใช้มาตรการที่เหมาะสมทั้งปวงและมาตรการพิเศษชั่วคราวเพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงสามารถเข้าถึงการชดเชยและการคุ้มครองโดยรวดเร็ว ผู้กระทำผิดถูกดำเนินคดีและถูกลงโทษอย่างเหมาะสม รวมทั้งเสนอแนะให้สร้างความเข้าใจแก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมาย ผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ตุลาการ บุคลากรสาธารณสุข และครู เพื่อให้มีความละเอียดอ่อนต่อมิติทางเพศและสามารถจัดการกับปัญหาความรุนแรงรูปแบบต่างๆ ที่เกิดกับผู้หญิงได้อย่างมีประสิทธิภาพ

UNIFEM จึงได้สนับสนุนให้มีการศึกษาวิจัย **“เพศวิถีในคำพิพากษา”** ขึ้น เพื่อศึกษาวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาในคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำรุนแรงต่อผู้หญิง แม้ว่ารายงานการศึกษาจะยังไม่ครอบคลุมหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมทั้งกระบวนการ แต่ก็หวังเป็นอย่างยิ่งว่าการศึกษาวิเคราะห์ดังกล่าวจะเป็นจุดเริ่มต้นที่นำไปสู่การพัฒนากระบวนการยุติธรรมทั้งกระบวนการให้ผู้หญิงได้รับการคุ้มครองและชดเชยอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

สุพัตรา ภู่ธนานุสรณ์
ผู้จัดการโครงการ CEDAW SEAP ประเทศไทย
กองทุนการพัฒนาเพื่อสตรีแห่งสหประชาชาติ

คำนำ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เป็นองค์กรที่มีหน้าที่ส่งเสริมคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และกติกาข้อตกลงระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี โดยตระหนักถึงสิทธิมนุษยชนที่สัมพันธ์กับวิถีชีวิตของบุคคลที่มีความแตกต่างและหลากหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาททางเพศของบุคคล ตามเพศสภาวะในสังคม หรือ “เพศวิถี” เป็นสิ่งที่ได้รับอิทธิพลจากระบบความเชื่อ ค่านิยม ทัศนคติของบุคคล และ วัฒนธรรมประเพณี ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยจากคนรุ่นหนึ่งไปยังอีกรุ่นหนึ่ง

หนังสือ **เพศวิถีในคำพิพากษา** เล่มนี้เรียบเรียงจากรายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง เพศวิถีในคำพิพากษา ซึ่ง รศ.สมชาย ปรีชาศิลปกุล คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ผู้เขียน ได้ใช้ความอุตสาหะวิริยะในการศึกษาวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลฎีกา ในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยมุ่งเน้นศึกษาแนวทางการวินิจฉัยตัดสินคดีจากคำพิพากษาเชื่อมโยงกับความรู้ความเข้าใจที่มีต่อบรรทัดฐานพฤติกรรมทางเพศของหญิงชายในสังคมไทย

เนื้อหาในส่วนท้ายเล่มของหนังสือเป็นบทสรุปรายงานการประชุมนานาชาติในระดับภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เรื่องบทบาทของฝ่ายตุลาการในการส่งเสริมความเสมอภาคเท่าเทียมทางเพศ (Report on the Sounth Asia Regionnal Judicial ColloQuium On the Role of Judiciary in Promoting Gender Equality) เมื่อวันที่ ๒๕ - ๒๗ ตุลาคม ๒๕๕๐ ที่จังหวัดเชียงใหม่ โดยมีผู้พิพากษาระดับสูงจากประเทศไทย เวียดนาม ลาว ติมอร์ อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ กัมพูชา เข้าร่วมประชุม ซึ่ง รศ.สมชาย ปรีชาศิลปกุล ผู้เขียนได้ร่วมนำเสนอสรุปผลงานวิจัยเล่มนี้ต่อที่ประชุมด้วย

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ขอขอบคุณ คณะอนุกรรมการด้านส่งเสริมโอกาสและความเสมอภาค สถาบันวิจัยระพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม รศ.สมชาย ปรีชาศิลปกุล คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ โครงการ CEDAW SEAP ประเทศไทย กองทุนการพัฒนาเพื่อสตรีแห่งสหประชาชาติ ที่มีส่วนร่วมดำเนินงานกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติอย่างต่อเนื่อง ทั้งการให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะ รวมไปถึงการเสนอข้อมูลความรู้ต่างๆ ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อภารกิจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

หวังว่าหนังสือ **เพศวิถีในคำพิพากษา** เล่มนี้ จะช่วยสร้างความรู้ความเข้าใจให้กับบุคลากรในหน่วยงานภาครัฐ ภาคเอกชน ทุกแขนง ทุกระดับและประชาชนผู้สนใจ เพื่อมีส่วนร่วมสร้างกลไกส่งเสริมคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เสมอภาค เท่าเทียมกันทางเพศในสังคมไทยต่อไป

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

พฤศจิกายน ๒๕๕๑

สารบัญ

	หน้า
คำนำ	
บทนำ	๑
บทที่ ๑ : ความเป็นศาสตร์/ไม่เป็นศาสตร์แห่งกฎหมาย	๓
บทที่ ๒ : มองกฎหมายจากสายตาของหญิง	๒๐
บทที่ ๓ : ความเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย	๓๑
บทที่ ๔ : คดีความผิดเกี่ยวกับเพศ	๓๘
บทที่ ๕ : คดีความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย	๗๐
บทที่ ๖ : บทสรุป	๘๒
บรรณานุกรม	๘๘
ภาคผนวก	๘๙
ก : เลขที่กำกับคำพิพากษาฎีกา	๘๙
ข : ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาความผิดเกี่ยวกับเพศ	๙๑
ค : ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย	๑๒๔
The Summary of the Research on Gender Bias in Thai Supreme Court's Decision Judicial Colloquium Workshop (บทสรุปรายงานวิจัย เรื่อง "เพศวิถีในคำพิพากษา")	๑๔๑
Report on the South East Asia Regional Judicial Colloquium On the Role of Judiciary in Promoting Gender Equality (รายงานการประชุมนานาชาติในระดับภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เรื่อง บทบาทฝ่ายตุลาการในการส่งเสริมความเสมอภาคทางเพศ)	๑๔๖
คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ	๑๘๘
กระบวนการตรวจสอบเรื่องร้องเรียน	๑๙๐
การร้องเรียนเมื่อถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน	๑๙๑
คำอธิบายความหมายของเครื่องหมาย	๑๙๒

บทนำ

กระแสความคิดแบบสตรีนิยมได้มีอิทธิพลอย่างสำคัญต่อการผลักดันให้เกิดความเปลี่ยนแปลงขึ้นกับกฎหมาย โดยแนวความคิดนี้ได้เรียกร้องให้มีการคุ้มครองสถานะของหญิงเพิ่มมากขึ้น ซึ่งได้เป็นผลให้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อตอบสนองกับความต้องการดังกล่าวเกิดขึ้นอย่างกว้างขวางไม่น้อย การรับรองความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิง การห้ามปฏิบัติต่อหญิงในลักษณะที่แตกต่างออกไป เป็นส่วนหนึ่งที่สะท้อนถึงความเปลี่ยนแปลงนี้ บทบัญญัติของกฎหมายในลักษณะที่เป็นการกีดกันหรือเลือกปฏิบัติกับหญิงอย่างไม่เป็นธรรมหรือไม่มีเหตุผลรองรับเพียงพอเป็นสิ่งที่ยากจะดำรงอยู่ได้

ซึ่งแนวความคิดแบบสตรีนิยมก็ได้นำความเปลี่ยนแปลงมาสู่ระบบกฎหมายของไทย ดังเห็นได้จากบทบัญญัติของกฎหมายในหลายเรื่องที่ต้องเผชิญกับการตั้งคำถามและข้อเรียกร้องเพื่อให้เกิดการปรับเปลี่ยนความเข้าใจที่มีต่อหญิง รวมไปถึงการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายติดตามมา อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าท่ามกลางการผลักดันภายใต้แนวคิดสตรีนิยมนั้น เป้าหมายสำคัญดูจะมุ่งเน้นไปที่การปรับเปลี่ยนถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมาย โดยละเลยต่อการพิจารณาถึงการปรับใช้กฎหมายที่เกิดขึ้นจริงในข้อพิพาทแต่ละคดีว่ามีลักษณะเช่นไร บทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่มีการเลือกปฏิบัติได้ถูกนำไปใช้อย่างเท่าเทียมและมีผลต่อการคุ้มครองสถานะของหญิงจริงหรือไม่

ท่าทีการเรียกร้องต่อระบบกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ชวนให้เข้าใจว่าถ้ามีการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายให้เป็นไปตามข้อเรียกร้องแล้ว ก็จะมีผลโดยตรงต่อการยกระดับสถานภาพของหญิงขึ้นมา ทั้งที่อาจเกิดการตั้งคำถามได้ว่าในกระบวนการการปรับใช้กฎหมายนั้น เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นและดำเนินไปอย่างภววิสัย (objective) โดยผู้ตัดสินไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องแม้แต่น้อยเลยจริงหรือ

ซึ่งมักเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่าในการนำบทบัญญัติของกฎหมายมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น องค์กรตุลาการหรือศาลจะเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในกฎหมาย และสามารถนำเอากฎหมายมาปรับใช้เข้ากับเหตุการณ์ต่างๆ โดยในกระบวนการนี้จะเป็นการกระทำที่ตรงไปตรงมา มีเหตุผลหรือตรรกะทางกฎหมายรองรับอย่างหนักแน่น และดำเนินไปโดยปราศจากการนำเอาความรู้สึก ความเชื่อ หรือทรรศนะส่วนตัวเข้ามาปะปน ซึ่งแนวความคิดนี้ถูกเรียกว่า นิติศาสตร์เชิงกลไก (Mechanical Jurisprudence)

ภายใต้อิทธิพลทางความคิดของนิติศาสตร์เชิงกลไก คำวินิจฉัยของศาลที่เกิดขึ้นจึงเป็นการกระทำที่เป็นกลาง ถูกต้อง ไม่ลำเอียงเข้าหาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เมื่อสถานะของคำพิพากษาเป็นดังที่กล่าวมา ทำให้แวดวงวิชาการด้านนิติศาสตร์ของไทยไม่สนใจต่อการศึกษาวิเคราะห์ถึงคำพิพากษา หากแต่พิจารณาคำพิพากษาในฐานะของการเป็นตัวอย่างในการปรับใช้กฎหมายในแต่ละเรื่องที่ควรต้องยึดถือเป็นแนวทางในการปรับใช้กฎหมายโดยปราศจากคำถามหรือข้อสงสัยที่มีต่อคำตัดสินนั้นๆ

สำหรับงานวิจัยชิ้นนี้ เริ่มต้นด้วยการปฏิเสธแนวความคิดแบบนิติศาสตร์เชิงกลไก แต่มีคำอธิบายว่าในการปรับใช้กฎหมายของศาลมิใช่เรื่องของเหตุผลทางกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว หากมีความเชื่อ ความเห็นหรืออาจกล่าวโดยรวมก็คือท่าทีส่วนบุคคลของผู้ทำการตัดสินเข้ามาเกี่ยวข้อง ทำให้คำพิพากษามิใช่เรื่องที่เป็นตรรกะในทางกฎหมายเท่านั้น หากมีปัจจัยอื่นเข้ามามีส่วนด้วย

การศึกษาเพื่อค้นหาถึงความคิดเห็นของบุคคลในที่นี้ตั้งอยู่บนความเชื่อว่าทัศนคติเหล่านั้นเป็นสิ่งที่เป็นผลมาจากความรู้ ประสบการณ์ ความเชื่อ วัฒนธรรม ซึ่งมีผลต่อการกำหนดทิศทางในการตัดสินของศาล แต่ก็มักเป็นสิ่งที่ยอมรับกันว่าเป็นความจริงหรือธรรมชาติของเรื่องนั้น โดยมิได้ตระหนักกันว่าเอาเข้าจริงเป็นผลมาจากการรับรู้และก่อตัวขึ้นเป็นฐานความคิดที่อยู่ในความคิดของบุคคลแต่ละบุคคล

สำหรับกรอบในการพิจารณาของการศึกษาครั้งนี้จะให้ความสำคัญกับฐานคติทางด้านเพศ อันมีความหมายถึงการให้ความหมาย คำอธิบายต่อปรากฏการณ์ต่างๆ โดยมีปัจจัยสำคัญมาจากการพิจารณาถึงความเป็นเพศใดเพศหนึ่ง และความเป็นเพศนั้นส่งผลอย่างสำคัญต่อแนวทางการวินิจฉัยของศาลในข้อพิพาทต่างๆ รวมถึงการสร้างบรรทัดฐานในการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีแต่ละประเภทให้เกิดขึ้น ซึ่งได้กลายเป็นสิ่งที่ถูกยอมรับโดยปราศจากการตั้งคำถามหรือการโต้แย้ง ในงานวิจัยนี้มีสมมติฐานว่าฐานคติทางเพศที่ปรากฏขึ้นอยู่บนพื้นฐานของลักษณะสังคมที่ชายเป็นใหญ่ (patriarchy) ด้วยการใช้กรอบความคิดแบบเพศชายมาเป็นเงื่อนไขในการปรับใช้กฎหมายให้มีผลเกิดขึ้น การกำหนดความถูกผิดหรือในการชั่งน้ำหนักความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานต่างๆ โดยละเลยต่อประสบการณ์ ความรู้สึกและความเข้าใจจากเพศหญิง

โดยจะทำการสำรวจถึงคำพิพากษาฎีกาเป็นช่วงระยะเวลาประมาณ ๕๐ ปี นับแต่ พ.ศ.๒๔๙๕ มาจนกระทั่งถึง พ.ศ.๒๕๔๕ จำนวนคำพิพากษาศาลฎีกา ๓๔๔ คดี โดยในงานนี้จะมุ่งศึกษาไปที่คดีซึ่งสามารถสะท้อนให้เห็นถึงฐานคติทางเพศที่เข้ามามีส่วนต่อการวินิจฉัยชี้ขาดในข้อพิพาทแต่ละคดี โดยคดีที่จะทำการสำรวจแบ่งเป็น ๒ กลุ่มด้วยกัน คือเป็นคำพิพากษาฎีกาความผิดเกี่ยวกับเพศ ๓๐๔ คดี และคำพิพากษาฎีกาความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ๔๐ คดี ซึ่งในการศึกษาวิจัยจะทำการวิเคราะห์ถึงลักษณะของฐานคติทางเพศที่มีบทบาทต่อคำตัดสินของศาลในการวินิจฉัย และมีผลต่อการปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อพิพาทต่างๆ โดยจะแยกแยะให้เห็นถึงลักษณะของฐานคติทางเพศว่ามีผลอย่างไร ในคดีแต่ละประเภทที่ได้ทำการศึกษา

บทที่ ๑
ความเป็นศาสตร์/ไม่เป็นศาสตร์แห่งกฎหมาย

กฎหมายเป็นสถาบันที่มีความสำคัญสำหรับรัฐสมัยใหม่ที่มีดินแดนกว้างขวาง มีประชาชนจำนวนมากหลากหลายเชื้อชาติดำรงอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐแห่งเดียวกันและมีการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกลุ่มต่างๆ กฎหมายของรัฐได้เข้ามามีบทบาทเพิ่มมากขึ้นต่อการกำหนดมาตรฐานความสัมพันธ์ของคนในสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสังคมขนาดใหญ่ กฎหมายของรัฐได้เข้ามาทดแทนกฎเกณฑ์ความสัมพันธ์ที่เคยดำรงมาตามจารีตประเพณี โดยที่จารีตประเพณีนั้นมักจะเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดมาตรฐานความประพฤติ ความเชื่อ วิถีปฏิบัติของผู้คนที่อาศัยอยู่ในชุมชนหรือกลุ่มสังคมที่มีขนาดเล็ก มีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดระหว่างสมาชิกในกลุ่ม กฎเกณฑ์ของจารีตประเพณีเหล่านี้มักเกิดขึ้น เพื่อตอบสนองกับความต้องการหรือแก้ไขปัญหาความยุ่งยากที่กลุ่มของตนเองต้องเผชิญอยู่ จึงทำให้จารีตประเพณีของแต่ละชุมชนหรือแต่ละกลุ่มมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป จารีตประเพณีของชุมชนแห่งหนึ่งอาจไม่เป็นที่รับรู้หรือเป็นที่เข้าใจได้ เมื่อมองจากสายตาของคนอื่นที่ไม่ได้อยู่และอาศัยภายในชุมชนนั้น

การถือกำเนิดขึ้นของรัฐสมัยใหม่ไม่ได้เป็นเพียงการก่อตั้งอำนาจสูงสุดภายในเขตแดนของรัฐแต่ละแห่งเท่านั้น แต่เพื่อแสดงให้เห็นถึงตัวตนและความศักดิ์สิทธิ์ของอำนาจแห่งรัฐ มีการใช้อำนาจของรัฐเข้าไปกำกับความสัมพันธ์ของประชาชนกลุ่มต่างๆ ที่อยู่ภายใต้อำนาจแห่งรัฐ ซึ่งอาจเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ทั้งในแนวดิ่งและในแนวราบ ในแนวดิ่ง คือการกำหนดความสัมพันธ์ของประชาชนกับรัฐว่าจะมีความสัมพันธ์กันในลักษณะเช่นไร รัฐจะมีอำนาจเหนือกว่าประชาชนได้ในลักษณะใดบ้าง มีอะไรเป็นปัจจัยและเงื่อนไขของการใช้อำนาจในลักษณะนี้บ้าง หรือรัฐมีหน้าที่ต่อประชาชนในเรื่องใด ในแนวราบ คือความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนด้วยกันเอง ซึ่งในอดีตอาจถูกกำกับด้วยจารีตประเพณีเพื่อบังคับใช้กับผู้คนร่วมชุมชนกันเป็นสำคัญ โดยไม่มีกฎเกณฑ์อื่นที่เหนือกว่าชุมชนของตนเข้ามาเกี่ยวข้องหรืออาจมีอยู่แต่ก็เป็นไปอย่างเบาบางเฉพาะในบางเรื่องหรือบางช่วงเวลาเท่านั้น แต่ภายใต้อำนาจของรัฐสมัยใหม่ได้มีการแทรกเข้ามาของกฎเกณฑ์จากภายนอกชุมชน ซึ่งกฎเกณฑ์หรือกฎหมายที่รัฐสร้างขึ้นนี้บางอย่างอาจสอดคล้องกับจารีตประเพณี แต่ในขณะเดียวกันกฎเกณฑ์บางด้านก็อาจขัดแย้งกับจารีตประเพณี

การขยายตัวและบทบาทของกฎหมายรัฐ ให้มีสถานะเป็นแหล่งอ้างอิงความชอบธรรมสูงสุดภายในรัฐเป็นกระบวนการของความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น พร้อมกับแนวคิดที่สนับสนุนอำนาจสูงสุดของรัฐเหนืออำนาจอื่นใด แนวความคิดสำคัญต่อการสนับสนุนสถานะของรัฐในลักษณะเช่นนี้คือแนวความคิดทางปรัชญาแบบสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism)[๑] ซึ่งหมายถึงแนวความคิดที่ให้คำอธิบายถึงกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับอยู่

---

[๑] *ในภาษาไทยได้มีผู้แปลคำนี้ออกมา ๒ คำด้วยกัน คือ จรัญ โฆษณานันท์ ในนิติปรัชญา (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์ , ๒๕๓๒) อยู่ในบทที่ ๒ แปลว่า สำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย ส่วนปรีดี เกษมทรัพย์ ในนิติปรัชญา (กรุงเทพ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , ๒๕๓๑ ใช้คำว่าสำนักกฎหมายบ้านเมืองในบทที่ ๙ แม้จะใช้ถ้อยคำในภาษาไทยแตกต่างกันแต่เป็นการแปลมาจากภาษาอังกฤษคำเดียวกัน*

ด้วยการอ้างอิงถึงรูปแบบมากกว่าการคำนึงถึงหลักศีลธรรมหรือหลักคุณค่าอื่นใดในการรับรองสถานะความเป็นกฎหมายของกฎเกณฑ์นั้น เช่น การยอมรับว่ากฎเกณฑ์หรือคำสั่งที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐเป็นสิ่งที่มีสถานะเป็นกฎหมายโดยไม่สนใจว่าเนื้อหาของกฎหมายนั้นจะมีลักษณะอย่างไร แนวความคิดนี้ยืนยันว่าในการพิจารณาสถานะของการเป็นกฎหมายหรือไม่ จะต้องแบ่งแยกระหว่างกฎหมายที่เป็นอยู่ (what the law is) กับกฎหมายที่ควรจะเป็น (what the law ought to be)[๒]

แม้ว่าแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองจะสามารถสืบย้อนกลับไปได้ถึงยุคกรีก อย่างไรก็ตาม คำอธิบายที่เป็นระบบและถือว่าเป็นรากฐานของแนวความคิดนี้ เกิดขึ้นในศตวรรษที่ ๑๙ บุคคลที่มีบทบาทต่อการสร้างความเข้มแข็งให้กับแนวความคิดสำนักกฎหมายบ้านเมืองเป็นอย่างมากคือ จอห์น ออสติน (John Austin) โดยเขาได้ให้คำอธิบายไว้ว่าในบรรดากฎเกณฑ์ต่างๆ นั้นสามารถแบ่งได้เป็น ๒ ประเภท[๓] คือ ประเภทแรกกฎของพระเจ้าอันเป็นสิ่งที่คำสอนของศาสนาบัญญัติไว้ให้แก่สาวกของตนเอง และประเภทที่สอง เป็นกฎของมนุษย์ที่ถูกสร้างขึ้นโดยมนุษย์และเพื่อใช้กับมนุษย์ให้ปฏิบัติตาม แต่เฉพาะกฎซึ่งถูกกำหนดขึ้นโดยผู้มีอำนาจสูงสุดในการปกครองต่อผู้ที่อยู่ใต้อำนาจบังคับเท่านั้นจึงจะถือว่าเป็นกฎหมายที่แท้ ส่วนคำสั่งของบุคคลที่ไม่ได้มีอำนาจสูงสุดในการปกครองและไม่ได้มีบทลงโทษทางกฎหมายในกรณีที่เกิดการฝ่าฝืน เช่น บุตรที่ละเมิดคำสั่งของบิดา คำสั่งในลักษณะเช่นนี้ไม่ต้องถือว่าเป็นกฎหมาย

ตามคำอธิบายของออสตินจึงให้ความสำคัญกับที่มาและสภาพบังคับของสิ่งที่จะถูกยอมรับว่าเป็นกฎหมาย ด้านหนึ่งการให้เหตุผลดังกล่าวเป็นการสนับสนุนหน่วยทางการเมืองแบบรัฐชาติให้มีความชอบธรรมในการบัญญัติกฎหมายได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับของสถาบันการเมืองภายนอกรัฐดังเช่น ศาสนจักร ขณะเดียวกันก็เป็นการสถาปนาอำนาจของรัฐเหนือกว่าหน่วยทางการเมืองอื่น ภายในขอบเขตดินแดนของรัฐ นอกจากนี้ความสามารถในการบังคับใช้กฎหมายหรือประสิทธิภาพของกฎหมายก็เป็นเงื่อนไขสำคัญต่อการพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของกฎหมายด้วยเช่นกัน

แนวความคิดของออสติน นับเป็นความพยายามที่จะสร้างคำอธิบายที่มีต่อกฎหมาย เพื่อทำให้กฎหมายมีลักษณะที่ชัดเจน สามารถเป็นที่เข้าใจได้ การทำความเข้าใจกับกฎหมายจึงควรให้ความสนใจกับกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่ (positive law) ในขณะนั้น โดยไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับมุมมองหรือคำถามในเชิงคุณค่า เช่น ความยุติธรรม ความเหมาะสม หรือไม่เหมาะสมของกฎหมาย เนื่องจากการศึกษาในลักษณะดังกล่าวเป็นเรื่องทางจริยศาสตร์ที่ความเห็นอาจผันแปรไปได้ เพราะความยุติธรรม ความดี ความเลว เป็นสิ่งที่ขึ้นกับทรรศนะของแต่ละบุคคล

แม้จะจำกัดขอบเขตการพิจารณาของกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายให้มีความชัดเจนและเฉพาะมากขึ้น แต่แนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองในฐานะการสร้างคำอธิบายที่มีความเป็นศาสตร์ (Science) อันหมายถึงแนวทางในการสร้างคำอธิบายเกี่ยวกับกฎหมายที่มีลักษณะเป็นภววิสัย (objective) ไม่ขึ้นอยู่กับความเห็นของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ได้รับการพัฒนาต่อมาอย่างสำคัญในแนวความคิดเรื่องทฤษฎีความบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย

---

[๒] *L. B. Curzon, Jurisprudence (London: Cavendish Publishing, ๑๙๙๕) p.*

[๓] *Ibid., p.๑๐๐.*

[๔] *จรัญ โฆษณานันท์ , นิติปรัชญา พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, ๒๕๓๒) หน้า ๔๑-๔๒*

๑.๑ กฎหมายในฐานะความเป็นศาสตร์

ความพยายามในการสร้างคำอธิบายต่อกฎหมาย ในลักษณะของความรู้ที่เป็นศาสตร์ชนิดหนึ่ง เป็นผลสืบเนื่องมาจากความสำเร็จของความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์[๔] ที่ประสบความสำเร็จในการสร้างกระบวนการแสวงหาความรู้ที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่สามารถวัดได้ ตรวจสอบได้ และมีลักษณะที่เป็นกลาง ความสำเร็จของความรู้ด้านวิทยาศาสตร์มีอิทธิพลอย่างมากต่อกระบวนการเข้าถึงและการศึกษาความรู้ในด้านต่างๆ ที่ต้องมีการปรับเปลี่ยนหรือการสร้างคำอธิบายในลักษณะที่มีความเป็นศาสตร์เพิ่มมากขึ้น

ความรู้ทางด้านกฎหมายก็หลีกเลี่ยงไม่พ้นจากอิทธิพลของกระแสความคิดดังกล่าว ซึ่งได้ส่งผลกระทบและทำให้เกิดคำอธิบายต่อกฎหมายในลักษณะที่มีความเป็นศาสตร์เกิดขึ้น ฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen, ๑๘๘๑-๑๙๒๓) เป็นบุคคลที่ได้พยายามสร้างศาสตร์แห่งกฎหมาย (Science of Law) โดยมุ่งจะวิเคราะห์กฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ (positive law) ในเชิงโครงสร้าง โดยเสนอแนวคิดว่าการวิเคราะห์ระบบกฎหมายต้องเป็นอิสระจากเงื่อนไขการประเมินวัดด้านอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นเหตุทางศีลธรรมหรือทางการเมือง อะไรก็ตามที่ไม่ใช่กฎหมายต้องถูกแยกออกไป ศาสตร์แห่งกฎหมายต้องถูกพิจารณาโดยปราศจากการปะทะกับความรู้ด้านอื่น

เคลเซนได้เสนอทฤษฎีความบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย (Pure Theory of Law)[๕] คำว่าบริสุทธิ์ (pure) ในทฤษฎีนี้มีความหมายถึงการที่จะไม่เอาเงื่อนไขอื่นๆ ที่ไม่ได้เป็นสาระสำคัญของกฎหมายเข้ามาพิจารณา โดยอธิบายว่ากฎหมายคือระบบของบรรทัดฐาน (norm) ซึ่งกำหนดโดยมนุษย์และสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่กำหนดความสมบูรณ์ของการมีผลบังคับใช้ ทั้งนี้กฎหมายเป็นเรื่องของบรรทัดฐานที่เป็นมาตรฐานกำหนดว่าการกระทำอันหนึ่งถูกห้ามหรืออนุญาตให้กระทำได้ แต่ไม่ได้กำหนดว่าเป็นสิ่งที่ควรหรือไม่ควร (ought or not ought) ซึ่งเป็นสิ่งที่อาจเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้นก็ได้ กฎหมายในทรรศนะของเคลเซนต้องเป็นรูปแบบที่ชัดเจน ถ้ามีการกระทำอันใดอันหนึ่งเกิดขึ้นในทางกฎหมายก็ต้องมีผลติดตามมา เช่น ถ้าบุคคลใดฆ่าผู้อื่นตายก็ต้องได้รับโทษ ไม่ใช่การอธิบายว่าควรได้รับหรือไม่ควรได้รับโทษ

ประเด็นสำคัญของทฤษฎีความบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย คือการเสนอว่ากฎหมายเป็นเรื่องของบรรทัดฐานที่เรียงซ้อนกันเป็นชั้น โดยความสมบูรณ์ของบรรทัดฐานจะพิจารณาจากเหตุผลว่าได้รับอำนาจมาจากบรรทัดฐานอื่นซึ่งอยู่ในลำดับสูงกว่าหรือไม่ หากบรรทัดฐานที่ประกาศบังคับใช้ออกมามีบรรทัดฐานในลำดับสูงกว่าให้อำนาจรองรับไว้ ก็จะถือว่าเป็นบรรทัดฐานที่มีความสมบูรณ์ เช่น ประกาศเรื่องเครื่องแบบการแต่งกายของนักศึกษาในมหาวิทยาลัย ได้ประกาศออกมาโดยมีพระราชบัญญัติของมหาวิทยาลัยให้อำนาจไว้หรือไม่ ถ้ามีพระราชบัญญัติให้อำนาจไว้และพระราชบัญญัติฉบับนั้นก็ได้ผ่านการพิจารณามาอย่างถูกต้องตามกระบวนการนิติบัญญัติที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ก็จะถือว่าประกาศเรื่องเครื่องแบบการแต่งกายของนักศึกษาในมหาวิทยาลัยฉบับนั้นเป็นบรรทัดฐานที่สมบูรณ์ตามแนวความคิดของเคลเซน

คำอธิบายของเคลเซนในการพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของการเป็นกฎหมายจึงเป็นการแสดงถึงลำดับชั้นของบรรทัดฐาน (hierarchy of norms) ซึ่งบรรทัดฐานต่างๆ ต้องขึ้นอยู่กับอำนาจของบรรทัดฐานในลำดับสูงกว่า และไล่ไปจนกระทั่งถึงสิ่งที่เคลเซนเรียกว่าบรรทัดฐานขั้นพื้นฐาน (Basic Norm หรือ Grundnorm) อันเป็นบรรทัดฐานที่ให้ความชอบธรรมแก่บรรทัดฐานอื่นโดยไม่จำเป็นต้องมีบรรทัดฐานอื่นใดมาให้อำนาจไว้ บรรทัดฐานขั้นมูลฐานเป็นจุดเริ่มต้นของระบบความสัมพันธ์ของบรรทัดฐานทางกฎหมาย เป็นอำนาจสูงสุดเหนือบรรทัดฐานอื่นและเป็นสิ่งที่ให้ความชอบธรรมกับบรรทัดฐานอื่น

---

[๔] *Hans Kelsen, Pure Theory of Law (trans. By M. Knight) (California: University of California Press, 1967)*

แม้ว่าในปัจจุบันเมื่ออธิบายถึงบรรทัดฐานขั้นมูลฐานที่ให้ความชอบธรรมแก่กฎหมายอื่นจะหมายถึงรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเสมอไป เพราะการเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญก็อาจต้องได้รับความชอบธรรมมาจากบรรทัดฐานอื่น เช่น หากรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมาจากการร่างขึ้นโดยรัฐธรรมนูญฉบับเดิมให้อำนาจไว้ก็ย่อมถือว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้รับความชอบธรรมมาจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อน เคลเซนได้อธิบายว่าบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน คือ การกระทำเชิงบังคับที่ถูกสร้างขึ้นภายใต้เงื่อนไขและในลักษณะที่ถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกในประวัติศาสตร์ บรรทัดฐานต่างๆ ที่ถูกสร้างขึ้นต้องสอดคล้องกับบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน (The basic norm must be formulated as follows: Coercive acts sought to be performed under the conditions and in the manner which the historically first constitution and the norms created according to it prescribe)[๖]

บรรทัดฐานขั้นมูลฐานถูกสร้างขึ้นเพื่อการวิเคราะห์ความเป็นกฎหมายของบรรดากฎเกณฑ์ต่างๆ การวิเคราะห์บรรทัดฐานทางกฎหมายจะไม่สามารถไปได้พ้นเกินกว่าบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน เพราะฉะนั้นจึงเป็นจุดตั้งต้นของกระบวนการนิติบัญญัติ และบรรทัดฐานขั้นมูลฐานก็ไม่ใช่สิ่งที่ดำรงอยู่อย่างเป็นนิรันดร แต่อาจผันแปรไปได้ตามยุคสมัย ในสังคมที่ปกครองโดยคณะบุคคลก็อาจเปิดทางให้กับบรรทัดฐานขั้นมูลฐานใหม่ที่ตั้งอยู่บนระบบการเมืองที่มาจากการเลือกตั้งได้ นอกจากนี้ภายใต้ระบบกฎหมายที่มีบรรทัดฐานต่างๆ อยู่มากมายก็มิได้เป็นระบบที่มีความขัดแย้งกันแต่อย่างใด หากเป็นระบบที่มีความเป็นเอกภาพ เนื่องจากบรรทัดฐานต่างๆ เมื่อสืบไปถึงความชอบธรรมของที่มาแล้วต่างก็มาจากบรรทัดฐานขั้นมูลฐานอันเดียวกัน เมื่อเป็นดังนี้ระบบกฎหมายจึงไม่อาจตั้งอยู่บนบรรทัดฐานขั้นมูลฐานที่ขัดแย้งกัน

หากพิจารณาทฤษฎีความบริสุทธิ์ของกฎหมายจะพบว่าเคลเซนได้พยายามสร้างคำอธิบายเกี่ยวกับสถานะของการเป็นกฎหมายหรือไม่เป็นกฎหมายด้วยการใช้กรอบเรื่องบรรทัดฐานทางกฎหมายมาเป็นเครื่องมือในการประเมินโดยไม่ต้องอาศัยความรู้หรือศาสตร์อื่นๆ แต่ประการใด การวิเคราะห์กฎหมายจึงมีศาสตร์ของตนเองที่มีความแน่นอน ชัดเจน ไม่ผันแปรหรือเปลี่ยนแปลงไปตามอัตวิสัยหรือความเห็นของบุคคลใด ทฤษฎีความบริสุทธิ์ของกฎหมายมีอิทธิพลอย่างกว้างขวางต่อการทำความเข้าใจกฎหมายที่สืบทอดต่อมา รวมทั้งการทำให้กฎหมายกลายเป็น “ศาสตร์” ประเภทหนึ่งที่มีระเบียบวิธี การศึกษา ความรู้ เฉกเช่นเดียวกับศาสตร์ต่างๆ ในโลกปัจจุบัน

แนวความคิดเรื่องทฤษฎีความบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย (Pure Theory of Law) ของ ฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) เป็นตัวอย่างหนึ่งของการสร้างคำอธิบายที่มีต่อกฎหมาย ซึ่งมีความสมบูรณ์ภายในตัวเอง โดยเคลเซนได้เสนอแนวทางการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ใดๆ จะมีสถานะเป็นกฎหมายหรือไม่ ให้พิจารณาว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวได้บัญญัติขึ้นโดยมีบรรทัดฐาน (norm) ขั้นสูงกว่าให้อำนาจไว้หรือไม่ เช่น การออกระเบียบของหน่วยงานรัฐก็ต้องพิจารณาว่ามีกฎหมายลำดับพระราชบัญญัติให้อำนาจไว้หรือไม่ ถ้าระเบียบดังกล่าวออกโดยมีพระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ก็ย่อมถือว่าระเบียบนี้มีสถานะเป็นกฎหมาย เป็นต้น การพิจารณาถึงสถานะความเป็นกฎหมายของกฎเกณฑ์ต่างๆ จึงพิจารณาเพียงแต่ว่ามีกฎหมายลำดับสูงกว่าให้อำนาจไว้หรือไม่ ไล่ไปตามลำดับจนกระทั่งถึงสิ่งที่เรียกว่าบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน[๗] (Basic Norm) การพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของกฎหมายตามทฤษฎีความบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย จึงเป็นศาสตร์ที่สมบูรณ์ในตัวเอง[๘]

---

[๖] *Ibid., pp. ๒๐๐-๒๐๑*

[๗] *Hans Kensen, Op. cit., p.๒๐๐-๒๐๑.*

[๘] *อย่างไรก็ตาม ในตัวทฤษฎีความบริสุทธิ์แห่งกฎหมายก็ถูกโต้แย้งว่าถึงที่สุดก็ยังคงต้องเกี่ยวข้องกับศาสตร์ด้านอื่น ๆ ทำให้ไม่มีความบริสุทธิ์ตามที่กล่าวอ้าง ดูรายละเอียดข้อโต้แย้งใน จรัญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว, หน้า ๖๘-๗๑.*

ความเข้าใจที่มีต่อระบบกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ บทบาทของผู้พิพากษาจึงไม่ได้เป็นอะไรมากไปกว่าผู้ที่ทำหน้าที่ค้นหาว่าในข้อพิพาทนั้นๆ มีกฎหมายอะไรที่เกี่ยวข้อง และกฎหมายที่เกี่ยวข้องเมื่อนำมาปรับใช้กับคดีจะให้ผลอย่างไร การทำงานของศาลจึงเปรียบเสมือนเครื่องจักรกลประเภทหนึ่ง ดังเมื่อประชาชนยื่นคำฟ้องก็คือการป้อนข้อมูลคำสั่งให้กับกระบวนการยุติธรรมซึ่งสุดท้ายก็จะมีผลผลิตปรากฏออกมาในรูปของคำตัดสินคำพิพากษา การป้อนข้อมูลในลักษณะใดลักษณะหนึ่งก็จะนำไปสู่การให้คำตอบแบบใดแบบหนึ่ง กระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะศาลเป็นเสมือนระบบกลไกที่จะทำงานไปตามขั้นตอน กฎเกณฑ์ ระบบที่ได้ถูกวางไว้ ผู้พิพากษาคือบุคคลที่ได้ถูกฝึกและอบรมที่จะตัดสินข้อพิพาทและค้นพบคำตอบที่ถูกต้อง การมองบทบาทของศาลในลักษณะเช่นนี้สามารถเรียกได้ว่าเป็นแนวความคิดแบบนิติศาสตร์เชิงกลไก (Mechanical Jurisprudence)[๙]

ภายใต้อิทธิพลของแนวความคิดนิติศาสตร์เชิงกลไก การจะนำกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีสามารถกระทำได้โดยนักกฎหมาย ซึ่งเป็นบุคคลที่ผ่านการศึกษาและอบรมให้มีความรู้ ความเข้าใจในศาสตร์ทางกฎหมาย ที่จะรู้ว่ากฎหมายใดจะถูกนำมาปรับใช้ในลักษณะเช่นไร ดังจะพบเห็นได้ในการศึกษากฎหมายที่จะมีการตั้งโจทย์เพื่อให้นักเรียนค้นหาหลักกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริง ด้วยความเชื่อที่ว่าจะมีข้อสรุปหรือผลทางกฎหมายที่ถูกต้องเพียงหนึ่งเดียวท่ามกลางคำตอบที่หลากหลาย โดยผู้สอนกฎหมายที่ได้ผ่านการศึกษาและทำความเข้าใจมาเป็นอย่างดีจะสามารถชี้ให้เห็นคำตอบที่ถูกต้องเหนือกว่าคำตอบอื่นที่เป็นคำตอบที่ผิด แนวความคิดแบบนี้จึงพิจารณาว่ากฎหมายเป็นระบบปิด (Closed) ดำรงอยู่ต่างหาก (Isolated) และมีตรรกะภายในตนเอง (Logical)

เมื่อเกิดข้อพิพาทในทางกฎหมายขึ้นและมีการนำเอาข้อพิพาทดังกล่าวไปสู่การพิจารณาของศาล บทบาทของศาลซึ่งเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปก็คือการนำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้กับคดีแต่ละคดีและจะเป็นฐานของการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนี้ว่าตามกฎหมายแล้วระหว่างคู่พิพาทฝ่ายใดจะเป็นผู้ที่มีสิทธิและความรับผิดชอบทางกฎหมายที่ดีกว่ากัน

แนวความคิดแบบนิติศาสตร์เชิงกลไกมีความคิดว่าความสมบูรณ์ของระบบกฎหมาย สามารถอธิบายได้ภายในกรอบของมันเอง โดยมีข้อสันนิษฐานว่าแนวความคิดทางกฎหมายจะมีความจริงดำรงอยู่ที่ไม่จำเป็นต้องขึ้นอยู่กับบริบททางสังคม และจะเป็นการสร้างคำอธิบายเกี่ยวกับกฎหมายที่ถูกต้อง แนวความคิดต่อกฎหมายเช่นนี้ทำให้กฎหมายมีสถานะเป็นศาสตร์ทางกฎหมาย (Legal Science) เช่นเดียวกับความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์ที่สามารถแสวงหาความรู้อันเป็นภววิสัย (Objective) ซึ่งไม่ผันแปรไปตามความรู้สึกนึกคิดของแต่ละบุคคล ได้มีการพัฒนาทฤษฎีทางกฎหมายซึ่งสามารถให้คำอธิบายต่อกฎหมายได้อย่างสมบูรณ์ ไม่จำเป็นจะต้องไปใช้แนวความคิดอื่น การสร้างศาสตร์ทางกฎหมายในลักษณะเช่นนี้มีอิทธิพลอย่างสำคัญต่อความคิดทางด้านกฎหมายในยุโรปในห้วงคริสต์ศตวรรษที่ ๑๙[๑๐] และก็ยังมีอิทธิพลสืบเนื่องต่อมาในภายหลัง

---

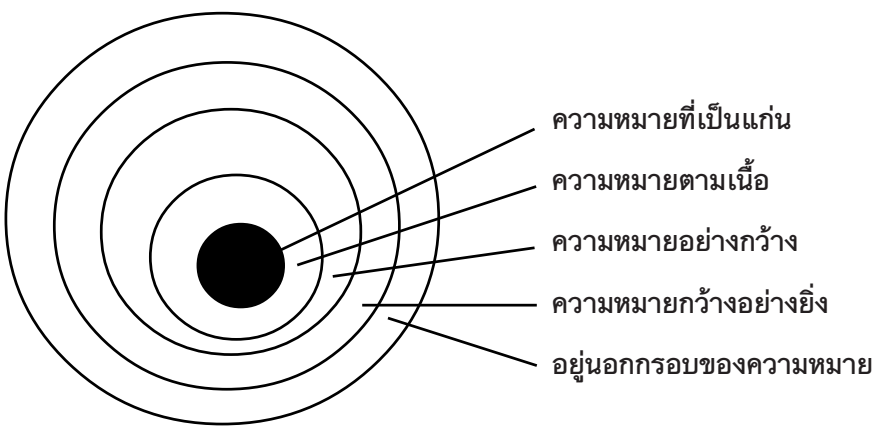
[๙] *Lawrence M. Freidman, Law and Society: An Introduction (New Jersey: Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs.,๑๙๗๗) p. ๙๔. นิติศาสตร์เชิงกลไกเป็นแนวทางของการอธิบายกฎหมายด้วยการเปรียบเทียบกับเครื่องจักร ซึ่งจะมีกระบวนการทำงานภายใน (Internal Operation) ที่สามารถคาดหมายถึงผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นได้ นิติศาสตร์เชิงกลไกเป็นสิ่งที่สามารถคาดหมายถึงคำตัดสินได้บนพื้นฐานกฎเกณฑ์ที่เป็นทางการ เมื่อใดก็ตามที่ผู้พิพากษายืนยันว่าคำตัดสินของตนไม่ใช่การใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือเป็นการตัดสินด้วยความเห็นส่วนตัว คำอธิบายในรูปแบบนี้ก็คือการยืนยันถึงบทบาทในฐานะของกลไกอันเป็นส่วนหนึ่งของระบบที่ปราศจากความรู้สึกส่วนตัวหรืออคติใดๆ*

[๑๐] *Ibid., p. ๙๓.*

การปรับใช้กฎหมายโดยศาลก็เป็นการตอกย้ำแนวความคิดในเชิงกลไกของกฎหมาย ตัวอย่างเช่น เมื่อมีการขับรถยนต์เกินความเร็วกว่าที่กฎหมายกำหนดเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บ เมื่อมีการดำเนินคดีต่อศาล เพื่อให้มีการลงโทษกับผู้กระทำความผิด ศาลก็จะนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาพิจารณา หากจำเลยขับรถยนต์เร็วกว่าที่กฎหมายอนุญาตไว้ ศาลก็จะตัดสินว่าเป็นความผิดและตัดสินลงโทษกับผู้กระทำ ดังนั้นในกระบวนการปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง ศาลก็จะมีบทบาทเสมือนเครื่องจักรทางกฎหมาย (Legal machine)

คำอธิบายถึงความเป็นศาสตร์ของกฎหมายจึงเป็นการยืนยันถึงความเป็นเหตุผล ระบบตรรกะที่มีอยู่ในระบบกฎหมายว่าเป็นสิ่งที่เป็นภววิสัยซึ่งการจะเข้าถึงได้ต้องอาศัยหลักวิชาและความรู้จากการศึกษา แม้กระทั่งในการปรับใช้ข้อกฎหมายให้เข้ากับข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้น หรือซึ่งถูกเรียกกันว่า “การตีความกฎหมาย” ซึ่งถูกให้ความหมายว่าหมายถึง “การขบคิดค้นหาจากบทบัญญัติของกฎหมายโดยวิธีใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยาและสามัญสำนึก เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อความของกฎหมายที่จะนำไปใช้วินิจฉัยคดีข้อพิพาทได้อย่างถูกต้อง คือเหมาะเจาะเหมาะสมและเป็นธรรม”[๑๑] การตีความกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่มีหลักของเหตุผลกำกับอยู่

ดังในการพิจารณาถ้อยคำต่างๆ จะพบว่าคำแต่ละคำจะมีความหมายที่เป็นแก่นของคำนั้นอยู่ เช่น อาวุธ ก็ย่อมหมายถึง หอก ดาบ ทวน ง้าว แต่สำหรับมีดโต้ มีดปังตอ มีดโกน แม้ไม่ใช่อาวุธโดยสภาพแต่หากใช้เป็นเครื่องมือก็ย่อมถือเป็นอาวุธได้ ถือเป็นความหมายตามเนื้อความ หากเป็นจอบ เสียม ซึ่งโดยปกติไม่มีลักษณะเป็นอาวุธแต่ถ้านำมาใช้เป็นเครื่องมือในการประทุษร้าย ก็สามารถนับรวมอยู่ในความหมายของอาวุธได้เช่นกัน ถือเป็นความหมายที่รวมไปถึง ในขณะที่ความหมายอย่างกว้าง ไม้พลองลูกเสือหรือไม้เรียว ตามปกติไม่อาจนับเป็นอาวุธแต่อาจอนุโลมให้เป็นอาวุธได้เหมือนกันในบางกรณียังจะต้องมีการพิจารณาจากพฤติการณ์พิเศษ แต่สำหรับยาพิษหรือรถสิบล้อ หาได้มีลักษณะรุนแรงตามความเห็นของสามัญชนจึงไม่มีทางเรียกว่าอาวุธได้เลย แม้ยาพิษจะถูกใช้เป็นเครื่องมือในการประทุษร้ายก็ตาม ต้องนับว่าอยู่นอกกรอบของอาวุธโดยแท้[๑๒] การพิเคราะห์ขอบเขตความหมายของคำจึงมีหลักในการพิจารณาซึ่งอาจแสดงได้เป็นภาพ ดังนี้



---

[๑๑] *สมยศ เชื้อไทย, **คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป** , พิมพ์ครั้งที่ ๓ (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , ๒๕๓๘) หน้า ๑๒๐*

[๑๒] *เพิ่งอ้าง, หน้า ๑๒๖-๑๒๗*

ดังนั้น การตีความกฎหมายจึงไม่ใช่การ “ทายหรือเดาอย่างสุ่มสี่สุ่มห้า”[๑๓] หากเป็นกระบวนการในการค้นหาถ้อยคำที่มีหลักวิชาเป็นเครื่องมือ

๑.๒ ศาสตร์ที่ไม่เป็นศาสตร์

อิทธิพลของแนวความคิดที่อธิบายสถานะของกฎหมายในฐานะของศาสตร์มีอิทธิพลอย่างมากต่อการทำความเข้าใจถึงกฎหมายและรวมถึงบังคับใช้กฎหมายว่าเป็นสิ่งที่ตั้งอยู่บนฐานของความรู้ที่มีความเป็นภววิสัย มีความมั่นคงสามารถคาดหมายได้ ดังจะเห็นได้ว่าในโลกปัจจุบันต่างก็ยอมรับหลักเรื่องการปกครองโดยกฎหมายว่าเป็นสิ่งที่ดีกว่าการปกครองโดยคน (rule by law, not by men) เพราะการปกครองโดยคนนั้น มนุษย์แต่ละคนอาจมีความเห็นแก่ตัว ความฉ้อฉล ความโลภ หากยินยอมให้การปกครองอยู่ภายใต้น้ำมือของมนุษย์ก็อาจสร้างความเดือดร้อนให้เกิดขึ้นเพราะสันดานของมนุษย์ที่อาจมุ่งกระทำสิ่งต่างๆ ตอบสนองต่อความต้องการหรือความเชื่อของตน ขณะที่เชื่อว่าหากมีการปกครองด้วยกฎหมายจะทำให้คนในสังคมสามารถสร้างบรรทัดฐานที่คาดหมายได้ มีความเป็นกลางและมีผลถึงความสงบสุขของสังคม ผู้ปกครองที่มาดำรงตำแหน่งก็ต้องอยู่ภายใต้กำกับของกฎหมายเช่นเดียวกัน ไม่สามารถใช้อำนาจตามอำเภอใจของตนเองได้ ความเข้าใจเช่นนี้อยู่บนฐานของความเข้าใจว่ากฎหมายเป็นเรื่องของความเป็นกลาง ความเป็นธรรม ความมั่นคง

แม้แนวความคิดว่าด้วยความเป็นศาสตร์ของกฎหมายจะมีอิทธิพลอย่างมากต่อการมองกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ได้มีแนวความคิดที่ตั้งคำถามต่อคำอธิบายดังกล่าวปรากฏขึ้น ทั้งในด้านของการเสนอแนวความคิดที่แย้งความเชื่อว่ากฎหมาย คือศาสตร์บริสุทธิ์ และแนวคิดที่ปฏิเสธเรื่องการปรับใช้กฎหมายที่วางอยู่บนพื้นฐานของหลักการหรือศาสตร์ของกฎหมายว่ามิใช่สิ่งที่เป็นจริง

ก. กฎหมายคือการเมือง

ในช่วงทศวรรษ ๑๙๗๐ ท่ามกลางกระแสความคิดแบบหลังสมัยใหม่ (Post-Modernism) ที่ได้แผ่ขยายและมีผลกระทบต่อความรู้และศาสตร์ในด้านต่างๆ อย่างลึกซึ้ง กระแสความคิดนี้ก็ได้เข้ามามีอิทธิพลต่อแวดวงของการศึกษากฎหมายและทำให้เกิดแนวความคิดทางกฎหมายที่เรียกว่านิติศาสตร์แนววิพากษ์ (Critical Legal Studies: CLS) ขึ้น[๑๔] กล่าวโดยรวม CLS จะตั้งคำถามต่อความเชื่อพื้นฐานที่มีอยู่ในระบบกฎหมาย คือหลักการปกครองโดยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายในสังคมเสรีนิยมที่ถูกเชื่อมั่นว่ามีความเป็นกลาง มีเหตุผล มีความเป็นธรรม นักคิดในกลุ่มนี้เสนอแนวความคิดว่าการปกครองโดยกฎหมายในสังคมเสรีนิยมแท้จริงแล้วเป็นสิ่งที่ไม่มีกฎเกณฑ์ ไม่มีเหตุผลที่ระบบและไม่ได้มีลักษณะเป็นกลางดังที่เข้าใจกันโดยทั่วไป

---

[๑๓] *สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้ว , หน้า ๑๒๐*

[๑๔] *การปรากฏตัวของแนวความคิดนิติศาสตร์แนววิพากษ์เกิดขึ้นอย่างชัดเจนภายหลังการประชุมของนักกฎหมาย นักวิชาการผู้สอบกฎหมายและนักวิชาการด้านสังคมศาสตร์ที่ Harvard University*

CLS จึงเป็นแนวความคิดทางกฎหมายที่เสนอมุมมองซึ่งต่างไปจากแนวคิดแบบเดิม ขณะที่แนวความคิดทางกฎหมายแบบจารีต (traditional jurisprudence) เชื่อว่าในระบบกฎหมายเป็นสิ่งที่สามารถแสวงหาเหตุผลที่แท้จริง ซึ่งมีความมั่นคงเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและสร้างหลักการที่เป็นระบบในกฎหมาย CLS ปฏิเสธความเป็นไปได้ของการค้นพบหลักการที่เป็นสากลของกฎหมาย แต่จะมุ่งไปพิจารณาที่การทำงานของระบบกฎหมายซึ่งดำเนินไปบนความเปลี่ยนแปลงของกฎหมายและระบบกฎหมาย เพราะฉะนั้น CLS จึงปฏิเสธคำอธิบายที่แยกกฎหมายออกมาจากบริบทที่แวดล้อมและดำรงตนอยู่อย่างบริสุทธิ์ผุดผ่อง หากเสนอไปในทิศทางที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงว่ากฎหมายคือการเมือง (law is politics)[๑๕] อันมีความหมายว่ากฎหมายมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์อย่างแนบแน่นกับปัจจัยแวดล้อม ขณะที่ทฤษฎีกฎหมายแบบเสรีนิยม (Liberal legal theory) ซึ่งส่วนหนึ่งมาจากแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองได้อ้างถึงความเป็นกลางและความเป็นภววิสัยในการสร้างมาตรฐานความสัมพันธ์และแก้ไขความขัดแย้งต่างๆ CLS ปฏิเสธและย้ำว่าความคิดทางกฎหมายแบบเสรีนิยมเป็นระบบที่มีความขัดแย้งอยู่ภายใน ซึ่งภายใต้การอ้างถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งถึงประโยชน์ของส่วนรวมจะปิดบังถึงการใช้อำนาจโดยการเมืองและโครงสร้างของอำนาจที่อยู่ภายในระบบกฎหมาย

ข้อโต้แย้งของ CLS ที่มีต่อระบบกฎหมายกระแสหลักซึ่งมีอิทธิพลครอบงำความรู้ด้านนิติศาสตร์ปรากฏขึ้นในประเด็นสำคัญ ดังต่อไปนี้

● **ระบบกฎหมายแบบเสรีนิยม (Liberal Legal Theory)**[๑๖]

CLS ได้เสนอข้อโต้แย้งต่อระบบความคิดที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายแบบเสรีนิยม ด้วยการท้าทายความเชื่อเดิมที่มีต่อระบบกฎหมาย การวิจารณ์ของนิติศาสตร์แนววิพากษ์ไม่เพียงปฏิเสธความเชื่อว่าเนื้อหาของกฎหมายมีความเป็นภววิสัยและการทำงานของระบบกฎหมายที่มีความเป็นกลางเท่านั้น หากยังชี้ให้เห็นถึงความเชื่อแบบเสรีนิยมที่ได้แต่งเติมระบบกฎหมายเพื่อปิดบังความขัดแย้งที่ดำรงอยู่ภายในของระบบกฎหมายด้วย กฎหมายภายใต้จารีตแบบเสรีนิยมถูกอธิบายว่าเป็นสิ่งที่มีเหตุผล สอดคล้องกันและยุติธรรม แต่สำหรับ CLS แล้วกฎหมายแบบเสรีนิยมเป็นสิ่งที่ปราศจากกฎเกณฑ์ (arbitrary) ไม่ต่อเนื่อง (contingent) และโดยพื้นฐานเป็นสิ่งที่อยุติธรรม[๑๗]

CLS ยังวิจารณ์ต่อความคิดเสรีนิยมของตะวันตกในเรื่องสิทธิพื้นฐานของพลเมืองและสิทธิทางการเมืองซึ่งได้รับการรับรองอย่างเข้มแข็งไว้ในระบบกฎหมายแบบเสรีนิยม เช่น เสรีภาพในการสมาคม เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการทำสัญญา เป็นต้น แนวความคิดเรื่องเสรีภาพของปัจเจกบุคคลถือเป็นหลักการพื้นฐานของเสรีนิยมแบบประชาธิปไตย สิทธิเสรีภาพเหล่านี้ถูกวาดภาพในจารีตของความคิดของตะวันตก (western tradition) ให้เป็นเสมือนหนทางในการตระหนักรู้ถึงตัวตนและเสรีภาพของปัจเจกชน แม้ CLS จะเห็นว่าสิทธิเสรีภาพของพลเมืองเป็นสาระสำคัญของการสร้างภาวะปัจเจกบุคคลที่สมบูรณ์ แต่ก็ต้องการชี้ให้เห็นว่าสิ่งต่างๆ เหล่านี้ล้วนแต่ตอบสนองความต้องการของระบบเศรษฐกิจและการเมืองในระบบเสรีนิยม

---

๑๕ *L.B. Curzon, Op. cit., p.๒๑๖*

๑๖ *Andrew Altman, Critical Legal Studies (New Jerry : Princeton University Press , ๑๙๙๓) p.๑๓*

๑๗ *Hilaire McCoubry and Nigel D. White, Jurisprudence (London: Blackstone Press Limited, ๑๙๙๓) p. ๒๑๑.*

กฎหมายสัญญา (contract law) เป็นตัวอย่างที่นักคิดในกลุ่ม CLS ได้หยิบขึ้นมาวิเคราะห์ให้เห็นถึงลักษณะของกฎหมายในสังคมเสรีนิยมซึ่งมิได้เป็นไปดังความเข้าใจทั่วไปที่มีต่อกฎหมายการวิเคราะห์ของ CLS ได้ชี้ให้เห็นถึงลักษณะของกฎหมายสัญญาในด้านที่ตอบสนองต่อระบบเศรษฐกิจและการเมืองแบบเสรีนิยม

ในระบบการศึกษากฎหมาย ความเชื่อพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายสัญญาคือ แนวความคิดที่อธิบายว่าเป็นกฎหมายที่เป็นกลางและสมบูรณ์ในตัวเอง อันเป็นผลมาจากการวิเคราะห์โดยเหตุผลที่จะไม่ถูกเปลี่ยนแปลง ในกฎหมายสัญญาความสัมพันธ์ของบุคคลสองฝ่ายในการเข้าทำสัญญาเกิดขึ้นจากความสมัครใจและความเท่าเทียมมาตกลงกัน กฎหมายสัญญาจึงเกิดขึ้นโดยไม่เกี่ยวข้องกับปัจจัยทางการเมือง ความขัดแย้งเชิงผลประโยชน์ อำนาจของกลุ่มคนแต่ละกลุ่มที่ไม่เท่าเทียม หลักการเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาของบุคคลจึงเป็นหลักที่มีความเป็นกลางและเป็นธรรมต่อทุกฝ่าย ไม่มีความได้เปรียบเสียเปรียบในตัวบทกฎหมาย ความเข้าใจต่อหลักกฎหมายในลักษณะนี้ได้กลายเป็นหลักการสากลเป็นธรรมชาติและไม่มีข้อจำกัดทางด้านเวลา[๑๘]

อย่างไรก็ตาม การศึกษาถึงประวัติศาสตร์ของกฎหมายสัญญาได้เปิดเผยให้เห็นความเป็นจริงว่าหลักของกฎหมายสัญญาเป็นผลผลิตของประวัติศาสตร์ ซึ่งถูกเปลี่ยนแปลงโดยเงื่อนไขทางเศรษฐกิจและการเมืองจนกระทั่งก่อตัวขึ้นเป็นหลักกฎหมายที่มีผลอยู่ในปัจจุบัน

ในศตวรรษที่ ๑๘ ก่อนการขยายตัวของระบบทุนนิยม (Pre-Capital Era) กฎหมายสัญญาได้สะท้อนภาพของความเป็นปฏิปักษ์กับธุรกิจการค้ารวมทั้งปฏิเสธการแสวงหากำไร ที่ไม่คำนึงถึงความยุติธรรม ต่อมาในศตวรรษที่ ๑๙ ซึ่งได้ก้าวเข้าสู่ระบบทุนนิยมมากขึ้น มีความเปลี่ยนแปลงอย่างมากเกิดขึ้นในโครงสร้างของระบบเศรษฐกิจ การเปลี่ยนแปลงเข้าสู่ระบบอุตสาหกรรมได้ทำให้ประชาชนถูกแบ่งออกเป็นชนชั้น โดยชนชั้นผู้ใช้แรงงานจะเป็นกลุ่มที่ถูกเอารัดเอาเปรียบอย่างมาก ชุมชนมีความสำคัญน้อยลงและถูกแทนที่ด้วยภาวะความเป็นปัจเจกบุคคลแทน สังคมได้ก้าวสู่ความสัมพันธ์ในระบบตลาดและการแลกเปลี่ยนด้วยเงินตรา

ภายใต้ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในห้วงเวลาดังกล่าว กฎหมายสัญญาก็ได้เปลี่ยนแปลงไปด้วยเช่นกัน หลักเสรีภาพในการทำสัญญาของปัจเจกบุคคล(freedom of contract) ก็ถูกพัฒนาขึ้นด้วยความเชื่อในเรื่องความเท่าเทียมและความสมัครใจของปัจเจกบุคคลในการเข้าทำสัญญา หลักเสรีภาพในการทำสัญญาจึงบิดเบือนความจริงเรื่องความเท่าเทียมกันของบุคคลว่ายังต้องขึ้นอยู่กับเงื่อนไขเฉพาะตัวของปัจเจกบุคคลด้วย หากสถานะทางเศรษฐกิจระหว่างบุคคลแตกต่างกัน เสรีภาพที่เท่าเทียมกันระหว่างบุคคลในการทำสัญญาก็เป็นเพียงหลักการที่ไม่อาจเกิดขึ้นในความเป็นจริง เช่น ระหว่างกรรมกรผู้ยากไร้กับนายทุนผู้มั่งคั่ง ย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่าทั้งสองฝ่ายมีความเท่าเทียมกันในสัญญาจ้างแรงงาน หลักการของกฎหมายสัญญาในเรื่องความเท่าเทียมของบุคคลในการทำสัญญาจึงเป็นหนึ่งในอุดมการณ์ทางกฎหมายที่ปิดบังการกดขี่เอารัดเอาเปรียบในสังคมไว้[๑๙]

---

[๑๘] *Ibid., pp. ๒๒๒-๒๒๓.*

[๑๙] *Ibid., p. ๒๒๕.*

ในศตวรรษที่ ๒๐ ท่ามกลางการขยายตัวของบริษัทเอกชนขนาดใหญ่ในการผูกอำนาจและมีอำนาจเหนือตลาด ได้มีความพยายามที่จะปกป้องคนงานและผู้บริโภคจากบริษัทที่มีอำนาจและทุนขนาดใหญ่ ในระบบทุนนิยมปัจจุบันจึงมีการแทรกแซงของรัฐเข้าไปในหลักการดังกล่าว โดยไม่ปล่อยให้เป็นเสรีภาพของปัจเจกชนในการแสดงเจตนาเพียงอย่างเดียว เช่น การกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในกฎหมายแรงงานแก่ผู้ใช้แรงงานที่ไม่อาจตกลงกันให้ต่ำไปกว่าที่ได้กำหนดไว้ การออกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเพื่อกำหนดความรับผิดชอบของธุรกิจเอกชนให้มากขึ้นกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นแก่ผู้บริโภค เป็นต้น ซึ่งก็ได้ทำให้ระบบกฎหมายแบบเสรีนิยมสามารถดำรงอยู่ต่อไป ด้วยการให้ความสำคัญเพิ่มขึ้นกับลัทธิปัจเจกนิยมในระบบตลาดและหลักของประโยชน์ส่วนรวม ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นได้บดบังลักษณะของระบบที่โดยธรรมชาติแล้วมีการเอารัดเอาเปรียบกันอย่างมาก แม้จะมีการพัฒนาของหลักการซึ่งปฏิเสธการแสวงหากำไรที่ไม่ชอบธรรม แต่ก็ยังคงปรากฏความไม่ชอบธรรมแพร่หลายในระบบตลาดภายใต้การครอบงำของธุรกิจเอกชนขนาดใหญ่ ขณะที่ความเชื่อเรื่องความเท่าเทียมของปัจเจกบุคคลและเสรีภาพในการทำสัญญาก็ยังเป็นความคิดที่เป็นกระแสหลักต่อการทำความเข้าใจเรื่องกฎหมายสัญญา

การวิเคราะห์กฎหมายสัญญาของ CLS ได้ข้อสรุปที่สำคัญ คือ

ประการแรก กฎหมายสัญญาตอบสนองอุดมการณ์ของระบบทุนนิยม ด้วยการเปลี่ยนความสัมพันธ์ทางสังคมให้กลายเป็นความสัมพันธ์แลกเปลี่ยนในระบบตลาด (market exchange relation) และทำให้เห็นว่าความสัมพันธ์ทางสังคมในฐานะของสัญญาไม่ได้อยู่นอกเหนือพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ แต่เป็นผลจากข้อเท็จจริงในทางประวัติศาสตร์

ประการที่สอง โดยผ่านหลักของกฎหมายสัญญาได้ทำให้ความสัมพันธ์หรือปรากฏการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นถูกผลักเข้าสู่ความยุติธรรมที่ใช้ระบบตลาดเป็นฐานของการทำความเข้าใจ

● **ความเชื่อในรูปแบบนิยม (Formalism)**

ลักษณะความเชื่อนั้นฐานของรูปแบบนิยมในทางกฎหมาย คือ ความเชื่อว่ากฎหมายคือสิ่งที่บรรจุด้วยเนื้อหาและกระบวนการที่เป็นรูปแบบ ซึ่งสามารถจะดำเนินการและเคลื่อนไหวอย่างเป็นกลไก เมื่อเกิดข้อพิพาทต่างๆ ในกฎหมายขึ้น ระบบกฎหมายก็จะเคลื่อนไหวไปตามโครงสร้างที่มีอยู่และจะดำเนินไปโดยปราศจากอุดมการณ์หรืออคติใดใดเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังเช่น หากมีการทำผิดกฎหมายขึ้น เจ้าหน้าที่ของรัฐก็จะดำเนินการสืบสวนหาบุคคลผู้กระทำผิดมารับโทษ ซึ่งจะมีเจ้าหน้าที่ในส่วนต่างๆ ดำเนินการไปตามบทบาทหน้าที่ของตนตามที่กำหนดไว้อย่างเป็นระบบและเป็นขั้นตอน

CLS ได้โต้แย้งความเชื่อในรูปแบบนิยม โดยมีประเด็นที่สำคัญ คือ

ประการแรก นักคิดในกลุ่ม CLS ปฏิเสธอย่างสิ้นเชิงต่อแนวความคิดทางปรัชญาของกฎหมายร่วมสมัยที่ให้คำอธิบายว่า “กฎหมายอยู่เหนือการเมืองและการต่อสู้ทางสังคม” การปฏิเสธความเป็นอิสระของกฎหมายจากการเมืองเป็นการโต้แย้งที่มุ่งเป้าหมายโดยตรงไปยังความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองในแบบฉบับของ ฮันส์ เคลเซน ในเรื่องทฤษฎีความบริสุทธิ์ของกฎหมายซึ่งเชื่อว่าจะสามารถแยกกฎหมายเป็นอิสระออกจากศาสตร์ด้านอื่น จนกระทั่งสร้างกฎหมายที่มีความบริสุทธิ์ปราศจากการเจือปนจากอคติต่างๆ นอกจากนี้ในการให้เหตุผลหรือให้คำอธิบายทางกฎหมายที่มีความเป็นกลางอย่างแท้จริงได้ ในความเห็นของ CLS เห็นว่าการเมืองและกฎหมายมีพื้นที่ร่วมกัน การปฏิเสธปฏิสัมพันธ์ระหว่างการเมืองและกฎหมายจะทำให้กระบวนการวิเคราะห์ถึงรูปแบบและสาระที่ปรากฏในระบบกฎหมายอย่างถูกต้องไม่อาจเกิดขึ้นได้

ประการที่สอง CLS ปฏิเสธความเชื่อในรูปแบบนิยมที่ให้คำอธิบายว่าสามารถจะให้คำตอบที่ชัดเจนแน่นอนกับกรณีพิพาทต่างๆ ได้ ข้อโต้แย้งของ CLS ในประเด็นนี้เป็นสิ่งที่ได้รับมาจากแนวความคิดสัจนิยมทางกฎหมายแบบอเมริกา (American Legal Realism) ซึ่งแนวความคิดของสัจนิยมทางกฎหมายแบบอเมริกาจะวิพากษ์วิจารณ์แนวความคิดหรือคำอธิบายซึ่งเชื่อว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่ชอบธรรมหรือดำรงอยู่อย่างอิสระโดยมิได้สัมพันธ์กับเงื่อนไขทางสังคม หากเห็นว่าคำอธิบายในลักษณะนี้เป็นเพียงการพิจารณากฎเกณฑ์ในกระดาษ (paper rule)[๒๐] ซึ่งการจะทำความเข้าใจต่อกฎหมายได้ไม่ใช่เพียงการให้ความสนใจต่อกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรในกระดาษเท่านั้น จำเป็นต้องให้ความสนใจต่อพฤติกรรมหรือแบบแผนการวินิจฉัยในคำตัดสินของศาลด้วย จึงจะสามารถมองเห็นภาพของกฎหมายที่เกิดผลขึ้นในทางปฏิบัติจริงได้

● **การให้เหตุผลทางกฎหมาย (legal reasoning)**

CLS เสนอมุมมองที่โต้แย้งกับทฤษฎีและแนวทางปฏิบัติในเรื่องของการให้เหตุผลทางกฎหมายตามความคิดของระบบกฎหมายกระแสหลักที่อธิบายว่าการให้เหตุผลทางกฎหมายมีแบบแผนและชุดของคำอธิบายที่มีความชัดเจน แม้จะไม่เชื่อในคำอธิบายดังกล่าว แต่ CLS ก็ไม่ได้โต้แย้งไปในแนวทางแบบโครงสร้างนิยม (structural approach) ของกลุ่มมาร์กซิสม์ซึ่งอธิบายว่ากฎหมายเป็นเพียงภาพสะท้อนของระบบการผลิตของแต่ละสังคม นักคิดในกลุ่ม CLS ให้ความสนใจต่อการดำรงอยู่ของปัจจัยภายนอกที่มีอิทธิพลเหนือผู้พิพากษาเมื่อต้องมีการปรับใช้กฎหมายหรือมีการให้เหตุผลในทางกฎหมาย แม้จะมีความคล้ายคลึงกับแนวคิดสัจนิยมทางกฎหมายแบบอเมริกาที่มุ่งวิเคราะห์ถึงปัจจัยต่างๆ ที่มีอิทธิพลต่อการวินิจฉัยของศาล แต่ CLS ให้ความสำคัญกับปัจจัยภายนอกเป็นอย่างมากว่าเป็นปัจจัยซึ่งมีอิทธิพลเหนือการวินิจฉัยของศาล

การวิเคราะห์ของแครี่ (kairy)[๒๑] ในประเด็นการให้เหตุผลทางกฎหมายเป็นตัวอย่างหนึ่งของการโต้แย้ง แครี่อธิบายถึงหลักสำคัญประการหนึ่งที่เป็นสาระพื้นฐานหรือกลไกของการให้เหตุผลทางกฎหมาย หลักการนี้เป็นที่คุ้นเคยกันในแวดวงนิติศาสตร์ ซึ่งก็คือ stare decisis[๒๒] อันเป็นคำอธิบายว่าผู้พิพากษาจะถูกผูกพันด้วยคำพิพากษาบรรทัดฐาน (precedent) ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางคำอธิบายตามจารีตซึ่งทำให้เข้าใจว่าในการตัดสินชี้ขาดของผู้พิพากษาเป็นการกระทำโดยอาศัยกฎหมายมิใช่การเมืองหรือความรู้สึกส่วนตัว

แครี่ชี้ให้เห็นว่ามีคำพิพากษาบางเรื่องที่ได้รับการยึดถือโดยคำตัดสินที่เกิดขึ้นในภายหลัง บางเรื่องก็ไม่ได้รับการปฏิบัติตาม คำพิพากษาเป็นจำนวนมากถูกปฏิเสธจากอาจารย์ผู้สอนกฎหมายหรือแม้กระทั่งกับผู้พิพากษาเองก็ตาม คำถามที่สำคัญก็คือว่าคำพิพากษาอันไหนควรได้รับการปฏิบัติตาม ศาลใช้เหตุผลอย่างไรในการกำหนดความสำคัญของคำพิพากษาเหล่านี้ กระบวนการเหล่านี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นบนพื้นฐานของเหตุผลทางกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียวโดยไม่มีเงื่อนไขอื่นๆ เข้ามาเกี่ยวข้องจริงหรือไม่

การแยกเงื่อนไขของบริบททางสังคมออกจากกระบวนการวินิจฉัยของศาลว่าไม่มีอิทธิพลอื่นๆ เกี่ยวข้องนับว่าเป็นความล้มเหลวของระบบกฎหมายแบบเสรีนิยมในการทำความเข้าใจกับระบบกฎหมาย การให้ความสำคัญต่อการตัดสินใจของผู้พิพากษาซึ่งถือว่าเป็นการสร้างกฎหมายขึ้น (judicial law-making) แต่ได้ถูกปิดบังไว้โดยหลัก stare decisis และให้เหตุผลในทางกฎหมายจะทำให้เห็นถึงที่มา เนื้อหาและพัฒนาการของหลักคุณค่ารวมถึงการจัดลำดับความสำคัญที่ดำรงอยู่ในกระบวนการวินิจฉัยของศาล

---

[๒๐] *จรัญ โฆษณานันท์ , อ้างแล้ว , หน้า ๒๙๔-๒๙๕*

[๒๑] *Kairy , D., "Legal Reasoning" in Kairy D. (ed.) The Politics of Law (New York : Pantheon , ๑๙๘๒) pp. ๑๑-๑๕.*

[๒๒] *อันมีความหมายถึงการยึดเอาคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลที่เกิดขึ้นแล้วเป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีอื่นที่เกิดขึ้นภายหลังและมีข้อเท็จจริงที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกัน*

ข. คำพิพากษาคือกฎหมาย

ขณะที่แนวความคิดแบบ CLS ได้เสนอมุมมองที่โต้แย้งต่อแนวความคิดที่อธิบายว่ากฎหมายเป็นศาสตร์บริสุทธิ์ซึ่งสามารถแยกตัวเป็นอิสระออกมาจากปัจจัยอื่นๆ ได้ CLS กลับมองว่ากฎหมายเป็นส่วนหนึ่งที่มีความสัมพันธ์กับบริบทอย่างไม่อาจปฏิเสธ เป้าหมายของ CLS จึงต้องการสั่นคลอนความเชื่อที่เป็นแนวความคิดพื้นฐานของระบบกฎหมายในสังคมเสรีนิยมซึ่งมักถูกเข้าใจว่าเป็นสิ่งที่มีความเป็นธรรม เป็นกลาง และเป็นสิ่งที่เป็นธรรมชาติ นอกจากนี้ยังรวมไปถึงการโต้แย้งต่อความเข้าใจเรื่องการปรับใช้กฎหมายของศาลว่าเอาเข้าจริงแล้วอาจไม่ใช่สิ่งที่มีตรรกะหรือเหตุผลในทางกฎหมายเป็นฐานของการวินิจฉัยชี้ขาดแต่เพียงอย่างเดียว อย่างไรก็ตาม การท้าทายต่อคำอธิบายในเรื่องการใช้อำนาจของศาลในการวินิจฉัยคดีนั้นปรากฏอย่างชัดเจนในแนวความคิดอีกสกุลหนึ่งคือลัจนิยมทางกฎหมายแบบอเมริกา (American Legal Realism : ALR) ซึ่งมีบทบาทอย่างมากต่อการกระตุ้นให้เกิดความสนใจในการศึกษาทำความเข้าใจและวิเคราะห์ถึงการปรับใช้กฎหมายที่เกิดขึ้นจริงในคำพิพากษาของศาล

ALR เป็นแนวความคิดที่เป็นปฏิกิริยาต่อแนวทางการทำความเข้าใจกฎหมายที่มุ่งเน้นกฎหมายลายลักษณ์อักษร (black letter approach) มาสู่การวิเคราะห์กฎหมายซึ่งถูกใช้บังคับจริง แนวความคิดนี้ได้เสนอมุมมองในการวิเคราะห์กฎหมายด้วยการศึกษากฎหมายที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ โดยถือว่ากฎหมายคือสิ่งที่กฎหมายกระทำ (Law is as law does) กฎหมายในทรรศนะของ ALR ถือว่าสิ่งที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ (ซึ่งมีอำนาจในการปรับใช้กฎหมาย) ได้กระทำ โดยให้คำอธิบายว่ากฎหมายไม่อาจถูกค้นพบหรืออนุมานได้จากกฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

ทั้งนี้เป้าหมายสำคัญก็เพื่อต้องการชี้ให้เห็นถึงการวินิจฉัยชี้ขาดของศาลที่ปรากฏขึ้นในทางปฏิบัติ โดยชี้ให้เห็นถึงเงื่อนไขต่างๆ ที่มีอิทธิพลต่อการใช้อำนาจในการพิพากษาเพื่อให้กฎหมายเกิดผลในทางปฏิบัติ ขณะเดียวกันก็รวมถึงการชี้ให้เห็นบทบาทที่มีอยู่อย่างจำกัดของกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษร ALR จึงต้องการค้นหาถึงปัจจัยทั้งที่เป็นปัจจัยทางกฎหมายและที่ไม่ใช่ปัจจัยทางกฎหมายอันมีผลไปสู่การตัดสินในข้อพิพาทต่างๆ ทั้งนี้นักคิดในกลุ่มของ ALR เห็นว่าถ้ากฎหมายในทางปฏิบัติ (law in action) ถูกวิเคราะห์อย่างเป็นระบบก็จะสามารถสร้างคำทำนายของคำพิพากษาซึ่งจะเกิดขึ้นในอนาคตได้ นอกจากนี้แนวคิดนี้ยังเห็นว่าการวินิจฉัยของศาลสามารถเปลี่ยนแปลงไปได้ตามความจำเป็นของสังคมในแต่ละช่วงเวลาโดยไม่จำเป็นต้องผูกมัดตนเองเข้ากับแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานซึ่งถูกยึดถือกันต่อๆ มา แต่สิ่งเหล่านี้จะสามารถเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้พิพากษาได้ยอมรับและเปิดรับต่อคำอธิบายว่ามีเงื่อนไขอื่นซึ่งมีผลต่อคำตัดสินของศาลแม้ว่าจะไม่ได้เป็นเงื่อนไขทางกฎหมายก็ตาม มากกว่าการปฏิเสธถึงการมีอยู่จริงของเงื่อนไขเหล่านี้และหลบซ่อนอยู่ข้างหลังของคำอธิบายที่ถูกอ้างว่าเป็นตรรกะและเหตุผลในทางกฎหมาย

แนวความคิด ALR โดยเฉพาะกลุ่มที่เรียกว่า พวกสงสัยต่อกฎเกณฑ์ (Rule Skeptics) จึงให้ความสำคัญกับการทำหน้าที่ของศาลซึ่งเป็นส่วนที่สำคัญของความเคลื่อนไหวนี้เพื่อค้นหากฎเกณฑ์ที่ได้ถูกบังคับใช้ได้ในความเป็นจริง อย่างไรก็ตาม มีบางกลุ่มของ ALR คือพวกที่ตั้งข้อสงสัยต่อข้อเท็จจริง (Fact Skeptics) ไม่เพียงตั้งข้อสงสัยต่อการบังคับใช้กฎหมายในกระดาษ หากยังตั้งคำถามถึงความเป็นไปได้ของศาลในฐานะของสถาบันที่ต้องทำหน้าที่ในการค้นหาความจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดี

ทั้งกลุ่มที่ตั้งข้อสงสัยต่อกฎเกณฑ์และข้อเท็จจริงต่างพยายามไปให้พ้นจากการสร้างเหตุผลหลัก ซึ่งมีแนวโน้มจะครอบงำความคิดในทางกฎหมายและเป็นการสนับสนุนให้ผู้พิพากษายึดเป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท สำหรับ ALR แล้ว วิธีการศึกษากฎหมายที่เน้นในเชิงรูปแบบ (formal approach) ที่มุ่งทำความเข้าใจกฎหมายโดยแยกออกจากเงื่อนไขอื่นๆ เช่น เศรษฐกิจ สังคม การเมืองหรือวัฒนธรรม จะทำให้กฎหมายนั้นถูกตัดสินออกมาเลวร้ายและส่งผลกระทบด้านลบให้เกิดขึ้นกับสังคม แม้ว่าจะเป็นคำตัดสินที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายที่ดำรงอยู่ ALR เห็นว่ากฎหมายไม่ควรแยกขาดออกจากสังคมซึ่งสร้างกฎหมายขึ้นมาและเพื่อประโยชน์ของสังคมจากการบังคับใช้กฎหมาย

โอลิเวอร์ เวนเดนโฮล์ม (Oliver Wenden Holmes ๑๘๔๑-๑๙๓๕) เป็นบุคคลสำคัญที่เป็นแรงบันดาลใจให้กับแนวคิด ALR โดยในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมาย “เราควรคิดถึงสรรพสิ่งไม่ใช่จากถ้อยคำ อย่างน้อยที่สุดเราต้องแปลความหมายของถ้อยคำสู่ข้อเท็จจริงซึ่งได้ปรากฏขึ้น ถ้าต้องการค้นหาความจริงและความถูกต้อง” (We must think things, not words, at least we must consistently translate our words into the facts for which they stand if we are to keep the real and the true)[๒๓]

โฮล์มตั้งข้อสงสัยต่อกฎเกณฑ์ทั่วไปว่าสามารถจะปรับใช้กับกรณีเฉพาะแต่ละกรณีได้จริงหรือไม่ เขาเห็นว่ากฎเกณฑ์ทั่วไปไม่อาจกำหนดผลของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจริง ไม่มีข้อพิพาทใดสามารถถูกตัดสินด้วยบทบัญญัติที่เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป โฮล์มเป็นบุคคลหนึ่งที่ยอมรับต่อบทบาทของปัจจัยที่มิได้อยู่ในกฎหมายว่ามีบทบาทสำคัญต่อการกำหนดทิศทางของคำวินิจฉัยของศาล ทั้งนี้กฎหมายไม่ได้เป็นเรื่องของตรรกะเท่านั้น แต่เป็นผลของการวินิจฉัยชี้ขาดในคดีซึ่งหลักศีลธรรม ทฤษฎีทางการเมือง นโยบายสาธารณะ แม้กระทั่งอคติบางอย่างของผู้พิพากษาก็เป็นสิ่งที่เข้ามามีบทบาทต่อการตัดสินใจและมีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าตรรกะของกฎหมาย

สำหรับโฮล์ม วัตถุประสงค์ในการศึกษาทำความเข้าใจกฎหมายจึงไม่ได้เป็นอะไรมากไปกว่าการทำนายถึงผลที่ได้รับผ่านกระบวนการการทำงานของศาล กฎหมายในที่นี้จึงหมายถึงสิ่งที่ศาลจะตัดสินในทางปฏิบัติ เพราะฉะนั้น กฎหมายคือชุดของผลลัพธ์ (net of consequence) ที่ปรากฏขึ้นจากการปฏิบัติงานของศาล ซึ่งไม่ได้เป็นเฉพาะเรื่องของเหตุผลทางกฎหมาย หากเป็นผลมาจากการนำกฎหมายมาใช้บังคับในทางปฏิบัติ ถ้าต้องการรู้กฎหมายที่แท้จริงก็จะต้องพิจารณาจากแง่มุมของคนชั่วหรืออาจเรียกว่าเป็นการทดสอบของคนชั่ว (The bad man’s test)[๒๔] ซึ่งหมายถึงผู้ที่สนใจเฉพาะผลลัพธ์จากคำตัดสินของศาลว่าจะดำเนินไปในทิศทางเช่นใดเมื่อมีการกระทำอันใดอันหนึ่งเกิดขึ้นโดยไม่สนใจหรือให้ความสำคัญกับบทบัญญัติของกฎหมาย การทดสอบของคนชั่วก็คือการคาดการณ์ต่อการกระทำว่าจะถูกลงโทษหรือไม่หากได้กระทำไป เช่น หากมีการกล่าวหาว่าฝ่ายชายข่มขืนกระทำชำเราโดยที่ฝ่ายหญิงไม่ได้ยินยอม จะมีปัจจัยอะไรที่ศาลนับมาเป็นเหตุผลในการวินิจฉัยว่าหญิงนั้นยินยอมหรือไม่ยินยอม หรือเป็นกรณีของการทำร้ายร่างกายกัน ศาลจะใช้เหตุผลใดบ้างในการลดโทษหรือยกเว้นโทษให้แก่บุคคลผู้กระทำความผิด เป็นต้น

เช่นเดียวกับนักคิดในกลุ่ม ALR คนอื่นๆ คำอธิบายถึงสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมายไม่ใช่คำตอบที่เป็นประโยชน์ในการค้นหาถึงผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้น หากต้องการทราบเพียงว่าศาลจะมีท่าทีอย่างไรต่อการกระทำของตน ซึ่งโฮล์มก็ย้ำว่าถ้าเพียงแต่รู้ว่าศาลจะตัดสินไปในทิศทางใดแม้ว่าศาสตราจารย์ ๒๐ คน จะบอกว่าคำพิพากษาไม่ใช่กฎหมาย เขาก็ไม่สนใจ[๒๕]

---

[๒๓] *L.B. Curzon ,Op. cit., p. ๑๘๐.*

[๒๔] *Hilaire McCoubrey and Nigel D. White, Op. cit., p. ๑๙๐.*

[๒๕] *Ibid.*

โฮล์มให้ความสำคัญกับการตีความนโยบายสาธารณะโดยผู้พิพากษาที่มีผลต่อการปรับใช้กฎหมาย โดยยืนยันว่ากระบวนการนิติบัญญัติเป็นภาระหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติ ประชาชนมีสิทธิในการบัญญัติกฎหมายที่เห็นว่ามีความจำเป็นโดยใช้อำนาจดังกล่าวผ่านผู้แทนของตน ดังนั้น อำนาจในการสร้างกฎหมายโดยศาลจึงควรถูกจำกัดและผู้พิพากษาต้องตระหนักถึงภาระหน้าที่ของตนในการชั่งน้ำหนักถึงผลประโยชน์ของสังคมเมื่อต้องมีการปรับใช้กฎหมาย

แนวความคิดของโฮล์มได้เป็นรากฐานสำคัญของแนวความคิดแบบ ALR ซึ่งได้มีการพัฒนาต่อมาในภายหลัง ทั้งนี้อาจจัดแบ่งประเด็นความคิดหลักของ ALR ได้ดังนี้

● **การตั้งข้อสงสัยต่อกฎเกณฑ์ (Rule Supticism)**

การตั้งข้อสงสัยต่อกฎเกณฑ์จะเป็นการตั้งคำถามต่อกฎเกณฑ์ที่เป็นทางการในฐานะเป็นปัจจัยหลักในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปจะอธิบายว่าการนำกฎหมายมาปรับใช้กับข้อพิพาทเป็นผลมาจากกฎเกณฑ์ซึ่งบัญญัติขึ้น หรือเป็นบรรทัดฐานที่ถูกวางไว้โดยปราศจากดุลยพินิจของผู้พิพากษาเข้ามาเกี่ยวข้อง ผู้พิพากษาได้ถูกวาดภาพให้เป็นเสมือนกลไกที่มีความเป็นกลาง พวกที่ตั้งข้อสงสัยต่อกฎเกณฑ์จะวิพากษ์ต่อความเชื่อนี้และชี้ให้เห็นถึงความผิดพลาดของแนวคิดดังกล่าว

ALR ชี้ให้เห็นถึงบรรทัดฐานที่ใช้ในการตัดสินในระบบ Common Law ซึ่งพบว่ามีบรรทัดฐานเป็นจำนวนมากที่มีความขัดแย้งกันในเชิงตรรกะ และทำให้ไม่ได้มีคำตอบเพียงคำตอบเดียวสำหรับการวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาก็จะเลือกเอาบรรทัดฐานอันใดอันหนึ่งเป็นคำตัดสินชี้ขาดสำหรับตนเอง ในวิชาการต่อสู้คดีด้วยการแถลงเป็นวาจา Moot Court นักเรียนกฎหมายที่ต้องเตรียมตัวหาเหตุผลเพื่อต่อสู้และโต้แย้งกับอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าจะในฐานะของโจทก์หรือจำเลย จะพบบรรทัดฐานที่นำมาใช้เป็นเหตุผลสนับสนุนได้ทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตาม เมื่อต้องเผชิญกับอาจารย์ผู้สอนกฎหมายที่บอกว่าคำตอบที่ถูกต้องมีเพียงคำตอบเดียว ในแง่นี้ก็อาจเป็นเพราะอาจารย์ได้รู้ถึงบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มากกว่าจึงสามารถรู้ถึงคำตอบได้ คำอธิบายเช่นนี้จึงเท่ากับเป็นการตอกย้ำความเชื่อว่าในตัวกฎหมายเป็นสิ่งที่มีเหตุผล สอดคล้องและเป็นตรรกะที่สามารถดำเนินไปด้วยกัน

นอกจากการชี้ให้เห็นถึงบรรทัดฐานจำนวนมากแล้ว ก็ยังจะพบว่ามีวิธีการอันหลากหลายในการตีความบรรทัดฐานเหล่านี้ คาร์ล เลวีลีน (Karl Llewellyn) ได้อ้างถึงการใช้อำนาจของศาลในการหลีกเลี่ยงบรรทัดฐานที่ขัดแย้งกับทรรศนะของตน ผู้พิพากษาอาจเลือกให้ความสำคัญต่อบรรทัดฐานที่สอดคล้องกับทรรศนะของตนและลดทอนความสำคัญของบรรทัดฐานที่ไม่สอดคล้องกับตนเอง[๒๖] เลวีลีนแสดงถึง ๖๔ วิธีการที่เป็นไปได้ในการปรับใช้กฎหมายและบรรทัดฐานโดยผู้พิพากษา ข้อเท็จจริงของการตีความที่มีอยู่อย่างกว้างขวางเพิ่มความไม่แน่นอนของกฎหมายขึ้นอีกหลายเท่า สำหรับเขาแล้ว เหตุผลในการตัดสินคดีใดคดีหนึ่งสามารถแยกออกจากคดีอื่นๆ และเหตุผลนั้นก็จะสามารถใช้ได้ในกรณีดังกล่าวเท่านั้น ไม่สามารถจะนำไปบังคับใช้ในฐานะของกฎเกณฑ์ทั่วไปในคดีอื่นๆ ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตเพราะแต่ละคดีต่างมีข้อเท็จจริงและรายละเอียดที่แตกต่างกันไป

---

[๒๖] *Karl Llewellyn, The Common Law Tradition (Boston; Massachusetts : Little, Brown & Co., ๑๙๖๐) pp. ๗๔๕-๙๒*

เป้าหมายของกลุ่มความคิดที่ตั้งข้อสงสัยกับกฎเกณฑ์ก็คือ ต้องการชี้ให้เห็นว่าความเชื่อมั่นในกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายว่าจะถูกใช้บังคับอย่างตรงไปตรงมาเป็นความเข้าใจที่หลงผิด รวมถึงบทบาทของผู้พิพากษาในฐานะของผู้ที่ทำหน้าที่ปรับใช้กฎหมายไปตามหลักวิชาก็อยู่ในลักษณะเดียวกัน และผู้พิพากษาก็จะยังคงบทบาทดังกล่าวนี้ต่อไปไม่ว่าจะด้วยความตระหนักรู้หรือไม่ก็ตาม เนื่องจากผู้พิพากษาและนักกฎหมายจะได้รับการศึกษาอบรมมาตามแนวทางแบบรูปแบบนิยม (Formalism) ซึ่งภายใต้รูปแบบการศึกษาแบบนี้ ผู้เรียนจะไม่ได้ถูกฝึกฝนให้ขบคิดเพื่อค้นหาเหตุผลอันแท้จริงของคำตัดสิน เพราะอาจกระทบต่อรากฐานทางความคิดที่เชื่อมั่นในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นภววิสัยของกฎหมายอย่างรุนแรง

สำหรับ ALR เป็นที่ชัดเจนว่าระบบที่เป็นตรรกะและสอดคล้องกันในระบบกฎหมายเป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ และในความเป็นจริงผู้พิพากษาก็ไม่ได้ถูกผูกพันไว้โดยคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐาน ผู้พิพากษาจึงไม่ควรหลบซ่อนอยู่ภายใต้ของการอ้างคำพิพากษาบรรทัดฐาน เพราะการเลือกหรือไม่เลือกคำพิพากษาบรรทัดฐานอันใดอันหนึ่งก็เป็นเรื่องที่มีความสัมพันธ์กับปัจจัยอื่นๆ เช่น การเมือง นโยบายรัฐ ดังนั้นแทนที่จะมองย้อนหลังกลับไปด้วยการยึดคำพิพากษาบรรทัดฐาน ผู้พิพากษาควรตัดสินข้อพิพาทต่างๆ บนผลประโยชน์ของสังคม

● **การตั้งข้อสงสัยต่อข้อเท็จจริง (Fact Supticism)**

ท่ามกลางความเชื่อว่าการวินิจฉัยคดีโดยศาลเป็นกระบวนการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เจโรมี แฟรงค์ (Jerome Frank) หนึ่งในกลุ่มของแนวคิดที่ตั้งข้อสงสัยต่อข้อเท็จจริง ได้คัดค้านความเชื่อดังกล่าวว่าเป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ แม้กระทั่งในคดีที่กฎหมายมีความชัดเจน เช่น ห้ามจอดรถในที่ห้ามจอด การใช้ความเร็วของรถเกินที่กฎหมายอนุญาต ก็ยังอาจมีข้อเท็จจริงที่เล็ดรอดไปจากการพิจารณาอันทำให้ไม่อาจคาดเดาถึงคำตัดสินของศาลได้ มีข้อเท็จจริง ๒ ประเภทที่สามารถหลุดพ้นไปจากการพิจารณาของศาลได้[๒๗]

ประการแรก ในการพิจารณาคดีไม่ว่าระบบลูกขุนหรือไม่มีลูกขุน จำเป็นต้องมีการรับฟังข้อเท็จจริงจากพยานซึ่งพยานอาจมีความผิดพลาดในการสังเกตถึงสิ่งที่เห็นหรือได้ยิน อันเป็นเรื่องปกติที่สามารถเกิดขึ้นได้กับมนุษย์ทั่วไป

ประการที่สอง ผู้พิพากษาหรือคณะลูกขุนอาจมีอคติโดยไม่ตระหนักรู้ในการเอนเอียงต่อการรับฟังพยานบางปากหรือบางฝ่ายในคดี แม้กระทั่งกับทนายด้วยการให้ความสำคัญกับลักษณะของพยานบางประเภท

ขณะที่กลุ่มที่ตั้งข้อสงสัยต่อกฎเกณฑ์เชื่อว่ามีข้อเท็จจริงที่แน่นอนดำรงอยู่ เพียงแต่ไม่อาจคาดหวังถึงผลลัพธ์ในการตัดสินของศาลด้วยการมองไปที่กฎหมาย แต่สำหรับแฟรงค์ได้ปฏิเสธว่าไม่มีความแน่นอนดำรงอยู่ในกระบวนการยุติธรรม ตามแนวความคิดของเขาการคาดเดาถึงผลจากการวินิจฉัยเป็นสิ่งที่ไม่อาจกระทำได้เลย และก็ยังปฏิเสธถึงความพยายามในการทำความเข้าใจของอคติในคำพิพากษา แม้อคติบางอย่างจะมีลักษณะที่เห็นได้ชัดเจน เช่น ผู้พิพากษาที่มักมีภูมิหลังบางอย่างอาจไม่ชอบคนผิวดำหรือชาวอเมริกันเชื้อสายอิตาลี แต่ก็เป็นไปไม่ได้ที่จะระบุอคติทุกประเภทซึ่งบางครั้งอาจเป็นสิ่งที่มีโดยไม่ตระหนักรู้ ทำให้ไม่อาจที่จะนำมาวิเคราะห์ถึงรูปแบบของอคติในการกระทำได้

ในความเห็นของแฟรงค์ การพิจารณาข้อเท็จจริงและกฎหมายไม่อาจแยกจากกันได้ในการพิจารณาคดีของศาล ไม่มีการปรับใช้กฎหมายไปยังข้อเท็จจริงอย่างตรงไปตรงมา เมื่อคณะลูกขุน (หรือผู้พิพากษา) ทำการตัดสิน พวกเขาจะไม่แบ่งแยกระหว่างกฎหมายกับข้อเท็จจริง แต่จะเป็นการตอบสนองต่อความรู้สึกที่มีต่อทนายพยานและจำเลยที่พวกเขาชอบหรือไม่ชอบ ซึ่งเขาพบว่าคณะลูกขุนมีแนวโน้มจะเห็นใจแม่หม้ายยากจนผิวสีคล้ำที่มีดวงตาเศร้าโศก ขณะที่ไม่ชอบบริษัทขนาดใหญ่ชาวอิตาลีที่พูดภาษาอังกฤษสำเนียงต่างประเทศ[๒๘]

---

[๒๗] *Jerome Frank, Law and Modern Mind (Glouester, Massachusetts: Peter Smith, ๑๙๗๐) pp. xii-xiii.*

[๒๘] *Jerome Frank, Court on Trail (Princeton, New Jerry: Princeton University Press, ๑๙๔๙) p.๑๓๐.*

● **การคาดหมายถึงคำตัดสิน (The Prediction of Decisions)**

สัจนิยมทางกฎหมายไม่เชื่อว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Legal rules) จะเป็นสิ่งที่มีบรรทัดฐาน ในฐานะของการให้คำตอบต่อข้อพิพาท แนวคิดของกลุ่มนี้ต้องการค้นหารูปแบบการตัดสินใจของศาลเพื่อคาดหมายถึงการตัดสินที่จะเกิดในอนาคต แม้ว่าพวกรูปแบบนิยม (formalist) อธิบายว่ารูปแบบการตัดสินของศาลวางอยู่บนพื้นฐานของกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ การบังคับใช้กฎหมายที่เหมือนกันต่อข้อเท็จจริงที่เหมือนกันแม้จะโดยผู้พิพากษาต่างคนกันเป็นรูปแบบหลักในการตัดสินของศาล ถึงบางครั้งอาจมีบางครั้งที่มีการบังคับใช้กฎหมายที่แตกต่างกัน แต่ก็เป็นผลมาจากความบกพร่องของกฎหมายเพราะกฎหมายไม่ใช่เครื่องมือที่สมบูรณ์ อาจมีบางเรื่องคลุมเครือขัดแย้งกันเองแต่ก็สามารถแก้ไขได้ด้วยการปรับปรุงกฎเกณฑ์ต่างๆ นี้ให้มีความสอดคล้องและชัดเจน

สัจนิยมทางกฎหมายโต้แย้งว่ารูปแบบการตัดสินของศาลไม่สามารถอธิบายอย่างง่ายๆ โดยการอธิบายถึงเนื้อหาของกฎหมาย แต่ต้องกระทำด้วยการวิเคราะห์ถึงกฎเกณฑ์ที่แท้จริง อันรวมถึงเงื่อนไขทั้งทางกฎหมายและไม่ใช่กฎหมาย กลุ่มที่ตั้งข้อสงสัยในกฎเกณฑ์เห็นว่ารูปแบบการวินิจฉัยของศาลสามารถพบได้ในกฎเกณฑ์ที่แท้จริง การแก้ไขภายในระบบกฎหมายเพียงตัวอักษรจะเป็นเพียงการปรับปรุงเล็กน้อย

เป้าหมายที่สำคัญของสัจนิยมทางกฎหมาย ก็คือ การพยายามในการสร้างแบบจำลองในการตัดสินของผู้พิพากษาเพื่อแยกแยะให้เห็นถึงปัจจัยที่อิทธิพลในกระบวนการวินิจฉัย ด้วยการสร้างแบบจำลองคำตัดสินของศาลด้วยการวิเคราะห์ถึงทรรศนะส่วนบุคคล บุคลิกลักษณะ (characteristics) อารมณ์ (temperament) ภูมิหลังและทรรศนะทางการเมืองของผู้พิพากษา เพื่อที่จะพิสูจน์ให้เห็นถึงประโยชน์ของวิธีการแบบสัจนิยมทางกฎหมาย หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นความพยายามวิเคราะห์อย่างเป็นวิทยาศาสตร์ในกฎหมาย (scientific work on law)

อย่างไรก็ตาม การพยายามสร้างแบบจำลองการวิเคราะห์แนววินิจฉัยของศาลก็ไม่ใช่เรื่องที่กระทำได้โดยง่าย เพราะยังมีปัจจัยอื่นๆ ที่ควรถูกนำมาพิจารณาด้วย เช่น ความเห็นของสาธารณะ (public opinion) อคติของผู้พิพากษา นโยบายสาธารณะ แรงกดดันของรัฐบาล เงื่อนไขทางเศรษฐกิจ สังคม เป็นต้น ความยุ่งยากเช่นนี้ทำให้บางกลุ่มในกลุ่มสัจนิยมทางกฎหมายจึงมุ่งความสนใจไปที่พฤติกรรมของผู้พิพากษา โดยหลีกเลี่ยงที่จะอธิบายปัจจัยที่มีอิทธิพลเหนือพฤติกรรมนั้น

เฮอร์มาน โอลิฟันท์ (Herman Oliphant) สนับสนุนการสำรวจพฤติกรรมของผู้พิพากษาเพื่อเป็นแนวทางในการคาดหมายคำพิพากษา ด้วยเหตุผลว่าไม่อาจให้ความสนใจต่อคำพิพากษาก็เป็นสิ่งที่กฎหมายในกระดาษเขียนเอาไว้ แต่ควรให้ความสนใจต่อพฤติกรรมที่ไม่ปรากฏชัดเจน (Non-vocal behavior) ว่าผู้พิพากษากระทำอย่างไรภายใต้ข้อเท็จจริงที่อยู่เบื้องหน้า ซึ่งหากมีการวิเคราะห์ข้อมูลในช่วงเวลาที่กว้างพอก็จะสามารถพบรูปแบบการตัดสินของศาลได้ที่เปิดเผยให้เห็นถึงแนวทางที่แตกต่างกันของผู้พิพากษาแต่ละคน เช่น อาจพบว่าระหว่างคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจกับคดีขโมยรถโดยไม่เจตนา (joyriding) ศาลมีแนวโน้มจะรับฟังพยานหลักฐานเพื่อลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดประเภทหลังมากกว่า และในกรณีที่คดีทั้งสองประเภทถูกตัดสินว่ามีความผิดก็มีแนวโน้มที่ศาลจะกำหนดโทษแก่บุคคลที่กระทำความผิดในคดีประเภทหลังสูงกว่า แม้ว่าโทษขั้นสูงของความผิดทั้งสองจะเหมือนกัน[๒๙]

---

[๒๙] *อ้างใน Hilaire McCoubrey and Nigel D. White, Op cit., p. ๒๐๐.*

๑.๓ ระหว่างความเป็นศาสตร์และความไม่เป็นศาสตร์

สถานะความเป็นศาสตร์ของกฎหมายได้ถูกตั้งคำถามและท้าทายทั้งจากแนวคิดแบบ CLS และ ALR ซึ่งเปิดมุมมองและคำอธิบายเกี่ยวกับกฎหมายที่แตกต่างไปจากแนวความคิดกระแสหลัก

แนวความคิด CLS ได้ชี้ให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับปัจจัยอื่นๆ ว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกัน กฎหมายไม่ใช่เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นกลางหรือมีความยุติธรรมในลักษณะที่เป็นภววิสัยดังที่มักเข้าใจกัน ตรงกันข้าม กฎหมายกลับถือกำเนิดขึ้นและดำรงอยู่ภายใต้กรอบความคิดแบบใดแบบหนึ่ง กฎหมายจึงเป็นสิ่งที่ตอบสนองต่ออุดมการณ์และความเชื่อของสังคมในแต่ละช่วงเวลา ความเป็นกลางในกฎหมายซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในปัจจุบันก็อาจเป็นความเป็นกลางภายใต้แนวความคิดแบบเสรีนิยมมิใช่สิ่งที่เป็นสากลซึ่งดำรงอยู่เป็นนิรันดร พิจารณาในแง่นี้ความพยายามให้กฎหมายมีความบริสุทธิ์และสมบูรณ์ในตนเองจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้ในมุมมองของ CLS

สำหรับแนวความคิดแบบ ALR ชี้ให้เห็นถึงผลของการบังคับใช้กฎหมายที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติจริงว่ามีส่วนสัมพันธ์อย่างยิ่งกับบุคคลผู้ทำหน้าที่ตัดสิน อันเป็นคำอธิบายที่โต้แย้งต่อแนวความคิดซึ่งให้คำอธิบายในการปรับใช้กฎหมายกับข้อพิพาทต่างๆ ศาลเป็นเพียงกลไกหนึ่งที่ทำหน้าที่ไปตามหลักวิชาที่มีความชัดเจนแน่นอนเฉกเช่นการทำงานของเครื่องจักร ผู้พิพากษาไม่ได้นำเอาอคติหรือความเชื่อส่วนบุคคลเข้าไปปะปนอยู่ในกระบวนการของการวินิจฉัย แต่ ALR ได้ศึกษาถึงผลที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมาย และแสดงให้เห็นว่าในการตัดสินคดีต่างๆ ประสบการณ์ ความรู้ หรือทรรศนะของผู้พิพากษามีส่วนอย่างสำคัญต่อผลของคำตัดสิน คำอธิบายเรื่องบทบาทของผู้พิพากษาในลักษณะของเครื่องยนต์กลไกจึงมิใช่สิ่งที่เกิดขึ้นในความจริงแต่อย่างใด

การโต้ตอบต่อกระแสความคิดที่พยายามสถาปนาให้กฎหมายมีสถานะเป็นศาสตร์บริสุทธิ์ มีผลอย่างกว้างขวางต่อการศึกษากฎหมายในลักษณะที่แตกต่างไปจากเดิม เมื่อกฎหมายไม่ใช่สิ่งที่เป็นกลางหรือเป็นธรรมชาติดังที่ถูกเข้าใจกัน การพิจารณากฎหมายจากมุมมองอื่นจึงทำให้สามารถเข้าใจและมองเห็นภาพของกฎหมายที่สัมพันธ์กับสังคมมากขึ้น การมองกฎหมายจากสายตาของสตรีนิยมหรือแนวคิดนิติศาสตร์แนวสตรีนิยมก็เป็นกระแสความคิดหนึ่งที่ได้พัฒนาขึ้นมาบนฐานของการตอบโต้กับแนวคิดกระแสหลัก และมีความสำคัญอย่างมากในการทำความเข้าใจกับกฎหมายที่รอบด้านมากขึ้น

บทที่ ๒
มองกฎหมายจากสายตาของหญิง

การตั้งคำถามจากความเป็น “ศาสตร์” ของกฎหมาย ได้ทำให้เกิดการศึกษากฎหมายในแง่มุมที่สัมพันธ์กับปัจจัยอื่นๆ เกิดขึ้น นอกจากแนวความคิดในแบบ CLS แล้วก็ยังมีการศึกษากฎหมายที่สัมพันธ์กับเศรษฐกิจ (Law and Economics) ทฤษฎีชาติพันธุ์เชิงวิพากษ์ (Critical Race Theory) กฎหมายกับวรรณกรรม (Law and Literature) รวมถึงแนวความคิดนิติศาสตร์แนวสตรีนิยม (Feminist Legal Theory)[๑]

แนวความคิดนิติศาสตร์แนวสตรีนิยมเป็นการทำความเข้าใจต่อกฎหมายซึ่งวางอยู่บนพื้นฐานของการปฏิเสธการแยกขาดระหว่างปัจจัยทางสังคมกับกฎหมาย สิ่งที่แนวความคิดนี้ให้ความสำคัญคือการวิเคราะห์และทำความเข้าใจผ่านสายตาของเพศสภาพ (gender) โดยเป็นการโต้ตอบกับกระแสความคิดทางกฎหมายที่เป็นผลผลิตจากอุดมการณ์แบบชายเป็นใหญ่ และได้สถาปนาความเหนือกว่าของชายขึ้นทั้งในรูปแบบที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ และได้มีผลทำให้เกิดความเคลื่อนไหวอย่างกว้างขวางทั้งในด้านของงานวิชาการ การเคลื่อนไหวจนกลายเป็นกระแสความคิดทางกฎหมายกลุ่มหนึ่งที่มีความสำคัญต่อการทำความเข้าใจระบบกฎหมาย

นิติศาสตร์แนวสตรีนิยมเป็นผลมาจากอิทธิพลของแนวความคิดสตรีนิยม (feminism) แม้ว่าคำจำกัดความของสตรีนิยมจะมีอยู่อย่างหลากหลายแต่สามารถพบความหมายที่ร่วมกันได้คือ เป็นแนวคิดหรือกรอบการมองที่พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล สถาบัน และสังคม ผ่านมุมมองของเพศสภาพ โดยแนวความคิดนี้เห็นว่าท่ามกลางความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลนั้น หญิงจะตกอยู่ในฐานะถูกเอารัดเอาเปรียบ ถูกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมและเลวร้ายทั้งในทางสังคมและชีวิตส่วนตัว

นอกจากการวิเคราะห์ถึงสถานะความเป็นรองของหญิง สตรีนิยมก็ยังเป็นการเสนอระบบคุณค่า วิถีชีวิตและคำอธิบายที่มีพื้นฐานทางปรัชญาแตกต่างไปจากความคิดที่ดำรงอยู่ในสังคม[๒] สำหรับนิติศาสตร์แนวสตรีนิยมความก้าวหน้าของสังคมจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการต่อสู้เพื่อเปลี่ยนแปลงอุดมการณ์ทางกฎหมายและการปฏิบัติที่อยู่ภายใต้การครอบงำของสังคมแบบชายเป็นใหญ่หรือปิตาธิปไตย (patriarchal form of society) ภายใต้สังคมแบบปิตาธิปไตย โครงสร้างและสถาบันทางสังคมจะถูกสร้างขึ้นมาในรูปแบบที่หลากหลายแต่มีจุดมุ่งหมายที่เหมือนกันคือการกดขี่และเอารัดเอาเปรียบเพศหญิง แนวความคิดของนิติศาสตร์แนวสตรีนิยมจะทำการวิเคราะห์ และต่อต้านกับแนวความคิดทางกฎหมายซึ่งมุ่งตอบสนองเฉพาะผลประโยชน์ของเพศชาย แต่มักเป็นที่เข้าใจและถูกตอกย้ำอย่างสม่ำเสมอทั้งโดยนักกฎหมายและบุคคลทั่วไปว่าลักษณะความเป็นใหญ่ของเพศชายที่ดำรงอยู่เป็นปรากฏการณ์ที่เป็นธรรมชาติ ซึ่งสำหรับนิติศาสตร์แนวสตรีนิยมแล้วการครอบงำทางกฎหมายเป็นผลมาจากเพศที่มีอำนาจมากกว่าในทางสังคมอันเกิดจากการสร้างขึ้นมิใช่สภาวการณ์ที่เป็นธรรมชาติแต่อย่างใด

---

๑ *ดูรายละเอียดของแนวคิดต่างๆ เหล่านี้ได้ใน Gary Minda, Postmodern Legal Movement: Law and Jurisprudence at Century’s End (New York University Press, ๑๙๙๕)*

๒ *ดูรายละเอียดของนิยามความหมายที่แตกต่างกับของแนวคิดสตรีนิยมได้ใน วารุณี ภูริสินสิทธิ์, สตรีนิยม : ขบวนการและแนวคิดทางสังคมแห่งศตวรรษที่ ๒๐ (กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ , ๒๕๔๕) หน้า ๒-๕*

เพราะฉะนั้น ในมุมมองของนิติศาสตร์แนวสตรีนิยมแล้ว กฎหมายหรือระเบียบต่างๆ จึงไม่ได้มีความเป็นกลางดังที่มักจะถูกเข้าใจกัน หากทำการวิเคราะห์เข้าไปในระบบกฎหมายก็จะพบอคติทางเพศที่ดำรงอยู่ แนวคิดนี้จึงเป็นการตั้งคำถามต่อรากฐานความคิดและความเชื่อที่ถูกครอบงำไว้ด้วยความคิดแบบชายเป็นใหญ่ ไม่ว่าจะโดยตระหนักรู้หรือไม่ก็ตาม การเคลื่อนไหวทางความคิดของนิติศาสตร์แนวสตรีนิยมจึงต้องการสร้างทฤษฎีทางกฎหมายที่ไม่ได้กีดกันประสบการณ์ ความคิดและสภาพการณ์ของเพศหญิงออกไป

แม้ว่าจะมีแนวความคิดพื้นฐานที่ร่วมกัน แต่ก็มิได้หมายความว่าภายใต้กรอบความคิดของนิติศาสตร์แนวสตรีนิยมจะมีกระแสความคิดที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เฉกเช่นเดียวกับความรู้ในด้านต่างๆ ที่อาจมีการพัฒนาสร้างคำอธิบายที่เสริมหรือขัดแย้ง จนทำให้เกิดเป็นกระแสความคิดหลากหลาย นิติศาสตร์แนวสตรีนิยมก็มีการพัฒนากระแสความคิดไปในแง่มุมต่างๆ ซึ่งมีคำอธิบาย ความเชื่อพื้นฐาน และข้อเรียกร้องที่แตกต่างกัน ซึ่งอาจจัดกลุ่มความคิดที่สำคัญได้ ๓ กลุ่มด้วยกัน

๒.๑ แนวความคิดที่สนับสนุนความเสมอภาค (Equality)

การสนับสนุนความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงเป็นแนวความคิดซึ่งเป็นที่คุ้นเคยและยอมรับกันอย่างกว้างขวางในปัจจุบัน ดังจะเห็นได้จากมีกฎหมายทั้งภายในและระหว่างประเทศเป็นจำนวนมากที่ยืนยันถึงความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง ดังเช่นอนุสัญญา.....

นักสิทธิสตรีในกลุ่มที่สนับสนุนประเด็นเรื่องความเสมอภาค ต้องการที่จะรื้อระบบกฎหมายที่กำหนดบทบัญญัติให้มีความแตกต่างระหว่างเพศ โดยทฤษฎีความเสมอภาคให้เหตุผลว่า สิทธิที่แตกต่างซึ่งหญิงได้รับจะเป็นกลไกในการจำกัดการใช้ชีวิตของหญิงให้อยู่แต่ที่บ้านและครอบครัว คำอธิบายของแนวความคิดนี้คือ ระหว่างหญิงชายไม่มีความแตกต่างกัน หญิงจึงสมควรมีสิทธิในการเข้าถึงสถาบันสาธารณะ ผลประโยชน์ และโอกาสในลักษณะเดียวกับที่ชายได้รับ ประเด็นหลักที่ถกเถียงกันก็คือสิทธิของปัจเจกบุคคลโดยเฉพาะสิทธิของผู้หญิงรุ่นใหม่ในการเข้าถึงกิจกรรมที่ครอบครองอยู่โดยชาย มีการกระจายผลประโยชน์และภาระหน้าที่ที่กำหนดไว้โดยกฎหมายไม่ควรยึดที่ความแตกต่างของเพศ รวมทั้งบุคคลควรได้รับการปฏิบัติในลักษณะของปัจเจกบุคคล

ประเด็นสำคัญของแนวความคิดที่สนับสนุนเรื่องความเสมอภาคมักให้ความสำคัญก็คือ[๓] ความเสมอภาคในการเข้าถึงอาชีพ การศึกษา ความเสมอภาคในครอบครัว เช่น ก่อนทศวรรษ ๑๙๗๐ ผู้หญิงที่ต้องการเข้าศึกษาในมหาวิทยาลัยในสหรัฐอเมริกาต้องเผชิญกับการกีดกันอย่างมาก ที่มหาวิทยาลัย Harvard จะรับนักศึกษาชาย ๔ คน ต่อนักศึกษาหญิง ๑ คน เข้าศึกษาต่อในสถาบัน Radcliffe (อันเป็นสถาบันหนึ่งของมหาวิทยาลัย Harvard) การกำหนดจำนวนรับด้วยสัดส่วนในลักษณะนี้จึงทำให้ผู้หญิงที่สอบเข้าได้ต้องมีความสามารถสูงกว่าปกติ ตัวอย่างดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของระบบอุดมศึกษาในขณะนั้น จวบจนกระทั่งเกิดความเปลี่ยนแปลงขึ้นในทศวรรษ ๑๙๗๐ ที่มีการยอมรับระบบสหศึกษาซึ่งไม่กีดกันเพศ ทำให้ในทศวรรษดังกล่าวจำนวนของผู้หญิงในการเรียนด้านต่างๆ เพิ่มขึ้นอย่างมาก ในสาขาด้านการแพทย์เพิ่มจาก ๑๑ เปอร์เซ็นต์เป็น ๒๖ เปอร์เซ็นต์ สาขานิติศาสตร์เพิ่มจาก ๑๐ เปอร์เซ็นต์เป็น ๓๔ เปอร์เซ็นต์ จำนวนผู้หญิงที่จบปริญญาเอกเพิ่มจาก ๑๖ เปอร์เซ็นต์เป็น ๓๐ เปอร์เซ็นต์

ความเปลี่ยนแปลงจากการเรียกร้องเรื่องความเสมอภาคทำให้ผู้หญิงสามารถเข้าถึงพื้นที่ซึ่งเดิมตกอยู่ในการครอบครองของชาย ข้อกำหนดที่สร้างความยากลำบากแก่หญิงได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิก ซึ่งในประเด็นด้านการศึกษาและการจ้างงานสิ่งที่เป็นประเด็นหลักเหมือนกันคือ สิทธิในการเข้าถึงอย่างเท่าเทียม

---

[๓] *Martha Chamallas, Introduction to Feminist Legal Theory (New York: Aspen Law & Business, ๑๙๙๘) p. ๓๑.*

การเรียกร้องประเด็นความเสมอภาคระหว่างชายหญิง มีผลกระทบอย่างสำคัญต่อการจัดประเภทบนพื้นฐานของเพศสภาพ ซึ่งเป็นการจัดแบ่งหรือการกำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลบนพื้นฐานของความเป็นชายหรือหญิง ด้วยความเชื่อว่าตาม “ธรรมชาติ” แล้ว ชายและหญิงมีลักษณะบางอย่างที่แตกต่างกันจึงควรได้รับการปฏิบัติที่แตกต่าง โดยในพื้นที่สาธารณะ (public) จะอยู่ภายใต้การครอบครองของชาย ส่วนหญิงจะอยู่ในพื้นที่ส่วนตัว (private) กฎหมายจำนวนมากสะท้อนถึงกรอบความคิดในลักษณะดังกล่าวในแง่ของบทบาท ความสามารถและผลประโยชน์ของเพศ เช่น ภายใต้กฎหมายของรัฐบาลกลางในสหรัฐ ผู้หญิงจะบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุครบ ๑๘ ปี ขณะที่ผู้ชายจะยังไม่บรรลุนิติภาวะจนกว่าจะมีอายุครบ ๒๑ ปี[๔] วิธีคิดที่กำหนดความแตกต่างตามเพศหรืออายุดังกล่าว สะท้อนถึงกรอบความเชื่อเดิมว่าเด็กหญิงโตเป็นผู้ใหญ่เร็วกว่าเด็กชาย และเด็กหญิงใช้เวลาน้อยกว่าในการเตรียมตัวเป็นผู้ใหญ่เพื่อรับบทบาทเป็นภรรยาและแม่ แม้ว่าโดยผิวเผินการจัดประเภทบนพื้นฐานของความเป็นชายหรือหญิง อาจดูเหมือนว่าไม่ได้เป็นผลเสียหายแก่หญิง แต่ในแง่ระบบกฎหมายแล้วทำให้หญิงต้องตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบทั้งในทางปฏิบัติและแนวคิด โดยเด็กหญิงจะเสียเปรียบในการขาดโอกาสได้รับการศึกษาในระดับสูงขึ้น เนื่องจากในทางกฎหมายถือว่าเมื่อเด็กหญิงบรรลุนิติภาวะแล้วก็ไม่มีสิทธิได้รับการช่วยเหลือจากพ่อแม่ระหว่างที่ศึกษาในระดับอุดมศึกษา ขณะเดียวกันเมื่ออยู่ในวัยที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะความเชื่อที่ได้รับการยอมรับและปฏิบัติกันคือเด็กหญิงต้องใช้ชีวิตภายในครอบครัวและได้รับการส่งเสริมน้อยกว่าในด้านพัฒนาการทางสังคม

การค้นหา การจัดแบ่งที่ยึดเพศสภาพเป็นหลัก (gender-based generalization) เป็นสิ่งที่มีความซับซ้อนมากกว่าการพิจารณาจากบทบัญญัติ ในประมวลกฎหมายแพ่งของมลรัฐหลุยส์เซียนา (Lousiana Civil Code) ได้บัญญัติว่าในกรณีที่เกิดเหตุอัคคีภัยแล้วมีผู้เสียชีวิต กฎหมายสันนิษฐานว่าฝ่ายชายจะเสียชีวิตหลังฝ่ายหญิง ซึ่งมาจากความเชื่อว่าผู้หญิงอ่อนแอกว่าและในสถานการณ์ที่วิกฤติ ผู้หญิงท้อถอยเร็วกว่าผู้ชาย บทบัญญัติของกฎหมายจึงมาจากความคิดที่จัดแบ่งจากลักษณะของเพศสภาพเป็นหลักโดยไม่ได้คำนึงถึงความสามารถทางร่างกายในการเอาชีวิตรอดของบุคคลแล้ว ผลทางกฎหมายที่ติดตามมาส่งผลให้ทรัพย์สินของคู่สามีภรรยาที่เสียชีวิตทั้งคู่ในเหตุอัคคีภัยจะเป็นมรดกตกทอดแก่ครอบครัวของฝ่ายชาย

นอกจากการเรียกร้องสิทธิของหญิงบนฐานของความคิดเรื่องความเสมอภาคแล้ว สิทธิที่ได้มีการพัฒนาขึ้นแม้จะไม่ได้อาศัยหลักแห่งเสมอภาคแต่เป็นความพยายามอ้างถึงสิทธิเสรีภาพของหญิงในเชิงปัจเจกบุคคลก็คือการเรียกร้องสิทธิความเป็นส่วนตัวและสิทธิที่เกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศ การทำแท้งเป็นประเด็นที่นักสิทธิสตรีในกลุ่มนี้กำหนดเป็นวาระสำคัญเพื่อผลักดันให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางสังคมขึ้น การให้ผู้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะทำแท้งเป็นการเปิดโอกาสให้หญิงสามารถทำตามความต้องการของตนเองได้โดยไม่ผิดกฎหมายในกรณีที่ไม่ต้องการมีบุตร หรือด้วยเหตุผลที่ต้องการจำกัดจำนวนสมาชิกในครอบครัว การให้สิทธิในการทำแท้งแก่หญิงอาจเป็นการท้าทายคติความเชื่อในการแบ่งโลกระหว่างชายหญิงมากกว่ากระบวนการเปลี่ยนแปลงใดใด เพราะเป็นการเปลี่ยนแปลงที่เปิดโอกาสให้ผู้หญิงสามารถกำหนดการให้กำเนิดได้ด้วยตนเอง และก็ยังเป็นการเรียกร้องสิทธิในการเข้าถึงโลกภายนอก

---

[๔] *Ibid., p. ๓๓-๓๔.*

การเคลื่อนไหวเพื่อให้ยกเลิกกฎหมายที่ควบคุมพฤติกรรมทางเพศที่ถูกจัดว่าเป็นสิ่งต้องห้าม ดังการมีเพศสัมพันธ์นอกการสมรส การร่วมเพศทางทวารหนัก การร่วมเพศกับสัตว์ เป็นสิ่งที่สอดคล้องและสร้างความเข้มแข็งให้กับการเคลื่อนไหวของกลุ่มสิทธิสตรีที่เรียกร้องความเสมอภาค ประเด็นที่สำคัญอันหนึ่งของนักสิทธิสตรีในกลุ่มนี้ก็คือ การแต่งงานและความเป็นแม่ไม่ควรถูกกำหนดเป็นข้อบังคับสำหรับหญิง แนวคิดเสรีนิยมในเรื่องสิทธิส่วนตัวช่วยสนับสนุนให้มีการคุ้มครองพฤติกรรมรักร่วมเพศ และเป็นการแสดงความคิดเห็นให้ควรยอมรับพฤติกรรมทางเพศที่ไม่ได้สร้างความเสียหายแก่บุคคลที่สาม ซึ่งก็เป็นการสนับสนุนการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญที่ช่วยให้หญิงบางคนสามารถฝ่าฝืนและต่อสู้กับกฎหมายหรือจารีตประเพณีแบบเดิมได้สะดวกขึ้น

โดยทั่วไปผู้ที่สนับสนุนความเสมอภาคระหว่างชายหญิงจะมีแนวคิดที่เรียกว่า สตรีนิยมแนวเสรีนิยม (Liberal Feminism) นักสิทธิสตรีแนวเสรีนิยมสนับสนุนเรื่องของเสรีภาพและทางเลือกของปัจเจกบุคคล ทั้งยืนยันว่าต้องมีการให้เสรีภาพกับหญิงเช่นเดียวกับที่ชายได้รับ นักสิทธิสตรีแนวเสรีนิยมจึงถูกเรียกว่า assimilationists[๕] เนื่องจากนักสิทธิสตรีกลุ่มนี้มักจะไม่ถกเถียงถึงปัญหาในเรื่องมาตรฐาน กฎหรือโครงสร้างต่างๆ แต่กลับให้ความสำคัญกับความเท่าเทียมกันในการเข้าถึงระบบของสถาบัน ตามแนวความคิดของสตรีนิยมแนวเสรีนิยมสามารถนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงกฎหมายได้มากกว่าแนวความคิดอื่น เพราะว่าจะเป็นการขยายโครงสร้างที่มีอยู่เดิมเพื่อให้หญิงสามารถมีพื้นที่ที่เข้าถึงได้เพิ่มมากขึ้นโดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงรากฐานความคิดในระบบกฎหมายแต่อย่างใด

๒.๒ แนวความคิดที่สนับสนุนความแตกต่าง (Difference)

แม้จะมีความพยายามในการปฏิรูปกฎหมายตามหลักความเสมอภาค แต่ก็ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาของความไม่เสมอภาคซึ่งยังคงมีอยู่และรุมเร้าชีวิตของผู้หญิงส่วนมาก การถกเถียงในประเด็นช่องว่างระหว่างเพศในทางการเมือง กำแพงกีดกั้นที่มีอยู่จริง (glass ceiling) และอีกหลายปรากฏการณ์ ทำให้มีการให้ความสำคัญกับประเด็นความแตกต่างระหว่างชายและหญิงในรูปแบบต่างๆ แต่การยอมรับไม่ได้หมายความว่าความแตกต่างนี้เป็นสิ่งที่มีอยู่อย่างถาวรหรือไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ นักสิทธิสตรีกลุ่มนี้ทำหน้าที่ค้นหาที่มาของความแตกต่างระหว่างเพศจากทัศนคติทางวัฒนธรรม อุดมการณ์ กระบวนการหล่อหลอมทางสังคม หรือจากโครงสร้างต่างๆ ในระดับสถาบัน ผลงานที่สำคัญประการหนึ่งก็คือการปรับเปลี่ยนแนวความคิดเรื่อง “ความเสมอภาค” ให้หมายถึงสิ่งที่เป็นมากกว่าการปฏิบัติในแบบเดียวกันทั้งชายและหญิง นักสิทธิสตรีได้ตั้งคำถามว่าถ้าชายและหญิงไม่ได้ตั้งต้นจากจุดเดียวกัน การปฏิบัติกับแต่ละกลุ่มในลักษณะเดียวกันก็อาจไม่ก่อให้เกิดความเสมอภาคอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งหมายความว่าหากต้องการความเสมอภาคก็จำเป็นที่ผู้หญิงซึ่งมีชีวิตต่างจากผู้ชายต้องได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่ต่างกัน เพราะฉะนั้นแทนที่จะให้ผู้หญิงต้องปฏิบัติตัวให้เหมือนกับผู้ชายเพื่อให้ได้มาซึ่งความเสมอภาคก็ควรมีการเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานต่างๆ มากกว่า การตั้งคำถามถึงบรรทัดฐานของชายที่มีอยู่ในกฎหมายและสังคมทำให้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายบนพื้นฐานความต้องการของผู้หญิงซึ่งมีแตกต่างออกไป

---

[๕] *ผู้ที่เชื่อในการปรับตัวเข้าหากันของกลุ่มต่างๆ ที่มีลักษณะแตกต่างกันในสังคม*

หลักความเสมอภาคอาจใช้สำหรับจัดการกับความขัดแย้งกรณีที่ชายและหญิงต่างมีคุณสมบัติร่วมกัน แต่ในประเด็นที่มีเรื่องของความแตกต่างในร่างกายเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น การตั้งครรภ์ หลักความเสมอภาคแบบเดิม (การปฏิบัติต่อชายและหญิงในแบบเดียวกัน) ก็ถูกสั่นคลอน จึงจำเป็นต้องมีการเสนอแนวความคิดเพื่อต่อต้านการเลือกปฏิบัติกับลูกจ้างหญิงตั้งครรภ์ และได้เป็นประเด็นสำคัญที่ทำให้เกิดการพิจารณาทางทฤษฎีในแง่มุมที่กว้างขึ้น การให้ความสำคัญกับความแตกต่างได้ทำให้มีการเปิดประเด็นอื่นๆ เช่น การตั้งครรภ์กับความรุนแรงทางเพศ การคุกคามทางเพศ ความรุนแรงในครอบครัวและสื่อลามก เป็นต้น หัวข้อเหล่านี้ไม่ได้รับความสนใจและการศึกษาวิเคราะห์จากนักสิทธิสตรีแนวเสรีนิยมผู้ซึ่งให้ความสำคัญกับความเท่าเทียมในการเข้าถึงพื้นที่สาธารณะมากกว่า

ถึงแม้ว่าความแตกต่างระหว่างชายกับหญิงจะเป็นประเด็นหลักในการพิจารณา แต่ก็มีการให้ความสำคัญกับความแตกต่างในหลายด้าน บางคนให้ความสำคัญกับอำนาจที่มีความแตกต่างระหว่างชายกับหญิง รวมถึงการวิเคราะห์ถึงสาเหตุที่ทำให้ชายสามารถมีอิทธิพลครอบงำหญิงได้ นักทฤษฎีเรื่องการครอบงำ (dominance) ได้วิพากษ์วิจารณ์สตรีนิยมแนวเสรีนิยมด้วยการชี้ให้เห็นว่าแนวความคิดที่ได้รับการยอมรับกัน เช่น สิทธิของปัจเจกบุคคล ความเป็นส่วนตัว ความเป็นกลาง ซึ่งควรจะช่วยเพิ่มอำนาจให้กับผู้หญิงมากขึ้น แต่กลับทำให้สถานภาพที่ด้อยกว่าของหญิงมีความชอบธรรม

แนวคิดสตรีนิยมแนววัฒนธรรม (Cultural Feminism) ให้การยอมรับและสนับสนุนประเด็นความแตกต่างระหว่างชายกับหญิงอย่างชัดเจน โดยเริ่มต้นจากการอธิบายวิธีที่ผู้หญิงมักใช้ในการแก้ไขปัญหา การให้คำอธิบาย ท่าทีในการมองโลกและการสร้างตัวตนของตนเอง นักสิทธิสตรีได้พยายามทำให้ “เสียง” ที่แตกต่างของผู้หญิง ซึ่งเป็นเสียงที่แสดงออกมาจากความห่วงใยในความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ รวมทั้งการให้คุณค่าในเรื่องของการดูแล การเลี้ยงดู ความเอาใจใส่ ความเห็นใจ จะสามารถสื่อออกมาเป็นกฎหมายให้มากกว่าเดิมได้อย่างไร สตรีนิยมแนววัฒนธรรมพยายามที่จะหาแนวทางต่างๆ มาสนับสนุนกิจกรรมและบทบาทของการเป็นแม่ ขณะที่สตรีนิยมแนวเสรีนิยมไม่ได้เน้นบทบาทดังกล่าว

งานของแคโรล กัลลิแกน (Carole Galligan) เป็นตัวอย่างหนึ่งในงานของสตรีนิยมแนววัฒนธรรม กัลลิแกนได้ศึกษาถึงปฏิกิริยาเพื่อแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างในการใช้เหตุผลของเด็กชายและเด็กหญิง ๒ คน ด้วยการตั้งคำถามว่าหากชายผู้หนึ่งต้องการยาเพื่อนำมารักษาภรรยาของตนแต่เขาไม่มีเงินเพียงพอที่จะซื้อ ชายคนนี้ควรจะขโมยยาหรือไม่ เด็กชายเห็นว่าชีวิตมีค่ามากกว่าทรัพย์สิน ดังนั้นจึงควรขโมยยาโดยไม่ต้องเกรงว่าจะเป็นความผิดทางอาญา และหากถูกจับได้ศาลก็ควรลดโทษให้ สำหรับเด็กหญิงให้คำตอบว่าควรดูว่ามีทางเลือกอื่นอีกหรือไม่ เช่น หายืมเงินมาซื้อยา และหลังจากนั้นจึงพิจารณาผลกระทบระหว่างชายผู้นี้กับภรรยา ถ้าเขาไม่ขโมยยา ภรรยาของเขาอาจจะตาย แต่ถ้าเขาขโมยยาและถูกจับ ภรรยาของเขาก็อาจป่วยรุนแรงขึ้น ถ้าชายกับคนขายยาได้คุยกันก็อาจพบทางออกบางอย่างนอกเหนือจากการขโมย[๖] กัลลิแกนอธิบายว่าคำตอบของทั้งสองคนคือสองเสียงที่มีความแตกต่างกัน สำหรับเด็กชายได้แยกปัญหาทางจริยธรรมออกจากความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล จากนั้นจึงพิจารณาปัญหาตามลำดับของความสัมพันธ์ (ชีวิตมีค่ามากกว่าทรัพย์สิน) ส่วนคำตอบของเด็กหญิงให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลมากกว่า และพยายามหาทางออกให้ทุกฝ่ายได้รับความเสียหายน้อยที่สุด

---

[๖] *Galligan, Carole, In a Different Voice: Psychological Theory and Women’s Development (Cambridge, Massachusetts: Harvard University, ๑๙๘๒)*

งานวิจัยของกัลลิแกนต้องการแสดงให้เห็นว่าความคิดเห็นของผู้หญิงมีลักษณะของคำอธิบายและการให้เหตุผลที่แตกต่างไปจากชาย การให้ความสำคัญกับความคิดที่แตกต่าง (ซึ่งเป็นรูปแบบความคิดที่ถูกเชื่อมโยงให้สัมพันธ์กับความเป็นผู้หญิงอย่างแนบแน่น) ทำให้งานวิจัยนี้เป็นตัวอย่างหนึ่งของสตรีนิยมแนววัฒนธรรม แนวความคิดนี้ยกย่องลักษณะที่โดดเด่นของผู้หญิงในเรื่องต่างๆ ความสามารถในการดูแลความเข้าใจผู้อื่น การรักษาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ด้วยทัศนคติที่มองความเป็นหญิงในด้านบวกจึงมิใช่เพียงเรื่องความแตกต่างระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น หากควรจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงเกณฑ์แห่งจริยธรรมด้วยการนำเอาวิธีคิดในแบบของชายและหญิงมารวมกัน

แม้จะมีความแตกต่างกันระหว่างชายกับหญิง แต่ความเชื่อว่าพฤติกรรมทางเพศเป็นเรื่องของเหตุผลทางชีววิทยาก็ถูกโต้แย้งอย่างกว้างขวาง แคทธารีน แมคคินนอน (Catharine Mackinnon) อธิบายว่าพฤติกรรมทางเพศเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นโดยกระบวนการทางสังคม จากการปฏิบัติและยึดเป็นธรรมเนียม ดังคำกล่าวอันโด่งดังของ ซีโมน เดอ โบวัวร์ (Simone de Beauvoir) ที่กล่าวว่าเราไม่ได้เกิดมาเป็นหญิงแต่ถูกทำให้เป็น (one is not born, one rather become a woman) พฤติกรรมทางเพศของผู้หญิงที่ปรากฏขึ้นไม่ใช่การแสดงออกตามความต้องการทางเพศของหญิง หากเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นภายใต้อิทธิพลครอบงำของเพศชาย ความแตกต่างระหว่างเพศก็ถูกมองว่าเป็นตัวอย่างหนึ่งของการครอบงำ

แมคคินนอน ได้ใช้ทฤษฎีว่าด้วยการครอบงำ (Dominance Theory) ในการวิเคราะห์การคุกคามทางเพศในสถานที่ทำงาน[๗] ก่อนกลางทศวรรษ ๑๙๗๐ ยังไม่มีคำอธิบายปรากฏการณ์เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในช่วงระยะเวลาดังกล่าว พฤติกรรมการคุกคามทางเพศจะถูกมองว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีความเสียหายและเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้จากการที่มีชายและหญิงทำงานร่วมกันในสถานที่เดียวกัน แมคคินนอนชี้ว่าลูกจ้างโดยเฉพาะลูกจ้างที่ทำงานในสายงานผู้หญิง (pink-collar) ตกอยู่ในสภาพที่มีโอกาสสูงต่อการถูกคุกคามทางเพศเพราะส่วนมากแล้วงานในหน้าที่ของผู้หญิงเป็นงานที่มีลักษณะของการเอาใจผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นชาย เป็นงานที่ต้องทำตัวให้เป็นที่น่าสนใจและเสนอภาพลักษณ์ที่ส่อไปในทางเพศ จึงไม่เป็นที่น่าแปลกใจว่าหัวหน้างานหรือเพื่อนร่วมงานชายที่ทำงานในสภาพแวดล้อมเช่นนี้ จะแสดงพฤติกรรมการคุกคามทางเพศในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าการพูดจาแทะโลม การขอมีเพศสัมพันธ์ การแสดงออกทางร่างกายที่คุกคามต่อหญิง พฤติกรรมการคุกคามทางเพศเป็นกลไกสำคัญที่ทำให้สถานภาพต่ำต้อยของผู้หญิงยังดำเนินอยู่ต่อไป

---

[๗] *Catharine A. MacKinnon, Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination ๒๕๐ n ๑๓ (๑๙๗๙)*

เมื่อนำเอาแนวความคิดว่าด้วยพฤติกรรมทางเพศและการครอบงำไปประยุกต์ใช้กับกฎหมายเรื่องการข่มขืน แนวความคิดเรื่องการยินยอม (consent) ได้ถูกวิเคราะห์ว่าเป็นวิธีที่กฎหมายใช้เพื่อทำให้การครอบงำโดยเพศชายกลายเป็นสถาบัน คำว่ายินยอมเป็นคำที่มีหน้าที่สำคัญมาก เพราะจะถูกใช้เพื่อแยกแยะการมีเพศสัมพันธ์อย่างถูกกฎหมาย (ด้วยความสมัครใจ) กับการมีเพศสัมพันธ์ที่ผิดกฎหมาย (การข่มขืน) ความหมายดั้งเดิมของการยินยอมหมายถึงการมีเพศสัมพันธ์ด้วยการสมยอมซึ่งจะพิจารณาจากการที่หญิงไม่ได้แสดงออกทางร่างกายให้เห็นถึงการขัดขืนอย่างชัดเจน ดังนั้น การยินยอมจึงอาจรวมไปถึงกรณีที่ผู้หญิงตกอยู่ในความหวาดกลัวเกินกว่าจะต่อสู้ขัดขืนได้ หรือด้วยเหตุผลอื่นใดก็ตามที่ทำให้ฝ่ายหญิงไม่สามารถแสดงอาการต่อสู้ขัดขืน คำอธิบายเรื่องความยินยอมจึงเป็นการคุ้มครองผู้ชายจากพฤติกรรมที่จัดว่าเป็นการข่มขืน การยึดหลักว่า “การไม่แสดงอาการต่อสู้ขัดขืน” เท่ากับ “ความยินยอม” ทำให้ผู้หญิงตกอยู่ในสภาพที่ต้องรับภาระและต้องยอมรับต่อการข่มขืนในความหมายที่ไม่อาจครอบคลุมถึงการกระทำที่เกิดขึ้นกับตนเอง ดังนั้น แทนที่กฎหมายจะมุ่งกำหนดความผิดกับการใช้กำลังบังคับในการมีเพศสัมพันธ์ กฎหมายควรกำหนด “การใช้กำลังในระดับที่ยอมรับได้” ซึ่งเป็นการกำหนดขอบเขตที่พิจารณาได้ว่าอยู่ในระดับที่รุนแรงกว่าพฤติกรรมทางเพศของชายตามปกติรวมถึงเกินระดับของการใช้กำลังตามปกติ เพื่อมาทดแทนหลักการยินยอมซึ่งได้รับการยอมรับกันอันเป็นหลักการที่มีลักษณะเอนเอียงเข้าข้างเพศชาย

๒.๓ แนวคิดที่สนับสนุนความหลากหลาย (Diversity)

จากแนวความคิดที่ให้ความสนใจการเปรียบเทียบระหว่างผู้ชายกับผู้หญิง และการวิพากษ์วิจารณ์ต่อมาตรฐานแบบชายที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมาย รวมทั้งในสถาบันทางสังคมต่างๆ ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อแสดงให้เห็นว่าผู้หญิงมีชีวิตและความต้องการที่แตกต่างจากผู้ชายอย่างไร และความพยายามที่จะสร้างมาตรฐานอื่นๆ ที่สามารถครอบคลุมประเด็นหรือความปรารถนาของหญิงได้มากกว่าการให้ความสำคัญระหว่างผู้ชายกับผู้หญิงเป็นผลให้ไม่มีการทำความเข้าใจในประเด็นความแตกต่างระหว่างผู้หญิงด้วยกันเอง ในทศวรรษ ๑๙๙๐ นักสิทธิสตรีหลายคนได้ศึกษาค้นคว้า โดยให้ความสำคัญกับความแตกต่างระหว่างผู้หญิง อันเป็นการแก้ไขแนวคิดแบบที่เหมารวมผู้หญิงเป็นแบบเดียวกันหมด ซึ่งมีความสำคัญทั้งในทางทฤษฎีและสังคม

แรงผลักดันของแนวความคิดสตรีนิยมว่าด้วยความหลากหลายเป็นผลมาจากการเคลื่อนไหวและวิพากษ์วิจารณ์เพื่อสิทธิสตรี ที่มีแนวความคิดต่างกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งการวิจารณ์การเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องสิทธิที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นการประชุม การจัดตั้งศูนย์หรือโครงการต่างๆ ล้วนแต่อยู่ภายใต้การควบคุมของผู้หญิงผิวขาว โดยผู้หญิงผิวขาวเหล่านี้จะยกประเด็นที่มีความสำคัญกับหญิงผิวขาวขึ้นมาเป็นวาระสำคัญก่อน ดังการหยิบยกเรื่องสิทธิในการทำแท้งขึ้นมาเป็นประเด็น และองค์กรต่างๆ ด้านสิทธิสตรีก็มักถูกยึดพื้นที่ไว้โดยผู้หญิงผิวขาว รวมทั้งการสร้างเครือข่ายระหว่างผู้หญิงผิวขาวด้วยกันเอง การตั้งคำถามไม่เพียงเฉพาะอำนาจของผู้ชายผิวขาว แต่ยังรวมถึงแนวทางการเรียกร้องสิทธิสตรี ที่กำหนดโดยเหล่าผู้หญิงผิวขาว เปิดทางให้กับผู้หญิงกลุ่มต่างๆ ได้มีโอกาสพูดถึงปัญหาของตนเองและตั้งคำถามว่าเหตุใดแนวคิดสตรีนิยมจึงไม่สามารถตอบสนองต่อความต้องการของตนได้ โดยมีเป้าหมายเพื่อให้เกิดแนวคิดที่สามารถครอบคลุมถึงทุกชีวิตที่เป็นผู้หญิง เฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มสตรีนิยมแบบรักร่วมเพศ (Lesbian feminists) ซึ่งให้ความสำคัญกับประเด็นสถานะตามกฎหมายของผู้หญิงที่ใช้ชีวิตเป็นคู่ครองกันเรื่องของการผสมเทียมของผู้ที่ไม่ได้ทำการสมรสกันและปัญหาอื่นในทำนองนี้ ขณะที่องค์กรสตรีมักจะมองว่าเป็นปัญหาของพวกเลสเบี้ยนมากกว่าเป็นปัญหาของหญิงที่มีรักต่างเพศ

แนวความคิดของสตรีนิยมที่ให้ความสนใจกับความหลากหลายนั้น มักมีผลกระทบอย่างสำคัญกับแนวคิดที่ถูกเรียกว่าสารัตถะนิยมทางเพศ(Gender essentialism) อันมีความหมายถึงแนวคิดที่มีสมมุติฐานว่าผู้หญิงทุกคนมีลักษณะและประสบการณ์พื้นฐานบางอย่างร่วมกัน อันเป็นลักษณะที่ขึ้นอยู่กับความเป็นเพศหญิงและสิ่งที่ไม่ได้สัมพันธ์กับชนชั้นเชื้อชาติหรือลักษณะเฉพาะของบุคคล การมองผู้หญิงในลักษณะของภาพเหมารวมเช่นนี้ ได้ถูกโต้แย้งว่าอาจทำให้การวิเคราะห์ความเป็นรองของหญิงผิดพลาดไป เพราะอาจเป็นการนำเอาสถานการณ์ของผู้หญิงเพียงบางกลุ่มมาพิจารณาเท่านั้น ตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าการวิเคราะห์ตามกรอบแนวคิดแบบสารัตถะนิยมทางเพศอาจมีความผิดพลาดได้ คิมเบอร์ลีย์ เครนชอว์ (Kimberle Crenshaw) ได้ตั้งข้อสังเกตว่านักสิทธิสตรีมักไม่ตระหนักรู้ว่าภาพลักษณ์ของผู้หญิงไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการเป็นเพศที่ถูกกระทำหรือต้องพึ่งพาผู้อื่น การเป็นเพศที่มีความเปราะบาง ลักษณะเหล่านี้โดยทั่วไปเป็นลักษณะของหญิงผิวขาว[๔] เมื่อเป็นเช่นนั้น เมื่อนักสิทธิสตรีแนวเสรีนิยมระบุว่าโลกที่แตกต่างกันเป็นลักษณะพื้นฐานที่ทำให้ผู้หญิงเสียเปรียบ เห็นได้ชัดว่าผู้หญิงในนิยามของนักสิทธิสตรีเหล่านี้ไม่ได้รวมถึงหญิงผิวดำไว้ด้วย การวิพากษ์วิจารณ์สิทธิสตรีได้เรียกร้องให้มีการทบทวนสมมติฐานต่างๆ ในเรื่องที่เกี่ยวกับพฤติกรรม ประสบการณ์ ความสนใจและความต้องการของหญิง เมื่อพิจารณาว่าความเชื่อเหล่านั้นมีความลำเอียงหรือเอนเอียงไปทางผู้หญิงบางกลุ่มเท่านั้นหรือไม่

นักวิชาการสิทธิสตรีผิวดำได้วิเคราะห์งานเขียนในแบบฉบับของสตรีนิยมหลายสำนักที่มุ่งให้ความสำคัญกับผู้หญิงผิวขาวโดยละเลยถึงปัจจัยด้านอื่นๆ ดังการวิจารณ์แนวคิดของแมคคินนอนที่ทำการศึกษาเรื่องข่มขืนว่า ประเมินความสำคัญของการเหยียดผิวต่ำเกินไป ทำให้ตั้งสมมติฐานผิดพลาดว่าปัญหาการถูกข่มขืนของผู้หญิงผิวดำมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับที่เกิดกับผู้หญิงผิวขาว ทั้งที่บุคคลที่มีพฤติกรรมเป็นต้นแบบของผู้ที่ข่มขืนผู้หญิงมักจะเป็นบุคคลที่เป็นเจ้านายหรือนายจ้างผู้ซึ่งสามารถที่จะใช้อิทธิพลที่เหนือกว่าเอาเปรียบผู้ที่เป็นทาสหรือคนรับใช้ในบ้านที่มีฐานะทางเศรษฐกิจด้อยกว่า นอกจากนี้การที่ผู้ชายผิวดำมักถูกกล่าวหาให้ต้องตกเป็นเหยื่อในคดีข่มขืนผู้หญิงผิวขาว กฎหมายเรื่องข่มขืนจึงเป็นกลไกหนึ่งที่ผู้ชายผิวขาวใช้เป็นเครื่องมือเพื่อรักษาอำนาจในการควบคุมเหนือร่างกายของคนผิวดำทั้งหมด การวิเคราะห์เรื่องการข่มขืนที่ไม่ให้ความสนใจกับปัจจัยด้านเชื้อชาติหรือผิวสีจึงอาจทำให้การวิเคราะห์ปัญหาเรื่องการข่มขืนบิดเบือนไปจากความเป็นจริง ทำให้ประสบการณ์ของหญิงผิวขาวคือความจริงสากลที่ครอบคลุมไปถึงคนทุกกลุ่ม

นอกจากการวิจารณ์แนวคิดสิทธิสตรีที่ไม่ได้ให้ความสนใจต่อเสียงและมุมมองของกลุ่มผู้หญิงที่ด้อยโอกาสแล้ว การต่อต้านแนวคิดสารัตถะนิยมทางเพศได้พยายามสร้างแนวคิดเกี่ยวกับการกดขี่เชิงซ้อน (Multiple Oppressions) ซึ่งมุ่งทำความเข้าใจกับสถานภาพของผู้หญิงที่ไม่ได้จำกัดเฉพาะปัจจัยด้านเพศสภาพหรือปัจจัยใดเพียงปัจจัยหนึ่งเท่านั้น หากต้องตระหนักถึงความซับซ้อนของปัญหาที่เกิดขึ้นกับผู้หญิงที่มีลักษณะเฉพาะและแตกต่างกันออกไป ในแง่นี้จึงเป็นการโต้แย้งในความคิดเรื่องความเป็นภววิสัย (Objectivity) ซึ่งเชื่อในความจริงหนึ่งเดียวที่เป็นสากล แต่เป็นการเปิดให้เห็นมุมมองที่มีลักษณะเฉพาะมากขึ้น

---

[๔] *Martha Chamallas, Op. cit., p. ๙๙.*

การยอมรับมุมมองของผู้หญิงเป็นสิ่งสอดคล้องกับแนวคิดที่อธิบายว่าผู้ชายและผู้หญิงมักจะใช้มาตรฐานที่แตกต่างกันในการตัดสินพฤติกรรมต่างๆ ดังในกรณีเรื่องของการคุกคามทางเพศที่โดยทั่วไปผู้หญิงจะให้คำนิยามกว้างกว่าผู้ชาย เหตุที่ผู้ชายและผู้หญิงมีปฏิกิริยาต่อการคุกคามทางเพศแตกต่างกันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงผลประโยชน์ส่วนตัวของแต่ละกลุ่ม สำหรับผู้ชายแล้ว การคุกคามทางเพศเป็นปัญหาที่เล็กกว่าที่ผู้หญิงมอง เพราะผู้ทำการละเมิดส่วนมากเป็นผู้ชาย หากมองทางด้านผู้หญิง การคุกคามทางเพศเป็นเรื่องที่ใหญ่ เพราะผู้หญิงคือฝ่ายที่ตกเป็นเหยื่อ ซึ่งต้องเผชิญกับการคุกคามทางเพศ ดังนั้น “ความจริง” ของสถานการณ์อาจมีความแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับเพศสภาพของผู้ที่มีส่วนร่วมในปัญหา ปรากฏการณ์เช่นนี้ช่วยอธิบายให้เห็นถึงเหตุการณ์ที่ผู้ชายถูกกล่าวหาว่าคุกคามทางเพศ เขาก็มักจะยืนยันว่าสิ่งที่ตนเองทำไปนั้นไม่มีอันตราย และไม่เข้าใจว่าทำไมผู้หญิงถึงต้องไม่พอใจกับการกระทำนั้นอย่างรุนแรง

อย่างไรก็ตาม แม้จะเปิดรับต่อมุมมองของผู้หญิง แต่การใช้เหตุผลในแบบของผู้หญิงก็อาจต้องตกอยู่ภายใต้กรอบคิดของสารัตถะนิยมทางเพศได้เช่นกัน หากผู้พิพากษาหรือลูกขุนยึดเอามุมมองของผู้หญิงเป็นเนื้อหาที่มีลักษณะตายตัว ซึ่งกลายเป็นการสร้างกรอบความเชื่อเกี่ยวกับผู้หญิงในแบบมาตรฐาน การพยายามค้นหามุมมองในเหตุผลแบบผู้หญิงก็จะกลายเป็นสิ่งที่ไร้ประโยชน์ไปได้ เพราะมุมมองนั้นอาจมาจากกลุ่มผู้หญิงที่มีอิทธิพลเหนือกว่ากลุ่มอื่น เช่น ผู้หญิงผิวขาว ผู้หญิงที่มีฐานะดี เป็นต้น

แนวคิดที่ต่อต้านสารัตถะนิยมทางเพศและการพิจารณาประเด็นปัญหาต่างๆ ด้วยปัจจัยที่หลากหลาย เป็นส่วนหนึ่งของกระแสความคิดทางวิชาการที่เรียกว่าแนวคิดหลังสมัยใหม่ (Postmodernism) ด้วยหลักการที่มีความหลากหลาย การวิเคราะห์ตามแบบแนวคิดนี้ไม่ใช่เป็นเพียงการตั้งคำถามของการมีอยู่ของความจริงที่เป็นสากลเท่านั้น แต่ยังได้สร้างคำอธิบายในการทำความเข้าใจเรื่อง self/subject ซึ่งตามแนวความคิดแบบเสรีนิยมจะถูกนำมาใช้เพื่ออธิบายถึงบุคคลที่มีเหตุผล อิสระ มีเสรีภาพในการตัดสินใจและคำนึงถึงผลประโยชน์ของตนเองเป็นหลัก ในทางตรงกันข้าม แนวความคิดหลังสมัยใหม่เห็นว่า self ไม่อาจแยกออกจากกลุ่มสังคม กลุ่มวัฒนธรรม กลุ่มในอุดมคติ ปัจเจกบุคคลหรือองค์ประกอบของกฎหมาย (Legal subject) จึงเป็นสิ่งที่ประกอบขึ้นจากปัจจัยต่างๆ ที่มีความหลากหลาย ทั้งความเชื่อ กลุ่ม สถาบันต่างๆ โดยผ่านกระบวนการที่แตกต่างกันออกไป ทั้งในลักษณะของการทับซ้อน ลักษณะร่วมและความขัดแย้ง[๙]

---

[๙] *Katharine T. Bartlett, Gender Law ๑ Duke Journal of Gender Law & Policy ๑, ๑๔ (๑๙๙๔)*

การทำความเข้าใจเกี่ยวกับ self ตามแนวคิดหลังสมัยใหม่จึงเป็นสิ่งที่มีความซับซ้อนและได้เป็นแนวทางไปสู่การทบทวนประเด็นการตกเป็นรองของผู้หญิง โดยเฉพาะแนวความคิดที่วาดภาพให้ผู้หญิงตกเป็นเหยื่อภายใต้โครงสร้างของอิทธิพลแบบชาย ตัวตนของความเป็นผู้หญิงจะมีแต่ความหวาดกลัว และไม่สามารถกระทำการใดใดเมื่อต้องเผชิญกับอำนาจของผู้ชาย ดังนั้น ตัวตนของผู้หญิงที่ถูกวาดภาพออกมาในลักษณะเช่นนั้น จึงขาดสิ่งที่เรียกว่าผู้กระทำการ (Agency)[๑๐] ภาพของผู้หญิงที่ทำให้กลายเป็นเหยื่อเป็นวิธีคิดแบบขั้วตรงข้าม (Dichotomous thinking) ระหว่างผู้กระทำกับเหยื่อ ด้วยการกำหนดว่าผู้กระทำการคือผู้มีอำนาจเต็มที่ ในขณะที่เหยื่อไม่มีพลังหรือไม่ก็สูญเสียไปอย่างสิ้นเชิง การกำหนดให้ผู้หญิงเป็นเหยื่อที่ถูกกระทำมีผลติดตามมาอย่างน้อย ๒ ประการ[๑๑] ประการแรก คือ การสร้างภาพให้ผู้หญิงเป็นเหยื่อที่น่าสงสารไม่ได้ช่วยสะท้อนให้เห็นถึงประสบการณ์ของผู้หญิงส่วนมาก เพราะเมื่อผู้หญิงต้องเผชิญกับการทำร้าย การคุกคามหรือความรุนแรง ก็ไม่ได้ปล่อยให้ตัวเองถูกกระทำอยู่ตลอดเวลา แต่มีวิธีในการต่อต้าน หลีกเลี่ยง หรือทำให้ตนเองได้รับความเสียหายน้อยลง ประการที่สอง ภาพลักษณ์ของเหยื่อความรุนแรงทางเพศในลักษณะที่แบนราบอาจทำให้ผู้หญิงที่ไม่ได้ปฏิบัติตัวไปตามภาพลักษณ์เช่นนี้ ถูกมองว่าไม่ได้เป็นผู้ที่ได้รับความเสียหาย หรือไม่ได้เป็นเหยื่อที่แท้จริง จึงทำให้ทนายความต้องเลือกระหว่างภาพของเหยื่อที่อาจบิดเบือนไปจากความเป็นจริงเพื่อหวังที่จะชนะคดีในศาล หรือยอมเสี่ยงที่จะแพ้คดีด้วยการเสนอภาพที่เป็นจริง ซึ่งลูกความได้กระทำเพื่อตอบโต้กับการถูกกระทำ

ได้มีความพยายามที่จะแก้ไขประเด็นการแบ่งแยกระหว่างผู้กระทำการกับเหยื่อ ด้วยการใช้วิธีคิดในรูปแบบที่ไม่ใช่การแบ่งแยกแบบสองขั้ว แต่เรียกร้องให้มีการยอมรับการเป็นผู้กระทำการบางส่วน (Partial Agency) ที่มีอยู่ในตัวตนของผู้หญิง อันเป็นการสร้างตัวตนซึ่งไม่ได้มีความเป็นอิสระ ในแบบเดียวกับปัจเจกบุคคลตามแนวคิดเสรีนิยม แต่ก็ไม่เป็นบุคคลที่ถูกตรึงไว้กับภาพลักษณ์ของเหยื่อที่ไม่อาจกระทำการใดๆ ได้ การไม่ยอมรับวิธีการแบ่งขั้วแบบผู้กระทำ/เหยื่อ ทำให้ต้องทำการวิเคราะห์ถึงวิธีที่ผู้หญิงนำมาใช้ในการตัดสินใจเลือกอย่างมีข้อจำกัดภายใต้สภาพที่ถูกบีบคั้น โดยต้องเข้าใจว่าทางเลือกนั้นมีอยู่จริงแต่ไม่ได้มีความเป็นอิสระและต้องพร้อมเรียนรู้ที่จะยอมรับสิ่งที่เป็นความขัดแย้ง ความไม่ชัดเจนและความลังเลในชีวิตของผู้หญิง ดังการต่อสู้ในคดีที่ผู้หญิงตกเป็นผู้ต้องหาในคดีฆ่าผู้อื่นอันเนื่องมาจากตนเองได้ถูกทำร้าย กลุ่มนักเคลื่อนไหวที่เป็นตัวแทนได้พยายาม ต่อสู้เพื่อให้ศาลและคณะลูกขุนเชื่อว่าผู้หญิงได้รับอันตรายอย่างรุนแรง แต่ก็ปฏิเสธที่จะแสดงให้เห็นว่าหญิงนั้นเป็นบุคคลที่มีลักษณะวิกลจริต ขาดเหตุผลหรือไร้ความสามารถ[๑๒] อย่างไรก็ตามเป็นสิ่งที่มีความยากลำบากเนื่องจากศาลและทนายมีแนวโน้มจะตีความข้อพิสูจน์ถึงความหมายของผู้หญิงไปในแบบที่ทำให้ผู้หญิงใช้ความสามารถและตกเป็นฝ่ายถูกกระทำเมื่อต้องเผชิญกับความรุนแรงของผู้ชาย ซึ่งความเข้าใจในลักษณะเช่นนี้จะไม่เป็นผลดีต่อการเรียกร้องสิทธิการป้องกันตนเอง และส่งผลในทางลบต่อกรณีที่ผู้หญิงต้องต่อสู้คดีเพื่อขอสิทธิในการดูแลบุตรหากเป็นความรุนแรงที่เกิดขึ้นเป็นข้อพิพาทระหว่างสามี ภรรยา เนื่องจากภาพลักษณ์ของเหยื่อที่ถูกมองว่าอ่อนแอเป็นอุปสรรคต่อการทำหน้าที่เป็นมารดา

---

[๑๐] *หมายความถึงบุคคลที่มีความสามารถในการกำหนดชีวิตของตนเองด้วยการเลือกและกระทำในฐานะของปัจเจกบุคคล ผู้หญิงที่ตกเป็นเหยื่อของการข่มขืน การคุกคามทางเพศและความรุนแรงในครอบครัว มักถูกวาดภาพตามกรอบที่สร้างขึ้นใหม่ให้มีสภาพของการตกเป็นเหยื่อซึ่งถูกครอบงำโดยอิทธิพลของชายอย่างสิ้นเชิง อันเป็นสิ่งที่ขัดแย้งกับความคิดเรื่องมนุษย์ที่มีอิสระและเสรีภาพ*

[๑๑] *Martha Chamallas, Op. cit., p.๑๐๓.*

[๑๒] *Ibid., pp. ๑๐๕-๑๐๖.*

หรือในคดีการคุกคามทางเพศก็เป็นตัวอย่างหนึ่งที่สะท้อนถึงปัญหาของการแบ่งสองขั้วแบบเป็นผู้กระทำการ/การตกเป็นเหยื่อ เนื่องจากผู้หญิงต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นมีลักษณะคุกคาม แต่จำเลยซึ่งเป็นนายจ้างมักโต้แย้งว่าการคุกคามนั้นยังไม่มีความรุนแรงเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่หญิงยังคงทำงานอยู่โดยไม่ได้ลาออก ซึ่งทำให้การกระทำในลักษณะนี้จะไม่ได้อยู่ในลักษณะของการตกเป็นเหยื่อและมีโอกาสสูงที่จะแพ้คดี เนื่องจากผู้หญิงไม่ได้มีภาพลักษณ์ของผู้หญิงที่ตกเป็นเหยื่อ ทนายความหรือนักสิทธิสตรีในคดีการคุกคามทางเพศต้องเผชิญกับความยากลำบากเช่นเดียวกับคดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงภายในครอบครัว ที่ต้องต่อสู้กับวิธีแบ่งแยกขั้นตรงข้าม เพื่อชี้ให้เห็นว่าพฤติกรรมในการรับมือกับปัญหาการคุกคามทางเพศของหญิงอาจแสดงออกได้ในหลายรูปแบบที่ไม่ได้ตกอยู่ในลักษณะของเหยื่ออย่างสิ้นเชิง เช่น การหลีกเลี่ยงผู้คุกคาม การลดความรุนแรงด้วยการทำให้เป็นเรื่องตลก การร้องเรียน ซึ่งหากเราทำให้เป็นที่ยอมรับกันในกระบวนการยุติธรรมก็จะทำให้ผู้หญิงกลุ่มต่างๆ ซึ่งมีความหลากหลายได้รับการคุ้มครองมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นผู้หญิงที่มีความแตกต่างทางด้านภูมิหลัง วัฒนธรรม ลักษณะนิสัย

๒.๔ มองกฎหมายในมุมสตรีนิยม

นิติศาสตร์แนวสตรีนิยมได้เปิดมุมมองต่อการทำความเข้าใจกฎหมายผ่านมุมมองของหญิง ด้วยการชี้ให้เห็นถึงความเป็นใหญ่ของชายที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย โดยหญิงตกอยู่ในสถานะที่เป็นรอง ซึ่งมุมมองในลักษณะนี้มักถูกละเลยไปในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมาย คำอธิบายของนิติศาสตร์แนวสตรีนิยมมีบทบาทอย่างสำคัญในการตั้งคำถามต่อ “ความจริง” ที่ดำรงอยู่ในระบบกฎหมายบนพื้นฐานความเชื่อว่ากฎหมายมีความเป็นกลาง ไม่ได้มุ่งที่ประโยชน์ของเพศใดเพศหนึ่งเท่านั้น การชี้ให้เห็นความไม่เป็นกลางของกฎหมายได้มีผลต่อการผลักดันให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในกฎหมายเพื่อมุ่งยกระดับและปกป้องสถานะของหญิง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในแนวคิดของนิติศาสตร์แนวสตรีนิยมได้ปรากฏคำอธิบายในหลายลักษณะ ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมาย ก็จะพบว่าความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นก็ตอบสนองต่อแต่ละแนวคิดในแง่มุมที่ต่างกันไป บางแนวคิดมีอิทธิพลอย่างมากต่อความเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย ขณะที่บางแนวคิดก็มีอิทธิพล ในการพิจารณาจึงจำเป็นที่จะต้องมองกฎหมายผ่านมุมมองนิติศาสตร์แนวสตรีนิยมในหลายรูปแบบเพื่อให้สามารถเข้าใจถึงระบบกฎหมายและความยุ่งยากที่เป็นปัญหาต่อหญิงอย่างรอบด้าน รวมถึงการวิเคราะห์ที่ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น หากยังรวมไปถึงผลที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้กฎหมายในคำพิพากษาด้วย

บทที่ ๓
ความเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย

กระแสความคิดทางนิติศาสตร์แบบสตรีนิยมมีผลกระทบอย่างสำคัญต่อการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมาย คำอธิบายและมุมมองของแนวความคิดนี้ได้ท้าทายต่อกรอบความเชื่อในมาตรฐานเดิมซึ่งอธิบายว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่มีความเป็นกลาง มีความเป็นธรรม มีระบบตรรกะและการให้เหตุผลที่เป็นหลักการในเชิงภววิสัย (Objective) โดยนิติศาสตร์แนวสตรีนิยมได้โต้แย้งว่าหากพิจารณาเข้าไปในระบบกฎหมายแล้วจะพบถึงลักษณะของความเอนเอียงทางเพศ ด้วยการให้ความสำคัญกับอุดมการณ์ของเพศชายเป็นหลัก ขณะที่สถานะของเพศหญิงก็จะตกเป็นรองหรืออาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้ชาย

อย่างไรก็ตาม กระแสความคิดนิติศาสตร์แนวสตรีนิยมแม้จะมีความคิดพื้นฐานร่วมกันในการพิจารณาประเด็นปัญหาต่างๆ ด้วยการนำเอามุมมองของเพศสภาพเข้ามาเป็นเครื่องมือในการทำความเข้าใจ แต่ภายใต้แนวคิดนิติศาสตร์แนวสตรีนิยมก็มีการให้ความสำคัญหรือฐานในการมองที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละกลุ่ม บางกลุ่มพิจารณาสถานภาพของหญิงด้วยการเปรียบเทียบกับสิ่งที่เพศชายได้รับ บางกลุ่มให้ความสำคัญกับลักษณะบางประการของหญิงซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างไปจากชายและบางกลุ่มก็เป็นไปที่ความหลากหลายภายในกลุ่มของหญิงด้วยกันเอง ฐานการมองที่แตกต่างกันของแต่ละกลุ่มความคิดนำไปสู่ข้อเรียกร้องหรือการเปลี่ยนแปลงที่แตกต่างกัน แต่ทั้งนี้ในความเปลี่ยนที่บังเกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากกระแสความคิดทางนิติศาสตร์แบบสตรีนิยมนั้น บางแนวความคิดมีอิทธิพลต่อการเปลี่ยนแปลงอย่างมาก ขณะที่บางความคิดก็มีอิทธิพลอยู่อย่างบางเบา ซึ่งจะสามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติของกฎหมายที่สำคัญๆ ที่ได้มีบัญญัติขึ้นหรือมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพื่อตอบสนองต่อแนวคิดดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระดับกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งการเกิดขึ้นของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความพยายามในการปกป้องสิทธิสตรีเป็นภาพสะท้อนสำคัญประการหนึ่งของอิทธิพลทางความคิดนิติศาสตร์แนวสตรีนิยม

สำหรับในส่วนนี้ จะได้นำเอากฎหมายที่มีความสำคัญต่อการส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิสตรี คือ อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Woman-CEDAW) เพื่อวิเคราะห์ให้เห็นถึงแนวทางของการดำเนินการผลักดันเพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิสตรี

CEDAW เป็นอนุสัญญาที่จัดทำขึ้นโดยองค์กรสหประชาชาติและได้รับการรับรองจากที่ประชุมแห่งสหประชาชาติเมื่อวันที่ ๑๘ ธันวาคม ๒๕๒๒ และจนถึงเดือนสิงหาคม ๒๕๕๐ มีประเทศต่างๆ ให้สัตยาบัน (Ratification) หรือภาคยานุวัติ (Accession) อนุสัญญานี้แล้วรวม ๑๘๕ ประเทศ[๑] สาระสำคัญของ CEDAW มีบทบัญญัติรวม ๓๐ ข้อ เพื่อให้รัฐภาคีหรือประเทศสมาชิกใช้เป็นแนวทางในการกำหนดนโยบายและมาตรการการดำเนินงานด้านนิติบัญญัติ ตุลาการ การบริหารหรือมาตรการอื่นๆ เกี่ยวกับการขจัดการเลือกปฏิบัติทั้งมวลต่อสตรีและให้หลักประกันว่าสตรีจะต้องได้รับสิทธิประโยชน์และโอกาสต่างๆ จากรัฐบนพื้นฐานความเสมอภาคกับบุรุษ โดยข้อที่ ๑-๑๖ เป็นการระบุถึงมาตรการในการดำเนินการเพื่อขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในด้านต่างๆ ส่วนข้อที่ ๑๗-๓๐ เป็นการกำหนดขั้นตอนและกลไกในการติดตามการปฏิบัติงานตาม CEDAW

เป้าหมายสำคัญของ CEDAW คือการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิง ซึ่งคำจำกัดความของการเลือกปฏิบัติต่อสตรี (Discrimination against women) ตามอนุสัญญานี้หมายถึง **การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการจำกัดใดๆ เพราะเหตุแห่งเพศ ซึ่งเป็นผลให้หรือมีเจตนาทำให้ผู้หญิงไม่ว่าจะมีสถานภาพการสมรสแบบใด ไม่ได้รับการยอมรับ ไม่มีสิทธิ หรือไม่อาจใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม พลเมือง หรือด้านอื่นๆ เช่นเดียวกับชายได้**[๒] ภายใต้วัตถุประสงค์ดังกล่าว CEDAW ได้เรียกร้องให้รัฐภาคีใช้มาตรการที่เหมาะสมรวมทั้งการออกกฎหมายเพื่อประกันพัฒนาการและความก้าวหน้าอย่างเต็มที่ของสตรี เพื่อประกันให้สตรีได้และได้ใช้สิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยเสมอภาคกับบุรุษ

เนื้อหาของ CEDAW ที่กำหนดแนวทางสู่ความเสมอภาค ครอบคลุมสถานภาพของสตรี ๓ มิติ ประการแรก การกำหนดสิทธิพลเมืองและสถานภาพทางกฎหมายของสตรีในด้านต่างๆ ให้มีความเท่าเทียมกับผู้ชาย ประการที่สองประเด็นด้านการเจริญพันธุ์ และประการสุดท้ายผลกระทบของปัจจัยทางวัฒนธรรมต่อความสัมพันธ์ระหว่างหญิงชาย ซึ่งมีรายละเอียดในแต่ละประเด็นดังนี้

ก. สิทธิพลเมืองและสถานภาพทางกฎหมายในด้านต่างๆ

ข้อ ๖ การคุ้มครองผู้หญิงจากการค้ามนุษย์และความรุนแรงต่อสตรี และข้อเสนอแนะทั่วไปของคณะกรรมการ CEDAW ที่ ๑๙

ข้อ ๗ การใช้มาตรการเพื่อขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในด้านที่เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมทางการเมืองของสตรีที่จะได้รับความเสมอภาค เท่ากับบุรุษในสิทธิการออกเสียงเลือกตั้ง ลงประชามติ การสมัครรับเลือกตั้ง การเข้าร่วมกำหนดนโยบายของรัฐบาลและการดำเนินการตามนโยบายนั้น การเข้าปฏิบัติงานตำแหน่งราชการในทุกระดับของรัฐบาล และการมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางการเมือง

ข้อ ๘ การใช้มาตรการเพื่อประกันความเสมอภาคระหว่างหญิงกับชายในโอกาสที่จะเป็นผู้แทนของรัฐบาลในระดับระหว่างประเทศและการเข้าร่วมงานในองค์การระหว่างประเทศ

ข้อ ๙ การให้สิทธิที่เสมอภาคระหว่างหญิงกับชายในการได้มา เปลี่ยนแปลงหรือคงไว้ซึ่งสัญชาติของตน รัฐต้องรับประกันว่าการแต่งงานกับคนต่างชาติ การเปลี่ยนสัญชาติของสามีจะไม่มีผลกระทบของสัญชาติของภรรยาโดยอัตโนมัติ และต้องให้สิทธิอันเสมอภาคระหว่างหญิงกับชายในสัญชาติของบุตร

---

[๑] *www.un.org/womenwatch/dau/cedaw/states.html*

[๒] *UNIFEM CEDAW SEAP ประเทศไทย กองทุนการพัฒนาเพื่อสตรีแห่งสหประชาชาติ*

ข้อ ๑๐, ๑๑, ๑๒, ๑๓ และ ข้อ ๑๔ เป็นการยืนยันถึงการขจัดการเลือกปฏิบัติในด้านของการศึกษา การจ้างงาน การมีส่วนร่วมในกิจกรรมและสิทธิประโยชน์ต่างๆ ทางเศรษฐกิจและสังคม ต้องป้องกันการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิงด้วยเหตุอันเนื่องมาจากการแต่งงานหรือความเป็นมารดา ต้องมีการคุ้มครองลูกจ้างที่ตั้งครรภ์ลาคลอดในการทำงาน รวมทั้งผู้หญิงในชนบทจะต้องได้รับการคุ้มครองในสิทธิเหล่านี้ด้วย

ข้อ ๑๕ สร้างความเสมอภาคระหว่างหญิงกับชายในทางกฎหมาย โดยต้องให้ความเสมอภาคทางกฎหมายในทางแพ่งแก่ผู้หญิงเช่นเดียวกับที่ให้ความสามารถนั้นแก่ผู้ชาย เฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการทำสัญญา จัดการทรัพย์สิน การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมในกระบวนการทางศาล รวมถึงเสรีภาพในทางเลือกถิ่นที่อยู่และภูมิลำเนา

ข้อ ๑๖ ขจัดการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิงในเรื่องที่เกี่ยวกับการสมรสและความสัมพันธ์ทางครอบครัว โดยต้องให้สิทธิที่เท่าเทียมระหว่างชายกับหญิงในสิทธิการทำสมรส การขาดจากการสมรส ความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาโดยไม่คำนึงถึงสถานะในการสมรสของตน การตัดสินใจในการมีบุตร การปกครองบุตร สิทธิในการใช้นามสกุลและการประกอบอาชีพ

ข. สิทธิในการเจริญพันธุ์

ด้วยเหตุที่ระบบการเจริญพันธุ์ของเพศหญิงมีความสำคัญมากต่อการสืบทอดเผ่าพันธุ์และการดำรงอยู่ของสังคม แต่ก็มักเป็นอุปสรรคที่ทำให้ผู้หญิงไม่อาจแสดงความสามารถของตนได้อย่างเต็มศักยภาพ CEDAW จึงให้ความสำคัญกับบทบาทของผู้หญิงโดยเฉพาะสิทธิในการเจริญพันธุ์ด้วยการตระหนักว่าบทบาทของสตรีในการให้กำเนิดบุตรเป็นหน้าที่ทางสังคมซึ่งปรากฏในข้อ ๕(ข) และผู้หญิงมีสิทธิในการตัดสินใจอย่างอิสระมีความรับผิดชอบในจำนวนบุตรและระยะห่างในการมีบุตรของตนดังข้อ ๑๖(จ) ไม่ควรนำมาอ้างเป็นเหตุในการเลือกปฏิบัติ แต่ประกันว่าการเลี้ยงดูบุตรเป็นความรับผิดชอบร่วมกันระหว่างหญิงและชาย และยังเสนอการใช้มาตรการเพื่อศึกษาเกี่ยวกับระบบครอบครัวและความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับเพศมารดาในฐานะเป็นหน้าที่ทางสังคมด้วย

การคุ้มครองหญิงและการดูแลบุตรถูกจัดว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานและได้ถูกผนวกไว้ในทุกประเด็นของ CEDAW ไม่ว่าจะเป็นในส่วนที่เกี่ยวกับการจ้างงาน กฎหมายครอบครัว การดูแลสุขภาพ การศึกษา บทบาทหน้าที่ทางสังคม รวมไปถึงการสร้างบริการต่างๆ โดยเฉพาะการดูแลเด็ก ซึ่งจะช่วยให้บุคคลสามารถรวมความรับผิดชอบครอบครัวเข้าไปในการทำงานได้อย่างสอดคล้องและมีส่วนร่วมกับนโยบายสาธารณะ บรรดามาตรการพิเศษเพื่อมุ่งปกป้องสถานะของผู้หญิงในการเป็นมารดาไว้ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด

ค. ผลกระทบของปัจจัยทางวัฒนธรรมต่อความสัมพันธ์ระหว่างหญิงชาย

จุดมุ่งหมายประการหนึ่งของ CEDAW ก็คือ การขยายความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของสิทธิมนุษยชนโดยตระหนักถึงอิทธิพลของวัฒนธรรมและจารีตประเพณีที่มีต่อการจำกัดหญิงในการใช้สิทธิของตน อิทธิพลเหล่านี้ได้แก่ จารีตประเพณี ความคิดแบบดั้งเดิม และกฎเกณฑ์ทางสังคมที่มีผลทำให้เกิดข้อจำกัดในรูปแบบหลากหลายทางด้านเศรษฐกิจ การเมืองและกฎหมาย ซึ่งมีผลกระทบต่อความก้าวหน้าของสตรี จึงต้องมีการทำความเข้าใจถึงอิทธิพลต่างๆ รวมถึงการสร้างความเปลี่ยนแปลงให้เกิดขึ้น

CEDAW ตระหนักถึงความจำเป็นที่จะต้องปรับเปลี่ยนระบบคิด ความเชื่อ ค่านิยม ภาพเหมารวมของหญิงและชายในครอบครัวและสังคมที่เต็มไปด้วยมายาคติ เพื่อที่จะทำให้เกิดความเสมอภาคอย่างแท้จริงระหว่างชายกับหญิง โดยต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง (ข้อ ๕(ก)) เพื่อปรับปรุงแบบแผนความประพฤติทางสังคมและวัฒนธรรมของชายและหญิง โดยมุ่งที่จะขจัดความเดียดฉันท์และวิธีปฏิบัติอันเป็นประเพณีและอื่นๆ ทั้งปวง ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความคิดที่เกี่ยวกับความต่ำต้อยหรือความสูงส่งของอีกเพศหนึ่ง หรือที่อยู่บนพื้นฐานของบทบาทแบบเดิมสำหรับชายและหญิง

CEDAW เป็นกฎหมายที่มีความสำคัญต่อการผลักดันให้เกิดการตระหนักถึงสิทธิของผู้หญิงมากขึ้น รวมถึงการสร้างกลไกในการติดตามผลการปฏิบัติตาม เพื่อให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฉบับนี้ โดยเหตุที่มีประเทศเป็นจำนวนมากได้เข้าร่วมใน CEDAW จึงเป็นภาพสะท้อนให้เห็นได้ว่าสิทธิของผู้หญิงตามแนวทางที่ได้กำหนดไว้เป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับกันอย่างกว้างขวางจากบรรดารัฐต่างๆ

การทำความเข้าใจกับสิทธิของผู้หญิงใน CEDAW จึงมีความสำคัญที่สามารถทำให้มองเห็นภาพความเปลี่ยนแปลงที่กำลังเกิดขึ้นและเพื่อให้มองเห็นฐานความคิดการเรียกร้องสิทธิตามที่กำหนดไว้ใน CEDAW จึงต้องนำเอากรอบความคิดของนิติศาสตร์แนวสตรีนิยมมาเป็นกรอบในการทำความเข้าใจ โดยในการพิจารณาถึงความเปลี่ยนแปลงเรื่องสิทธิสตรีมี ๓ กระแสความคิดที่สำคัญ ดังที่ได้กล่าวมาในบทที่แล้ว คือ กระแสความคิดแบบเน้นความเสมอภาค กระแสความคิดที่เน้นความแตกต่างและกระแสความคิดที่เน้นความหลากหลาย

เมื่อพิจารณา CEDAW จะพบได้อย่างชัดเจนว่าเป้าหมายของอนุสัญญาฉบับนี้ต้องการให้เกิดความเสมอภาคระหว่างหญิงชายอย่างแท้จริงไม่ใช่เพียงแต่ความเท่าเทียมในด้านกฎหมาย โอกาสหรือการเข้าถึงทรัพยากรต่างๆ แต่ต้องเป็นความเสมอภาคที่เกิดขึ้นจริงจากการบังคับใช้กฎหมายหรือได้รับประโยชน์ที่เป็นธรรมจากโอกาสหรือการเข้าถึงเหล่านั้นด้วย (Substantive Equality) ซึ่งภายใต้ความเท่าเทียมกันระหว่างชายกับหญิงทำให้การเลือกปฏิบัติเป็นสิ่งที่ยอมรับกันไม่ได้ การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศซึ่งทำให้เกิดผลกระทบต่อสตรีจะต้องถูกประณามและต้องถูกปรับปรุงแก้ไข บทบัญญัติของอนุสัญญามุ่งสร้างความเท่าเทียมให้เกิดขึ้นอย่างกว้างขวางทั้งในด้านสิทธิทางการเมือง เช่น การลงคะแนน การเข้าร่วมในองค์กรทางการเมือง สิทธิในทางแพ่งโดยเฉพาะในด้านการทำนิติกรรมสัญญา การจัดการทรัพย์สินที่ผู้หญิงต้องได้รับการยอมรับความสามารถเช่นเดียวกับที่ผู้ชายได้รับ สิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม การจ้างงาน การศึกษา การรักษาพยาบาล สิทธิต่างๆ เหล่านี้ได้รับการประกันไว้ว่าในการเข้าถึงและในการใช้สิทธิอย่างไม่อาจเลือกปฏิบัติด้วยการอ้างเหตุของเพศ หากต้องดำเนินการให้เกิดความเท่าเทียม ดังเช่น ในด้านการศึกษาผู้หญิงต้องสามารถเข้าถึงการศึกษาภายใต้เงื่อนไขเดียวกันกับเพศชาย มีโอกาสเข้าเรียนในหลักสูตร การสอบ ผู้สอบที่ได้มาตรฐานและคุณภาพระดับเดียวกัน มีโอกาสได้รับทุนและความช่วยเหลือทางการศึกษา สามารถเข้าร่วมโครงการต่างๆ เกี่ยวกับการศึกษาต่อเนื่อง รวมถึงการขจัดแนวความคิดแบบเดิมเกี่ยวกับบทบาทของชายและหญิงในทุกระดับและทุกรูปแบบของการศึกษา โดยกระตุ้นให้มีระบบสหศึกษาและการศึกษาในรูปแบบอื่นๆ และการทบทวนตำรา โครงการต่างๆ การดัดแปลง เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันขึ้น

เพราะฉะนั้น เนื้อหาหลักของ CEDAW จึงมุ่งไปที่การสร้างความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมให้เกิดขึ้นระหว่างชายหญิง แน่นอนว่าการผลักดันสิทธิในแนวทางนี้ย่อมเป็นผลมาจากการมองว่าสถานะของเพศหญิงที่ดำรงอยู่มีความไม่เท่าเทียมกับผู้ชายและอยู่ในสถานะที่ต่ำต้อยกว่า จึงต้องการให้ผู้หญิงได้รับสิทธิเพิ่มมากขึ้นในลักษณะเช่นเดียวกับที่ชายได้รับ ดังนั้น การเลือกปฏิบัติต่อสตรีจึงเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการปรับปรุงและต้องให้สิทธิในลักษณะที่เสมอภาคกับชาย CEDAW จึงวางน้ำหนักอยู่บนหลักการเรื่องความเสมอภาคในการเรียกร้องเพื่อให้เกิดการปกป้องสิทธิของหญิง

อย่างไรก็ตาม นอกจากการมุ่งสร้างความเท่าเทียมระหว่างชายหญิงให้เกิดขึ้นแล้ว CEDAW ก็ยังให้ความสำคัญต่อการปกป้องสถานะของหญิงซึ่งมีบทบาทสำคัญในการเจริญพันธุ์ ทั้งในการตั้งครรภ์ การเลี้ยงดูบุตร บทบาทในครอบครัว โดยลักษณะที่แตกต่างของผู้หญิง ในลักษณะเช่นนี้จะต้องได้รับการคุ้มครองเพื่อไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้น เช่น ห้ามมิให้มีการปลดผู้หญิงออกจากงานเพราะเหตุแห่งการตั้งครรภ์หรือเพราะการลาคลอดบุตร ส่งเสริมให้มีการลาคลอดโดยได้รับค่าจ้าง หรือผลประโยชน์อื่นที่เปรียบเทียบได้โดยไม่สูญเสียงานที่ทำอยู่ ให้การคุ้มครองเป็นพิเศษหญิงที่ตั้งครรภ์ในการทำงานทุกรูปแบบที่อาจเกิดอันตรายแก่ผู้หญิงเหล่านั้น หญิงที่ตั้งครรภ์จะได้รับบริการด้านสุขภาพที่เหมาะสมเกี่ยวกับการตั้งครรภ์ การคลอดบุตรและระยะหลังคลอดบุตร เป็นต้น ข้อกำหนดดังกล่าวมุ่งต้องการคุ้มครองแก่ผู้หญิงในลักษณะที่ให้ความสำคัญกับหญิงซึ่งมีความแตกต่างจากเพศชาย จึงจำเป็นต้องมีมาตรการหรือข้อกำหนดเป็นพิเศษบางอย่าง (Affirmative Action) ที่แตกต่างออกไป ในแง่นี้ สิทธิที่เรียกร้องให้กับผู้หญิงจึงไม่ได้มุ่งเอาผู้ชายเป็นมาตรฐานที่ผู้หญิงจำเป็นต้องได้รับในลักษณะเดียวกัน หากต้องการมุ่งรับรองในสิทธิที่มีความแตกต่างบนพื้นฐานของการคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของเพศหญิงเอง

ภายใต้กรอบของ CEDAW การผลักดันเพื่อสิทธิของเพศหญิงจึงเกิดขึ้นบนฐานของการมุ่งเรียกร้องให้เกิดความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงเป็นด้านหลัก รวมทั้งมีการคำนึงถึงการคุ้มครองความแตกต่างของหญิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาทในการเจริญพันธุ์และบทบาทในทางครอบครัวซึ่งมีผลให้รัฐที่รับ CEDAW ต้องเสนอรายงานความคืบหน้าว่าในรัฐของตนได้ดำเนินการในลักษณะอย่างไรบ้างเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับเนื้อหาที่ CEDAW ได้กำหนดไว้ โดยใน CEDAW เรียกร้องให้การจัดการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นด้วยการ (ข้อ ๒)

(ก) บรรจุหลักการของความเสมอภาคระหว่างชายหญิงไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งรัฐหรือในกฎหมายอื่นที่เหมาะสม

(ข) กำหนดมาตรการด้านนิติบัญญัติและอื่น ๆ ที่เหมาะสม ซึ่งห้ามการเลือกปฏิบัติทั้งมวลต่อผู้หญิง

(ค) จัดให้มีการคุ้มครองทางกฎหมายแก่ผู้หญิงบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกันกับผู้ชาย และรับประกันในความคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพต่อการเลือกปฏิบัติโดยศาลยุติธรรมและสถาบันของรัฐอื่น

(ง) งดเว้นจากการเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำหรือการปฏิบัติใดซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิง

(จ) ใช้มาตรการที่เหมาะสมที่จะขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีโดยบุคคล องค์กรหรือรัฐวิสาหกิจใด

(ฉ) ใช้มาตรการที่เหมาะสมรวมทั้งการออกกฎหมายเพื่อเปลี่ยนแปลง ยกเลิกกฎหมาย ข้อบังคับ หรือจารีตประเพณีที่ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิง

(ช) เพิกถอนบทบัญญัติทางอาญาทั้งปวง ซึ่งก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิง

การเรียกร้องให้มีการคุ้มครองต่อสิทธิของผู้หญิงตาม CEDAW ในด้านหนึ่งจึงต้องการให้เกิดหลักประกันที่ชัดเจนออกมาเป็นบทบัญญัติทั้งในระดับของรัฐธรรมนูญ กฎหมายหรือข้อบังคับต่างๆ เพื่อสนับสนุนให้การขจัดการเลือกปฏิบัติและส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมเกิดขึ้น รวมถึงการใช้มาตรการต่างๆ เพื่อให้ยุติการเลือกปฏิบัติ

แม้ข้อเรียกร้องในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิของผู้หญิงตามที่ CEDAW ได้กำหนดไว้ อาจทำให้ดูราวกับว่าการสร้างความเสมอภาคระหว่างหญิงกับชายและการให้ความสำคัญกับความแตกต่างของหญิงให้ได้รับการคุ้มครองไว้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบทบัญญัติของกฎหมายและมาตรการอื่นๆ จะเป็นหนทางหนึ่งในการยกระดับและขจัดการกระทำที่มีลักษณะเป็นการลดทอนความสำคัญของผู้หญิงลดน้อยลงไป เช่น ในการเปิดให้ผู้หญิงสามารถเข้าถึงการศึกษาและตำแหน่งงานต่างๆ ภายใต้เงื่อนไขเดียวกันกับที่ผู้ชายได้รับ ความเปลี่ยนแปลงในลักษณะเช่นนี้ อาจทำให้เกิดความเข้าใจว่าผู้หญิงไม่ได้ถูกกักกันจากเหตุแห่งเพศอีกต่อไป สถานะของผู้หญิงก็มีความเท่าเทียมกับผู้ชาย ดังการมองว่าบทบาทของสตรีกับชายไม่มีความแตกต่างกันเลย[๓] โดยที่ไม่ได้ตระหนักว่าในความเป็นจริงแม้กฎเกณฑ์ซึ่งมีลักษณะที่ชัดเจน เป็นลายลักษณ์อักษรอาจถูกยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงไป แต่อาจมีกำแพงที่มองไม่เห็น (Ceiling glass) ดำรงอยู่และจะเป็นเสมือนเครื่องกีดขวางผู้หญิงในการเข้าถึงโอกาสต่างๆ ที่อาจมีกฎเกณฑ์เปิดกว้างเอาไว้ การกีดกันในลักษณะเช่นนี้อาจไม่ได้ปรากฏออกมาในลักษณะที่ชัดเจน จับต้องได้ แต่อาจเป็นสิ่งที่ยังคงดำรงอยู่ในวัฒนธรรม ความเชื่อของผู้คนในสังคม ซึ่งกำแพงที่มองไม่เห็นนี้เป็นส่วนหนึ่งของกลไกที่ยังคงรักษาสภานะภาพความเหนือกว่าของชายในสังคมไว้ที่สามารถแสดงออกมาได้แม้ว่าจะมีบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร รับรู้ถึงสิทธิของผู้หญิงและความเท่าเทียมระหว่างชายหญิงไว้ก็ตาม ดังจะพบว่าในตำแหน่งงานระดับสูงของงานส่วนใหญ่โดยเฉพาะในองค์กรภาครัฐก็ยังคงเป็นตำแหน่งที่ผู้ชายครอบครองไว้อยู่ มีผู้หญิงเพียงจำนวนเล็กน้อยที่สามารถเข้าถึงตำแหน่งงานดังกล่าว[๔] แม้อาจจะมีสัดส่วนที่ดีกว่าที่เคยเป็นมาในอดีตก็ตาม

การทำความเข้าใจเกี่ยวกับสถานภาพของผู้หญิงในความเปลี่ยนแปลงที่ได้เกิดขึ้น จึงไม่อาจจำกัดไว้เฉพาะกับการพิจารณาถึงกฎหมายหรือมาตรการอื่นๆ ที่ปรากฏขึ้นเพียงอย่างเดียวเท่านั้น การทำความเข้าใจถึงผลบังคับใช้และผลที่เกิดขึ้นจริงจากการบังคับใช้กฎเกณฑ์ต่างๆ จะทำให้เห็นภาพที่ชัดเจนมากขึ้น ในการพิจารณาถึงความเปลี่ยนแปลงและสถานะภาพของผู้หญิงโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการบังคับใช้กฎเกณฑ์ต่างๆ มักจะปรากฏร่องรอยของความเชื่อที่สะท้อนให้เห็นถึงทัศนะ ความเข้าใจที่มีต่อสถานภาพของเพศหญิงว่าควรจะมีลักษณะอย่างไร การค้นหาถึงพื้นฐานความเข้าใจเช่นนี้ สามารถค้นพบได้ไม่เฉพาะเพียงในกฎหมายที่มีเนื้อหากำหนดให้สิทธิของชายหญิงมีความแตกต่างกัน หากเป็นกฎหมายที่ไม่ได้นำปัจจัยทางด้านเพศมาเป็นข้อกำหนดความแตกต่างก็สามารถพบได้เช่นเดียวกัน ซึ่งในการบังคับใช้กฎหมายนั้นสามารถเกิดขึ้นในหลายระดับ นับตั้งแต่เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวข้องโดยตรง ตั้งแต่เจ้าหน้าที่ตำรวจไปจนกระทั่งถึงการปรับใช้กฎหมายเข้าข้อพิพาทของแต่ละคดีโดยศาล อย่างไรก็ตาม ในส่วนของการปรับใช้กฎหมายโดยศาลหรือการวินิจฉัยชี้ขาดในข้อผิดพลาดต่างๆ มักถูกยอมรับกันเป็นการปรับใช้กฎหมายอย่างตรงไปตรงมาโดยไม่มีความรู้สึกหรือความเชื่อส่วนตัวเข้ามาปะปน การทำหน้าที่ของศาลเป็นสิ่งที่เป็นไปตามหลักวิชาที่มีเหตุผลและตรรกะในทางกฎหมายรองรับภายใต้กรอบคำอธิบายดังกล่าวจึงทำให้ไม่มีการค้นหาร่องรอยของฐานคติส่วนตัวของผู้ตัดสินที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษา

---

[๓] *ตัวอย่างของทรรศนะในลักษณะดังกล่าวปรากฏอย่างกว้างขวางแม้ในกระบวนการยุติธรรม ดูรายละเอียดของทรรศนะนี้ได้ใน* ***บทบาทสตรีในกระบวนการยุติธรรม*** *การสัมมนาวิชาการเฉลิมพระเกียรติสมเด็จพระนางเจ้าสิริกิติ์ พระบรมราชินีนาถ เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา ๖ รอบ ๑๒ สิงหาคม ๒๕๔๗ วันที่ ๑๔ ธันวาคม ๒๕๔๗ ณ สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, ๒๕๔๗) หน้า ๓๓*

[๔] *วิระดา สมสวัสดิ์,* ***นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม*** *(เชียงใหม่: วนิดาเพรส, ๒๕๔๙) หน้า ๑๑๔-๑๑๖*

สำหรับการศึกษาในที่นี้ จะปฏิเสธคำอธิบายฐานความเชื่อเรื่องความเป็นกลางของคำพิพากษาแต่มีสมมุติฐานว่าในคำพิพากษาก็จะประกอบขึ้นทั้งจากหลักกฎหมายและจากคติความเชื่อส่วนบุคคลของผู้ทำการตัดสินซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากกระแสความคิดที่ครอบงำสังคมอยู่ในขณะนั้น คำพิพากษาจึงไม่ใช่เพียงคำตัดสินที่อาศัยหลักกฎหมายเป็นที่ตั้งแต่อย่างเดียว หากยังประกอบไปด้วยฐานความคิดในหลายด้านเข้ามาเป็นปัจจัยที่มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่ากัน และโดยที่ต้องการศึกษาถึงการใช้ฐานคติทางเพศในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี จึงจำเป็นที่ในการศึกษานี้จะมุ่งไปที่ข้อพิพาทซึ่งมีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับเหตุทางเพศ ซึ่งจะเลือกมาศึกษาใน ๒ หัวข้อ คือ คดีความผิดเกี่ยวกับเพศและคดีความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ในคดีที่มีความผิดทั้ง ๒ ฐานความผิดนี้มีลักษณะเบื้องต้นที่แตกต่างกันในทางข้อกฎหมาย คือ ในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดที่มีบทบัญญัติที่เหตุทางเพศเข้ามาเป็นเงื่อนไขของการกระทำผิดอย่างสำคัญ กล่าวคือ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผู้ชายที่กระทำจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อกระทำต่อหญิงที่มิได้เป็นภรรยา ขณะที่ในคดีความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายเป็นบทบัญญัติไม่ได้นำเหตุทางเพศเข้ามาเป็นเงื่อนไขของการกำหนดความผิด เพื่อเปรียบเทียบให้เห็นว่าในบทบัญญัติที่มีลักษณะแตกต่างกันจะมีผลต่อการใช้ฐานคติทางเพศเข้ามาเป็นเหตุผลในการวินิจฉัยชี้ขาดหรือไม่

บทที่ ๔
คดีความผิดเกี่ยวกับเพศ *

การกระทำที่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา เป็นประเด็นหนึ่งที่มักถูกอ้างอิงเมื่อมีการพิจารณาถึงสถานะและสิทธิของหญิงในระบบกฎหมายไทย บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำผิดฐานนี้ จะเกิดขึ้นเฉพาะในกรณีที่เป็นการกระทำของชายต่อหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเท่านั้น หากเป็นการกระทำต่อภรรยาของตนก็จะไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา บทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นรูปธรรมในลักษณะนี้ถูกถือเป็นภาพสะท้อนของสถานะที่ตกเป็นรองของหญิงในระบบกฎหมายไทย ได้เป็นอันหนึ่ง

นอกจากการพิจารณาถึงตัวบทกฎหมาย ซึ่งสะท้อนให้เห็นความแตกต่างในสถานะทางกฎหมายระหว่างหญิงกับชายแล้วการนำกฎหมายมาปรับใช้เข้ากับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีก็จะต้องมีการตีความกฎหมายเกิดขึ้น ทั้งนี้เพราะถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในกฎหมายนั้น บางส่วนอาจมีความหมายที่ชัดเจน เด็ดขาด สามารถกำหนดขอบเขตของความหมายร่วมกันได้ เช่น อายุไม่เกิน ๑๕ ปี หญิงซึ่งเป็น/ไม่เป็นภรรยาของชาย เป็นต้น แต่มีถ้อยคำในกฎหมายบางส่วนซึ่งมีลักษณะคลุมเครือ (penumbra) แม้จะพอมีลักษณะบางอย่างซึ่งเป็นที่เข้าใจร่วมกันว่ามีความหมายอย่างไร หรือสามารถให้คำนิยามในลักษณะทั่วไปได้ แต่เมื่อต้องการนำเอาข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องมาปรับเข้ากับกฎหมายก็อาจเกิดข้อถกเถียงได้ว่า จะสอดคล้องหรือเป็นส่วนหนึ่งของความหมายดังกล่าวหรือไม่ เช่น ความหมายของคำว่าอนาจารก็มีลักษณะที่ไม่อาจขีดเส้นได้อย่างเด็ดขาดว่าการกระทำในลักษณะใดที่จะเป็นหรือไม่เป็นอนาจาร การให้ความหมายของคำจึงไม่อาจปฏิเสธบทบาทของผู้ใช้กฎหมายได้ว่ามีส่วนอย่างสำคัญต่อการทำให้ความหมายนั้นปรากฏตัวขึ้น

แม้กระทั่งความหมายของคำบางคำซึ่งอาจมีลักษณะเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในแวดวงของผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายว่าเป็นเสมือนความจริงหรือเป็นธรรมชาติของคำดังกล่าว ดังเช่นความหมายของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ในคำพิพากษาของศาลไทยได้เป็นแนวบรรทัดฐานซึ่งเป็นที่ยอมรับสืบเนื่องกันต่อมา โดยปราศจากการโต้แย้งหรือตั้งคำถาม ความหมายของข่มขืนกระทำชำเราจึงถูกจดจำ อธิบายความและสืบทอดต่อผ่านทางคำพิพากษา จนกลายเป็นเสมือนชุดของความจริงที่ไม่อาจมีความหมายเป็นอย่างอื่นไปได้นอกจากความหมายที่ยึดถือกันอยู่ และอาจไม่ได้ตระหนักว่าความหมายซึ่งยอมรับกันอย่างกว้างขวางเป็นสิ่งที่ถูกให้ความหมายและสร้างขึ้นโดยบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้อง

---

* *บทบัญญัติใน มาตรา ๒๗๖ ของประมวลกฎหมายอาญาก่อนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงใน พ.ศ. ๒๕๕๐*

๔.๑ ข่มขืนตามกฎหมายและข่มขืนตามคำพิพากษา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำที่ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดไว้ โดยบทบัญญัติที่เป็นหลักคือ มาตรา ๒๗๖ บัญญัติว่า

> "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยการทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท
>
> ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต"

แม้ตามประมวลกฎหมายอาญาจะได้บัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราหญิง เป็นความผิดที่ต้องได้รับการลงโทษ แต่หากพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมาย ก็พบว่าไม่ได้มีการนิยามความหมายของการกระทำที่จะถูกจัดว่าเป็น "ข่มขืนกระทำชำเรา" เอาไว้ว่าจะต้องมีลักษณะของการกระทำในลักษณะเช่นใดบ้าง ข่มขืนกระทำชำเราจึงเป็นถ้อยคำที่จะต้องมีการนิยามหรือสร้างความหมายขึ้นจากผู้บังคับใช้กฎหมาย ซึ่งการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ในลักษณะเช่นนี้เป็นสิ่งที่ไม่แตกต่างไปจากกฎหมายที่เคยมีผลใช้บังคับอยู่แต่เดิม[๑]

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมาย ที่ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา ตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญาสืบเนื่องมาจนกระทั่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๔๙๙ ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อ พ.ศ.๒๕๒๕ การกระทำที่เรียกว่าข่มขืนกระทำชำเราก็มิได้มีการกำหนดถึงความหมายอย่างชัดเจน ดังนั้น หากมีข้อพิพาทที่ต้องมีการวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำนั้นๆ จะถูกจัดให้เป็น "การข่มขืนกระทำชำเรา" หรือไม่ ศาลในฐานะขององค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายให้เข้ากับคดี ก็จะต้องให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราว่าหมายถึงการกระทำในลักษณะเช่นใด

---

[๑] *กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ มาตรา ๒๔๓*

"ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำชำเราขืนใจหญิง ซึ่งมิใช่ภรรยาของมันเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนทำชำเราต้องรวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโสตหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขืนใจหญิง ซึ่งมิใช่ภรรยาของมันเอง ท่านว่ามันข่มขืนทำชำเรา มีความผิดต้องรวางโทษดุจกันกับที่ว่ามานั้น

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้นมีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องรวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไป จนถึงพันบาทด้วยอีกโสตหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องรวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโสตหนึ่ง"

ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๔๙๙ มาตรา ๒๗๖

"ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท"

ในการวินิจฉัยข้อพิพาทคดีที่เป็นปัญหาว่าจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่นั้น มีประเด็นสำคัญเบื้องต้นที่จะต้องพิจารณาว่าการกระทำที่เกิดเป็นข้อพิพาทขึ้นนั้น เป็นการกระทำชำเรา ตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ “ศาลฎีกาเห็นว่า จะเป็นการกระทำชำเราตามกฎหมาย จะต้องปรากฏว่าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง”[๒] ประเด็นสำคัญในการชี้ขาดว่าการกระทำที่เกิดขึ้นจะเป็นการกระทำชำเราหรือไม่ จึงอยู่ที่การพิสูจน์ให้เห็นว่าอวัยวะเพศของชายได้เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง และการเข้าไปนั้นแม้เข้าไปเพียงเล็กน้อยก็ตาม ก็ถือว่าได้เกิดการชำเราขึ้น

โดยในการสอดใส่อวัยวะเพศของชายเข้าไปในของหญิงนั้น ไม่จำเป็นว่าฝ่ายชายจะต้องสำเร็จความใคร่หรือมีน้ำอสุจิแต่อย่างใด “แม้จะไม่มีน้ำอสุจิไหลออกมา แต่เมื่ออวัยวะเพศของจำเลยที่ ๑ (ชาย) เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย (หญิง) แล้วก็ถือได้ว่า จำเลยที่ ๑ ได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายอันเป็นความผิดสำเร็จแล้ว”[๓]

ความหมายของการกระทำชำเรา ตามที่ปรากฏในแนวคำพิพากษา ด้วยการยึดถือเอาอวัยวะเพศของชายและหญิงเป็นปัจจัยสำคัญ ถือได้ว่าเป็นการให้ความหมายที่มีลักษณะเฉพาะเพิ่มเติมมากขึ้นจากบทบัญญัติที่เขียนไว้ในกฎหมาย ความหมายเช่นนี้อาจเป็นที่เข้าใจกันว่าเป็นความหมายที่มีลักษณะทั่วไปอันเป็นที่รับรู้และยอมรับกัน ทำให้ไม่ปรากฏการโต้แย้งถึงคำอธิบายในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้น หากสืบทอดต่อเนื่องกันมา อย่างไรก็ตาม คำอธิบายเรื่องการกระทำชำเราที่มุ่งพิจารณาเรื่องอวัยวะเพศของชายและหญิงเป็นสำคัญ มิใช่สิ่งที่ปรากฏอย่างชัดเจนเมื่อพิจารณาถึงการนิยามถึงการกระทำชำเราจากแง่มุมอื่น ในพจนานุกรม พ.ศ. ๒๕๓๐ ได้ให้ความหมายของคำว่าชำเราและคำที่มีความหมายใกล้เคียงไว้ ดังนี้

ชำเรา ก. ร่วมประเวณี

ร่วมประเวณี ก. ร่วมเสพสังวาส

ประเวณี น. การเสพสังวาส, การร่วมรส, ประเพณี; ก. ประพฤติผิดเมียผู้อื่น

สังวาส น. การอยู่ด้วยกัน, การอยู่ร่วมกัน, การร่วมประเวณี

การกระทำชำเราตามความหมายของพจนานุกรม มีความหมายที่คล้ายคลึงกับการร่วมประเวณีและการเสพสังวาส ความหมายโดยรวมอาจหมายถึงการอยู่ด้วยกัน การอยู่ร่วมกัน รวมถึงการร่วมสังวาสกัน แต่การร่วมสังวาสหรือร่วมประเวณีก็ไม่ได้มีการระบุอย่างชัดเจนว่าต้องเป็นเรื่องของอวัยวะเพศต่ออวัยวะเพศของชายกับหญิงเท่านั้น เพราะการอยู่ร่วมกันหรืออยู่ด้วยกันของบุคคลมีมิติด้านอื่นๆ เข้ามาประกอบด้วย การนิยามความหมายของการกระทำชำเราให้ลดทอนเหลือเพียงเรื่องของอวัยวะเพศ จึงเป็นสิ่งที่แนวคำพิพากษาของศาลได้สร้างขึ้นและนับว่าเป็นคำอธิบายที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงเป็นอย่างยิ่ง

---

[๒] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๔๘/๒๕๑๖*

[๓] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๖๖๖๓/๒๕๓๙*

อิทธิพลของแนวความคิดดังกล่าวทำให้ในการพิจารณาถึงการข่มขืนกระทำชำเรา นอกจากจะต้องเป็นไปตามองค์ประกอบของกฎหมาย คือระหว่างชายกับหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาของชายนั้นแล้ว ก็ยังต้องเป็นการกระทำที่จัดว่าเป็นการชำเรา คือการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะของหญิง การกระทำอื่นๆ ที่นอกเหนือไปจากนี้ก็ไม่ถูกจัดว่าเป็นการกระทำชำเรา ดังกรณีที่หญิงยอมให้ชายซึ่งเป็นหมอแผนโบราณทำการรักษาโรค “ใช้มือคลำทั่วร่างกายอันเปลือยเปล่าของผู้เสียหาย โดยเฉพาะที่นม อวัยวะเพศ ตลอดจนใช้นิ้วมือล้วงช่องคลอดผู้เสียหาย” และให้จำเลยนอนโก้งโค้งโดยชายเอาอวัยวะเพศมาจ่อห่างก้นเพียง ๒-๓ นิ้ว[๔] แต่บังเอิญสามีของหญิงมาพบเข้าก่อนจึงหยุดการกระทำของตน การกระทำในลักษณะเช่นนี้จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการชำเราหญิง หากเป็นเพียงการอนาจารโดยความยินยอมของฝ่ายหญิง การล่วงละเมิดต่อร่างกายของหญิงซึ่งรวมถึงอวัยวะเพศของหญิงโดยที่มิได้เป็นการใช้อวัยวะเพศชายมาสอดใส่ก็ไม่เป็นการชำเราไม่ว่าจะเป็นการใช้นิ้วมือ วัตถุหรืออวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย และเช่นเดียวกันในกรณีที่หากหญิงถูกบังคับให้สำเร็จความใคร่แก่ชายด้วยวิธีการใดๆ ที่ไม่มีการล่วงล้ำอวัยวะเพศของหญิง เช่น การสำเร็จความใคร่แก่ชายด้วยปากหรือใช้นิ้ว การกระทำเช่นนี้ก็ห่างไกลจากการชำเราในความหมายที่ปรากฏในคำพิพากษา

เมื่อการข่มขืนกระทำชำเราถูกจำกัดให้มีความหมายถึงการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง การกระทำอื่นใดที่เกิดขึ้นหากยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในของหญิงก็จะถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ยังไม่เกี่ยวข้องกับการข่มขืน และไม่ถือว่าเป็นการพยายามข่มขืนกระทำชำเราด้วย

> “ข้อเท็จจริงได้ความว่า ผู้เสียหายอายุ ๒๑ ปี มีสามีแล้วแต่ยังไม่มีบุตร จำเลยอายุ ๔๒ ปี มีภรรยาและมีบุตรแล้ว บ้านผู้เสียหายกับบ้านจำเลยห่างกันราว ๑๐ วา วันเกิดเหตุสามีผู้เสียหายไม่อยู่ ผู้เสียหายกลับจากนาได้แวะที่บ้านนางปี่มารดาสามีเวลาราว ๑๙.๐๐ นาฬิกาเศษ กินข้าวอาบน้ำเสร็จก็นุ่งผ้าชิ้นกระโจมอกเดินกลับบ้านซึ่งอยู่ห่างราว ๑๕ วา ขณะเดินผ่านหน้าบ้านจำเลย พบจำเลยนุ่งผ้าขาวม้ายืนอยู่ข้างรั้วบ้าน จำเลยถามว่าวันนี้มีใครนอนด้วยหรือเปล่า ผู้เสียหายตอบว่าไม่มี แล้วผู้เสียหายเดินเข้าบ้านได้จุดตะเกียงแล้วเดินถือตะเกียงมาถึงประตูห้องนอน จำเลยแอบเข้ามากอดผู้เสียหายแล้วยัดธนบัตร ๑๐ บาท ใส่ในมือผู้เสียหายพร้อมกับพูดว่า ‘เอาเงินไป ๑๐ บาท ขอนอนด้วยซักที่หนึ่ง’ ผู้เสียหายตกใจร้องขึ้นว่า ‘พี่ถาทำไมทำกับข้าอย่างนี้’ จำเลยเอามือปิดปากผู้เสียหายแล้วดับตะเกียง ใช้มือกดผู้เสียหายนอนลงที่พื้นเรือนแล้วขึ้นคร่อมเอาหัวเข่ากดต้นขาไว้ ขณะนั้นผู้เสียหายนอนหงายยังนุ่งกระโจมอกอยู่ จำเลยก้มลงกัดที่แก้มและถลกผ้าชิ้นขึ้นจากด้านล่าง ผู้เสียหายดิ้นอย่างแรงจนหลุดแล้ววิ่งร้องให้ลงเรือนไป ดังนี้ ศาลฎีกาเห็นว่าลักษณะการกระทำของจำเลยดังกล่าวยังไม่อยู่ในวิสัยที่จำเลยจะกระทำชำเราผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา คงเป็นความผิดเพียงฐานกระทำอนาจารผู้เสียหาย”[๕]

หากพิจารณาตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา ลำพังการใช้กำลังปลุกปล้ำจะยังไม่ถือว่าเป็นการพยายามข่มขืน แม้ว่าจะได้เปลื้องเสื้อผ้าของหญิงและฝ่ายชายได้ถอดเสื้อผ้าของตนเองจนเหลือแต่กางเกงในแล้วก็ตาม

---

[๔] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๘๓๗/๒๕๓๐*

[๕] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖๘๕/๒๕๑๖*

> “สำหรับความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจารได้ความจากนายประนอม นายสมจิตร และนายสวิง พยานโจทก์แต่เพียงว่า นายประนอมกับนายสมจิตรเห็นจำเลยที่ ๑ นั่งคร่อมโจทก์ร่วม (หญิงผู้เสียหาย) ตรงบริเวณท้องน้อย และเมื่อนายสวิงขึ้นไปดูหลังจากที่จำเลยทั้งสองหลบหนีไปแล้ว ก็เห็นเสื้อชั้นนอกของโจทก์ร่วมถูกเลิกขึ้น เสื้อชั้นในถูกเลิกลงเห็นนมข้างซ้ายกางเกงรูดลงไปสุดง่ามขามองเห็นกางเกงในทั้งตัว แม้จำเลยที่ ๑ จะนำสืบรับว่าได้ถอดเสื้อและกางเกงของตนออกคงเหลือแต่กางเกงใน และขณะที่กำลังจับนมโจทก์ร่วม พอดีมีคนมาจำเลยที่ ๑ จึงหลบหนีไปก็ตาม ลักษณะการกระทำของจำเลยทั้งสองยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำชำเราโจทก์ร่วมได้ แม้จำเลยทั้งสองให้การรับสารภาพก็ลงโทษจำเลยฐานนี้ไม่ได้ จำเลยทั้งสองมีความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารเท่านั้น”[๖]

ในมุมมองของศาล แม้ฝ่ายชายจะใช้กำลังปลุกปล้ำและสามารถคาดเดาได้ว่าหากผู้เสียหายไม่อาจหลบหนีหรือไม่มีบุคคลอื่นมาพบเห็นเหตุการณ์ ชายผู้ตกเป็นจำเลยก็คงสามารถกระทำชำเราหญิงอย่างแน่นอน แม้จะคาดหมายได้ว่าผู้กระทำมุ่งที่จะกระทำชำเราหญิง แต่ในการพิจารณาความผิดของศาล เห็นว่าเพียงการกระทำในลักษณะเท่านี้ “ยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำชำเราผู้เสียหาย” ได้ เพราะฉะนั้น จึงไม่อาจลงโทษจำเลยในความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา บุคคลจะมีความผิดถึงขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเราก็ต่อเมื่อได้มีเจตนาจะข่มขืนกระทำชำเรา ได้ลงมือกระทำแล้ว อยู่ในวิสัยจะชำเราได้แล้ว แต่ของลับของชายยังไม่เข้าไปในของหญิง[๗] เช่น ชายเอามืออุดปากหญิงขึ้นคร่อมได้แก้ผ้าของตัวเองและของหญิงแล้ว กำลังจะเอาของลับของตนใส่ในของลับของหญิง แต่หญิงผลักไสไม่ยอม มีคนมาพบเข้า ชายจึงหนีไป[๘] การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนจึงต้องปรากฏอย่างชัดเจนว่าชายได้เอาอวัยวะเพศจ่อที่ช่องคลอด[๙] หากแต่ไม่สำเร็จซึ่งอาจเป็นเหตุผลอื่นใด เช่น หญิงต่อสู้ดิ้น หรือมีคนมาพบเห็นทำให้ยุติการกระทำ

> “ข้อเท็จจริงฟังได้ตามคำของโจทก์ร่วม (เด็กหญิง) ว่า เมื่อจำเลยถอดกางเกงของโจทก์ร่วมออกและถอดกางเกงของตนออกแค่หัวเข่าแล้ว จำเลยถ่างขาของโจทก์ร่วมออกและขึ้นคร่อมบนตัวโจทก์ร่วม เอาอวัยวะเพศของตนใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ร่วม แต่อวัยวะเพศของจำเลยมิได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของโจทก์ร่วม เพราะเยื่อพรหมจารียังปกติอยู่ แต่บริเวณปากช่องคลอดและแคมในทั้งสองข้างแดงผิดปกติ แสดงว่าจำเลยพยายามสอดใส่อวัยวะเพศของตนเข้าไปในช่องคลอดของโจทก์ร่วมแต่กระทำไม่สำเร็จ เพราะมีเสียงสุนัขเห่าและคนขึ้นมาบนบ้านเสียก่อน พฤติการณ์บ่งชี้ชัดว่าจำเลยมีเจตนาข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ร่วม จำเลยลงมือกระทำความผิดแล้วแต่กระทำไปไม่ตลอด จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา”[๑๐]

การให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราว่าเป็นเรื่องของอวัยวะเพศชายกับอวัยวะเพศหญิงนอกจากเป็นการสร้างความหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้มีลักษณะที่เฉพาะเจาะจงขึ้นมา มีผลกระทบอย่างสำคัญต่อการตัดสินว่าการกระทำในลักษณะใดจะเป็นหรือไม่เป็นการข่มขืน และมีผลเกี่ยวเนื่องไปถึงการกระทำที่ใกล้เคียง ดังเช่น การพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

---

[๖] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๒๖๘/๒๕๒๙*

[๗] *หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖๘๕/๒๕๑๖*

[๘] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๘๘/๒๔๘๔*

[๙] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๘๗๘/๒๕๒๒*

[๑๐] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๓๙๘/๒๕๓๓*

๔.๒ ความยินยอม

แม้ว่าจะมีการชำเราระหว่างชายและหญิงเกิดขึ้น แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าชายจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยทันที การชำเราที่ทำให้ชายมีความผิดในข้อหานี้จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นด้วยการบังคับหรือโดยที่ฝ่ายหญิงไม่ได้ยินยอมต่อการให้อวัยวะเพศของชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของตน หากการชำเรานั้นเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจหรือด้วยความยินยอมของฝ่ายหญิง ก็ไม่ถือว่าการมีเพศสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นการข่มขืนแต่อย่างใด

การวินิจฉัยในประเด็นเรื่องความยินยอมจึงเป็นประเด็นที่มีความสำคัญ เพราะจะทำให้การอธิบายถึงการชำเราที่เกิดขึ้นเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือเป็นการสมยอมของหญิงก็ทำให้ชายผู้กระทำไม่มีความผิดในข้อพิพาทของคดีข่มขืนกระทำชำเรา ประเด็นเรื่องความยินยอมจึงมักถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นข้อโต้แย้งอยู่เสมอ โดยฝ่ายชายที่ตกเป็นจำเลยในข้อหานี้มักจะอ้างว่าการชำเราที่กระทำต่อหญิงเกิดขึ้นด้วยความยินยอมพร้อมใจของอีกฝ่าย ขณะที่หญิงซึ่งเป็นผู้เสียหายก็จะให้เหตุผลว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นด้วยความไม่สมัครใจของตน การจะวินิจฉัยว่าเพศสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงที่เกิดขึ้นเป็นเพราะความสมัครใจหรือการข่มขืนบังคับจากชายเป็นประเด็นที่มีความยุ่งยากในการวินิจฉัยชี้ขาดมิใช่น้อย

เนื่องจากในเหตุการณ์ที่เป็นข้อพิพาทเรื่องการข่มขืนกระทำชำเรานั้น เป็นคดีที่มักเกิดในสถานที่รโหฐานหรือเป็นสถานที่ที่ลับหูลับตาผู้คน เช่น โรงแรม บ้านพักอาศัย ป่าละเมาะ หรือในช่วงเวลาที่ปราศจากผู้คนซึ่งจะมารู้เห็น ทำให้คดีเป็นจำนวนมากปราศจากประจักษ์พยานซึ่งเป็นผู้รับรู้เหตุการณ์ด้วยตนเอง มายืนยันลักษณะของการชำเราว่าเกิดในรูปแบบใด ดังนั้น ในการตัดสินว่าการชำเรานั้นเป็นการยินยอมของหญิงหรือเป็นการบังคับขืนใจของชาย จึงจำเป็นต้องมีการพิเคราะห์ถึงพยานหลักฐานอื่นๆ หรือปัจจัยแวดล้อมเข้ามาประกอบการตัดสินใจ เพื่อให้สามารถบ่งชี้ถึงลักษณะของการชำเราที่เกิดขึ้น เพื่อนำไปสู่การตัดสินว่าเหตุการณ์นั้นเป็นข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่

จากการศึกษาคำพิพากษาฎีกาของไทย พบว่ามีประเด็นสำคัญที่ถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นเหตุผลในการที่จะตัดสินใจว่าการกระทำนั้นเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือเป็นการยินยอมให้ชายชำเราด้วยความสมัครใจ โดยประเด็นสำคัญในการพิจาณามี ๓ ประเด็น คือ ระยะเวลา บาดแผล และภูมิหลังของผู้เสียหาย

ก.ระยะเวลา

ภายหลังจากเหตุการณ์ที่มีการกล่าวอ้างว่าเกิดการข่มขืนกระทำชำเรา ไปจนถึงการดำเนินการต่างๆ เพื่อให้เกิดการลงโทษแก่บุคคลซึ่งเป็นผู้กระทำ ไม่ว่าจะเป็นการแจ้งความกับเจ้าหน้าที่ตำรวจ การบอกกล่าวเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นกับบุคคลใกล้ชิด การไปพบแพทย์เพื่อตรวจหาร่องรอยของการข่มขืน ระยะเวลาในการดำเนินการที่ใกล้หรือทอดห่างจากเหตุการณ์ เช่น ๑ วัน หรือ ๑ เดือน จะเป็นประเด็นที่มีความสำคัญในการพิจารณาว่าการชำเราที่เกิดขึ้นเป็นการข่มขืนหรือเป็นความสมัครใจของหญิงนั้น

ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา ถ้าหญิงซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการข่มขืนได้แจ้งความกับเจ้าหน้าที่ตำรวจภายในเวลาที่ต่อเนื่องกับเหตุการณ์หรือในทันทีที่สามารถดำเนินการได้ มีแนวโน้มที่ศาลจะรับฟังว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องของการข่มขืนกระทำชำเรา ดังปรากฏในคดีเป็นจำนวนมากซึ่งผู้เสียหายได้แจ้งเหตุกับเจ้าหน้าที่ตำรวจอย่างรวดเร็วภายหลังจากเหตุการณ์

เหตุเกิดเวลา ๓.๐๐ น. เศษ หญิงสาวออกไปรอซื้อมะพร้าวจากแม่ค้า แต่ถูกชาย ๒ คนใช้มีดจี้ไปข่มขืน มีพยานเหตุการณ์เบิกความยืนยันเห็นชายที่เป็นจำเลยทั้ง ๒ คน “ใช่แต่เท่านั้น น.ส.เพลิน (หญิง) ได้ไปแจ้งต่อเจ้าพนักงานตอนเช้าทันที เจ้าพนักงานจึงติดตามตัวจำเลยทั้ง ๒ มาได้ในเวลาอันรวดเร็ว” [๑๑]

หญิงผู้เสียหายไปเที่ยวงานศพที่วัดจนกระทั่งเวลา ๒๑.๐๐ น. เศษ จะกลับบ้านพบชายซึ่งรู้จักกันมาก่อนอาสาจะพาไปส่งบ้าน หญิงตกลงไปด้วยแต่เมื่อออกจากบริเวณงานได้ประมาณ ๑ เส้น ก็ถูกฉุดเข้าป่าละเมาะข้างทางแล้วถูกชายกับพวกข่มขืนกระทำชำเรา

> “หลังจากจำเลยกับพวกหลบหนีไปแล้ว ผู้เสียหาย (หญิง) เดินกลับเข้าไปในบริเวณวัดอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพบสิบตำรวจเอกกิตติศักดิ์ ศักดิ์สุริยวงศ์ ซึ่งกำลังเข้าเวรรักษาความสงบอยู่ในบริเวณงาน ผู้เสียหายก็แจ้งเหตุดังกล่าวให้สิบตำรวจเอกกิตติศักดิ์ทราบทันที แล้วพาสิบตำรวจเอกกิตติศักดิ์ตามหาจำเลยกับพวก พบจำเลยกลับมาเดินในบริเวณงานอีก เมื่อจำเลยเห็นผู้เสียหายและสิบตำรวจเอกกิตติศักดิ์ก็วิ่งหนี อันเป็นพิรุธอย่างยิ่ง” [๑๒]

การแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจอย่างรวดเร็วหลังจากเกิดเหตุ เพื่อให้มีการติดตามจับกุมตัวผู้ก่อเหตุ นับเป็นปัจจัยสำคัญที่จะทำให้ศาลให้น้ำหนักกับปากคำของหญิงผู้เสียหาย และถ้าในการสอบสวนมีหลักฐานอื่นใดมาประกอบก็ยิ่งทำให้พยานหลักฐานของทางฝ่ายผู้เสียหายมีความน่าเชื่อถือยิ่งขึ้น

> “ศาลฎีกาเห็นว่า นางแดงและนางแผ้วพาผู้เสียหาย (หญิงใบ้) ไปแจ้งความแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจในระยะ กระชั้นชิดกับเวลาที่เกิดเหตุ ซึ่งผู้เสียหายได้แสดงท่าทางให้เป็นที่รู้ได้ว่า จำเลยทั้งสองข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย และเมื่อได้ตัวจำเลยทั้งสองมาในคืนเกิดเหตุ ผู้เสียหายก็ชี้ตัวจำเลยทั้งสองว่าเป็นคนร้าย ประกอบกับจำเลยที่ ๑ ให้การรับสารภาพในชั้นสอบสวน และจำเลยที่ ๒ ให้การรับสารภาพในชั้นมอบตัวว่าได้ร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย ทั้งยังได้พาเจ้าหน้าที่ตำรวจไปทำแผนที่เกิดเหตุ และแสดงท่าทางให้เจ้าหน้าที่ตำรวจถ่ายภาพประกอบคำรับสารภาพ พยานหลักฐานโจทก์มีน้ำหนักมั่นคง” [๑๓]

แม้ว่าภายหลังเกิดเหตุผู้เสียหายจะไม่ได้แจ้งให้เจ้าหน้าที่ตำรวจทราบ แต่ได้บอกกล่าวให้แก่บุคคลใกล้ชิดก่อนที่จะได้มาดำเนินการกับทางเจ้าหน้าที่ตำรวจในระยะเวลาอันรวดเร็ว กรณีเช่นนี้ก็ถือว่าปากคำของผู้เสียหายมีน้ำหนักรับฟังได้เช่นกัน

> “รุ่งขึ้นจากวันเกิดเหตุโจทก์ (อัยการ) มี จ่าสิบตำรวจสมพงษ์ เจ้าหน้าที่ตำรวจสายตรวจเป็นพยานว่า นายพุฒบิดาผู้เสียหาย (หญิง) ไปแจ้งว่าจำเลยเป็นคนร้ายรายนี้ แล้วนำจ่าสิบตำรวจสมพงษ์ไปจับจำเลยโดยผู้เสียหายเป็นคนชี้ให้จับ หลังจากนั้นโจทก์มีร้อยตำรวจตรีชนะชัยเป็นพยานว่า นายพุฒ นางสำอาง บิดา มารดาของผู้เสียหายและผู้เสียหายได้นำความเรื่องนี้ไปแจ้งต่อร้อยตำรวจตรีชนะชัยให้ดำเนินคดีแก่จำเลย ขณะมาแจ้งความ จ่าสิบตำรวจสมพงษ์ได้คุมตัวจำเลยมาด้วย ข้อเท็จจริงจึงเชื่อได้ว่า ที่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ตัวจำเลยมาดำเนินคดีก็เพราะนายพุฒนำความไปแจ้งต่อจ่าสิบตำรวจสมพงษ์ แสดงว่าภายหลังเกิดเหตุ เมื่อผู้เสียหายพบบิดา มารดา ผู้เสียหายได้แจ้งให้ทราบว่าจำเลยเป็นคนร้ายรายนี้ ดังนี้คำเบิกความของผู้เสียหายจึงมีน้ำหนักมั่นคงเชื่อถือและรับฟังเป็นความจริงได้” [๑๔]

---

[๑๑] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๗๒๙/๒๔๙๘*

[๑๒] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๑/๒๕๓๓*

[๑๓] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๔๔๙/๒๕๒๗*

[๑๔] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๑๑๕/๒๕๓๓*

การแจ้งความกับเจ้าหน้าที่ตำรวจอย่างรวดเร็วซึ่งอาจมีผลนำไปสู่การได้พยานหลักฐานต่างๆ เพิ่มขึ้น ก็ยิ่งเป็นการยืนยันว่าข้อความที่ผู้เสียหายกล่าวอ้างนั้นมีน้ำหนักน่าเชื่อถือมากยิ่งขึ้น

> “ผู้เสียหายเบิกความยืนยันว่า จำเลยที่ ๑ ที่ ๒ และที่ ๓ ข่มขืนกระทำชำเราตน โดยจำเลยที่ ๑ ใช้มีดขู่ มิให้ผู้เสียหายร้องและช่วยกันจับแขนและขาผู้เสียหาย ปรากฏรายละเอียดตามที่ศาลฎีกายกขึ้นกล่าวในข้อนำสืบของโจทก์ (อัยการ) ในคืนวันรุ่งขึ้นจากวันเกิดเหตุ ผู้เสียหายเล่าเรื่องที่จำเลยที่ ๑ ที่ ๒ และที่ ๓ ข่มขืนกระทำชำเราตนเพราะถูกนางรุงมารดาคาดคั้นถาม นางรุงและผู้เสียหายพากันไปบ้านบิดามารดาจำเลยที่ ๑ บอกบิดามารดาจำเลยที่ ๑ ว่า ผู้เสียหายถูกจำเลยที่ ๑ ที่ ๒ และที่ ๓ ข่มขืนกระทำชำเรา เมื่อไปแจ้งความต่อผู้ใหญ่บ้านและพนักงานสอบสวน ผู้เสียหายก็ยืนยันว่าจำเลยที่ ๑ ที่ ๒ และที่ ๓ ข่มขืนกระทำชำเราตน จนกระทั่งร้อยตำรวจตรีสงครามพนักงานสอบสวนส่งตัวผู้เสียหายไปให้แพทย์ตรวจร่างกาย แพทย์ตรวจพบว่าเยื่อพรหมจารีฉีกขาด มีน้ำอสุจิในช่องคลอดของผู้เสียหาย” [๑๕]

ซึ่งแนวการวินิจฉัยในลักษณะเช่นนี้ก็ได้รับการยอมรับว่ามีน้ำหนักในการรับฟังเป็นอย่างมาก ในคำวินิจฉัยของศาล

> “ข้อเท็จจริงจึงฟังยุติได้ว่า จำเลยได้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหายในวันเวลาและสถานที่เกิดเหตุ คงมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยว่า จำเลยได้ใช้อาวุธปืนข่มขู่จนผู้เสียหายจำยอมให้จำเลยกระทำชำเราหรือไม่ ปัญหาดังกล่าวข้อเท็จจริงฟังยุติตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นแล้วว่าจำเลยได้ยิงปืนในบริเวณเกิดเหตุในเวลาเกิดเหตุ หากผู้เสียหายเป็นใจยินยอมร่วมประเวณีกับจำเลยก็ไม่มีเหตุใดๆ ที่จำเลยจะต้องยิงปืนในขณะจะได้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหายเป็นการเชื่อสมกับคำเบิกความของผู้เสียหายว่า จำเลยยิงปืนขู่บังคับให้ผู้เสียหาย จำต้องยอมให้จำเลยกระทำชำเรา ประกอบกับผู้เสียหายได้แจ้งเหตุว่าถูกจำเลยใช้อาวุธปืนข่มขู่บังคับข่มขืนกระทำชำเรา ในทันทีที่พบกับนางจงรักษ์ มารดาของผู้เสียหาย หากผู้เสียหายสมัครใจร่วมประเวณีกับจำเลย คงไม่หาเหตุกล่าวหากลั่นแกล้งจำเลย และนางจงรักษ์ได้แจ้งเหตุที่เกิดขึ้นต่อพันตำรวจโทประสารญาติของนางจงรักษ์ในตอนเช้าวันเกิดเหตุ และได้ไปแจ้งเหตุต่อพนักงานสอบสวนในวันเดียวกัน และเจ้าพนักงานตำรวจได้พากันออกไปตรวจสถานที่เกิดเหตุ และพบของกลางในบริเวณเกิดเหตุ ซึ่งสมจริงตามคำเบิกความของผู้เสียหาย แสดงว่าผู้เสียหายบอกเล่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริง” [๑๖]

การแจ้งความกับเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยผู้เสียหาย จึงถือเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ศาลเห็นว่าคำเบิกความของผู้เสียหายมี “น้ำหนักมั่นคง เชื่อถือและรับฟังเป็นความจริง” ในกรณีที่มีพยานหลักฐานอื่นเข้ามาประกอบก็จะช่วยเพิ่มน้ำหนักให้มากขึ้นในการรับฟังปากคำจากผู้เสียหาย อย่างไรก็ตาม แม้พยานหลักฐานอื่นที่ได้จะไม่ได้สอดคล้องหรือไม่ได้สนับสนุนข้อเท็จจริงตามที่ผู้เสียหายได้กล่าวอ้าง แต่คำให้การของผู้เสียหายที่ได้ดำเนินการอย่างรวดเร็วด้วยการแจ้งกับเจ้าหน้าที่ตำรวจในระยะเวลาอันรวดเร็วหลังเหตุการณ์ก็ยังถือว่ามีน้ำหนักอย่างมาก

---

[๑๕] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๖๓/๒๕๒๗*

[๑๖] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๖๒๗/๒๕๔๓*

ชาย ๓ คนได้ร่วมกันข่มขืนหญิงสาวและฆ่าชายที่มากับหญิงตาย ในขณะเกิดเหตุไม่มีบุคคลอื่นใดรู้เห็นเหตุการณ์

> “ศาลฎีกาได้พิเคราะห์พยานหลักฐานของโจทก์ (อัยการและมารดาของผู้ตาย) จำเลย (ชาย ๓ คนที่ถูกฟ้องว่ากระทำผิดร่วมกัน) ทั้งสองฝ่ายโดยละเอียดแล้ว แม้คดีนี้โจทก์จะมีประจักษ์พยานรู้เห็นในขณะเกิดเหตุเพียงปากเดียวคือ นางไสว เหวี่ยน ผู้เสียหายก็ดี แต่ศาลฎีกาพิเคราะห์เห็นว่าพยานปากนี้เบิกความประกอบชอบด้วยเหตุผลมีน้ำหนักน่าเชื่อถือ โดยหลังจากเกิดเหตุแล้วผู้เสียหายก็ได้รีบไปเล่าบอกกับมารดาของผู้ตายในทันที เมื่อพบกับจ่าสิบตำรวจยุทธศิลป์ผู้เสียหายก็เล่าเหตุการณ์ให้ฟังว่าจำเลยทั้ง ๓ ได้สมคบกันตีผู้ตายและผลัดกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย ตลอดจนการจำคนร้ายได้ว่าเป็นจำเลยที่ ๒ และชายอีก ๒ คน ซึ่งเป็นนักมวยมาชกในงานปีใหม่ เป็นเหตุให้จ่าสิบตำรวจยุทธศิลป์พาผู้เสียหายไปจับจำเลยที่ ๑ ได้ที่บ้านนายมงคลผู้จัดการมวย ในเช้ามืดวันนั้น และจับจำเลยที่ ๒ ที่ ๓ ได้ในเวลากระชั้นชิดกัน.....ที่จำเลยกล่าวในฎีกาว่าศาลไม่ควรรับฟังว่าผู้เสียหายถูกข่มขืนกระทำชำเราเพราะนายแพทย์ประสิทธิ์ วะน้ำค้าง พยานโจทก์ผู้ชันสูตรของลับผู้เสียหายเบิกความว่า ไม่พบร่องรอยของการฉีกขาดของอวัยวะสืบพันธุ์ใหม่ๆ ของผู้เสียหาย และไม่พบเชื้ออสุจิด้วยนั้น การตรวจไม่พบเชื้ออสุจินี้นายแพทย์ประสิทธิ์ วะน้ำค้าง เบิกความต่อไปว่า อาจเป็นเพราะช่องคลอดถูกล้างเสียก่อนก็ได้ ส่วนที่ไม่มีรอยฉีกขาดใหม่ๆ ของอวัยวะสืบพันธุ์นั้น ศาลฎีกาเห็นว่าอาจเป็นเพราะผู้เสียหายเคยชำเราเกับชายอื่นมาแล้วก็ได้ ตามรายงานชันสูตรบาดแผลของนายแพทย์ท้ายฟ้อง ก็ปรากฏว่าพบเยื่อพรหมจารีมีรอยฉีกขาดเก่า ดังนั้น คำเบิกความของนายแพทย์ประสิทธิ์ วะน้ำค้าง พยานโจทก์นี้ จึงไม่เป็นเหตุให้ทำลายน้ำหนักถ้อยคำเบิกความของผู้เสียหายได้” [๑๗]

การเล่าเหตุการณ์กับคนใกล้ชิดภายหลังการเกิดเหตุและการแจ้งความที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว จึงได้รับความสำคัญในคำพิพากษาตามที่ได้กล่าวอ้างถึง และเป็นการแสดงออกที่ถูกให้ความหมายว่า หมายถึงการไม่ยินยอมของหญิงผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา และจากการพิจารณาถึงคำพิพากษาของศาลฎีกา ระยะเวลาที่รวดเร็วและกระชั้นชิดในการแจ้งความนับเป็นประเด็นที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง แม้กระทั่งในกรณีพยานหลักฐานอื่นที่พบอาจไม่ได้สนับสนุนข้อเท็จจริงตามที่ฝ่ายหญิงกล่าวอ้าง ในทรรศนะของศาลก็ยังคงให้น้ำหนักกับปากคำที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็วมากกว่าพยานหลักฐานอื่นๆ

หญิงถูกชาย ๒ คนใช้มีดปลายแหลมเป็นอาวุธจี้ขู่บังคับผลัดกันกระทำชำเรา

> “เมื่อเกิดเหตุแล้วผู้เสียหายได้เล่าเรื่องให้สามีทราบและแจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนทันทีโดยระบุชื่อคนร้ายว่าเป็นจำเลยทั้งสอง เมื่อจับจำเลยทั้งสองได้ ผู้เสียหายชี้ตัวจำเลยทั้งสองว่าเป็นคนร้ายร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย ในชั้นสอบสวนจำเลยที่ ๑ ก็ให้การรับสารภาพทั้งไปชี้ที่เกิดเหตุประกอบคำรับสารภาพและถ่ายรูปไว้ เมื่อพนักงานสอบสวนไปตรวจที่เกิดเหตุพบถุงยางอนามัยที่ใช้แล้ว ๒ ถุง ตกอยู่ในที่เกิดเหตุ การที่แพทย์ตรวจไม่พบตัวอสุจิในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ได้ความจากคำเบิกความของผู้เสียหายว่าคนร้ายสวมถุงยางอนามัยขณะข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย จึงไม่ใช่ข้อยืนยันว่าผู้เสียหายมิได้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา พยานหลักฐานจำเลยทั้งสองไม่อาจหักล้างพยานหลักฐานโจทก์ได้” [๑๘]

---

[๑๗] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๖๑๙/๒๕๑๓*

[๑๘] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๙๕๕๙/๒๕๔๒*

เมื่อการดำเนินการอย่างรวดเร็วของหญิงผู้เสียหายเป็นสิ่งที่หมายถึงการไม่ยินยอม ดังนั้น ในทางกลับกัน หากข้อพิพาทที่หญิงกล่าวอ้างว่าชายได้กระทำชำเราตนโดยตนเองไม่ได้ยินยอม แต่ภายหลังเหตุการณ์ ทางฝ่ายหญิงกลับไม่ได้ดำเนินการอย่างใดๆ อย่างรวดเร็วเมื่อสามารถจะกระทำได้ เช่น การแสดงอาการขัดขืนในทันทีที่สามารถกระทำได้ การเปิดเผยเรื่องราวที่เกิดขึ้นให้กับบุคคลอื่นได้รับทราบ รวมถึงระยะเวลาในการแจ้งความต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ทอดยาวห่างจากเหตุการณ์ที่กล่าวอ้าง การกระทำในลักษณะเช่นนี้ของหญิง ก็จะได้รับความน่าเชื่อถือที่แตกต่างไปอย่างสิ้นเชิงกับการแจ้งความอย่างรวดเร็ว

ชายซึ่งตกเป็นจำเลยให้การว่าได้ชวนเด็กหญิงอายุ ๑๑ ปีเศษ ซึ่งเป็นผู้เสียหายไปที่ห้องพักของจำเลยในห้องพักไม่มีคนงานอยู่ ทั้งสองได้พูดกอดจูบกันและในเวลาประมาณ ๒๐.๐๐ น. ก็ได้นอนหลับอยู่ในมุ้งเดียวกัน จนถึงเวลา ๒๓.๐๐ น. จำเลยเห็นเพื่อนคนงานหลับหมดแล้วจึงร่วมประเวณีกับเด็กหญิง วันรุ่งขึ้นไปที่ทำงานพบมารดาของผู้เสียหาย จำเลยได้รับสารภาพว่าได้เสียกับผู้เสียหายและยินดีรับเลี้ยงผู้เสียหายแต่ตกลงกันไม่ได้ มารดาผู้เสียหายจึงไปแจ้งความที่สถานีตำรวจเพื่อดำเนินคดีกับจำเลย

สำหรับผู้เสียหายเบิกความว่า

> “เมื่อไปนั่งคอยจำเลยเปลี่ยนเสื้อผ้าที่ระเบียงหน้าห้องจำเลย จำเลยเอาน้ำเป๊ปซี่ให้ดื่ม ผู้เสียหายดื่มยังไม่ทันหมดแก้ว ก็ถือแก้วน้ำเข้าไปในห้องนั่งตรงที่กางมุ้งไว้ได้ ๒๐ นาที รู้สึกมึนงง ล้มตัวลงนอนหลับไป มารู้สึกตัวใกล้สว่าง จำเลยนอนทับตัวอยู่ กางเกงในและกางเกงยีนผู้เสียหายถูกถอด อยู่ปลายเท้า จำเลยก็ไม่ได้สวมเสื้อผ้าเช่นกันจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายจนมีน้ำเมือกเปียกที่อวัยวะเพศของผู้เสียหาย ในตอนเช้าผู้เสียหายลุกไปล้างหน้าในห้องน้ำและต่อมาไปที่ทำงาน” [๑๙]

จะเห็นได้ว่าทั้งจำเลยและผู้เสียหายต่างให้การรับกันว่าได้มีการร่วมประเวณีกันเกิดขึ้น แต่ประเด็นที่เป็นข้อพิพาทก็คือว่า การกระทำนี้เกิดขึ้นโดยความยินยอมของเด็กหญิงตามการให้ปากคำของฝ่ายชาย หรือเป็นการมอมยาของฝ่ายชายตามคำให้การของเด็กหญิง ซึ่งศาลก็ได้นำเอาเรื่องของการดำเนินการอย่างรวดเร็วของผู้เสียหายมาเป็นประเด็นสำคัญในการชี้ว่าข้อเท็จจริงจากฝ่ายใดที่น่าเชื่อถือมากกว่ากัน

> “เมื่อนำคำเบิกความของจำเลยและผู้เสียหายมาฟังประกอบกันแล้ว รูปคดีน่าเชื่อตามที่จำเลยว่าผู้เสียหายและจำเลยต่างสมัครใจที่จะร่วมประเวณีกัน หากผู้เสียหายถูกจำเลยให้ดื่มน้ำเป๊ปซี่มอมเมาผู้เสียหายจนหมดสติไม่รู้สึกตัว แต่เหตุใดเมื่อมารู้สึกตัวว่าถูกจำเลยกระทำชำเรา ผู้เสียหายจึงไม่ร้องขอความช่วยเหลือจากคนงานที่นอนอยู่ใกล้ๆ มุ้งของจำเลย นอกจากนี้เมื่อผู้เสียหายมีกำลังลุกขึ้นได้แทนที่จะแจ้งเรื่องที่เกิดขึ้น ให้คนงานคนใดคนหนึ่งที่นอนอยู่ในห้องจำเลยได้ทราบ ผู้เสียหายกลับเข้าห้องน้ำล้างหน้า ต่อมาก็กลับไปที่ทำงานโดยไม่ได้เล่าให้ผู้ใดฟังเหมือนไม่มีอะไรผิดปกติ จนกระทั่งมารดาผู้เสียหายมาถาม จึงบอกเรื่องที่ไปนอนกับจำเลยในคืนเกิดเหตุให้ฟัง” [๒๐]

เหตุผลในการวินิจฉัยจึงเป็นการย้ำให้เห็นถึงความเชื่อในการปฏิบัติตัวของทางฝ่ายหญิงว่า หากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราจริงก็จะต้องมีการแสดงออกหรือบอกเล่าเรื่องราวแก่บุคคลอื่นในทันทีที่สามารถจะกระทำได้ แต่ถ้าหากภายหลังเหตุการณ์และหญิงอยู่ในสภาพแวดล้อมที่สามารถบอกเล่าแก่คนอื่นได้แต่ไม่กระทำ กรณีเช่นนี้ความน่าเชื่อถือในการให้ปากคำของผู้เสียหายก็จะมีน้ำหนักน้อยหรือไม่ถูกให้ความสำคัญ แม้ว่าในคำพิพากษาฎีกาที่กล่าวมาทางฝ่ายผู้เสียหายจะได้แจ้งความในวันรุ่งขึ้น อันเป็นระยะเวลาที่ใกล้ชิดกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น

---

[๑๙] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๓๖/๒๕๒๘*

[๒๐] *คำพิพากษาฎีกาเดียวกัน*

ดังนั้น หากเป็นกรณีที่ได้มีการชำเราระหว่างชายหญิงเกิดขึ้น แต่ผ่านพ้นไปเป็นระยะเวลาหลายวัน เหตุการณ์จึงค่อยเป็นที่รับรู้แก่บุคคลอื่น รวมไปถึงการแจ้งความกับเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ห่างจากวันที่เกิดเหตุ กรณีเช่นนี้ก็ย่อมเป็นการยากมากขึ้นที่ศาลจะเชื่อถือในปากคำของทางฝ่ายผู้เสียหาย

คดีนี้ทางฝ่ายโจทก์ก็ได้นำสืบว่าหญิงผู้เสียหาย เป็นญาติกับภรรยาของชายผู้ตกเป็นจำเลย ได้ถูกกระทำชำเราในระหว่างไปทำงานที่โรงสีข้าว เมื่อวันที่ ๕ กรกฎาคม ๒๕๒๕ โดยฝ่ายชายได้ใช้มีดเป็นอาวุธ หลังกระทำชำเราสำเร็จได้ข่มขู่ไม่ให้แพร่งพรายให้ผู้อื่นทราบ ต่อมามารดาของหญิงได้ตามมาทำงานด้วยเมื่อวันที่ ๙ กรกฎาคม ในคืนวันที่ ๑๓ กรกฎาคม ระหว่างที่มารดาของหญิงเข้าเวรทำงานดึก จำเลยได้เข้าไปบังคับขืนใจกระทำชำเราผู้เสียหายจนสำเร็จความใคร่และข่มขู่ดังเช่นครั้งก่อน ต่อมาวันที่ ๑๙ กรกฎาคม ทั้ง ๓ คน ได้กลับบ้านเดิมของตนที่จังหวัดพิจิตร หญิงจึงเล่าเรื่องให้มารดาของตนทราบและมีการเรียกจำเลยไปสอบถาม เพื่อให้รับเลี้ยงดูหญิง แต่ตกลงกันไม่ได้ บิดาของหญิงจึงนำความเข้าแจ้งกับเจ้าหน้าที่ตำรวจให้ดำเนินคดีกับจำเลย

ทางฝ่ายจำเลยโต้แย้งว่า ผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยร่วมประเวณีด้วยความสมัครใจ หลังจากกลับไปอยู่บ้าน หญิงผู้เสียหายชักชวนจำเลยให้ทิ้งภรรยาและไปอยู่กับผู้เสียหาย แต่จำเลยไม่ยอมทำตาม จำเลย ภรรยาจำเลย และแม่ยายจำเลย ได้ไปพบกับบิดาผู้เสียหายซึ่งจะให้จำเลยรับเลี้ยงแต่จำเลยไม่ยอม ศาลพิเคราะห์แล้ว

> “ปัญหาว่าจำเลยกระทำความผิดดังโจทก์ฟ้องหรือไม่ คงได้ความตามคำเบิกความของผู้เสียหายว่า ระหว่างไปทำงานที่โรงสีข้าวสหกรณ์ธัญญะกิจ ถูกจำเลยเข้าไปในห้องพัก ข่มขืนกระทำชำเราซึ่งต่างวันและเวลากันถึง ๒ ครั้ง ผู้เสียหายก็มิได้เอะอะหรือแพร่งพราย เรื่องที่เกิดขึ้นให้ผู้ใดทราบ แม้แต่มารดาของตนซึ่งไปเป็นลูกจ้างทำงานแห่งเดียวกัน การถูกข่มขืนครั้งแรกแม้มารดาของผู้เสียหายจะยังไม่ได้ไปทำงานและพักอยู่ด้วยกันก็ตาม แต่เมื่อมารดาของผู้เสียหายไปได้งานทำและพักอยู่ที่เดียวกันแล้ว ต่อมาจึงถูกจำเลยข่มขืนเป็นครั้งที่สอง ผู้เสียหายก็มิได้แพร่งพรายเพิ่งจะไปบอกเล่าให้มารดาฟังหลังจากออกจากงานกลับถึงบ้านแล้วอีกหลายวันจนได้มีการสอบถามจำเลยบังคับให้รับผู้เสียหายเลี้ยงดูเป็นภรรยา เมื่อจำเลยไม่ยอมรับที่จะให้เลิกกับภรรยาเดิมจึงทำให้เกิดเรื่องเป็นคดีขึ้น” [๒๑]

ในความเห็นของศาล การดำเนินการที่ล่าช้าในการแสดงถึงการถูกข่มขืนเป็น “พิรุธ” ที่ทำให้ส่อไปว่าเหตุที่เกิดขึ้นไม่ควรเป็นการกระทำโดยบังคับขืนใจ และหากมีข้อเท็จจริงอื่นมาสนับสนุนไปในทางที่ทำให้เห็นว่าการชำเราที่เกิดขึ้นเป็นเพราะความยินยอม ดังเช่นในคดีที่กล่าวมาข้างต้น ก็จะมีการนำเอาข้อเท็จจริงอื่นๆ มาอธิบายประกอบสนับสนุนให้เห็นว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องของการยินยอมมิใช่การข่มขืน ดังการเจรจาเพื่อให้จำเลยรับเลี้ยงดูผู้เสียหายแต่ตกลงกันไม่ได้ จึงได้มีการแจ้งความเกิดขึ้น ในความเห็นของศาลจึง “เป็นข้อพิรุธชวนสงสัยในพฤติการณ์ของเหตุแห่งการแจ้งความดำเนินคดีแก่จำเลยเป็นอย่างยิ่ง”

ตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา ระยะเวลาในการดำเนินการของหญิงผู้เสียหายเป็นปัจจัยสำคัญต่อการวินิจฉัยของศาล ถ้าหากหญิงได้บอกเล่าเรื่องราวแก่ผู้อื่นทันทีที่สามารถกระทำได้ รวมถึงการแจ้งความต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจภายในระยะเวลาอันรวดเร็ว การให้ปากคำของหญิงก็จะถูกพิจารณาว่าน่าเชื่อถือและรับฟังเป็นความจริงได้ ตรงกันข้าม หากหญิงปล่อยให้เวลาจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นทอดยาวออกไป โดยไม่ยอมกระโตกกระตากให้ผู้อื่นรับรู้เมื่อมีโอกาส รวมทั้งการแจ้งความที่อาจต้องล่าช้าออกไป ในกรณีเช่นนี้ การให้ถ้อยคำของฝ่ายหญิงก็เป็นสิ่งที่ชวนให้มีข้อพิรุธน่าสงสัย และไม่มีความน่าเชื่อถือแก่การรับฟัง

---

[๒๑] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๒๓๘/๒๕๒๗*

อย่างไรก็ตาม ในคำพิพากษาของศาลฎีกาไม่ได้ให้เหตุผลไว้อย่างชัดเจนว่าเพราะเหตุใดจึงวางบรรทัดฐานว่าการดำเนินการของหญิงในระยะเวลาที่ใกล้ชิดกับเหตุการณ์ จึงแสดงถึงความน่าเชื่อถือมากกว่าการทิ้งเวลาให้ทอดยาวออกไป คำพิพากษาที่เกิดขึ้นมีแนวโน้มที่จะยอมรับว่า หากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราแล้วก็เป็นเรื่อง “ปกติ” ที่ผู้เสียหายต้องดำเนินการอย่างรวดเร็ว ความเข้าใจและคำอธิบายเช่นนี้อาจสืบเนื่องมาจากแนวคิดที่ให้ความสำคัญกับหญิง ในเรื่องของความประพฤติและความบริสุทธิ์ทางเพศว่าเป็นสิ่งที่มีคุณค่าเป็นอย่างมากสำหรับผู้หญิง เมื่อหญิงถูกกระทำในลักษณะของการย่ำยีและทำให้หญิงต้องเสื่อมคุณค่าลงก็ควรต้องกระทำการเพื่อตอบโต้ ดังการให้เหตุผลเมื่อมีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่หญิงมีอายุ ๑๕ ปีเศษถูกชายข่มขืนจนตั้งครรภ์ขึ้น ศาลได้ให้คำอธิบายว่าการกระทำในลักษณะนี้ทำให้ “ค่าของความเป็นสาวย่อมตกต่ำจนกระทั่งบัดนี้ก็ยังไม่มีชายใดประสงค์จะแต่งงานด้วย อนาคตของโจทก์ (หญิง) ต้องสูญเสียไปอย่างแก้ไม่ได้” [๒๒]

การมีปฏิกิริยาโต้ตอบอย่างทันทีเนื่องจากการข่มขืน จึงเป็นความคาดหมายที่หญิงควรต้องกระทำในทรรศนะของศาล เพื่อเป็นการลงโทษแก่ชายที่กระทำความผิด แม้คำอธิบายนี้จะเป็นที่ยอมรับกันดังปรากฏในคำพิพากษาจำนวนมาก แต่ขณะเดียวกันก็ได้ยอมรับเช่นกันว่าการตกเป็นผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเรานั้น เป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจาก “การถูกชายที่ไม่ใช่สามีข่มขืนกระทำชำเราเป็นเรื่องที่น่าอับอายขายหน้า” [๒๓] “ต้องอับอายเสื่อมเสียต่อเกียรติยศชื่อเสียงของตนเองและวงศ์ตระกูล” [๒๔] ซึ่งก็ไม่ได้จำกัดไว้เพียงเฉพาะหญิงที่เป็นโสดเท่านั้น แม้ “เป็นหญิงมีสามีแล้ว หากไม่มีมูลความจริงก็คงจะไม่กล้าเปิดเผยแจ้งความว่าตนได้ถูกข่มขืนกระทำชำเราเพราะเป็นเรื่องที่น่าอับอาย” [๒๕] สิ่งไม่พึงปรารถนาคงไม่ใช่เพียงความน่าอับอายเท่านั้น หากการค้นหาความจริงในกระบวนการยุติธรรม ร่างกายของหญิงก็จะต้องถูกรุกล้ำจากบรรดาผู้เกี่ยวข้องซึ่งล้วนแต่เป็นบุคคลแปลกหน้าแทบทั้งสิ้น

> “ถ้าผู้เสียหายไม่ถูกพวกจำเลยข่มขืนกระทำชำเราจริงแล้ว ก็คงไม่กล้านำเหตุการณ์ที่น่าอับอายขายหน้า สำหรับลูกผู้หญิงมากลั่นแกล้งใส่ร้ายจำเลย เพราะอย่างน้อยเจ้าพนักงานสอบสวนก็ต้องส่งผู้เสียหายไปให้แพทย์ตรวจของลับ ซึ่งย่อมเป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์สำหรับหญิงเป็นอย่างยิ่ง” [๒๖]

อาจกล่าวได้ว่า มีการตระหนักถึงความเสื่อมเสียและความยุ่งยากที่หญิงผู้เสียหายจะต้องเผชิญเมื่อต้องเข้าไปสู่กระบวนการยุติธรรม ซึ่งอาจไม่ได้จำกัดไว้เพียงเท่าที่ถูกกล่าวอ้างในคำพิพากษาเท่านั้น แต่อาจมีประเด็นอื่นๆ ที่ติดตามมาขึ้นอยู่กับเงื่อนไขและลักษณะเฉพาะตัวของหญิงแต่ละคน ซึ่งอาจเป็นปัจจัยที่ทำให้หญิงต้องคิด ก่อนที่จะร้องแรกแหกกระเชอ (ราชบัญฑิตยสถาน ๒๕๔๒) ถึงสิ่งที่ตนเองโดนกระทำ หรือก่อนที่จะเข้าแจ้งความกับเจ้าหน้าที่ตำรวจก็อาจต้องใคร่ครวญเป็นอย่างดี เพราะการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมจะทำให้ต้องมีต้นทุนหลายด้านที่ต้องจ่ายไม่เพียงเฉพาะการเสียเวลากับการให้ปากคำกับเจ้าหน้าที่ตำรวจ ศาล การซักถามของทนาย แต่ยังรวมไปถึงความอับอายตามบรรทัดฐานความเชื่อของสังคมไทย เฉพาะอย่างหากเป็นกรณีที่ได้ใช้กระบวนการยุติธรรมเป็นที่พึ่งแล้วประสบกับการยกฟ้อง

---

[๒๒] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๕๗๓/๒๕๑๘*

[๒๓] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๖๓/๒๕๒๗*

[๒๔] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๙๕๗/๒๕๔๑*

[๒๕] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๙๕๕๙/๒๕๔๒*

[๒๖] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๖๑๙/๒๕๑๓*

เมื่อพิจารณาในแง่นี้ จะพบว่ามีความขัดแย้งของการให้เหตุผลในคำพิพากษาปรากฏอยู่ ด้านหนึ่งคำพิพากษาจะให้ความน่าเชื่อถือกับการดำเนินการของหญิงที่ต้องเป็นไปอย่างรวดเร็ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากภายหลังเกิดเหตุการณ์ชำเราที่หญิงสามารถบอกกล่าวกับผู้อื่น หรือแจ้งความต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจได้แล้ว และหญิงได้กระทำทันทีภายในเวลาที่กระชั้นชิดกับเหตุการณ์ ตรรกะเช่นนี้จึงเรียกร้องให้หญิงตอบสนองต่อการข่มขืนกระทำชำเราโดยเห็นว่าเป็นเรื่องที่เป็นบรรทัดฐานของหญิงที่ถูกข่มขืน แต่ในอีกด้านหนึ่ง ก็มีคำอธิบายว่าการตกเป็นผู้เสียหายเป็นเรื่องที่จะสร้างภาระอย่างมากแก่หญิงหากนำคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม การ “เปลืองตัว” ของหญิงทำให้ต้องมีการคิดไตร่ตรองอย่างระมัดระวังและชั่งน้ำหนักถึงสิ่งที่จะได้กลับคืนมาและสิ่งที่จะเสียไปอีกหากจะต้องมีการดำเนินคดีเกิดขึ้น ดังนั้น การคาดหวังจะมีการดำเนินการเกิดขึ้นอย่างฉับพลันตามความเชื่อที่ถูกอธิบายในคำพิพากษา จึงอาจไม่ได้เป็นเหตุผลซึ่งครอบคลุมมิติที่รอบด้านของหญิงได้อย่างเพียงพอ

ข. บาดแผล

การชำเราระหว่างชายกับหญิงที่เป็นการข่มขืนต้องเกิดขึ้นโดยหญิงไม่ได้สมัครใจ เมื่อเป็นเช่นนั้นการแสดงออกทางกายภาพด้วยการขัดขืนจึงเป็นสิ่งที่จะแสดงให้เห็นถึงความไม่ยินยอมพร้อมใจของหญิง หากชายยังคงต้องการชำเราหญิงก็มีการใช้กำลัง ด้วยตรรกะเช่นนี้การข่มขืนจึงย่อมมีร่องรอยของการใช้กำลังปรากฏขึ้น และเป็นหลักฐานที่มีน้ำหนักต่อการยืนยันถึงความไม่ยินยอมที่ปรากฏในคำพิพากษา

ชาย ๒ คนร่วมกันปลุกปล้ำและทำร้ายหญิงจนสลบ ชายถอดเสื้อผ้าและกางเกงของตนเองออกเรียบร้อย แต่บังเอิญมีคนมาพบเข้า จึงกระทำการไม่สำเร็จ

> “ผลการตรวจชันสูตรบาดแผลของแพทย์ท้ายฟ้องปรากฏว่า โจทก์ร่วม (หญิงผู้เสียหาย) มีโลหิตออกใต้ตาขาวทั้งสองข้าง มีรอยแดงที่คอด้านขวายาวประมาณ ๒ นิ้ว กว้างประมาณ ๑/๓ นิ้ว ด้านซ้ายยาวประมาณ ๑/๓ นิ้ว เจ็บคอในเวลากลืน ซึ่งนายถนอม เติมกลิ่นจันทร์ แพทย์ผู้ตรวจเบิกความว่า ลักษณะบาดแผลเช่นนี้เป็นการถูกบีบคออย่างรุนแรง โลหิตเดินไม่สะดวกทำให้เส้นโลหิตฝอยในตาขวาแตก หากไม่ได้รับความช่วยเหลือทันท่วงทีอาจถึงตายได้ และถ้าผู้ถูกบีบสลบไป โอกาสที่จะตายมีได้เสมอ” [๒๗]

บาดแผลที่เกิดขึ้นแก่หญิงผู้เสียหายทำให้แสดงถึงการขัดขืน ยิ่งหากเป็นบาดแผลที่มีความรุนแรงต่อผู้เสียหายมาก ก็ยิ่งมีน้ำหนักมากขึ้นในการยืนยันถึงความไม่ยินยอมพร้อมใจ และบาดแผลนี้ไม่จำกัดเฉพาะบาดแผลที่เกิดขึ้นจากการใช้กำลังเพื่อให้การข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จเท่านั้น แม้เป็นบาดแผลที่เกิดขึ้นภายหลังการข่มขืนก็ถูกให้ความสำคัญเอาไว้ไม่แตกต่างกัน

---

[๒๗] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๒๖๘/๒๕๒๙*

อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้จำเลยทั้ง ๒ คนไม่ได้ถูกลงโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แม้จะได้ทำร้ายร่างกายผู้เสียหาย เนื่องจากในความเห็นของศาลเห็นว่าการกระทำของจำเลย “ยังไม่ได้อยู่ในวิสัย” ที่จะกระทำชำเราผู้เสียหายได้ จึงมีความผิดฐานร่วมกันอนาจารเท่านั้น

> “เห็นได้ว่ามูลเหตุที่จำเลยทำร้ายผู้เสียหายสืบเนื่องมาจากการที่จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย และคงเกรงว่าผู้เสียหายจะนำความไปบอกกับคนอื่นให้ทราบถึงเรื่องที่เกิดขึ้น และเพื่อเป็นการปกปิดความผิดของจำเลย จึงใช้ไม้ไผ่ที่ปลายมีตาแหลมคม ขนาดวัดโดยรอบที่โคนไม้ ๖ เซนติเมตรครึ่ง ที่ปลายไม้ ๕ เซนติเมตร ยาว ๑ เมตร และอีกอันหนึ่งที่โคนไม้ ๔ เซนติเมตรครึ่ง ที่ปลายไม้ ๔ เซนติเมตร แทงที่คอผู้เสียหายมีโลหิตไหล กระทืบที่หน้าและท้องผู้เสียหายซึ่งมีอายุเพียง ๙ ขวบ จนสลบ ปรากฏบาดแผลตามรายงานชันสูตรบาดแผลของแพทย์ท้ายฟ้อง รวม ๑๐ แห่ง คือ แก้มซ้าย หางตาซ้าย ในปาก ริมฝีปาก คอ ไหปลาร้า โดยเฉพาะที่ไหปลาร้าซ้ายฉีกขาดกว้าง ๐.๒ เซนติเมตร ยาว ๒ เซนติเมตร คอด้านซ้ายฉีกขาดกว้าง ๐.๕ เซนติเมตร ยาว ๒ เซนติเมตร คอด้านขวาแผลที่ ๑ ฉีกขาดกว้าง ๐.๒ เซนติเมตร ยาว ๑ เซนติเมตร แผลที่ ๒ กว้าง ๐.๒ เซนติเมตร ยาว ๒ เซนติเมตร จำเลยเชื่อว่าผู้เสียหายถึงแก่ความตายแล้วจึงหลบไป ปล่อยให้ผู้เสียหายนอนสลบอยู่ตรงที่เกิดเหตุจนกระทั่งฟื้น” [๒๘]

เมื่อบาดแผลเป็นสิ่งที่ยืนยันอาการขัดขืนของหญิง การให้ปากคำของหญิงผู้เสียหายก็จะถือว่าเป็นสิ่งมีน้ำหนักในการรับฟังของศาล มากกว่าการให้ปากคำของผู้ที่ปราศจากร่องรอยในการขัดขืน

เด็กหญิงถูกภารโรงซึ่งรู้จักกันมาก่อนกระทำชำเราและได้ทำร้ายร่างกายเด็กหญิงจนสลบมาฟื้นที่โรงพยาบาล แพทย์ต้องผ่ากะโหลกศีรษะและเจาะที่ลำคอไม่สามารถพูดได้ หลังเกิดเหตุประมาณ ๒๐ วัน ได้เขียนข้อความแจ้งว่าภารโรงเป็นคนข่มขืนและทำร้ายตน เมื่อตำรวจไปนำตัวภารโรงมาให้ดูตัว เด็กหญิงก็ยืนยัน

> “ผู้เสียหายเป็นเด็กมีอายุเพียง ๘ ปี ถึงจะมีสาเหตุกับจำเลยเกี่ยวกับเรื่องผู้เสียหายเคยลักกุญแจห้องเรียนและอาหารของโรงเรียนซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลยมาก่อน แต่ก็ไม่มีความร้ายแรงถึงขนาดที่จะใส่ร้ายจำเลยโดยไม่เป็นจริง ทั้งเบิกความเชื่อมโยงกับคำของนางพัชรีย์ มหามิตร พยานโจทก์ว่า ขณะที่ผู้เสียหายนอนพักรักษาตัวอยู่ที่โรงพยาบาลและอยู่ในความดูแลของตน ผู้เสียหายได้เขียนข้อความลงในกระดาษระบุว่าจำเลยข่มขืนกระทำชำเราและทำร้ายผู้เสียหาย..... ข้อเท็จจริงเชื่อว่าหลังจากผู้เสียหายได้รับการผ่าตัดมีอาการดีขึ้นแล้วแต่พูดยังไม่มีเสียงเพราะถูกเจาะคอ ได้เขียนข้อความลงในกระดาษระบุว่าจำเลยเป็นคนข่มขืนกระทำชำเราและทำร้ายตนให้ผู้อื่นทราบ ซึ่งศาลฎีกาเห็นว่า ผู้เสียหายเป็นเด็กขณะเขียนข้อความอยู่ระหว่างเจ็บป่วยต้องพักรักษาตัวอยู่ที่โรงพยาบาล หากไม่เป็นความจริงยากที่ผู้ใดจะเสี้ยมสอนได้ ทั้งต่อมาเมื่อถูกสอบสวนและให้ดูตัวจำเลย ผู้เสียหายก็ยืนยันว่าจำเลยเป็นคนร้ายรายนี้ ประกอบกับได้ความจากนายแพทย์ปกรณ์และนางพัชรีย์พยานโจทก์ที่ว่า หลังเกิดเหตุประมาณ ๑๐ วัน พยานทั้งสองได้ตรวจดูผู้เสียหายและพบโดยบังเอิญว่าที่บริเวณทวารหนักมีรอยช้ำแดง และที่ระหว่างช่องคลอดกับรูทวารหนักมีรอยถลอกเล็กน้อย ซึ่งพยานทั้งสองมีความเห็นว่าถูกของแข็งไม่มีคมทิ่มหรือแทง จึงทำให้คำของผู้เสียหายมีน้ำหนักยิ่งขึ้น.....ที่ผู้เสียหายเบิกความว่า อวัยวะเพศของจำเลยได้เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายนั้นน่าจะเป็นเพราะความไร้เดียงสาของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กย่อมรู้ไม่ถึงวิธีการเพศก็เป็นได้” [๒๙]

---

[๒๘] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๓๓/๒๕๑๙*

[๒๙] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๕๗/๒๕๓๖*

การให้ความสำคัญกับปากคำของผู้เสียหายที่ได้รับบาดเจ็บอย่างรุนแรงจะได้รับการรับฟังและเป็นผลให้ข้อเท็จจริงบางประการถูกลดทอนน้ำหนักและมองข้ามไป ทั้งที่หากเป็นในคดีทั่วไปข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องได้รับการใส่ใจและเป็นประเด็นที่ต้องนำมาขบคิด สำหรับในคดีที่กล่าวมาข้างต้นมี ๒ ประเด็น คือ การมีข้อพิพาทกันมาก่อนหน้าระหว่างผู้เสียหายซึ่งก็คือเด็กหญิงกับภารโรงที่ตกเป็นจำเลย เหตุพิพาทอาจทำให้เกิดความเกลียดชังระหว่างคู่กรณีและอาจนำมาซึ่งการใส่ความหรือการให้ปากคำที่มีการต่อเติมเสริมแต่งเรื่องต่างๆ เพิ่มขึ้น การรับฟังปากคำของพยานในลักษณะเช่นนี้จึงต้องทำด้วยความระมัดระวัง ประการที่สอง การให้ปากคำที่ขัดกับหลักฐานของผู้เชี่ยวชาญ ดังที่ผู้เสียหายเบิกความว่าจำเลยใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศของตน แต่จากการตรวจของแพทย์กลับไม่ปรากฏตามที่ผู้เสียหายกล่าวอ้าง ทั้ง ๒ ประเด็น ศาลได้พิจารณาและให้ความเห็นไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อผู้เสียหาย โดยทั้งนี้อาจเป็นผลมาจากกรณีที่ผู้เสียหายเป็นเด็ก อันเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่ศาลจะให้ความสำคัญอย่างมากในการรับฟังข้อเท็จจริงของคดีข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งในประเด็นนี้จะได้ทำการวิเคราะห์ในเนื้อหาส่วนถัดไป

ในกรณีที่หญิง ซึ่งเป็นผู้เสียหายถึงแก่ความตายโดยมีบาดแผลจากการทำร้ายและการข่มขืนเป็นสิ่งที่รับฟังได้อย่างหนักแน่นว่าการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นการชำเราโดยที่หญิงไม่ได้ยินยอม หากมีคดีในลักษณะเช่นนี้ ประเด็นในการพิจารณาของศาลที่สำคัญมีแต่เพียงว่าบุคคลที่ตกเป็นจำเลยเป็นผู้ที่กระทำความผิดหรือไม่ การพิจารณาพยานหลักฐานต่างๆ เช่น เส้นผม ขนจากอวัยวะเพศ ที่อยู่ของจำเลยในเวลาเกิดเหตุ [๓๐] ก็เพียงเพื่อเป็นการยืนยันว่าจำเลยเป็นบุคคลที่ลงมือกระทำการดังกล่าวหรือไม่เท่านั้น

ความรุนแรงของบาดแผลมีส่วนสัมพันธ์กับความเชื่อถือในการยืนยันว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องของการข่มขืน หากบาดแผลมีความรุนแรง เฉพาะอย่างยิ่งถ้าหญิงถึงแก่ชีวิตก็ไม่จำเป็นต้องมีข้อพิสูจน์อื่นใดเกี่ยวกับประเด็นเรื่องความยินยอม แต่หากในกรณีที่บาดแผลของหญิงเป็นบาดแผลที่ไม่อาจทำอันตรายจนถึงแก่ชีวิตหรือพิการ หากเป็นแผลที่สามารถรักษาให้หายได้ภายในระยะเวลาไม่นาน ลักษณะของบาดแผลเช่นนี้ก็จะเป็นส่วนหนึ่งในการเพิ่มน้ำหนักให้กับคำกล่าวอ้างของหญิง ในการพิจารณาเมื่อประกอบกับข้อเท็จจริงอื่นๆ

อัยการฟ้องว่า ชาย ๒ คน ร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราหญิงโดยใช้มีดและปืนเป็นอาวุธ

> “ศาลฎีกาได้พิเคราะห์พยานหลักฐานของโจทก์แล้วเห็นว่า นอกจากโจทก์จะมีตัวผู้เสียหาย (หญิง) เบิกความยืนยันว่าจำเลยทั้งสองพาผู้เสียหายไปที่ดงอ้อยข้างบ้านแล้วจำเลยขู่จะฆ่าผู้เสียหาย โดยจำเลยที่ ๑ มีปืนและจำเลยที่ ๒ มีมีด จำเลยทั้งสองได้ผลัดกันชำเราผู้เสียหายแล้ว โจทก์ก็ยังมีบันทึกการตรวจสอบสถานที่เกิดเหตุ (เอกสารหมายเลข จ.๒) ที่ร้อยตำรวจเอกพิชัยทำขึ้นมาแสดงว่า ที่ดงอ้อยตรงที่ผู้เสียหายอ้างว่าถูกข่มขืนกระทำชำเรามีร่องรอยการต่อสู้ขัดขวางมีต้นอ้อยหักล้มหลายต้น พื้นดินมีรอยกระจุยกระจายของใบอ้อยซึ่งปกคลุมดินอยู่ เอกสารหมายเลข จ.๒ นี้ จึงสนับสนุนคำของผู้เสียหายในข้อนี้ให้น่าเชื่อถือว่าผู้เสียหายถูกข่มขืนกระทำชำเราที่ดงอ้อย ประกอบกับนายตำแหน่ง ผู้ช่วยผู้ใหญ่บ้านก็เบิกความว่าในวันรุ่งขึ้นจากวันเกิดเหตุ พยานได้ตรวจดูตัวผู้เสียหายพบว่า ที่มือผู้เสียหายบริเวณฝ่ามือมีแผลข้างละแผล ที่คอมีรอยเล็บข้างละ ๒ รอย บริเวณขาอ่อนทั้งสองข้างมีรอยเขียวช้ำเหมือนถูกทุบ และนายสาย พี่ชายของผู้เสียหายก็เบิกความสนับสนุนคำของนายตำแหน่งในข้อนี้ด้วยว่าในวันเกิดเหตุพยานดูที่ฝ่ามือของผู้เสียหายทั้งสองข้างปรากฏว่ามีรอยมีดบาดเป็นรอยใหม่ คำของนายตำแหน่งและนายสาย จึงสนับสนุนคำของผู้เสียหายให้ฟังได้ว่า จำเลยคนใดคนหนึ่งได้ใช้มีดขู่จะทำร้ายผู้เสียหายและ ผู้เสียหายคงขัดขืนต่อสู้” [๓๑]

---

[๓๐] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๔๓๗/๒๕๓๑*

[๓๑] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๒๗/๒๕๒๙*

บาดแผลที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายจึงเป็นหลักฐานสำคัญยืนยันถึงความไม่สมัครใจในการมีเพศสัมพันธ์ แม้ว่าลักษณะของบาดแผลอาจสามารถช่วยบ่งชี้ถึงความไม่สมัครใจของหญิงได้ แต่ก็อาจเกิดคำถามขึ้นว่าในกรณีที่มีข้อพิพาทเรื่องการข่มขืนโดยหญิงผู้เสียหายไม่มีบาดแผลใดๆ กรณีเช่นนี้ก็อาจทำให้น้ำหนักความน่าเชื่อถือในปากคำของหญิงลดลง

ค. ภูมิหลังของผู้เสียหาย

ความเป็นมาและประวัติของหญิงซึ่งตกเป็นผู้เสียหายเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่ศาลจะนำมาเป็นเหตุผลในการวินิจฉัยว่าการชำเราที่เกิดเป็นข้อพิพาทขึ้นเป็นการสมยอมหรือเป็นการข่มขืน โดยประเด็นที่ได้รับความสนใจ คือ ลักษณะความสัมพันธ์ของชายกับหญิงที่เป็นคู่กรณีว่ามีอยู่ในลักษณะใด คนรัก แฟน หรือไม่เคยรู้จักกันมาก่อน และอีกประเด็นหนึ่งก็คืออายุของหญิงว่าเป็นเด็กหรือบรรลุนิติภาวะแล้ว ทั้งความสัมพันธ์ของชายกับหญิงและอายุของหญิงเป็นประเด็นที่จะถูกอ้างอิงอย่างมากเมื่อต้องการชี้ขาดในประเด็นว่าการมีเพศสัมพันธ์ที่เกิดเป็นข้อถกเถียงขึ้นว่าเป็นการข่มขืนหรือไม่

ในด้านของความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงหากชายและหญิงที่เป็นคู่พิพาทกันในคดีล่วงละเมิดทางเพศเคยมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ใกล้ชิดกันเป็นพิเศษ เช่น เคยเป็นคนรักกัน เคยมีความสัมพันธ์ทางเพศกันมาก่อน รูปแบบของความสัมพันธ์เช่นนี้ในสายตาของศาลแล้ว มีแนวโน้มที่จะอธิบายว่าการชำเราที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องของความยินยอมมากกว่าการข่มขืน

หญิงผู้เสียหายอ้างว่าถูกชายข่มขืนแต่ชายที่ตกเป็นจำเลยอ้างว่าเป็นการมีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอม ประเด็นหนึ่งที่ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาก็คือ ลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิง ทั้งพยานของฝ่ายโจทก์และจำเลยเบิกความต้องกันว่า “สังเกตเห็นความสัมพันธ์ของผู้เสียหายกับจำเลยแล้วต่างเป็นคนใกล้ชิดสนิทสนมเป็นไปในลักษณะของคนรักกัน” [๓๒] และได้กลายเป็นเหตุผลหนึ่งที่ถูกนำมาพิจารณาว่าการชำเราที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องของการสมยอม

แม้ว่าในคำพิพากษา เหตุผลของการเป็นคนรักกันอาจเป็นส่วนหนึ่งที่ประกอบเข้ากับข้อเท็จจริงในการพิจารณาว่าการชำเราที่เกิดขึ้นไม่ใช่เรื่องของการข่มขืน ซึ่งอาจทำให้มองได้ว่าเหตุผลนี้ไม่ใช่เป็นประเด็นที่มีความสำคัญ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในคำพิพากษาก็จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าลักษณะของความสัมพันธ์ของชายหญิงมีส่วนอย่างมากต่อการชี้ขาดของศาลในประเด็นเรื่องการยินยอมหรือข่มขืน

ลักษณะของการเป็นคนรักระหว่างชายหญิง จึงเป็นความสัมพันธ์ที่สามารถนำไปสู่การมีเพศสัมพันธ์ด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย แม้ว่าในคำพิพากษาฎีกา เหตุผลของการเป็นคนรักกัน อาจเป็นส่วนหนึ่งที่ประกอบเข้ากับข้อเท็จจริงอื่นในการพิจารณาว่าการชำเราที่เกิดขึ้นไม่ใช่เรื่องของการข่มขืน ซึ่งอาจทำให้มองได้ว่าเหตุผลนี้ไม่ใช่เป็นประเด็นที่มีความสำคัญ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในคำพิพากษาอื่นๆ ก็จะเห็นได้ชัดเจนว่า ลักษณะความสัมพันธ์ของชายหญิงมีส่วนอย่างมากต่อการชี้ขาดของศาลในประเด็นเรื่องยินยอมหรือข่มขืน และความเข้าใจเช่นนี้ไม่ได้จำกัดเอาไว้เฉพาะลักษณะของความสัมพันธ์ในช่วงเวลาปัจจุบันเท่านั้น หากเคยเป็นคนรักกันมาก่อนหรือเคยมีเพศสัมพันธ์กันมา โดยไม่มีการดำเนินคดีใดๆ เกิดขึ้น ถ้าในภายหลังได้มีเพศสัมพันธ์กันใหม่และเกิดเป็นข้อพิพาท ขึ้นว่าเป็นการข่มขืนหรือไม่ ความสัมพันธ์ที่เคยเป็นมาของทั้งคู่ ก็จะถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นประเด็นสำคัญของการพิจารณา

---

[๓๒] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๒๓๘/๒๕๒๗*

> “คดีได้ความจากผู้เสียหายว่า วันเกิดเหตุคดีนี้ผู้เสียหายกับนางเรียวพากันไปเที่ยวงานบวชพระด้วยรถจักรยาน ขากลับปรากฏว่ายางในรถจักรยานแตก ผู้เสียหายได้นั่งซ้อนท้ายรถจักรยานกลับกับจำเลย คงให้นางเรียวจูงรถจักรยานกลับบ้านกับเพื่อนบ้าน ระหว่างทางจำเลยได้จอดรถและใช้มีดพกจี้ที่คอผู้เสียหายพาไปข่มขืนกระทำชำเราที่เพิงนาข้างถนนรวม ๒ ครั้ง แล้วจำเลยหลับไป ในข้อที่ว่าจำเลยได้ใช้มีดจี้พาผู้เสียหายไปข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่นั้น ผู้เสียหายเบิกความยืนยันว่าจำเลยได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย ๒ ครั้ง แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้เสียหายเคยได้เสียกับจำเลยด้วยความสมัครใจของผู้เสียหายมาก่อนแล้ว และการที่ผู้เสียหายไม่ยอมกลับบ้านพร้อมกับนางเรียวโดยให้นางเรียวกลับบ้านไปก่อน ทั้งๆ ที่ไม่มีความจำเป็นต้องไปกับจำเลยนั้น แสดงว่าผู้เสียหายมีอุบายที่จะกลับบ้านพร้อมจำเลยมากกว่า จากพฤติการณ์ดังกล่าวจึงฟังไม่ได้ว่าจำเลยได้ใช้มีดจี้คอผู้เสียหายพาไปข่มขืนกระทำชำเรา แต่เกิดจากความสมัครใจยินยอมของผู้เสียหายให้จำเลยกระทำชำเราเอง” [๓๓]

ลักษณะของการที่หญิงเคยได้เสียกับจำเลยด้วยความสมัครใจเป็นประเด็นสำคัญที่ถูกหยิบยกขึ้นมาและมีผลต่อคำตัดสินเป็นอย่างมากโดยที่ไม่มีข้อเท็จจริงอื่นมาประกอบการพิจารณา จึงสามารถกล่าวได้ว่าในมุมมองของศาลจะพบว่าเมื่อเคยมีเพศสัมพันธ์กันด้วยความสมัครใจมาแล้ว ก็ย่อมสามารถที่จะเกิดขึ้นต่อไปได้อีกในอนาคตเฉกเช่น “วัวเคยขา ม้าเคยขี่” [๓๔]

คดีนี้ชาย ๒ คน ตกเป็นจำเลยในข้อหาร่วมกันข่มขืนหญิงผู้เสียหาย ซึ่งมิใช่ภรรยาของจำเลยทั้งสอง โดยผลัดกันข่มขืนกระทำชำเราจนสำเร็จความใคร่อันเป็นการกระทำในลักษณะของการโทรมหญิง ข้อเท็จจริงในการพิจารณาของศาลฟังได้ว่า หญิงผู้เสียหายกับจำเลยทั้งสองอยู่หมู่บ้านเดียวกัน รู้จักกันเป็นอย่างดี และจำเลยที่ ๑ เคยเป็นคนรักผู้เสียหาย วันเกิดเหตุประมาณ ๑๒ นาฬิกา จำเลยทั้งสองพบผู้เสียหายขณะที่เก็บใบย่านางอยู่ที่บ่อคลอง จำเลยที่ ๑ ชวนผู้เสียหายไปบ้านชายที่ตกเป็นจำเลยที่ ๒ ผู้เสียหายตกลงไปกับจำเลยทั้งสอง ขณะนั้นไม่มีคนอื่นอยู่ได้ขึ้นไปบนบ้าน จำเลยที่ ๒ ไปซื้อสุรามาร่วมดื่มกัน ๓ คน แล้วจำเลยที่ ๒ ลงไปข้างล่าง จำเลยที่ ๑ ร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย ต่อมามารดาของผู้เสียหายทราบเรื่อง จึงได้ดำเนินคดีกับจำเลยทั้งสอง

---

[๓๓] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๔๖๕/๒๕๓๐*

[๓๔] *เป็นที่น่าสังเกตว่า ความเชื่อต่อพฤติกรรมทางเพศในลักษณะดังกล่าวไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะในขั้นตอนการชี้ขาดของศาลเท่านั้น เพราะในคดีนี้อัยการซึ่งเป็นโจทก์ฟ้องคดี ก็มิได้ทำการฟ้องจำเลยในข้อหาข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด หากเป็นการฟ้องว่าจำเลยได้พรากผู้เยาว์ไปจากผู้ปกครองเพื่อการอนาจาร อันเป็นฐานความผิดที่มีบทลงโทษน้อยกว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เหตุที่อัยการไม่สั่งฟ้องในข้อหาข่มขืนกระทำชำเรา แม้จะทราบถึงข้อเท็จจริงที่ได้มีการชำเราหญิงผู้เสียหายขึ้น อาจเป็นเพราะได้รับรู้ว่าชายหญิงเคยได้เสียกันด้วยความสมัครใจกันมาก่อน ซึ่งทำให้เชื่อไปในทิศทางเดียวกันกับความเห็นที่ปรากฏในคำพิพากษา หรือมิฉะนั้นก็อาจเป็นไปได้ว่าแม้จะมีความเห็นที่แตกต่างแต่ก็ตระหนักว่าด้วยข้อเท็จจริงดังกล่าวจะทำให้มีโอกาสน้อยที่จะชนะคดี จึงฟ้องไปเพียงฐานความผิดที่มีความเป็นไปได้ในการชนะคดี*

ในการพิจารณาความผิดมีการแยกวินิจฉัยการกระทำของจำเลยที่ ๑ และ ๒ ไว้ดังนี้

> “สำหรับจำเลยที่ ๑ นั้น จากพฤติการณ์ที่เคยเป็นคนรักของผู้เสียหาย เมื่อชวนผู้เสียหาย ผู้เสียหายก็ตกลงไปด้วย จนกระทั่งร่วมดื่มสุราในห้องซึ่งปิดประตู โดยไม่ปรากฏการขัดขืนอันจริงจัง ต่อมาเมื่อจำเลยที่ ๒ ลงจากบ้านไปจึงมีการร่วมประเวณี ที่ผู้เสียหายเบิกความว่า ผู้เสียหายขอคุยที่ใต้ถุนบ้าน จำเลยที่ ๑ พูดว่า หากไม่ขึ้นไปคุยบนบ้านจะไม่ให้กลับบ้านนั้น หากจะพูดจริงก็น่าจะเป็นเรื่องพูดตัดพ้อล้อเล่นกันมากกว่า ไม่มีลักษณะเป็นการข่มขู่แต่ประการใด เพราะถ้าเป็นเรื่องจริงจังผู้เสียหายก็ไม่น่าจะกลัวอะไร จะกลับบ้านเสียตอนนั้นก็ยังได้ เพราะผู้เสียหายเบิกความว่าข้างบ้านจำเลยที่ ๒ มีบ้านอยู่หลายหลัง ส่วนการดื่มสุราก็เชื่อว่าผู้เสียหายมิได้ถูกบังคับแต่อย่างใด และจากปริมาณที่ดื่มไม่น่าเชื่อว่าจะทำให้หมดสติจนเป็นเหตุให้จำเลยที่ ๑ ข่มขืนกระทำชำเรา คำเบิกความเกี่ยวกับการข่มขืนต่างๆก็ไม่สมเหตุสมผล ขาดความน่าเชื่อถือ คดีจึงฟังไม่ได้ว่าจำเลยที่ ๑ ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย เชื่อว่าจำเลยที่ ๑ ร่วมประเวณีกับผู้เสียหายด้วยความยินยอมของผู้เสียหาย จำเลยที่ ๑ จึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย” [๓๕]

สำหรับการชำเราของจำเลยที่ ๑ กับผู้เสียหาย ในคำพิพากษาได้วินิจฉัยในประเด็นความสัมพันธ์ของบุคคลทั้งสอง และประเด็นสภาพแวดล้อมประกอบและมีความเห็นว่าผู้เสียหายยินยอมร่วมประเวณีกับจำเลยที่ ๑ เพราะหากหญิงขัดขืนก็สามารถที่จะกระทำได้โดยไม่ยากลำบาก จำเลยที่ ๑ ไม่มีความผิด การพิจารณาว่าการชำเราที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องของความยินยอมหรือการข่มขืนจึงดูเสมือนว่าได้คำนึงถึงปัจจัยหลายด้านประกอบกัน โดยที่ประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ของชายและหญิงในอดีตเป็นเพียงประเด็นหนึ่งเท่านั้นที่นำมาสนับสนุนคำวินิจฉัยของศาลและมิใช่เป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากในการชี้ขาดข้อพิพาทของคดี อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาต่อไปถึงคำวินิจฉัยถึงความผิดของจำเลยที่ ๒ ก็จะพบได้ว่าความสัมพันธ์ของชายผู้เป็นจำเลยที่ ๒ กับหญิงสาวผู้เสียหายที่มิได้มีลักษณะพิเศษเช่นจำเลยที่ ๑ ลักษณะของความสัมพันธ์เช่นนี้ทำให้คำพิพากษาถึงความผิดของจำเลยที่ ๒ แตกต่างไปจากจำเลยที่ ๑ อย่างสิ้นเชิง

โดยสำหรับจำเลยที่ ๒ นั้นในระหว่างการพิจารณาของศาล รับฟังได้ว่าจำเลยที่ ๒ ได้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหายแต่ก็ด้วยความยินยอมของผู้เสียหาย

> “ฟังได้ว่าจำเลยที่ ๒ ได้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย และจากคำเบิกความของผู้เสียหายที่ว่าผู้เสียหายได้ขัดขืนดิ้นรนมิได้ยินยอมให้จำเลยที่ ๒ ร่วมประเวณี ประกอบกับข้อที่จำเลยที่ ๒ มิได้เป็นคนรักของผู้เสียหาย ทั้งการที่หญิงจะยินยอมให้ชายอื่นร่วมประเวณีโดยที่คนรักของตนรู้เห็นด้วยเป็นเรื่องผิดวิสัย คำเบิกความของผู้เสียหายจึงสมเหตุผลน่าเชื่อ คดีจึงฟังได้ว่าจำเลยที่ ๒ ข่มขืนกระทำชำเราโดยผู้เสียหายมิได้ยินยอมด้วยอันเป็นความผิด” [๓๖]

---

[๓๕] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๐๗๓/๒๕๓๗*

[๓๖] *คำพิพากษาคดีเดียวกัน*

ทั้งเวลาและสถานที่เกิดเหตุที่จำเลยที่ ๒ ได้ชำเราผู้เสียหายก็อยู่ในช่วงเวลาที่ต่อเนื่อง และเป็นสถานที่แห่งเดียวกันกับจำเลยที่ ๑ ได้ชำเราผู้เสียหาย รวมถึงปัจจัยแวดล้อมต่างๆ ก็อยู่ในลักษณะเดียวกัน แต่ผลของคำพิพากษากลับเห็นว่าการกระทำของจำเลยที่ ๒ เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา ไม่อาจปฏิเสธได้ว่ามีเพียงความสัมพันธ์ของผู้เสียหายกับจำเลยที่ ๑ และจำเลยที่ ๒ เท่านั้นซึ่งมีความแตกต่างกัน การที่เคยเป็นคนรักหรือไม่เคยเป็นคนรักจึงเป็นประเด็นสำคัญต่อการวินิจฉัยความผิดของชายผู้กระทำ ขณะที่ปัจจัยแวดล้อมอื่นสามารถถูกอธิบายเพื่อให้รองรับต่อข้อสมมติฐานในความสัมพันธ์แบบคนรักและไม่ใช่คนรักได้ ดังตัวอย่างจากการวินิจฉัยความผิดของจำเลยที่ ๑ มีการให้เหตุผลว่าสถานที่เกิดเหตุมีบ้านใกล้เคียงหลายหลัง ถ้าผู้เสียหายขัดขืนต่อการกระทำของจำเลยที่ ๑ ก็ย่อมสามารถกระทำได้ แต่กลับไม่กระทำการใดๆ ย่อมแสดงว่าผู้เสียหายได้ยินยอมร่วมประเวณีกับจำเลยที่ ๑ แต่ในขณะที่เมื่อพิจารณาความผิดของจำเลยที่ ๒ ซึ่งเกิดเหตุในสถานที่เดียวกัน คำพิพากษากลับมองข้ามเหตุผลเรื่องสถานที่ซึ่งได้หยิบยกขึ้นมาในการพิจารณาความผิดของจำเลยที่ ๑ หากไปใช้เหตุผลอื่นดังการให้คำอธิบายว่าเป็นเรื่องผิดวิสัยที่หญิงจะให้ชายอื่นชำเราโดยคนรักของตนรู้อยู่ด้วย ซึ่งการให้เหตุผลในลักษณะดังกล่าวก็เป็นผลมาจากการรับฟังข้อเท็จจริงว่าบุคคลทั้งสองมิได้มีความสัมพันธ์ใดๆ เป็นพิเศษต่อกัน เพราะฉะนั้น ประเด็นสำคัญซึ่งนำมาสู่การให้คำอธิบายและการตัดสินชี้ขาดของจำเลยที่ ๑ และจำเลยที่ ๒ จึงวางอยู่ บนเรื่องความสัมพันธ์ที่แตกต่างกันของผู้เสียหายกับจำเลยทั้งสอง

นอกจากความสัมพันธ์ในลักษณะของคนรักแล้ว หากชายหญิงนั้นเคยอยู่กินหรือได้แต่งงานและใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน แม้ต่อมาภายหลังจะได้แยกกันอยู่โดยที่ยังไม่ได้ทำการหย่าให้ถูกต้อง หากฝ่ายชายได้ใช้กำลังเพื่อข่มขืน หรือบังคับขู่เข็ญเพื่อให้กลับมาอยู่กินกันฉันสามีภรรยาตามเดิม การกระทำของชายก็จะได้การอธิบายว่าเป็นสิ่งที่กระทำได้โดยไม่ผิดต่อกฎหมาย ดังกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างชายหญิงซึ่งเคยอยู่กินเป็นสามีภรรยากันมาก่อนแต่ต่อมาแยกกันอยู่ ต่อมาฝ่ายชายใช้กำลังบังคับพาหญิงไปอยู่ด้วยกัน ซึ่งชายก็ได้ถูกฟ้องเป็นจำเลย

> “พิเคราะห์แล้วเห็นว่ากรณีที่จำเลยพาผู้เสียหายไปและหน่วงเหนี่ยวกักขังผู้เสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายยอมอยู่กินเป็นสามีภริยากับตนตามเดิม โดยจำเลยกับผู้เสียหายเคยอยู่กินเป็นสามีภริยากันมาก่อนแยกกันอยู่เพราะจำเลยทะเลาะกับผู้เสียหายก่อนเกิดเหตุประมาณ ๔ เดือน ซึ่งตามข้อเท็จจริงยังไม่ปรากฏชัดว่า จำเลยหย่าขาดกับผู้เสียหายตามศาสนาอิสลาม โดยนายหย่า มุหมีน บิดาผู้เสียหายเบิกความว่าจำเลยกับผู้เสียหายทำพิธีแต่งงานกันตามลัทธิศาสนาอิสลาม และนายหะยีตอหะ กาจี โต๊ะอิหม่ามประจำมัสยิดในหมู่บ้าน พยานจำเลยเบิกความรับรองว่าจำเลยกับผู้เสียหายยังไม่ขาดจากการเป็นสามีภริยากัน การที่จำเลยพาผู้เสียหายไปเพื่อกระทำอนาจารและข่มขืนกระทำชำเรา จึงอาจเป็นกรณีที่จำเลยกระทำไปโดยเข้าใจว่าจำเลยมีสิทธิกระทำได้กับภริยาซึ่งมีบุตรด้วยกัน และบุตรก็ยังอยู่กับจำเลย อันเสมือนกับทำโดยวิสาสะย่อมไม่เข้าลักษณะกระทำโดยมีเจตนาร้าย การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานพาหญิงไปเพื่อการอนาจาร หน่วงเหนี่ยวกักขัง และข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย” [๓๗]

---

[๓๗] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๓๐/๒๕๓๒*

การเป็นสามีภรรยากันไม่ได้ให้อำนาจแก่สามีที่ชอบด้วยกฎหมาย ที่จะฉุดคร่าภรรยาไปเพื่อการอนาจารและหน่วงเหนี่ยวกักขังไว้ หากสามีกระทำการดังกล่าวก็ย่อมมีความผิด สำหรับการใช้กำลังข่มขืนกระทำชำเราภรรยานั้น แม้จะไม่มีความผิดในฐานข่มขืนเนื่องจากตามกฎหมายบุคคลผู้ถูกกระทำต้องเป็น “หญิงซึ่งมิใช่ภรรยา” อย่างไรก็ตาม สามีก็อาจมีความผิดในฐานอื่นได้ เช่น ความผิดต่อเสรีภาพหรือความผิดต่อร่างกาย แต่ในข้อพิพาทข้างต้น ศาลเห็นว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดด้วยเหตุผลว่าจำเลยกระทำไปโดยสำคัญผิด[๓๘] คำพิพากษาในลักษณะเดียวกันนี้ได้เคยมีการตัดสินมาก่อนแล้ว โดยชายกับหญิงผู้เสียหายไม่ใช่สามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เคยได้เสียกันมา ต่อมาผู้เสียหายแยกตัวไปอยู่ที่อื่น เมื่อฝ่ายชายมาพบหญิง ก็ฉุดเพื่อให้มาอยู่กินด้วยกันตามเดิม ศาลฎีกายกฟ้องความผิดของชายในฐานฉุดคร่าและหน่วงเหนี่ยวกักขัง โดยให้เหตุผลกับการกระทำของชายผู้เป็นจำเลยว่า “จำเลยเข้าใจโดยสุจริตว่าผู้เสียหายเป็นภริยาจำเลย” [๓๙]

การอ้างเหตุสำคัญผิดของชายนั้นอาจแยกได้เป็น ๒ ประการ[๔๐] คือ ประการแรก สำคัญผิดว่าตนเองเป็นสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย และประการที่สอง สำคัญผิดว่าการเป็นสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้เกิดอำนาจที่จะฉุดคร่าภรรยาไปเพื่อการอนาจาร มีอำนาจหน่วงเหนี่ยวกักขังและบังคับร่วมประเวณีกับภรรยาได้

โดยความเห็นของนักกฎหมายเห็นว่า[๔๑] การอ้างเหตุสำคัญผิดเพียงว่าหญิงเป็นภริยาของตนนั้น น่าจะยังไม่เพียงพอที่จะทำให้การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดฐานฉุดคร่าและหน่วงเหนี่ยวกักขัง หากควรต้องให้เหตุผลต่อไปว่าชายเข้าใจโดยสุจริตว่าสามีมีสิทธิที่จะกระทำการดังกล่าวต่อภรรยาได้ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ ๔๓๐/๒๕๓๒ ข้อสังเกตต่อการให้เหตุผลรองรับเหตุสำคัญผิด ในกรณีนี้นับได้ว่าเป็นการยอมรับอำนาจของชายเหนือหญิงที่เป็นภรรยา (หรือแม้เพียงอยู่กินด้วยกันก็ตาม) ในการใช้กำลังให้ภรรยาต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับ แม้จะเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายก็ตาม ประเด็นควรวิเคราะห์ต่อไปคือ หากชายผู้เป็นสามีอ้างเหตุในการกระทำที่รุนแรงต่อชีวิตหรือร่างกายของภรรยาว่าเป็นเหตุสำคัญผิดที่สามีกระทำกับภรรยาได้ คำพิพากษาของศาลจะยอมรับเหตุสำคัญผิดในลักษณะดังกล่าวหรือไม่ จะมีอะไรเป็นสิ่งที่บอกว่าการสำคัญผิดในลักษณะเช่นใดที่ยอมรับให้สามารถรับฟังได้ การกระทำเช่นใดที่พ้นไปจากการอ้างเหตุสำคัญผิด และการยอมรับเหตุสำคัญผิดของชายในการบังคับขู่เข็ญหญิง เป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นได้หรือไม่ว่า การบังคับขู่เข็ญหญิงโดยชายผู้เป็นสามีเป็นความผิดที่ปรากฏอยู่โดยทั่วไป ดังนั้น เมื่อมีการอ้างเหตุดังกล่าว คำพิพากษาของศาลจึงยอมรับว่าเป็นสิ่งที่สามารถเกิดขึ้นได้อย่างไม่ลังเลแม้แต่น้อย

ความสัมพันธ์ของชายหญิงที่มีความแนบแน่นมากกว่าคนปกติทั่วไป จึงมีความสำคัญในการวินิจฉัยชี้ขาดของศาล ขณะที่ในด้านตรงกันข้าม หากชายและหญิงที่เป็นคู่พิพาทกันเป็นบุคคลที่ไม่เคยรู้จักกันมาก่อนที่จะเกิดเหตุ ก็จะเป็นประเด็นที่สนับสนุนว่าการกระทำของชายนั้น มีแนวโน้มที่จะเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา

ชายแสดงตนเป็นตำรวจและได้หลอกลวงหญิงสาวไปกระทำชำเรา หญิงผู้เสียหายเบิกความว่าถูกชายที่ตกเป็นจำเลยบังคับให้ถอดเสื้อผ้าและใช้อาวุธปืนข่มขู่ ทำให้ผู้เสียหายต้องยอมให้กระทำชำเรา ส่วนจำเลยเบิกความว่าผู้เสียหายยินยอมให้ร่วมเพศด้วย หลังจากนั้นก็ได้บอกให้จำเลยซื้อยาคุมมาให้

---

[๓๘] *ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๒ บัญญัติว่า*

“ข้อเท็จจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่เป็นความเป็นหรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษหรือได้รับโทษน้อยลง แล้วแต่กรณี”

[๓๙] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๖๔๒/๒๔๘๙*

[๔๐] *ความเห็นของเกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ ๔๓๐/๒๕๓๒*

[๔๑] *ความเห็นของเกียรติขจร ในคำพิพากษาเดียวกัน*

> “เห็นว่าผู้เสียหายยังเป็นนักเรียนและอายุยังน้อย ไม่รู้จักกับจำเลยมาก่อน เหตุการณ์ดังกล่าวไม่เป็นความจริงผู้เสียหายก็ไม่น่าจะเบิกความเช่นนั้น จึงไม่น่าเชื่อว่าจะเบิกความเพื่อกลั่นแกล้งใส่ร้ายจำเลย ส่วนที่จำเลยอ้างว่าผู้เสียหายยินยอมก็ไม่มีเหตุผล เพราะจำเลยเองก็เบิกความว่าผู้เสียหายกลัวมีท้อง จึงไม่น่าเชื่อว่าผู้เสียหายจะยินยอมให้จำเลยกระทำชำเราดังที่จำเลยอ้าง” [๔๒]

การปราศจากความสัมพันธ์กันมาก่อนจะเป็นเหตุผลว่าเมื่อไม่รู้จักกันก็ไม่มีเหตุผลใดที่จะมากลั่นแกล้งหรือใส่ร้ายบุคคลนั้น ความน่าเชื่อถือในปากคำของหญิงจึงมีน้ำหนักแก่การรับฟัง แม้ว่าจะเป็นประจักษ์พยานเพียงคนเดียวในการกล่าวหาฝ่ายชายก็ตาม

> “ก่อนเกิดเหตุผู้เสียหายไปเที่ยวงานมหกรรมช้างที่โค้งดอนเมือง และพบจำเลยที่ ๒ กับพวกที่หน้าบริเวณงาน ผู้เสียหายไม่เคยรู้จักจำเลยที่ ๒ กับพวกมาก่อน แต่จำเลยที่ ๒ ได้เข้ามาทักทายและเข้าไปเที่ยวงานด้วยกัน จนกระทั่งตกดึกผู้เสียหายจะกลับบ้านก็ขอให้จำเลยที่ ๒ กับพวกไปส่ง จำเลยที่ ๒ ทำรีรอว่าจะรอเพื่อนก่อน แต่เมื่อผู้เสียหายเดินออกจากบริเวณงาน ก็เห็นจำเลยที่ ๒ กับพวกเดินนำหน้าไปก่อน ครั้นถึงที่เกิดเหตุผู้เสียหายก็ถูกชายวัยรุ่นซึ่งมีจำเลยที่ ๑ รวมอยู่ด้วยฉุดไปข่มขืนกระทำชำเราข้างทาง ส่วนจำเลยที่ ๒ ถอดกางเกงรออยู่ ผู้เสียหายพูดขอร้องว่าอย่าทำหนูเลย จำเลยที่ ๒ ตอบว่าอีกคนหนึ่ง ศาลฎีกาเห็นว่าผู้เสียหายไม่เคยมีสาเหตุโกรธเคืองกับจำเลยที่ ๒ มาก่อน และมิใช่ผู้ซึ่งมีความประพฤติเสื่อมเสียในทางประเวณี ย่อมไม่มีเหตุอย่างใดอันควรระแวงว่าผู้เสียหายจะกลั่นแกล้งเบิกความปรักปรำจำเลยที่ ๒ โดยปราศจากความจริง แม้โจทก์จะมีผู้เสียหายเป็นพยานรู้เห็นเพียงปากเดียวก็รับฟังได้” [๔๓]

แม้ในกรณีที่หญิงและชายอาจรู้จักกันมาก่อน แต่เป็นความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นที่ไม่ได้เป็นไปในลักษณะของความสัมพันธ์ฉันท์ชู้สาว กรณีเช่นนี้เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คำพิพากษาของศาลก็จะตัดสินไปในทิศทางที่รับฟังปากคำของหญิงเช่นเดียวกันกับที่เป็นเรื่องเกิดขึ้นระหว่างชายหญิงที่ไม่ได้รู้จักกันมาก่อนหรือไม่ได้มีความสนิทสนมใดๆ เป็นพิเศษ

> “เห็นว่า ผู้เสียหายเคยเป็นลูกศิษย์ของจำเลยมาก่อน ย่อมมีความเคารพยำเกรงตามวัฒนธรรมไทยอยู่แล้ว เมื่อไม่เคยมีสาเหตุโกรธกันมาก่อน จึงไม่มีสาเหตุอันใดที่ผู้เสียหายจะแกล้งกล่าวหาปรักปรำจำเลยให้ต้องรับโทษ อีกทั้งการนำเรื่องนี้มาเปิดเผยหากไม่เป็นความจริง มีแต่จะเกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงยิ่งขึ้น จึงเชื่อได้ว่าผู้เสียหายเบิกความไปตามเหตุการณ์ที่ได้ประสบมา” [๔๔]

ในกรณีที่หญิงซึ่งเป็นผู้เสียหายไม่ได้มีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับชายในลักษณะของชู้สาว หากหญิงนั้นยังมีอายุน้อยก็จะเป็นการเพิ่มน้ำหนักความน่าเชื่อถือในปากคำของหญิงมากขึ้น และถือเป็นพยานหลักฐานที่สำคัญต่อการลงโทษชายผู้ก่อเหตุ

---

[๔๒] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๗๙๓/๒๕๔๔*

[๔๓] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๒๐๐/๒๕๒๗*

[๔๔] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๖๕๑๐/๒๕๔๔*

> “แม้โจทก์จะมีผู้เสียหายเพียงผู้เดียวที่ประสบเหตุการณ์รายนี้เป็นพยาน แต่ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายมีอายุเพียง ๑๓ ปีเศษ และกำลังเรียนหนังสืออยู่ชั้นมัธยมศึกษาปีที่ ๑ ทั้งไม่ปรากฏเคยมีเพศสัมพันธ์มาก่อนคำเบิกความของผู้เสียหายดังกล่าวมีรายละเอียดลำดับเรื่องราวเชื่อมโยงกันสมกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ถ้อยคำไม่มีข้อพิรุธให้ระแวงสงสัยว่าผู้เสียหายจะนึกคิดเสริมแต่งเรื่องราวขึ้นมาปรักปรำผู้ใดให้ต้องรับโทษ” [๔๕]

หรือในคดีที่ผู้เสียหายเป็นเด็กหญิง

> “เหตุการณ์การที่ถูกคนร้ายข่มขืนกระทำชำเรานั้น หากไม่เป็นความจริงและไม่ได้เกิดขึ้นกับผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กนักเรียนอายุเพียง ๑๕ ปีเศษ แล้วคงจะไม่กล่าวอ้างให้ตนเองต้องได้รับความเสื่อมเสียเป็นแน่” [๔๖]

สถานะของการเป็นเด็กโดยเฉพาะอย่างยิ่งการเป็น “ผู้บริสุทธิ์” จึงเป็นเหตุผลที่ทำให้ศาลเห็นว่าการให้ปากคำนั้นมีความน่าเชื่อถือมากกว่าบุคคลทั่วไป เนื่องจากสภาพของการเป็นเด็กหญิง การแต่งเติมหรือกุเรื่องราวขึ้นมาเองถูกประเมินว่าเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ยากโดยเฉพาะในกรณีของการถูกข่มขืน

---

[๔๕] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๙๕๗/๒๕๔๑*

[๔๖] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๖๙๘๔/๒๕๔๔*

๔.๓ การกำหนดโทษ

หลังจากที่ได้มีการพิจารณาแล้วว่าจำเลยได้กระทำผิดตามที่ถูกกล่าวหา ในขั้นตอนต่อไปก็คือการพิจารณาว่าจะกำหนดโทษแก่จำเลยอย่างไร โดยทั่วไปการกำหนดโทษแก่จำเลยก็จะต้องเป็นไปตามกรอบที่กฎหมายได้กำหนดไว้ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา ๒๗๖ มีโทษจำคุกตั้งแต่ ๔ ปีถึง ๒๐ ปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาท ถึงสี่หมื่นบาท อย่างไรก็ดี นอกจากการพิจารณาโทษตามกรอบอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ศาลก็สามารถที่จะกำหนดการลงโทษแตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลงโทษในสถานเบาซึ่งต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดเป็นขั้นต่ำเอาไว้ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญามีบัญญัติไว้ในหลายส่วน เช่น เหตุอันควรปรานี[๔๗] เหตุบรรเทาโทษ[๔๘] เหตุบันดาลโทสะ[๔๙] เป็นต้น

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมาย จะพบว่าในบทบัญญัติของกฎหมายค่อนข้างจะเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้เหตุผลในการลงโทษให้เป็นคุณแก่บุคคลผู้กระทำความผิดได้กว้างขวาง ซึ่งก็เป็นช่องทางที่ศาลได้นำมาปรับใช้แก่ผู้กระทำความผิดในคดีอาญาทั่วไป ซึ่งในที่นี้จะได้มีการพิจารณาว่าในคดีที่เกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศ จะมีการกระทำในลักษณะเช่นใดที่ศาลจะหยิบยกขึ้นมาเป็นเหตุผลเพื่อลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด

ก. การกำหนดโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด

ในคดีที่เกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราหากศาลได้พิจารณาแล้วว่าจำเลยผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดจริง เหตุสำคัญประการหนึ่งที่สามารถนำมาใช้อ้างเป็นเหตุผลเพื่อที่จะให้ศาลลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายได้บัญญัติก็คือ การที่ฝ่ายชายผู้กระทำความผิดมอบเงินให้กับทางฝ่ายผู้เสียหาย ไม่ว่าจะเรียกเงินนี้ว่าค่าทำขวัญ ค่าเสียหาย หรือในชื่ออื่นใดก็ตาม

---

[๔๗] *มาตรา ๕๖ บัญญัติว่า*

"ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน ๓ ปี ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อน แต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ เมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพและสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือเหตุอื่นอันควรปราณีแล้ว เห็นเป็นการสมควร ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอการกำหนดโทษไว้ หรือกำหนดโทษแต่รอการลงโทษไว้ แล้วปล่อยตัวไป เพื่อให้โอกาสผู้นั้นกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนด แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติของผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้"

[๔๘] *มาตรา ๗๘ บัญญัติว่า*

"เมื่อปรากฏว่ามีเหตุบรรเทาโทษ ไม่ว่าจะมีการเพิ่มหรือการลดโทษตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ หรือกฎหมายอื่นแล้วหรือไม่ ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้

เหตุบรรเทาโทษนั้น ได้แก่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้โฉดเขลาเบาปัญญาตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส มีคุณความดีมาแต่ก่อน รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น ลุแก่โทษต่อเจ้าพนักงาน หรือให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา หรือเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามีลักษณะทำนองเดียวกัน"

[๔๙] *มาตรา ๗๒ บัญญัติว่า*

"ผู้ใดบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้"

อัยการฟ้องว่าจำเลยกับพวกอีก ๑ คน ได้ร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราหญิงผู้เสียหายซึ่งมิใช่ภรรยาของจำเลยโดยใช้กำลังประทุษร้ายและจำเลยกับพวกก็ได้ผลัดกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายจนสำเร็จความใคร่คนละ ๑ ครั้ง ศาลชั้นต้นได้พิพากษาลงโทษจำเลยฐานข่มขืนกระทำชำเรา ลงโทษจำคุก ๔ ปี ลดโทษกึ่งหนึ่งด้วยเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา ๗๘ คงจำคุก ๒ ปี นอกจากนี้ก็ยังมีเหตุอื่นประกอบ

> “จำเลยไม่เคยต้องโทษจำคุกมาก่อน และชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ฝ่ายผู้เสียหาย แล้วผู้เสียหายก็ไม่ติดใจเอาความกับจำเลย สมควรให้โอกาสจำเลยกลับตัวเป็นพลเมืองดี โทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้มีกำหนด ๒ ปี และกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติจำเลย” [๕๐]

แม้ว่าทางฝ่ายโจทก์จะอุทธรณ์จนชั้นศาลฎีกา แต่ในที่สุดศาลฎีกาก็ได้มีคำพิพากษายืนตามคำตัดสินของศาลชั้นต้น คดีจึงยุติลงโดยการที่จำเลยได้รับการรอลงโทษ ๒ ปี พร้อมกับการคุมประพฤติ

ศาลฎีกาพิพากษาว่าจำเลย ๒ คนมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจารโดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วย และฐานหน่วงเหนี่ยวกักขังเป็นเหตุให้ผู้เสียหายปราศจากเสรีภาพในร่างกาย ในการจะกำหนดโทษของจำเลยทั้งสอง ศาลก็ได้นำเอาเหตุผลเรื่องการมอบเงินจากทางฝ่ายจำเลยขึ้นมาเป็นประเด็นพิจารณา

> “และเมื่อพิจารณาข้อที่จำเลยทั้งสองได้ชดใช้เงินค่าทำขวัญเป็นที่พอใจแก่มารดาของผู้เสียหายทั้งสองแล้ว เห็นควรกำหนดโทษความผิดสองฐานนี้ในสถานเบาลงมา” [๕๑]

การมอบเงินของฝ่ายชายให้แก่หญิงผู้เสียหายสามารถนำมาเป็นเหตุผลในการกำหนดโทษที่น้อยกว่ากฎหมายกำหนดได้ แม้ในการข่มขืนนั้นจะมีลักษณะที่ไม่สามารถยอมความได้ก็ตาม[๕๒] ในคดีนี้คำพิพากษาของศาลฎีกาลงโทษจำเลยฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อหน้าธารกำนัล

> “แต่ตามพฤติการณ์แห่งคดีปรากฏตามคำร้องของผู้เสียหายลงวันที่ ๘ เมษายน ๒๕๒๕ ว่าจำเลยใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย และได้ให้ญาติผู้ใหญ่มาขอขมาต่อญาติผู้ใหญ่ของผู้เสียหาย ผู้เสียหายไม่ประสงค์จะดำเนินคดีแก่จำเลย ศาลฎีกาเห็นว่ามีเหตุอันควรปรานีให้ลงโทษ และรอการลงโทษจำเลยดังคำพิพากษาศาลอุทธรณ์” [๕๓]

ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาว่าจำเลยมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ลงโทษจำคุก ๔ ปี จำเลยรับสารภาพลดโทษกึ่งหนึ่ง จำคุก ๒ ปี ให้รอการลงโทษไว้มีกำหนด ๓ ปี

นอกจากการมอบเงินให้กับทางฝ่ายผู้เสียหายแล้ว การแสดงท่าทีของฝ่ายผู้เสียหายในลักษณะที่แสดงให้เห็นได้ว่าไม่ติดใจเอาความหรือไม่ประสงค์จะดำเนินคดีกับทางจำเลยก็เป็นสิ่งที่ศาลก็ได้ให้ความสำคัญเช่นเดียวกันในการกำหนดสถานเบา ดังการแสดงอย่างชัดเจนว่าผู้เสียหายไม่ติดใจเอาความกับทางจำเลยแล้วอีกประเด็นหนึ่งซึ่งสามารถเชื่อมโยงกับการมอบเงินให้แก่ผู้เสียหาย หรือการไม่ติดใจเอาความกับจำเลยได้ก็คือการที่ผู้เสียหายแจ้งความดำเนินคดีกับจำเลย หากแต่ในชั้นพิจารณาไม่ได้มาให้ปากคำก็จะเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้ศาลยกฟ้องได้

---

[๕๐] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๘๖๓/๒๕๓๓*

[๕๑] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๗๖๐/๒๕๓๓*

[๕๒] *ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้กระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล เป็นความผิดที่สามารถยอมความได้ ตามมาตรา ๒๘๑*

[๕๓] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๙๖๙/๒๕๒๖*

อัยการฟ้องว่าจำเลยได้ข่มขืนกระทำชำเรานางสาวลำพองซึ่งมิใช่ภรรยาจนสำเร็จความใคร่หลายครั้ง โดยภายหลังเกิดเหตุผู้เสียหายได้ร้องทุกข์กับเจ้าพนักงานตำรวจ ส่วนจำเลยให้การว่าผู้เสียหายสมัครใจร่วมประเวณีกับตนโดยไม่ได้บังคับขู่เข็ญ ในชั้นการพิจารณาของศาล ผู้เสียหายไม่ได้มาให้การ ศาลฎีกาพิจารณาแล้วมีความเห็นว่า

> “คดีนี้โจทก์ไม่สามารถที่จะได้ตัวนางสาวลำพองผู้เสียหายและนางเย็นมารดาผู้เสียหายมาเบิกความเป็นพยาน คงมีแต่คำให้การของคนทั้งสองในชั้นสอบสวนซึ่งให้การไว้ว่า จำเลยกับพวกได้ร่วมกันฉุดคร่านางสาวลำพองไป และนางสาวลำพองให้การด้วยว่า จำเลยข่มขืนกระทำชำเรานางสาวลำพองในระหว่างคืนที่โจทก์กล่าวหา โดยมีนายวัลลภ ธีราทรง พนักงานสอบสวนเบิกความประกอบว่า นางสาวลำพองกับนางเย็นให้การชั้นสอบสวนไว้เช่นนั้น กับมีนายปลื้ม ฤกษ์วิธี ผู้ใหญ่บ้านเบิกความว่า นางเย็นได้ไปแจ้งความต่อนายปลื้มในวันเกิดเหตุว่า จำเลยกับพวกได้ฉุดคร่าพานางสาวลำพองไป ส่วนจำเลยนำสืบว่านางสาวลำพองรักใคร่กับจำเลย พากันหนีไป ศาลอุทธรณ์จึงเห็นว่าจะรับฟังหลักฐานพยานโจทก์ดังกล่าวมาลงโทษจำเลยไม่ได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๙๕(๒) ซึ่งศาลฎีกาเห็นพ้องด้วย เพราะคำให้การในชั้นสอบสวนของนางสาวลำพองกับของนางเย็นจะรับฟังประกอบได้ ก็แค่เพียงว่าคนทั้งสองได้ให้การไว้ในชั้นสอบสวนเช่นนั้นจริง แต่ความจริงจะเป็นอย่างไรแน่ ในชั้นศาลโจทก์ก็จะต้องมีพยานมาเบิกความว่าจำเลยได้กระทำผิด เมื่อชั้นศาลโจทก์ก็ไม่มีพยานมาแสดงว่าจำเลยได้ข่มขืนกระทำชำเรานางสาวลำพอง เช่นนี้เพียงแต่คำชั้นสอบสวนก็ยังฟังไม่ได้ว่าจำเลยกระทำผิดดังฟ้อง” [๕๔]

การที่ผู้เสียหายไม่มาให้การในศาลทำให้ยากที่จะลงโทษแก่จำเลยผู้ถูกกล่าวหาได้ แม้ว่าในคดีนั้นทางฝ่ายจำเลยจะได้ให้การรับสารภาพไว้ในชั้นการจับกุมก็ตาม แต่ก็ยังมีความจำเป็นที่ผู้เสียหายจะต้องมาเบิกความในชั้นการพิจารณาของศาล

> “พิเคราะห์แล้ว ได้ความในเบื้องต้นว่าจำเลยได้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย ซึ่งเป็นผู้อยู่ในความปกครองจริง มีปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยว่า จำเลยได้กระทำการข่มขืนผู้เสียหายหรือไม่ คดีนี้โจทก์ไม่ได้ตัวผู้เสียหายมาเบิกความเป็นพยาน คงมีแต่คำให้การชั้นสอบสวนของผู้เสียหาย ซึ่งให้การยืนยันว่าจำเลยได้กระทำการข่มขืนผู้เสียหายหลายครั้ง จนกระทั่งผู้เสียหายตั้งครรภ์ขึ้น ปรากฏตามเอกสารหมาย จ. ๒ เห็นว่าคดีนี้คงมีแต่คำให้การชั้นสอบสวนของผู้เสียหาย พยานของโจทก์ปากอื่นที่เบิกความถึงในข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้เสียหาย ได้ถูกข่มขืนกระทำชำเราก็ล้วนแต่รับฟังมาจากผู้เสียหายจึงเป็นพยานบอกเล่าทั้งสิ้น คำรับสารภาพในชั้นจับกุมของจำเลยตามเอกสารหมาย จ. ๑ ก็ไม่มีรายละเอียดว่าผู้เสียหายถูกข่มขืนกระทำชำเรา ที่ไหน อย่างไร จำเลยให้การปฏิเสธในชั้นสอบสวนและชั้นศาลตลอดมา เห็นว่าพยานหลักฐานโจทก์ยังไม่พอฟังลงโทษจำเลย ที่ศาลอุทธรณ์พิพากษายกฟ้องนั้นศาลฎีกาเห็นพ้องด้วย” [๕๕]

---

[๕๔] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖๕/๒๕๐๓*

[๕๕] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๙๔๙/๒๕๓๐*

ถึงจะเป็นคำพูดของผู้เสียหายในชั้นสอบสวนก่อนที่จะตายก็ไม่ถือว่ามีน้ำหนักเพียงพอต่อการลงโทษผู้เสียหายหากปราศจากประจักษ์พยานอื่น ดังการให้ปากคำของผู้เสียหายเล่าให้ฟังว่าถูกจำเลยหลอกลวงไปข่มขืนกระทำชำเราที่บ้านของจำเลย และเจ้าหน้าที่ตำรวจได้สอบปากคำผู้เสียหายซึ่งกำลังป่วยหนักใกล้ตายต่อหน้าพยาบาล ผู้ตายบอกว่าถูกจำเลยข่มขืนที่บ้านจำเลย จึงดื่มยาฆ่าแมลงเข้าไป ศาลเห็นว่าพยานทั้งหมดล้วนมาจากการบอกเล่าของผู้ตายที่ไม่ได้อยู่ในการพิจารณาของศาล ไม่อาจลงโทษจำเลยได้ [๕๖]

การไม่มาให้ปากคำในชั้นพิจารณาของศาล นับเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้ศาลวินิจฉัยยกฟ้องคดีดังกล่าว โดยสาเหตุในการหายตัวไปของทางฝ่ายผู้เสียหายอาจเกิดจากปัจจัยหลายประการนอกจากการเสียชีวิตของผู้เสียหาย เช่น พิจารณาแล้วว่าพยานหลักฐานของฝ่ายตนเองมีน้ำหนักน้อย ไม่อยากเสียเวลากับการขึ้นโรงขึ้นศาลที่ยาวนาน และรวมไปถึงว่าทางฝ่ายผู้เสียหายอาจได้รับเงินชดใช้จากเหตุที่เกิดขึ้นไปแล้ว ทำให้ไม่เห็นประโยชน์ใดๆ จากการพิจารณาในชั้นศาลอีก

ดังนั้น หากบุคคลใดถูกกล่าวหาและถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีของการข่มขืนกระทำชำเราไม่ว่าจะเป็นผู้กระทำผิดจริงหรือไม่ก็ตาม หากในคดีนั้นทางฝ่ายผู้เสียหายมีพยานหลักฐานค่อนข้างแน่นหนาและมีแนวโน้มที่จะทำให้เชื่อได้ว่าผู้ตกเป็นจำเลยกระทำผิดจริง หากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา จำเลยยังมีช่องทางในการต่อสู้เพื่อให้ตนเองพ้นไปจากความผิดหรือเพื่อให้ได้รับโทษในสถานเบาได้ ถ้าสามารถตกลงค่าเสียหายหรือจำนวนเงินที่จะมอบให้กับจำเลยได้ ในกรณีที่พ้นขั้นตอนการสืบสวนของเจ้าหน้าที่ตำรวจไปแล้ว ถ้าผู้เสียหายไม่ไปให้ปากคำในชั้นพิจารณาก็เป็นเรื่องยากที่จำเลยจะถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดตามแนววินิจฉัยที่ปรากฏในคำพิพากษา และถึงแม้ว่าจะได้ผ่านจากขั้นตอนของทางเจ้าหน้าที่ตำรวจและอัยการไปสู่คดีในชั้นศาลแล้ว โดยที่ทางฝ่ายผู้เสียหายก็ได้ให้ปากคำในระหว่างการพิจารณาของศาล ถึงแม้พยานหลักฐานจะฟังได้ว่าจำเลยกระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหา แต่ถ้าหากจำเลยได้มอบเงินให้แก่ทางฝ่ายผู้เสียหาย และผู้เสียหายก็ได้แถลงว่าให้อภัยหรือไม่ติดใจเอาความกับจำเลยก็จะเป็นเหตุผลที่ศาลจะสามารถกำหนดโทษในสถานเบาแก่ผู้กระทำความผิดได้เช่นกัน

นอกจากการมอบเงินให้กับทางฝ่ายผู้เสียหายแล้ว เหตุอีกประการหนึ่งที่สามารถนำมาอ้างอิงเพื่อใช้เป็นการกำหนดโทษน้อยกว่ากฎหมายกำหนดไว้ก็คือ ชายที่เป็นจำเลยได้แต่งงานเป็นสามีภรรยากับผู้เสียหายที่ตนเองได้กระทำความผิดไว้ [๕๗]

ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าฐานจำเลยข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่ไม่ใช่ภรรยาของตนและพรากผู้เยาว์ไปจากบิดาและผู้ดูแล

---

[๕๖] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๖๖๕๙/๒๕๓๑*

[๕๗] *ได้มีการบัญญัติในมาตรา ๒๗๗ วรรค ๔ ดังนี้*

“ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป”

> “เมื่อพิเคราะห์พฤติการณ์แห่งคดีแล้วเห็นว่ายังไม่รุนแรงเกินเหตุ ประกอบกับหลังเกิดเหตุ จำเลยรู้สึกสำนึกในความผิดและรับผิดชอบต่อการกระทำโดยแต่งงานอยู่กินฉันท์สามีภรรยากับผู้เสียหาย เห็นสมควรลดมาตราส่วนโทษลงกระทงละกึ่งหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๖ ฐานพรากเด็กอายุไม่เกิน ๑๕ ปี จำคุก ๑ ปี ๖ เดือน ฐานกระทำชำเราเด็กหญิงโดยใช้อาวุธ จำคุก ๒๕ ปี รวมจำคุก ๒๖ ปี ๖ เดือน จำเลยให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา นับเป็นเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้กึ่งหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘ คงจำคุก ๑๓ ปี ๓ เดือน” [๕๘]

แม้ในคำพิพากษาของศาลชั้นต้นจะดูเหมือนเป็นการกำหนดโทษที่ค่อนข้างหนัก อย่างไรก็ตาม เมื่อขึ้นสู่การพิจารณาของชั้นศาลอุทธรณ์ ก็ได้แก้ไขให้ลงโทษจำเลยด้วยการจำคุก ๑ ปี ๙ เดือน และให้รอการลงโทษไว้เป็นเวลา ๓ ปี และในคำพิพากษาของศาลฎีกาก็ได้ยืนตามความเห็นดังกล่าว

ในการอยู่กินกันฉันสามีภรรยานั้น แม้ว่าจะยังไม่สามารถดำเนินการจนกระทั่งมีการสมรสเกิดขึ้น เพียงทางฝ่ายจำเลยได้แสดงเจตนาให้เห็นอย่างชัดแจ้งถึงความตั้งใจของตนเองก็สามารถนำมาเป็นเหตุผลในการพิจารณาโทษให้เบาลงได้แล้ว

สำหรับคดีนี้ ศาลได้วินิจฉัยว่าจำเลยมีความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปจากบิดามารดาแต่ “เมื่อเกิดเหตุขึ้นแล้ว บิดาผู้เสียหายรับว่า ฝ่ายจำเลยมาสู่ขอผู้เสียหายตามประเพณี เพียงแต่ตกลงเรื่องเงินค่าสินสอดไม่ได้เท่านั้น จึงเกิดเหตุเป็นคดีนี้ขึ้น นับว่าจำเลยควรได้รับความปรานี”[๕๙]และได้มีคำพิพากษาว่า

“จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๙ จำคุก ๓ ปี ปรับ ๖,๐๐๐ บาท คำให้การจำเลยนับว่าเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาเป็นเหตุบรรเทาโทษ จึงลดโทษให้หนึ่งในสามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘ คงจำคุก ๒ ปี ปรับ ๔,๐๐๐ บาท ไม่ปรากฏว่าจำเลยเคยต้องโทษจำคุกมาก่อนและมีเหตุอันควรปรานีโทษจำคุกจึงให้รอการลงโทษไว้” [๖๐]

ข. การลงโทษบทหนัก

ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นอกจากต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้แล้ว ผู้กระทำก็อาจได้รับโทษที่หนักกว่าการข่มขืนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ เช่น หากเป็นการข่มขืนโดยใช้อาวุธปืน วัตถุระเบิด หรือเป็นการกระทำในลักษณะโทรมหญิงก็จะมีโทษสำหรับการกระทำผิดในลักษณะรุนแรงกว่าการข่มขืนที่ไม่ได้ปรากฏเหตุดังกล่าวมาประกอบ [๖๑]

---

[๕๘] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๘๒๗/๒๕๓๘*

[๕๙] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๔๖๕/๒๕๓๐*

[๖๐] *คำพิพากษาฎีกาเดียวกัน*

[๖๑] *มาตรา ๒๗๖ บัญญัติว่า*

“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

ซึ่งการจะลงโทษการข่มขืนในลักษณะที่มีบทลงโทษรุนแรงมากขึ้น ก็อยู่ภายใต้หลักทั่วไปของกฎหมายอาญาว่าในการจะลงโทษบุคคลในความผิดใดๆ ก็จำเป็นที่จะต้องมีการพิสูจน์ให้ได้อย่างชัดเจนว่ามีเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นจริงโดยปราศจากข้อสงสัยอย่างสิ้นเชิงดังนั้นหากมีการกล่าวหาว่าจำเลยได้ข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้อาวุธปืน ก็จะต้องมีการพิสูจน์ให้ได้ว่าปืนที่ยึดได้นั้นเป็นของจำเลยและจำเลยได้ใช้ในการกระทำความผิดจริง หากไม่ได้มีการพิสูจน์ให้เห็นก็ไม่อาจลงโทษจำเลยในความผิดฐานข่มขืนโดยใช้อาวุธปืนได้ รวมถึงข้อหาอื่นที่เป็นความผิดเกี่ยวกับอาวุธปืน

> “ทางนำสืบของโจทก์ไม่ปรากฏว่าได้ยึดอาวุธปืนไม่มีเครื่องหมายทะเบียนได้จากจำเลยทั้งสองเป็นของกลาง จึงยังฟังไม่ได้ว่าจำเลยทั้งสองกระทำความผิดใน ข้อหาความผิดต่อพระราชบัญญัติอาวุธปืน” [๖๒]

การพิจารณาความผิดของจำเลยด้วยการพิสูจน์ถึงพยานหลักฐานที่ชัดเจน นับว่าเป็นหลักการที่สำคัญของกฎหมายอาญาเพื่อต้องการให้เกิดการลงโทษแก่ผู้ที่กระทำความผิดจริง และก็เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการลงโทษแก่ผู้บริสุทธิ์ ซึ่งในกรณีนี้ก็เพื่อไม่ให้มีการลงโทษแก่บุคคลเกินไปกว่าความผิดที่ได้กระทำลง อย่างไรก็ตามมีประเด็นพิจารณาต่อว่าหากการข่มขืนที่เกิดขึ้นมีการใช้อาวุธที่มิใช่ของจริงมาทำการข่มขู่ โดยหญิงผู้เสียหายให้ปากคำว่า เพราะเกรงจะถูกทำร้ายโดยอาวุธปืนจึงได้ยินยอมให้ชายผู้ตกเป็นจำเลยข่มขืนกระทำชำเรา กรณีเช่นนี้จะถือได้หรือไม่ว่า จำเลยได้กระทำความผิดฐานข่มขืนโดยมีหรือใช้อาวุธปืน

“ปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยต่อไปมีว่าการข่มขืนกระทำชำเราดังกล่าวได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนเป็นเหตุให้จำเลยรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๒๗๖ วรรคสองหรือไม่ เห็นว่าพยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบได้ความเพียงว่าจำเลยได้ใช้อาวุธปืนขู่ผู้เสียหายไม่ให้ขัดขืน จนผู้เสียหายเกิดความกลัว แต่อาวุธปืนที่ใช้ขู่โจทก์มิได้นำสืบให้เห็นว่าเป็นอาวุธปืนตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ หรือไม่ แต่โจทก์ได้ส่งผลการตรวจพิสูจน์อาวุธปืนของกลางที่เป็นสิ่งเทียมอาวุธปืนพกอัดลมชนิดใช้ยิงกับลูกกระสุนพลาสติกทรงกลมขนาด ๖ ม.ม. ซึ่งใช้ยิงทำอันตรายแก่ชีวิตและวัตถุไม่ได้ตามเอกสารหมายเลข จ.๒๑ ดังนั้นอาวุธปืนของกลางที่ส่งไปตรวจพิสูจน์ ซึ่งตามคำฟ้องระบุว่าเป็นอาวุธปืนที่จำเลยใช้ขู่ผู้เสียหายอาวุธปืนดังกล่าวก็มิใช่อาวุธปืนตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ แต่เป็นสิ่งเทียมอาวุธปืนเท่านั้น การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ วรรคสอง” [๖๓]

เมื่อสิ่งที่จำเลยใช้ข่มขู่ผู้เสียหายเพื่อข่มขืนกระทำชำเราไม่ใช่อาวุธปืนตามหลักการพิจารณาขององค์ประกอบความผิดของกฎหมายอาญา ก็ย่อมไม่อาจลงโทษจำเลยในข้อหาข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้อาวุธปืนได้ คำอธิบายหลักการพิจารณาความผิดในลักษณะเช่นนี้ เป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการที่เป็นกลางและเป็นธรรมต่อผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาความผิดทางอาญาตามที่ได้กล่าวมา ย่อมทำให้เห็นได้ว่าไม่ได้นำเอาประสบการณ์หรือความคิดของผู้เสียหายเข้ามาประกอบ ดังจะเห็นได้ว่าถึงแม้จะไม่ใช่อาวุธปืนจริง หากเป็นเพียงสิ่งเทียมอาวุธ แต่ถ้าเป็นสิ่งที่ทำให้ผู้หญิงผู้ถูกข่มขู่รู้สึกกลัวและยอมให้ฝ่ายชายข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งถ้าเป็นกรณีที่ฝ่ายชายไม่มีสิ่งเทียมอาวุธอยู่ในมือ หญิงก็อาจต่อสู้และขัดขืนต่อการกระทำของฝ่ายชายได้ ในมุมมองของหญิงสิ่งนั้นจึงเป็นอาวุธปืนไม่ว่าในความเป็นจริงจะเป็นปืนตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนหรือไม่ก็ตาม คำพิพากษาในแนวทางเช่นนี้จึงคาดหมายให้หญิงจะต้องมีความรู้เกี่ยวกับอาวุธปืนเป็นอย่างดี สามารถแยกแยะได้ว่าอะไรที่เป็นสิ่งเทียมอาวุธและสิ่งไหนที่เป็นอาวุธจริง หากไม่มีความสามารถในการจำแนกของจริงและสิ่งเทียมและยอมให้ชายกระทำชำเรา ก็ไม่สามารถที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำในฐานข่มขืนโดยใช้อาวุธปืนได้

---

[๖๒] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๗๖๐/๒๕๓๓*

[๖๓] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๗๙๓/๒๕๔๔*

ประเด็นสืบเนื่องถัดมาก็คือ แม้ว่าสิ่งที่ใช้นั้นจะเป็นอาวุธตามที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะเป็นอาวุธปืน วัตถุระเบิด หรืออาวุธอื่น ในกรณีที่กฎหมายกำหนดว่า “ใช้อาวุธ” ก็จะต้องมีการกระทำที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าได้ใช้อาวุธมาประกอบในการกระทำความผิด

อัยการเป็นโจทก์ฟ้องว่าจำเลยได้กระทำความผิดต่อกฎหมายในหลายข้อหา โดยข้อหาหนึ่งฟ้องว่าจำเลยได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กหญิงอายุไม่เกิน ๑๕ ปี โดยใช้อาวุธมีดสปริงจี้ขู่เข็ญและใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้เสียหายไม่ยินยอม[๖๔] ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า

“พยานหลักฐานของโจทก์จึงมีน้ำหนักฟังได้แต่เพียงว่า จำเลยได้นำอาวุธมีดสปริงซึ่งจำเลยมีติดตัวอยู่ออกมาเท่านั้น ศาลฎีกาเห็นว่า การที่จำเลยนำอาวุธมีดสปริงที่จำเลยมีติดตัวอยู่ออกมาโดยมิได้ง้างมีดสปริงออกในลักษณะที่สามารถใช้แทงทำร้ายได้ ทั้งมิได้ใช้อาวุธมีดสปริงขู่เข็ญบังคับให้ผู้เสียหายยอมให้จำเลยกระทำชำเรานั้น ถือไม่ได้ว่าจำเลยได้ใช้อาวุธมีดสปริงในการกระทำชำเราผู้เสียหาย” [๖๕]

๔.๔ วิถีแห่งความผิด และการรับโทษ

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นสิ่งที่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาของไทย ความผิดนี้จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำของชายต่อหญิงที่มิใช่ภรรยาของตนเอง บทบัญญัติของกฎหมายได้สะท้อนถึงมิติการมองเพศสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิง และรวมถึงสถานะของเพศสัมพันธ์ระหว่างชายหญิงที่เป็นสามีภรรยา ซึ่งอาจถูกตั้งคำถามได้จากแง่มุมของนิติศาสตร์แนวสตรีนิยมในหลากหลายแง่มุม แต่นอกจากเนื้อหาที่ปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว ในการปรับใช้กฎหมายโดยศาลก็ได้มีส่วนต่อการสร้างความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราให้มีลักษณะเฉพาะเจาะจงมากยิ่งขึ้น

ในการพิจารณาถึงการชำเราซึ่งมุ่งไปที่การกระทำอันเป็นเรื่องของอวัยวะเพศชายกับอวัยวะเพศหญิง แสดงให้เห็นว่าการมีเพศสัมพันธ์ในทัศนะของศาลต้องเป็นการกระทำที่สามารถนำไปสู่การสืบพันธุ์ได้ หากเป็นการกระทำในลักษณะอื่นที่แม้จะทำให้ชายสามารถสำเร็จความใคร่ได้โดยปราศจากการล่วงล้ำอวัยวะเพศของเพศหญิงโดยอวัยวะเพศของชายก็จะไม่ถือว่าเป็นการกระทำชำเรา อาจกล่าวได้ว่า การตีความในลักษณะนี้นับเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำเราที่ได้กำหนดไว้ให้เป็นเรื่องเฉพาะระหว่างชายกับหญิง ขณะที่การบังคับขืนใจระหว่างชายกับชาย หรือหญิงกับหญิง ก็จะไม่ถูกจัดเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของความผิด

---

[๖๔] *มาตรา ๒๗๗ บัญญัติว่า*

“ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภรรยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

วรรคสาม “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกหรือวรรคสองได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”

[๖๕] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๘๒๗/๒๕๓๘*

หากพิจารณาในแง่นี้ ทั้งบทบัญญัติและการตีความกฎหมายในเรื่องของการข่มขืนกระทำชำเราจึงวางอยู่บนการมองถึงลักษณะของการมีเพศสัมพันธ์ว่าต้องเป็นระหว่างชายกับหญิง และเป็นเรื่องของอวัยวะเพศต่ออวัยวะเพศ การคุ้มครองของกฎหมายไม่ได้ครอบคลุมการกระทำในมิติอื่นๆ ดังนั้น เฉพาะเพศสัมพันธ์ระหว่างชายหญิงเท่านั้นที่เป็นมาตรฐาน และได้รับการปกป้องไว้โดยกฎหมาย การกระทำในลักษณะอื่นๆ ที่อยู่นอกกรอบของเพศสัมพันธ์แบบมาตรฐานจึงเป็นความเบี่ยงเบนหรือการกระทำที่ผิดปกติ กฎหมายจึงไม่จำเป็นต้องให้การคุ้มครองปกป้องเอาไว้แต่อย่างใด หากมีการรับรองให้ความผิดฐานข่มขืนรวมไปถึงการกระทำอื่นๆนอกเหนือจากรูปแบบของชายกับหญิงและอวัยวะเพศต่ออวัยวะเพศแล้ว ก็จะเป็นผลต่อการสั่นคลอนต่อรากฐานความเชื่อของรูปแบบเพศสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงอย่างรุนแรง เพราะฉะนั้น การล่วงละเมิดทางเพศในรูปแบบอื่นนอกกรอบมาตรฐาน แม้จะเป็นความผิดก็จะปรากฏอยู่ในฐานความผิดประเภทอื่นที่ไม่ใช่การข่มขืนกระทำชำเรา เช่น เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย หรืออนาจาร เป็นต้น

นอกจากการให้ความหมายและการยอมรับถึงมาตรฐานของการกระทำที่จัดว่าเป็นการมีเพศสัมพันธ์ที่ควรได้รับการคุ้มครองไว้โดยกฎหมายแล้ว ในการวินิจฉัยถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ประเด็นหนึ่งซึ่งมีความสำคัญอย่างมากต่อการตัดสินว่าการชำเราที่เกิดขึ้นจะเป็นการข่มขืนโดยฝ่ายชาย หรือด้วยความสมัครใจของฝ่ายหญิง คำพิพากษาของศาลฎีกาวางแนวบรรทัดฐานในการพิจารณาที่ประเด็นสำคัญ ๓ เรื่อง บาดแผล ระยะเวลาและภูมิหลังของผู้เสียหาย โดยให้น้ำหนักในการตัดสินว่าหากการกระทำนั้นเป็นการข่มขืนแล้ว ก็ต้องมีพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงเหล่านี้มาประกอบ ภาพของการข่มขืนกระทำชำเราที่จะปรากฏขึ้นก็คือ การกระทำของชายแปลกหน้าต่อหญิง โดยหญิงได้ทำการต่อสู้ดิ้นรนอย่างเต็มที่จนทำให้เกิดร่องรอยหรือบาดแผลกับตนเอง และหากไม่สามารถต่อสู้ได้ภายหลังเหตุการณ์ยุติลงทางฝ่ายหญิงก็ได้ดำเนินการทางกฎหมายในทันทีที่สามารถจะกระทำได้ ข้อเท็จจริงเหล่านี้จะได้รับความสำคัญในการวินิจฉัยชี้ขาดของศาล ในทางกลับกัน หากมีข้อเท็จจริงที่ไม่สอดคล้องกับแนวบรรทัดฐานของศาลฎีกาเกิดขึ้น เช่น ชายที่เป็นผู้กระทำไม่ใช่ชายแปลกหน้าหากเป็นผู้ที่มีความสนิทสนมหรือเป็นผู้ที่เคยมีความสัมพันธ์ทางเพศกันมาก่อน, ไม่ปรากฏร่องรอยหรือบาดแผลใดๆ กับฝ่ายหญิง หรือหลังจากเหตุการณ์ที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นการข่มขืนแล้ว ปรากฏว่าทางฝ่ายหญิงได้ทิ้งเวลาให้ทอดยาวก่อนที่จะได้มีการดำเนินการทางกฎหมายแก่ชายผู้ถูกกล่าวหา ข้อเท็จจริงที่ไม่เข้ารูปแบบมาตรฐานของการข่มขืนก็จะทำให้การกระทำที่เกิดขึ้นถูกมองว่าเป็นเรื่องของการมีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอมมากกว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา

การให้ความสำคัญกับข้อเท็จจริงดังที่กล่าวมา ทำให้ภาพของการข่มขืนมีลักษณะที่ตายตัว ชัดเจน อันมีผลทำให้การชำเราในลักษณะอื่นไม่อาจถูกรวมเข้าไปว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา ไม่ว่าจะเป็นการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงที่เป็นคู่รักโดยที่ฝ่ายหญิงอาจไม่ได้ยินยอมพร้อมใจ การบังคับให้หญิงต้องมีเพศสัมพันธ์ด้วยการใช้อำนาจเหนือกว่าในด้านอื่นๆ ที่ไม่ใช่การใช้กำลังกาย ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้กับนายจ้างกับลูกจ้าง ผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา หรืออาจเป็นการบังคับด้วยการใช้อาวุธทำให้หญิงไม่กล้าดิ้นรนขัดขืนเพราะกลัวว่าอาจเป็นอันตรายถึงแก่ชีวิต หรือภายหลังจากการถูกชำเราหญิงต้องใช้เวลาในการไตร่ตรองและทำใจกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนนำความไปแจ้งกับเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งแต่ละคนก็อาจใช้ระยะเวลาที่แตกต่างกันไป

ภาพของการข่มขืนกระทำชำเราจากคำวินิจฉัยของศาลฎีกา จึงมีผลเป็นการกีดกันปรากฏการณ์อื่นๆ ที่ไม่อาจจัดเข้ามาให้อยู่ภายในกรอบมาตรฐานหลักของการข่มขืน ซึ่งทำให้สามารถตั้งข้อโต้แย้งได้ว่าเป็นความจริงหรือไม่ว่าที่การมีเพศสัมพันธ์โดยความไม่ยินยอมพร้อมใจของหญิง จะต้องดำเนินไปในรูปแบบเดียวกันทั้งหมด เฉพาะอย่างยิ่งในรูปแบบซึ่งถูกยึดถือเป็นแนวบรรทัดฐานในการตัดสินของศาล ดังการยึดหลัก “ยิ่งแจ้งความเร็วยิ่งเป็นเรื่องจริง” ย่อมทำให้หญิงที่แจ้งความดำเนินคดีช้าจะถูกตั้งข้อสงสัยว่าเพราะเหตุใดจึงไม่รีบเร่งดำเนินการ

อย่างทันท่วงทีภายหลังเหตุการณ์ การยึดเอามาตรฐานเป็นปัจจัยสำคัญในการชี้ขาดย่อมมีผลเป็นการละเลยต่อประสบการณ์ ความรู้สึก และปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับหญิงผู้เสียหายของแต่ละคน ซึ่งอาจมีลักษณะที่แตกต่างกันไป และอาจมีผลทำให้ท่าทีหรือปฏิกิริยาต่อเหตุการณ์ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องดำเนินไปในลักษณะเดียวกัน และไม่ได้เป็นเฉพาะตัวของหญิงเท่านั้น หากยังรวมกับเงื่อนไขอื่นที่อยู่รายล้อมไม่ว่าจะเป็นครอบครัว อาชีพ เพื่อนฝูง ท่าทีการมองปฏิกิริยาต่อการถูกข่มขืนด้วยความเชื่อว่ามีรูปแบบบางอย่างที่ควรต้องกระทำ นอกจากทำให้ความหมายของการข่มขืนมีลักษณะที่หยุดนิ่งแล้ว ก็ยังเป็นการตอกย้ำความเชื่อว่าโดยธรรมชาติแล้วผู้หญิงมีลักษณะร่วมกันเมื่อต้องเผชิญกับเหตุการณ์ต่างๆ ก็ต้องแสดงออกมาในลักษณะที่สอดคล้องกัน

การยึดแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในการให้ความสำคัญบาดแผล ระยะเวลา และภูมิหลังของผู้เสียหายได้มีผลเชื่อมโยงต่อเนื่องมา ในการพิจารณาถึงพยานหลักฐานต่างๆ เพื่อประกอบการวินิจฉัยชี้ขาด จึงทำให้การค้นหาความจริงมุ่งไปที่ตัวของหญิงผู้เสียหายเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นความประพฤติ การปฏิบัติตัวของหญิงทั้งก่อนเกิดเหตุการณ์ ขณะเกิด และหลังเหตุการณ์ จะเป็นข้อเท็จจริงที่ถูกนำมาอธิบายว่าสอดคล้องกับสิ่งที่เป็นแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาหรือไม่ หญิงผู้เสียหายจึงตกอยู่ในฐานะของการเป็นวัตถุแห่งคดี (object) ที่จะต้องถูกตรวจสอบและค้นหาความจริงในรูปแบบต่างๆ เรื่องราวส่วนตัวที่เป็นความลับก็อาจถูกเปิดเผย การพิสูจน์ร่องรอยของการข่มขืนก็ทำให้พื้นที่ส่วนตัวถูกล่วงละเมิดจากผู้เชี่ยวชาญ ประวัติความเป็นมาโดยเฉพาะในเรื่องเพศสัมพันธ์ก็สามารถถูกอ้างอิงเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานประกอบในการตัดสิน

เหตุผลประการหนึ่งของการค้นหาความจริงซึ่งทำให้หญิงผู้เสียหายตกเป็นวัตถุแห่งคดีก็เนื่องจากหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญาก็คือ บุคคลจะถูกลงโทษก็ต่อเมื่อได้มีการพิสูจน์จนแน่ชัดแล้วว่าได้กระทำผิดจริง หากมีข้อสงสัยประการใดก็ต้องยกประโยชน์ให้กับจำเลยไป ตามหลัก “ปล่อยอาชญากรสิบคนดีกว่าลงโทษผู้บริสุทธิ์เพียงคนเดียว” ดังนั้น หากต้องลงโทษบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่น ก็ต้องมีพยานหลักฐานที่เชื่อถือได้จนปราศจากความสงสัยแล้วเช่นเดียวกัน และโดยข้อพิพาทในคดีดังกล่าวมักไม่ค่อยมีประจักษ์พยาน หรือหลักฐานที่จะบ่งชี้ได้อย่างชัดเจนนอกจากตัวของหญิงผู้เสียหาย จึงทำให้หญิงเป็นพยานหลักฐานที่สำคัญอย่างมาก

หญิงในคดีข่มขืนจึงมิใช่เพียงผู้เสียหายเท่านั้น หากยังต้องตกเป็นวัตถุแห่งคดีที่จะต้องกลายมาเป็นสิ่งที่ถูกเค้น ถูกถาม ถูกประเมินความน่าเชื่อถือ ถูกตั้งข้อสงสัย การกระทำที่ไม่ได้อยู่ภายในกรอบของหญิงที่ดีก็สามารถลดทอนความน่าเชื่อถือของหญิงในการให้ปากคำลง ภาระหน้าที่ของหญิงสาวผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมเพื่อค้นหาความจริง จึงไม่ใช่เพียงการพิสูจน์ว่าตนได้ถูกข่มขืนเท่านั้น แต่ต้องแสดงให้เห็นถึงความประพฤติที่ดำเนินไปบนมาตรฐานซึ่งผู้หญิงที่ดีทั่วไปต้องกระทำทั้งก่อนเกิดเหตุ ขณะเกิดเหตุ และภายหลังจากเกิดเหตุแล้ว

เพราะฉะนั้น ในด้านหนึ่งการทำความเข้าใจต่อคำพิพากษาของศาลฎีกาทำให้เห็นการสร้างคำอธิบายเกี่ยวกับการข่มขืนที่ถูกยึดเป็นแนวทางในการตัดสิน บรรทัดฐานของคำตัดสินสะท้อนถึงความเข้าใจของศาลที่มีต่อการข่มขืนว่าเป็นเหตุการณ์ในลักษณะเช่นใด บุคคลที่เกี่ยวข้องควรจะต้องมีท่าทีและการปฏิบัติอย่างไร ความหมายในส่วนนี้ได้ถูกขยายขึ้นจากกฎหมายที่มีอยู่เดิม และอาจกล่าวได้ว่าทำให้การข่มขืนได้มีความหมายเฉพาะเจาะจงขึ้นมา อันเป็นการสะท้อนถึงแนวความคิดในเรื่องเพศวิถีของศาลได้เป็นอย่างดี

ในขณะเดียวกันมีประเด็นข้อพิพาทในคดีข่มขืนกระทำชำเราที่ศาลได้วินิจฉัยบนพื้นฐานของหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีอื่นโดยทั่วไปซึ่งหากมองอย่างผิวเผินแล้วก็เป็นหลักการที่มีความเป็นธรรมกับผู้ที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับผู้ที่ตกเป็นจำเลยในคดี อย่างไรก็ตาม เมื่อนำเอาหลักกฎหมายในบางเรื่องมาใช้วินิจฉัยในคดีที่เกี่ยวกับการข่มขืน ก็อาจทำให้เกิดข้อสงสัยได้ว่าหลักการดังกล่าวจะเป็นสิ่งที่เป็นธรรมได้จริงหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับหญิง ซึ่งตกเป็นผู้เสียหาย

ตัวอย่างการพิจารณาความผิดฐานข่มขืนด้วยการใช้อาวุธปืน ซึ่งตามกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษมากกว่าการข่มขืนกระทำชำเราโดยปราศจากอาวุธปืน ศาลได้ตัดสินว่าการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานนี้ต้องปรากฏว่าผู้กระทำได้ใช้อาวุธที่เป็นปืนจริง หากเป็นปืนปลอมหรือเป็นสิ่งเทียมอาวุธปืนก็จะไม่มีความผิด ในการพิจารณาความผิดในส่วนนี้เป็นการพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำว่าเมื่อไม่ใช่อาวุธปืนที่แท้จริงก็ย่อมไม่อาจใช้ทำร้ายผู้เสียหาย คงได้แต่ใช้ข่มขู่อีกฝ่ายหนึ่งให้เกิดความเกรงกลัวเท่านั้น จึงไม่อาจลงโทษผู้กระทำฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้อาวุธปืนได้ การให้เหตุผลในคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายและบทบัญญัติของกฎหมาย และเป็นการตัดสินไปตามหลักวิชาซึ่งเป็นที่ยอมรับกัน

อย่างไรก็ตาม หากมองจากหญิงผู้เสียหายก็สามารถโต้แย้งได้ว่า ในกรณีที่หากไม่มีอาวุธดังกล่าว หญิงก็จะต่อสู้ไม่ยอมให้ชายกระทำชำเราตนเองได้ เหตุที่หญิงยอมให้ชายชำเราแม้จะไม่สมัครใจก็เพราะเกรงกลัวอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากการใช้อาวุธปืนของชายถ้าตนเองไม่ยินยอม ในสายตาของหญิงอาวุธปืนที่ชายนำมาใช้จึงเป็น “ปืน” ที่อาจทำร้ายตนเองได้แม้ว่าตามกฎหมายแล้ว สิ่งนั้นอาจเป็นเพียงสิ่งเทียมอาวุธปืนก็ตาม หลักกฎหมายในการพิจารณา ประเด็นนี้จึงเรียกร้องให้หญิงต้องรู้จักและสามารถแยกแยะได้ว่าสิ่งใดคือปืนที่เป็นของจริงหรือเป็นเพียงของปลอม

เหตุผลของคำอธิบายในความผิดฐานนี้จึงเป็นการละเลยต่อมุมมองของหญิง ด้วยความเชื่อว่าหลักการที่มีอยู่เป็นสิ่งที่เป็นกลาง และให้ความเป็นธรรมกับทุกฝ่ายได้อย่างเท่าเทียม ทำให้ขาดการตรวจสอบและตั้งคำถามว่า เป็นสิ่งกระทบต่อสถานะของหญิงอย่างไร อันนำมาสู่การยึดถือปฏิบัติตามสืบต่อกันมาโดยไม่มีข้อสงสัยใดๆ เกิดขึ้นต่อระบบความรู้ของกฎหมาย

บทที่ ๕
คดีความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย

การกระทำซึ่งเป็นการล่วงละเมิดต่อชีวิตและร่างกายของบุคคลอื่น เช่น การทำร้าย การฆ่า เป็นสิ่งที่กฎหมายได้บัญญัติห้ามไว้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิในชีวิตและร่างกายของบุคคลทั่วไปประมวลกฎหมายอาญามีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดต่อชีวิตและร่างกายในลักษณะ ๑๐ โดยมี ๔ หมวด คือ ความผิดต่อชีวิต ความผิดต่อร่างกาย ความผิดฐานทำให้แท้งลูก และความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก คนป่วยเจ็บหรือคนชรา ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มุ่งลงโทษแก่บุคคลที่กระทำการใดๆ อันมีผลต่อชีวิตและร่างกายของบุคคลอื่น แต่การศึกษาในที่นี้จะให้ความสนใจกับความผิดใน ๒ หมวดเป็นสำคัญ คือ การกระทำซึ่งเป็นความผิดต่อชีวิตและความผิดต่อร่างกาย[๑]

บทบัญญัติของกฎหมายทั้ง ๒ หมวดนี้ได้ใช้คำว่า “ผู้ใด” ในฐานะของบุคคลผู้กระทำความผิด เช่น

มาตรา ๒๘๘ ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี

มาตรา ๒๙๑ ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

มาตรา ๒๙๕ ผู้ใดทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายและจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

เพราะฉะนั้น หากมีบุคคลใดบุคคลหนึ่งกระทำความผิดก็ควรต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติเอาไว้ ซึ่งจะได้มีการพิจารณาว่าในกรณีที่ผู้กระทำความผิดทั้งต่อชีวิตและร่างกายเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับผู้เสียหายในฐานะของสามีภรรยา เช่น การที่สามีทำร้ายภรรยาหรือฆ่าภรรยา สถานะของการเป็นสามีหรือภรรยานั้นจะมีผลอย่างไรต่อแนวทางการตัดสินชี้ขาดในคำพิพากษาของศาลคำตัดสินที่บังเกิดขึ้นจะเหมือนกับกรณีของความผิดต่อชีวิตและร่างกาย ซึ่งกระทำโดยบุคคลทั่วไปหรือไม่ หรือมีความแตกต่างเกิดขึ้น และด้วยเหตุใดอย่างไร

โดยจะแยกพิจารณาเป็น ๒ ลักษณะ คือ คดีที่สามีเป็นผู้ลงมือกระทำ และกรณีที่ภรรยาเป็นผู้ลงมือกระทำ

๕.๑ คดีที่สามีเป็นผู้ลงมือกระทำ

จากการศึกษาคดีความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายซึ่งสามีเป็นบุคคลที่ลงมือกระทำนั้น พบว่าสาเหตุส่วนใหญ่จะเกี่ยวพันหรือเป็นสาเหตุมาจากการที่ภรรยาไปมีความสัมพันธ์เชิงชู้สาวกับชายอื่น อันเป็นสาเหตุให้เกิดการทำร้ายหรือการฆ่ากันเกิดขึ้น สำหรับบุคคลที่ถูกกระทำนั้นนอกจากจะเกิดกับภรรยาแล้ว บุคคลภายนอกที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับภรรยาก็อาจตกเป็นเป้าหมายของการกระทำจากสามีได้เช่นกัน

---

[๑] *ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๔๙๙ ความผิดต่อชีวิตบัญญัติอยู่ในมาตรา ๒๘๘ ถึงมาตรา ๒๙๔ ความผิดต่อร่างกายบัญญัติอยู่ในมาตรา ๒๙๕ ถึง ๓๐๐*

ก. กรณีกระทำต่อภรรยา

สามีกลับบ้านพบภรรยากับชายอื่นกำลังมีเพศสัมพันธ์กันในห้อง สามีพังประตูเข้าไปและชายชู้วิ่งหนีจากห้อง สามีใช้ปืนยิงชายนั้นจนหมดกระสุน ๕ นัด แล้วหยิบพร้าฟันภรรยาเป็นแผลฉกรรจ์อาจตายทันที ๓ แผล บาดเจ็บ ๙ แผล ความเห็นของศาลในการพิจารณาข้อเท็จจริงนี้ “แสดงว่าฟันอย่างไม่ไว้ชีวิต ตั้งใจฆ่าโดยไม่ต้องสงสัย ภรรยาจำเลยก็ตายในขณะนั้นเอง” อย่างไรก็ตามถือว่า

> “เป็นการกระทำเพราะถูกกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรง โดยมิเป็นธรรมและบันดาลโทสะ กระทำขึ้นในขณะนั้นเรียกได้ว่ากระทำผิดโดยถูกยั่วโทสะ” [๒]

จะเห็นได้ว่าในคดีนี้มีข้อเท็จจริงที่รับฟังว่า สามีตั้งใจฆ่าภรรยา “โดยไม่ต้องสงสัย” เนื่องจากการพิจารณาจากอาวุธและลักษณะบาดแผล ผู้กระทำจึงมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา แต่ในการกำหนดโทษได้มองว่าการกระทำนี้เกิดขึ้นเพราะเหตุบันดาลโทสะ จึงทำให้การกำหนดโทษอยู่ในระดับเบาที่สุดของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ มาตรา ๒๔๙[๓] ซึ่งกำหนดโทษไว้ ๓ ประเภท ตั้งแต่ระดับที่รุนแรงที่สุดคือโทษประหารชีวิต ประเภทที่สองคือ จำคุกตลอดชีวิต ประเภทที่สามจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และในการลงโทษจำคุกประเภทที่สามก็เป็นการกำหนด โทษที่ต่ำสุด คือ สิบห้าปี เมื่อพิจารณาว่าเป็นการฆ่าที่เกิดขึ้นโดยบันดาลโทสะ ก็จึงได้กำหนดโทษกึ่งหนึ่ง[๔]เท่ากับ ๗ ปี ๖ เดือน และในขั้นสุดศาลก็เห็นว่ามีเหตุอันควรปราณี[๕] จึงลดโทษให้อีกหนึ่งในสาม คงเหลือโทษจำคุก ๕ ปี

---

[๒] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๙๐/๒๔๙๓*

[๓] *กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗ มาตรา ๒๔๙ บัญญัติว่า*

“ผู้ใดกระทำโดยเจตนา ให้ผู้หนึ่งผู้ใดถึงแก่ความตาย ท่านว่ามันฆ่าคนโดยเจตนา มีความผิดให้ลงอาญาแก่มันตามโทษานุโทษเป็นสามสฐาน คือ สฐานหนึ่งให้ประหารชีวิตร์ให้มันตายตกไปตามกัน สฐานหนึ่งให้จำคุกไว้จนตลอดชีวิตร์ สฐานหนึ่งให้จำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี”

กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นคือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ต่อมาได้ถูกยกเลิกหลังจากประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๔๙๙ ซึ่งได้ถูกใช้บังคับต่อมาจนปัจจุบัน

[๔] *มาตรา ๕๕ บัญญัติว่า*

“เมื่อผู้ใด ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม แลมันบันดาลโทสะขึ้นในขณะนั้น ถ้าแลมันกระทำผิดในขณะนั้นไซ้ ท่านให้ลงอาญาตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น แก่มันเพียงกึ่งหนึ่ง”

[๕] *มาตรา ๕๙ บัญญัติว่า*

“เมื่อใดความปรากฏ ว่ามีเหตุอันควรปราณีแก่ผู้กระทำผิดไซ้ ถึงว่าศาลจะได้เพิ่มหรือลดกำหนดโทษ ตามความในมาตราอื่นของกฎหมายนี้แล้วก็ดี ศาลยังลดโทษฐานปราณีได้อีกโสตหนึ่งไม่เกินกว่ากึ่งอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นๆ

ที่เรียกว่าเหตุอันควรปราณีนั้น ท่านประสงค์ในเหตุเหล่านี้ คือ ผู้กระทำผิดจริตไม่ปรกติก็ดี ผู้กระทำผิดเป็นผู้มีคุณความดีมาแต่ก่อนก็ดี ผู้กระทำผิดเมื่อกระทำลงแล้วมันรู้สึกตัวกลัวผิด แลได้พยายามแก้ไขให้บรรเทาผลร้ายที่มันทำนั้นลงดี ผู้กระทำผิดมาลุแก่โทษก่อนที่ความผิดของมันได้ปรากฏก็ดี ผู้กระทำผิดรับสารภาพให้ความสัจความรู้ต่อศาล ให้เป็นประโยชน์ในทางพิจารณาคดีนั้นก็ดี แลความชอบอย่างอื่นๆ ซึ่งศาลพิเคราะห์เห็นว่าเปนทำนองเดียวกับที่กล่าวมานี้ก็ดี ท่านให้ถือว่าเปนเหตุอันควรปราณีแก่ผู้กระทำผิดดุจกัน”

สามีมาพบภรรยากำลังทำชู้ในห้องครัว ชู้หลบหนีไป สามีเข้าไปด่าว่าและตบตีภรรยาแต่ภรรยาได้ต่อสู้ สามีจึงโกรธและใช้ไม้ฟืนตีภรรยาจนถึงแก่ความตาย ในคดีนี้ศาลเห็นว่าภรรยาและชายชู้ "ได้ข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม" และเมื่อสามีว่ากล่าวตบตี ภรรยากลับต่อสู้ การกระทำของภรรยาเช่นนี้ "ย่อมเป็นเหตุให้จำเลย (สามี) บันดาลโทสะในเหตุนั้นยิ่งขึ้น จำเลยจึงใช้ไม้ฟืนตีผู้ตายจนถึงแก่ความตาย" การกระทำของสามีจึงได้กระทำลงไปโดยเหตุบันดาลโทสะ[๖] ลงโทษจำคุกจำเลย ๕ ปี [๗]

ทั้ง ๒ คดีข้างต้น มีข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันจากการที่สามีพบว่าภรรยากำลังทำชู้กับชายอื่น จึงได้ฆ่าภรรยาของตน ซึ่งตามคำพิพากษาถือว่ากระทำลงด้วยเหตุบันดาลโทสะที่จะได้รับการลดโทษ แม้ว่าอาจมีความแตกต่างกันอยู่ โดยคดีแรกภรรยาไม่ได้ต่อสู้ใดๆ ส่วนในคดีหลังภรรยาได้ต่อสู้เมื่อถูกตบตี แต่ปฏิกิริยาจากภรรยาก็ไม่มีความหมายแต่อย่างใด การพบเห็นภรรยามีเพศสัมพันธ์กับชายอื่นเป็นเหตุผลเพียงพอต่อการรองรับเหตุบันดาลโทสะของสามีได้แล้ว การต่อสู้ของภรรยาไม่ว่าจะเป็นการป้องกันตัวหรือด้วยเหตุผลอื่น ก็จะกลายเงื่อนไขให้เหตุบันดาลโทสะนั้นมีความหนักแน่นมากขึ้น

นอกจากการกระทำของสามีที่เป็นผลมาจากการพบเห็นภรรยาและชายอื่นมีความสัมพันธ์ทางเพศกันแล้ว มีข้อพิพาทซึ่งสามีทำร้ายภรรยาของตน อันเนื่องมาจากภรรยาต้องการจะเลิกอยู่กินกับสามีและไปแต่งงานใหม่กับชายอื่น แม้ในกรณีนี้จะมีความแตกต่างอย่างมากเมื่อเทียบกับกรณีที่หญิงได้ทำชู้กับชายอื่น อย่างไรก็ตามในคำพิพากษาของศาลก็ถือว่าต่างเป็นเหตุการณ์ที่ทำให้ชายสามารถบันดาลโทสะได้

ในคืนเกิดเหตุ สามีกับภรรยาทะเลาะเบาะแว้งกัน และสามีใช้ไม้ตีพริกยาวประมาณ ๑ ศอก ตีศีรษะภรรยาหลายครั้ง กะโหลกศีรษะข้างขวาส่วนหน้าแตกเป็นทางยาวและรอยประสานของกะโหลกศีรษะข้างขวาส่วนหน้าแตกแยก และใช้มีดปลายแหลมแทงบริเวณหน้าอกของภรรยาจำนวน ๒ แผล ยาว ๑.๕ เซนติเมตร กว้าง ๐.๒ เซนติเมตร ลึกเข้าช่องอก มีลมออกที่ช่องอกทั้ง ๒ ข้าง จนภรรยาสลบไป หากไม่สามารถนำไปให้แพทย์รักษาได้ทันท่วงทีก็อาจถึงแก่ความตายได้ ศาลได้วินิจฉัยการกระทำของสามีว่า

> "การที่จำเลย (สามี) ใช้อาวุธของกลางดังกล่าวทำร้ายร่างกายผู้เสียหาย ที่ ๑ (ภรรยา) นั้น จำเลยย่อมเล็งเห็นผลว่าผู้เสียหายที่ ๑ อาจถึงแก่ความตายได้ แต่ผู้เสียหายที่ ๑ ไม่ถึงแก่ความตาย การกระทำของจำเลยจึงเป็นการพยายามฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา"

ประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยต่อไปก็คือว่าสามีได้กระทำลงโดยบันดาลโทสะหรือไม่ ซึ่งจะต้องมีการพิจารณาถึงสาเหตุที่ทำให้สามีลงมือทำร้ายภรรยาอย่างรุนแรงว่ามีเหตุผลต่อการกล่าวอ้างเหตุบันดาลโทสะหรือไม่ ศาลวินิจฉัยจากข้อเท็จจริงดังนี้

---

[๖] *ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๔๙๙ มาตรา ๗๒ บัญญัติว่า*

"ผู้ใดบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้"

เหตุลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๔๙๙ แตกต่างไปจากที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ด้วยการกำหนดให้การลงโทษต่อผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดเท่าใดก็ได้ ขณะที่ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ กำหนดให้ลงโทษเพียงกึ่งหนึ่งของโทษที่บัญญัติไว้

[๗] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๕๑/๒๕๐๙*

> “ก่อนเกิดเหตุผู้เสียหายที่ ๑ (ภรรยา) กับจำเลย (สามี) ก็มีปากเสียงกันมาก่อนแล้ว เมื่อจำเลยกลับมาที่ห้องเกิดเหตุก่อนและผู้เสียหายที่ ๑ กลับมาทีหลัง โดยดื่มสุรามึนเมา ก็ยังมามีปากเสียงกันอีกก่อนเกิดเหตุ ข้อเท็จจริงฟังได้ตามที่จำเลยนำสืบว่าผู้เสียหายที่ ๑ พูดว่าจะทิ้งและเลิกจากการ เป็นภริยาของจำเลย และจะนำบุตรชายของจำเลยไปให้มารดาภริยาของจำเลยเลี้ยงดูที่จังหวัดเพชรบูรณ์ จำเลยจึงโมโหและได้ใช้ไม้ตีพริกและมีดปลายแหลมเข้าทำร้ายผู้เสียหายจริง เห็นได้ว่า ตามพฤติการณ์ที่จำเลยเป็นสามีของผู้เสียหายที่ ๑ มา ๔ ปีเศษ มีบุตรด้วยกัน ๑ คน เป็นชาย ก่อนเกิดเหตุมีชายอื่นมาติดพันผู้เสียหายที่ ๑ และผู้เสียหายที่ ๑ จะเลิกร้างกับจำเลย และไปอยู่กิน กับชายคนใหม่และจะพาบุตรไปจากจำเลย จำเลยพูดขอร้องไม่ให้พาบุตรไป แต่ผู้เสียหายที่ ๑ ก็ไม่ยินยอม และพูดยืนยันทำนองว่าจะพาบุตรไปจากจำเลยให้ได้ ในขณะที่ผู้เสียหายที่ ๑ มึนเมาสุรา ทำให้จำเลยเกิดความโมโห การกระทำของผู้เสียหายที่ ๑ ดังกล่าวเป็นการข่มเหงน้ำใจอย่างแรง ด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จำเลยได้ใช้ไม้ตีพริกและมีดแทงผู้เสียหายที่ ๑ ในขณะนั้น จึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ”[๘]

ข. กรณีกระทำต่อบุคคลอื่น

การมี “ชายอื่น” หรือการมีเพศสัมพันธ์กับชายอื่น โดยเฉพาะกับการกระทำที่บาดตาบาดใจสามีเป็นเหตุผลที่ได้รับการยอมรับในคำพิพากษาว่าจะทำให้สามีลงมือทำร้าย หรือรวมถึงการฆ่าหญิงผู้เป็นภรรยาด้วยเหตุบันดาลโทสะ การนอกใจของภรรยาได้ถูกจัดให้เป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรง ด้วยเหตุไม่เป็นธรรมต่อสามี

ประเด็นสืบเนื่องต่อมาก็คือ หากสามีได้กระทำต่อชายอื่น แนวคำพิพากษาของศาลจะพิจารณาการกระทำนี้ต่างไปจากที่สามีกระทำภรรยาตนเองหรือไม่

สามีฟันชายชู้ตายที่บ้านของตนเอง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า

> “ผู้ตาย (ชายชู้) และภรรยาของจำเลยได้หลับนอนกระทำชู้กันที่เรือนของจำเลย จำเลย (สามี) ได้กลับมาถึงบ้านพบผู้ตายกับภรรยาจำเลยนอนกอดกันอยู่ จำเลยได้เรียกภรรยาให้จุดตะเกียง ผู้ตายยืนขึ้นถือมีดปลายแหลม พอจำเลยเดินเข้าไป ผู้ตายก็กระโดดแทงจำเลย จำเลยจึงใช้มีดฟัน คดีฟังได้ว่าจำเลยฟันผู้ตายโดยป้องกันตัวและชื่อเสียงพอสมควรแก่เหตุ ยังไม่ควรได้รับโทษ”[๙]

ในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่า การที่สามีฆ่าชายอื่นเป็นการป้องกันตัวเองและชื่อเสียงพอสมควรแก่เหตุ ข้อเท็จจริงในคดีมีเหตุสำคัญ ๒ ประการ คือ การมีเพศสัมพันธ์ของภรรยากับชายอื่น และการที่ชายอื่นใช้มีดแทงจำเลย การปรับกฎหมายเข้ากับคดีนี้จึงอยู่บนฐานของการป้องกันตัวเองจากการทำร้ายของสามีด้วย แต่อย่างไรก็ดี หากเป็นการตอบโต้บุคคลที่จะมาทำร้ายตามปกติ คงไม่อาจให้เหตุผลได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อป้องกันชื่อเสียง คำวินิจฉัยของศาลที่เห็นว่าการกระทำของสามีที่กระทำชายอื่นในฐานะเป็นการ “ป้องกันตัวและชื่อเสียง” จึงย่อมรวมเอาเหตุของการเห็นภาพบาดตาบาดใจของชายอื่นกับภรรยาของสามีเอาไปเป็นส่วนหนึ่งด้วย แม้ว่าตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ จะกำหนดการกระทำโดยบันดาลโทสะไว้ด้วยก็ตาม แต่ศาลก็ไม่ได้นำมาปรับในเหตุการณ์นี้

---

[๘] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๕๑๙/๒๕๔๔*

[๙] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๕๙๙/๒๔๙๒ ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ บทบัญญัติในเรื่องป้องกันที่ศาลนำมาปรับใช้ คือ มาตรา ๕๐ “บุคคลที่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดแต่พอสมควรแก่เหตุ โดยมีความจำเป็นเพื่อป้องกันชีวิตร์ เกียรติยศ และชื่อเสียงหรือทรัพย์ของตัวมันเองก็ดี หรือของผู้อื่นก็ดี เพื่อให้พ้นภยันตราย ซึ่งเกิดโดยผิดด้วยกฎหมาย ท่านว่าไม่ควรลงอาญาแก่มัน”*

แต่ในกรณีที่ภรรยาไปมีชายอื่นและไปอยู่กินกับชายผู้นั้น โดยที่ผู้เป็นสามีได้ทราบเรื่องราว แต่ไม่ได้เห็นภาพบาดตาบาดใจของภรรยาตนเองกับชายอื่น หากสามีทำร้ายหรือฆ่าชายอื่นก็ยังไม่อาจถือว่าเป็นเหตุบันดาลโทสะในการกระทำของตน ดังคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๙๓๒/๒๕๑๔ สามีโกรธชายผู้ตายที่พาภรรยาของตนไปค้างหลับนอนที่อื่น เมื่อสามีไปพบก็ได้แทงผู้ตายจนถึงแก่ความตาย

> "น่าเชื่อว่าเหตุเกิดขึ้นเพราะจำเลย (สามี) โมโหที่ผู้ตาย (ชายอื่น) หลบหนีหน้าทำความยุ่งยากให้แก่จำเลย จำเลยจึงมีความโกรธขึ้นที่ผู้ตายพาภรรยาจำเลยไปแล้วมาขอพบยังหลบหน้า จึงทำร้ายผู้ตาย ส่วนที่จำเลยอ้างว่า แทงผู้ตายขณะบันดาลโทสะ โดยอ้างข้อเท็จจริงว่าผู้ตายพูดดูหมิ่นจำเลยนั้น ศาลฎีกาเห็นว่ารับฟังข้อเท็จจริงนั้นไม่ได้"

การจะอ้างเหตุบันดาลโทสะในการลงมือกับชายที่ภรรยามีความสัมพันธ์ทางเพศ หรือไปอยู่กินด้วย หากไม่สามารถพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริง ก็ไม่สามารถอ้างบันดาลโทสะได้ดังคดีที่กล่าวมา ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าชายผู้นั้นได้กระทำการซึ่งเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยามผู้เป็นสามี จึงจะจัดเป็นบันดาลโทสะ

ชายอื่นรู้อยู่แล้วว่าหญิงมีสามีแล้ว แต่ก็ยังติดต่อพยายามจะเอาหญิงคนนี้มาเป็นภรรยา สามีได้ว่ากล่าวตักเตือนและขอร้องชายผู้นี้แล้ว แต่ก็ไม่เชื่อฟัง สามีต้องเช้งร้านตัดผมที่ระยองไปอยู่ที่กรุงเทพ แต่ชายคนดังกล่าวก็ยังลักลอบไปพบกับหญิง และในที่สุดฝ่ายหญิงก็หนีไปอยู่กับชายคนนี้ ต่อมาสามีไปพบภรรยากับชายเดินเที่ยวด้วยกัน ได้พูดขอให้ภรรยากลับไปอยู่ด้วยกัน แต่ถูกสบประมาท จนสามีทนไม่ไหวใช้ปืนยิงชายตาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า

> "การกระทำของผู้ตาย (ชายอื่น) อย่างนี้กระทบกระเทือนต่อจิตใจของจำเลยผู้เป็นสามีอย่างยิ่ง และเนื่องจากจำเลยยังมีเยื่อใยตัดไม่ขาดจากนางสุนันท์ (ภรรยา) จึงได้ติดตามไปพบนางสุนันท์กับผู้ตายในวันเกิดเหตุ ผู้ตายได้กล่าวสบประมาทจำเลยว่า 'เป็นหน้าตัวเมีย ผู้หญิงเขาไม่รักจะตามมาทำไม' คำกล่าวเช่นนี้ต้องถือว่าเป็นถ้อยคำที่รุนแรงในกรณีของจำเลย ซึ่งต้องถูกพรากเมียของตนไปโดยชู้รักเป็นเหตุให้จำเลยบันดาลโทสะ เพราะถูกสบประมาทอย่างร้ายแรงที่จำเลยยิงผู้ตายเป็นเพราะบันดาลโทสะ เนื่องจากถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม" [๑๐]

ซึ่งสามีก็ได้ถูกตัดสินลงโทษฐานฆ่าผู้อื่นตาย แต่การกระทำขณะบันดาลโทสะได้รับการลดโทษให้จำคุก ๔ ปี การพิจารณาคดีจำเลยรับสารภาพมีประโยชน์แก่การพิจารณาลดโทษให้กึ่งหนึ่งเหลือ ๒ ปี

การลงมือของสามีต่อบุคคลอื่นที่กล่าวมาเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจของหญิงที่เป็นภรรยา อย่างไรก็ตาม หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าภรรยาถูกลวนลามหรือปลุกปล้ำจากชายอื่น อันเป็นการกระทำที่หญิงมิได้เต็มใจกับชายอื่น หากชายผู้เป็นสามีพบเห็นหรือทราบเรื่องและได้กระทำการใดๆ ต่อชายอื่นที่เข้ามาลวนลามภรรยาของตนก็ถือได้ว่ากระทำไปโดยบันดาลโทสะ คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖๗๑/๒๔๙๒ สามีขึ้นเรือนไปเห็นชายกำลังปลุกปล้ำภรรยาของตน จึงใช้พร้าฟันถูกตะโพกและบาดแผลอื่นจากการแย่งพร้า เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ ซึ่งคำพิพากษาฎีกาที่ ๘๖๓/๒๕๐๒ ก็ได้ให้เหตุผลของการกระทำในลักษณะเช่นนี้ไว้ว่า การที่ภรรยาถูกชายอื่นข่มเหงรังแกก็ถือว่าเป็นการข่มเหงสามีด้วยเช่นกัน คดีนี้ผู้ตายไปพบนางเกษ (ภรรยาของนายสุวรรณที่เป็นจำเลย) อยู่บ้านคนเดียวก็คุกคามว่าจะชำเราจะฆ่า นางเกษได้ร้องเอ็ดอึง ผู้ตายที่เป็นพระได้รีบหนีลงจากเรือนไป ต่อมาสามีทราบเรื่องจึงออกติดตามไปทันและทำร้ายผู้ตายนอนตายอยู่บนถนน ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเห็นว่าการกระทำของนายสุวรรณจำเลยเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะด้วยเหตุผลว่า "การที่นางเกษถูกข่มเหงรังแกก็ย่อมเป็นการข่มเหงนายสุวรรณสามีด้วย"

---

[๑๐] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๑๓๕/๒๕๐๔*

๕.๒ คดีที่ผู้เป็นภรรยาลงมือกระทำ

นอกจากการมีชายอื่นของภรยาจะเป็นเหตุให้สามีกระทำต่อภรรยาหรือชายอื่นโดยบันดาลโทสะในทางกลับกัน หากปรากฏว่าสามีมี “หญิงอื่น” ก็เป็นเหตุให้ภรรยาลงมือกระทำต่อสามีได้เช่นเดียวกัน

ชายกับหญิงเป็นสามีภรรยามาประมาณ ๑๑ ปี มีบุตรชาย ๑ คน พักอาศัยที่จังหวัดจันทบุรี ก่อนเกิดเหตุประมาณ ๗ เดือน สามีไปทำเหมืองพลอยที่จังหวัดตราด ส่วนภรรยาไม่ได้ไปอยู่ด้วยเพราะต้องดูแลบุตรและไปที่เหมืองเป็นครั้งคราว วันเกิดเหตุภรรยาไปหาสามีที่เหมืองเวลาประมาณ ๒๑.๐๐ น. เห็นบ้านพักปิดอยู่จึงแอบดูตามช่องประตูไม้เห็นสามีนอนอยู่กับหญิง เปลือยกายทั้งคู่ จึงเคาะประตูเรียก เมื่อสามีเปิดประตูห้องออกมาภรรยาจึงใช้อาวุธปืนที่นำติดตัวมาไปยิงสามี ๓ นัด จนถึงแก่ความตาย จากข้อเท็จข้างต้นศาลวินิจฉัยว่า

> “การที่จำเลยเห็นผู้ตาย (สามี) กับผู้หญิงนอนเปลือยกายกันอยู่ในห้องสองต่องสอง ทั้งยังปรากฏจากคำให้การชั้นสอบสวนของนางจีรารักษ์หญิงซึ่งนอนอยู่กับผู้ตายในขณะนั้นว่า เมื่อมีเสียงเคาะประตูนางจีรารักษ์ได้ตะโกนถามว่าเคาะทำไม ตามพฤติการณ์ดังกล่าวย่อมก่อให้กระทบกระเทือนจิตใจของจำเลยผู้เป็นภรรยาอย่างมาก การที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายในขณะนั้นเชื่อว่าจำเลยได้กระทำไปด้วยอารมณ์หึงหวงและโกรธแค้น ควบคุมสติไม่ได้และได้กระทำไปในขณะที่ยังไม่สามารถควบคุมสติและระวังอารมณ์โกรธได้ ถือได้ว่าจำเลยถูกข่มเหงทางด้านจิตใจด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมแล้ว กรณีเช่นนี้จึงเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ” [๑๑]

เช่นเดียวกับการที่สามีได้เห็นภาพบาดตาบาดใจ ถ้าภรรยาเป็นผู้ประสบกับเหตุการณ์ด้วยตนเองศาลก็จะถือว่าเป็นเหตุให้บันดาลโทสะเช่นเดียวกัน แม้ว่าในคดีนี้ภรรยาอาจไม่ได้พบสามีและหญิงอื่นในขณะที่กำลังมีเพศสัมพันธ์ แต่ข้อเท็จจริงก็ทำให้เข้าใจได้ว่าทั้งสองคนมีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกัน แม้อาจมีข้อสังเกตว่าภรรยาได้ไปหาสามีในเวลากลางคืนพร้อมกับพกอาวุธปืนไป ซึ่งอาจมีการล่วงรู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวล่วงหน้ามาก่อนการกระทำนี้จึงอาจไม่ใช่ปฏิกิริยาตอบโต้ในทันทีทันใดโดยไม่ได้ยั้งคิด หากแต่มีการตระเตรียมมาในบางส่วน อย่างไรก็ตามอาจมีความแตกต่างกันในคำพิจารณาของศาลระหว่างการยิงสามีตายด้วยเงื่อนไขข้อเท็จจริงว่าภรรยาเห็นหรือไม่ได้เห็นภาพบาดตาของสามีกับหญิงอื่น

แม้จะไม่ได้เห็นภาพระหว่างสามีกับหญิงอื่น แต่การที่ภรรยารับรู้ว่าสามีมีหญิงอื่นก็อาจทำให้ข้อเท็จจริงนี้กลายเป็นเหตุบันดาลโทสะได้ หากมีข้อเท็จจริงที่เป็นการกระทำอื่นๆ ของสามีในลักษณะของการเหยียดหยามดูถูกต่อภรรยา ภรรยานอนเฝ้าห้างนาคนเดียว ส่วนสามีไปดื่มสุรากับเพื่อนกลับมาเวลา ๒๔ นาฬิกา และให้ภรรยาไปหาข้าวมาให้ตนรับประทาน ภรรยาเดินไปหาข้าวที่บ้านซึ่งอยู่ห่างห้างนา ๓ เส้น เมื่อเอามาแล้วสามีก็ไม่ยอมรับประทานกลับบ่นว่าภรรยา และยังพูดถึงภรรยาน้อย

> “การกระทำของผู้เสียหาย (สามี) เป็นการข่มเหงน้ำใจจำเลย (ภรรยา) อย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จำเลยใช้ปืนยิงผู้เสียหายในขณะนั้นเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ” [๑๒]

นอกจากเหตุที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์เชิงชู้สาวแล้ว การที่ภรรยาลงมือต่อสามีนั้น สาเหตุสำคัญอีกประการหนึ่งเป็นผลมาจากความรุนแรงภายในครอบครัว ดังจะพบว่าในคดีซึ่งภรรยาฆ่าสามีของตนเองนั้นมีแนวโน้มที่จะมีประวัติใช้ความรุนแรงโดยสามีเกิดขึ้นมาก่อน ดังเช่นในคดีดังต่อไปนี้

สามีจะทำร้ายภรรยาด้วยไม้หลักแจว ภรรยาหนีเข้าห้อง แต่สามีก็ติดตามเข้าไปจะทำร้ายให้ได้ ภรรยาจึงยิงไป ๑ นัดถูกสามีตาย ศาลวินิจฉัยว่า

---

[๑๑] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๓๙๔/๒๕๒๖*

[๑๒] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๒๔๙/๒๕๓๕*

> “เห็นว่านายฉิ่งมิใช่ใครอื่น แท้จริงก็เป็นสามีของจำเลย (ภรรยา) อยู่กินทราบอัธยาศัยกันมาช้านานแล้ว และเคยมีเรื่องกัน ทุบตีกันเสมอๆ ก็ไม่ปรากฏว่านายฉิ่งได้เคยทำอันตรายแก่จำเลยถึงขนาดรุนแรงหรือมากมายอย่างใด ทั้งขณะนั้นภายในห้องก็มีบุตรสาวของจำเลยอยู่เป็นเพื่อนอยู่ด้วย จำเลยน่าจะทราบดีว่าแม้นายฉิ่งตามเข้าไปได้ ก็คงไม่เป็นอันตรายแก่จำเลยยิ่งไปกว่าที่เคยๆ กันมา จำเลยใช้วิธีป้องกันตัวโดยหมายเอาชีวิตนายฉิ่งเช่นนี้ ราวกับว่ามิใช่ภรรยานายฉิ่งและหนักไปมาก จึงต้องนับว่าเป็นการป้องกันตัวเกินสมควรแก่เหตุ” [๑๓]

สามีด่าและตบเตะทำร้ายภรรยาจนได้รับอันตราย ภรรยาจึงใช้มีดปลายแหลมแทงสามี เป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย ศาลรับฟังข้อเท็จจริงและมีคำวินิจฉัยดังนี้

> “จำเลย (ภรรยา) กับผู้ตายเป็นสามีภริยากัน ผู้ตายชอบดื่มสุราจนมึนเมาและทุบตีทำร้ายร่างกายจำเลยเป็นประจำ วันเกิดเหตุจำเลยกับผู้ตายนัดกันไปจดทะเบียนหย่า ณ ที่ว่าการเขตบางกะปิ จำเลยไปรอผู้ตายตามนัดแต่ผู้ตายผิดนัด เมื่อผู้ตายมาถึงที่ว่าการเขตบางกะปิ จำเลยต่อว่าผู้ตาย ผู้ตายจึงด่าและตบเตะจำเลย จำเลยจึงใช้มีดปลายแหลมแทงผู้ตายหลายครั้ง พิเคราะห์แล้วเห็นว่าแม้จำเลยกับผู้ตายจะเป็นสามีภริยากัน ผู้ตายก็ไม่มีอำนาจอันชอบธรรมที่จะทำร้ายจำเลย ฉะนั้น เมื่อผู้ตายก่อเหตุด่าและตบเตะทำร้ายจำเลยก่อนจนเป็นเหตุให้จำเลยได้รับอันตรายแก่กาย อันเป็นการประทุษร้ายจำเลยฝ่ายเดียว จำเลยย่อมมีสิทธิที่จะป้องกันตัวได้ ดังนั้น การที่จำเลยใช้มีดแทงผู้ตายดังกล่าวเพื่อยับยั้งผู้ตายมิให้ทำร้ายจำเลยอีก จึงเป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนให้พ้นจากการถูกทำร้าย แต่ขณะเกิดเหตุผู้ตายเพียงแต่ตบเตะจำเลยโดยไม่มีอาวุธแต่อย่างใด การที่จำเลยใช้มีดปลายแหลมแทงผู้ตายหลายครั้ง จนปรากฏบาดแผลที่ตัวผู้ตายถึง ๕ แผล คือ ที่ลำตัวข้างซ้าย หน้าอกข้างซ้าย บริเวณลิ้นปี่ เอวข้างซ้ายและหลังด้านขวา คมมีดทะลุเข้าช่องท้องถูกตับ ตับอ่อน กระเพาะอาหาร และไต ซึ่งเป็นอวัยวะสำคัญ เป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตายถือได้ว่าจำเลยได้กระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน การกระทำของจำเลยย่อมเป็นความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาเพื่อป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ” [๑๔]

ชายหญิงอยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสเป็นเวลาเกือบ ๓๐ ปี วันเกิดเหตุภรรยาเข้าไปปลุกสามีที่นอนในมุ้ง ต่อมาสามีได้รับบาดเจ็บมีบาดแผลถูกเคียวฟันที่บริเวณลำคอด้านซ้ายและถึงแก่ความตายในเวลาต่อมา ภรรยารับสารภาพว่าได้ใช้เคียวของกลางฟันสามีเนื่องจากถูกสามีถีบ เตะ และข่มขู่ว่าจะใช้มีดฟันจำเลยให้ตาย ในความเห็นของศาลเห็นว่า

---

[๑๓] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๒๐/๒๕๐๓*

[๑๔] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๕๗๙/๒๕๒๙*

"ผู้ตาย (สามี) กับจำเลย (ภรรยา) อยู่กินฉันสามีภริยากันมาเป็นเวลานานเกือบ ๓๐ ปี มีบุตรด้วยกัน ๕ คน ย่อมมีความสัมพันธ์รักใคร่ผูกพันซึ่งกันและกัน แม้ปรากฏว่าทั้งสองฝ่ายจะมีปากเสียงทะเลาะกันบ้างก็เป็นเรื่องธรรมดาระหว่างสามีภริยา เหตุที่จำเลยใช้เคียวฟันผู้ตายก็เนื่องจากถูกผู้ตายถีบและเตะซึ่งถือเป็นเหตุเล็กน้อย เนื่องจากผู้ตายกับจำเลยเคยทะเลาะและมีปากเสียงกันบ่อยครั้ง กรณีไม่ใช่เหตุร้ายแรงถึงขนาดที่จะต้องฆ่ากัน เห็นได้จากจำเลยฟันผู้ตายเพียงครั้งเดียว ไม่ได้ฟันผู้ตายซ้ำทั้งที่สามารถทำได้ และเมื่อได้พิจารณาบาดแผลของผู้ตายซึ่งมีความกว้างเพียง ๑ เซนติเมตรลึกประมาณ ๓ เซนติเมตร แล้วเห็นว่าค่อนข้างเล็กทั้งที่ลำคอเป็นอวัยวะที่อ่อนนุ่มแสดงว่าจำเลยฟันผู้ตายไม่แรงนัก การที่จำเลยใช้เคียวฟันออกไปก็เพื่อจะป้องกันไม่ให้ผู้ตายเข้ามาทำร้ายจำเลยอีกเท่านั้น.... การกระทำของจำเลยจึงเป็นเพียงความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนาเท่านั้น"

ในการพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ เห็นว่า

"แม้ผู้ตายกับจำเลยจะเป็นสามีภริยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน ผู้ตายก็ไม่มีอำนาจโดยชอบธรรมที่จะเตะถีบทำร้ายร่างกายและข่มขู่จะฆ่าจำเลยได้โดยเฉพาะเหตุคดีนี้ผู้ตายเป็นฝ่ายก่อขึ้นก่อน กรณีถือได้ว่าเป็นภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึง จำเลยย่อมมีสิทธิที่จะป้องกันตนเองได้ การที่จำเลยใช้เคียวเป็นอาวุธฟันผู้ตายไป ๑ ครั้ง ก็เพื่อจะยับยั้งมิให้ผู้ตายทำร้ายร่างกายจำเลยอีก เพราะภยันตรายอันเกิดจากการกระทำของผู้ตายยังไม่สิ้นสุดลง จึงเป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนให้พ้นจากภยันตรายดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม ขณะเกิดเหตุผู้ตายเพียงแต่ถีบเตะจำเลยโดยไม่มีอาวุธอะไร ทั้งจำเลยได้รับบาดเจ็บเพียงเล็กน้อย แม้จำเลยอ้างว่าผู้ตายขู่จะฆ่าจำเลยด้วยก็เป็นเรื่องข่มขู่กันระหว่างสามีภริยาซึ่งอาจไม่ใช่เรื่องจริงจังอะไร จึงมิใช่ภยันตรายที่ร้ายแรงอย่างมาก การที่จำเลยใช้เคียวเป็นอาวุธฟันถูกที่ลำคอผู้ตายแม้จะไม่มีเจตนาฆ่าดังได้วินิจฉัยมา คงมีเจตนาเพียงทำร้ายเพื่อไม่ให้ผู้ตายเข้ามาทำร้ายจำเลยอีก ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนาเพื่อป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ" [๑๕]

สามีภรรยาทะเลาะเบาะแว้งกัน สามีข่มขู่และไล่ภรรยาให้ออกจากบ้าน ภรรยาใช้ปืนยิงสามีตาย ศาลวินิจฉัยดังนี้

"จำเลย (ภรรยา) กับผู้ตายเป็นสามีภรรยากันมาประมาณ ๗ ปี มีบุตรด้วยกัน ๓ คน และมีปากเสียงทะเลาะกันเสมอๆ ในวันเกิดเหตุก่อนจำเลยใช้อาวุธยิงผู้ตาย จำเลยกับผู้ตายก็มีปากเสียงกันทะเลาะกันอีกเช่นเคย การที่ผู้ตายบ่นว่าจำเลย กล่าวหาว่าจำเลยพาชายชู้มานอนที่เตียงและไล่จำเลยออกจากบ้าน ทั้งขู่ว่าหากจำเลยไม่ไปจากบ้านจะฆ่าจำเลยนั้น ก็เป็นเรื่องสามีภรรยาเป็นปากเสียงทะเลาะกันตามปกติที่เคยเป็นมา จะถือว่าจำเลยถูกกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมนั้นหาได้ไม่ การที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายถึงแก่ความตายจึงมิใช่เหตุเพราะบันดาลโทสะ หากแต่เพราะจำเลยโกรธเคืองผู้ตายที่ผู้ตายด่าว่าจำเลย" [๑๖]

โดยในที่สุดจำเลยได้ถูกตัดสินลงโทษจำคุก ๑๕ ปี ฐานฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนา

---

[๑๕] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๒๒๘/๒๕๔๓*

[๑๖] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๘๗๔/๒๕๒๙*

จากคำพิพากษาฎีกาซึ่งภรรยาได้ลงมือกระทำต่อสามี อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการทะเลาะของทั้งสองฝ่าย หรือการข่มขู่และทำร้ายจากสามี สามารถพิจารณาแนวทางวินิจฉัยและเหตุผลที่ปรากฏในคำตัดสินของศาลดังต่อไปนี้

ประการแรก จากคำพิพากษาที่เกิดขึ้นจะเห็นได้ว่า การกระทำของภรรยาต่อสามีนั้น มีความเกี่ยวข้องกับความรุนแรงประเภทหนึ่งที่ปรากฏอยู่ในครอบครัว เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องซ้ำซากระหว่างสามีกับภรรยา ไม่ว่าจะเป็นการดุด่าว่ากล่าว การข่มขู่หรือการลงมือทำร้ายจากสามี สามารถเรียกการกระทำในลักษณะเช่นนี้ว่าเป็นความรุนแรงในครอบครัวต่อเนื่อง จะเห็นได้ว่าการกระทำของหญิง จึงเป็นปฏิกิริยาต่อเหตุการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นก่อนหน้า กรณีเช่นนี้จึงไม่อาจแยกความรุนแรงในครอบครัวแบบต่อเนื่องออกจากเหตุการณ์ซึ่งกลายเป็นคดีมาสู่การพิจารณาของศาล หรืออาจถือได้ว่าเป็นสาเหตุหนึ่งของการทำให้ภรรยาลงมือฆ่าสามีของตน

อย่างไรก็ตาม จากเหตุผลที่ปรากฏในคำพิพากษามองว่าการทะเลาะเบาะแว้งระหว่างสามีภรรยาเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นได้ในทุกครอบครัว ดังจะเห็นได้เมื่อมีการพิจารณาถึงเหตุการณ์ภายในครอบครัวก็จะมองการ “มีปากเสียงทะเลาะกันบ้างก็เป็นเรื่องธรรมดาระหว่างสามีภริยา” รวมไปถึงการใช้กำลังของสามีต่อภรรยาก็นับว่าเป็นส่วนหนึ่งของการกระทบกระทั่งระหว่างลิ้นกับฟัน และในกรณีที่แสดงให้เห็นว่าเหตุการณ์เช่นนี้เกิดขึ้นบ่อยครั้ง การไล่ภรรยาออกจากบ้าน การขู่ว่าจะฆ่าหากไม่ยอมออกจากบ้าน ก็เป็นเรื่องปกติตามที่เคยเป็นมา แม้กระทั่งการทุบตีของสามีก็ควรนับว่าเป็นเรื่องธรรมดาประการหนึ่งในครอบครัวนั้น ดังนั้น จึงไม่เป็นที่น่าแปลกใจว่าเมื่อมีคดีที่สามีทำร้ายร่างกายภรรยาเกิดขึ้น แม้จะแผล ๖ แห่ง รักษาให้หายได้ภายใน ๕ วัน ศาลจะมีความเห็นว่า “ไม่ส่งผลให้เป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจภรรยา” [๑๗] ลงโทษปรับ ๑๐๐ บาท

ประการที่สอง เหตุผลในการพิจารณาว่าการกระทำของภรรยา เป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุหรือเกินสมควรแก่เหตุ

การพิจารณาในประเด็นนี้มีความสำคัญอย่างมาก เพราะหากเห็นว่าการกระทำของหญิงเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ ก็จะถือว่าบุคคลนั้นไม่มีความผิด[๑๘] เมื่อไม่มีความผิดก็ไม่จำเป็นต้องได้รับการลงโทษแต่อย่างใด ถ้าหากเห็นว่าเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดซึ่งได้รับการลงโทษ โดยศาลมีอำนาจที่จะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ รวมทั้งจะไม่ลงโทษเลยก็ได้ [๑๙] แต่ยังถือว่าการป้องกันในลักษณะเช่นนี้เป็นการกระทำที่เป็นความผิด

---

[๑๗] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๗๘/๒๕๑๑*

[๑๘] *ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๘ บัญญัติว่า*

“ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่นให้พ้นภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด

[๑๙] *ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๙ บัญญัติว่า*

“ในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๗ และมาตรา ๖๘ นั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่ถ้าการกระทำนั้นเกิดขึ้นจากความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้

จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น พบว่าปัจจัยในการวินิจฉัยว่า การกระทำของภรรยาเป็นการป้องกันพอสมควรหรือไม่นั้น จะพิจารณาลักษณะการกระทำของสามีกับการใช้อาวุธของภรรยาว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ ทั้งนี้ศาลเห็นว่า หากสามีได้ลงมือทำร้ายภรรยาด้วยมือเปล่าปราศจากอาวุธ แต่ภรรยาป้องกันตนเองโดยอาวุธ เช่น สามีเพียงแค่ตบ เตะจำเลย (ภรรยา) โดยไม่มีอาวุธแต่อย่างใด ภรรยาใช้มีดปลายแหลมแทงผู้ตายหลายครั้ง, สามีถีบ เตะภรรยาโดยไม่มีอาวุธ ภรรยาใช้เคียวฟันเพื่อป้องกัน, สามีตามไปทำร้ายภรรยา ภรรยาใช้ปืนยิงกลับไป ๑ นัด การกระทำของภรรยาโดยใช้อาวุธในการป้องกันตนเองจากการถูกทำร้ายโดยสามี จะถือว่าเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ โดยไม่ได้นำเอาลักษณะของการใช้อาวุธเข้ามาพิจารณาประกอบ ดังนั้นการใช้ปืนยิงเพื่อป้องกันตัวเพียง ๑ นัด หรือการใช้เคียวฟันสามีเพียง ๑ ครั้ง ก็ถือว่าเป็นเหตุที่ “หนักไปมาก” เป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ

๕.๓ หญิงกับชายในเงื้อมมือของกันและกัน

จากการพิจารณาถึงคดีที่เป็นการล่วงละเมิดต่อชีวิตและร่างกายซึ่งเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นระหว่างสามีกับภรรยา จะพบว่าสถานะของการเป็นสามีและภรรยาจะเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งต่อการวินิจฉัยชี้ขาดในการกระทำนั้นๆ ว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดหรือเป็นสิ่งที่กฎหมายให้อำนาจไว้ และรวมถึงการกำหนดโทษกับบุคคลผู้กระทำ หากพิจารณาจากสาเหตุของคดีที่เป็นความผิดฐานล่วงละเมิดต่อชีวิตและร่างกายระหว่างสามีภรรยา จะพบว่ามีสาเหตุสำคัญ ๒ ประการที่ทำให้เกิดเป็นข้อพิพาทขึ้น ประการแรกจะเป็นเหตุมาจากความสัมพันธ์ทางด้านชู้สาว และสาเหตุประการที่สองเป็นผลหรือเกี่ยวข้องกับความรุนแรงภายในครอบครัว

สำหรับการล่วงละเมิดต่อชีวิตและร่างกายระหว่างสามีภรรยาอันมาจากสาเหตุของความสัมพันธ์ด้านชู้สาว เป็นมาจากการที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประพฤติตัวนอกใจจากสามีหรือภรรยาของตน โดยปรากฏให้เห็นนับตั้งแต่การมีเพศสัมพันธ์นอกการสมรส การแสดงเจตนาจะเลิกรากับอีกฝ่ายหนึ่ง หรือการกล่าวถ้อยคำเยาะเย้ยจากบุคคลที่สาม การกระทำต่างๆในลักษณะเช่นนี้ คำพิพากษาฎีกาได้ถือว่าเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งอาจเป็นผลให้เกิดความรู้สึกโกรธและได้กระทำการบางอย่างตอบโต้กลับไปต่อสามีหรือภรรยา และรวมถึงกรณีที่ผู้มีส่วนร่วมเป็นบุคคลภายนอกแล้วแต่กรณี

การกระทำที่เกิดขึ้นในลักษณะเช่นนี้มีแนวโน้มที่จะถูกวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ ซึ่งปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ภรรยากำลังมีเพศสัมพันธ์กับชายอื่นแล้วสามีมาพบเข้า การกระทำในลักษณะนี้ถือว่าเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงต่อชายผู้เป็นสามี อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่แต่เพียงการพบเห็นภรรยาขณะมีเพศสัมพันธ์กับชายอื่นเท่านั้น การที่ภรรยาจะเลิกรากับสามีเพื่อไปอยู่กินกับชายอื่นก็ถูกนับเข้ามาให้เป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุไม่เป็นธรรมด้วยเช่นกัน เมื่อเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงฝ่ายชายผู้เป็นสามีจึงสามารถกระทำการโต้ตอบได้การพิจารณาข้อเท็จจริงไปในลักษณะเช่นนี้ทำให้เกิดความเข้าใจว่าเมื่อหญิงแต่งงานเป็นภรรยาของชายใดแล้ว ชายผู้เป็นสามีก็ย่อมเป็นเจ้าของประเวณีของหญิงนั้น หากมีการล่วงประเวณีหญิงผู้เป็นภรรยาโดยชายอื่นก็ย่อมมีผลต่อสามีด้วย

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงการล่วงละเมิดต่อชีวิตและร่างกายโดยที่ภรรยาเป็นผู้กระทำอันมีสาเหตุที่มาจากความสัมพันธ์ด้านชู้สาว เมื่อภรรยาพบเห็นสามีนอนอยู่กับหญิงอื่นหรือการที่สามีบ่นด่าภรรยาขณะที่กล่าวถึงเมียน้อย เมื่อภรรยาทำร้ายหรือฆ่าสามี แนวคำตัดสินของศาลฎีกาก็เป็นไปในทิศทางเดียวกันกับที่ฝ่ายสามีกระทำต่อภรรยาในเหตุด้านชู้สาว ด้วยการให้เหตุผลว่าการกระทำของภรรยาเกิดขึ้นจากการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ภรรยาจึงได้กระทำไปด้วยเหตุบันดาลโทสะซึ่งสามารถได้รับโทษเช่นเดียวกับกรณีที่ฝ่ายชายเป็นผู้ลงมือกระทำ

ดังนั้นในการละเมิดต่อชีวิตและร่างกายระหว่างสามีภรรยาอันมีเหตุจากความสัมพันธ์ชู้สาวนอกการสมรส ไม่ว่าผู้กระทำจะเป็นฝ่ายภรรยาหรือสามี ในคำพิพากษาฎีกามีบรรทัดฐานว่า การกระทำดังกล่าวเป็นเหตุที่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเกิดบันดาลโทสะได้ การให้เหตุผลในลักษณะดังกล่าวกับทั้งสองฝ่ายจึงสะท้อนให้เห็นคำอธิบายที่อยู่บนรากฐานของระบบครอบครัวแบบผัวเดียวเมียเดียว (monogamy) อันเป็นระบบครอบครัวที่ฝ่ายชายและหญิงสามารถมีภรรยาหรือสามีได้คราวละคนเดียวเท่านั้น การเป็นสามีภรรยาก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างกันในด้านต่างๆ และรวมไปถึงการมีสิทธิเหนือประเวณีของอีกฝ่าย หากมีบุคคลใดมาล่วงละเมิดประเวณีของสามีหรือภรรยาก็ย่อมจัดว่าเป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นการข่มเหงต่อตนเองด้วย คำพิพากษาฎีกาที่เกิดขึ้นจึงไม่ได้เป็นเพียงการยอมรับสิทธิของสามีเหนือประเวณีของหญิงผู้เป็นภรรยาเท่านั้น หากยังยอมรับสิทธิของภรรยาเหนือประเวณีของชายผู้เป็นสามีด้วยเช่นกัน

ส่วนการล่วงละเมิดต่อชีวิตและร่างกายอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากความรุนแรงในครอบครัว คดีส่วนมากที่เกิดขึ้นจะมีภรรยาเป็นผู้ลงมือกระทำต่อสามีจนได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตาย และภรรยาถูกดำเนินการในฐานะของจำเลยผู้กระทำความผิด มีข้อสังเกตต่อแนวทางของคำวินิจฉัยและการให้เหตุในคำพิพากษาฎีกา ดังต่อไปนี้

ประการแรก การให้คำอธิบายกับความรุนแรงในครอบครัวว่าเป็นเรื่อง “ธรรมดาๆ”, “ปกติตามที่เคยเป็นมา”, “ที่เกิดขึ้นเสมอ” โดยมองไม่เห็นว่าเป็นปัจจัยหนึ่งที่นำมาสู่การตอบโต้ของภรรยา การแยกขาดระหว่างเหตุการณ์ที่สั่งสมติดต่อกันมากับเหตุการณ์ที่เป็นผลสุดท้าย ย่อมเป็นเสมือนการให้ความชอบธรรมกับการทุบตีการทำร้ายซึ่งสามีได้กระทำลง เพราะเมื่อเป็นเรื่องปกติ ก็หมายความว่าทั้ง ๒ ฝ่ายได้ตระหนักและยอมรับถึงความปกติของการกระทำดังกล่าว แต่ไม่ได้มีการพิจารณาว่าเรื่องธรรมดาๆที่เคยเกิดขึ้น อาจสร้างการสั่งสมความไม่พึงพอใจระยะยาวของฝ่ายภรรยาซึ่งเป็นผู้ถูกกระทำ จนกระทั่งถึงวันหนึ่งก็อาจเป็นเรื่องที่ไม่อาจยอมให้เป็นเรื่องปกติอีกต่อไป แม้การกระทำของสามีอาจไม่ได้แตกต่างไปจากเดิม

ประการที่สอง นอกจากนี้ยังเป็นการมองความรุนแรงภายในครอบครัวแบบต่อเนื่องในลักษณะคงที่ ดังเมื่อเห็นว่าเป็นเรื่องปกติที่เคยเกิดขึ้น ความรุนแรงที่อาจจะเป็น “ฟางเส้นสุดท้าย” ของภรรยาจึงไม่ได้มีความหมายแตกต่างจากการกระทำในครั้งอื่นที่เกิดขึ้นก่อนหน้า มีการให้เหตุผลสนับสนุนไว้อย่างชัดเจนว่า สามีภรรยาอยู่ด้วยกันมา เคยมีเรื่องทุบตีกันเสมอๆ แต่สามีไม่เคยทำร้ายภรรยาถึงขนาดรุนแรง ดังนั้น วันเกิดเหตุถ้าสามีตามภรรยาที่หนีเข้าไปในห้องได้ “ก็คงไม่เป็นอันตรายแก่จำเลย (ภรรยา) ยิ่งไปกว่าที่เคยๆ กันมา”[๒๐]

ซึ่งการมองความรุนแรงที่สามีกระทำต่อภรรยาในลักษณะคงที่ เช่น ถ้าแต่เดิมเคยเพียงตบเตะ สิ่งที่จะเกิดขึ้นต่อไปก็จะไม่มากไปกว่าที่ได้เคยกระทำมา อาจเป็นสิ่งที่ขัดกับข้อเท็จจริงว่า สถานการณ์ที่เป็นสาเหตุอาจมีรายละเอียดหรือลักษณะที่แตกต่างกัน ซึ่งส่งผลให้การกระทำอาจมีความรุนแรงแตกต่างออกไป และไม่อาจคาดหมายได้โดยง่าย เช่น สามีว่ากล่าวภรรยาแต่ภรรยาไม่เชื่อและโต้แย้ง เกิดการวิวาทกับสามี สามีใช้มีดฟันภรรยา ๑๑ แผล จนถึงแก่ความตาย[๒๑] สามีภรรยาโต้เถียงกันเรื่องกล้วยที่เก็บไว้ สามีเกิดความโมโหจึงใช้ไม้ตีภรรยา แต่ไปโดนหญิงอื่นที่ภรรยายืนเกาะหลังอยู่ เป็นเหตุให้หญิงนั้นถึงแก่ความตาย[๒๒]

---

[๒๐] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๒๐/๒๕๐๓*

[๒๑] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๓๗/๒๔๙๖*

[๒๒] *คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๔๗/๒๕๑๐*

ประการที่สาม ในการป้องกันตัวของภรรยาจะพบข้อเท็จจริงประการหนึ่งว่า ต้องมีการใช้อาวุธเป็นเครื่องมือ เหตุของการใช้อาวุธคงเป็นที่ตระหนักกันดีว่า เนื่องจากโดยส่วนใหญ่ผู้หญิงจะมีสรีระร่างกายที่เสียเปรียบต่อผู้ชายในด้านของพละกำลัง ความแข็งแรง เพราะฉะนั้น หากต้องการตอบโต้ต่อการข่มขู่หรือทำร้ายของฝ่ายชายจึงยากที่จะกระทำด้วยมือเปล่า แต่เมื่อมีการใช้อาวุธในการป้องกันตัวกรณีเช่นนี้ก็มีแนวโน้มที่จะถูกตัดสินว่าเป็นการป้องกันตัวเกินสมควรแก่เหตุ การวินิจฉัยเรื่องการป้องกันพอสมควรแก่เหตุเป็นประเด็นที่เกี่ยวพันถึงหลักในการพิจารณาเรื่องการป้องกันโดยทั่วไป ซึ่งการพิจารณาว่าการกระทำขนาดไหนจึงจะถือว่าพอสมควรในการป้องกันสิทธิ ต้องพิจารณาจากลักษณะของภัย[๒๓] เช่น หากเขาจะทำให้ถึงตายก็มีสิทธิป้องกันถึงตายด้วยโดยเป็นการเทียบสัดส่วนแห่งภัย หากภัยนั้นทำให้ถึงตายได้ ผู้ป้องกันมีสิทธิป้องกันด้วยสิ่งที่ทำให้ถึงตายได้ไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุ หรือกรณีที่ไม่ได้สัดส่วนแห่งภัยก็อาจเป็นการป้องกันที่พอสมควรแก่เหตุได้ถ้าเป็นการป้องกันด้วยไม่มีทางเลือกอื่น

หากนำเอาแนวทางวินิจฉัยดังกล่าวมาปรับใช้กับกรณีการป้องกันตัวของหญิงผู้เป็นภรรยา ซึ่งต้องเผชิญกับความรุนแรงภายในครอบครัวแบบต่อเนื่อง ก็เป็นไปได้ยากที่จะเกิดการป้องกันอันถือว่าการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุ เพราะส่วนใหญ่ความรุนแรงที่เกิดขึ้นก็ด้วยการใช้กำลังของสามี และเกิดขึ้นอย่างสม่ำเสมอ หากฝ่ายภรรยาต้องการยุติการกระทำของอีกฝ่ายก็จำเป็นต้องใช้อาวุธเข้ามาช่วย เมื่อประกอบกับทัศนะที่มองว่าการทะเลาะตบตีระหว่างสามีภรรยาเป็นเรื่อง “ธรรมดา” ที่สามารถเกิดขึ้นได้ในทุกครอบครัว การใช้อาวุธไม่ว่าจะทำให้สามีถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บ ก็เป็นสิ่งที่เกินความเหมาะสมที่ภรรยาไม่ควรกระทำหากกระทำไปก็อาจเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ หรืออาจเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาก็ได้

---

[๒๓] *ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญา หลักและปัญหา. พิมพ์ครั้งที่ ๖ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๔๗) หน้า ๒๖๓-๒๖๔*

บทที่ ๖
บทสรุป

การเคลื่อนไหวในมิติทางกฎหมายเพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิและการยกระดับสถานภาพของผู้หญิงในสังคมไทย มักจะให้ความสำคัญหรือมุ่งเน้นไปที่ตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ ด้วยการพิจารณาว่ามีบทบัญญัติในเรื่องใดบ้างที่หญิงได้รับการคุ้มครองแตกต่างไปจากชาย หรือบทบัญญัติในเรื่องใดที่ให้การคุ้มครองต่อหญิงในลักษณะของการจำกัดหรือกีดกันสิทธิบางด้านโดยอาศัยเหตุทางด้านเพศมาเป็นตัวกำหนด และหนทางในการแก้ไขก็เกิดขึ้นด้วยการเรียกร้องหรือเสนอให้มีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติที่ถูกพิจารณาว่าเป็นอุปสรรคต่อการสร้างการคุ้มครองผู้หญิง

การผลักดันและการเคลื่อนไหวไปในทิศทางดังกล่าว ขณะที่มีการให้ความสำคัญค่อนข้างน้อยในการพิจารณาความยุ่งยากที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้กฎหมายว่าจากบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเมื่อถูกนำมาปรับใช้เพื่อแก้ไขข้อพิพาทต่างๆแล้ว บทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นตัวหนังสือสามารถนำไปปกป้องชีวิตของผู้หญิงได้จริงหรือไม่ ผลที่เกิดจากการบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นที่สอดคล้องหรือขัดแย้งกับกฎหมาย การให้ความสำคัญกับผลของกฎหมายที่เป็นจริงมากกว่าการพิจารณากฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรแต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งไม่ได้หมายความว่าจะเกิดเป็นผลขึ้นในทางปฏิบัติเสมอไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขั้นตอนการปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อพิพาทต่างๆ ที่กระทำโดยศาล อันถือเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทต่างๆที่ได้เกิดขึ้นดังจะเห็นได้ว่าในงานศึกษาในแวดวงด้านนิติศาสตร์ของไทยมีงานเป็นจำนวนน้อยมากที่เข้าไปศึกษาวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาล

สาเหตุสำคัญที่ทำให้ไม่ค่อยจะปรากฏงานศึกษาวิเคราะห์ถึงคำพิพากษาของศาล เป็นผลมาจากกระแสความคิดหลักที่ครอบงำระบบกฎหมายของสังคมไทย ซึ่งมีความเข้าใจว่าในการทำหน้าที่ของศาลเป็นสิ่งที่ดำเนินไปตามหลักวิชาโดยไม่มีการนำเอาความเชื่อ ทัศนคติส่วนบุคคล ความเห็น หรือประสบการณ์ส่วนตัวเข้ามาปะปน บทบาทของผู้พิพากษาคือการตัดสินข้อพิพาทต่างๆ ไปตามบทบัญญัติของกฎหมายอย่างตรงไปตรงมาเฉกเช่นการทำงานของระบบเครื่องยนต์

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดแบบนิติศาสตร์เชิงกลไกที่มีอิทธิพลอย่างกว้างขวางในระบบกฎหมายของไทยเป็นสิ่งที่ถูกโต้แย้งและท้าทายจากกระแสความคิดหลายสำนักว่ามิได้มีคำอธิบายที่สมบูรณ์หรือถูกต้องโดยปราศจากข้อโต้แย้ง

แนวความคิดสัจนิยมทางกฎหมายแบบอเมริกาได้ทำการวิเคราะห์และแสดงให้เห็นว่าในการปรับใช้กฎหมายของศาลมิได้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในลักษณะของกลไกโดยไม่มีปัจจัยอื่นเข้ามาประกอบ แต่ผู้พิพากษาในฐานะของผู้ปรับใช้กฎหมายมีส่วนอย่างยิ่งในการตัดสินข้อพิพาทไม่ใช่เฉพาะเพียงการพิจารณาตัวบทกฎหมายเท่านั้น ความรู้ ความเชื่อของบุคคลผู้ที่ทำหน้าที่ตัดสินมีส่วนอย่างสำคัญต่อการกำหนดผลของคำตัดสิน แนวความคิดนี้จึงเป็นการโต้แย้งต่อกระแสความคิดนิติศาสตร์เชิงกลไกพร้อมกับงานศึกษาถึงคำพิพากษาของศาลที่แสดงให้เห็นว่าคำพิพากษามิใช่เป็นเรื่องของการปรับใช้ตัวบทกฎหมายเพียงอย่างเดียว

สำหรับแนวความคิดนิติศาสตร์แนวสตรีนิยม ได้อธิบายระบบกฎหมายจากมุมมองทางด้านเพศ โดยได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดสตรีนิยมซึ่งมองว่าเหตุที่สถานะของผู้หญิงต้องตกเป็นรองเนื่องจากอยู่ภายใต้อุดมการณ์แบบปิตาธิปไตยหรือชายเป็นใหญ่ สถาบันในทางสังคมล้วนอยู่ภายใต้อิทธิพลของความคิดดังกล่าว เมื่อนำเอาแนวความคิดนี้มาพิจารณากฎหมายก็จะให้คำอธิบายว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้ความคิดของชาย โดยกีดกันเอาประสบการณ์ ความรู้ ความรู้สึกของหญิงออกไป ระบบกฎหมายจึงไม่ได้เป็นสิ่งที่มีความเป็นกลางทางด้านเพศอย่างที่ถูกอธิบายกันในระบบความรู้ของนิติศาสตร์กระแสหลัก

จากการนำเอาแนวความคิดทั้งสองมาเป็นเครื่องมือในการในการศึกษาทำความเข้าใจกฎหมาย โดยมุ่งศึกษาไปที่คำพิพากษาของศาลฎีกาไทยบนพื้นฐานความคิดว่าการวินิจฉัยของศาลมิใช่สิ่งที่ดำเนินไปตามกลไกอันเป็นภาวะวิสัยหากมีความเชื่อหรือความคิดของผู้ตัดสินเข้าไปเกี่ยวข้องด้วย ซึ่งจะเน้นไปที่คดีซึ่งสามารถสะท้อนให้เห็นถึงฐานคติทางเพศของผู้ตัดสินที่มีอิทธิพลต่อคำพิพากษาที่ได้เกิดขึ้น

ในความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศ ข้อโต้แย้งที่มักปรากฏขึ้นในการเรียกร้องอยู่บ่อยครั้งก็คือการกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราที่ชายกระทำต่อหญิงเป็นความผิด แม้ว่าจะเป็นสิ่งที่ชายกระทำต่อหญิงผู้เป็นภรรยาก็ตาม ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันได้กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำของชายอื่นต่อหญิงที่มิใช่ภรรยา การให้ความสำคัญกับประเด็นดังกล่าวพร้อมกับการมองข้าม หรือไม่ให้ความสำคัญกับคำวินิจฉัยของศาลในคดีที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศจึงทำให้ไม่มีการพิจารณาถึงคำพิพากษาของศาลว่าได้ถูกตัดสินพร้อมกับฐานคติทางเพศของตน

การสร้างความหมายของการกระทำชำเราและความยินยอมนับเป็นประเด็นที่มีความสำคัญอย่างมากและเป็นประเด็นที่สะท้อนถึงมุมมองและความเข้าใจของศาลต่อพฤติกรรมทางเพศที่จะนำมาใช้เป็นบรรทัดฐานต่อการชี้ขาดถึงความถูกผิดในข้อพิพาท

ปฏิเสธไม่ได้ว่าในบทบัญญัติของกฎหมายหรือตรรกะในกฎหมายหลายประเด็นเมื่อนำมาปรับใช้กับกรณีที่เป็นการล่วงละเมิดทางเพศแล้ว อาจก่อให้เกิดผลที่สามารถตั้งคำถามได้ว่าหลักการดังกล่าวเป็นสิ่งที่มีเหตุผลรองรับเพียงพอหรือไม่ หากพิจารณาจากมุมมองของหญิงดังตัวอย่าง จากการที่จะลงโทษชายที่ข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นโดยใช้ปืนซึ่งมีบทลงโทษที่หนักกว่าการข่มขืนโดยไม่มีปืนนั้น ปืนที่ชายนำมาใช้จะต้องเป็นปืนจริงที่สามารถใช้ทำร้ายผู้อื่นได้ตามกฎหมายอาวุธปืนอันเป็นการพิจารณาเจตนาของตัวบุคคลผู้กระทำ แต่ในด้านตรงกันข้าม ถ้าพิจารณาจากทางฝ่ายหญิงที่เป็นผู้เสียหาย หากไม่มีสิ่งที่ดูเหมือนเป็นอาวุธปืนฝ่ายหญิงอาจต่อสู้ขัดขืนอย่างเต็มที่ แต่เพราะปืนของฝ่ายชายจึงทำให้หญิงไม่กล้าขัดขืนเพราะเกรงจะถูกทำร้ายจนถึงแก่ชีวิต สำหรับฝ่ายหญิงแล้วไม่ว่าสิ่งที่ชายใช้ประกอบการข่มขืนจะเป็นของปลอมหรือไม่ก็ตาม แต่ในทรรศนะของหญิงมันก็คือปืน

นอกจากการตั้งคำถามในเชิงหลักการของกฎหมายที่ใช้บังคับทั่วไปที่ถูกนำมาใช้กับกรณีการล่วงละเมิดทางเพศแล้ว การทำความเข้าใจถึงหลักกฎหมายที่ศาลได้สร้างขึ้นในคำพิพากษาก็เป็นสิ่งที่มีความสำคัญเช่นเดียวกัน

ดังจะเห็นได้ว่าความหมายของการชำเราเป็นสิ่งที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติเอาไว้ถึงรายละเอียดว่าการกระทำในลักษณะเช่นใดจึงจะจัดว่าเป็นการชำเรา แต่ศาลได้สร้างความหมายของการชำเราขึ้นจากการวินิจฉัยชี้ขาดในคดี โดยได้ให้ความหมายว่าการชำเราต้องเป็นเรื่องของอวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง การกระทำใดที่มิได้มีลักษณะดังกล่าวก็จะไม่ถูกตัดสินว่าเป็นการชำเรา ดังนั้น การชำเราจึงไม่ใช่เพียงเรื่องระหว่างชายกับหญิงที่ไม่ใช่ภรรยาเท่านั้น หากยังต้องเป็นเรื่องของอวัยวะเพศชายกับอวัยวะเพศหญิงด้วย

ความหมายของการชำเราเช่นนี้ได้ถูกยอมรับและถูกใช้เป็นแนวบรรทัดฐานของศาลในการวินิจฉัยมาอย่างต่อเนื่อง ซึ่งเท่ากับเป็นการยอมรับว่าการกระทำในลักษณะเช่นนี้เท่านั้นจึงจะเป็นการชำเรา และได้กลายเป็นเรื่องที่เป็น “ปกติ” หรือเป็น “ความจริง” จนไม่ปรากฏคำถามหรือข้อสงสัยใดๆ เกิดขึ้น หากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาในลักษณะนี้ย่อมแสดงให้เห็นถึงการยอมรับรูปแบบความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างชายกับหญิงเท่านั้นที่ถือเป็นบรรทัดฐานหลักหรือพฤติกรรมทางเพศที่ได้รับการปกป้อง หากมีใครล่วงละเมิดบรรทัดฐานนี้ก็จะต้องถูกลงโทษเพื่อให้เกิดความศักดิ์สิทธิ์และตอกย้ำรูปแบบความสัมพันธ์ทางเพศแบบเดิมให้ดำรงอยู่ต่อไป แต่ถ้าหากเป็นการล่วงละเมิดในลักษณะอื่นนอกเหนือจากอวัยวะเพศชายกับอวัยวะเพศหญิง หรือเป็นการกระทำที่มิใช่เป็นเพศชายกระทำต่อหญิง การกระทำนั้นก็ไม่ถูกจัดว่าเป็นการข่มขืน

ในประเด็นเรื่องความยินยอมซึ่งเป็นประเด็นสำคัญในการตัดสินว่าการชำเราที่เกิดจะเป็นการกระทำที่เป็นการข่มขืนหรือความสมัครใจ ก็ได้มีการนำเอาพฤติกรรมทางเพศบางประการมาเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาคดี คือ บาดแผล ระยะเวลาในการดำเนินคดีและภูมิหลังของผู้เสียหาย หากข้อผิดพลาดใดมีลักษณะที่สอดคล้องกับบรรทัดฐานที่ปรากฏในคำตัดสินของศาลฎีกาก็สามารถคาดเดาผลที่จะเกิดขึ้นจากการตัดสินได้ การวางแนวคำวินิจฉัยในการพิจารณาเรื่องความยินยอม แม้ว่าในด้านหนึ่งอาจเป็นการสร้างความสม่ำเสมอให้กับการวินิจฉัยชี้ขาดคดี แต่ในอีกด้านก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าแนวบรรทัดฐานที่เกิดขึ้นเป็นสิ่งที่สะท้อนพฤติกรรมทางเพศซึ่งถูกยึดเป็นบรรทัดฐานในบรรดาผู้ตัดสิน เช่น การคาดหมายว่าหากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราแล้วผู้หญิงที่ตกเป็นผู้เสียหายควรจะต้องดำเนินการทางกฎหมายอย่างรวดเร็วในทันทีที่มีโอกาส ความเข้าใจในลักษณะดังกล่าวอาจไม่สามารถใช้อธิบายกับเหตุการณ์ทุกเหตุการณ์ได้เสมอไป หากขึ้นอยู่กับปัจจัยแวดล้อมอื่นๆ ที่มีผลต่อการตัดสินใจของหญิงผู้เสียหายที่สามารถแตกต่างกันไปได้ในตัวของหญิงแต่ละคน

การข่มขืนกระทำชำเราเป็นปรากฏการณ์ที่มีความซับซ้อน แต่การวางแนวคำพิพากษาในการพิจารณาเรื่องความยินยอมที่ถูกจำกัดลงด้วยการให้ความสำคัญกับปัจจัยบางประการ จึงเป็นการลดทอนให้รูปแบบของการข่มขืนในคำพิพากษาของศาลกลายเป็นเพียงเรื่องของการกระทำของชายแปลกหน้าโดยฝ่ายหญิงได้ต่อสู้ขัดขืนทางร่างกายอย่างเต็มที่ และภายหลังจากถูกข่มขืนก็ได้ดำเนินการในทางกฎหมายทันที ทั้งที่ในเหตุการณ์ของการข่มขืนที่เกิดขึ้นเป็นข่าวหรือเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่การตัดสินของศาลมีรูปแบบอื่นที่หลากหลายออกไป เช่น การข่มขืนจากคนใกล้ชิด ข่มขืนโดยการใช้การข่มขู่บังคับด้านอื่นๆ การใช้ระยะเวลาในการไตร่ตรองของหญิงที่ยาวนานก่อนจะตัดสินใจดำเนินคดีกับบุคคลผู้ก่อเหตุ แนววินิจฉัยของศาลจึงอาจทำให้การข่มขืนในบางกรณีไม่อาจถูกนับให้เป็นการข่มขืนในคำวินิจฉัยของศาล

จากการศึกษาถึงคำพิพากษาของศาลในคดีข่มขืนกระทำชำเรา จะพบว่าจากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเอาไว้ แต่ในการปรับใช้กฎหมายโดยศาลก็มีการใช้ความเชื่อ คำอธิบาย ทรรศนะของผู้ที่ทำการตัดสินเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของการวินิจฉัย ในการปรับใช้กฎหมายจึงเป็นเรื่องที่มีการสร้างความหมายบางประการให้เกิดขึ้น สำหรับในคดีข่มขืนกระทำชำเรา จะพบว่ามีแนวคำพิพากษาที่ได้กลายเป็นบรรทัดฐานของการตัดสินสืบเนื่องต่อมา สะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับบรรทัดฐานดังกล่าวว่าเป็นความจริงหรือเป็นเรื่องที่เป็นธรรมชาติ และยังสะท้อนถึงค่านิยมร่วมกันในพฤติกรรมทางเพศของผู้พิพากษาที่ได้รับมาจากสังคมผ่านปัจจัยและกระบวนการต่างๆ

ในส่วนคดีที่เป็นการละเมิดสิทธิต่อชีวิตและร่างกายมีประเด็นพิจารณาที่แตกต่างออกไป บทบัญญัติของกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในชีวิตและร่างกายเป็นการกำหนดความผิดในลักษณะทั่วไปและไม่ได้มีบทบัญญัติกำหนดให้การกระทำความผิดระหว่างสามีและภรรยามีโทษที่แตกต่างไปจากการกระทำระหว่างบุคคลทั่วไป แต่ในการศึกษาถึงคำพิพากษาที่เป็นข้อพิพาทระหว่างสามีและภรรยาในเรื่องของการละเมิดสิทธิในชีวิตและร่างกาย ความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงในฐานะของการเป็นสามีภรรยากันเป็นประเด็นสำคัญที่ศาลจะนำมาเป็นเหตุผลในการกำหนดความผิดและการลงโทษของผู้กระทำ

ในข้อพิพาทระหว่างสามีภรรยาที่มีสาเหตุมาจากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้กระทำการนอกใจต่อคู่ของตน และอีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบถึงข้อเท็จจริงหรือประสบกับเหตุการณ์ดังกล่าวด้วยตนเอง เช่น สามีพบภรรยากำลังทำชู้กับชายอื่น หากสามีได้ทำร้ายหรือฆ่าหญิงผู้เป็นภรรยาและรวมไปถึงชายชู้ที่มามีความสัมพันธ์กับภรรยาของตน ในทรรศนะของศาลมีแนวโน้มที่จะอธิบายว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดย “บันดาลโทสะ” อันเนื่องมาจากถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุไม่เป็นธรรม การยอมรับให้การกระทำของชายเป็นเหตุบันดาลโทสะได้ก็เป็นสิ่งสืบเนื่องมาจากการยอมรับว่าการเป็นสามีภรรยากันถือเป็นความชอบธรรมที่ชายจะเป็นเจ้าของประเวณีแห่งหญิงนั้น เพราะฉะนั้นเมื่อใครมาล่วงประเวณีของภรรยา ชายผู้เป็นสามีจึงตกอยู่ในฐานะของการถูกข่มเหงด้วยเหตุที่ไม่เป็นธรรมและมีความชอบธรรมที่จะโต้ตอบต่อการกระทำดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษาในลักษณะเช่นนี้อาจช่วยให้เกิดความเข้าใจว่าเมื่อทำการแต่งงานกันแล้ว ชายจะเป็นเจ้าของในประเวณีของหญิงแต่เพียงฝ่ายเดียว แต่จากการศึกษาถึงคำพิพากษาในคดีภรรยาเป็นผู้ลงมือกระทำต่อสามีด้วยเหตุในลักษณะเดียวกัน คือฝ่ายชายนอกใจจากฝ่ายหญิงผู้เป็นภรรยาโดยไปเป็นชู้กับหญิงอื่น การพิจารณาความผิดและโทษของภรรยาก็มีแนวโน้มในลักษณะที่ถือว่าการกระทำที่เกิดขึ้น ภรรยาได้กระทำไปโดยเหตุบันดาลโทสะเช่นเดียวกัน แนววินิจฉัยของศาลในลักษณะเช่นนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่าในความเห็นของศาล การเป็นสามีภรรยากันไม่เพียงทำให้ชายเป็นเจ้าของประเวณีของหญิงเท่านั้น ในทางตรงกันข้ามหญิงก็เป็นเจ้าของประเวณีของชายได้เช่นกัน หากชายไปเป็นชู้หรือมีเพศสัมพันธ์กับหญิงอื่นและภรรยาได้พบเห็น การกระทำของหญิงที่เป็นผลมาจากการรับรู้ดังกล่าวก็ถูกถือว่าเป็นเหตุบันดาลโทสะได้ แนวคำวินิจฉัยของศาลจึงเท่ากับยอมรับระบบผัวเดียวเมียเดียว (monogamy) ว่าเป็นพฤติกรรมทางเพศที่มีความชอบธรรมและต้องได้รับการคุ้มครอง การประพฤติตนนอกใจคู่ครองเป็นสิ่งที่ต้องถูกห้ามและถือว่าเป็นเหตุให้คู่สมรสถูกข่มเหงจากการกระทำในลักษณะนี้

แม้ในส่วนของการประพฤตินอกใจของสามีภรรยา จะไม่พบคำวินิจฉัยที่มีลักษณะแตกต่างกันไปมากนัก ซึ่งจะทำให้เข้าใจว่าในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้กำหนดให้ลักษณะที่พิเศษแก่ชายหรือหญิง ในการปรับใช้กฎหมายของศาลก็จะกระทำไปบนหลักความเสมอภาคเท่าเทียมกัน แต่เมื่อพิจารณาถึงคำพิพากษาในเหตุล่วงละเมิดต่อชีวิตและร่างกายอันมีสาเหตุมาจากความรุนแรงต่อเนื่องภายในครอบครัวก็จะพบลักษณะบางประการซึ่งสะท้อนถึงความเข้าใจของศาลต่อสถานะของชายหญิงภายในครอบครัว

คำพิพากษาของศาลยืนยันว่าการเป็นสามีภรรยาไม่เป็นเหตุให้ฝ่ายชายมีอำนาจในการทำร้ายฝ่ายหญิง อันเป็นการให้ความคุ้มครองต่อหญิง แต่ในคดีที่หญิงตกเป็นจำเลยในข้อหาทำร้ายร่างกายหรือฆ่าสามีของตน อันเป็นเหตุมาจากความรุนแรงต่อเนื่องที่ตนเองถูกกระทำมาโดยตลอด กระทั่งวันหนึ่งได้ลงมือตอบโต้เป็นผลให้สามีได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายก็ตาม ศาลมักจะพิจารณาถึงความรุนแรงภายในครอบครัวที่ชายกระทำต่อหญิงว่าเป็นเรื่องปกติเหมือนลิ้นกับฟันที่ต้องกระทบกันบ้างเป็นธรรมดา ข้ออ้างของหญิงในการป้องกันตนเองมักจะไม่ได้รับความสำคัญ ยิ่งหากเป็นกรณีที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งและการกระทำนั้นไม่ทำให้ภรรยาบาดเจ็บสาหัส การกล่าวอ้างในการป้องกันตัวของหญิงก็ยิ่งจะมีน้ำหนักน้อยลง ด้วยคำอธิบายว่าเมื่อเคยเกิดขึ้นมาแล้วและไม่เป็นอันตรายรุนแรงแก่ภรรยา การตอบโต้ของภรรยาที่ทำให้สามีตายหรือบาดเจ็บสาหัสแม้จะถูกรับฟังว่าเป็นการป้องกันตนเองแต่ก็เป็นการกระทำที่เกินกว่าเหตุ

ดังนั้น แม้จะไม่ยอมรับอำนาจของชายในการใช้ความรุนแรงต่อภรรยา แต่แนวคำวินิจฉัยของศาลในด้านหนึ่งก็เท่ากับปฏิเสธไม่รับรู้ต่อความรุนแรงภายในครอบครัวที่เกิดมาอย่างต่อเนื่อง ซึ่งความรุนแรงในลักษณะนี้ก็มักจะเกิดกับหญิงผู้เป็นภรรยาอันเนื่องมาจากข้อจำกัดทางด้านกายภาพ

จากการศึกษาถึงคำพิพากษาทั้งในส่วนของคดีที่เกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศและคดีการละเมิดสิทธิในชีวิตและร่างกาย ได้แสดงให้เห็นว่าในการปรับใช้กฎหมายของศาลเข้ากับข้อเท็จจริง นอกจากจะเป็นการนำบทบัญญัติของกฎหมายมาใช้บังคับแล้ว ศาลก็ยังได้สร้างความหมายและบรรทัดฐานบางประการขึ้นในการใช้กฎหมาย ซึ่งการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นทั้งในด้านของการทำให้ถ้อยคำบางคำในกฎหมายมีลักษณะเฉพาะขึ้นมาและความหมายนี้ก็ถูกเข้าใจว่าเป็นสิ่งที่เป็นธรรมชาติหรือเป็นเรื่องปกติ นอกจากนี้ก็ยังได้วางบรรทัดฐานในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในคดีบนพื้นฐานของความเชื่อที่มีต่อพฤติกรรมทางเพศระหว่างชายหญิงว่าชายและหญิงควรทำหรือไม่ควรทำอะไร ในลักษณะเช่นไร ความคาดหวังนี้ก็ได้กลายเป็นมาตรฐานของการกำหนดความผิดและโทษในข้อพิพาทไม่ว่าโดยผู้ตัดสินจะตระหนักรู้หรือไม่ก็ตาม

คำพิพากษาจึงมิใช่เป็นเรื่องของการนำเอากฎหมายมาปรับใช้เข้ากับคดีอย่างที่มักจะเข้าใจกัน หากมีความเชื่อ ทรรศนะ ความคิดเห็นของผู้ตัดสินเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งอย่างไม่อาจปฏิเสธ และปรากฏการณ์ในลักษณะนี้ก็สามารถเกิดขึ้นไม่ว่ากฎหมายในเรื่องนั้นๆ จะได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้สถานะของความเป็นเพศมีผลบางประการทางกฎหมาย หรือเป็นกฎหมายที่มิได้คำนึงถึงลักษณะของความเป็นเพศเอาไว้แต่อย่างใด ดังเช่นที่ได้ทำการศึกษาถึงคำพิพากษาในคดีเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศและการละเมิดต่อชีวิตและร่างกายก็สามารถมองเห็นถึงการใช้ฐานความเชื่อด้านเพศวิถีของชายหญิงเข้ามากำกับและส่งผลต่อการตัดสิน

งานวิจัยชิ้นนี้เป็นเพียงส่วนเสี้ยวเล็กๆในการพยายามทำความเข้าใจต่อเพศวิถีที่ปรากฏในระบบกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งเป็นพื้นที่ที่มักถูกมองข้ามและมองไม่เห็นถึงประเด็นปัญหาที่ดำรงอยู่ การมองเห็นภาพของคำพิพากษาที่แตกต่างไปจากเดิม จะเป็นสิ่งหนึ่งที่ช่วยให้เกิดการขบคิด ตระหนัก และรวมถึงการให้คำอธิบายที่ต้องการความรู้ความเข้าใจมากขึ้นจากมุมมองของหญิง ซึ่งสิ่งที่กล่าวมาจะเป็นไปได้จำเป็นต้องมีเงื่อนไขพื้นฐานอย่างน้อยใน ๓ ประเด็น คือ

ประการแรก จากการวิจัยทำให้เห็นได้ว่าในการบังคับใช้กฎหมายโดยศาลนั้น มิได้เป็นเพียงการใช้หลักวิชาทางกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว หากมีการนำเอาความเชื่อ ประสบการณ์ โลกทัศน์ของผู้ตัดสินเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของการวิจัย รวมถึงการทำให้กลายเป็นแนวทางคำตัดสินที่เป็น “มาตรฐาน” ให้กลายเป็นที่ยึดถือสืบทอดกันมา เพราะฉะนั้น คำพิพากษาจึงเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงอุดมการณ์ ความคิด ความเข้าใจชุดหนึ่งของผู้ตัดสิน ที่มีต่อปรากฏการณ์ต่างๆ ที่เป็นประเด็นพิพาทมาสู่ศาล ท่าทีและความเข้าใจเช่นนี้เป็นเงื่อนไขที่ทำให้เกิดการตั้งคำถาม ถกเถียง และศึกษาถึงคำพิพากษามากขึ้นในฐานะของปรากฏการณ์สังคมอันหนึ่ง

ประการที่สอง จำเป็นต้องสร้างความตระหนักว่าประเด็นปัญหาที่มีความเชื่อมโยงกับเพศสภาพ เช่น การข่มขืน ความรุนแรงภายในครอบครัว สถานะของชายหญิงในครอบครัว เป็นสิ่งที่มีความสลับซับซ้อนและมีความละเอียดอ่อนซึ่งมาตรฐานในการอธิบายประเด็นเหล่านี้มักจะเป็นแนวคิดที่วางอยู่บนมุมมองแบบชายเป็นใหญ่ แม้ว่าในปัจจุบันอาจมีความเปลี่ยนแปลงปรากฏขึ้นในหลายด้าน แต่ก็ยังคงปรากฏคำอธิบายที่มักจะถูกมองว่าเป็น “ความจริง” โดยไม่ได้มีการตั้งคำถามหรือข้อสงสัย การทำความเข้าใจประเด็นปัญหาต่างๆ จึงต้องมีการศึกษาถกเถียง และทำความเข้าใจ เพื่อให้เกิดมุมมองที่รอบด้านมากขึ้น

ประการที่สาม การทำงานร่วมกันระหว่างผู้ที่ทำงานในด้านต่างๆ จะมีบทบาทอย่างสำคัญต่อการทำให้เกิด “เสียง” ที่อาจไม่เคยได้รับโอกาสในการพูดหรือสะท้อนประสบการณ์ ความเข้าใจ ความรู้สึกของผู้หญิงถึงแง่มุมต่างๆ ในปัญหาที่ต้องเข้ามาเกี่ยวข้อง เนื่องจากในกระบวนการยุติธรรมทำให้หญิงต้องตกอยู่ในสถานะของโจทก์ หรือจำเลย ทำให้บ่อยครั้งที่ไม่สามารถสะท้อนเสียงของหญิงในฐานะอื่น เช่น ในฐานะของเหยื่อ ภรรยา ลูกจ้าง คนรัก เป็นต้น กระบวนการยุติธรรมที่แยกบทบาทหน้าที่ขาดออกจากกันเป็นผลให้การรับรู้ต่อสิ่งที่เกิดขึ้นกับหญิงอาจเป็นไปอย่างจำกัด

เพราะฉะนั้น ในท่ามกลางความพยายามที่จะผลักดันให้เกิดกฎหมายที่ให้ความสำคัญกับสถานะของหญิงทั้งในด้านของการปกป้องและส่งเสริมสถานะของหญิงให้เกิดเพิ่มมากขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ การมุ่งเน้นไปที่การเขียนกฎหมายในเรื่องต่างๆ ให้มีเนื้อหาที่ครอบคลุมกว้างขวางมากขึ้นเช่นที่กำลังกระทำกันอยู่ในปัจจุบัน แม้อาจมีความสำคัญอยู่ แต่สิ่งที่ไม่อาจละเลยไปได้เช่นกันก็คือการทำความเข้าใจกับสภาพความเป็นจริงว่ากฎหมายนั้นได้ถูกบังคับใช้อย่างไรจากองค์กรที่มีหน้าที่ในการปรับใช้กฎหมาย

บรรณานุกรม

จรัญ โฆษณานันท์. **นิติปรัชญา.** พิมพ์ครั้งที่ ๒ กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, ๒๕๓๒.

ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์. **เมื่อผู้หญิงคิดจะมีหนวด.** กรุงเทพฯ : โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, ๒๕๔๙.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. **กฎหมายอาญา หลักและปัญหา.** พิมพ์ครั้งที่ ๖ กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๔๗.

วารุณี ภูริสินสิทธิ์. **สตรีนิยม : ขบวนการและแนวคิดทางสังคมแห่งศตวรรษที่ ๒๐.** กรุงเทพฯ : โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, ๒๕๔๕.

วิระดา สมสวัสดิ์. **นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม.** เชียงใหม่ : วนิดาเพรส, ๒๕๔๙.

สมยศ เชื้อไทย. **คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป.** พิมพ์ครั้งที่ ๓ กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๓๘.

BOOKS

Andrew Altman. **Critical Legal Studies.** New Jersey : Princeton University Press, ๑๙๙๓.

Carole Galligan. **In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University, ๑๙๘๒.

Catharine A. MacKinnon. **Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination** ๒๕๐ n ๑๓ (๑๙๗๙)

Gary Minda. **Postmodern Legal Movement: Law and Jurisprudence at Century's End.** New York University Press, ๑๙๙๕

Hans Kelsen. **Pure Theory of Law. (trans. By M. Knight)** California: University of California Press,๑๙๖๗.

Hilaire McCoubry and Nigel D. White. **Jurisprudence.** London: Blackstone Press Limited, ๑๙๙๓.

Jerome Frank. **Court on Trail.** Princeton, New Jerry: Princeton University Press, ๑๙๔๙.

Jerome Frank. **Law and Modern Mind.** Massachusetts: Peter Smith, ๑๙๗๐.

Kairy D. **"Legal Reasoning" in Kairy D. (ed.) The Politics of Law.** New York: Pantheon, ๑๙๘๒.

Karl Llewellyn. **The Common Law Tradition.** Boston; Massachusetts: Little, Brown & Co., ๑๙๖๐.

Katharine T. Bartlett. **Gender Law ๑ Duke Journal of Gender Law & Policy.** ๑, ๑๔ (๑๙๙๔)

L. B. Curzon. **Jurisprudence.** London: Cavendish Publishing, ๑๙๙๕.

Lawrence M. Freidman. **Law and Society: An Introduction.** New Jersey: Prentice Hall, Inc., Englewood Cliffs.,๑๙๗๗.

Martha Chamallas. **Introduction to Feminist Legal Theory.** New York: Aspen Law & Business, ๑๙๙๘.

ภาคผนวก ก.
เลขที่คำพิพากษาฎีกา
ที่ปรากฏในรายงานการวิจัย “เรื่องฐานคติเรื่องเพศในคำพิพากษา”

คดีความผิดเกี่ยวกับเพศ	คดีความคิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย
๑) ๑๘๘/๒๔๘๔	๑) ๑๕๙๙/๒๔๙๒
๒) ๖๔๒/๒๔๘๙	๒) ๑๖๗๑/๒๔๙๒
๓) ๑๗๒๙/๒๔๙๘	๓) ๑๓๙๐/๒๔๙๓
๔) ๑๖๕/๒๕๐๓	๔) ๘๓๗/๒๔๙๖
๕) ๖๑๙/๒๕๑๓	๕) ๘๖๓/๒๕๐๒
๖) ๑๖๘๕/๒๕๑๖	๖) ๑๓๒๐/๒๕๐๓
๗) ๒๕๗๓/๒๕๑๘	๗) ๑๑๓๕/๒๕๐๔
๘) ๘๓๓/๒๕๑๙	๘) ๕๕๑/๒๕๐๙
๙) ๒๘๗๘/๒๕๒๒	๙) ๔๔๗/๒๕๑๐
๑๐) ๓๙๖๙/๒๕๒๖	๑๐) ๑๐๗๘/๒๕๑๑
๑๑) ๒๒๐๐/๒๕๒๗	๑๑) ๑๙๓๒/๒๕๑๔
๑๒) ๒๒๓๘/๒๕๒๗	๑๒) ๒๓๙๔/๒๕๒๖
๑๓) ๒๔๔๙/๒๕๒๗	๑๓) ๑๕๗๙/๒๕๒๙
๑๔) ๕๓๖/๒๕๒๘	๑๔) ๓๘๗๔/๒๕๒๙
๑๕) ๒๒๗/๒๕๒๙	๑๕) ๑๒๔๙/๒๕๓๕
๑๖) ๒๒๖๘/๒๕๒๙	๑๖) ๘๒๒๘/๒๕๔๓
๑๗) ๙๔๙/๒๕๓๐	๑๗) ๑๕๑๙/๒๕๔๔
๑๘) ๔๔๖๕/๒๕๓๐	
๑๙) ๔๔๓๗/๒๕๓๑	
๒๐) ๖๖๕๙/๒๕๓๑	
๒๑) ๔๓๐/๒๕๓๒	
๒๒) ๑๐๑/๒๕๓๓	
๒๓) ๔๗๖๐/๒๕๓๓	
๒๔) ๓๘๖๓/๒๕๓๓	
๒๕) ๕๓๙๘/๒๕๓๓	
๒๖) ๘๕๗/๒๕๓๖	
๒๗) ๒๐๗๓/๒๕๓๗	
๒๘) ๓๘๒๗/๒๕๓๘	
๒๙) ๒๙๕๗/๒๕๔๑	
๓๐) ๕๗๙๓/๒๕๔๔	

คดีความผิดเกี่ยวกับเพศ	คดีความคิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย
๓๑) ๖๕๑๐/๒๕๔๔ ๓๒) ๖๙๘๔/๒๕๔๔ ๓๓) ๒๙๕๗/๒๕๔๑ ๓๔) ๙๕๕๙/๒๕๔๒ ๓๕) ๖๒๗/๒๕๔๓ ๓๖) ๕๗๙๓/๒๕๔๔ ๓๗) ๖๙๘๔/๒๕๔๔	

ภาคผนวก ข.

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาความผิดเกี่ยวกับเพศ

คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๙๖๙/๒๕๒๖
๒๒๓๘/๒๕๒๗
๕๓๖/๒๕๒๘
๔๔๖๕/๒๕๓๐
๑๐๑/๒๕๓๓
๔๗๖๐/๒๕๓๓
๒๐๗๓/๒๕๓๗

(ฎีกาย่อ)

คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๙๖๙/๒๕๒๖

(อัยการนครปฐม : โจทก์ นายเชน เกตุษา จำเลย)

อาญา	ข่มขืนชำเรา	(ม. ๒๗๖)
	ข่มขืนชำเรา ยอมความได้	(ม. ๒๘๑)
วิธีพิจารณาความอาญา	บรรยายฟ้อง	(ม. ๑๕๑)

โจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายโดยกระทำต่อหน้าธารกำนัล พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานนิยามความหมายคำว่า ธารกำนัล ไว้ว่า ที่ชุมนุมชน คนจำนวนมาก จึงเป็นถ้อยคำที่รู้กันอยู่ทั่วไป ป.อ. ม. ๒๘๑ มิได้บัญญัติถึงการกระทำอันเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ เพียงแต่บัญญัติว่าการกระทำความผิดตาม ม. ๒๗๖ วรรคแรก ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล เป็นความผิดอันยอมความได้ ดังนั้นตามฟ้องโจทย์ย่อมเป็นที่รู้ว่าจำเลยกระทำความผิดในชุมนุมชนหรือต่อหน้าคนจำนวนมาก และเป็นการบรรยายว่าการกระทำของจำเลยมิใช่ความผิดอันยอมความได้ จึงเป็นฟ้องที่สมบูรณ์ตาม ป.ว.อ. ม. ๑๕๘ (๕) แล้ว

ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า *จำเลยมีความผิดตาม ป.อ. ม. ๒๗๖, ๘๓ จำคุก ๘ ปี รับสารภาพ ลดโทษให้กึ่งหนึ่ง จำคุก ๔ ปี ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า ฟ้องโจทย์ไม่มีข้อเท็จจริงและรายละเอียดเกี่ยวกับบุคคลที่เกี่ยวข้องพอสมควรอันจะทำให้จำเลยเข้าใจได้ว่าจำเลยได้กระทำความผิด*

ต่อหน้าธารกำนัลตามที่โจทก์ฟ้อง เป็นฟ้องที่ไม่สมบูรณ์ตาม ป.ว.อ. ม. ๑๕๘ (๕) พิพากษาแก้เป็นว่า มีความผิดตาม ม. ๒๗๖ จำคุก ๔ ปี รับสารภาพลดโทษให้กึ่งหนึ่ง จำคุก ๒ ปี ให้รอการลงโทษไว้มีกำหนด ๓ ปี โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยข้อกฎหมายว่า "ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๑ บัญญัติว่า "การกระทำความผิดตามมาตรา ๒๗๖ วรรคแรก..... ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล.....เป็นความผิดอันยอมความกันได้" คำว่า "ธารกำนัล" ที่ปรากฏอยู่ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๒๔ นิยามความหมายไว้ว่า ที่ชุมนุมชน คนจำนวนมาก จึงเป็นถ้อยคำที่รู้กันอยู่ทั่วไป อนึ่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๑ มิได้บัญญัติถึงการกระทำอันเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ เพียงแต่บัญญัติว่าการกระทำความผิดตามมาตรา ๒๗๖ วรรคแรก ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล เป็นความผิดอันยอมความได้ จึงมิใช่บทกำหนดการกระทำอันเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ อันจะนำมาเป็นบทลงโทษจำเลย ดังนั้นเมื่อโจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายโดยจำเลยกระทำต่อหน้าธารกำนัลเช่นนี้ ย่อมเป็นที่รู้ว่าจำเลยกระทำผิดในที่ชุมนุมชนหรือต่อหน้าคนจำนวนมาก และเป็นการบรรยายว่าการกระทำของจำเลยมิใช่ความผิดอันยอมความได้ จึงเป็นฟ้องที่บรรยายถึงข้อเท็จจริงแห่งการกระทำทั้งหลายที่อ้างว่าจำเลยได้กระทำผิด และรายละเอียดเกี่ยวข้องพอสมควรเท่าที่จะทำให้จำเลยเข้าใจข้อหาได้ดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา

๑๕๘ (๕) แล้วเมื่อจำเลยให้การรับสารภาพ ศาลย่อมพิพากษาลงโทษจำเลยได้ ฎีกาของโจทก์ข้อนี้ฟังขึ้น แต่ตามพฤติการณ์แห่งคดีปรากฏตามคำร้องของผู้เสียหายลงวันที่ ๘ เมษายน ๒๕๒๕ ว่า จำเลยใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย และได้ให้ญาติผู้ใหญ่มาขอขมาต่อญาติผู้ใหญ่ของผู้เสียหาย ผู้เสียหายไม่ประสงค์จะดำเนินคดีแก่จำเลย ศาลฎีกาเห็นว่ามีเหตุอันควรปรานีให้ลงโทษและรอการลงโทษจำเลยดังคำพิพากษาศาลอุทธรณ์”

พิพากษาแก้เป็นว่า จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ วรรคแรก ประกอบด้วยมาตรา ๘๓ นอกจากที่แก้ให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์

(สุชาติ จิวะชาติ – พิศิษฏ์ เทศะบำรุง – วีระ ทรัพย์ไพศาล)

(ฎีกาย่อ)

คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๒๓๘/๒๕๒๗

(อัยการพิจิตร โจทก์ นายตุ๋ย สิงหนาท จำเลย)

อาญา ข่มขืนชำเรา (ม. ๒๗๖)

วิธีพิจารณาความอาญา พยานหลักฐาน การรับฟังพยาน (ม. ๒๒๗)

ความสัมพันธ์ของผู้เสียหายกับจำเลยเป็นคนใกล้ชิดสนิทสนมในลักษณะของคนที่รักกัน ระหว่างไปทำงานที่โรงสีข้าว จำเลยเข้าไปในห้องพักข่มขืนกระทำชำเราต่างวันและเวลากันถึง ๒ ครั้ง ผู้เสียหายก็มิได้เอะอะหรือแพร่งพรายให้ผู้ใดทราบ แม้แต่มารดาของตนซึ่งไปทำงานแห่งเดียวกัน เพิ่งบอกเมื่อออกจากงานและกลับถึงบ้านแล้วหลายวัน บิดามารดาผู้เสียหายเรียกจำเลยไปสอบถามทำนองบังคับให้ยอมรับผู้เสียหายเป็นภรรยา เมื่อจำเลยไม่ยอมทำตาม จึงกล่าวหาดำเนินคดีแก่จำเลย ดังนี้ พยานหลักฐานโจทก์ไม่พอฟังลงโทษจำเลยได้

ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า *จำเลยมีความผิดตาม ป.อ. ม. ๒๗๖ จำคุกกรรมละ ๒ ปี รวม ๔ ปี ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับ ให้ยกฟ้องโจทก์ฎีกา*

ศาลฎีกาวินิจฉัยข้อกฎหมายว่า “โจทก์นำสืบว่าผู้เสียหายเป็นญาติกับภรรยาจำเลย เมื่อวันที่ ๕ กรกฎาคม ๒๕๒๕ ผู้เสียหายและจำเลยไปสมัครงานเป็นลูกจ้างโรงสีข้าวสหกรณ์ธัญญะกิจ ตำบลสามง่าม อำเภอ

สามง่าม จังหวัดพิจิตร ผู้เสียหายได้งานทำในวันนั้น และพักอยู่ในห้องแถวคนงานติดกับห้องพักของพี่ชายและพี่สะใภ้ของจำเลย ซึ่งจำเลยได้มาอาศัยพักอยู่ด้วย ครั้นเวลาประมาณ ๑๙ นาฬิกา หลังจากผู้เสียหายเลิกงาน เมื่อเวลา ๑๘ นาฬิกาแล้ว ได้ยืมไปแช็คของจำเลยเพื่อหุงหาอาหาร เมื่อก่อไฟแล้วก็คืนไฟแช็คให้จำเลย แล้วหันกลับเข้าห้องจะเอาหม้อหุงข้าว จำเลยเดินตามเข้าไปในห้องเข้ากอดผู้เสียหายทางด้านหลัง ผลักผู้เสียหายล้มคว่ำ ผู้เสียหายพลิกตัวจะลุกหนี จำเลยขึ้นนั่งคร่อม ใช้มีดจี้คอ ถอดผ้าถุงและกางเกงในข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายจนสำเร็จความใคร่ ๑ ครั้ง แล้วพูดข่มขู่ไม่ให้ผู้เสียหายแพร่งพรายให้ผู้อื่นล่วงรู้ รุ่งขึ้นจำเลยได้กลับไปอยู่บ้านจนกระทั่งนางสมพร ดอกแก้ว พี่สะใภ้จำเลยไปถามให้ไปทำงานที่โรงสี โดยมีนางประทวน ภู่อ่อง มารดาผู้เสียหายตามมาทำงานด้วยกันเมื่อวันที่ ๙ กรกฎาคม ๒๕๒๕ ครั้นต่อมาในวันที่ ๑๓ กรกฎาคม ๒๕๒๕ หลังจากผู้เสียหายเลิกงานเที่ยงคืนกลับห้องพัก ส่วนมารดาผู้เสียหายกับจำเลยซึ่งเข้างานเวรดึกจากเที่ยงคืนถึงรุ่งเช้าเวลา ๖ นาฬิกา คืนนั้นเวลาประมาณ ๓ นาฬิกา ขณะที่ผู้เสียหายนอนอยู่ในห้องพักกับน้องอายุ ๓ ขวบ จำเลยเข้าไปขู่บังคับข่มขืนใจกระทำชำเราผู้เสียหายจนสำเร็จความใคร่ ๑ ครั้ง และขู่ให้ทำความเช่นครั้งก่อน ผู้เสียหาย มารดาผู้เสียหาย และจำเลยทำงานที่โรงสีอยู่ถึงวันที่ ๑๙ กรกฎาคม ๒๕๒๕ คนทั้งสามพากันกลับบ้านเดิมของตนที่ตำบลวังจิก อำเภอโพธิ์ประทับช้าง จังหวัดพิจิตร หลังจากนั้นผู้เสียหายจึงได้เล่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นให้มารดาทราบ และได้มีการเรียกจำเลยไป

สอบถามเพื่อให้รับผู้เสียหายเลี้ยงดูเป็นภรรยา ด้วยเกรงว่าหากรู้ถึงหูพี่ชายผู้เสียหายซึ่งเป็นคนมุทะลุอาจถึงกับฆ่ากันได้ แต่จำเลยไม่ยอมรับ บิดาผู้เสียหายจึงนำความเข้าแจ้งต่อพนักงานสอบสวนให้ดำเนินคดีแก่จำเลย

จำเลยนำสืบว่า ผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยร่วมประเวณีด้วยความสมัครใจ ระหว่างกลับไปอยู่บ้านผู้เสียหายชักชวนจำเลยให้ทิ้งภรรยาแล้วพาผู้เสียหายหนีไปอยู่เสียด้วยกัน จำเลยไม่ยอมทำตาม จำเลย ภรรยาจำเลย และแม่ยายจำเลยได้ไปพบพูดจากับบิดาผู้เสียหายจะให้จำเลยรับเลี้ยง จำเลยไม่ยอม บิดาผู้เสียหายโกรธถึงกับคว้าไม้ตีจำเลย

พิเคราะห์แล้ว ปัญหาว่าจำเลยกระทำความผิดดังโจทก์ฟ้องหรือไม่ คงได้ความตามคำเบิกความของผู้เสียหายว่า ระหว่างไปทำงานที่โรงสีข้าวสหกรณ์ธัญญะกิจ ถูกจำเลยเข้าไปในห้องพักข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งต่างวันและเวลากันถึง ๒ ครั้ง ผู้เสียหายก็มิได้เอะอะหรือแพร่งพราย เรื่องที่เกิดขึ้นให้ผู้ใดทราบ แม้แต่มารดาของตนซึ่งไปเป็นลูกจ้างทำงานแห่งเดียวกัน การถูกข่มขืนครั้งแรกแม้มารดาของผู้เสียหายจะยังไม่ได้ทำงานและพักอยู่ด้วยกันก็ตาม แต่เมื่อมารดาของผู้เสียหายไปได้งานทำและพักอยู่ที่แห่งเดียวกันแล้ว ต่อมาจึงถูกจำเลยข่มขืนเป็นครั้งที่สอง ผู้เสียหายก็มิได้แพร่งพราย เพิ่งจะไปบอกเล่าให้มารดาฟังหลังจากออกจากงานกลับถึงบ้านแล้วอีกหลายวัน จนได้มีการสอบถามจำเลยบังคับให้รับผู้เสียหายเลี้ยงดูเป็นภรรยา เมื่อจำเลยไม่ยอมรับที่จะให้เลิกกับภรรยาเดิมจึงทำให้เกิดเรื่องเป็นคดีกันขึ้น ฝ่ายจำเลยเองก็ยอมรับว่าได้มีการได้เสียกับผู้เสียหายจริง แต่-

เกิดด้วยความสมัครใจทั้งสองฝ่าย นางสมพร ดอกแก้ว พยานโจทก์ซึ่งอยู่ห้องแถวติด ๆ กับห้องผู้เสียหาย และนายประเสริฐ สุขเกิด ผู้ใหญ่บ้านและเป็นกรรมการคนหนึ่งของโรงสีสหกรณ์ธัญญะกิจ พยานจำเลย เบิกความต้องกันว่า สังเกตเห็นความสัมพันธ์ของผู้เสียหายกับจำเลยแล้วต่างเป็นคนใกล้ชิดสนิทสนมเป็นไปในลักษณะของคนรักกัน ก่อนที่ผู้เสียหายจะนำความไปแจ้งกล่าวหาจำเลยก็ได้ความชัดว่าบิดามารดาของผู้เสียหายไปสอบถามเป็นทำนองบังคับให้จำเลยยอมรับผู้เสียหายเป็นภรรยา เมื่อจำเลยไม่ยอมทำตามจึงได้มีการกล่าวหาดำเนินคดีแก่จำเลยขึ้น อันเป็นข้อพิรุธชวนสงสัยในพฤติการณ์ของเหตุแห่งการแจ้งความดำเนินคดีแก่จำเลยเป็นอย่างยิ่ง พยานหลักฐานโจทก์เป็นที่สงสัยไม่พอฟังลงโทษจำเลยได้ ศาลอุทธรณ์พิพากษาชอบแล้ว ฎีกาโจทก์ฟังไม่ขึ้น”

พิพากษายืน

(สนิท อังศุสิงห์ – สำเนียง ด้วงมหาสอน – พิชัย วุฒิจำนงค์)

(ฎีกาย่อ)

คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๓๖ / ๒๕๒๘

(อัยการสมุทรปราการ โจทก์ นายมนัสชัย ศรีวิเศษ จำเลย)

อาญา อายุน้อย (ม. ๗๖)

พรากผู้เยาว์ (ม. ๓๑๗)

จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายอายุ ๑๑ ปีเศษ โดยผู้เสียหายยินยอม แม้จำเลยอายุ ๒๐ ปี ก็สมควรลดมาตราส่วนโทษให้ ๑ ใน ๓ ตาม ป.อ. ม. ๗๖

ผู้เสียหายอายุ ๑๑ ปีเศษ และจำเลยชวนกันไปเที่ยวโดยป้าของผู้เสียหายอนุญาตแล้วได้พากันไปค้างที่บ้านจำเลย ก่อนที่ผู้เสียหายจะนอนค้างนั้น จำเลยได้บอกให้ผู้เสียหายกลับบ้านแล้ว แต่ผู้เสียหายไม่กลับ ดังนี้ จำเลยไม่ได้พรากผู้เยาว์ไปเสียจากบิดามารดา จึงไม่มีความรับผิดตาม ป.อ. ม. ๓๑๗

ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตาม ป.อ. ม. ๒๗๗,๓๑๗ ประกาศของคณะปฏิบัติ ฉบับที่ ๑๑ ข้อ ๗,๑๒ ฐานกระทำชำเราผู้เสียหาย จำคุก ๓ ปี ฐานพรากผู้เสียหายไปจากบิดามารดาเพื่อการอนาจาร จำคุก ๒ ปี รวมจำคุก ๔ ปี จำเลยให้การรับสารภาพชั้นจับกุมและชั้นสอบสวน ลดโทษ ๑ ใน ๓ คงจำคุก ๓ ปี ๔ เดือน ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับให้ยกฟ้อง โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยข้อกฎหมายว่า “มีปัญหาว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๗ หรือไม่ โจทก์ฎีกาว่าผู้เสียหายมีอายุเพียง ๑๑ ปี การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดตามมาตรา ๒๗๗ ปัญหาว่าเด็กหญิงแนะดะห์หรือแมะดะห์ผู้เสียหายมีอายุเท่าใดนั้น โจทก์อ้างสำเนาทะเบียนบ้านเอกสารหมาย ปจ. ๓ และสูติบัตรเอกสารหมาย ปจ.๔ ปรากฏตามเอกสารนี้ว่าเด็กหญิงแนะดะห์หรือแมะดะห์ เกษสุริยงค์ เกิดเมื่อวันที่ ๗ พฤษภาคม ๒๕๑๒ เป็นบุตรนายเซ็น นางจันทร์ แต่ตามคำเบิกความของผู้เสียหายและนางสารี่มารดาผู้เสียหายว่า ผู้เสียหายเป็นบุตรนายเจริญและนางสารี่ จึงมีปัญหาว่าผู้เสียหายกับเด็กหญิงแนะดะห์หรือแมะดะห์ที่ระบุไว้ในเอกสารหมาย ปจ. ๓ และ ปจ. ๔ เป็นบุคคลคนเดียวกันหรือไม่ เห็นว่าเอกสารหมาย ปจ. ๓ และ ปจ. ๔ เป็นเอกสารถ่ายมาจากต้นฉบับ เมื่อจำเลยเบิกความรับว่าผู้เสียหายชื่อเด็กหญิงแนะดะห์ เกษสุริยงค์ ข้อเท็จจริงจึงต้องฟังว่าผู้เสียหาย และเด็กหญิงแนะดะห์หรือแมะดะห์ที่ระบุในเอกสารหมาย ปจ. ๓ และ ปจ. ๔ เป็นบุคคลเดียวกัน เกิดเมื่อวันที่ ๗ พฤษภาคม ๒๕๑๒ อายุขณะเกิดเหตุ ๑๑ ปีเศษ ส่วนชื่อบิดามารดาไม่ตรงกันกับคำเบิกความของผู้เสียหายกับนางสารี่นั้น ก็อาจเป็นว่าคนทั้งสองอาจมีชื่ออื่นต่างหากจากที่ระบุไว้ในเอกสารก็ได้ ที่ศาลอุทธรณ์ไม่เชื่อว่าผู้เสียหายเป็นคนเดียวกับเด็กหญิงแนะดะห์หรือแมะดะห์ตามที่ระบุในเอกสารหมาย ปจ. ๓ และ ปจ. ๔ และไม่เชื่อว่าผู้เสียหายมีอายุ

ต่ำกว่า ๑๓ ปี เพราะตามคำเบิกความของร้อยตำรวจเอกสนธยาพนักงานสอบสวนกับคำเบิกความของจำเลย นางเสน่ห์ นายเทียนทอง และนายเทียนชัยพยานของจำเลยว่าผู้เสียหายรูปร่างใหญ่โต มีทรวงอกใหญ่ คาดว่ามีอายุ ๑๖ ปี นั้น จึงไม่ต้องด้วยความเห็นศาลฎีกา ฎีกาของโจทก์ว่าผู้เสียหายมีอายุเพียง ๑๑ ปีเศษตามที่ปรากฏในเอกสารหมาย ปจ. ๓ และ ปจ. ๔ ฟังขึ้น การที่จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหายซึ่งมีอายุไม่เกิน ๑๓ ปี แม้ผู้เสียหายจะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็ตาม จำเลยย่อมมีความผิดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๗ แต่เพื่อจะใช้ดุลยพินิจในการลงโทษจำเลยจึงเห็นสมควรวินิจฉัยข้อเท็จจริงต่อไปว่าผู้เสียหายได้ยินยอมให้จำเลยกระทำชำเราหรือไม่ พิเคราะห์แผนที่สังเขปแสดงที่เกิดเหตุบันทึกการนำชี้ที่เกิดเหตุประกอบคำรับสารภาพของจำเลยตามเอกสารหมาย ปจ. ๑ ที่โจทก์อ้างเป็นพยานต่อศาลแล้วเห็นว่าในห้องที่เกิดเหตุนอกจากมีมุ้งที่จำเลยและผู้เสียหายนอนกันแล้ว ก็มีมุ้งคนงานก่อสร้าง ๗–๘ คน กางนอนอยู่ใกล้มุ้งจำเลยอีก ๒ หลัง จำเลยให้การในเอกสาร ปจ. ๑ ว่าเมื่อจำเลยชวนผู้เสียหายไปที่ห้องพักของจำเลยเพื่อจำเลยจะเปลี่ยนเสื้อผ้าไปเที่ยวพระสมุทรเจดีย์นั้นในห้องพักไม่มีคนงานอยู่ จำเลยและผู้เสียหายพูดคุยกอดจูบกัน ในเวลา ๒๐ นาฬิกาผู้เสียหายได้นอนหลับในมุ้งเดียวกับจำเลย จนถึงเวลา ๒๓ นาฬิกาจำเลยเห็นเพื่อนคนงานหลับหมดแล้วจึงร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย รุ่งเช้าเวลา ๘ นาฬิกาจึงพากันไปที่ทำงานพบนางสาวี

มารดาผู้เสียหาย จำเลยรับสารภาพว่าได้หลับนอนและได้เสียกับผู้เสียหายและได้พากันไปตกลงที่บ้านมารดาผู้เสียหาย จำเลยยินดีรับเลี้ยงผู้เสียหายแต่ตกลงกันไม่ได้ มารดาผู้เสียหายจึงพาจำเลยไปที่สถานีตำรวจนครบาลคลองตันแจ้งให้เจ้าพนักงานตำรวจดำเนินคดีแก่จำเลย สำหรับผู้เสียหายเบิกความว่าเมื่อไปนั่งคอยจำเลยเปลี่ยนเสื้อผ้าที่ระเบียงหน้าห้องจำเลย จำเลยเอาน้ำเป๊ปซี่ให้ดื่ม ผู้เสียหายดื่มยังไม่ทันหมดแล้ว ก็ถือแก้วน้ำเข้าไปในห้องนั่งตรงที่กางมุ้งไว้ได้ ๒๐ นาที รู้สึกมึนงง ล้มตัวลงนอนหลับไปมารู้สึกตัวใกล้สว่าง จำเลยนอนทับตัวอยู่ กางเกงในและกางเกงยีนผู้เสียหายถูกถอดอยู่ปลายเท้า จำเลยก็ไม่ได้สวมเสื้อผ้าเช่นกัน จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายจนมีน้ำเมือกเปียกที่อวัยวะเพศของผู้เสียหาย ในตอนเช้าผู้เสียหายลุกไปล้างหน้าในห้องน้ำและต่อมาก็ไปที่ทำงาน เมื่อนำคำเบิกความของจำเลยและผู้เสียหายมาฟังประกอบกันแล้ว รูปคดีน่าเชื่อตามที่จำเลยนำสืบว่าผู้เสียหายและจำเลยต่างสมัครใจที่จะร่วมประเวณีกัน หากผู้เสียหายถูกจำเลยให้ดื่มน้ำเป๊ปซี่มอมเมาผู้เสียหายจนหมดสติไม่รู้สึกตัว แต่เหตุใดเมื่อมารู้สึกตัวว่าถูกจำเลยกระทำชำเรา ผู้เสียหายจึงไม่ร้องขอความช่วยเหลือจากคนงานที่นอนอยู่ใกล้ ๆ มุ้งของจำเลย นอกจากนี้เมื่อผู้เสียหายมีกำลังลุกขึ้นได้แทนที่จะแจ้งเรื่องที่เกิดขึ้นให้คนงานคนใดคนหนึ่งที่นอนอยู่ในห้องจำเลยได้ทราบ ผู้เสียหายกลับเข้าห้องน้ำล้างหน้า ต่อมาก็กลับไปที่ทำงานโดยไม่ได้เล่าให้ผู้ใดฟังเหมือนไม่มีอะไรผิดปกติ จนกระทั่งมารดาผู้เสียหายมาถามจึงบอก

เรื่องที่ไปนอนกับจำเลยในคืนเกิดเหตุให้ฟัง การที่ผู้เสียหายได้สมัครใจร่วมประเวณีกับจำเลยแม้จำเลยจะมีอายุ ๒๐ ปี ก็เห็นสมควรลดมาตราส่วนโทษให้จำเลยตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๖

มีปัญหาต่อไปว่าจำเลยได้พรากผู้เสียหายไปจากมารดาผู้เสียหายตามที่โจทก์ฎีกาหรือไม่ เห็นว่าในวันเกิดเหตุ ผู้เสียหายและจำเลยชวนกันไปเที่ยวโดยผู้เสียหายได้รับอนุญาตจากนางกิมเฮียง ป้าของผู้เสียหายแล้ว และได้พากันไปที่บ้านพักของจำเลย เหตุที่ผู้เสียหายนอนค้างที่บ้านของจำเลยนั้น ผู้เสียหายว่าเป็นเพราะผู้เสียหายถูกจำเลยมอมยา ส่วนจำเลยนำสืบว่าไม่ได้มอมยาผู้เสียหาย ในคืนนั้นเวลาประมาณ ๑๘.๐๐ นาฬิกาครั้งหนึ่งและเวลาประมาณ ๒๐.๐๐ นาฬิกาอีกครั้งหนึ่งจำเลยได้บอกให้ผู้เสียหายกลับบ้านแต่ผู้เสียไม่ยอมกลับ เมื่อพิเคราะห์ประกอบข้อเท็จจริงที่ฟังว่าผู้เสียหายสมัครใจร่วมประเวณีกับจำเลยในคืนเกิดเหตุแล้ว น่าเชื่อตามที่จำเลยนำสืบ เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าในคืนเกิดเหตุจำเลยได้บอกให้ผู้เสียหายกลับบ้านดังกล่าวแล้ว แต่ผู้เสียหายไม่ยอมกลับเอง กรณีจึงยังฟังไม่ได้ว่าจำเลยได้พรากผู้เสียหายไปเสียจากบิดามารดาตามฟ้องของโจทก์ ศาลอุทธรณ์พิพากษายกฟ้องโจทก์ในข้อหานี้ ชอบแล้ว ฎีกาของโจทก์ข้อนี้ฟังไม่ขึ้น

พิพากษาแก้คำพิพากษาศาลอุทธรณ์เป็นว่า จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๗ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๑๑ ลงวันที่ ๒๑ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๔ ข้อ ๗,๑๒ ลดมาตราส่วนโทษตาม

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๖ ให้หนึ่งในสามแล้ว จำคุก ๑ ปี ๔ เดือน จำเลยให้การรับสารภาพในชั้นสอบสวนและชั้นศาลเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา ปรานีลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘ ให้กึ่งหนึ่งคงจำคุกจำเลยไว้ ๘ เดือน (แปดเดือน) เมื่อพิเคราะห์พฤติการณ์แห่งคดีประกอบกับจำเลยไม่เคยกระทำความผิดมาก่อน เห็นสมควรให้จำเลยได้มีโอกาสกลับตัว โทษจำคุกจึงให้รอการลงโทษไว้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๖ มีกำหนด ๒ ปี นอกจากที่แก้ให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์.”

(สมศักดิ์ เกิดลาภผล – อำนวย อินทุภูติ – โกมล อิศรางกูร ณ อยุธยา)

(ฎีกาย่อ)

คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๔๖๕/๒๕๓๐

(อัยการอุตรดิตถ์ โจทก์ นายจีรศักดิ์ อ่วมพรม จำเลย)

อาญา พรากผู้เยาว์ (ม.๓๑๘, ๓๑๙)

วิธีพิจารณาความอาญา พิพากษาไม่เกินคำฟ้อง (ม. ๑๙๒)

ผู้เสียหายอายุ ๑๖ ปีเศษ ยังอาศัยและอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของบิดามารดา แม้บิดามารดาจะให้อิสระแก่ผู้เสียหายโดยผู้เสียหายจะไปเที่ยวที่ไหน กลับเมื่อใดไม่เคยสนใจสอบถามหรือห้ามปราม ผู้เสียหายก็ยังอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา การที่จำเลยพบกับผู้เสียหายที่งานบวชพระแล้วพาผู้เสียหายไปกระทำชำเราด้วยความสมัครใจของผู้เสียหาย ย่อมเป็นการล่วงอำนาจปกครองของบิดามารดา จึงเป็นความผิดตามประมวลกำหมายอา มาตรา ๓๑๙

การพรากผู้เยาว์กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดไม่ว่าผู้เยาว์จะเต็มใจไปด้วยหรือไม่ โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๘ แต่ทางพิจารณาฟังได้ว่าจำเลยกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๙ ศาลย่อมปรับบทลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๙ ได้ มิใช่เป็นเรื่องข้อเท็จจริงในทางพิจารณาแตกต่างกับฟ้อง

โจทก์ฟ้องว่าจำเลย*ได้พรากนางสาวกัลยาณี สุวรรณคดี อายุ ๑๖ ปีเศษ ไปเสียจากนายจิว แซ่ตัน บิดาเพื่อการอนาจาร โดยใช้มีดปลายแหลมขู่บังคับให้นางสาวกัลยาณีไปกับจำเลยและจำเลยได้ข่มขืนกระทำชำเรานางสาว*

ได้ใช้มีดจี้คอผู้เสียหายพาไปข่มขืนกระทำชำเรา แต่เกิดจากความสมัครใจยินยอมของผู้เสียหายให้จำเลยกระทำชำเราเอง ภารกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๘ มีปัญหาที่จะวินิจฉัยต่อไปมีว่า จำเลยกระทำผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๙ หรือไม่ เห็นว่า ผู้เสียหายมีอายุเพียง ๑๖ ปีเศษ ยังอาศัยและอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของบิดามารดาด้วย ผู้เสียหายจึงอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา การกระทำของจำเลยต่อผู้เสียหาย ขณะที่ผู้เสียหายยังอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดาจะต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาเสียก่อน มิฉะนั้นย่อมถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการล่วงอำนาจปกครองของบิดามารดา ที่จำเลยกระทำต่อผู้เสียหาย แม้ผู้เสียหายจะสมัครใจยินยอม ก็ถือไม่ได้ว่าได้รับความยินยอมเห็นชอบจากบิดามารดาและทำให้กระทบกระเทือนต่ออำนาจปกครองของบิดามารดา ศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่เห็นว่า แม้บิดามารดาผู้เสียหายจะให้อิสระแก่ผู้เสียหายที่จะไปเที่ยวที่ไหนและกลับเมื่อใด ไม่เคยสนใจสอบถามหรือห้ามปรามผู้เสียหายก็ยังคงอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา การกระทำของจำเลยจึงเป็นการพรากผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้เยาว์ไปเสียจากบิดามารดาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๙ การพรากผู้เยาว์กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดไม่ว่าผู้เยาว์จะเต็มใจไปด้วยหรือไม่ แม้โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๘ แต่ทางพิจารณาฟังได้ว่าจำเลยกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๙ ศาลย่อมปรับบทลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๙ ได้ มิใช่เป็นเรื่องข้อเท็จจริงในทางพิจารณาแตกต่างกับฟ้อง แต่เมื่อพิเคราะห์พฤติการณ์ที่บิดา

กัลยาณี ๒ ครั้ง โดยนางสาวกัลยาณีไม่เต็มใจไปด้วย ขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๘ จำเลยให้การปฏิเสธศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมาย มาตรา ๓๑๘ วรรคสาม จำคุก ๓ ปี จำเลยอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษายกฟ้อง โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "ข้อเท็จจริงเบื้องต้นฟังได้ตามที่คู่ความนำสืบรับกันว่า นางสาวกัลยาณี สุวรรณดี ผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์มีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ก่อนเกิดเหตุคดีนี้ผู้เสียหายเคยได้เสียกับจำเลยมาก่อน ๒ ครั้ง ครั้งแรกผู้เสียหายว่า ถูกจำเลยใช้มีดขู่บังคับ ครั้งที่สองผู้เสียหายยินยอมสมัครใจ ปัญหาวินิจฉัยมีว่า จำเลยกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๙ ตามที่โจทก์ฟ้องหรือไม่ คดีได้ความจากผู้เสียหายว่า วันเกิดเหตุคดีนี้ผู้เสียหายกับนางเรียวพากันไปเที่ยวงานบวชพระด้วยรถจักรยาน ขากลับปรากฏว่ายางในรถจักรยานแตก ผู้เสียหายได้นั่งซ้อนท้ายรถจักรยานกลับกับจำเลย คงให้นางเรียวจูงรถจักรยานกลับบ้านกับเพื่อนบ้าน ระหว่างทางจำเลยให้จอดรถและใช้มีดพกจี้ที่คอผู้เสียหายพาไปข่มขืนกระทำชำเราที่เพิงนาข้างถนนรวม ๒ ครั้ง แล้วจำเลยหลับไป ในข้อที่ว่าจำเลยได้ใช้มีดจี้พาผู้เสียหายไปข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่นั้น ผู้เสียหายเบิกความยืนยันว่าจำเลยได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายรวม ๒ ครั้ง แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้เสียหายเคยได้เสียกับจำเลยด้วยความสมัครใจของผู้เสียหายมาก่อนแล้ว และการที่ผู้เสียหายไม่ยอมกลับบ้านพร้อมนางเรียวโดยให้นางเรียวกลับบ้านไปก่อนทั้ง ๆ ที่ไม่มีความจำเป็นต้องไปกับจำเลยนั้น แสดงว่าผู้เสียหายมีอุบายที่จะกลับบ้านพร้อมจำเลยมากกว่า จากพฤติการณ์ดังกล่าว จึงฟังไม่ได้ว่า จำเลย

มารดาผู้เสียหายปล่อยปละละเลยขาดการเอาใจใส่ดูแลความประพฤติผู้เสียหายทำนองยอมให้ผู้เสียหายมีอิสระจะปฏิบัติอย่างไรก็ได้ เมื่อเกิดเหตุขึ้นแล้วบิดาผู้เสียหายรับว่า ฝ่ายจำเลยมาสู่ขอผู้เสียหายตามประเพณี เพียงแต่ตกลงเรื่องเงินค่าสินสอดไม่ได้เท่านั้นจึงเกิดเหตุเป็นคดีนี้ขึ้น นับว่าจำเลยควรได้รับความปรานี

พิพากษากลับว่า จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๙ จำคุก ๓ ปี ปรับ ๖,๐๐๐ บาท คำให้การจำเลยนับว่าเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาเป็นเหตุบรรเทาโทษ จึงลดโทษให้หนึ่งในสามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๘๘ คงจำคุก ๒ ปี ปรับ ๔,๐๐๐ บาท ไม่ปรากฏว่าจำเลยเคยต้องโทษจำคุกมาก่อนและมีเหตุอันควรปราณี โทษจำคุกจึงให้รอการลงโทษไว้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๖ มีกำหนด ๒ ปี ไม่ชำระค่าปรับให้บังคับตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๒๙ , ๓๐”

(สง่า ศิลปประสิทธิ์ ชูเชิด รักตะบุตร์ ธิรพันธุ์ รัศมิทัต)

(ฎีกาย่อ)

คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๑/๒๕๓๓

(อัยการนครราชสีมา โจทก์ นายเนื่อง เสริฐกระโทก จำเลย)

อาญา ตัวการ (ม.๘๓)
ข่มขืนกระทำชำเรา
โทรมหญิง (ม.๒๗๖ วรรคสอง)

ก่อนเกิดเหตุผู้เสียหายไปเที่ยวงานศพที่วัดจนกระทั่งเวลา ๒๑ นาฬิกาเศษ จะกลับบ้าน พบจำเลย ล. และ ช. ซึ่งรู้จักกันมาก่อน ล. รับอาสาพาผู้เสียหายไปส่งบ้าน ผู้เสียหายตกลงไปด้วย แต่เมื่อออกจากบริเวณงานได้ประมาณ ๑ เส้น ล. ฉุดผู้เสียหายเข้าป่าละเมาะข้างทาง อันเป็นที่เปลี่ยวและมืด แล้วข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายจนสำเร็จความใคร่ จากนั้น ล. ก็ผิวปากเป็นสัญญาณให้จำเลยกับ ช. เข้าไปข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายต่อจนสำเร็จความใคร่คนละ ๑ ครั้ง ดังนี้ลักษณะการกระทำของจำเลยกับพวกดังกล่าวแสดงว่ามีเจตนาร่วมเป็นตัวการในการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำขำเราผู้เสียหายด้วยกัน เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย อันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ วรรคสอง

โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ , ๒๗๘ , ๘๓ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา

(ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๒๕ มาตรา ๓ , พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ๘) พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๔ จำเลยให้การปฏิเสธ ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ วรรคสอง ประกอบมาตรา ๘๓ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๒๕ มาตรา ๓ จำคุก ๑๕ ปี จำเลยอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน จำเลยฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยมีว่า จำเลยกับพวกร่วมกันข่มขืนกระทำชำเรานางอำนวย บุญสุข ผู้เสียหาย อันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือไม่ นางอำนวย บุญสุข ผู้เสียหาย เบิกความว่า พบจำเลย นายลิ่มและนายเชิดในบริเวณงานศพ นายลิ่มถามผู้เสียหายว่าจะกลับบ้านหรือยัง หากกลับจะไปส่ง แล้วผู้เสียหายกับนายลิ่มก็เดินออกจากบริเวณงาน ขณะเดินมาได้ประมาณ ๑ เส้น นายลิ่มฉุดมือผู้เสียหายเข้าไปในป่าละเมาะข้างทาง ผลักผู้เสียหายนอนลงที่พื้น ถอดเสื้อผู้เสียหายออก ทำการข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายจนสำเร็จความใคร่ จากนั้นนายลิ่มผิวปากเป็นสัญญาณสักครู่จำเลยและนายเชิดก็เข้ามาข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายต่อจนสำเร็จความใคร่คนละ ๑ ครั้ง เห็นว่า ก่อนเกิดเหตุผู้เสียหายไปเที่ยวงานศพที่วัดบ้านนาราก ตำบลอรพิมพ์ อำเภอครบุรี ผู้เสียหายเที่ยวงานจนถึงเวลา ๒๑ นาฬิกาเศษ จะกลับบ้าน พบจำเลย นายลิ่มและนายเชิดซึ่งเป็นคนรู้จักกันมาก่อน เมื่อนายลิ่มรับอาสาจะพาผู้เสียหายไปส่งบ้าน ผู้เสียหายก็ตกลง เมื่อออกจากบริเวณงานมาได้ประมาณ ๑ เส้น

ปรากฏว่านายลิ่มฉุดผู้เสียหายเข้าไปในป่าละเมาะข้างทาง ใช้มือปิดปากผู้เสียหายข่มขืนผู้เสียหายไม่ให้ร้อง ผลักผู้เสียหายนอนลงที่พื้น แล้วข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายจนสำเร็จความใคร่ หลังจากนั้นนายลิ่มได้ผิวปากเป็นสัญญาณเรียกให้จำเลยและนายเชิดเข้ามาข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายต่อจนสำเร็จความใคร่คนละ ๑ ครั้ง ขณะเกิดเหตุเป็นเวลาค่ำคืน บริเวณที่เกิดเหตุมืดเป็นป่าละเมาะเปลี่ยว จำเลยกับพวกอาจซุกซ่อนอาวุธติดตัวมา ผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงย่อมมีความตกใจกลัวเป็นธรรมดาว่าจะถูกจำเลยกับพวกทำร้ายได้หากขัดขืน จึงไม่กล้าร้องขอความช่วยเหลือ ในสภาพเช่นนั้นผู้เสียหายตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนการข่มขืนกระทำชำเราของจำเลยกับพวกได้ หลังจากจำเลยกับพวกหลบหนีไปแล้ว ผู้เสียหายเดินกลับเข้าไปในบริเวณวัดอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพบสิบตำรวจเอกกิตติศักดิ์ ศักดิ์สุริยวงศ์ ซึ่งกำลังเข้าเวรรักษาความสงบอยู่ในบริเวณงาน ผู้เสียหายก็แจ้งเหตุดังกล่าวให้สิบตำรวจเอกกิตติศักดิ์ทราบทันที แล้วพาสิบตำรวจเอกกิตติศักดิ์ตามหาจำเลยกับพวก พบจำเลยกลับมาเดินอยู่ในบริเวณงานอีก เมื่อจำเลยเห็นผู้เสียหายและสิบตำรวจเอกกิตติศักดิ์ก็วิ่งหนี อันเป็นพิรุธอย่างยิ่ง ประกอบกับจำเลยนำสืบรับว่าได้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหายจริง แต่บ่ายเบี่ยงต่อสู้ว่าผู้เสียหายสมัครใจยินยอม โดยอ้างว่าผู้เสียหายชักชวนให้จำเลยดื่มสุรา จำเลยก็ร่วมดื่มสุราด้วย แล้วนายลิ่มกับผู้เสียหายพากันเดินออกไป ส่วนจำเลย นายวินัยและนายสง่าไปดูลิเก ขณะดูลิเกนายลิ่มมาบอกว่าผู้เสียหายนั่งรออยู่ จำเลยไปกับนายลิ่มพบผู้เสียหายนอนเปลือยกายอยู่ในบริเวณที่เกิดเหตุ ผู้เสียหายชวนให้จำเลยร่วมประเวณีด้วย แต่จำเลยหาได้นำนายวินัยและนายสง่ามาสืบสนับสนุนให้เห็นข้อเท็จจริงดังกล่าวแต่อย่างใดไม่

เป็นการกล่าวอ้างลอย ๆ ฟังไม่ให้ว่าผู้เสียหายสมัครใจยินยอมให้จำเลยกับพวกผลัดเปลี่ยนกันร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย ผู้เสียหายและพยานอื่นของโจทก์ไม่เคยมีสาเหตุโกรธเคืองกับจำเลยมาก่อน เหตุระแวงว่าจะเบิกความปรักปรำใส่ร้ายจำเลยจึงไม่มี พยานหลักฐานโจทก์มีน้ำหนักมั่นคงฟังได้โดยปราศจากความสงสัยว่า จำเลยกับพวกร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงตามฟ้องจริง พยานจำเลยไม่มีน้ำหนักหักล้างได้

ส่วนข้อที่จำเลยฎีกาว่า จำเลยมิได้ร่วมหรือเป็นตัวการกระทำความผิดด้วย ไม่อาจลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ วรรคสอง ได้นั้น เห็นว่า ก่อนเกิดเหตุผู้เสียหายพบจำเลยกับพวกมีนายลิ่มและนายเชิดอยู่ในบริเวณงานศพ เมื่อนายลิ่มข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายจนสำเร็จความใคร่ นายลิ่มก็ผิวปากเป็นสัญญาณให้จำเลยและนายเชิดเขาไปข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายต่อจนสำเร็จความใคร่คนละ ๑ ครั้ง ลักษณะการกระทำของจำเลยและพวกดังกล่าวแสดงว่ามีเจตนาร่วมเป็นตัวการในการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายด้วยกัน เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย อันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ วรรคสอง คำพิพากษาศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ชอบแล้ว ฎีกาของจำเลยทุกข้อฟังไม่ขึ้น แต่ศาลฎีกาเห็นว่า ข้อนำสืบของจำเลยที่รับว่าได้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหายนั้น เป็นประโยชน์แก่การพิจารณาอยู่บ้าง มีเหตุบรรเทาโทษ สมควรลดโทษให้”

พิพากษาแก้เป็นว่า ลดโทษให้จำเลยเลยหนึ่งในสามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘ คงจำคุก ๑๐ ปี นอกจากที่แก้ให้เป็นไป

ตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์.

(พินิจ ฉิมพาลี เคียง บุญเพิ่ม อุระ หวังอ้อมกลาง)

(ฎีกาย่อ)

คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๗๖๐/๒๕๓๓

(อัยการเพชรบุรี โจทก์ สิบตำรวจโทสมชาย แจ่มประเสริฐ กับพวก จำเลย)

อาญา	ข่มขืนกระทำชำเรา	(ม.๒๗๖)
	หน่วงเหนี่ยวกักขัง	(ม.๓๑๐)
	พรากผู้เยาว์	(ม.๓๑๘)
	หลายกรรม	(ม.๙๑)
	พยายาม	(ม.๘๐)
วิธีพิจารณาความอาญา	ฎีกา	
	ความสงบเรียบร้อย	(ม.๑๙๕, ๒๒๕)
พระราชบัญญัติ	อาวุธปืน ฯ	
	พ.ศ. ๒๔๙๐ (ม.๗, ๘ ทวิ, ๗๒, ๗๒ ทวิ)	

การที่ศาลชั้นต้นปรับบทลงโทษจำเลยทั้งสองในความผิดฐานพรากผู้เยาว์กับฐานหน่วงเหนี่ยวกักขังว่าเป็นความผิดกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท ลงโทษฐานพรากผู้เยาว์บทหนักนั้น ยังไม่ถูกต้อง เนื่องจากกรณีเป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน ต้องลงโทษทุกกรรม เป็นกระทงความผิดไป ศาลฎีกาก็ปรับบทลงโทษให้ถูกต้องได้ แม้โจทก์ฎีกาขอให้ลงโทษจำเลยทั้งสองตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น

โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยทั้งสองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖, ๓๑๐ , ๓๑๘, ๙๑, ๘๓, ๘๐ พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ.๒๔๙๐ มาตรา ๗, ๘ ทวิ, ๗๒, ๗๒ ทวิ จำเลยทั้งสองให้การปฏิเสธ ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า จำเลยทั้งสองมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๐, ๓๑๘, ๙๑, ๘๓ พระราช-บัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. ๒๔๙๐ มาตรา ๗, ๘ ทวิ, ๗๒, ๗๒ ทวิ อันเป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน ให้ลงโทษทุกกรรมเป็นกระทงความผิด ฐานพรากผู้เยาว์กับหน่วงเหนี่ยวกักขังทำให้ผู้เสียหายปราศจากเสรีภาพในร่างกายเป็นกรรมเดียว ให้ลงโทษบทหนักตามมาตรา ๓๑๘ วรรคสาม จำคุกคนละ ๖ ปี ฐานมีอาวุธปืนไว้ในครอบครองโดยไม่รับอนุญาต จำคุกคนละ ๑ ปี ฐานพาอาวุธปืนติดตัวโดยไม่รับอนุญาต จำคุกคนละ ๖ เดือน และจำเลยที่ ๑ ยังมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ วรรคสอง จำคุก ๑๕ ปี ส่วนจำเลยที่ ๒ มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ วรรคสอง ๘๐ จำคุก ๑๐ ปี รวมจำคุกจำเลยที่ ๑ มีกำหนด ๒๒ ปี ๖ เดือน จำคุกจำเลยที่ ๒ มีกำหนด ๑๗ ปี ๖ เดือน จำเลยทั้งสองอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษาแก้เป็นว่า จำเลยทั้งสองมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๙ วรรคหนึ่ง จำคุกคนละ ๒ ปี และปรับคนละ ๔,๐๐๐ บาท โทษจำคุกให้รอไว้ ๒ ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๖ ไม่ชำระค่าปรับให้ดำเนินการตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา ๒๙, ๓๐ ให้ยกฟ้องโจทก์ในข้อหาความผิดฐานมีและพาอาวุธปืน ฐานหน่วงเหนี่ยวกักขังให้ปราศจากเสรีภาพในร่างกาย ฐานข่มขืนกระทำชำเรา และฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “จำเลยที่ ๑ ได้ข่มขืนกระทำชำเรานางสาวแสงเดือนผู้เสียหาย ส่วนจำเลยที่ ๒ ได้ลงมือประทำความผิดแล้ว แต่ยังมิได้สอดอวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในช่องอวัยวะเพศของเด็กหญิงปิยะฉัตรผู้เสียหาย เพราะผู้เสียหายร้องขัดขืนและจำเลยที่ ๒ สำเร็จความใคร่เสียก่อน จำเลยที่ ๒ จึงมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ผู้เสียหายทั้งสองยังเป็นผู้เยาว์ขณะเกิดเหตุนางสาวแสงเดือนอยู่ในความดูแลของนางผ่องศรีนายจ้างและเด็กหญิงปิยะฉัตรอยู่ในความปกครองดูแลของนางเกสินีผู้อุปการะเลี้ยงดู การกระทำของจำเลยทั้งสองเป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเสียจากบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเพื่อการอนาจารโดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๓๑๘ วรรคสาม และฐานหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังเป็นเหตุให้ผู้เสียหายทั้งสองปราศจากเสรีภาพในร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๓๑๐ วรรคแรก แต่ทางนำสืบของโจทก์ไม่ปรากฏว่าได้ยึดอาวุธปืนไม่มีเครื่องหมายทะเบียนได้จากจำเลยทั้งสองเป็นของกลาง จึงยังฟังไม่ได้ว่าจำเลยทั้งสองกระทำความผิดในข้อหาความผิดต่อพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ ตามที่โจทก์กล่าวหา คำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ไม่ต้องด้วยความเห็นของศาลฎีกา ฎีกาโจทก์ฟังขึ้นบางส่วน

อนึ่ง แม้โจทก์ฎีกาขอให้ลงโทษจำเลยทั้งสองตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น แต่ที่ศาลชั้นต้นปรับบทลงโทษจำเลยทั้งสองในความผิด

ฐานพรากผู้เยาว์กับฐานหน่วงเหนี่ยวกักขังเป็นความผิดกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท ลงโทษฐานพรากผู้เยาว์บทหนักนั้น ยังไม่ถูกต้อง เนื่องจากกรณีเป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน ต้องลงโทษทุกกรรมเป็นกระทงความผิดไป เห็นควรปรับบทลงโทษให้ถูกต้อง และเมื่อพิจารณาข้อที่จำเลยทั้งสองได้ชดใช้เงินค่าทำขวัญเป็นที่พอใจแก่มารดาของผู้เสียหายทั้งสองแล้ว เห็นควรกำหนดโทษความผิดของฐานนี้ในสถานเบาลง”

พิพากษาแก้เป็นว่า จำเลยทั้งมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๑๐ วรรคแรก, มาตรา ๓๑๘ วรรคสาม จำเลยที่ ๑ ยังมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ วรรคสอง และจำเลยที่ ๒ ยังมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ วรรคสอง ประกอบมาตรา ๘๐ อีกด้วย เรียงกระทงลงโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๙๑ ให้ลงโทษจำเลยทั้งสองในความผิดตามประมวลกฎมายอาญา มาตรา ๓๑๐ วรรคแรก และมาตรา ๓๑๘ วรรคสาม รวมจำคุกคนละ ๔ ปี ลงโทษจำเลยที่ ๑ ในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา มาตรา ๒๗๖ วรรคสอง จำคุก ๑๕ ปี ลงโทษจำเลยที่ ๒ ในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ วรรคสอง ประกอบมาตรา ๘๐ จำคุก ๑๐ ปี รวมจำคุกจำเลยที่ ๑ มีกำหนด ๑๙ ปี จำคุกจำเลยที่ ๒ มีกำหนด ๑๔ ปี ทางนำสืบของจำเลยทั้งสองเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา นับเป็นเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้หนึ่งในสาม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘ คงจำคุกจำเลยที่ ๑ มีกำหนด ๑๒ ปี ๘ เดือน จำคุกจำเลยที่ ๒ มีกำหนด ๙ ปี ๔ เดือน นอกจากที่แก้ให้เป็นไปตาม

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์.

(ถาวร ตันตราภรณ์ วินัย กันนะ ประศาสน์ ธำรงกาญจน์)

(ฎีกาย่อ)

คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๐๗๓/๒๕๓๗

(อัยการประจำศาลจังหวัดสวรรคโลก โจทก์ นายไพรัตน์ พุ่มหมัน กับพวก จำเลย)

อาญา ผู้สนับสนุน (ม.๘๖)

ข่มขืนกระทำชำเรา (ม.๒๗๖)

จำเลยทั้งสองผลัดกันกระทำชำเราผู้เสียหาย จำเลยที่ ๑ กระทำชำเราด้วยความยินยอมของผู้เสียหายจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนจำเลยที่ ๒ กระทำชำเราโดยที่ผู้เสียหายมิได้ยินยอมจึงมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่เมื่อการกระทำของจำเลยที่ ๑ ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเสียแล้ว การกระทำของจำเลยที่ ๒ จึงไม่เข้าลักษณะเป็นการโทรมหญิงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ วรรคสอง จำเลยที่ ๒ คงมีความผิดตาม มาตรา ๒๗๖ วรรคแรกเท่านั้น

จำเลยที่ ๑ ได้สมคบร่วมคิดกันมาก่อนกับจำเลยที่ ๒ ว่าจะให้จำเลยที่ ๒ กระทำชำเราผู้เสียหายด้วยโดยเมื่อจำเลยที่ ๑ กระทำชำเราผู้เสียหายเสร็จแล้ว จำเลยที่ ๑ ก็ออกจากห้องไป เปิดประตูไว้ให้จำเลยที่ ๒ เข้าไปข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย ถือได้ว่าเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่จำเลยที่ ๒ ในการกระทำความผิด จำเลยที่ ๑ จึงมีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนจำเลยที่ ๒ ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

โจทก์ฟ้องว่าจำเลยทั้งสองร่วมกันข่มขืนกระทำชำเรานางสาวเฟื่องฟ้า บุรีลักษณ์ ผู้เสียหาย อายุ ๑๖ ปี ซึ่งมิใช่ภริยาของจำเลยทั้งสอง โดยใช้กำลังประทุษร้าย กอดปลำ ผลัดกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายจนสำเร็จความใคร่คนละหลายครั้งหลายหน ในลักษณะเป็นการโทรมหญิงโดยผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๘๓,๒๗๖ วรรคสอง

จำเลยทั้งสองให้การปฏิเสธ

ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า จำเลยที่ ๒ มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ วรรคแรก จำคุก ๔ ปี ทางนำสืบของจำเลยที่ ๒ เป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้ ๓ ใน ๘ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘ คงจำคุกจำเลยที่ ๒ ไว้มีกำหนด ๒ ปี ๖ เดือน ให้ยกฟ้องสำหรับจำเลยที่ ๑

โจทก์อุทธรณ์ขอให้ลงโทษจำเลยทั้งสองตามฟ้อง

ศาลอุทธรณ์ภาค ๒ พิพากษาแก้เป็นว่า จำเลยทั้งสองมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ วรรคสอง พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ๕) พ.ศ.๒๕๒๕ มาตรา ๓ จำคุกคนละ ๑๕ ปี

จำเลยทั้งสองฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ข้อเท็จจริงฟังได้ในเบื้องต้นว่า ผู้เสียหายกับจำเลยทั้งสองอยู่หมู่บ้านเดียวกัน รู้จักกันเป็นอย่างดี โดยเฉพาะจำเลยที่ ๑ เคยเป็นคนรักกับผู้เสียหาย วันเกิดเหตุเวลาประมาณ ๑๒ นาฬิกา จำเลยทั้งสองพบผู้เสียหายขณะที่เก็บใบย่านางอยู่ที่บ่อคลอง จำเลยที่ ๑

ชวนผู้เสียหายไปบ้านจำเลยที่ ๒ ซึ่งห่างจากที่นั่นประมาณ ๑ กิโลเมตร ผู้เสียหายตกลงได้เอาใบย่านางไปเก็บที่บ้านก่อนแล้วจึงไปกับจำเลยทั้งสอง ขณะนั้นไม่มีคนอื่นอยู่ ได้ขึ้นไปบนบ้าน จำเลยที่ ๑ ปิดประตู จำเลยที่ ๒ ไปซื้อสุรา ๔๐ ดีกรี มา ๑ แบน และร่วมดื่มกันทั้งสามคน แล้วจำเลยที่ ๒ ลงไปข้างล่างจำเลยที่ ๑ ร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย อีกสองวันต่อมา มารดาผู้เสียหายรู้เรื่องจึงได้ดำเนินคดีแก่จำเลยทั้งสอง

ในปัญหาที่ว่า จำเลยทั้งสองได้กระทำผิดหรือไม่ สำหรับจำเลยที่ ๑ นั้น จากพฤติการณ์ที่เคยเป็นคนรักของผู้เสียหาย เมื่อชวนผู้เสียหายผู้เสียหายก็ตกลงไปด้วย จนกระทั่งร่วมดื่มสุราในห้องซึ่งปิดประตู โดยไม่ปรากฏการขัดขืนอันจริงจัง ต่อมาเมื่อจำเลยที่ ๒ ลงจากบ้านไปจึงมีการร่วมประเวณี ที่ผู้เสียหายเบิกความว่า ผู้เสียหายขอคุยที่ใต้ถุนบ้าน จำเลยที่ ๑ พูดว่า หากไม่ขึ้นไปคุยบนบ้านจะไม่ให้กลับบ้านนั้น หากจะพูดจริงก็น่าจะเป็นเรื่องพูดตัดพ้อล้อเล่นกันมากกว่า ไม่มีลักษณะเป็นการข่มขู่แต่ประการใดเพราะถ้าเป็นเรื่องจริงจังผู้เสียหายก็ไม่น่าจะกลัวอะไรจะกลับบ้านเสียตอนนั้นก็ยังได้ เพราะผู้เสียหายเบิกความว่าข้างบ้านจำเลยที่ ๒ มีบ้านอยู่หลายหลัง ส่วนการดื่มสุราก็น่าเชื่อว่าผู้เสียหายมิได้ถูกบังคับแต่อย่างใด และจากปริมาณที่ดื่มไม่น่าเชื่อว่าจะทำให้หมดสติจนเป็นเหตุให้จำเลยที่ ๑ ข่มขืนกระทำชำเรา คำเบิกความเกี่ยวกับการขัดขืนต่าง ๆ ก็ไม่สมเหตุสมผล ขาดความน้าเชื่อถือ คดีจึงฟังไม่ได้ว่าจำเลยที่ ๑ ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย เชื่อว่าจำเลยที่ ๑ ร่วมประเวณีกับผู้เสียหายด้วยความยินยอมของผู้เสียหาย จำเลยที่ ๑ จึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย

สำหรับจำเลยที่ ๒ นั้น จากพฤติการณ์ที่เป็นเจ้าของบ้าน เป็นผู้ไปซื้อสุราและกับแกล้ม แสดงว่าได้มีการนัดแนะตกลงกันไว้กับจำเลยที่ ๑ แล้วว่าจะให้จำเลยที่ ๒ ร่วมประเวณีกับผู้เสียหายด้วย ในชั้นสอบสวนจำเลยที่ ๑ ก็เบิกความว่า จำเลยที่ ๒ ก็ได้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย ทั้งในฎีกาของจำเลยทั้งสองก็มิได้ปฏิเสธว่าจำเลยที่ ๒ มิได้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย ตรงกันข้ามกลับมีข้อความตอนหนึ่งว่า “แสดงให้เห็นว่าการที่จำเลยทั้งสองร่วมประเวณีกับผู้เสียหายเนื่องจากผู้เสียหายยินยอม” และตอนท้ายฎีกาก็มีว่า “ขอศาลฎีกาที่เคารพได้โปรดพิพากษากลับคำ “พิพากษาศาลอุทธรณ์ โดยขอให้พิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้นด้วย” จึงฟังได้ว่าจำเลยที่ ๒ ได้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย และจากคำเบิกความของผู้เสียหายที่ว่าผู้เสียหายได้ขัดขืนดิ้นรนมิได้ยินยอมให้จำเลยที่ ๒ ร่วมประเวณี ประกอบกับข้อที่จำเลยที่ ๒ มิได้เป็นคนรักของผู้เสียหาย ทั้งการที่หญิงจะยินยอมให้ชายอื่นร่วมประเวณีโดยที่คนรักของตนรู้เห็นด้วยนั้นเป็นเรื่องผิดวิสัย คำเบิกความของผู้เสียหายจึงสมเหตุผลน่าเชื่อ คดีจึงฟังได้ว่าจำเลยที่ ๒ ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายโดยผู้เสียหายมิได้ยินยอมด้วยอันเป็นความผิด แต่เมื่อการกระทำของจำเลยที่ ๑ ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเสียแล้ว การกระทำของจำเลยที่ ๒ จึงไม่เข้าลักษณะเป็นการโทรมหญิงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๒๗๖ วรรคสอง จำเลยที่ ๒ คงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๒๗๖ วรรคแรก เท่านั้น และสำหรับจำเลยที่ ๑ นั้น แม้การที่เป็นการร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายยินยอมและไม่เป็นความผิด แต่ข้อเท็จจริงเชื่อว่าจำเลยทั้งสองได้สมคบร่วมคิดกันมาก่อนว่า

จะให้จำเลยที่ ๒ ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย และการที่จำเลยที่ ๑ ร่วมประเวณีกับผู้เสียหายก่อน เมื่อเสร็จแล้วก็ออกจากห้องไป เปิดประตูไว้ให้จำเลยที่ ๒ เข้าไปข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายย่อมเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่จำเลยที่ ๒ ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย จำเลยที่ ๑ จึงมีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนจำเลยที่ ๒ ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย”

พิพากษาแก้เป็นว่า จำเลยที่ ๑ มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ วรรคแรก ประกอบมาตรา ๘๖ ให้จำคุก ๒ ปี ๘ เดือน จำเลยที่ ๒ มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ วรรคแรก ให้จำคุก ๔ ปี

(นิเวศน์ คำผอง ไพศาล รางชางกูร ประสิทธิ์ แสนศิริ)

ภาคผนวก ค.

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาคดีความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย

คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๒๐/๒๕๐๓
๘๒๒๘/๒๕๔๓

คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๒๐/๒๕๐๓

อาญา ป้องกัน เกินสมควรแก่เหตุ

สามีจะทำร้ายภริยาด้วยไม้หลักแจว ภริยาหนีเข้าห้องเรือนไป สามีก็ติดตามจะเข้าไปทำร้ายภริยาให้ได้ ภริยาจึงใช้ปืนยิง ๑ นัด ถูกสามีถึงแก่ความตาย เช่นนี้ เป็นการป้องกัน แต่เกินสมควรแก่เหตุ.

คำพิพากษา

ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

ที่ ๓๓๒๐/๒๕๐๓ ศาลฎีกา

วันที่ ๑๔ เดือนตุลาคม พุทธศักราช ๒๕๐๓

ความอาญา

พนักงานอัยการจังหวัดพระนครศรีอยุธยา โจทก์

ระหว่าง

นางต้ม บำรุงกิจ จำเลย

เรื่อง ฆ่าคนโดยเจตนา

จำเลยฎีกาคัดค้านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ ลงวันที่ ๑๖ เดือนกุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๐๓

โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๒๘๘ และขอให้ริบปืนเป็นของกลางเสียด้วย โดยกล่าวความในฟ้องว่า เมื่อวันที่ ๑๘ ตุลาคม ๒๕๐๓ เวลากลางวัน จำเลยได้ใช้ปืนยิงนายฉิ่งสามีของจำเลยโดยเจตนาฆ่าคนให้ตาย นายฉิ่งได้ถึงแก่ความตาย

เพราะพิษบาดแผลที่ถูกจำเลยยิงนั้น เหตุเกิดที่ตำบลข้าวเม่า อำเภออุทัย จังหวัดพระนครศรีอยุธยา พนักงานสอบสวนได้สอบสวนจนกระทั่งมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องจำเลยแล้ว แต่ต่อมาได้มีผู้ร้องเรียนขึ้น จึงดำเนินการสอบสวนได้พยานหลักฐานใหม่ อันสำคัญแก่คดี ซึ่งน่าจะทำให้ศาลลงโทษได้จึงได้ฟ้องจำเลย

จำเลยให้การปฏิเสธต่อสู้ว่า จำเลยไม่ได้ยิงนายฉิ่ง แต่เป็นของนายฉิ่งได้ลั่นขึ้นเองถูกนายฉิ่งถึงแก่ความตาย

ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้ว ไม่เชื่อฟังพยานโจทก์ที่เบิกความว่าเห็นจำเลยยิงนายฉิ่ง และเห็นว่ารูปคดีอาจเป็นดังที่จำเลยนำสืบต่อสู้ว่านายฉิ่งจะทำร้ายจำเลย ๆ หนีเข้าห้องเรือนปิดประตูไม่ให้ตามเข้าไป นายฉิ่งใช้ไม้ตีและกระแทกประตูจนประตูเปิด และปืนของนายฉิ่งที่วางพิงอยู่ข้างฝาล้มลงด้วยแรงกระเทือนเลยลั่นไปถูกนายฉิ่งเข้าเอง จึงพิพากษายกฟ้องโจทก์

โจทก์อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์เห็นพ้องกับศาลชั้นต้นที่ไม่เชื่อพยานโจทก์ว่าได้รู้เห็นเหตุการณ์จริง แต่เห็นว่าตามพฤติการณ์แห่งเรื่องประกอบกับบาดแผลของผู้ตายที่ถูกกระสุนปืนโดยทางเข้ากับทางออกตรงกันนั้นทำให้ไม่น่าเชื่อว่ารูปเรื่องจะเป็นดังที่จำเลยนำสืบต่อสู้ เมื่อไม่เชื่อว่าปืนล้น ลั่นไปถูกนายฉิ่งเข้าเองแล้ว คดีย่อมมีเหตุผลแวดล้อมกรณีบ่งชี้ว่าจำเลยเป็นผู้ยิงนายฉิ่งถึงแก่ความตายแน่ และศาลอุทธรณ์วินิจฉัยต่อไปว่าจำเลยยิงนายฉิ่งเพราะนายฉิ่งจะทำร้ายจำเลยด้วยไม้หลักแจว จำเลย

หนีเข้าห้องเรือนไป นายฉิ่งก็ติดตามจะเข้าไปทำร้ายจำเลยให้ได้ จำเลยจึงยิงนายฉิ่งเช่นนี้เป็นไปเพื่อป้องกันสิทธิของตน แต่เกินสมควรแก่เหตุ ต้องตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๘, ๖๙ ซึ่งพิเคราะห์แล้วเห็นสมควรลงโทษจำคุกจำเลยเพียง ๒ ปี จึงพิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นว่า จำเลยมีความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนาต้องตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๘ และ ๖๘, ๖๙ ให้ลงโทษจำคุกจำเลย ๒ ปี ส่วนปืนของกลางเป็นของนายฉิ่งผู้ตายไม่ควรริบ

จำเลยฎีกาฝ่ายเดียว ขอให้ยกฟ้องโจทก์ตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น

ศาลฎีกาตรวจสำนวนปรึกษาคดีแล้ว ได้ความตามทางพิจารณาว่า นายฉิ่งผู้ตายกับจำเลยเป็นสามีภริยากันมานานแล้ว เกิดบุตรด้วยกันหลายคน และบุตรสาวคนโตได้สามีออกเรือนไปอยู่ต่างหากใกล้ ๆ กัน เหตุร้ายเกิดขึ้นบนเรือนที่นายฉิ่งกับจำเลยอยู่ด้วยกันเมื่อตอนบ่ายประมาณ ๑๗ นาฬิกาในวันที่โจทก์กล่าวหานั้น โดยนายอุดมลูกจ้างทำนาไปขอเงินจากจำเลย ๆ ให้ไป นายฉิ่งไม่พอใจเลยเป็นปากเสียงกันขึ้นระหว่างสามีภริยา นายอุดมลูกจ้างได้เงินแล้วก็ลงเรือพายไปจากบ้าน นายฉิ่งลงเรือพายตามไปบ้าง แต่ไม่ทันกันจึงกลับมาจะทำร้ายจำเลย จำเลยกับเด็กหญิงสาลี่บุตรคนเล็กหนีเข้าห้องเรือนงับประตูดันไว้เพื่อไม่ให้นายฉิ่งตามเข้าไป นายฉิ่งก็จะตามเข้าไปให้ได้ด้วยกำลังโทษะถึงกับใช้ไม้หลักแจวตีฝาและกระแทกประตูเสียงโครมคราม แล้วในระหว่างนั้นเองเป็นของนายฉิ่ง ซึ่งเป็นปืนยาวลูกซองได้ลั่นมาจากภายในห้อง ๑ นัด

กระสุนปืนถูกนายฉิ่งที่ใต้ท้องน้อยแถบขวาซึ่งปรากฏตามรายงานชันสูตรพลิกศพว่ากระสุนปืนเข้าตรงระหว่างไข่ดันกับโคนลึงค์ เหนือกระดูกเชิงกรานเล็กน้อย ทะลุออกตรงก้นกบด้านหลังแผลตรงกัน ชั่วครู่เดียวนายฉิ่งก็ขาดใจตาย นางจำลองบุตรสาวคนโตและนายปริ่งสามีนางจำลองได้ยินเสียงดังไปถึงจึงได้มาดูว่าเกิดอะไรขึ้น กับยังมีผู้ที่อยู่บ้านใกล้เรือนเคียงและได้ยินเหตุการณ์พากันมาดูและเยี่ยมถามข่าวอีกหลายคน ความทราบถึงตำรวจและอำเภอก็ได้มายังที่เกิดเหตุ แล้วได้ควบคุมตัวจำเลยไปสอบสวน แต่การสอบสวนในตอนนั้น ได้ผลไปในรูปว่าปืนพิงอยู่ข้างฝาได้ล้มลงลั่นไปถูกนายฉิ่งเข้าเอง จึงมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องจำเลย ต่อมานายเชิดน้องชายนายฉิ่งได้ร้องเรียนไปจนถึงกระทรวงมหาดไทย โดยทราบจากนายเนียมและคนโจษขานกันว่าความจริงจำเลยยิงนายฉิ่งตาย จึงดำเนินการสอบสวนกันขึ้นใหม่ โดยมีนายเนียมนายค่ำและผู้อื่นอีกหลายคนซึ่งมิได้ถูกสอบสวนในคราวก่อนเป็นพยานในคราวนี้ กับได้สอบสวนนายปริ่งบุตรเขยจำเลยซึ่งเป็นพยานในคราวก่อนให้เป็นพยานในคราวนี้ด้วย

ได้ความในเบื้องต้นดังนี้ ส่วนพยานของโจทก์ที่สอบสวนกันใหม่รู้เห็นเหตุการณ์ประการใดนั้นปรากฏในชั้นศาลพิจารณาว่า นายเนียมเป็นหลานเขยจำเลยอยู่บ้านมใกล้เคียงกัน แต่นายผิวพ่อตานายเนียมกับจำเลยไม่ถูกกันอยู่จนถึงไม่พูดจากัน นายเนียมอ้างว่า ได้มานั่งคุยอยู่กับนายฉิ่งก่อนแล้ว จึงเห็นเหตุการณ์ตั้งแต่นายฉิ่งกับจำเลยจะเป็นปากเสียงกัน การที่ปืนลั่นถูกนายฉิ่งก็โดยเมื่อจำเลยกับเด็กหญิงสาลี่

บุตรสาวหนีนายฉิ่งเข้าห้องเรือนไปแล้ว และขณะที่นายฉิ่งกำลังตีฝากระแทกประตูจะตามเข้าไปนั้น บานประตูแง้มออกเล็กน้อยแล้วปากกระบอกปืนก็โผล่ออกมาทางนั้น นายฉิ่งได้คว้าปากกระบอกปืนไว้ นายปริ่งซึ่งมาถึงตอนนายฉิ่งเอาหลักแจวตีฝาและยืนดูเหตุการณ์อยู่กับนายเนียมด้วยได้เข้าไปดึงนายฉิ่งออกมาปืนก็ลั่นขึ้น นายฉิ่งล้มลงทันที นายเนียมกับนายปริ่งจึงเข้าประคอง นางจำลองภริยานายปริ่งก็มาถึงพอดี นางจำลองได้พูกว่า “แม่ไม่ควรจะทำพ่อเลย” ส่วนจำเลยกับเด็กหญิงสาลี่มิได้ออกมาจากห้องกลับกระโดดออกทางหน้าต่างลุยน้ำไปที่บ้านนายเนียม ถือปืนยาวกระบอกนั้นไปด้วย นายคำเบิกความว่า ไปลงข่ายดักปลาอยู่ห่างเรือนนายฉิ่งราว ๖ วา ได้ยินเสียงนายฉิ่งด่าจำเลยและตีฝาเรือนปึงปัง แล้วสัก ๓ นาทีก็ได้ยินเสียงปืนดังขึ้น มองไม่เห็นอะไรเพราะฝาเรือนบัง ได้ยินแต่เสียงนางจำลองร้องขึ้นภายหลังที่ปืนดังแล้วว่า “แม่ไม่ควรจะยิงพ่อ” และ “อีสาลี่มึงอยู่ยังไง มึงจับปืนเสียพ่อก็ไม่ตาย” ได้ยินเช่นนั้นนายค่ำจึงรีบพายเรือแวะเข้าไปและขึ้นดูบนเรือนเห็นนางจำลองกำลังประคองนายฉิ่งอยู่ นายค่ำได้กลับลงเรือพายไปตามนายจิ่มบุตรนายฉิ่งที่ร้านตัดผม ตอนกลับมาลงเรือเห็นจำเลยกับเด็กหญิงสาลี่กระโดดลงมาทางหน้าต่างลุยน้ำไป จำเลยถือปืนยาวไปด้วย นอกจากนี้ พยานโจทก์อีกหลายคนอ้างว่าได้ยินโจษขานกันว่า จำเลยยิงนายฉิ่งบ้างแย่งปืนกันบ้าง ไม่มีใครว่าปืนล้มลั่นขึ้นเลย ส่วนนายปริ่งซึ่งเคยเป็นพยานมาตั้งแต่คราวก่อน แทนที่จะเบิกความต่อศาลโดยสอดคล้องต้องกับคำนายเนียนดังที่ให้การไว้ในคราวสอบสวนใหม่ กลับเบิกความ

ว่า ความจริงเป็นดังที่ให้การไว้ในชั้นสอบสวนคราวก่อน คือ ได้ยินเสียงปืนดังแล้ว จึงได้รับลงจากบ้านมาที่เรือนเกิดเหตุ เห็นจำเลยและเด็กหญิงสาลี่ประคองนายฉิ่งอยู่ ถามจำเลยได้รับตอบว่า ปืนล้มลั่นไปถูกนายฉิ่ง ครั้นต่อมาหลังจากเกิดเหตุแล้วหลายเดือนมีตำรวจไปขู่นายปริ่งว่าถ้าไม่ให้การปรักปรำจำเลยจะต้องถูกเป็นจำเลยด้วย ถูกขู่เช่นนั้นแล้วจึงให้การคราวสอบสวนใหม่ว่าเห็นจำเลยยิงนายฉิ่ง

ศาลฎีกาพิเคราะห์คำเบิกความของพยานโจทก์เห็นว่าคงมีนายเนียมเท่านั้นที่อ้างว่า จำเลยยิงนายฉิ่งโดยได้เห็นเหตุการณ์แต่ต้นจนปลาย ซึ่งถ้าฟังได้ว่าเป็นความจริงแล้วจำเลยก็ต้องเป็นคนยิงนายฉิ่งแน่ แต่คำเบิกความของนายเนียมขัดกับพยานปากอื่นและขัดต่อเหตุผลดังที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์เห็นพ้องต้องกันว่าไม่น่าเชื่อว่าจะได้มารู้เห็นเหตุการณ์จริง ๆ ส่วนนายปริ่งที่นายเนียมว่ารู้เห็นเหตุการณ์คู่กับคนนั้นมาถึงศาลเข้าก็ไม่ยืนยันเสียแล้ว โดยอ้างว่าถูกขู่เข็ญให้ปรักปรำจำเลย เป็นอันโจทก์ไม่มีพยานที่จะรับฟังได้ว่า ได้ไปเห็นจำเลยยิงนายฉิ่ง แต่แม้จะเป็นเช่นนั้นก็จะยกฟ้องของโจทก์เสียดังที่จำเลยกล่าวในฎีกายังหาได้ไม่ เพราะพยานหลักฐานแวดล้อมคดีของโจทก์ยังมีอยู่ กล่าวคือมีคำเบิกความของนายค่ำที่ว่าลงข่ายดักปลาอยู่ได้ยินเสียงนางจำลองตัดพ้อว่า “แม่ไม่ควรจะยิงพ่อ” อีสาลี่มึงอยู่ยังไง มึงจับปืนเสียพ่อก็ไม่ตาย” กับว่าเห็นจำเลยถือปืนกระโดดลงจากหน้าต่างลุยน้ำไปกับเด็กหญิงสาลี่ อันเป็นเหตุสมควรแสดงว่า คงเป็นเรื่องที่จำเลยยิงนายฉิ่งไม่ใช่ปืนล้มลั่นขึ้นเอง นางจำลองจึงได้ตัดพ้อมารดาและน้องสาวเช่นนั้น

และแทนที่จำเลยจะอยู่สู้หน้าประคับประคองสามีกลับหลบหนีไปพร้อมด้วยปืนอันเป็นวัตถุพยาน จริงอยู่นายค่ำเป็นพยานที่ได้มาใหม่เมื่อสอบสวนคราวหลัง และเบิกความไม่รับสมกับนายเนียมอยู่บ้าง แต่นายจอมผู้ใหญ่บ้านเป็นพยานประกอบคำนายค่ำอยู่ว่า เคยสอบถามนายค่ำเมื่อแทรกเหตุเกิดนายค่ำก็ว่าได้ยินและได้เห็นเช่นที่เบิกความต่อศาล ซึ่งต่างกับนายเนียนที่นายจอมสอบถามแล้วบอกว่า ขณะเกิดเหตุไม่อยู่ไปลงเบ็ด การที่นายค่ำมิได้เป็นพยานด้วยในการสอบสวนคราวก่อนเล่าความปรากฏอยู่ว่าแม้นายจอมก็มิได้เป็นพยานด้วยเช่นเดียวกัน และการสอบสวนในคราวก่อนนั้นรูปการแสดงว่า พนักงานผู้สอบสวนบกพร่องต่อหน้าที่จนถึงแก่ทางราชการสั่งลงโทษทางวินัยแก่นายอำเภอและปลัด-อำเภอที่เกี่ยวข้องกับการสอบสวนในคราวนั้นไปแล้ว จึงไม่น่าระแวงว่านายค่ำตลอดจนนายจอมจะเป็นพยานที่ปลุกปั้นขึ้นภายหลังแต่อย่างใด ทั้งยังมีพยานโจทก์ปากอื่นได้แก่ นางลำพวนภริยานายจอมและนายสิงโตเสมียนอนามัยจังหวัด ซึ่งไปเยี่ยมและดูเหตุการณ์ในวันเกิดเหตุพร้อมกับนายจอมเบิกความเช่นเดียวกับนายจอมว่า ถามนางจำลองถึงการที่นายฉิ่งถูกปืน นางจำลองก็ว่าแย่งปืนกัน ถามเด็กหญิงสาลี่ก็ว่าจำเลยหยิบเอาปืนหนีเข้าห้องไปแล้วปืนจะลั่นขึ้นอย่างไรไม่รู้ และได้ยินเสียงคนในที่นั้นพูดกันว่าจำเลยยิง นางชั้นเพื่อนบ้านเรือนเคียงไปเยี่ยมนางจำลองก็บอกว่าแม่ยิงพ่อ และไม่พบเห็นจำเลยอยู่ที่นั้นในขณะนั้น นายทองอยู่กับนายชดก็ว่านายจิ่มบุตรนายฉิ่งบอกว่าแม่ยิงพ่อตาย โดยนายทองอยู่พายเรือมาพบนายจิ่มจะไปแจ้งเหตุแก่ตำรวจที่พักอยู่ที่โรงหมู

แถวนั้น ถามขึ้นนายจิ๋มก็บอกเช่นนั้น ส่วนนายชดได้ยินนายจิ๋มตะโกนบอกตำรวจเช่นนั้นเหมือนกัน ซึ่งแสดงว่าใคร ๆ ก็ได้ยินเสียงโจษขานกันในขณะนั้นว่าจำเลยยิงนายฉิ่ง ไมมีใครแม้แต่จำเลยเองจะกล่าวในขณะนั้นว่า ปืนล้มลั่นขึ้นดังที่จำเลยตั้งรูปต่อสู้คดีในภายหลัง ทั้งแทนที่จำเลยจะอยู่สู้หน้าประคับประคองสามีเยี่ยงภริยาทั่ว ๆ ไปจะพึงกระทำในเมื่อสามีประสพเหตุร้ายแรงดังนี้ จำเลยกลับรีบหลบไปเสียให้พ้นพร้อมกับปืนอันเป็นวัตถุพยานด้วย เมื่อถูกนำตัวกลับมาแล้วก็มีกิริยามืนตึงต่อศพนายฉิ่ง และไม่พูดจากับใคร ๆ ในที่นั้นได้แต่นั่งกินหมากเฉยอยู่ พฤติการณ์ของจำเลยเช่นนี้ ย่อมเป็นเหตุผลแสดงอีกว่า เพราะจริงใจจำเลยอยู่ว่า จำเลยยิงนายฉิ่งนั่นเอง จึงแสดงออกซึ่งพิรุธเช่นนั้น ที่จำเลยนำสืบแก้ว่า ปืนล้มลั่นถูกนายฉิ่งแล้วจำเลยกับเด็กหญิงสาลีได้ออกจากห้องมาช่วยประคองนายฉิ่งด้วย แต่แล้วรู้สึกหน้ามืดจะเป็นลมเพราะความเสียใจ เลยให้เด็กหญิงสาลี่พาลงเรือไปพักอยู่บ้านนางสำเภาภริยานายเนียมซึ่งเป็นหลานสาว ส่วนปืนจำเลยมิได้นำไปเอง โดยว่านายบุญเลิศบุตรชายเป็นผู้นำไปไว้ที่นั่นเพราะมีคนมาที่บ้านมากเกรง ปืนจะหายนั้น ไม่ชอบด้วยเหตุผลอันควรจะเชื่อฟังตามไปด้วยได้

นอกจากเหตุผลที่ปรากฏจากการนำสืบของโจทก์ดุจกล่าวแล้ว การที่กระสุนปืนแล่นมาถูกนายฉิ่งตรงระหว่างไข่ดันกับโคนลึงค์ เหนือกระดูกเชิงเชิงกรานเล็กน้อย แล้วทะลุออกตรงก้นกบด้านหลัง แผลตรงก้นตามที่ปรากฏในรายงานชันสูตรพลิกศพนั้น ย่อมแสดงว่าวิถีกระสุนอยู่ในระดับขนานกับพื้นเรือน และปากกระบอกปืนอยู่สูงเสมอก้นกบของ

นายฉิ่งด้วย ซึ่งสมที่จะเป็นฐานแผลเกิดจากถูกคนยิงมาในระดับนั้น และไม่สมที่จะเป็นไปได้ว่าเกิดจากปืนที่พิงฝาเรือนไว้แล้วล้มลงลั่นมาถูก เพราะถ้ากรณีเป็นว่าปืนล้มแล้วลั่นขึ้นได้เอง วิถีกระสุนจะอยู่ในระดับขนานกับพื้นเรือนในเมื่อฐานแผลอยู่สูงจากพื้นเรือนเสมอก้นกบ เช่นนี้อย่างไรได้ ฐานแผลที่นายฉิ่งต้องกระสุนปืนจึงเป็นพยานหลักฐานแวดล้อมคดีให้ฟังให้ได้มั่นคงยิ่งขึ้นอีกว่า จำเลยยิงปืนมาถูกนายฉิ่งหาใช่ปืนล้มลั่นมาถูกนายฉิ่งไม่ ดังนี้ แม้คดีจะไม่มีประจักษ์พยานเห็นจำเลยยิงนายฉิ่งก็ดี แต่มีพยานหลักฐานตามที่โจทก์นำสืบได้แวดล้อมคดีอยู่ว่าจำเลยยิงนายฉิ่งเช่นนี้ข้อแก้ตัวของจำเลยที่ว่าปืนล้มลั่นขึ้นเองตามที่นำสืบมานั้นจึงฟังไม่ได้ ต้องฟังว่า จำเลยยิงนายฉิ่งโดยเจตนาฆ่าให้ตายตามที่โจทก์ฟ้อง และโดยที่นายฉิ่งลุแก่โทษะจะตามเข้าไปทำร้ายจำเลยโดยไม่ปรากฏเหตุอันสมควรจำเลยจึงได้ยินนายฉิ่งรูปคดีพอถือได้ว่าจำเลยจำต้องกระทำไปเพื่อป้องกันตัว แต่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุ กล่าวคือนายฉิ่งมิใช่ใครอื่นแปลกหน้ามาแต่ไหน แท้จริงก็เป็นสามีของจำเลยอยู่กินทราบอัธยาศัยกันมาช้านานแล้ว และเคยมีเรื่องทะเลาะทุบตีกันเสมอๆ ก็ไม่ปรากฏว่านายฉิ่งได้เคยทำอันตรายแก่จำเลยถึงขนาดรุนแรงหรือมากมายอย่างใด ทั้งขณะนั้นภายในห้องก็มีบุตรสาวของจำเลยเป็นเพื่อนอยู่ด้วย จำเลยน่าจะทราบดีว่าแม้นายฉิ่งจะทราบดีว่าแม้นายฉิ่งจะตามเข้าไปได้ก็คงไม่เป็นอันตรายแก่จำเลยยิ่งไปกว่าที่เคยๆ กันมา จำเลยใช้วิธีป้องกันโดยหมายเอาถึงชีวิตนายฉิ่งเช่นนี้ราวกับว่ามิใช่ภริยานายฉิ่งและหนักนักไปมาก จึงต้องนับว่าเป็นการป้องกันตัวเกินสมควร

แก่เหตุ คำอุทธรณ์พิพากษาลงโทษจำคุกจำเลยเพียง ๒ ปี และโจทก์พอใจไม่ฎีกาต่อมาก็เป็นคุณแก่จำเลยดีแล้ว ไม่มีเหตุที่ศาลฎีกาจะแก้ไขแต่อย่างใด ฎีกาของจำเลยฟังไม่ขึ้น

จึงพิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ และให้ยกฎีกาจำเลย.

การุณย์นราทร
ประจักษ์ศุภอรรถ
อนุสสรนิติสาร

(ฎีกาย่อ)

คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๒๒๘/๒๕๔๓

(พนักงานอัยการจังหวัดเชียงราย โจทก์ นางดี ปัญญางาม จำเลย)

อาญา เจตนา (ม.๕๙)
ป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ (ม.๖๙)
ฆ่าผู้อื่น (ม.๒๘๘)
ฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนา (ม.๒๙๐)

ผู้ตายกับจำเลยอยู่กินฉันสามีภริยาโดยไม่จดทะเบียนกันมาเป็นเวลานานเกือบ ๓๐ ปี มีบุตรด้วยกัน ๕ คน มีความสัมพันธ์รักใคร่ผูกพันซึ่งกันและกัน แม้จะมีปากเสียงทะเลาะกันบ้างก็เป็นเรื่องธรรมดาระหว่างสามีภริยา เหตุที่จำเลยใช้เคียวฟันผู้ตายก็เนื่องจากถูกผู้ตายถีบและเตะซึ่งถือเป็นเหตุเล็กน้อย กรณีไม่ใช่เหตุร้ายแรงถึงขนาดที่จะต้องฆ่ากัน จำเลยฟันผู้ตายเพียงครั้งเดียว การที่เคียวถูกที่ลำคอผู้ตายเป็นเรื่องบังเอิญ กรณียังถือไม่ได้ว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้ตาย การกระทำของจำเลยจึงเป็นเพียงความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนา

แม้ผู้ตายกับจำเลยจะเป็นสามีภริยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน ผู้ตายก็ไม่มีอำนาจโดยชอบธรรมที่จะเตะถีบทำร้ายร่างกายและข่มขู่จะฆ่าจำเลยได้ เมื่อผู้ตายเป็นฝ่ายก่อเหตุขึ้นก่อน กรณีถือได้ว่าเป็นภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึง จำเลยย่อมมีสิทธิที่จะป้องกันตนเองได้ การที่จำเลยใช้เคียวเป็นอาวุธฟันผู้ตายไป ๑ ครั้ง ก็เพื่อจะยับยั้งมิให้ผู้ตายทำร้ายร่างกายจำเลยอีก

จึงเป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนให้พ้นจากภยันตรายดังกล่าว แต่ขณะเกิดเหตุผู้ตายเพียงแต่ถีบเตะจำเลยโดยไม่มีอาวุธ ทั้งจำเลยได้รับบาดเจ็บเพียงเล็กน้อย แม้จำเลยอ้างว่าผู้ตายขู่จะฆ่าจำเลยด้วยก็เป็นเรื่องข่มขู่กันระหว่างสามีภริยาซึ่งอาจไม่ใช่เรื่องจริงจังจึงไม่ใช่ภยันตรายที่ร้ายแรงอย่างมาก การที่จำเลยใช้เคียวเป็นอาวุธฟันถูกที่ลำคอผู้ตาย แม้จะมีเจตนาเพียงทำร้ายเพื่อไม่ให้ผู้ตายเข้ามาทำร้ายจำเลยอีก ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนาเพื่อป้องกันเกินสมควรแก่เหตุตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๙๐ ประกอบด้วยมาตรา ๖๙

โจทก์ฟ้องว่า เมื่อวันที่ ๑ สิงหาคม ๒๕๓๘ เวลากลางคืนก่อนเที่ยง จำเลยใช้เคียวปลายแหลมยาวประมาณ ๑๐ นิ้ว กว้างประมาณ ๐.๗ นิ้ว เป็นอาวุธแทงคอนายอ้วน ปัญญางาม ๑ ที โดยเจตนาฆ่าเป็นเหตุให้นายอ้วนถึงแก่ความตายขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๘ และริบของกลาง

จำเลยให้การต่อสู้อ้างเหตุป้องกัน

ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๘ ประกอบมาตรา ๖๘, ๖๙ จำคุก ๘ ปี คำรับสารภาพชั้นจับกุมและสอบสวน และทางนำสืบของจำเลยเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้กึ่งหนึ่งคงจำคุก ๔ ปี ริบของกลาง

จำเลยอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์ภาค ๕ พิพากษาแก้เป็นว่า ให้ลงโทษจำคุก ๕ ปี คำรับสารภาพชั้นจับกุมและสอบสวนตลอดจนทางนำสืบของจำเลยเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงจำคุก ๒ ปี ๖ เดือน นอกจากที่แก้ให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น

จำเลยฎีกาโดยผู้พิพากษาซึ่งพิจารณาและลงชื่อในคำพิพากษาศาลชั้นต้นอนุญาตให้ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ตายกับจำเลยอยู่กินฉันสามีภริยาโดยไม่จดทะเบียนกัน ในวันเวลาและสถานที่เกิดเหตุตามฟ้องขณะที่ผู้ตายนอนอยู่ในมุ้งบนบ้านนางด้วง เมืองมา จำเลยได้เข้าไปปลุกผู้ตายในมุ้ง ต่อมาผู้ตายได้รับบาดเจ็บมีบาดแผลถูกเคียวฟันที่บริเวณลำคอด้านซ้ายแล้วถึงแก่ความตายเวลาต่อมา

มีปัญหาต้องวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยว่าจำเลยกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาเพื่อป้องกันเกินสมควรแก่เหตุตามที่ศาลอุทธรณ์ภาค ๕ พิพากษามาหรือไม่ ที่จำเลยฎีกาและนำสืบอ้างว่า จำเลยไม่มีเจตนาฆ่า บาดแผลของผู้ตายเกิดขึ้นโดยบังเอิญเนื่องจากผู้ตายกระโดดเข้ามาจะทำร้ายจึงถูกเคียวที่จำเลยถืออยู่นั้น เห็นว่า แม้โจทก์จะไม่มีพยานรู้เห็นขณะเกิดเหตุว่าจำเลยใช้เคียวฟันผู้ตายจริงหรือไม่ แต่โจทก์มีบันทึกคำให้การชั้นสอบสวนของจำเลยเอกสารหมาย จ.๗ ซึ่งให้การรับสารภาพว่าจำเลยได้ใช้เคียวของกลางฟันผู้ตาย เนื่องจากถูกผู้ตายถีบเตะและข่มขู่ว่าจะใช้มีดฟันจำเลยให้ตาย ซึ่งคำให้การดังกล่าวจำเลยได้ให้ปากคำไว้ในวันเกิดเหตุ อันเป็นระยะเวลาใกล้ชิดกับเหตุการณ์ ไม่ทันที่จำเลยมีเวลาคิดเสริมแต่งหรือ

หาข้อแก้ตัวเพื่อจะให้พ้นจากความรับผิด ทั้งยังเป็นคำรับที่เป็นผลร้ายแก่ตนเอง หากจำเลยไม่ได้กระทำก็ไม่มีเหตุผลใดที่จะให้การยอมรับเช่นนั้น นอกจากนี้ โจทก์ก็ยังมีร้อยตำรวจเอกสุรชน ขวดแก้ว พนักงานสอบสวนซึ่งไม่เคยรู้จักหรือมีสาเหตุโกรธเคืองกับจำเลยมาก่อน มาเบิกความยืนยันว่าจำเลยให้การรับสารภาพโดยสมัครใจ ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า จำเลยใช้เคียวฟันถูกที่ลำคอผู้ตายจริงและโดยสมัครใจ น่าเชื่อว่าจำเลยให้การรับสารภาพไปตามความจริง หาใช่ผู้ตายกระโดดเข้ามาถูกเคียวที่จำเลยถือไว้เองแต่อย่างใดไม่

ปัญหาต่อไปมีว่า จำเลยกระทำโดยมีเจตนาฆ่าผู้ตายหรือไม่ เห็นว่า ผู้ตายกับจำเลยอยู่กินฉันสามีภริยากันมาเป็นเวลานานเกือบ ๓๐ ปี มีบุตรด้วยกัน ๕ คน ย่อมมีความสัมพันธ์รักใคร่ผูกพันซึ่งกันและกัน แม้ปรากฏว่าทั้งสองฝ่ายจะมีปากเสียงทะเลาะกันบ้างก็เป็นเรื่องธรรมดาระหว่างสามีภริยา เหตุที่จำเลยใช้เคียวฟันผู้ตายก็เนื่องจากถูกผู้ตายถีบและเตะซึ่งถือเป็นเหตุเล็กน้อย เนื่องจากผู้ตายกับจำเลยเคยทะเลาะและมีปากเสียงกันบ่อยครั้ง กรณีไม่ใช่เหตุร้ายแรงถึงขนาดที่จะต้องฆ่ากันเห็นได้จากจำเลยฟันผู้ตายเพียงครั้งเดียวไม่ได้ฟันผู้ตายซ้ำทั้งที่สามารถทำได้และเมื่อได้พิจารณาบาดแผลของผู้ตายซึ่งมีความกว้างเพียง ๑ เซนติเมตร ลึกประมาณ ๓ เซนติเมตร แล้วเห็นว่าค่อนข้างเล็กทั้งที่ลำคอเป็นอวัยวะที่อ่อนนุ่มแสดงว่าจำเลยฟันผู้ตายไม่แรงนัก การที่จำเลยใช้เคียวฟันออกไปก็เพื่อจะป้องกันไม่ให้ผู้ตายเข้ามาทำร้ายจำเลยอีกเท่านั้น ในเวลาชุลมุนเช่นนั้นไม่น่าเชื่อว่าจำเลยจะมีโอกาสเลือกฟันอวัยวะสำคัญของผู้ตาย การที่เคียวถูกที่ลำคอผู้ตายจึงอาจเป็นเรื่องบังเอิญ กรณียังถือไม่ได้ว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้ตายดังที่ศาลอุทธรณ์ภาค ๕

วินิจฉัยมา การกระทำของจำเลยจึงเป็นเพียงความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนาเท่านั้น

ปัญหาต่อไปมีว่า การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ เห็นว่า แม้ผู้ตายกับจำเลยจะเป็นสามีภริยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน ผู้ตายก็ไม่มีอำนาจโดยชอบธรรมที่จะเตะถีบทำร้ายร่ายกายและข่มขู่จะฆ่าจำเลยได้ โดยเฉพาะเหตุคดีนี้ผู้ตายเป็นฝ่ายก่อขึ้นก่อน กรณีถือได้ว่าเป็นภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึงจำเลยย่อมมีสิทธิที่จะป้องกันตนเองได้ การที่จำเลยใช้เคียวเป็นอาวุธฟันผู้ตายไป ๑ ครั้ง ก็เพื่อจะยับยั้งมิให้ผู้ตายทำร้ายร่างกายจำเลยอีก เพราะภยันตรายอันเกิดจากการกระทำของผู้ตายยังไม่สิ้นสุดลง จึงเป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนให้พ้นจากภยันตรายดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามขณะเกิดเหตุผู้ตายเพียงแต่ถีบเตะจำเลยโดยไม่มีอาวุธอะไร ทั้งจำเลยได้รับบาดเจ็บเพียงเล็กน้อย แม้จำเลยอ้างว่าผู้ตายขู่จะฆ่าจำเลยด้วยก็เป็นเรื่องข่มขู่กันระหว่างสามีภริยา ซึ่งอาจไม่ใช่เรื่องจริงจังอะไร จึงมิใช่ภยันตรายที่ร้ายแรงอย่างมาก การที่จำเลยใช้เคียวเป็นอาวุธฟันถูกที่ลำคอผู้ตาย แม้จะไม่มีเจตนาฆ่าดังได้วินิจฉัยมา คงมีเจตนาเพียงทำร้ายเพื่อไม่ให้ผู้ตายเข้ามาทำร้ายจำเลยอีก ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนาเพื่อป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๙๐ ประกอบด้วยมาตรา ๖๙

ส่วนที่จำเลยฎีกาขอให้ลงโทษสถานเบาและรอการลงโทษนั้น เห็นว่า

เหตุคดีนี้เกิดจากการทะเลาะเบาะแว้งกันระหว่างสามีภริยา โดยผู้ตายเป็นผู้ก่อ ประกอบกับจำเลยเป็นหญิงมีอายุมากแล้วสมควรวางโทษจำเลยสถานเบา แต่เนื่องจากจำเลยใช้เคียวเป็นอาวุธฟันผู้ตาย โดยที่ผู้ตายไม่มีอาวุธถือได้ว่าเป็นพฤติการณ์ร้ายแรงยังไม่มีเหตุสมควรที่จะรอการลงโทษให้”

พิพากษาแก้เป็นว่า จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๙๐ ประกอบด้วยมาตรา ๖๙ จำคุก ๒ ปี ลดโทษให้กึ่งหนึ่ง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘ คงจำคุก ๑ ปี นอกจากที่แก้คงให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค ๕

(สุรพล เจียมจูไร ปราโมทย์ ชพานนท์ ประชา ประสงค์จรรยา)

The Summary of the Research on Gender Bias in Thai Supreme Court's Decision Judicial Colloquium Workshop 25-27 October 2007 at Chiangmai, Thailand

Presented by Asst.Professor Somchai Preechasinlapakun
Dean of Law Faculty, Chiang Mai University

---

1. Introduction

In Thailand, it is widely believed that the court decisions are straight – forward exercises of rationality and legal logics free from personal value. Court decisions are neutral, no gender bias in their decisions. This is conventional belief it is therefore understandable why Thai lawyers, including academics, have been paying little attention to analyze Thai court decisions. The role of the court is similar to legal machines.

My study is to raise the question on the mainstream belief by looking into court decisions in the crime of rape during the past 50 years so as to find how the court define what consensual or forced sex is, and what factors lead to the reduction or increase of punishment.

2. How Thai Court Interprets "Consensual Sex" on the Rape Case.

Although rape is a crime under Thai criminal code, the court's reasoning on what constitute rape is still problematic.

Consent is very important issue in the court's consideration in the rape case. In most cases, male defendant usually claimed that woman agreed to engage in sexual activity not by force, the plaintiff usually expressed the opposite. Nonetheless, most cases do not have hard evidence or witness – incidents usually took place in places far away from eye witness such as at motels, houses, in the jungle etc. Without any witness, it is difficult to prove whether such sexual incident fall in the category of consensual sex or rape. The disputes are often "word against word". The court usually relies on some specific reasoning to define what consensual rape is.

Based on Supreme Court decisions in the past 50 years, the study found that the court constructs 3 main factors constituting rape: A) wound B) duration of time when the incident is revealed to others and C) victims' background

A. Wound

Since rape can not be consensual sex, the main factor which is used to prove whether it is a rape case is wound. If woman has a wound, it means that she was struggling against the forced sex. By this logic, in any rape case, woman has to have wound.

It is important to note that, words spoken in the court from woman who has wound is more reliable than those who have not. Furthermore, the more wound and the seriousness of the injury make evidences stronger for the court to listen.

An example of a rape case, a little girl was raped and attacked by a janitor until she had severe wounds. She was taken to the hospital immediately to receive the skull operation. Twenty days later, she sent a letter accusing the suspect to the police. Then the police brought the suspect to her and she confirmed he was the rapist.[1]

In most cases, if woman is raped and murdered, the court strongly confirms that it is not consensual sex. Then further issue for the court's consideration is to identify the right suspect by looking through the evidences related such as hair, pubic hair etc.[2]

B. Time

The other factor which is used to prove whether it is a rape case is the length of time before victims taking any action after the incident had occurred. Those actions include when the victim reveals about the incident to another person, report to police, and went to see doctor. If victim waits for a long period before taking such actions, the case tends to be concluded as consensual sex, not a rape.

Based on the Supreme Court decisions, many cases that women reported rape incident to the police immediately after it happened, the court tended to consider the case as a rape. For example, the case that a woman told her family and the police right after the incident, the police arrested the man on the day after receiving the report. In this circumstance, woman's words in the court are credible.[3]

---

[1] *Supreme court's decision no. ๘๕๗/๑๙๙๓*

[2] *Supreme court's decision no. ๔๔๓๗/๑๙๘๘*

[3] *Supreme court's decision no. ๒๒๔๙/๑๙๘๔, ๒๑๑๕/๑๙๙๐*

In short, if plaintiff reports to police directly and immediately, plaintiff's testimony in court sounds "reliable, strong, credible and hearing as the truth". The immediate action of the woman implies that it is not consensual sex. On the other hand, the longer time the woman takes to proceed with any action on reporting the incident makes the plaintiff less credible.

Looking through another case, a woman accused a man on raping her one day after another. Several days after the rape incident, she revealed what happened to her family. Her family asked the man to marry her but to no avail. Later, it became a case in the court.[4]

For this case, the Court's opinion was that it was too long a period for the plaintiff to take action after the rape had happened and the family's marriage proposal was "doubtful". Based on the Court "it's doubtful on the intention of the plaintiff" to consider this case a rape case. Therefore, the court considers other evidences to support the claim that it was consensual sex.

Based on the Supreme Court decisions, the length of time before victim takes any action including telling another person and report to the police is the important factor. In other words, the faster the victim reports the incident, the more credible the testimony. On the contrary, the longer the victim waits before reporting the incident, the less credible the testimony.

C. Victims' Background

Past decisions also show that the court regularly uses rape victims' personal background to determine whether the alleged crime is rape or sex with consent. The relationship between the victims and the suspects constitute an important element of the Court's decisions. Research shows that if the plaintiff and defendant have had an intimate relationship, there is a tendency that the court will rule it as a "sex with consent" rather than rape.

There was a case whereby the plaintiff claimed she had been raped by a man. The defendant however claimed that it was not a rape but sex with consent. The story goes like this:

The plaintiff went with her relatives to state fair. On the way back home, she accompanied her ex-boyfriend and later claimed that she was raped twice and the man was using knife to force her. "…The plaintiff did not go back home with her relative (and the relative went back home earlier), and there was no need for her to go with the defendant, this reflects that the plaintiff had a hidden agenda to go home with the defendant. Based on this, it's doubtful to believe in what the plaintiff had testified rather the incident was a consensual sex."[5]

---

[4] *Supreme court's decision no. ๒๒๓๘/๑๙๘๔*

[5] *Supreme court's decision no. ๔๔๖๕/๑๙๘๗*

This shows, in the opinion of the court, if there has been a consensual sex between the victim and the suspect, this tends to repeat.

These factors above which the court has given weigh as most important in defining whether the incident could be referred as rape or consensual sex narrows down the definition of rape. Consequently, other types of sexual abuses which sometimes happen in the workplace, between employer and employee, supervisors and workers, and between lovers - even intimidated with weapon – have even less chance to be identified as rape case.

This standardization of court opinion further neglects individuality of each person: individual experience, feelings and emotions of the victim etc. As a result, definition of rape becomes static and narrow. And this also leads to stereotyping of how women have to respond to sexual violence.

On the contrary, each person has different ways of responding to rape incidents. Personal feelings, environment, social background and class are all important to determine the way one responds to the incident.

In conclusion, the three factors mentioned above – wound, period of reporting, victims' background - makes "fact finding" procedure of the court focus on the part of the victims. The victims are often 'checked' on their behavior prior to and after the rape incident.

3. Punishment

According to Thai criminal code, using of weapons during the crime of rape such as a gun entails extra punishment.[6]

---

[6] *article 276 "Whoever has sexual intercourse with a woman, who is not wife, against her will, by threatening by any means whatever, by doing any act of violence, by taking advantage of the woman being in the condition of inability to resist, or by causing the woman to mistake him for the other person, shall be punished with imprisonment of four to twenty years and fine of eight thousand to forty thousand baht.*

If the offence as mentioned in the first paragraph is committed by carrying or using any gun or explosive, or participation of person in the nature of destroying the woman, the offender shall be punished with imprisonment of fifteen to twenty years and fine of thirty thousand to forty thousand baht, or imprisonment for life."

This article has been amended in ๒๐๐๗ to expand the definition of rape to cover forced and oral sex including a woman whether she is a wife of offender.

Nevertheless, this is strictly interpreted by the court. The weapon must be real. If the defendants prove that not real, they would be dismissed from the charge, even if the victims sincerely believed the weapons are real. In addition, if the rapist uses the weapon he must clearly show his intention to hurt the victim with the weapon. One case, the rapist used a knife to threaten the victim but the spring was not is a released position. The court ruled out a heavier punishment for using of weapon.

In opposite, even the defendant found guilty it would not be difficult to get the reduction. If the victims finally agree to receive compensation in – out – of court settlement, court tends to give the defendant suspended jail terms. When the victims stop attending court hearings, because of compensation or another reason, the court often used an absence as a reason to dismiss the case, this again benefits the defendant.

4. Summary

After decades of campaigning for the gender equality, many laws have been changed both in the international and national level. The movement raises awareness to amend discriminatory laws and create new legislation integrating the standard of gender equality such as CEDAW or the constitution of the state. However, these laws remain ineffective if not properly interpreted and enforced by the court.

“Law is as law does” Having new law is not enough but looking into the practice of law or law in action would lead to the deep and broad understanding. Court is not neutral and judges are not free from cultural values or gender bias. To provide justice and equality the long – oppresses female gender must be amended and new laws must be legislated.

Changing the laws is important but it is the beginning step toward change. The gender bias will persist if the court still subscribes to patriarchal values and nobody question the decisions.

Report on the South East Asia Regional Judicial Colloquium On the Role of Judiciary in Promoting Gender Equality

25-27 October 2007

Chiang Mai, Thailand

Meeting Summary

UNIFEM in collaboration with Chiang Mai University, Thailand, organized a regional meeting on the role of the judiciary in promoting gender equality. The colloquium aimed to promote the role of judges in the implementation of CEDAW, to create awareness among judges on the need for gender sensitivity and gender responsiveness in the justice system, and to promote capacity building at the national and regional level for a gender responsive judiciary.

Nineteen Justices and 5 high-level officials in judicial training institutions from Cambodia, Indonesia, Lao PDR, Philippines, Thailand, Timor-Leste, and Vietnam, attended the meeting and shared their thoughts on gender equality in judiciary practices. With the support of three experts on gender equality education for judiciary, participants were introduced to some of the methodologies of a successful judicial equality education programme in South Asia and discussed the possibility of initiating such a programme in their countries. Also, representatives from selected NGOs and academics working on women's rights were present and contributed to discussions.

Day 1: Thursday 25 October

OPENING SESSION: SETTING THE TONE

The Opening Session was moderated by **Ms. Virada Somswasdi**, Professor of the Women's Studies Center, Chiang Mai University.

Justice Yongyuth Surainsungsikul, the president of Court of Appeal, Region 5, Thailand, welcomed participants to the meeting on behalf of the Office of Judiciary of Thailand. He emphasized the fact that ensuring gender equality has become a national obligation after Thailand's accession to CEDAW. All judges, therefore, must understand and learn gender equality in order to apply in the judicial system, in the consideration of decision making stages. He highlighted that in order to do this, collaborative efforts and support in developing knowledge on gender equality in justice system should be made.

After introducing Thailand's current efforts to address gender equality issues in the judiciary at a national as well as at a regional level including 1) a national meeting on Understanding Feminism, Judiciary and Judicial system which will be held in November, 2) knowledge-based products on gender justice which will be carried out with cooperation across the countries, and 3) a study trip to the Philippines, he made an acknowledgment that this judicial colloquium is a good and important starting point for judges from different countries to gather knowledge for bringing about gender justice in this region.

Lastly, he thanked the participants for their participation and UNIFEM and Chiang Mai University for their collaborative efforts in organizing this meeting.

Welcoming remarks by **Dr. Pohgsak Angkasith**, the president of Chiang Mai University, followed. He opened his speech by introducing the Women's Study Center(WSC) in Chiang Mai University.

WSC was established in 1986, the following year that CEDAW was ratified in Thailand, and later officialized as the first women's study center in the country by a Royal Decree in 1993. In 2000, it launched the first graduate studies program in women's studies at master level and was ranked as the best and the largest in the Mekong Sub-region. Currently, WSC has planned to extend the degree program to Ph.D.

He expressed the concern that gender equality can not be achieved solely by theory but needs practice. WSC, hence, focused not only on institutionalization of women's experiences and their knowledge but also advocacy in collaboration with women's organizations and civil society. WSC started a colloquium, almost 10 years ago with judges from various levels of the courts and public prosecutors in Thailand on the issue of gender sensitivity, gender justice and women's human rights. However, sharing those issues with judges from other countries is happening for the first time with the help of UNIFEM and the Supreme Court of Thailand, so that this workshop is truly significant, he mentioned.

Dr. Angkasith ended his remark expressing happiness and appreciation in having a chance to work with the members of the judiciary and NGOs from Southeast Asian countries to eliminate discrimination against women.

Ms. Shoko Ishikawa, Programme manager of CEDAW SEAP of UNIFEM, gave the welcoming remarks on behalf of Dr. Jean D'Cunha, UNIFEM's Regional Program Director of East and Southeast Asia Regional Office.

UNIFEM has provided technical and financial assistance to programmes and strategies that foster women's empowerment and gender equality and works in the areas of reducing feminized poverty, ending violence against women, reversing the spread of HIV/AIDS among women, and supporting women's leadership. Currently, UNIFEM has an ongoing regional programme called CEDAW SEAP which focuses on the implementation of CEDAW in 7 countries in this region.

There are still gaps in the implementation of the CEDAW and the achievement of gender equality in Southeast Asia. In particular the role of the judiciary is crucial. Based on the belief that deeper knowledge of the judiciary on gender equality can have strong impacts towards fair and equal treatment of women and the protection of their rights, UNIFEM hopes to expand its partnership with the judiciary in this region and support the establishment of a mechanism for equality education focused on gender.

UNIFEM has supported the initiative of the Asia-Pacific Forum on Judicial Education on Equality Issues in South Asia and has seen the impact of this initiative in the gender sensitive judgment. Given the positive impacts in South Asia, UNIFEM considered it a good practice model that other regions can learn from. Therefore, UNIFEM planned this meeting as the first initiative of such learning processes in this region and invited the key persons that have contributed to the establishment and successful running of the Forum to share their knowledge and wisdom in this colloquium.

The facilitators were:

● **Ms. Naina Kapur**

She is the director of Sakshi, a Creative Education Center, which focuses on equality education programs, and a co-founder and co-chair person of the Asia Pacific Forum on Judicial Education on Equality Issues (an autonomous NGO/Judge collaboration for design and delivery of equality and leadership education programmes focused on gender for South Asia since 1997). Currently, she is a resource director of that forum. She has a wide range of experience in the legal sector as a resource coordinator and a legal activist.

● **Justice Douglas R. Campbell**

He is a justice of the Federal Court of Canada. He has extensive experience in judicial education on gender equality, and has been involved in related projects in South Asia, Australia, South Africa, and Palestine. He was an advisor of the Asia-Pacific Forum on Judicial Education on Equality Issues.

● **Ms. Smita Bharti**

She is the Head of Program Development at Sakshi, and trainer in leadership and equality issues. She is an expert in training of trainers among judges in the Asia Pacific Forum on Judicial Education on Equality Issues and has been working on faculty development in the Forum.

SESSION ONE: CEDAW

Three key note speakers were invited to introduce CEDAW as a tool for promoting gender equality.

1. **The Role of Judiciary in Promoting Gender and Equality and CEDAW** by Justice D.R. Campbell

He opened up his presentation by stressing the differences that become reasons for discrimination. Discrimination exists and judges are given power and obligation to address and accommodate existing discriminations, he emphasized.

▲ Section 16592 of the Constitution of South Africa requires that judges will "administer justice to all persons alike without fear, favor or prejudice in accordance with the constitution and the law".

▲ Article 1 of Universal Declaration of Human Rights: all human beings are born free and equal in dignity and rights.

To follow the Declaration, we(judges), must treat others fairly and equally as justice is about fair and equal treatment. However, we also have to acknowledge that in reality, some people are not treated equally. The truth is that people are treated differently according to their age, ethnicity, ability, religion as well as sex.

Treating people equally does not necessarily mean that treating them in the same way. For example, if there is no wheelchair ramp in a hotel, we might ask to build one to accommodate and compensate for inconvenience that disabled might have. It is a substantive equality approach, where we give some helping hands to make them achieve equal enjoyment of life.

Ensuring substantive equality requires us to learn about people and know their stories. In every country, there is a clause in the constitution that says everyone is equal. Nonetheless, people suffer from discrimination based on their ethnicity, race, religion, sex, age, etc. It is because we tend to form ideas about people without even knowing them and make a judgment that is likely to be discriminatory. Therefore, learning enough about them as well as knowing the complexity of their reality is crucial to make fair judgment.

For example, women suffer discrimination in this region and the world over. Violence against women is a form of discrimination. VAW prevails based on the view that women are inferior, less important, and therefore, it is ok with some occasion and some context. However, it is not ok with any occasion and any context because VAW occurs when men use their power to maintain inequality. We should understand this power dynamic and be aware that the women who appear in our court rooms are the ones who have gone through a horrific form of discrimination driven by unequal power relations. Therefore, we must know enough about these women's backgrounds and stories in order to make fair judgment, and it is the way to achieve substantive equality.

CEDAW requires that States Parties modify and abolish laws that discriminate against women. These laws must change. Yet, some are still justifying discriminatory laws based on the cultural argument that women can be treated unequally according to their cultural norms and customs. This cultural argument, however, is not convincing as culture and customs are also a set of rules that are created by us. They can be changed by us.

Such changes should start from inside of ourselves. We are also people with certain attitudes and ideas. So we need to look into our mind and heart, and understand that we have something to change for all. Change is not an external event but an inside event. Once we change our mind, we move forward to, and changes outside will follow.

2. **The Principles of CEDAW:** The Meaning and Scope of Equality and Non-discrimination, and its Application in the Judiciary by Ms. Rowena V. Guanzon (Attorney-at-Law, Philippines)

Preamble of CEDAW

...Noting that the Universal Declaration of Human Rights affirms the principle of the inadmissibility of discrimination and proclaims that all human beings are born free and equal in dignity and rights and that everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth therein, without distinction of any kind, including distinction based on sex.

...Recalling that discrimination against women violates the principles of equality of rights and respect for human dignity, is an obstacle to the participation of women, on equal terms with men, in the political, social, economic, and cultural life of their countries, hampers the growth of the prosperity of society and the family and makes more difficult the full development of the potentialities of women in the service of their countries and of humanity.

By quoting the preamble of CEDAW, she highlighted that **three principles of CEDAW:** state obligation, non discrimination and substantive equality, intersect in CEDAW. CEDAW obliges States Parties to promote and enforce equality. The obligation to promote gender equality, to eliminate laws, policies, and programmes that discriminate on the basis of sex and that impair or nullify the enjoyment of rights of women on a equal basis with men.

State obligation also includes adoption of affirmative action in order to ensure **substantive equality** as shown in the Article 4. The idea of substantive, or de facto equality lies in the belief that considering equality in results can only be made possible by ensuring equal access, equal opportunity, equal benefits, and equal exercise of rights.

The definition of discrimination is significant in understanding CEDAW principles. It covers discrimination not only by states but also by individual actors and the private sector. The definition in CEDAW shows that there is indirect as well as direct forms of discrimination. Indirect discrimination occurs when it has a discriminatory effect even if there is no intention to do so. The expanded definition of discrimination was given in the General Recommendation 19 which states that "gender-based violence is a form of discrimination that seriously inhibits women's ability to enjoy rights and freedoms on a basis of equality with men."

Article 4 of CEDAW

1. Adoption by States Parties of temporary special measures aimed at accelerating de facto equality between men and women shall not be considered discrimination as defined in the present Convention, but shall in no way entail as a consequence the maintenance of unequal or separate standards; ...

Article 1 of CEDAW

..."discrimination against women" shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social cultural, civil or any other field.

By understanding definitions and principles of CEDAW we can use CEDAW as a basis of our judgment, especially where domestic laws are lacking or insufficient. For instance, The case of Vishaka vs. Rajastan became a landmark judicial decision because judges used CEDAW where there was no specific law on sexual harassment and brought about gender justice. There are also other several cases in the world that applied CEDAW in the court rulings.

- *Imelda Romualdez-Marcos vs. Commission on Elections and Cirilo Roy Montejo*(Philippines) : The Supreme Court recognized that the widow of Marcos has a right to fix her own domicile distinct from that of her decreased husband. CEDAW was cited as a basis for decision.
- *Philippine Telegraph and Telephone Company vs. National Labor Relations Commission and Grace De Guzman* (Philippines) : A woman was fired because she concealed that she was married during recruitment as per company rules. She was able to obtain justice because the judges used CEDAW.
- *Ephorim vs. Pastory* (Tanzania) : Under customary law, women are not entitled to inherit land. The court decision concluded that the rules of inheritance in customary law were unconstitutional and contravened CEDAW.
- *Dow vs. Attorney-General* (Botswana) : Challenged citizenship law where children could not follow citizenship of mothers.
- *Equal Opportunities Commission vs. the Director of Education* (Hong Kong): The Court found that there was institutionalized discrimination within Hong Kong‘s public education where the Director implemented criteria requiring girls to have a higher score than boys to be placed in their school of choice.

There has been increased awareness of international treaty bodies due to the work of the ICC and criminal tribunal for Rwanda. Accordingly, in the areas of women rights, CEDAW would be the basic instrument to guarantee women’s rights. It can be used for interpretation where domestic law is unclear/insufficient or there are gaps and inconsistencies in laws.

3. **Gender Equality and Judicial Decisions.** The Case of Thailand by Somchai Preechasilapakul (Assistant Professor and Dean of Faculty of Law, Chiang Mai University, Thailand)

He presented the findings of his research on gender equality in Thailand's Supreme Court decisions. According to him, it is widely believed that court decisions are neutral and treat women and men equally in Thailand. However, when court decisions are examined regarding the crime of rape in Thailand during the past 50 years, we might doubt it.

Rape is a crime under the Thai criminal code, yet, the court's reasoning on what constitutes rape is still problematic. Thai courts consider that consent is a very important factor. Nonetheless, most cases do not have clear evidence or witnesses so that it is difficult to prove whether such sexual incidents were consented to or forced.

Three main factors that courts consider in determining whether the case is referred as rape or consensual sex is evidence of wounds, time, and the victim's background:

- Wound: If a woman has a wound, it proves that she was struggling against forced sex. Also, complaints from women who have wounds are considered more reliable in the justice system. Following this logic, if a woman does not have a wound, it is difficult to prove the rape case.
- Time: The length of time after the incident had occurred before victims take any action is used to prove whether it is a rape case or not. These actions include revealing the incident to police, doctors or friends. If the victim waits too long before taking such actions, her testimony is seen less credible.
- Victim's background : the court uses the personal background of the victim to determine if there was an intimate relationship between the victim and the suspect. It implies that if there had been a consensual sex between the two in the past, this could repeat.

These three factors above that courts consider in determining whether the case is referred as rape or consensual sex, narrows down the definition of rape and do not take into consideration the dynamics and complexities around the rape incident. Individual victims' experience, feelings and emotions are so different that they might respond to sexual violence differently. By taking no account of these factors, the incident has less of a chance to be identified as a rape case. The harder the rape case to be proved, the lesser other types of sexual abuses to be considered as a crime.

Regarding punishment, using weapons during the crime of rape entails extra punishment. Nonetheless, this is strictly interpreted by the court. The weapon must be real. Fake weapons lead to no change in the sentence, even if the victim sincerely believed that the weapons were real. Moreover, it is not hard to get a reduced sentence especially when there is a compensation settlement for the victim.

In order to overcome such problems in court decisions, we need to create new legislation and amend discriminatory laws using CEDAW and make sure that they are properly interpreted and enforced by the court. Having new laws is not enough. We need to carefully monitor the interpretation, enforcement, the practice of law for the purpose of ensuring a comprehensive application of gender equality in judicial decisions. The first step toward it is to change old biases and values by questioning the court decisions.

SESSION TWO : ESTABLISHING THE NEED

Session two was facilitated by **Justice D.R. Campbell** through his presentation and interactive discussion on judging as a social phenomenon, and how crucial it is for judges to be aware of their limitations and subjectivity, and be willing to learn in order to make fair and equal judgment.

He started with questions about the judge's personal interests which make them feel good in their private lives as well as in professional lives.

▲ "Doubt is the key to all knowledge." –Arabian Proverb

By discussing what makes them feel good, the participants discovered that learning is important to their well-beings, health, confidence and ability to help others and learning itself is deeply ingrained in their personal life as well as in professional life.

▲ "The wisest mind has something yet to learn." –George Santayana(Spanish-born Philosopher)

Acknowledging the importance of learning which builds confidence, good mind and heart, the participants were led to the discussion of skills for using what they have learned.

▲ "Science is systemized knowledge…Art is knowledge made efficient by skill."-J.F. Genung

Being capable of helping others requires that our knowledge attained from the learning process in our daily work and life must become effective through skills. Judging is an art. It means judges have to know what tools they have as a judge, what tools they use, and how to use in judiciary decisions. Judges have many tools and skills when making a judgment.

In the toolbox, Judges might have;

- Attitude and behavior which might change according to circumstances
- Domestic law
- International law such as CEDAW
- Constitution where equality provision is clearly stated
- Rules of the court which can be applied not rigidly but flexibly to help the case
- Courtroom set up that can change accommodating the differences by showing your willingness to help especially dealing with the disabled or children.

▲ "The great aim of education is not knowledge but action." –Herbert Spencer, British Philosopher and Sociologist

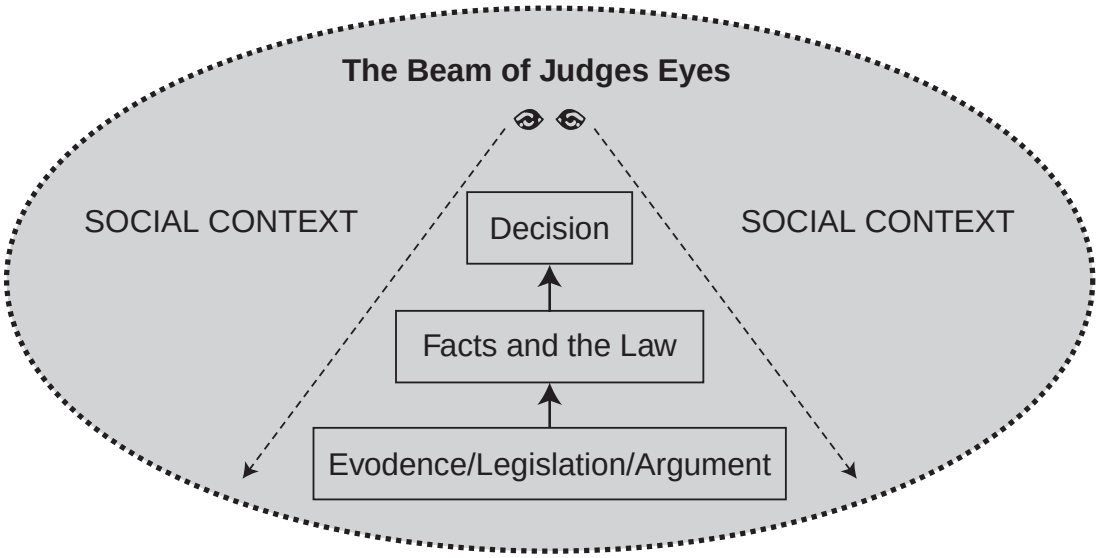
When judges are equipped with these tools, they must take actions. If judges want to be fair, effective, and artful, they must gain the respect of the community, cause things to move, and take others with them.

The Scientific Method
Decision = Evidence + Law ?

A judicial decision is considered as an outcome of logical conclusions driven by relevant laws and the supporting evidence. However, the most difficult part of judging is to distinguish which or whose part of the evidence are true. Due to the fact that there are many types of evidence, judges must use his/her skills to evaluate the evidence. In other cases, even if there is the same evidence or same argument, judges may come to different conclusions, as facts and even laws are in conflict in interpretation and use.

Given the context that facts and even laws are in conflict in interpretation and use, judges have to decide what to believe and why. Such decision can not be always as objective as we wish, because judging is also influenced by various social factors. While deciding, judges are driven by things inside of themselves such as instinct, traditions, beliefs, and acquired conditions towards a particular conclusion and decision. Needless to say, those personal things are affected by the wider social context as seen in the chart below. It implies that judges can not be completely objective as they please.

JUDGING AS A SOCIAL PHENOMENON



Different ethnic backgrounds, customs and cultures, class, race, and disabilities affect one's view of the world, as does sex. Other factors include knowledge, personal experience, sexual orientation, physical and mental abilities, gender roles, economic condition, religious affiliation, political affiliation, group affiliation, etc. As all of these goes into the decision, judges need to be aware of the subjectivity that they might have.

The subjectivity operates either in a positive or negative way. The example of positive operation is shown in the decision of the Canadian Supreme Court. In Canada, 4 out of 9 supreme court judges are women and it made a huge difference in the court decisions on gender equality compared to the US supreme court where there is only 1 woman and 1 person of color out of 9 judges. The negative operation is bias and prejudice. Bias and prejudice are the things that we should recognize and avoid.

Knowing the possibility of us being subjective and sometimes biased, we must try hard not to make a biased decision. In order to make fair and equal judgments, we have to learn more about the unequal or disadvantaged conditions of people who appear in the court room. That is all about judicial education on equality issues; continuous learning about new information. It does neither harm our reputation of being reasonable judges nor threaten judicial independence. Rather, it increases the chance to make fair and equal judgments.

SESSION THREE : EXPERIENCING THE CONTEXT

Session three was divided into two parts. This session was intended to focus on the understanding of substantive equality and social contexts.

Part A: Understanding Equality

Naina Kapur and Smita Bharti facilitated the session and introduced the concept of substantive equality to the participants. Two exercises, role paying and the line of equality, were carried out in order to understand the meaning of substantive equality. After the exercises, discussion has followed.

Before doing the exercises, Ms. Naina Kapur briefly introduced the concept of substantive equality and how it is related to the exercises. According to her, treating people the same is not treating people equally because we have not understood the differences that cause inequality. In order to understand such differences causing inequality, we need to walk in people's shoes and grasp actual experiences of reality that they might have.

Exercise 1: Role Playing

4 participants were invited to play the main characters. The rest of the participants were asked to do a reality check.

Nok (Judge Suntariya Muanpawong) : Ali's daughter. She was raped by Sombat when she visited his home.
Maria (Judge Jacinta Correia da Costa): Sombat's mother. She thinks that Nok comes to her house too often.
Ali (Dr. Supandi, SH, M.Hum) : Nok's Father. His wife died at an early age. He is a businessman who is always busy. He does not have a good relationship with Nok.
Policeman (Justice Campbell) : policeman in local police station only interested in his own promotion.

Sombat is Nok's good male friend. One afternoon Nok went to Sombat's house when his mother was not at home. They went to Sombat's room, talked, did their homework, played some music and danced together. While they were dancing, Sombat made an advancement. Nok said No but he was insistent and finally raped her. The role play starts when she comes back home after being raped.

Description of the Role Playing

Nok was so shocked and confused with what had happened that she did not know what to do. She never thought something like this would happen. She felt like she has lost herself. She was not so sure if she could tell her father. He never has time for her and they hardly talk about anything together. She thought about going to the police station but she doubts if the police can help.

When Ali came home, he noticed that something was wrong with his daughter. He tried to talk to Nok but she refused and hid the fact that something had happened to her. She insisted that she wanted to be left alone.

After one week, she called her female friend for help. After hearing the story, her friend decided to tell Ali about what happened to his daughter. Ali was shocked and upset after finding out that his daughter was raped. The friend suggested that he should be very careful with his daughter's feelings and provide some kind of professional help for her.

Ali went back to Nok, and started asking questions about how it happened, whether or not she was willing to sleep with Sombat. Nok was still scared and even more frozen when her father looked down on her and asked such questions. Ali decided to talk to Maria (Sombat's mother), while Nok refused the idea as she felt ashamed.

Ali visited Maria's house saying directly that her son had raped his daughter. It made Maria upset. She did not believe her son would do such a thing because her son is very educated. Rather she blamed Nok for not behaving well. After a while, they came to the conclusion that it is the best way to resolve the problem within the family by proposing them to marry. Both Ali and Maria did not want to take legal action because they would lose face. However, this situation embarrassed Nok even more. Nok did not want to marry Sombat. She rather choose to press charge against him.

Nok and Ali arrived at the police station. The policeman was unkind and indifferent. He sat very close with her while chasing her father away. He wanted to hear the story from Nok not anybody else. It made Nok fell intimidated. He kept asking the details that she did not want to be reminded of. Also, he blamed her for visiting a boy's room alone and dancing together. He seemed to think that it was a consensual sex. Nok thought the policeman was making up his own story and was forcing her to say what he wanted to hear. Finally, she did not want to talk anymore and the policeman concluded that there would be no charge because he did not see any evidence that she did not consent to have sex.

The play showed how the victim feels about the whole process she has to go through. She felt scared, miserable, desperate, misunderstood, and embarrassed. Her feelings affect negatively on her capability to look for immediate help. Even if she looks for help, there are various assumptions that might take her down.

The assumptions of the play are as follows:

- If someone is educated, he would not commit sexual violence
- Everyone knows better than the victim herself
- This is the victim's fault.
- Marriage is the best solution
- It is natural for men to have sex in the situation that they dance together.

All belief systems have their underlying assumption. These assumptions often guide us towards bias and misunderstanding. As seen above, the assumptions made it hard for her to recieve fair and equal treatment.

➤ Exercise 2 : Line of Equality

The participants were divided into 3 sub-groups. Each group were given a character card. The groups gave life to the character including name, age, and family background, etc. Afterwards, they were to identify the obstacle that these characters might experience in their everyday lives. Each obstacle forces the characters to step back from the "line of equality". This means the more obstacles there are, the harder it is to enjoy the constitutional right to equality. After presenting the obstacles, the groups were given comments from NGO experts.

➔ Group 1: Anne's story

Anne is 30 years old. She has five children under the age of 10. She is suffering from domestic violence. Obstacles she might have to constitutional equality are as follows:

- She is afraid of going to the police
- She is poor and uneducated so she does not know her rights and where to get help or protection
- She does not want to take action against her husband but keep the family together
- She thinks the community would not support her because it is her private matter

- Due to cultural norms, she is also afraid of social punishment
- She does not expect that the authorities would help her because she is poor
- She has a disability due to domestic violence
- She is dependent solely on her husband's income, and
- She is mentally unstable and depressed, with extremely low confidence and self-esteem.

Ms. Peung Yok Hiep, the Director of Legal Aid of Cambodia, commented that:

Anne's story revealed the fact that even if there is a law regarding domestic violence, they are not often applied due to several obstacles. It indicated that both legal as well as community support are crucial in order for them to reach the court. Also, when they reach the court, the court should be aware of the feelings of the victims and cooperate with other authority bodies to help the victims. That is the way of ensuring equality.

→ Group 2 : Su Mung's story

Su Mung is 17 years old. She is from Burma. She is the oldest daughter in a poor family. She came to Bangkok to earn money and support her family back home. She gets a job as domestic worker in Bangkok. The following are the obstacles that she encounters as a migrant worker:

- She has to work from early morning to late night
- She only gets paid half of what was promised
- She does not have fee time
- She is not provided health care; as her boss does not allow her to go to hospital and she needs to pay for own medicine bought through the boss.
- She is isolated
- She wants to go back home but if she asks for help from police, the police might persecute her
- She wants education but can not afford it
- Sometimes the boss demand massages from her. She thinks there are possibility that she might be sexually harassed or raped
- Even if they do not pay her salary, she can not make a claim because there is no real contract

Ms. Jacqueline Pollock, the Director of Migrant Assistance Program Foundation, commented that:

There is a tendency that we see migrant workers as workers, not as human beings. It is hard to find them personalized. The group immediately went for domestic worker, while there are many other options such as factory worker, construction worker, waitress, etc. Also, the group made the assumption that the oldest daughter has the prime responsibility. This might not be true for all. She might have different reasons. For example, she might have dreams or aspired for city life.

The one thing that we should pay attention to is the fact that she is partly brave and daring, but at the same time she is vulnerable. Where does this vulnerability come from? Illegal border crossing? Does she know that crossing the border is illegal? Whose responsibility is that? What about her access to legal mechanisms? The constitution only defines the rights and liberties of its own nationals. When migrant workers come to other countries, what legal mechanisms exist that they could rely on? Even if there is a Convention on migrants rights, it is problematic because it has been ratified by sending countries, but not by receiving countries. It means that in reality there is no legal protection available to them once they are in other countries. How can we ensure equality for those migrant workers?

→ Group 3 : Amina's Story

Amina is a Muslim widow from a middle class family. She was educated in the UK and now she is a teacher. She used to live in areas where liberal Muslims live so that she need not wear a purdah. But she transferred to a remote area where not wearing purdah is frowned upon.

- She feels that she is socially censured both from men and women
- She wants to exercise her rights without sacrificing her being a good Muslim
- She wants to socialize with people but since she does not wear a purdah her mobility and social relations were largely restricted
- It affects her profession as well because she is always under suspicion that she is too much westernized
- Even if she used to have a strong sense of her cultural and religious identity, it seems that everything is in conflict and confusion.
- Also, she feels insecure as she is subject to assault when she does not wear a purdah
- She thinks that forcing people to wear a purdah against their own will is a kind of violation of equal treatment.

Ms. Irawati Harsono, a representative of Convention Watch, commented that:

Connecting equality concerns with religion is a very sensitive issue. However, it is what actually happens. In fact, there is discrimination against women who do not wear a purdah. Women wearing a purdah also encounter discrimination in workplaces in some cases. However the ground rule should be that we have to practice our religion willingly but not forcefully.

➝ Group 4 : Mohammad story

Mohammad's story was presented by Justice Campbell as an extra case in order to compare the level and scope of inequality to the previous cases.

Mohammad is a judge at the Bangladesh Supreme Court. He is married and has 3 daughters. He is 57 years old. He comes from a very good background. He complains that the Chief Justice in the Court travels in executive class while he is going with economy class. He believes that this is inequality. Do we think that it is inequality?

➤ Discussions

After presenting the cases, interactive discussion ensued on what they have learned through the exercises. Ms. Naina Kapur facilitated the discussion with the support of Justice Campbell.

The following were the main points of the discussion.

- Thinking about judging as a social phenomenon, assumptions that misguide us, new knowledge that are needed to overcome biases, and obstacles of people's access to justice, the participants agreed that in order to promote gender equality, the list of obstacles should be removed. In doing so, judges' roles are very important. Judges should be aware of those disadvantages that block access to the courtroom and try to remove them.
- Judges must know who are the people appearing in their court rooms. That is how judges will know about the disadvantages that they have. Learning about these people's stories is a part of the processes of judging.
- Knowing and hearing their stories does not harm the impartiality of judges. Impartiality is not excluding the information of these people but including their reality to recognize that they came from disadvantaged situations.
- If the procedural laws result in injustice, we have to reconsider and challenge these rules and patterns since the result is not the intention of the rules.

- In the matter of equality, we can also draw upon the Constitution. If we uphold the Constitution, we can not be blamed as being partial as the constitution itself is also a law. By using the Constitution, we can give some power to them without sacrificing anybody else's power.
- Since judiciary decisions are all about interpretation, judges are the ones who decide whether they interpret laws and rules broadly or narrowly. When equality clauses in the Constitution was interpreted narrowly as a formal equality, the role of the judiciary to extend the interpretation to embrace substantive equality is in more demand.

Day 2: Friday 26 October

SESSION THREE : EXPERIENCING THE CONTEXT(continued)

Part B: Understanding Social Context

The participants were invited on a field visit in order to experience the reality of people who suffer from inequality. They were divided into 4 groups and visited 4 different organizations in Chiang Mai: One Stop Service Center Nakorn Ping Hospital, The Migrant Assistance Programme Foundation (MAP), The Empower Foundation, and The New Life Center. The participants were strongly advised that they meet and get to know people as people, not as issues, and be open and receptive. After the visit, the participants presented their experiences, impressions, feelings, and what they learnt from the trips.

➤ The Empower Foundation

The Empower Foundation is a Thai organization established in 1985. It promotes opportunities and rights for women workers in the entertainment industry including sex workers.

The following are the summary of the participants' experiences:

- This NGO is an organization as well as education center for sex workers who are the most vulnerable group in the society
- They were excited to meet judges as they had never met any before. They felt that judges are too far away for them to reach

- They expressed their concerns regarding the illegality of their work. As the police seem to act as gatekeepers they can neither get help from police nor file a law suit when a human rights violation occurs.
- They also noted that being a sex worker is their choice, not the last option, after going through all kinds of jobs. It implies how difficult it is for them to attain resources for better lives.
- The problems that they have talked about made us learn about the issues they face and where assistance is lacking.
- We were impressed by the fact that they help each other in unity, get educated on their rights, and confidently express their opinions
- But at the same time we were surprised by how much they felt excluded from legal or any other protection

➤ The Migrant Assistance Programme Foundation (MAP)

MAP is an organization focusing on migrant workers‘ right to be respected. MAP works towards a vision of the future where people will have both the right to stay and the right to migrate.

The following are the summary of the participants‘ experiences and leanings:

- They are very confident and speak to us very frankly and openly about their stories and reasons for migrating.
- Most of them pointed out poverty as a reason for migration.
- Once they arrived, they had no access to authority as well as to education even if they expected a better quality of life.
- They had to make best efforts just for survival.
- With the support of MAP, they could study by themselves and build a sense of community. But they felt they need more attention from the Thai government.
- We have learned that equality has many depths and layers. Equality should be achieved not only through legal protection but also through various social changes.
- We also have recognized that they are the people who have their own expectations and concerns. We as court judges should understand their hope and give appropriate decisions to them.

➤ New Life Center Foundation

New Life Center Foundation is an organization that helps tribal people to prepare for legitimate occupations by offering educational opportunities to those who had little or no previous formal schooling. It also provided shelters to women and girls who have experienced abuses and exploitation including trafficking.

The following are the summary of the participants' experiences and leanings:

- Most of victims are young women from Thailand or other countries around Thailand. They were poor and uneducated, growing up in hazardous environments with drugs. Needless to say, there was no protection.
- We were shocked and felt sympathy for them because the young girls have been very hurt throughout their lives.
- Since they are from different backgrounds and use different languages, there were a great deal of difficulties in communication at the initial stage. However, they built solidarity and a sense of togetherness despite such barriers in communication.
- They have learned craft skills which made them more confident in their lives. Learning also made them feel that there is something fair in society and they have been taken care of.
- We felt this kind of work to put those victims to the right track is very honorable work and need to be paid more attention.
- We also recognized the issue of citizenship is not only for the ethnic minority but also for children. Children have a double vulnerability that they are not regarded as citizens as well as being the weakest members of society.
- Another problem is the gap between law and actual protection. Even if the laws of Thailand are strong in protecting ethnic women, the process hardly goes forward and lack of response and support from government further harms their struggles for survival.

➤ One Stop Crisis Center, Nakorn Ping Hospital

Founded in 2003, the center has provided physical as well as mental health care to the victims of domestic violence.

The following are the summary of the participants' experiences and leanings:

- We have spoke to victims of domestic violence who were brought to Hospital because of physical and mental abuse.
- Firstly, we were impressed by the effort of Thai government to establish such an institution which specifically deals with victims of domestic violence while no authority pays attention to looking after them.
- However, we heard that after some years, the government stopped support. We believe that the government should resume their support because vulnerable people need services provided by Center.
- The victims expressed their courage to move on but they also pointed out lots of obstacles that they have undergone. They felt that they have been forgotten within the society and also they felt it very difficult to find justice.
- We were surprised when we heard some people saying that judges have no humanity. It reveals how hard it is for them to find justice.
- We have learned that we need to be sensible to those vulnerable people in our own society as we have an obligation to serve those people.
- We have also recognized that we could be the engine of changes.

After the participant's presentation, **Ms. Jackie Pollock** from MAP added organizations' view on these activities on behalf of other organizations. She appreciated the fact that judges visited their organization for the first time and were exposed to the real lives of those women. She noted that it is also good that every group mentioned those women's unity and solidarity as an impressing point. However, it should not be forgotten that they need wider community and society supports. Finally, she hoped that the judges would take what they have learned on the field trip and use it back home.

To sum-up, **Justice D.R. Campbell** briefly recapped the importance of judicial education. He emphasized the importance of learning as a person, learning as a professional, and using knowledge in a way that we have not used it before.

▲ "Doubt is the key to all knowledge." –Arabian Proverb→**Learning as a person**

▲ "The wisest mind has something yet to learn." –George Santayana(Spanish-born Philosopher)→**Learning as a professional**

▲ "The great aim of education is not knowledge but action." –Herbert Spencer, British Philosopher and Sociologist→**Using knowledge for action**

Ms. Naina Kapur highighted an example of the impact of judicial equality education in decision-making. It was the case of Vishaka vs. State of Rajasthan which she litigated. The case was about the gang rape of a social worker advocating against child marriage by her own colleagues in a village in Rajasthan and the failure of local officials to investigate. Women's organizations encouraged her to file a criminal case but Ms Kapur, as the Legal Counsel for the case, did not agree because in many of these cases she thought that judges have certain assumptions about the victims of sexual violence. Instead, Ms. Kapur helped her file the case of equality rights to work. This was filed in 1992 when CEDAW was not ratified by India and it took 5 years to be concluded. In 1997, the Judge who endorsed a judicial education programme (the Asia Pacific Forum on Judicial Education on Equality Issues) gave a decision using General Recommendation and CEDAW, which became a landmark for a gender sensitive judicial decision.

Ms. Kapur highlighted judicial creativity that was shown in this case. Although there were a lack of domestic laws in India regarding sexual violence and India had not ratified CEDAW yet, the court took the quantum leap by exercising judicial creativity based on the idea that if there is a constitutional guarantee of equality and equal rights, we can read international laws into it. The judicial creativity made sexual harassment visible and made us realize the true concept of gender equality, the right to work with human dignity (focused in the rights to equality, to non-discrimination and to practice one's progress) and the right to life, and the protection against sexual harassment implicit in their rights.

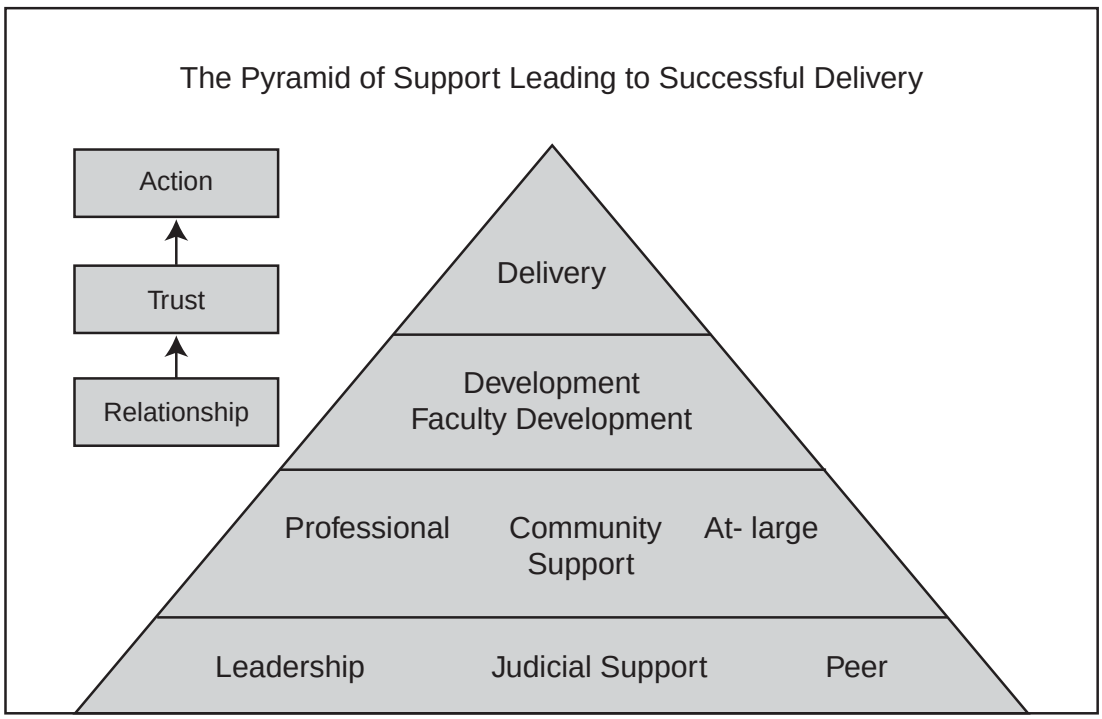
She summarized the lessons learnt from the case that:

- International law can be used to expand existing constitutional guarantee, enlarging human rights or filling the gaps in laws
- Gender sensitive judicial decisions can change social attitude
- "Strain the law in order to do gender justice"
- Promoting equality is about prevention of such violence by changing social attitude and creating redress.

SESSION FOUR : ESTABLISHING THE MECHANISM

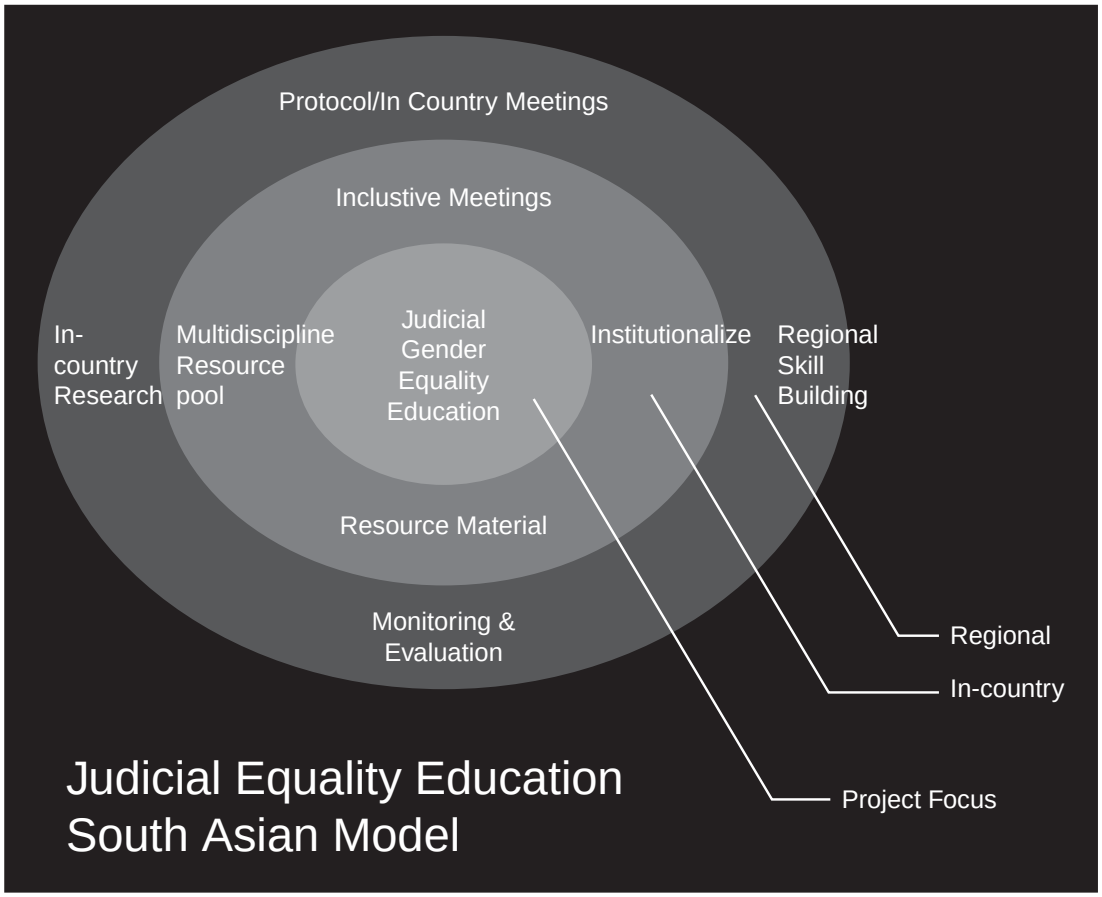
The 4th session on establishing the mechanism aimed to introduce the participants an effective judicial gender equality education module. The session was facilitated by **Justice D.R. Campbell** with support of **Ms. Naina Kapur** and **Ms. Smita Bharti**.

Firstly, building support networks with civil society was highly emphasized. It was pointed out that judges were reluctant to talk and learn from outside of the court. However, people outside the court especially those working on specific gender issues are the important sources of information and knowledge. Therefore, judges should not have any fears or hesitance to talk to civil society without worrying that they would be biased. In fact, there is no bias on learning since education is not politics.



The pyramid of support was presented to show what process is needed for successful delivery of learning. The pyramid suggested that judges can take a leadership role when they get back home and try to get support from their colleagues and peers in the judiciary. Then, they might extend the network to the community level. They can talk to civil society, various other professional groups, NGOs, learn from each other and build a support network. As they work together they can build trust and finally deliver changes to society.

Secondly, the South Asian experience on judicial equality education program was introduced as a concrete and successful model that utilized the pyramid of support. **Ms. Naina Kapur** provided an overview on key elements of the Asia Pacific Advisory Forum on Judicial Education on Equality Issues started in 1997. The Forum contintued mainly in the South Asian Region including India, Nepal, Pakistan, and Sri Lanka. This initiative has helped the judges pursue substantive equality and strengthen the NGO-judges partnership.



She highlighted 3 key elements of judicial gender equality education that the participants need to start thinking of. First of all, they need to identify the problem and establish the proof. When the problem is identified and proved, then they can consider how to establish leadership and trust. After that, finally they can design and deliver the project. Those below were the examples of South Asian cases.

- **Establish the Problem: Proof:** The forum started from a research to understand the perception of judges on women who access the courts in India. The researches were conducted in all level of court through interviews with judges, lawyers, litigants as well as civil society groups. The result showed that the judicial perceptions of those women are biased. Yet, 70% of judges were willing to participate in equality training on VAW. The research provided the basic rational that judicial education is necessary. Similar research was carried out in the other Forum member countries later.

- **Establish Leadership and Trust:** A regional meeting of superior court judges was organized to present the research findings and discuss how to address the judicial bias that the research identified. Civil society organizations were also invited to present the reality of issues such as Violence Against Women and discuss solutions. Because there was strong support of the Chief Justice of India on the research findings and the meeting, and high quality resource persons who were judges themselves were involved in the meeting, the nature of the meeting was judges talking with judges. This was crucial in establishing trust among participants and encouraging the leadership of judges. As a result, the judges recommended the establishment of the Asia-Pacific Forum on Judicial Education on Equality Issues to develop a judicial gender equality education programme.
- **Design and Delivery:** A Management Team comprised of Judges/NGO representatives from each country as well as advisors was established to oversee the operations of the Forum. The Management Team agreed on the judicial education approach, designed implementation plans, and became responsible for monitoring and evaluating progress. There was also a Resource Faculty Development team that developed various tools (role playing, group discussions, field visits, theatre, dance etc) to be used in delivering the education programme (now packaged into "Walking Wisdom". A creative equality education handbook for judicial education). The team also organized the training of trainers to build up resource persons (faculty) among the judges participating in the Forum. Now there are many judges in South Asia that serve as resource persons for in-country and regional workshops.

After Judge Campbell and Ms. Naina Kapur's presentations, the participants were asked to think about what they may need to do to start a gender equality judicial education programme in their own countries. They were guided to think of the following areas of action, modeled after the experience in South Asia:

- Pilot research
- Long-Term research
- Diplomatic support building (meaning building support of their superiors and peers)
- Resource faculty development
- Regional meeting
- In-country judicial education Programme
- Hard copy (meaning developing publication)

Day 3: Saturday 27 October

SESSION FIVE : LOOKING FORWARD

The participants were requested to present their action plans based on the areas of action suggested to them the previous day. Before the country presentations, Ms. Shoko Ishikawa of UNIFEM briefly outlined to participants the areas that UNIFEM support may be available. She explained that UNIFEM would be interested in supporting the countries to build up their support base (the Judicial Support and Community Support in the pyramid of support) which is crucial for initiating a sustainable and judge-owned equality education process. UNIFE would also be interested in supporting the development of resource persons at the regional level.

The country presentations that followed are detailed in the Annex to this report. All 7 participating countries have shown their interest and made efforts in developing judicial education programme on gender equality.

CLOSING REMARKS

Justice Sirichai Wattanayothin thanked co-organizer, UNIFEM and Chiang Mai University for providing him a chance to attend this meeting on gender equality education programme. He highlighted that it was a valuable experience for him to exchange ideas and experience on the gender equality issue with other judges from various countries, and it made him to realize there is a need of gender responsive judiciary for helping the people suffering from gender based discrimination. He hoped that all of his colleague would have a chance to be involved in judicial education on gender equality in the future.

UNIFEM and Chiang Mai University thanked the participants for their interest and efforts on judicial gender equality education and hoped they could elaborate more on what they have learned from the colloquium and bring about changes in their own countries. Participants were encouraged to contact the UNIFEM CEDAW SEAP National Coordinators to discuss follow-up on the action plans.

ANNEX 1: ACTION PLANS

Indonesia Action Plan

➤ Indonesia is very interested in enforcing gender justice in judicial processes and will promote education for prospective judges, and continuous training for judges with gender sensitive curriculum.

➤ Indonesia has anti-trafficking law and anti-DV law as well as a law prohibiting violence against children. However, in practice, we must try to enforce the principle of procedural law consistent with gender equality agenda to provide compensation to unbalanced position especially in hearing and trial in a court. Therefore, efforts would be made to amend provisions of procedural law and to ensure in detail enforcement of judicial processes that are gender sensitive.

➤ We are interested in meetings both at national and regional levels. Particularly regional meetings with South East Asia are important because we have similarity in terms of culture, levels of economy, customs and conventions

➤ At national levels, we will ask our colleague judges to participate in meetings like this, also encourage them to attend training of trainers workshops

➤ 500 women judges across the nation are expected to participate in gender equality training. 5 to 10 women judges who are very sensitive on this issue can initiate training of trainers programs.

➤ Somehow we need a legal umbrella to protect us in case we make decisions outside of our jurisdiction. Hence, we might need a kind of Memorandum of Understanding from the government bodies and support from civil society.

➤ Main focus is to develop training modules on gender sensitivity. Considering cultural norms that not everybody can train judges due to their higher status, we encourage training of trainer among judges as well as government to government training and cooperation.

➤ Finding funding sources are crucial in this process.

Action Plan in Details

Pilot research	Why	■ Cases of Violence against women constitute special conditions which require special attention by judges
	What	■ Gender sensitive content of the curriculum of education & training center
	Where	■ Technical judicial education & training center of the supreme court
	Who	■ Indonesian women, especially in the regions where crimes or violence against women prevail
	How	■ Government to Government
	When	■ 2008
Long Term Research	Why	■ As a basis for making decision
	What	■ The urgency of gender sensitivity in law enforcement in court
	Where	■ The Supreme court of Indonesia
	Who	■ Judges and women victims of violence
	How	■ Government to Government
	When	■ After completion of pilot project
Diplomatic Support Building	Why	■ Funds and Skills from home and abroad are needed
	What	■ Establishing collaboration through a memorandum of understanding
	Where	■ The Supreme Court
	Who	■ The Supreme Court and Donor Agencies, NGOs
	How	■ Government to Government
	When	■ After completion of long term research
Resource Faculty Development/Resource Team meeting	Why	■ Preparing education for judges
	What	■ Equipping curriculum with gender sensitivity
	Where	■ Technical judicial education and training center of the supreme court
	Who	■ Indonesian judges, especially within religious judiciary and gender judiciary
	How	■ Refining and developing gender sensitive, adult-learning methods
	When	■ After completion of long-Term research
Regional meeting	Why	■ Necessary for comparison and uniformity among countries
	What	■ Seminars and workshops
	Where	■ Jakarta/Bali

	Who	■ Asian countries
	How	■ Government to Government
	When	■ After completion of long term research
In country Judicial Education Programme	Why	■ Routine activities of education and training center of the supreme court
	What	■ Adding gender sensitivity curriculum
	Where	■ Education and training center of the supreme court
	Who	■ Indonesian judges
	How	■ In a continuous fashion
	When	■ Regularly after the completion of long term research
Hard Copy	Why	■ The existing curriculum has not specifically included gender sensitivity
	What Where	■ Establishing a curriculum on gender sensitivity ■ Technical Education and training Center
	Who	■ Those in the research and development division of the law
		and judicial education and training center of the supreme court of Indonesia
	How	■ Working together with education centers and related agencies
	When	■ After completion of long term research

Time Line Framework

3 Months	6 Months	9 Months
■ Get Support and endorsement from Chief Justice to create working group ■ Plan stakeholder meetings on judiciary education	■ Complete gender sensitive curriculum for judicial education ■ Design and develop Training of Trainer program ■ Building monitoring and evaluation system	■ Training of Trainers among judges at regional level ■ Activities during 3-6 months keep continued

Thailand Action Plan

➤ Judges agree that the issues that they saw during the field trip must be resolved

➤ Recently, Thailand has new laws on VAW, trafficking and child protection. Also Thailand have ratified ICCPR, CRC as well as CEDAW to comply with international standards of human rights. However, there are still problems with new laws especially the ones made during the military coup because there was not enough time to draft. In addition, we have more difficulties in enforcing such law in practice.

➤ Thus, we proposed programmes that encourage judges to have more understanding in these issues.

➤ As judiciary is a passive organization that wait for people to come, improving people's access to justice is sometimes difficult to judiciary itself. Yet, there is a strong need to break down the wall that blocks the way to court rooms. In order to do that we need to form a network sharing resources and experiences.

➤ We planned to have more seminars, workshops, and conferences. But before organizing seminars and conferences, firstly, we have to clarify the concept of gender equality and gender justice. We might explore conceptual framework of gender justice through researches.

➤ Second issue is how to implement CEDAW effectively. Because Thailand has dual system, it is often hard to transfer international laws into domestic laws. Thus, we are willing to join international forums on CEDAW implementation to see how others can tackle this issue.

➤ Everything that is discussed in this workshop is very new to us. We need more resources on CEDAW and how to convince judges to learn about gender justice.

➤ While discussing, certain terminologies were not in agreement.

➤ We might need to elaborate more on this long-term action plan.

Action Plan in Details

Pilot research	Why	■ There is still a debate among judicial members, women's activists, academics on the terminology of gender bias
	What	■ Survey: understanding of "Gender Equality/Gender Bias" Conceptual framework on what gender bias is
	Where	■ Bangkok
	Who	■ First instance, Appeals, supreme court
	How	■ Questionnaire, Interview
	When	■ 2008(6 months)

Long Term Research	Why	■ There is no practice
	What	■ Member State compliance with CEDAW: The judiciary: Judicial decisions (supreme court)
	Where	■ Thailand
	Who	■ Judicial Research Institute, Universities, Women's NGOs
	How	■ Team Research-Planning/Training on CEDAW, Design, Conduct, Analysis
	When	■ 2008-2009
Diplomatic Support	Why	■ The issues are relevant to all above groups
Building	What	■ Networking, Building alliance among judicial members,
		women's rights groups, academics(forming gender justice network); Training, Seminar, publication, public forum
	Where	■ Bangkok, regions of Thailand
	Who	■ Judges, activists, academics, lawyers, media
	How	■ Identify target groups and division of work, brainstorm, plan, implement
	When	■ 2009
Resource Faculty Development/Resource Team meeting	Why	■ Exposure to new information, more comprehensive analytical tools
	What	■ Colloquium, Training, Field visits, dialogues with stakeholders, tribunal, mock trial; International standards of human rights, women's human rights
	Where	■ Bangkok and regions of Thailand
	Who	■ Judicial Members, activists, academics, lawyers, media
	How	■ Colloquium, Training, field visits, Dialogues with stakeholders, tribunal, mock trial
	When	■ 2009
Regional meeting	Why	■ To have a broader perspective on the existing judicial systems and cooperate with the progressive gender justice network in the region
	What	■ Judicial Members, civil society, academics in Asia Pacific comparing civil and common law systems; Sharing experiences and challenges in the process to comply with CEDAW
	Where	■ Successful common law and civil law countries in Asia-Pacific
	Who	■ Judicial members, civil society, academics in Asia Pacific

	How	■ Identify target groups and division of work, Brainstorm, plan, implement
	When	■ 2009
In country Judicial	Why	■ There is no specific attention in the Judicial training institute
Education Programme	What	■ Colloquium with the Judiciary on women's human rights and human rights of trafficked women, institutionalization of gender equality education; Curriculum on international standard of human rights and women's rights
	Where	■ Across the country
	Who	■ Judicial members, civil society, academics, media, administrators of the judicial training institute, Secretary general, office of the judiciary
	How	■ Series of planning, design, implementation
	When	■ 2009-2010
Hard Copy	Why	■ For public and policy attention
	What	■ Electronic and documentation of research findings, Training modules, press kits, audio-visual media(short film, documentary in national and foreign languages), Production of relevant materials e.g. Translation of international experience
	Where	■ Thailand and the Asia Pacific region
	Who	■ Judges, activists, academics, lawyers, media, general public
	How	■ Public events in Thailand and the Asia Pacific Region
	When	■ 2011

Time Line Framework

3 Months	6 Months	9 Months
■ Create Gender Justice Network of judges, activists, lawyers, and medias to build support base.	■ Conduct survey on understanding of gender equality of judges and litigants in collaboration with NGOs and academics ■ Initiate long-term research on member state's compliance with CEDAW	■ Plan for programmes such as colloquiums mock trials, seminars on human rights, trafficking, and judiciary process. ■ Formalize curriculum for gender education in judiciary

Timor-Leste Action Plan

➤ In order to be a career judge, competent magistrate or credible lawyer we are motivated to learn and commit to uphold moral and ethical consideration. We have acknowledge that we still have limited understanding of gender equality so that we should make an effort to know and learn about it.

➤ As Timor-Leste has a variety of cultural differences within the country as well as strong patriarchal values, it made difficult to consider gender equality in a consistent manner.

➤ Human resources, financial support, technical assistance are great in needs to help improve knowledge and skills.

➤ We are interested in in-county programmes as well as regional meetings because we want to share experience; how to get information, method of pedagogy, and bring it back to our countries.

➤ We are expecting to get technical support from experts, to coordinate the process with NGOs, and private and public lawyers.

Action Plan in Details

Pilot research	Why	■ A variety of culture/ Patriarchal society
		■ Limited understanding of gender equality
	What	■ Culture ■ Lack of means of information and institution ■ Gender awareness
	Where	■ Timor-Leste and Asian region
	Who	■ International experts with national resources
	How	■ Interview ■ Survey ■ Observe court hearings
	When	■ Mid 2008, 3 months
Long Term Research	N/A	N/A
Diplomatic Support Building	Why	■ Lack of Funding ■ Lack of Experts
	What	■ Knowledge or education, training and skills
	Where	■ Timor-Leste and Asian Region
	Who	■ Government Authorities, diplomatic agencies and members, international agencies, and UN agencies
	How	■ Technical assistance and resources

	When	■ Early 2008/First Trimestre
Resource Faculty Development/Resource Team Meeting	Why	■ To analyze the issues and integrate information and ideas on gender equality
	What	■ Harmonize laws with CEDAW convention
	Where	■ Timor-Leste
	Who	■ NGOs and Judicial Training Center
	How	■ Meetings, Decision-making, Action Plan
	When	■ Mid 2008
Regional meeting	Why	■ Sharing of experience and knowledge ■ Contribution of Experts
	What	■ Gender equality issues and CEDAW
	Where	■ Southeast Asian and Pacific Region countries
	Who	■ Asia Pacific Forum expert ■ UNIFEM, UNICEF, International NGOs who involve in gender equality issues
	How	■ Training, Workshops, conferences, facilitators, Training of Trainers
	When	■ Throughout the year
In country Judicial Education Programme	Why	■ Upgrading knowledge of gender equality
	What	■ Design curriculum, information, annual action plan
	Where	■ Judicial Training Center in close cooperation with civil society and NGOs
	Who	■ Representatives from NGO, governments, judiciary, police, etc.
	How	■ Training, sharing information, field visits, colloquium,
		conferences
	When	■ End of 2008 or Early 2009
Hard Copy	Why	■ Archive ■ Sharing information ■ Review
	What	■ Hard copies and soft copies
	Where	■ Judicial training center
		■ Government ■ NGOs
	Who	■ Resource Team
	How	■ Publish
	When	■ 2010 after everything is done

Time Line Framework

3 Months	6 Months	9 Months
■ Reporting back to the council of coordination to enlist their support in terms of equality education in the country. ■ Coordinating with NGOs and women's groups to bring them into the judicial education initiative	■ Start planning towards judicial training center and training of trainers	■ Trainings for Ministry of Justice, prosecutors, chief justice ■ Training for judges supported by other 3 groups ■ Making visible need for gender equality.

The Philippines Action Plan

➤ Priority is in-country but acknowledge the need for international collaboration

➤ Plan focuses on 3 areas: Pilot research, Resource team building, and Regional programme.

➤ The most strategic way of implementing action plan is through the Committees on Gender Responsiveness of the Judiciary of the Supreme Court.

Action Plan in Details

Pilot research	Why	■ To find out the level of gender sensitivity and awareness on gender issues ■ To find out knowledge judges have of CEDAW and its use in judicial decisions
	What	■ Research
	Where	■ Metro-Manila where it is easy to access to resources
	Who	■ Committee on Gender Responsiveness of the Judiciary in the Supreme Court ■ Partners: University of Philippines women's study center, Women's NGOs ■ Target groups; judges in family court and pairing judges (who take over family court judges when they are sick or inhibited)
	How	■ Survey questionnaire: only sample that let us have a sense of where they were.

		■ Focus group discussion : choose participants and get an idea how to organize round-table discussion for wider consideration. ■ Round table discussion
	When	■ 6-9 Months
Long Term Research	N/A	N/A
Diplomatic Support Building	N/A	N/A
Resource Faculty Development/Resource Team Meeting	Why	■ Need resources
	What	■ Finding funds, experts, and trainers ■ Hard-copy materials
	Where	■ Metro-Manila
	Who	■ Committee on Gender Responsiveness of the Judiciary in the Supreme Court ■ Partners: University of Philippines women's study center, Women's NGO
	How	■ Most strategic way is through the Supreme Court's Committees on Gender Responsiveness of the Judiciary.
	When	■ 6-9 months
Regional meeting	Why	■ The purpose is to achieve gender equality for women in the court.
	What	■ Intend to do training and capacity building for judges on gender equality and gender justice. ■ Focus on anti-trafficking law passed in 2003 and anti-VAW/DV law passed in 2004
	Where	■ Pilot research and pilot training will be in Metro-Manila. After testing the design and improve it to succeeding training. ■ The program is expanded to judges in 3 Philippine geographic regions: Luzon, Visayas, Mindanao
	Who	■ Committee on Gender Responsiveness of the Judiciary in the Supreme Court. ■ Civil society Partners: Women's study centers, Women's NGOs
	How	■ Methodology would be seminars and workshops
		■ Training judges write in gender sensitive manner in their decision, e.g. gender sensitive word usage.

	When	■ March2008-March 2009 ■ First thing to do is to submit report to the Supreme Court on what they have learned and what they hoped to the chief of Supreme Court.
In country Judicial Education Programme	N/A	N/A
Hard Copy	N/A	N/A

Time Framework

3 Months	6 Months	9 Months
■ Justices, participants of this workshop will submit a report to the Supreme Court; Committee on Gender Responsiveness of the Judiciary and the Supreme court administrator ■ Meeting with the chair person of the Committee on Gender Responsiveness and the Chancellor of the Philippine Judicial Academy to talk about gender equality education, –to generate interest and get it into their agenda ■ Meetings with vice chair persons of the Committee and members	**If the Supreme Court committee on gender approves the project:** ■ Follow up with the Supreme Court Committee on Gender Responsiveness ■ Give out collected material to judicial academy for development of curriculum. ■ Make a list of available research, publication on gender sensitivity in the judiciary and prepare the questionnaire for family court judges and women's rights lawyers ■ Find possible funders ■ Find potential civil society partners who have the experience for the pilot research and the training of judges	■ Conduct pilot training of family court judges and pairing judges ■ After pilot training, the training team and Philippine judicial academy may make an evaluation and revise the training design. ■ Continuous training

Viet Nam Action Plan

➤ We are very interested in judiciary operation in terms of gender equality and enforcement of gender equality laws

➤ Although regional or international meetings would be helpful, our priority concern lies in in-country programmes as we can change many people in our country.

➤ However, we do not exclude regional efforts as we expect that the outcome of regional/international meetings where we learn knowledge and skills will be valuable inputs for in-country trainings.

➤ Our programmes will target judges and prospective judges. Judges in local/provincial court is a priority target because they are the ones who deal with domestic violence at the first hand.

➤ We need inputs and contributions from domestic as well as supreme court, Vietnamese Labour Union, Vietnamese Women's Union is very important. Also, we would appreciate technical and financial support from other international agencies including UNIFEM and NGOs.

➤ We would like to provide judges with gender analysis, equality in education regarding women and children, gender knowledge and experiences, gender actions and other development matters brought to us by international experts or consultants in the field. Through these, court judges can be equipped with knowledge and skills to apply it to their decisions.

➤ We will begin with conducting social surveys, then discuss issues, and finally develop program including training of trainers module. After designing the training modules we would like to deliver it across regions in Vietnam.

➤ We should also promote evaluation of training course.

Action Plan in Details

In-Country Judicial Education Programme	Why	■ Gender issue is new in Vietnam ■ Judges lack knowledge and practice regarding gender issues ■ There is a need to review law, mechanisms from gender perspective ■ Expectations on having progress in gender equality on adjudications and court decisions through judges' enhanced knowledge ■ Bringing laws into society
	What	■ Knowledge on gender and gender equality, CEDAW, laws on gender equality

		■ Providing skills(gender analysis, interpreting it into laws) ■ Sharing with gender experts and social scientists ■ Practicing skills/Field visit ■ Developing of action plan(by groups or individuals)
	Where	■ Courts of provinces ■ Courts of districts
	Who	■ Judicial training school ■ Judicial academy ■ Law schools/faculties ■ NGOs working on gender equality
	How	■ Social survey in the judiciary as well as in society especially the vulnerable targeted groups ■ Meetings, consultations. ■ Developing of training materials/programmes/plans ■ Training of trainers ■ Widespread training ■ Monitoring and evaluation ■ International cooperation (study-tour, seminars, workshops)
	When	■ 2008-2010

Time Line Framework

3 Months	6 Months	9 Months
■ Conduct baseline survey ■ Workshop discussing the result of survey	■ Get support for equality education	■ Pilot Training of Trainers by the end of 9 months

Cambodia Action Plan

➤ We have understood the importance of doubt, knowledge and action.

➤ We are interested in delivering judicial program in addition to gender training. The target groups are existing judges and new student judges.

➤ We were interested in both in-county and regional trainings/workshops. Through in-country programmes, we need to expand our knowledge as achieving equality is directly in our hands.

➤ Cambodia has laws on victims protection, land law, laws on DV. And we recently adopted Civil Code about succession which is very different from the previous one. We would like to transfer these laws into real action.

➤ In regional meetings, we would like to exchange experience relating legal text with reality.

➤ Judges can initiate this process through sharing information from this seminar to other judges.

➤ Triangle cooperation: judiciary, Royal Academy for judicial profession, and civil society is crucial. Also, we look for partnership with Ministry of Women's Affairs, NGOs and CEDAW committee. UNIFEM and Council for legal and judicial reform expected to assist.

➤ Cambodia commits to ensure women's rights and to open broader access to women to court.

Time Line Framework

3 Months	6 Months	9 Months
■ Meeting with NGO, CEDAW committee. ■ Agreement with Ministry of Justice for gender trainings	■ Contact the Ministry of Justice and Council for legal and judicial reform seeking their support ■ Integrate gender equality with new civil procedure, new criminal procedure in the existing training programmes for judges at Royal Judicial Academics	■ Action continued ■ Enroll other judges in education on gender equality

Lao DPR Action Plan

➤ Laos is fully aware of the obligation to report as a member state of CEDAW. Our constitution and laws also promote development and protection of women. We have tried to deliver these laws to each state organization but yet not all understand these laws.

➤ Therefore, we need a judicial program on how to improve knowledge of government officials and civil society members to fully understand about gender equality.

➤ In Lao DPR, the rule of law is very young so we need many activities. Both in-country and regional meetings are required in order to learn and exchange experiences of law enforcement.

➤ Judges, Women's Union, Trade Union, Youth Union and Bar Association will initiate the process/activities.

➤ Even if we have local resources, it is not enough to handle the program. In addition, every institution has their own way of doing things so that hard to cooperate. Hence, we might need experience from international experts at the first hand. But later on, we might encourage domestic trainers.

➤ We also need funding and resources from social organizations or international organizations due to lack of funding from the government.

Time Line Framework

3 Months	6 Months	9 Months
■ Working with the Ministry of Justice towards developing handbook on gender sensitivity	■ Carrying out Training of Trainers	■ Workshops on trafficking and domestic violence with judges and other civil society members

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีวาระการดำรงตำแหน่ง ๖ ปี และดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๕๗

กำหนดให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ดังนี้

๑. ตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็น การละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือไม่เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศ เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี และเสนอมาตรการแก้ไขที่เหมาะสมต่อบุคคล หรือหน่วยงานที่กระทำหรือละเลยการกระทำดังกล่าวเพื่อดำเนินการในกรณีไม่ปรากฏว่าไม่มีการดำเนินการตามที่เสนอให้รายงาน ต่อรัฐสภาเพื่อดำเนินการต่อไป

๒. เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่เห็นชอบ ตามที่มีผู้ร้องเรียนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

๓. เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครอง ในกรณีที่เห็นชอบตามที่มีผู้ร้องเรียนว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดในทางปกครองกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

๔. ฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมแทนผู้เสียหาย เมื่อได้รับการร้องขอจากผู้เสียหายและเป็นกรณีที่เห็นสมควรเพื่อแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

๕. เสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย และกฎต่อรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

๖. ส่งเสริมการศึกษา การวิจัย และการเผยแพร่ความรู้ด้านสิทธิมนุษยชน

๗. ส่งเสริมความร่วมมือและการประสานงานระหว่างหน่วยราชการ องค์การเอกชน และองค์การอื่นในด้านสิทธิมนุษยชน

๘. จัดทำรายงานประจำปีเพื่อประเมินสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนภายในประเทศและเสนอต่อรัฐสภา

๙. อำนาจหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

ในการปฏิบัติหน้าที่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนรวมของชาติและประชาชนประกอบด้วย

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจเรียกเอกสารหรือหลักฐาน ที่เกี่ยวข้องจากบุคคลใดหรือเรียกบุคคลใดมาให้ถ้อยคำ รวมทั้งมีอำนาจอื่นเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

๑. ศาสตราจารย์เสน่ห์ จามริก	ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
๒. ผู้ช่วยศาสตราจารย์จรัล ดิษฐาอภิชัย *	กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
๓. คุณหญิงจันทนี สันตะบุตร *	กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
๔. นางสาวนัยนา สุภาพึ่ง	กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
๕. นายประดิษฐ์ เจริญไทยทวี	กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
๖. นายวสันต์ พานิช *	กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
๗. นายสุทิน นพเกตุ	กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
๘. นางสุนี ไชยรส	กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
๙. นายสุรสีห์ โกศลนาวิน	กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
๑๐. คุณหญิงอัมพร มีศุข	กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
๑๑. นางสาวอาภร วงษ์สังข์	กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

---

* *ผู้ช่วยศาสตราจารย์จรัล ดิษฐาอภิชัย พ้นจากตำแหน่งเมื่อวันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๕๐*

* *คุณหญิงจันทนี สันตะบุตร พ้นจากตำแหน่งเมื่อวันที่ ๒๐ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๔๙*

* *นายวสันต์ พานิช พ้นจากตำแหน่ง เมื่อวันที่ ๑๒ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๕๑*

กระบวนการตรวจสอบเรื่องร้องเรียน

ผู้ร้อง ได้แก่
- ผู้ถูกละเมิด หรือผู้แทน
- ผู้พบเห็นการละเมิด

ร้องเรียนมายัง
- สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
- กรรมการฯ คนใดคนหนึ่ง
- องค์การเอกชนด้านสิทธิมนุษยชนที่คณะกรรมการฯ กำหนด

สถานที่ติดต่อ
๔๒๒ ถ.พญาไท (เชิงสะพานหัวช้าง)
เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ
ตู้ ปณ.๔๐๐ ปณจ.รองเมือง
กรุงเทพฯ 10330
โทร. ๐ ๒๒๑๙ ๒๙๘๒
โทรสาร ๐ ๒๒๑๙ ๒๙๔๐
สายด่วน ๑๓๗๗
E-mail:help@nhrc.or.th
Homepage:www.nhrc.or.th

ร้องเรียนโดย
- ทางจดหมาย
- ทางโทรศัพท์
- ด้วยตนเอง ณ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
- ทางโทรสาร
- ส่งข้อความทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) หรือสื่ออื่นๆ

ร้องเรียนโดยระบุ
- ชื่อ ที่อยู่ของผู้ร้องเรียนหรือผู้ทำการแทนที่สามารถติดต่อกลับได้
- ชื่อ ที่อยู่ บุคคลหรือหน่วยงานที่เป็นผู้ละเมิด
- รายละเอียดการกระทำหรือเหตุการณ์ที่มีการละเมิด

การร้องเรียนเมื่อถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน

คำอธิบายความหมายของเครื่องหมาย

รูปทรงดอกบัว คือ ความมีคุณธรรม ความเอื้ออาทรระหว่าง
เพื่อนมนุษย์ อันเป็นจริยวัตรอันดีงามของคนไทย

รูปคนล้อมเป็นวงกลม คือ การสร้างพลังความร่วมมือกับทุกภาคส่วนสังคม
เพื่อเสริมสร้างวัฒนธรรมสิทธิมนุษยชนให้เป็นส่วนสำคัญ
ในกระบวนการพัฒนาประเทศ

รูปมือ คือ การร่วมมือกับทุกภาคส่วนของสังคมทั้งในระดับประเทศ
และระหว่างประเทศในการโอบอุ้ม คุ้มครองศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์
สิทธิและเสรีภาพ ด้วยหลักแห่งความเสมอภาคและภราดรภาพ

สีน้ำเงิน คือ สีของความเชื่อมั่นของประชาชน และทุกภาคส่วน ของสังคม
คือ ความมุ่งมั่น อดทนในการทำงานเพื่อประชาชน
คือ ความสามัคคี และการประสานพลังอย่างหนักแน่น
จากทุกภาคส่วนของสังคม เพื่อเสริมสร้างวัฒนธรรม
สิทธิมนุษยชนในสังคมไทย