

## บทที่ 4

### ความคิดอันยอมความได้ในกรณีที่น่าความสัมพันธ์ระหว่างสามภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ ตามกฎหมายไทย

หากพิจารณาจากบริบทของสังคมไทยก็จะพบว่า สังคมไทยให้ความสำคัญกับเรื่องครอบครัวเป็นอย่างมาก เมื่อมองย้อนกลับไปในอดีตการแก้ไขปัญหภายในครอบครัว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการกระทำระหว่างสามีภริยา บิดามารดากับบุตร หรือความขัดแย้งอื่นใดระหว่างญาติพี่น้องในครอบครัวเดียวกัน ก็สามารถอาศัยเพียงการพูดคุยระหว่างกันเองได้ ยิ่งถ้าครอบครัวมีลักษณะเป็นครอบครัวขยาย ผู้อาวุโสหรือผู้ใหญ่ในครอบครัวก็จะเข้ามามีบทบาทในการไกล่เกลี่ยให้ทั้งสองฝ่ายได้พูดคุยกัน หรือหาทางแก้ไขปัญหาและพยายามให้มีการปรับความเข้าใจกัน เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้กำลังทำร้ายกันระหว่างสมาชิกในครอบครัว ซึ่งผู้อาวุโสหรือผู้ใหญ่ในครอบครัวที่เข้ามาช่วยนี้มักจะเป็นที่เคารพและเป็นที่ยอมรับของสมาชิกในครอบครัว ซึ่งสิ่งที่ได้กล่าวมานี้ล้วนมาจากค่านิยมและเอกลักษณ์ของสังคมไทยโดยแท้ อันส่งผลดีทำให้สามารถรักษาและดำรงสถานภาพความมั่นคงในครอบครัวไว้ได้ โดยไม่มีการฟ้องร้องหรือดำเนินคดีให้เกิดความแตกร้างในครอบครัว

#### 4.1 พัฒนาการของกฎหมายไทยที่น่าความสัมพันธ์ระหว่างสามภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติเป็นความคิดอาญา

หากจะพิจารณาถึงประวัติศาสตร์ของความคิดอันยอมความได้ตามกฎหมายไทยก็มีดังต่อไปนี้<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> เศรษฐบุตร อธิษัทรณวินิจ. เล่มเดิม. หน้า 7-13.

แม้ความผิดอาญาในปัจจุบันจะเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นส่วนใหญ่ แต่หากพิจารณาจากประวัติศาสตร์ของไทยตั้งแต่ยุคสุโขทัย จะพบว่า ในยุคดังกล่าวได้จัดการปกครองเป็นแบบพ่อปกครองลูก คือผู้ปกครองมีความใกล้ชิดกับประชาชน ให้ความเป็นกันเองและความยุติธรรมกับประชาชนเป็นอย่างมาก เมื่อประชาชนเกิดความเดือดร้อนไม่ได้รับความเป็นธรรม สามารถร้องเรียนกับพ่อขุนโดยตรงได้ โดยไปยื่นกระดิ่งที่แขวนไว้ที่หน้าประตูที่ประทับ ดังข้อความในศิลาจารึกที่ว่า

“...ในปากปทุมมิกดิ่งอันฉิ่งแขวนไว้หั้น ไพร่ฟ้าหน้าปกกลางบ้านกลางเมือง มีถ้อยความเจ็บท้องข้อใจ มันจักกล่าวถึงเจ้าถึงขุนบ่ไว้ไปปล้นกดิ่งอันท่านแขวนไว้พ่อขุนรามคำแหงได้ (ศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงหลักที่ 1 ด้านที่ 1) ยินเรียกเมื่อถามสวนความแก่มันด้วยชื่อไพร่ในเมืองสุโขทัยนี้จึงชม...” (ศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงหลักที่ 1 ด้านที่ 2)

จึงเห็นได้ว่า การดำเนินคดีในกระบวนการยุติธรรมในยุคสุโขทัยเปิดโอกาสให้ประชาชนเป็นผู้นำคดีขึ้นสู่การพิจารณาวินิจฉัยของพระมหากษัตริย์ด้วยตนเอง โดยการมาขึ้นกระดิ่งที่ปากประตูเมืองเพื่อแจ้งข้อร้องเรียนต่างๆ

จนถึงสมัยกรุงศรีอยุธยา ประชาชนก็ยังเป็นผู้มีสิทธิดำเนินคดีต่อผู้กระทำผิดได้ตามเดิม ด้วยการมาร้องเรียนต่อทางราชการให้เป็นผู้ชำระความ

ต่อมาเมื่อพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชได้ทรงสถาปนากรุงรัตนโกสินทร์ขึ้นเป็นราชธานี ได้ทรงโปรดฯ ให้มีการชำระกฎหมายเสียใหม่ เรียกว่า “กฎหมายตราสามดวง” ซึ่งลักษณะการดำเนินคดีตามกฎหมายตราสามดวงยังคงปรากฏว่าให้ราษฎรเป็นผู้ดำเนินคดีได้ และเปิดโอกาสให้ราษฎรสามารถยอมความได้เอง ดังที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายลักษณะตระลาการ ข้อที่ 9 ที่บัญญัติว่า

“มาตราหนึ่ง ทวยราษฎรทั้งหลายมีคดีในกระทรวงใดๆ  
ใน  
แวนแคว้น } ก็ดี และลูกความทั้งสองข้าง ให้นำหนังสือ  
นอก

เอกสารยอมกันต่อตระลาการว่า มิว่ากันแล้ว ท่านว่ามันเอาหนังสือยอม  
นั้นได้เป็นสัญญา อยู่มาข้างหนึ่งทำหนังสือท้วงติง ยอมความลูกปลุก  
ความนั่งแปรถ้อยคินคำ ว่า มิยอมเล่าไซ้ ท่านบมิให้ฟังคำมันคนร้าย

แปรถ้อยคำกว่านั้นเลย ท่านให้ฟังเอาหนังสือขอมันเป็นสัญญาฯ”<sup>2</sup>

จึงเห็นได้ว่า แนวคิดในเรื่องการดำเนินคดีและการขอมความระหว่างผู้เสียหายกับผู้ต้องหาได้ปรากฏเป็นหลักฐานในทางกฎหมายไทยเรื่อยมา

ต่อมาในสมัยของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ประเทศไทยได้ตกลงทำสนธิสัญญายกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตให้แก่คนในบังคับของประเทศตะวันตกกับเซอร์จอห์น เบาริง กลายเป็นสนธิสัญญาเบาริง เพราะประเทศเหล่านั้นเห็นว่า กระบวนการยุติธรรมของไทยในขณะนั้นยังไม่มีหลักประกันความแน่นอน เนื่องจากปกครองด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อีกทั้งกฎหมายต่างๆ ยังกระจัดกระจายไม่เป็นหมวดหมู่ และยังมีปัญหาเรื่องการให้สินบนผู้พิพากษา ขั้นตอนการพิจารณาคดีที่ล่าช้า และบทลงโทษที่รุนแรงด้วย<sup>3</sup>

จนถึงรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงเห็นว่าทางเดียวที่จะแก้ปัญหาลักษณะสภาพนอกอาณาเขตได้ก็คือ การปรับปรุงระบบศาลและระบบกฎหมายไทยให้อยู่ในระดับที่ชาวตะวันตกยอมรับ ซึ่งเป็นวิธีเดียวกับที่ประเทศญี่ปุ่นเคยใช้ในการยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับประเทศตะวันตก กล่าวโดยสรุปก็คือ พระองค์ทรงเริ่มปฏิรูปกฎหมายอาญาเสียก่อน มีการจ้างนักกฎหมายฝรั่งเศส คือ นายจอร์จ ปาดู (Georges Padoux) มาเป็นที่ปรึกษาในการร่างกฎหมาย<sup>4</sup> ในที่สุดก็ได้มีการประกาศใช้ “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2451 ซึ่งถือได้ว่าเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย ต่อมาในพ.ศ. 2499 ได้มีการปรับปรุงกฎหมายใหม่ คือ “ประมวลกฎหมายอาญา” ฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ซึ่งเริ่มใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 เป็นต้นมา

ในกฎหมายลักษณะอาญามีการยอมรับแนวคิดในการกำหนดความผิดอันขอมความได้ ดังที่ปรากฏใน มาตรา 6 (7) ของกฎหมายลักษณะอาญา ที่บัญญัติว่า

“ความผิดต่อส่วนตัวนั้น ท่านหมายความว่า บรรดาความผิดที่จะฟ้องขอให้ศาลพิจารณาทางอาญาได้แต่เมื่อผู้ต้องประทุษร้ายหรือเสียหายนั้นได้มาร้องทุกข์ขอให้ว่ากล่าว”

แต่เมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายอาญาก็มิได้เรียกว่า “ความผิดต่อส่วนตัว” แต่เรียกว่า “ความผิดอันขอมความได้” ตามลักษณะของความผิด<sup>5</sup> โดยเมื่อได้พิจารณาจากรายงานการ

<sup>2</sup> นิติศาสตร์ไพศาล, พระยา. (2502). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย คำสอนชั้นปริญญาตรี. หน้า 513.

<sup>3</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (ม.ป.ป.). แนวคิดและปรัชญาของกฎหมายปกครอง. สืบค้นเมื่อ 5 กันยายน 2554, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/printPublaw.asp?Publawid=1228>.

<sup>4</sup> แหล่งเดิม.

<sup>5</sup> ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 110/2500.

ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา จะเห็นว่า มีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอันยอมความได้ไว้ว่าควรมีลักษณะคือ

“พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ (สุทธิ จุณยานนท์) เห็นว่า “การที่จะกำหนดความผิดใดเป็นความผิดต่อส่วนตัวหรือไม่นั้น ควรต้องพิจารณาความรู้สึกของสาธารณชนที่จะป้องกันได้ เช่น เรื่องน้อ โกง ยักยอก (เพราะ : ผู้เขียน) หากผู้ที่ทราบว่าจะมีการน้อ โกงหรือยักยอก อาจจะพูดได้ว่า ... ก็คงจะไม่เชื่อหรือไม่มอบหมายทรัพย์สินให้ ซึ่งการกระทำผิดในลักษณะดังกล่าวนี้ย่อมแตกต่างไปจากการกระทำความผิดต่อเด็ก เช่น ความผิดฐานข่มขืนเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี เพราะการกระทำแก่เด็กๆ ย่อมไม่สามารถที่จะหาทางป้องกันได้

ส่วนหลวงจ่ารัฐนิติศาสตร์ (จ่ารัฐ โปษยานนท์) เห็นว่า “การกำหนดให้ความผิดฐานน้อ โกงให้เป็นความผิดต่อส่วนตัวนั้น มีความเหมาะสม เนื่องจากความผิดฐานน้อ โกงดูแล้วไม่น่าหวาดเสียว แต่ที่ว่าการผิดใดที่ไม่สามารถป้องกันได้ไม่ควรกำหนดให้เป็นความผิดต่อส่วนตัวนั้น ไม่น่าจะเหมาะสม เนื่องจากมีความผิดบางฐาน เช่น การเลียนป้ายการค้าของเขาก็ไม่มีใครจะป้องกันได้ แต่...ก็บัญญัติให้เป็นความผิดต่อส่วนตัวเหมือนกัน ดังนั้น ควรดูประเภทความผิดและผลที่เกิดขึ้น คือ ดูเป็นเรื่อง ๆ ไปว่าควรเป็นความผิดต่อส่วนตัวหรือไม่”<sup>6</sup>

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญาหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็มิได้ให้คำนิยามของความผิดอาญาแผ่นดิน หรือความผิดอาญาต่อส่วนตัวหรือความผิดอาญาที่ยอมความได้ไว้อย่างชัดเจน แต่หากเปรียบเทียบลักษณะเงื่อนไขการดำเนินคดีในความผิดต่อส่วนตัวตามกฎหมายลักษณะอาญากับลักษณะเงื่อนไขในการดำเนินคดีในความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญา จะเห็นได้ว่า มีความเหมือนกัน คือ ต้องให้ผู้เสียหายแจ้งความร้องทุกข์ก่อนศาลจึงจะสามารถพิจารณาพิพากษาคดีได้ ดังนั้น นักกฎหมายจึงมีความเห็นว่า ความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญา ก็คือ ความผิดต่อส่วนตัวตามกฎหมายลักษณะอาญา<sup>7</sup> นั่นเอง

เหตุที่ต้องทำความเข้าใจในความเหมือนกันของ “ความผิดอันยอมความได้” และ “ความผิดต่อส่วนตัว” นั้น มิใช่เหตุผลในทางกฎหมายสารบัญญัติแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ยังมี

<sup>6</sup> รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 279/63/2485 วันพฤหัสบดีที่ 19 กุมภาพันธ์ 2485.

<sup>7</sup> ชาตรี ศรีนวนนัต และวันชัย ศรีนวนนัต. (2528). คำอธิบายเรื่องความยินยอมในคดีอาญา : ความผิดอันยอมความได้ (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 49-50.

ผลกระทบถึงการตีความและการนำบทบัญญัติในทางวิธีสบัญญัติมาใช้กับกรณีด้วย เพราะตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาใช้คำว่า “ความผิดต่อส่วนตัว” ไม่ได้ใช้คำว่า “ความผิดอันยอมความได้” เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้ร่างขึ้นก่อนปี พ.ศ. 2477 เป็นช่วงเวลาเดียวกันกับที่กฎหมายลักษณะอาญามีผลบังคับใช้อยู่ ดังนั้น ถ้อยคำในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงสอดคล้องกับถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายลักษณะอาญา แต่เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญามีได้มีการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเสียใหม่ จึงยังมีถ้อยคำบางส่วนที่ไม่ตรงกันที่ต้องมีการตีความเพื่อสามารถบังคับใช้ได้ตามเจตนารมณ์ที่แท้จริง<sup>8</sup>

#### 4.1.1 ตามกฎหมายตราสามดวง

ลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัว ไม่ว่าจะในฐานะเป็นสามีภริยากัน หรือเป็นญาติกัน ก็อาจมีการกระทบกระทั่งกันบ้างหรืออาจมีการทำความผิดอาญาต่อกันบ้างในบางเรื่อง แต่เนื่องจากความใกล้ชิดสนิทสนมกันจึงทำให้การกระทำผิดดังกล่าวอาจกระทำไปด้วยความพลั้งเผลอหรือถือวิสาสะ หรืออาจเกิดจากอารมณ์โกรธหรือโมโหชั่วคราว หากกฎหมายไม่มีการลดหย่อนผ่อนปรนโทษให้เบาลงบ้าง ก็อาจส่งผลกระทบต่อสถานภาพความมั่นคงในครอบครัว อาจทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวร้าวฉานได้ และการที่กฎหมายบัญญัติให้มีการยอมความกันได้ในความผิดบางฐานที่โดยปกติยอมความกันไม่ได้นั้น ก็เพื่อที่จะธำรงรักษาไว้ซึ่งสถาบันครอบครัวอันเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคม เพื่อป้องกันไม่ให้ความผิดอาญานั้นเป็นเหตุที่ไปกระทบต่อความสงบสุขของครอบครัว ซึ่งในกฎหมายตราสามดวงก็ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้เช่นกัน ดังต่อไปนี้

##### 1) ความเป็นสามีภริยากัน

ในเรื่องของความเป็นสามีภริยากันนี้ กฎหมายมิได้ยกเว้นโทษไว้ทุกฐานความผิด ตามหลักแล้วกฎหมายจะยกเว้นโทษให้เฉพาะกรณีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์เท่านั้น ซึ่งหลักเกณฑ์นี้มีกำหนดไว้คล้ายคลึงกันไม่ว่าจะเป็นในกฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 หรือประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันซึ่งจะได้กล่าวต่อไป แต่ถ้าเป็นเรื่องที่กระทบต่อชีวิตหรือร่างกาย กฎหมายมิได้ยกเว้นโทษให้ ซึ่งในกฎหมายตราสามดวงก็มีกำหนดไว้เช่นกัน คือ ในพระ

<sup>8</sup> เศรษฐบุตร อธิษัทรรมวินิจ. เล่มเดิม. หน้า 13.

ไอยการวิวาทคำดี มาตรา 17<sup>9</sup> กำหนดว่า “ถ้าผู้เมียทะเลาะกันจนมีการตายเกิดขึ้น กฎหมายให้ลงโทษตั้งฉันทผู้อื่น” คือลงโทษประจุมิได้เป็นผู้เมียกัน จะเห็นได้ว่า แม้จะเป็นสามีภริยากันก็ตาม กฎหมายก็มีได้ยกเว้นโทษให้หากเกิดกรณีที่เกิดต่อชีวิต

## 2) ความเป็นเครือญาติกัน

ในกฎหมายตราสามดวงได้กำหนดขอบเขตความหมายของคำว่า “เครือญาติ” ไว้กว้างกว่าในปัจจุบัน (ที่กำหนดไว้เพียงผู้บุพการีกับผู้สืบสันดาน และพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันเท่านั้น) มาก กล่าวคือ รวมถึงลูกสะใภ้และลูกเขยด้วย

ตัวอย่างความผิดอาญาที่นำความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวมาเป็นเหตุในการบัญญัติ

พระไอยการลักษณะโจร มาตรา 146<sup>10</sup> กำหนดว่า “หากลูกเขยลักทรัพย์ของพ่อตาแม่ยาย หรือพ่อตาแม่ยายลักทรัพย์ของลูกเขย ลูกสะใภ้ลักทรัพย์ของพ่อผู้แม่ผู้ หรือพ่อผู้แม่ผู้ลักทรัพย์ของลูกสะใภ้ ลูกลักทรัพย์ของพ่อแม่ หรือพ่อแม่ลักทรัพย์ของลูก น้ำลักทรัพย์ของหลาน หรือหลานลักทรัพย์ของน้ำ ลูกดาปู่ย่าอวาลักทรัพย์ของหลาน หรือหลานลักทรัพย์ของลูกดาปู่ย่าอวอา หรือ

<sup>9</sup> พระไอยการวิวาทคำดี มาตรา 17 บัญญัติว่า

“มาตราหนึ่ง ผู้เมียวิวาทกัน ชายผู้ทุบตีฟันแทงหญิงผู้เมียตาย ให้ลงโทษตั้งฉันทผู้อื่น ถ้าหญิงทุบตีฟันแทงชายผู้เมียตาย ให้ลงโทษคุกกัน

มือ

ถ้าแก้งดีฟันแทงให้ตาย ท่านว่าให้ไหมโดยศักดิ์ ไม้ } สิ้นไหมให้เอาเข้าพระคลังหลวงจงสิ้น”

เหล็ก

<sup>10</sup> พระไอยการลักษณะโจร มาตรา 146 บัญญัติว่า

พ่อตา

“มาตราหนึ่ง ลูกเขยลักทรัพย์สิ่งของสิ่งใด ๆ ของ } ลักทรัพย์ของลูกเขย แลลูกสะใภ้

แม่ยาย

ลักทรัพย์ของพ่อผู้แม่ผู้ ๆ ลักทรัพย์ของลูกสะใภ้ ลูกลักทรัพย์ของพ่อแม่ ๆ ลักทรัพย์ของลูก น้ำลักทรัพย์ของหลาน ๆ ลักทรัพย์ของน้ำ ลูกดาปู่ย่าอวาลักทรัพย์ของหลาน ๆ ลักทรัพย์ของลูกดาปู่ย่าอวอา ที่ลักทรัพย์ของน้อง ๆ ลักทรัพย์ของพี่ ประการเท่านี้ท่านว่าไซ่อื่น เขาทรัพย์เรื่องเดียวกันยากไร้เขาเสียกันมิได้ ให้คืนแต่ทรัพย์สิ่งของนั้นให้แก่กัน จงโทษและปรับไหมให้แก่กันตั้งฉันทผู้อื่นมิได้ อนึ่ง ผู้เมียลักทรัพย์สิ่งของกันเอง ท่านมิให้เอาโทษตั้งฉันทผู้อื่นเลย แม้นลักแล้วจะหย่าแบ่งทรัพย์กันก็ให้บังคับให้โดยขนาด ถ้าญาติเขยสะใภ้ทั้งหลายก็คู่เคียงกัน”

แม้กระทั่งในกรณีพิพาททรัพย์ของน้อง หรือน้องลักทรัพย์ของพี่ เช่นนี้ กฎหมายท่านว่าไขข้อนี้ ให้คืน แต่ทรัพย์สิ่งของนั้นแก่กัน จะลงโทษและปรับไหมให้แก่กันดังฉันผู้อื่นมิได้” กล่าวคือ ที่กฎหมายไม่ลงโทษและปรับไหมก็เพราะเหตุเนื่องมาจากความเป็นเครือญาติกันหรือความเป็นครอบครัวเดียวกันนั่นเอง ซึ่งกฎหมายได้คำนึงถึงสถานภาพความมั่นคงและความเป็นปึกแผ่นของสถาบันครอบครัว และในกรณีที่ผู้เวรพิพาททรัพย์กันเอง กฎหมายก็มีได้เอาโทษดั่งฉันผู้อื่นเลย ทั้งนี้ น่าจะเป็นเหตุผลเดียวกับกรณีความสัมพันธ์ระหว่างเครือญาติตามที่กล่าวมาข้างต้น

ตามกฎหมายตราสามดวง เหตุที่กฎหมายบัญญัติยกเว้น โทษหรือลดหย่อนโทษไปถึง พ่อตาแม่ยาย พ่อพี่แม่พี่ ลูกเขยและลูกสะใภ้ด้วยนั้น น่าเชื่อว่าเป็นเพราะลักษณะของสังคมไทยในสมัยโบราณที่ครอบครัวเป็นครอบครัวขยาย กล่าวคือเป็นครอบครัวขนาดใหญ่ ลูกชายเมื่อแต่งงานแล้วส่วนใหญ่ต้องไปอยู่กับครอบครัวฝ่ายหญิง ทำให้ความผูกพันในครอบครัวมีสูง แตกต่างจากสังคมตะวันตก<sup>11</sup>

ซึ่งในกรณีที่กฎหมายนำเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวมาเป็นเหตุในการบัญญัตินี้ มิได้มีเพียงแต่เรื่องความผิดเกี่ยวกับทรัพย์เท่านั้น ยังมีกรณีอื่นๆ อีก เช่น กรณีที่เกิดการวิวาททำร้ายร่างกายของบุคคลในครอบครัวเดียวกัน กฎหมายได้กำหนดให้มีมาตรการในการขอขมาลาโทษกันได้กรณีที่ผู้ถูกทำร้ายนั้นไม่ถึงแก่ความตายและได้รับบาดเจ็บไม่ถึงสาหัส เพราะหากเกิดกรณีที่ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตายขึ้น แม้จะเป็นสามีภริยากัน กฎหมายก็ไม่ยกเว้นโทษให้ เช่น พระไอยการลักษณะผู้เวร มาตรา 57 และมาตรา 58 ซึ่งเป็นกรณีที่ลูกเขยทำร้ายร่างกายพ่อตาแม่ยาย กฎหมายเปิดโอกาสให้ลูกเขยขอขมาลาโทษ แต่ให้เรียกทัณฑ์บนไว้

คำ

มาตรา 57 บัญญัติว่า “...ถ้าชายนั้นวิวาท } ภรรยาแลจับหอกดาบธนูไม้สรรพอาวุธ

ตี

คำ

ทั้งปวงจะฟันแทงภรรยา พ่อตาแม่ยายญาติพี่น้องหญิงห้ามมิฟังก็ตี แลชายหยาบซ้ำ } ทูปลองฟัน

พ่อ

ตี

แทง } ผู้เฒ่าผู้แก่แห่งหญิงเจบปวดไม่ถึงสาหัสก็ตี ท่านว่าชายนั้นอุกอาจนักให้เอาสิ่งสินแล

แม่

<sup>11</sup> มนตรี เงินสวัสดิ์. (2549). “แนวคิดในการลงโทษของกฎหมายตราสามดวง”. หน้า 48.

ของๆ มันคืนให้แก่มัน ถองส่งขับมันเสียอย่าให้บาดใจหมอดั่งฉันผู้อื่น ถ้ามันยังรักเมียมันอยู่ มันขอลู

พ่อตา

กะโทษว่าตัวมันผิดแล้วให้มันแต่งเข้าตอกดอกไม้รูปเทียนผ้าหัวหนึ่งเล่าเข้าแปลโก้ไหว้ } ส้มัก

แม่ยาย

สมาแล้ว จึงให้มันอยู่กินด้วยลูกสาวสืบไป...”

และมาตรา 58 บัญญัติว่า “มาตราหนึ่ง ชายไปเลี้ยงลูกสาวท่าน ให้ย่าเกรงพ่อแม่ผู้เฒ่าผู้แก่แลญาติแห่งหญิง ถ้าชายมิพยคกินเล่า มักคำดีเมียตน พ่อตาแม่ยายห้ามปรามมิฟัง มันว่ากล่าวกินเลยหยาบซ้ำ แลให้เครื่องอันมีดีแก่พ่อตาแม่ยายก็ดี แลมันจุกละหุกดีเมียไปต้องพ่อตาแม่ยายก็ดี ให้มันแต่งเข้าตอกดอกไม้รูปเทียนสะมาพ่อตาแม่ยายแล้ว ให้เรียกเอาทานบไว้ พี่เมียน้ำเมียจุกเดียวกันแล”

นอกจากนี้ ในกรณีที่ภรรยาไม่ชู้ ตามกฎหมายปัจจุบันสามารถเป็นเหตุฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>12</sup> ได้ แต่ไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาว่าผู้เป็นสามีสามารถทำประการใดได้หรือไม่ แต่ในกฎหมายตราสามดวง ในพระไอยการลักษณะหัวเมีย มาตรา 8<sup>13</sup> ได้กำหนดไว้ว่า “ถ้าเมียนอกใจแล้วหัวจับได้ เมียนอนหงายชายชู้นอนคว่ำ ถ้าจะฆ่าก็ให้หัวฆ่าทั้งสองคน อย่าให้ฆ่าแต่เพียงคนเดียว ถ้าฆ่าแต่เมียกฎหมายให้หัวใช้ไหมตามบันดาศักเป็นพิไนยหลวง” จะเห็นได้ว่ากฎหมายอนุญาตให้สามีฆ่าภรรยาและชายชู้ทั้งได้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายปัจจุบันที่เป็นเพียงเหตุฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือในกรณีตามมาตรา 9<sup>14</sup> ที่กำหนดว่า “เมียทำชู้เหนือหัว หัวจับชู้ได้ไม่ทันจะพิจารณาก็บันดาศักโทษชู้ตาย กฎหมายให้พิจารณาว่าถ้าเป็นสัตย์จริงว่าชายนั้นเป็นชู้ กฎหมายไม่ให้เอาโทษ ถ้าหัวจะฆ่าเมียแต่เมีย

<sup>12</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (1)

<sup>13</sup> พระไอยการลักษณะหัวเมีย มาตรา 8 บัญญัติว่า “มาตราหนึ่ง หญิงนอกใจหัว หัวจับหญิงนอนหงายชายนอนคว่ำ ถ้าฆ่าชายนั้นเสียใช้ ให้ฆ่าหญิงนั้นเสียด้วย อย่าให้ฆ่าแต่ผู้เดียว ถ้าฆ่าแต่หญิงใช้ให้ไหมหัว ตามบันดาศักเป็นพิไนยหลวง”

<sup>14</sup> พระไอยการลักษณะหัวเมีย มาตรา 9 บัญญัติว่า “มาตราหนึ่ง หญิงใดทำชู้เหนือหัว หัวจับชู้ได้ไม่ทันพิจารณาบันดาศักโทษชู้ตายใช้ให้พิจารณา ถ้าเป็นสัตย์จริงว่าชายทำชู้ด้วยเมียมันจริง มิให้เอาโทษแก่ชายเจ้าเมียนั้นเลย ถ้าชายผู้หัวจับชู้ตายหญิง หญิงหนีรอดใช้ ให้เอาหญิงนั้นเป็นคนหลวง ท่านจงให้ลงโทษประการใด ตามพระราชอาญาท่านนั้นแล”

นั่นหนีรอด ให้เอาเมียนั้นเป็นคนหลวง กฎหมายจะให้ลงโทษประการใดให้เป็นไปตามพระราช  
 อาญา” กรณีนี้ก็เช่นกันที่กฎหมายไม่เอาโทษในกรณีที่สามีฆ่าชายชู้ตายถ้าปรากฏว่าชายนั้นเป็นผู้กับ  
 ภริยาตนจริง ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันไม่มีบัญญัติไว้เช่นนั้น ฉะนั้น จะเห็นได้ว่า  
 กฎหมายตราสามดวงนั้นได้ให้อำนาจผู้ในการที่จะฆ่าเมียตนเองและชายชู้ได้ สาเหตุอาจเป็นเพราะ  
 พื้นฐานทางสังคมไทยที่อยู่ในขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีที่เคร่งครัด การที่หญิงจะทำการชู้เป็นการ  
 ผิดศีลธรรมในตัวอยู่แล้ว ดังนั้น กฎหมายจึงได้ให้อำนาจผู้ที่จะกระทำกับหญิงแพศยาและชายชู้ได้  
 ทั้งนี้ เป็นไปเพื่อให้สถาบันครอบครัวคงอยู่ต่อไปอย่างยั่งยืนได้<sup>15</sup>

และยังมีกรณีที่กฎหมายได้กำหนดโทษไว้สำหรับการที่หลานทำชู้ด้วยเมียลุงตาป้าอานาน้ำ  
 น้ำพี่ตนเอง ตามมาตรา 35<sup>16</sup> และกรณีที่พ่อแม่ลูกพี่น้องยายหลานตาหลานลุงน้ำหลานทำชู้กัน ตาม  
 มาตรา 36<sup>17</sup> ซึ่งอาจเทียบได้กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285<sup>18</sup> ซึ่งถือเป็นเหตุเพิ่มโทษ

<sup>15</sup> มนตรี เงินสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 49.

<sup>16</sup> พระไอยการลักษณะผู้เมีย มาตรา 35 บัญญัติว่า “มาตราหนึ่ง หลานทำชู้ด้วยเมียลุงตาป้าอานาน้ำ  
 ตนเอง มันผู้มิกลัวเกรงมันมีอายแก่บ่าว

ตรวน	หญิง
ดั่งนั้นให้อามันคนร้ายจำใส่ ชื่อ } เอน้ำมีกักหน้าทั้ง	} เอาเชือกหนึ่งผูกคอเอาข้อมือตีเอนรอบตลาด
คา	ชาย

๒๕

แล้วเอาขึ้นขาหย่างยิงด้วยลูกสั้น โดย แลให้ตีด้วยลวดหนังคนละ } ที แล้วให้ทำแพลอยเสียนอกเมือง อย่าให้ดู

๕๐

เยี่ยงกัน ถ้าจะไถ่ลูกสั้น โดดมให้ยิงเล่มละ ๓๐๐๐๐”

<sup>17</sup> พระไอยการลักษณะผู้เมีย มาตรา 36 บัญญัติว่า “มาตราหนึ่ง พ่อแม่ลูกพี่น้องยายหลานตาหลานลุง  
 น้ำหลานทำชู้กัน ใช้ ให้ทำแพลอยผู้นั้นเสียในทะเล ให้เจ้าพ่อแม่พี่น้องพลเมืองท่านทั้ง ๔ ประตุไถ่ ๘ ตัว ให้พระ  
 สงฆพราหมณาจารย์

ฟ้า

สวดมนตรทำพิธีการระงับอุบาทว์จันไร น้ำ } จึงจะตกเปนประโยชน์แก่คนทั้งหลาย ฝ่ายพ่อแม่พี่น้องรู้ว่า

ฝน

ลูกหลานทำมิชอบมิได้ว่ากล่าว ท่านว่าเลมิคให้ลงโทษโดยโทษอาญาโทษ”

ส่วนกรณีที่มีการทำร้ายร่างกายด้วยเหตุทะเลาะวิวาทกันนั้น ถ้ามิได้บาดเจ็บถึงสาหัส กฎหมายตราสามดวงได้กำหนดไว้ว่า มิให้เอาโทษ แต่ต้องมีการทำขวัญให้กัน ซึ่งตรงนี้ก็เห็นได้ อีกว่ากฎหมายได้ขยายความออกไปรวมถึงพ่อตาแม่ยาย พ่อพี่แม่พี่ ลุงเขยลูกสะใภ้ และกล่าวถึง เมียหลวงเมียน้อยด้วย แตกต่างจากกฎหมายในปัจจุบัน ซึ่งได้แก่ พระไอยการวิวัตตาคำติ มาตรา 5<sup>19</sup> ที่กำหนดว่า “พ่อตาแม่ยายคำดีลูกเขย ลูกเขยคำดีพ่อตาแม่ยาย ลูกสะใภ้คำดีพ่อพี่แม่พี่ พ่อพี่แม่พี่ คำดีลูกสะใภ้ เมียหลวงคำดีเมียน้อย เมียน้อยคำดีเมียหลวง ปู่ย่าหลานตายหลานลุงป้าหลานอ้าว น้ำหลานคำดีกันก็ดี พี่เมียน้องเขยคำดีกันก็ดี ถ้าถึงแตกหักสาหัส กฎหมายให้ปรับไหม เปรียบเสมือนมิได้เป็นญาติกัน แต่ถ้าไม่ถึงกับแตกหักสาหัสแล้ว ให้นายร้อยแขวงนายบ้าน นายอำเภอบังคับว่ากล่าวกันตามผิดแลชอบ และให้นำดอกไม้ธูปเทียนผ้าถุงห่มเกล้าเปิดไถ่ไปทำ ขวัญ เพราะเหตุว่าจะตัดญาติกันมิได้” จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ในกฎหมายตราสามดวงได้ กำหนดคำว่าเครือญาติให้มีความหมายครอบคลุมกว้างกว่าในหลักกฎหมายปัจจุบันที่กำหนดไว้แค่ เพียงผู้บุพการีกับผู้สืบสันดานและพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป และใน กฎหมายตราสามดวงยังได้กำหนดยกเว้นโทษให้ในกรณีที่ทำร้ายร่างกายกันแต่ไม่ถึงสาหัสด้วย

#### 4.1.2 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

ความคิดในเรื่องการกระทำความผิดของบุคคลและการลงโทษนั้นเป็นสิ่งที่มียุติตั้งแต่ สังคมดั้งเดิมมาแล้ว ไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายใดก็ตาม อาจกล่าวได้ว่ามีมาก่อนที่มนุษย์จะ ได้จัด ให้มีระบบกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรเสียอีก การจัดทำประมวลกฎหมายหรือพระราชบัญญัติ เฉพาะที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาเป็นเพียงการรับรู้เรื่องดังกล่าวให้เป็นกิจจะลักษณะเท่านั้น

<sup>18</sup> อ้างแล้วในบทที่ 2.

<sup>19</sup> พระไอยการวิวัตตาคำติ มาตรา 5 บัญญัติว่า

พ่อตา	พ่อตา	พ่อพี่	
“มาตราหนึ่ง	} คำดีลูกเขย ๆ คำดี	} ลูกสะใภ้คำดี	} ๆ คำดีลูกสะใภ้
แม่ยาย	แม่ยาย	แม่พี่	

เมียหลวงคำดีเมียน้อย ๆ คำดีเมียหลวง ปู่ย่าหลานตายหลานลุงป้าหลานอ้าว น้ำหลานคำดีกันก็ดี พี่เมียน้องเขย คำดีกันก็ดี ถ้าถึงแตกหักษาหัดจึงให้ปรับไหมให้แก่กันดังอันผู้อื่น ถ้าถึงแตกหักษาหัดให้ให้นายร้อยแขวงนาย บ้านนายอำเภอ บังคับว่ากล่าวกันตามผิดแลชอบตามผู้ใหญ่ผู้น้อยให้คบบ้างเข้าดอกดอกไม้ธูปเทียนสินนุ่งห่มเกล้า เข้าเปิดไถ่ไปแปลงขวัญกันเพราะเขาเสียกันมิได้”

ทั้งนี้ เพราะโดยเหตุผลของเรื่องแล้วเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นก็ต้องมีการลงโทษ และโดยทั่วไปแล้วการพิจารณาธรรมชาติของความผิดอาญา (nature of crime) ย่อมจะไม่แตกต่างกันมากนัก ไม่ว่าจะในระบบกฎหมายใด<sup>20</sup>

การจัดทำกฎหมายให้เป็นประมวลนั้นเริ่มดำเนินการประกาศใช้ครั้งแรกในปี พ.ศ. 2451 ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรก ก็คือ “ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127” ซึ่งการจัดทำประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นี้ นับได้ว่าเป็นการเปลี่ยนจากการใช้กฎหมายไทยซึ่งใช้มาตั้งแต่ดั้งเดิมมาสู่ระบบกฎหมายแบบรัฐสมัยใหม่ สำหรับเหตุผลของการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวปรากฏอยู่ในพระราชปรารภเกี่ยวกับการประกาศใช้ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา<sup>21</sup> ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

ในสมัยโบราณใช้คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของมุนีสาราจารย์ซึ่งเป็นกฎหมายในมัชฌิมประเทศมาเป็นหลักกฎหมาย แต่เมื่อมีเหตุอันใดเกิดขึ้นซึ่งไม่สามารถใช้พระธรรมศาสตร์ตัดสินได้ จึงได้มีการตั้งพระราชกำหนดบทพระอัยการขึ้นมาเป็นแบบแผนสำหรับพิพากษาคดีที่จะมีขึ้นในภายภาคหน้า อย่างไรก็ดี พระราชกำหนดบทพระอัยการที่ได้ตั้งมาเป็นครั้งเป็นคราวนี้เมื่อเวลาผ่านไปนานวันเข้าก็มีมากมายและซับซ้อน ทำให้เกิดความลำบากในการที่จะพิพากษาอรรถคดี ซึ่งเป็นเพราะโดยการบ้านเมืองเปลี่ยนแปลงมาพันเหตุล่วงสมัยที่จะต้องให้พระราชกำหนดบทพระอัยการที่กษัตริย์องค์ก่อนๆ ได้ทรงบัญญัติไว้หลายชั่วอายุคนแล้ว หรือโดยเหตุที่พระราชกำหนดบทพระอัยการเก่าขัดขวางกับที่กษัตริย์ในภายหลังได้ทรงตั้งขึ้นบ้าง และอีกประการหนึ่งคือ ความลำบากด้วยเรื่องอำนาจศาลกงสุล กล่าวคือ การที่ประเทศไทยได้ทำหนังสือสัญญาทางพระราชไมตรีกับนานาประเทศ และหนังสือสัญญาทั้งปวงนั้นยอมให้กงสุลมีอำนาจตั้งศาลพิจารณาและพิพากษาคดีตามกฎหมายของประเทศนั้นๆ ในเมื่อคนในบังคับของประเทศนั้นๆ เป็นความกันเองหรือเป็นจำเลย แต่ต่อมาเมื่อการค้าขายกับต่างประเทศได้เจริญแพร่หลายมากขึ้น ความลำบากในเรื่องคดีที่เกี่ยวข้องกับคนในบังคับต่างประเทศก็ยังมีมากขึ้น เพราะเหตุที่คนทั้งหลายที่ประกอบการค้าขายอยู่

<sup>20</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส ก (2529, มิถุนายน). “กฎหมายลักษณะอาญา : ประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย”. วารสารนิติศาสตร์, 16, 2. หน้า106.

<sup>21</sup> พระราชปรารภให้ใช้ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. หน้า 2-7. อ้างถึงใน แสวง บุญเฉลิมวิภาส ก เล่มเดิม. หน้า 107-111.

ในบ้านเมืองเดียวกันต้องอยู่ในอำนาจศาลและอำนาจกฎหมายต่างๆ กันตามชาติของตน ทำให้เกิดความลำบากขัดข้องในการปกครองบ้านเมืองและกีดกันประโยชน์ของคนทั้งหลาย ตลอดจนชนชาติต่างๆ นั้นเองอย่างมาก จึงมีความประสงค์ที่จะยกเลิกวิธีศาลกงสุลต่างประเทศ ให้คนทั้งหลายไม่ว่าชาติใดบรรดาอยู่ในประเทศนั้นๆ ได้รับประโยชน์อยู่ในอำนาจกฎหมายและอำนาจศาลสำหรับบ้านเมืองแต่อย่างเดียวกัน ซึ่งจะเห็นได้ว่าประเทศญี่ปุ่นได้ริเริ่มจัดการเรื่องนี้ก่อนประเทศอื่น โดยมีการตรวจชำระกฎหมายของตน และจัดการศาลยุติธรรมให้เป็นไปตามสมควรแก่ปัจจุบันสมัยทั่วไป เหล่านี้เป็นเหตุผลที่ว่าเหตุใดจึงมีการจัดทำประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ขึ้น

สำหรับเหตุผลที่ประเทศไทยเลือกทำประมวลกฎหมายอาญาก่อนประมวลกฎหมายฉบับอื่นนั้น ก็เพราะในขณะนั้นคนไทยและเจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมายยังไม่ค่อยมีความรู้ความเข้าใจในการชำระกฎหมายแบบประมวล และในบรรดากฎหมายลักษณะต่างๆ กฎหมายอาญาเป็นประมวลกฎหมายที่ร่างได้ง่ายที่สุดและศาลต่างๆ สามารถที่จะเข้าใจได้ง่ายเช่นกัน ดังนั้น จึงเป็นการเหมาะสมที่จะเริ่มงานตรวจชำระและจัดร่างประมวลกฎหมายโดยการร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้นก่อน<sup>22</sup>

การร่างประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นี้ แม้จะได้มีการนำเอาหลักกฎหมายของต่างประเทศมาเป็นแนวในการร่าง แต่ผู้ร่างก็ได้ร่างโดยคำนึงถึงด้วยว่า หลักเกณฑ์ต่างๆ ที่จะนำมาใช้เป็นแนวทางนั้นจะต้องพยายามเขียนให้เข้าใจง่าย และที่สำคัญจะต้องเหมาะสมกับคนไทยและสภาพสังคมไทยด้วย<sup>23</sup>

จากที่ได้เคยกล่าวไว้หัวข้อกฎหมายตราสามดวงแล้วว่า การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันนั้น กฎหมายได้ยกเว้นโทษให้ แต่กฎหมายตราสามดวงดังกล่าวก็ได้บัญญัติไว้เพียงกรณีการลักทรัพย์เท่านั้น ทั้งนี้ ตามมาตรา 146 แห่งพระไอยการลักษณะโจร ซึ่งหากพิจารณาประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ก็จะพบว่ามีการบัญญัติไว้ในทำนองเดียวกัน

<sup>22</sup> Rene Geyon. (1919). *The Work of Codification in Siam*. p. 29. อ้างถึงใน แสง บุญเฉลิมวิภาส ก แหล่งเดิม. หน้า 111.

<sup>23</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส ก แหล่งเดิม. หน้า 112.

กล่าวคือ ในมาตรา 54<sup>24</sup> วรรคแรก กำหนดไว้ว่า “ผู้ใดที่กระทำความผิดฐานประทุษร้ายต่อทรัพย์ สมบัติตามมาตราที่กำหนดไว้ หากเป็นการกระทำแก่ทรัพย์ของญาติสืบสายโลหิตโดยตรง ชั่วไป คือ พ่อ แม่ ปู่ ย่า ตา ยาย ทวดของผู้กระทำเองก็ดี หรือกระทำแก่ทรัพย์ของญาติสืบสายโลหิต โดยตรงลงมา คือ ลูก หลาน เหลน ลื้อของผู้กระทำเองก็ดี กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำรับอาญาที่ กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับความผิดเช่นนั้นแต่กึ่งหนึ่ง” ส่วนมาตรา 54 วรรคสอง ก็ได้กำหนดไว้ว่า “ถ้าความผิดตามวรรคแรกเป็นความผิดที่สามมีกระทำต่อภรรยา หรือภรรยากระทำต่อสามี กฎหมาย ว่าผู้กระทำนั้นไม่มีโทษ” จะเห็นได้ว่า หากเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ระหว่างสามี ภรรยา ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 กำหนดให้เป็นเหตุยกเว้นโทษ เช่นเดียวกับ กฎหมายตราสามดวง พระไอยการลักษณะโจร มาตรา 146 แต่ในส่วนของการกระทำระหว่างเครือ ญาติตามมาตรา 54 วรรคแรกนั้น กฎหมายได้กำหนดให้ผู้กระทำต้องรับโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้ สำหรับความผิดเช่นนั้นแต่กึ่งหนึ่ง ซึ่งหากลองพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายตราสามดวง พระ ไอยการลักษณะโจร มาตรา 146 แล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดบทลงโทษไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ ในกฎหมายตราสามดวง ได้กำหนดแต่เพียงว่า ให้คืนทรัพย์สิ่งของนั้นให้แก่กัน แต่จะลงโทษและ ปรับไหมให้แก่กันเหมือนกับมิได้เป็นญาติกันไม่ได้ และข้อแตกต่างอีกประการก็คือ ในประมวล กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 54 วรรคแรกนั้น มิได้ขยายความของคำว่าเครือญาติออกไป จนถึงพ่อตาแม่ยาย พ่อพี่แม่พี่ และลูกเขยลูกสะใภ้ เหมือนดังเช่นในกฎหมายตราสามดวง

#### 4.1.3 ประมวลกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาวิวัฒนาการควบคู่กับความเจริญของมนุษย์มาตั้งแต่อดีต ได้รับการแก้ไข ปรับปรุงตามกาลเวลาให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองการปกครองของ ประเทศนั้นๆ โดยเฉพาะประเทศตะวันตกมีการศึกษาหลักกฎหมายอาญาอย่างเป็นจริงเป็นจัง ทั้ง

<sup>24</sup> ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 54 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดฐานประทุษร้ายต่อทรัพย์สมบัติ ตามที่กล่าวไว้ตั้งแต่มาตรา 288 จนถึงมาตรา 296 ก็ดี ตั้งแต่มาตรา 304 จนถึงมาตรา 321 ก็ดี ตั้งแต่มาตรา 324 จนถึงมาตรา 329 ก็ดี แลในมาตรา 340 นั้นก็ดี ถ้ากระทำแก่ทรัพย์ ญาติที่สืบสายโลหิตนับ โดยตรงขึ้นไป คือ พ่อ , แม่ , ปู่ , ย่า , ตา , ยาย , ทวด ของมันเองก็ดี นับโดยตรงลงมาคือ ลูก , หลาน , เหลน , ลื้อ ของมันเองก็ดี ท่านว่ามันควรรับอาญาที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับความผิดเช่นนั้นแต่กึ่งหนึ่ง

ถ้าแลความผิดเช่นนั้นเป็นความผิดที่สามมีกระทำต่อภรรยา หรือภรรยากระทำต่อสามี ท่านว่าไม่มีโทษ”

ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) และคอมมอนลอว์ (Common Law) จนเกิดหลักและทฤษฎีกฎหมายอาญาที่ดีและมีเหตุมีผล ที่สำคัญคือ หลักเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญา เมื่อลัทธิจักรวรรดินิยมแผ่ขยายมายังดินแดนต่างๆ ทำให้ประเทศไทยจำเป็นต้องปรับปรุงบ้านเมืองอย่างเร่งด่วน โดยเฉพาะการศาลและกฎหมาย เพื่อให้รอดพ้นจากการตกเป็นอาณานิคมของต่างชาติ กฎหมายอาญาได้รับการปรับปรุงก่อนเป็นอันดับแรกเนื่องจากเป็นกฎหมายที่กระทบถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากที่สุด โดยนำหลักกฎหมายบางเรื่องจากกฎหมายตราสามดวงมาผสมผสานกับหลักกฎหมายอาญาตะวันตก และจัดทำเป็นกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ขึ้น หลักเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ประกอบด้วย การกระทำโดยเจตนา การกระทำโดยประมาท ความสำคัญผิดในตัวบุคคล การกระทำโดยพลาด ความไม่รู้กฎหมาย ความวิกลจริต ความมึนเมา การกระทำโดยจำเป็น การกระทำเพื่อป้องกัน การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างญาติและสามีภริยา การกระทำตามคำสั่งของเจ้านักงาน บันดาลโทษ ความอ่อนอายุ และเหตุบรรเทาโทษ ต่อมา เมื่อประเทศไทยยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญาและประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาแทน หลักเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญายังคงได้รับการสืบทอดมาอย่างต่อเนื่องและมีการแก้ไขเพิ่มเติมเพียงเล็กน้อย เพื่อให้บทบัญญัติมีขอบเขตที่ชัดเจนและเหมาะสมยิ่งขึ้น ดังนั้น จึงถือได้ว่าหลักเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายลักษณะอาญาที่ถูกยกเลิกไปแล้ว ยังคงมีอิทธิพลต่อแนวความคิดในทางกฎหมายอาญาของไทยแม้จนปัจจุบัน<sup>25</sup>

เหตุผลในการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ก็คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ประกาศใช้มานานแล้วและได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่หลายแห่งกระจัดกระจายกันอยู่ จึงเป็นการสมควรที่จะได้ชำระสะสาง และนำเข้าสู่เป็นประมวลกฎหมายอาญาเสียในฉบับเดียวกัน อนึ่งปรากฏว่าหลักการบางอย่างและวิธีการลงโทษบางอย่างควรจะได้ปรับปรุงให้สมกับกาลสมัยและ

<sup>25</sup> คณพล จันทน์หอม. (2545). วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 : ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา. สืบค้นเมื่อ 7 กันยายน 2554, จาก

แนวนิยมของนานาประเทศ ในสมัยปัจจุบัน หลักเดิมบางประการจึงล้าสมัย สมควรจะได้ปรับปรุง เสียให้สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย<sup>26</sup>

ในส่วนของบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่นำความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา มาเป็นเหตุในการบัญญัตินั้น ผู้เขียนได้เคยกล่าวถึงไปแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.4 ซึ่งในที่นี้จะขอ กล่าวถึงเพียงมาตรา 71<sup>27</sup> เท่านั้น

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคแรก กำหนดไว้ว่า “กรณีผู้กระทำได้กระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ถ้าการกระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำที่สามี กระทำต่อภริยา หรือภริยากระทำต่อสามี กฎหมายบอกว่าผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ”

ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่กฎหมายกำหนดยกเว้นโทษให้หากเป็นการกระทำของสามี ภริยา ก็คือ ความผิดฐานลักทรัพย์ ฐานฉ้อโกง ฐานฉ้อโกงเจ้าหนี้ ฐานยักยอก ฐานรับ ของโจร ฐานทำให้เสียทรัพย์ และฐานบุกรุก

และ “ความเป็นสามีภริยา” ตามนัยแห่งมาตรา 71 นั้นต้องเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วย กฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งต้องเป็นสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ ต้องจดทะเบียนสมรสกัน โดยถูกต้องตามกฎหมายจึงจะถือว่าเป็นสามีภริยากัน<sup>28</sup>

เหตุผลของการยกเว้นโทษและการลดโทษนี้ มิใช่ว่าผู้กระทำไม่มีความชั่วตาม โครงสร้างความผิดอาญา (ความชั่วของผู้กระทำ) กรณีเป็นเหตุผลพิเศษที่ไม่อยู่ในโครงสร้าง ความผิดอาญา แต่เป็นเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบเรียบร้อย ความเป็นปึกแผ่นของ สถาบันครอบครัว เพราะกฎหมายมีอาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับทุกเรื่องในครอบครัวได้<sup>29</sup> กล่าวคือ เป็น เรื่องที่กฎหมายเล็งเห็นถึงความสำคัญในความเป็นเอกภาพของครอบครัว<sup>30</sup> ซึ่งก็ได้รวมความไปถึงผู้ บุพการีและผู้สืบสันดาน

<sup>26</sup> ทีมงานพัฒนากฎหมายคอตคอม. (2553, พฤศจิกายน). ประมวลกฎหมายอาญา. สืบค้นเมื่อ 27 สิงหาคม 2554, จาก <http://www.kodmhai.com/m2/m2-2/thailaw2-2.html>

<sup>27</sup> อ้างแล้วในบทที่ 2.

<sup>28</sup> พิพัฒน์ จักรางกูร. (2506). “บิดามารดาและสามีภริยาตามกฎหมายอาญา”. *บทบัญญัติ*, 21, 2. หน้า 303-304.

<sup>29</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส ข (2544). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 114.

<sup>30</sup> มนตรี เงินสวัสดิ์. *เล่มเดิม*. หน้า 47.

จะเห็นได้ว่า ตามวรรคแรกนี้กฎหมายกำหนดให้เป็นเหตุยกเว้นโทษ ซึ่งกรณีสอดคล้องกับกฎหมายตราสามดวง พระไอยการลักษณะโจร มาตรา 146 และประมวลกฎหมายลักษณะอาญาร.ศ.127 ทั้งนี้ จะสังเกตได้ว่ากฎหมาย ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายตราสามดวง ประมวลกฎหมายลักษณะอาญาร.ศ.127 หรือประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ได้กำหนดไว้แต่เพียงความผิดเกี่ยวกับทรัพย์เท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวอาจจะไม่เพียงพอเกี่ยวกับเหตุการณ์ที่เป็นความผิดอาญาที่เกิดขึ้นระหว่างสามีภริยาซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกันในปัจจุบัน ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

ส่วนมาตรา 71 วรรคสอง ได้กำหนดว่า “หากการกระทำตามวรรคแรกเป็นการกระทำที่ผู้บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดาน หรือผู้สืบสันดานกระทำต่อผู้บุพการี หรือพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันกระทำต่อกัน แม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้เสีย และนอกจากนั้น ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

หลักการตามมาตรา 71 วรรคสองนี้เป็นการเปลี่ยนสภาพความผิด จาก “ความผิดอาญาแผ่นดิน” เป็น “ความผิดอันยอมความได้” ซึ่งตามวรรคสองนี้มีใช่เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว แต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับเงื่อนไขให้อ่านาจนำเนนคดี โดยจะอยู่ในส่วนของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา<sup>31</sup>

โดยความหมายของ “ผู้บุพการีและผู้สืบสันดาน” และ “พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน” นั้น ถ้อยตามความเป็นจริง มีใช่ถ้อยตามกฎหมาย<sup>32</sup> กล่าวคือ คำว่า “ผู้สืบสันดาน” หมายถึง ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปและผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมา แต่ไม่รวมถึงบุตรบุญธรรม<sup>33</sup> ส่วนกรณีพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันนั้น แม้จะเป็นบุตรนอกกฎหมายของบิดา ถ้าเป็นกรณีที่บิดานอกกฎหมายรับรองบุตรเฉพาะบางคนก็กระทำความผิดต่อกัน ก็ยังคงถือว่าเป็นบิดาเดียวกันอยู่ แต่ถ้าบิดาไม่ปรากฏจะถือว่าร่วมบิดาเดียวกันคงจะมีได้<sup>34</sup>

<sup>31</sup> มนตรี เงินสวัสดิ์. แหล่งเดิม. หน้า 49.

<sup>32</sup> พิพัฒน์ จักรางกูร. เล่มเดิม. หน้า 304-305.

<sup>33</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 956/2509 (ปช.) น.1042.

<sup>34</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ข กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา. หน้า 330.

จากความในมาตรา 71 วรรคสองนี้จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้กำหนดให้เป็นเหตุลดโทษ กล่าวคือ ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ซึ่งเหตุแห่งการลดโทษนี้ก็คือ ความเป็นเครือญาติกัน กล่าวคือ ความเป็นบุพการีกับผู้สืบสันดานต่อกัน หรือ ความเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน และกฎหมายยังกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายตราสามดวงและประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 กล่าวคือ หากเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายตราสามดวง พระไอยการลักษณะโจร มาตรา 146 ที่กฎหมายได้ขยายความของความเป็นเครือญาติออกไปรวมถึงพ่อตาแม่ยาย พ่อพี่แม่พี่ และลูกเขยลูกสะใภ้ด้วยนั้น กฎหมายบอกว่าจะลงโทษและปรับใหม่เหมือนกับคนที่มิได้เป็นญาติกันไม่ได้ ส่วนในประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 กฎหมายมิได้ขยายความไปถึงพ่อตาแม่ยาย พ่อพี่แม่พี่ และลูกเขยลูกสะใภ้ด้วย และกฎหมายยังบอกว่าผู้กระทำความผิดควรรับโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับความผิดเช่นนั้นแต่กึ่งหนึ่ง กล่าวคือ กฎหมายลงโทษผู้กระทำความผิด เพียงแต่ผู้นั้นรับโทษแก่กึ่งหนึ่งเท่านั้น ซึ่งตรงนี้จะเห็นได้ว่าแตกต่างจากกฎหมายตราสามดวงที่ไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็นเครือญาติกัน และสุดท้ายหากพิจารณาที่ประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่เรากำลังใช้อยู่ในปัจจุบัน ก็จะพบความแตกต่างจากที่กฎหมายตราสามดวงบัญญัติไว้อย่างเห็นได้ชัด กล่าวคือ จากเดิมที่กฎหมาย (กฎหมายตราสามดวง) ไม่ลงโทษทั้งการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ระหว่างสามีภริยา และระหว่างเครือญาติ (ซึ่งมีความหมายกว้างมาก) ต่อมากฎหมาย (ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127) ไม่ลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวระหว่างสามีภริยา แต่ลงโทษการกระทำระหว่างเครือญาติแต่กึ่งหนึ่ง และในปัจจุบันกฎหมาย (ประมวลกฎหมายอาญา) ก็ยังคงไม่ลงโทษการกระทำความผิดเช่นนั้นระหว่างสามีภริยา แต่กฎหมายกลับกำหนดให้การกระทำระหว่างเครือญาติเป็นเหตุลดโทษและยังกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้อีกด้วย

เหตุที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้เช่นเดียวกับในกฎหมายตราสามดวงก็เพราะ ในสมัยก่อนนั้นยังไม่มีวิธีพิจารณาความแบบในปัจจุบันที่มีขั้นตอนการดำเนินคดีและผลในทางกฎหมายแตกต่างกันระหว่างความผิดอันยอมความได้ (หรือความผิดต่อส่วนตัว) กับความผิดอันยอมความไม่ได้ (หรือความผิดอาญาแผ่นดิน) ซึ่งในสมัยที่มีการใช้กฎหมายตราสามดวงอยู่นั้นยังไม่มีคำว่าความผิดอันยอมความได้หรือยอมความไม่ได้ ฉะนั้น หลักคิดในปัจจุบันจึงได้เปลี่ยนแปลงไปตามแต่ละยุคสมัยนั่นเอง

ในส่วนของเหตุผลที่ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดยกเว้นโทษ (สำหรับกรณีระหว่างสามภริยา) หรือลดโทษ (สำหรับกรณีระหว่างญาติ) ให้เฉพาะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในบางมาตราเท่านั้น อาจเป็นเพราะลักษณะของความผิด กล่าวคือ ลักษณะของความผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางมาตรา ได้แก่ มาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก และมาตรา 341 ถึงมาตรา 364 นั้นมิได้เป็นความผิดร้ายแรงหรือน่าหวาดเสียวแต่ประการใด ความผิดดังกล่าวที่ได้กระทำลงเป็นเพียงเรื่องเล็กน้อยเท่านั้น มิได้ส่งผลกระทบต่อประชาชนหรือสังคมโดยรวม และในเรื่องของเหตุผลที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 กำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้นั้น ก็เนื่องมาจากเหตุเรื่องความสัมพันธ์ในทางเครือญาติระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหาย คือ เพื่อให้ผู้เสียหายพิจารณาว่า ควรจะให้อภัยหรือไม่ กล่าวคือ ผู้เสียหายมีอิสระที่จะตัดสินใจว่าจะเอาผิดกับผู้กระทำความผิดหรือไม่ หากเห็นว่าควรให้อภัย ก็ไม่ร้องทุกข์หรือถอนคดีเสีย ทั้งนี้ เพื่อที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยในเรื่องครอบครัว และเป็นการรักษาไว้ซึ่งสถาบันครอบครัว กรณีแตกต่างกับความผิดอันยอมความได้อื่นๆ ซึ่งความผิดเหล่านั้นเป็นความผิดอันยอมความได้เพราะลักษณะของความผิด ดังนั้น หากกฎหมายไม่เอาโทษเสียเลยในกรณีที่เกิดการกระทำความผิดอาญาแผ่นดินระหว่างสามภริยา ก็เป็นการสนับสนุนให้ทำลายครอบครัวเหมือนกัน เพราะเท่ากับเป็นการยุติให้มีการกระทำความผิดอาญาระหว่างสามภริยาซึ่งถือเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันเข้าไปใหญ่ เท่ากับเป็นการยุติให้ครอบครัวแตกแยกเพิ่มขึ้นไปอีก แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นก็ควรคำนึงถึงครอบครัวและประชาชนด้วย<sup>35</sup> เนื่องจาก คนที่เป็นสามภริยากันนั้นก็เปรียบเสมือนลิ้นกับฟัน ย่อมจะมีการทะเลาะเบาะแว้งกระทบกระทั่งกันบ้าง แต่ถึงอย่างไรก็ยังคงเป็นสามภริยากัน ย่อมจะให้อภัยกันได้เสมอและพร้อมที่จะคืนดีและปรับความเข้าใจกันได้ตลอดเวลา และการที่ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้นั้นก็ส่งผลดีต่อกระบวนการยุติธรรมในทางอ้อมด้วย กล่าวคือ การที่กำหนดให้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมาไกล่เกลี่ยยอมความกันนั้น เป็นมาตรการเบี่ยงเบนคดี (Diversion) มาตรการหนึ่งที่จะช่วยในการลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลซึ่งเป็นผลพลอยได้อีกทางหนึ่งด้วย ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

<sup>35</sup> รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 15, 49/2482. วันอังคารที่ 4 กรกฎาคม 2482. และรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 116, 83/2483. วันศุกร์ที่ 23 สิงหาคม 2483.

#### 4.1.4 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550

ในปัจจุบันจะเห็นได้ถึงความรุนแรงในครอบครัวนั้นมีมากขึ้นและทวีความรุนแรงขึ้นกว่าในอดีต ไม่ว่าจะเป็นการกระทำระหว่างสามีภริยา หรือระหว่างเครือญาติซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกัน ซึ่งความรุนแรงในครอบครัวที่เป็นความผิดอาญานั้นมีหลายรูปแบบ เป็นเรื่องที่สลับซับซ้อน ต่างมุมมอง ต่างสาเหตุ และต่างปัจจัย ตั้งแต่ปัจจัยส่วนตัว ปัจจัยสังคม ปัจจัยระดับชุมชน และปัจจัยระดับสังคม รวมถึงความเชื่อ จารีตประเพณี และวัฒนธรรม<sup>36</sup> ก็ล้วนเป็นปัจจัยพื้นฐานสำคัญที่ทำให้ความรุนแรงยังคงดำเนินอยู่ต่อไป สิ่งที่ส่งผลให้เกิดความรุนแรงในครอบครัวก็อาจเนื่องมาจากความเครียด ความโกรธ ความเปราะบางในปัญหาที่เกิดขึ้น หรืออาจเนื่องมาจากการกระทำที่ถือวิสาสะ เหล่านี้อาจเกิดจากภายในตัวบุคคลเองหรืออาจได้รับผลกระทบจากสภาพแวดล้อม

ผลกระทบที่เกิดจากการกระทำความผิดอาญาระหว่างสามีภริยาซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกันนั้น อาจส่งผลกระทบในหลายๆ ด้านด้วยกัน กล่าวคือ เกิดการหย่าร้างกัน ซึ่งอาจส่งผลถึงความมั่นคงในสถานภาพของครอบครัว อาจทำให้ครอบครัวแตกแยก ส่งผลกระทบต่อสถานภาพของบุตร ทำให้บุตรหลานกลายเป็นเด็กมีปัญหา ขาดคนดูแล ขาดความรักความอบอุ่น อาจติดการพนันหรือติดยาเสพติด ซึ่งเหล่านี้ล้วนเป็นสาเหตุที่อาจนำไปสู่การก่ออาชญากรรมได้ เช่นนี้ ปัญหาระหว่างคนในครอบครัวจึงเป็นเสมือนจุดเริ่มต้นของปัญหาสังคมด้านต่างๆ เพราะครอบครัวเป็นสถาบันแรกของชีวิตเด็กและเป็นสถาบันที่สำคัญสำหรับคนในสังคม อีกทั้งยังเป็นการเพิ่มปริมาณคดีให้แก่ศาลในทางอ้อมด้วย ส่งผลให้คดีกรงโรกรศาลมากยิ่งขึ้น อันจะส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมของไทย

แม้ในปัจจุบันจะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 ก็ตาม แต่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังคงมีข้อบกพร่อง โดยอาจจะนำมาคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้องได้ไม่ทั่วถึงเท่าที่ควร เนื่องจากความรุนแรงที่อยู่ภายใต้กรอบของพระราชบัญญัตินี้บับดังกล่าวจะต้องเป็นความรุนแรงที่ไม่เกินขอบเขตของมาตรา 295 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

<sup>36</sup> รณชัย คงสกนธ์. (2543). *ขจัดความรุนแรงด้วยรักและเข้าใจ ร้อยเรื่องรักรุนแรง*. หน้า 6.

กล่าวคือ ต้องเป็นการทำร้ายร่างกายหรือทำร้ายจิตใจที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายมากนักเท่านั้น ทั้งนี้ ตามมาตรา 4<sup>37</sup> แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มีอยู่ 3 ประการ คือ<sup>38</sup>

1) มุ่งคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวเป็นสำคัญ กล่าวคือ ให้บุคคลที่ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวได้รับการช่วยเหลืออย่างทันท่วงที ได้รับการรักษา ดูแล และฟื้นฟู ได้รับค่าชดเชยความเสียหาย รวมถึงได้รับการปกป้องคุ้มครองไม่ให้ต้องเผชิญกับความเลวร้ายอีก

2) เปลี่ยนทัศนคติต่อผู้กระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวจากผู้กระทำผิดเป็นผู้ป่วยทางจิต กล่าวคือ ให้บุคคลที่เป็นผู้กระทำด้วยความรุนแรงได้มีโอกาสบำบัดจิตใจ มีโอกาสสำนึกในความผิดแห่งตน ได้ชดเชยค่าเสียหายแก่บุคคลที่ตนได้ลงมือทำร้าย ทั้งนี้ จะต้องได้รับโทษทางอาญาด้วยหากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่รุนแรงเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้

3) คุ้มครองความมั่นคงในสถาบันครอบครัวและภาพลักษณ์ต่อคนในสังคม กล่าวคือ เอาผิดกับสื่อมวลชนที่นำเรื่องราว ภาพ ประวัติของบุคคลที่กระทำความรุนแรงและบุคคลในครอบครัวที่ถูกกระทำด้วยความรุนแรงออกเผยแพร่ เพราะการกระทำดังกล่าวมีผลให้บุคคลอื่นๆ ในครอบครัวได้รับความเสียหายและอับอายไปด้วย

นอกจากนี้ พระราชบัญญัตินี้ยังได้ให้คำนิยามของคำว่า “ความรุนแรงในครอบครัว” และ “บุคคลในครอบครัว” เอาไว้ด้วย ทั้งนี้ ตามมาตรา 3<sup>39</sup> แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว กล่าวคือ

<sup>37</sup> มาตรา 4 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการอันเป็นความรุนแรงในครอบครัว ผู้ที่กระทำความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ให้ความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ไม่ลบล้างความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่น หากการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๕๕ ด้วย ให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้”

<sup>38</sup> มาตาดัก্ষณ์ ออรุ่งโรจน์. (2550). ผลสะท้อนของกฎหมายใหม่ต่อความมั่นคงในสถาบันครอบครัว. รวบรวมบทความวิชาการประจำปี ครั้งที่ 3. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 307-308.

จากนิยามคำว่า “ความรุนแรงในครอบครัว” นั้น ในบางกรณีการกระทำอันเป็นความรุนแรงในครอบครัวอาจเป็นสิ่งที่ผู้กระทำไม่ได้มีเจตนาใช้ความรุนแรง เช่น ยิงปืนในบ้านโดยมีเจตนาฆ่าหมู แต่ไปถูกคนในบ้าน เป็นต้น จึงได้มีการออกพระราชบัญญัติดังกล่าวมาเพื่อช่วยเหลือคนตั้งแต่แรก และจะเห็นได้ว่า ความหมายของการใช้ความรุนแรงในครอบครัวนั้นก็ได้มีการกำหนดนิยามเอาไว้อย่างกว้างขวาง โดยการที่ใช้ความรุนแรงในครอบครัวมีความหมายถึงการทำร้ายทางจิตใจด้วย แต่สังเกตได้ว่าในความคิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 แห่งประมวลกฎหมายอาญาก็ได้มีการบัญญัติรวมถึงจิตใจด้วย เช่นนี้ เพื่อไม่ให้เป็นที่ถกเถียงกัน คำว่า “จิตใจ” ตามพระราชบัญญัตินี้จึงมิได้หมายถึงทำให้เสียใจ แต่มีขอบเขตที่สอดคล้องกับมาตรา 295 แห่งประมวลกฎหมายอาญา คือ สุขภาพจิตใจต้องเสียไป ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีความหมายกว้างกว่าการใช้กำลังประทุษร้าย ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ การกระทำใดการกระทำหนึ่งที่จะเป็นความรุนแรงในครอบครัวนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา แต่กรณีไม่รวมถึงการกระทำโดยประมาท จึงได้มีการกำหนดถ้อยคำที่ว่า “ไม่รวมถึงการกระทำโดยประมาท” เอาไว้อย่างชัดเจน<sup>40</sup> แม้ว่าจะผิดหลักของการร่างกฎหมายก็ตาม เนื่องจากเป็นการแก้ปัญหของผู้ที่เกรงว่ากฎหมายฉบับนี้จะลงโทษผู้กระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวด้วยความประมาท<sup>41</sup>

<sup>39</sup> มาตรา 3 บัญญัติว่า

“ความรุนแรงในครอบครัว หมายความว่า การกระทำใดๆโดยมุ่งประสงค์ให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพ หรือกระทำโดยเจตนาในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลในครอบครัว หรือบังคับหรือใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมให้บุคคลในครอบครัวต้องกระทำการ ไม่กระทำการ หรือยอมรับการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดยมิชอบ แต่ไม่รวมถึงการกระทำโดยประมาท”

“บุคคลในครอบครัว หมายความว่า คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภริยา โดยมีได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคลใดๆที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน”

<sup>40</sup> รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 9) ครั้งที่ 1, (12/2549) 83/2548. วันอังคารที่ 15 พฤศจิกายน 2548.

<sup>41</sup> รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 9) ครั้งที่ 5, (16/2549) 87/2548. วันอังคารที่ 29 พฤศจิกายน 2548.

ส่วนนิยามคำว่า “บุคคลในครอบครัว” นั้น จะเห็นได้ว่า ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 ได้กำหนดคำนิยามเอาไว้อย่างกว้างขวาง กล่าวคือ บุคคลในครอบครัว หมายความว่า “คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคลใดๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน” ซึ่งจะสังเกตได้ว่า กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้รวมถึง “คู่สมรสเดิม และผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส” ด้วย ทั้งนี้ เพราะจะมีกรณีที่คู่สมรสซึ่งหย่าร้างหรือไม่ได้อยู่กินกันแล้ว แต่บางฝ่ายไม่ยอมเลิกราและจะตามรังความ ซึ่งมักจะรู้ช่องทางมากกว่าผู้อื่น โดยเหตุผลที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้นก็เนื่องมาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้หมายถึง “บุคคลที่อยู่ภายใต้การอุปถัมภ์ แล้วผู้มีอำนาจเพอเราใช้อำนาจกระทำความรุนแรงต่อผู้ที่อยู่ภายใต้การอุปถัมภ์” เช่นนี้ ในกรณีของสามีภริยา แม้มิได้อยู่บ้านเดียวกันก็อยู่ในความหมายของคำว่า “บุคคลในครอบครัว” ด้วย<sup>42</sup> ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญาที่ได้กำหนดความหมายของ “บุคคลในครอบครัว” ให้เป็นไปตามหลัก *jus sanguinis* คือ เป็นไปตามหลักสืบสายโลหิต กล่าวคือ เฉพาะแต่ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน หรือพี่หรือน้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน และในส่วนของความหมายของคำว่า “สามีภริยา” นั้น จะเห็นได้ว่า “ความเป็นสามีภริยา” ตามนัยแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 นั้นต้องเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งต้องเป็นสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ ต้องจดทะเบียนสมรสกันโดยถูกต้องตามกฎหมายจึงจะถือว่าเป็นสามีภริยากัน<sup>43</sup> ซึ่งมีความหมายแคบกว่าที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 เหตุผลที่ประมวลกฎหมายอาญากำหนดความหมายไว้แคบกว่า ก็เนื่องมาจากการที่คำว่า “สามีภริยา” นั้นไม่มีบทนิยามกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉะนั้น เมื่อมีปัญหาทางกฎหมายอาญาว่าชายหญิงเป็นสามีภริยากันหรือไม่ ก็ควรถือตามกฎหมายแพ่ง คือ ชายหญิงนั้นต้องจดทะเบียนสมรส ถ้าไม่จดทะเบียนสมรสก็ไม่เป็นสามีภริยา ทั้งนี้ เพราะกฎหมายต่างๆ ต้องเกี่ยวข้องซึ่งกันและกัน เนื่องจากเป็นกฎหมายของ

<sup>42</sup> รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 9) ครั้งที่ 1, (12/2549) 83/2548. วันอังคารที่ 15 พฤศจิกายน 2548.

<sup>43</sup> พิพัฒน์ จักรางกูร. หน้าเดิม.

รัฐ เมื่อประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ก็ควรถือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การที่จะวินิจฉัยว่าบุคคลใดจะเป็นสามีภริยาหรือไม่ นั่นก็ต้องอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพราะสามีภริยาเกิดขึ้นโดยผลแห่งกฎหมาย แม้ความเป็นจริงจะเป็นอย่างไรก็ตาม ถ้ากฎหมายไม่ถือว่าเป็นสามีภริยา จะถือว่าเป็นสามีภริยาหาได้ไม่ เช่น อยู่กินเยี่ยงสามีภริยา แต่ไม่ได้จดทะเบียน ก็ไม่ถือว่าเป็นสามีภริยา<sup>44</sup> มีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินไปในทำนองเดียวกันนี้อยู่ 2 เรื่อง<sup>45</sup> ซึ่งวินิจฉัยไว้ว่า ชายหญิงที่อยู่กินด้วยกันโดยมิได้จดทะเบียนสมรส ไม่เป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อฝ่ายใดถูกทำร้ายถึงตาย ฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่ไม่มีอำนาจเป็นโจทก์ฟ้องหรือร้องขอเป็นโจทก์ร่วมกับพนักงานอัยการฟ้องผู้ฆ่าตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2) เพราะสามีภริยาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2) หมายความว่าถึงสามีหรือภริยาตามกฎหมาย ซึ่งเมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ประกาศใช้แล้ว สามีภริยาต้องได้สมรสกัน โดยจดทะเบียน ถ้ามิได้จดทะเบียนการสมรส แม้จะเกิดบุตรด้วยกันก็ไม่เรียกว่าเป็นสามีภริยาตามกฎหมาย

ในส่วนของมาตรา 4 ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวที่ได้กำหนดให้การกระทำอันเป็นความรุนแรงในครอบครัวที่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นความผิดอันยอมความได้นั้น เหตุผลที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้นก็เพื่อที่จะให้ผู้ใช้ความรุนแรงในครอบครัวได้มีโอกาสกลับตัวและเป็นการยับยั้งการกระทำผิดซ้ำ อีกทั้งเพื่อที่จะรักษาความสัมพันธ์อันดีในครอบครัวเอาไว้ด้วย จึงได้กำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

แต่อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้แค่เพียงการกระทำอันเป็นความรุนแรงในครอบครัวที่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 เท่านั้นที่เป็นความผิดอันยอมความได้ คือ ผู้เสียหายมีสิทธิตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าจะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่เป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกันหรือไม่ แต่พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ครอบคลุมถึงการกระทำผิดกรณีอื่นๆ ที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกัน เช่น กรณีการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตามมาตรา 390 กรณีการใช้กำลังทำร้ายไม่ถึงกับเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตามมาตรา

<sup>44</sup> พัทธน์ จักรางกูร. แหล่งเดิม.

<sup>45</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1335/2494 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1056/2503.

391 หรือกรณีข่มขืนใจผู้อื่น ตามมาตรา 309 วรรคแรก กรณีหน่วงเหนี่ยวกักขัง ตามมาตรา 310 วรรคแรก และข้อสังเกตอีกประการหนึ่งก็คือ การที่กฎหมายกำหนดให้การกระทำอันเป็นความรุนแรงในครอบครัวที่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 เป็นความผิดอันยอมความได้นั้น ได้กำหนดไว้เพียงในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 เท่านั้น แต่ไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งปัญหาตรงนี้จะทำให้เกิดความลักลั่นในการบังคับใช้กฎหมายขึ้นได้

อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันนี้แนวทางการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ถูกกำหนดไว้ให้สอดคล้องกับแนวทางที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 แล้ว โดยได้จัดทำเป็นคู่มือการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัติดังกล่าว และได้ยกเลิกประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี ลักษณะ 18 กรณีบางเรื่องที่มีวิธีปฏิบัติเป็นพิเศษ บทที่ 13 สามัญญะวิวัตกัน ข้อ 583<sup>46</sup> เสีย ทั้งนี้ เพื่อให้แนวปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจสอดคล้องและเป็นไปตามกฎหมาย

---

<sup>46</sup> ระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี ลักษณะ 18 กรณีบางเรื่องที่มีวิธีปฏิบัติเป็นพิเศษ บทที่ 13 สามัญญะวิวัตกัน ข้อ 583 กำหนดไว้ว่า “ในกรณีที่สามหรือกรีกษาคว่าหาอีกฝ่ายหนึ่งว่าทำร้ายร่างกายนั้น หากมิได้ใช้อาวุธหรือบาดเจ็บไม่ถึงสาหัสหรือเหตุมิได้เกิดในถนนหลวง ประกอบกับการกระทำนั้นได้กระทำไปโดยมิได้มีเจตนาชั่วร้าย เช่น ทำเพื่อตักเตือนสั่งสอน เป็นต้น ให้พนักงานสอบสวนพยายามชี้แจงตักเตือนให้เรื่องยุติกันเสีย เมื่อไม่เป็นผลสำเร็จจึงจัดการต่อไปตามรูปคดี แต่ให้เสนอสำนวนการสอบสวนนั้นตามลำดับ ให้ผู้บังคับการพิจารณาสั่งการ และถ้าสามารถส่งตัวสามัญญะวิวัตกันนั้นไปพร้อมกับสำนวนได้ ก็ให้ส่งไปพร้อมกันด้วย

แม้การทำร้ายร่างกายกันระหว่างสามัญญะวิวัตกันนั้น จะได้ใช้อาวุธหรือบาดเจ็บสาหัสหรือเหตุเกิดในถนนหลวงก็ดี หากเห็นเป็นการสมควรก็ให้เสนอ เพื่อผู้บังคับการพิจารณาสั่งการตามความเหมาะสมได้ ทั้งนี้ เพราะทางราชการต้องการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของครอบครัวเป็นสำคัญ

อนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนใช้ดุลยพินิจในการไต่ถามถ้อยหากการกระทำความคิดเกิดขึ้นบ่อยครั้ง ไม่เข็ดหลาบ และมีพฤติการณ์ว่าจะเกิดการทำร้ายรุนแรงยิ่งขึ้น ก็ให้ดำเนินคดีตามกฎหมายทุกราย”

จากระเบียบฯดังกล่าว จะเห็นได้ว่า กรณีได้มีการกำหนดให้พนักงานสอบสวนใช้ดุลยพินิจในการไต่ถามถ้อยในกรณีที่สามัญญะวิวัตกันทำร้ายร่างกายกันถึงอันตรายสาหัส ซึ่งไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจบางท่านเห็นว่า สาเหตุที่ระเบียบการตำรวจฯ ข้อ 583 กำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถใช้ดุลยพินิจในการไต่ถามถ้อยในกรณีที่สามัญญะวิวัตกันทำร้ายร่างกาย

#### 4.2 ลักษณะของความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญา

ความผิดอันยอมความได้หรือความผิดต่อส่วนตัวนั้นเป็นความผิดที่ในการดำเนินคดีอาญา รัฐจะต้องคำนึงถึงเจตจำนงของผู้เสียหาย ฉะนั้น โดยหลักการแล้ว การที่จะให้ความผิดอาญา

---

กันจนถึงอันตรายสาหัสขึ้น ก็เนื่องมาจากแต่เดิมระเบียบการตำรวจ ไม่ว่าจะเกี่ยวกับคดีหรือไม่เกี่ยวกับคดี มักจะถูกกำหนดขึ้นมาโดยมิได้อิงกับกฎหมาย ซึ่งในความเป็นจริงแล้วมิใช่เช่นนั้น

ดังนั้น โดยส่วนตัวแล้วจึงเห็นว่า **ประการแรก** : ระเบียบฯ ข้อ 583 เท่ากับเป็นการส่งเสริมให้เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่รับคดี คือ เป็นข้ออ้างให้ไม่รับคดีนั่นเอง โดยใช้ข้ออ้างตามที่กำหนดไว้ในระเบียบฯว่าให้พนักงานสอบสวนพยายามหาทางให้คู่กรณีไกล่เกลี่ยกันก่อน ใดๆ ที่ในความเป็นจริงแล้วไม่สามารถทำเช่นนั้นได้ **ประการที่สอง** : สามีกิริยานั้นก็เปรียบเสมือนลิ้นกับฟัน ย่อมมีการกระทบกระทั่งทะเลาะเบาะแว้งกันบ้าง เมื่อสามีกิริยาทะเลาะกัน จนมีการทำร้ายร่างกายกัน ฝ่ายที่ถูกกระทำซึ่งยังอยู่ในอารมณ์โกรธก็จะริบมาแจ้งความ ซึ่งเรื่องเหล่านี้เกิดขึ้นในสังคมบ่อยมาก อาจกล่าวได้ว่าเรื่องเช่นนี้เกิดขึ้นแทบจะทุกวัน จนทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจมองว่าเป็นเรื่องที่เคยชิน ประกอบกับทุกวันนี้ปริมาณคดีของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีเข้ามาในแต่ละวันก็มีเยอะมากพออยู่แล้ว ฉะนั้นจึงทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ค่อยอยากรับคดีที่เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นระหว่างสามีกิริยา **ประการสุดท้าย** : ในหลายๆกรณีที่ฝ่ายสามีกิริยาผู้ที่ถูกกระทำไปแจ้งความร้องทุกข์เพื่อที่จะเอาผิดกับฝ่ายกริยาหรือสามีกิริยาผู้ที่กระทำ ซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจก็ได้มีการบอกกล่าวกับผู้เสียหายก่อนแล้วว่า หากเป็นกรณีที่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 หรือกรณีที่ทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ความผิดเหล่านี้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน เมื่อแจ้งความร้องทุกข์ไปแล้วไม่สามารถลงแจ้งความได้ ฝ่ายผู้เสียหายก็รับทราบแต่ก็ยืนยันว่าจะแจ้งความร้องทุกข์เอาผิดกับผู้กระทำความผิด พอเวลาผ่านไปก็คืนดีกันสามารถปรับความเข้าใจกันได้ ฝ่ายผู้เสียหายจึงมาขอถอนแจ้งความ ซึ่งตรงนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจก็ไม่ให้ถอน เพราะกรณีไม่สามารถถอนได้ เนื่องจากเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน จึงทำให้ตัวสามีกิริยาที่เป็นฝ่ายผู้เสียหายเกิดความไม่พอใจจนเกิดเป็นกรณีที่มีการไปฟ้องร้องต่อศาลว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ยอมให้ถอนแจ้งความ เป็นต้น

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น สามารถนำมาอธิบายปัญหาที่ว่า ทำไมเมื่อเกิดกรณีการกระทำความผิดระหว่างสามีกิริยาขึ้น เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงไม่ยอมรับคดี หรืออาจกล่าวเป็นภาษาพูดได้ว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจมักจะเป่ากรณีเหล่านี้ออก ซึ่งหากดูตามกฎหมายแล้ว เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่สามารถทำเช่นนั้นได้ ที่เรียกว่า “เป่า” ออกนั้นมีอยู่ด้วยกัน 3 รูปแบบ คือ 1. ลงบันทึกประจำวันไว้เฉยๆ ถ้าผู้เสียหายมาตามเรื่องอีกรอบหนึ่งจึงค่อยดำเนินการต่อ 2. ลงบันทึกประจำวันไว้ และส่งไปตรวจร่างกายที่โรงพยาบาล เพื่อที่ภายหลังหากผู้เสียหายจะเอาเรื่อง เจ้าหน้าที่ตำรวจจะได้มีหลักฐานขอใบแพทย์มาประกอบสำนวน 3. เจ้าหน้าที่ตำรวจไล่ผู้เสียหายกลับบ้าน ไปเลย เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจบางนายพูดกับผู้เสียหายว่า “ไปๆ กลับบ้านไปเลย เรื่องผัวเมียทะเลาะกัน เดี่ยวก็คืนดีกัน” เป็นต้น ซึ่งรูปแบบที่เกิดขึ้นบ่อยมักจะเป็นรูปแบบที่สอง.

ใดเป็นความผิดอันยอมความได้หรือเป็นความผิดต่อส่วนตัว จะต้องพิจารณาที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นสำคัญ และความผิดอันยอมความได้หรือเป็นความผิดต่อส่วนตัวนั้นจะต้องเกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเท่านั้น<sup>47</sup>

#### 4.2.1 พื้นฐานความคิดของความผิดอันยอมความได้

ความผิดอาญา (criminal offense) ฐานใดฐานหนึ่งควรจะบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้หรือไม่ ชอบที่จะพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้<sup>48</sup>

1) ความผิดฐานนั้นๆ มีความเป็นอาชญากรรมสูงหรือไม่

หากความผิดฐานนั้นๆ มีความเป็นอาชญากรรมค่อนข้างน้อยก็อาจกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

2) ความผิดฐานนั้นๆ กระทบต่อชีวิตส่วนบุคคลมากน้อยเพียงใด

หากความผิดฐานนั้นๆ กระทบต่อชีวิตส่วนตัวของบุคคลมากจนไม่สมควรให้มีการดำเนินคดีโดยปราศจากเจตจำนงของผู้เสียหาย กรณีที่ชอบที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

3) ความผิดฐานนั้นๆ เรียกร้องการคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรมเพียงใด

หากความผิดฐานนั้นๆ เรียกร้องและการดำเนินคดีอาญาจะเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหายแล้ว ก็ชอบที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ความผิดอันยอมความได้นั้นเป็นความผิดอาญาที่มีการประทุษร้ายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล ฉะนั้น ปัจจัยในเรื่องความเป็นอาชญากรรมมากหรือน้อยจึงต้องพิจารณาที่คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลก่อนเป็นอันดับแรกว่ามีคุณค่า (Value) ที่ยึดถือกันในสังคมเป็นอย่างไร คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลบางอันเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนตัวอย่างแท้จริงของบุคคล (hoechstpersoenliches rechtsgut) เช่นเกียรติ และโดยที่เกียรติเป็นเรื่องส่วนบุคคลอย่างแท้จริงที่กระทบต่อบุคคลทั่วไปน้อยมาก กฎหมายอาญาเยอรมันจึงกำหนดให้ความผิดต่อเกียรติเป็นความผิดที่ต้องมีการร้องทุกข์ (Antragsdelikt) ซึ่ง

<sup>47</sup> คณิต ฅ นคร ฎ (2547, มกราคม-มิถุนายน). “ปรัชญาและแนวความคิดของการกำหนดความผิดอันยอมความได้”. วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย์, 4, 1. หน้า 4.

<sup>48</sup> คณิต ฅ นคร ฎ. แหล่งเดิม. หน้า 9-10.

ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเราก็บัญญัติให้ความผิดฐานหมิ่นประมาทเป็นความผิดอันยอมความได้เช่นกัน ซึ่งสอดคล้องกับหลักการดังกล่าวข้างต้น

#### 4.2.2 ลักษณะสำคัญของความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญา

เมื่อพิจารณาถึงความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันนี้ พบว่ามีลักษณะสำคัญบางประการ ดังนี้

##### 1) เป็นความผิดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการที่จะคุ้มครองผู้เสียหายเป็นการส่วนตัว

แม้กฎหมายอาญาจะมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคมด้วยการกำหนดพฤติกรรมที่เป็นความผิดอาญาและกำหนดโทษสำหรับพฤติกรรมนั้นๆ หากบุคคลใดกระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย ก็จะต้องถูกดำเนินคดีและถูกลงโทษโดยรัฐ แต่ความผิดอาญาบางประเภทเป็นความผิดที่มุ่งกระทำต่อผู้เสียหายเป็นการส่วนตัว การดำเนินคดีดังกล่าวอาจทำให้ส่งผลกระทบต่อสถานภาพความเป็นอยู่ เกียรติยศชื่อเสียงที่สั่งสมมา หรือเกียรติคุณของผู้เสียหายก็เป็นได้ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานหมิ่นประมาท ซึ่งหากในกรณีนี้กฎหมายไม่ยืดหยุ่นให้ผู้เสียหายมีเสรีภาพในการที่จะตัดสินใจว่าจะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดนั้นหรือไม่เสียเลย ผู้เสียหายก็อาจจะไม่เข้าแจ้งความร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงาน เพราะบางกรณีผู้เสียหายไม่ต้องการที่จะดำเนินคดีซึ่งจะต้องดำเนินคดีไปจนกว่าคดีจะถึงที่สุด ฉะนั้น ความผิดอาญาที่เรียกว่า “ความผิดอันยอมความได้” ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนี้เป็นความผิดประเภทที่คำนึงถึงผู้เสียหายเป็นสำคัญ กล่าวคือ มุ่งพิจารณาถึงผลกระทบของการกระทำความผิดที่จะเกิดขึ้นกับผู้เสียหายเป็นหลัก ด้วยเหตุนี้ ความผิดที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้นั้น เป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นการให้สิทธิแก่ผู้เสียหายอย่างเต็มที่ในการที่ผู้เสียหายจะฟ้องร้องดำเนินคดีหรือยุติการดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดด้วยการถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความกันก่อนคดีจะถึงที่สุด<sup>49</sup>

##### 2) ต้องมีกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

โดยหลักแล้วประเทศไทยใช้หลักการดำเนินคดีโดยรัฐ (Public Prosecution) กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น ถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหาย รัฐจึงมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการพิสูจน์ความจริงและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามมาตรการบังคับใช้กฎหมายอาญา ทั้งนี้

<sup>49</sup> ชาตรี ศรีนวนนัต และวันชัย ศรีนวนนัต. เล่มเดิม. หน้า 54.

เพื่อให้สังคมเกิดความสงบเรียบร้อย แต่ในขณะเดียวกัน ก็ยอมรับหลักการดำเนินคดีโดยประชาชน (Popular Prosecution) กล่าวคือ ยอมให้ประชาชนเข้าดำเนินคดีอาญาได้แต่เฉพาะในความผิดบางประเภทที่บุคคลนั้นได้รับความเสียหาย ด้วยเหตุนี้ หากความผิดใดเป็นความผิดอันยอมความได้ กฎหมายก็จะบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นความผิดอันยอมความได้ เช่น กรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 281 มาตรา 321 มาตรา 325 มาตรา 333 เป็นต้น ส่วนความผิดใดที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่าเป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ถือว่าความผิดนั้นเป็นความผิดอาญาแผ่นดินหรือเป็นความผิดที่มีโทษความผิดอันยอมความได้นั้นเอง

### 3) มีมาตรการในการควบคุมการดำเนินคดีของผู้เสียหาย

โดยเหตุที่ความผิดอันยอมความได้นั้นเป็นความผิดที่มีลักษณะที่เคารพการแสดงเจตนาของผู้เสียหาย ดังนั้น กฎหมายจึงมีกระบวนการเฉพาะเพื่อกระตุ้นให้ผู้เสียหายสนใจกับการดำเนินคดี เพื่อมิให้เกิดความล่าช้าในกระบวนการยุติธรรม เช่น การกำหนดอายุความสำหรับการแจ้งความร้องทุกข์ที่กำหนดให้ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ภายในสามเดือนนับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด<sup>50</sup> เช่นนี้ หากผู้เสียหายเพิกเฉยไม่แจ้งความร้องทุกข์ภายในอายุความที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็ถือว่าคดีขาดอายุความร้องทุกข์ ส่งผลให้พนักงานสอบสวนไม่มีอำนาจสอบสวน<sup>51</sup> พนักงานอัยการไม่มีอำนาจฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ต้องหา<sup>52</sup> อีกทั้งผู้เสียหายยังไม่สามารถที่จะฟ้องคดีต่อศาลได้ด้วยตนเอง โดยถือว่าสิทธิในการดำเนินคดีอาญาสิ้นสุดลงแล้ว<sup>53</sup>

### 4) เจตจำนงของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขสำคัญในการดำเนินคดี

เจตนาของผู้เสียหายนี้เป็นเงื่อนไขสำคัญสำหรับการดำเนินคดี หรือเป็นเงื่อนไขที่จะเริ่มคดีหรือที่จะดำเนินคดีต่อไป<sup>54</sup> เนื่องจากหากผู้เสียหายไม่แจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน พนักงานสอบสวนก็จะไม่มีอำนาจสอบสวนคดีที่กล่าวหา<sup>55</sup> นอกจากนี้ หากผู้เสียหายประสงค์จะ

<sup>50</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96.

<sup>51</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121.

<sup>52</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120.

<sup>53</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (6).

<sup>54</sup> คณิต ฌ นคร ฎ (2521, พฤษภาคม). “เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีกับทางปฏิบัติของพนักงานอัยการและศาล”. วารสารอัยการ, 1, 5. หน้า 42-43.

<sup>55</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121.

ถอนคำร้องทุกข์เมื่อใดต่อพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือต่อศาล ย่อมสามารถกระทำได้เสมอ อีกทั้งยังไม่มีรูปแบบในการถอนคำร้องทุกข์ ซึ่งผลของการถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความโดยชอบด้วยกฎหมาย ย่อมทำให้สิทธิในการดำเนินคดีอาญาระงับสิ้นไป<sup>56</sup> ผู้เสียหายหรือเจ้าพนักงานของรัฐจึงไม่สามารถที่จะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาหรือจำเลยในความผิดฐานนั้นๆ ได้อีกต่อไป

ด้วยเหตุที่ลักษณะสำคัญของความผิดอันยอมความได้นั้น ก็คือ การที่กฎหมายอนุญาตให้ผู้เสียหายเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินคดีและเคารพการแสดงเจตนาของผู้เสียหายเป็นสำคัญ ฉะนั้น หากผู้เสียหายไม่พอใจเอาความกับผู้ต้องหา คือ ผู้เสียหายตัดสินใจไม่ดำเนินคดีกับผู้ต้องหาแล้ว ย่อมทำให้การดำเนินคดีดังกล่าวสามารถยุติลงได้โดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาล ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า “การยอมความ” นั้น เป็นมาตรการหนึ่งที่จะสามารถช่วยลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลได้ โดยถือเป็นมาตรการเบี่ยงเบนคดี (Diversion) ออกจากกระบวนการยุติธรรมอีกทางหนึ่งที ในปัจจุบันกระบวนการยุติธรรมทางอาญาให้ความสนใจกับแนวทางนี้มากขึ้น

#### 4.3 ผลกระทบของการกำหนดให้ความผิดอาญาแผ่นดินบางฐานเป็นความผิดอันยอมความได้

หากมีการกำหนดให้ความผิดอาญาแผ่นดินบางฐานเป็นความผิดอันยอมความได้แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะมีผลดีและผลเสียดังจะได้พิจารณาต่อไปนี้

##### 4.3.1 ผลดี

ผลดีของการกำหนดให้ความผิดอาญาแผ่นดินบางฐานเป็นความผิดอันยอมความได้ มีดังนี้

- 1) อิสระของผู้เสียหายในการที่จะตัดสินใจดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด

กล่าวคือ ความผิดอันยอมความได้เป็นความผิดที่กระทบต่อความเป็นส่วนตัวของผู้เสียหาย กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลอย่างมาก ฉะนั้น ผู้เสียหายจึงควรที่จะมีอิสระในการที่จะตัดสินใจดำเนินคดีว่าตนประสงค์จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดซึ่งหากเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันหรือไม่

<sup>56</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2).

## 2) การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในการดำเนินคดีอาญา

กล่าวคือ ในความผิดอันยอมความได้ เจตจำนงของผู้เสียหายถือเป็นเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีแก่เจ้าพนักงานของรัฐ หากผู้เสียหายไม่แสดงเจตนาว่าตนประสงค์ที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดโดยการไม่ไปแจ้งความร้องทุกข์ ก็จะทำให้พนักงานสอบสวนไม่มีอำนาจสอบสวน พนักงานอัยการก็จะไม่มีอำนาจฟ้องร้องคดีต่อศาล ยิ่งถ้าผู้กระทำความผิดเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกับผู้เสียหายด้วยแล้ว เมื่อมีการปรับความเข้าใจกันหรือผู้เสียหายไม่โกรธเคืองผู้กระทำความผิดแล้ว ผู้เสียหายก็อาจไม่ไปแจ้งความร้องทุกข์เพื่อที่จะเอาผิดกับผู้นั้นก็ได้

## 3) การได้รับการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น

กล่าวคือ การที่ผู้เสียหายตกลงยอมความในคดีความผิดอันยอมความได้ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายนั้น เป็นกรณีที่ผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันมาไกล่เกลี่ยตกลงยอมความกัน โดยผู้ที่ได้รับความเสียหายอาจจะบอกกล่าวความทุกข์ความเดือดร้อนที่ตนได้รับให้ผู้กระทำความผิดทราบและเรียกร้องเอาค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดนั้น ส่วนผู้กระทำความผิดซึ่งหากเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำความผิดไปอาจจะเป็นเพราะถือวิสาสะ หรือเพราะอารมณ์โกรธ หรือด้วยประการอื่นใด พอรับรู้และสำนึกในสิ่งที่ตนได้กระทำลงไป ก็ยินยอมที่จะชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นให้กับผู้เสียหาย ซึ่งมีบางกรณีผู้กระทำความผิดก็ยินยอมที่จะชดเชยความเสียหายอย่างเต็มที่ตามจำนวนที่เสียหาย ซึ่งอาจรวมถึงความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินด้วย เช่น ค่าเสียหายในความเจ็บปวดทรมาน เป็นต้น

## 4) ทำให้สถาบันครอบครัวมั่นคงแข็งแรง ลดปัญหาอาชญากรรม และยังสามารถลดปัญหาสังคมที่จะเกิดขึ้นได้

กล่าวคือ ในปัจจุบันนี้จะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดระหว่างบุคคลในครอบครัวใน ความผิดฐานอื่นๆ เพิ่มมากขึ้น เช่น มีการทะเลาะเบาะแว้งกันจนถึงขั้นลงมือทำร้ายกัน ไม่ว่าจะโดยเจตนาหรือประมาท ซึ่งบางครั้งอาจไม่เป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ แต่บางครั้งก็ถึงขั้นได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายก็มี หรือจะเป็นการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทั้งหลาย หรือ อาจจะเป็นเพียงแค่การด่าทอคู่มั่นกัน เป็นต้น โดยความผิดต่างๆ เหล่านี้หากมีการดำเนินคดีในชั้นศาลและผู้กระทำถูกศาลพิพากษาให้รับโทษ ก็อาจส่งผลถึงความมั่นคงในสถานภาพของครอบครัว อาจทำให้ครอบครัวแตกแยก ส่งผลกระทบถึงสถานภาพของบุตร ทำให้บุตรหลานกลายเป็นเด็กมี

ปัญหา ขาดคนดูแล ขาดความรักความอบอุ่น อาจติดการพนันหรือติดยาเสพติด ซึ่งเหล่านี้ล้วนเป็นสาเหตุที่อาจนำไปสู่ปัญหาอาชญากรรมได้ ฉะนั้น ปัญหาระหว่างบุคคลในครอบครัวจึงเป็นเสมือนจุดเริ่มต้นของปัญหาสังคมด้านต่างๆ เพราะครอบครัวเป็นสถาบันแรกของชีวิตเด็กและเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมด้วย การกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้จึงน่าจะเป็นการดีกว่า ทำให้สถานภาพความมั่นคงในครอบครัวแข็งแรงขึ้น สามารถลดปัญหาอาชญากรรมและปัญหาสังคมที่จะเกิดขึ้นได้

#### 5) การลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล

กล่าวคือ การยอมความในคดีความผิดอันยอมความได้นั้นเป็นวิธีการหนึ่งที่ทำให้สิทธิในการดำเนินคดีอาชญากรรม (ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2)) ยิ่งถ้าผู้เสียหายตัดสินใจที่จะไม่ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกัน โดยไม่ไปแจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน พนักงานสอบสวนก็จะไม่มีอำนาจสอบสวนคดีนั้นๆ พนักงานอัยการก็ไม่มีอำนาจฟ้อง หากมีการฟ้องคดีต่อศาล ศาลก็จะสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ จึงอาจกล่าวได้ว่า “การยอมความ” นั้น เป็นมาตรการหนึ่งที่จะสามารถช่วยลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลได้ โดยถือเป็นมาตรการเบี่ยงเบนคดี (Diversion) ออกจากกระบวนการยุติธรรมซึ่งเป็นผลพลอยได้อีกทางหนึ่งจากการที่กำหนดให้ความผิดอาญาแผ่นดินบางลักษณะเป็นความผิดอันยอมความได้

#### 4.3.2 ผลเสีย

ผลเสียของการกำหนดให้ความผิดอาญาแผ่นดินบางฐานเป็นความผิดอันยอมความได้ มีดังนี้

##### 1) ความล่าช้าในกระบวนการยุติธรรม

การที่ความผิดอันยอมความได้นั้นเป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นเคาพการแสดงเจตนาของผู้เสียหาย หากกฎหมายให้อิสระในการดำเนินคดีแก่ผู้เสียหายมากเกินไปโดยไม่มีมาตรการทางกฎหมายมาควบคุม ผู้เสียหายก็จะละเลยไม่สนใจที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ส่งผลให้เกิดความล่าช้าในกระบวนการยุติธรรม กล่าวคือ หากผู้เสียหายละเลยไม่ไปแจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนภายในอายุความร้องทุกข์ที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็จะทำให้พนักงานสอบสวนไม่สามารถที่จะเริ่มต้นสอบสวนคดีอาญาที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งขัดกับหลักการสอบสวนที่ประสงค์ให้

พนักงานสอบสวนต้องเริ่มการสอบสวนโดยไม่ชักช้า (ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 130)

2) ผู้กระทำความผิดอาจกระทำความผิดซ้ำอีก โดยไม่คิดเกรงกลัวต่อกฎหมาย

กล่าวคือ การยอมความในคดีความผิดอันยอมความได้ตามกฎหมายไทย ให้อิสระแก่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมาเจรจาทกลงกันเองได้ โดยไม่ต้องมีเจ้าพนักงานของรัฐหรือองค์กรอื่นใดมาร่วมในการตรวจสอบการตกลงที่จะเกิดขึ้น หากผู้เสียหายตัดสินใจที่จะยอมความแล้ว ย่อมส่งผลให้คดีอาญาระงับสิ้นไป (ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2)) ผู้กระทำความผิดก็จะหลุดพ้นไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาอีกต่อไป อีกทั้งรัฐซึ่งมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมก็ไม่สามารถที่จะนำมาตรการทางกฎหมายมาใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดนั้นได้ เช่น ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ เป็นต้น ซึ่งอาจส่งผลให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย และผู้กระทำความผิดอาจกระทำความผิดซ้ำอีก และอาจทำให้ผู้เสียหายได้รับความกระทบกระเทือนทั้งทางร่างกายและทางจิตใจมากขึ้น ยิ่งถ้าผู้กระทำความผิดเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกันด้วยแล้ว เพราะถึงอย่างไรก็สามารถที่จะไกล่เกลี่ยตกลงกับผู้เสียหายได้อยู่ดี และหากผู้เสียหายยอมความ คดีอาญาก็จะระงับสิ้นไปในที่สุดเหมือนที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งกรณีอาจวนเวียนเช่นนี้ไปเรื่อยๆ ก็เป็นไปได้

3) ผู้เสียหายอาจอาศัยช่องทางของกฎหมายเป็นเงื่อนไขต่อเรื่องค่าเสียหายกับผู้กระทำความผิด

กล่าวคือ อาจมีกรณีที่ผู้เสียหายนั้นมีเจตนาไม่สุจริต โดยอาศัยลักษณะของความผิดอันยอมความได้เป็นเงื่อนไขต่อเรื่องค่าเสียหายกับผู้กระทำความผิด ซึ่งแม้จะเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันก็ตาม หากผู้กระทำความผิดไม่ยอมตามนั้นก็จะถูกดำเนินคดี เช่นนี้ กรณีดังกล่าวอาจทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับภาระในการชดเชยความเสียหายมากเกินไปกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ทำให้ผู้เสียหายเอาเปรียบผู้กระทำความผิด ซึ่งหากเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกันด้วยแล้ว ก็อาจส่งผลกระทบต่อถึงสถานภาพของครอบครัวได้

#### 4.4 วิเคราะห์ความผิดอาญาแผ่นดินตามประมวลกฎหมายอาญาที่อยู่ในวิสัยที่สามารถกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ โดยนำความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ

ในการที่จะกำหนดให้ความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้นั้น จะต้องพิจารณาพื้นฐานแนวคิดของความผิดอันยอมความได้ซึ่งได้เคยกล่าวไปแล้วก่อนเป็นอันดับแรก คือ จะต้องพิจารณาปัจจัยที่จะกำหนดให้ความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้ก่อนว่าความผิดอาญานั้นๆ มีปัจจัยตรงตามหลักเกณฑ์หรือไม่ กล่าวคือ

- 1) ความผิดฐานนั้นๆ มีความเป็นอาชญากรรมสูงหรือไม่
- 2) ความผิดฐานนั้นๆ กระทบต่อชีวิตส่วนบุคคลมากน้อยเพียงใด
- 3) ความผิดฐานนั้นๆ เรียกร้องการคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรมเพียงใด

หากความผิดอาญานั้นๆ มีความเป็นอาชญากรรมค่อนข้างน้อย กระทบต่อชีวิตส่วนตัวของบุคคลมากจนไม่สมควรให้มีการดำเนินคดีโดยปราศจากเจตจำนงของผู้เสียหาย และเรียกร้องให้มีการคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรมและการดำเนินคดีอาญาจะเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหายแล้ว กรณีที่ชอบที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

สิ่งที่สำคัญคือ จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งถือเป็นสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเป็นหลักด้วย ฉะนั้น การที่จะให้ความผิดอาญาใดเป็นความผิดอันยอมความได้ จะต้องพิจารณาที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นสำคัญ และความผิดอาญาที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ก็ต้องเกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเท่านั้น เพราะความผิดอันยอมความได้เป็นความผิดที่มุ่งกระทำต่อผู้เสียหายเป็นการส่วนตัวดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้ว ดังนั้น หากความผิดอาญาฐานใดมีลักษณะของคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของเอกชน (individualrechtsgut) แล้ว ก็จะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า ผลของการกระทำผิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือสังคมส่วนรวมมากกว่ากัน หากสังคมส่วนรวมได้รับความเสียหายมากกว่า ก็ต้องถือว่ามีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่หากผลจากการกระทำผิดดังกล่าวกระทบกระเทือนต่อเอกชนผู้เสียหายโดยตรงมากกว่าความเสียหายที่สังคมได้รับ รัฐก็ต้องปล่อยให้สิทธิของผู้เสียหายที่จะตัดสินใจเองว่าสมควรจะเอาโทษผู้กระทำผิดหรือไม่ ความผิดอาญาในลักษณะนี้ก็จะสามารถกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายอาญาของไทยเรานั้น การที่จะบัญญัติให้ความผิดใด เป็นความผิดที่ยอมความได้จะยังไม่เป็นหลักไม่มีเกณฑ์เท่าใดนัก เช่น การประกันภัยวินาศภัยเป็น ธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับความผาสุกของประชาชน แต่ความผิดฐานฉ้อโกงการประกันวินาศภัยตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 347 นั้นกฎหมายก็บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ เป็นต้น<sup>57</sup> ผู้เขียนเองจึงเห็นว่าในปัจจุบันนี้การกระทำความผิดที่เป็นความผิดอาญาระหว่างสามีภริยาซึ่งเป็น บุคคลในครอบครัวเดียวกันมีเพิ่มมากขึ้น ซึ่งการที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 บัญญัติไว้แต่ เพียงความผิดเกี่ยวกับทรัพย์เท่านั้นคงจะไม่เพียงพอกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ประกอบกับกรณีตาม ประมวลกฎหมายอาญาน่าจะยังมีบทบัญญัติความผิดอาญาแผ่นดินอีกหลายฐานที่จะสามารถบัญญัติ ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ โดยนำความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ (ทำนองเดียวกับมาตรา 71)

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่า เหตุผลที่อยู่เบื้องหลังในการที่กฎหมายกำหนดให้ความผิด ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 71 เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็เนื่องมาจากเหตุเรื่องความสัมพันธ์ ในทางเครือญาติระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้เสียหาย กล่าวคือ เพื่อให้ผู้เสียหายพิจารณาว่าควร จะให้อภัยหรือไม่ หากเห็นว่าควรให้อภัยก็ไม่ร้องทุกข์หรือถอนคดีเสีย ทั้งนี้ เพื่อที่จะรักษาความ สงบเรียบร้อยในครอบครัวและเป็นการรักษาไว้ซึ่งสถาบันครอบครัว เพราะหากกฎหมายจะไม่เอา โทษเสียเลยก็จะเป็นการสนับสนุนให้ทำลายครอบครัวเหมือนกัน กรณีเท่ากับการยุติให้มีการ กระทำความผิดอาญาเพิ่มมากขึ้นไปอีก เป็นการยุติให้ครอบครัวแตกแยกเพิ่มขึ้น เช่นนี้ กฎหมายจึง กำหนดให้ความผิดอาญาเกี่ยวกับทรัพย์เพียงบางฐานความผิดเท่านั้นที่เป็นความผิดอันยอมความได้ ตามมาตรา 71 แต่มีข้อสังเกตว่ากฎหมายมิได้บัญญัติรวมความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่มีการใช้กำลัง เอาไว้ด้วย ความผิดที่ว่ามานี้ ได้แก่ ความผิดฐานกรร โขกทรัพย์ ความผิดฐานริดเอาทรัพย์ ความผิด ฐานชิงทรัพย์ และความผิดฐานปล้นทรัพย์ เหตุผลที่เป็นเช่นนั้นนี้อาจเนื่องมาจากการที่ลักษณะของ การกระทำความผิดเหล่านั้นเป็นการกระทำที่ร้ายแรง นำหวาดเสียว และรุนแรงมากกว่าความผิด เกี่ยวกับทรัพย์ฐานอื่นๆ และยังเป็น การกระทำที่ร้ายแรงและรุนแรงมากกว่าการกระทำความผิดตาม มาตรา 295 มาตรา 390 และมาตรา 391 ด้วย เพราะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในฐานดังกล่าวนี้ นอกจากจะเป็นการกระทำความผิดที่ผู้กระทำมุ่งประสงค์ต่อตัวทรัพย์แล้ว ยังเป็นการกระทำที่มีการ

<sup>57</sup> คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 140-141.

ใช้กำลังร่วมด้วย คือ โดยการ “ใช้กำลังประทุษร้าย”<sup>58</sup> ซึ่งมีความหมายกว้างกว่า “ทำร้าย” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นการกระทำที่เป็นความผิดซ้อนความผิดนั่นเอง ประกอบกับการที่ในส่วนเรื่องของอัตราโทษ ที่กฎหมายกำหนดโทษไว้สูงกว่าการกระทำความผิดตามมาตรา 295 มาตรา 390 และมาตรา 391 มากทีเดียว ดังนั้น หากมีการแก้ไขให้ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในฐานดังกล่าวนี้เป็นความผิดอันยอมความได้เสีย สังคมก็อาจจะไม่ยอมรับ และก็อาจส่งผลให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายด้วย

แต่ในส่วนของความผิดอาญาแผ่นดินตามประมวลกฎหมายอาญาที่จะกล่าวถึงต่อไปนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นความผิดที่อยู่ในวิสัยที่สามารถกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ โดยที่จะนำความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ ดังนี้

มาตรา 295 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จะเห็นได้ว่า คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ ก็คือ กฎหมายมุ่งคุ้มครอง “ความปลอดภัยของร่างกาย” ซึ่ง “ความปลอดภัยของร่างกาย” นี้ เป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้” ซึ่งถือเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญ โดยที่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเรามีได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ เพราะมิได้มีการเขียนไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นความผิดอันยอมความได้ ทั้งๆ ที่คุณธรรมทางกฎหมายของมาตรานี้เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ และความผิดฐานนี้ก็มีความเป็นอาชญากรรมไม่สูงมากนัก ซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้เสียหายโดยส่วนตัวมากกว่าสังคม และผู้เสียหายสามารถได้รับการคุ้มครองหรือได้รับการชดเชยจากผู้กระทำความผิดได้ดีกว่า อีกทั้งผู้กระทำความผิดเองก็มิได้มีจิตใจที่ชั่วร้าย นอกจากนี้ลักษณะของการกระทำความผิดเองก็มิได้ร้ายแรง รุนแรงหรือน่าหวาดเสียวแต่ประการใด และผลของการกระทำความผิดก็กระทบกระเทือนต่อผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นเอกชนผู้เสียหายเพียงลำพัง ผลนั้นมิได้กระทบต่อสังคมหรือรัฐเลย และในส่วนของอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ ระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ จะเห็นได้ว่าระวางโทษดังกล่าวมิได้สูงมากนักหาก

<sup>58</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (6) บัญญัติว่า “...ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน”.

เทียบกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ซึ่งระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท แต่กฎหมายยังกำหนดให้มาตราดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้ และสังเกตได้ว่าในกฎหมายอาญาเยอรมันในส่วนของความผิดที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์นั้นถือว่าความผิดประเภทนี้เทียบได้กับความผิดอันยอมความได้ตามกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งก็มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายรวมอยู่ในความผิดประเภทดังกล่าวด้วย และประกอบกับการที่ผู้เขียนเองมีข้อสังเกตว่า หากพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 มาตรา 4 จะพบว่า ได้มีการกำหนดว่า “หากการกระทำความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวตามมาตรา 4 วรรคแรก เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ด้วยแล้ว ให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้” กล่าวคือ พระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีการกำหนดให้การกระทำความรุนแรงในครอบครัวที่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญากลับมิได้มีการบัญญัติไว้ให้ความผิดฐานดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้ จึงมีปัญหาตามมาว่า แล้วเหตุใดประมวลกฎหมายอาญาจึงมิได้มีการแก้ไขให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ไม่ทำให้เกิดการคลั่งก้นในการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นก็จะส่งผลเสียต่อกระบวนการยุติธรรมของไทย และการที่จะกำหนดหลักดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญานั้นก็เปรียบเสมือนเป็นการกำหนดหลักทั่วไปไว้ในกฎหมายทั่วไปนั่นเอง ซึ่งในปัจจุบันนี้จะเห็นได้ว่า การที่จะกำหนดให้การกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายระหว่างสามีภริยาเป็นความผิดอันยอมความได้นั้นยังไม่มีกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเปรียบเสมือนเป็นกฎหมายทั่วไปแต่อย่างใด มีแต่เพียงกำหนดไว้ในพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 ซึ่งเปรียบเสมือนเป็นกฎหมายเฉพาะ เพราะจะเห็นได้ว่ามีกฎหมายอื่นๆ ที่นอกจากจะมีกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอยู่แล้วก็ยังมี การนำไปกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติต่างๆ อีก เช่น กฎหมายเด็ก เป็นต้น นอกจากนี้การที่เราไปสนใจศึกษาหรือให้ความสำคัญกับกฎหมายทั่วไปย่อมจะดีกว่าอยู่แล้ว เพราะประมวลกฎหมายอาญานั้นคนทั่วไปส่วนใหญ่ของสังคมจะรู้จักกฎหมายฉบับนี้อยู่แล้ว การที่คนทั่วไปในสังคมจะรู้จักกับพระราชบัญญัติสักหนึ่งฉบับนั้นมีอยู่ในวงจำกัด ส่วนใหญ่จะรู้จักกันในหมู่นักกฎหมายหรือคนที่ศึกษากฎหมาย ชาวบ้านทั่วไปๆ มักไม่ค่อยรู้จักสักเท่าใดนั่นเอง ผู้เขียนจึงเห็นว่า ความผิดตามมาตรา 295 นี้สอดคล้องกับเงื่อนไขในการที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

มาตรา 390 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จะเห็นได้ว่า คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ ก็คือ กฎหมายมุ่งคุ้มครอง “ความปลอดภัยของร่างกาย” มิให้ต้องได้รับอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจจากการกระทำโดยประมาทของบุคคลอื่น

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะพบว่าคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้เป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้” ซึ่งถือเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญ และประมวลกฎหมายอาญาของไทยเราก็มิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้แต่อย่างใด เพราะมิได้มีการเขียนไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นความผิดอันยอมความได้ ทั้งๆ ที่คุณธรรมทางกฎหมายของมาตรานี้เป็น คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดอันยอมความได้ โดยตรง และความผิดฐานนี้ก็มีความเป็นอาชญากรรมไม่สูงมากนัก ซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้เสียหาย เป็นการส่วนตัวมากกว่าสังคม และผู้เสียหายสามารถได้รับการคุ้มครองหรือได้รับการชดเชยจากผู้กระทำผิดได้ดีกว่า อีกทั้งผู้กระทำความผิดเองก็มิได้มีจิตใจที่ชั่วร้าย ประกอบกับหากพิจารณาที่ผลของการกระทำความผิดก็จะพบว่า กรณีมีผลเพียงทำให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจในลักษณะปกติธรรมดาเท่านั้น มิใช่เกิดอันตรายสาหัส อีกทั้งผลก็เกิดแก่ผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นปัจเจกชนเพียงลำพัง ผลนั้นมิได้กระทบต่อสังคมหรือรัฐเลย และหากพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำความผิดฐานนี้ก็ได้เป็นการกระทำที่ร้ายแรง รุนแรงหรือน่าหวาดเสียวแต่อย่างใด เพราะผู้กระทำความผิดได้กระทำไปโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นเดียวกับผู้กระทำพึงมีตามวิสัยและพฤติการณ์ แต่ผู้กระทำมิได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอ (ตามมาตรา 59 วรรคสี่) นอกจากนี้ ความผิดฐานนี้ก็เป็นเพียงความผิดลหุโทษเท่านั้น กล่าวคือ เป็นความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นเพียงความผิดเล็กๆ น้อยๆ และเป็นความผิดที่มีอัตราโทษที่ต่ำมาก เช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ความผิดตาม มาตรา 390 นี้สอดคล้องกับเงื่อนไขในการที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

มาตรา 391 บัญญัติว่า “ผู้ใดใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จะเห็นได้ว่า คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ ก็คือ “ความปลอดภัยของร่างกาย” ซึ่งเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้” ซึ่งเกี่ยวข้องกับการกำหนดให้ ความผิดอาญาฐานหนึ่งๆ เป็นความผิดอันยอมความได้

จากบทบัญญัติข้างต้น เป็นฐานความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ และความผิดฐานนี้ก็เป็นอาชญากรรมค่อนข้างน้อย โดยส่งผลกระทบต่อชีวิตส่วนตัวของผู้เสียหายมากกว่าสังคม และผู้เสียหายสามารถได้รับการคุ้มครองหรือได้รับการชดเชยจากผู้กระทำผิดได้ดีกว่า อีกทั้งผู้กระทำผิดเองก็มิได้มีจิตใจที่ชั่วร้าย หากมีการดำเนินคดีกับสามีหรือภริยาผู้กระทำผิดในความผิดเล็กน้อยเพียงนี้ก็จะเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหายซึ่งเป็นภริยาหรือสามีของตน เพราะความผิดฐานนี้เป็นเพียงความผิดลหุโทษเท่านั้น ซึ่งเป็นเพียงความผิดเล็กน้อยๆ และมีอัตราโทษที่ต่ำมาก กล่าวคือ มีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ประกอบกับหากพิจารณาเหตุที่ผลของการกระทำ ผลก็เกิดแก่ผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นปัจเจกชนเพียงลำพังเท่านั้น มิได้กระทบต่อสังคมโดยรวมหรือต่อรัฐ และในส่วนของลักษณะของการกระทำก็เป็นเพียงการกระทำที่ไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของผู้ถูกกระทำ และหากพิจารณาในส่วนของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 มาตรา 4 ก็จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กล่าวไว้ถึงกรณีที่มีการกระทำอันเป็นความรุนแรงในครอบครัวที่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 (คือ ทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น) ด้วยกฎหมายยังได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้เสียเลย เช่นนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า กรณีความผิดฐานนี้น่าจะบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ด้วยเช่นกัน

จะเห็นได้ว่าความผิดตามมาตรา 390 และมาตรา 391 นี้เป็นเพียงแต่ความผิดเล็กน้อยๆ เท่านั้น แต่การที่จะกำหนดให้ขยายความรวมไปถึงบุคคลทั่วๆ ไปที่มิได้เป็นสามีภริยากันด้วยนั้น ผู้เขียนเองไม่ค่อยจะเห็นด้วย เนื่องจากบุคคลธรรมดาทั่วไปนั้นมิได้มีความสัมพันธ์ใดๆ ที่เกี่ยวข้องกันเลย ซึ่งแตกต่างจากสามีภริยาที่มีความสัมพันธ์กันในเชิงครอบครัว ซึ่งหากมีการบัญญัติให้ความผิดทั้งสองมาตราดังกล่าวข้างต้นนั้นรวมถึงบุคคลธรรมดาทั่วไปที่มิได้เป็นสามีภริยากันด้วยแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าจะเป็นการส่งเสริมให้มีผู้กระทำความผิดมากขึ้น ส่งผลให้เกิดการกระทำความผิดต่อกันมากขึ้น ซึ่งหากกฎหมายเปิดกว้างจนเกินไปก็อาจจะเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้มีอิทธิพลหรือผู้มีอำนาจมาเป็นข้ออ้างเมื่อเกิดการกระทำความผิดดังกล่าวขึ้น เพราะกรณีสามารถยอมความกันได้ จนอาจกลายเป็นการสนับสนุนให้คนในสังคมไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายไปในที่สุด แต่การที่วิทยานิพนธ์เล่มนี้จะกำหนดให้การกระทำความผิดทั้งสองมาตราดังกล่าวข้างต้นที่เกิดขึ้น

ระหว่างสามีภริยาเป็นความผิดอันยอมความได้นั้น ก็เนื่องมาจากในบางกรณีผู้กระทำอาจกระทำ ความผิดไปเพราะความพลั้งเผลอ หรือเพราะถือวิสาสะ ซึ่งพอเมื่อปรับความเข้าใจกันได้แล้ว สถาบันครอบครัวก็สามารถดำรงอยู่ต่อไปได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อที่จะรักษาสถานภาพความมั่นคงในสถาบัน ครอบครัวเอาไว้นั่นเอง

มาตรา 309 วรรคแรก บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใด โดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือ ทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเองหรือของผู้อื่น หรือโดยใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้ถูกข่มขืนใจต้อง กระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้น หรือจำยอมต่อสิ่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับ ไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดฐานนี้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครอง “เสรีภาพในการตกลงใจ” และ “เสรีภาพในการ กระทำตามที่ตกลงใจ” หรือ “เสรีภาพในการตัดสินใจ” ฉะนั้น คุณธรรมทางกฎหมายของความผิด ฐานนี้ ก็คือ “เสรีภาพในการตัดสินใจ”

ความผิดฐานนี้เป็นความผิดอันยอมความได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 321 โดยจะเห็นได้ว่า ความผิดฐานนี้มีความเป็นอาชญากรรมที่ไม่สูงมากนัก และส่งผลกระทบต่อชีวิตส่วนตัวของบุคคล มากกว่าสังคม และการดำเนินคดีกับสามีหรือภริยาผู้กระทำความผิดก็จะเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหายซึ่ง เป็นภริยาหรือสามีของตนเพิ่มขึ้น กรณีจึงเป็นไปตามลักษณะพื้นฐานในการกำหนดให้ความผิด อาชญาฐานใดฐานหนึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้

มาตรา 310 วรรคแรก บัญญัติว่า “ผู้ใดหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังผู้อื่น หรือกระทำด้วย ประการใดให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน หกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดฐานนี้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครอง “เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทาง” ของ บุคคล ซึ่งเสรีภาพนี้กฎหมายเรียกว่า “เสรีภาพในร่างกาย” ฉะนั้น คุณธรรมทางกฎหมายของความ ผิดฐานนี้ ก็คือ “เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทาง” หรือ “เสรีภาพในร่างกาย”

ความผิดฐานนี้ก็เป็นความผิดอันยอมความได้เช่นกัน ทั้งนี้ ตามมาตรา 321

จะเห็นได้ว่า ความผิดตามมาตรา 309 วรรคแรก และมาตรา 310 วรรคแรก นั้นเป็น ความผิดอันยอมความได้อยู่แล้ว ตามมาตรา 321 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยหากพิจารณาใน ส่วนของอัตราโทษตามมาตรา 309 วรรคแรก และมาตรา 310 วรรคแรก ก็จะพบว่าเมื่ออัตราโทษที่ หนักกว่าความผิดตามมาตรา 295 มาตรา 390 และมาตรา 391 กล่าวคือ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน สามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ประกอบกับคุณธรรมทางกฎหมายตามมาตรา 309 วรรคแรก และมาตรา 310 วรรคแรก ก็สูงกว่าคุณธรรมทางกฎหมายตามมาตรา 295 มาตรา 390

และมาตรา 391 ซึ่งมีคุณธรรมทางกฎหมายคือ “ความปลอดภัยของร่างกาย” กล่าวคือ ความผิดตาม มาตรา 309 วรรคแรก เป็นการข่มขืนใจผู้อื่น อันเป็นการกระทำต่อ “เสรีภาพในการตัดสินใจ” ส่วน ความผิดตามมาตรา 310 วรรคแรก เป็นการหน่วงเหนี่ยวกักขังผู้อื่น อันเป็นการกระทำต่อ “เสรีภาพ ในร่างกาย” อีกทั้งความผิดตามมาตรา 309 วรรคแรก และมาตรา 310 วรรคแรก นั้นยังเป็นการ กระทำความคิดที่ส่งผลกระทบต่อตัวบุคคลมากกว่า กล่าวคือ นอกจากจะเป็นการกระทำต่อตัว บุคคลแล้ว ยังเป็นการกระทำที่ไปจำกัดเสรีภาพของผู้ถูกระทำอีกด้วย เช่นนี้ จะเห็นได้ว่ากฎหมาย ยังบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้เสียเลย แล้วเหตุใดจึงมิได้บัญญัติให้ความผิดตามมาตรา 295 มาตรา 390 และมาตรา 391 เป็นความผิดอันยอมความได้ด้วย

กล่าวโดยสรุป บรรดามาตราในประมวลกฎหมายอาญาที่กล่าวมาข้างต้น อันได้แก่ มาตรา 295 มาตรา 390 และมาตรา 391 หากมีการนำความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาเข้าไปเป็นเหตุ ในการบัญญัติทำนองเดียวกับมาตรา 71 โดยหากมีการบัญญัติให้ความผิดที่ผู้กระทำและผู้ถูกระทำ ซึ่งเป็นสามีภริยากันนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้ โดยบัญญัติเพิ่มเข้าไปในประมวลกฎหมาย อาญาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า กรณีย่อมจะส่งผลดีต่อสถาบันครอบครัวต่อไป อันเป็นการรักษาไว้ซึ่ง สถานภาพความมั่นคงในสถาบันครอบครัว อีกทั้งยังเป็นการลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล โดยวิธีการ เบี่ยงเบนคดี (Diversion) ออกจากกระบวนการยุติธรรมซึ่งถือเป็นผลพลอยได้อีกทางหนึ่งด้วย เนื่องจากสามีภริยานั้นก็เปรียบเสมือนลื่นกับพื้น ย่อมจะมีการกระทบกระทั่งกันบ้างไม่มากก็น้อย ไม่ว่าจะด้วยสาเหตุใดก็ตาม ซึ่งปัญหาหระหว่างสามีภริยานั้นสามารถที่จะเกิดขึ้นได้แทบจะทุกวัน และเมื่อมีการกระทำความผิดต่อกันไปแล้ว พอเวลาผ่านไป ก็พร้อมที่จะให้อภัยกันได้เสมอและ พร้อมที่จะปรับความเข้าใจกันและคืนดีกันในที่สุด ฉะนั้น การที่จะกำหนดให้ความผิดอาญา แผ่นดินบางฐานที่ผู้กระทำความผิดและผู้ถูกระทำเป็นสามีภริยากันเป็นความผิดอันยอมความได้ เสีย กรณีก็ย่อมจะส่งผลดีมากกว่าผลเสีย กล่าวคือ กรณีจะส่งผลดีต่อทั้งสถาบันครอบครัว อันเป็น สถาบันพื้นฐานของสังคม และส่งผลดีต่อกระบวนการยุติธรรมในทางอ้อม คือ เป็นการลดปริมาณ คดีที่จะขึ้นสู่ศาลด้วย

