



ความผิดฐาน “ทำผิดประเวณี” ตามมาตรา 126 กฎหมายอาญาของ ส.ป.ป.ลาว:

ศึกษาปัญหาและผลกระทบทางกฎหมาย

OFFENSE OF ADULTERY ACCORDING TO ARTICLE 126 OF THE PENAL

CODE OF LAO PDR: A CASE STUDY OF CURRENT LEGAL ISSUES

AND THEIR SOCIAL EFFECTS

มิตุนาวรรณ กองมณี

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สำนักวิชานิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

2555

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ความผิดฐาน “ทำผิดประเวณี” ตามมาตรา 126 กฎหมายอาญาของ ส.ป.ป.ลาว:
ศึกษาปัญหาและผลกระทบทางกฎหมาย

OFFENSE OF ADULTERY ACCORDING TO ARTICLE 126 OF THE PENAL
CODE OF LAO PDR: A CASE STUDY OF CURRENT LEGAL ISSUES
AND THEIR SOCIAL EFFECTS

มิตุนาวรรณ กองมณี

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สำนักวิชานิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

2555

©ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ความผิดฐาน “ทำผิดสะจาม” ตามมาตรา 126 กฎหมายอาญาของ ส.ป.ป.ลาว:
ศึกษาปัญหาและผลกระทบทางกฎหมาย

OFFENSE OF ADULTERY ACCORDING TO ARTICLE 126 OF THE PENAL
CODE OF LAO PDR: A CASE STUDY OF CURRENT LEGAL ISSUES
AND THEIR SOCIAL EFFECTS

มิตุนาวรรณ กองมณี

วิทยานิพนธ์นี้ได้รับการพิจารณาอนุมัติให้นับเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
2555

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ไชยยศ เหมะราชตะ)

.....อาจารย์ที่ปรึกษา
(รองศาสตราจารย์ ดร. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ)

.....กรรมการ
(ดร. รุ่ง ศรีสมวงษ์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(รองศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ)

©ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

กิตติกรรมประกาศ

ในการค้นคว้าวิจัยเพื่อทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จลุล่วงไปได้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ ที่ได้กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และคอยให้คำปรึกษาชี้แนะแนวทางในการแก้ไขปัญหา พร้อมทั้งให้ความช่วยเหลือในการแก้ไขข้อผิดพลาดของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แก่ผู้เขียน รวมทั้ง ขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ไชยยศ หาระวัชระ ที่ได้กรุณาสละเวลามาเป็นประธานสอบ พร้อมทั้งให้คำแนะนำต่าง ๆ ในการแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น ขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ และท่านอาจารย์ ดร. รุ่ง ศรีสมวงษ์ ซึ่งได้ให้คำแนะนำและกรุณาสละเวลามาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) จริญญา ภักดีชนากุล ที่ได้ให้คำแนะนำต่าง ๆ และชี้แนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณมารดาของผู้เขียนที่คอยเป็นกำลังใจในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอกราบขอบพระคุณ สำนักงานความร่วมมือเพื่อการพัฒนาระหว่างประเทศของกระทรวงการต่างประเทศแห่งประเทศไทยที่ได้มอบทุนการศึกษาให้แก่ผู้เขียนเพื่อทำการศึกษาในระดับมหาบัณฑิตที่ประเทศไทย ขอกราบขอบพระคุณ ท่านอาจารย์ทุกท่านที่ช่วยประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้และให้คำแนะนำต่าง ๆ ในการศึกษาให้กับผู้เขียนมาโดยตลอด ขอขอบคุณ อาจารย์โสภิต ชีวะพานิชย์ และเจ้าหน้าที่บัณฑิตศึกษาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงทุก ๆ ท่านที่ได้ให้ความช่วยเหลือและให้คำชี้แนะต่าง ๆ ขอขอบคุณ เพื่อน ๆ นักศึกษาคณะนิติศาสตร์ทุก ๆ คน ที่เป็นกำลังใจในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดีและที่ลืมเสียมิได้ คือ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง สถาบันอันทรงคุณค่าที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาให้ผู้เขียนได้มีวันนี้

ท้ายนี้ผู้เขียนขอรำลึกถึงพระคุณบิดา มารดา ญาติพี่น้อง และคณะอาจารย์ทุกท่านที่ให้ความเมตตา สนับสนุนและเป็นกำลังใจให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดี และขอรำลึกไว้ด้วยความกตัญญูทดแทน

มิถุนาวรรณ กองมณี

ชื่อเรื่องวิทยานิพนธ์	ความผิดฐาน “ทำผิดละเมิด” ตามมาตรา 126 กฎหมายอาญาของ ส.ป.ป.ลาว: ศึกษาปัญหาและผลกระทบทางกฎหมาย
ชื่อผู้เขียน	มิถุนาวรรณ กองมณี
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ศึกษาวิจัยถึงความเหมาะสมในการบังคับใช้กฎหมายอาญาในความผิดประเวณีของสามีภริยาของ ส.ป.ป.ลาว ในปัจจุบัน (ความผิดทำผิดละเมิด) ตามกฎหมายอาญาลาว มาตรา 126 กฎหมายดังกล่าวนี้ได้บัญญัติและบังคับใช้มาเป็นเวลานาน มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิด โดยใช้มาตรการลงโทษทางอาญาต่อผู้ที่กระทำผิด จากการศึกษาบทบัญญัติดังกล่าวพบว่า นอกจากกฎหมายจะไม่สามารถบรรลุลักษณะวัตถุประสงค์ในการควบคุมพฤติกรรมผิดประเวณีของคนในสังคมได้อย่างแท้จริงแล้ว ยังพบว่ากฎหมายก่อให้เกิดปัญหาตามมา เช่น ปัญหาเรื่องช่องว่างในการตีความกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม ปัญหาเรื่องกำหนดอัตราโทษที่ไม่เหมาะสมกับการกระทำผิด และปัญหาเรื่องการบัญญัติกฎหมายเป็นอาญาแผ่นดิน จากการวิจัยพบว่า ไม่เพียงแต่เกิดปัญหาในส่วนของการบัญญัติ แต่ยังก่อให้เกิดปัญหาในส่วนของการตีความของกฎหมาย ซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนในการบังคับใช้กฎหมายและทำให้กฎหมายอาญาด้อยประสิทธิภาพ ผู้เขียนได้เสนอทางแก้ไขและมาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และไม่กระทบถึงสิทธิมนุษยชนเกินสมควร จากการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายการผิดประเวณีของสามีภริยาในบางประเทศในเรื่องแนวความคิดในการลงโทษ หลักการดำเนินคดีต่อผู้กระทำผิด และจากการศึกษาวิเคราะห์ถึงผลเสียของการใช้มาตรการทางอาญาในความผิดดังกล่าว

ข้อเสนอของบทวิทยานิพนธ์มีดังนี้ : ควรปรับปรุงแก้บทบัญญัติให้มีความชัดเจน โดยคำนึงถึงการตีความที่เหมาะสมและสอดคล้องกับข้อเท็จจริงของคดีเพื่อความยุติธรรมของผู้ถูกกล่าวหา ในการกำหนดอัตราโทษควรยกเลิกโทษจำคุกให้เหลือเพียงโทษปรับเพื่อความเหมาะสมกับการกระทำผิด และควรบัญญัติความผิดดังกล่าวไว้เป็นความผิดต่อส่วนตัวเพื่อทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีความราบรื่นและเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ บนพื้นฐานความถูกต้องชอบธรรมตามหลักกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยยึดหลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามกฎหมาย

คำสำคัญ: ความผิดประเวณีของสามีภริยา/การบังคับใช้/สิทธิมนุษยชน



Thesis Title	Offense of adultery according to article 126 of the penal code of Lao PDR: A case study of current legal issues and their social effects.
Author	Mithounavanh Kongmany
Degree	Master of Law
Advisor	Assoc. Prof. Dr. Apirat Petchsiri

ABTRACT

This thesis studies the suitability and enforceability of the law on adultery according to the article 126 of the Penal Code of Lao PDR. The adultery law was enacted and regularly enforced long time ago with the purpose of preventing and suppressing the offense by imposing criminal sanctions upon the perpetrators. However, this study reveals that not only the law is unable to achieve the true objective of the provision, i.e. controlling the improper behaviors relating to adultery but also creates problems of unfair procedures which resulted in the deprivation of human rights of the citizen. Evidence shows cases of inefficiency of enforcement of such provision. Also, the classification of the offense as state crime leads to unusual stiff punishment. From the study of law of adultery in various jurisdictions, the author recommends that proper solutions and measures to ensure the enforceability of the law is to change the concept of punishment as well the principles of legal proceeding against the offense of adultery.

This thesis recommends the followings: revision of the provision to reflect the clear conditions upon which the offenders may be criminally liable; punishment of imprisonment should be abolished and fine should be used instead; and, reclassify the offense as compoundable offense where the defendant can be put on trial only when the injure party wants to pursue

criminal trial. All of these measures are suggested to ensure smooth and efficient enforceability of criminal law without prejudice to the legal rights of the citizen.

Keywords: Offense of Adultery/Enforcement/Human rights



สารบัญ

	หน้า
กิตติกรรมประกาศ	(3)
บทคัดย่อภาษาไทย	(4)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(6)
บทที่	
1 บทนำ	1
1.1 ความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของปัญหา	7
1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย	7
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย	7
1.5 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย	8
1.6 ผลที่คาดว่าจะได้รับ	8
2 รูปแบบของการสมรสและแนวคิดทฤษฎีของกฎหมาย	
ในความผิดประเวณีของสามีภรรยา	9
2.1 แนวความคิดและรูปแบบของการสมรส	9
2.2 ความหมายของการผิดประเวณีของสามีภรรยา	14
2.3 แนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำผิดประเวณี	
ของสามีภรรยาของศาสนาต่างๆ	18
2.4 แนวความคิดและรูปแบบในความผิดประเวณีตามกฎหมายลาว	27
2.5 สรุป	29

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3 หลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดประเวณี ของประเทศลาวเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ	30
3.1 ประวัติความเป็นมาของกฎหมายอาญาในความผิดประเวณี ของประเทศลาว	30
3.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา ฐานผิดประเวณีของสามีภริยาในปัจจุบัน	45
3.3 วัตถุประสงค์ของกฎหมาย	50
3.4 การมีผู้ตามกฎหมายของประเทศไทย	51
3.5 การมีผู้ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา	59
3.6 สรุป	63
4 วิเคราะห์สภาพปัญหาและการบังคับใช้กฎหมาย ในความผิดประเวณีของสามีภริยา	65
4.1 ปัญหาในความผิดประเวณีของสามีภริยา	65
4.2 การพิจารณาการบังคับใช้กฎหมายอาญา	93
4.3 ผลการบังคับใช้กฎหมายอาญากับความผิดประเวณีของสามีภริยา	100
4.4 สรุป	106
5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	108
5.1 บทสรุป	108
5.2 ข้อเสนอแนะ	113

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
รายการอ้างอิง	117
ภาคผนวก	129
ประวัติผู้เขียน	139



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความสำคัญของปัญหา

การผิดประเวณีของสามีภริยาในความหมายอย่างกว้างนั้น หมายถึง การประเวณีที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่สมรสแล้วกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน โดยจะแตกต่างกันไปในแต่ละสังคม ในประเทศที่ประชาชนนับถือศาสนาคริสต์ การผิดประเวณีของสามีภริยา หมายถึง คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นซึ่งทำให้การสมรสของตนต้องแตกสลายและยังหมายถึง คู่สมรสได้ปฏิเสธคำสาบานของการสมรสที่เคยให้ไว้¹ แต่ในประเทศที่ประชาชนนับถือศาสนาอิสลามการผิดประเวณีของสามีภริยา หมายถึง การทำอนาจารในอวัยวะเพศของผู้หญิง ซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องห้าม นอกจากการผิดประเวณีเป็นสิ่งต้องห้าม (หะรอม) แล้ว การผิดประเวณียังเป็นบาปใหญ่รองจากการตั้งภาคีต่ออัลลอฮ์และการฆ่าชีวิตผู้อื่นโดยไม่ถูกต้อง โดยความผิดนั้นจะไม่เท่าเทียมกัน สำหรับการผิดประเวณีกับผู้ที่มีสามี กับผู้ที่เป็นเครือญาติ (มะหรอม) กับภริยาของเพื่อนบ้านจะเป็นเรื่องที่ร้ายแรงยิ่ง² สำหรับความหมายของการผิดประเวณีของสามีภริยาตามกฎหมายลาว หมายถึง การที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่น ซึ่งการผิดประเวณีนี้นี้เรียกว่าการทำผิดสะจาน⁴

¹ Wayne, J., **What is Adultery**, (N.P: n.p., n.d.), Retrieved February 17, 2012, from <http://www.christiancourier.com/articles/343-what-is-adultery>

² การตั้งภาคีต่ออัลลอฮ์ หมายถึง มีมนุษย์เชื่อว่ามิบุคคลอื่นสำคัญ หรือเป็นที่กราบไหว้เหมือนกับอัลลอฮ์ นั่นถือเป็นการตั้งภาคีกับอัลลอฮ์ ถือเป็นการลบหลู่เกียรติศักดิ์ศรีของผู้สร้างโลกในศาสนาอิสลาม

³ อิสมาอีล บินกอเซ็ม, **บทลงโทษผู้ผิดประเวณี**, (ม.ป.ท: ม.ป.พ., ม.ป.ป.), สืบค้นเมื่อ 30 พฤษภาคม 2555, จาก [http:// www.islammore.com/main/content.php?page=sub&category=62&id=1838](http://www.islammore.com/main/content.php?page=sub&category=62&id=1838)

⁴ กระทรวงแถลงข่าวและวัฒนธรรม, **พจนานุกรมภาษาลาว**, (เวียงจันทน์: แห่งรัฐ, 2535), 52.

ในอดีตสังคมลาวเป็นสังคมที่มีวัฒนธรรม ความเชื่อถือที่เคร่งครัดในพุทธศาสนา ดังนั้น การดำเนินชีวิตของผู้คนในสังคมรวมไปถึงการปกครองบ้านเมืองจึงเกี่ยวข้องกับเรื่องพุทธศาสนา เป็นหลัก เพราะศาสนาเป็นสิ่งที่ยึดเหนี่ยวจิตใจของคนในสังคม คนในยุคก่อนจึงถูกปลูกฝังให้มีความ เชื่อถือในศาสนาเป็นอย่างมาก ศาสนายังเปรียบเสมือนบรรทัดฐานในการดำเนินชีวิตของพวกเขา ซึ่งแสดงออกโดยการกระทำต่างๆ กล่าวคือ การกระทำที่สอดคล้องกับหลักคำสอนของพุทธศาสนา ถือว่าเป็นการกระทำที่ถูกต้อง และ ควรที่จะกระทำสืบไป ส่วนการกระทำใดที่ผิดเพี้ยนไปจากหลัก คำสอนของศาสนาถือเป็นการทำที่ผิดและไม่ควรกระทำ ด้วยเหตุนี้เองคนลาวในสมัยก่อนจึง แยกแยะการกระทำถูกผิดได้จากคำสอนในทางพุทธศาสนา ดังนั้นกฎหมายบ้านเมืองจึงถูกสร้างขึ้น จากหลักพื้นฐานทางพุทธศาสนา⁵ เช่นการกระทำผิดประเวณีของสามีภริยาได้มาจากศีลข้อที่สามใน พุทธศาสนา กล่าวคือ กามสุ มิจฉาจารา เวรมณี ลิกขาปะทัง สะมาทียามิ ศีลข้อนี้ได้สอนให้บุคคล อย่าได้กระทำผิดประเวณีกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่สามีภริยาของตน ซึ่งคำสั่งสอนดังกล่าวได้รับการ บัญญัติไว้เป็นกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้ลงโทษผู้ที่ละเมิดอย่างเคร่งครัดในยุคสมัยก่อนจนถึงปัจจุบัน

การให้ความสำคัญแก่สถาบันครอบครัวของสังคมลาวบวกกับการยึดถือปฏิบัติตามหลัก ทางพุทธศาสนาอย่างเคร่งครัดทำให้ความผิดประเวณีของสามีภริยายังคงเป็นความผิดทางอาญาใน กฎหมายอาญาลาวจนถึงกฎหมายฉบับปัจจุบัน ตามมติตกลงของสภาแห่งชาติแห่งสาธารณรัฐ ประชาธิปไตยประชาชนลาว ซึ่งได้รับรองเอากฎหมายว่าด้วยอาญาลับวันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 2005 โดยการทำหน้าที่เป็นประธานสภาแห่งชาติของท่าน สมาน วิยเกด ซึ่งได้บัญญัติการกระทำผิด ประเวณีของสามีภริยาให้เป็นความผิดทางอาญาในมาตรา 126⁶ ของกฎหมายอาญาลาว บัญญัติว่า “บุคคลที่สมรสแล้วหากมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นจะมีความผิดฐานทำผิดสะงานและจะ ได้รับโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงหนึ่งปีหรือให้เข้ารับการอบรมเพื่อเปลี่ยนพฤติกรรม และจะถูก ปรับตั้งแต่ 500,000 ถึง 5,000,000 กีบ” ส่วนในวรรคสองได้บัญญัติว่า “บุคคลที่มีความสัมพันธ์ทาง เพศกับคู่สมรสของบุคคลอื่นก็จะถูกลงโทษในฐานเดียวกัน” การกำหนดให้การกระทำผิดประเวณี ของสามีภริยาเป็นความผิดในทางอาญานั้นเป็นเหตุทำให้กฎหมายอาญาลาว และ กฎหมาย ครอบครัวลาวมีความเกี่ยวข้องกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะการผิดประเวณีของสามีภริยานอกจาก

⁵ กระทรวงแถลงข่าวและวัฒนธรรม, ประวัติศาสตร์ลาวอดีต-ปัจจุบัน, (เวียงจันทน์: แห่งรัฐ, 2543), 134-135.

⁶ กฎหมายอาญาลาว พ.ศ. 2548, กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 126, (9 พฤศจิกายน 2548), 430.

จะเป็นความผิดทางอาญาแล้วยังเป็นเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายครอบครัวลาวอีกด้วย⁷

สำหรับกฎหมายครอบครัวลาวในปัจจุบันมีวัตถุประสงค์มุ่งที่จะรักษาและเพิ่มพูนความมั่นคงของสถาบันครอบครัวให้เป็นองคาพยพที่เข้มแข็งของสังคม เสริมสร้างสายสัมพันธ์ในครอบครัวให้มั่นคงอยู่บนความเสมอภาคและความสมัครใจระหว่างชายและหญิง อบรมสั่งสอนลูกหลานให้รักและภาคภูมิใจในครอบครัวและประเทศชาติ พร้อมทั้งจะเข้าร่วมในการปกป้องพิทักษ์รักษา และพัฒนาชาติบ้านเมืองให้เจริญก้าวหน้า ทั้งยังมุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของแม่และลูกหลานในครอบครัวเมื่อจำเป็นจะต้องหย่าร้าง รวมทั้งมุ่งที่จะรักษาและพัฒนาวัฒนธรรมประเพณีอันดีงามของประชาชนสืบไปด้วย⁸ โดยมุ่งเน้นถึงความสำคัญของสิทธิในการเลือกคู่สมรส⁹ ความเสมอภาคระหว่างสามีภรรยา¹⁰ การไม่อนุญาตให้มีสามีหรือภรรยาหลายคนในเวลาเดียวกัน (ระบบสามีภรรยาเดียว Monogamous union)¹¹ และ การปกป้องสิทธิสตรี และ เด็ก¹² นอกจากนี้กฎหมายยังให้คำนิยามสถาบันครอบครัวว่าเป็นหน่วยทางสังคมที่เล็กที่สุด และ มีความสำคัญที่สุดสถาบันหนึ่งครอบครัวที่ดี มีความผาสุกนั้นจะกลายเป็นรากฐานให้แก่สังคมมีความสุขได้ ดังนั้นจึงมีการวางมาตรการทางกฎหมายออกมาเพื่อปกป้องสถาบันครอบครัวจากปัญหาความแตกร้างภายในครอบครัว โดยให้ความสำคัญในการปราบปรามการกระทำใดๆที่อาจก่อให้เกิดการผิดธรรมเนียมจารีตประเพณี หรือ ทำนองคลองธรรมของการสมรส ด้วยเหตุทั้งปวงนี้ รัฐจึงบัญญัติกฎหมายการผิดประเวณีของสามีภรรยาขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาคู่สมรส แต่เมื่อมองในทางกลับกันแล้วมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวยังไม่สามารถแก้ไขคดีผิดประเวณีของสามีภรรยาที่เกิดขึ้นในสังคมลาวได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ยิ่งกลับพบว่า กฎหมายฉบับนี้มีช่องว่างหลายจุดที่ขัดกับหลักสิทธิมนุษยชน ดังนั้น กฎหมายจึงควรได้รับการปรับปรุงให้ดีขึ้น และ ทันสมัยขึ้น

⁷ กฎหมายครอบครัวลาว พ.ศ. 2551, กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 20, (26 กรกฎาคม 2551), 561.

⁸ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 1, 556.

⁹ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 3, 557.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 2, 557.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 4, 557.

¹² เรื่องเดียวกัน, มาตรา 5, 557.

สำหรับกฎหมายไทยในปัจจุบันไม่ได้บัญญัติความผิดประเวณีของสามีภริยากับบุคคลอื่นไว้เป็นความผิดในทางอาญา แต่ในอดีตปรากฏว่าได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาต่อหญิงที่มีชู้ ซึ่งกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เฉพาะหญิงที่คบชู้เท่านั้น แต่กฎหมายดังกล่าวไม่ได้บัญญัติขึ้นมาเพื่อใช้กับฝ่ายชาย เพราะสังคมไทยสมัยก่อนมีทัศนคติ ค่านิยมที่ยกย่องให้ชายเป็นใหญ่กว่า มีบทบาทสำคัญกว่าหญิง ในขณะที่สถานภาพของหญิงต่ำต้อยกว่าชายมาก มีปัจจัยสำคัญที่เป็นตัวกำหนดสถานภาพของหญิงไทย กฎหมาย ขนบธรรมเนียมประเพณี ความคิดความเชื่อของสังคม พิธีกรรมและภาษา ในอดีตสังคมมองว่าผู้หญิงเป็นผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา เป็นผู้รับใช้ชาย ดังคำพังเพยที่ว่า “ผู้หญิงเป็นควาย ผู้ชายเป็นคน” (ปราณี วงษ์เทศ, 2534, 14) ผู้ชายจะเป็นผู้กำหนดว่าหญิงควรมีบทบาทอย่างไร ผู้ชายมักเป็นผู้สร้างและกำหนดข้อบังคับทุกอย่างและผู้หญิงก็ยอมจำนนต่อสิ่งที่ผู้ชายคิดแทนให้ สังคมจะมีกระบวนการอบรมขัดเกลาผู้หญิงให้ประพฤติตัวตามความคาดหวัง ตามแบบฉบับที่สังคมวางไว้ ซึ่งส่วนใหญ่ก็ล้วนแล้วแต่ผู้ชายเป็นคนกำหนดทั้งสิ้น¹³ ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ชายในสังคมไทยสมัยก่อนจึงมีสิทธิมีภริยาได้หลายคน ในขณะที่เดียวกันหากหญิงไปมีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับชายอื่นแล้วจะถือว่าเป็นการกระทำผิดอันใหญ่หลวง และจะถูกลงโทษพร้อมกับชายชู้ในสถานหนักในฐานะการมีชู้ตามกฎหมายบ้านเมือง ต่อมาเนื่องด้วยพัฒนาการของสังคมไทยบวกกับแนวความคิดทางด้านสิทธิมนุษยชน การเรียกร้องสิทธิเท่าเทียมกันในทุกๆด้านระหว่างชายหญิง กฎหมายไทยจึงได้รับการพัฒนาให้ทันยุคทันสมัยกับสังคม และการยอมรับสิทธิของฝ่ายหญิงมากขึ้น ด้วยเหตุนี้กฎหมายไทยที่เคยให้สิทธิแก่สามีมีภริยาหลายคน และการลงโทษภริยาอย่างโหดร้ายเนื่องจากมีชู้จึงได้ถูกยกเลิกไป ซึ่งในปัจจุบันกฎหมายบัญญัติให้ชายหรือ หญิงมีสิทธิมีภริยา หรือ สามีได้เพียงคนเดียว การผิดประเวณีจึงไม่ได้ใช้เฉพาะกับฝ่ายหญิงเหมือนในอดีตอีกต่อไป กฎหมายได้บัญญัติใช้กับคู่สมรสทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันเพื่อเป็นเหตุฟ้องหย่าขาดจากคู่สมรสฝ่ายที่เป็นชู้ หรือมีชู้ และ ยังเป็นเงื่อนไขในการเรียกร้องค่าเสียหายทดแทนจากคู่สมรส และชู้นั้นได้อีกด้วย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (1) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พรบ. แก้ไขเพิ่มเติมปปพ. (ฉบับที่16) พ.ศ. 2550 [ค.ศ. 2007]: เหตุฟ้องหย่ามีดังต่อไปนี้ “สามีหรือภริยา อุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นจนภริยาหรือสามี เป็นชู้หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาชญา อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้” และมาตรา 1523 บัญญัติว่า “เมื่อศาลพิพากษาให้หย่ากันเพราะเหตุตามมาตรา 1516 (1) ภริยาหรือสามีมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากสามีหรือภริยาและจากผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่อง

¹³ ปราณี วงษ์เทศ, *เพศและวัฒนธรรม*, (ม.ป.ท.: ม.ป.พ., ม.ป.ป.), สืบค้นเมื่อ 10 มกราคม 2555, จาก <http://www.teenpath.net/content.asp?ID=838>

หรือผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้น” ส่วนในวรรคสองบัญญัติว่า “สามีจะเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินภริยาไปในการทำนองชู้สาวก็ได้และภริยาจะเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่นที่แสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในการทำนองชู้สาวก็ได้” และในวรรคสามได้บัญญัติว่า “ถ้าสามีหรือภริยายินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการตามมาตรา 1516 (1) หรือให้ผู้อื่นกระทำการตามวรรคสอง สามีหรือภริยานั้นจะเรียกค่าทดแทนไม่ได้”

ส่วนมาตรการในทางอาญาของกฎหมายไทยได้บัญญัติไว้ในส่วนของการสมรสซ้อนเท่านั้น ซึ่งผู้ที่ทำการสมรสซ้อนถือว่ามีความผิดฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 137 และ ฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชน หรือ เอกสารราชการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 267

ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งประกอบด้วยมลรัฐหลายมลรัฐ แต่ละมลรัฐได้บัญญัติกฎหมายที่ใช้เฉพาะในมลรัฐนั้น ๆ ในส่วนของความผิดเกี่ยวกับการผิดประเวณีของสามีภริยา บางมลรัฐได้บัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญา พร้อมทั้งเป็นเหตุฟ้องหย่า บางมลรัฐได้กำหนดให้เป็นเพียงเหตุหย่าตามกฎหมายเท่านั้น ส่วนในบางมลรัฐการผิดประเวณีของสามีภริยาไม่ถือเป็นความผิดทางอาญา และ ไม่ถือเป็นเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมาย การบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกันระหว่างมลรัฐในสหรัฐอเมริกา เนื่องจากว่ากฎหมายของมลรัฐต่าง ๆ มีความหมาย และวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันไป กล่าวคือ มลรัฐมินนิโซต้าให้ความหมายของการผิดประเวณีของสามีภริยาว่า เกิดขึ้นระหว่างหญิงที่สมรสแล้วไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน ซึ่งหากเป็นกรณีนี้ชายสมรสไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงที่ไม่ใช่คู่สมรสไม่ถือว่าเป็นการผิดประเวณีตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายการผิดประเวณีของสามีภริยาของมลรัฐมินนิโซต้า คือ มุ่งที่จะลงโทษหญิงนอกใจสามีของตน ส่วนมลรัฐวอชิงตันไม่ถือว่าการมีชู้หรือการผิดประเวณีของสามีภริยาเป็นความผิดทางอาญา หรือ เป็นเหตุหย่าแต่ประการใด เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายมลรัฐนี้ได้มุ่งเน้นถึงความสำคัญในการให้สิทธิของคู่สมรสในการหย่าร้างเพื่อลดการใช้ความรุนแรงภายในครอบครัว

ถึงแม้ว่ากฎหมายการผิดประเวณีของสามีภริยาลาวจะเป็นกฎหมายที่วิวัฒนาการมาจากกฎหมายจารีตประเพณีแต่ดั้งเดิม ซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาลาวตลอดมา ในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายดังกล่าวนี้ล้าสมัย และไม่เหมาะสมกับสังคมลาวปัจจุบัน เนื่องจากการพัฒนา และการเปลี่ยนแปลงทางด้านเศรษฐกิจสังคม ดังนั้น จึงทำให้วิถีชีวิตของคนในสังคมลาวมีความเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม จึงเห็นได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวไม่สอดคล้อง และไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการแก้ไขปัญหาของคู่สมรสได้อย่างแท้จริง ซึ่งเห็นได้จากสถิติของการหย่าร้างระหว่างสามีภริยาในประเทศลาวมีสถิติที่สูงขึ้นเรื่อยๆ มีปัจจัยมาจากการเพิ่มขึ้นของคดีผิด

ประเพณีของสามภริยา ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายฉบับนี้ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการควบคุมพฤติกรรมการผิดประเพณีของกลุ่มสมรสตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ ในขณะที่เดียวกันกฎหมายกลับเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดผลกระทบต่อครอบครัวและสิทธิมนุษยชนเป็นอย่างมาก เนื่องจากเกิดช่องว่างในการตีความกฎหมายทำให้มีการบังคับใช้กฎหมายอย่างไม่เป็นธรรม ส่วนการกำหนดอัตราโทษ¹⁴ ต่อผู้กระทำความผิดสามเดือนถึงหนึ่งปี ถือได้ว่าเป็นการกำหนดโทษที่ไม่เหมาะสมกับการกระทำความผิด อีกทั้ง การบัญญัติให้เป็นอาญาแผ่นดิน¹⁵ จะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี เนื่องจากกฎหมายไม่สามารถบังคับใช้กับคนทุกคนในสังคมลาวได้ ด้วยเหตุผลต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาข้างต้นเพื่อความถูกต้องชอบธรรมและความยุติธรรม โดยที่กฎหมายอาญา มีหน้าที่ที่จะต้องให้ความเป็นธรรมต่อทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิด จึงต้องมีมาตรการที่เป็นมาตรฐาน การคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนในกฎหมายอาญาย่อมทำให้เกิดความตระหนักในความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติอย่างมีมาตรฐานที่ถูกต้อง เพราะประชาชนมีสิทธิเสรีภาพ และ ความเสมอภาค ข้อกฎหมายใดที่มีความบกพร่องจึงจำเป็นต้องได้รับการปรับปรุงแก้ไขให้ถูกต้องสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในสังคมให้มากที่สุด จึงเป็นที่มาของการศึกษาว่า สังคมลาวในปัจจุบันนี้มีทัศนคติอย่างไรต่อบทลงโทษดังกล่าว หากสังคมลาวไม่สามารถยอมรับบทลงโทษดังกล่าวได้แล้ว มาตรการในปัจจุบันเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวนี้ ยังมีความเหมาะสมอยู่หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะทำการศึกษา ถึงมาตรการการลงโทษที่เหมาะสมสำหรับการกระทำความผิด และนอกจากนี้ยังมุ่งเน้นถึงความศักดิ์สิทธิ์ และความมั่นคงของสถาบันครอบครัวโดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทย ซึ่งเป็นประเทศที่มีความคล้ายคลึงกับประเทศลาวทางด้านขนบธรรมเนียม ประเพณี วัฒนธรรมและศาสนา ว่ามีมาตรการทางกฎหมายรองรับอย่างไรในเรื่องดังกล่าว นอกจากนี้ยังศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งบางมลรัฐก็ได้บัญญัติให้ความผิดประเพณีเป็นความผิดในทางอาญา และ อีกหลายๆ มลรัฐที่ไม่ได้บัญญัติความผิดดังกล่าวให้เป็นความผิดอาญา ดังนั้นจึงจะได้ศึกษาค้นคว้ามาตรการทางกฎหมายอาญาลาว กฎหมายครอบครัวไทย กฎหมายอาญาและกฎหมายครอบครัวของสหรัฐอเมริกา โดยวิธีการศึกษาเปรียบเทียบเพื่อนำมาเป็นแนวทางในกฎหมายลาวต่อไป

¹⁴ กฎหมายอาญาลาว พ.ศ. 2548, กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 8, (9 พฤศจิกายน 2548), 404.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 25, 407.

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 ศึกษาแนวคิด และ ทฤษฎีของกฎหมายอาญาลาวทำมิดสะจาน (ความผิดประเวณีของสามีภริยา) ของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

1.2.2 ศึกษาหลักกฎหมาย ที่มา หลักเกณฑ์ ของการผิดประเวณีในกฎหมายลาวโดยศึกษาเปรียบเทียบกับไทย และ สหรัฐอเมริกา

1.2.3 ศึกษาวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติความผิดประเวณีตามกฎหมายอาญาลาว

1.2.4 ศึกษาหามาตรการแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายอาญาในความผิดประเวณีของสามีภริยาลาว

1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

กฎหมายอาญาของ ส.ป.ป.ลาว มาตรา 126 ที่ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับประเวณีของสามีภริยา ในบทบัญญัติดังกล่าวมีการตีความเพื่อเอาผิดผู้กระทำความผิดอย่างรวบรัด โดยถือว่าบุคคลที่สมรสแล้วอยู่ในสถานที่ลับด้วยกันจะมีความผิดฐานผิดประเวณีของสามีภริยา ซึ่งการตีความเช่นว่านี้ไม่สอดคล้องกับหลักกระบวนการยุติธรรมทางอาญา อีกทั้ง การกำหนดโทษจำคุกในความผิดดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลร้ายมากกว่าผลดี และการบัญญัติให้เป็นอาญาแผ่นดิน เห็นได้ว่า เกิดความเหลื่อมล้ำในการบังคับใช้กฎหมายขึ้นในสังคมลาวได้ กฎหมายมาตราดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายทั้งในส่วนของการกฎหมายสารบัญญัติ และวิธีสบัญญัติที่เกี่ยวกับการผิดประเวณีของสามีภริยา ดังนั้นจึงควรหามาตรการที่เหมาะสมในการพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายของประเทศลาวในประเด็นนี้ โดยทำการศึกษาเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย และสหรัฐอเมริกา

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาวิจัยในเรื่องบทบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญากรณีการกระทำผิดประเวณีของสามีภริยาที่เรียกว่าความผิดฐานทำมิดสะจานของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศที่มีแนวความคิดในความผิด

ประเพณีของสามีกรียา โดยหามาตรการทางกฎหมายต่างๆที่บังคับใช้ ซึ่งไม่กระทบถึงสิทธิมนุษยชนมากจนเกินสมควร ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายให้มีความเหมาะสมกับสภาพสังคมปัจจุบันต่อไป

1.5 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย

ในการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะศึกษาโดยการวิจัยเอกสาร จากตำรากฎหมาย บทความในวารสาร แนวทางคำพิพากษาศาลลาว ข้อมูลสถิติคดีทำผิดสะจานในประเทศลาว สถิติคดีหย่าร้างของกลุ่มสมรสในประเทศลาว ตลอดจนบทความในเอกสารข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงการสัมภาษณ์บรรณานักกฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญ กล่าวคือ ผู้พิพากษา อัยการ ผู้ร่างกฎหมาย พนักงานสอบสวน เป็นต้น และ บุคคลที่ทำการสมรส เพื่อนำมารวบรวม และ วิเคราะห์ให้เป็นระบบเพื่อทำการศึกษาค้นคว้าข้อมูลและข้อเสนอแนะต่อไป

1.6 ผลที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คาดว่าจะสามารถสรุปแนวคิด และ ทฤษฎีของกฎหมายอาญาเกี่ยวกับฐานทำผิดสะจาน (ความผิดประเพณีของสามีกรียา) ของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

1.6.2 ทำให้ทราบถึงหลักกฎหมาย ที่มา หลักเกณฑ์ การผิดประเพณีของสามีกรียาในกฎหมายลาวโดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย และ สหรัฐอเมริกา

1.6.3 ทำให้ทราบถึงสภาพปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติความผิดประเพณีของสามีกรียาตามกฎหมายอาญาลาว

1.6.4 สร้างมาตรการทางกฎหมาย และปรับปรุง แก้ไขกฎหมายอาญาในความผิดประเพณีของสามีกรียาลาว

บทที่ 2

รูปแบบของการสมรส และ แนวคิดทฤษฎีของกฎหมาย ในความผิดประเวณีของสามีภรรยา

2.1 แนวคิด และ รูปแบบของการสมรส

2.1.1 ความหมายของการสมรส

ความหมายของคำว่า “การสมรส” ตามกฎหมายนั้น ส่วนใหญ่จะแตกต่างกันไปตามระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ ดังนั้นจึงเป็นการยากที่จะให้นิยามความหมายของคำว่า การสมรสเพียงความหมายเดียวเพื่อให้ครอบคลุมถึงการสมรสของทุกศาสนิก

โดยทั่วไปการสมรสหมายถึงการที่ชาย และ หญิงมาอยู่ร่วมกันโดยมีจุดมุ่งหมายบางประการในทางสังคม และในทางกฎหมาย โดยความหมายของการสมรสจะแตกต่างกันไปในแต่ละสังคม เช่น ประเทศที่ประชาชนนับถือศาสนาคริสต์ การสมรสหมายถึงการที่ชายและหญิงมาอยู่ร่วมกันชั่วชีวิตโดยไม่เกี่ยวข้องทางสุสาวกับบุคคลอื่นใดอีก แต่ในประเทศที่มีประชาชนนับถือศาสนาอิสลาม การสมรสมีความหมายเพียงการที่ชาย และ หญิงคนหนึ่ง หรือ หลายคนมาอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวเพื่อให้เกิดบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย การสมรสจึงเกี่ยวข้องอย่างแน่นแฟ้นกับขนบธรรมเนียมประเพณีตามธรรมชาติ แห่งท้องถิ่นที่การสมรสนั้นได้กระทำขึ้น อาจกล่าวได้ว่าแต่ละสังคมให้นิยามของการสมรสไว้แตกต่างกันเนื่องจากขนบธรรมเนียมประเพณีของแต่ละท้องถิ่นและศาสนาเป็นสาระสำคัญของการสมรส นอกจากนี้สาระสำคัญของการสมรสได้มีแต่เพียงเฉพาะความยินยอมของชาย และหญิงที่มาอยู่กินร่วมกัน หรือ พิธีกรรมทางศาสนา หรือ การให้กำเนิดบุตรเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงการผูกสัมพันธ์ของชาย และ หญิงตามที่สังคมให้คำรับรอง อันทำให้เกิดสถานะความเป็นสามีภรรยา รวมถึงการกำเนิดบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายด้วย โดย

ชนบธรรมเนียมประเพณี ความเชื่อ ทศนคติ และกฎหมายได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สมรสแต่ละฝ่ายไว้¹⁶

นอกจากนี้ Plasson Lennard ได้กล่าวไว้ในหนังสือ Marriage and Divorce in Competitive Conflict of Laws ว่าคงจะไม่มีทางหาคำจำกัดความอย่างเป็นทางการของคำว่าสมรสได้ดีไปกว่า “การสมรสคือสิ่งที่กฎหมายของแต่ละประเทศถือว่าเป็นการสมรสของประเทศนั้น”¹⁷

ทั้งนี้ P. M. Bromley¹⁸ ได้อธิบายไว้ว่า ตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้น การสมรสหมายถึงการตกลงระหว่างชายและหญิงเพื่อก่อให้เกิดความสัมพันธ์ตามกฎหมาย ทั้งสามารถบังคับตามสิทธิหน้าที่ และ ก่อฐานะของบุคคลในสังคมเกี่ยวกับครอบครัว และสำหรับ Lord Penzance ยังได้อธิบายความหมายของการสมรสตามกฎหมายอังกฤษไว้ในคดี Hyde V. Hyde¹⁹ ว่า “ข้าพเจ้ามีความเห็นว่าเป็นตามความเข้าใจของชาวคริสเตียนนั้น การสมรสอาจให้คำนิยามได้ว่าหมายถึงการอยู่ร่วมกันของชายและหญิงด้วยความสมัครใจ โดยละเว้นจากบุคคลอื่นทั้งปวง

2.1.2 รูปแบบของการสมรสโดยทั่วไป

การสมรสส่วนใหญ่ที่มีอยู่ในประเทศต่างๆ เป็นการสมรสแบบมีคู่สมรสเพียงคนเดียว (monogamous) แต่ก็ยังมีบางแห่งที่เป็นการสมรสแบบมีคู่สมรสหลายคน (polygamous) อยู่บ้าง โดยอาจแยกรูปแบบของการสมรสได้ 4 รูปแบบคือ²⁰

2.1.2.1 ในสังคมปัจจุบัน รูปแบบของการสมรสที่เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในปัจจุบัน คือ การสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว หรือ Monogamy ซึ่งคำว่า Monogamy นั้นมาจากภาษากรีก คือ คำว่า monos ซึ่งแปลว่าหนึ่ง (one) หรือ โดยลำพัง (alone) ผสมกับคำว่า gamos ซึ่งแปลว่าการสมรส (marriage) หรือ การจับคู่ (union) รูปแบบของการสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว (monogamy) เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปนั้นอาจเนื่องมาจากการรุกราน ของอาณาจักรโรมันที่แผ่ขยายอาณาเขตอย่างกว้างขวาง ซึ่งในการรุกรานขยายอาณาเขตดังกล่าวนี้

¹⁶ ประสพสุข บุญเดช, สมรสสองต้องห้าม, วารสารนิติศาสตร์, 20, 4 (ม.ป.ป.), 20, อ้างถึงใน พิษณุ ป้อมแก้ว, ใน ความรับผิดชอบสำหรับการอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรส : ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), 1.

¹⁷ ฌ็องฟร็องส์ ดั่งสากล, ความรับผิดชอบทางอาญารัฐสมรสซ้อน, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), 11.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, 11.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, 11.

²⁰ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่ง และ พาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2549), 113-114.

อาณาจักรโรมันได้ซึมซับเอาความรู้ วิทยาการ และความเชื่อในด้านต่าง ๆ ของดินแดนที่ตนยึดครองได้มาเป็นของตน และขณะเดียวกันก็แผ่ขยายความรู้ วิทยาการ และความเชื่อดังกล่าวไปยังดินแดนต่างๆ ที่ยึดครองได้ ซึ่งลัทธิความเชื่อนั้นรวมถึงศาสนาคริสต์ ซึ่งครั้งหนึ่งอาณาจักรโรมันเคยต่อต้านอย่างหนัก แต่สุดท้ายก็ยอมรับเอาศาสนาคริสต์เป็นศาสนาของตน และได้ก่อตั้งเป็นคริสตจักรโรมันคาทอลิกขึ้น ซึ่งคริสตจักรคาทอลิกนี้มีอิทธิพลอย่างมาก และอย่างกว้างขวางในภาคพื้นทวีปยุโรป ซึ่งแนวความคิดการมีผัวเดียวเมียเดียวนี้ก็เป็นหนึ่งในคำสอนของศาสนาคริสต์ด้วย²¹

2.1.2.2 การสมรสแบบมีสามีภริยาหลายคน กล่าวคือ การมีเพศสัมพันธ์โดยไม่มีการจับคู่ตายตัว หรือ ที่เรียกว่า “ลัทธิคอมมิวนิสต์ทางเพศ” ซึ่งรูปแบบของความสัมพันธ์ประเภทนี้จะไม่มีการแยกฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดออกไปเป็นพิเศษ กล่าวคือ จะไม่มีชายใดที่จะมีความสัมพันธ์กับหญิงคนหนึ่งคนใดเป็นพิเศษ และก็ไม่มีหญิงใดที่จะมีความผูกพันกับชายใดแยกออกไปโดยเฉพาะ ซึ่งรูปแบบนี้ถือได้ว่าเป็นรูปแบบที่ปฏิเสธชีวิตครอบครัว โดยได้มีการกล่าวอ้างว่า มนุษย์นั้นมีสภาพความเป็นอยู่เช่นนี้ ในช่วงยุคแรก ๆ ซึ่งเป็นยุคก่อนประวัติศาสตร์ ทั้งนี้ วิลล์ ดูแรนท์ ได้กล่าวไว้ในเล่มแรกของหนังสือ “เรื่องราวแห่งอารยธรรม” ว่าในบางกรณีเราได้พบ “การแต่งงานเป็นกลุ่ม” โดยวิธีการเช่นนี้กลุ่มผู้ชายจะแต่งงานแบบรวมหมู่กับกลุ่มผู้หญิงอีกกลุ่มหนึ่ง ยกตัวอย่าง เช่น ในทิเบต ยังมีประเพณีของพี่น้องกลุ่มหนึ่งที่จะแต่งงานกับน้องสาวของพวกเขา และสำหรับกลุ่มผู้ชายและกลุ่มผู้หญิงดังกล่าวนั้นมีการสมรสแบบคอมมิวนิสต์ในระหว่างกัน กล่าวคือ ผู้ชายแต่ละคนสามารถจะอยู่ร่วมกับหญิงแต่ละคนเหล่านั้นได้ ซึ่งชาวได้เคยรายงานเอาไว้ถึงประเพณีเช่นเดียวกันนี้ในอังกฤษสมัยโบราณ ประเพณียังคงเหลือปรากฏอยู่ใน “ลิวีเรท” ประเพณีนี้ยังคงมีอยู่ในหมู่ชาวยิวในยุคเริ่มแรก และในหมู่คนโบราณอีกหลายกลุ่ม ซึ่งโดยประเพณีนั้นผู้ชายยังคงผูกพันที่จะต้องแต่งงานกับแม่หม้ายของพี่ชายของเขา²²

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นคือรูปแบบการสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว ซึ่งเป็นแบบการสมรสที่แพร่หลาย และเป็นที่ยอมรับในปัจจุบัน ส่วนการสมรสแบบมีคู่สมรสหลายคนนั้นก็ยังปรากฏมีอยู่บางสังคม ทั้งนี้ รูปแบบการสมรสของสังคมหนึ่งอาจไม่เป็นที่ยอมรับเมื่อนำไปปฏิบัติในอีกสังคมหนึ่งได้ เช่น หากมีผู้นำเอารูปแบบการสมรสแบบหลายภริยาไปปฏิบัติในสังคม ซึ่ง

²¹ พิชญ์ ป้อมแก้ว, ความรับผิดชอบสำหรับการอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรส, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), 9.

²² เรื่องเดียวกัน, 10.

เป็นสังคมพัวเดี่ยวเมียเดี่ยวผู้หนึ่งยอมถูกตำหนิเตียนจากสังคมนั้น ๆ และในบางสังคมอาจมีบทลงโทษหรือมาตรการทางกฎหมายต่อการกระทำดังกล่าวด้วย

2.1.2.3 การสมรสระหว่างชายหลายคนกับหญิงคนเดียว การสมรสดังกล่าวเป็นไปตามลัทธิมีสามีหลายคนในเวลาเดียวกัน (polyandry) ซึ่งยังมีผู้ถือปฏิบัติจำนวนน้อยในทิเบต และศรีลังกา การที่ผู้หญิงมีสามีหลายคนในเวลาเดียวกัน ซึ่งวิลล์ คูแรนท์ ได้เขียนไว้ว่าการแต่งงานแบบนี้ อาจจะสังเกตเห็นได้ในเผ่าพันธุ์แห่งทูดาและในชนเผ่าบางชนเผ่าของทิเบต นอกจากนั้น ยังมีหลักฐานยืนยันได้ว่า ประเพณีของการมีสามีหลายคนนั้นเคยมีอยู่ในชาวอาหรับก่อนยุคอิสลาม โดยปรากฏใน เศาะฮิฮ์ อัล-บุคอรีย์ ซึ่งนับว่าเป็นที่หนึ่งแห่ง กุฎิบ อัล-สิดดะฮ์ หรือ การรวบรวมฮาดิษ ทั้ง “6” ซึ่งได้ถูกถ่ายทอดกันมาในอิสลามฝ่ายซุนนี ได้ถูกรวบรวมขึ้นโดย อุบ อับดุลลาฮ์ มุฮัมมัด อิบนิ อิสมาอีล อัล-บุคอรีย์ (194/256-810/870) ที่ซึ่งท่านหญิง อาอิชะฮ์ ผู้เป็นภริยาของท่านรอซูลุลลอฮ์ นางได้กล่าวไว้มีความหมายว่า ในอาหรับสมัยก่อนอิสลามนั้นมีการแต่งงานสี่แบบที่ได้ยึดถือปฏิบัติกัน

1. แบบที่หนึ่งนั้นยังคงมีปรากฏอยู่ในปัจจุบันอย่างดาษดื่น นั่นคือ ผู้ชายขอแต่งงานโดยผ่านบิดาของฝ่ายหญิง และหลังจากที่ได้มอบสินสอดให้แล้ว ชายก็แต่งงานกับหญิงผู้หนึ่ง เมื่อหญิงได้ให้กำเนิดบุตร บุคคลทั้งสองก็ถือเป็นบิดามารดา ความรับผิดชอบของบิดาแก่เด็กนั้นเป็นที่ชัดเจน

2. ในแบบที่สองนั้นกล่าวคือ หลังจากที่ได้สมรสกับหญิงคนหนึ่งนั้น สามีก็จะมอบผู้เป็นภริยาของตนไปให้แก่ชายอีกคนในช่วงระยะเวลาหนึ่ง เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะให้ภริยามีลูกที่สูงศักดิ์กับชายผู้นั้น ธรรมเนียมนี้ก็มีอยู่ว่า ผู้เป็นสามีจะปลิดตัวห่างจากภริยาของตน และบอกกล่าวหญิงผู้เป็นภริยาให้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายคนดังกล่าวตราบเท่าที่ภริยาได้ตั้งครรภ์ เมื่อภริยาเริ่มตั้งครรภ์ ชายผู้เป็นสามีก็จะเริ่มมีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้เป็นภริยาของเขาทันที การสมรสลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้นเนื่องจากมีความเชื่อว่าจะเป็นการปรับปรุงฟื้นฟูความเป็นอยู่ของลูกๆ ของพวกเขาให้ดีขึ้น และเป็นการปรับปรุงชาติพันธุ์ กล่าวคือ ในช่วงระหว่างการแต่งงานที่ต้องไปอยู่กับชายอื่นนี้ เรียกว่า นิกาคุลฮิสติบฏออ (ตัวอย่างเช่น ข้อตกลงแต่งงานซึ่งจากข้อตกลงนั้นเพื่อแสวงหาผลประโยชน์บางอย่าง)

3. แบบที่สามของการแต่งงาน นั่นก็คือ ผู้ชายกลุ่มหนึ่งซึ่งมีจำนวนไม่เกินสิบคน ได้ถูกจัดให้มีความสัมพันธ์ทางเพศ สมสู่กับหญิงหนึ่งคน เมื่อหญิงคนนั้นตั้งครรภ์ขึ้นมา และคลอดทารกออกมา หญิงคนดังกล่าวก็จะเรียกชายกลุ่มนั้นมาพร้อมกันทั้งหมด และจะคิดทบทวนถึงการหลับนอนกับชายเหล่านั้น ว่าตรงช่วงไหนที่นางได้ตั้งครรภ์กับชายใด ซึ่งจะไม่มีการเลือกเอาผู้เป็นบิดาสำหรับ

บุตรของตนจากกลุ่มชายเหล่านั้น ซึ่งชายผู้ถูกเลือกไม่อยู่ในฐานะที่จะปฏิเสธการเป็นบิดาของทารกดังกล่าวได้ เด็กจะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุตรตามกฎหมายของชายผู้นั้น

4. แบบที่สี่ของการแต่งงาน นั่นก็คือว่า หญิงจะอยู่ในฐานะโสเภณีอย่างเต็มที่ ยอมรับกันในสังคม กล่าวคือ ชายใดก็ตามโดยไม่มีการยกเว้น สามารถที่จะสมสู่กับหญิงดังกล่าวได้ หญิงประเภทนี้มักจะยกขังขึ้นไว้บนหลังคาบ้านของตน เพื่อจะเป็นสัญญาณให้สามารถจำแนกได้อย่างชัดเจน เมื่อใดก็ตามที่มีบุตรเกิดกับหญิงประเภทนี้ หญิงนั้นก็จะนำเอาผู้ชายที่นางเคยมีการสมสู่มาก่อนนั้นมารวมกัน และก็จะเชิญบรรดาหมอดูโหราศาสตร์ และหมอดูลักษณะ เข้ามาร่วมทำนายทายทักจากลักษณะ หรือ เครื่องหมายรูปร่าง ลักษณะที่เด่นชัดของเด็กทารกนั้น ซึ่งหมอดูลักษณะเหล่านั้นจะให้ความคิดเห็นจากความรู้ของพวกเขามาออกมาทันทีว่าเด็กคนนั้นเป็นบุตรของชายคนใดและชายที่ถูกคัดออกมานั้นจะต้องรับการยอมรับความเห็นของหมอดูลักษณะ และจะต้องยินยอมถือว่าเด็กคนดังกล่าวนี้เป็นบุตรของตน

2.1.2.4 การสมรสระหว่างชายคนเดียวกับหญิงหลายคน การสมรสชนิดนี้เรียกกันโดยทั่วไปว่าการสมรสแบบมีภริยาหลายคน (polygamy) การมีภริยาจำนวนมาก ซึ่งถือได้ว่าเป็นสิ่งปกติมากกว่าที่ได้กล่าวมาในประเภทแรกดังข้างต้น ประเพณีเช่นนี้เคยปรากฏในหมู่ชาวยิว ในหมู่ชาวอิหร่านในช่วงสมัยซะซานียะฮ์ และในประเทศอื่นๆ ในอีกหลายประเทศ²³

อนึ่ง ในสังคมที่มีรูปแบบการสมรสแบบผัวเดียวเมียเดียว เช่น ในสังคมลาว และสังคมไทยเป็นต้น การมีคู่สมรสหลายคน ถือเป็นสิ่งที่สังคมไม่ยอมรับ หรือกฎหมายไม่อนุญาตให้ปฏิบัติได้ แต่ในขณะเดียวกัน สังคมของชาวอิสลามได้ให้การยอมรับรูปแบบการสมรสแบบมีคู่สมรสหลายคน²⁴ กล่าวคือ ชายมีสิทธิมีภริยาได้มากกว่าหนึ่งคน

2.1.3 รูปแบบของการสมรสตามกฎหมายลาว

สำหรับกฎหมายครอบครัวลาวได้ให้ความหมายการสมรสว่าหมายถึง “ชาย และ หญิง สมภารใจมาดำรงชีวิตอยู่ร่วมกัน มีความเสมอภาคในครอบครัวเพื่อรักษาจารีตประเพณีอันดีงามของลาวทำให้สังคมมีความสงบมีความเป็นระเบียบเรียบร้อย และ เป็นหน่วยทางเศรษฐกิจ ประกอบเข้าในการพัฒนาประเทศชาติ” โดยการสมรสจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 4 ประการคือ

²³ พิชญ์ ป้อมแก้ว, ความรับผิดชอบสำหรับการอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรส, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), 12.

²⁴ Zaki, M. A., *Islam and Polygamy* 2, (N.P: n.p., 2011), Retrieved July 15, 2012, from <http://www.islamweb.net/mainpage/index.php?page=articles&id=113434>.

2.1.3.1 หลักความเสมอภาคระหว่างคู่สมรส ชายหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันในทุก ๆ ด้าน ทั้งในทางสังคม และ กฎหมายในฐานะที่เป็นสามีภริยา สายสัมพันธ์ครอบครัวเกิดขึ้น โดยไม่ขึ้นอยู่กับเชื้อชาติ ศาสนา ชนเผ่า สถานะทางด้านเศรษฐกิจ สังคม ระดับการศึกษา อาชีพ ภูมิฐานะ และ อื่นๆ

2.1.3.2 หลักสิทธิเสรีภาพในการเลือกคู่สมรส รัฐให้การปกป้องสิทธิเสรีภาพของชาย และหญิงในการสมรส ซึ่งชายหญิงที่มีอายุสิบแปดปีบริบูรณ์ มีสิทธิสมรสด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายเพื่อทำการจดทะเบียนสมรสเป็นสามีภริยาตามกฎหมาย และ จาริดประเพณีอันดีงามของลาว

ห้ามบุคคล ครอบครัว หรือ องค์กรใดๆบังคับ หรือ ขัดขวางการจดทะเบียนสมรส

2.1.3.3 หลักการเป็นสามีภริยาเดียว ชายและหญิงเมื่อจดทะเบียนสมรสเป็นสามีภริยา ถูกต้องตามกฎหมายแล้วต้องปฏิบัติหลักเกณฑ์สามีภริยาเดี๋ยวนั้น รัฐห้ามให้ชายหรือหญิงมีคู่สมรสหลายคนในเวลาเดียวกัน

2.1.3.4 หลักการปกป้องสิทธิและผลประโยชน์ของแม่และเด็ก รัฐและสังคมได้ถือหลักเกณฑ์การปกป้องสิทธิและผลประโยชน์อันชอบธรรมของแม่และเด็กทั้งในระยะเวลาระหว่างการสมรส และในกรณีที่มีการแยกกันอยู่ หรือ การหย่าร้างกัน โดยการส่งเสริมให้ทุกองค์กรของรัฐ ภาครัฐกิจ สังคม และ ประชาชนทุกหมู่เหล่าได้มีส่วนช่วยในการพัฒนาครอบครัวให้มีความผาสุก เสริมสร้างความปรองดองให้กลายเป็นครอบครัวตัวแบบ เพื่อรักษาวัฒนธรรมอันดีงามของชาติ

2.2 ความหมายของการผิดประเวณีของสามีภริยา

ความหมายสำหรับคำว่า Adultery หรือ การมีคู่หรือการผิดประเวณีของสามีภริยา มีรากศัพท์มาจากภาษาละติน คำว่า Ad-ulterare ได้มาจากคำว่า Ad แปลว่า “ที่” (At) ผสมกับคำว่า Ulter ซึ่งแปลว่าเหนือกว่า (above) หรือ นอกเหนือ, ปราศจาก (beyond) หรือตรงกันข้าม (opposite) ซึ่งเมื่อรวมกันแล้วมีความหมายว่า ณ อีกฝั่งหนึ่งของข้อผูกมัดแห่งการสมรส (On the other side of the bond of marriage) ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหมายความถึงการมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลที่สมรสแล้ว กับคู่รัก ซึ่งมีคู่สมรสตามกฎหมายของตน

การผิดประเวณีของสามีภริยา หรือ adultery หมายถึงการมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน หรือหมายถึงการมีเพศสัมพันธ์นอกสมรส เช่น หญิงที่สมรสไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่นที่ไม่ใช่สามี ถือว่าหญิงนั้นมีคู่ ถึงแม้ว่าในกรณีที่หญิงนั้นอยู่ในระยะเวลาที่แยกกันอยู่กับสามีก็ตาม

นอกจากนี้ Bro. Jackson ยังได้ให้ความหมายของการมีคู่ที่สอดคล้องกับพจนานุกรมอังกฤษว่า การผิดประเวณีของสามีภริยากับบุคคลอื่นหมายถึง “การมีความสัมพันธ์ในทางประเวณีที่เกิดขึ้น

จากบุคคลที่สมรสแล้วกับบุคคลที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน” ดังนั้นการมีชู้จึงมีความหมายว่า “เป็นการนอกคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง”

ทั้งนี้สำหรับความหมายในทางกฎหมายของคำว่า adultery จะมีความแตกต่างกันในระหว่างระบบของกฎหมาย แต่ก็ยังคงมีประเด็นสำคัญคือ การมีความสัมพันธ์ทางเพศนอกสมรสไม่ว่าในทางใดก็ตามหนึ่ง เช่น ตามกฎหมายของมลรัฐนิวยอร์ก นั้นจะให้ความหมายว่า ผู้ซึ่งมีชู้คือ บุคคลซึ่งเข้าร่วมมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่น ในขณะที่ตนยังมีคู่สมรสที่มีชีวิตอยู่หรือเข้าไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นซึ่งบุคคลนั้นมีคู่สมรสที่มีชีวิตอยู่ ในขณะที่มลรัฐนอร์ทแคโรไลนาได้ให้ความหมายของการมีชู้ว่า คือ การที่ผู้ที่มีความสัมพันธ์กันอย่างเต็มไปดด้วยกามตัณหา หลับนอนและอยู่กันโดยมิได้สมรสกันเป็นต้น

ในอดีต การมีชู้ได้ถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ผิดต่อวัฒนธรรมและศีลธรรมอย่างร้ายแรง ถึงแม้ว่ากฎหมายที่ทำการมีชู้เกิดขึ้นจะไม่ได้บัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญา แต่ก็ยังมีผลกระทบถึงกฎหมายอื่น ๆ กล่าวคือ การมีชู้เป็นสาเหตุของการหย่าร้าง และกระทบถึงการแบ่งสินสมรส กระทบถึงสถานะของเด็กและอื่น ๆ ยิ่งไปกว่านั้นการมีชู้ยังเป็นการทำลายสังคมอีกด้วย

2.2.1 ความหมายของการผิดประเวณีของสามีภริยาตามกฎหมายลาว

การผิดประเวณีของสามีภริยาตามพจนานุกรมภาษาลาวเรียกว่าการเสพสม ซึ่งได้มาจากสองคำรวมกันคือ เสพหมายถึงความสัมพันธ์ทางเพศ และคำว่าสมหมายถึงการรวมกัน ดังนั้นคำว่าเสพสมจึงมีความหมายว่าการร่วมประเวณี หรือ การมีความสัมพันธ์ทางเพศของหญิงชาย²⁵

การผิดประเวณีของสามีภริยาตามกฎหมายลาวต้องเกิดขึ้นระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น หากเป็นการผิดประเวณีระหว่างชายกับชายหรือชายแปลงเพศหรือหญิงกับหญิงไม่ถือว่าเป็นการผิดประเวณีที่บัญญัติไว้ให้เป็นความผิดในทางอาญา นอกจากนี้การผิดประเวณียังรวมไปถึงการมีความสัมพันธ์ทางเพศทางทวารหนักอีกด้วย²⁶ ทั้งยังต้องเป็นการกระทำด้วยความสมัครใจของชายหญิงเท่านั้น ตามมาตรา 126 ของกฎหมายอาญาลาวได้บัญญัติว่าหากบุคคลที่สมรสแล้วไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นจะมีความผิดทางอาญาฐานทำผิดละเมิดหรือฐานผิดประเวณีของสามีภริยา และจะมีโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึง1ปี หรือ อบรมเพื่อเปลี่ยนพฤติกรรม และ ปรับตั้งแต่ 500.000 ถึง 5.000.000 กีบ สำหรับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลที่สมรสแล้วก็จะมีความผิดในฐานเดียวกัน ในกรณีที่ศาลไม่มีพยานหลักฐานชัดเจนว่าชายหรือหญิงที่สมรสแล้วได้มี

²⁵ กระทรวงแถลงข่าวและวัฒนธรรมลาว, พจนานุกรมภาษาลาว, (เวียงจันทน์ : แห่งรัฐ, 2535), 60.

²⁶ แสงสุวัน จันทะลุนนาวอน, รองประธานศาลประชาชนนครหลวงเวียงจันทน์, ศาลประชาชนนครหลวงเวียงจันทน์, (7 มกราคม 2555), สัมภาษณ์.

ความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงหรือชายอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน ศาลก็จะใช้การตีความเพื่อพิจารณาคดี

ตามรัฐธรรมนูญลาว มาตรา 56 ได้บัญญัติให้คณะประจำสภาแห่งชาติมีหน้าที่ในการตีความและให้คำอธิบายรัฐธรรมนูญ และ กฎหมายลาว ทำให้ศาล และ อัยการต้องปฏิบัติตามการตีความของสภาแห่งชาติ ด้วยเหตุนี้ คณะประจำสภาแห่งชาติจึงมีมติตกลงว่าด้วยการตีความกฎหมาย ฉบับเลขที่ 70/คปจ ลงวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 2008 ซึ่งได้ตีความกฎหมายอาญา มาตรา 126 “ความผิดประเวณีของสามีภริยา” ไว้เป็นสองกรณีคือ กรณีที่หนึ่งคือ การร่วมประเวณี หรือการมีความสัมพันธ์ทางเพศที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่สมรสแล้วกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน ในกรณีนี้เป็นกรณีที่ศาลมีพยานหลักฐานโดยตรงในการเอาผิดจำเลย หรือ จำเลยได้รับสารภาพว่ากระทำความผิดจริง ส่วนในกรณีที่สองจะถูกใช้เมื่อศาลไม่มีพยานหลักฐานโดยตรงว่าจำเลยได้กระทำความผิดประเวณีของสามีภริยาตามข้อกล่าวหา ศาลจะใช้การตีความว่า “บุคคลที่สมรสแล้วหากได้มีความรักใคร่ในทางชู้สาวกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน ซึ่งทั้งสองได้อยู่ในห้องพัก โรงแรม ห้องส่วนตัวต่าง ๆ หรือ ได้อยู่ในสถานที่ลับด้วยกันให้ถือว่าทั้งสองได้กระทำความผิดฐานทำผิดละเมิดหรือความผิดประเวณีของสามีภริยาที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 126 ของกฎหมายอาญา” โดยศาล หรือ อัยการไม่จำเป็นต้องนำสืบพิสูจน์ว่าจำเลยทั้งสองได้มีความสัมพันธ์ทางเพศจริงตามข้อกล่าวหาหรือไม่ หากจำเลยยอมรับว่าได้อยู่ด้วยกันในสถานที่ตามการตีความของสภาแห่งชาติ หรือ มีพยานหลักฐานที่ยืนยันว่าจำเลยได้อยู่ในสถานที่ลับด้วยแล้วก็ให้ถือว่าทั้งสองได้กระทำความผิดตามกฎหมายอาญาลาวฐานผิดประเวณีของสามีภริยา²⁷

2.2.2 ความหมายของการผิดประเวณีของสามีภริยาตามกฎหมายไทย

สำหรับประเทศไทยถึงแม้ว่าจะไม่ได้บัญญัติให้การผิดประเวณีของสามีภริยาเป็นความผิดในทางอาญา แต่กฎหมายไทยก็ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับการผิดประเวณีของสามีภริยา หรือ การ “เป็นชู้” หรือ “มีชู้” ได้อย่างชัดเจนพอสมควร นอกจากนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวยังได้กล่าวถึงพฤติกรรมในทางชู้สาวของคู่สมรสที่สามีภริยาสามารถใช้เป็นเหตุฟ้องหย่าคู่สมรสของตนได้

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 โดยให้ความหมายว่าการ “เป็นชู้” หมายถึง ชายที่ร่วมประเวณีด้วยเมียเขา หรือการผิดเมีย ซึ่งหมายถึงล่วงประเวณีกับภริยาผู้อื่น หากสามีร่วมประเวณีกับหญิงที่ไม่มีสามี หรือหญิงหม้าย ไม่ถือว่า “เป็นชู้” แต่หากร่วมประเวณีกับหญิง

²⁷ ดาวอน หว่างวิจิต, กรรมการฝ่ายกฎหมายสภาแห่งชาติลาว, สภาแห่งชาติลาว, (20 พฤศจิกายน 2554), สัมภาษณ์.

คนเดียวกัน หรือ หลายคนเป็นอาฉิม หรือ สามียชอบเที่ยวหญิงโสเภณี ภริยาย่อมยกเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ ในกรณีนี้หากสามีไปเที่ยวหญิงค้าประเวณี โดยไม่ทราบว่าหญิงนั้นมีสามีแล้วจะถือว่าเป็นชู้ไม่ได้ นอกจากนี้การเป็นชู้ หรือ ร่วมประเวณีต้องเกิดจากความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายอีกด้วย สำหรับกรณีที่สามีชอบมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกัน ไม่ว่าชายนั้นจะแปลงเพศเป็นหญิงแล้วหรือไม่ แต่ฐานะทางเพศมิได้เปลี่ยนแปลงไป แม้มีพฤติกรรมกระทำเป็นอาฉิมก็ไม่เป็นเหตุให้ภริยาฟ้องหย่าได้

ส่วนคำว่า “มีชู้” มีความหมายตามพจนานุกรมฉบับดังกล่าวว่า หญิงที่ยังมีสามีอยู่แล้วร่วมประเวณีกับชายอื่น ดังนี้จึงไม่มีข้อจำกัดว่าชายนั้นยังมีภริยาอยู่หรือไม่ ซึ่งแตกต่างจากคำว่า “เป็นชู้” ด้วยเหตุนี้ การที่ภริยาได้ร่วมประเวณีกับชายอื่นที่ค้าบริการทางเพศเป็นครั้งคราว แม้ไม่ถึงกับร่วมประเวณีเป็นอาฉิม สามีก็มีสิทธิยกเป็นเหตุฟ้องหย่าได้

การทำชู้ตามกฎหมายไทยหมายถึง การร่วมประเวณีกันระหว่างชายหญิงมิใช่เป็นการล่วงเกินทำนองชู้สาวเท่านั้น เช่น ภริยานอนกอดกับชายอื่นบนเบาะรถยนต์สองแถว (ฎีกาที่ 2936/2522) การถือว่าภริยามีชู้ต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเรื่องยากมาก เพราะการทำชู้มักไม่กระทำการเป็นการเปิดเผย ส่วนใหญ่เป็นเรื่องรู้กันสองคน การนำสืบพฤติการณ์อื่นๆ ยังไม่ถึงขนาดให้เห็นได้ว่าภริยามีชู้ จึงไม่เป็นเหตุให้สามีจะฟ้องหย่าได้ เช่น หญิงไปอยู่กับชายสองต่อสองที่บ้านของชายในเวลาประมาณ 23.00 น. ถึง 24.00 น. ปิดไฟมิด ประตูห้องปิด เพียงเท่านั้นไม่พอฟังว่าหญิงชายได้ร่วมประเวณีกัน (ฎีกาที่ 96-97/2485) ในกรณีที่หญิงไปคบชายแปลกหน้าพากันไปในที่ต่างๆ ไม่เพียงพอว่าหญิงมีชู้ (ฎีกาที่ 215/2519)

การร่วมประเวณีนั้นต้องทำระหว่างชายกับหญิง หากหญิงมีความสัมพันธ์กับเพศเดียวกันก็ไม่ใช่กรณีภริยามีชู้ ในสมัยใหม่อาจมีการฉีดเชื้ออสุจิของเพศชายเพื่อทำให้มีบุตร แต่การกระทำดังกล่าวก็หาใช่การทำชู้ไม่ แม้หญิงจะเข้าไปโดยสามีไม่รู้เห็นยินยอมสามีก็จะอ้างเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้

2.2.3 ความหมายของการผิดประเวณีของสามีภริยาตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ความหมายของการผิดประเวณีของสามีภริยาตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ การผิดประเวณีของสามีภริยา หมายถึง การมีความสัมพันธ์ทางเพศด้วยความสมัครใจระหว่างบุคคลที่สมรสแล้วกับบุคคลอื่นนอกจากคู่สมรสของตนเรียกว่าการมีชู้ หรือ “Adultery” สำหรับความสัมพันธ์ทางเพศที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลสองคนที่ไม่ได้ทำการสมรสเรียกว่าการผิดประเวณี หรือ “fornication” หากกรณีที่ฝ่ายหนึ่งที่เกี่ยวข้องในการประเวณีนั้นเป็นบุคคลที่ได้ทำการสมรสกับบุคคลอื่นแล้ว เรียกว่า มีชู้ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งที่เกี่ยวข้องในการประเวณีเป็นบุคคลที่ไม่ได้ทำการสมรสเรียกว่า ผิดประเวณี ถึงอย่างไรก็ตาม ในศาลของบางมลรัฐมีแนวคิดเกี่ยวกับสถานภาพของบุคคลเหล่านี้ว่า ทั้งสองจะมี

ความผิดในฐานะมีผู้ หากหญิงที่ทำการสมรสไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่นถึงแม้ว่าชายนั้นจะทำการสมรสหรือไม่ก็ตาม²⁸

2.3 แนวความคิดเกี่ยวกับความผิดประเวณีของสามีภริยาของศาสนาต่าง ๆ

ศาสนาเป็นส่วนสำคัญของสังคมที่ช่วยควบคุมความประพฤติของบุคคลในสังคมให้เป็นไปตามทำนองคลองธรรม ดังนั้นบุคคลย่อมได้รับอิทธิพลจากแนวทางของศาสนาทั้งในเรื่องความเชื่อและ ศรัทธา ทั้งหมดล้วนแล้วแต่ได้รับอิทธิพลมาจากศาสนาโดยเฉพาะในเรื่องชีวิตครอบครัว และ ประเพณีการสมรส การผิดประเวณี ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันผู้คนได้รับอิทธิพลมาจากศาสนาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยอาจจำแนกได้ดังนี้

2.3.1 ศาสนาคริสต์

ในศาสนาคริสต์เชื่อกันว่าการที่คู่สมรสไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นนอกเหนือจากคู่สมรสของตนนั้นเป็นสิ่งที่บาป Jesus ได้กล่าวไว้ว่า “คุณไม่ควรกระทำผิดประเวณี และฉันจะพูดกับคุณว่า ชายทุกคนที่มองไปยังหญิงสาวอย่างมีราคะถือได้ว่าชายผู้นั้นได้กระทำผิดประเวณีกับเธอในทางจิตใจแล้ว และ ถือเป็นการผิดในทางประเวณี” “ถ้าหากตาข้างขวาของคุณเป็นสาเหตุที่ทำให้ตัวของคุณต้องมีบาป คุณควรจะควักมันออกมา และโยนมันทิ้งไปเสีย เพราะมันจะดีกว่าถ้าคุณสูญเสียบางส่วนของร่างกาย เพื่อปกป้องร่างกายที่เหลือทั้งหมดไม่ให้สูญเสียไปกับการต้องตกนรก หากแขนขวาของคุณเป็นสาเหตุทำให้ตัวคุณต้องมีบาป คุณควรตัดมันออกไปเสีย ดีกว่าคุณจะต้องสูญเสียร่างกายทั้งหมดโดยการตกนรก”²⁹ คำพูดดังกล่าวทำให้มีหลายคนเกิดข้อสงสัยว่าการมองไปยังผู้อื่นถือเป็นการร่วมประเวณีกับผู้อื่นได้หรือไม่ ในยุคก่อนคำตอบนี้ก็คงต้องตอบว่ามันเป็นไปได้ การที่ชายหากมองหญิงสาวด้วยราคะแล้วถือได้ว่าชายผู้นั้นได้มีความผิดประเวณีกับเธอแล้ว

Abu Atallah แห่งสถาบันค้นคว้าวิจัยเกี่ยวกับศาสนาสตอร์ ได้กล่าวว่า “แนวความคิดในเรื่องของการผิดประเวณีทางเพศในแบบฉบับของพระคัมภีร์ไบเบิลนั้นถือว่า ความผิดในฐานะดังกล่าวได้เกิดขึ้นก่อนการกระทำของชายผู้นั้นจะเกิดขึ้น การกระทำความผิดได้เริ่มต้นขึ้นในขณะที่ชายผู้นั้นคิด

²⁸ Bryan, A. G., **Black's Law Dictionary**, Seventh Edition, (Printed in the United States of America: n.p., 1999), 52.

²⁹ Abu, A., **What do Christians Believe about Adultery**, (N.P:16 n.p., 2009?), Retrieved February 5, 2012, from <http://www.ankerberg.com/Articles/islam/IS0500W1.htm>

ในเรื่องเช่นนี้ ถึงแม้ว่าจะไม่มีบุคคลใดเห็นการประเวณี แต่ดวงตาของพระเจ้าสามารถเห็นถึงการกระทำความคิดได้จากดวงตาของชายผู้นั้นเอง ดังนั้นความคิดจึงเปรียบเสมือนจิตใจ”

AL Maxey นักวิเคราะห์เกี่ยวกับการผิดประเวณีของสามีภริยาได้กล่าวว่า “การที่กฎหมายสมัยก่อนได้บัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพราะว่า ในตอนนั้นผู้ปกครองอาจไม่ได้ใส่ใจต่อระดับความรุนแรงของการกระทำความคิดว่ามีความเหมาะสมกับระดับโทษมากน้อยเพียงใด แต่ถึงอย่างไรก็ตาม สิ่งนี้ก็เป็นแนวความคิดของคนในยุคโบราณ แต่ในปัจจุบันทุกคนรู้ว่า การมีชู้คือการที่บุคคลที่ทำการสมรสไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นนอกเหนือจากคู่สมรสของตนตามกฎหมาย”³⁰

นอกจากนี้ Bro. Jackson ยังได้ให้ความหมายของการมีชู้ที่สอดคล้องกับพจนานุกรมอังกฤษว่า คำว่าการผิดประเวณีของสามีภริยากับบุคคลอื่นหมายถึง “การมีความสัมพันธ์ทางประเวณีที่เกิดขึ้นจากบุคคลที่ทำการสมรสกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน” ดังนั้นการมีชู้จึงมีความหมายว่า “เป็นการฉ้อฉลคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง”

ในตอนหนึ่งของพระคัมภีร์ไบเบิลได้กล่าวเอาไว้ว่า “สิ่งที้ออกมาจากชาย คือสิ่งที่ทำให้ชายผู้นั้นสกปรก สิ่งเหล่านี้ได้ออกมาจากจิตใจของผู้ชายคือ ความคิดที่ชั่วร้าย มีความสัมพันธ์ทางเพศที่ผิดศีลธรรม การขโมย การฆาตกรรม การมีชู้ ความละโมภ การมั่งร้าย การฉ้อฉล ความชั่วช้า ความอิจฉา การใส่ร้าย ความยโส และความเขลา ทั้งหมดล้วนแต่เป็นสิ่งชั่วร้ายที่ออกมาจากข้างในที่ทำให้ชายสกปรก” สิ่งสกปรกเหล่านี้การชำระร่างกายภายนอกไม่สามารถจะทำให้ข้างในจิตใจสะอาดและบริสุทธิ์ได้ ดังนั้นชาวคริสเตียนจึงควรที่จะเก็บรักษาความรู้สึก และพฤติกรรมของตนให้บริสุทธิ์

พระคัมภีร์ไบเบิลฉบับเก่าของคริสเตียนได้บัญญัติให้การมีชู้ถือเป็นข้อห้ามในข้อบัญญัติสิบประการ และมีโทษถึงขั้นประหารชีวิต แต่สำหรับพระคัมภีร์ไบเบิลฉบับใหม่ Jesus ได้กล่าวไว้ว่าการมีชู้ถือเป็นบาปแต่ไม่ได้มีการลงโทษ ซึ่งเป็นเพียงการกล่าวเตือนว่าหากบุคคลใดได้กระทำผิดในเรื่องเช่นนี้ถือเป็นบาป และนอกจากนี้ ในพระคัมภีร์ยังได้กล่าวไว้อีกด้วยว่า มีผู้ที่เคร่งครัดในวินัยศาสนาผู้หนึ่งได้จับหญิงที่มีความผิดฐานมีชู้และได้กล่าวโทษหญิงคนดังกล่าวว่าควรประหารชีวิตด้วยการขว้างก้อนหิน และเขาได้ถาม Jesus ถึงเรื่องการลงโทษหญิงคนดังกล่าวนี้ Jesus ตอบว่า “หากทุกคนปราศจากบาป พระองค์จะเป็นบุคคลแรกที่ทำกรประหารชีวิตหญิงคนนั้นด้วยการขว้างก้อนหิน” ดังนั้น Jesus จึงให้อภัยหญิงคนดังกล่าว และให้นางหยุดการกระทำนั้นเสีย³¹

³⁰ Al, M., **Analysis of Adultery**, (7 September 2005), Retrieved February 16, 2012, from <http://www.zianet.com/maxey/reflx208.htm>

³¹ New World Encyclopedia, **Adultery**, (30 June 2011), Retrieved October 19, 2011, from <http://www.Newworld encyclopedia.org/entry/Adultery>

กล่าวได้ว่า แนวความคิดของศาสนาคริสต์เกี่ยวกับการผิดประเวณีของสามีภริยานั้นถือว่าการกระทำผิดที่ร้ายแรง และเป็นสิ่งที่ไม่ควรกระทำยิ่ง เพราะถือว่าผู้กระทำผิดประเวณีได้ละเมิดคำสาบานของการสมรสที่เคยให้ไว้ต่อพระเจ้า แต่ก็มีแนวความคิดเกี่ยวกับการให้อภัยผู้ที่กระทำผิดแทนการลงโทษเพื่อแก้แค้นผู้กระทำผิดนั้น ซึ่งได้เห็นจากเรื่องเล่าของ Jesus เพราะถือว่าการให้อภัยแล้วสอนให้ผู้นั้นไม่กระทำความผิดซ้ำจะได้รับผลดีมากกว่าผลเสีย

2.3.2 ศาสนายิว

สำหรับแนวความคิดของชาวยิวเกี่ยวกับการมีชู้ ถือเป็นข้อห้ามอันดับเจ็ดของข้อห้ามสิบประการของชาวยิว การมีชู้ไม่ได้ถูกนำมาใช้ในกรณีที่มีสามีไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงอื่น แต่ใช้เฉพาะกรณีภริยาไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่นนอกเหนือจากสามีเท่านั้น ซึ่งในกรณีนี้ ภริยา และชายชู้จะมีความผิดฐานมีชู้ เพราะการผิดประเวณีระหว่างหญิงที่สมรสกับชายอื่นนอกเหนือจากสามีถือได้ว่าเป็นความผิดในทางอาญา แต่หากภริยาที่สมรสแล้วไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงอื่นนอกเหนือภริยาของตนไม่ถือว่าเป็นการมีชู้ตามกฎหมายยิว การผิดประเวณีระหว่างหญิงที่สมรสกับชายอื่นเรียกว่า การมีชู้ หรือ adultery แต่หากการผิดประเวณีระหว่างพี่น้องร่วมสายโลหิต เรียกว่า การร่วมประเวณีระหว่างพี่น้อง หรือ incest ถึงแม้ว่าแนวความคิดของคนทั่วไปจะมีแนวโน้มในการให้อภัยการผิดประเวณีที่เกิดจากชายมากกว่าหญิงก็ตาม แต่สำหรับรูปแบบของกฎหมายสมัยใหม่ไม่ได้คำนึงถึงความแตกต่างของสองกรณีนี้แต่ประการใด สำหรับกฎหมายเดิมของชาวยิว และ ของระบบกฎหมายอื่นๆที่เติบโตมาจากสังคมในยุคปฏิวัติโดยแล้ว สังคมจะไม่ยอมรับว่าพฤติกรรมของชายที่ไม่ซื่อสัตย์ต่อภริยาถือเป็นการกระทำความผิดในทางอาญา จนกระทั่งในปัจจุบันที่กฎหมายให้สิทธิแก่หญิงในการเรียกร้องเอาความซื่อสัตย์จากสามี และมีสิทธิทำการฟ้องหย่าเนื่องจากสามีประพฤติผิดศีลธรรมด้วย

ในกฎหมายโบราณของยิวยังได้กล่าวถึงการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของหญิง หญิงที่ทำการสมรสหากถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดประเวณีจะต้องทำการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน ซึ่งการพิสูจน์ดังกล่าวนี้เรียกว่า Sotah in Hebrew จากบันทึกหนังสือได้อธิบายถึงรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการของการพิสูจน์โดยรูปภาพ ซึ่งได้กล่าวว่าสามีหากมีความสงสัยในพฤติกรรมของภริยา สามีอาจจะพิสูจน์หรือ พิสูจน์หักล้าง โดยการนำน้ำศักดิ์สิทธิ์ และ ดินจากศาลเจ้าให้แก่ภริยาของเขารวมถึงหญิงคนดังกล่าวต้องทำการสาบานเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองด้วย ถ้าหากภริยาไม่มีความต่างพร้อยจากการผิดประเวณีกับชายผู้อื่นจริง ในพระคัมภีร์ไบเบิลได้กล่าวไว้ว่า ร่างกายของนางจะพอง และนางจะถูกสาปแช่งจากผู้คน แต่หากนางไม่ได้กระทำความผิดประเวณี นางก็จะไม่ถูกทำร้ายจากสิ่งใด ๆ วิธีการพิสูจน์ความบริสุทธิ์นี้ได้กลายเป็นที่รู้จักกันแพร่หลายในแถบตะวันออกใกล้ และกลายเป็นสิ่งที่ถูกขนานนามในหลาย ๆ วัฒนธรรม

มีสิ่งหนึ่งที่เห็นได้ชัดเจนจากพระคัมภีร์ไบเบิลเกี่ยวกับวิธีการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของหญิงที่สมรสนั้นก็คือกฎหมาย Torah ซึ่งให้ชายที่เป็นสามี มีภาระต้องพิสูจน์ความผิดของภริยา และ หากปรากฏว่าภริยา และชายผู้ได้กระทำผิดจริง เขาทั้งสองก็จะมีโทษ แต่ในขณะที่เดียวกันภริยาไม่มีสิทธิจะพิสูจน์ความผิดของสามีที่ตนเชื่อว่าไม่ซื่อสัตย์ได้ ซึ่งเป็นที่เห็นได้ชัดว่ามาตรฐานของชาย และหญิงนั้นไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งชายจะได้รับอนุญาตให้มีภริยาได้มากกว่าหนึ่งคน³²

กฎหมายในยุคปิตาธิปไตย กล่าวคือ หญิงที่ถูกกล่าวหาว่ามีชู้อาจไม่ได้รับการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ เพราะเมื่อใดก็ตามที่หัวหน้าครอบครัวเกิดความสงสัยในพฤติกรรมของหญิงแล้ว ชายผู้เป็นหัวหน้าครอบครัวมีสิทธิฆ่าหญิงดังกล่าวได้ทันที ด้วยเหตุนี้จึงมีเรื่องเล่าว่า Judah ตั้งใจให้เอาไปมาเผาภริยาของบุตรชายของเขามีสื่อว่า Tamar เนื่องจากสงสัยว่านางมีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับชายอื่น นอกเหนือจากน้องชายสามีของนาง ในตอนแรกการลงโทษเช่นนี้ถือเป็นเพียงขนบธรรมเนียม ต่อมาได้พัฒนามาเป็นกฎหมายที่ใช้กันในสังคม เนื่องจากมีความเชื่อว่าหญิงที่เป็นหม้ายจากเหตุที่สามีเสียชีวิตมีหน้าที่ต้องสมรสใหม่กับพี่ชายหรือน้องชายของสามีตนเอง เพราะบุตรที่เกิดมาจะมีเลือดเนื้อของผู้ตาย และ จะได้รับชื่อของผู้ตาย ในกรณีนี้หญิงหม้ายจะถือว่าได้หมั้นหมายกับพี่ชายหรือน้องชายของสามีเป็นที่เรียบร้อยแล้ว เนื่องด้วยกฎหมายในยุคนั้นได้กำหนดว่าการร่วมประเวณีระหว่างหญิงที่มีคู่หมั้นกับชายอื่นถือเป็นความผิดฐานมีชู้ เนื่องจากหญิงที่มีคู่หมั้นจะอยู่ในสถานภาพเช่นเดียวกันกับหญิงที่สมรสแล้ว ซึ่งบทลงโทษในความผิดดังกล่าวนี้คือ การประหารชีวิตด้วยการขว้างก้อนหินใส่ผู้กระทำความผิดให้เสียชีวิต³³

หากสมรสกับบุคคลที่เกิดมาจากการผิดประเวณี หรือ จากการร่วมประเวณีระหว่างพี่น้อง หรือ มีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลเหล่านี้ถือเป็นความผิดในทางอาญา และจะถูกลงโทษด้วยการเขียน ซึ่งบุคคลที่มีสายเลือดมาจากการผิดประเวณีของมารดาจะถูกเรียกว่า Mamzer ซึ่งแปลว่าบุตรที่ขาดบิดา บุคคลเหล่านี้จะไม่สามารถรับอนุญาตให้เป็นสมาชิกทางการเมืองของยิว และไม่มีสิทธิที่จะสมรสกับชายชาวยิว และหญิงชาวยิวได้ ถึงแม้ว่าบุคคลเหล่านี้จะไม่เสียสิทธิในการรับมรดกจากสามีของมารดาผู้ซึ่งไม่ได้เป็นบิดาที่ถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม

³² Rabbi R. H. I., **In Judaism adultery is considered one of the most grievous sins**, (N.P: n.p., n.d.), Retrieved October 5, 2011, from http://www.myjewishlearning.com/life/Sex_and_Sexuality/Jewish_Approaches/Prohibited_Sexual_Relationships/Adultery.shtml

³³ Jewish Encyclopedia, **Adultery**, (N.P: n.p., n.d.), Retrieved October 5, 2011, from <http://www.Jewishencyclopedia.com/articles/865-adultery>

2.3.3 ศาสนาอิสลาม

Prophet Muhammad (Peace Be Upon Him)³⁴ ได้กล่าวไว้ว่า การกระทำประเวณีถือเป็นการกระทำความผิดหนึ่งในสามการกระทำความผิดที่เป็นบาปอย่างใหญ่หลวง ถึงอย่างไรก็ตามมีเรื่องเล่าเรื่องหนึ่งที่น่าสนใจ กล่าวคือ ได้มีชายผู้หนึ่งเดินทางเพื่อไปพบกับ Prophet ชายผู้นี้ได้ขออนุญาตเพื่อกระทำการประเวณีเนื่องจากไม่สามารถควบคุมความต้องการทางเพศของตัวเองได้ ดังนั้น Prophet จึงได้ใช้เหตุผล และถามชายคนดังกล่าวว่า ถ้าหากเขายินยอมให้ชายคนอื่นร่วมประเวณีกับมารดา น้องสาว บุตรสาว หรือ กับภริยาของเขาได้ ในทันใดนั้น ชายคนนั้นก็กล่าวออกมาว่า ไม่ได้ ดังนั้น Prophet จึงกล่าวออกมาว่า หญิงผู้ซึ่งท่านต้องการร่วมประเวณีด้วยอาจเป็นมารดา น้องสาว บุตรสาว หรือ ภริยาของผู้อื่นเช่นเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ชายคนดังกล่าวจึงได้เข้าใจ และ รู้สำนึกในสิ่งนี้³⁵

ตามพระคัมภีร์กุรอาน Qur'an ของศาสนาอิสลาม การร่วมประเวณีก่อนการสมรสถือเป็นการผิดที่เคร่งครัด เพราะศาสนาอิสลามได้ให้ความสำคัญเป็นพิเศษในเรื่องความสัมพันธ์ทางเพศที่ควรถูกจำกัดไว้ในสถาบันครอบครัวเพื่อเหตุผลในการสร้าง และปกป้องสถาบันครอบครัวเท่านั้น ดังนั้นในประเพณีของอิสลามจึงมิให้มีการร่วมประเวณีนอกสมรส ด้วยเหตุนี้ความสัมพันธ์ทางเพศก่อนการสมรส และความสัมพันธ์ทางเพศนอกเหนือการสมรสจึงถือเป็นการมีชู้ ทั้งสองกรณีถือเป็นการผิด Zina และถือเป็นการกระทำความผิดในทางอาญา สำหรับศาสนาอิสลาม การเบี่ยงเบนจากความถูกต้อง การฝ่าฝืน ความเสียหาย การผิดประเวณีอันเกิดจากการมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่ถูกต้องตามหลักนิติธรรมอิสลาม ทั้งหมดเหล่านี้เรียกว่า ชินา ซึ่งประกอบด้วยสองลักษณะคือ ชินาในเชิงนามธรรม และชินาในเชิงรูปธรรม ชินาในเชิงนามธรรมได้แก่การมองเพศตรงข้ามด้วยอารมณ์กำหนัด การเกี้ยวพาราสี การสัมผัสลูบคลำเป็นต้น การกระทำเช่นนี้เข้าข่ายเป็นชินา กล่าวคือ เป็นสิ่งที่สามารถชักนำไปสู่การมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่ถูกต้อง ถือเป็นสิ่งต้องห้าม และผู้ที่กระทำโดยเจตนาจะถือว่าผิดบาป การกระทำชินาในเชิงนามธรรมนี้ไม่มีบทลงโทษที่ถูกกำหนดไว้ตามกฎหมายอิสลาม แต่ผู้กระทำความผิดดังกล่าวจะถูกปราม หรือ ถูกลงโทษสถานเบาตามดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หรือ ศาลอิสลาม เช่น ฆีเยน คำตอ ไม่ให้ยุ่งเกี่ยวกับ หรือ การเนรเทศ ส่วนชินาในเชิงรูปธรรมนั้นคือ การมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่ถูกต้องตามหลักนิติธรรมอิสลาม ซึ่งถือเป็นอาชญากรรมที่มีบทลงโทษรุนแรงสถานหนัก ซึ่งนักวิชาการได้ให้คำนิยามเกี่ยวกับชินาในลักษณะนี้ว่า การร่วมเพศเป็นไปโดยการทำให้ส่วนปลายขององคชาติ (ส่วนที่ถูกขลิบหนังหุ้มปลายออกไป) หายเข้าไปใน

³⁴ Prophet Muhammad เป็นผู้ริเริ่มให้ผู้คนเคารพภักดีต่ออัลลอฮ์และศาสนาอิสลาม

³⁵ Muslimaccess, *Concept of Adultery in Islam*, (N.P: n.p., n.d.), Retrieved July 15, 2012, from

อวัยวะเพศของหญิงที่ต้องห้ามมีเพศสัมพันธ์ด้วย โดยอวัยวะเพศนั้นกระตุ่นอารมณ์กำหนดตามภาวะปกติ ทั้งนี้มิใช่การมีเพศสัมพันธ์ในกรณีการสมรสที่คลุมเครือ ถึงแม้ว่าจะไม่มีการหลังก็ตาม โดยกระทำไปต่างๆที่รู้ว่าเป็นสิ่งต้องห้าม การมีเพศสัมพันธ์ตามลักษณะดังกล่าวถือเป็นซินาที่ผู้กระทำจำต้องได้รับบทลงโทษสถานหนักตามหลักนิติธรรมอิสลาม เพราะถือเป็นคดีอาญาร้ายแรง รองจาก การฆ่า และถือเป็นมหันตโทษ

โดยหลักนิติธรรมอิสลามกำหนดบทลงโทษเอาไว้สองลักษณะกล่าวคือ

ลักษณะที่ 1 ผู้ทำซินาเป็นบุคคลที่ไม่เคยผ่านการสมรสที่ถูกต้องตามหลักศาสนามาก่อน ซึ่งกรณีดังกล่าวมีบทลงโทษด้วยการถูกเขี่ย 100 ที ตามวิธีการที่ถูกกำหนดไว้ หรือถูกเนรเทศออกจากบ้านเมืองในระยะทางที่อนุญาตให้ ละหมาดย่อ หรือ มากกว่านั้นเป็นเวลาหนึ่งปี

ลักษณะที่ 2 ผู้ทำซินา เป็นบุคคลที่ผ่านการสมรสที่ถูกต้องตามหลักศาสนามาแล้ว มีบทลงโทษด้วยการถูกขว้างด้วยก้อนหินจนตาย ทั้งนี้ได้คำนึงถึงเงื่อนไขของผู้ทำซินา ซึ่งจะถูกลงโทษสองลักษณะว่า เป็นมุสลิม มีสติสัมปชัญญะบรรลุนิติภาวะ สมจริตใจมิได้ถูกบังคับ และผู้ทำซินานั้นได้ยอมรับผิดสารภาพด้วยตัวเองในสภาพปกติ หรือ มีพยานยืนยันที่เป็นชายที่เชื่อถือได้จำนวน 4 คน และผู้ทำซินานั้นไม่กลับคำให้การก่อนดำเนินการลงโทษ และลักษณะวิธีการในการเขี่ยนั้น ให้จำเลยนั่งลงกับพื้น และเจ้าหน้าที่เขี่ยที่หลังของจำเลยด้วยเสี้ยนขนาดปานกลาง และเขี่ยในระดับปานกลางจำนวน 100 ที ผู้หญิงก็จะถูกลงโทษเช่นเดียวกันกับผู้ชาย ยกเว้นในบางกรณีการขว้างนั้น ให้ชุดหลุมลึกถึงหน้าอกของจำเลยแล้วขว้างด้วยก้อนหินจนตายต่อหน้าผู้ปกครอง หรือ ตัวแทน และพยานตลอดจนชาวมุสลิมที่ร่วมรับรู้การลงโทษนั้นไม่น้อยกว่า 4 คน ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ในกรณีที่มิได้รับสารภาพ หรือ คำร้องต่อศาลอิสลามตามกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญา ถ้าไม่มี ศาลอิสลามก็จะให้ผู้กระทำความผิดสำนึกผิดตามเงื่อนไขที่ศาสนากำหนดไว้³⁶

ดังข้อกฎหมายและวิธีการพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดของศาสนาอิสลามเกี่ยวกับการผิดประเวณีจะเห็นได้ว่าถึงแม้ศาสนาอิสลามจะเป็นศาสนาที่เคร่งครัดเกี่ยวกับการผิดประเวณีและมีบทลงโทษที่สูงต่อผู้ละเมิดข้อห้ามดังกล่าวนี้ แต่ก่อนการพิจารณาว่าผู้นั้นเป็นผู้ที่กระทำความผิดจริงตามข้อกล่าวหาหรือไม่ศาลจะต้องมีพยานหลักฐานที่ชัดเจนและที่เชื่อถือได้มาพิสูจน์ความผิดของจำเลยจึงจะสามารถเอาผิดจำเลยได้ เนื่องจากเพื่อสร้างความมั่นใจว่ากระบวนการพิจารณาความของศาลมีความยุติธรรมเพียงพอต่อประชาชนว่าเป็นการตัดสินลงโทษที่ถูกต้องแล้ว อีกทั้งในกรณี

³⁶ อิสมาอิล บินกอเซ็ม, บทลงโทษผู้ผิดประเวณี, (ม.ป.ท: ม.ป.พ., ม.ป.ป.), สืบค้นเมื่อ 3 ตุลาคม

ที่ศาลได้พิจารณาแล้วว่าจำเลยมีความผิดจริง แต่ก่อนการลงโทษศาลต้องได้คำนึงถึงสุขภาพ และเหตุต่างๆของจำเลยกับการกระทำผิดของจำเลยมาประกอบกันเพื่อตัดสินว่าจำเลยนั้นควรได้รับโทษหนักเบาเพียงใด

2.3.4 ศาสนาฮินดู³⁷

สำหรับชาวฮินดูแล้วการมีผู้เชื่อกันว่าเป็นการกระทำที่ถือเป็นบาป หากบุคคลใดถูกจับได้ในฐานการผิดประเวณีกับบุคคลอื่น หรือ ฐานการมีผู้ บุคคลนั้นจะต้องถูกประณามจากสังคม โดยเฉพาะสังคมในเขตชนบทห่างไกล ซึ่งเป็นสถานที่ที่ยังคงรักษาประเพณีแนวความคิดดั้งเดิมอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะหากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เกิดจากหญิงเนื่องจากพวกเขาเชื่อว่าเป็นสิ่งที่ยากที่จะถูกลบเลือน และให้อภัยได้ เนื่องมาจากชาวฮินดูเชื่อกันว่าการสมรสคือ การสร้างความสัมพันธ์ที่ศักดิ์สิทธิ์ ซึ่งเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดหลายๆอย่างในชีวิต ดังนั้นความศักดิ์สิทธิ์ของการสมรสจึงควรทะนุถนอม และยึดถือไว้ตลอดไป ซึ่งคำสาบานของการสมรสหมายความว่า ทั้งสองมีภาระหน้าที่ต่อกัน และต้องมีความซื่อสัตย์ต่อกันและกัน การสมรสไม่เพียงแต่เป็นการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาเท่านั้น แต่สามีภริยาจะต้องมีหน้าที่ในการส่งเสริมครอบครัวให้ถูกต้องตามวัตถุประสงค์ของสังคมอีกด้วย ด้วยเหตุนี้ หากมีการละเมิดความศักดิ์สิทธิ์ของคำสาบาน และหน้าที่ของการสมรสที่เกิดจากพระเจ้าแล้ว จะถือได้ว่าเป็นการล่วงเกินสิ่งศักดิ์สิทธิ์ และท้ายที่สุดผลกรรมจะตามสนองบุคคลนั้น แต่ถึงอย่างไรก็ตาม ความเชื่อในสิ่งดังกล่าวไม่สามารถทำให้สังคมชาวฮินดูหลุดพ้นจากปัญหาในทางผิดประเวณีได้แม้แต่ในปัจจุบัน และในอดีต ภายใต้ความเชื่อดังกล่าวยังปรากฏมีการผิดประเวณีเกิดขึ้น ซึ่งการผิดประเวณีส่วนใหญ่เกิดขึ้นโดยที่ไม่มีบุคคลใดรับรู้ มีเรื่องเล่ากันว่าในช่วงสองถึงสามทศวรรษที่ผ่านมาเกิดค่านิยมของกลุ่มชายในเขตชนบทที่ได้แสดงให้เห็นถึงความมั่งมีของพวกเขาโดยการสร้างบ้านสองหลัง ซึ่งหลังหนึ่งไว้สำหรับบรรดาภริยาที่ถูกต้องตามกฎหมายได้อาศัย ส่วนอีกหลังสำหรับบรรดาภริยาลับอาศัยอยู่นี้แสดงให้เห็นถึงสมัยระบบศักดินาที่ชายในสมัยนั้นมีอำนาจมากมาย ซึ่งไม่เพียงแต่พวกเขาจะมีอำนาจในการครอบครองที่ดิน แต่ชายผู้ที่มีฐานะจะมีอำนาจเหนือบุคคลอื่นที่อยู่ในอาณาเขตของพวกเขาเป็นเจ้าของ หรือ มีอำนาจเหนือกว่าลูกหนี้ของพวกเขาเอง ซึ่งสิ่งดังกล่าวเหล่านี้ได้กลายเป็นประเพณีและความเชื่อเกี่ยวกับความหวาดกลัวและเงินตรา ดังนั้นอินเดียจึงกลายเป็นประเทศที่มีสถิติในเรื่องความสัมพันธ์ฉันชู้สาวระหว่างคู่สมรสในหมู่แรงงานมากที่สุดและยังถือได้ว่าเป็นสถานที่ที่ถูกกล่าวหาในเรื่อง

³⁷ Jayaram, V., **Extramarital Relationships**, (N.P: n.p., n.d.), Retrieved July 15, 2012, from http://www.Hindu website. Com/Hinduism/h_extramarital.asp

การค้าผู้หญิง ด้วยเหตุดังกล่าว กฎหมายของฮินดูจึงได้บัญญัติห้ามไม่ให้การสมรสแบบมีคู่สมรสหลายคนไว้อย่างชัดเจนและบัญญัติถึงการลงโทษสำหรับผู้ละเมิดกฎหมายดังกล่าวนี้ด้วย

ประเพณีเกี่ยวกับความคิดดั้งเดิมของชาวฮินดู กฎหมายฮินดูถือเป็นกฎหมายที่รุนแรงในการต่อต้านการผิดประเวณีของสามีภริยา การบัญญัติกฎหมายไว้เช่นนี้ไม่เพียงเฉพาะเหตุผลในทางศีลธรรมเท่านั้น แต่ยังเกี่ยวข้องกับเหตุผลในทางสังคม ชาวฮินดูมีแนวความคิดว่าการผิดประเวณีจะนำไปสู่ความสับสนวุ่นวายของชั้นวรรณะ ลิดรอนสถานะของครอบครัว และสร้างความปั่นป่วนให้แก่สังคม ในสมัยก่อนหญิงสาวที่อยู่ในวรรณะสูงจะถูกห้ามไม่ให้ย้ายออกจากสังคมของเธอ

ในกฎหมายฮินดูสมัยก่อนปฏิบัติต่อหญิงที่กระทำความผิดประเวณีแตกต่างกันระหว่างหญิงที่ทำการสมรสแล้วกับหญิงที่ยังไม่ทำการสมรส ซึ่งหญิงที่ทำการสมรสจะได้รับโทษสูงกว่าหญิงที่ไม่สมรส และนอกจากนี้กฎหมายยังปฏิบัติแตกต่างกันในระหว่างหญิงที่มีชั้นวรรณะแตกต่างกันด้วย กล่าวคือ หญิงที่อยู่ในชั้นวรรณะสูงกว่าจะได้รับโทษที่รุนแรงกว่าหญิงที่อยู่ในชั้นวรรณะต่ำกว่า

ในสังคมฮินดูสมัยก่อนยังปรากฏมีการผิดประเวณีเกิดขึ้น ในตำนานเรื่องเล่าของชาวฮินดูที่ได้อธิบายถึงการกระทำของพระเจ้าในเรื่องประเวณี หรือ เรื่องเล่าเกี่ยวกับพระเจ้า Rama ผู้ซึ่งขับไล่ภริยาที่กระทำผิดประเวณีเข้าไปในป่า และ เรื่องเล่าเกี่ยวกับบรรดาชายผู้สูงศักดิ์ และขุนนางทั้งหลายที่ทำการซื้อขายหญิงสาวเพื่อมาเป็นคนรับใช้และนางบำเรอเพื่อตอบสนองความต้องการและอำนาจบารมีของชายเหล่านั้น ซึ่งการกระทำเช่นนี้กลายเป็นสิ่งที่แพร่หลายในสังคมฮินดูในอดีต

ในคัมภีร์ของชาวฮินดูได้กล่าวถึงคำพูดตอนหนึ่งของ Vishnu Purana³⁸ ว่า “ชายไม่ควรคิดในทางกามารมณ์กับหญิงผู้เป็นภริยาของผู้อื่น หากชายใดได้กระทำเช่นนั้น เมื่อเกิดมาภพชาติหน้าจะกลายเป็นแมลงไม้ เนื่องจากผู้ที่ได้กระทำความผิดประเวณีจะถูกลงโทษทั้งที่อยู่ในโลก และในปรโลก เวลาในโลกนี้ของเขาจะสั้นลง และเมื่อตายไปเขาจะตกนรก”

2.3.5 ศาสนาพุทธ

การสมรสคือสัญญาทางสังคม ซึ่งเป็นประเพณีมาช้านานที่สร้างขึ้นเพื่อความผาสุก และความสุขของมนุษย์ ซึ่งวิวัฒนาการมาจากสังคมของสัตว์กลายมาเป็นการก่อกำเนิดสังคมมนุษย์ ถึงแม้ว่าในศาสนาพุทธจะไม่ได้ถือว่าเป็นสังคมที่มีการสมรสแบบมีคู่สมรสเพียงคนเดียว หรือ แบบมีคู่สมรสหลายคนอย่างชัดเจนก็ตาม แต่ชาวพุทธทั้งหลายก็ถูกสั่งสอนให้มีคู่สมรสเพียงคนเดียว พระพุทธองค์ไม่ได้มีกฎเกณฑ์หรือรูปแบบในการสมรส แต่พระองค์ก็ได้สอนวิธีการในการดำเนิน

³⁸ Vishnu Purana หรือที่รู้จักกันในพระนามอีกอย่างหนึ่งว่า พระนารายณ์ เป็นหนึ่งในสามมหาเทพ มีหน้าที่คุ้มครองดูแลรักษาทั้งสามโลกตามความเชื่อของชาวฮินดู

ชีวิตสมรสอย่างมีความสุข ซึ่งจะเห็นได้อย่างชัดเจนจากคำโอวาทของพระองค์กล่าวคือ ชายควรจะมีความซื่อสัตย์โดยการมีภริยาเพียงคนเดียว และไม่ควรผิดประเวณีกับหญิงอื่น พระองค์ได้ตระหนักถึงสาเหตุสำคัญที่ทำให้ชายเกิดความหายนะนั้นก็คือ การเข้าไปเกี่ยวข้องกับหญิงอื่น (Parabhava Sutta) ชายควรตระหนักถึงความยุ่งยากในการรักษาชีวิตสมรสและครอบครัว³⁹

เหมือนกับหลาย ๆ ศาสนา ศาสนาพุทธก็เป็นอีกศาสนาหนึ่งที่น่าเอาหลักจริยธรรมเพื่อควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ หลักจริยธรรมดังกล่าวประกอบด้วย

1. ห้ามคุกคามชีวิตของผู้อื่น
2. ห้ามลักขโมยทรัพย์สินของผู้อื่น
3. ห้ามผิดประเวณี
4. ห้ามโกหกหลอกลวงผู้อื่น
5. ห้ามดื่มของมึนเมา

กฎจริยธรรมทั้ง 5 ข้อนี้ไม่ได้เป็นกฎที่ใช้บังคับ แต่เป็นกฎที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อให้ทุกคนปฏิบัติด้วยความสมัครใจ⁴⁰

การผิดประเวณี หรือ ที่เรียกว่า Sexual-misconduct ตามหลักพุทธศาสนา และในแถบเอเชีย นั้นมีความหมายว่าการไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลต้องห้าม กล่าวคือ บุคคลที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับทางประเวณีกับบุคคลต้องห้ามจะถือได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดฐานมีชู้ บุคคลที่ต้องห้ามในพุทธศาสนา คือ บุคคลที่อยู่ในการปกครองของบิดา มารดา คู่สมรส ครอบครัวยุโรปการสงฆ์ ศักดิ์ศาสนา กฎหมาย หรือ บุคคลที่ถูกมันหมาย หรือ ได้ให้คำมั่นสัญญาว่าจะทำการสมรส บุคคลทั้งหมดที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ถือได้ว่าเป็นประเวณีบุคคลต้องห้ามในศาสนาพุทธ ซึ่งดูเหมือนว่าทุกคนจะกลายเป็นบุคคลต้องห้าม แต่ในความเป็นจริงแล้วผลของการไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลต้องห้ามหมายถึงการกระทำความผิดกล่าวไปกระทบกระเทือนต่อบุคคลอื่น หรือ ไปคุกคามต่อบุคคลอื่น โดยเฉพาะต่อคู่สมรสของบุคคลที่ตนเข้าไปมีความสัมพันธ์ทางเพศด้วย ดังนั้นความหมายของการผิดประเวณีตามพุทธศาสนาในที่นี้ก็คือ ควรแน่ใจว่าบุคคลที่ตนเข้าไปมีความสัมพันธ์ทางเพศด้วยไม่ได้เป็นบุคคลต้องห้ามที่จะเป็นการกระทบกระเทือนต่อผู้อื่น แต่ในศาสนาคริสต์และในอเมริกาแล้ว การผิดประเวณี หรือ การมีชู้เรียกว่า Adultery มีความหมาย

³⁹ Venerable K. S.D. M. T0., **Buddhist views on Marriage**, (N.P: n.p., n.d.), Retrieved October 17, 2011, from <http://www.budsas.org/ebud/whatbuddbelieve/237.htm>

⁴⁰ Winton, H., **Buddhist Sexual Ethics**, (N.P: n.p., n.d.), Retrieved October 18, 2011, from http://www.buddhanet.net/winton_s.htm

ในทางตรงกันข้ามกับศาสนาพุทธกล่าวคือ ในแนวความคิดของคริสเตียนแล้ว การมีฐูหมายถึงคู่สมรสได้นอกใจ หรือ ไม่ซื่อสัตย์ต่อคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นผู้ที่กระทำผิดประเวณีจึงเป็นฝ่ายที่ทำการสมรสแล้ว ซึ่งไม่ได้หมายความว่าความรวมถึงบุคคลที่ร่วมกระทำความผิด (ในกรณีที่ผู้ร่วมกระทำไม่ได้ทำการสมรส) ถึงแม้ว่าบุคคลผู้นั้นจะมีส่วนทำให้การผิดประเวณีเกิดขึ้นก็ตามแต่ยังถือว่าผู้ร่วมกระทำความผิดเป็นผู้บริสุทธิ์ เพราะถือว่าพวกเขาเหล่านั้นไม่ได้ทำการหลอกลวง หรือ นอกใจคู่สมรสของตนเอง⁴¹

ดังแนวความคิดของศาสนาพุทธเกี่ยวกับเรื่องผิดประเวณีจะเห็นได้ว่าศาสนาพุทธเน้นไปในทางที่สั่งสอนผู้คนมากกว่าการบังคับให้ผู้คนต้องกระทำตาม ซึ่งเห็นได้จากคำสอนของพระพุทธองค์ที่ต้องการให้ผู้คนมีชีวิตครอบครัวอย่างเป็นสุข เป็นคำสอนที่สะท้อนให้เห็นว่าผู้คนไม่ควรจะหาสิ่งใดมาทำลายชีวิตครอบครัวของตน เช่น การผิดประเวณีของสามีภริยาที่อาจทำให้ครอบครัวต้องแตกสลายได้ ดังนั้นศาสนาพุทธจึงไม่ได้มุ่งที่จะลงโทษผู้กระทำผิดประเวณี แต่จะยกให้เห็นถึงผลกระทบของผู้กระทำที่จะได้รับ

จากความหมายของการผิดประเวณี และบทลงโทษเกี่ยวกับการกระทำความผิดกล่าวของแต่ละศาสนาข้างต้นจะเห็นได้ว่าบางศาสนาถือว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีความผิดร้ายแรงอย่างยิ่ง เช่น ศาสนาคริสต์ตามพระคัมภีร์ไบเบิลเชื่อว่าการผิดประเวณีได้เกิดขึ้นในขณะที่ชายมองมายังหญิงอย่างที่มีราคะและถือได้ว่าเป็นความผิดแล้ว ส่วนศาสนาอิสลามการผิดประเวณีเกิดขึ้นจากชายที่ล่วงละเมิดอวัยวะเพศของหญิงที่ต้องห้าม และถือเป็นการผิดที่ร้ายแรงสำหรับการกระทำเช่นนี้ สำหรับศาสนาพุทธการผิดประเวณีถือเป็นการผิดต่อศีลธรรมข้อที่สามของพระพุทธเจ้า ในทางพุทธศาสนาไม่ได้กล่าวถึงบทลงโทษผู้กระทำผิดประเวณีไว้ แต่ถือว่าผู้ที่ได้กระทำเช่นนี้จะเป็นบาป

2.4 แนวความคิด และ รูปแบบในความผิดประเวณีตามกฎหมายอาญาลาว

การผิดประเวณีของสามีภริยาในสังคมลาวถือเป็นเรื่องที่ร้ายแรงและเป็นสิ่งที่สังคมไม่อาจจะยอมรับกันได้ ในอดีตการผิดประเวณีของสามีภริยาหมายถึง หญิงมีสามีไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่นเท่านั้น ส่วนชายมีภริยามีสิทธิมีภริยาคนที่สอง สามและต่อไปได้ ต่อมาได้มีการ

⁴¹ Sexual Misconduct or Adultery, *Wisdom Quarterly American Buddhist Journal*, 93, (6 May 2010), Retrieved October 18, 2011, from <http://wisdomquarterly.blogspot.com/2010/05/sexual-misconduct-or-adultery.html>

บัญญัติกฎหมายใหม่ โดยถือว่าหากชายหญิงใดที่กระทำผิดประเวณีกับบุคคลอื่นนอกเหนือจากคู่สมรสของตนจะมีความผิดทางอาญาฐานผิดประเวณีของสามีภริยาและจะถูกลงโทษในฐานดังกล่าว ความผิดประเวณีของสามีภริยาตามกฎหมายลาวในปัจจุบันได้บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา มาตรา 126 ว่าด้วยการผิดประเวณีฉบับเลขที่ 12/สภข ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 2005 ได้บัญญัติว่า “บุคคลที่ทำการสมรสแล้ว หากได้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่น จะถูกลงโทษจำคุก 3 เดือนถึง 1 ปี หรือ อบรมเพื่อเปลี่ยนพฤติกรรม และ จะถูกปรับตั้งแต่ 500,000 กีบถึง 5,000,000 กีบ”

ส่วนในวรรคสองบัญญัติว่า “ผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลที่สมรสแล้วก็จะถูกลงโทษในฐานเดียวกัน”

การกระทำความผิดในฐานนี้แม้เพียงครั้งเดียวก็มีความผิดแล้ว ดังนั้น จึงไม่ขึ้นอยู่กับว่าเป็นการกระทำความผิดที่เป็นอาชญาหรือไม่ หากผู้ที่กระทำความผิดเข้าองค์ประกอบของการกระทำความผิดทางอาญา⁴² ครบทั้งสี่องค์ประกอบบุคคลดังกล่าวจะได้รับโทษตามกฎหมาย⁴³

1. องค์ประกอบทางด้านวัตถุประสงค์
2. องค์ประกอบทางด้านภาวะวิสัย
3. องค์ประกอบทางด้านอัตวิสัย
4. องค์ประกอบทางด้านเจ้ากรรม

องค์ประกอบทางด้านวัตถุประสงค์ของการกระทำความผิด คือสิ่งที่ถูกคุ้มครองโดยกฎหมายอาญาซึ่งสิ่งนั้นได้ถูกละเมิดจากการกระทำความผิดดังกล่าว

องค์ประกอบทางด้านภาวะวิสัย หมายถึงพฤติกรรมต่าง ๆ ของการกระทำความผิด รวมทั้งสภาพแวดล้อมต่าง ๆ เช่น วันเวลา สถานที่ พาหนะ อุปกรณ์ สภาพของการกระทำความผิด และ วิธีประกอบของการกระทำความผิดดังกล่าว

องค์ประกอบทางด้านอัตวิสัยของการกระทำความผิด คือ ทัศนคติ แนวความคิดของผู้กระทำความผิดต่อการกระทำผิดของตนที่แสดงออกโดยผ่านพฤติกรรม

องค์ประกอบทางด้านเจ้ากรรม คือ ผู้ที่กระทำความผิดต้องเป็นบุคคลที่มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ และ ต้องมีอายุตั้งแต่สิบห้าปีบริบูรณ์

โดยหลักของกฎหมายอาญาลาว บุคคลคนใดได้กระทำความผิดในทางอาญาไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดในฐานฆ่าคนตาย ฐานฉ้อโกงทรัพย์หรือฐานใดก็ตาม การดำเนินคดีหรือใน

⁴² กฎหมายอาญาลาว พ.ศ. 2548, กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 16, (9 พฤศจิกายน 2548), 405.

⁴³ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 7, 403.

ขบวนการพิจารณาความอาญาต้องคำนึงถึงองค์ประกอบทั้งสี่อย่างข้างต้นเป็นหลักเพื่อใช้ในการสืบสวนสอบสวนหรือการไต่สวนคดี การกระทำความผิดใดเกิดขึ้นโดยผู้กระทำความผิดมีครบทั้งสี่องค์ประกอบนี้ถือว่าผู้กระทำความผิดดังกล่าวมีความผิดทางอาญาตามกฎหมายอาญา หากการกระทำความผิดใดเกิดขึ้นโดยขาดองค์ประกอบใดองค์ประกอบหนึ่งไปแล้ว ถึงแม้จะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นก็ไม่ถือว่าผู้กระทำความผิดนั้นมีความผิดทางอาญา ส่วนในกรณีความผิดประเวณีของสามีภริยาได้ใช้หลักนี้เช่นเดียวกัน เช่น สามีได้ร่วมประเวณีกับหญิงอื่นในโรงแรมโดยเจตนา ถือได้ว่าสามีมีความผิดในฐานะประเวณีของสามีภริยา (ฐานทำผิดสะงาน)

การพิจารณาคดีของศาลอาญาเกี่ยวกับความผิดประเวณีของสามีภริยา ศาลจะใช้การตีความคำว่า “ร่วมประเวณี” หรือ “มีความสัมพันธ์ทางเพศ” ว่าหมายถึง บุคคลทั้งสองคนที่มีความรักใคร่ในทางชู้สาวหากได้อยู่ในห้องนอน โรงแรม สถานที่ลับ หรือ ห้องส่วนตัวต่าง ๆ ด้วยกันให้ถือว่าทั้งสองได้ร่วมประเวณี และจะมีความผิดฐานประเวณีของสามีภริยาตามกฎหมายอาญาอาญา

2.5 สรุป

จากการศึกษาถึงแนวความคิดของคนในแต่ละศาสนาและการบัญญัติกฎหมายอาญาของประเทศลาวที่เกี่ยวกับการประเวณีของสามีภริยา พบว่า แนวความคิดในเรื่องดังกล่าวนี้มีความคล้ายคลึงกันค่อนข้างมาก กล่าวคือ คนในสังคมส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่อาจจะยอมรับกันได้ โดยเฉพาะหากการผิดประเวณีนั้นเกิดขึ้นเนื่องจากหญิงเป็นฝ่ายกระทำ แต่พบว่า ในบางศาสนามีการลงโทษชายที่กระทำความผิดดังกล่าวนี้เช่นกัน สำหรับปัญหาดังกล่าวนี้ ในอดีตถึงแม้ว่าจะมีการลงโทษที่รุนแรงกับบุคคลที่กระทำการประเวณีที่ผิดจารีตประเพณีก็ตาม แต่ปัญหาดังกล่าวยังคงพบเห็นในทุกๆ สังคมเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

บทที่ 3

หลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดประเวณี ของประเทศลาวเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

3.1 ประวัติความเป็นมาของกฎหมายอาญาในความผิดประเวณีของประเทศลาว

กฎหมายอาญาในความผิดประเวณีของสามิภริยาลาวมีความเป็นมาอันยาวนาน ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้มีวิวัฒนาการมาจากกฎหมายจารีตประเพณีเดิมของลาวโบราณ และ กฎหมายลาวโบราณก็เป็นกฎหมายที่วิวัฒนาการมาจากคำสอนทางพุทธศาสนาอีกต่อหนึ่ง กฎหมายการผิดประเวณีของสามิภริยา ได้ปรากฏขึ้นครั้งแรกในประเทศลาวในรัชกาลของพระเจ้าฟ้างุ้ม ซึ่งเป็นรัชกาลแรกที่ได้ให้นำเอาพุทธศาสนาเข้ามาเผยแผ่ ณ อาณาจักรล้านช้างอย่างกว้างขวาง และ เป็นรัชกาลแรกที่ได้ให้นำเอาคำสั่งสอนทางพุทธศาสนามาเป็นกฎระเบียบใช้ในการปกครองบ้านเมืองให้อยู่เย็นเป็นสุข ซึ่งในขณะนั้นชาวอาณาจักรล้านช้างยังคงนับถือลัทธิผีสงเทวดา เมื่อเจ้าฟ้างุ้มได้ขึ้นครองราชย์พระองค์ได้ทรงแต่งตั้งคณะทูตไปทูลขอพุทธศาสนาจากพม่าใต้ของประเทศลาว ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากประเทศกัมพูชา และทูลขอพระสงฆ์ที่มีความรอบรู้ในพระไตรปิฎกจากวัดป่าสมันและเมื่อพระเจ้าศรีจุลราชได้ทรงทราบเรื่องจึงได้ส่งพระมหาปาสมัตเถระ และพระมหาเทพลังกา พร้อมพระสงฆ์อีก 20 รูป เดินทางนำพระพุทธรูปปางสมาธิมาเผยแผ่ยังนครเชียงทอง (นครหลวงของลาวล้านช้าง) พร้อมกับได้พระราชทานพระพุทธรูปปญญาโลหะองค์หนึ่ง พระนามว่า “พระบาง” พร้อมด้วยพระไตรปิฎก และหน่อพระศรีมหาโพธิ์มาถวายแก่เจ้าฟ้างุ้มด้วย นับแต่นั้นมาพระพุทธศาสนากายเถรวาทก็ได้ประดิษฐานในประเทศลาว และได้กลายเป็นศาสนาประจำชาติในที่สุด พระเจ้าฟ้างุ้มมีความเลื่อมใสศรัทธาในพระพุทธศาสนาเป็นอย่างมาก ดังนั้นในการปกครองบ้านเมืองพระองค์จึงได้นำเอาหลักในพุทธศาสนาเข้ามาใช้เป็นกฎระเบียบเพื่อปกครองบ้านเมืองโดยเรียกว่า “คำโอวาทของพญาฟ้างุ้ม” คำโอวาทของพระเจ้าฟ้างุ้มประกอบด้วยหัวข้อสำคัญ ซึ่งหนึ่งในหัวข้อนั้นได้แก่ ข้อห้ามการมีชู้ ในยุคก่อน การมีชู้หมายถึงชายเข้าไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับภริยาของบุคคลอื่นถือได้ว่าเป็นการมีชู้ ซึ่งทั้งหญิง และชายชู้จะมีความผิดตามกฎหมายบ้านเมือง แต่ในขณะเดียวกันชายกลับมีสิทธิสมรสกับหญิงได้หลายคน ซึ่งได้กลายเป็นประเพณีที่ยึดถือกันเรื่อยมา

จนถึงสมัยที่ประเทศตกเป็นอาณานิคมของต่างชาติ การมีรัฐได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา ในสมัยดังกล่าวกฎหมายการผิดประเวณีของสามีกิริยาได้จัดทำขึ้นอย่างละเอียดโดยแบ่งออกเป็นหลายมาตรา และ มีการกำหนดโทษที่รุนแรงพอสมควร ซึ่งกฎหมายในยุคนี้ยังคงมีความหมาย และ วัตถุประสงค์เช่นเดียวกับกฎหมายลาวในยุคโบราณ อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายในสมัยโบราณ และ กฎหมายในสมัยลาวตกเป็นอาณานิคมของต่างชาตินั้น เป็นกฎหมายที่เอื้อผลประโยชน์ให้ชาวมกกว่าหญิง ต่อมาประเทศลาวได้เปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตย จึงได้เห็นความสำคัญของสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง ดังนั้น จึงเป็นเหตุผลที่ทำให้กฎหมายการผิดประเวณีของสามีกิริยา หรือ การทำผิดเสกงานมีความหมาย และ วัตถุประสงค์เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ซึ่งคู่สมรสไม่ว่าจะเป็นสามีหรือภริยา หากได้กระทำความผิดประเวณีกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตนถือได้ว่ามีความผิดฐานประเวณีของสามีกิริยา และจะถูกลงโทษอย่างเท่าเทียมกัน⁴⁴

3.1.1 ความผิดประเวณี และการกำหนดโทษในความผิดดังกล่าวของประเทศลาวในสมัยโบราณ

ในรัชสมัยการปกครองของเจ้าฟ้าจ๋ม ค.ศ 1316 ในยุคสมัยนี้เป็นยุคแรกที่ได้มีการริเริ่มพัฒนา และ ปรับปรุงกฎหมายจารีตประเพณีลาวดั้งเดิมด้วยการผสมผสานกับกฎหมายในแถบอื่น ซึ่งก่อนหน้านั้นแทบจะไม่มีใครรู้จักคำว่ากฎหมาย แต่ก็ปรากฏให้เห็นถึงร่องรอยของการปกครองโดยกฎหมายประเพณีอยู่บ้างแล้ว คือ กฎหมายธรรมศาสตร์ขุนบรมที่มีลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งสังคมลาวในยุคนี้ยังเป็นสังคมที่ให้ความเคารพเชื่อถือผี เทวดา แถน และ คำสั่งสอนของบรรพบุรุษที่มีการประพฤติปฏิบัติในวิถีชีวิตของคนลาว ในยุคของพระเจ้าฟ้าจ๋มนี้เองสังคมลาวได้เริ่มใช้กฎหมายในการปกครองบ้านเมืองเพิ่มมากขึ้น แล้วเรียกว่ากฎหมายพญาฟ้าจ๋ม และ เป็นยุคที่กฎหมายในเรื่องความผิดประเวณีของสามีกิริยาได้ปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในสังคมลาว

กฎหมายพญาฟ้าจ๋มบางส่วนได้รับอิทธิพลมาจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของพวกมอญที่ขยายอิทธิพลมาในดินแดนแถบนี้ในก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 6 ซึ่งคัมภีร์ดังกล่าวของพวกมอญเองก็มีพื้นฐานมาจากคัมภีร์พระมนูศาสตร์ของพวกพราหมณ์ในประเทศอินเดียอีกต่อหนึ่ง ซึ่งกฎหมายพญาฟ้าจ๋มมีลักษณะเป็นพระราชโองการมีรายละเอียดดังนี้

“1. ให้ปกปักรักษาบ้านเมือง อย่าให้มีโจรขโมย ให้พิจารณาถี่ถ้วนตามโทษกรรม ถ้าโทษหนักก็ให้ฆ่า สมบัติเกิดมีในแผ่นดินก็เพราะ ประชาชน ประชากร

⁴⁴ กระทรวงแถลงข่าวและวัฒนธรรมลาว, ประวัติศาสตร์ลาวอดีต-ปัจจุบัน, (เวียงจันทน์: แห่งรัฐ, 2554), 118-128.

2. อย่าได้ฆ่ารันฟันแทงกัน ให้รักษาเขตน้ำแดนดิน

3. ทุกๆสองเดือนให้ไปเมืองเชียงคดเชียงทองเพื่อบูชาฟ้าแล่น ทุกเดือนเจียงให้ขึ้นไปเมืองเชียงทองให้ถึงเมืองเชียงทองในเดือนสาม เพื่อแสดงความจงรักภักดีต่อพระองค์เจ้า ซึ่งเจ้าฟ้าหลวงโง่มได้สั่งเอาไว้

4. อย่าให้มีข้าทาส ซึ่งหมายความว่าให้เลิกลัทธิข้าทาส ถ้ามีผู้ผู้เมียท่านให้ปรับห้าบาท ถ้ามีการฆ่ากันตายให้เอาตัวตายแทนโดยการลงโทษประหารชีวิต

5. เจ้าขุนอย่าปรับไพร่ฟ้าประชากรเกินร้อยบาท”

ต่อมาในปี ค.ศ. 1373 เป็นสมัยการปกครองของพญาสามแสนไทโตพะวงนาถาธิปัตติสสะตะนาคะนะหุด ซึ่งเป็นราชโอรสของพระเจ้าฟ้ารุ่งม ในรัชกาลนี้ได้มีการปกครองที่เป็นระเบียบแบบแผนมากขึ้น พระองค์ได้นำเอาพระราชโอวาทของกษัตริย์องค์ก่อนคือพญาฟ้ารุ่งมาเป็นหลักในการปกครองบ้านเมือง และ ปรับปรุงกฎหมายโดยการสร้างกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้น ในยุคนี้จะเห็นได้ว่าการนำเอากฎหมายเกี่ยวกับการผิดประเวณีของสามีกิริยามาบัญญัติไว้ในมาตรา 1 ว่า“ เจ้าทั้งหลาย อย่าเอาไฟลงมาเป็นข้อ ใผ่ผิดกันเป็นอันหนัก เป็นต้นว่า มีผู้ผู้เมียท่านให้ไหมเอาแต่ 5 บาท เขาหากฆ่ากันตายเอาตัวมันแทนผู้หนึ่งอันตายนั้น”⁴⁵ หมายถึง ไม่ให้ผู้ปกครองใช้อำนาจรังแกประชาชนอย่างทาส ส่วนผู้ที่ได้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษอย่างหนัก เช่น การเป็นชู้กับภริยาของผู้อื่นจะถูกปรับ 5 บาท หากผู้ใดฆ่าผู้อื่นตาย ต้องถูกลงโทษประหารชีวิต จะเห็นได้ว่าการบัญญัติให้ กาเมสุมิฉาจาร หรือ ความผิดประเวณีที่เป็นข้อห้ามทางพุทธศาสนาเข้ามาเป็นข้อกำหนดในกฎหมายนั้น แสดงให้เห็นถึงการเข้ามามีอิทธิพลทางพุทธศาสนาในยุคนั้นได้อย่างชัดเจน ดังนั้นในรัชกาลต่อมาจึงได้มีการเอาคำสั่งสอนในทางพุทธศาสนาเข้ามาแทรกซึมในกฎหมายมากขึ้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวกฎหมายโบราณลาวจึงมีลักษณะผสมผสานระหว่างจารีตประเพณี คัมภีร์พระมนุศาสตร์ของอินเดีย และ หลักคำสอนของพุทธศาสนา⁴⁶

การผิดประเวณีของสามีกิริยาได้ถูกบัญญัติให้เป็นข้อกฎหมายบ้านเมืองที่เป็นลายลักษณ์อักษรนับตั้งแต่รัชกาลของพญาสามแสนไทเป็นต้นมา และต่อมาในสมัยรัชกาลของสมเด็จพระเจ้าสุริยวงศาธรรมิกราช ค.ศ 1638 นั้นเป็นรัชสมัยแห่งความเจริญรุ่งเรืองที่สุดในประวัติศาสตร์ลาว ในยุคนี้เองกฎหมายอาญาในความผิดประเวณีได้ถูกกำหนดให้บังคับใช้กับผู้ละเมิดกฎหมายอย่างจริงจัง ซึ่งไม่ว่าผู้ละเมิดนั้นจะเป็นราษฎร หรือ ผู้ปกครองก็ตาม การสร้างกฎหมายในคริสต์ศตวรรษ

⁴⁵ กระทรวงแถลงข่าวและวัฒนธรรมลาว, ประวัติศาสตร์ลาวอดีต-ปัจจุบัน, (เวียงจันทน์: แห่งรัฐ, 2554), 135.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, 134-135.

ที่ 17 รัชกาลของเจ้าสุริยวงศาธรรมิกราช เป็นช่วงระยะเวลาที่กฎหมายได้รับการพัฒนาสูงสุดใน ยุคศักดินาลาว ทุกคนต้องอยู่ภายใต้การปกครองโดยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นบรรดาข้าราชการ ทหาร ตำรวจ และ ประชาชนทั่วไปต่างก็ต้องเคารพข้อกำหนดของกฎหมาย กระทั่งพระมหากษัตริย์เอง ก็ ต้องเคารพและปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดที่สุดเช่นเดียวกัน กฎหมายที่ตราขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 1660 นั้น แบ่งออกเป็น 2 รูปแบบคือ กฎหมายที่เขียนขึ้นเป็นรูปแบบกาศลักษณ์ และ อีกรูปแบบหนึ่งคือ รูปแบบคัมภีร์กฎหมาย ที่มีชื่อว่าคัมภีร์ธรรมศาสตร์ลาว หรือ คัมภีร์พระธรรมศาสตร์หลวง หลัก พื้นฐานที่สำคัญในการร่างกฎหมายคือหลักของศีลธรรมทาง

พุทธศาสนา เช่น ทศพิธราชธรรม 10 ประการ ศีล 5 ประการ อคติ 4 พรหมวิหาร 4 และอื่นๆ กฎหมายธรรมศาสตร์ลาวได้แบ่งออกเป็น 5 ข้อ (ตามหลักเบญจศีล) หลักศีลธรรม 5 ข้อของพุทธ ศาสนาคือ

1. ปาณาติบาต คือ การทำลายชีวิตมนุษย์ และ สัตว์อื่นๆ การฆ่าสัตว์ตัดชีวิต
2. อทินนาทาน คือ การถือเอาสิ่งของที่เจ้าของไม่ได้ให้แก่งตน หรือ การลักทรัพย์
3. กามสุมิฉฉาจาร คือ การประพฤติดิในประเวณี
4. มุสาวาท คือ การพูดเท็จ การพูดปด คำเท็จ
5. สุราเมระยะ คือ การดื่มเหล้า สิ่งเสพติดต่างๆ

ถึงแม้ว่าในประวัติศาสตร์ลาวไม่ได้จารึกเรื่องราวของตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับการผิด ประเวณีของสามภริยาไว้ในรัชสมัยของพระเจ้าสุริยวงศาธรรมิกราชก็ตาม แต่ในสมัยของ พระองค์ ก็มีร่องรอยของการใช้กฎหมายว่าด้วยกามสุมิฉฉาจาร หรือ การผิดประเวณีของสามภริยา เช่นเดียวกัน ซึ่งจากกรณีที่ถูกจารึกไว้ในประวัติศาสตร์ลาวได้แก่กรณีที่พระราชโอรสของพระองค์ ได้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงที่เป็นภริยาของขุนนางผู้หนึ่ง จากเหตุการณ์ดังกล่าว พระองค์ก็ ได้ตัดสินลงโทษ ประหารชีวิตราชโอรส⁴⁷ ตามกฎหมายอาญาบ้านเมือง โดยมิได้เลือกกว่าผู้กระทำความผิดนั้นเป็นบุคคลธรรมดา หรือ เป็นพระราชโอรสของพระองค์เอง ถึงแม้สมเด็จพระเจ้าสุริยวงศาธรรมิกราชจะมีพระราชทายาทเพียงพระองค์เดียวก็ตาม ด้วยเหตุนี้ต่อมาพระองค์จึงอยู่ใน สภาพที่ไร้รัชทายาท และ พระองค์ได้สวรรคตโดยไร้รัชทายาท หนังสือความเป็นมาของชนชาติ ลาวของ มะหานุนมี เทบสีเมือง ซึ่งได้เขียนในเรื่องนี้ว่า “ต่อกับเหตุการณ์ที่พระเจ้าสุริยวงศาธรรมิกราช ได้ลงโทษประหารชีวิตราชโอรสของพระองค์เองนั้นเป็นการตัดสินโดยถือตามหลัก ธรรมศาสตร์เพียงประการเดียว ขาดการผสมผสานทางด้านรัฐศาสตร์ ซึ่งเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิด

⁴⁷ กระทรวงแถลงข่าวและวัฒนธรรมลาว, ประวัติศาสตร์ลาวอดีต-ปัจจุบัน, (เวียงจันทน์: แห่งรัฐ, 2554), 239.

ความปั่นป่วนวุ่นวายขึ้นอย่างใหญ่หลวงในบ้านเมืองจนกระทั่งประเทศชาติได้แตกออกเป็น 3 อาณาจักรย่อยในที่สุด⁴⁸

ความผิดฐานทำผิดสะจาน หรือ การผิดประเวณีของสามีภริยาตามกฎหมายโบราณลาวมีความหมายว่าการมีชู้ หรือ การมีความสัมพันธ์ทางเพศอย่างผิดจารีตประเพณี เช่น ชายไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับภริยาของบุคคลอื่น ชายมีความผิดฐานมีชู้ หรือ หญิงที่สมรสแล้วไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่น หญิงมีความผิดฐานมีชู้ แต่สำหรับกรณีที่ชายสมรสแล้วไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงอื่นไม่ถือว่าเป็นการมีชู้ ชายลาวในยุคโบราณมีสิทธิสมรสได้หลายครั้งในเวลาที่ตนยังมีภริยา แต่หากชายนั้นต้องการสมรสกับหญิงที่ตนนำมาเป็นภริยาอย่างถูกต้องตามประเพณี ซึ่งภริยาคนแรกจะมีศักดิ์สูงกว่าภริยาคนอื่นๆ เมื่อเวลาสามีเสียชีวิตภริยาคนแรกจะได้รับมรดกมากกว่าภริยาคนอื่นๆ กล่าวได้ว่าความผิดประเวณีของสามีภริยาตามกฎหมายลาวในยุคโบราณมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษเฉพาะกรณีที่หญิงได้กระทำการมีชู้เท่านั้น

สำหรับพัฒนาการของกฎหมายโบราณลาวนับตั้งแต่อดีตจนถึงในยุคก่อนการล่าอาณานิคมของฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา⁴⁹ ได้มีการค้นพบว่ากฎหมายโบราณลาวมีทั้งหมด 9 คัมภีร์⁴⁹ ได้แก่

1. คัมภีร์มูละด้นไต (มูลตันไต)
2. คัมภีร์ ส้อยสายคำ (สร้อยสายคำ)
3. คัมภีร์ทำมะสาดหลวง (พระธรรมศาสตร์หลวง)
4. คัมภีร์สุวันนะมุกขา (สุวรรณมุกขา)
5. คัมภีร์ราชะสาด (ราชศาสตร์)
6. คัมภีร์โพสาราด และสังกะปะกอง และ (โพสะราช และ สังคหปกรณ์)
7. คัมภีร์อานาจัก และ ทำมะจักแห่งทำมะสาด (อาณาจักร และ ธรรมจักรแห่งธรรมศาสตร์)

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะยกให้เห็นถึงบางตัวอย่างของความผิดประเวณีของสามีภริยาและการลงโทษในความผิดดังกล่าว ที่ได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายลาวยุคโบราณซึ่งอาจทำให้เห็นถึงความเหมือน และความแตกต่างระหว่างความผิดประเวณีของสามีภริยาในอดีต และปัจจุบัน แต่ทั้งนี้เนื่องจากวิทยานิพนธ์เล่มนี้ไม่ได้มุ่งศึกษาเจาะลึกเกี่ยวกับ กฎหมายลาวโบราณ ดังนั้นผู้เขียนจึงจะยกเฉพาะบางคัมภีร์มาเป็นตัวอย่างเท่านั้น เช่น คัมภีร์อานาจัก และ ทำมะจักแห่งธรรมศาสตร์

⁴⁸ มะหานุนมี เทบสีเมือง, *ความเป็นมาของชนชาติลาว*, เล่ม 2, (เวียงจันทน์: สีสะหวาด, 2552), 202.

⁴⁹ สุขพาพร พาณิชย์, “แม่หญิง” เหตุหย่า และกระบวนการพิจารณาใกล้เกลี่ยกรณีหย่าร้างของสาธารณรัฐ ประชาธิปไตย ประชาชนลาว: กรณีศึกษาในหกแขวง, วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาสตรีศึกษา, (เชียงใหม่: มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2548), 42.

คัมภีร์อานาจัก และ ทำมะจักแห่งธรรมศาสตร์ได้มีการบัญญัติความผิดประเวณีไว้ว่า

“บัดนี้จัดจาห้องมิดสาจานให้แจ้งก่อนแล ผิดว่าราชกะณ ท้าวพะยา มิดสาจานกับเมยท่าน ใส่ขันคำคอ 1200 แต่จับมือถือนม ใส่ขันใหม่ 700 แต่ก้าวเล่าโลมหนังเสี้ยนหนังสือ ใส่ขันแปง 400 แล ขุนนางสู่เมียไพร่ โทษผู้ชายถูกประราชิก 7 ชาย 34 คำลึง หญิงถูกประราชิกตัวตันมี 20 คำลึงแล ไพร่สู่เมียขุนนาง ชายถูกประราชิก 5 โทษ 12 คำลึง 2 บาทแล หญิงถูกประราชิกตันโทษ 2 คำลึงแล ไพร่สู่นางสนมกรมวัง ชายถูกประราชิก 9 โทษ 40 คำลึงแล หญิงถูกประราชิก 4 ตี ผู้ชาย 50 ตี แม่หญิง 25 เอาเข้าคุกคน 3 เดือน ออกเป็นข้อย หย้าข้างหย้าม้า คน 3 ปี จึงหมดโทษแล ไพร่สู่เมียกันผิวไป ทำการลักหลืนสู่ทางหลังใส่โทษ 12 คำลึง 2 บาทแล ผิวไปทุระค้าขาย ลักหลืนสู่ทางหลัง ให้เอา โทษ 8 คำลึงแล กันว่าผิวอยู่บ้านหลืนสู่ให้เอาโทษ 6 คำลึงแล ผิดว่าผิวสู่สังคะราชสู่เมียเสนาอาามาต โทษผู้ชายถูกประราชิก 9 แล โทษ 40 คำลึงแล หญิงถูกประราชิก 4 โทษ 20 คำลึงแล หัวชาพระพี่น้อง สู่เมียขุนนาง พ่อชายเป็นประราชิก 2 คำลึงหญิงเป็นประราชิกตันแล”

“ผู้ใดไปนอนดอมเมียท่าน ๆ ได้กับบ่อนและเข้าตายบ่อเป็นโทษแต่บาทแล ลูกเขยสู่แม่เมีย บ่อมีผิว ให้เอาโทษพ่อชาย 2 บาท หญิง 3 บาท ให้เถ้าแก่กินบาทหนึ่ง ให้เจ้าโคตบาทหนึ่ง คารวะ หลักคำ 3 บาทหมดโทษแล ลูกเขยสู่แม่เมียมีผิวให้เอาโทษผู้ชาย 3 บาท แม่หญิงคำลึงหนึ่ง ให้เถ้าแก่ กินบาทหนึ่ง ให้ผิว 2 บาท คารวะหลักคำ 2 บาท ให้สมมาเจ้าโคตบ่้องผิว 2 บาทหมดโทษแล พี่เขยสู่ น้องเมียบ่อมีผิว ให้เถ้าแก่เอาโทษ 6 บาท ให้เถ้าแก่กิน 2 บาท ให้สมมาแม่ 2 บาท ให้สมมาพ่อ 2 บาท เจ้าโคตเพียงพันหนึ่งหมดโทษแล พี่เขยสู่น้องเมียมีผิว โทษประราชิก 4 แล หญิงถูกประราชิกสะห จัด น้องเขยสู่พี่เมียบ่อมีผิว ให้เถ้าแก่เอาโทษคนละร้อยหนึ่ง ให้เถ้าแก่กินบาทหนึ่ง สมมาพ่อบาท หนึ่ง แม่บาทหนึ่ง หมดโทษแลหมดโทษแล น้องเขยสู่พี่เมียมีผิว โทษชายถูกประราชิก 4 หญิงประรา ชิกตันแลพ่อสู่ลูกสาวบ่อมีผิว โทษชายเป็นขันสังคา หญิงถูกทุกกฎ ให้เถ้าแก่กิน 5 บาท คารวะหลัก คำ 2 บาท ให้แม่ 3 บาท เจ้าโคต 2 บาท พ่อสู่ลูกสาวมีผิว ชายถูกประราชิก 2 แม่หญิงถูกประราชิกตัน แล พี่ชายสู่น้องสาวบ่อมีผิว ชายเป็นปาจิตติ โทษหญิงถูกขันถุนละใจ ให้เถ้าแก่กินบาทหนึ่ง เจ้าโคต บาทหนึ่ง คารวะหลักคำคำลึงหนึ่ง กับเพียงพันหนึ่งหมดโทษแล พี่ชายสู่น้องสาวมีผิว ถูกประราชิก 4 หญิงถูกประราชิกตันแล

ดังบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายลาวยุคโบราณที่เกี่ยวกับความผิดประเวณีของ สามภริยามีความละเอียดและชัดเจนพอสมควร ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายก็คือการห้ามมิให้หญิง ที่สมรสแล้วกระทำความผิดประเวณีกับชายอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน หรือ ห้ามมิให้ชายกระทำความ ผิดประเวณีกับหญิงที่เป็นคู่สมรสของบุคคลอื่น และ รวมไปถึงพฤติกรรมใด ๆ ที่แสดงออกถึง กามารมณ์ระหว่างหญิงที่สมรสแล้วกับชายอื่นจะถือได้ว่าเป็นความผิดเช่นเดียวกัน

3.1.1.1 กระบวนการพิจารณาตีอาญาของประเทศลาวดั้งเดิม⁵⁰

คริสต์ศตวรรษที่ 17 สิ้นสุดยุคของพระเจ้าฟ้างุ้ม เจ้าสุริยวงศาธรรมิกราชขึ้นครองราชย์ ได้มีการปฏิรูประบบการปกครองใหม่ ในการสร้างกฎหมายในระบอบนี้ ได้มีการสร้างและปรับปรุงกฎหมายมากที่สุดของศักดินาลาว ไม่เพียงแต่ประชาชนเท่านั้นที่ต้องเคารพนับถือหลักกฎหมายแต่ทุกคนในประเทศไม่ว่าจะเป็นตำรวจ ทหาร ข้าราชการ หรือ แม้แต่กษัตริย์เองก็ต้องยึดถือปฏิบัติกฎหมายอย่างเคร่งครัดที่สุด กฎหมายที่ตราขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 1660 มีสองรูปแบบ กล่าวคือ รูปแบบกฎหมายกาทย์กลอน และรูปแบบกฎหมายพระกัมภีร์ ผู้ที่มีหน้าที่รับผิดชอบสร้างกฎหมายปกครองบ้านเมืองได้แก่เสนาบดีฝ่ายกลาง ซึ่งเป็นตัวแทนของกษัตริย์ในการจัดทำกฎหมาย และการยุติธรรมทั้งหมด มีสิทธิตัดสินลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีหน้าที่รายงานการแก้ไขคดีความ และ กราบทูลเพื่อขอคำแนะนำจากพระมหากษัตริย์ในการตัดสินชี้ขาดปัญหาสำคัญในบางคดี ผู้ที่มีตำแหน่งสูงสุดของเสนาบดีฝ่ายกลางได้แก่ หัวหน้าคณะเสนาบดีฝ่ายกลาง หลักพื้นฐานในการร่าง และสร้างกฎหมายลาวในยุคนี้ยังคงยึดหลักศีลธรรมทางพุทธศาสนาเป็นที่ตั้งในการสร้างกฎหมาย

จะสังเกตได้ว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาในยุคนี้เริ่มมีกระบวนการสืบสวนคดี การไต่สวนคดี และการตัดสินลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็นระบบมากยิ่งขึ้น ผู้ที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินคดี และการไต่สวนคดีนั้นได้แก่ เจ้าศาลกล่าวคือ บุคคลที่จะได้รับตำแหน่งเจ้าศาลต้องมีคุณสมบัติทางศีลธรรม สัจธรรมซึ่งเป็นที่เคารพและศรัทธาจากประชาชนทั่วไป เพื่อตัดสินชี้ขาดความถูกต้อง และสร้างความยุติธรรมให้แก่ประชาชน

โทษแบ่งออกเป็นสี่ระดับดังนี้

1. โทษหนัก เรียกว่า *ขันคำค่อ*
2. โทษระดับกลางเรียกว่า *ไหม*
3. โทษเบาเรียกว่า *ขันแปง*
4. โทษระดับน้อยเรียกว่า *ขันสมมา*⁵¹

ศาลยุติธรรมในสมัยการปกครองของสมเด็จพระเจ้าสุริยวงศาธรรมิกราชประกอบด้วยสองศาลคือ ศาลยุติธรรมวังหลวง และศาลยุติธรรมที่รับใช้ประชาชนทั่วไป ทั้งสองศาลมีหน้าที่

⁵⁰ คำพัน บุญพาคม, กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเปรียบเทียบไทย-ลาวศึกษาขั้นตอนการพิจารณาของศาลชั้นต้น, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), 4-6.

⁵¹ กระทรวงแถลงข่าวและวัฒนธรรมแห่ง ส.ป.ป.ลาว , ประวัติศาสตร์ลาวอดีต-ปัจจุบัน, (เวียงจันทน์: แห่งรัฐ, 2543), 249-250.

และวัตถุประสงค์ในงานยุติธรรมที่แตกต่างกัน ศาลยุติธรรมที่รับใช้ประชาชนทั่วไปประกอบด้วย ศาลประชาชนสูงสุด และศาลประชาชนท้องถิ่น ศาลประชาชนสูงสุดเป็นศาลส่วนกลางที่ทำหน้าที่ในการรับคำขออุทธรณ์จากศาลประชาชนท้องถิ่น นอกจากนี้ ศาลประชาชนสูงสุดยังมีสิทธิในการสั่งจับกุมผู้กระทำความผิด หรือ สั่งปล่อยตัวผู้กระทำความผิด ในบางกรณีหากศาลสูงสุดไม่สามารถตัดสินใจได้ ศาลก็จะนำเรื่องขึ้นกราบทูล เจ้ามหาอุปราช หรือ พระมหากษัตริย์ เพื่อให้พิจารณาตัดสินชี้ขาด กษัตริย์มีอำนาจสูงสุดในการสั่งปล่อยตัว หรือ ประหารชีวิตนักโทษ ศาลประชาชนท้องถิ่นได้แก่ศาลเมือง หัวหน้าศาลประชาชนท้องถิ่น เรียกว่า จ่าเมืองมีหนึ่งท่าน ผู้พิพากษาและตุลาการที่ทำการได้ส่วน เรียกว่า ขุนวินิจชัย และล่ามเมือง

3.1.2 ความผิดประเวณีของสามีภริยาและการกำหนดโทษในความผิดดังกล่าวของลาวสมัยได้รับอิทธิพลจากประเทศฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา

3.1.2.1 ได้รับอิทธิพลจากประเทศฝรั่งเศส

ประเทศลาวได้ตกเป็นอาณานิคมของฝรั่งเศส ตั้งแต่ ค.ศ. 1893 – ค.ศ. 1955 เป็นเวลานานถึง 62 ปี ในระยะนี้ความผิดประเวณีของสามีภริยาได้บัญญัติไว้ในหมวดที่ 2 ว่าด้วยการกระทำประเวณี สัมพันธ์กับญาติใกล้ชิด ซึ่งไม่ใช่สามีภริยากัน และ กระทำชำเราผิดธรรมชาติ ตั้งแต่มาตรา 167 – 175 แห่งประมวลกฎหมายลักษณะอาญาลาว ค.ศ.1956 ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

มาตรา 167 การพิจารณาคดีความเกี่ยวกับความผิดประเวณีของสามีภริยาจะต้องมีคำกล่าวฟ้องของสามีภริยาถึงจะกระทำได้

สามีมีสิทธิถอนฟ้องภริยาได้ก่อนศาลตัดสินคดี แต่การถอนฟ้องดังกล่าว ไม่เป็นผลทำให้ชายชู้พ้นจากความรับผิดชอบทางอาญาได้

ภริยามีสิทธิถอนฟ้องสามีได้เช่นเดียวกัน

มาตรา 168 หากบุคคลใดมีความสัมพันธ์ทางเพศกับมะเหสี หรือ นางสนมของบรรดาเจ้าซึ่งมีนามบัญญัติไว้ในมาตรา 92⁵² ของกฎหมายฉบับนี้ บุคคลนั้นจะถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 5 ปี และ ถูกปรับตามมาตรานั้นด้วย

หญิงจะถูกลงโทษในฐานะเดียวกับชายชู้

มาตรา 169 หากภริยาขององคมนตรีที่มีนามบัญญัติไว้ในมาตรา 93⁵³ ได้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่น หญิงและชายชู้จะถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 2 ปี

⁵² กฎหมายลักษณะอาญาลาว พ.ศ. 2499, รวมกฎหมายราชอาณาจักรลาว, เล่ม 3, มาตรา 92, (28 ธันวาคม 2499), 30.

หากสามีของหญิงที่มีผู้ เป็นข้าราชการที่มีนามบัญญัติไว้ในมาตรา 94⁵⁴ หญิง และ ชาย ชู้ดังกล่าวจะถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนถึง 1 ปี

หญิง และ ชายชู้จะถูกปรับ และ จ่ายค่าเสียหายทดแทนให้แก่สามีตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 162⁵⁵ ตามยศถาบรรดาศักดิ์ของผู้เป็นสามี ซึ่งได้รับความอับอายทางสังคม

หญิงที่มีผู้หากเป็นภริยาของราษฎร หญิง และ ชายชู้จะถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่ 8 วัน ถึง 3 เดือน และ จ่ายค่าเสียหายทดแทนจำนวน 200 ถึง 800 \$ ให้สามี ซึ่งได้รับความอับอายทางสังคม

มาตรา 170 ชายสมรสแล้ว หากได้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงอื่นในสถานที่ซึ่งตน ใช้เป็นที่อยู่อาศัยกับภริยาของตน จะถูกปรับตั้งแต่ 400 ถึง 2,000 \$

สำหรับหญิงชู้จะถูกลงโทษจำคุก และ ปรับซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 168 และ มาตรา 169 ของกฎหมายฉบับนี้

มาตรา 171 หากชายพบเห็นภริยาของตนมีความสัมพันธ์ทางเพศ แล้วนำภริยา และ ชายชู้ตาย จะต้องถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 5 ปี

หากชายพบเห็นภริยาของตนมีความสัมพันธ์ทางเพศ โดยไม่แจ้งความต่อเจ้าหน้าที่ ดำรวจ แล้วกระทำการกักขังหน่วงเหนี่ยวภริยา และ ชายชู้ดังกล่าว ทบตีทรมานจนเสียชีวิต สามีจะ ได้รับโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปี ไปถึง 10 ปี

หญิงก็จะถูกลงโทษในสถานเดียวกัน หากได้กระทำความผิดตามวรรค 1 และ 2 ของ มาตรานี้

มาตรา 172 หญิงใดถูกศาลตัดสินลงโทษในความผิดประเวณีของสามีภริยาจำนวนสาม ครั้งกับชายสามคน ในกรณีนี้ผู้เป็นสามีไม่มีสิทธิฟ้องภริยาของตนในความผิดดังกล่าวอีกต่อไป หากสามีทำการฟ้องครั้งต่อไป ถือว่าสามีได้กระทำการส่งเสริมให้ภริยาของตนผิดประเวณี ซึ่งจะถูก ลงโทษจำคุกตั้งแต่ 8 วัน ไปถึง 3 เดือน ปรับตั้งแต่ 200 ถึง 800 \$

มาตรา 173 บุคคลใดได้เป็นแม่สื่อเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่หญิงที่สมรสแล้วได้ กระทำความผิดประเวณีของสามีภริยา จะถูกลงโทษในฐานผิดประเวณีของสามีภริยาเช่นเดียวกัน

⁵³ กฎหมายลักษณะอาญาลาว พ.ศ. 2499, รวมกฎหมายราชอาณาจักรลาว, เล่ม 3, มาตรา 93, (28 ธันวาคม 2499), 30.

⁵⁴ กฎหมายลักษณะอาญาลาว พ.ศ. 2499, รวมกฎหมายราชอาณาจักรลาว, เล่ม 3, มาตรา 94, (28 ธันวาคม 2499), 30.

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 162, 39.

มาตรา 174 หากหญิงได้ทำการสมรสใหม่ ก่อนกำหนดซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9⁵⁶ แห่งกฎหมายลักษณะความแพ่งหญิงคนนั้นก็จะถูกลงโทษในฐานะผิดประเวณีของสามีภริยา

ชายใดหากได้กระทำการสมรสกับหญิงซึ่งตนรู้ว่าหญิงคนดังกล่าวนั้นยังเป็นภริยาของบุคคลอื่น ชายจะถูกลงโทษในฐานะผิดประเวณีของสามีภริยาเช่นเดียวกัน

มาตรา 175 หากภริยามีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่นในขณะที่สามีไปบวช โดยที่ภริยา และ บิดามารดาของภริยายินยอมให้บวช บิดามารดาของภริยาจะมีโทษจำคุกตั้งแต่ 15 วัน ถึง 6 เดือน หญิงผู้กระทำความผิดจะรับโทษฐานผิดประเวณีของสามีภริยาเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่า

เมื่อพิจารณาข้อกฎหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่าการบัญญัติความผิดประเวณีของสามีภริยา ในระยะที่ประเทศตกเป็นอาณานิคมของฝรั่งเศสนี้ กฎหมายมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษฝ่ายภริยา ที่มีชู้ มากกว่าฝ่ายสามีที่มีชู้ นอกจากนี้กฎหมายยังได้บัญญัติโทษที่แตกต่างกัน กล่าวคือ หญิงจะได้รับโทษหนักหรือเบาขึ้นอยู่กับฐานะทางสังคมของผู้เป็นสามีของหญิงดังกล่าว บทลงโทษของหญิงที่มีสามีชนชั้นสูงจะมีความรุนแรงมากกว่าหญิงที่มีสามีสามัญชนทั่วไป การลงโทษในลักษณะเช่นนี้ เนื่องจากว่าสังคมได้ให้ความสำคัญเพศชาย และให้การปกป้องคุ้มครองผู้เป็นสามีมากกว่าภริยา ซึ่งจะเห็นได้ว่าในกรณีที่ชายสมรสแล้วไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงอื่น (หญิงที่ไม่ได้ทำการสมรส) ชายจะไม่มี ความผิดฐานประเวณีของสามีภริยา เว้นเสียแต่ชายนั้นได้ร่วมประเวณีกับหญิงอื่นในสถานที่ซึ่งตนใช้เป็นที่พักอาศัยกับภริยาของตน ชายจะมีความผิดฐานประเวณีของสามีภริยา แต่กฎหมายบัญญัติเพียงโทษปรับเท่านั้น สำหรับหญิงซึ่งจะถูกลงโทษจำคุก และ ปรับตามกฎหมายเหมือนกรณีทั่วไป เห็นได้ชัดเจนว่าหญิงในยุคนี้ยังคงได้รับสิทธิทางด้านสังคมรวมไปถึงทางด้านกฎหมายน้อยกว่าชายที่อยู่ในสังคมเดียวกัน

3.1.2.2 ได้รับอิทธิพลจากประเทศสหรัฐอเมริกา

ในช่วงที่ประเทศลาวตกเป็นอาณานิคมของสหรัฐอเมริกาตั้งแต่ ค.ศ. 1955- 1975 เป็นเวลา 20 ปี ในระยะนี้ความผิดฐานประเวณีของสามีภริยาได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1973 หมวดที่ 2 ว่าด้วยการผิดประเวณีของคู่สมรส การร่วมประเวณีระหว่างญาติใกล้ชิด การร่วมประเวณีผิดธรรมชาติ มาตรา 167 – 175 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 167 การพิจารณาคดีความเกี่ยวกับความผิดประเวณีของสามีภริยาจะต้องมีคำกล่าวฟ้องของสามีภริยาถึงจะกระทำได้

⁵⁶ พระราชบัญญัติครองตัวเมียขาดจากกัน พ.ศ. 2516, กฎหมายลักษณะความแพ่งลาว, เล่ม 3, มาตรา 9, (30 ตุลาคม 2516), 12.

สามีมีสิทธิถอนฟ้องภริยาได้ก่อนศาลตัดสินคดี แต่การถอนฟ้องดังกล่าว ไม่เป็นผลทำให้ชายชู้พ้นจากความรับผิดทางอาญาได้

ภริยามีสิทธิถอนฟ้องสามีเช่นเดียวกัน

มาตรา 168 บุคคลใดมีความสัมพันธ์ทางเพศกับมะเหสี หรือ นางสนมของบรรดาเจ้าซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 92 ของกฎหมายนี้ บุคคลนั้นจะถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 5 ปี และ ถูกปรับตามมาตรานั้นด้วย

หญิงที่มีชู้จะถูกลงโทษในสถานเดียวกับชายชู้

มาตรา 169 หญิงสมรสแล้วหากมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่น จะถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือน ถึง 2 ปี และ ปรับตั้งแต่ 3,000 ถึง 10,000 กีบ

มาตรา 170 ชายสมรสแล้วหากมีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงอื่นในสถานที่ซึ่งตนใช้เป็นที่พักอาศัยกับภริยา จะมีโทษปรับตั้งแต่ 5,000 ถึง 50,000 กีบ

สำหรับหญิงชู้จะถูกลงโทษจำคุก และ ปรับเหมือนกรณีทั่วไป

มาตรา 171 หากชายได้พบเห็นภริยาของตนร่วมประเวณีกับชายอื่นแล้วฆ่าภริยา และ ชายชู้ตาย ชายจะถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 5 ปี

หากชายได้พบเห็นภริยาของตนร่วมประเวณีกับชายอื่นแล้วได้ทำการกักขัง หน่วงเหนี่ยว ภริยา และ ชายชู้ โดยการทุบตีทรมานจนเสียชีวิต โทษจะเพิ่มขึ้นเป็นโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปี ไปถึง 10 ปี

หญิงก็จะถูกลงโทษในสถานเดียวกัน หากได้กระทำความผิดตามวรรค 1 และ 2 ของมาตรานี้

มาตรา 172 ถ้าหากหญิงถูกศาลตัดสินลงโทษในความผิดประเวณีของสามีภริยาจำนวนสามครั้งกับชายสามคน ในกรณีดังกล่าวสามีไม่มีสิทธิฟ้องหญิงดังกล่าวในความผิดประเวณีอีกต่อไป

หากสามีทำการฟ้องภริยาครั้งต่อไป ถือว่าสามีได้กระทำการส่งเสริมให้ภริยาของตนทำผิดประเวณี ซึ่งจะถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่ หกเดือนถึง 5 ปี และ ปรับตั้งแต่ 50,000 ถึง 500,000 กีบ

มาตรา 173 บุคคลผู้ใดซึ่งทำหน้าที่เป็นแม่สื่อเพื่ออำนวยความสะดวกให้หญิงที่สมรสกระทำความผิดประเวณีของสามีภริยา จะถูกลงโทษซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 166/4⁵⁷

มาตรา 174 หากภริยามีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่นในขณะที่สามีไปบวช โดยที่ภริยายินยอมให้สามีบวช ภริยาที่จะถูกลงโทษฐานผิดประเวณีของสามีภริยาเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่า

⁵⁷ กฎหมายลักษณะอาญาลาว พ.ศ. 2499, รวมกฎหมายราชอาณาจักรลาว, เล่ม 3, มาตรา 166/4, (28 ธันวาคม 2499), 42.

มาตรา 175 หากกริยามีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่นในขณะที่สามีไปบวช โดยที่กริยา และ บิดามารดาของกริยายินยอมให้บวช บิดามารดาของกริยาจะมีโทษจำคุกตั้งแต่ 15 วัน ไปถึง 6 เดือน กริยาจะรับโทษฐานผิดประเวณีของสามีกริยาเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่า

ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าการบัญญัติความผิดประเวณีในระยะนี้มีบางมาตราของกฎหมายได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงใหม่จากกฎหมายในช่วงการปกครองของฝรั่งเศส หากแต่วัตถุประสงค์ของกฎหมายยังคงไม่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ซึ่งบทลงโทษยังคงมีรูปแบบการลงโทษที่มีลักษณะเช่นเดียวกับยุคฝรั่งเศส กล่าวคือ เป็นการลงโทษเพื่อปกป้อง ชื่อเสียง ขศถาบรรดาศักดิ์ของผู้เป็นสามีของหญิงที่มีชู้ นอกจากนี้กฎหมายยังได้ยอมรับการที่ชายมีคู่สมรสมากกว่าหนึ่งคนในเวลาเดียวกัน⁵⁸

3.1.3 การพิจารณาความอาญาของประเทศลาวสมัยที่ได้รับอิทธิพลจากประเทศฝรั่งเศสและสหรัฐอเมริกา⁵⁹

ในปี ค.ศ. 1893 หรือ พ.ศ. 2436 ประเทศฝรั่งเศสได้เข้ามาปกครองประเทศแถบอินโดจีน อันได้แก่ ประเทศลาว ประเทศเวียดนาม และ ประเทศกัมพูชา และได้นำเอาระบบกฎหมายซีวิลลอว์ฉบับเขียนเป็นภาษาฝรั่งเศสเข้ามาบังคับใช้ในสามประเทศ เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสไม่เห็นด้วยกับกฎหมายเก่าบางฉบับของประเทศดังกล่าวเหล่านั้น จึงกำหนดบทกฎหมายขึ้นมาปกครองประเทศอินโดจีน เช่นเดียวกับอาณานิคมอื่น ๆ โดยใช้ระบบแบบผสมระหว่างระบบไต่สวน และระบบกล่าวหา รวมถึงกำหนดให้มีองค์กรต่าง ๆ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ต่อมาในปี พ.ศ. 2498 ประเทศอเมริกาได้เข้ามาปกครองลาว ในช่วงที่ประเทศลาวได้ตกเป็นอาณานิคมของฝรั่งเศสและ อเมริกานั้น กระบวนการยุติธรรมทางอาญาลาวประกอบด้วยศาล สาม ประเภทกล่าวคือ

1. ศาลสำหรับใช้ตัดสินความผิดในฐานะกรูโทษ หรือ โทษหนัก
2. ศาลที่ใช้สำหรับตัดสินความผิดในฐานะโทษานุโทษ หรือโทษระดับกลาง
3. ศาลที่ใช้สำหรับตัดสินคดีลหุโทษ หรือ โทษเบา

สำหรับความผิดประเวณีของสามีกริยาในช่วงลาวตกอยู่ใต้การปกครองของฝรั่งเศส และอเมริกานั้นอยู่ในฐานความผิดโทษานุโทษ เป็นความผิดระดับกลาง สำหรับการพิจารณาความในความผิดดังกล่าวนี้จะมีเจ้าหน้าที่ตำรวจศาลยุติธรรมเป็นผู้ที่รับคำฟ้อง หรือ รับแจ้งเหตุ และ

⁵⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยครอบครัวลาว พ.ศ. 2515, ประมวลกฎหมายแพ่งแห่งราชอาณาจักรลาว, เล่ม 3, มาตรา 7, (18 กันยายน 2515), 52.

⁵⁹ กฎหมายพิจารณาความอาญาราชอาณาจักรลาว พ.ศ. 2516, ประมวลกฎหมายราชอาณาจักรลาว, เล่ม 3, (27 ตุลาคม 2516), 77.

นอกจากนี้ยังมีหน้าที่รับผิดชอบในการสืบสวนขั้นต้นตามคำสั่งของอัยการ หรือ โดยตำแหน่ง หลังจากที่ได้ตรวจสอบผู้กระทำความผิดแล้ว ต้องแจ้งความผิดนั้นให้อัยการทราบในทันที แล้วส่งบันทึกการสืบสวนทั้งหมดพร้อมทั้งสำเนา และ สิ่งของที่ยึดมาได้ให้อัยการ ในกรณีที่ตำรวจ ยุติธรรมจะต้องควบคุมตัวผู้กระทำความผิดไว้เกิน 24 ชั่วโมง จะต้องขออนุญาตจากอัยการเสียก่อน แล้วอัยการจะพิจารณาว่าควรที่จะควบคุมตัวต่ออีกหรือไม่ หากพิจารณาว่าควรควบคุมตัวต่อไป อีกอัยการจะออกใบอนุญาตให้เพื่อต่อเวลาในการควบคุมตัวผู้กระทำความผิดออกไปอีก 24 ชั่วโมง ผู้กระทำความผิดสามารถร้องขอให้มีการตรวจร่างกายจากแพทย์ ซึ่งตำรวจศาลยุติธรรมจะพิจารณา คำขออนุญาตนั้นทันทีหากมีแพทย์อยู่ใกล้สถานที่คุมขังไม่เกิน 20 กิโลเมตร หากไม่มี ตำรวจศาลยุติธรรมก็สามารถพิจารณาได้ในเวลาอื่น

สำหรับอัยการมีหน้าที่ในการดำเนินการฟ้องร้องทางอาญาต่อตุลาการสอบสวนหลังจากที่ ตนได้รับคำฟ้อง หรือ การแจ้งเหตุต่างๆ เพื่อพิจารณาสั่งฟ้อง หรือ สั่งไม่ฟ้องคดีขึ้นสู่ศาล ก่อนที่ อัยการจะสั่งฟ้อง อัยการมีสิทธิสอบสวนเกี่ยวกับการกระทำผิดด้วยตัวเอง หรือ สั่งให้เจ้าหน้าที่และ พนักงานตำรวจศาลยุติธรรมที่อยู่ในการกำกับดูแลของตนปฏิบัติการสอบสวนแทนได้ ในการ ปฏิบัติหน้าที่อัยการมีสิทธิขอความช่วยเหลือจากกองกำลังตำรวจแผ่นดินได้โดยตรง นอกจากนี้ อัยการมีสิทธิร่วมนั่งไต่สวนคดีที่ศาล พร้อมกับคณะผู้พิพากษา และ จำศาล ทุกๆคำตัดสินของศาล ผู้พิพากษาต้องอ่านคำตัดสินนั้นต่อหน้าอัยการ ซึ่งอัยการมีสิทธิในการกำกับดูแลในการลงโทษ จำเลย อัยการสูงสุดมีหน้าที่ต้องรายงานการปฏิบัติหน้าที่ของตนให้แก่รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม ทราบ รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมจะสั่งให้อัยการสูงสุดดำเนินการฟ้องที่เห็นว่าเหมาะสมเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อยื่นต่อศาลที่มีอำนาจก็ได้ อัยการสูงสุดมีอำนาจเหนือกว่าขุนศาล หรือ ผู้พิพากษา แห่งกรมอัยการทุกคน อัยการสูงสุดมีสิทธิพิเศษต่อผู้พิพากษาเหล่านั้น เช่นเดียวกับสิทธิพิเศษของ รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม นอกจากนี้เพื่อทำให้การไต่สวนคดีได้รับผลดีอัยการมีสิทธิควบคุมการ ปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ และ พนักงานตำรวจของศาลยุติธรรมอีกด้วย

ศาลโทษานุโทษ หรือ ศาลที่ใช้ตัดสินโทษระดับกลางจะเปิดการไต่สวนคดีได้หลังจากที่ได้ รับคำฟ้องจากอัยการในเขตอำนาจของตน กล่าวคือ สถานที่ที่เกิดเหตุ สถานที่ที่จำเลยอาศัยอยู่ หรือ ถูกจับตัว ศาลโทษานุโทษประกอบด้วยหัวหน้าศาลหนึ่งท่าน และ ตุลาการสองท่าน นั่งบัลลังก์ ซึ่งมีสิทธิออกความเห็นคนละเสียงให้ตัดสินความตามเสียงข้างมาก โดยหัวหน้าศาลชั้นต้นเป็นผู้ กำหนดวันเวลาในการไต่สวนคดีตามความจำเป็น การไต่สวนคดีนั้นจะต้องทำอย่างเปิดเผยต่อหน้า ประชาชน แต่การเปิดเผยดังกล่าวหากกระทบกระเทือนถึงความเป็นระเบียบเรียบร้อย หรือ จารีต ประเพณีอันดีงามแล้ว ผู้พิพากษาจะสั่งให้ไต่สวนลับก็ได้ แต่ผู้พิพากษาต้องอ่านคำตัดสินอย่างเปิดเผยโดยเฉพาะในส่วนเนื้อคดีต้องอ่านต่อหน้าประชาชนเสมอ หัวหน้าศาลจะเป็นผู้ควบคุมการ

ดำเนินการไต่สวน ซึ่งหัวหน้าศาลมีสิทธิห้ามเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือ บุคคลที่ไม่เหมาะสมเข้าฟังการไต่สวนได้ ในทุกๆการไต่สวนคดี หัวหน้าศาลต้องบันทึกสรุปพยานหลักฐานของจำเลย ในกรณีที่จำเลยไม่สามารถใช้ภาษาลาวได้ หัวหน้าศาลจะแต่งตั้งโดยหน้าที่เลือกถามคนลาว หรือ คนต่างชาติที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 21 ปี หากจำเลยต้องการทนายความศาลจะเป็นผู้แต่งตั้งทนายความให้แก่จำเลย การเลือกทนายความให้จำเลยนั้นต้องเลือกเอาทนายที่อยู่ห่างจากที่ทำการศาลไม่เกิน 100 กิโลเมตร ผู้พิพากษาจะเป็นผู้ตัดสินคดีด้วยความมั่นใจว่าตนได้ตัดสินตามความผิมนั้นแล้ว ทุกๆหลักฐานที่ศาลเห็นว่าเชื่อถือได้ต้องเป็นหลักฐานที่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้มาโดยถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น หากพยานหลักฐานใดที่ได้มาไม่ถูกต้องศาลเอามาใช้เป็นหลักฐานไม่ได้ ในคดีใดหากมีพยานรู้เห็นเหตุการณ์ หัวหน้าศาลต้องเรียกพยานทุกคนนั้นเข้ามาเป็นพยานในศาล การเป็นพยานดังกล่าวต้องผ่านการสาบานตน เว้นแต่เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ถ้าพยานที่มาให้การในศาลให้การอันเป็นเท็จ พยานที่ให้การเท็จดังกล่าวจะถูกควบคุมตัวเพื่อรอการสอบสวนจากอัยการเพื่อดำเนินการเอาผิดพยานที่ให้การอันเป็นเท็จนั้นทันที หลังจากผู้พิพากษาไต่สวนคดีอาญาฐานโทษานุโทษเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ผู้เสียหาย หรือ โจทก์ทางแพ่งต้องเสนอต่อศาลเกี่ยวกับคำสินไหมทดแทนที่ตนร้องขอ หลังจากนั้นอัยการต้องแถลงโดยลายลักษณ์อักษร หรือ วาจาว่าจำเลยมีความผิดตามข้อกล่าวหาหรือไม่ และ ในฐานะใด เมื่ออัยการสิ้นสุดการแถลงการณ์แล้วให้จำเลยเป็นผู้แถลงต่อสู้เป็นลำดับสุดท้าย เมื่อศาลเห็นว่าพยานหลักฐานเพียงพอต่อการตัดสินแล้ว หัวหน้าศาลจะเป็นผู้ที่มีอำนาจตัดสิน เมื่อฝ่ายใดไม่พอใจต่อการตัดสินดังกล่าวก็มีสิทธิขออุทธรณ์ได้ภายในกำหนด 10 วันหลังจากที่มีคำตัดสิน เมื่อมีการขออุทธรณ์จากลูกความแล้วศาลจะต่อเวลาเพื่อให้ลูกความอีกฝ่ายทำคำคัดค้านคำขออุทธรณ์ไปอีก 5 วัน

ศาลอุทธรณ์พิจารณาความในชั้นอุทธรณ์ การไต่สวนในศาลอุทธรณ์ประกอบด้วยหัวหน้าศาลหนึ่งคน ที่ปรึกษาสองคน อัยการสูงสุด หรือ รองอัยการสูงสุดหนึ่งคน และ จำศาลหนึ่งคน พยานที่จะมาให้การในชั้นอุทธรณ์ได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลอุทธรณ์เท่านั้น หลังจากที่มีการไต่สวนคดีในชั้นอุทธรณ์ หากเห็นว่าศาลชั้นต้นตัดสินถูกต้องตามกฎหมายแล้วศาลอุทธรณ์ก็จะยืนตามคำตัดสินนั้น แต่หากศาลเห็นว่าคำตัดสินชั้นต้นไม่ถูกต้องตามกฎหมายแล้วศาลอุทธรณ์จะเปลี่ยนแปลง หรือ ลบล้างคำตัดสินดังกล่าวทั้งหมดยกเว้น หรือ ส่วนใดส่วนหนึ่งที่เป็นประโยชน์ หรือ ไม่เป็นประโยชน์แก่จำเลยก็ได้ การเปลี่ยนแปลงคำตัดสิน หรือ การลบล้างคำตัดสินของศาลอุทธรณ์เนื่องจากเหตุที่แตกต่างกัน เช่น กรณีที่คำตัดสินถูกเปลี่ยนแปลงเนื่องจากจำเลยไม่มีความผิดในฐานะใด หรือ เห็นว่าไม่มีหลักฐานเพียงพอที่จะเอาผิดจำเลยได้ ศาลจะพิพากษาให้จำเลยพ้นโทษ ซึ่งจำเลยสามารถขอค่าเสียหายได้จากศาลโดยตรงและกรณีที่คำตัดสินถูกเปลี่ยนแปลงเนื่องจาก

จำเลยได้ชนะคดีในชั้นอุทธรณ์ ในกรณีนี้หากมีการยื่นขออุทธรณ์ทางแพ่งด้วย ศาลอุทธรณ์สามารถพิจารณาได้พร้อมกัน สำหรับกรณีที่คำตัดสินถูกศาลอุทธรณ์กลับมืออยู่ สามประการคือ

กรณีแรก คำตัดสินถูกกลับเนื่องจากพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดหุโทษหรือโทษเบา ศาลอุทธรณ์จะลงคำพิพากษาใหม่พร้อมกับพิจารณาค่าเสียหายของโจทก์ทางแพ่งใหม่

กรณีที่สอง คำตัดสินถูกกลับเนื่องจากพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดในฐานกรุโทษหรือโทษหนัก ศาลอุทธรณ์จะพิพากษาประกาศว่าศาลไม่มีอำนาจเพียงพอในการพิจารณาคดีนี้ให้ส่งสำนวนคดีคืนให้อัยการ เพื่อให้อัยการทำการตั้งฟ้องไปยังศาลที่มีอำนาจ

กรณีสุดท้าย คำตัดสินถูกกลับเนื่องจากกระบวนการตัดสินคดีของศาลชั้นต้นไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด หรือ ผ่าฝืนกฎหมาย ศาลอุทธรณ์มีสิทธิตัดสินใหม่ และมีสิทธิตัดสินในส่วนของเนื้อคดี

ขั้นตอนสุดท้ายของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของลาวคือ ขั้นตอนการขอกลับคดี จะขอกลับคดีได้ก็ต่อเมื่อมีการฝ่าฝืน หรือ ละเมิดกฎหมายในขั้นตอนของการไต่สวนคดีในชั้นอุทธรณ์ กำหนดเวลาในการขอกลับคดีคือ 60 วัน นับตั้งแต่วันอ่านคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ จำเลยจะไม่มีสิทธิขอกลับคดีได้หากมีความผิดลงโทษจำคุก 6 เดือนขึ้นไป ซึ่งยังไม่ถูกคุมขัง หรือ ไม่ได้รับอนุญาตจากศาลที่ตัดสินโดยลายลักษณ์อักษรให้มีการประกันตัว ดังนั้นหากจำเลยต้องการขอกลับคดีจำเลยต้องมีหลักฐานว่าตนได้เข้ารายงานตัวในสถานกักขัง หรือ เรือนจำ ในคำขอกลับคดีดังกล่าวจะต้องมีสาเหตุแห่งการขอกลับคดี และ ต้องอ้างถึงบทกฎหมายที่เห็นว่าศาลได้ทำการละเมิดกล่าวคือ ผู้พิพากษาที่นั่งพิพากษาไม่ครบคณะ หรือ ผู้พิพากษาที่นั่งพิพากษาไม่ได้ร่วมการออกเสียงพิพากษาในห้องประชุมศาล (ในกรณีที่มีการประชุมศาลหลายครั้งในคดีเดียวกันผู้พิพากษาผู้ที่จะนั่งพิพากษาคดีจะต้องเข้าร่วมประชุมศาลทุกครั้ง) หรือ การลงคำพิพากษาโดยไม่ได้ฟังคำแถลงของอัยการ หรือ ในคำพิพากษาไม่มีส่วนของการวินิจฉัยคดี วินิจฉัยไม่เพียงพอ ลืม หรือ ไม่ยอมตัดสินเกี่ยวกับคำขอของกลุ่มความ หรือ คำแถลงของกรมอัยการ ในการขอกลับคดีจำเลยไม่สามารถอ้างได้ว่าศาลชั้นต้นฝ่าฝืนกฎหมายในการตัดสินคดีได้ ถ้าหากไม่ได้อ้างต่อศาลชั้นอุทธรณ์มาก่อน เว้นเสียแต่การละเมิดดังกล่าวนั้นเกิดขึ้นเนื่องจากการไม่มีอำนาจตัดสิน และ เมื่อมีการขออุทธรณ์ของกรมอัยการ ศาลชั้นที่พิจารณาคำขอกลับคดีจะต้องพิจารณาคำขอกลับคดีภายในกำหนดเวลา 10 วันนับตั้งแต่ได้รับสำนวนคดีเป็นต้นไป เมื่อได้ทำการพิจารณาลบล้างคำพิพากษาหรือ คำตัดสินแล้วให้ส่งสำนวนคดีคืนศาลอุทธรณ์ หรือ ศาลชั้นต้นเดิม แต่คณะผู้พิพากษาคณะใหม่จะมีหน้าที่รับผิดชอบปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลชั้นลบล้างนั้นทุกประการ

คดีความที่ผ่านการพิจารณาชั้นอุทธรณ์แล้วได้สิ้นสุดกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแล้ว จะทำการต่อสู้ใดๆ หรือ คัดค้านใดๆต่อคำพิพากษาดังกล่าวนั้นไม่ได้อีก

ทั้งนี้ สำหรับกระบวนการพิจารณาความอาญาของศาลลาวในระยะที่ได้รับอิทธิพลจากต่างชาตินั้นจะเห็นได้ว่าแยกออกเป็นสามศาลอย่างชัดเจน เช่น ศาลครูโทษเป็นศาลที่ใช้ไต่สวนเฉพาะคดีที่มีอัตราโทษสูง ศาลโทษานุโทษคือศาลที่ใช้สำหรับไต่สวนเกี่ยวกับคดีที่มีโทษระดับกลาง และศาลหลุโทษเป็นศาลที่ใช้เฉพาะคดีเล็กน้อย ซึ่งแต่ละศาลจะทำหน้าที่ในการพิจารณาคัดสินหรือพิพากษาคดีที่อยู่ในอำนาจของตนเท่านั้น โดยเฉพาะศาลหลุโทษจะไม่มีสิทธิอำนาจในการพิจารณาความที่มีความผิดในระดับกลาง และร้ายแรงแต่อย่างใด การพิจารณาความใดที่นอกเหนือจากอำนาจของศาลนั้นแล้วจะได้รับการพิจารณาใหม่โดยศาลที่มีอำนาจ

3.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญารฐานผิดประเวณีของสามีภริยาในปัจจุบัน

ความผิดประเวณีตามกฎหมายลาวในปัจจุบันได้บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา มาตรา 126 ว่าด้วยการผิดประเวณีของสามีภริยา ฉบับเลขที่ 12/สภข ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน 2005 ได้บัญญัติว่า “บุคคลที่สมรสแล้วหากไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตนจะมีความผิดฐานทำผิดประเวณีหรือฐานผิดประเวณีของสามีภริยา จะถูกลงโทษจำคุก ตั้งแต่ 3 เดือนถึง 1 ปี หรือ อบรมเพื่อเปลี่ยนพฤติกรรมและ จะถูกปรับ ตั้งแต่ 500,000 กีบถึง 5,000,000 กีบ ผู้ร่วมกระทำความผิดก็จะถูกลงโทษในสถานเดียวกัน”

ความหมายของการผิดประเวณีตามกฎหมายลาวหมายถึงบุคคลที่ทำการสมรสแล้วหากมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นถือเป็นความผิดในทางอาญา ความผิดอาญาในฐานประเวณีนี้ไม่ขึ้นอยู่กับกระทำความผิดที่เป็นอาชญาหรือไม่ หากผู้ที่กระทำความผิดได้กระทำความผิดเข้าองค์ประกอบของการกระทำความผิดทางอาญาที่ประการดังกล่าวแล้ว บุคคลนั้นจะมีความผิดในฐานประเวณีของสามีภริยา องค์ประกอบความผิดสี่ประการมีดังนี้

1. องค์ประกอบทางด้านวัตถุกรรม
2. องค์ประกอบทางด้านภาวะวิสัย
3. องค์ประกอบทางด้านอัตวิสัย
4. องค์ประกอบทางด้านเจ้ากรรม

องค์ประกอบทางด้านวัตถุประสงค์ของการกระทำผิด คือสิ่งที่ถูกคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา ซึ่งสิ่งนั้นได้ถูกละเมิดจากการกระทำผิดดังกล่าว

องค์ประกอบทางด้านภาวะวิสัย หมายถึงพฤติกรรมต่าง ๆ ของการกระทำความผิด รวมทั้งสภาพแวดล้อมต่าง ๆ เช่น วันเวลา สถานที่ พาหนะ อุปกรณ์ สภาพของการกระทำความผิด และ วิธีประกอบของการกระทำผิดดังกล่าว

องค์ประกอบทางด้านอัตวิสัยของการกระทำความผิด คือ ทัศนคติ แนวความคิดของผู้กระทำความผิดต่อการกระทำผิดของตนที่แสดงออกโดยผ่านพฤติกรรม

องค์ประกอบด้านเจ้ากรรม คือ ผู้ที่กระทำความผิดต้องเป็นบุคคลที่มีสติสัมปชัญญะ สมบูรณ์ และ ต้องมีอายุตั้งแต่สิบห้าปีบริบูรณ์

โดยหลักของกฎหมายอาญาลาแล้วบุคคลใดได้กระทำความผิดในทางอาญาไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดในฐานะคนตายฐานข้อเท็จจริงหรือฐานใดก็ตาม ในกระบวนการพิจารณาความอาญาลาต้องคำนึงถึงองค์ประกอบทั้งสี่อย่างข้างต้นเป็นสำคัญเพื่อใช้ในการสืบสวนสอบสวนหาความจริงในคดี การกระทำความผิดใดเกิดขึ้นโดยผู้กระทำความผิดมีครบทั้งสี่องค์ประกอบนี้ถือว่าผู้กระทำความผิดดังกล่าวมีความผิดทางอาญาตามกฎหมายลา หากการกระทำความผิดใดเกิดขึ้นโดยขาดองค์ประกอบใดองค์ประกอบหนึ่งแล้ว ไม่ถือว่าผู้กระทำความผิดนั้นมีความผิดทางอาญา ส่วนในกรณีการผิดประเวณีของสามีภริยาตามกฎหมายการพิจารณาความอาญาลาได้บัญญัติในทำนองเดียวกัน เช่น สามีได้ร่วมประเวณีกับหญิงอื่นในโรงแรมโดยเจตนา ถือได้ว่าสามีมีความผิดในฐานะประเวณีของสามีภริยา

ในกรณีที่ศาลไม่มีพยานหลักฐานในความผิดดังกล่าว กล่าวคือ หากศาลไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยเป็นบุคคลที่กระทำผิดจริงตามข้อกล่าวหาหรือไม่ ศาลจะให้การตีความคำว่า “ร่วมประเวณี” หรือ “มีความสัมพันธ์ทางเพศ” ว่าหมายถึง บุคคลทั้งสองคนที่มีความชอบพอกันในทางชั่วสาวหากได้อยู่ในห้องนอน บ้านพัก โรงแรม สถานที่ลับ หรือ ห้องส่วนตัวต่าง ๆ ด้วยกันสองคนให้ถือว่าทั้งสองได้ร่วมประเวณีกันและมีความผิดฐานประเวณีของสามีภริยาตามกฎหมายอาญาลา

เมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบความผิดดังกล่าวข้างต้นแล้ว ถึงแม้ว่าศาลจะให้การตีความกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ในกรณีที่ไม่มีพยานหลักฐานตามการตีความของศาลลาก็ตาม แต่ศาลหรืออัยการก็จะต้องนำสืบพิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดเจนว่าบุคคลที่สมรสแล้วอยู่ในสถานที่ลับกับบุคคลอื่นที่มีคู่สมรสของคณานั้นมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางเพศเกิดขึ้นจริง จึงถือว่าเป็นการกระทำความผิดที่ครบองค์ประกอบของการกระทำความผิดทางอาญาลา หากศาลหรืออัยการพิสูจน์เพียงได้ว่าทั้งสองคนได้อยู่ในสถานที่ลับ โดยไม่ได้พิจารณาถึงองค์ประกอบทางด้านเจตนาเป็นสำคัญแล้ว ก็อาจทำให้ศาลตัดสินลงโทษบุคคลโดยปราศจากความผิดได้ จะเห็นได้ว่ากฎหมาย

ดังกล่าวอาจถูกใช้ในทางที่ไม่เป็นธรรมกับประชาชนได้และอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกลั่นแกล้งบุคคล โดยสร้างความเดือดร้อนเสียหายให้แก่บุคคลที่เป็นผู้ถูกกล่าวหา อีกทั้ง ยังสร้างความเสียหายให้แก่สถาบันครอบครัว และสังคมอีกด้วย

3.2.1 กระบวนการพิจารณาความอาญาของประเศลาวในปัจจุบัน

สำหรับประเศลาว โดยส่วนใหญ่แล้วใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ เพราะถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหาย และมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม เมื่อมีการกระทำความผิดทางอาญาเกิดขึ้น รัฐมีหน้าที่ในการอำนวยความยุติธรรมให้กับประชาชนทุกคนอย่างเสมอภาค ส่วนราษฎร หรือ ผู้เสียหายไม่มีอำนาจฟ้องร้องคดีต่อศาลโดยตรง เพียงแต่เข้าร่วมเป็นโจทก์ทางแพ่ง ในกรณีที่เป็คดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา กล่าวคือ อำนาจหน้าที่ในการสอบสวนฟ้องร้องเป็นของพนักงานสอบสวน ตำรวจ และ อัยการ โดยไม่มีการแยกอำนาจหน้าที่ออกจากกัน แต่อำนาจในการตั้งฟ้องเป็นของอัยการแต่เพียงผู้เดียว ส่วนอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีเป็นของศาล เนื่องจากประเศลาวเป็นอาณานิคม และอยู่ภายใต้การปกครองของต่างชาติ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และ ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นเวลายาวนาน จึงได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายของประเทศดังกล่าว โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสที่ได้นำเอาระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เข้ามาบังคับใช้ รวมทั้งรูปแบบในการดำเนินคดี และการจัดองค์กรกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ดังนั้นมา กฎหมายซีวิลลอว์ ที่ประเทศฝรั่งเศสนำเข้ามาก็เป็นแม่แบบของระบบกฎหมายประเศลาวในปัจจุบัน⁶⁰

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเศลาวฉบับแรกได้ประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1987 ภายหลังที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองจากราชอาณาจักรลาวมาเป็น สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวในปี ค.ศ. 1975 กฎหมายฉบับดังกล่าวใช้ระบบผสมระหว่างระบบไต่สวนและระบบกล่าวหา โดยใช้วิธีการดำเนินคดีเช่นเดียวกับประเศทางแถบภาคพื้นยุโรป ในระยะแรกก่อนปี ค.ศ. 1975 ประเศลาวใช้ระบบกฎหมายที่คล้ายคลึงกับประเทศฝรั่งเศส แต่ต่อมาได้รับอิทธิพลจากอดีตประเศสหภาพโซเวียต และประเศในกลุ่มสังคมนิยมอื่นๆ เนื่องจากนักกฎหมายลาวส่วนใหญ่ได้รับการศึกษากฎหมายจากโซเวียต กฎหมายของประเศลาวจึงมีลักษณะผสมผสาน แต่ก็ยังคงเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์

⁶⁰ คำพัน บุญพาคม, กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเปรียบเทียบไทย-ลาว ศึกษาขั้นตอนการพิจารณาของศาลชั้นต้น, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), 9.

รัฐธรรมนูญของประเทศลาวฉบับแรกประกาศใช้เมื่อปี ค.ศ. 1980 ได้บัญญัติให้อัยการ และศาลเป็นองค์กรตุลาการ ซึ่งอัยการเป็นองค์กรตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมายในสังคม⁶¹ และมีอำนาจหน้าที่ตั้งฟ้องคดีอาญาต่อศาล ศาลเป็นองค์กรพิพากษาแห่งรัฐ มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีตามที่ได้อำนาจไว้ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายว่าด้วยศาล⁶² ส่วนตำรวจ เป็นองค์กรบริหาร ทำหน้าที่สืบสวนสอบสวนหาผู้กระทำความผิด และรวบรวมพยานหลักฐาน เพื่อส่งให้อัยการตั้งฟ้องต่อศาล รวมไปถึงหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาลับปัจจุบันมีความแตกต่างจากกฎหมายวิธีพิจารณาความในสมัยราชอาณาจักรลาว กล่าวคือ ได้มีการยกเลิกในส่วนของการตำรวจยุติธรรม และตุลาการสอบสวนโดยกระบวนการในการทำงานของทั้งสองหน่วยงานจะอยู่ในความรับผิดชอบของอัยการ รวมทั้งขั้นตอนก่อนการพิจารณาทั้งหมด

การเริ่มดำเนินคดีอาญาของกฎหมายประเทศลาวนั้น ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยต้องปรากฏเหตุใดเหตุหนึ่ง ดังต่อไปนี้⁶³

1. ได้รับคำร้องเรียน หรือ แจ้งความจากราษฎร หรือ ผู้เสียหาย
2. การเข้ามอบตัวของผู้กระทำความผิด
3. การพบเห็นหลักฐานการกระทำความผิดโดยตำรวจ อัยการ และศาล

ขั้นตอนการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศลาวฉบับปัจจุบัน มี 7 ขั้นตอน ดังนี้⁶⁴

1. ขั้นตอนการเปิดการสืบสวน สอบสวน
2. ขั้นตอนการดำเนินการสืบสวนสอบสวน
3. ขั้นตอนการตั้งฟ้อง
4. ขั้นตอนการพิจารณาของศาลชั้นต้น
5. ขั้นตอนการพิจารณาของศาลอุทธรณ์
6. ขั้นตอนการพิจารณาของศาลฎีกา

⁶¹ กฎหมายว่าด้วยองค์การอัยการประชาชนลาว พ.ศ. 2546, กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 2, (26 พฤศจิกายน 2552), 166.

⁶² กฎหมายว่าด้วยศาลประชาชนลาว พ.ศ. 2546, กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 1, (26 พฤศจิกายน 2552), 145.

⁶³ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาลาว พ.ศ. 2547, กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 36, (21 ตุลาคม 2546), 260.

⁶⁴ กระทรวงยุติธรรม, คู่มืองานตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (เวียงจันทน์: แห่งรัฐ, 2542), 157.

7. ขั้นตอนการบังคับคดี

โดยสรุปขั้นตอนการดำเนินคดีอาญาของลาว มี 2 ขั้นตอนใหญ่ ได้แก่⁶⁵

3.2.1.1 ขั้นตอนการสอบสวนฟ้องร้อง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยได้บัญญัติให้ขั้นตอนดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวนและอัยการที่จะดำเนินการร่วมกัน โดยขั้นตอนการสืบสวนสอบสวนนั้น เป็นขั้นตอนการค้นหาผู้กระทำความผิด เมื่อมีสาเหตุดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 36 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยจะเริ่มทำการสอบสวนหาผู้ที่ต้องสงสัยว่าเป็นผู้กระทำความผิด ในแง่ทฤษฎี กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยนั้นจะเน้นไปในทางควบคุมอาชญากรรม (crime control) มากกว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิด (due Process) เนื่องจากมีวัตถุประสงค์มุ่งเน้นรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม เห็นได้จากผู้สอบสวนจะพิจารณาว่ามีพยานหลักฐานแสดงว่าผู้ต้องหามีความผิดหรือไม่ ซึ่งเป็นการสอบสวนเพื่อค้นหาความผิดมากกว่าความจริง ส่วนการฟ้องร้องตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยนั้นสามารถใช้อำนาจของอัยการแต่เพียงผู้เดียวในการพิจารณาฟ้องคดีอาญาต่อศาลได้โดยตรง ส่วนราษฎร หรือ ผู้เสียหายไม่สามารถฟ้องคดีอาญาต่อศาลได้ แต่สามารถเข้าร่วมเป็นโจทก์ทางแพ่งในคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาได้ โดยการสั่งฟ้องคดีของอัยการจะดำเนินต่อไปตามหลักกฎหมายเท่านั้น

3.2.1.2 ในขั้นตอนพิจารณา และพิพากษาของศาล การดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยเป็นระบบผสม แต่จะเน้นไปที่ระบบไต่สวน ซึ่งประกอบด้วยคู่ความ โจทก์ จำเลย อัยการในฐานะเป็นโจทก์ของแผ่นดินและเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยมีหน้าที่ในการค้นหาความจริงในขั้นตอนก่อนการพิจารณา แต่เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลอำนาจทั้งหมดจะอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้พิพากษาหัวหน้าคณะศาล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยฉบับปัจจุบันไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการไต่สวนมูลฟ้อง เนื่องจากถือว่าคดีอาญาทุกเรื่องที่จะขึ้นสู่ศาลได้ผ่านขั้นตอนการกลั่นกรองพยานหลักฐานจากเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งสองหน่วยงานมาแล้ว ศาลจึงให้น้ำหนักแก่พยานหลักฐานที่ส่งมาและประทับรับฟ้องทุกคดี ในการพิจารณาพิพากษาของศาลจะดำเนินไปได้ก็ต่อเมื่อได้รับสำนวนคดีจากอัยการเท่านั้น การพิจารณาใช้หลักการพิจารณาโดยเปิดเผยต่อหน้าคู่ความ ยกเว้นกรณีที่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเรื่องของรัฐที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมจะพิจารณาเป็นการลับ การอ่านคำพิพากษานั้นต้องทำโดยเปิดเผยเสมอ

⁶⁵ คำพิณ บุญพาคม, กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเปรียบเทียบไทย-ลาว ศึกษาขั้นตอนการพิจารณาของศาลชั้นต้น, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), 9-12.

3.3 วัตถุประสงค์ของกฎหมาย

วัตถุประสงค์ในการบัญญัติความผิดฐานประเวณีของสามีภริยาตามกฎหมายลาวในปัจจุบัน มุ่งเน้นในการปกป้อง และ คุ้มครองความผาสุกของสถาบันครอบครัวเป็นหลัก อีกทั้งกฎหมายยัง มุ่งเน้นในการป้องกัน และปราบปรามการกระทำความผิด⁶⁶ ดังนั้นกฎหมายการผิดประเวณีของสามี ภริยาจึงถูกสร้างขึ้นเพื่อเป็นเกราะป้องกันการกระทำใด ๆ ในทางชั่วของสามีภริยา ซึ่งจะทำให้ เกิดความแตกร้างในครอบครัวได้ โดยกฎหมายการผิดประเวณีของสามีภริยาในปัจจุบันนี้มีความ แตกต่างจากกฎหมายในอดีตกล่าวคือ กฎหมายการผิดประเวณีของสามีภริยาในอดีตบัญญัติขึ้นเพื่อ ป้องกันปราบปรามพฤติกรรมของภริยาที่นอกใจสามีเท่านั้น ในทางตรงกันข้ามชาวลาวสมัยก่อนจะ ไม่ได้รับการลงโทษทางอาญาจากการประพฤตินอกใจภริยา เนื่องจากสังคมลาวสมัยก่อนได้ให้ ความสำคัญแก่เพศชายมากกว่าเพศหญิง สำหรับหญิงลาวในยุคปัจจุบันได้รับการปกป้องสิทธิทาง เพศเพิ่มมากขึ้น นอกจากนี้รัฐยังได้ก่อตั้งองค์กรสหพันธ์แม่หญิงลาวเพื่อการพัฒนาและส่งเสริม ความก้าวหน้าของหญิงลาวในทุก ๆ ด้านให้ทัดเทียมกับเพศชาย ดังนั้นในส่วนของกฎหมายหลาย ฉบับที่เคยเลือกปฏิบัติระหว่างเพศชายและเพศหญิงจึงได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง สำหรับ กฎหมายการผิดประเวณีของสามีภริยาก็ได้บัญญัติให้ชายที่กระทำความผิดได้รับโทษทางอาญาเท่า เทียมกับหญิง อีกทั้งกฎหมายในปัจจุบันไม่ได้แบ่งแยกอัตราโทษ โดยหากบุคคลใดกระทำความผิด ประเวณีของสามีภริยาจะได้รับโทษที่เท่าเทียมกันโดยไม่ได้อาศัยว่าคู่สมรสของบุคคลดังกล่าว นั้นจะมีฐานะทางสังคมสูงต่ำเพียงใด นอกจากนี้ องค์กรสหพันธ์แม่หญิงลาวยังได้เรียกร้องต่อสภา ลาวให้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายการผิดประเวณีจากเดิมที่เป็นความผิดต่อส่วนตัวให้กลายเป็น กฎหมายอาญาแผ่นดิน โดยให้เหตุผลว่าหากกฎหมายยังคงบัญญัติให้เป็นความผิดต่อส่วนตัวจะทำให้ การคิดการหย่าร้างในสังคมลาวเพิ่มมากขึ้นหรืออาจเกิดการใช้ความรุนแรงภายในครอบครัวมากขึ้น ซึ่งข้อเรียกร้องดังกล่าวทำให้สภาลาวได้มีมติรับรองกฎหมายการผิดประเวณีของสามีภริยาฉบับ ใหม่⁶⁷ บัญญัติให้เป็นกฎหมายอาญาแผ่นดิน มีผลให้รัฐเป็นผู้เสียหายในความผิดดังกล่าว และมีสิทธิ เข้าดำเนินการโดยไม่จำเป็นต้องมีการร้องทุกข์กล่าวโทษจากคู่สมรสก่อน รัฐจะเป็นตัวแทนของ สามีภริยาในการกล่าวโทษคู่สมรสของตนที่กระทำความผิดด้วยการเข้าไปเป็นโจทก์ทางอาญาในคดี

⁶⁶ กฎหมายอาญาลาว พ.ศ. 2548, กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 27, (9 พฤศจิกายน 2548), 407.

⁶⁷ ดาวอน หว่างวิจิต, กรรมการฝ่ายกฎหมายสภาแห่งชาติลาว, สภาแห่งชาติลาว, (20 กุมภาพันธ์ 2554), สัมภาษณ์.

ส่วนสามีภริยามีสิทธิเป็นโจทก์ทางแพ่งในการฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายทดแทนจากคู่สมรสของตนเท่านั้น

จากวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และการตีความของกฎหมายที่ได้กล่าวมานั้นจะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายคือการเอาผิดผู้ที่กระทำความผิดหรือผู้อาจก่อการกระทำความผิด ซึ่งกฎหมายได้เลือกวิธีการที่รวดเร็วตัดตอน ซึ่งทำให้ผู้ถูกกล่าวหาไม่สามารถหลุดพ้นจากความผิดไปได้ ซึ่งรัฐอาจมองว่าเป็นมาตรการที่ป้องกันก่อนการกระทำความผิดจะเกิดขึ้นและเป็นมาตรการข่มขู่ให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัวต่อบทลงโทษนั้นได้ แต่ในทางกลับกัน มาตรการดังกล่าวอาจก่อความเสียหายให้แก่สิทธิมนุษยชน ครอบครัว สังคม และ ความศักดิ์สิทธิ์ของระบบยุติธรรมได้ ทั้งยังอาจเป็นสิ่งที่สร้างผลกระทบที่ตามมาอีกมากมาย

3.4 การมีคู่ตามกฎหมายของประเทศไทย

3.4.1 กฎหมายลักษณะผัวเมีย

ภริยามีคู่ตามจารีตประเพณีเดิมในสมัยล้านนาโบราณนั้น การคบชู้ชายของสตรี เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องและผิดศีลธรรม มีบทลงโทษสถานหนัก ทั้งภริยา และชายชู้ จึงตัดสินให้ยกทรัพย์สินทั้งสินสมรส และ ทรัพย์ที่หามาได้ ให้ตกเป็นของสามี ดังความในกฎหมายคลองเจือ พระเจ้าก้อนว่า ขุน หรือ ไพรก็ดีเป็นชู้กับภริยาผู้อื่น ถูกสามีฆ่าตาย ไม่ให้เอาผิดคนฆ่า และก็ไม่ได้ให้เอาผิดกับลูกเมียชายชู้ เพราะไม่ได้เป็นผู้บังคับให้สามีตนไปเป็นชู้กับภริยาผู้อื่น ดังคำวินิจฉัยความว่า “ขุนก็ดี ไพรก็ดี ได้อยู่ได้นอนด้วยเมียท่าน ท่านฆ่าตายอย่าว่าฤๅแก่ผู้ฆ่า ก็อย่าว่าฤๅแก่ลูกเมียผู้ตาย ไผ่ก่อนว่าจำหัวไปเล่นชู้สักเพื่อนา” ในสมัยโบราณมีการตรากฎหมายในธรรมศาสตร์สรรพสอนเรื่อง ฆ่าคนตาย ไม่มีโทษ หกประการ ซึ่งมีข้อกำหนดหนึ่งว่า ถ้าสามีพบเห็นภริยาตนอยู่กับชายชู้แล้วฆ่าชายชู้ไม่ถือว่ามีความผิดกล่าวคือ “...ฆ่าตายปมีโทษ คู่เมียท่านฆ่ากับที่ 1 ได้ของลักกับมือ ฆ่าบัดเดียวนั้น 2 ทือดาบไปชูท่าน ท่านฆ่าเสีย 3 เข้าบ้านชวดยาม ท่านฆ่ากับที่นั้น 4 ชักเรือนท่านเมื่อคืน ท่านฆ่าบัดเดียวนั้น 5 ครั้นคนมีโทษขุนหื้อไป ทือดาบต่อ ทือดาบเล่นหนีกี้ดี ผู้ไปเอนั้นฆ่าตายอย่าว่าฤๅ 6...” และ ยังมีคำวินิจฉัยตัดสินคดีความที่ 52 ในกรณีที่คู่สมรสมีค่าสินสอด ต่อมาภายหลังภริยามีคู่ ความมีว่า สิวกขัน คู่ชอนาง มงคล ให้สินสอด 300 ก่อนอยู่กินตกลงกันไว้ว่า ถ้าอยู่กินกันไม่ได้ ให้คืนเงินสิวกขัน 100 ต่อมาภายหลังนาง มงคล คบชู้ผู้ชาย ตัดสินคดีว่าดังนี้คือ “ให้ชายนาง มงคลเสียได้เงินมาเท่าใด ให้แบ่งออกเป็นสองส่วน ไว้ให้พ่อแม่นาง มงคล ส่วนหนึ่ง ให้สามีคือ สิวกขัน ส่วนหนึ่ง และเงินที่เป็นค่าสินสอดเดิมนั้นให้คืนให้แก่สิวกขัน 100 ตามที่ได้ตกลงกันไว้เดิม” ตาม

ธรรมเนียมเดิมในล้านนา เมื่อมีการสู่ขอหญิงไปเป็นภริยา ผู้ใหญ่ฝ่ายหญิงมักทำความตกลงเรื่องค่าสินสอด การแบ่งทรัพย์สินกันไว้ล่วงหน้าเพื่อมีการหย่าร้างกัน ในสมัยนั้นคงมีคดีหย่าร้างกันมากพอสมควร จนถึงเป็นเรื่องปกติที่มีการตกลงกัน ในเรื่องค่าสินสอดไว้ก่อนจะอยู่กินเป็นสามีภริยากัน นอกจากกฎหมายโบราณของล้านนาจะลงโทษฝ่ายหญิงในกรณีที่คบชู้ผู้ชายแล้ว ในกฎหมายธรรมศาสตร์สรรพสอนยังมีข้อบัญญัติที่แตกต่างจากฉบับอื่นๆ คือ กรณีที่ฝ่ายชายไปมีหญิงอื่น กฎหมายให้หย่าขาดจากกันเสีย ทรัพย์สินของฝ่ายชายให้คืนเสีย ถ้าใช้จ่ายไปแล้วก็ให้เลิกเสีย ถือว่าได้ใช้จ่ายร่วมกันดังคำวินิจฉัยความว่า “...ผู้เมียร้างกัน ปันของแก่กัน ผิดผู้ชายไปชู้ผู้หญิง เอาเงินไปซื้อกัน หื้อปูดขาดไปเสีย มาอยู่ด้วยกันบ่ได้ ร้างกันเสีย ครอบครองเงินค่าของผัวได้แต่เรือนมา ขึ้นหื้อแก่ผัวดังเก่า ได้จ่ายกินแล้วอย่าว่าแก่กันเทอะ...” จากข้อความของกฎหมายโบราณของล้านนานั้น การคบชู้ผู้ชายของภริยาถือได้ว่ามีโทษหนักทั้งภริยา และชายชู้ ในส่วนของชายชู้ถ้าไม่ถูกฆ่า ก็จะต้องเสียค่าปรับสินไหม และในส่วนของภริยานั้น ให้สามีขายเสียให้พ้นจากเมือง แล้วนำเงินค่าตัวที่ขายได้นั้นมาแบ่งกันระหว่างสามีและพ่อแม่ของภริยา แต่ถ้าสามีเป็นฝ่ายนอกใจโดยการมีภริยาอื่น กฎหมายเพียงแต่ให้หย่าขาดจากกัน และยังให้คืนทรัพย์สินเดิมของสามีอีกด้วย

ในสมัยโบราณ สามีที่เป็นพ่อค้า หรือรับราชการต้องเดินทางไปต่างเมืองเป็นเวลานาน กฎหมายคลองเจ้าฟ้าภูธรกำหนดไว้ว่า ถ้าอยู่ภายในกำหนด 3 ปี ถือว่าเป็นสามีภริยากันอยู่เกินกว่านั้นจึงให้หย่ากันได้ เช่น ช่างตัดผมอยู่กินกับภริยา มีลูกด้วยกัน 2 คน ต่อมาช่างตัดผมละทิ้งภริยาและลูกไปได้ 5 ปี คำตัดสินว่าให้ภริยาหย่าขาดจากสามีได้ ดังความว่า

“...ช่างตัดผมไปสู่คนตัดหญ้าพระยาต้องแถม มีลูก 2 คน หญิง 1 ชาย 1 ช่างตัดผมหนีละเมียไว้ได้ 5 ปี เจ้าไทยว่าหื้อช่างตัดผม หย่าเมียมัน ลูก 2 คน ไว้แก่เมีย ผู้เมียเป็นไพร่ อย่าหื้อขาดการว่าอันตัดคำ (คำตัดสิน) ต่อนี้ตามโบราณว่า ละเมียไว้พอ 3 ปี อย่าว่าฤ...”

ถ้าหากอายุความยังไม่ถึง 3 ปี นับแต่วันที่สามีละทิ้งไป ฝ่ายหญิงจะไปมีสามีใหม่ สามีเก่าไม่ยินยอม ต้องยกภริยาคืนให้แก่สามีเดิม และให้ปรับสินไหมสามีใหม่ ดังคำวินิจฉัยตัดสินคดีความว่า อ้ายต้งน้อย ไปสู่ขอนางแก้วลูกนายใส (ผัวมาสู่) ต่อมาสองผัวเมียทะเลาะกัน อ้ายต้งน้อยหนีกลับไปอยู่เรือนของตน ได้ 2 ปี และไม่ยินยอมหย่าขาดจากนางแก้ว (ในล้านนา ตามประเพณีแต่งงาน สิ่งที่แสดงถึงสินเดิมของคู่สมรสแบ่งออกได้ 2 ประการ ประการแรกฝ่ายชายเป็นฝ่ายไปอยู่กินบ้านฝ่ายหญิง อาศัยสินเดิมของฝ่ายหญิง เรียกว่า ผัวมาสู่ ประการที่ 2 ฝ่ายชายนำหญิงไปอยู่เรือนฝ่ายชาย เรียกว่า สู่พาเมื่อ หรือ การไถ่) ต่อมานางแก้วได้ทำบ้านเป็นสามีใหม่ อ้ายต้งน้อยไม่ยินยอม ไปถามทำบ้าน ทำบ้านบอกว่า นายใสพ่อของนางแก้วให้ตนไปสู่ขอ นายใสพ่อนางแก้วปฏิเสธว่าไม่ได้ยกลูกสาวตนให้ทำบ้าน ตัดสินว่า ทำบ้านเอาเมียผู้อื่นเป็นเมียตน ปรับสินไหม 30,020 ให้นางแก้วกลับไปเป็นเมียอ้ายต้งน้อยเช่นเดิม ดังคำตัดสิน ความว่า

“...นายอ้ายตั้งน้อยไปสู่ลูกนายใสลูกจำบ้าน ขาผิวเมียผัดกัน นายอ้ายตั้งน้อยหนีมาอยู่เรือน หลังได้ 2 ปี ว่าเมียอุบ่หย่า ว่าอัน ผู้นางแก้วอยู่เรือนพ้อยมีชู มักทำบ้านแล้วลวดเอาเป็นเมีย อ้ายตั้งน้อยบ่ยอม ทำบ้านว่าพอนางแก้วน้อยใสหากหื้อกูมาสู่ตาย นายใสผู้พ่อเถียงว่าบ่มี กูจักหื้อทำบ้านมาสู่ลูกกูอันบ่มี เจ้าไทยตัดว่า ทำบ้านเอาเมียผู้อื่นเป็นเมียตน ควรหื้อไหม 30,020 นางแก้วไว้หื้อเป็นเมียอ้ายตั้งน้อยตั้งเก่าเทอะ” และในกฎหมายธรรมศาสตร์สรรพสอน ได้ตราไว้ว่า ชายที่ไปสู่เมีย (อยู่กินบ้านฝ่ายหญิง) เกียจกร้านในการทำมาหากิน หนีไปได้ 1 ปี ให้หญิงนั้นมีสามีใหม่ได้ ทรัพย์สินส่วนของสามีเดิมให้คืนเสีย ทรัพย์สินส่วนที่ทำมาหากินร่วมกัน แบ่งกันคนละครึ่ง ถ้ายังไม่ครบ 1 ปี ห้ามมีสามีใหม่ ดังความว่า “...ชายไปสู่หญิงลูกหลานท่าน ครั้นการหนีเสียเมียปี 1 หื้อผู้หญิงนั้นเอาผิวใหม่ เอาการเรือนแลเอาข้าวของผิวเก่าคืนนับเสี่ยงแล ครั้นผิวเก่าหนีบ่พอปีเพื่อ ก็บ่ควรเอาผิวใหม่เพื่อ ยังเป็นเมียท่านตาย ครั้นเยยะสร้างจิมกัน ปันเก็งกัน...”

ข้อยกเว้นเป็นกรณีพิเศษ คือ ถ้าเชื่อได้ว่าสามีตายไปแล้ว ครอบครัว ญาติพี่น้องชาวบ้าน ชาวเมืองต่างก็เชื่อว่าเป็น เช่นนั้นจริง ต่อมาภริยามีสามีใหม่ พ่อแม่ของฝ่ายหญิง ฝ่ายชายรู้เห็น ยินดีเมื่ออยู่กินกันได้ระยะหนึ่ง ปรากฏว่าสามีเก่ายังไม่ตาย เดินทางกลับมา สามีเก่าไม่ยินยอม ต้องการเอาภริยาตนคืน กฎหมายธรรมศาสตร์สรรพสอนวินิจฉัยว่า ถ้าฝ่ายหญิงยังครองรักสามีเก่า ก็ให้อยู่กินกับสามีเก่า ถ้ารักสามีใหม่ ก็ให้อยู่กินกับสามีใหม่ แล้วให้สามีใหม่ขมาลาโทษสามีเก่าเสีย ทรัพย์สินของสามีเก่าก็ให้คืนเสีย และทรัพย์สินส่วนที่ทำมาหากินด้วยกันก็ให้แบ่งคนละครึ่ง แต่ถ้าสามีเก่าต้องการทั้งหมด ก็ให้ยกให้แก่สามีเก่า ดังคำวินิจฉัย ความว่า

“...ผิวยังรักผิวเก่า หื้อมันเอาผิวเก่า มันพึงใจผิวใหม่ หื้อมันเอาผิวใหม่เทอะ ไปถามดูว่า รักผิวใหม่ ก็หื้อมันเอาผิวใหม่ แล้วแต่งสมมาผิวเก่าเสียเทอะ ของผิวเก่ามีเท่าใด หื้อขึ้นเสี่ยงแล ขาเยยะสร้างกับกันเท่าหื้อปันกัน ผิดวมาสู่เมียปันเก็ง ผิดผิวเก่า ได้ใช้หื้อขึ้น 2 ปุนแก่ผิวเก่า ของผู้หญิงมีเท่าใด อย่าไว้การเมืองแก่ 2 ขาผิวเมีย หื้อเอาเสี่ยงเทอะ...”

การที่กฎหมายได้วินิจฉัยเช่นนี้ก็เพราะพิจารณาตามข้อที่ 3 กาเมสุมิจณาจาร ถือว่าฝ่ายหญิงไม่ได้กระทำการผิดศีลข้อนี้ ถือว่าไม่เป็นโทษ และสามีใหม่ก็ไม่ได้ลักลอบเอาภริยาผู้อื่น แต่ถ้าภริยายังอาลัยสามีเก่า เลือกที่จะอยู่กินกับสามีเก่า ก็ให้ขมาโทษ สามีใหม่ด้วยเงิน ทรัพย์สินของสามีใหม่ก็ให้คืนทั้งหมด ยกเว้นได้ใช้จ่ายร่วมกันแล้วก็ให้เลิกเสีย และให้ขมาโทษด้วยเสื้อผ้า แก่สามีใหม่ เหตุที่ตัดสินคดีดังนี้ก็เพราะไม่ต้องการให้สามีใหม่ต้องน้อยเนื้อต่ำใจว่า ตนเป็นผู้ผิดลูกผิดเมียผู้อื่น ประพฤติผิดศีลธรรมนั่นเอง⁶⁸

⁶⁸ โกญจนาท เจริญสุข, กฎหมายลักษณะผัวเมียในล้านนาโบราณ, (15 กรกฎาคม 2552), สืบค้นเมื่อ 30 ตุลาคม 2554, จาก <http://www.researchers.in.th/blogs/posts/1699>

ในประเพณีเดิมของไทยหญิงที่คบชู้จะถูกตำว่าสาปแช่ง และถูกลงโทษอย่างรุนแรง ในกฎหมายตราสามดวงก็ได้ระบุให้ลงโทษการมีชู้ของหญิงไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน กล่าวคือ สามีสามารถฆ่าชายชู้และเมียของตัวเองได้โดยไม่ต้องรับโทษใดๆ และสามีมียศสิทธิ์ทรัพย์ทั้งหมดของภริยา หรือ อาจใช้วิธีการประจานโดยกฎหมายอนุญาตให้อาปุ่นเขียนใบหน้าภริยาที่มีชู้ เอาดอกชบาแดงทัดสองหู และร้อยมาลัยใส่ที่ศีรษะ และคอ แล้วให้คนตีฆ้องนำหน้าประจานไปทั่ว ลาลูแบร์ได้บันทึกไว้ว่า ถ้าผู้หญิงที่เป็นราชบาทบริจาริกาของพระมหากษัตริย์ลอบมีชู้ จะถูกให้ร่วมสังวาสกับม้า และให้ประหารชีวิต หรือ สั่งให้เสียบ สำหรับกรณีทั่วไปสามีอาจขายภริยาที่คบชู้ไปเป็นโสเภณี ส่วนชายชู้ซึ่งถือว่าเป็นจำเลยที่ทำผิดร่วมกันกลับได้รับโทษที่เบากว่าหญิงที่กระทำผิด สำหรับสามีแล้วสามารถมีภริยาได้หลายคน โดยถูกต้องตามกฎหมาย และภริยามีหลายประเภท กล่าวคือ เมียกลางเมือง หมายถึงภริยาที่บิดามารดาจัดการให้สมรสกับบุตรชายของตนโดยมีการสู่ขอ เรียกสินสอด และขันหมากตามประเพณี ถือว่าเป็นภริยาหลวง เมียกลางเมืองจะถือศักดินาครึ่งหนึ่งของสามี ภริยาพระราชทาน หมายถึงภริยาที่พระมหากษัตริย์พระราชทานมาเพื่อตอบแทนความดีความชอบ ภริยาพระราชทานจะถือศักดินาเท่ากับเมียกลางเมือง เมียกลางนอก หมายถึง อนุภริยาที่ชายขอมาเลี้ยง จะถือศักดินาครึ่งหนึ่งของเมียกลางเมือง ส่วนเมียกลางทาสี หมายถึง ทาสที่ผู้ชายได้ตัวมาเป็นภริยา หากมีบุตรด้วยกันศักดินาจะเท่ากับเมียกลางนอก โดยมากจำนวนภริยาขึ้นอยู่กับฐานะความร่ำรวยของฝ่ายชาย เพื่อความภาคภูมิและประดับบารมีมากกว่าแสดงออกทางด้านกามารมณ์⁶⁹

ภริยาทั้งสี่ประเภทมีสถานภาพเสมือนทรัพย์สินของสามี สามีมียศสิทธิ์ภริยาให้บุคคลใดก็ได้ และยังมีสิทธิ์จะขายภริยาของตนโดยไม่จำเป็นต้องบอกให้เจ้าตัวรับรู้ หรือ ยินยอมก็ได้ สาเหตุที่กฎหมายในสมัยก่อนของไทยให้สิทธิสามีเหนือกว่าภริยาเช่นนี้ ทำให้พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 ทรงมีพระราชปรารภว่า เมืองไทยในสมัยของพระองค์นั้น “ภริยาเป็นดังสัตว์เดรัจฉาน” หรือ เห็นว่า “ผู้หญิงเป็นควาย ผู้ชายเป็นคน” จึงโปรดเกล้าฯ พระราชทานให้เจ้าจอม และพนักงานฝ่ายในกราบถวายบังคมลาออกจากราชการกลับมาอยู่บ้าน หรือ มีสามีใหม่ได้ นอกจากเจ้าจอมมารดาเท่า่นั้นที่มีได้พระราชทานพระบรมราชานุญาต เพราะได้มีพระราชโอรส หรือ พระราชธิดากับพระองค์แล้ว ส่วนพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ทรงเป็นแบบอย่างของการมีพระมเหสีเพียงพระองค์เดียว ไม่ทรงมีพระสนม หรือ เจ้าจอมเลย นอกจากนี้ในรัชกาลของพระองค์ยังมีการตรากฎหมายสำคัญฉบับหนึ่งเรียกว่า “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะผัวเมีย

⁶⁹ วารุณี ภูริสินสิทธิ์, *ความเป็นผู้หญิงในสังคมไทย*, (2 ตุลาคม 2550), สืบค้นเมื่อ 30 ตุลาคม 2554, จาก <http://www.bloggang.com/mainblog.php?id=iamluckyseven&month=02-10-2007&group=2&gblog=5>

พ.ศ. 2473” พระราชบัญญัติดังกล่าวมีจุดพลิกผันโครงสร้างของครอบครัวไทยสมัยโบราณที่ผู้ชายนิยมมีภริยาหลายคน อันเป็นวัฒนธรรมที่ฝังลึกมานาน ดังนั้นการจะเปลี่ยนค่านิยมในสังคมแบบดั้งเดิมมาเป็นสังคมผัวเดียวเมียเดียวจึงมิใช่เรื่องง่าย พระองค์ทรงใช้วิธีการละมุนละม่อม ด้วยการตราพระราชบัญญัติในปี พ.ศ. 2473 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2475 พระราชบัญญัติฉบับนี้ระบุให้มีการจดทะเบียนสมรส จดทะเบียนหย่า และจดทะเบียนรับรองบุตร เพื่อทดแทนธรรมเนียมดั้งเดิมเป็นครั้งแรกในสังคมไทย ต่อมาได้มีการนำเอาสาระสำคัญของพระราชบัญญัติฉบับนี้ มารวมไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ประกาศเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2478 ยังผลให้มีการยอมรับหลักการมีภริยาชอบด้วยกฎหมายเพียงคนเดียวในปัจจุบัน⁷⁰

3.4.2 กฎหมายครอบครัวไทยในปัจจุบัน

สำหรับกฎหมายของไทยในปัจจุบันนั้น การที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประพฤตินอกใจคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งโดยการร่วมประเวณีกับบุคคลอื่นนั้นไม่ถือว่าเป็นความผิดในทางอาญา หากแต่เป็นเหตุหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มาตรา 1516 (1) กล่าวคือ สามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นกันภริยาหรือสามี เป็นชู้ หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจฉนั้น อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ จะเห็นได้ว่าในบทบัญญัติดังกล่าวจะมีคำว่า “เป็นชู้” หรือ “มีชู้” ซึ่งทั้งสองคำมีความหมายเฉพาะกล่าวคือ คำว่า “เป็นชู้” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 มีความหมายว่า ชายที่ร่วมประเวณีด้วยเมียเขา หรือ การผิดเมียซึ่งหมายถึงล่วงประเวณีกับภริยาของบุคคลอื่น หากสามีร่วมประเวณีกับหญิงที่ไม่มีสามี หรือ หญิงหม้ายก็จะไม่ถือว่า “เป็นชู้” ส่วนคำว่า “มีชู้” มีความหมายตามพจนานุกรมฉบับดังกล่าวว่า หญิงที่ยังมีสามีอยู่แล้วร่วมประเวณีกับชายอื่น ดังนั้นจึงไม่มีข้อจำกัดว่าชายนั้นยังมีภริยาอยู่หรือไม่ ซึ่งแตกต่างจากคำว่า “เป็นชู้”⁷¹ การทำชู้หมายถึงการร่วมประเวณีกันระหว่างชายหญิง หากชาย หรือ หญิงมีความสัมพันธ์กับเพศเดียวกันก็ไม่ถือว่าเป็นการทำชู้ นอกจากนี้ ท่านประสพสุข บุญเดช ยังได้เคยกล่าวไว้ในหนังสือ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวว่า การมีชู้ หรือ adultery หมายถึง การที่หญิงมีสามีสมัครใจร่วมประเวณีกับชายอื่นโดยอวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าในอวัยวะเพศหญิงที่มีสามีนั้น การทำชู้หมายถึงการร่วมประเวณีกันระหว่างชาย หญิง ไม่ใช่เป็นการล่วงเกินทำนองชู้สาว

⁷⁰ กฎหมายลักษณะผัวเมีย, กรุงเทพฯธุรกิจ (27 กันยายน 2550), สืบค้นเมื่อ 2 พฤศจิกายน 2554,

จาก http://www.bangkokbiznews.com/2007/09/27/WW06_0607_news.php?newsid=186092

⁷¹ ชาดิชาช อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: เดือนตุลา), 373-374.

เท่านั้น การจะถือว่ามีการทำชั่วจึงต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเรื่องยากมาก เพราะการทำชั่วมักไม่กระทำการเป็นการเปิดเผย ส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่รู้กันเพียงสองคน การนำสืบพยานหลักฐานอื่นๆ ยังไม่ถึงขนาดให้เห็นได้ว่าเป็นการทำชั่ว จึงไม่เป็นเหตุให้ฟ้องหย่าได้ แม้จะพิสูจน์ได้ว่าชายหญิง คบหากันในทางชั่วสาว ถึงขนาดนี้ศาลยังไม่รับฟังว่าเป็นการทำชั่วมัน เพราะไม่มีใครเห็นในเวลาที่เขาหญิงกำลังทำชู้กัน⁷² และท่านยังได้กล่าวต่อไปว่า “ภาระการพิสูจน์ในเรื่องนี้จึงมีแนวโน้มไปในทางที่ว่า โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ปราศจากข้อสงสัย (proof beyond reasonable doubt) ว่าจำเลยมีชู้ เช่น พิสูจน์ว่าบุตรที่เกิดมามีชู้บุตรของตนเพราะมีหมู่เลือดอื่น ดังนั้น หากยังมีข้อสงสัย ต้องตัดสินโดยยกผลประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่หญิง”⁷³

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันนี้แนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกาไทยเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ในคดีการกระทำชู้ได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม โดยไม่ถือว่าจะต้องพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัยอีกต่อไปแล้ว แม้ไม่มีประจักษ์พยานรู้เห็นในเวลาที่เขา หญิงร่วมหลับนอนด้วยกันก็ตาม แต่ถ้ามีพยานแวดล้อมโดยกรณีเชื่อได้ว่าชาย และ หญิงมีโอกาสที่จะร่วมประเวณีกันได้แล้ว คดีก็ฟังได้ว่าเป็นการทำชู้ได้ การเปลี่ยนแปลงหลักการใหม่ของศาลฎีกานี้ หากผู้เป็นโจทก์คือสามีสามารถพิสูจน์ได้ว่าภริยาของตนร่วมประเวณีกับบุคคลอื่นแล้ว หน้าที่นำสืบในคดีเปลี่ยนกลับไปอยู่ที่ภริยา โดยภริยามีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ว่า การร่วมประเวณีเช่นนั้นเกิดขึ้นโดยตนไม่ได้ยินยอมด้วย ทั้งนี้เพราะข้อเท็จจริงที่ว่า “ยินยอม หรือ ไม่” นี้อยู่ในความรู้แจ้งของภริยาแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ภาระการกอดจูบลูบคลำไม่ถึงขั้นร่วมประเวณียังไม่เรียกว่ามีชู้ แต่เป็นการประพฤติชั่วซึ่งเป็นเหตุหย่าได้⁷⁴ ดังนั้นการมีชู้ตามกฎหมายไทยจึงเป็นเพียงเหตุของการฟ้องหย่า และเป็นเงื่อนไขในการเรียกร้องค่าเสียหายจากคู่สมรสที่มีชู้และชู้ ซึ่งได้บัญญัติไว้ในบรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวมาตรา 1523 ได้บัญญัติว่า “เมื่อศาลพิพากษาให้หย่ากันเพราะเหตุตามมาตรา 1516 (1) ภริยาหรือสามีมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากสามีหรือภริยาและจากผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหรือผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้น สามีจะเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินภริยาในทำนองชู้สาวก็ได้และภริยาจะเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่นที่แสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาวก็ได้

⁷² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 96-97/2485. (2548). กรุงเทพฯ: ศาลฎีกา. อ้างถึงใน ประสพสุข บุญเดช, ใน คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 15, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2549), 375-376.

⁷³ เรื่องเดียวกัน, 376-378.

⁷⁴ ประสพสุข บุญเดช, ใน คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 15, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 377-378.

ถ้าสามีหรือภริยายินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการตามมาตรา 1516 (1) หรือให้ผู้อื่นกระทำการตามวรรคสอง สามีหรือภริยานั้นจะเรียกค่าทดแทนไม่ได้ ในกรณีดังกล่าวนี้ หากฟ้องหย่าและเรียกค่าทดแทนเพราะเหตุที่อุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทริยาหรือสามี เมื่อศาลพิพากษาให้หย่าด้วยเหตุดังกล่าว ภริยาหรือสามีก็มีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากอีกฝ่ายหนึ่ง และผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่อง รวมถึงผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการฟ้องหย่าอีกด้วย นอกจากนี้ สามีหรือภริยาจะฟ้องหย่าหรือเรียกค่าทดแทนในคดีเดียวกันหรือไม่ก็ได้ ซึ่งจะไม่ทำให้สิทธิในการเรียกค่าทดแทนสิ้นไปในภายหลัง แต่จะฟ้องเรียกค่าทดแทนก่อนฟ้องหย่าไม่ได้ ส่วนในกรณีที่สามีหรือภริยามีความสัมพันธ์ทางเพศกับเพศเดียวกันถือว่าไม่เป็นเหตุฟ้องหย่า ดังนั้นจึงเรียกค่าทดแทนไม่ได้และไม่ถือว่าเป็นการล่วงเกินในทำนองชั่วสาวที่สามีหรือภริยามีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าทดแทนได้

ในกรณีที่สามีจะเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินภริยาไปในทำนองชั่วสาว หรือ ภริยาฟ้องเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่นที่แสดงตนโดยเปิดเผยว่ามีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชั่วสาว สามีหรือภริยามีสิทธิเรียกค่าทดแทนได้โดยไม่ต้องฟ้องหย่าก่อน ซึ่งจะเห็นได้ว่าความหมายของการล่วงเกินไปในทำนองชั่วสาวคือการกระทำที่ชายกระทำต่อหญิงเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกายด้วยความมุ่งหมายทางเพศ โดยไม่จำเป็นต้องที่จะต้องแตะต้องเฉพาะอวัยวะเพศของหญิงเท่านั้น และมีความหมายรวมถึงการทำชู้ด้วย

ส่วนสิทธิของภริยาที่จะฟ้องหย่าและเรียกค่าทดแทนนั้น ในกรณีที่สามีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหญิงอื่นฉันทริยา ซึ่งเป็นเรื่องสามีกระทำไปโดยสมัครใจ เมื่อสามีและภริยาได้หย่าขาดจากกันด้วยเหตุดังกล่าวแล้ว ภริยาจะมีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากสามีและหญิงนั้นได้ ส่วนหญิงผู้ซึ่งได้รับการยกย่องหรืออุปการะเลี้ยงดูไม่จำเป็นต้องรู้ว่าชายเป็นสามีคนอื่น เพราะว่าการรับผิดชอบทางแพ่งไม่จำเป็นต้องอาศัยเจตนาเป็นสำคัญเช่นทางอาญา และความรับผิดชอบในกรณีนี้ก็เป็นบทพิเศษ จึงไม่จำเป็นต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ สังเกตว่าในกรณีนี้ ทั้งสามีและหญิงอื่นต่างแสดงความสัมพันธ์เสมือนเป็นสามีภริยากัน การนำสืบในกรณีดังกล่าวนี้จึงง่ายกว่าการนำสืบกรณีภริยามีชู้ กล่าวคือ พิสูจน์เฉพาะพฤติการณ์ภายนอกว่าได้มีการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องฉันทริยากันก็เพียงพอ แต่หากภริยาจะเรียกร้องค่าทดแทนได้ก็ต่อเมื่อภริยาได้หย่าขาดจากสามีเพราะเหตุนี้เท่านั้น

กรณีที่ภริยาเรียกค่าทดแทนกรณีหญิงอื่นแสดงตนโดยเปิดเผยว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชั่วสาว หลักเกณฑ์ในกรณีดังกล่าวนี้เช่นเดียวกันกับการเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินภริยาไปในทำนองชั่วสาว กล่าวคือไม่ว่าสามีจะยินยอมเปิดเผยความสัมพันธ์หรือไม่ก็ตาม หากว่าหญิงอื่นมาแสดงความสัมพันธ์กับสามีก็เพียงพอแล้ว จึงมิได้มีเงื่อนไขว่าภริยาต้องฟ้องหรือหย่าขาดจากสามี ภริยามีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่นซึ่งได้แสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่ามี

ความสัมพันธ์กับสามีของตนในทำนองชู้สาวได้ นอกจากนี้ ศาลไทยยังมีมาตรการในการกำหนดค่าทดแทนนั้น โดยที่ศาลต้องคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ ประกอบด้วย เช่น พิจารณาจากความเสียหายที่ภริยาพึงได้รับ พฤติการณ์แห่งคดี และสถานะของกลุ่มสมรสเป็นหลัก ซึ่งศาลมีอำนาจกำหนดให้ตามฐานารูปของผู้ได้รับความเสียหาย ซึ่งรวมถึงความเสียหายแก่ชื่อเสียงและเกียรติคุณทางสังคมด้วย

อย่างไรก็ดี หากสามีหรือภริยายินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทริยาหรือสามี หรือให้ผู้อื่นกระทำตามมาตรา 1523 วรรคสอง สามีหรือภริยาจะเรียกค่าทดแทนไม่ได้ เพราะถือว่าตนไม่สงวนสิทธิที่จะถูกละเมิดในกรณีนี้และไม่อาจอ้างเป็นเหตุหย่าได้ สิทธิในการฟ้องเรียกค่าทดแทนในกรณีที่มิชู้หรือเป็นชู้นั้นย่อมระงับไปเมื่อพ้นกำหนด 1 ปี นับแต่วันที่ผู้กล่าวอ้างรู้หรือควรรู้ความจริงซึ่งตนได้ยกขึ้นกล่าวอ้าง

ถึงแม้ว่าตามกฎหมายไทยได้บัญญัติให้การมีชู้ หรือ การเป็นชู้เป็นเพียงเหตุหย่า และไม่ได้บัญญัติไว้เป็นความผิดทางอาญา โดยในทางอาญานั้นได้บัญญัติเพียงการสมรสซ้อนว่าถือเป็นความผิดกล่าวคือ การแจ้งต่อนายทะเบียนว่ามีสถานะโสด ไม่มีคู่สมรส ทั้งๆที่ตนเองมีคู่สมรสอยู่แล้ว ถือเป็นความผิดฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 137⁷⁵ หรือ ฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานจดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชน หรือ เอกสารราชการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 267⁷⁶

3.4.2.1 ข้อยกเว้นเหตุฟ้องหย่า

นอกจากนี้ตามมาตรา 1517 วรรคหนึ่งประมวลกฎหมายแพ่ง และ พาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวได้บัญญัติถึงหลักการยินยอม (consent) หรือ รู้เห็นเป็นใจ (connive) ของสามีภริยาในการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่ง คู่สมรสจะยกขึ้นเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้ เพราะถือว่าสามีหรือ ภริยานั้นไม่ได้เป็นผู้ที่ถูกทำละเมิด เป็นการยอมรับผลร้าย หรือ ความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับตนเป็นการล่วงหน้า จึงไม่อาจจะอ้างว่าตนถูกทำละเมิด หรือ ได้รับความเสียหายตามหลักกฎหมายที่ว่า *Volenti non fit injuria* แม้ว่าคู่สมรสของตนนั้นจะกระทำการเป็นชู้ หรือ มีชู้ก็ตาม หากการกระทำดังกล่าวได้รับการยินยอม หรือ โดยความสมัครใจของอีกฝ่ายหนึ่งแล้วถือว่าคู่สมรสฝ่ายที่ยินยอม หรือ สมัครใจนั้นจะใช้เป็นเหตุในการหย่าร้างไม่ได้ ทั้งจะอ้างเป็นเหตุฟ้องเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1523 ก็ไม่ได้เช่นกัน

⁷⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2614/2518. (2518). กรุงเทพฯ: ศาลฎีกา. อ้างถึงใน ฌฐพงษ์ ตั้งสากล, ใน ความรับผิดชอบทางอาญารฐานสมรสซ้อน, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), 2.

⁷⁶ เรื่องเดียวกัน, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5052/2530. (2530). กรุงเทพฯ: ศาลฎีกา, 2.

3.4.2.2 กรณีสิทธิฟ้องระงับ

การให้อภัย (condonation) ซึ่งหมายถึงการให้คู่สมรสฝ่ายที่ทำความผิดกลับคืนสู่ฐานะในทางครอบครัวดังเดิม โดยคู่สมรสฝ่ายที่ให้อภัยได้รับรู้ข้อเท็จจริงทั้งหมดเกี่ยวกับการกระทำผิด เช่น ภริยารับรู้ว่าสามีมีภริยาน้อยแต่ก็ให้อภัยเพราะเห็นแก่บุตร ซึ่งมีเจตนาที่จะยกโทษให้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการมีเจตนาที่จะไม่ใช้สิทธิฟ้องหย่าต่อสามีที่มีภริยาน้อยนั่นเอง เหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้การให้อภัยเป็นเหตุทำให้สิทธิฟ้องหย่าหมดสิ้นไปก็เพราะ เมื่อยินยอมให้คู่สมรสฝ่ายที่ให้อภัยแล้วกลับคำตัดสินของตัวเองได้ก็จะเป็นธรรมดาแก่คู่สมรสฝ่ายที่ทำความผิด⁷⁷ ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1518

3.4.2.3 อายุความในการฟ้องคดี

ในมาตรา 1529 ยังได้กำหนดอายุความไว้หนึ่งปี นับแต่วันที่คู่สมรสฝ่ายมีสิทธิฟ้องหย่าได้รู้ หรือ ควรรู้ว่าคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีชู้ ทั้งนี้โดยกฎหมายมีความประสงค์ที่จะให้รีบฟ้องคดีเสียโดยเร็ว ในต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษกำหนดอายุความในการฟ้องหย่าไว้หกเดือนเท่านั้น

3.5 การมีชู้ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

3.5.1 นิยามการมีชู้ของสหรัฐอเมริกา

ความหมายของการมีชู้ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ การมีชู้หมายถึงการมีความสัมพันธ์ทางเพศด้วยความสมัครใจระหว่างบุคคลที่สมรสแล้วกับบุคคลอื่นนอกจากคู่สมรสของตนเรียกว่าการมีชู้ หรือ “adultery” สำหรับความสัมพันธ์ทางเพศที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลสองคนที่ไม่ได้ทำการสมรสเรียกว่าการผิดประเวณี หรือ “fornication” หากกรณีที่ฝ่ายหนึ่งซึ่งร่วมในการประเวณินั้นเป็นบุคคลที่ได้ทำการสมรสกับบุคคลอื่นแล้ว เรียกว่า “มีชู้” ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งร่วมในการประเวณีเป็นบุคคลที่ไม่ได้ทำการสมรสเรียกว่า “ผิดประเวณี” อย่างไรก็ตาม ในศาลของบางมลรัฐมีแนวคิดเกี่ยวกับสถานภาพของบุคคลเหล่านี้ว่า ทั้งสองจะมีความผิดในฐานะการมีชู้หากหญิงที่ทำการสมรสไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่นถึงแม้ว่าชายนั้นจะทำการสมรสหรือไม่ก็ตาม

Model Penal Code นั้นเป็นประมวลกฎหมายมาตรฐานของสหรัฐอเมริกา ซึ่งร่างโดย American Law Institute และเป็นแบบของกฎหมายอาญาที่มีอิทธิพลมากต่อแนวความคิดในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่ง Model Penal Code มีได้กำหนดให้การมีชู้ (adultery) และการผิดประเวณี (fornication) ซึ่งเป็น

⁷⁷ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 15, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2549), 376.

ความผิดในทางอาญาไว้ในหมวดของความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยได้ให้เหตุผลว่าการกระทำดังกล่าวนี้เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ และมีได้ถูกกล่าวถึงในหมวดความผิดต่อครอบครัวแต่อย่างใด⁷⁸

3.5.2 กฎหมายของมลรัฐต่างๆ

3.5.2.1 มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California)

กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียในมาตรา 269a ของกฎหมายที่เรียกว่า California penal code ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการประพฤติดั้งเดิมของสามีภริยาว่า บุคคลใดที่อยู่ด้วยกันฉันสามีภริยากับบุคคลอื่น หรือ มีชู้ จะมีความผิดละหุโทษ และ จะถูกปรับไม่เกิน 1000\$ หรือ จำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือ ทั้งจำทั้งปรับ ส่วนในมาตรา 269b ก็อธิบายการมีชู้ของบุคคลที่สมรสแล้ว ซึ่งได้ระบุว่า หากชาย และ หญิงที่เป็นชู้กันต่างฝ่ายต่างมีคู่สมรส ทั้งสองจะถูกลงโทษในสถานหนัก และจะถูกจำคุกไม่เกินห้าปี แต่ในปัจจุบันนี้ความผิดประเวณีของสามีภริยาได้ถูกยกเลิกไปแล้ว ดังนั้นสำหรับมลรัฐแคลิฟอร์เนียการผิดประเวณีของสามีภริยาจึงไม่ถือเป็นความผิดในทางอาญา เห็นได้จากบทบัญญัติของ California penal code ในหัวข้อที่ 9 ว่าด้วยเรื่องการกระทำผิดฐานข่มขืน ทำชำเรา การกระทำที่ผิดทำนองคลองธรรมของสังคม และศีลธรรม ซึ่งประกอบด้วย 13 บท ที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่อง การข่มขืน การลักพาตัว การร่วมประเวณีกับเด็ก การล่อลวงให้มีการร่วมประเวณี การสมรสซ้อน การร่วมประเวณีกับญาติใกล้ชิด และการกระทำผิดทางเพศที่ผิดธรรมชาติ เป็นต้น ในบทบัญญัติทั้ง 13 บท ของกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการกระทำที่ผิดทำนองคลองธรรม และผิดศีลธรรมของมลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่ได้บัญญัติไว้ถึงเรื่องการมีชู้หรือการผิดประเวณีของสามีภริยาแต่อย่างใด⁷⁹

สำหรับกฎหมายครอบครัวของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย California family code มาตรา 2310-2313 ที่บัญญัติเกี่ยวกับเหตุของการสิ้นสุดการสมรสตามกฎหมาย กล่าวคือ การสิ้นสุดการสมรส หรือ การแยกกันอยู่ระหว่างสามีภริยาตามกฎหมายนั้นสามีภริยาจะต้องมีสาเหตุของการหย่าร้างดังต่อไปนี้

1. ไม่สามารถอยู่ด้วยกันอย่างเป็นปกติสุขได้ กล่าวคือ ชีวิตการสมรสได้แตกสลายซึ่งไม่มีทางจะรักษา หรือ เยียวยาได้

⁷⁸ พิษณุ ป้อมแก้ว, ความผิดสำหรับการอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรส: ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), 24.

⁷⁹ California Government, **California Penal Code**, (1872), Retrieved October 5, 2011, from http://www.leginfo.ca.gov/.html/pen_table_of_contents.html

2. คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริตซึ่งไม่สามารถจะรักษาได้

กฎหมายครอบครัวของมลรัฐนี้ได้กำหนดไว้ว่าการที่สามีภริยาจะใช้เหตุหย่าต่างๆเพื่อขอหย่าขาดจากคู่สมรสของตนนั้น ศาลมีหน้าที่ในการพิจารณาถึงความถูกต้องเหมาะสมของเหตุหย่าดังกล่าวเพื่อพิจารณาตัดสินว่าการหย่าขาดกระทำได้หรือไม่ หากเหตุหย่าที่คู่สมรสได้อ้างมานั้นเหมาะสมในการหย่าร้างแล้วศาลก็จะตัดสินให้หย่าขาดจากความเป็นสามีภริยากัน ในกรณีวิกลจริตอย่างถาวรนั้น เหตุผลเดียวที่ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าได้รับการรักษาทางการแพทย์ หรือ มีหลักฐานว่าได้รับการรักษาทางจิตวิทยา ซึ่งคู่สมรสยังคงวิกลจริตในเวลาที่คู่สมรสอีกฝ่ายยื่นฟ้องหย่า และยังคงวิกลจริตต่อไป อย่างไรก็ดี สามีภริยาที่ได้หย่าขาดกันแล้วยังต้องมีหน้าที่ในการจ่ายค่าเลี้ยงดูให้คู่สมรสฝ่ายวิกลจริตตามกฎหมาย ซึ่งศาลจะเป็นผู้พิจารณาตามความเหมาะสม และตามสถานภาพของอีกฝ่ายหนึ่งด้วย⁸⁰ การที่กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่ได้บัญญัติเหตุฟ้องหย่าเหมือนกับกฎหมายไทย และกฎหมายลาวนั้น หมายความว่ากฎหมายได้ให้อำนาจแก่ศาล หรือผู้พิพากษาเป็นฝ่ายใช้ดุลพินิจในการตัดสินคู่สมรสว่าจะสามารถประกอบชีวิตการสมรสกันได้อีกหรือไม่ซึ่งไม่เกี่ยวกับว่าเหตุหย่านั้นจะด้วยเหตุใด หากศาลเห็นว่าเหตุดังกล่าวมีความเหมาะสมในการหย่าร้างแล้วศาลจะพิจารณาให้หย่าขาดจากกันได้

3.5.2.2 มลรัฐแอละแบมา (Alabama)

กฎหมายอาญาของมลรัฐแอละแบมาได้ให้นิยาม และลงโทษการกระทำผิดฐานมีชู้หรือการผิดประเวณีของสามีภริยาไว้ใน Section 13A-13-2 ว่า การมีชู้คือการมีความสัมพันธ์ทางเพศที่เกิดจากบุคคลหนึ่งกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน และการอยู่กินฉันสามีภริยากับบุคคลอื่นในขณะที่ตน หรือบุคคลนั้นมีคู่สมรส ส่วนในข้อสองของมาตรานี้ระบุว่า หากผู้ที่ถูกกล่าวหาสามารถพิสูจน์ให้ศาลเชื่อได้ว่าเขาเชื่อว่าบุคคลที่เขามีความสัมพันธ์ทางเพศ หรืออยู่กินฉันสามีภริยาดังนั้นเป็นบุคคลที่ไม่ได้ทำการสมรส ก็จะพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งในมาตรานี้ยังได้กำหนดให้การมีชู้ถือเป็นความผิดในทางอาญารัฐโทษในระดับ B⁸¹ ที่กำหนดโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนไว้ใน Section 13A-5-7⁸² ถึงแม้ว่ามลรัฐแอละแบมาได้บัญญัติการมีชู้ไว้เป็นความผิดในกฎหมายอาญา

⁸⁰ California Government, **Family Code Section 2310-2313**, (1994), Retrieved October 5, 2011, from <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=fam&group=02001-03000&file=2310-2313>

⁸¹ Alabama Lawyers, **Criminal Code of Alabama section 13A-13-2-Adultery**, (1975), Retrieved October 7, 2011, from <http://law.onecle.com/alabama/criminal-code/13A-13-2.html>

⁸² Alabama Lawyers, **Criminal Code of Alabama section 13A-5-7-Sentences of imprisonment for misdemeanors and violations**, (1975), Retrieved October 7, 2011, from <http://law.onecle.com/alabama/criminal-code/13A-5-7.html>

ก็ตาม แต่กฎหมายยังได้จัดให้ความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรง หรือ เป็นความผิดเล็กน้อย ซึ่งนอกจากนี้กฎหมายยังได้บัญญัติให้ผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองได้โดยการ พิสูจน์ว่าเขา หรือ เธอเชื่อมาตลอดว่าบุคคลที่อยู่กั้นกันสามีกิริยาดังนั้นคือบุคคลที่ไม่ได้ทำการ สมรส ในกรณีนี้จำเลยก็จะพ้นจากความผิดดังกล่าวได้ ส่วนในกฎหมายครอบครัวของมลรัฐ แอลาบามาได้บัญญัติเหตุฟ้องหย่าไว้ 12 เหตุ ซึ่งหนึ่งในนั้นก็คือ การมีชู้⁸³

3.5.2.3 กฎหมายของมลรัฐวอชิงตัน (Washington)

สำหรับการมีชู้ตามกฎหมายของมลรัฐวอชิงตันไม่ได้บัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญา ซึ่งในหมวดที่ 9A.64 ว่าด้วยเรื่องความผิดต่อครอบครัวบัญญัติเพียง ความผิดฐานสมรสซ้อน ความผิดฐานร่วมประเวณีกับญาติใกล้ชิด และความผิดเกี่ยวกับการซื้อ และขายเด็ก⁸⁴ ส่วนในเรื่องการ บัญญัติกฎหมายครอบครัวของมลรัฐวอชิงตันเกี่ยวกับเรื่องการสิ้นสุดการสมรสนั้น ได้ให้ความหมาย ของการสิ้นสุดการสมรส และวัตถุประสงค์ของการพิจารณาเกี่ยวกับการหย่าร้างในศาลว่า การสิ้นสุด การสมรสคือ การหย่าขาดจากการสมรสอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ในมลรัฐวอชิงตันคู่สมรสฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่ง หรือ ทั้งสองฝ่ายสามารถฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้สิ้นสุดการสมรสได้ ซึ่งในทางกฎหมายแล้ว เรียกว่า การล่มสลายของการสมรสที่หมายถึงคู่สมรสไม่อาจประกอบชีวิตคู่ หรือ ไม่อาจกลับมาใช้ ชีวิตกันสามีกิริยาได้ดังเดิม หากคู่สมรสร้องต่อศาลแล้วถึงแม้ว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ยินยอมก็ตาม ศาล จะให้คู่สมรสทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันเกี่ยวกับค่าเลี้ยงดูบุตร การแบ่งสินสมรส และ หนี้สิน หรือ อาจ มีค่าเลี้ยงดูคู่สมรสอีกฝ่าย หลังจากนั้นศาลก็จะทำการพิจารณาหย่าขาดให้คู่สมรส การหย่าร้างในมล รัฐวอชิงตัน คู่สมรสไม่จำเป็นต้องพิสูจน์หาความผิด หรือ ความบกพร่องใดของอีกฝ่ายเพื่อเป็นเหตุ ในการฟ้องหย่า (เช่น คู่สมรสถูกทารุณทางจิตใจ หรือ เพราะสาเหตุของการมีชู้) กฎหมายของมลรัฐ นี้ได้ใช้ระบบที่ทำให้คู่สมรสไม่มีความผิด ซึ่งการบัญญัติกฎหมายไว้เช่นนี้ ก็เพื่อเป็นการช่วยให้คู่ สมรสได้ยุติปัญหาต่างๆโดยปราศจากความโกรธแค้น หรือ ความขุ่นเคืองใดๆ⁸⁵

⁸³ Alabama Lawyers, **Criminal Code of Alabama section 30-2-1-Grounds; Divorce judgement awarded to both parties**, (1975), Retrieved November 2, 2011, from <http://law.onecle.com/alabama/marital-and-domestic-relations/30-2-1.html>

⁸⁴ Washing State Legislature, **Family offenses Chapter 9A.64 RCW**, (2010), Retrieved November 2, 2011, from <http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=9A.64>

⁸⁵ Washington Court, **Family Law Handbook**, (Washington: n.p., 2009), 4-10, Retrieved November 4, 2011, from <http://www.courts.wa.gov/newsinfo/content/pdf/familylawhandbook.pdf>

3.5.2.4 มลรัฐมินนิโซต้า (Minnesota)

มลรัฐมินนิโซต้าเป็นอีกมลรัฐหนึ่งที่ได้บัญญัติความผิดฐานมีชู้ หรือการผิดประเวณีของสามีภริยาไว้ในกฎหมายอาญา แต่ถึงอย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่ามลรัฐมินนิโซต้าจะบัญญัติกฎหมายห้ามในเรื่องความสัมพันธ์ทางเพศที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่สมรสกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสก็ตาม แต่การลงโทษในความผิดดังกล่าวนี้ จะลงโทษเฉพาะกรณีที่มีความสัมพันธ์ทางเพศเกิดขึ้นในระหว่างหญิงสมรสกับชายอื่นที่ไม่ใช่สามีของหญิงเท่านั้น ซึ่งก็หมายความว่าหากความสัมพันธ์ทางเพศที่เกิดขึ้นระหว่างชายที่สมรสกับหญิงที่ไม่ใช่ภริยาแล้วไม่ถือเป็นความผิดในทางอาญาด้านมีชู้ ในมลรัฐดังกล่าวนี้ ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติไว้ว่า “หญิงที่สมรสแล้วหากไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่นนอกจากคู่สมรสของตน ถึงแม้ว่าชายนั้นจะทำการสมรสหรือไม่ก็ตาม ทั้งสองจะมีความผิดฐานมีชู้ และจะถูกลงโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือ ปรับไม่เกิน 3000 \$ หรือ ทั้งจำทั้งปรับ”⁸⁶

3.6 สรุป

จากการศึกษาถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายอาญาลาวในความผิดประเวณีของสามีภริยา จะเห็นได้ว่า กฎหมายดังกล่าวถูกบัญญัติและบังคับใช้มาเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน เริ่มตั้งแต่สมัยที่ประเทศปกครองโดยระบอบกษัตริย์สืบเนื่องมาถึงระบอบที่ประเทศตกเป็นอาณานิคมของต่างชาติจนกระทั่งปัจจุบันยังคงถือเป็นการกระทำความผิดทางอาญา มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดในสังคมลาว โดยการใช้มาตรการในทางอาญาเพื่อข่มขู่ผู้กระทำความผิดให้เกรงกลัวต่อบทลงโทษ เป็นการรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของสถาบันครอบครัว จะเห็นได้ว่าในเรื่องดังกล่าวนี้มีบางประเทศได้บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาเช่นเดียวกัน กล่าวคือ บางมลรัฐของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติความผิดประเวณีของสามีภริยาให้เป็นความผิดในทางอาญาเพื่อปกป้องสถาบันครอบครัว แต่อย่างไรก็ตาม พบว่า มีหลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกาและหลายประเทศในโลกไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดดังกล่าวในทางอาญาแต่ประการใด เนื่องมาจากแต่ละสังคมมีจารีตประเพณีวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน ดังนั้นจึงทำให้คนในสังคมนั้นๆมีแนวความคิดในเรื่องดังกล่าวแตกต่างกัน เช่น ตามกฎหมายของประเทศไทย การผิดประเวณีของสามีภริยา หรือ “การเป็นชู้” หรือ “การมีชู้” ไม่ถือเป็นความผิดในทางอาญา แต่คู่สมรสสามารถใช้เป็นเหตุฟ้องหย่าและ

⁸⁶ State of Minnesota, **Minnesota Statutes 609.36 Adultery**, (2011), Retrieved November 4, 2011, from <https://www.revisor.mn.gov/statutes/?id=609.36&format=pdf>

เรียกร้องค่าทดแทนจากคู่สมรสฝ่ายที่มีชู้ หรือ เป็นชู้ หรือ ผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่าได้ สำหรับประเทศลาว หากการกระทำเช่นนี้เกิดขึ้น บุคคลที่กระทำจะมีความรับผิดชอบในทางอาญา และจะถูกลงโทษ โดยเฉพาะสังคมในอดีต การผิดประเวณีของสามีภริยาคือเป็นเรื่องที่น่ารังเกียจของสังคม ยิ่งไปกว่านั้น หากเรื่องดังกล่าวนี้เกิดขึ้นเนื่องจากหญิงคบชู้คนอื่นหรือที่เรียกว่า “หญิงมีชู้” สิ่งนี้ถือเป็นการกระทำความผิดที่ร้ายแรงของสังคม หญิงที่ได้กระทำเช่นนี้จะถูกลงโทษอย่างรุนแรงทั้งในทางสังคมและในทางกฎหมาย แต่สำหรับสังคมลาวในปัจจุบันเห็นว่า มีการเปลี่ยนแปลงและพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจสังคมเป็นอย่างมากจากอดีต ซึ่งทำให้วิถีชีวิตของคนในสังคมนั้นได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ดังนั้น จึงเป็นที่น่าพิจารณาว่า การบัญญัติกฎหมายอาญาในความผิดประเวณีของสามีภริยาจะยังคงเหมาะสมในการแก้ไขปัญหาการประเวณีของสามีภริยาในสังคมลาวปัจจุบันได้หรือไม่ อย่างไร ซึ่งผู้เขียนจะได้นำเสนอในบทต่อไป



บทที่ 4

วิเคราะห์สภาพปัญหาและการบังคับใช้กฎหมายอาญา ในความผิดประเวณีของสามีภริยา

4.1 ปัญหาบางประการเกี่ยวกับกฎหมายอาญาในความผิดประเวณี

จากการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายอาญาในความผิดฐาน “ทำผิดประเวณี” หรือ การผิดประเวณีของสามีภริยาตามบทบัญญัติของกฎหมายลาว พบว่ามีปัญหาที่จะต้องพิจารณาบางประการในความผิดดังกล่าวนี้ เช่น ปัญหาการตีความกฎหมายที่ไม่เหมาะสมซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมตามหลักกระบวนการยุติธรรมทางอาญา นอกจากนี้ยังพบว่ามีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เป็นธรรมเนื่องมาจากการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน รวมไปถึงปัญหาในการกำหนดอัตราโทษที่ไม่เหมาะสม ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนี้ นอกจากจะทำให้เกิดปัญหาในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติที่เกี่ยวกับการผิดประเวณีของสามีภริยาแล้ว ยังพบว่าบทบัญญัตินี้ยังมีผลให้กฎหมายในส่วนของวิธีสบัญญัติไม่สอดคล้องกับหลักกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอีกด้วย อีกทั้งบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาลาวเป็นระยะเวลายาวนาน แต่ไม่ได้รับการปรับปรุงแก้ไขให้มีความสอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบันแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้กฎหมายที่รัฐสร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ใช้เป็นมาตรการควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคม อาจถูกใช้ไปในทางที่ไม่ถูกต้องชอบธรรม ส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และความสงบเรียบร้อยของสังคมได้

4.1.1 วิเคราะห์สภาพปัญหาของการตีความกฎหมาย

ตามรัฐธรรมนูญลาว มาตรา 56 ได้บัญญัติให้คณะประจำสภาแห่งชาติมีหน้าที่ในการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายลาว ทำให้กระบวนการดำเนินคดีอาญาในทุกขั้นตอนตั้งแต่ขั้นตอนของพนักงานสอบสวน อัยการ หรือศาล ต้องสอดคล้องกับการตีความของสภาแห่งชาติ ในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดประเวณีของสามีภริยา คณะประจำสภาแห่งชาติได้มีมติว่าด้วยการตีความกฎหมาย ฉบับเลขที่ 70/คปจ ลงวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 2008 ว่าด้วย

การตีความกฎหมายในฐานะความผิดประเวณีของสามีภริยา ประกอบกับคำแนะนำของประธานศาลฎีกาฉบับเลขที่ 368 / สปส ลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 2008 ระบุให้ศาลทั่วประเทศได้รับทราบและปฏิบัติตามการตีความกฎหมายดังกล่าวของสภา ซึ่งสภาได้ตีความกฎหมายในความผิดดังกล่าวเป็นสองกรณีคือ กรณีที่หนึ่ง การมีความสัมพันธ์ทางเพศที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่สมรสแล้วกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน ในกรณีนี้เป็นกรณีที่มิพยานหลักฐานโดยตรงในการเอาผิดผู้ถูกกล่าวหา หรือผู้ถูกกล่าวหาได้รับสารภาพว่าได้กระทำความผิดจริง กรณีที่สองคือ กรณีที่ไม่มีพยานหลักฐานโดยตรงว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดประเวณีของสามีภริยา จึงต้องใช้การตีความเพื่อเอาผิดผู้ถูกกล่าวหาขึ้น ซึ่งการตีความได้บัญญัติว่า “บุคคลที่สมรสแล้วหากได้มีความรักใคร่ในทางชั่วสาวกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน ซึ่งทั้งสองได้อยู่ในห้องนอน โรงแรม ห้องส่วนตัวต่างๆ หรือ ได้อยู่ในสถานที่ลับด้วยกันให้ถือว่าทั้งสองได้กระทำความผิดฐานประเวณีของสามีภริยาที่บัญญัติไว้ในมาตรา 126 ของกฎหมายอาญาลาว”⁸⁷

จากการตีความของสภาแห่งชาติเกี่ยวกับการผิดประเวณีของสามีภริยาข้างต้น จะเห็นได้ว่าเป็นการตีความที่ทำให้ไม่จำเป็นจะต้องพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของผู้ถูกกล่าวหาว่าถึงขั้นได้มีความสัมพันธ์ทางเพศจริงหรือไม่ แต่ประเด็นสำคัญที่นำมาพิจารณาว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้กระทำความผิดหรือผู้บริสุทธิ์นั้นมีอยู่สองประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง การพิสูจน์ว่าผู้ถูกกล่าวหาทั้งสองมีความรักใคร่เสน่หากันหรือไม่ และ ประการที่สอง พิจารณาว่าผู้ถูกกล่าวหาได้อยู่ในสถานที่เดียวกันตามที่บัญญัติไว้ใน การตีความของสภาแห่งชาติหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติขั้นตอนการค้นหาความจริงของเจ้าพนักงานสอบสวน อัยการ หรือศาลเอง กรณีที่ชายและหญิงมีความรักความเสน่หากันนั้นเป็นสิ่งที่พิสูจน์ได้ยาก เพราะเป็นเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจของบุคคล นอกจากนี้ การแสดงออกถึงความรักก็ไม่มีรูปแบบที่ตายตัว หรืออาจจะมีความรักแต่ไม่ได้มีการแสดงความรักหรือความรู้สึกนั้นออกมาภายนอก อีกทั้งในประเด็นดังกล่าวนี้ก็ไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลลาว หรือคำอธิบายกฎหมายที่ชัดเจนว่าศาลมีแนวทางในการพิสูจน์ไว้อย่างไร ในทางกลับกันพบว่า กระบวนการดำเนินคดีผิดประเวณีของสามีภริยาลาวไม่ได้ให้ความสำคัญหรือตระหนักในประเด็นดังกล่าวนี้เท่าไรนัก ดังนั้นจึงเป็นสาเหตุทำให้แนวทางในการปฏิบัติงานส่วนใหญ่เน้นไปที่การพิสูจน์เพียงพฤติกรรมภายนอกของผู้ถูกกล่าวหาว่าได้อยู่ในสถานที่เดียวกันตามการตีความกฎหมายของสภาแห่งชาติหรือไม่เท่านั้น

⁸⁷ คณะประจำสภาแห่งชาติ, มติตกลงของคณะประจำสภาแห่งชาติว่าด้วยการตีความกฎหมาย, (29 พฤษภาคม 2551).

เนื่องจากโทษในทางอาญานั้นมีผลกระทบกระเทือนต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชน การกำหนดให้พฤติกรรมของบุคคลใดเป็นพฤติกรรมที่เป็นความผิดและต้องได้รับการลงโทษทางอาญานั้น ต้องกำหนดไว้ในกฎหมายอาญาดำวยว่าการกระทำความผิดเป็นความผิดอาญาในขณะนั้น เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความถูกต้องของมนุษย์ การลงโทษทางอาญา ซึ่งกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมากกว่ากฎหมายใดๆ ที่มีในการปกครองของสังคมนั้น ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ก็ได้ถูกบัญญัติไว้ใน มาตรา 2 ของกฎหมายอาญาลาวว่าด้วยพื้นฐานความรับผิดชอบทางอาญาที่ได้บัญญัติว่า “บุคคลใดจะมีความรับผิดชอบทางอาญาและจะถูกลงโทษทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้กระทำความผิดโดยเจตนาหรือโดยประมาทที่เป็นภัยอันตรายต่อสังคม ซึ่งได้กำหนดไว้ในกฎหมายอาญา หรือ กฎหมายฉบับอื่นของลาวที่ได้กำหนดโทษทางอาญา และต้องมีการพิพากษาแล้วเท่านั้น”⁸⁸ หากการตีความกฎหมาย หรือ การกำหนดบทสันนิษฐานว่าหญิงชายที่อยู่ในสถานเดียวกันมีความผิดทางอาญา เช่นนี้ก็ถือได้ว่าหญิงชายนั้นมีความผิดในฐานที่ได้อยู่ในสถานเดียวกัน ซึ่งมีใช้ความผิดฐานมีความสัมพันธ์ทางเพศกันในบทบัญญัติของกฎหมายอาญาลาวก็ไม่ได้กำหนดว่าการที่ชายและหญิงอยู่ในสถานเดียวกันถือเป็นความผิดแต่อย่างใด

4.1.1.1 พิจารณาตามหลักการตีความ

จากการศึกษาถึงหลักการตีความกฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษร จะตีความโดยขยายอย่างเช่นทางแพ่งไม่ได้ กล่าวคือ จะค้นหาความมุ่งหมายนอกจากการตีความตามถ้อยคำในตัวบทไม่ได้ นอกจากนี้ ในการปรับใช้กฎหมายจะเทียบเคียงใช้ด้วยบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือ อาศัยกฎหมายทั่วไปอย่างทางแพ่งก็ไม่ได้เช่นเดียวกัน หลักนี้ยังสืบมาจากนัยแห่งกฎหมายอาญาลาว มาตรา 2 ที่ได้บัญญัติไว้ว่า “บุคคลใดจะมีความรับผิดชอบทางอาญาและจะถูกลงโทษทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้กระทำความผิดโดยเจตนาหรือโดยประมาทที่เป็นภัยอันตรายต่อสังคม ซึ่งได้บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาหรือกฎหมายฉบับอื่นของประเทศลาวที่ได้กำหนดโทษทางอาญาและต้องมีคำพิพากษาของศาลเท่านั้น” ซึ่งตรงกับหลักในภาษาลาตินที่ว่า เมื่อไม่มีกฎหมาย ก็ไม่มีโทษ (*nulla poena sine lege*)” จะเห็นได้ว่าหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจของรัฐ ซึ่งหลักนี้เป็นหลักที่ว่าจะลงโทษบุคคลในทางอาญาได้ ต่อเมื่อกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด โดยมีผล

⁸⁸ กฎหมายอาญาลาว พ.ศ. 2548, กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 2, (9 ธันวาคม 2548), 402.

อยู่ในตัวเองว่ากฎหมายที่บัญญัติความผิดเช่นนั้นจะต้องบัญญัติโดยชัดแจ้งว่า การกระทำความผิดเป็นความผิด ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการนำหลักการตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัดไปผูกติดกับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (nulla poena sine lege) กล่าวคือ หลักการตีความโดยเคร่งครัดเป็นส่วนหนึ่ง หรือ สืบเนื่องมาจากหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย การตีความเพื่อลงโทษบุคคลจึงต้องคำนึงถึงตัวอักษรที่บัญญัติไว้เป็นกฎหมายเป็นหลัก จะตีความโดยค้นหาความมุ่งหมาย หรือ เจตนารมณ์ของกฎหมายมาลงโทษบุคคลเพียงเท่านั้นไม่ได้ เพราะการลงโทษทางอาญาแก่บุคคลจะทำได้แต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น กล่าวได้ว่า การตีความกฎหมายอาญาเพื่อลงโทษบุคคลนั้นต้องตีความโดยเคร่งครัดตามลายลักษณ์อักษร จะตีความโดยดูจากเจตนารมณ์ที่ต่างไปจากลายลักษณ์อักษร ไม่ได้⁸⁹ บทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญา ซึ่งกำหนดความผิดและบัญญัติโทษไว้จะต้องใช้บังคับตามตัวอักษร จะลงโทษได้ต้องมีบทกฎหมายโดยชัดแจ้ง ใช้บังคับโดยเฉพาะสำหรับการนั้น บัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้

จากการตีความเกี่ยวกับการผิดประเวณีของสามีภริยาตามกฎหมายลาว จะเห็นได้ว่าการตีความดังกล่าวยังไม่สอดคล้องกับหลักการตีความกฎหมายอาญาที่นานาอารยประเทศได้ให้การรับรองไว้ เนื่องจากรัฐได้กำหนดไว้ว่า “ชายและหญิงที่อยู่ในห้องหรือสถานที่ลับด้วยกันให้ถือเป็นการกระทำความผิดในฐานประเวณีของสามีภริยา” (ตามการตีความของสภาแห่งชาติ) แต่การกระทำความผิดไม่ได้ถูกบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดในกฎหมายอาญาลาวแต่อย่างใด สำหรับความผิดประเวณีของสามีภริยาที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 126 ของกฎหมายอาญาลาวนั้นได้กำหนดความผิดและบทลงโทษในกรณีที่ชาย หรือหญิงที่ได้สมรส หากไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน ซึ่งบทบัญญัติในมาตรานี้ได้ชี้ให้เห็นถึงความสัมพันธ์กันระหว่างการกระทำความผิดและบทลงโทษกล่าวคือ การกระทำความผิดคือ การมีความสัมพันธ์ทางเพศ ส่วนบทลงโทษคือ โทษจำคุก ดังนั้น หากมีความสัมพันธ์ทางเพศเกิดขึ้นก็จะได้รับการลงโทษจำคุกตามกฎหมายบัญญัติไว้ แต่หากไม่มีความสัมพันธ์ทางเพศเกิดขึ้นก็ไม่มี การลงโทษตามบทบัญญัติในมาตรานี้ ด้วยเหตุนี้ หากศาลพิสูจน์เพียงว่าชายและหญิงอยู่ในห้อง ห้องส่วนตัวต่างๆ หรืออยู่ในสถานที่ลับด้วยกันจึงไม่ถือเป็นการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญาตามมาตรา 126

อีกทั้ง ในพจนานุกรมภาษาลาวก็ได้ให้ความหมายของคำว่า “การประเวณี” หมายถึงชายและหญิงที่ได้มีความสัมพันธ์ทางเพศต่อกัน และพจนานุกรม Black’s Law dictionary ก็ได้ให้

⁸⁹ จิตติ ดิงศักดิ์, การตีความกฎหมายอาญา, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), 50, อ้างถึงใน อุดลย์ อุดมผล, ใน ปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการศึกษาตีความกฎหมายอาญา, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), 83-84.

ความหมายคำว่า adultery หรือ การผิดประเวณีของสามีภริยาว่า หมายถึงบุคคลที่สมรสได้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตนด้วยความสมัครใจ⁹⁰

จากการพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 126 พจนานุกรมภาษาลาวและพจนานุกรมของต่างประเทศ จะเห็นได้ว่าความหมายของการผิดประเวณีของสามีภริยาหมายถึงชายหรือหญิงที่สมรสไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน ซึ่งไม่ได้หมายความว่า เป็นการล่วงเกินในทำนองชู้สาวเท่านั้น แต่ต้องถึงขั้นมีการประเวณีที่ผิดกฎหมายเกิดขึ้น พิจารณาได้ว่า ผู้ที่กระทำความผิดที่จะได้รับการลงโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อศาลจะต้องพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าจำเลยได้มีความสัมพันธ์ทางเพศจริงตามข้อกล่าวหาถึงจะสอดคล้องกับการบัญญัติของกฎหมายในมาตรา 126 อย่างแท้จริง เนื่องจาก การผิดประเวณีของสามีภริยาไม่ใช่เป็นการประเมินจากการที่ชายและหญิงที่สมรสได้อยู่ด้วยกันในสถานที่ต่างๆ เท่านั้น แต่ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าทั้งสองได้มีความสัมพันธ์ทางเพศที่ผิดกฎหมายจริง ซึ่งหากศาลได้พิจารณาตัดสินคดีเพียงยึดถือตามการตีความของสภาโดยไม่คำนึงถึงการพิสูจน์ข้อเท็จจริงของคดีในเรื่องดังกล่าวแล้ว ถือได้ว่าการพิจารณาคัดสินลงโทษของศาล เป็นการพิจารณาคัดสินลงโทษการกระทำที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดอาญา และยังถือเป็นการลงโทษผู้ซึ่งไม่มีความผิดนั่นเอง ถึงแม้ว่ากฎหมายจะมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบสุขของสังคม ความศักดิ์สิทธิ์ของสถาบันครอบครัว แต่หากกฎหมายที่ปราศจากความยุติธรรมหรือไม่ได้อยู่บนพื้นฐานหลักนิติธรรมแล้ว ก็ไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของกฎหมายได้ ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายยิ่งกลับถูกใช้เพื่อทำร้ายบุคคลที่บริสุทธิ์อีกด้วย

อนึ่ง ในปัจจุบันนี้สภาพสังคมลาวได้มีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเนื่องจากความเจริญก้าวหน้าทางด้านเศรษฐกิจของประเทศ ดังนั้น จึงทำให้วิถีชีวิตของคนในสังคมลาวมีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคตามสมัย โดยเฉพาะในส่วนของ การติดต่อสื่อสารกันระหว่างบุคคลกับบุคคล เพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนความรู้ความสามารถ ทักษะและวัฒนธรรมต่อกัน ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลด้วยกันได้กลายเป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นในการอยู่ร่วมกันและการใช้ชีวิตของคนในสังคม สังคมจะหยุดนิ่งถ้าขาดการติดต่อสื่อสาร เนื่องจากการติดต่อสื่อสารมีอยู่ในทุกหนแห่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการดำเนินชีวิตประจำวัน และชีวิตการทำงาน ด้วยวิธีการแตกต่างกันไป เช่น การพูดคุย การส่งสัญญาณ รวมถึงการใช้สายตา หรือการใช้ภาษากาย ฯลฯ เพื่อการทำงานร่วมกันเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ส่งผลให้การทำงานประสบ

⁹⁰ Bryan, A. G., **Black's Law Dictionary**, Seven Edition, (United States of America: America., 1999), 52.

ความสำเร็จ และบรรลุเป้าหมาย ด้วยเหตุนี้ จึงพิจารณาได้ว่า การติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลกับบุคคลมีความสำคัญเป็นอย่างมาก การตีความของสภาในเรื่องการตีความของสามัญกริยาเป็นการตีความหรือให้ข้อสันนิษฐานที่ไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมปัจจุบันที่อยู่ในยุคของความเจริญก้าวหน้าทางด้านการติดต่อสื่อสารกันอย่างไร้พรมแดน ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าในส่วนของการตีความกฎหมายดังกล่าวนี้ ต้องได้รับการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบัน อีกทั้ง เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการตีความของกฎหมายอาญาที่นานาอารยประเทศให้การยอมรับ

4.1.1.2 พิจารณาตามหลักองค์ประกอบกระทำความผิดทางอาญาของกฎหมายอาญา

จากการศึกษาหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอาญา ซึ่งได้บัญญัติว่าการกระทำความผิดใดที่ถือเป็นการกระทำความผิดทางอาญาต้องประกอบด้วยองค์ประกอบของการกระทำความผิดทางอาญา 4 ประการ ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 7 ของกฎหมายอาญาอาญา ดังนี้

1. องค์ประกอบทางด้านเจตกรรม หมายถึง บุคคลที่กระทำความผิด หรือ ร่วมกระทำความผิด
2. องค์ประกอบทางด้านวัตถุกรรม หมายถึง ผู้เคราะห์ร้าย หรือ ผู้เสียหายจากการกระทำความผิด หรือ รัฐ
3. องค์ประกอบทางด้านภาวะวิสัย หมายถึง พฤติกรรมของผู้กระทำความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้น
4. องค์ประกอบด้านอัตวิสัย หมายถึง เจตนารมณ์ของผู้กระทำความผิดโดยที่ผู้กระทำความผิดมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ มีอายุสิบห้าปีบริบูรณ์ในขณะกระทำความผิด

หากเพียงแต่พิสูจน์ว่าไม่เข้าองค์ประกอบใดองค์ประกอบหนึ่งในองค์ประกอบความผิด 4 ประการนี้ถือได้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวไม่เป็นการกระทำความผิดอาญา

1. องค์ประกอบที่ 1 องค์ประกอบด้านเจตกรรม สำหรับการกระทำความผิดฐาน “ทำผิดสะจวน” หรือ การตีความของสามัญกริยา ผู้กระทำผิดคือ บุคคลที่ทำการสมรสแล้ว และบุคคลผู้ร่วมประเวณี ซึ่งอาจเป็นบุคคลที่ทำการสมรสหรือไม่ก็ได้

2. องค์ประกอบที่ 2 องค์ประกอบด้านวัตถุกรรม สำหรับการกระทำความผิดประเวณีของสามัญกริยา องค์ประกอบด้านวัตถุกรรมคือ รัฐซึ่งเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำความผิดดังกล่าว ส่วนสามัญกริยาของผู้ถูกกล่าวหาเป็นเพียงผู้เสียหายทางแพ่งที่สามารถฟ้องเรียกค่าทดแทนได้ในความผิดฐานดังกล่าวนี้ถือว่ารัฐคือผู้เสียหายจากการกระทำความผิด ด้วยเหตุนี้ ถึงแม้ว่าสามัญกริยาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ฟ้องร้องหรือแจ้งความต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจ รัฐก็สามารถเข้าดำเนินการได้เองโดยไม่ต้องมีการร้องทุกข์กล่าวโทษจากคู่สมรส

3. องค์ประกอบที่ 3 องค์ประกอบด้านภาวะวิสัย หมายถึงการกระทำใดๆของบุคคลหนึ่งที่แสดงออกภายนอก โดยการกระทำดังกล่าวนั้นได้ก่อความเสียหายให้แก่สังคมหรือบุคคลอื่น กล่าวคือ การที่หญิงชายไปมีความสัมพันธ์ทางเพศในสถานที่ต่างๆหรือเวลาต่างๆ ทั้งหมดที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ เป็นองค์ประกอบทางด้านภาวะวิสัยของผู้กระทำความผิดฐานผิดประเวณีของสามีภริยา ซึ่งตามหลักการดำเนินคดีอาญาลาว การพิจารณาองค์ประกอบความผิดดังกล่าวนี้ศาล หรือ อัยการ ต้องมีพยานหลักฐานที่เชื่อได้ว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงตามข้อกล่าวหา โดยพยานหลักฐานนั้นต้องเป็นสิ่งที่บ่งชี้ให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าคู่สมรสมีพฤติกรรมที่ผิดประเวณีกับบุคคลอื่นจริง

4. องค์ประกอบที่ 4 องค์ประกอบด้านอติวิสัย กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดประเวณีตามกฎหมายอาญาลาว ต้องเป็นบุคคลที่สมรสแล้ว ซึ่งมีเจตนาร่วมประเวณีกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน หรือ เป็นบุคคลที่มีเจตนาร่วมประเวณีกับคู่สมรสของบุคคลอื่น โดยสาระสำคัญคือต้องเป็นการกระทำที่เกิดจากความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ไม่มีบุคคลใดบังคับข่มขู่ หรือ ไม่ได้ถูกหลอกลวงให้กระทำ ผู้กระทำความผิดมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ในเวลากระทำความผิด ในกรณีดังกล่าวนี้ หากศาลพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นในขณะที่จำเลยไม่ได้ยินยอม หรือ ถูกบังคับข่มขู่จากบุคคลอื่นให้ร่วมประเวณีด้วย ถือได้ว่าจำเลยไม่มีความผิดฐานประเวณีของสามีภริยา ในทางกลับกัน ผู้ที่บังคับข่มขู่บุคคลอื่นเพื่อให้ร่วมประเวณีกับตนเองจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

จะเห็นได้ว่าการดำเนินคดีอาญาในทางปฏิบัติที่เกี่ยวกับความผิดประเวณีของสามีภริยานั้น พนักงานสอบสวน อัยการ หรือ ศาลไม่จำเป็นต้องนำสืบพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยได้มีความสัมพันธ์ทางเพศจริงตามข้อกล่าวหา หากจำเลยยอมรับว่าได้อยู่ด้วยกัน (โดยลำพัง) ในสถานที่ตามการตีความของสภาแห่งชาติ หรือ มีพยานหลักฐานยืนยันว่าจำเลยได้อยู่ด้วยกันในสถานที่ต่างๆ ก็ถือว่าทั้งสองได้กระทำความผิดฐานประเวณีของสามีภริยาตามกฎหมายอาญาลาว ซึ่งในการตีความกฎหมาย และ การบังคับใช้กฎหมายในลักษณะเช่นนี้ เห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการขัดต่อหลักการกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยสิ้นเชิง เนื่องจากการทำให้กระบวนการยุติธรรมไม่ได้อยู่บนพื้นฐานหลักนิติธรรม

หากพิจารณาตามกฎหมายอาญาลาวที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 ว่าด้วยองค์ประกอบของการกระทำความผิดที่ประกอบด้วย 4 ประการแล้ว จะเห็นได้ว่า การดำเนินคดีอาญาในฐานะประเวณีของสามีภริยา ผู้ที่ใช้อำนาจหน้าที่ควรให้ความสำคัญและตระหนักถึงองค์ประกอบของการกระทำความผิดอาญา ซึ่งต้องพิจารณาให้ครบทั้ง 4 ประการ โดยในการดำเนินคดีอาญานั้นจะขาดองค์ประกอบใดองค์ประกอบหนึ่งไปเสียมิได้ นอกจากองค์ประกอบทางด้านเข้ากรรม และวัตถุกรรมแล้ว ยังมีองค์ประกอบของการกระทำความผิดทางด้านภาวะวิสัย และ อติวิสัยที่จะต้องให้การ

พิจารณาเป็นสำคัญ ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า การตีความของสภาที่บัญญัติให้หญิงชายมีความผิดในกรณีที่ได้อยู่ด้วยกันในสถานที่ต่าง ๆ นั้นเป็นการตีความที่ไม่ครบองค์ประกอบของการกระทำความผิดตามมาตรา 7 กล่าวคือ การตีความดังกล่าวยังขาดองค์ประกอบทางด้านภาวะวิสัย และอัตวิสัย เช่น พนักงานที่ทำหน้าที่อยู่สถานที่เดียวกันและในห้องทำงานเดียวกัน ในกรณีดังกล่าวนี้ หากพิจารณาตามการตีความของสภาแล้วถือได้ว่ามีความผิดในฐานะผิดประเวณีของสามีภริยา แต่หากพิจารณาตามหลักขององค์ประกอบของการกระทำความผิดทางด้านภาวะวิสัยถือว่า ขาดเหตุการณ์ (การมีเพศสัมพันธ์) และทางด้านอัตวิสัยถือว่าขาดเจตนาทำให้ความสัมพันธ์ทางเพศนั้นเกิดขึ้นอีกด้วย ถึงแม้ว่าการพิสูจน์ในกรณีการมีความสัมพันธ์ทางเพศจะเป็นการพิสูจน์ที่ยาก และแนวทางของการพิสูจน์ในประเด็นดังกล่าวของศาลต่างประเทศส่วนใหญ่ได้มาจากพยานหลักฐานแวดล้อมก็ตาม⁹¹ แต่พยานหลักฐานแวดล้อมต่างๆ ที่ศาลต่างประเทศได้พิจารณานั้นมาจากพยานหลักฐานที่พิสูจน์เป็นอย่างอื่นไม่ได้ ซึ่งพยานหลักฐานที่ได้มาทั้งหมดต้องผูกมัดจำเลยว่าเป็นผู้กระทำความผิดจริงตามข้อกล่าวหา ซึ่งก็ตรงกับการพิสูจน์ข้อเท็จจริงของคดีด้วยพยานหลักฐานที่มีอยู่ตามกฎหมาย⁹² ที่ได้บัญญัติไว้ว่า “พยานหลักฐานในคดีอาญาคือข้อเท็จจริงของคดีที่บ่งบอกว่ามีหรือไม่มีพฤติกรรมที่เป็นภัยอันตรายต่อสังคม พฤติกรรมของผู้กระทำและพยานแวดล้อมที่เป็นประโยชน์ในการพิจารณาคดี”

อนึ่ง การตีความว่า ชายหญิงที่สมรสแล้วได้อยู่ด้วยกันในห้องนอน หรือห้องส่วนตัวต่างๆ ให้ถือว่ามีความผิดฐานทำผิดระงับตามกฎหมายอาญาลาว เห็นได้ว่า เป็นการตีความกฎหมายที่ไม่ให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ถูกกล่าวหา การที่ชายหญิงอยู่ด้วยกันตามลำพังในสถานที่ต่างๆ หรืออยู่ในห้องนอนนั้น โดยหลักของการพิสูจน์พยานหลักฐานตามกฎหมายแล้ว ยังถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดฐานทำผิดระงับ เนื่องจากในขั้นตอนของการดำเนินคดี เช่น พนักงานสอบสวน อัยการหรือศาลเองก็ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการที่ชายหญิงดังกล่าวได้อยู่ในห้องนอนหรือห้องส่วนตัวต่างๆ ด้วยกันนั้น ทั้งสองได้ก่อให้มีความสัมพันธ์ทางเพศที่ผิดกฎหมายเกิดขึ้นจริงหรือไม่ โดยการพิสูจน์ให้เข้าองค์ประกอบของการกระทำความผิดทางอาญาทั้งสี่ประการ โดยเฉพาะองค์ประกอบทางด้านภาวะวิสัย และอัตวิสัย เช่น พิสูจน์ว่าจำเลยกระทำเข้าองค์ประกอบ

⁹¹ Gregory S. Forman, P.C., **How Does One Prove Adultery**, (N.P: n.p., n.d.), Retrieved July 16, 2012, from <http://www.gregoryforman.com/faqs/how-does-one-prove-adultery/>

⁹² กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2547, กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 19, (15 พฤษภาคม 2547), 253.

ทางด้านภาวะวิสัยคือ มีพฤติกรรมภายนอกหรือไม่ การพิสูจน์ว่ามีพฤติกรรมภายนอกหรือไม่นั้น ไม่ใช่เป็นเพียงการพิสูจน์ว่าจำเลยได้อยู่ห้องนอนด้วยกันตามลำพังเท่านั้น แต่จะต้องพิสูจน์จาก พยานหลักฐานแวดล้อมจำนวนมาก ซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าวเหล่านั้น อาจมาจากข้อมูล รายละเอียดปลีกย่อยที่เกี่ยวข้องในคดี เพื่อนำมารวบรวมพิสูจน์หาข้อเท็จจริงในคดีว่าชายหญิงมีความสัมพันธ์ทางเพศจริงหรือไม่ในขณะที่ทั้งสองได้อยู่ในห้องนอนด้วยกัน และถึงแม้ว่าในกรณีที่ ได้ข้อสรุปว่าชายหญิงดังกล่าวมีความสัมพันธ์ทางเพศจริงตามข้อกล่าวหาที่ตาม แต่ในกระบวนการ ดำเนินคดีอาญาก็ต้องพิสูจน์ประเด็นสำคัญอีกประเด็นหนึ่งคือ การพิสูจน์ถึงเจตนาของชายหญิง ดังกล่าว โดยต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการประเวณีที่เกิดขึ้นนั้นมาจากเจตนาของชายหญิงดังกล่าวหรือไม่ เพราะแม้จะพิสูจน์ได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาทำผิดกรรมกระทำผิดจริงตามข้อกล่าวหาที่ตาม แต่ พฤติกรรมดังกล่าวนั้นอาจเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นจากการถูกล่อลวงหรือจากวิธีการต่างๆที่ไม่ได้ เกิดมาจากเจตนาของผู้กระทำเอง ดังนั้น ถึงแม้จะมีการกระทำเช่นว่านี้เกิดขึ้นจริงก็ไม่ถือว่าผู้กระทำ นั้นเป็นผู้ที่มีความผิด ถ้าหากไม่ได้เกิดจากความสมัครใจของบุคคลนั้น

พิจารณาได้ว่าการพิสูจน์ข้อเท็จจริงของคดีทั้งทางด้านภาวะวิสัย (พฤติกรรมภายนอก) และทางด้านอัศวิน (เจตนา) ของผู้กระทำความผิดเป็นเรื่องที่สำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งใน กระบวนการยุติธรรมทางอาญาแล้ว เนื่องมาจาก เป็นขั้นตอนของการพิสูจน์ถึงความสัตย์จริงของคดี ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ จึงทำให้พิจารณาได้ว่า กระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยเฉพาะในคดี ผิดประเวณีของสามีภริยาที่ยังคงยึดถือตามการตีความกฎหมายเข้าในการแก้ไขคดีนั้น ไม่เพียงพอใน การพิสูจน์หาข้อเท็จจริงของคดีได้ เพราะนอกจากจะไม่สามารถคลี่คลายคดีได้อย่างมีประสิทธิภาพ แล้ว ยังจะส่งผลให้กฎหมายมีช่องว่างแก่บุคคลไม่ดีใช้เป็นเครื่องมือในการกลั่นแกล้งกัน หรือใช้ เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ในกลุ่มคนใดกลุ่มคนหนึ่งเท่านั้น เช่น สามีหลอกลวงภริยาให้ไปอยู่ใน ห้องนอนกับชายอื่นเพื่อสามีจะได้หย่าร้างกับภริยาและประโยชน์ในเรื่องสินสมรสที่จะได้มากกว่า ภริยา⁹³ สามีก็สามารถกระทำได้ โดยการหาประโยชน์จากการใช้กฎหมายดังกล่าวนี้เป็นเครื่องมือ หากกระบวนการยุติธรรมทางอาญายังคงยึดถือปฏิบัติกฎหมายตามการตีความดังกล่าว ดังนั้นจึง ควรตระหนักว่า การตีความกฎหมายเช่นนี้อาจถูกใช้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ในด้านอื่นมากกว่า ประโยชน์ที่จะได้ในการอำนวยความยุติธรรมให้แก่ทุกคนในสังคมแล้ว

ในคดีตัวอย่างมีอยู่ว่า ภริยาของจำเลยที่หนึ่งกล่าวอ้างว่าจำเลยที่หนึ่งและที่สองมี ความสัมพันธ์ทางเพศโดยที่จำเลยทั้งสองอ้างดังกล่าวนั้นไม่มีพยานหลักฐาน หรือบุคคลใดที่สามารถ

⁹³ กฎหมายครอบครัวลาว พ.ศ. 2551, กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 28, (26 กรกฎาคม 2551), 563.

พิสูจน์ได้ว่าจำเลยทั้งสองมีความสัมพันธ์ทางเพศ เจ้าหน้าที่ตำรวจเข้าจับกุมจำเลยที่หนึ่งและที่สองระหว่างที่ทั้งสองกำลังรับประทานอาหารกลางวันในบ้านของจำเลยที่หนึ่ง อัยการได้ส่งคำแถลงฉบับเลขที่ 65/อยก.ข3 ลงวันที่ 20/1/2012 ตั้งฟ้องจำเลยทั้งสองในความผิดฐานประเวณีของสามีภริยา คำแถลงของอัยการได้อ้างถึงหลักการตีความกฎหมายของสภา จากการตีความดังกล่าวมีผลให้จำเลยทั้งสองถูกดำเนินคดีตามกฎหมายอาญาลา

จากคดีตัวอย่างข้างต้น สามารถพิจารณาได้ว่ากฎหมายมีวัตถุประสงค์จะลงโทษผู้ถูกกล่าวหาอย่างรวบรัด โดยได้กำหนดบทสันนิษฐานใหม่เพื่อให้การลงโทษง่ายขึ้น แต่ในขณะที่กฎหมายไม่ได้คุ้มครองผู้ถูกกล่าวหาแต่อย่างใด ซึ่งทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่สอดคล้องกับหลักกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ดังนั้น จากปัญหาดังกล่าวนี้นี้จึงพิจารณาได้ว่า การตีความไม่ถูกต้อง นอกจากจะทำให้เกิดปัญหาในตัวบทกฎหมายเองแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่เกี่ยวกับประเด็นนี้อีกด้วย เช่น การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ในกรณีจับกุมผู้ถูกกล่าวหา หรือ มาตรการสอบสวนผู้ถูกกล่าวหา การตั้งฟ้องคดีของอัยการ หรือ แม้แต่ในขั้นตอนของการพิจารณาคดีของศาล โดยทั้งหมดได้สืบเนื่องมาจากการตีความกฎหมายที่ไม่ถูกต้อง ซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นหลักประกันและเป็นวิธีการซึ่งนำไปสู่ความถูกต้องชอบธรรมและความยุติธรรม นอกจากนี้ กระบวนการยุติธรรมทางอาญามีบทบาทในการตรวจสอบความจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิด และค้นหาผู้กระทำความผิด จึงต้องมีมาตรการที่ได้มาตรฐานเพื่อให้เกิดความแน่นอนและความถูกต้องของการปฏิบัติในทุกขั้นตอน ตั้งแต่เริ่มต้นคดีไปจนกระทั่งเสร็จสิ้นกระบวนการทั้งหมดของคดีนั้น ในขั้นตอนที่รัฐจะดำเนินคดีอาญากับผู้ใด รัฐต้องมีหลักฐานและเหตุผลอันสมควรตามกระบวนการและวิธีการโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะรองรับการพิสูจน์ได้ว่ามีการกระทำความผิดและผู้ถูกดำเนินคดีนั้นเป็นผู้กระทำความผิดจริง การดำเนินคดีอาญาโดยอำเภอใจ ซึ่งอาจทำให้ผู้บริสุทธิ์ถูกดำเนินคดีไปด้วยนั้นเป็นเรื่องที่ร้ายแรง เพราะในระหว่างที่บุคคลถูกดำเนินคดีอาญาอาจถูกจำกัดอิสรภาพ หรือ เสื่อมเสียสิทธิที่สำคัญ กรณีดังกล่าวอาจเปรียบเสมือนกับการถูกลงโทษไปแล้วโดยกระบวนการดำเนินคดีอาญานั้นเอง การคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาย่อมทำให้เกิดความตระหนักในความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติอย่างมีมาตรฐานที่ถูกต้อง โดยต้องตระหนักว่าการดำเนินคดีที่ผิดพลาดนั้นเป็นเรื่องร้ายแรง เนื่องจากเป็นการกระทำต่อมนุษย์และต่อความเป็นมนุษย์

ในทางกลับกัน หากไม่มีการคำนึงถึงหลักนิติธรรม หรือ การปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานโดยไม่คำนึงถึงหลักนิติธรรม แนวโน้มการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานจะเป็นไปตามความอำเภอใจของผู้ใช้อำนาจรัฐ และผู้ใช้อำนาจรัฐก็อาจเลือกปฏิบัติตามความสะดวกของตนมากกว่าการคำนึงถึงมาตรฐานตามกฎหมาย เช่น อาจเลือกที่จะใช้วิธีการตีความอย่างรวบรัดเพื่อเอาผิดผู้ถูกกล่าวหาในข้อหาผิดประเวณีโดยไม่มีการดำเนินการตามกระบวนการขึ้นตอนของกฎหมาย แม้ในบางกรณีอาจดูเหมือนว่าได้ผลในการยับยั้งการกระทำความผิดได้อย่างรวดเร็ว แต่ในระยะยาวย่อมเป็นอันตรายอย่างยิ่งต่อสังคมนั่นเอง โดยนอกจากจะเกิดเหตุทำให้ผู้บริสุทธิ์จำนวนหนึ่งต้องรับเคราะห์กรรมตามอำเภอใจของผู้ใช้อำนาจนั้นแล้ว เจ้าพนักงานที่ใช้อำนาจในทางที่มีชอบก็อาจตกเป็นเครื่องมือของการไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานของกฎหมายได้ ซึ่งในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้น ย่อมทำให้เกิดความเชื่อถือของสาธารณชนว่าผู้ที่ถูกดำเนินคดีอาญา หรือ ลงโทษทางอาญาได้ผ่านกระบวนการตรวจสอบตามกฎหมายอย่างมีมาตรฐานและมีการปฏิบัติที่เหมาะสม ส่วนผู้เสียหายก็ได้รับการคุ้มครองตามสมควร เพราะเมื่อคนในสังคมต่างเห็นว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นมีการปฏิบัติต่อมนุษย์อย่างถูกต้อง และเชื่อถือได้ ก็ย่อมเลือกที่จะทำตามแนวทางของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมมากกว่าการเชื่อถือ หรือ ฟังพากระบวนการนอกกฎหมาย เมื่อความเชื่อถือและยอมรับเกิดขึ้นก็ย่อมเป็นปัจจัยย้อนกลับมาเกื้อหนุนความร่วมมือกันของทุกฝ่ายในสังคมนั้นด้วย⁹⁴

4.1.1.3 เปรียบเทียบการตีความ การพิจารณาคดีผิดประเวณีของสามีกิริยากับกฎหมายไทย และ สหรัฐอเมริกา

1. ตามกฎหมายของประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยถึงแม้ว่าจะไม่ได้บัญญัติให้การผิดประเวณีของสามีกิริยาเป็นความผิดในทางอาญา แต่กฎหมายไทยก็ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับการผิดประเวณีของสามีกิริยา หรือ การ “เป็นชู้” หรือ “มีชู้” ได้อย่างชัดเจนพอสมควร

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายการ “เป็นชู้” หมายถึง ชายที่ร่วมประเวณีด้วยเมียเขา หรือการผิดเมีย ซึ่งหมายถึงล่วงประเวณีกับภริยาผู้อื่น หากสามีร่วมประเวณีกับหญิงที่ไม่มีสามี หรือหญิงหม้าย ไม่ถือว่าเป็นชู้ แต่หากร่วมประเวณีกับหญิงคนเดียวกัน หรือ หลายคนเป็นอาจิน หรือ สามีชอบเที่ยวหญิงโสเภณี ภริยาย่อมยกเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ ในกรณีนี้หากสามีไปเที่ยวหญิงค้าประเวณี โดยไม่ทราบว่าหญิงนั้นมีสามีแล้วจะถือว่าเป็นชู้

⁹⁴ ชาติ ชัยเดชสุริยะ, *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา*, (กรุงเทพฯ: เดือนตุลา, 2549), 3.

ไม่ได้ นอกจากนี้ การเป็นคู่ หรือ ร่วมประเวณีต้องเกิดจากความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายด้วย สำหรับกรณีที่สามีชอบมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกันไม่ว่าชายนั้นจะแปลงเพศเป็นหญิงแล้วหรือไม่ แต่ฐานะทางเพศมิได้เปลี่ยนแปลงไป แม้มีพฤติกรรมกระทำเป็นอาชญากรรมก็ไม่เป็นเหตุให้ภริยาฟ้องหย่าได้⁹⁵

ส่วนคำว่า “มีคู่” มีความหมายตามพจนานุกรมฉบับดังกล่าวว่า หญิงที่ยังมีสามีร่วมประเวณีกับชายอื่น ดังนี้จึงไม่มีข้อจำกัดว่าชายนั้นยังมีภริยาอยู่หรือไม่ ซึ่งแตกต่างจากคำว่า “เป็นคู่” ด้วยเหตุนี้ การที่ภริยาได้ร่วมประเวณีกับชายอื่นที่ค้าบริการทางเพศเป็นครั้งคราว แม้ไม่ถึงกับร่วมประเวณีเป็นอาชญากรรม สามีก็มีสิทธิยกเป็นเหตุฟ้องหย่าได้

การทำคู่ตามกฎหมายไทยหมายถึง การร่วมประเวณีกันระหว่างชายหญิงมิใช่เป็นการล่วงเกินทำนองชู้สาวเท่านั้น เช่น ภริยานอนกอดกับชายอื่นบนเบาะรถยนต์สองแถว (ฎีกาที่ 2936/2522) การถือว่าภริยามีคู่ต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเรื่องยากมาก เพราะการทำคู่มักไม่กระทำการเปิดเผย ส่วนใหญ่เป็นเรื่องรู้กันสองคน การนำสืบพฤติการณ์อื่นๆ ยังไม่ถึงขนาดให้เห็นได้ว่าภริยามีคู่ จึงไม่เป็นเหตุให้สามีจะฟ้องหย่าได้ เช่น หญิงไปอยู่กับชายสองต่อสองที่บ้านของชายในเวลาประมาณ 23.00 น. ถึง 24.00 น. ปิดไฟมิด ประตูห้องปิด เพียงเท่านั้นไม่พอฟังว่าหญิงชายได้ร่วมประเวณีกัน (ฎีกาที่ 96-97/2485) ในกรณีที่หญิงไปคบชายแปลกหน้าพากันไปในที่ต่างๆ ไม่เพียงพอว่าหญิงมีคู่ (ฎีกาที่ 215/2519)

การร่วมประเวณีนั้นต้องทำระหว่างชายกับหญิง หากหญิงมีความสัมพันธ์กับเพศเดียวกันก็ไม่ใช่กรณีภริยามีคู่ ในปัจจุบันอาจมีการฉีดเชื้ออสุจิของเพศชายเพื่อทำให้มีบุตร แต่การกระทำความผิดนี้ก็หาใช่การทำคู่มิใช่ แม้หญิงจะทำได้โดยสามีไม่รู้เห็นยินยอมสามีก็จะอ้างเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้

2. ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

ความหมายของการมีคู่หรือการผิดประเวณีของสามีภริยาตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ การมีคู่หมายถึงการมีความสัมพันธ์ทางเพศด้วยความสมัครใจระหว่างบุคคลที่สมรสแล้วกับบุคคลอื่นนอกจากคู่สมรสของตนเรียกว่าการมีคู่ หรือ “adultery” สำหรับความสัมพันธ์ทางเพศที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลสองคนที่ไม่ได้ทำการสมรสเรียกว่าการผิดประเวณี หรือ “fornication” หากกรณีที่ฝ่ายหนึ่งซึ่งร่วมในการประเวณีนั้นเป็นบุคคลที่ได้ทำการสมรสกับบุคคลอื่นแล้ว เรียกว่า มีคู่ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งร่วมในการประเวณีเป็นบุคคลที่ไม่ได้ทำการสมรส

⁹⁵ ชาดิชาช อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2552), 372-375.

เรียกว่า ผิดประเวณี อย่างไรก็ตาม ในศาลของบางมลรัฐมีแนวคิดเกี่ยวกับสถานภาพของบุคคลเหล่านี้ว่า ทั้งสองจะมีความผิดฐานมีผู้หาค่าหญิงที่ทำการสมรสไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่นถึงแม้ว่าชายนั้นจะทำการสมรสหรือไม่ก็ตาม

สำหรับการพิจารณาความในคดีการผิดประเวณีของสามีภริยาของสหรัฐอเมริกา ศาลจะถือเอาพยานหลักฐานสองอย่างเป็นสำคัญเพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงตามข้อกล่าวหาหรือไม่ ประการแรกคือ โอกาส ซึ่งเป็นพยานหลักฐานที่บ่งบอกว่าชายหญิงมีโอกาสที่จะทำให้เกิดความสัมพันธ์ทางเพศนั้นเกิดขึ้น โดยจะพิจารณาถึงสถานที่ต่างๆ ที่ชายและหญิงอยู่ด้วยกัน เวลาที่อยู่ด้วยกัน ซึ่งการพิจารณาดังกล่าวผู้พิพากษาจะใช้ดุลพินิจเพื่อพิจารณาพยานหลักฐานที่มีในคดีนั้นๆ ว่าทั้งสองมีโอกาสทำให้เกิดความสัมพันธ์ทางเพศเกิดขึ้นจริงหรือไม่ ประการที่สองคือ แนวโน้มความชอบพอเสนหาในทางชั่วสาวของชายหญิงที่มีให้กัน ศาลจะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงพฤติกรรมของชายหญิงที่ได้แสดงออกต่อกัน เช่น การจับมือกัน การกอดจูบกัน การเขียนจดหมายส่งถึงกัน โดยในเนื้อหาของจดหมายนั้นได้อธิบายถึงความรู้สึกรักใคร่เสนหาต่อกัน การส่งรูปลามกอนาจาร การให้สิ่งของในวันแห่งความรัก หรือ พฤติกรรมอื่นๆ ที่แสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าทั้งสองมีความชอบพอกันในทางชั่วสาวจริง ซึ่งตามหลักการพิจารณาของศาลสหรัฐอเมริกา จะต้องพิจารณาพยานหลักฐานทั้งสองประการนี้ด้วยกัน โดยหากศาลพิจารณาเพียงอย่างหนึ่งอย่างใดแล้วก็จะฟังไม่ได้ว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหา⁹⁶

เมื่อพิจารณาจากการตีความกฎหมายเกี่ยวกับการผิดประเวณีของสามีภริยาของลาวและแนวทางการพิสูจน์ในเรื่องดังกล่าวนี้ของศาลไทยและศาลสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่า การตีความกฎหมายของลาวรวมไปถึงกระบวนการพิสูจน์ข้อเท็จจริงถือได้ว่ายังไม่ถูกต้องสอดคล้องทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เป็นไปตามหลักกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนของเจ้าพนักงานสอบสวน ขั้นตอนของอัยการ หรือ ขั้นตอนในการพิจารณาคดีของศาลโดยหลักแล้ว ทุกๆ ขั้นตอนจำเป็นที่จะต้องตระหนักถึงการพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้กระจ่างแจ้งปราศจากข้อสงสัย หากยังมีข้อสงสัยในประเด็นใดก็ควรยกเหตุแห่งความสงสัยในประเด็นนั้นให้แก่จำเลย ซึ่งกระบวนการยุติธรรมของลาวที่เกี่ยวกับคดีนี้ได้ให้ความสำคัญเพียงพฤติกรรมภายนอกของจำเลย แต่ไม่ได้ให้ความสำคัญหรือตระหนักในการพิสูจน์ถึงเจตนา ถือได้ว่าเป็นการละเลยส่วนสำคัญที่สุดของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไป ซึ่งทำให้การพิจารณาคดีดังกล่าวนี้เกิดความผิดพลาดได้สูง

⁹⁶ Divorce Anonymous, **Proof of Adultery**, (N.P: n.p., n.d.), Retrieved July 16, 2012, from http://www.Divorce anonymous.com/index.php?option=com_content&task=view&id=196&Itemid=115

4.1.1.4 หลักนิติวิทยาศาสตร์

ข้อเท็จจริงอีกประการหนึ่งที่ทำให้กฎหมายอาญาลาวในเรื่องความผิดประเวณีของสามี ภริยาเกิดความบกพร่องในการบังคับใช้ เนื่องจากประเทศลาวยังไม่มีเครื่องมือที่เพียงพอในการนำหลักนิติวิทยาศาสตร์มาใช้เข้าในกระบวนการยุติธรรม อีกทั้งยังขาดผู้เชี่ยวชาญในด้านนี้ ดังนั้นจึงเป็นสาเหตุหลักที่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของลาวยังไม่มี การนำหลักนิติวิทยาศาสตร์เข้ามาใช้ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงของคดี แต่อย่างไรก็ตามพบว่า หลักนิติวิทยาศาสตร์เป็นหลักที่ใช้กันแพร่หลายซึ่งมีความจำเป็นและในปัจจุบันมีหลายประเทศทั่วโลกได้นำหลักนิติวิทยาศาสตร์มาใช้ในทางกฎหมายอย่างแพร่หลาย หลายประเทศได้ตระหนักถึงความสำคัญของพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพราะถือว่าพยานหลักฐานทางด้านนี้มีประโยชน์ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงของคดี เพื่อให้คดีนั้นได้รับการคลี่คลายได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งการจะเอาผู้กระทำความผิดที่แท้จริงมาลงโทษตามกระบวนการยุติธรรมนั้นเป็นเรื่องที่สำคัญอย่างยิ่ง โดยเฉพาะจะต้องมีการรวบรวมพยานหลักฐานมายืนยันเพื่อพิสูจน์ความผิดได้อย่างชัดเจน ดังนั้นในประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่น ประเทศญี่ปุ่น ประเทศในแถบทวีปยุโรป และประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีการนำเอาความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์ มาพัฒนาใช้ในการพิสูจน์หลักฐานต่างๆ ให้ได้ผลที่ถูกต้องแท้จริงตามหลักวิทยาศาสตร์เพื่อติดตามเอาผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

นิติวิทยาศาสตร์ (forensic science) คือ การเก็บตัวอย่างจากเลือด เนื้อเยื่อ ผิวหนัง เส้นผมหรือขน ปัสสาวะ อุจจาระ น้ำลายหรือสารคัดหลั่งอื่น สารพันธุกรรมหรือส่วนประกอบอื่นของร่างกาย หรือสิ่งที่อยู่ในร่างกายของบุคคลเพื่อมาตรวจพิสูจน์ในทางวิทยาศาสตร์⁹⁷ นอกจากนี้กระบวนการดังกล่าวยังเป็นการนำความรู้ทางวิทยาศาสตร์ทุกสาขามาประยุกต์ใช้เพื่อประโยชน์ทางด้านกฎหมาย ทั้งประโยชน์ทางนิติบัญญัติในเรื่องการออกกฎหมาย และประโยชน์ของการคลี่คลายปัญหาและการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีความ เพื่อผลในการบังคับใช้กฎหมายและการลงโทษ

โดยทั่วไปกระบวนการพิจารณาคดีอาญามีข้อที่จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดอยู่สองประการคือ ข้อกฎหมายประการหนึ่งและข้อเท็จจริงอีกประการหนึ่ง หลักในการวินิจฉัยนั้นจะต้องพิจารณาค้นคว้าหาข้อเท็จจริง หรือความสัจจริงในคดีว่าเป็นอย่างไร แล้วจึงยกข้อกฎหมายขึ้นปรับวินิจฉัยว่าจำเลยควรจะได้รับโทษ หรือควรจะได้รับ การปล่อยตัวไป ซึ่งข้อเท็จจริงที่ศาลจะรับรู้ได้เองนั้น

⁹⁷ จรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: หจก.จิรัชการพิมพ์, 2551), 473-474.

จำกัดอยู่เพียงข้อเท็จจริงที่เป็นไปตามธรรมดาธรรมชาติ ซึ่งบุคคลธรรมดาจะพึงรู้ได้เองแล้ว ข้อเท็จจริงอย่างอื่นที่อยู่นอกเหนือไปจากความรู้ของคนธรรมดาสามารถรับรู้เองไม่ได้ เพราะฉะนั้นฝ่ายผู้กล่าวหาจะต้องพิสูจน์ให้ประจักษ์แก่ศาลว่า ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำการที่อ้างว่าเป็นความผิดนั้นจริง พยานหลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์ เป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นด้วยการวิเคราะห์ วิจัย ซึ่งในทางกฎหมายของสากลถือว่าพยานหลักฐานเหล่านี้เป็นพยานหลักฐานอย่างหนึ่งที่จะนำเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีเพื่อให้พิสูจน์ว่าจำเลยมีความผิดหรือไม่ ซึ่งถือได้ว่านิติวิทยาศาสตร์เป็นการประยุกต์ใช้ความรู้ด้านวิชาการด้านต่างๆผนวกเข้ากับการบังคับใช้กฎหมายเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนพิสูจน์หลักฐาน และดำเนินคดีตามกฎหมายเพื่อนำไปสู่การนำตัวผู้กระทำความผิดทางอาญามาลงโทษ และในขณะเดียวกันก็เป็นการพิสูจน์เพื่อยืนยันความบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหา พิจารณาได้ว่า พยานหลักฐานทางด้านนิติวิทยาศาสตร์เป็นประโยชน์ในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมายและยังเป็นประโยชน์ในการปกป้องคุ้มครองผู้ที่บริสุทธิ์ไม่ให้ต้องได้รับการลงโทษอีกด้วย⁹⁸ การนำเอาหลักนิติวิทยาศาสตร์มาใช้ควบคู่กับกระบวนการยุติธรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพเช่นนี้ หากนำมาใช้เพื่อคลี่คลายคดีผิดประเวณีของสามีภริยาลาว ย่อมเป็นมาตรการในการป้องกันและปราบปรามพฤติกรรมการผิดประเวณีของสามีภริยาในสังคมลาวได้ด้วยอีกทางหนึ่ง

ตัวอย่างของประเทศที่ใช้หลักนิติวิทยาศาสตร์เข้าในการคลี่คลายคดีผิดประเวณีของสามีภริยา เช่นในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลในสหรัฐอเมริกาได้ให้การยอมรับพยานหลักฐานที่ได้มาจากการพิสูจน์ข้อเท็จจริงทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับคดีผิดประเวณีของสามีภริยา ซึ่งถือได้ว่าเป็นพยานหลักฐานที่สามารถใช้อ้างในศาลได้ (admissible evidence) เพื่อพิสูจน์ว่าคู่สมรสของคนที่ได้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นหรือไม่ เช่น ภริยาอ้างว่าสามีมีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงคนอื่น และได้ทำการตรวจพิสูจน์ DNA จากผ้าปูที่นอน ผลการตรวจพิสูจน์จากห้องแล็บ พบว่า มี DNA จากสามีและจากหญิงอื่นจริง⁹⁹ อีกกรณีหนึ่งคือ การตรวจพิสูจน์ความเป็นบิดาจากเด็กที่เกิดจากหญิงคนอื่นในทางวิทยาศาสตร์ก็สามารถตรวจพิสูจน์ได้ว่าสามีผิดประเวณีหรือไม่ ซึ่งพิจารณาได้ว่าในความผิดประเวณีของสามีภริยาตามกฎหมายลาวนั้น ก็สามารถนำหลักการพิสูจน์ข้อเท็จจริง

⁹⁸ สราวุธ เบญจกุล, หลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์กับกระบวนการยุติธรรม, วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์, (กันยายน 2550), 64-66, สืบค้นเมื่อ 10 กรกฎาคม 2555, จาก http://elib.coj.go.th/Article/50_9_7.pdf

⁹⁹ Aired, **Burden of proof: DNA in Divorce Court**, (2 January 2001), Retrieved July 10, 2012, from <http://transcripts.cnn.com/TRANSCRIPTS/010102/bp.00.html>

ของคติทางวิทยาศาสตร์มาใช้ในการแก้ไขคดีได้ และถือว่าจะได้ประโยชน์อย่างมากมาในการช่วยคลี่คลายคดีให้มีความกระจ่างแจ้งและเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

4.1.2 ปัญหาทางปฏิบัติ

4.1.2.1 ปัญหาในขั้นตอนของการสอบสวน

เมื่อพิจารณากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของลาวในปัจจุบัน กล่าวได้ว่า ขั้นตอนของการสอบสวนเป็นขั้นตอนที่สำคัญอีกขั้นตอนหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาลาว ในขั้นตอนดังกล่าวนี้ไม่ได้แยกหน้าที่การสอบสวนและการฟ้องร้องออกจากกัน กล่าวคือ การสอบสวนและการฟ้องร้องเป็นขั้นตอนเดียวกัน ในระหว่างพนักงานสอบสวนกับอัยการ ฉะนั้น การเริ่มต้นดำเนินคดีอาญาของประเทศลาวในทางทฤษฎี จะเริ่มจากพนักงานสอบสวนหรือเริ่มจากอัยการก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติส่วนใหญ่คดีอุกฉกรรจ์ทั้งหลาย จะเริ่มจากพนักงานสอบสวน เนื่องจากตำรวจเป็นองค์กรแรกที่พบเห็นและดำเนินการเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติของพนักงานสอบสวนในคดีการผิดประเวณีของสามีภริยายังคงมีการปฏิบัติหน้าที่บางประการที่ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายที่ได้กำหนดไว้

โดยหลักของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาลาว เมื่อมีเหตุร้ายเกิดขึ้น หรือเมื่อพนักงานสอบสวนได้รับแจ้งความเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญา พนักงานสอบสวนต้องเก็บข้อมูลทั้งหมดที่มีเกี่ยวกับการกระทำความผิดดังกล่าวและหากรู้ตัวผู้ถูกกล่าวหาแล้ว ก็จะออกหมายเรียกผู้ถูกกล่าวหาในคดีเพื่อทำการสอบสวนหรือสอบปากคำ นอกจากนี้ ยังมีมาตรการการจับกุมตัวผู้ถูกกล่าวหาตามดำเนินคดี การจับกุมตัวผู้ถูกกล่าวหาจะต้องมีหมายจับจากอัยการ หรือ ศาลเสียก่อนจึงจะสามารถกระทำได้ ซึ่งมาตรการนี้จะถูกใช้ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดที่มีโทษจำคุก และอาจจะหลบหนีจากคดี หรือ หากเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาอาจสร้างความเสียหายให้แก่คดี กล่าวคือ อาจทำลายพยานหลักฐานในคดี หรือ กระทบถึงความปลอดภัยของผู้เสียหาย หรือพยาน¹⁰⁰ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติพบว่า พนักงานสอบสวนส่วนใหญ่ที่ปฏิบัติหน้าที่ในคดีผิดประเวณีของสามีภริยาใช้มาตรการจับกุมตัวผู้ถูกกล่าวหาในคดีเพื่อมาสอบสวนแทนการออกหมายเรียก¹⁰¹ นอกจากนี้ ยังบังคับใช้มาตรการดังกล่าวนี้กับการตีความกฎหมายอีกด้วย เช่น การจับกุมชายหญิงอยู่ในสถานที่เดียวกันในข้อหาผิดประเวณีของสามีภริยา (บทสรุปคดีของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ฉบับ

¹⁰⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2547, กฎหมายและนิตินกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 62, (15 พฤษภาคม 2547), 268.

¹⁰¹ ศาลประชาชนสูงสุดแห่งประเทศลาว, คำพิพากษาศาลฎีกาลาวฉบับเลขที่ 23/คตอ.ขล, (23 มีนาคม 2553),

เลขที่ 29/คค ลงวันที่ 15/9/2011) การใช้มาตรการดังกล่าวนี้อาจถูกมองว่าเป็นมาตรการที่รวดเร็วในการนำผู้ถูกกล่าวหาเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีเพื่อรับการลงโทษ ซึ่งสามารถข่มขู่ผู้กระทำความผิดให้เกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิดซ้ำ การปฏิบัติงานเช่นนี้เป็นการปฏิบัติงานที่ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถึงแม้ความผิดดังกล่าวจะเป็นความผิดที่มีโทษจำคุก แต่ก็ไม่ใช่เป็นความผิดที่มีบทลงโทษที่รุนแรงและผู้ถูกกล่าวหาที่ไม่เป็นอาชญากรที่มีความเป็นอันตรายต่อสังคม การใช้มาตรการเช่นนี้เห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่เกินกว่าเหตุของพนักงานสอบสวน ดังนั้นจึงต้องตระหนักถึงความสำคัญในการบังคับใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อความถูกต้องและเหมาะสมสำหรับการกระทำความผิด

อีกประการหนึ่ง ในขั้นตอนของพนักงานสอบสวนยังใช้มาตรการกักขังผู้ถูกกล่าวหาเพื่อรอการพิจารณาในคดีผิดประเวณีของสามีภรรยา¹⁰² ซึ่งโดยหลักแล้ว มาตรการดังกล่าวนี้เป็นมาตรการหนึ่งที่ถูกบังคับใช้กับความผิดที่มีโทษจำคุก การบังคับใช้มาตรการดังกล่าวนี้ สิ่งสำคัญคือศาลหรืออัยการต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมของคดี และผู้กระทำความผิดเพื่อจะพิจารณาว่า จะต้องใช้มาตรการนี้หรือไม่¹⁰³ แต่ในทางปฏิบัติแล้วพบว่า ส่วนใหญ่พนักงานสอบสวนได้นำเอามาตรการดังกล่าวนี้มาใช้กับผู้ถูกกล่าวหาในคดีผิดประเวณีของสามีภรรยา ซึ่งเห็นได้ว่าไม่มีความเหมาะสมในการบังคับใช้ เนื่องจากเป็นมาตรการที่รุนแรงเกินกว่าการกระทำความผิด อีกทั้งยังเป็นมาตรการที่มีผลกระทบโดยตรงต่ออิสรภาพของผู้ถูกกล่าวหา กระทั่งสิทธิมนุษยชน อาจเกิดผลร้ายมากกว่าผลดี ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ จึงควรจะต้องตระหนักถึงความเหมาะสมในการบังคับใช้กฎหมายนั้นๆด้วย

จากการบังคับใช้มาตรการจับกุมตัว และมาตรการกักขังผู้ถูกกล่าวหาในคดีผิดประเวณีของสามีภรรยาในขั้นตอนของการสอบสวน พิจารณาได้ว่า มาตรการที่เจ้าหน้าที่บังคับใช้ทั้งสองประการนี้เป็นมาตรการที่มีความรุนแรงเกินกว่าการกระทำความผิด อีกทั้งยังถือว่าเป็นการขัดต่อกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ ซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ เนื่องจากในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาพนักงานสอบสวนมีหน้าที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหา พนักงานสอบสวนจึงมีโอกาสทั้งที่จะคุ้มครองสิทธิ และละเมิดสิทธิของผู้ถูก

¹⁰² ศาลประชาชนสูงสุดแห่งประเทศลาว, คำพิพากษาศาลฎีกาลาวฉบับเลขที่ 21/คสอ.ขล, (5 เมษายน 2554),

¹⁰³ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาลาว พ.ศ. 2547, กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 65, (15 พฤษภาคม 2547), 270.

กล่าวหาในเวลาเดียวกัน ดังนั้น การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานสอบสวนในการสอบสวนผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาจึงมีผลต่อการอำนวยความสะดวกทางอาญาเป็นอย่างยิ่ง หากพนักงานสอบสวนซึ่งถือเป็นต้นธารแห่งกระบวนการยุติธรรมเริ่มต้นดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยการสอบสวนที่ถูกต้องและเป็นธรรมแล้ว ย่อมก่อให้เกิดประโยชน์และผลดีต่อการอำนวยความสะดวกทางอาญา

4.1.2.2 ปัญหาในขั้นตอนการสั่งฟ้องคดีขึ้นสู่ศาล

ในขั้นตอนของการสั่งฟ้องคดีขึ้นสู่ศาล อัยการต้องเป็นผู้รวบรวมพยานหลักฐานที่ใช้ประกอบในการสั่งฟ้องคดีตลอดจนใช้ในการแถลงต่อศาล เพื่อให้ศาลลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างเหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำ โดยหลักแล้วการฟ้องคดีในประเทศลาวประกอบด้วยการตรวจสอบสำนวนคดี การกลั่นกรองพยานหลักฐาน การสรุปคดี การแถลงคดีต่อศาล และการสั่งฟ้องคดีขึ้นสู่ศาล ซึ่งเป็นการส่งสำนวนคดีให้ศาลพิจารณาโดยผ่านการฟ้องของอัยการไปพร้อมกับพยานหลักฐานของกลางในสำนวนคดีและตัวผู้ถูกกล่าวหา ขั้นตอนดังกล่าวเป็นขั้นตอนที่สำคัญของการดำเนินการพิจารณาพิพากษาของศาล เนื่องจากถ้าไม่มีคำฟ้อง ศาลก็จะไม่มีอำนาจนำเอาคดีออกมาพิจารณาพิพากษาได้ และคำสั่งฟ้องดังกล่าวของอัยการเป็นการเปลี่ยนสถานภาพจากผู้ถูกกล่าวหาเป็นจำเลย ซึ่งก่อนที่อัยการจะสั่งฟ้องคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อพิจารณาลงโทษ จำเลยได้ผ่านขั้นตอนต่างๆของกระบวนการดำเนินคดีทางอาญามาแล้ว

พบว่ามีความคิดที่เกี่ยวกับความผิดประเวณีของสามีภริยาที่อัยการสั่งฟ้องขึ้นสู่ศาลโดยไม่มีพยานหลักฐานที่ชัดเจนว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหา แต่ประเด็นสำคัญที่อัยการใช้เป็นหลักในการสั่งฟ้องคดี คือ การตีความจากสภาแห่งชาติ¹⁰⁴ ซึ่งพิจารณาได้ว่าการสั่งฟ้องของอัยการดังกล่าวนี้ไม่ได้ทำตามกระบวนการยุติธรรมที่กฎหมายได้กำหนดไว้ แต่กลับถือเอาเพียงการตีความกฎหมายเป็นเรื่องสำคัญแต่เพียงอย่างเดียว อาจกล่าวได้ว่า การปฏิบัติกฎหมายดังกล่าว นั้น เป็นการปฏิบัติที่ขัดต่อหลักของการดำเนินคดีอาญาโดยสิ้นเชิงและย่อมส่งผลกระทบต่อคดีในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้กับประชาชนอย่างแท้จริงได้

4.1.2.3 ปัญหาในขั้นตอนการพิจารณาคดี

ปัญหาในขั้นตอนของการพิจารณาคดีในชั้นศาลที่เกี่ยวกับความผิดประเวณีของสามีภริยา โดยหลักของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของลาวแล้ว หากศาลเห็นว่าอัยการสั่งฟ้องคดีมายังศาลโดยไม่มีพยานหลักฐานหนักแน่น หรือการสั่งฟ้องคดีไม่เป็นไปตามกระบวนการของ

¹⁰⁴ อัยการนครหลวงเวียงจันทน์, คำแนะนำของหัวหน้าองค์การอัยการประชาชนนครหลวงเวียงจันทน์, (19 ธันวาคม 2554).

กฎหมายที่กำหนดไว้ ศาลก็มีสิทธิพิจารณาพิพากษาให้ยกคำฟ้องคดีนั้นเสีย โดยไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาอีก แต่ในกรณีคดีผิดประเวณีของสามีภริยา ศาลจะรับพิจารณาคดีที่อัยการสั่งฟ้องโดยที่ไม่มียานหลักฐานที่แน่นอนว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหา ซึ่งถือได้ว่าศาลรับคดีที่มีการสั่งฟ้องโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมาพิจารณา การรับคดีดังกล่าวมาพิจารณาในชั้นตอนของศาล เนื่องมาจากศาลต้องผูกพันที่จะปฏิบัติตามการตีความกฎหมายของสภาในฐานะทำมิตสะจาน ดังนั้นจึงต้องนำเอาคดีดังกล่าวมาพิจารณาตามการสั่งฟ้องของอัยการ

เป็นที่สังเกตได้ว่า การปฏิบัติตามกฎหมายตามการตีความของสภาในความผิดทำมิตสะจานในชั้นตอนของการพิจารณาคดีของศาล นอกจากจะทำให้กระบวนการยุติธรรมในชั้นตอนดังกล่าวนี้ไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรมแล้ว ยังพิจารณาได้ว่าการตีความของสภาในความผิดดังกล่าวทำให้ศาลที่เป็นองค์กรตุลาการไม่มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติงานตามอำนาจหน้าที่ของตนเพื่ออำนวยความยุติธรรมให้แก่สังคมตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้

4.1.3 วิเคราะห์สภาพปัญหาการกำหนดอัตราโทษ

จากการศึกษาถึงแนวความคิดในการแบ่งแยกประเภทความผิดอาญา พบว่าในประเทศลาว นั้น มีแนวความคิดในการแบ่งแยกประเภทความผิดอาญาโดยอาศัยโทษเป็นเกณฑ์พิจารณาในการแบ่งแยกความผิดต่างๆ การแบ่งแยกความผิดอาญาตามกฎหมายลาวแบ่งออกเป็นสามประเภทด้วยกันคือ ความผิดอาญฐานครุโทษ ได้แก่ความผิดที่มีบทลงโทษที่รุนแรง กล่าวคือ โทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีจนถึงจำคุกตลอดชีวิตพร้อมทั้งโทษปรับ และ โทษประหารชีวิต ประเภทที่สอง ได้แก่ความผิดอาญฐานโทษานุโทษ กล่าวคือเป็นประเภทความผิดที่มีบทลงโทษในระดับกลาง เช่น โทษอบรมเพื่อเปลี่ยนพฤติกรรม หรือ โทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสิบปี พร้อมทั้งโทษปรับ และ ประเภทที่สาม ได้แก่ความผิดฐานลหุโทษ ซึ่งถือได้ว่าเป็นความผิดที่มีบทลงโทษเบา เช่น โทษดำเนินคดีเงิน หรือ โทษปรับ ดังนั้น ความผิดประเวณีของสามีภริยาที่มีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี จึงจัดในประเภทโทษโทษานุโทษ หรือ โทษที่มีบทลงโทษระดับกลาง

การบัญญัติกฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์ในการป้องกัน และ ปราบปรามการกระทำความผิดประเวณีให้ หดไปจากสังคมลาว แต่จากสถิติคดีในปี ค.ศ.2008 2009 2010 และ 2011¹⁰⁵ ที่ผ่านมามองเห็นว่ากฎหมายไม่สามารถบรรลุมิตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดได้ดังมีรายละเอียดดังนี้

¹⁰⁵ กรมคุ้มครองวิชาการศาลประชาชนสูงสุดแห่งประเทศลาว, สถิติคดีอาญาและคดีครอบครัว ประจำปี พ.ศ. 2551 2552 2553 และ 2554, (17 กุมภาพันธ์ 2555).

สถิติคดี “ทำผิดสะงาน” หรือ การผิดประเวณีของสามีภรรยา ประจำปี ค.ศ. 2008 เมื่อเปรียบเทียบกับคดีอื่นๆ แล้วคดีความผิดประเวณีของสามีภรรยา มีสถิติคดีสูงเป็นอันดับ 5 รองจากคดีลักทรัพย์ คดีอุบัติเหตุ คดียาเสพติด และ คดีทำร้ายร่างกาย ซึ่งคดีความผิดประเวณีรวมทั้งหมด 111 เรื่อง จากคดีความผิดอาญาทั้งหมดทั่วประเทศ 2204 เรื่อง ในจำนวน 51 ประเภทคดีอาญา คดีผิดประเวณีของสามีภรณามีสูงถึง ร้อยละ 5.03% ของคดีอาญาทั้งหมดในประเทศ อายุของผู้ที่กระทำความผิดมากที่สุดอยู่ในระหว่าง 31-50 ปี อาชีพที่มีการกระทำความผิดมากที่สุดคือ อาชีพกสิกร ส่วนคดีหย่าร้างประจำปี ค.ศ. 2008 มีทั้งหมด 324 เรื่อง ถือเป็นประเภทคดีที่สูงเป็นอันดับหนึ่งของคดีครอบครัวลาว อายุที่มีการหย่าร้างกันมากที่สุดอยู่ในระหว่าง 31-50 ปี และ อาชีพที่มีผู้หย่าร้างมากที่สุดคือ อาชีพกสิกร

สถิติคดีการผิดประเวณีของสามีภรรยาประจำปี ค.ศ. 2009 รวมมีทั้งหมด 59 เรื่อง ของจำนวนคดีอาญาทั้งหมด 1771 เรื่อง จาก 56 ประเภทคดีอาญา ซึ่งคดีผิดประเวณีคิดเป็น 3.33% ของคดีอาญาทั้งหมด เป็นคดีที่มีสถิติสูงเป็นอันดับ 6 รองมาจากคดีลักทรัพย์ คดีอุบัติเหตุ คดียาเสพติด คดีฉ้อโกง และ ทำร้ายร่างกาย เกณฑ์อายุของผู้กระทำความผิดมากที่สุดอยู่ในระหว่าง 31-50 ปี และ อาชีพที่มีผู้กระทำความผิดมากที่สุดคือ อาชีพกสิกร แม้สถิติคดีผิดประเวณีของสามีภรรยาประจำปี ค.ศ. 2009 จะลดลงจากปี ค.ศ. 2008 ก็ตาม แต่สถิติคดีดังกล่าวนี้ยังคงอยู่ในลำดับต้นๆ ของคดีที่มีการกระทำความผิดมากที่สุดของลาว ส่วนสถิติการหย่าร้างในปีเดียวกันปรากฏว่ามีสถิติเพิ่มสูงขึ้นเป็น 787 เรื่อง เป็นอันดับที่หนึ่งในคดีครอบครัว เกณฑ์อายุผู้ที่ทำการหย่าร้างกันมากที่สุดคือ 31-50 ปี และ อาชีพที่มีผู้หย่าร้างมากที่สุดคือ อาชีพพนักงานธุรกิจ

สถิติคดีผิดประเวณีของสามีภรรยาประจำปี ค.ศ. 2010 คดีมีสถิติเพิ่มขึ้นจากปี ค.ศ. 2008 และ 2009 คดีมีทั้งหมด 126 เรื่อง จากจำนวนคดีอาญาทั้งหมด 2384 เรื่อง ใน 72 ประเภทคดีอาญา เห็นได้ว่าคดีผิดประเวณีมี 5.28 % ของคดีอาญาทั้งหมด อยู่ในอันดับที่ 6 รองจากคดีลักทรัพย์ คดียาเสพติด คดีอุบัติเหตุ คดีฉ้อโกง และ คดีทำร้ายร่างกาย สำหรับคดีหย่าร้างในปีเดียวกันมีทั้งหมด 710 เรื่อง ซึ่งคดีในศาลครอบครัวทั้งหมดมีเพียง 753 เรื่อง

สำหรับสถิติคดีการผิดประเวณีประจำปี ค.ศ. 2011 มีสถิติเพิ่มขึ้นสูงถึง 144 เรื่อง ของจำนวนคดีอาญาทั้งหมด 2679 เรื่อง จาก 93 ประเภทคดีอาญา คิดเป็น 5.37 % ของคดีอาญาทั้งหมด ปรากฏว่าคดีประเวณีประจำปีดังกล่าวเพิ่มสูงขึ้นกว่าทุกปีที่ผ่านมา ส่วนคดีการหย่าร้างมีทั้งหมด 659 เรื่องจากคดีครอบครัวทั้งหมด 713 เรื่อง

จากสถิติการทำผิดสะงานประจำปี ค.ศ. 2008-2011 ปรากฏว่าปริมาณคดีเพิ่มสูงขึ้นเรื่อยๆ ถ้ามองจากสถิติคดีแล้วจะเห็นได้ว่ามาตรการที่รัฐบังคับใช้ในทางกฎหมายนี้ ถือเป็นมาตรการที่ไม่

สามารถแก้ไขปัญหาก็ได้เท่าที่ควร ไม่ว่าจะเป็นการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด ประเพณีของสามัญญา หรืออัตราการหย่าร้างของสามัญญาในปัจจุบันที่ยังคงอยู่ในระดับสูง

จากบทบัญญัติในความผิดประเพณีของสามัญญาที่ได้กำหนดอัตราโทษจำคุกตั้งแต่สาม เดือนถึง 1 ปี ถือได้ว่าเป็นการกำหนดโทษที่ไม่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาคriminalประเพณีได้อย่างแท้จริง จากการพิจารณาจากสถิติคดีผิดประเพณีของสามัญญาระหว่างปี ค.ศ. 2008-2011พบว่า สถิติ คดีไม่ได้ลดลงแต่ประการใด ในทางตรงกันข้าม สถิติคดีผิดประเพณีของสามัญญามีแนวโน้มเพิ่ม สูงขึ้นในแต่ละปี ถึงแม้ว่ารัฐจะใช้มาตรการลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิด ซึ่งถือได้ว่าเป็นมาตรการ ทางกฎหมายที่รุนแรง และเป็นการข่มขู่ผู้กระทำความผิดให้เกรงกลัวต่อบทลงโทษดังกล่าวก็ตาม แต่เมื่อได้พิจารณาจากสถิติคดีในเรื่องดังกล่าวแล้ว เห็นได้ว่ามาตรการดังกล่าวนี้ไม่อาจบรรลุ วัตถุประสงค์ของกฎหมายในการควบคุมพฤติกรรมกระทำความผิดประเพณีของสามัญญาได้ ยิ่งไป กว่านั้น มาตรการหรือการกำหนดโทษเช่นนี้ยังมีผลกระทบประการต่างๆตามมากล่าวคือ มี ผลกระทบต่อผู้กระทำความผิด ครอบครัวของผู้กระทำความผิดสังคม งบประมาณของรัฐ และ การ ใช้บุคลากร ดังจะเห็นได้ดังนี้

จากการศึกษาพบว่า ผู้กระทำความผิดที่ถูกจองจำในเรือนจำนั้นจะถูกคัดออกจากหน้าที่การ งาน และครอบครัว สิ่งหนึ่งที่ติดตัวผู้กระทำความผิดไปตลอดไม่ว่าระยะเวลาในการจำคุกจะสั้น เพียงใดก็ตาม คือการถูกตราหน้าว่าเคยเป็นผู้ต้องโทษ อันจะมีผลกระทบต่อการกลับคืนเข้าสู่ สังคมและการดำรงชีวิตของผู้นั้น ซึ่งอาจทำให้ผู้กระทำความผิดเดินเข้าสู่วงจรอาชญากรรมได้ หรือ หากผู้กระทำความผิดเป็นหัวหน้าครอบครัวที่มีภาระหน้าที่ต้องให้การดูแลช่วยเหลือคนใน ครอบครัวแล้ว การถูกจองจำย่อมส่งผลกระทบโดยตรงต่อครอบครัวของผู้กระทำความผิดที่ต้อง ขาดที่พึ่งหลักของครอบครัวไป และอาจมองได้ว่าการลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดก็เป็นการ ลงโทษสมาชิกผู้บริสุทธิ์ในครอบครัวนั้นด้วย

อีกทั้ง การจำคุกถือเป็นมาตรการการลงโทษผู้กระทำความผิด มีวัตถุประสงค์เพื่อ เปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดไม่ให้กลับไปกระทำความผิดซ้ำ จากการสัมภาษณ์ บุคคลที่เคยถูกลงโทษจำคุกในความผิดดังกล่าวพบว่า การใช้มาตรการจำคุกกับผู้กระทำความผิดไม่ มีผลทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมการประเพณีได้ เนื่องจากในสถานที่จอง จำไม่มีมาตรการที่เปลี่ยนแปลงพฤติกรรมการประเพณี ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าถึงแม้จะมีการจองจำ ผู้กระทำความผิด ก็ไม่ถือเป็นการแก้ไขปัญหาคriminalดังกล่าวของผู้กระทำความผิดได้

สำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นข้าราชการระดับสูงจะเห็นได้ว่าการลงโทษเช่นนี้ย่อมเกิด ผลกระทบเป็นอันมาก เช่น ต้องเผชิญกับการสูญเสียตำแหน่งหน้าที่การงาน และการลงโทษจาก สังคม สิ่งเหล่านี้อาจสร้างความกดดันให้ผู้กระทำความผิดหาทางออกจากปัญหาด้วยการใช้ความ

รุนแรงหรือ อาชญากรรมได้ นอกจากนี้ การลงโทษดังกล่าวไม่ได้เกิดผลกระทบเฉพาะตัวผู้กระทำความผิดเท่านั้น เนื่องจาก ผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษจะไม่สามารถกลับเข้ารับราชการได้ดังเดิม ผู้พ้นโทษจะต้องเปลี่ยนอาชีพการทำงานโดยอัตโนมัติ ซึ่งหากเป็นข้าราชการที่มีผลงาน มีความขยัน และเชี่ยวชาญในการทำงานแล้วถือว่ารัฐจะต้องสูญเสียบุคลากรที่สำคัญขององค์กรไปอย่างน่าเสียดาย

นอกจากนี้ คดีผิดประเวณีของสามีภริยายังส่งผลให้คดีหย่าร้างเพิ่มสูงมากขึ้น ผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่ไม่สามารถกลับไปใช้ชีวิตอยู่ร่วมกับคู่สมรสของตนได้ดังเดิม เนื่องจากเกิดความโกรธแค้นในระหว่างคู่สมรสด้วยกัน อีกทั้งในบางกรณีอาจเกิดการใช้ความรุนแรงภายในครอบครัว ซึ่งสิ่งนี้ได้ส่งผลกระทบโดยตรงต่อบุตรที่ต้องอยู่กับสภาพครอบครัวที่แตกร้าง และอาจกลายเป็นปัญหาของสังคมต่อไปได้¹⁰⁶

ในการดำเนินคดีอาญาเรื่องหนึ่งๆนั้นพบว่า รัฐจะต้องเสียงบประมาณไปเป็นจำนวนมากในการจัดการกับคดีอาญาในแต่ละเรื่อง ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่ต้องหามาตรการในการดำเนินการกับความผิดบางประเภทที่ไม่ร้ายแรง หรือ เป็นอันตรายต่อสังคม เพื่อเป็นการเบี่ยงเบนปริมาณคดีที่จะต้องเข้าสู่ระบบงานยุติธรรม ซึ่งในปัจจุบันมีคดีเป็นจำนวนมาก ส่งผลให้เกิดปัญหาเรื่องคดีล้นศาล นักโทษล้นคุก โดยเฉพาะมาตรการจำคุกผู้กระทำความผิด ซึ่งรัฐจะต้องมีภาระใช้จ่ายงบประมาณเข้าในการดูแลนักโทษในเรือนจำเป็นจำนวนมาก นอกจากนี้ ยังต้องใช้บุคลากรเข้าไปดูแลงานในส่วนนี้อีกเช่นกัน

เห็นได้ว่าโทษจำคุกนอกจากจะไม่ได้เกิดประโยชน์ดังเช่นที่สังคมคาดหวังแล้ว เมื่อพิจารณาลักษณะทางการแพทย์แล้วจะเห็นได้ว่า โทษจำคุกมีลักษณะเป็นความทุกข์ทรมานยืดเยื้อต่อเนื่อง กล่าวคือ ลักษณะความทุกข์ทรมานเป็นเวลายาวนาน นอกจากนั้น หากพิจารณาจากสภาพความเป็นจริงในปัจจุบันที่นักโทษต้องรับความทุกข์ทรมานจากสภาพความเป็นอยู่ที่ยากลำบากภายในเรือนจำ หรืออาจพบปัญหาขาดแคลนด้านงบประมาณด้านอาหาร หรือ การขาดแคลนการให้บริการด้านการแพทย์ที่เหมาะสม รวมทั้งต้องเผชิญปัญหาความรุนแรง การถูกทารุณกรรมทางเพศ และถูกทำร้ายในรูปแบบต่างๆจากนักโทษด้วยกัน เห็นได้ว่าโทษจำคุกอาจไม่สามารถแก้ไขปัญหาการกระทำความผิดได้ แต่ยังคงทำให้นักโทษต้องพบกับความทุกข์ทรมานภายในเรือนจำ¹⁰⁷

¹⁰⁶ คำพิพากษา, ผู้พิพากษาศาลประชาชนสูงสุดแห่งประเทศลาว, ศาลประชาชนสูงสุด, (30 มกราคม 2555), สัมภาษณ์.

¹⁰⁷ สกต นิสารัตน์, กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม: แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), 68.

นอกจากนี้แล้วนักโทษยังต้องเผชิญความทุกข์ทรมานจากการลงโทษทางสังคม ด้วยการถูกตราหน้าในสังคม และพบว่าผู้พ้นโทษส่วนใหญ่ไม่สามารถกลับไปใช้ชีวิตในสังคมหรือการทำงานได้ตามปกติดังเดิม และไม่สามารถหางานที่มีรายได้ที่เหมาะสมได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการผลักดันให้บุคคลเหล่านี้ก้าวเข้าสู่เส้นทางอาชญากรรมในอนาคต

รัฐอาจมองว่าการลงโทษจำคุกในคดีความผิดประเวณีของสามีภริยา เป็นการลงโทษที่มีลักษณะเพื่อป้องกันสังคม เมื่อผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดขึ้นมาแล้ว ความเสียหายในอดีตย่อมไม่สามารถที่จะเยียวยาให้ดังเดิม แต่รัฐอาจใช้ประโยชน์จากการลงโทษ เพื่อป้องกันสังคมไม่ให้เกิดการกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นซ้ำอีก โดยการลงโทษเป็นการทำให้กลัว หรือสร้างนิสัย และสอนศีลธรรมแก่ประชาชน

หากพิจารณาถึงแนวความคิดในการเปรียบเทียบถึงผลดีผลเสียที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายอาญากับการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญา พบว่าถ้าประโยชน์ที่จะได้รับจากการบัญญัติกฎหมายอาญามีน้อยกว่าสิ่งที่จะต้องเสียไป ก็ควรที่จะพิจารณาถึงมาตรการอื่น เช่น มาตรการทางแพ่ง หรือ มาตรการทางการปกครอง ที่อาจให้ผลดีมากกว่า หรือสิ้นเปลืองน้อยกว่าการบังคับใช้โทษทางอาญา มาตรการใดให้ประโยชน์มากกว่าก็ควรใช้มาตรการนั้นและถ้าไม่มีมาตรการใดที่ให้ประโยชน์มากกว่าสิ่งที่จะต้องเสียไป ก็ควรใช้ทางเลือกสุดท้ายคือไม่ใช้มาตรการใดๆกับการกระทำความผิดนั้นๆเลย¹⁰⁸

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเรื่องของโทษจำคุกในระดับสากล พบว่าในปัจจุบันเป็นที่ตระหนักถึงความไม่เหมาะสมของการใช้โทษจำคุกเป็นมาตรการหลักทางอาญาอีกต่อไป เนื่องจากก่อให้เกิดความทุกข์ทรมาน จึงควรใช้แนวทางอื่นเพื่อทดแทน เห็นได้จากถ้อยแถลงที่เป็นข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยมาตรการที่มีใช้การควบคุมตัว หรือ United Nations Standard Minimum Rules for Noncustodial Measures (The Tokyo Rules) 14 December 1990¹⁰⁹

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า การกำหนดโทษจำคุกในความผิดประเวณีของสามีภริยานั้น ขาดความเหมาะสม และทำให้เกิดผลร้ายมากกว่าผลดี จึงควรพิจารณารูปแบบการลงโทษที่มีความเหมาะสมสำหรับความผิดดังกล่าวนี้ เพื่อใช้เป็นมาตรการอำนวยความยุติธรรมในสังคม

¹⁰⁸ ญัฐพล จิรกอบสกุล, การนำมาตรการเสริมอื่นมาใช้แทนการลงโทษทางอาญา, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549), 117.

¹⁰⁹ สกล นิสารัตน์, กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), 77.

4.1.3.1 การกำหนดโทษในความผิดประเวณีของสามีภริยาของต่างประเทศ

พบว่า มีเพียง 5 มลรัฐในสหรัฐอเมริกาที่ยังคงมีบทบัญญัติกฎหมายอาญาด้านผิดประเวณีของสามีภริยา ได้แก่ มลรัฐอิลลินอย แอลาบามา มินนิโซต้า มิชิแกน และ นิวเจอร์ซีย์ ซึ่งทั้ง 5 มลรัฐนี้ยังคงบัญญัติการผิดประเวณีของสามีภริยา ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

มลรัฐอิลลินอย ได้บัญญัติว่า บุคคลใดหากได้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตนถือว่ามีความผิดฐานมีชู้ หรือ adultery หากว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นที่เปิดเผยและเป็นที่ยอมรับกัน และในกรณีเป็นบุคคลที่สมรสแล้วหากมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน หรือ ในกรณีที่รู้ว่าผู้ที่ตนมีความสัมพันธ์ทางเพศด้วยนั้นเป็นคู่สมรสของบุคคลอื่นก็จะถือว่ามีความผิดฐานมีชู้¹¹⁰

มลรัฐแอลาบามา ได้บัญญัติว่า บุคคลใดจะมีความรับผิดชอบมีชู้ ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตนและได้อยู่กินด้วยกันจนสามีภริยากับบุคคลอื่นในขณะที่ตนหรือบุคคลดังกล่าวนั้นยังมีคู่สมรส บุคคลใดไม่ต้องรับผิดชอบในบทบัญญัติดังกล่าวนี้ หากบุคคลนั้นมีเหตุผลที่เชื่อได้ว่าตนเอง และบุคคลที่ตนมีความสัมพันธ์ทางเพศด้วยนั้นเป็นผู้ที่ไม่ได้ทำการสมรส ซึ่งประเด็นนี้จำเลยต้องเป็นผู้พิสูจน์ แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ถือเป็นการเปลี่ยนภาระการพิสูจน์ไปจากเดิม¹¹¹

มลรัฐมินนิโซต้า ได้บัญญัติว่า หญิงที่สมรสแล้วหากไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่นนอกจากคู่สมรสของตน ถึงแม้ว่าชายนั้นจะทำการสมรสหรือไม่ก็ตาม ทั้งสองจะมีความผิดฐานมีชู้ และจะถูกลงโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือ ปรับไม่เกิน 3000 \$ หรือ ทั้งจำทั้งปรับ¹¹²

มลรัฐมิชิแกน ความผิดฐานมีชู้หรือการประเวณีของสามีภริยาคือความผิดที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลสองคน ซึ่งฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ทำการสมรสกับบุคคลอื่นแล้ว ซึ่งในกรณีหญิงที่สมรสแล้วหากไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่นที่ไม่ได้ทำการสมรส ชายจะมีความผิดฐานมีชู้และจะถูกลงโทษหนักในฐานะเดียวกับหญิง¹¹³

¹¹⁰ Child abuse unit, **Illinois Criminal offenses**, (1961), Retrieved May 5, 2011, from <http://childabuseunit.com/information/pdf2/Illinois.pdf>

¹¹¹ Alabama Lawyer, **Code of Alabama section 13A-13-2 adultery**, (1975), Retrieved May 5, 2011, from <http://law.onecle.com/alabama/criminal-code/13A-13-2.html>

¹¹² State of Minnesota, **Minnesota Statutes 609.36 Adultery**, (2011), Retrieved November 4, 2011, from <https://www.revisor.mn.gov/statutes/?id=609.36&format=pdf>

¹¹³ The Michigan Penal Code 1931, **Code of Michigan**, chapter 5, Article 750.29-30, (1931), 5, Retrieved May 6, 2011, from <http://legislature.mi.gov/documents/mcl/pdf/mcl-chap750.pdf>

มลรัฐนิวยอร์ก ได้บัญญัติว่า บุคคลใดจะมีความผิดฐานมีชู้ ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตนในขณะที่ตนหรือบุคคลดังกล่าวยังมีคู่สมรสที่มีชีวิตอยู่¹¹⁴

จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาของมลรัฐต่างๆในสหรัฐอเมริกาในปัจจุบันที่เกี่ยวกับความผิดประเวณีของสามีภริยาได้ถูกยกเลิกไปเป็นส่วนใหญ่ มีเพียง 5 มลรัฐเท่านั้นที่ยังคงบัญญัติให้เป็นกฎหมายอาญา เนื่องมาจากมลรัฐต่างๆของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติกฎหมายการหย่าร้างขึ้นใหม่ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายการหย่าร้างนี้เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้กฎหมายอาญาในความผิดประเวณีของสามีภริยาได้ถูกยกเลิกไปโดยปริยาย กฎหมายการหย่าร้างรูปแบบใหม่ที่บังคับใช้ในหลายๆมลรัฐของสหรัฐอเมริกานี้ คือ รูปแบบของการหย่าร้างที่ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ความผิดของคู่สมรส ซึ่งหมายถึงคู่สมรสไม่จำเป็นต้องพิสูจน์พฤติกรรม หรือ การกระทำที่ไม่ดีของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อใช้เป็นเหตุฟ้องหย่า การบัญญัติกฎหมายการหย่าร้างใหม่ในสหรัฐอเมริกานี้ถือเป็นการตอบโจทย์ในปัญหาการหย่าร้าง อีกทั้งกฎหมายเก่าที่มีการกำหนดเหตุหย่าร้างนั้นถือเป็นการที่ล้าสมัย แต่อย่างไรก็ตาม ศาลยังคงให้คู่สมรสฝ่ายที่ต้องการหย่าร้างมีความจำเป็นที่จะต้องให้เหตุผลในการหย่าร้างดังกล่าว เช่น อาจเกิดจากความขัดแย้งหรือความไม่เข้ากันของคู่สมรสอย่างรุนแรง และไม่สามารถที่จะเยียวยาได้อีกต่อไป¹¹⁵

กฎหมายการหย่าร้างฉบับใหม่นี้มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองคู่สมรสที่ไม่อาจประกอบชีวิตการสมรสเอาไว้ได้ กฎหมายจึงมองเห็นว่าไม่ควรให้บุคคลเหล่านี้ต้องทนกับความทุกข์ทรมาน ดังนั้นสิ่งที่เป็ผลดีที่สุดคือการปล่อยให้บุคคลเหล่านี้ไปมีชีวิตใหม่ และพบว่าในสหรัฐอเมริกา การที่กฎหมายได้กำหนดกฎเกณฑ์ให้คู่สมรสต้องพิสูจน์ความผิดของอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อเป็นเหตุฟ้องหย่าร้างนั้นอาจทำให้คู่สมรสฝ่ายที่ต้องการหย่าร้างพยานหลักฐานปลอมเพื่อฟ้องหย่าได้¹¹⁶ นอกจากนี้ ยังเห็นว่ากฎหมายการหย่าร้างฉบับใหม่นี้มีผลดี ซึ่งทำให้ความรุนแรงในครอบครัวลดน้อยลง เนื่องจากกฎหมายได้ให้อำนาจแก่สามีภริยาสามารถออกจากครอบครัวที่ใช้ความรุนแรงได้ง่ายขึ้น อีกทั้งยังส่งผลให้เกิดข้อขัดแย้งในระหว่างการหย่าร้างลดน้อยลง และยังส่งผลให้เด็กที่อยู่

¹¹⁴ State of New York, **New York state laws**, (2 June 2012), Retrieved May 5, 2011, from <http://ypdcrime.com/penal.law/article255.htm>

¹¹⁵ Legal Information Institute of Cornell University Law School, **Divorce and Separation: an overview**, (19 August 2010), Retrieved March 27, 2012, from <http://www.law.cornel.edu/wex/divorce>.

¹¹⁶ John, R., **The pros and cons of No-Fault Divorce and Why New York stays con**, (30 November 2009), Retrieved March 27, 2012, from <http://lawblog.legalmatch.com/2009/11/30/the-pros-and-cons-of-no-fault-divorce-and-why-new-york-stays-con/>

ในสถานการณ์กดดันที่บิดามารดาหย่าร้างกันก็ลดน้อยลงเช่นกัน และยังสามารถลดจำนวนคดีที่เข้ามาสู่ศาลครอบครัวได้ นอกจากนี้ มาตรการดังกล่าวยังสามารถกระชับเวลาในการดำเนินคดีหย่าร้างให้สั้นขึ้น ซึ่งก็หมายถึงเป็นการลดระยะเวลาของความตึงเครียดในสถานการณ์หย่าร้างให้น้อยลงได้นั่นเอง¹¹⁷

เห็นว่า กฎหมายของมลรัฐหลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกาที่เคยบัญญัติความผิดฐานมีชู้ หรือ การผิดประเวณีของสามีภริยาไว้ในกฎหมายอาญา แต่ต่อมาได้มีการยกเลิกกฎหมายฉบับนี้ไป จนกระทั่งในปัจจุบันนี้ยังคงมีเพียง 5 มลรัฐเท่านั้นที่ยังคงบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว การยกเลิกกฎหมายในความผิดฐานมีชู้มีเหตุผลสำคัญมาจากการที่หลายมลรัฐของสหรัฐอเมริกาได้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายการหย่าร้างของกลุ่มสมรส ซึ่งกฎหมายการหย่าร้างฉบับแก้ไขใหม่นี้มีวัตถุประสงค์ให้คู่สมรสหย่าร้างกันโดยไม่จำเป็นต้องมีเหตุแห่งการหย่าร้าง ซึ่งนั่นก็หมายถึงคู่สมรสไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าคู่สมรสของตนไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ การบัญญัติกฎหมายการหย่าร้างรูปแบบใหม่นี้จึงทำให้กฎหมายอาญาในส่วนของกรณีชู้ชู้ยกเลิกไป เช่น ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียเคยบัญญัติความผิดฐานมีชู้ไว้ในกฎหมายอาญา และเป็นความผิดที่มีบทลงโทษค่อนข้างรุนแรง แต่ต่อมาก็ได้มีการยกเลิกการบังคับใช้กฎหมายอาญาในความผิดดังกล่าวนี้ โดยที่มลรัฐแคลิฟอร์เนียได้บัญญัติกฎหมายการหย่าร้างที่ไม่จำเป็นต้องมีเหตุแห่งการหย่าร้างขึ้นในปี ค.ศ. 1969 ซึ่งเป็นมลรัฐแรกของสหรัฐอเมริกาที่ได้บัญญัติกฎหมายนี้ขึ้นมา หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 1985 มลรัฐต่างๆ ก็ได้บัญญัติกฎหมายดังกล่าวนี้ขึ้นมาเช่นเดียวกัน ยกเว้นมลรัฐนิวยอร์กที่ยังคงบัญญัติกฎหมายการหย่าร้างที่จำเป็นต้องมีเหตุแห่งการหย่าร้างดังเดิม¹¹⁸

นอกจากนี้ นักกฎหมายของมลรัฐต่างๆ ในสหรัฐอเมริกาได้มองเห็นถึงความสำคัญของการแก้ไขปัญหามารณารุนแรงภายในครอบครัว ซึ่งเห็นได้ว่าการกำหนดเหตุหย่าเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดความรุนแรงภายในครอบครัว

ในส่วนของประเทศอื่นๆ นั้น รัฐบาลของประเทศเกาหลีใต้ได้ออกมาประกาศว่าได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการพิเศษขึ้นอย่างเป็นทางการโดยการรับรองจากคณะตุลาการ อัยการ และสภานายความแห่งประเทศเกาหลี เพื่อทำการปฏิรูปประมวลกฎหมายอาญาที่เข้มงวด และทารุณ

¹¹⁷ Cathy, M., **The issue of no-fault divorce**, (2009?), Retrieved March 26, 2012, from http://divorce.support.about.com/od/maritalproblems/i/nofault_fault_2.htm

¹¹⁸ John, R., **The pros and cons of No-Fault Divorce and Why New York stays con**, (30 November 2009), Retrieved March 27, 2012, from <http://lawblog.legalmatch.com/2009/11/30/the-pros-and-cons-of-no-fault-divorce-and-why-new-york-stays-con/>

ของประเทศเกาหลี ซึ่งในที่ประชุมได้มีมติให้ยกเลิกกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดประเวณีของสามีภรรยา¹¹⁹ และ เม็กซิโกก็เป็นอีกประเทศหนึ่งที่ได้ยกเลิกกฎหมายการผิดประเวณีของสามีภรรยา เช่นเดียวกัน ซึ่งความผิดประเวณีของสามีภรรยาของเม็กซิโก มีโทษจำคุกสูงสุด 2 ปี และตัดสิทธิพลเมืองสูงสุด 6 ปี การยกเลิกกฎหมายดังกล่าวนี้มีมติตกลงอย่างเป็นเอกฉันท์จากสมาชิกวุฒิสภาของเม็กซิโก¹²⁰

4.1.4 วิเคราะห์ปัญหาอันเกิดจากการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน

จากการศึกษาถึงบทบัญญัติกฎหมายฐานผิดประเวณีของสามีภรรยาลาว เห็นได้ว่า ความผิดดังกล่าวนี้ไม่ได้อยู่ประเภทความผิดต่อส่วนตัว ซึ่งหมายความว่าความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ผู้เสียหายในคดีคือรัฐ และทุกคนมีสิทธิแจ้งความดำเนินคดีเมื่อเห็นว่ามีกรกระทำ ความผิดเกิดขึ้น รัฐหรือพนักงานสอบสวนสามารถเข้าดำเนินการโดยไม่จำเป็นต้องมีการฟ้องร้องจากสามีหรือภรรยา ดังนั้นจึงทำให้ความผิดในฐานนี้เป็นความผิดที่ไม่ได้ให้อำนาจฟ้องกับผู้เสียหาย กล่าวคือ คู่สมรสเท่านั้น เมื่อพิจารณาเห็นว่ากรกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดต่อ ส่วนตัวบุคคล การกระทำความผิดนั้นไม่ได้กระทบกระเทือนต่อสังคมส่วนรวมถึงขนาดที่รัฐ จำเป็นต้องเข้าดำเนินการป้องกัน และปราบปราม เพราะถือได้ว่าหากความผิดที่มีลักษณะ ประกอบด้วยเหตุผลอันเป็นส่วนตัวของผู้เสียหายบางประการ รัฐควรจะไปดำเนินการก็ต่อเมื่อ เอกชนผู้เสียหายได้ร้องทุกข์กล่าวโทษขึ้นก่อน

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมายข้างต้นแล้ว เห็นได้ว่าการกำหนดให้ความผิดฐาน ประเวณีของสามีภรรยาเป็นกฎหมายอาญาแผ่นดินนั้น ทำให้เกิดปัญหาบางประการที่ควรพิจารณา ดังนี้

สำหรับบทบัญญัติของกฎหมายอาญาลาวได้บัญญัติให้บังคับใช้กับคนลาวทุกคนในสังคม แต่ในสภาพความเป็นจริงในสังคมลาวที่แบ่งออกเป็นสามกลุ่มใหญ่ กล่าวคือ ชนเผ่าลาวสูง ลาวเทิง และ ลาวลุ่ม ซึ่งในสามกลุ่มชนเผ่าของลาวได้มีวัฒนธรรม ประเพณีบางอย่างที่แตกต่างกัน ส่วนใน ด้านการสมรสก็แตกต่างเช่นเดียวกัน ในประเพณีของชนเผ่าลาวสูง และ ลาวเทิงมีประเพณีการ

¹¹⁹ Korea to abolish adultery law, **The Chosunilbo News**, (18 March 2010), Retrieved March 26, 2012, from http://english.chosun.com/site/data/html_dir/2010/03/18/2010031800594.html

¹²⁰ In Mexico, adultery is no longer a crime, **Abs-cbnnews**, (26 March 2011), Retrieved March 27, 2012, from <http://www.abs-cbnnews.com/global-filipino/world/03/25/11/adultery-no-longer-crime-mexico>

สมรสที่ชายมีสิทธิมีภริยาได้มากกว่าหนึ่งคน¹²¹ สำหรับชนเผ่าลาวลุ่มแล้วไม่มีประเพณีดังกล่าวนี้ จากการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวในทางปฏิบัติแล้วเห็นได้ว่ากฎหมายไม่สามารถบังคับใช้กับคนทุกกลุ่มในสังคมลาวได้ เนื่องจากกฎหมายไม่สามารถยับยั้งความเชื่อถือ หรือจารีตประเพณีของคนบางกลุ่มได้ ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้รัฐไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างทั่วถึง

อีกทั้ง จากการศึกษาบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดประเวณีของสามีภริยาในสมัยที่ประเทศลาวถูกปกครองด้วยประเทศฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา กฎหมายมีบทลงโทษค่อนข้างรุนแรง และเข้มงวด อย่างไรก็ตาม ความผิดดังกล่าวได้ถูกจัดไว้ในประเภทความผิดต่อส่วนตัว ซึ่งหากรัฐจะเข้าดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ก็ต่อเมื่อต้องมีคำฟ้องจากสามีหรือภริยาเสียก่อน จากการพิจารณาในประเด็นดังกล่าว เห็นว่าการกำหนดให้ความผิดประเวณีของสามีภริยาเป็นความผิดต่อส่วนตัวนั้น มีความเหมาะสมมากกว่า เนื่องจากว่าเรื่องการผิดประเวณีของสามีภริยาถือเป็นปัญหาในครอบครัว ดังนั้น บุคคลที่สามารถแก้ไขปัญหาคดีที่สุดก็คือคนภายในครอบครัวนั่นเอง หากกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดินแล้วอาจยังทำให้เกิดปัญหา หรือผลเสียมากกว่าผลดี

อนึ่ง จากการศึกษาถึงหลักกฎหมายสากลแล้ว พบว่า มีหลักความยินยอม และหลักฐานเห็นเป็นใจกล่าวคือ คู่สมรสไม่สามารถฟ้องหย่า หรือ ฟ้องดำเนินคดีกับอีกฝ่ายหนึ่งได้ หากคู่สมรสฝ่ายนั้นยินยอม หรือ ู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิด ซึ่งถือว่าการยินยอม (consent) หรือ การรู้เห็นเป็นใจ (connive) เป็นไปตามหลักกฎหมายที่ว่า “ความยินยอมของผู้เสียหาย ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิด (volenti non fit injuria) การยินยอมหมายถึงการแสดงกิริยาอาการให้ปรากฏชัดแจ้งว่าได้อนุญาตให้กระทำสิ่งนั้น เช่น ภริยาสุขภาพอ่อนแอไม่สามารถร่วมประเวณีกับสามีได้จึงยินยอมให้สามีมีภริยาน้อย ส่วนการรู้เห็นเป็นใจนั้นหมายถึงการให้บริการ และ ความสะดวกต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม หากรัฐเข้าดำเนินคดีในกรณีที่ไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว ถือว่าเป็นการดำเนินคดีที่ไม่ได้รับผลดีแต่อย่างใด แต่กลับทำให้เกิดผลเสียตามมาอีกมากมาย เช่น ทำให้บุคคลต้องเสียสิทธิเสรีภาพ หรือ สิทธิอื่นๆ ไป ซึ่งยากที่จะกลับคืนสู่สังคมได้ อีกทั้งไม่อาจจะทำงานที่มีรายได้ดั้งเดิมได้ และสิ่งนี้อาจส่งผลกระทบต่อสมาชิกครอบครัวของบุคคลดังกล่าว ซึ่งพิจารณาได้ว่าการบัญญัติกฎหมายไว้เช่นนี้อาจยังสร้างความเสียหายอย่างร้ายแรงให้กับผู้กระทำความผิด และอาจยังสร้างความแตกร้างให้สถาบันครอบครัวได้เช่นเดียวกัน

จากเหตุผลที่ได้กล่าวข้างต้น ทำให้พิจารณาได้ว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ควรกำหนดให้เป็นอาญาแผ่นดิน เนื่องจากไม่สามารถบังคับใช้กับคนทุกกลุ่มในสังคมลาว ซึ่งอาจก่อให้เกิดความ

¹²¹ สถาบันค้นคว้ากฎหมายและร่วมมือกับต่างประเทศกระทรวงยุติธรรม, ประเพณีของชนเผ่ามูล, (16 มีนาคม 2553).

เหลื่อมล้ำในการบังคับใช้กฎหมายขึ้นในสังคม หรือ อาจกล่าวได้ว่าจะเกิดความไม่เป็นธรรมในสังคมจากการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องเดียวกัน และในขณะเดียวกันการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ย่อมจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ที่ถูกลงโทษในกรณีที่คู่สมรสของตนยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจให้กระทำเช่นนั้น

จากการศึกษาถึงบทบัญญัติกฎหมายอาญาของมลรัฐต่างๆ ในสหรัฐอเมริกา พบว่า ความผิดประเวณีของสามีภริยานั้นได้ถูกจัดให้อยู่ในประเภทความผิดต่อส่วนตัว¹²² ซึ่งหมายถึงต้องมีการฟ้องของสามีภริยาก่อนรัฐถึงจะเข้าดำเนินการได้ เพราะถือว่าการผิดประเวณีนี้เกิดขึ้นจากสามีภริยา และส่งผลกระทบโดยตรงต่อสามีภริยาอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น ผู้ที่ได้รับผลกระทบ หรือ ความเดือดร้อนจากการกระทำความผิดดังกล่าวจึงต้องเข้าทำการแจ้งความเพื่อให้รัฐดำเนินการปกป้องคุ้มครองจากการกระทำความผิดนั้นๆ ในกรณีที่สามีภริยาไม่ใส่ใจเอาความหรือให้อยู่ในการกระทำความผิดดังกล่าวก็ถือว่าเป็นสิทธิของสามีภริยาที่พึงกระทำได้

4.2 การพิจารณาการบังคับใช้กฎหมายอาญา

จากการศึกษาถึงลักษณะของกฎหมายอาญาและแนวความคิดในการบัญญัติกฎหมายอาญาชี้ให้เห็นข้อเท็จจริงประการหนึ่ง ซึ่งมีความจำเป็นที่จะต้องตระหนักว่า กฎหมายอาญาเป็นมาตรการควบคุมอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุด ทั้งยังก่อให้เกิดความสิ้นเปลืองสูง ไม่ว่าจะเป็นทางเศรษฐกิจ หรือ สังคม กฎหมายอาญาจึงเป็นมาตรการขั้นสุดท้ายที่จะพื้งนำมาใช้ในการควบคุมพฤติกรรม ในหลายประเทศได้พยายามที่จะจำกัดการใช้กฎหมายอาญาด้วยวิธีการต่างๆ กัน เช่น การยกเลิกความผิด การกำหนดให้เป็นความผิดประเภทอื่น ซึ่งไม่ใช่ความผิดอาญา

การกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญาเป็นอีกวิธีการหนึ่งที่นักปรัชญา และนักนิติศาสตร์ได้นำเสนอเพื่อลดการใช้กฎหมายอาญา และกำหนดบทบาท หรือ ขอบเขตที่เหมาะสมในการใช้กฎหมายอาญา ผลจากการศึกษาพบว่า ข้อพิจารณา หรือ เงื่อนไขที่ได้รับการยอมรับว่าควรใช้ในการกำหนดให้การกระทำความผิดใดการกระทำความผิดหนึ่งเป็นความผิดอาญาจะประกอบด้วย

¹²² The Michigan Penal Code 1931, **Code of Michigan**, chapter 5, Article 750.31, (1931), 5,

4.2.1 การผิดศีลธรรม

โดยเหตุที่การมีข้อควรดำเนินในทางศีลธรรมจากสังคมอย่างรุนแรงและเป็นทางการที่เป็นลักษณะพื้นฐานและเป็นสิ่งที่แยกสภาพบังคับทางอาญาออกจากสภาพบังคับของกฎหมายประเภทอื่น¹²³ ดังนั้น การกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาอย่างน้อยที่สุดเงื่อนไขที่จะใช้ในเบื้องต้นก็ควรให้มีความสอดคล้องกับลักษณะพื้นฐานเฉพาะของความผิดอาญา¹²⁴ การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่มีข้อควรดำเนินในทางศีลธรรมอย่างรุนแรง การใช้เงื่อนไข หรือ ปัจจัยนี้เป็นพื้นฐานในการกำหนดความผิดจะเป็นการสร้างความชอบธรรมให้กับการบังคับใช้บทบัญญัตินั้นๆ ทั้งในความรู้สึกของสาธารณชน และเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมาย

4.2.2 ภัยอันตราย

สิ่งที่ควรจะนำมาเป็นข้อพิจารณาในประการต่อมาคือ ภัยอันตรายอันเกิดจากการกระทำนั้นๆ การใช้เงื่อนไขในข้อนี้มีไว้เพื่อพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวจะก่อให้เกิดภัยอันตรายหรือไม่ เนื่องจากการกระทำทุกอย่างสามารถหาเหตุผลสนับสนุนได้ว่ามีภาวะเสี่ยงภัยอยู่ในตัวทั้งนั้น การใช้เงื่อนไขดังกล่าวนี้ควรใช้เพื่อประเมิน หรือ ชั่งน้ำหนักถึงผลดีผลเสีย ที่จะเกิดขึ้นจากการบัญญัติหรือไม่บัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา¹²⁵ ดังนั้น สิ่งที่ต้องพิจารณาจึงได้แก่ความสำคัญของภัยอันตราย และความใกล้ชิดของภัยอันตรายที่ต้องการจะป้องกันกับการกระทำที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอาญา และโอกาสมากน้อยที่จะเกิดภัยอันตรายจากการกระทำความผิดนั้นๆ ตลอดจนความสำคัญของเสรีภาพในการกระทำ หรือ สิทธิในการตัดสินใจของปัจเจกบุคคลต่อการกระทำดังกล่าว¹²⁶

¹²³ Henry M. Hart, Jr. et al., *The aims of the criminal law*, (New York : The Free Press, 1974), 64-65, อ้างถึงใน พรหมราชรัตน์ ศรีไชยรัตน์, ใน *ความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดลหุโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญา*, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), 94.

¹²⁴ Herbert, L. P., *The limits of criminal sanction*, (Stanford, CA: Stanford University Press, 1968), 262.

¹²⁵ Ibid., 266-267.

¹²⁶ Richard, S. F., *criminalization and decriminalization*, (N.P: n.p., 1983), 448, อ้างถึงใน พรหมราชรัตน์ ศรีไชยรัตน์, ใน *ความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดลหุโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญา*, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), 94.

การกำหนดให้การกระทำใดก็ตามเป็นความผิดอาญา การกระทำนั้นควรเป็นการกระทำที่คุกคามต่อประโยชน์อันสำคัญของสังคม จนผู้บัญญัติกฎหมายเต็มใจที่จะใช้โทษทางอาญากับการกระทำนั้น และมุ่งหวังที่จะให้หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาใช้ทรัพยากรของตนไปกับการบังคับใช้กฎหมายนั้น และควรเป็นการกระทำที่มีความใกล้ชิดกับภัยอันตรายที่ต้องการจะป้องกัน เพราะยิ่งการกระทำนั้นมีความห่างไกลจากภัยอันตรายมากเท่าไร การบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดผลตามต้องการก็จะยากขึ้นเท่านั้น และการบัญญัติกฎหมายอาญาโดยไม่ได้พิจารณาให้รอบคอบในการคัดเลือกการกระทำที่กำหนดให้เป็นความผิด ยังจะมีผลทำให้มลทิน หรือตราบาปที่ติดอยู่กับการเป็นความผิดอาญาลดน้อยลง นอกจากนี้ การห้ามการกระทำความผิด ยังคงต้องไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการกระทำจนเกินสมควร¹²⁷

4.2.3 ผลที่อาจได้รับ

ในประการต่อมา สิ่งที่ต้องพิจารณาคือ ผลจากการกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดในทางอาญา โดยต้องศึกษาทั้งผลดี และผลเสีย¹²⁸ ในส่วนของผลดีนั้นเมื่อคำนึงถึงว่ากฎหมายอาญาเป็นมาตรการอย่างหนึ่ง ที่ถูกนำมาใช้เพื่อตอบสนองความมุ่งหมายของสังคมบางประการ ประโยชน์หรือผลดีที่จะเกิดขึ้นจากการบัญญัติกฎหมายอาญาก็คือ การบรรลุถึงความมุ่งหมายที่ต้องการ ความมุ่งหมายในความผิดอาญาในเบื้องต้นคือ การรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยผ่านกระบวนการข่มขู่ด้วยโทษและการลงโทษ หรือ การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด เพื่อลดการกระทำที่ไม่เป็นที่พึงปรารถนา และส่งเสริมการกระทำที่เป็นที่พึงปรารถนาของสังคม¹²⁹ และเมื่อพิจารณาถึงการบัญญัติความผิดอาญาในแต่ละความผิดโดยเฉพาะ ความมุ่งหมายคือการห้ามการกระทำความผิด¹³⁰ ดังนั้น ประโยชน์ที่จะได้รับจากการบัญญัติความผิดนั้น คือ ความสำเร็จในการ

¹²⁷ Herbert, L. P., *The limits of the criminal sanction*, (Stanford, CA.: Stanford University Press, 1968), 271-273.

¹²⁸ *The prevention of crime and the treatment of offenders* [International review of criminal policy No. 33], (N.P: n.p., 1977), 83.

¹²⁹ Henry M. Hart, Jr. et al., *The aims of the criminal law*, (New York : The Free Press, 1974), 64-65, อ้างถึงใน พรณราชรัตน์ ศรีไชรัตน์, ใน ความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดลหุโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญา, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), 66.

¹³⁰ Herbert, L. P., *The limits of the criminal sanction*, (Stanford, CA.: Stanford University Press, 1968), 19.

ป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดดังกล่าว และภัยอันตรายอันอาจเกิดจากการกระทำความผิดนั้น ซึ่งหมายถึงว่าต้องศึกษาถึงโอกาส หรือ ความเป็นไปได้ที่จะประสบความสำเร็จที่ว่านี้ เพื่อเปรียบเทียบกับผลเสียต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ทั้งในทางหลักการ และในทางปฏิบัติ¹³¹ ทั้งนี้ การตัดสินใจใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเข้าจัดการกับการกระทำใด ควรต้องคำนึงด้วยว่าจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทั้งในทางเศรษฐกิจ และสังคมจนเกินกว่าจะยอมรับได้¹³²

4.2.4 มาตรการอื่นที่อาจนำมาใช้

ข้อพิจารณาอีกประการหนึ่งในการกำหนดให้การกระทำความผิดการกระทำหนึ่งเป็นความผิดในทางอาญา คือ ในการควบคุมการกระทำนั้น มีมาตรการควบคุมอย่างอื่นหรือไม่ ที่สามารถนำมาใช้ได้ผลอย่างเดียวกับกฎหมายอาญา หรือ ดีกว่า หรือสามารถลด หรือ หลีกเลี่ยงผลเสียต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการใช้กฎหมายอาญาได้ สำหรับการกระทำบางอย่าง เช่น พฤติกรรมที่มีความรุนแรง อาจจำเป็นต้องใช้กฎหมายอาญาเข้าจัดการ แต่สำหรับการกระทำบางอย่างอาจมีความจำเป็นที่จะต้องใช้กฎหมายอาญาเพียงบางส่วน หรือในบางขั้นตอนของการควบคุมเท่านั้น ไม่จำเป็นที่จะต้องใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในการควบคุมการกระทำนั้นทั้งหมด เช่น อาจจำเป็นต้องให้อำนาจเจ้าพนักงานตำรวจในการจับกุมผู้กระทำความผิด แต่ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้โทษทางอาญากับการกระทำความผิดนั้น¹³³ และสำหรับการกระทำความผิดบางอย่าง หลังจากประเมินผลเสียต่างๆ อย่างรอบคอบแล้ว อาจต้องยอมรับว่าวิธีการที่ดีที่สุดสำหรับการกระทำนั้นคือ การไม่ใช้มาตรการทางกฎหมายใดๆเลย¹³⁴

4.2.5 การจัดสรรทรัพยากร

พฤติกรรมที่เบี่ยงเบนไปจากปทัสถาน (norm) หรือแบบแผนสำหรับยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติ ในแต่ละสังคมมีอยู่เป็นจำนวนมาก พฤติกรรมเหล่านี้มีความร้ายแรงมากน้อยต่างกัน และ

¹³¹ Herbert, L. P., **The limits of the criminal sanction**, (Stanford, CA.: Stanford University Press, 1968), 250.

¹³² **The prevention of crime and the treatment of offenders** [International review of criminal policy No. 33], (N.P: n.p., 1977), 83.

¹³³ Richard, S. F., **criminalization and decriminalization**, (N.P: n.p., 1983), 448, อ้างถึงใน พรณราชรัตน์ ศรีไชยรัตน์, ใน ความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดลหุโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญา, วิทยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), 448.

¹³⁴ Herbert, L. P., **The limits of the criminal sanction**, (Stanford, CA.: Stanford University Press, 1968), 258-259.

ความอดทนที่สังคมมีต่อพฤติกรรมเหล่านี้ก็ต่างกัน ปัญหาในการควบคุมพฤติกรรมแต่ละอย่างมิได้มีเพียงแต่การเลือกใช้มาตรการให้เหมาะสมเท่านั้น แต่ยังต้องคำนึงถึงทรัพยากรต่างๆ ที่จะนำมาใช้ในการควบคุมด้วย การนำทรัพยากรที่มีอยู่มาใช้ในการอย่างหนึ่ง เท่ากับเป็นการสูญเสียโอกาสที่จะใช้ทรัพยากรจำนวนเดียวกันนั้นกับกิจการอื่น โดยเหตุที่ทรัพยากรทุกอย่างมีจำกัดในการจัดสรร จึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดลำดับความสำคัญของกิจการ¹³⁵ เพื่อประโยชน์สูงสุดในการใช้ทรัพยากร ดังนั้น ข้อพิจารณาอีกประการหนึ่งในการกำหนดความผิดอาญาคือ ต้องพิจารณาว่าทรัพยากรที่จะนำมาใช้ในการบังคับใช้กฎหมายนั้น จะก่อให้เกิดประโยชน์ได้มากกว่าหรือไม่ ถ้านำไปใช้ในการควบคุมพฤติกรรมอื่น ในกิจการอื่นของสังคมที่ไม่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายอาญา หรือ กฎหมายอื่นๆ ใด¹³⁶

4.2.6 ผลจากการยกเลิกความผิด

ประเด็นสุดท้ายที่พึงพิจารณาคือ ในกรณีที่การกระทำนั้น เคยมีกฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิด หากจะมีการยกเลิกกฎหมายดังกล่าว จะก่อให้เกิดผลอย่างไร ข้อเสนอให้ยกเลิกความผิดหรือข้อห้ามใดๆ มักจะได้รับการโต้แย้งว่าจะเป็นการส่งเสริมให้มีการกระทำความผิดนั้นๆ มากขึ้น หรือ อย่างน้อยที่สุดก็ในช่วงเวลาสั้นๆ หลังจากได้ยกเลิกกฎหมายดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม เคยมีการศึกษาพบว่า ไม่ปรากฏว่ามีผลในทางลบเกิดขึ้นจากการยกเลิกความผิด ยิ่งไปกว่านั้นยังพบว่าบ่อยครั้งที่มาตรการอื่นที่นำมาใช้ควบคุมการกระทำใดการกระทำหนึ่งแทนกฎหมายอาญามีประสิทธิภาพดีกว่ากฎหมายอาญาที่ไม่เคยมีการบังคับใช้¹³⁷ และที่สำคัญคือ การดำรงอยู่หรือการมีอยู่ของกฎหมายใดไม่ควรจะกลายเป็นข้ออ้างที่แสดงถึงการมีผลใช้บังคับ (validity) ของบทบัญญัติกฎหมายนั้น¹³⁸

¹³⁵ Herbert, L. P., *The limits of the criminal sanction*, (Stanford, CA.: Stanford University Press, 1968), 259-260.

¹³⁶ Richard, S. F., *criminalization and decriminalization*, (N.P: n.p., 1983), 448, อ้างถึงใน พรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์, ใน ความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดลหุโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญา, วิทยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), 449.

¹³⁷ *The prevention of crime and the treatment of offenders* [International review of criminal policy No. 33], (N.P: n.p., 1977), 83.

¹³⁸ Richard, S. F., *criminalization and decriminalization*, (N.P: n.p., 1983), 448, อ้างถึงใน พรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์, ใน ความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดลหุโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญา, วิทยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), 449.

4.2.7 ผลจากการสัมภาษณ์

ในการศึกษานี้ผู้เขียนได้มีโอกาสสัมภาษณ์พูดคุยกับผู้เกี่ยวข้อง เช่น ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ พนักงานตำรวจ ทนายความ นิติกร และบุคคลทั่วไป เพื่อสอบถามถึงแนวความคิด และความเห็นในเรื่องของการตีความกฎหมายอาญาในความผิดประเวณีของสามีภริยา ความเหมาะสมในการกำหนดอัตราโทษ การบัญญัติให้เป็นอาญาแผ่นดิน และการลงโทษด้วยมาตรการทางอาญา ซึ่งจากการสัมภาษณ์ได้ข้อสรุปดังนี้

4.2.7.1 การตีความกฎหมายอาญาในความผิดประเวณีของสามีภริยา

ความคิดเห็นในข้อนี้แบ่งออกเป็นสองกลุ่ม ได้แก่ กลุ่มที่สนับสนุนกฎหมายและกลุ่มที่เห็นต่างจากกฎหมาย ในการสัมภาษณ์พบว่า กลุ่มที่เห็นต่างจากกฎหมายมีจำนวนมากกว่ากลุ่มที่สนับสนุนกฎหมาย ซึ่งกลุ่มเห็นต่างจากกฎหมายมีความเห็นว่า การตีความกฎหมายเป็นการตีความที่ไม่เป็นธรรมกับประชาชน เป็นการตีความเพื่อเอาผิดมากกว่าการค้นหาข้อเท็จจริงในคดี โดยเห็นว่า การตีความดังกล่าวนี้ เป็นมาตรการที่ทำให้บุคคลถูกลงโทษทางอาญาได้ง่าย ซึ่งกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ ดังนั้นควรมีการปรับปรุงแก้ไขการตีความใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายอาญา และหลักกฎหมายความคุ้มครองผู้ถูกกล่าวหา ส่วนกลุ่มที่สนับสนุนกฎหมายมีความเห็นว่า การตีความดังกล่าวช่วยให้เจ้าพนักงานทำหน้าที่ได้อย่างรวดเร็ว ซึ่งเป็นผลทำให้กระบวนการยุติธรรมในเรื่องดังกล่าวสิ้นสุดโดยเร็ว อีกทั้งทำให้ผู้กระทำความผิดไม่สามารถหาข้อแก้ตัวเพื่อหลบหนีจากการถูกลงโทษ นอกจากนี้ยังถือเป็นมาตรการที่ช่วยให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัวต่อกฎหมายและไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำ

4.2.7.2 ความเหมาะสมในการกำหนดอัตราโทษ

ในเรื่องดังกล่าวนี้กลุ่มที่มีความเห็นว่า การบัญญัติอัตราโทษในความผิดประเวณีของสามีภริยาในปัจจุบันยังไม่มี ความเหมาะสมเท่าที่ควร เนื่องจากการบัญญัติอัตราโทษยังอยู่ในระดับสูงเกินกว่าการกระทำความผิด ถึงแม้ว่ากฎหมายจะกำหนดโทษจำคุกสามเดือนถึงหนึ่งปี แต่กฎหมายก็ไม่สามารถบรรลุดูวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดได้ในทางตรงกันข้าม การกำหนดโทษดังกล่าวยังส่งผลกระทบตามมาอีกมากมาย เช่น ส่งผลกระทบต่อตัวผู้กระทำความผิดเอง และครอบครัวของผู้กระทำความผิด ดังนั้น ความเห็นของกลุ่มนี้จึงเห็นว่ากฎหมายควรได้รับการแก้ไขและปรับปรุงการกำหนดโทษทางอาญาต่อความผิดประเวณีของสามีภริยาเพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดมากยิ่งขึ้น อีกทั้งเพื่อเป็นการลดผลกระทบที่อาจเกิดจากการบังคับใช้กฎหมายอาญาก็ด้วย ส่วนกลุ่มที่สองเป็นกลุ่มที่มีความเห็นว่า การกำหนดอัตราโทษในปัจจุบันถือเป็นการกำหนดโทษที่เหมาะสมกับความผิด

ดังกล่าวแล้ว เนื่องจากการกำหนดอัตราโทษดังกล่าวนี้สามารถข่มขู่ผู้กระทำความผิดให้เกรงกลัวต่อบทลงโทษและยับยั้งการกระทำความผิดได้

4.2.7.3 ความเหมาะสมในการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน

กลุ่มแรกมีความเห็นว่า การบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดินมีผลดีมากกว่าผลเสีย เนื่องจากถือเป็นมาตรการที่ช่วยในการปกป้องคุ้มครองหญิงในกรณีที่สามีกระทำความผิดประเวณี กลุ่มนี้มีความเห็นว่า หญิงที่แจ้งความดำเนินคดีกับสามีของตนในความผิดดังกล่าวอาจมีความเสี่ยงที่จะถูกสามีทอดทิ้งหรืออาจเกิดความบาดหมางขึ้นในระหว่างคู่สามีภรรยา ซึ่งเป็นสาเหตุที่ทำให้หญิงอาจตกเป็นเหยื่อของการใช้ความรุนแรงภายในครอบครัวได้ ดังนั้นจึงเห็นว่า การบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน หรือ ทุกคนมีสิทธิร้องทุกข์กล่าวโทษนั้น เป็นสิ่งที่สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ ส่วนกลุ่มที่สองมีความเห็นว่า การบัญญัติกฎหมายให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดินนั้น ทำให้มีผลเสียมากกว่าผลดี เพราะในความเป็นจริงแล้วกฎหมายดังกล่าวนี้ไม่สามารถบังคับใช้กับคนลาวทุกคนได้ เนื่องจากคนลาวบางกลุ่มยังคงมีประเพณีที่ยึดถือประเพณีปฏิบัติให้ชายมีสิทธิภรรยาได้มากกว่าหนึ่งคน ซึ่งประเพณีดังกล่าวนี้เป็นประเพณีที่คนลาวจำนวนไม่น้อยได้ยึดถือปฏิบัติสืบต่อกันมาจนถึงปัจจุบัน ดังนั้น หากยังคงมีการบัญญัติให้กฎหมายการผิดประเวณีของสามีภรรยาเป็นความผิดอาญาแผ่นดินแล้ว กฎหมายก็ควรถูกบังคับใช้กับคนลาวทุกคนอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน แต่หากกฎหมายไม่สามารถบังคับใช้กับทุกคนได้แล้วก็ควรที่จะถูกยกเลิก หรือ ใช้มาตรการอื่นที่เหมาะสมแทนการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน นอกจากนี้ ในกรณีที่คู่สมรสยินยอม หรือ รู้เห็นเป็นใจให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งกระทำความผิดประเวณี ถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นการละเมิด และถือได้ว่าไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำความผิดดังกล่าวนี้ หากกฎหมายยังคงถูกบังคับใช้ในกรณีนี้ ก็ถือได้ว่า เป็นการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่มีผลประโยชน์แต่ประการใด แต่ยิ่งกลับสร้างความเสียหายต่อตัวผู้กระทำความผิด ต่อคู่สมรส และอาจสร้างความแตกร้างให้แก่สถาบันครอบครัวได้อีกด้วย

4.2.7.4 การลงโทษด้วยมาตรการทางอาญา

ความคิดเห็นในข้อนี้ ได้แบ่งออกเป็นสองแนวความคิดที่แตกต่างกันอย่างชัดเจน เช่น กลุ่มที่หนึ่งมีแนวความคิดว่ามาตรการทางอาญาเป็นมาตรการที่เหมาะสมที่สุดในการแก้ไขปัญหาคriminalประเวณีของสามีภรรยาในลาว เพราะยังคงเป็นวิธีที่สามารถปราบปรามผู้กระทำความผิดอย่างได้ผลในระดับหนึ่ง อีกทั้งมาตรการนี้ยังจำเป็นและเหมาะสมกับสังคมลาว เนื่องจากมาตรการดังกล่าวนี้ทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษตามสมควร แต่กลุ่มที่สองมีความคิดเห็นว่ากฎหมายควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขใหม่ หรือควรยกเลิกไป เพราะกฎหมายได้บัญญัติขึ้นเพื่อใช้กับคนและสังคมในอดีตแต่ปัจจุบันเห็นได้ว่าสังคมลาวมีการเปลี่ยนแปลง เนื่องจากได้รับอิทธิพล

วัฒนธรรมจากชาติตะวันตกมากขึ้น ซึ่งทำให้มุมมองของคนลาวต่อการกระทำความผิดดังกล่าวนี้ ผ่อนคลายลง จากการสัมภาษณ์ชายส่วนใหญ่ทั้งที่เคย และไม่เคยถูกลงโทษทางอาญาในคดีดังกล่าว พบว่า สังคมลาวปัจจุบันมีสิ่งเข้าวนที่ทำให้ชายออกไปเที่ยวกลางคืนมากขึ้น และชายสามารถหาซื้อบริการทางเพศได้จากสถานที่ดังกล่าวได้ง่ายขึ้นอีกด้วย

จากการสัมภาษณ์ผู้ที่เกี่ยวข้องข้างต้น พอสรุปความเห็นได้ว่า ยังคงมีแนวความคิดให้มีการลงโทษอาญาในความผิดประเวณีของสามีภรรยา เนื่องจากเชื่อว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่สามารถบ่มเพาะให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัวต่อบทลงโทษ และไม่กล้าที่จะกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งการใช้มาตรการทางอาญานี้ยังคงมีความจำเป็นและสามารถยับยั้งการกระทำความผิดได้ในระดับหนึ่ง เนื่องจากมาตรการดังกล่าวยังคงมีความเหมาะสมกับสภาพสังคมลาว แต่ความเห็นส่วนใหญ่ที่มีต่อการตีความกฎหมายในความผิดดังกล่าวนี้เห็นว่า เป็นการตีความที่รวบรัดและไม่เป็นธรรม ซึ่งควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขใหม่เพื่อให้กฎหมายสามารถอำนวยความสะดวกให้แก่ทุกฝ่ายในคดีได้อย่างแท้จริง นอกจากนี้ ในการสัมภาษณ์ยังมีความเห็นว่า การกำหนดอัตราโทษจำคุกเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวในปัจจุบันถือได้ว่าเป็นอัตราโทษที่สูงเกินกว่าการกระทำความผิด ซึ่งได้ส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อผู้กระทำความผิด และครอบครัวของบุคคลเหล่านั้น ดังนั้นจึงเห็นควรให้มีการบัญญัติอัตราโทษที่เหมาะสมต่อการกระทำความผิดดังกล่าวนี้ สำหรับการบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดินนั้นมีความเห็นว่า ได้รับผลเสียมากกว่าผลดี เนื่องจาก ในความเป็นจริงกฎหมายไม่สามารถบังคับใช้กับคนทุกคนในสังคมลาวได้ จึงอาจทำให้เกิดความไม่เสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมาย อีกทั้งในกรณีที่คู่สมรสยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการเช่นนั้น ก็ถือได้ว่าไม่มีการละเมิด หรือ ไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำความผิดดังกล่าว ซึ่งนอกจากจะไม่ได้รับประโยชน์อันใดจากการบังคับใช้กฎหมายนี้แล้ว กฎหมายยังกลับส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อผู้กระทำความผิด และต่อครอบครัวของพวกเขาเหล่านี้ได้อีกด้วย

4.3 ผลการบังคับใช้กฎหมายอาญากับความผิดประเวณีของสามีภรรยา

เมื่อนำหลักเกณฑ์ข้างต้นมาพิจารณากับการบังคับใช้กฎหมายอาญาฐานผิดประเวณีของสามีภรรยาตามกฎหมายลาวพบว่า ยังคงมีบางประเด็นที่ไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขต่างๆ ที่เป็นข้อควรพิจารณาในการบัญญัติกฎหมายอาญาในประเด็นดังนี้

4.3.1 ความผิดต่อศีลธรรมในความผิดประเวณีของสามีภรรยา

การกระทำที่นำมาบัญญัติให้เป็นความผิดประเวณีของสามีภรรยาในกฎหมายอาญาลาว ถือได้ว่าเป็นการกระทำความผิดที่มีข้อควรตำหนิอย่างร้ายแรงจากสังคมลาวในอดีต ถึงแม้ว่าในยุคนี้ สังคมลาวจะลงโทษและตำหนิเพียงฝ่ายหญิงที่มีชู้เท่านั้น แต่ในปัจจุบันคนในสังคมส่วนใหญ่ยังเห็นว่าการกระทำความผิดประเวณีของสามีภรรยา เป็นสิ่งที่น่าตำหนิในทางศีลธรรม และไม่เป็นที่ยอมรับกัน ถึงแม้ว่าปัจจุบันจะมีการเปลี่ยนแปลงพัฒนาในทางเศรษฐกิจ สังคม และวิถีชีวิตของคนในสังคมอันเนื่องมาจากการได้รับอิทธิพลจากชาติตะวันตกก็ตาม แต่ก็ไม่ได้ทำให้มุมมองที่มีต่อการผิดประเวณีของสามีภรณยานั้นเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม คนในสังคมลาวส่วนใหญ่ยังคงถือว่าการผิดประเวณีของสามีภรรยาเป็นสิ่งที่มิข้อควรตำหนิทางศีลธรรม ดังนั้นจึงทำให้การกระทำความผิดประเวณีของสามีภรณยานี้มีเงื่อนไขในเรื่องความน่าตำหนิในทางศีลธรรมจากสังคมลาว อันเป็นลักษณะสำคัญของความผิดอาญา

4.3.2 ภยันตรายของความผิดประเวณีของสามีภรรยา

ดังที่ได้กล่าวในข้างต้นว่า การพิจารณาถึงภยันตรายอันอาจเกิดจากการกระทำนั้นเป็นการพิจารณาเพื่อประเมิน หรือชั่งน้ำหนักถึงผลดีผลเสีย อันอาจเกิดขึ้นจากการบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิด ประเด็นที่ต้องพิจารณาจึงได้แก่ความสำคัญของภยันตรายที่ตรงกันข้าม และความใกล้ชิดระหว่างการกระทำกับภยันตรายนั้น

การผิดประเวณีของสามีภรรยาอาจเป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ต่อความศักดิ์สิทธิ์ของสถาบันครอบครัว และต่อคู่สมรสเอง แต่หากในกรณี ที่คู่สมรสได้ยินยอม (consent) ให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่น ถือว่าคู่สมรสได้ยอมรับผลร้ายหรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับตนเป็นการล่วงหน้า จึงไม่อาจอ้างว่าถูกละเมิดหรือได้รับความเสียหายหรือได้รับภยันตรายจากการกระทำนั้นได้ตามหลักกฎหมายที่ว่า *volenti non fit injuria* หรือ มีหลักเกณฑ์ทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาที่ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้ นอกจากนี้ ในกรณีที่คู่สมรสได้รู้เห็นเป็นใจ (connive) ในกรณีดังกล่าวเหล่านี้ ถือได้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวไม่เป็นภยันตรายต่อภยันตรายที่จะต้องการป้องกัน โดยการใช้กระบวนการทางอาญาที่เคร่งครัดและรุนแรงต่อการกระทำนั้น

4.3.3 ผลที่อาจได้รับในกฎหมายผิดประเพณีของสามภิกขุ

4.3.3.1 ผลดี

ประโยชน์ที่จะได้รับจากการบัญญัติความผิด คือ ความเป็นไปได้ที่จะบรรลुวัตถุประสงค์ของการบัญญัติความผิด การบังคับใช้กฎหมายอาญานั้นมีวัตถุประสงค์คือการป้องกันสังคมโดยผ่านกระบวนการการข่มขู่ด้วยโทษ และการลงโทษ หรือการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำต่างๆที่ห้ามและภัยอันตรายอันอาจเกิดจากการกระทำนั้น การบรรลุวัตถุประสงค์นี้ได้อัตราโทษจะต้องไม่เกินกว่าที่จำเป็นในการบรรลุผลในการป้องกันการกระทำความผิด และการลงโทษจะต้องมีความแน่นอน ซึ่งจากการศึกษากฎหมายอาญาดั้งเดิมของสามภิกขุพบว่า มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดประเพณีของคู่สมรสเพื่อทำให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิดซ้ำ อีกทั้งกฎหมายยังมีวัตถุประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองความศักดิ์สิทธิ์ของสถาบันครอบครัว แต่จากการศึกษาถึงสภาพปัญหาของกฎหมายดังกล่าวพบว่า กฎหมายไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้เท่าที่ควรในการป้องกันการผิดประเพณีของสามภิกขุให้เกิดขึ้นในสังคมโดยผ่านกระบวนการข่มขู่ด้วยโทษและการลงโทษต่อผู้กระทำความผิด (พิจารณาได้จากสถิติคดี) แต่ถึงอย่างไรก็ตาม ถือได้ว่ามาตรการทางอาญายังคงเป็นมาตรการที่ควบคุมความประพฤติของคนในสังคมได้ในระดับหนึ่ง ถึงแม้ว่ามาตรการทางอาญาในเรื่องดังกล่าวจะไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างที่คาดหวังไว้ แต่ในทางตรงกันข้ามหากไม่มีบทลงโทษในทางกฎหมายหรือมาตรการใดๆที่ป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดประเพณีของสามภิกขุเลย สังคมจะประสบกับความเสี่ยงที่จะเกิดการกระทำความผิดประเพณีเพิ่มมากขึ้น ดังนั้น การบัญญัติให้เป็นความผิดอาญายังคงมีผลดีต่อการยับยั้งการกระทำความผิดได้ แต่การที่จะทำให้อาญาบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น กฎหมายควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขในเรื่องการพิสูจน์ข้อเท็จจริงของคดี ความเหมาะสมในการกำหนดอัตราโทษ และควรบัญญัติให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดต่อส่วนตัว

4.3.3.2 ผลเสีย

การบังคับใช้กฎหมายอาญาในความผิดประเพณีของสามภิกขุอาจก่อให้เกิดผลเสียขึ้นได้ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1. จากการศึกษาลักษณะของการหย่าร้างที่เกิดขึ้นในสังคมลาวปัจจุบันพบว่า มีการหย่าร้างสูง ซึ่งมีปัจจัยส่วนหนึ่งมาจากการเพิ่มขึ้นของคดีผิดประเพณีของสามภิกขุ ส่วนใหญ่พบว่าผู้กระทำความผิดที่ถูกจำคุกในคดีดังกล่าวไม่ต้องการจะกลับไปใช้ชีวิตสมรสร่วมกับคู่สมรสของตนอีกต่อไป อีกทั้ง ยังอาจเกิดความบาดหมางในระหว่างคู่สมรสด้วยกัน และอาจเกิดการใช้ความรุนแรงภายในครอบครัว ซึ่งส่งผลกระทบต่อบุตรที่อยู่ในครอบครัวนั้นเอง นอกจากนี้ เด็กอาจต้อง

เผชิญกับสภาพปัญหาการขาดความอบอุ่นจากบิดามารดา ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อตัวเด็กที่จะต้องดำเนินชีวิตอยู่ในสังคมต่อไป และทั้งหมดเหล่านี้ได้ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม

2. นอกจากการลงโทษจำคุกจะไม่สามารถทำให้คดีผิดประเวณีของสามีภริยาตกลงได้แล้ว มาตรการดังกล่าวยังได้ส่งผลเสียต่อผู้กระทำความผิดในการกลับคืนเข้าสู่สังคม ผู้กระทำความผิดจะต้องกลายเป็นผู้ที่ถูกตราหน้าว่าเคยจำคุกและอาจส่งผลให้พวกเขาไม่สามารถใช้ชีวิตดั้งเดิม ปัญหาดังกล่าวนี้อาจเป็นแรงผลักดันให้ผู้กระทำความผิดต้องเข้าสู่วงจรของการกระทำความผิดอื่นต่อไปได้

3. กระบวนการดำเนินคดีผิดประเวณีของสามีภริยาถือเป็นการดำเนินคดีที่รวบรัดตัดตอน ไม่มีมาตรการคุ้มครองผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งพิจารณาได้จากแต่ละขั้นตอนของการดำเนินคดี และยังพบว่า เกิดความผิดพลาดสูง อีกทั้งไม่เป็นไปตามหลักกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งส่งผลกระทบโดยตรงต่อหลักสิทธิมนุษยชนตามที่กฎหมายได้รับรองไว้

4. ในการบังคับใช้กฎหมายอาญาในความผิดประเวณีของสามีภริยา ในความเป็นจริงไม่สามารถบังคับใช้กับคนทุกกลุ่มในสังคมลาวได้อย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้น จึงพิจารณาได้ว่า หากความผิดประเวณีของสามีภริยายังคงเป็นความผิดอาญาแผ่นดินอาจไม่เหมาะสมและทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในการบังคับใช้กฎหมายภายในสังคมได้

5. สำหรับผู้กระทำความผิดประเวณีอันเนื่องมาจากคู่สมรสของตนยินยอมให้กระทำนั้น การบังคับใช้กฎหมายอาญากับบุคคลเหล่านี้ เห็นได้ว่าเป็นการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่ก่อให้เกิดผลประโยชน์แต่อย่างใด แต่กฎหมายกลับเข้าไปละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนตามที่กฎหมายได้ให้การรับรองไว้ และยังถือว่าเป็นการสร้างความแตกร้างให้เกิดขึ้นภายในครอบครัวอีกด้วย

หากในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นหัวหน้าครอบครัวที่ต้องหารายได้เพื่อเลี้ยงดูครอบครัวและบุคคลภายในครอบครัวแล้ว จะทำให้ครอบครัวของบุคคลเหล่านั้นต้องตกอยู่ในสภาพที่ขาดที่พึ่งพิง และถือได้ว่าเป็นการผลกระทบให้แก่สังคมอีกทางหนึ่ง

6. การกำหนดอัตราโทษในความผิดดังกล่าวยังส่งผลเสียอย่างมากสำหรับบุคคลที่ดำรงตำแหน่งในระดับสูงหรือข้าราชการที่มีคุณความดี หรือเป็นข้าราชการที่มีผลงาน และถึงแม้ว่าบุคคลเหล่านี้จะเคยสร้างประโยชน์ให้แก่สังคมมากเพียงใดก็ตาม แต่ความผิดดังกล่าวเป็นสิ่งที่กลับทำให้บุคคลเหล่านี้ต้องสูญเสียตำแหน่งหน้าที่การงาน และถูกตราหน้าว่าเป็นคนที่เคยถูกจำคุก การกำหนดอัตราโทษในความผิดดังกล่าวนี้นี้เห็นได้ว่านอกจากจะส่งผลเสียเป็นอย่างมากให้แก่บุคคลที่เป็นข้าราชการระดับสูงแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อภาครัฐที่จะต้องสูญเสีย

บุคลากรที่อาจเคยสร้างคุณงามความดี และประโยชน์ต่อชาติบ้านเมืองมาก่อน หรือ อาจต้องสูญเสียบุคลากรที่มีความสามารถในการทำงานไปอย่างน่าเสียดาย

4.3.4 การจัดสรรทรัพยากร

จากการศึกษาถึงสภาพทั่วไปของการบังคับใช้กฎหมายอาญาในประเทศลาว พบว่า อาชญากรรมรุนแรงยังเป็นปัญหาอันสำคัญในสังคมลาว ทรัพยากรต่างๆ ที่จำเป็นต้องใช้ในการป้องกันอาชญากรรมเหล่านี้เป็นทรัพยากรจำนวนเดียวกับที่ใช้ในการบังคับใช้ในความผิดประเวณีของสามีภริยา และในการพิจารณาจัดลำดับความสำคัญของความผิดต่างๆ เพื่อจัดสรรการใช้ทรัพยากร หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้ให้ความสำคัญกับอาชญากรรมพื้นฐานที่มีความรุนแรง เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ค้าขายยาเสพติด ปล้นทรัพย์ ชิงทรัพย์ วางเพลิง ทำร้ายร่างกาย ข่มขืน ลักทรัพย์ เป็นลำดับต้น ดังนั้นการใช้ทรัพยากรเข้าในกระบวนการยุติธรรมจึงก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด เป็นที่เห็นได้ว่าบางขั้นตอนของการดำเนินคดีในความผิดประเวณีของสามีภริยา ยังมีการใช้ทรัพยากรอย่างฟุ่มเฟือยไม่ตรงจุด ซึ่งเป็นสาเหตุในการสร้างภาระในระบบการทำงาน และงบประมาณของรัฐ นอกจากนี้ ยังส่งผลกระทบต่อผู้ถูกกล่าวหาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ดังนั้น จึงไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นการใช้ทรัพยากรให้เกิดประโยชน์สูงสุด เช่น โดยหลักของกฎหมาย การสอบปากคำผู้ถูกกล่าวหาในคดีผิดประเวณีของสามีภริยา พนักงานสอบสวนจะต้องออกหมายเรียกผู้ถูกกล่าวหาเพื่อทำการสอบปากคำในคดี แต่พนักงานสอบสวนกลับใช้มาตรการจับกุมตัวผู้ถูกกล่าวหาแทนการออกหมายเรียก โดยให้เหตุผลว่าเป็นมาตรการป้องกันผู้ถูกกล่าวหาจากการหลบหลีกความผิด นอกจากนี้ พนักงานสอบสวนยังใช้มาตรการกักขังผู้ถูกกล่าวหาเพื่อรอการพิจารณาคดีอีกด้วย จากมาตรการของพนักงานสอบสวนที่กล่าวมานั้น พิจารณาได้ว่า นอกจากจะเป็นมาตรการที่ต้องใช้ทรัพยากรอย่างเกินความจำเป็นแล้ว ยังถือได้ว่าเป็นการใช้มาตรการที่รุนแรงเกินกว่าการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดอีกด้วย

4.3.5 มาตรการอื่นที่อาจนำมาใช้แทนได้

แนวความคิดในการบัญญัติกฎหมายอาญาโดยวิธีการเปรียบเทียบถึงผลดีและผลเสียที่จะเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายอาญากับการกระทำความผิด โดยมีหลักการที่ว่า แม้สังคมจะมีความชอบธรรมที่จะบังคับใช้กฎหมายอาญากับการกระทำนั้นๆ แต่ถ้าประโยชน์ที่จะได้รับมีน้อยกว่าสิ่งที่จะต้องเสียไป ก็ไม่สมควรที่จะบัญญัติกฎหมายอาญานั้น นอกจากนี้ ผลเสียของการบังคับใช้กฎหมายอาญายังมีหลายประการ เช่น การสูญเสียงบประมาณในการดำเนินคดีอาญา การประพฤติมิชอบของเจ้าพนักงานในการบังคับใช้กฎหมาย หรือทำให้หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมรับภาระงานที่มากเกินไปจนสมควรเป็นต้น

เมื่อพิจารณาถึงผลดี และผลเสียของการบัญญัติความผิดประเวณีของสามีภริยาตามกฎหมายอาญาลาวแล้วพบว่า มีทั้งผลดี คือ กฎหมายสามารถป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดได้ในระดับหนึ่ง ถึงแม้ว่ากฎหมายจะไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้เท่าที่ควร แต่มาตรการทางอาญาก็ยังถือเป็นมาตรการที่ใช้ในการข่มขู่ผู้กระทำความผิดให้เกรงกลัวได้ ในทางตรงกันข้ามหากไม่มีมาตรการดังกล่าวนี้ ก็จะไม่มีการใดเลยที่สามารถปราบปรามการกระทำความผิดที่สังคมถือเป็นสิ่งที่มีข้อควรตำหนิ หรือเป็นสิ่งที่สังคมไม่อาจจะยอมรับได้ ดังนั้น การบังคับใช้มาตรการอาญายังคงมีผลดีในการช่วยยับยั้งการกระทำความผิดในส่วนหนึ่ง แต่การใช้มาตรการทางอาญาในความผิดประเวณีของสามีภริยาในแบบเดิมจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี ดังนั้น กฎหมายควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขให้ทันสมัยสอดคล้องกับหลักกฎหมาย และสภาพสังคมในปัจจุบัน เพื่อให้มีการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด และส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนน้อยที่สุด

จากการพิจารณาถึงผลเสียของกฎหมายพบว่า กฎหมายมีข้อบกพร่องอยู่บางประการ เช่น การตีความกฎหมาย เป็นการตีความที่รวบรัด มีวัตถุประสงค์ในการหาผู้กระทำความผิดมาลงโทษอย่างรวดเร็ว ซึ่งในทางกลับกันการตีความเช่นนี้ เป็นการตีความเพื่อเอาผิดมากกว่าเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงของคดี ทำให้เกิดข้อผิดพลาด ซึ่งขัดต่อหลักใจที่ถูกต้องสืบให้เห็นโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย หรือ Proof beyond reasonable doubt¹³⁹ เนื่องจากการตีความกฎหมายเป็นส่วนสำคัญต่อกระบวนการยุติธรรม หากกระบวนการยุติธรรมเกิดความผิดพลาด ถึงแม้จะมีการเยียวยาความเสียหายก็ตาม แต่ก็ยังเป็นเพียงการเยียวยาเบื้องต้นเท่านั้น ซึ่งเทียบไม่ได้กับอضرار ความสูญเสียที่ประชาชนผู้บริสุทธิ์ได้รับจากความบกพร่องของการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ดังนั้น ผู้ที่ใช้อำนาจในกระบวนการยุติธรรมพึงระลึกอยู่เสมอว่าจะต้องใช้ความระมัดระวัง ความละเอียดรอบคอบในการพิจารณาคดีในทุกๆ ขั้นตอน เพื่อมิให้เกิดข้อผิดพลาด ไม่ควรลงโทษ หากพยานหลักฐานยังไม่ชัดเจน ดังสุภาษิตที่ว่า “ปล่อยผู้กระทำผิดร้อยคนดีกว่าลงโทษผู้บริสุทธิ์หนึ่งคน” ส่วนการกำหนดอัตราโทษเห็นว่าโทษที่รุนแรงเกินกว่าการกระทำความผิด ซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะผู้กระทำความผิดที่มีตำแหน่งสูง และนอกจากนี้ยังส่งผลกระทบต่อครอบครัวของบุคคลเหล่านี้อีกด้วย และเห็นได้ว่ากฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดินในความผิดดังกล่าวมีผลเสียมากกว่าผลดี เนื่องจากว่าในบางกรณีคู่สมรสที่กระทำความผิดประเวณีจากความยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจของกลุ่มสมรสอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าหากกฎหมาย

¹³⁹ จริญ ภักดิธนากุล, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : หจก. จิรัชการพิมพ์, 2551), 243.

บัญญัติให้ความผิดดังกล่าวเปลี่ยนมาเป็นการผิดต่อส่วนตัวน่าจะมีความเหมาะสมและสอดคล้องมากกว่าการบัญญัติให้เป็นอาญาแผ่นดิน

4.3.6 ผลจากการยกเลิกความผิดประเวณีของสามีภริยา

การยกเลิกความผิดประเวณีของสามีภริยาในกฎหมายอาญา อาจก่อให้เกิดความเสี่ยงว่า จะเกิดการกระทำนั้นๆ มากยิ่งขึ้น เนื่องจากปราศจากมาตรการข่มขู่ด้วยโทษ และการลงโทษทางอาญา เนื่องมาจากมาตรการทางอาญายังคงเป็นมาตรการที่สามารถป้องกันและปราบปรามการกระทำ ความผิดประเวณีของสามีภริยาได้ผลอยู่ในระดับหนึ่ง อีกทั้งมาตรการนี้ยังคงมีความจำเป็นและเหมาะสมกับสังคมลาว แต่มาตรการดังกล่าวก็ควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับหลักกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่ทุกฝ่าย ในคดีได้อย่างแท้จริง

ผลจากการนำข้อพิจารณาหรือเงื่อนไขทั้งหมดที่ได้รับการยอมรับว่าควรใช้เป็นเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายอาญา มาวิเคราะห์กับการบัญญัติความผิดประเวณีของสามีภริยาในกฎหมายอาญาลาว ผลวิเคราะห์พบว่ามีความสอดคล้องในบางประการ และไม่สอดคล้องในบางประการกับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการบัญญัติกฎหมายอาญา ดังนั้น การนำมาตรการทางอาญามาบังคับใช้กับการกระทำความผิดประเวณีของสามีภริยาที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาลาวยังมีความเหมาะสม แต่กฎหมายก็ควรได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้มีความถูกต้องและเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

4.4 สรุป

จากการศึกษาถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบัญญัติกฎหมายการผิดประเวณีของสามีภริยา พบว่า กฎหมายมีปัญหาทั้งในเนื้อหาของกฎหมายและในทางปฏิบัติ แม้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะถูกสร้างเพื่อควบคุมพฤติกรรมประเวณีของคนในสังคมก็ตาม แต่กฎหมายก็ไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดประเวณีของสามีภริยาได้เท่าที่ควร ในทางกลับกัน พบว่า การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาตามมาหลายประการ ซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนในการบังคับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้ส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อผู้กระทำความผิดและครอบครัวของบุคคลเหล่านั้น จากการสัมภาษณ์ พบว่า ถึงแม้คนบางกลุ่มจะยังคงสนับสนุนให้มีการใช้มาตรการทางอาญาในความผิดประเวณีของสามีภริยา แต่ก็มีความเห็นว่าการแก้ไขกฎหมายควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขใหม่เพื่อให้ถูกต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรม และเพื่ออำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่คนในสังคม นอกจากนี้ ยังช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายใน

ความผิดดังกล่าวมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยที่ไม่กระทบถึงสิทธิของประชาชนมากเกินไป



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาถึงลักษณะของความผิดประเวณีของสามีภริยา ความเป็นมาของความผิดและการดำเนินคดีในความผิดประเวณีของสามีภริยาในประเทศลาว พบว่า การบังคับใช้บทบัญญัติในเรื่องความผิดประเวณีของสามีภริยาดังกล่าวนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการลงโทษผู้กระทำความผิดได้ ในทางตรงกันข้าม พบว่า กฎหมายยังมีปัญหาบางประการที่ทำให้การลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาไม่สอดคล้องกับหลักกระบวนการยุติธรรมทางอาญาร่วมด้วย ลักษณะดังกล่าวนี้ส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในการบังคับใช้กฎหมาย ปัญหาความผิดดังกล่าวในปัจจุบันสามารถสรุปได้ดังนี้

5.1.1 ปัญหาการตีความกฎหมายในบทบัญญัติความผิดประเวณีของสามีภริยา

จากการตีความกฎหมายในความผิดประเวณีของสามีภริยาที่ระบุว่า “บุคคลที่สมรสแล้ว หากได้มีความรักใคร่ในทางชู้สาวกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน ซึ่งทั้งสองคนได้อยู่ในห้องนอน โรงแรม ห้องส่วนตัวต่างๆ หรือ ได้อยู่ในสถานที่ลับด้วยกัน ให้ถือว่าทั้งสองได้กระทำความผิดฐานประเวณีของสามีภริยาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 126 ของกฎหมายอาญาลาว” เห็นได้ว่า การตีความของสภาแห่งชาติเกี่ยวกับความผิดประเวณีของสามีภริยาข้างต้น เป็นการตีความที่ทำให้ขั้นตอนของการพิจารณาคดีไม่อาจพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของจำเลยให้เห็นอย่างชัดเจนว่าจำเลยได้มีความสัมพันธ์ทางเพศจริงแต่อย่างใด ตามการตีความดังกล่าวประเด็นสำคัญที่นำมาพิจารณาในขั้นตอนของการดำเนินคดีและพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลยคือ การพิจารณาว่าจำเลยได้อยู่ในสถานที่เดียวกันตามการตีความของสภาแห่งชาติหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ ขั้นตอนของการค้นหาความจริงของเจ้าพนักงานสอบสวน อัยการ หรือศาลในกรณีที่ชายและหญิงมีความรักความเสน่หากันนั้นเป็นสิ่งที่พิสูจน์ได้ยาก เพราะเป็นเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจของบุคคล นอกจากนี้ การแสดงออกถึงความรักก็ไม่มีรูปแบบที่ตายตัว บุคคลอาจจะมีความรัก

แต่ไม่ได้แสดงความรักหรือความรู้สึกนั้นออกมาภายนอกก็ได้ อีกทั้งในประเด็นดังกล่าวนี้ก็ไม่มีความจำเป็นที่ศาลฎีกาหรือศาลชั้นต้นจะต้องนำสืบพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยได้ร่วมประเวณีจริงตามที่กล่าวหา เพียงจำเลยยอมรับว่าได้อยู่ด้วยกัน (โดยลำพัง) ในสถานที่ต่างๆตามการตีความของสภาแห่งชาติ หรือ มีพยานหลักฐานยืนยันว่าจำเลยได้อยู่ด้วยกันในสถานที่ต่างๆแล้ว ถือได้ว่าทั้งสองได้กระทำความผิดในฐานประเวณีของสามีภริยาตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายอาญาแล้ว ซึ่งในการตีความกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะเช่นนี้ เห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการลงโทษการกระทำที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดและลงโทษแต่อย่างใด การลงโทษจำเลยเป็นการลงโทษผู้ซึ่งไม่มีความผิด เนื่องมาจากการที่ชายและหญิงอยู่ในห้องนอน ห้องส่วนตัว หรือสถานที่ลับต่างๆด้วยกันเป็นการกระทำที่ไม่ได้ถูกบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดในกฎหมายอาญา หรือกฎหมายฉบับใดของลาว จึงไม่ถือว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดอาญา

จะเห็นได้ว่าการดำเนินคดีอาญาในทางปฏิบัติที่เกี่ยวกับความผิดประเวณีของสามีภริยานั้น พนักงานสอบสวน อัยการ และศาลไม่จำเป็นต้องนำสืบพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยได้ร่วมประเวณีจริงตามที่กล่าวหา เพียงจำเลยยอมรับว่าได้อยู่ด้วยกัน (โดยลำพัง) ในสถานที่ต่างๆตามการตีความของสภาแห่งชาติ หรือ มีพยานหลักฐานยืนยันว่าจำเลยได้อยู่ด้วยกันในสถานที่ต่างๆแล้ว ถือได้ว่าทั้งสองได้กระทำความผิดในฐานประเวณีของสามีภริยาตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายอาญาแล้ว ซึ่งในการตีความกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะเช่นนี้ เห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการลงโทษการกระทำที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดและลงโทษแต่อย่างใด การลงโทษจำเลยเป็นการลงโทษผู้ซึ่งไม่มีความผิด เนื่องมาจากการที่ชายและหญิงอยู่ในห้องนอน ห้องส่วนตัว หรือสถานที่ลับต่างๆด้วยกันเป็นการกระทำที่ไม่ได้ถูกบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดในกฎหมายอาญา หรือกฎหมายฉบับใดของลาว จึงไม่ถือว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดอาญา

อีกทั้ง การพิสูจน์เพียงการที่ชายและหญิงอยู่ในสถานที่ลับด้วยกันนั้นถือได้ว่าขาดองค์ประกอบการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับองค์ประกอบด้านภาวะวิสัยได้แก่ เหตุการณ์ โดยยังไม่มีความสัมพันธ์ทางเพศเกิดขึ้น เช่น ชายหญิงทำงานในสถานที่ทำงานเดียวกัน หากพิจารณาตามการตีความของสภาลาว ถือว่าบุคคลทั้งสองจะมีความผิดฐานประเวณีของสามีภริยา แต่หากพิจารณาตามองค์ประกอบการกระทำความผิดทางอาญาแล้วนอกจากจะขาดองค์ประกอบด้านภาวะวิสัยคือ ไม่มีความสัมพันธ์ทางเพศเกิดขึ้นแล้วยังขาดองค์ประกอบด้านอัตวิสัยกล่าวคือ ไม่มีความรักใคร่ในทางชั่วสาวที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางเพศขึ้น

ในกฎหมายอาญามาตรา 126 ได้บัญญัติลงโทษกรณีผู้สมรสแล้วไปมีความสัมพันธ์ทางเพศแต่ไม่ได้บัญญัติลงโทษบุคคลที่อยู่ในห้องนอน ห้องส่วนตัว หรืออยู่ในสถานที่ลับต่างๆด้วยกัน ด้วยเหตุนี้ จึงพิจารณาได้ว่าการตีความในลักษณะเช่นนี้เป็นการขัดต่อหลักกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยสิ้นเชิง เนื่องจากการทำให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของลาวผิดเพี้ยนไปจากหลักกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ถูกต้อง โดยหลักการพิจารณาคดีแล้ว ต้องดำเนินการพิสูจน์ให้ชัดแจ้งว่าผู้ถูกกล่าวหาได้ร่วมประเวณีกันจริงหรือไม่ตามที่กล่าวหา แต่ในขั้นตอนของการดำเนินคดีกลับถือเอาเพียงพยานหลักฐานที่ยืนยันว่าผู้ถูกกล่าวหาได้อยู่ในห้องนอน ห้องส่วนตัว

หรือในสถานที่ต่าง ๆ ด้วยกันเท่านั้น โดยพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นเพียงพยานหลักฐานที่บ่งบอกว่าผู้ถูกกล่าวหาอยู่ในสถานที่ใดสถานที่หนึ่ง แต่ไม่ใช่พยานหลักฐานที่พิสูจน์ได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาได้มีความสัมพันธ์ทางเพศกันจริง

จากปัญหาดังกล่าวจึงพิจารณาได้ว่า การตีความลักษณะดังกล่าวนี้นอกจากจะทำให้เกิดปัญหาในตัวของกฎหมายแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเด็นดังกล่าวอีกด้วย โดยการตีความเช่นนี้ทำให้กระบวนการยุติธรรมไม่สอดคล้องกับหลักยุติธรรมของสากลอันเป็นที่ยอมรับกันมานานอารยประเทศ เช่น การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ในกรณีจับกุมผู้ถูกกล่าวหา หรือ มาตรการสืบสวนสอบสวนผู้ถูกกล่าวหา การสั่งฟ้องคดีของอัยการ หรือ แม้แต่ในขั้นตอนของการพิจารณาคดีของศาล โดยทั้งหมดสืบเนื่องมาจากการตีความกฎหมายที่ไม่ถูกต้องซึ่งกฎหมายได้ส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรม อาจกล่าวได้ว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นหลักประกันและเป็นวิธีการซึ่งนำไปสู่ความถูกต้องชอบธรรมและความยุติธรรม โดยกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีบทบาทในการตรวจสอบความจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิด และค้นหาผู้กระทำความผิด จึงต้องมีมาตรการที่ได้มาตรฐานเพื่อให้เกิดความแน่นอนและความถูกต้องของการปฏิบัติในทุกขั้นตอนตั้งแต่เริ่มต้นคดีไปจนกระทั่งเสร็จสิ้นกระบวนการทั้งหมดของคดีนั้น ในขั้นตอนที่รัฐจะดำเนินคดีอาญากับผู้ใดรัฐต้องมีหลักฐานและเหตุผลอันสมควรตามกระบวนการและวิธีการโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะรองรับการพิสูจน์ได้ว่ามีการกระทำความผิดและผู้ถูกดำเนินคดีนั้นเป็นผู้กระทำความผิดจริง การดำเนินคดีอาญาโดยอำเภอใจ ซึ่งอาจทำให้ผู้บริสุทธิ์ถูกดำเนินคดีไปด้วยนั้นเป็นเรื่องที่ร้ายแรง เพราะในระหว่างที่บุคคลถูกดำเนินคดีอาญาอาจถูกจำกัดอิสรภาพ หรือ เสื่อมเสียสิทธิที่สำคัญ กรณีดังกล่าวอาจเปรียบเสมือนกับการถูกลงโทษไปแล้วโดยกระบวนการดำเนินคดีอาญานั้นเอง ในขณะที่ระหว่างการดำเนินคดีอาญาผิดตัวก็อาจมีผลให้ผู้กระทำความผิดที่แท้จริงลอยนวล โดยหลุดรอดจากการถูกดำเนินคดี ซึ่งย่อมนำไปสู่ความไม่เป็นธรรมอีกเช่นกัน การคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาย่อมทำให้เกิดความตระหนักในความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติอย่างมีมาตรฐานที่ถูกต้อง โดยต้องตระหนักว่าการดำเนินคดีที่ผิดพลาดนั้นเป็นเรื่องร้ายแรง เนื่องจากการกระทำต่อมนุษย์และต่อความเป็นมนุษย์

5.1.2 ปัญหาการกำหนดโทษ

จากบทบัญญัติในความผิดประเวณีของสามีภริยาที่ได้กำหนดอัตราโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึง 1 ปี ถือได้ว่าเป็นการกำหนดโทษที่ไม่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาคriminalประเวณีของสามีภริยา พิจารณาได้จากสถิติคดีผิดประเวณีของสามีภริยาในหลายปีที่ผ่านมาพบว่า สถิติคดีในเรื่อง

ดังกล่าวไม่ได้ลดลงแต่อย่างใด แม้รัฐจะใช้มาตรการลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิด ซึ่งถือเป็นมาตรการทางกฎหมายที่รุนแรงเพื่อใช้ข่มขู่ผู้กระทำความผิดให้เกรงกลัวต่อบทลงโทษก็ตาม จากเหตุผลข้างต้นแสดงให้เห็นว่า มาตรการดังกล่าวนี้เป็นมาตรการที่ไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการควบคุมการกระทำความผิดประเวณีของสามีภริยาได้เท่าที่ควร ยิ่งไปกว่านั้น มาตรการดังกล่าวยังมีผลกระทบประการอื่นตามมา เช่น ส่งผลกระทบต่อตัวผู้กระทำความผิดเอง ครอบครัวของผู้กระทำความผิด และนอกจากนี้ อาจยังส่งผลกระทบต่อสังคม งบประมาณของรัฐ และ การใช้บุคลากร ดังจะเห็นได้ดังนี้

ผู้กระทำความผิดที่ถูกจองจำในเรือนจำนั้นจะถูกตัดออกจากหน้าที่การงาน และครอบครัว สิ่งหนึ่งที่ติดตัวผู้กระทำความผิดไปตลอดไม่ว่าระยะเวลาในการจำคุกจะสั้นเพียงใดก็ตาม ก็คือการถูกตราหน้าว่าเคยเป็นผู้ต้องโทษ อันจะมีผลกระทบต่อการกลับคืนเข้าสู่สังคมและการดำรงชีวิตของผู้ นั้น ซึ่งอาจทำให้ผู้กระทำความผิดเดินเข้าสู่วงจรอาชญากรรมได้ หรือหากผู้กระทำความผิดที่เป็นหัวหน้าครอบครัว มีภาระหน้าที่ในการเลี้ยงดูคนในครอบครัวแล้ว การถูกจองจำย่อมส่งผลกระทบโดยตรงต่อครอบครัวของผู้กระทำความผิดที่ต้องขาดที่พึ่งหลักของครอบครัวไป จึงอาจมองได้ว่าการลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดเป็นการลงโทษสมาชิกครอบครัวผู้บริสุทธิ์เช่นเดียวกัน

อีกทั้ง การจำคุกถือเป็นมาตรการการลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดไม่ให้กลับไปกระทำความผิดซ้ำ แต่สำหรับการผิดประเวณีของสามีภริยา การใช้มาตรการจำคุกกับผู้กระทำความผิดไม่มีผลทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมการประเวณีได้ เนื่องจากไม่มีมาตรการที่รองรับการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมการประเวณีในสถานที่จองจำ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าถึงแม้จะมีการจองจำผู้กระทำความผิด ก็ไม่เป็นการแก้ไขพฤติกรรมดังกล่าวของผู้กระทำความผิดได้

สำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นข้าราชการระดับสูงจะเห็นได้ว่าการลงโทษเช่นนี้ย่อมเกิดผลกระทบเป็นอันมาก เช่น การต้องเผชิญกับการสูญเสียตำแหน่งหน้าที่การงาน และการลงโทษจากสังคม สิ่งเหล่านี้อาจสร้างความกดดันให้ผู้กระทำความผิดหาทางออกจากปัญหาด้วยการใช้ความรุนแรงหรือ อาชญากรรมได้ นอกจากนี้ การลงโทษดังกล่าวไม่ได้เกิดผลกระทบเฉพาะตัวผู้กระทำความผิดเท่านั้น เนื่องจาก ผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษจะไม่สามารถกลับเข้ารับราชการได้ดังเดิม ผู้พ้นโทษจำเป็นต้องเปลี่ยนอาชีพการทำงานโดยอัตโนมัติ ซึ่งหากเป็นข้าราชการที่มีผลงาน มีความขยันและเชี่ยวชาญในการทำงานด้วยแล้วถือได้ว่ารัฐจะต้องสูญเสียบุคลากรที่สำคัญขององค์กรไปอย่างน่าเสียดาย

ในการดำเนินคดีอาญาเรื่องหนึ่งๆนั้นพบว่า รัฐจะต้องเสียงบประมาณไปเป็นจำนวนมากในการจัดการบริหารคดีอาญาในแต่ละเรื่อง ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่ต้องหามาตรการรองรับการ

กระทำความผิดบางประเภทที่ไม่ร้ายแรง หรือ เป็นอันตรายต่อสังคม เพื่อเป็นการเบี่ยงเบนปริมาณคดีที่จะต้องเข้าสู่ระบบงานยุติธรรม ซึ่งในปัจจุบันมีคดีเป็นจำนวนมาก ส่งผลให้เกิดปัญหาเรื่องคดีล้นศาล นักโทษล้นคุก โดยเฉพาะมาตรการจำคุก ซึ่งรัฐมีภาระในเรื่องงบประมาณและการจัดบุคลากรดูแลนักโทษในเรือนจำเป็นจำนวนมากไม่น้อย

นอกจากนี้ คดีผิดประเวณีของสามีภริยายังอาจเป็นสาเหตุของการใช้ความรุนแรงภายในครอบครัว ซึ่งสิ่งนี้ได้ส่งผลกระทบโดยตรงต่อบุตรที่ต้องอยู่กับสภาพครอบครัวที่แตกร้าง และอาจกลายเป็นปัญหาของสังคมต่อไปได้

5.1.3 ปัญหาการบัญญัติเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน

ความผิดประเวณีของสามีภริยาล่าไม่ได้จัดอยู่ในประเภทความผิดต่อส่วนตัว ซึ่งหมายความว่าความผิดดังกล่าวนี้ เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ผู้เสียหายในคดีคือรัฐ และทุกคนมีสิทธิแจ้งความดำเนินคดีเมื่อเห็นว่ามีภรรยากระทำความผิดเกิดขึ้น รัฐหรือพนักงานสอบสวนสามารถเข้าดำเนินการโดยไม่จำเป็นต้องมีการฟ้องร้องจากสามีหรือภริยา ดังนั้นจึงทำให้ความผิดในฐานนี้เป็นความผิดที่ไม่ได้ให้อำนาจฟ้องแก่ผู้เสียหายที่เป็นสามีภริยาเท่านั้น เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าการบัญญัติกฎหมายลักษณะดังกล่าวมีผลเสียมากกว่าผลดี ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้

พิจารณาจากสภาพความเป็นจริงในสังคมลาวที่ได้แบ่งออกเป็นสามกลุ่มชนชาติ กล่าวคือ ชนชาตินาวสูง ลาวเทิง และ ลาวลุ่ม ซึ่งในสามกลุ่มชนชาติของลาวมีวัฒนธรรม ประเพณีบางอย่างที่แตกต่างกัน เช่น ประเพณีของการสมรส ประเพณีที่เกี่ยวกับหน้าที่ของสามีภริยาในแต่ละชนชาติ ในประเพณีของชนชาตินาวสูงและลาวเทิงมีประเพณีการสมรสที่ชายมีสิทธิมีภริยาได้มากกว่าหนึ่งคน สำหรับชนชาตินาวลุ่มแล้วถึงแม้ในอดีตจะเคยมีประเพณีดังกล่าวนี้ แต่ในปัจจุบันคนชนชาตินาวลุ่มไม่นิยมให้ชายมีภริยาหลายคน อีกทั้ง จากการบังคับใช้กฎหมายการผิดประเวณีของสามีภริยาจึงทำให้คนชนชาตินาวลุ่มยึดถือหลักการมีสามีภริยาเดียว จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวไม่อาจบังคับใช้กับคนทุกกลุ่มในสังคมลาวได้ เนื่องมาจากรัฐไม่อาจเข้าไปยับยั้งความเชื่อถือ หรือจารีตประเพณีของกลุ่มคนเหล่านี้ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายถูกบังคับใช้กับคนในบางกลุ่มเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ จึงพิจารณาได้ว่ารัฐไม่ควรบัญญัติกฎหมายให้เป็นอาญาแผ่นดิน เพราะกฎหมายไม่อาจใช้ได้กับทุกสังคมหรือชุมชนในประเทศลาวได้ กฎหมายจึงถูกบังคับใช้อย่างไม่เสมอภาคและก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำในการใช้กฎหมาย

นอกจากนี้ กรณีที่คู่สมรสยินยอม (consent) หรือรู้เห็นเป็นใจ (connive) ให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งกระทำความผิดประเวณีของสามีภริยา ซึ่งนั่นก็หมายความว่าผู้ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจได้ยอมรับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นเองเป็นการล่วงหน้าทำให้การกระทำความผิดดังกล่าว ไม่เป็นการละเมิด

และไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวด้วยเช่นกัน ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวได้ว่ารัฐไม่ได้ประโยชน์อันใดจากการลงโทษผู้กระทำความผิดในความผิดดังกล่าว กฎหมายยังส่งผลเสียอย่างมากมายในการลงโทษผู้ที่ไม่ได้ละเมิด และครอบครัวของบุคคลเหล่านั้น ซึ่งอาจเป็นปัจจัยสำคัญในการสร้างความแตกร้าขึ้นภายในครอบครัวและความศักดิ์สิทธิ์ของสถาบันครอบครัวอีกทางหนึ่งด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาถึงปัญหาบางประการของความผิดประเวณีของสามีภริยาในปัจจุบัน ตลอดจนถึงความเหมาะสมในการใช้มาตรการทางอาญาในความผิดดังกล่าว ผู้เขียนขอเสนอแนะการแก้ไขปัญหาดังกล่าวความผิดประเวณีของสามีภริยาเพื่อให้มาตรการทางกฎหมายเป็นมาตรการที่ใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างมีประสิทธิภาพ และไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนจนเกินความจำเป็น

5.2.1 การนำหลักนิติวิทยาศาสตร์มาใช้แทนการตีความกฎหมาย

เนื่องจาก การผิดประเวณีของสามีภริยาต้องเป็นเรื่องที่ภริยาหรือสามีร่วมประเวณีกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่สามีหรือภริยาของตน ดังนั้นจึงก่อให้เกิดความยากลำบากในการพิสูจน์ว่าเป็นการผิดประเวณีหรือไม่ เพราะตามปกติไม่มีชายหญิงคนใดที่จะร่วมประเวณีกันในที่เปิดเผย ย่อมจะแอบทำในที่ลับและไม่มีใครเห็นในเวลาที่ยาขหญิงร่วมประเวณีกัน ดังนั้นจึงเป็นที่มาให้สภาลาได้มีการตีความในประเด็นดังกล่าวนี้ เพื่อให้การดำเนินคดีเป็นไปได้อย่างรวดเร็วและป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดหาข้อแก้ตัวเพื่อหลบหลีกจากการถูกลงโทษ แต่การตีความของสภาในความผิดประเวณีของสามีภริยา จากการวิเคราะห์เห็นได้ว่า เป็นการกระทบถึงสิทธิมนุษยชนอย่างมากในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา นอกจากนี้ ยังส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในเรื่องดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม ซึ่งส่งผลเสียมากกว่าผลดีที่จะได้รับ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอวิธีการที่เหมาะสมเพื่อช่วยให้การดำเนินคดีผิดประเวณีของสามีภริยามีความถูกต้องชอบธรรมและยุติธรรม อีกทั้งยังทำให้การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวนี้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด โดยที่กระทบถึงสิทธิมนุษยชนน้อยที่สุด มาตรการดังกล่าวคือ การนำหลักนิติวิทยาศาสตร์เข้ามาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยการดำเนินคดีผิดประเวณีของสามีภริยา โจทก์ต้องมีพยานหลักฐานที่ชัดเจนที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้กระทำความผิดจริงตามข้อกล่าวหาหรือต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาดังกล่าวนั้น ได้ทำการประเวณีตามการกล่าวอ้างจริง ดังนั้นจึงเห็นว่า พยานหลักฐานที่ดีที่สุดและชัดเจนที่สุดได้แก่พยานหลักฐานทางด้านวิทยาศาสตร์

เนื่องจากพยานหลักฐานทางด้านนิติวิทยาศาสตร์เป็นพยานหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ถึงความสัจจริงในคดี การตรวจพิสูจน์ทาง DNA หรือ Deoxyribonucleic acid หรือสารพันธุกรรม เป็นสิ่งที่บุคคลธรรมดาหรือสิ่งที่ศาลไม่สามารถรับรู้ได้เอง การตรวจ DNA ผู้ถูกกล่าวหาจึงเป็นวิธีการที่ดีที่สุดและเหมาะสมที่สุด การตรวจพิสูจน์ด้วยวิธีดังกล่าวทำให้เป็นที่ประจักษ์ว่าผู้ถูกกล่าวหาทำการประเวณีหรือไม่ เนื่องจากการตีความกฎหมายของสภาที่ระบุว่า ชายหญิงที่สมรสแล้วได้อยู่ในห้องนอน ห้องส่วนตัวต่างๆหรือในสถานที่ลับด้วยกันนั้นก็ยังไม่สามารถพิสูจน์ได้อย่างประจักษ์ชัดเจนว่าชายหญิงดังกล่าวได้กระทำความผิดกันจริง ดังนั้นจึงเกิดความเสี่ยงที่ว่าศาลอาจจะตัดสินลงโทษผู้ที่บริสุทธิ์ในคดี ในปัจจุบันนี้หลายประเทศได้มีการนำเอาความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีต่างๆมาพัฒนาใช้ในการพิสูจน์พยานหลักฐานให้ได้ผลที่ถูกต้องแท้จริงตามหลักวิทยาศาสตร์ เนื่องจากการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีนั้นเป็นเรื่องที่สำคัญอย่างยิ่ง เพราะศาลจะนำเอาข้อเท็จจริงที่ได้มานั้นมาวินิจฉัยปรับใช้กับบทกฎหมายเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด

จากความสำคัญของการตรวจ DNA ในคดีผิดประเวณีของสามีภริยาที่ได้กล่าวมาข้างต้น จึงควรนำหลักนิติวิทยาศาสตร์มาช่วยในการคลี่คลายคดีในความผิดประเวณีของสามีภริยาแทนการใช้การตีความกฎหมายของสภาแห่งชาติ และจะไม่ใช้การตีความกฎหมายในความผิดดังกล่าวนี้ เช่น ให้พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบมีอำนาจให้แพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญดำเนินการตรวจร่างกายของผู้ถูกกล่าวหา แต่ต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็นและสมควร โดยใช้วิธีการที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดน้อยที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ ทั้งจะต้องไม่เป็นอันตรายต่อร่างกายหรืออนามัยของผู้ถูกกล่าวหา เป็นการตรวจร่างกายของชายหญิงที่ถูกกล่าวหาเพื่อพิสูจน์ว่าร่างกายของทั้งสองมี DNA ของอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ หากในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่ยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควร ให้สันนิษฐานไว้เบื้องต้นว่าข้อเท็จจริงเป็นไปตามผลการตรวจพิสูจน์ที่หากได้ตรวจพิสูจน์แล้วจะเป็นผลเสียต่อผู้ถูกกล่าวหา

การนำหลักนิติวิทยาศาสตร์เข้าในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในเรื่องดังกล่าวนี้มีผลดีในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงของคดีด้วยความถูกต้องชอบธรรมและความยุติธรรมและสิ่งที่สำคัญที่สุดคือการทำให้สังคมเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับความผิดประเวณีของสามีภริยาว่าบุคคลที่ถูกลงโทษตามกฎหมายนั้นเป็นผู้กระทำความผิดจริง และในทางกลับกันก็เป็นวิธีการที่ช่วยให้ผู้บริสุทธิ์ไม่ต้องถูกลงโทษจากกระบวนการของกฎหมาย เมื่อคนในสังคมต่างเห็นว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวนี้มีการปฏิบัติต่อประชาชนอย่างถูกต้องและเชื่อถือได้ ก็ย่อมเลือกที่จะทำตามแนวทางของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม เมื่อความเชื่อถือและยอมรับเกิดขึ้น ก็ย่อมเป็นปัจจัยย้อนกลับมาเกื้อหนุนความร่วมมือกันของทุกฝ่ายในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดประเวณีในสังคมได้

5.2.2 การกำหนดโทษที่เหมาะสม

เห็นได้ว่าการกำหนดโทษของความผิดประเวณีของสามีภริยาเป็นการกำหนดโทษที่สูงเกินกว่าการกระทำความผิด ซึ่งได้ส่งผลกระทบต่อผู้กระทำความผิด ครอบครัวของผู้กระทำความผิด และโดยเฉพาะยังได้ส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อผู้กระทำความผิดที่ดำรงตำแหน่งสูง ดังนั้นจึงเห็นว่าควรมีการเปลี่ยนโทษจากโทษจำคุกและโทษปรับให้เหลือเพียงโทษปรับ มาตรการดังกล่าวคือหลังจากที่ศาลได้พิพากษาว่าจำเลยมีความผิดจริงตามข้อกล่าวหา จำเลยจะถูกปรับตามคำพิพากษาของศาล นอกจากนี้ ในกรณีที่เป็นผู้กระทำความผิดที่ไม่เจ็ดหลาบ นอกจากจำเลยจะถูกลงโทษปรับตามคำพิพากษาของศาลแล้ว จำเลยยังอาจจะถูกลงโทษจำคุกต่อหน้ามวลชนอีกด้วย มาตรการลงโทษโดยการจำคุกต่อหน้ามวลชน เป็นมาตรการที่จะนำมาใช้กับผู้กระทำความผิดที่ไม่เจ็ดหลาบ มาตรการดังกล่าวนี้ยังเป็นมาตรการการลงโทษทางอาญาที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาลามาตรา 28 ว่าด้วยประเภทโทษที่ได้บัญญัติว่า “เป็นการดำเนินผู้กระทำความผิดในชั้นศาลหรืออาจนำคำพิพากษาที่ได้พิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวนั้นลงหนังสือพิมพ์หรือด้วยวิธีการอื่นๆที่เหมาะสม” เห็นได้ว่ามาตรการดังกล่าวนี้มีความเหมาะสมในการยับยั้งการกระทำความผิดได้ เนื่องจากเป็นมาตรการที่ทำให้ผู้กระทำความผิดอับอายและไม่กล้าที่จะกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งถือเป็นมาตรการที่ให้สังคมเป็นผู้ลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยทางหนึ่ง

สำหรับคู่สมรสที่ต้องการฟ้องหย่าก็สามารถใช้เป็นเหตุฟ้องหย่าและสามารถเรียกร้องค่าทดแทนจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งที่กระทำความผิดได้ คู่สมรสยังสามารถเรียกร้องค่าทดแทนจากผู้ซึ่งมีความสัมพันธ์ทางเพศกับคู่สมรสของตนได้เช่นกัน ส่วนในกรณีที่ไม่มี การฟ้องหย่า คู่สมรสไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนจากคู่สมรสฝ่ายที่กระทำความผิดได้ แต่มีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนจากผู้ซึ่งมีความสัมพันธ์ทางเพศกับคู่สมรสของตนเท่านั้น

5.2.3 ความเหมาะสมในการบัญญัติให้เป็นความผิดต่อส่วนตัว

พิจารณาได้ว่า การบัญญัติให้กฎหมายอาญาในความผิดประเวณีของสามีภริยาเป็นอาญาแผ่นดินมีผลเสียมากกว่าผลดี เนื่องจากในบางกรณีคู่สมรสยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจให้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการนั้น อีกทั้ง ในความเป็นจริงกฎหมายดังกล่าวก็ไม่อาจบังคับใช้กับทุกคนในสังคมลาวเนื่องจากความแตกต่างในวัฒนธรรมของกลุ่มชนต่างๆ ในประเทศลาว การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวจึงทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในการบังคับใช้กฎหมายในสังคมได้ ดังนั้นจึงพิจารณาได้ว่า ความผิดประเวณีของสามีภริยาควรจะบัญญัติให้เป็นความผิดต่อส่วนตัว ซึ่งจะมีผลดีมากกว่าผลเสียในแง่ของการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำในการบังคับใช้กฎหมายในสังคม นอกจากนี้ ยังเป็นการเปิดโอกาสให้คู่สมรสฝ่ายที่เสียหายสามารถเลือกที่จะร้องทุกข์กล่าวโทษคู่สมรสที่กระทำ

ความผิดหรือเลือกที่จะให้อภัยคู่สมรสของตนได้อีกด้วย ถือได้ว่าการบัญญัติกฎหมายให้เป็นความผิดต่อส่วนตัว เป็นมาตรการที่ไม่เพียงแต่แก้ไขปัญหาความเสื่อมถอยในการบังคับใช้กฎหมายในสังคมลาว แต่ยังเป็นมาตรการที่ช่วยรักษาสถาบันครอบครัวจากความแตกร้างในสังคมได้อีกด้วย





รายการอ้างอิง

รายการอ้างอิง

กฎหมายครอบครัวลาว พ.ศ. 2551. (2551, 26 กรกฎาคม). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 20, หน้า 561.

กฎหมายครอบครัวลาว พ.ศ. 2551. (2551, 26 กรกฎาคม). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 1, หน้า 556.

กฎหมายครอบครัวลาว พ.ศ. 2551. (2551, 26 กรกฎาคม). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 2, หน้า 557.

กฎหมายครอบครัวลาว พ.ศ. 2551. (2551, 26 กรกฎาคม). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 3, หน้า 557.

กฎหมายครอบครัวลาว พ.ศ. 2551. (2551, 26 กรกฎาคม). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 4, หน้า 557.

กฎหมายครอบครัวลาว พ.ศ. 2551. (2551, 26 กรกฎาคม). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 5, หน้า 557.

กฎหมายครอบครัวลาว พ.ศ. 2551. (2551, 26 กรกฎาคม). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 28, หน้า 563.

กฎหมายพิจารณาความอาญาราชอาณาจักรลาว พ.ศ. 2516. (2516, 27 ตุลาคม). ประมวลกฎหมายราชอาณาจักรลาว, เล่ม 3, หน้า 77.

กฎหมายลักษณะพัวเมีย . (2550, 27 กันยายน). กรุงเทพธุรกิจ, สืบค้นเมื่อ 2 พฤศจิกายน 2554, จาก http://www.bangkokbiznews.com/2007/09/27/WW06_0607_news.php?newsid=186092

กฎหมายลักษณะอาญาลาว พ.ศ. 2499. (2499, 28 ธันวาคม). รวมกฎหมายราชอาณาจักรลาว, เล่ม 3, มาตรา 92, หน้า 30.

กฎหมายลักษณะอาญาลาว พ.ศ. 2499. (2499, 28 ธันวาคม). รวมกฎหมายราชอาณาจักรลาว, เล่ม 3, มาตรา 93, หน้า 30.

กฎหมายลักษณะอาญาลาว พ.ศ. 2499. (2499, 28 ธันวาคม). รวมกฎหมายราชอาณาจักรลาว, เล่ม 3, มาตรา 94, หน้า 30.

กฎหมายลักษณะอาญาลาว พ.ศ. 2499. (2499, 28 ธันวาคม). รวมกฎหมายราชอาณาจักรลาว, เล่ม 3, มาตรา 162, หน้า 39.

กฎหมายลักษณะอาญาลาว พ.ศ. 2499. (2499, 28 ธันวาคม). รวมกฎหมายราชอาณาจักรลาว, เล่ม 3, มาตรา 166/4, หน้า 42.

กฎหมายว่าด้วยครอบครัวลาว พ.ศ. 2515. (2515, 18 กันยายน). ประมวลกฎหมายแพ่งแห่งราชอาณาจักรลาว, เล่ม 3, มาตรา 9, หน้า 53.

กฎหมายว่าด้วยครอบครัวลาว พ.ศ. 2515. (2515, 18 กันยายน). ประมวลกฎหมายแพ่งแห่งราชอาณาจักรลาว, เล่ม 3, มาตรา 7, หน้า 52.

กฎหมายว่าด้วยศาลประชาชนลาว พ.ศ. 2552. (2552, 26 พฤศจิกายน). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 1, หน้า 145.

กฎหมายว่าด้วยองค์การอัยการประชาชนลาว พ.ศ. 2552. (2552, 26 พฤศจิกายน). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 2, หน้า 166.

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2547. (2547, 15 พฤษภาคม). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 19, หน้า 253.

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2547. (2547, 15 พฤษภาคม). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 62, หน้า 268.

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2547. (2547, 15 พฤษภาคม). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 65, หน้า 270.

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาลาว พ.ศ. 2547. (2547, 15 พฤษภาคม). กฎหมายและนิติกรรมใน
ภาคการปกครองและยุติธรรม, มาตรา 36, หน้า 260.

กฎหมายสิทธิและหน้าที่ของพลเมืองลาว พ.ศ. 2546. (2546, 28 พฤษภาคม). กฎหมายรัฐธรรมนูญ
แห่ง ส.ป.ป.ลาว. เล่ม 1, หมวดที่ 4, หน้า 8.

กฎหมายอาญาลาว พ.ศ. 2548. (2548, 9 พฤศจิกายน). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครอง
และยุติธรรม, มาตรา 126, หน้า 430.

กฎหมายอาญาลาว พ.ศ. 2548. (2548, 9 พฤศจิกายน). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครอง
และยุติธรรม, มาตรา 8, หน้า 404.

กฎหมายอาญาลาว พ.ศ. 2548. (2548, 9 พฤศจิกายน). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครอง
และยุติธรรม, มาตรา 25, หน้า 407.

กฎหมายอาญาลาว พ.ศ. 2548. (2548, 9 พฤศจิกายน). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครอง
และยุติธรรม, มาตรา 16, หน้า 405.

กฎหมายอาญาลาว พ.ศ. 2548. (2548, 9 พฤศจิกายน). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครอง
และยุติธรรม, มาตรา 7, หน้า 403.

กฎหมายอาญาลาว พ.ศ. 2548. (2548, 9 พฤศจิกายน). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครอง
และยุติธรรม, มาตรา 27, หน้า 407.

กฎหมายอาญาลาว พ.ศ. 2548. (2548, 9 พฤศจิกายน). กฎหมายและนิติกรรมในภาคการปกครอง
และยุติธรรม, มาตรา 2, หน้า 402.

กรมคุ้มครองวิชาการและสถิติศาล. (2555). สถิติการรวบรวมคดีของศาลประชาชนสูงสุดแห่ง
ส.ป.ป.ลาว ประจำปี พ.ศ. 2551, 2552, 2553, 2554. เวียงจันทน์: กรมคุ้มครองฯ.

กระทรวงแถลงข่าวและวัฒนธรรม. (2543). ประวัติศาสตร์ลาวดีด้าบ้าน-ปัจจุบัน. เวียงจันทน์:
กระทรวงฯ.

กระทรวงยุติธรรม. (2506). จดหมายเหตุนายการยุติธรรมแห่งพระราชอาณาจักรลาว. เวียงจันทน์: กระทรวงฯ.

กระทรวงยุติธรรม. (2542). คู่มืองานตุลาการ. พิมพ์ครั้งที่ 3. เวียงจันทน์: กระทรวงฯ.

กระทรวงยุติธรรม. (2542). คู่มืองานตุลาการ. เวียงจันทน์: กระทรวงฯ.

การมีเพศสัมพันธ์ในอิสลาม (มีชัย) เพศสัมพันธ์ครั้งแรก-โทษเพศสัมพันธ์. (2553?). มุสลิมไทยโพสต์. สืบค้นเมื่อ 3 ตุลาคม 2554, จาก <http://break.muslimthai.com/content.php?page=sub&category=91&id=488>

โกญจนาท เจริญสุข. (2550?). กฎหมายลักษณะฆราวาสในล้านนาโบราณ. สืบค้นเมื่อ 30 ตุลาคม 2554, จาก <http://www.researchers.in.th/blogs/posts/1699>

คำพัน บุญพาคม. (2549). กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเปรียบเทียบไทย-ลาวศึกษาขั้นตอนการพิจารณาของศาลชั้นต้น. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.

คำพัน บุญพาคม. (2555, 30 มกราคม). ผู้พิพากษาศาลฎีกาลาว, ศาลประชาชนสูงสุดแห่งประเทศลาว. สัมภาษณ์.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2614/2518. (2518). กรุงเทพฯ: ศาลฎีกา. อ้างถึงใน ณัฐพงษ์ ตั้งสากล. (2549). ความรับผิดชอบทางอาญาฐานสมรสซ้อน. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5052/2530. (2530). กรุงเทพฯ: ศาลฎีกา. อ้างถึงใน ณัฐพงษ์ ตั้งสากล. (2549). ความรับผิดชอบทางอาญาฐานสมรสซ้อน. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 96-97/2485. (2485). กรุงเทพฯ: ศาลฎีกา. อ้างถึงใน ชาติชัย อัครวิบูลย์. (2552). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 96-97/2485. (2485). กรุงเทพฯ: ศาลฎีกา. อ้างถึงใน ประสพสุข บุญเดช.

(2549). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. สำนัก
อบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, กรุงเทพฯ.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 21/คสอ.ขล/2011. (2554, 5 เมษายน). เวียงจันทน์: ศาลประชาชนสูงสุด
แห่งประเทศลาว.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 23/คสอ.ขล/2010. (2553, 23 มีนาคม). เวียงจันทน์: ศาลประชาชนสูงสุด
แห่งประเทศลาว.

จรัญ ภัคดีธนากุล. (2551). กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. กรุงเทพฯ: หจก. จีรัชการพิมพ์.

จุมพล พันธุ์สัมฤทธิ์. (2550). ภาษากฎหมายลาว. สืบค้นเมื่อ 30 ตุลาคม 2554, จาก
<http://www.nkpt.go.th/7.doc>

ชาติ ชัยเดชสุริยะ. (2549). มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการ
ยุติธรรมทางอาญา. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.

ชาติชาย อัครวิบูลย์. (2552). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วย
ครอบครัว. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.

ณัฐพงษ์ ตั้งสากล. (2549). ความรับผิดชอบทางอาญาฐานสมรสซ้อน. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร
มหาบัณฑิต. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.

ณัฐพล จีรกอบสกุล. (2549). การนำมาตรการเสริมอื่นมาใช้แทนการลงโทษทางอาญา. วิทยานิพนธ์
นิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ.

ดาวอน หว่างวิจิต. (2554, 20 พฤศจิกายน). กรรมการกฎหมายสภาแห่งชาติลาว, สภาแห่งชาติ.
สัมภาษณ์.

ทองคำ อ่อนมะนิสอน. (2535). พจนานุกรมภาษาลาว. เวียงจันทน์: เวียงจันทน์.

ประสพสุข บุญเดช. (2549). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ5ครอบครัว.
กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

ปราณี วงษ์เทศ. (2544). **เพศและวัฒนธรรม**. นครปฐม: มหาวิทยาลัยศิลปากร. สืบค้นเมื่อ 10

มกราคม 2555, จาก <http://www.teenpath.net/content.asp?ID=838>

พิชญ์ ป้อมแก้ว. (2550). **ความรับผิดชอบสำหรับการอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรส**.

วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.

มหาวิทยาลัยเที่ยงคืน. (2552). **หน้าที่และความซื่อสัตย์ของเมียในสังคมไทย: ความเป็นผู้หญิงในสังคมไทย**. เชียงใหม่: มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.

มะหามณี เทปสีเมือง. (2551). **ความเป็นมาของชนชาติลาว**. เวียงจันทน์: สีสะหวาด.

มูรตะภูม มุเภาฮารี. (2529). **สิทธิสตรีในอิสลาม** (แปลโดย ไรน่าน อรุณรังสี). กรุงเทพฯ:

เรือนแก้ว. ใน พิชญ์ ป้อมแก้ว. (2550). **ความรับผิดชอบสำหรับการอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้อื่นขณะมีคู่สมรส**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.

สกล นิสารัตน์. (2545). **กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต.

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.

สถาบันค้นคว้ากฎหมายและร่วมมือกับต่างประเทศ. (2553). **ประเพณีของชนเผ่าฮูลู บ้านห้วยกองเมืองปากช่อง แขวงจำปาสัก**. เวียงจันทน์: กระทรวงยุติธรรม.

สภาแห่งชาติลาว. (2551, 29 พฤษภาคม). **มติตกลงของคณะประจำสภาแห่งชาติว่าด้วยการตีความกฎหมาย (ฉบับที่ 70) พ.ศ. 2551**.

สุขพาพร พาณิชย์. (2548). **“แม่หญิง” เหตุหย่า และกระบวนการพิจารณาใกล้เกลี่ยกรณีหย่าร้างของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว**. วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาสตรีศึกษา. มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, เชียงใหม่.

แสงสุวัน จันทะถุนนาออน. (2555, 7 มกราคม). **รองประธานศาลประชาชนนครหลวงเวียงจันทน์, ศาลนครหลวงเวียงจันทน์**. สัมภาษณ์.

หน้าที่และความซื่อสัตย์ของเมียในสังคมไทย. (2552 สิงหาคม). สืบค้นเมื่อ 30 ตุลาคม 2554, จาก <http://www.oknation.net/blog/print.php?id=486532>

อัยการนครหลวงเวียงจันทน์. (2554, 16 มีนาคม). **คำแนะนำของหัวหน้าองค์กรอัยการประชาชน นครหลวงเวียงจันทน์.**

อิสมาอีล บินกอเซ็ม. (1996?). **บทลงโทษผู้ผิดประเวณี.** สืบค้นเมื่อ 30 พฤษภาคม 2012, จาก <http://www.islammore.com/main/content.php?page=sub&category=62&id=1838>

อุคัลย์ อุคมพล. (2530). **ปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการศึกษาความกฎหมายอาญา.** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ

Abu, A. (2009?). **What do Christians believe about adultery.** Retrieved October 10, 2011, from <http://www.ankerberg.com/Articles/islam/IS0500W1.htm>

Adultery soon not to be illegal in Mexico. (2011). **Los Angeles Times.** Retrieved May 24, 2012, from <http://latimesblogs.latimes.com/laplaza/2011/03/adultery-now-illegal-in-mexico-who-knew.html>

Adultery. (2002). Jewish Encyclopedia.com. Retrieved October 5, 2011, from <http://www.jewishencyclopedia.com/view.jsp?artid=865&letter=A>

Adultery. (2011). New World Encyclopedia. Retrieved October 19, 2011, from <http://www.newworldencyclopedia.org/entry/Adultery>

Al, M. (n.d.). Analysis of adultery: The Biblical Perspective. **Grace-Centered-Magazine.** Retrieved October 9, 2011, from http://www.gracecentered.com/biblical_view_of_adultery.htm

Bromley, P. M. (1981). **Family Law.** London: Batterworths. อ้างถึงใน ธรรมนูญ ตั้งสากล. (2549). ใน **ความรับผิดชอบทางอาญาฐานสมรสซ้อน.** (หน้า 11). วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.

California Family Code. Section 2310-2313. (1999). California: State of California. Retrieved November 26, 2011, from <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=fam&group=02001-03000&file=2310-2313>

California Penal Code title 9. (1999). California: Sate of California. Retrieved May 3, 2011.

From <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/calawquery?code=pen&codebody=&hits=20>

Cathy, M. (2012). **The issue of no-fault divorce.** Retrieved May 24, 2012, from

http://divorcesupport.about.com/od/maritalproblems/i/nofault_fault_2.htm
christiancourier.com/articles/343-what-is-adultery

Code of Alabama. Title 13A-13-2. (1975). Alabama: Alabama Lawyer. Retrieved May 24, 2012, from <http://law.onecle.com/alabama/criminal-code/13A-13-2.html>

Concept of Adultery in Islam. (2002?). Muslimaccess.com. Retrieved October 3, 2011, from

http://www.muslimaccess.com/articles/misc/adultery_in_islam.asp

Gregory S. Forman, P. C. (2010?). **How Does One Prove Adultery.** Retrieved February 29,

2011, from <http://www.gregoryforman.com/faqs/how-does-one-prove-adultery>

Henry M. Hart, Jr., Joseph, G., Alan, M. D., and Richard, D. S., (1974). **The aims of the criminal law. In criminal law: theory and process.** (pp. 64-65). New York : The Free Press.

อ้างถึงใน พรรณราชรัตน์ ศรีไชยรัตน์. (2536). ความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดลواطในประมวลกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. สาขาวิชานิติศาสตร์. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.

Herbert, L. P. (1968). **The limits of the criminal sanction.** CA: Stanford University Press.

อ้างถึงใน พรรณราชรัตน์ ศรีไชยรัตน์. (2536). ความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดลواطในประมวลกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.

Illinois Criminal Code Section. 11-7. (1961). Illinois: Child abuse unit. Retrieved May 24,

2012, from <http://law.onecle.com/illinois/720ilcs5/indexIII.html>

Jayaram, V. (2007?). **Extramarital relationships.** Retrieved October 8, 2011, from

http://www.hinduwebsite.com/hinduism/h_extramarital.asp

John, R. (2009). **The pros and cons of No-Fault Divorce and Why New York stays con.**

Retrieved May 24, 2012, from <http://lawblog.legalmatch.com/2009/11/30/the-pros-and-cons-of-no-fault-divorce-and-why-new-york-stays-con>

Kelly, C. R. (2005). **Is adultery illegal in California.** Retrieved October 10, 2011, from

<http://www.custodymatch.com/articles/is-adultery-illegal-in-California.pdf>

Korea to abolish adultery law. (2012). **The Chosunilbo News.** Retrieved May 26, 2012, from

http://english.chosun.com/site/data/html_dir/2010/03/18/2010031800594.html

Legal Information Institute of Cornell University Law School. (2010). **Divorce and Separation: an overview.** New York: Cornell University. Retrieved May 22, 2012, from

<http://www.law.cornell.edu/wex/divorce>

Minnesota Statute 609.36. (2011). Minnesota: State of Minnesota. Retrieved May 24, 2012,

from <https://www.revisor.leg.state.mn.us/statutes/?id=609.36>

New York Penal Code. Article 255.17. (1930?). New York: State of New York. Retrieved

May 24, 2012, from <http://ypdcrime.com/penal.law/article255.htm#p255.17>

Rabbi, R. H. I. (2011?). **Adultery in Judaism, adultery is considered one of the most**

grievous sins. Retrieved October 5, 2011, from http://www.myjewishlearning.com/life/Sex_and_Sexuality/Jewish_Approaches/Prohibited_Sexual_Relationships/Adultery.shtml

Richard, S. F. **criminalization and decriminalization.** (pp. 448). N.P: n.p. อ้างถึงใน พรณราย

รัตน์ ศรีไชยรัตน์. (2536). ความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดลหุโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. สาขาวิชานิติศาสตร์. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.

Sexual misconduct or adultery. (May, 6 2010). **Wisdom Quarterly: American Buddhist**

Journal. (93). Retrieved October 30, 2011, from <http://wisdomquarterly.blogspot.com/2010/05/sexual-misconduct-or-adultery.html>

The code of Alabama. Title 13A Criminal Code. Section 13A-5-7. (1975). Alabama:

Alabama State Legislature. Retrieved November 3, 2011, from
<http://www.legislature.state.al.us/CodeofAlabama/1975/13A-5-7.htm>

The Michigan Penal Code. (1931). **Code of Michigan**, chapter 5, Article 750.29-30, p 5,

Retrieved May 6, 2011, from <http://legislature.mi.gov/documents/mcl/pdf/mcl-chap750.pdf>

The penal code of Alabama. Title 30 Section 30-2-1. (1975). Alabama: Alabama State

legislature. Retrieved November 3, 2011, from <http://www.legislature.state.al.us/CodeofAlabama/1975/30-2-1.htm>

The prevention of crime and the treatment of offenders. (1977). In The Report of the working groups of experts on the preparation for sanction II of the fifth United Nations Congress (pp. 33). N.P: n.p.

Utah Criminal Code 76-3-204. (1991). Utah: State of Utah. Retrieved November 26, 2011, from http://le.utah.gov/~code/TITLE76/htm/76_03_020400.htm

Utah Criminal Code 76-7-103. (1991). Utah: State of Utah. Retrieved November 26, 2011, from http://le.utah.gov/~code/TITLE76/htm/76_07_010300.htm

Utah Criminal Code 76-7-104. (1992). Utah: State of Utah. Retrieved November 26, 2011, from http://le.utah.gov/~code/TITLE76/htm/76_07_010400.htm

Utah State Legislature 30-3-1. (1997). Utah: State of Utah. Retrieved November 26, 2011, from http://le.utah.gov/~code/TITLE30/htm/30_03_000100.htm

Venerable, K. S. D. M. T. (2004?). **Buddhist View on Marriage.** Retrieved October 8, 2011, from <http://www.budsas.org/ebud/whatbudbeliev/237.htm>

Washington Court. (2009). **Family Law Hand Book of Washington Courts Understanding the legal implications of marriage and divorce in Washington State**. Washington: Washington Court. Retrieved May 5, 2011, from <http://www.courts.wa.gov/newsinfo/content/pdf/familylawhandbook.pdf>

Washington State Legislation. Chapter 9A.64 RCW. (2010). Washington: Sate of Washington. Retrieved November 3, 2011, from <http://apps.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=9A.64>

Wayne, J. (n.d.). **What is Adultery**. Retrieved February 17, 2012, from [http://www.christiancourier.com/articles/343-what-is-adultery](http://www.http://www.christiancourier.com/articles/343-what-is-adultery)

Winton, H. (1996). Buddhist Sexual Ethics. **Buddha Net's Magazine Articles**. Retrieved October 18, 2011, from http://www.buddhanet.net/winton_s.htm

Wisconsin Legislative. (2011). **Crimes against sexual morality**. Wisconsin: State of Wisconsin. Retrieved October 10, 2011, from <http://www.legis.state.wi.us/statutes/stat0944.pdf>



ภาคผนวก

ภาคผนวก

กฎหมายอาญาและกฎหมายครอบครัวลาว¹

The Penal Law of Lao PDR NO.12/NA 9 November 2005 Article 126. adultery:

A married person having a sexual relationship with a third person shall be punished by three months to one year of imprisonment or be re-education without deprivation of liberty and shall be fined from 500,000 kip to 5,000,000 kip

The partner in adultery shall be punished on the same charges

The Family Law of Lao PDR NO.05/NA. Vientiane, 26 July 2008 Article 20. Causes of Divorce:

The husband or wife may ask for a divorce based on any of the following reasons:

- 1 Adultery;
- 2 Use of violence or gross insults against each other or against parents or relatives, or [behavior evidencing a] seriously inappropriate attitude making co-habitation impossible (such as drug addict, alcohol addict, regular gambling and lavishly spend the earning.
- 3 Abandoning the family without informing them or without sending news or goods for the family's [needs] for more than three years;
- 4 The husband is definitely a monk, novice or a white or the wife is a white nun with disagreement;
- 5 Husband or wife has been convicted as a disappearance person. In case Husband or wife has been abandoned family without informing them and unknown living place for more than two years or in case of caused in accident without any news for more than 6 months.

¹ หมายเหตุ: ผู้เขียนนำกฎหมายข้างต้นมาเพียงบางส่วนเพื่อประกอบในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้
รายละเอียดเพิ่มเติมดูกฎหมายอาญาและกฎหมายครอบครัวลาว

6 The spouse has been convicted of a criminal offence and the penalty imposed is imprisonment of more than five years;

7 Dangerous serious disease making co-habitation impossible;

8 Mental illness making co-habitation impossible;

9 Incapacity of sexual act; [and]

10 Incompatibility of spouses making co-habitation impossible such as dishonest and moral depresses.

The Family Law of Lao PDR NO.05/NA. Vientiane, 26 July 2008 Article 1. Purpose of the family law:

The family law aims to: preserve and strengthen the family in to the firm cell of lao society; establish matrimonial [and] family relationships based on mutual consent and equality between men and women; educate children to love the family, [and] nation, and to participate in to the protection and development of the nation; protect the interests of mothers and children in family life and upon divorce; [and] preserve and develop fine customs and traditional.

The Family Law of Lao PDR NO.05/NA. Vientiane, 26 July 2008 Article 3. Freedom to marry:

men and women who have attained the age of marriage have the right to marry on the basis of mutual consent, freedom and love. It is forbidden to force or hinder another individual's marriage.

The Family Law of Lao PDR NO.05/NA. Vientiane, 26 July 2008 Article 2. Equality between men and women in family relationship: men and women have equal rights in all aspects pertaining of family relationships. Family relationships arise independently from the origins, socio-economic status , nationality, ethnicity, educational level, occupation, beliefs, place of residence and others.

The Family Law of Lao PDR NO.05/NA. Vientiane, 26 July 2008 Article 4. Monogamy: marriage is governed by the system of monogamy.

The Family Law of Lao PDR NO.05/NA. Vientiane, 26 July 2008 Article 5.

Protection of interests of mothers and children: the state and society protect the interests of mothers and children in family life [when a married couple live together] and when a married couple no longer co-habitat.

The Penal Law of Lao PDR NO.12/NA 9 November 2005 Article 8. Categories of offences: offences are divided in to three categories

“Minor offences” are offences punished under the law by public criticism or fine

“Major offences” are offences punished under the law by re-education without deprivation of liberty, and imprisonment from three months to ten years, and fines; [and]

“Crimes” are offences punished under the law by imprisonment from five years up to the death penalty

The Penal Law of Lao PDR No.12/NA 9 November 2005. Article 25. Offences against which complaints must be lodged by the damaged parties: No criminal proceedings may be brought [in respect of] offences that are not dangerous for society and [in respect of which] the damaged party does not lodge any complaint, including the following matters: physical violence between close relatives without serious injury or physical disability, libel, slander, insult, and outrage to the body or the reputation of the dead; infraction of property rights of close relatives; and violation of domicile privacy

The withdrawal of a complaint lodged by the damaged party shall terminate such criminal proceedings.

An offender is in individual who has committed any acts or abstentions that cause danger to society and [Where such acts or abstentions] satisfy all the components of an offence as provided in the laws.

The Penal Law of Lao PDR, NO. 12/NA.9 November 2005, Article 7. (New) Components of offences

The components of an offence [refer to] those objective and subjective characteristics of behavior that the Penal Law defines as together constituting an offence

An offence consists of four components as follow:

Material component

Objective component

Subjective component

Actor's component

The material component of an offence [refers to] the social relationship that is regulated by the Penal Law, and that is affected by the offence

The objective component of an offence [refers to] the external characteristics of the behavior the has caused, or [is evidence of] an intention to cause, damage to a social relationship that is, regulated by the Penal Law, including the time, location, vehicle, equipment, circumstance and means used for committing the offence

The subjective component of an offence [refers to] the characteristics of the attitude and state of mind of the offender regarding his act of offence, as expressed externally through the behavior that constitutes the offence

The actor's component of an offence refers to the fact that in order to be liable, the offender must be mentally competent, must not be insane, and must have reached the ages of majority, that is, at least 15 years of age.

The Penal Law of Lao PDR, NO. 12/NA.9 November 2005, Article 27. Purposes of Penalties

Penalties do not only aim to punish offenders, but also to re-educate punished individuals to bear a pure spirit toward work, to comply correctly and strictly with the laws, to respect the discipline of social life, and to avoid recidivism on the part of the punished offender and other individuals.

Punishment does not aim to generate physical suffering or to outrage human dignity.

Law on the Office of the Public Prosecutor of the Lao PDR, NO. 50/NA, 21 October 2003, Article 2. Status and Role of the Office of the Public Prosecutor.

The office of the public prosecutor is a state organization that has the role to monitor and inspect the proper and uniform adherence to laws by all ministries, ministry-equivalent organization, government organization, the Lao Front for National Construction, mass organization, social organization, local administration, enterprises, and citizens and to exercise the right to prosecute [offender].

Law on the People's Courts of Lao PDR, NO. 05/NA, 21 October 2003, Article 1. Status and Roles of the People's Courts

The people's courts are the judicial organs of the state, which have [the following role:] to adjudicate cases, aiming to educate to citizens to be patriotic to the nation and the regime of the people's democracy; to protect and maximize the outcomes of the revolution, the political regime, the society and economy, party organs, state organs, the Lao Front for National Construction, the mass organization, and the social organization, to protect the legitimate rights and benefit of the citizen; to ensure fairness and justice; to maintain the public order and peace throughout society; [and] to increase equity, and eliminate and prevent the violent of the laws.

In the law People's Democratic Republic, only the people's courts are authorized to strictly adjudicate cases in accordance with the laws.

Law on Criminal Procedure of Lao PDR, NO. 01/NA, 15 May 2004, Article 36. Causes for Opening an Investigation.

Causes for opening an investigation an a criminal case are as follow:

- 1 there is a claim or complaint regarding an offence from an individual or organization: Such claim or complaint shall be submitted to an investigator or a public prosecutor;
- 2 the offender turns himself in;
- 3 discovery of traces of an offence by an investigator or a public prosecutor.

During the examination and consideration, if the court finds evidence of the new offence, [it] has the right to request that an investigation be opened.

An investigation in a criminal case shall only be opened if there is sufficient information demonstrating the components of an offence.

Article 2. Basis of Penal Responsibilities

An individual can only be charged with and punished for an offence based on intentional or negligent acts deemed dangerous for society as defined in this law and [can be punished] only when a decision is rendered by a court.

Article 19. evidence . law on Criminal Procedure of Lao PDR NO.01/NA 15 May 2004

Evidence in a criminal case are facts which demonstrate the existence or non-existence of acts which are dangerous to society, the guilt of the individual conducting those acts and other circumstances which are useful for a proper consideration of the case.

Article 20. Types of Evidence.

Evidence in criminal proceedings consists of:

Physical evidence;

Documentary evidence;

Evidence from persons.

Physical evidence is derived from material items relating to the offence, such as guns, knives, fingerprints, bloodstains, and other materials.

Documentary evidence is derived from letters, reports of the investigation, reports of the activities of the people's courts, account, drawings, sketches, photographs, and other documents relating to the offence.

Evidence from person is derived from the testimony of suspect, accused persons, or defendants, the testimony of witnesses or injured parties, in identification and confirmation of the offender, and opinions of experts relating to the offence.

The evidence mentioned above includes evidence to prove guilt that confirms that the accused person or defendant committed the offence, and evidence to prove innocence that confirms that the accused person or defendant is innocent.

In criminal proceedings, [concerned person] shall seek both evidence to prove guilt and evidence to prove innocence.

Law on Criminal Procedure of Lao PDR, NO 01/NA, 15 May 2004, Article 62. Arrest

The arrest of any individual shall be accompanied by an order in writing from the public prosecutor or the people's court, except in the case of an on-the-spot arrest or in an urgent case.

Before the issuance of an order to arrest, the public prosecutor or the people's court shall consider The following conditions:

1. The act must be an offence for which the law prescribes the penalty of deprivation of liberty;
2. The evidence in the case must be reliable.

In addition, [such issuance] shall be based on other conditions such as: the suspect may flee, destroy evidence, commit a new offence, [or] hurt the injured party or witness [;] or the suspect may be hurt by the injured party or by other individuals.

If there is to be an arrest of a monk or a novice, the head monk or the representative of the relevant religious organisation shall be informed to defrock [such monk or novice] before his arrest. For an ordained person in any other religion, the head of such religious organisation shall be informed of the arrest.

For arrest in normal situations, the arrest order along for arrest in normal situations, the arrest order along with the cause for such arrest shall be declared to the person to be arrested.

In all cases, after the arrest of an accused person, the investigator shall report in writing to the public prosecutor within twenty-four hours and the taking of testimony from the arrested person shall be conducted within forty eight hours, together with the forming of an opinion whether to release[pending sentencing] or to remand [such person].

If an opinion is formed to release [pending sentencing] or to remand an arrested person, the head of the investigation organisation or the interrogator shall ask the public prosecutor for an order to release [pending sentencing] or to remand.

After receiving a request for release [pending sentencing] or for an order of remand from the head of the investigation organisation or the interrogator, the public prosecutor shall decide

within twenty-four hours Whether to release [pending sentencing] or to remand [the arrested person].

In the event that it is not the investigator who conducts the arrest, the arrested person shall be handed over to the investigator immediately. For arrests in remote areas, the arrested person shall be handed over to the Investigator within seven days from the date of the arrest.

Arrests shall be conducted by using [such] methods and in a manner that are appropriate to the characteristics of the offence and the person to be arrested.

Beating or torture of the arrested person is prohibited.

Arrest shall, in every case, be notified to the [person's] family, [and to the] office, organisation, or enterprise to which the concerned individual is attached within twenty-four hours, and [they shall also be notified of] his place of detention if it will not hinder the case proceedings.

Law on Criminal Procedure of Lao PDR, NO 01/NA, 15 May 2004, Article 65. Remand

Remand is temporary detention for [the purpose of] investigations⁹¹ before a final decision of the court.

To remand, there must be a written order from the public prosecutor and [such remand] shall be based on the conditions provided in Article 62 of this law.

Persons remanded shall be detained separately from prisoners and shall be in appropriate conditions because such persons are regarded as innocent.

The period of remand shall not exceed three months from the date of the issuance of the order to remand.

If it is deemed necessary to undertake further investigations, the public prosecutor may extend the period of remand for additional periods of three months at a time according to the request of the head of the investigation organisation, but the total period of remand shall not exceed three months for minor offences⁹² and one year for major offences. If the remand continues beyond that period and there is insufficient evidence to prosecute [such person] in court, the public prosecutor shall issue an order to release [such person] immediately and to return lawful

material items that were found on his body to such person in full and in the same condition by making a record of acknowledgement of receipt.

The period of remand shall be included when calculating the period of implementation of the penalty of deprivation of liberty.





ประวัติผู้เขียน

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาว มิถุนาวรรณ กองมณี
วัน เดือน ปีเกิด	30 มิถุนายน พ.ศ. 2525
สถานที่อยู่ปัจจุบัน	299 หมู่ 20 ซอย 4 บ้านสีเมือง เมืองสีสัตะนาก นครหลวงเวียงจันทน์ 1186
ประวัติการศึกษา	2547 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยแห่งชาติลาว สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
ประวัติการทำงาน	2551-2552 ผู้พิพากษา ศาลประชาชนเขต 3 สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
2549-2551	นิติกร ศาลประชาชนสูงสุดแห่งส.ป.ป.ลาว สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
2548-2549	นักข่าว วารสารวัฒนธรรมลาว สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว