

บทที่ 3

กฎหมายที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองสวัสดิภาพคู่สมรส จากความรุนแรงในครอบครัว

ปัญหาความรุนแรงในครอบครัวการทำร้ายระหว่างคู่สมรสนั้นเป็นปัญหาที่มีมาช้านานแต่ไม่ได้รับความสนใจจากสังคมเนื่องจากเห็นว่าเป็นเรื่องส่วนตัวเป็นปัญหาของผิวเมียหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลภายนอกไม่ยากเข้าไปเกี่ยวข้อง ปรากฏการณ์ความรุนแรงในครอบครัวนั้นมีหลายรูปแบบหากแต่การทำร้ายมีผลถึงบุคคลในครอบครัวโดยเฉพาะเด็กซึ่งเป็นบุตรและคู่สมรส นับว่าปัญหาความรุนแรงในครอบครัวเป็นการวิครอนสิทธิในชีวิตร่างกายของผู้ถูกกระทำรุนแรงตลอดจนเป็นอุปสรรคที่สำคัญต่อการบรรลุความเสมอภาคทางเพศ การพัฒนาและสันติภาพ ซึ่งมีคู่ร้อยละ 44 เคยถูกทำร้ายไม่ทางกายก็ทางเพศซึ่งถือว่าอยู่ในลำดับสูงมาก¹

ปัญหาความรุนแรงที่เกิดขึ้นนั้นหากนอกเคสสถาน นอกครัวเรือน นอกครอบครัว ตรงนี้รัฐสามารถเข้าไปทำได้ค่อนข้างมาก เพราะรัฐสามารถใช้มาตรการทางกฎหมายได้ค่อนข้างมาก เพราะประเทศไทยพื้นที่นั้นเป็นพื้นที่สาธารณะ ถือว่าเจ้าหน้าที่มีหน้าที่โดยตรงในการดูแลความสงบเรียบร้อย การใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อระงับเหตุทำได้ค่อนข้างเต็มที่ แต่อย่างน้อยที่สุดต้องยอมรับว่ารัฐธรรมนูญมาตรา 53 ระบุว่า เด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัวมีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม²

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าความรุนแรงในครอบครัวนั้นรัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้อย่างชัดเจนว่าต้องได้รับการคุ้มครองจากรัฐแต่ยังมีข้อจำกัดในการบังคับใช้อันเนื่องมาจากกฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถรองรับสถานการณ์ความรุนแรงในครอบครัวได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ

¹ กฤตยา อาชวนิจกุล. ด้วยรักและสันติ ร่วมยุติความรุนแรงต่อผู้หญิง. รายงานการสัมมนาวิชาการและรณรงค์เพื่อร่วมสร้างรักและสันติในชีวิตคู่. (กรุงเทพฯ : สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล, 2546) หน้า 3-4.

² ปุระชัย เปี่ยมสมบูรณ์. ด้วยรักและสันติ ร่วมยุติความรุนแรงต่อผู้หญิง. รายงานการสัมมนาวิชาการและรณรงค์เพื่อร่วมสร้างรักและสันติในชีวิตคู่. (กรุงเทพฯ : สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล, 2546) หน้า 8-9.

เพียงพอ และปัจจุบันกฎหมายที่ให้การคุ้มครองสวัสดิภาพคู่สมรสจากความรุนแรงในครอบครัวของประเทศไทยยังไม่มีปรากฏให้เห็น สอดคล้องกับที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้แต่อย่างใด

3.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองสวัสดิภาพคู่สมรสจากความรุนแรงในครอบครัวประเทศไทย

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองสวัสดิภาพคู่สมรสจากความรุนแรงในครอบครัวในประเทศไทย ทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้บุคคลในครอบครัวมีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงในครอบครัวและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม กฎหมายสารบัญญัติ กฎหมายวิธีสบัญญัติที่มีอยู่ในปัจจุบันในการสนองตอบต่อปัญหาและสถานการณ์ความรุนแรงในครอบครัว รวมถึงมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสวัสดิภาพคู่สมรสจากความรุนแรงในครอบครัวในต่างประเทศ

3.1.1 กฎหมายรัฐธรรมนูญ

สภาพปัญหาความรุนแรงในครอบครัวที่เกิดขึ้นในปัจจุบันนั้น ลักษณะความรุนแรงแตกต่างกันออกไปตามบริบทของสังคมและวัฒนธรรมแห่งท้องถิ่นนั้น³

ประเทศไทยได้เริ่มแนวความคิดที่จะทำให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันในทุกด้าน จึงทำให้ต้องมีการแก้ไขกฎหมาย และยกเลิกข้อจำกัดสิทธิและหน้าที่ของหญิงมีสามีให้หมดสิ้นไป โดยยึดหลักการรัฐธรรมนูญที่ให้ชายหญิงมีสิทธิเท่าเทียม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรพุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองบุคคลในครอบครัว และบัญญัติให้การรับรองเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลไว้อย่างมากมายโดยเจพาะมาตรา 53 วรรคหนึ่ง กำหนดให้บุคคลในครอบครัวมีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม จึงเท่ากับเป็นการกำหนดให้รัฐ

³ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, อุทัยวรรณ แจ่มสุธี, อำนาจ เนตยสุภา, "รายงานการวิจัย". การประเมินกระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองสวัสดิภาพบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัว. (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2546) หน้า 29.

ต้องมีหน้า ปกป้องคุ้มครองบุคคลในครอบครัวรวมทั้งคู่สมรสจากการใช้ความรุนแรงในครอบครัว ดังนั้นเมื่อรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศบัญญัติรับรองถึงสิทธิดังกล่าว รัฐจึงต้อง บัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อปกป้องคุ้มครอง บุคคลในครอบครัวอันรวมถึงคู่สมรสจากการใช้ความรุนแรงในครอบครัว แต่ในปัจจุบันกฎหมาย ทั้งทางแพ่งและอาญาที่มีอยู่นั้นไม่มีมาตรการโดยตรงในการสนองตอบต่อปัญหาความรุนแรงใน ครอบครัวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในการคุ้มครองและป้องกันผู้ที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัว มิให้ถูกกระทำซ้ำและกระทำต่อไปในอนาคตหรือเพื่อยุติปัญหาความรุนแรงที่เกิดขึ้น และ ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ได้บัญญัติเรื่องเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค ในการรับรองสิทธิในครอบครัวและความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้ในมาตรา 34^{*} มาตรา 35^{**} โดยกำหนดให้รัฐมีหน้าที่คุ้มครองบุคคลในครอบครัวจากการใช้ความรุนแรงรวมทั้ง เสริมสร้างและพัฒนาความเป็นปึกแผ่นของครอบครัวในฐานะหน่วยสำคัญสูงสุดของสังคม¹ ใน ทางปฏิบัติกระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะการสอบสวนส่วนใหญ่มักเป็นพนักงานสอบสวนชายซึ่ง มีทัศนคติว่าคดีความรุนแรงในครอบครัวเป็นปัญหาส่วนตัวมิใช่อาชญากรรม ผู้หญิงจึงมักไม่ได้รับ การคุ้มครองสิทธิอย่างเต็มที่ และไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการสอบสวนเช่น การไม่รับแจ้งความ หรือการใช้ทำที่ไม่เหมาะสม⁵

^{*} มาตรา 34 วรรคหนึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540บัญญัติว่า "สิทธิของบุคคล ในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง"

^{**} มาตรา 35แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 บัญญัติว่า "บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข การเข้า ไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคหสถานจะกระทำมิได้เว้นแต่ อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย"

¹ อมร รัชชาติย์ , รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน พร้อมบทวิจารณ์ พิมพ์ครั้งที่ 2 , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2543) , หน้า 24.

⁵ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, อุตัยวรรณ แจ่มสุธี, อำนาง เนตยสุภา, "รายงานวิจัย" ภาพประเมิน กระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองสวัสดิภาพบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัว.หน้า 126.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 53 วรรคหนึ่ง* นั้นได้บัญญัติให้รัฐคุ้มครองสถานบันครอบครัว โดยกำหนดคำว่าบุคคลในครอบครัวไว้เป็นพิเศษเพื่อให้ได้รับการคุ้มครองและป้องกันจากความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม ดังนั้น จึงจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมให้มีความเข้มแข็ง เป็นสากลและสอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย โดยให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัวอย่างมีประสิทธิภาพและคุณภาพในเชิงบริการ ทั้งนี้เพื่อผดุงไว้ซึ่งสถาบันครอบครัวอันเป็นแกนหลักของสังคมไทยสืบไป

3.1.2 กฎหมายสารบัญญัติ

สถานการณ์ความรุนแรงในครอบครัวที่เกิดกับคู่สมรส ในส่วนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและป้องกันคู่สมรสที่ได้รับความรุนแรงตามกฎหมายสารบัญญัติของประเทศไทยในปัจจุบันนั้น ได้ปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

3.1.2.1 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว

การทำร้ายร่างกายระหว่างคู่สมรสฝ่ายหนึ่งจนไม่อาจอยู่ร่วมกับอีกฝ่ายหนึ่งได้ แต่คู่สมรสยังไม่ประสงค์ที่จะหย่าขาดจากกันนั้น กฎหมายอนุญาตให้สามีและภริยาแยกกันอยู่ต่างหากเป็นการชั่วคราว เพื่อปลดเปลื้องหน้าที่ในการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาของคู่สมรสแต่ละฝ่ายออกไปจากกัน หรือถ้าการทำร้ายนั้นเป็นการเหลือวิสัยที่คู่สมรสจะอยู่กินด้วยกันต่อไปก็อาจแยกกันอยู่เป็นการถาวรได้ด้วยการหย่าขาดจากกันโดยความยินยอมของทั้งคู่ หรือมีเหตุแห่งการหย่าตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้

* มาตรา 53 วรรคหนึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 บัญญัติว่า “ เด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัวมีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม”

3.1.2.1.1 การแยกกันอยู่ชั่วคราว

ในการแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวนั้นแบ่งได้ดังนี้

1) สามีภริยาทำข้อตกลงเพื่อแยกกันอยู่ต่างหาก สามีภริยาอาจทำข้อตกลงระหว่างกันเพื่อแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวได้ โดยไม่ต้องนำคดีมาสู่ศาลอันจะเป็นการนำเรื่องภายในครอบครัวมาเปิดเผยให้สังคมภายนอกทราบ ในการทำข้อตกลงเพื่อแยกกันอยู่ สามีภริยาอาจทำข้อตกลงกันด้วยวาจา หรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ โดยหลักการสำคัญก็คือสามีและภริยาตกลงที่จะแยกกันอยู่ต่างหากจากกัน นอกจากนี้ อาจมีข้อตกลงอื่นมาประกอบด้วยก็ได้ เช่น ข้อตกลงว่าจะไม่กระทำการ รบกวน หรือก่อความยุ่งยากให้แก่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อตกลงเกี่ยวกับการอุปการะเลี้ยงดูสามีภริยาและบุตร ข้อตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาเป็นต้น⁶

2) ศาลมีคำสั่งให้แยกกันอยู่ต่างหากเป็นการชั่วคราว หากคู่สมรสไม่อาจทำข้อตกลงระหว่างกันเพื่อแยกกันอยู่ต่างหากได้ หากการอยู่ร่วมกันจะได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือเกิดความเดือดร้อนอย่างมากจากการอยู่ร่วมกันอันสามีภริยา ฝ่ายที่เสียหายหรือเดือดร้อนมีสิทธิตามมาตรา 1462 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว สามารถยื่นคำร้องขอต่อศาล ขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ตนแยกกันอยู่ต่างหากจากคู่สมรสของตนเป็นการชั่วคราว โดยเหตุที่จะขอให้แยกกันอยู่ชั่วคราวมี 3 กรณีคือ⁷

(ก) การอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่กายอย่างมากของภริยาหรือสามี อันตรายแก่กายหมายถึง การรบกวนอย่างรุนแรงต่อสภาพปกติของร่างกาย หรือทำให้ความสมบูรณ์ของร่างกายลดน้อยถอยลง โดยกระทำต่ออวัยวะต่างๆของบุคคลจนทำให้เกิดบาดแผล โลหิตไหล และเป็นอันตรายอย่างมากต่อกาย เหตุในข้อนี้อาจเทียบเคียงกับเหตุฟ้องหย่า เพราะการทำร้ายร่างกายตามมาตรา 1516 (3) หรือความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295

(ข) การอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่จิตใจอย่างมากของสามีหรือภริยา อันตรายต่อจิตใจหมายถึง การกระทำที่กระทบจิตใจอันเป็นที่เกิดแห่งความรู้สึก ความสำนึก

⁶ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 7(กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2534), หน้า 152-153.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 155-157.

ความคิดอารมณ์ จนทำให้จิตใจไม่ปกติเพื่อนไม่สมประกอบ หมกมุ่น หรือหมดความรู้สึกไปเป็นเวลานาน โดยจะต้องเป็นอันตรายแก่จิตใจเป็นอย่างมากด้วย

(ค) การอยู่ร่วมกันจะเป็นการทำลายความผาสุกอย่างมากของสามีภริยา ความผาสุกหมายถึงความสุขสำราญ ความสะดวกสบายในการดำรงชีวิต โดยมีสุขภาพและพละทานามัยที่สมบูรณ์ทั้งทางร่างกายและจิตใจ การทำลายความผาสุกของสามีและภรรยาที่มีความหมายกว้าง รวมถึงการก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพ และต้องเป็นการกระทำที่ร้ายแรง เช่น สามีเสพสุราแล้วอาละวาดทุบตีภรรยาอยู่เป็นประจำ

การที่ศาลสั่งอนุญาตให้สามีและภริยาแยกกันอยู่นี้เป็นการให้แยกกันชั่วคราวเท่านั้น ไม่ถือว่าเป็นการขาดจากการสมรส คู่สมรสไม่อาจทำการสมรสใหม่ได้ เมื่อเหตุการณ์นั้นระงับลงแล้ว สามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งเพิกถอนหรือระงับคำสั่งที่ให้แยกกันอยู่ได้ ในระหว่างที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้แยกกันอยู่นี้สามีและภริยาต่างหมดหน้าที่ที่ต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยไม่ถือว่าเป็นการจงใจทิ้งร้างจากกัน ไม่เป็นเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 (4) อย่างไรก็ดี หากการแยกกันอยู่ตามคำสั่งศาลนี้เป็นระยะเวลาเกินกว่า 3 ปีแล้ว สามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิฟ้องหย่าได้ตามมาตรา 1516 (4/2) *

ในระหว่างที่สามีและภริยาแยกกันอยู่นี้ มาตรา 1462 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบคลุม บัญญัติให้อำนาจศาลที่จะกำหนดจำนวนค่าอุปการะเลี้ยงดู โดยคู่สมรสฝ่ายหนึ่งชำระให้แก่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้ตามควรแก่พฤติการณ์ กฎหมายมิได้บัญญัติถึงการให้ความคุ้มครองอื่นๆ ที่จำเป็นระหว่างแยกกันอยู่

3.1.2.1.2 การแยกกันอยู่ถาวร

การหย่าถือเป็นการแยกกันอยู่ที่เป็นถาวร ซึ่งเกิดจากการตกลงยินยอมหย่าร้างกันเองโดยคู่สมรส และนอกจากนั้นยังมีกรณีการหย่าโดยผลของคำพิพากษา โดยกฎหมายได้กำหนดเหตุแห่งการหย่าร้างแล้วแต่ลักษณะของความขัดแย้งไว้อีก 12 ประการตามมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบคลุม กรณีกำหนดถึงเหตุแห่งการหย่าใน

* มาตรา 1516 (4/2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบคลุมบัญญัติว่า "สามีและภริยาสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี หรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งศาลเวลาเกินสามปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้"

การกระทำ ความรุนแรงในครอบครัวที่ถือได้ว่าเป็นเหตุแห่งการแยกกันอยู่เป็นการถาวรหรือการหย่าคือ⁸

1) สามีหรือภริยาประพฤติชั่ว ไม่ว่าจะความประพฤติชั่วนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ถ้าเป็นเหตุให้อีกฝ่าย

(ก) ได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง

(ข) ได้รับความดูถูกเกลียดชังเพราะเหตุที่คงเป็นสามีหรือภริยาของฝ่ายที่ประพฤติชั่วอยู่ต่อไป

(ค) ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร ในเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบ

ความประพฤติชั่ว (misconduct) หมายถึง ความประพฤติปฏิบัติที่ฝ่าฝืนศีลธรรมหรือจารีตประเพณี ซึ่งวิญญูชนรู้สึกได้ว่าเป็นสิ่งไม่ถูกต้อง ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ก็ตาม ซึ่งความประพฤติชั่วอาจจะเป็นการกระทำครั้งเดียวโดดๆ หรืออาจเป็นการกระทำหลายครั้งหลายอย่างประกอบกันอย่างต่อเนื่องเช่น สามีเป็นคนเสพสุราต้องเสพทุกวัน เมื่อเสพแล้วก็ทุบตีว่าภริยาเสมอ ภริยาห้ามปรามก็ไม่เชื่อฟัง บางครั้งเตะและใช้ไม้ทำร้ายภริยาทำลายสิ่งของโดย ไซ้เหตุ ไซ้มีดทำร้ายก็เคยมี บางครั้งต้อยถึงพินาศและเคยด่าว่าภริยาเป็นฐู้หรือ สามีติดยา เสพติดเป็นนักเลงอันธพาลไม่ทำมาหากิน เหล่านี้ถือได้ว่าเป็นการประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงที่จะฟ้องหย่าได้ แต่อย่างไรก็ดีความประพฤติชั่วนั้น จะต้องเป็นเหตุให้คู่สมรสฝ่ายที่มีสิทธิฟ้องหย่าได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง หรือได้รับความดูถูกเกลียดชัง หรือได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบ ซึ่ง มาตรฐานความรู้สึกในเรื่องนี้ขึ้นอยู่กับความรู้สึกของคู่สมรสนั้นๆ มิได้ถือตามมาตรฐานความรู้สึกของวิญญูชน ฉะนั้นแม้คู่สมรสจะมีความรู้สึกไวต่อความอับอายขายหน้าซึ่งวิญญูชนทั่วไปถือได้ว่าเป็นเรื่องปกติก็ตาม คู่สมรสฝ่ายนั้นก็มีสิทธิฟ้องหย่าได้ และในทางกลับกันถ้าวิญญูชนถือได้ว่าเป็นเรื่องร้ายแรงแต่คู่สมรสฝ่ายที่มีสิทธิฟ้องหย่าถือได้ว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยก็ฟ้องหย่าไม่ได้ เช่น ภริยาเคยผลักพ่อสามีตกคูณะเดินข้ามห้องร้องสวน ต่อมาทะเลาะกับสามีชกสามี สามีจึงเอาไม้เรียวเมียน ภริยาแย้งไม้เรียวได้เมียนสามีคนละที่สองที่ ต่อมาสามีมีจดหมายนัดพบภริยาไปหาพูดจากันปกติ ในจดหมายของสามีแสดงความรักอาลัย แต่หากมีความ

⁸ ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ ,2539), หน้า 343-345.

ลำบากเรื่องที่อยู่ซึ่งผู้ใหญ่ขัดขวางมิให้กลับไปอยู่ด้วยกัน เช่นนี้ ยังไม่ถือว่าเป็นเรื่องที่สมควรจะให้หย่ากัน เป็นต้น

2) สามี หรือภริยาทำร้ายหรือทรมานร่างกายหรือจิตใจหรือหมิ่นประมาท หรือเหยียดหยามอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุพการีอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ถ้าเป็นการร้ายแรง อีกฝ่ายฟ้องหย่าได้

การทำร้ายหรือการทรมานร่างกายหรือจิตใจ หรือหมิ่นประมาท หรือเหยียดหยามคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง หรือบุพการีของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งนั้นจะต้องเป็นการร้ายแรงด้วยจึงจะฟ้องหย่าได้ การที่กฎหมายขยายเหตุจากตัวคู่สมรสเองมาถึงบุพการีด้วยก็เป็นเพราะธรรมเนียมประเพณีไทยแต่โบราณมาแล้วที่สามีภริยาจะต้องเคารพยำเกรงญาติผู้ใหญ่ของอีกฝ่ายเสมอเป็นญาติผู้ใหญ่ของฝ่ายตน

ในการทำร้ายนั้น หมายถึงการจงใจทำให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หากยังไม่ถึงอันตรายแก่กายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 ยังไม่เป็นเหตุหย่าได้ และสำหรับการพยายามทำร้ายร่างกายก็ยังไม่เป็นเหตุหย่าเช่นกัน สำหรับการทำร้ายจิตเจ้านั้นหมายถึงการทำให้จิตใจเกิดความรู้สึกปวดร้าวเสียใจต้องทนทุกข์ทรมานหรือเกิดความกลัว เช่น สามีหลอกภริยาให้ตกใจกลัวว่าจะมีคนมาลอบทำร้าย อย่างไรก็ตามถ้าหากการทำร้ายร่างกาย หรือจิตใจ หากเป็นการกระทำเพื่อป้องกันพอสมควรแก่เหตุ กฎหมายถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและถ้าหากฝ่ายที่ถูกทำร้ายเป็นผู้ก่อเหตุให้เกิดการทำร้าย ผู้นั้นจะอ้างเป็นเหตุฟ้องหย่าไม่ได้ เพราะถือว่าผู้นั้นเป็นผู้ผิดในการก่อเหตุนี้

การทรมานคือ การทำให้เกิดความลำบากแก่ร่างกายหรือจิตใจโดยจงใจนั่นเอง เช่น สามีทรมานภริยาด้วยการขู่จะจับภริยาไว้ในห้องกับหนู ดังนี้ เป็นการทรมานภริยา อย่างไรก็ตามถ้าหากการกระทำนั้นเป็นอันตรายในตัวเองอยู่แล้ว ผู้กระทำจะมีเจตนาหรือไม่ก็ไม่สำคัญ ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการทรมานได้ กรณีเช่นนี้จึงฟ้องหย่าได้

ส่วนการหมิ่นประมาทหรือเหยียดหยามนั้น หมายถึงการใส่ความให้เขาเสียหายแก่ชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง โดยแสดงพฤติการณ์อันเป็นข้อเท็จจริงประการใดประการหนึ่งของคู่สมรส หรือบุพการีของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งนั้น เช่น สามีหมิ่นประมาทบิดาของภริยาว่า “โคตรของหลวงสมานนี้แล้วทั้งโคตร คบไม่ได้” เป็นการหมิ่นประมาทบุพการีของภริยาเป็นการร้ายแรง ภริยาฟ้องหย่าได้ หรือสามีด่าภริยาและมารดาด้วยถ้อยคำหยาบคายหมิ่นประมาทภริยาว่ามีชู้ บุตรีที่เกิดก็ว่าเกิดกับชู้เป็นการหมิ่นประมาทอย่างร้ายแรงภริยาฟ้องหย่าได้ ส่วนการเหยียดหยามนั้นหมายถึงการทำให้อับอาย เสียหาย ดูหมิ่น สบประมาทคำวาหรือดูหมิ่นเหยียดหยาม โดยพฤติการณ์และฐานะของบุคคล เช่น ลูกเขยด่าว่าพ่อตาที่เป็นข้าราชการเอาเงินหลวงไปใช้

แม้จะกล่าวด้วยถ้อยคำอันสุภาพก็เป็นการกล่าวในทางที่ทำให้พ่อตาเสียชื่อเสียงได้ จึงเป็นถ้อยคำหมิ่นประมาท นอกจากนี้ หากสามีภริยาทะเลาะกันแล้วต่างฝ่ายต่างต่อกันหรือกล่าวถ้อยคำหมิ่นประมาท หรือเหยียดหยามซึ่งกันและกันแล้ว ฝ่ายหนึ่งจะอ้างว่าอีกฝ่ายหนึ่งหมิ่นประมาทหรือเหยียดหยามกันยกเป็นเหตุหย่าไม่ได้

การทำร้าย การทรมาณร่างกายหรือจิตใจ หมิ่นประมาทหรือเหยียดหยามที่กระทำต่อคู่สมรสหรือบุพการีของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งอันจะเป็นเหตุหย่าได้นั้น การกระทำความดังกล่าวจะต้องเป็นการร้ายแรง (seriously) ด้วย ซึ่งมีความหมายว่าร้ายแรงจนถึงขนาดที่คู่สมรสไม่สามารถจะอยู่กินเป็นสามีภริยากันต่อไปได้แล้ว สมควรให้การสมรสสิ้นสุดลงโดยความข่มขืน ความทุกข์โศกและความ อับอายที่น้อยที่สุด การพิจารณาว่าอย่างไรเป็นการร้ายแรงนั้นจะต้องพิจารณาถึงอุปนิสัยใจคอของคู่สมรสแต่ละฝ่ายและพฤติกรรมแห่งการกระทำเป็นเรื่องๆไป ทั้งนี้เพราะคู่สมรสที่นิสัยร้ายด้วยกันทั้งคู่ ดิตสุรกายาเมมาด้วยกันทั้งคู่ หรือมีเล่ห์เหลี่ยมและจุกจิกด้วยกันทั้งคู่ ก็น่าจะอยู่ร่วมกันได้โดยไม่มีปัญหา ฉะนั้น การที่สามีทำร้ายภริยาเพียงครั้งเดียวด้วยอารมณ์โกรธหรือมีอาการป่วยทางประสาทอยู่ด้วยจึงไม่ร้ายแรงที่จะหย่าขาดจากกัน อนึ่ง การที่ศาลพิพากษาให้สามีภริยาหย่ากันด้วยเหตุในข้อนี้ นั้น ถ้าเหตุแห่งการหย่าเกิดขึ้นเพราะคู่สมรสฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบก่อให้เกิดขึ้นโดยมุ่งประสงค์ให้อีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจทนได้จึงฟ้องหย่า คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1524 ด้วย

3) สามีหรือภริยาไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควร หรือทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ ถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสภาพฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันอันสามีภริยามาคำนึงประกอบ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้

กล่าวได้ว่าสามีภริยานั้นมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันตามความสามารถและฐานะทางการเงิน มาตรา 1461 วรรค 2 เหตุนี้หากคู่สมรสฝ่ายที่อยู่ในฐานะจะอุปการะเลี้ยงดูได้แต่กลับไม่ทำหน้าที่ให้อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนในเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันอันสามีภริยามาคำนึงประกอบอีกฝ่ายฟ้องหย่าได้⁹ สามีหรือภริยาไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควรถึงขนาดที่เกิดความเดือดร้อนเกินควรนั้น สามีและภริยามีหน้าที่ต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1461 แห่ง

⁹ ไพโรจน์ กัมพูศิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว , พิมพ์ครั้งที่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ฉะนั้นเมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อุปการะเลี้ยงดูจนอีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินสมควร จึงเป็นเหตุให้ฟ้องหย่าได้ การไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูหมายถึงการไม่ช่วยปฏิบัติหน้าที่ในครอบครัว ไม่ให้สิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีพ ซึ่งกฎหมายมิได้กำหนดไว้ว่านานเท่าใดจึงจะฟ้องหย่าได้ จึงต้องดูพฤติการณ์เป็นเรื่องไปและต้องถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควร ในเมื่อเอาสภาพฐานะ และความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบด้วย เช่น กรณีสามีต้องจ่ายเงินเป็นค่าอุปการะเลี้ยงดูแก่ภริยาทุกเดือนเมื่อเงินเดือนออก หากเดือนไหนไม่จ่ายเงิน แต่เงินเก่าก็ยังพอมีพอที่ภริยาจะจับจ่ายใช้สอยได้ไม่อดยากจะถือว่าสามีไม่อุปการะเลี้ยงดูตามสมควรไม่ได้

อย่างไรก็ดีสามีและภริยาจะต้องยอมทนในสิ่งเล็กน้อย และให้อภัยในข้อผิดพลาดเพียงเล็กน้อยต่อกันเพื่อพยายามหาหนทางนำชีวิตสมรสไปสู่ความสำเร็จ และเอาชนะอุปสรรคที่เป็นข้อขัดข้องในการครองเรือนเพียงชั่วคราวให้ได้เสียก่อน ฉะนั้นแม้จะมีการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยาเกิดขึ้น แต่ถ้ายังไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเกินควรแล้วก็ยังฟ้องหย่าไม่ได้ การหย่ากันด้วยเหตุกระทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยากันอย่างร้ายแรงนี้คู่สมรสฝ่ายที่ฟ้องหย่ามีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากคู่สมรสฝ่ายที่รับผิดชอบก่อให้เกิดเหตุนี้ขึ้นโดยมุ่งประสงค์ให้ฝ่ายที่ฟ้องหย่าไม่อาจทนได้ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1524 ด้วย

เห็นได้ว่าบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวที่มีอยู่นั้นเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดให้มีการแยกกันอยู่เนื่องจากไม่สามารถดำรงสภาพแห่งความเป็นคู่สมรสต่อไปได้ โดยกำหนดให้แยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวในกรณีไม่ต้องการหย่าขาดจากกัน หรือในกรณีที่สภาพแห่งคู่สมรสสิ้นสุดลงด้วยการหย่าก็ตาม แต่ไม่ว่าจะเป็นการแยกกันอยู่โดยชั่วคราวหรือถาวรก็ได้มีมาตรการทางกฎหมายมารองรับในการคุ้มครองและป้องกันคู่สมรสจากความรุนแรงในครอบครัว

ทั้งในการกำหนดให้แยกกันอยู่นี้ ปัญหาความรุนแรงก็มีใช้จะยุติลงด้วยการแยกกันอยู่แต่อย่างใด มีจำนวนไม่น้อยที่คู่สมรสแยกกันอยู่แล้วก็ยังถูกทำร้ายโดยคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งในรูปแบบการทำร้ายต่างๆไม่ว่าจะเป็นการไปดักทำร้ายทุบตี หรือประเด็นที่สำคัญคือกรณีสามีข่มขืนภริยาระหว่างที่แยกกันอยู่ชั่วคราว ซึ่งบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ไม่ได้บัญญัติว่าเป็นความผิด และลงโทษกรณีกรณีดังกล่าวไว้

3.1.2.2 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการเรียกค่าเสียหายโดยเหตุละเมิด

การกระทำที่เป็นละเมิดนั้น บทบัญญัติมาตรา 420* เป็นหลักทั่วไปของการกระทำที่เป็นละเมิด ซึ่งมีหลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการคือ การกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย และการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ประการที่สามเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย¹⁰

การทำร้ายร่างกายนั้นเป็นการละเมิดแบบหนึ่ง เมื่อมีการละเมิดเกิดขึ้นแล้วก็เป็นที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การทำร้ายร่างกายระหว่างคู่สมรสก็เป็นกรกระทำละเมิดตามกฎหมายเช่นเดียวกับการกระทำละเมิดทั่วไป กฎหมายไม่ได้ยกเว้นความรับผิดชอบในการกระทำระหว่างคู่สมรสไว้แต่อย่างใดกริยาที่ถูกละเมิดทำร้ายร่างกายจึงฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากสามีฐานละเมิดได้

ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดมีหลักการพื้นฐานคือ เพื่อให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเหมือนเมื่อยังไม่มีกรทำละเมิด ให้ใกล้เคียงที่สุดเท่าที่จะทำได้¹¹ ในกรณีที่เป็นกรละเมิดทำให้เราเสียหายแก่ร่างกายไม่มีทางอื่นที่จะชดใช้ได้ จึงต้องชดใช้เป็นเงินอันเป็นวิธีการใช้โดยทั่วไปเมื่อไม่สามารถหาวิธีอื่นใดได้ดีกว่านั้น การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดต้องเป็นไปตามควรแก่พฤติการณ์ และความร้ายแรงแห่งละเมิด¹²

ในกรณีที่ทำให้เราเสียหายแก่ร่างกายและอนามัย มาตรา 444 ,มาตรา 445 และ 446 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแล้วว่าผู้เสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้แก่

* มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดบัญญัติว่า "ผู้ใดจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายทำให้เราเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น"

¹⁰ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด ,พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดโรงพิมพ์ชวนพิมพ์ , 2532) , หน้า 5.

¹¹ ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2529) ,หน้า157.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 172.

1 ค่าใช้จ่ายอันตนต้องเสียไป (มาตรา 444 วรรค แรก^{*})

ได้แก่ค่ารักษาพยาบาลทุกอย่างและค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการรักษาพยาบาล เช่น ค่ารถไปโรงพยาบาลชื้อยา (ฎีกาที่ 2455/2519) แต่ต้องเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็น ค่ารักษาพยาบาลในอนาคตก็สามารถเรียกได้ และถ้าในเวลาทีพิพาทภาคดีเป็นการทันทวิสัยจะหยั่งรู้ได้ แน่แน่นอนว่าความเสียหายมีแท้จริงเพียงใด ศาลก็มีอำนาจสงวนสิทธิที่จะแก้ไขคำพิพากษานั้นได้อีก ภายในระยะเวลาไม่เกิน 2 ปี (มาตรา 444 วรรคสอง)

2 ค่าขาดประโยชน์ทำมาหาได้ระหว่างเจ็บป่วย (มาตรา 444 วรรคแรก)

หมายความว่า ในระหว่างเจ็บป่วยเพราะถูกทำละเมิดผู้เสียหายต้องขาดประโยชน์จากการทำมาหาได้เป็นจำนวนมากน้อยเท่าใด ย่อมมีสิทธิเรียกเอาจากผู้ทำละเมิดได้ ตามความในวรรคแรกแห่งมาตรา 444 เรียกว่าค่าเสียหายเพื่อการเสียความสามารถประกอบการทำงานสิ้นเชิงหรือแต่บางส่วนในเวลาปัจจุบัน กล่าวคือการทำละเมิดเป็นเหตุให้เสียความสามารถ หรือไม่ สามารถประกอบการทำงานได้ตามปกติ แต่การเสียความสามารถไม่จำเป็นต้องเสียตลอดไป อาจเพียงเสียชั่วคราวระยะเวลาเจ็บป่วยก็ได้ ถ้าเสียความสามารถตลอดไปก็เป็น การเสียความสามารถประกอบการทำงานในอนาคต

3 ค่าเสียความสามารถในการประกอบการทำงานในอนาคต (มาตรา 444 วรรคแรก)

เนื่องจากการทำละเมิดเป็นเหตุให้ร่างกายพิการหรือประสาทพิการ เช่น แขนขาด ขาขาด ขาหัก นิ้วด้วน เป็นอัมพาต ประสาทพิการ ไม่สามารถรักษาพยาบาลให้กลับคืนดีดังเดิมได้ ทำให้เสียความสามารถในการประกอบการทำงานในอนาคตโดยสิ้นเชิงหรือเพียงบางส่วน ผู้เสียหาย ย่อมเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ อนึ่ง การสูญเสียความก้าวหน้าในอาชีพเพราะเหตุเสีย ความสามารถประกอบการทำงาน แม้จะยังทำงานได้ผู้เสียหายก็มีสิทธิเรียกค่าเสียหายความสามารถ ประกอบการทำงานในอนาคตได้ (ฎีกาที่ 450/2516)

^{*} มาตรา 444 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า "ในกรณีทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยนั้น ผู้ต้องเสียหายขอที่จะได้ชดเชยค่าใช้จ่ายอันตนต้องเสียไป และค่าเสียหายเพื่อ การที่เสียความสามารถประกอบการทำงานสิ้นเชิงหรือแต่บางส่วน ทั้งในเวลาปัจจุบันนั้นและในเวลาอนาคตด้วย"

4 ค่าชดใช้ค่าการขาดการงานของบุคคลภายนอก (มาตรา 445^{*})

หมายความถึง ค่าชดใช้การขาดการงานในครัวเรือนและในอุตสาหกรรมของบุคคลภายนอก ซึ่งบุคคลภายนอกได้รับความเสียหายมีสิทธิเรียกเอาจากผู้ทำละเมิด การงานในครัวเรือนและการงานในอุตสาหกรรมของบุคคลภายนอก เช่น ลูกจ้างของโจทก์ได้รับอันตรายเพราะการทำละเมิดของจำเลย โจทก์ต้องขาดแรงงานระหว่างลูกจ้างบาดเจ็บ ต้องจ่ายเงินเดือนระหว่างลูกจ้างปฏิบัติงานไม่ได้ โรงงานต้องหยุดงานเพราะขาดแรงงาน โจทก์มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ตามมาตรา 445 แต่เงินที่โจทก์จ่ายให้ลูกจ้างตามกฎหมายแรงงานโจทก์ไม่มีสิทธิเรียกร้อง เพราะไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิและเป็นคนละเรื่องกับการขาดแรงงานในมูลละเมิด (ฎีกาที่ 1047/2522)

5 ค่าความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงิน (มาตรา 446^{*})

หมายความถึง ค่าความเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยซึ่งไม่อาจคำนวณได้เป็นตัวเงิน เช่น ค่าทนทุกข์ทรมานระหว่างเจ็บป่วยเพราะถูกละเมิด ค่าเสื่อมสุขภาพอนามัย ค่าร่างกายพิการ หรือหน้าเสียโฉม ไม่ถือว่าซ้ำซ้อนกับค่าเสียความสามารถประกอบการงานค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินนั้นเป็นเหตุเฉพาะตัวของผู้ถูกทำละเมิดซึ่งได้รับความเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยหรือเสรีภาพ (ฎีกาที่ 809/ 2487)

^{*} มาตรา 445 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “ในกรณีทำให้เขาถึงตาย หรือเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ถ้าผู้ต้องเสียหายมีความผูกพันตามกฎหมายจะต้องทำการงานให้เป็นคุณแก่บุคคลภายนอกในครัวเรือน หรือ อุตสาหกรรมของบุคคลภายนอกนั้นไซ้ ท่านว่าบุคคลผู้จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอก เพื่อที่เขาต้องขาดแรงงานอันนั้นไปด้วย”

^{*} มาตรา 446 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “ในกรณีทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกาย หรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความที่เสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกได้ สิทธิเรียกร้องกันนี้ไม่ไอนกันได้ และไม่ตกสืบไปถึงทายาท เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันไว้โดยสัญญาหรือได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว...”



นอกจากนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด มาตรา 438** อันเป็นคำสินไหมทดแทนซึ่งจะพึงชดใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด คำสินไหมทดแทนนั้นได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อ ความเสียหายอย่างใดๆอันได้เกิดขึ้นด้วย อาจแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ การคืนทรัพย์สินหรือใช้ราคาทรัพย์สิน และสองการใช้ค่าเสียหาย ในการใช้คำสินไหมทดแทนอย่างใดนั้นจะเรียกร้องได้ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ หากกฎหมายบัญญัติไว้ให้เรียกได้เพียงโดยอ้อมเรียกร้องได้เพียง นั้น คำสินไหมทดแทนอย่างใดที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกร้องได้ย่อมเรียกร้องไม่ได้ ซึ่งคำสินไหมทดแทนมีความหมายกว้างกว่าค่าเสียหาย เพราะรวมทั้งการคืนทรัพย์สินหรือใช้ราคาและค่าเสียหาย ค่าเสียหายจึงเป็นเพียงคำสินไหมทดแทนอย่างหนึ่ง¹³

ซึ่งมาตรการชดใช้คำสินไหมทดแทนในรูปแบบของจำนวนเงินให้แก่ผู้ที่ถูกกระทำ รุนแรงในครอบครัวฐานละเมิดนั้นไม่ใช่มาตรการโดยตรงในการคุ้มครองคุ้มครองจากความรุนแรง ในครอบครัว และไม่เพียงพอต่อการแก้ไขเยียวยาคุ้มครองที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัวแต่อย่างใด เพราะคุ้มครองที่ได้รับความรุนแรงต้องฟ้องผู้ก่อความรุนแรงเป็นคดีฐานกระทำละเมิด เนื่องจาก การทำร้ายร่างกายหรือจิตใจ อันได้รับการชดใช้เยียวยาในรูปแบบทั่วไปเป็นตัวแทน ซึ่งคุ้มครองที่ ได้รับความรุนแรงในครอบครัวมิได้ต้องการการชดใช้ความเสียหายเป็นเงินเท่านั้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นรูปแบบการเยียวยาทางแพ่งที่ไม่เพียงพอต่อปัญหาความรุนแรงในครอบครัวแต่อย่างใด

** มาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด บัญญัติว่า

“คำสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่ พฤติการณ์และ ความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่งคำสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อ ความเสียหายอย่างใดๆอันได้เกิดขึ้นด้วย”

¹³ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดโรงพิมพ์ชวนพิมพ์ , 2532), หน้า 117.

3.1.2.3 พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่าย จำเลยในคดีอาญา พ.ศ.2544

มาตรการชดเชยค่าเสียหายโดยเงินกองทุนจากรัฐเป็นมาตรการชดเชยโดยเงินกองทุนของรัฐแก่บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิตหรือร่างกายหรือจิตใจเนื่องจากการกระทำ ความผิดอาญาของผู้อื่น และตนมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องด้วยการกระทำความผิดนั้น ความผิดที่ กฎหมายบัญญัติให้ได้รับการชดเชยจากเงินกองทุนของรัฐได้แก่ความผิดดังนี้ ความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราหญิงอื่นที่มีอายุเกินความผิดฐานกระทำความชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ความผิดฐาน กระทำอนาจารผู้อื่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุ ให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตราย สาหัส ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก คนป่วยเจ็บหรือคนชรา ตามประมวลกฎหมายอาญา ผู้เสียหาย เหล่านี้มีสิทธิได้รับ

1. ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการรักษาพยาบาลรวมทั้งค่าฟื้นฟูสมรรถภาพทางร่างกาย และจิตใจ
2. ค่าตอบแทนในกรณีที่ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย
3. ค่าขาดประโยชน์ทำมาหาได้ในระหว่างที่ไม่สามารถประกอบการงานได้ตามปกติ
4. ค่าตอบแทนความเสียหายผู้อื่น

คำว่าผู้เสียหายตามกฎหมายฉบับนี้ ผู้เสียหายหมายถึง บุคคลซึ่งได้รับความเสียหาย ถึงแก่ชีวิต ร่างกายหรือจิตใจ เนื่องจากการกระทำผิดของบุคคลอื่น โดยตนมิได้มีส่วนก่อเหตุเกี่ยว ข้องกับการกระทำผิดนั้น ความผิดที่กระทำต่อผู้เสียหายอันอาจขอรับค่าตอบแทนได้ต้องเป็น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ภาคความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 276 ถึงมาตรา287 ลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย หมวด 1 ความผิดเกี่ยวกับ ชีวิตมาตรา 288 ถึงมาตรา 294 หมวด 2 ความผิดต่อร่างกายมาตรา 295 ถึงมาตรา 300 หมวด 3 ความผิดฐานทำให้แท้งลูก มาตรา 301 ถึงมาตรา 305 หมวด 4 ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก คนป่วยเจ็บ หรือคนชรา มาตรา 306 ถึงมาตรา 308¹⁴

การยื่นคำขอและการอุทธรณ์ ผู้เสียหายหรือจำเลยหรือทายาทซึ่งได้รับความเสียหาย มีสิทธิได้รับค่าตอบแทน หรือค่าใช้จ่ายตามพระราชบัญญัตินี้ โดยผู้เสียหายต้องยื่นคำขอต่อคณะ

¹⁴ สนธิศักดิ์ สนธิศักดิ์ดี, กฎหมายค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายจำเลยใน คดีอาญา, "วารสารสหภาพนายความ" (มิถุนายน-กรกฎาคม 2545) : 10-11.

กรรมการพิจารณาค่าตอบแทนแก่ผู้เสียและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา ณ สำนักงานช่วยเหลือทางการเงินแก่ผู้เสียหายและจำเลยในคดีอาญา กระทรวงยุติธรรมภายในเวลา 1 ปี นับแต่วันที่ผู้เสียหายได้รู้ถึงการกระทำความผิด ทั้งนี้ ผู้เสียหายมีหน้าที่ต้องไปแสดงตัวให้ถ้อยคำ หรือแสดงพยานหลักฐานเกี่ยวกับมูลกรณีความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับตัวเองให้คณะกรรมการพิจารณาสั่งการ

ในการอุทธรณ์ ถ้าผู้ยื่นคำขอไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ ให้มีสิทธิอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ภายใน สามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัย คำสั่งศาลอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด การยื่นอุทธรณ์นั้นผู้อุทธรณ์จะยื่นต่อสำนักงานหรือศาลจังหวัดที่ผู้ยื่นมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตเพื่อส่งให้แก่ศาลอุทธรณ์ก็ได้ และให้ถือว่าเป็นการยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์แล้ว¹⁵ กล่าวโดยสรุปรูปแบบการให้ความคุ้มครองป้องกันผู้เสียหายจากคดีความรุนแรงในครอบครัวจำเป็นต้องพัฒนารูปแบบวิธีการขั้นตอนดำเนินการให้มีลักษณะพิเศษกว่าการดำเนินคดีอาญาโดยทั่วไป ทั้งนี้โดยคำนึงถึงมาตรการคุ้มครองผู้เสียหายมิให้ถูกกระทำซ้ำ และมาตรการป้องกันและแก้ไขฟื้นฟูผู้ก่อเหตุความรุนแรงมิให้กระทำผิดไปพร้อมๆกัน¹⁶

มาตรการนี้เป็นมาตรการที่รัฐกำหนดเพื่อชดเชยแก่ผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายอันเป็นการกระทำความรุนแรงในครอบครัวรูปแบบหนึ่ง โดยผู้เสียหายมีสิทธิได้รับเงินชดเชยจากการกระทำดังกล่าวตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่มาตรการดังกล่าวก็มิใช่มาตรการที่รัฐกำหนดไว้โดยตรงในการแก้ไขเยียวยาคุ้มครองผู้ที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัว

3.1.3 กฎหมายวิธีสบัญญัติ

การคุ้มครองสวัสดิภาพผู้ได้รับความรุนแรงในครอบครัวตามกฎหมายวิธีสบัญญัตินั้นจะได้กล่าวถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และวิธีพิจารณาคดีของศาลเยาวชนและครอบครัวฯ ที่เกี่ยวแก่การกระทำความรุนแรงในครอบครัวที่กฎหมายมีอยู่ในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องทั้งในชั้นก่อนฟ้องคดี ชั้นพิจารณาคดีทั้งการฟ้องคดีแพ่ง และการฟ้องร้องทางอาญา

¹⁵ เรื่องเดียวกัน ,หน้า 12.

¹⁶ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, อุทัยวรรณ แจ่มสุธี, อำนาจ เนตยสุภา, "รายงานวิจัย", การประเมินกระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองสวัสดิภาพบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัว, 131.

3.1.3.1 กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเกี่ยวกับคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว

คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวนั้นคู่ความอาจร้องขอเกี่ยวกับการกระทำความรุนแรงในครอบครัว โดยฟ้องคดีละเมิดหรือเป็นคดีเกี่ยวกับการแยกกันอยู่ หรือฟ้องหย่าโดยศาลออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ตาม มาตรา 254 (2) * แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยโจทก์อาจขอคุ้มครองชั่วคราวเป็นการด่วนได้หากมีเหตุฉุกเฉินเพื่อให้ศาลพิจารณาคำขอและไต่สวน เพื่อให้ทันกับความจำเป็นของโจทก์หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นตาม มาตรา 266 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่อนุญาตให้โจทก์ยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 254 โดยยื่นคำร้องฉุกเฉินรวมไปเพื่อให้ศาลมีคำสั่งหรือออกหมายโดยไม่ชักช้า โดยโจทก์ต้องยื่นคำขอสองฉบับคือ คำขอตามมาตรา 254 และคำขอฉุกเฉินตามมาตรา 266 เพื่อให้ความคุ้มครองโจทก์เป็นการด่วน หากศาลสั่งอนุญาตมาตรา 269 บัญญัติให้มีผลบังคับทันทีโดยไม่ต้องส่งให้จำเลยทราบ ดังนั้นหากเป็นกรณีมีเหตุฉุกเฉิน เช่น ในระหว่างการดำเนินคดีการแยกกันอยู่ หรือการฟ้องหย่านั้น หรือการฟ้องละเมิด โดยคู่สมรสที่มีพฤติกรรมทำร้ายร่างกายคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง คู่สมรสฝ่ายที่ถูกทำร้ายก็อาจยื่นคำขอฉุกเฉินต่อศาลเพื่อให้ศาลสั่งห้ามมิให้ทำร้ายร่างกายผู้ร้องขอคุ้มครองได้โดยทันที

และเมื่อศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งอย่างใดซึ่งจะต้องมีการบังคับคดี ศาลก็จะมีคำบังคับกำหนดวิธีที่จะปฏิบัติตามคำบังคับนั้นไว้ โดยคำบังคับจะกำหนดวิธีที่สั่งให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดๆ โดยให้ศาลระบุนระยะเวลาและเงื่อนไขอื่นๆตามที่จำเป็น ซึ่งศาลจะกำหนดวิธีการไว้ในคำบังคับว่า ถ้าผู้ต้องคำบังคับไม่ปฏิบัติตามผู้นั้นจะถูกจับและกักขังตามที่บัญญัติไว้ในภาค 4 ลักษณะ 2 ของประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง¹⁷ ซึ่งหากลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้รับคำบังคับแล้วถ้าไม่ปฏิบัติตามภายใน

* มาตรา 254(2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบัญญัติว่า " ให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไป ซึ่งการละเมิดหรือการผิดสัญญาหรือการกระทำที่ถูกร้อง หรือมีคำสั่งอื่นใดในอันที่จะบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายที่โจทก์อาจได้รับต่อไปเนื่องจากการกระทำของจำเลย หรือมีคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยโอนขาย ยักย้าย หรือจำหน่ายซึ่งทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของจำเลย หรือมีคำสั่งให้หยุดหรือป้องกันการผลิตไปเปล่าหรือการบุบสลายซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวทั้งนี้ จนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น"

¹⁷ พิศมัย จักรางกูร , คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง , (กรุงเทพฯ : กungsยามปริ้นติ้ง จำกัด, 2532) , หน้า 718.

กำหนดที่ระบุในคำบังคับ เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาก็ร้องขอต่อศาลให้ดำเนินการบังคับคดีได้ (มาตรา 297) โดยมีอำนาจขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งจงใจไม่ปฏิบัติตามหมายบังคับคดีได้

เหตุแห่งการร้องขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวกรณีการทำร้ายระหว่างคู่สมรสคือ

1. การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวโดยเหตุละเมิด

ความรุนแรงในครอบครัวนั้นถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิในร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ซึ่งผู้ถูกกระทำ ความรุนแรงในครอบครัวสามารถดำเนินการทางศาลได้เพราะถือเป็นการกระทำ ความผิดอย่างหนึ่งโดยฟ้องเป็นคดีละเมิด และในระหว่างที่มีการพิจารณาคดีละเมิดอยู่นั้น บุคคล ที่ได้รับความ รุนแรงที่เป็นโจทก์ขอที่จะยื่นคำร้องโดยทำเป็นคำขอต่อศาลพร้อมกับคำฟ้องหรือใน เวลาใดๆ ก่อนศาลมีคำพิพากษา โดยทำเป็นคำร้องขอฝ่ายเดียวเพื่อให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราว โดยในการพิจารณาคำขอศาลต้องพิจารณาว่าคำฟ้องนั้นมีมูลและมีเหตุผลเพียงพอที่จะนำวิธีการ คุ้มครองมาใช้ ฉะนั้นผู้ยื่นคำขอจะต้องแสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่าจำเลยซึ่งเป็นสามีหรือภริยาที่ เป็นผู้ก่อเหตุรุนแรงของตน และตั้งใจจะกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไปซึ่งการละเมิดดังกล่าว หรือ แสดงให้ศาลเห็นว่าตนจะได้รับความเดือดร้อนเสียหายต่อไปเนื่องจากการกระทำของจำเลย

แต่อย่างไรก็ตามการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรานี้ส่วนใหญ่โจทก์จะขอ เพื่อคุ้มครองในกรณีละเมิดเนื่องจากเกิดความเสียหายจากการทำละเมิดต่อทรัพย์สิน หรือเพื่อให้ ยึดหรืออายัดไว้ชั่วคราวซึ่งทรัพย์สินของจำเลย ยังไม่ปรากฏมีคำพิพากษาฎีกาว่าโจทก์ได้ขอเพื่อ คุ้มครองตนจากการถูกกระทำรุนแรงในครอบครัวแต่อย่างใด

2. การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ครอบครัว

คู่สมรสที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัวอาจขอให้ศาลออกคำสั่งเพื่อคุ้มครองชั่วคราว เนื่องจากมีการกระทำรุนแรงอันเป็นอันตรายต่อร่างกายและจิตใจ ตามบทบัญญัติแห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ครอบครัว บรรพ 5 โดยแยกได้คือ

(ก) มาตรา 1462 การแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราว เนื่องจากอาจเกิดความจำเป็นที่ สามีภริยาต้องแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราว จากการประพฤติปฏิบัติของคู่สมรสจนถึงขนาดที่ครอบครัวแตกสลายแต่ไม่ต้องการที่จะหย่าขาดจากกัน หากเป็นกรณีกระทำรุนแรงจนเกิดอันตรายแก่

ร่างกายหรือจิตใจ ฝ่ายที่จะต้องได้รับอันตรายหรือความเสียหายจะร้องต่อศาลขอให้สั่งอนุญาตให้ตนแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวก็ได้ ในกรณีเช่นนี้คู่ความอาจยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างแยกกันอยู่ก็ได้

(ข) มาตรา 1530 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า "ขณะที่ฟ้องคดีหย่าอยู่ในระหว่างพิจารณาถ้าฝ่ายใดร้องขอ ศาลอาจสั่งชั่วคราวให้จัดการตามที่เห็นสมควร เช่น ในเรื่องสินสมรส ที่พักอาศัย การอุปการะเลี้ยงดูสามีภริยาและการอุปการะเลี้ยงดูบุตร" ซึ่งเป็นการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวจำกัดเฉพาะกรณีฟ้องหย่าเท่านั้น

วิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาถือได้ว่าศาลมีอำนาจกว้างขวางรวมถึงการออกคำสั่งอื่นๆตามที่จำเป็นชั่วคราวเพื่อคุ้มครองโจทก์ในระหว่างการพิจารณาคดีเพื่อบรรเทาความเดือดร้อน การที่มาตรา 254(2) บัญญัติไว้ในลักษณะกว้างๆจึงทำให้การตีความสำหรับวิธีการคุ้มครองนี้ออกไปถึงการคุ้มครองกรณีอื่นๆนอกเหนือจากการป้องกันเกี่ยวกับทรัพย์สิน เช่น การขอให้ส่งบุตรมาอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูก่อนมีคำพิพากษา ก็ใช้วิธีการตามมาตรานี้ได้ (ฎีกาที่ 1509/2524) และนอกจากนี้มาตรา 1462 บัญญัติให้อำนาจศาลที่จะกำหนดจำนวนค่าอุปการะเลี้ยงดูโดยให้คู่สมรสฝ่ายหนึ่งชำระให้แก่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้ตามควรแก่พฤติการณ์ กฎหมายมิได้บัญญัติถึงการให้ความคุ้มครองอื่นๆที่จำเป็นในระหว่างแยกกันอยู่ไว้ ดังนั้นหากในระหว่างที่คู่สมรสแยกกันอยู่ตามคำสั่งศาลหรือในกรณีฟ้องหย่า และศาลได้ออกคำสั่งห้ามคู่สมรสทำร้ายคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งตามวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาแล้ว เมื่อคู่สมรสฝ่ายหนึ่งได้กระทำการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลหรือคำพิพากษาของศาลไปทำร้ายคู่สมรสของตน นอกเหนือจากจะเป็นความผิดอาญาฐานทำร้ายร่างกายแล้ว ยังอาจถูกจับกุมและกักขังตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งดังกล่าวมาแล้วข้างต้นได้

แต่อย่างไรก็ตามวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษานั้นเป็นมาตรการที่ใช้เพื่อคุ้มครองประโยชน์เกี่ยวแก่ทางทรัพย์สินของคู่ความโดยตรงมิใช่กำหนดมาเพื่อมุ่งหมายให้การคุ้มครองแก่คดีการกระทำความรุนแรงในครอบครัว โดยการที่จะขอให้ศาลมีคำสั่งเพื่อคุ้มครองชั่วคราวนั้นต้องเริ่มคดีเป็นการฟ้องโดยเหตุละเมิด หรือโดยเหตุหย่าเท่านั้น และส่วนใหญ่ไม่เป็นที่นิยมนำวิธีการคุ้มครองชั่วคราวโดยให้ศาลมีคำสั่งให้ยุติการกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไปซึ่งการละเมิดมาใช้แก่คดีการทำร้ายระหว่างคู่สมรสเนื่องจากมาตรฐานในการพิสูจน์ โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าเหตุเพียงพอที่จะนำวิธีการชั่วคราวมาใช้ และภาระการพิสูจน์ดังกล่าวก็ตกอยู่แก่โจทก์ ซึ่งเป็นการยากหากเป็นการทำร้ายที่ไม่ร้ายแรง ประกอบกับระยะเวลาอาจทำให้ไม่ปรากฏ

ร่องรอยบาดแผล หรือในการหาผลการชันสูตรของแพทย์มาเป็นพยานหลักฐานในทางคดีโจทก์ ต้องมีหน้าที่นำมาเสนอต่อศาลทั้งสิ้น ภาวะจึงตกอยู่กับโจทก์ที่เป็นผู้ถูกกระทำรุนแรงในครอบครัว

อีกทั้งมีทนายความบางคนเคยขอคุ้มครองในคดีครอบครัว แต่ยังไม่ปรากฏว่ามีการคุ้มครองในคดีฟ้องละเมิดการกระทำรุนแรงในครอบครัว ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่า กระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับปัญหาความรุนแรงในครอบครัวยังขาดความเข้าใจและสนใจ¹⁸

3.1.3.2 กฎหมายวิธีพิจารณาคดีศาลเยาวชนและครอบครัว

การจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 เพื่อให้คดีเกี่ยวกับครอบครัวซึ่งเป็นคดีที่มีปัญหาละเอียดอ่อนเกี่ยวข้องกับองค์สัมพันธ์กับคดีเด็กและเยาวชนได้รับการพิจารณาในศาลที่มีวิธีพิจารณาเป็นพิเศษแตกต่างจากคดีธรรมดา โดยศาลครอบครัวมีมาตรการและวิธีการเป็นพิเศษในคดีครอบครัวเพื่อจัดการคดีพิพาทเกี่ยวกับครอบครัว

หลักการของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 เกี่ยวกับคดีครอบครัวนั้น ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้ศาลเยาวชนและครอบครัวมีอำนาจพิจารณาพิพากษา หรือมีคำสั่งในคดีครอบครัวได้แก่คดีแพ่งที่ฟ้องหรือร้องขอต่อศาลหรือกระทำการใดๆในทางศาลเกี่ยวกับครอบครัว ซึ่งจะต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สำหรับการพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับคดีครอบครัวนั้น พระราชบัญญัตินี้กำหนดหลักการคุ้มครองครอบครัว คือ หลักการที่ว่าการศึกษาพิจารณาคดีครอบครัวจำต้องพยายามเปรียบเทียบให้คู่ความตกลงกันหรือประนีประนอมกันในข้อพิพาทโดยคำนึงถึงความสงบสุขและการอยู่ร่วมกันในครอบครัวและต้องคำนึงถึงหลักการที่ต้องสงวนและคุ้มครองสถานภาพของการสมรสหากไม่อาจรักษา สถานภาพของการสมรสได้ ก็ให้การหย่าเป็นไป ด้วยความเป็นธรรมและเสียหายน้อยที่สุด และให้ศาลใช้ดุลพินิจคำนึงถึงการหามาตรการต่างๆ เพื่อช่วยเหลือสามีภริยาให้ปรองดองกัน และปรับปรุงความสัมพันธ์ระหว่างกัน ในการประนีประนอมข้อพิพาทในครอบครัว ศาลอาจตั้งผู้ประนีประนอมประกอบด้วยบุคคลหรือคณะบุคคลที่ศาลเห็นสมควร เพื่อให้คำปรึกษาหรือช่วยเหลือศาลในการไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ประนีประนอมกันก็ได้ หรือมอบให้พนักงานสังคมสงเคราะห์ หน่วยงานสังคมสงเคราะห์ หรือ

¹⁸ วัชรินทร์ บัจเจกวิญญูสกุล , อุทัยวรรณ แจ่มสุธี, อำนาจ เนตยสุภา "รายงานการวิจัย" การประเมินกระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองสวัสดิภาพบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัว , 2546 หน้า 251.

บุคคลใดช่วยเหลือใกล้เกลี่ย ซึ่งเป็นบทบาทและหน้าที่แตกต่างจากศาลทั่วไปโดยในการใช้ดุลพินิจในการเปรียบเทียบกฎหมายก็กำหนดหลักการที่นำมาใช้ประกอบดุลพินิจ อาทิเช่น พยายามรักษาและคุ้มครองสถานภาพของการสมรสให้เป็นธรรมและเสียหายน้อยที่สุดโดยคำนึงถึงสวัสดิภาพและอนาคตของบุตรเป็นสำคัญ และพยายามหามาตรการต่างๆเพื่อช่วยเหลือสามีภริยาให้ปรองดองกันและปรับปรุงความสัมพันธ์ระหว่างกันเองและกับบุตร เป็นต้น

ศาลเยาวชนและครอบครัวมีประโยชน์ในแง่ที่เป็นศาลที่จัดตั้งขึ้นเป็นพิเศษเกี่ยวกับการฟ้องการพิจารณาและพิพากษาคดีครอบครัวโดยเฉพาะ กระบวนการในศาลเยาวชนและครอบครัวเป็นไปอย่างไม่เป็นทางการ ลดความเป็นปฏิบัติระหว่างคู่ความอย่างการดำเนินคดีในศาลธรรมดาและเป็นไปด้วยความรวดเร็ว อย่างไรก็ตามศาลเยาวชนและครอบครัวในปัจจุบันยังไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาหรือคดีการทำร้ายระหว่างคู่สมรส ด้วยเหตุนี้กระบวนการต่างๆในศาลเยาวชนและครอบครัว เช่น การให้คำปรึกษาปัญหาครอบครัวและกระบวนการต่างๆในศาลเยาวชนและครอบครัวตามมาตรา 110 จึงใช้ได้เฉพาะคู่สมรสที่ถูกทำร้ายและดำเนินคดีแพ่งเกี่ยวกับครอบครัว เช่น การแยกกันอยู่ การหย่า ดังนั้น หากคู่สมรสฟ้องร้องคดีครอบครัวในทางอาญาว่า คู่สมรสฝ่ายหนึ่งทำร้ายร่างกาย ปัจจุบันศาลเยาวชนและครอบครัวไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี

โดยสรุปศาลเยาวชนและครอบครัวในปัจจุบันยังไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญา หรือคดีทำร้ายร่างกายระหว่างคู่สมรส ด้วยเหตุนี้กระบวนการต่างๆในศาลเยาวชนและครอบครัว เช่น การให้คำปรึกษาปัญหาครอบครัว และการประนอมข้อพิพาทในคดีครอบครัวจึงใช้ได้แต่เฉพาะในกรณีที่คู่สมรสที่ถูกทำร้ายได้ดำเนินคดีแพ่งที่เกี่ยวกับครอบครัว เช่น การแยกกันอยู่ การหย่า ดังนั้น หากคู่สมรสที่ถูกคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งทำร้ายร่างกาย ศาลเยาวชนและครอบครัวก็ยังไม่อำนาจเข้าคุ้มครองสวัสดิภาพ หรือสามารถเข้าไปดำเนินการระงับข้อพิพาทให้กับคู่สมรสที่ถูกอีกฝ่ายหนึ่งทำร้ายในคดีอาญาได้ เนื่องจากมาตรา 11 (3)* ให้อำนาจที่จะดำเนินคดีได้แต่เฉพาะที่เป็นคดีครอบครัวทางแพ่งเท่านั้น

* มาตรา 11(3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวฯ บัญญัติว่า "ศาลเยาวชนและครอบครัวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีดังต่อไปนี้... คดีครอบครัวได้แก่ คดีแพ่งที่ฟ้องหรือร้องต่อศาล หรือ กระทำการใดๆในทางศาลเกี่ยวกับผู้เยาว์หรือครอบครัวแล้วแต่กรณี ซึ่งจะต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์"

3.1.3.3 กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

เนื่องด้วยกฎหมายอาญานั้นจัดเป็นกฎหมายมหาชนว่าด้วยความผิดและโทษอาญา เป็นบทบัญญัติถึงความเกี่ยวพันระหว่างเอกชนกับรัฐ แม้การกระทำความอาญาบางอย่างจะได้กระทำต่อเอกชนให้ได้รับความเสียหายก็ดี การกระทำความผิดนั้นก็ยังได้ชื่อว่ากระทบกระเทือนต่อมหาชน รัฐจึงต้องเข้าดำเนินการและปราบปราม¹⁹ ฉะนั้นการทำร้ายร่างกายระหว่างสามีภริยาต้องอยู่ภายใต้คำจำกัดความของพฤติกรรมทางอาญา (criminal conduct) ในประเทศส่วนใหญ่ สามีไม่มีรับสิทธิทำร้ายร่างกายภริยาได้ ฉะนั้นโดยหลักแล้วกฎหมายอาญาจึงนำมาใช้ดำเนินการกับปัญหาการทำร้ายร่างกายระหว่างคู่สมรสได้ ไม่ว่าจะเป็นการทำร้ายร่างกายธรรมดาหรือการทำร้ายร่างกายสาหัส

ในทางปฏิบัติกฎหมายอาญามีบทบาทในปัญหาการทำร้ายภายในครอบครัว (domestic violence) น้อยมาก ซึ่งในปัจจุบันยังมีแนวความคิดที่แตกต่างกันในประเด็นว่า ควรนำกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (criminal justice system) มาใช้จัดการกับปัญหานี้หรือไม่ โดยมีความเห็นที่แตกต่างกัน 2 ประการคือ²⁰

1 ความเห็นแรก กฎหมายอาญาเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมกับปัญหาความรุนแรงในครอบครัว ดังนั้นจึงควรใช้รูปแบบการประนีประนอม หรือการไกล่เกลี่ยคู่ความ หรือรูปแบบอื่น (therapeutic) หรือด้านสังคมสงเคราะห์มากกว่า นอกจากนั้นควรหลีกเลี่ยงไม่ใช้กฎหมายเข้าแทรกแซงไม่ว่าจะโดยการจับกุม การฟ้องร้องดำเนินคดี หรือการพิพากษาลงโทษก็ตาม กฎหมายอาญาควรจำกัดไว้ใช้เฉพาะกรณีร้ายแรงเท่านั้น หรือกล่าวได้ว่าใช้กฎหมายอาญาเป็น หนทางสุดท้าย

2 ความเห็นที่สอง การทำร้ายระหว่างคู่สมรสก็เป็นความผิดอาญาอย่างหนึ่ง จึงสมควรได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับความผิดประเภทอื่น

การดำเนินคดีอาญาไม่ว่าของประเทศหรือระบบกฎหมายใดมักจะมีขั้นตอนคล้ายๆ กันคือ มีการแจ้งความร้องทุกข์ การจับกุม การสอบสวน การฟ้องร้อง การพิจารณาโดยศาล และ

¹⁹ จิตติ ติงศภิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 ตอนที่ 1. พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ : กฤษฎาการพิมพ์ , 2525), หน้า 2.

²⁰ United Nations , Violence Against Women in the Family (Austria : United Nations Publication, 1989) , p. 51.

การลงโทษ ซึ่งรวมเรียกว่า “กระบวนการยุติธรรมตามแบบพิธี” (Traditional or Typical Justice System) อาจแบ่งชั้นในการพิจารณาคดีอาญาการทำร้ายร่างกายดังนี้

3.1.3.3.1 วิธีพิจารณาในชั้นพนักงานสอบสวน

การสนองตอบต่อปัญหาความรุนแรงในชั้นของตำรวจในอดีตปัญหาเบื้องต้นคือ เจ้าหน้าที่ตำรวจส่วนใหญ่ไม่เชื่อว่าตำรวจมีหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบต่อปัญหาความรุนแรงในครอบครัว โดยเชื่อว่าตำรวจมีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายในเชิงรุกและจับกุมผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ ในทาง ซึ่งตำรวจส่วนใหญ่เห็นว่าหน้าที่ของตำรวจคือ การต่อสู้จับกุมผู้กระทำความผิด จึงไม่ให้ความสำคัญต่อการระงับข้อพิพาทในครอบครัว แม้บางกรณีจะสามารถกระทำได้ และเห็นว่าไม่ใช่อาชญากรรมร้ายแรง เป็นความผิดเล็กน้อย และแม้ในบางกรณีจะมีการจับกุมผู้ก่อเหตุความรุนแรงในครอบครัวก็มิได้รับการยอมรับกลับเห็นว่าเป็นการจับที่ไร้ความหมายหรืองานระยะ²¹

Buzawa, S.& Buzawa, กล่าวว่า ความจริงแล้วตำรวจมีหน้าที่หลายกรณีที่ไม่เกี่ยวกับการใช้อำนาจจับกุมโดยตรง เช่น ตำรวจดับเพลิงหรือตำรวจกู้ภัย การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวจะไม่ค่อยใช้อำนาจจับกุมเว้นแต่มีเหตุจำเป็นจริงๆซึ่งยังเป็นหน้าที่และความรับผิดชอบของตำรวจอยู่ เพราะโอกาสจะบังคับใช้อำนาจจับกุมยังมี²²

ประเทศไทย สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้ออกระเบียบให้พนักงานสอบสวนปฏิบัติเกี่ยวกับคดีความรุนแรงในครอบครัวคือ ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ว่าด้วยกรณีบางเรื่องที่มีวิธีปฏิบัติเป็นพิเศษ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2543 บทที่ 13 สามีภริยาวิวาทกัน ข้อที่ 583 กำหนดว่า “ในกรณีที่สามีหรือภริยากล่าวหาอีกฝ่ายหนึ่งว่าทำร้ายร่างกายนั้น หากมิได้ใช้อาวุธหรือบาดเจ็บหรือถึงสาหัส หรือเหตุมิได้เกิดในถนนหลวงประกอบกับการกระทำนั้นได้กระทำไปโดยมิได้มีเจตนาชั่วร้าย เช่น ทำเพื่อตักเตือนสั่งสอน เป็นต้น ให้พนักงานสอบสวนพยายามชี้แจงตักเตือนให้เรื่องยุติกันเสีย เมื่อไม่เป็นผลสำเร็จจึงจัดการต่อไปตามรูปคดี แต่ให้เสนอสำนวนการสอบสวนนั้นตามลำดับ

²¹ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, อุทัยวรรณ แจ่มสุธี, อำนาง แนนยสุภา “รายงานการวิจัย” การประเมินกระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองสวัสดิภาพบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัว.(กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร,2546) ,หน้า 83-84.

²² เรื่องเดียวกัน,หน้า 113.

ให้ผู้บังคับการพิจารณาและถ้าสามารถส่งตัวสามีภริยานั้นไปพร้อมกับสำนวนได้ ก็ให้ส่งไปพร้อมกัน แม้การทำร้ายร่างกายกันระหว่างสามีภริยานั้นจะได้ใช้อาวุธหรือบาดเจ็บสาหัสหรือเกิดเหตุในถนนหลวงก็ดี หากเห็นเป็นการสมควรก็ให้เสนอผู้บังคับการพิจารณาสั่งตามความเหมาะสมได้ ทั้งนี้ เฉพาะทางราชการต้องการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงในครอบครัวเป็นสำคัญ หนึ่งให้พนักงานสอบสวนใช้ดุลพินิจในการไต่สวน หากการกระทำความผิดเกิดขึ้นบ่อยครั้ง มีเหตุหลายและมีพฤติการณ์ว่าจะเกิดการร้ายรุนแรงยิ่งขึ้นก็ให้ดำเนินคดีตามกฎหมายทุกราย”

และตามประมวลวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(4) คำว่า ผู้เสียหายนั้นหมายความว่า ความถึงบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดในฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทน ดังได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6

ซึ่งตามมาตรา 2(4) คำว่า “ผู้เสียหาย” แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาดังกล่าว ได้กำหนดผู้เสียหายในคดีอาญาไว้ 2 ประเภทคือ

- (1) ผู้เสียหายโดยตรง
- (2) ผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหาย

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นผู้เสียหายโดยตรง คือ ต้องมีการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ผู้เสียหายต้องเป็นบุคคล บุคคลนั้นต้องได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดอาญาฐานนั้น และบุคคลนั้นต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย ดังนั้นผู้ที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัวจึงถือว่าเป็นผู้เสียหายที่มีอำนาจร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนได้ตามมาตรา 2(7) * แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในการร้องทุกข์คำร้องทุกข์ถือว่าเป็นเงื่อนไขสำคัญแห่งอำนาจสอบสวนของพนักงานสอบสวนในคดีความผิดต่อส่วนตัวตามมาตรา 121 วรรคสอง ** และตามมาตรา 2(7) ประกอบมาตรา 123 หรือมาตรา 124 กฎหมายกำหนดให้ผู้เสียหายเท่านั้น จึงจะมีสิทธิหรือมีอำนาจร้องทุกข์ ดังนั้นหากผู้ร้องทุกข์มิใช่ผู้เสียหายตามมาตรา 2(4) ย่อมมีผลทำให้การร้องทุกข์นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถือไม่ได้ว่ามีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ และย่อมส่งผลทำให้พนักงานสอบสวนไม่มีอำนาจสอบสวนตามมาตรา 121 วรรคสอง

* มาตรา 2(7) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานำบัญญัติว่า “คำร้องทุกข์ หมายถึง การที่ผู้เสียหายได้กล่าวหาต่อเจ้าหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่ามีผู้กระทำความผิดขึ้น จะรู้ตัวผู้กระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม ซึ่งกระทำให้เกิดความเสียหาย และการกล่าวหาเช่นนั้นได้กล่าวโดยมีเจตนาจะให้ผู้กระทำความผิดได้รับความผิดได้รับโทษ”

** มาตรา 121 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานำบัญญัติว่า “แต่ถ้าเป็นคดีความผิดต่อส่วนตัว ห้ามมิให้ทำการสอบสวนเว้นแต่จะมีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ”

การสอบสวนที่พนักงานสอบสวนทำไป ย่อมเป็นการสอบสวนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถือเท่ากับไม่มีการสอบสวน และย่อมส่งผลให้พนักงานอัยการไม่มีอำนาจฟ้อง²³ และการร้องทุกข์ดังกล่าว นั้นต้องมีเจตนาให้ผู้กระทำผิดผิดได้รับโทษด้วยจะเพียงนำมาแจ้งเพื่อขอลงการดำเนินคดีไว้ก่อน หรือนำมาแจ้งเพื่อเป็นหลักฐานไม่เป็นการร้องทุกข์และนำมาแจ้งเพื่อป้องกันมิให้คดีขาดอายุ ความก็ไม่เป็นคำร้องทุกข์เช่นกัน

ซึ่งความผิดเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัวสามีหรือภริยาที่ได้รับความเสียหายเท่านั้นเป็นผู้เสียหายโดยตรงตามมาตรา 2(4) แต่เนื่องจากในคดีความรุนแรงในครอบครัวผู้เสียหายมีความใกล้ชิดกับผู้ก่อเหตุและมีความสัมพันธ์พิเศษเนื่องจากเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันและเป็นสามีภริยากันจึงอาจทำให้ผู้เสียหายและผู้ก่อเหตุกระทำรุนแรงมีอิทธิพลเหนืออีกฝ่ายหนึ่งได้

3.1.3.2 วิถีพิจารณาในชั้นพนักงานอัยการ

ระบบของต่างประเทศในปัจจุบันการสอบสวนฟ้องร้องถูกมองว่าเป็นกระบวนการที่เป็นกระบวนการเดียวกันอันไม่อาจแบ่งแยกกันได้ เพราะไม่ว่าจะเป็นการสอบสวนโดยพนักงานสอบสวนก็ดี การดำเนินการพิจารณาพยานหลักฐานสำหรับที่ใช้ฟ้องร้องของพนักงานอัยการก็ดี ก็กระทำเพื่อนำตัวผู้ต้องหาไปดำเนินคดีในชั้นศาล ดังนั้นจริงๆ แล้วโดยหลักที่ใช้อยู่ในประเทศต่างๆ ก็ถือว่าเป็นกระบวนการเดียวกันที่ไม่อาจแบ่งแยกกันได้

แต่ในประเทศไทย ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เรามีการตีความว่าการสอบสวนและการฟ้องร้องนั้นเป็นคนละกระบวนการแยกกัน เห็นได้ว่าในปัจจุบันนี้การสอบสวนในชั้นสอบสวน เมื่อมีคดีเกิดขึ้นพนักงานอัยการไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะยุ่งเกี่ยวกับคดี ดังนั้นการสอบสวนเป็นอำนาจของพนักงานสอบสวนโดยแท้ ต้องรอจนกระทั่งตำรวจสอบสวนเสร็จแล้วส่งสำนวนไปถึงพนักงานอัยการจึงมีอำนาจเข้ามาดูว่าพยานหลักฐานนั้นถูกต้องเพียงพอหรือไม่ หากถามว่าเสียหายอย่างไรนั้นคำตอบก็คือ

1 ไม่เหมือนกับนานาประเทศเขาทำกัน คือสอบสวนเพื่อที่เกิดการฟ้องร้อง คนมีหน้าที่ฟ้องร้องก็ควรรู้เรื่องในชั้นสอบสวนตั้งแต่ต้น ถ้าไม่รู้ อาจเกิดปัญหา ปัญหาที่เกิดขึ้นและเห็นได้ชัดคือ เมื่อมีการเกิดคดีขึ้นคนที่วางรูปคดีมีเพียงฝ่ายเดียวไม่มีการสอบสวนโดยองค์กรอื่นเลย ไม่มี Check & Balance มีแต่เพียงการตรวจสอบภายในตามสายงาน แต่ในต่างประเทศทุกชั้น

²³ ธานีศ เกศวพิทักษ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1-2 (มาตรา 1-157) ,(กรุงเทพฯ : สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), หน้า 4.

ตอนที่อาจเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นได้เขาจะไม่ใช้หน่วยงานเดียวเข้ามารับผิดชอบ แต่ต้องมีจุดเกาะเกี่ยวเพื่อให้มีการตรวจสอบของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมเดียวกัน เพื่อไม่ให้อยู่ในมือของหน่วยงานหนึ่งหน่วยงานใดโดยเฉพาะ

2 คดีทั่วไปตำรวจใช้เวลาการสอบสวนตามกฎหมาย เสร็จแล้วก็ส่งพนักงานอัยการ แล้วอัยการพิจารณาว่าควรสั่งฟ้องหรือไม่ หรืออาจให้พนักงานตำรวจสอบสวนเพิ่มเติม การสอบสวนเพิ่มเติมนั้นอัยการสั่งอย่างไรก็ได้ แต่เมื่อสั่งแล้วตำรวจจะสามารถนำเอาพยานหลักฐานนั้นมาได้หรือไม่เป็นเรื่องไม่แน่นอน เพราะเหตุว่ามีช่วงเวลาที่ยาวเกินไป พยานหลักฐานบางอย่างที่ตำรวจไม่เห็นความสำคัญจึงไม่ได้สอบไว้ พอเมื่ออัยการสั่งสอบเพิ่มเติมภายหลังก็ไม่สามารถหามาได้ สิ่งนี้เป็นตัวอย่างของความเสียหายหรือความบกพร่องที่อาจจะเกิดขึ้นแก่คดีเมื่อมีการแบ่งแยกเรื่องการสอบสวนและการฟ้องร้องออกจากกัน

3 อีกประการหนึ่ง วิธีพิจารณาความอาญา มีการแบ่งแยกการสอบสวนและการฟ้องร้องออกจากกันอย่างชัดเจนแล้วในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ยังกำหนดอีกว่าอัยการจะฟ้องร้องไม่ได้โดยไม่มี การสอบสวนและอัยการก็ไม่สามารถเริ่มการสอบสวนได้ด้วยตนเอง ดังนั้นหากเกิดกรณีที่ตำรวจไม่ยอมสอบสวนก็ไม่มีคดีอัยการก็ฟ้องคดีไม่ได้

ส่วนหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสั่งคดีของพนักงานอัยการ ในการสั่งคดีนั้นขั้นตอนในการพิจารณาของพนักงานอัยการขอที่จะเป็นไปตามคำสั่งดังนี้²⁴

(1) พิจารณาเงื่อนไขให้อ่านาคำเนิ่นคดี หรือเงื่อนไขระดับคดี ซึ่งพนักงานอัยการจะต้องกระทำก่อนที่จะพิจารณาในเนื้อหาคดีในขั้นต่อไป ถ้ามีเงื่อนไขระดับคดีพนักงานอัยการก็ต้องสั่งระดับคดีเพราะเหตุนั้นๆ

(2) เมื่อพนักงานอัยการพิจารณาแล้วว่ากรณีนั้นไม่มีเงื่อนไขระดับคดีพนักงานอัยการก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าการกระทำที่กล่าวหานั้นเป็นความผิดต่อกฎหมายหรือไม่ หรือถ้าเห็นว่าการกระทำที่กล่าวหาไม่เป็นความผิด พนักงานอัยการก็ต้องสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา

(3) ถ้าการกระทำที่กล่าวหาเป็นความผิดต่อกฎหมายพนักงานอัยการก็ต้องวินิจฉัยต่อไปว่าผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำผิดหรือไม่ ถ้าผู้ต้องหาไม่เป็นผู้กระทำผิด พนักงานอัยการก็ต้องสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา

²⁴ คณิต ณ นคร , กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา , หน้า 193 – 194.

(4) ถ้าการกระทำที่กล่าวหาเป็นความผิดต่อกฎหมาย และผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำผิด พนักงานอัยการก็จะต้องวินิจฉัยต่อไปว่าพยานหลักฐานเพียงพอแก่การพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาหรือไม่ ถ้าไม่เพียงพอพนักงานอัยการก็จะสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา

(5) แม้ว่าการกระทำที่กล่าวหาเป็นความผิดต่อกฎหมายและผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำผิดตลอดจนมีหลักฐานเพียงพอ พนักงานอัยการก็จะพิจารณาต่อไปเป็นลำดับสุดท้ายอีกว่ามีเหตุอันควรที่จะสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาหรือไม่ ถ้ามีเหตุอันควรไม่ฟ้องผู้ต้องหา พนักงานอัยการก็จะสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหานั้น *

ผู้เสียหายในคดีความรุนแรงในครอบครัวต้องเผชิญปัญหาความยุ่งยากพอๆกับตำรวจ เมื่อผู้เสียหายสัมผัสกับหน่วยงานอัยการสิ่งแรกที่ต้องเผชิญกับโครงสร้างองค์กรซึ่งมีวิถีปฏิบัติและเป้าหมายเป็นการเฉพาะ กล่าวคือ มีเป้าหมายบังคับตามสิทธิของสังคม เพื่อบังคับการกระทำที่เป็นอันตรายต่อสาธารณะ ด้วยการฟ้องคดีอาญาต่อผู้กระทำผิดยังศาลเพื่อให้ศาลพิพากษาลงโทษผู้กระทำผิดและยับยั้งพฤติกรรมในอนาคต แม้อำนาจลงโทษดังกล่าวจะเป็นการละเมิดสิทธิพลเมืองก็ตาม ด้วยเหตุนี้การลงโทษผู้กระทำผิดจึงเป็นไปตามเป้าหมายของสังคมหาใช่เป้าหมายของผู้เสียหายไม่ แต่อย่างไรก็ตามผู้เสียหายส่วนใหญ่เข้าใจผิดว่าอัยการจะปฏิบัติหน้าที่เพื่อบรรเทาความเสียหายและความโศกเศร้าของตน และลักษณะอีกประการหนึ่งคือ อัยการมักใช้ดุลพินิจสั่งฟ้องคดีความรุนแรงในครอบครัวในข้อหาเบากว่าความเป็นจริง เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายสาหัสก็สั่งฟ้องเพียงทำร้ายร่างกายธรรมดา ซึ่งที่เกิดปรากฏการณ์เช่นนี้น่าจะเกิดจากทัศนคติของผู้ปฏิบัติงานที่เห็นว่าคดีความรุนแรงในครอบครัวเป็นคดีที่ผู้เสียหายและผู้กระทำผิดรู้จักกันดีและมีความสัมพันธ์กัน ทั้งไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสาธารณะหากแต่เป็นความเสียหายส่วนบุคคล ด้วยเหตุนี้พนักงานอัยการจึงไม่ค่อยให้ความสำคัญแก่คดีความรุนแรงในครอบครัวเท่าที่ควร ผู้เสียหายในคดีความรุนแรงในครอบครัวมีส่วนทำให้คดีไม่สัมฤทธิ์ผล ในคดีความรุนแรงในครอบครัวผู้เสียหายมีส่วนทำให้คดีต้องยุติกลางคันมีจำนวนมาก ซึ่งอาจเกิดจากผู้เสียหายไม่ใส่ใจเอาความหรือไม่ยอมไปเป็นพยานในชั้นศาล ²⁵

* ระเบียบกรมอัยการว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2528 ส่วนที่ 4 เรื่อง การใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้อง ข้อ 51

²⁵ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, สุทัยวรรณ แจ่มสุธี, อำนาจ เนตยสุภา "รายงานการวิจัย" การประเมินกระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองสวัสดิภาพบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัว (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2546), หน้า 101-102.

ทัศนคติของอัยการที่มีอิทธิพลต่อผู้เสียหายให้ยุติเรื่อง เพราะเห็นว่าเป็นความขัดแย้งระหว่างบุคคล โดยธรรมชาติของอัยการนั้นจะไม่สนใจหรือพยายามแทรกแซงข้อพิพาทระหว่างเอกชนโดยเฉพาะความรุนแรงในครอบครัวหาเป็นอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมไม่ จึงเป็นสิ่งไม่แปลกที่อัยการจะใช้เทคนิคต่างๆ ตลอดเวลาทั้งปรากฏชัดหรือไม่ปรากฏชัดกดดันให้ผู้เสียหายถอนเรื่องหรือถอนคำร้องทุกข์ที่ไม่ติดใจดำเนินคดีกับผู้ก่อเหตุ เพราะอัยการส่วนใหญ่จะเห็นว่าไม่มีอันตรายจะเกิดแก่ผู้เสียหายจริง ผู้เสียหายไม่มีความจริงจังที่จะดำเนินคดี

3.1.3.3.3 วิธีพิจารณาในชั้นศาล

การสนองตอบต่อคดีความรุนแรงของศาลอาญารูปแบบดั้งเดิมก่อให้เกิดปัญหาความยุ่งยากแก่ผู้เสียหายพอๆ กับหน่วยงานตำรวจและอัยการ Dobash & Dobash กล่าวว่าโดยทั่วไปแล้วผู้พิพากษาเห็นด้วยกับอัยการที่หลีกเลี่ยงไม่ฟ้องผู้กระทำผิดยังศาล ซึ่งในบริบทของศาลซึ่งถูกจำกัดด้วยเวลาและทรัพยากร จึงไม่แปลกที่คดีความรุนแรงในครอบครัวส่วนใหญ่ศาลจะยกฟ้องอันเนื่องจากปัจจัยด้านผู้เสียหายเป็นส่วนใหญ่²⁶ โดยเฉพาะในบริบทโครงสร้างองค์กรและการพิจารณาคดีของศาลตลอดจนทัศนคติของผู้พิพากษา โครงสร้างองค์กรศาลและวิธีพิจารณาคดีอาญาของศาลมีลักษณะเป็นทางการผู้เสียหายจึงมีความรู้สึกว่าจะเข้าถึงยากและไม่สามารถควบคุมการพิจารณาของศาลได้ถึงจำคุก แต่จะรอการลงโทษโดยกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติ ทั้งนี้เกรงว่าหากลงโทษจำคุกจะก่อความเดือดร้อนให้แก่ผู้เสียหายและบุตรมากกว่า แม้จำเลยจะกระทำความผิดซ้ำศาลก็ยังให้โอกาสเช่นกัน เว้นแต่เป็นความผิดร้ายแรง ส่วนการออกคำสั่งคุ้มครองทำงานองในศาลต่างประเทศยังไม่มีการใช้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยรง หากเทียบเคียงคงมีแต่คดีฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1530 ที่ศาลมีอำนาจออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวแต่ก็จำกัดเฉพาะคดีฟ้องหย่าเท่านั้น ส่วนวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 253-270 ใช้ในคดีแพ่งเกี่ยวกับทรัพย์สิน และการเรียกค่าเสียหายในมูลละเมิด มีทนายความบางคนเคยขอคุ้มครองในคดีครอบครัว แต่ยังไม่ปรากฏว่าขอคุ้มครองในคดีฟ้องละเมิดการกระทำ ความรุนแรงในคดีครอบครัว²⁷

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 104.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 251.

คดีความรุนแรงในครอบครัวส่วนใหญ่จะเป็นลหุโทษ ผู้พิพากษาส่วนใหญ่เห็นว่าคดีการทำร้ายทุบตีกันระหว่างคู่สมรส หรือสมาชิกในครอบครัวปกติมิได้กระทำโดยเจตนา

โดยผู้พิพากษาส่วนใหญ่มีอคติต่อความรุนแรงในครอบครัวเพราะผู้เสียหายกับผู้กระทำผิดมีความสัมพันธ์กันมาก่อนเป็นศึกสายเลือด โดยเชื่อว่าผู้กระทำความผิดย่อมมีอิทธิพลเหนือผู้เสียหายโดยเหตุที่มีความสัมพันธ์กันมาก่อนอาจสร้างความยุ่งยากแก่การพิจารณาคดี เช่น ใช้อิทธิพลข่มขู่ไม่ให้ผู้เสียหายเบิกความเป็นพยานในศาลทำให้คดีล่าช้าเพราะต้องรอผู้เสียหายเป็นต้น

3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองสวัสดิภาพคู่สมรสจากความรุนแรงในครอบครัวในต่างประเทศ

ประเทศสหรัฐอเมริกาบางรัฐ รวมถึงออสเตรเลียและอังกฤษได้มีการตั้งศาลครอบครัวขึ้นเป็นพิเศษโดยเฉพาะแยกออกมาจากศาลธรรมดา โดยศาลครอบครัวที่จัดตั้งขึ้นเป็นพิเศษนี้จะมีอำนาจในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับปัญหาครอบครัว แม้แต่ความผิดอาญาต่างๆที่เกี่ยวกับครอบครัว เช่น การทำร้ายระหว่างคู่สมรสก็ตกอยู่ในอำนาจของศาลครอบครัว²⁸

ศาลครอบครัวที่จัดตั้งขึ้นเป็นพิเศษเพื่อให้มีอำนาจในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับปัญหาครอบครัวนี้เกิดจากเหตุผลและแนวความคิดที่ว่า ศาลครอบครัวมีกระบวนการทางศาลที่แตกต่างจากศาลธรรมดาที่ไม่เคร่งเครียดเป็นทางการเกินไปนัก รวมถึงมีปรัชญาในการทำงานที่ต้องกระทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของครอบครัวและสังคม เนื่องจากศาลครอบครัวมีลักษณะที่เป็นการปกป้องคุ้มครองและพิทักษ์รักษาความเป็นครอบครัวเอาไว้

²⁸ ประสพสุข บุญเดช , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว , พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ ,2543) , หน้า 158-159.

3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับคำสั่งคุ้มครองในแต่ละรัฐมีความแตกต่างกัน โดยคำสั่งคุ้มครองส่วนใหญ่ออกโดยศาลแพ่ง หรือศาลครอบครัว แต่บางรัฐออกโดยศาลอาญา อย่างไรก็ตาม การร้องขอคำสั่งคุ้มครองไม่ตัดสิทธิผู้เสียหายที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีอาญา ยิ่งกว่านั้นในบางรัฐ อาจมีคำสั่งคุ้มครองแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง 2 รูปแบบเช่น รูปแบบหนึ่งคำสั่งคุ้มครองอาจออกมาโดยศาลอาญาในระหว่างการฟ้องร้องคดีอาญาเพื่อเป็นเงื่อนไขของการประกันตัว แต่อีกรูปแบบหนึ่งคำสั่งคุ้มครองอาจออกโดยศาลครอบครัวหรือศาลแพ่งระหว่างการดำเนินคดีฟ้องหย่าหรือเป็นการดำเนินคดีทางแพ่งโดยลำพังก็ได้²⁹

แต่อย่างไรก็ตามคำสั่งคุ้มครองที่ออกโดยศาลอาญามักจะให้ความคุ้มครองผู้เสียหายน้อยกว่าคำสั่งคุ้มครองที่ออกโดยศาลครอบครัวหรือศาลแพ่ง ทั้งนี้เพราะคำสั่งคุ้มครองที่ออกโดยศาลอาญามักจะไม่มีอำนาจพิจารณาถึงคำสั่งเกี่ยวกับการเยี่ยมเยียนหรืออุปการะเลี้ยงดูบุตร ผู้เยาว์ หรือการสั่งให้ผู้กระทำความผิดเข้าร่วมในโปรแกรมให้คำปรึกษาแนะนำ และไม่สามารถออกคำสั่งขับไล่จำเลยให้ออกจากบ้านได้³⁰

ตามพระราชบัญญัติศาลครอบครัวของมลรัฐนิวยอร์ก ค.ศ. 1962 (the family court act of the state of New York 1962) หรืออาจเรียกอีกอย่างว่าพระราชบัญญัติศาลครอบครัว(The Family Court Act 1962) FCA ได้บัญญัติกระบวนการพิจารณาคดีคุ้มครองสวัสดิภาพบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัว หมวด 8 และกระบวนการพิจารณาคดีคุ้มครองเด็กถูกกระทำทารุณกรรมในหมวด 10 โดยจะกล่าวเฉพาะในหมวด 8 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาคดีคุ้มครองสวัสดิภาพบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัว (domestic violence)

กระบวนการดำเนินคดีคุ้มครองสวัสดิภาพบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัวตามพระราชบัญญัติศาลครอบครัวของมลรัฐนิวยอร์ก หรือพระราชบัญญัติศาลครอบครัวมีสาระสำคัญดังนี้³¹

²⁹ Gail A , Goolkasian . *supra* onte 6 , pp .40 –41 .

³⁰ Peter Finn , “Statutory Authority in the use and Enforcement of Civil Protection Order Against Domestic Abuse “ , Family Law Quarterly Vol .23 (1989) : 44.

³¹ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล , จุฑัยวรรณ แจ่มสุธี, อำนาจ เนตยสุภา “รายงานการวิจัย”การประเมินกระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองสวัสดิภาพบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัว , (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร,2546),หน้า 147.

(1) การกระทำที่เป็นความรุนแรงในครอบครัว หรือความผิดในครอบครัว เช่น การประทุพถุติไม่เหมาะสมทั้งในสาธารณะและส่วนบุคคล การคุกคาม ช่มชู้ ประมาทเลินเล่อ หรือทำร้ายร่างกาย การกระทำความผิดก่อกวนเกิดขึ้นระหว่างคู่สมรสหรือเคยเป็นคู่สมรส ระหว่างบิดามารดากับบุตรหรือระหว่างสมาชิกในครอบครัวเดียวกัน หรือครัวเรือนเดียวกัน ซึ่งผู้มีบุตรด้วยกันโดยไม่คำนึงว่าจะเคยสมรสกันหรือเคยอยู่ด้วยกันไม่ว่าเวลาใดๆตามพระราชบัญญัติ FCA

(2) การให้ข้อมูลแก่ผู้ร้องหรือฟ้องในการดำเนินคดีความรุนแรงในครอบครัว กล่าวคือบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม ประกอบด้วยเจ้าพนักงานศาล อัยการที่ปรึกษาทนายความ ผู้ปฏิบัติงานช่วยเหลือผู้ถูกกระทำทารุณกรรม พนักงานคุมประพฤติ นายอำเภอ เจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าพนักงานตามกฎหมาย จะต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินคดีภายใต้พระราชบัญญัติศาลครอบครัวนี้และอย่างน้อยต้องให้ข้อมูล ซึ่งความรุนแรงในครอบครัวนั้นอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลครอบครัวและศาลอาญา การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษทางอาญาแก่ผู้ก่อเหตุความรุนแรงในครอบครัว ซึ่งกระบวนการฟ้องร้องตามมาตรานี้ผู้เสียหายหรือผู้ประสบเหตุรุนแรงมีสิทธิยื่นฟ้องขอคุ้มครองต่อศาลครอบครัวได้เสมอ แม้ขณะยื่นคำฟ้องเจ้าพนักงานจะยังไม่ได้จับกุมหรือยังไม่มีคำร้องขอให้จับกุมผู้ก่อความรุนแรงและแม้จะมีการจับกุมก่อนเริ่มพิจารณาคดีในศาลครอบครัวหรือศาลอาญา แต่การจับกุมไม่เป็นข้อสำคัญในการเริ่มพิจารณาคดี

(3) การแนะนำผู้เสียหายภายใต้บทบัญญัตินี้เจ้าพนักงานตำรวจหรือพนักงานรักษาความเรียบร้อยหรืออัยการที่ทำการสืบสวนคดีความรุนแรงในครอบครัวจะต้องให้คำแนะนำผู้ประสบความรุนแรงในครอบครัวเกี่ยวกับที่พักฉุกเฉินชั่วคราวหรือบริการอื่นๆ ในชุมชน และต้องแจ้งสิทธิตามกฎหมาย สิทธิเรียกค่าเสียหายภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกฎหมายอื่นๆ และต้องมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

(ก) ความปลอดภัย ผู้ประสบเหตุความรุนแรงมีสิทธิขอความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่เพื่อความปลอดภัยของตนเองและบุตร การรักษาพยาบาลหากจำเป็น

(ข) คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวต้องแนะนำวิธีการยื่นคำร้องต่อศาลครอบครัวเพื่อออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว

(ค) การตั้งที่ปรึกษาทนายความ ผู้ประสบเหตุความรุนแรงอาจร้องขอให้ศาลครอบครัวตั้งที่ปรึกษาทนายความให้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย

(ง) การร้องทุกข์หรือฟ้องคดีอาญาต่อผู้ก่อเหตุความรุนแรง ผู้เสียหายหรือประสบเหตุความรุนแรงมีสิทธิร้องทุกข์ดำเนินคดีอาญากับผู้ก่อเหตุ ในระหว่างดำเนินคดีอาญากับผู้ก่อเหตุ ผู้เสียหายก็มีสิทธิร้องขอให้ศาลอาญาออกคำสั่งคุ้มครองได้เช่นกัน

(จ) การร้องขอให้ศาลครอบครัวออกคำสั่งคุ้มครอง ห้ามมิให้ผู้ก่อเหตุความรุนแรงก่อเหตุอีก เช่น ห้ามเข้าใกล้คู่สมรสหรือบุตร ห้ามกระทำการใดอันเป็นการทารุณกรรมคู่สมรสหรือบุตร เป็นต้น

(ฉ) การใช้อำนาจปกครองบุตรชั่วคราว ผู้ประสบเหตุความรุนแรงมีสิทธิร้องศาลครอบครัวให้มีคำสั่งเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตร การจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร

(ช) การร้องทุกข์ หรือฟ้องว่ามีการกระทำความผิดในครอบครัวอันเป็นเท็จ ต่อศาลอาญาหรือศาลครอบครัว ถือเป็นความผิดทางอาญา

ในหลายรัฐกำหนดให้ผู้ร้องต้องแจ้งต่อศาลเกี่ยวกับการดำเนินคดีที่ยังอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลครอบครัว อย่างไรก็ตามในมลรัฐเท็กซัส และมลรัฐออริกิเนี่ยตะวันตกกำหนดว่าศาลไม่อาจออกคำสั่งคุ้มครองได้หากว่าคู่ความยังอยู่ในระหว่างการดำเนินคดีเกี่ยวกับการแยกกันอยู่โดยคำพิพากษาของศาลหรือการสิ้นสุดแห่งการสมรส³²

การออกคำสั่งคุ้มครองสวัสดิภาพชั่วคราว เมื่อมีเหตุฉุกเฉินและมีพฤติกรรมน่าเชื่อว่าจำเลยจะก่อความรุนแรงต่อโจทก์หรือบุตร หรือสมาชิกในครอบครัวอีก โดยศาลจะทำการไต่สวนฝ่ายเดียวและออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ทันที ในการไต่สวนมูลฟ้องนั้นหมายถึงการพิจารณาค่าฟ้องและพยานของโจทก์ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 821 ว่ามีพยานหลักฐานสนับสนุนข้อกล่าวหาเพียงพอหรือไม่ และในการรับฟังพยานหลักฐานแม้เป็นเพียงพยานวัตถุหรือสิ่งที่คล้ายกันก็ให้ศาลรับฟังในชั้นไต่สวนมูลฟ้องชั้นพิจารณาวางข้อกำหนดการออกคำสั่งคุ้มครองไม่จำเป็นต้องรับฟังพยานโดยปราศจากข้อสงสัยอย่างในการพิสูจน์การกระทำความผิดทางอาญา การออกคำสั่งคุ้มครองสวัสดิภาพ เพื่อให้โจทก์หรือจำเลยปฏิบัติตามต้องมีระยะเวลาไม่เกิน 1 ปี ในกรณีจำเลยก่อเหตุกระทำรุนแรงในครอบครัวร้ายแรง การออกคำสั่งคุ้มครองสวัสดิภาพต้องไม่เกิน 3 ปี ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับารรับฟังพยานหลักฐานของศาลว่าพฤติการณ์ความรุนแรงยังปรากฏอยู่หรือไม่

³² *Ibid* . pp .46 –48.

ถ้ามีพยานหลักฐานน่าเชื่อว่าพฤติการณ์ความรุนแรงยังมีอยู่จะต้องระบุพฤติการณ์ดังกล่าวไว้ในคำสั่งคุ้มครอง คำสั่งคุ้มครองอาจจะกำหนดให้โจทก์หรือจำเลยกระทำดังต่อไปนี้³³

(ก) ให้อยู่ห่างจากบ้าน โรงเรียน สถานที่ทำธุรกิจหรือสถานที่ทำงานของอีกฝ่ายหนึ่ง คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งบิดามารดาหรือเด็กหรือให้ห่างไกลจากสถานที่ใดๆตามที่ศาลกำหนด คำพิพากษาหรือคำสั่งคุ้มครองสวัสดิภาพศาลจะต้องกล่าวถึงเหตุผลในการชี้ขาดและต้องพิจารณาคำสั่งคุ้มครองสวัสดิภาพก่อนหน้านั้นถ้ามีพฤติการณ์หรือความประพฤติก่อนหน้านั้น บาดแผลที่ถูกทำร้ายทั้งในอดีตและปัจจุบัน การข่มขู่ การใช้ยาเสพติดให้โทษ การเสพสุรา และการใช้อาวุธ

(ข) คำสั่งอนุญาตให้บิดามารดา หรือบุคคลที่ศาลมีคำสั่ง หรือบุคคลที่มีข้อตกลงแยกกันอยู่ได้เข้าเยี่ยมเด็กตามวันเวลาที่ศาลกำหนด

(ค) คำสั่งให้ละเว้นจากการก่อเหตุกระทำความรุนแรงในครอบครัวตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือละเว้นการกระทำความผิดต่อเด็ก หรือบิดามารดาหรือบุคคลใดที่ศาลตั้งเป็นผู้ปกครองเด็ก ต้องไม่กระทำการคุกคาม ข่มขู่ ขู่เชิญด้วยประการใดๆ

(ง) คำสั่งให้บุคคลฝ่ายที่ศาลกำหนดเข้าไปในที่พักอาศัยระหว่างเวลาที่ศาลกำหนด หรือขนส่งของเครื่องใช้ส่วนตัว แม้จะไม่เกี่ยวกับการดำเนินคดีหรือการกระทำภายใต้การฟ้องคดีตาม พระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

(จ) คำสั่งให้ละเว้นการกระทำหรืองดเว้นการกระทำอันอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อ สุขอนามัย ความปลอดภัยหรือสวัสดิภาพของเด็กโดยปราศจากเหตุอันควร

(ฉ) คำสั่งให้ชำระค่าใช้จ่ายอันควรแก่ที่ปรึกษาหรือให้ชำระค่าธรรมเนียมแทนอีกฝ่ายที่เกิดจากการดำเนินคดี

(ช) คำสั่งให้จำเลยไปรับการบำบัดแก้ไขหรือเข้าหลักสูตรเพื่อช่วยให้ยุติพฤติกรรมรุนแรงก้าวร้าว ซึ่งอาจรวมถึงการบังคับให้ไปรับการแก้ไขฟื้นฟูอาการพึ่งยาเสพติดให้โทษ หรือการเสพสุรา โดยค่าใช้จ่ายของจำเลยเอง

³³ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล . อุทัยวรรณ แจ่มสุธี. อำนาจเนตยสุภา รายงานการวิจัยการประเมินกระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองสวัสดิภาพบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัว , หน้า 159-160.

(ข) คำสั่งให้ข้าราชการรักษาพยาบาล คำบำบัดฟื้นฟูอันเนื่องมาจากการก่อเหตุรุนแรง ในครอบครัวหรือกรณีศาลสั่งให้ไปรับการรักษาบำบัดแก้ไขฟื้นฟู กล่าวคือให้ชำระโดยตรงหรือผ่าน ประกันสุขภาพก็ได้

(ง) คำสั่งให้ปฏิบัติตามเงื่อนไขอื่นๆที่จำเป็นเพื่อป้องกันจำเลยไม่ให้ก่อเหตุรุนแรงอีก คำสั่งคุ้มครองสวัสดิภาพนั้นเป็นการให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจกำหนดคำสั่งในการให้ความคุ้มครองได้อย่างกว้างขวาง โดยใน 38 มลรัฐบัญญัติให้อำนาจศาลอย่างเด่นชัดที่จะให้ความช่วยเหลือใดๆ ที่เป็นประโยชน์โดยไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ เช่น กฎหมายของฟลอริดาอนุญาตให้ศาลสามารถออกคำสั่ง ให้ความช่วยเหลืออย่างอื่นที่ศาลเห็นว่าจำเป็นสำหรับคุ้มครองผู้ที่ถูกกระทำรุนแรงในครอบครัว โดยทั่วไปคำสั่งคุ้มครองนี้มักจะเป็นคำสั่งให้ผู้กระทำความผิดระงับการทำร้ายร่างกายและจิตใจ หรือจำกัดการติดต่อ นอกจากนี้ศาลยังมีอำนาจในการยับยั้งการกระทำใดๆที่ไม่เหมาะสมโดยจะไม่จำกัดเฉพาะที่กล่าวมาเท่านั้น แต่ศาลยังสามารถที่จะออกคำสั่งเพื่อกำหนดให้เหมาะสมในแต่ละกรณี³⁴

การละเมิดคำสั่งศาล ในกรณีที่จำเลยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติศาลครอบครัว กล่าวคือ การออกหมายเรียกหรือหมายนัด ในกรณีที่มีการยื่นคำฟ้อง ศาลมีคำสั่งให้ส่งสำเนาคำฟ้องและหมายนัดเพื่อส่งไปยังจำเลย เมื่อจำเลยได้รับสำเนาคำฟ้องและหมายนัดโดยชอบแล้วจงใจไม่ไปศาลตามนัด ศาลมีอำนาจออกหมายจับ ภายหลังเมื่อจับจำเลยได้หรือจำเลยปรากฏตัวต่อหน้าศาล ถ้าปรากฏว่าจำเลยจงใจไม่ปฏิบัติตามหมายนัด ถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาลมีโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน ในกรณีจำเลยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งคุ้มครองสวัสดิภาพถ้าศาลเห็นเองหรือโจทก์ร้องขอ ศาลมีอำนาจลงโทษจำเลยได้ทันทีฐานละเมิดอำนาจศาล แต่ถ้าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาก็ให้โอนคดีไปให้อัยการฟ้องที่ศาลอาญา หรือ ศาลอาจออนทั้งคู่คดีไปให้อัยการฟ้องยังศาลอาญา

³⁴ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, .อุทัยวรรณ แจ่มสุธี, อำนาจ เนตยสุภา "รายงานการวิจัย" การประเมินกระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองสวัสดิภาพบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัว , หน้า 113.

3.2.2 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษมีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสวัสดิภาพอยู่สองพระราชบัญญัติ

1 การคุ้มครองตามพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ. 1996 (The Family Law Act 1996) FLA 1996³⁵

เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ. 1996 ปากฎดังนี้ การหย่าและการแยกกันอยู่ การช่วยเหลือทางกฎหมายในกรณีกำหนดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัว กระบวนการพิจารณาคดีในกรณีการสมรสสิ้นสุดลง สิทธิการครอบครองทรัพย์สินระหว่างสมรส การคุ้มครองการรบกวนรวมทั้งการออกคำสั่งภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยเด็ก 1989 ข้อกำหนดเกี่ยวกับการครอบครองที่อยู่อาศัย การโอนการครอบครองทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสและบุคคลซึ่งอยู่อาศัยร่วมกันเสมือนสามีภริยาและเพื่อประสานผลประโยชน์ในครอบครัว

พระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว (The Family Law Act 1996) FLA 1996 ในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองความรุนแรงในครอบครัวได้บัญญัติไว้ในส่วนที่ 4 ของบทที่ 27 ว่าด้วยครอบครัวและความรุนแรงในครอบครัว กล่าวคือ

มาตรา 30 –32 ว่าด้วยสิทธิการครอบครองบ้านอยู่อาศัยระหว่างสมรส (rights to occupy matrimonial home)

มาตรา 33 – 41 ว่าด้วยการออกคำสั่งให้ครอบครองบ้านอยู่อาศัย (occupation order)

มาตรา 42 – 63 ว่าด้วยการออกคำสั่งห้ามรบกวน (non – molestation order)

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติ FLA 1996 ให้ศาลมีอำนาจออกคำสั่งคุ้มครองคู่ครองได้ 2 กรณี คือ การออกคำสั่งให้ครอบครองที่อยู่อาศัย (occupation order) และคำสั่งห้ามรบกวนหรือทำร้าย (non – molestation order)

ซึ่งกรณีแรกการออกคำสั่งให้ครอบครองที่อยู่อาศัย กล่าวคือพระราชบัญญัติ FLA 1996 มาตรา 30 –41 ได้ขยายสิทธิของคู่สมรสในการครอบครองและอยู่อาศัยให้กว้างขึ้น ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลออกคำสั่งคุ้มครองเกี่ยวกับการครอบครองที่อยู่อาศัยต้องเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์กัน เช่น คู่สมรสหรือเคยเป็นคู่สมรส ผู้ที่อยู่กันด้วยกันฉันท์สามีภริยา ผู้ที่อยู่อาศัยหรือเคย

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 136-140.

อยู่อาศัยในบ้านเดียวกัน เป็นญาติกัน ผู้ที่ตกลงจะแต่งงานกัน บิดามารดาของเด็ก ผู้ที่มีความรับผิดชอบต่อเด็ก ผู้ที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งของครอบครัว ศาลสามารถมีคำสั่งดังต่อไปนี้

- (1) ออกคำสั่งให้ผู้ร้องขอคงมีสิทธิครอบครองทรัพย์สินต่อไป
- (2) ออกคำสั่งให้จำเลยต้องอนุญาตให้ผู้ร้องขอเข้าไปหรืออยู่ในบ้านพักอาศัยทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน
- (3) ออกคำสั่งให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายครอบครองทรัพย์สิน
- (4) ออกคำสั่งห้าม / เลื่อน / จำกัด การใช้สิทธิครอบครองในบ้าน
- (5) ออกคำสั่งห้ามมิให้คู่สมรสฝ่ายที่มีสิทธิในบ้านซึ่งเป็นสินสมรสอยู่อาศัยร่วมกันชั่วคราว หรือระงับซึ่งสิทธิในที่อยู่อาศัยดังกล่าว เพื่อให้คู่สมรสอีกฝ่ายได้อยู่อาศัย

(6) ออกคำสั่งให้ผู้ก่อเหตุรุนแรงออกจากบ้านหรือบางส่วนของบ้านที่อยู่อาศัยร่วมกัน

(7) ออกคำสั่งจำกัดมิให้ผู้ก่อเหตุรุนแรงเข้าเขตกำหนดซึ่งอาจรวมถึงที่อยู่อาศัย ผลของคำสั่งคุ้มครองเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย เมื่อศาลมีคำสั่งแล้วย่อมมีผลตลอดระยะเวลาที่กำหนดในคำสั่ง หรือจนกระทั่งเกิดเหตุการณ์ตามที่ระบุในคำสั่ง เช่น คู่สมรสที่ได้รับการคุ้มครองแต่งงานใหม่ หรือจนกระทั่งบุตรบรรลุนิติภาวะแล้ว หรือศาลมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งเดิม เมื่อออกคำสั่งคุ้มครองเกี่ยวกับที่อยู่อาศัยแล้วภายหลังต่อมาไม่ว่าเวลาใดๆ ศาลมีอำนาจบังคับให้ปฏิบัติตามคำสั่งหรือให้ฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายบำรุงรักษาซ่อมแซมที่อยู่อาศัยรวมทั้งอุปกรณ์เครื่องใช้ที่จำเป็นภายในครัวเรือนได้ รวมทั้งบังคับให้ชำระค่าใช้จ่ายต่างๆที่เกิดจากการใช้สอยและค่าเช่าถ้ามีด้วย

กรณีที่สอง การออกคำสั่งคุ้มครองจากการถูกรบกวน (non – molestation order) ตามพระราชบัญญัติ FLA 1996 มาตรา 42 –62 ให้สิทธิผู้ได้รับความรุนแรงหรือผู้ปกครองเด็กที่ถูกกระทำทารุณกรรมร้องขอคุ้มครองจากการถูกรบกวนทำร้าย

คำสั่งคุ้มครองจากการถูกรบกวนตาม มาตรา 42(1) หมายถึงคำสั่งกรณีใดกรณีหนึ่งหรือทั้งสองกรณีดังนี้

- (1) คำสั่งวางข้อกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการรบกวนทำร้ายผู้ซึ่งมีความสัมพันธ์กับตน
- (2) คำสั่งวางข้อกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการรบกวนทำร้ายเด็กซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับตน

ผู้มีความสัมพันธ์กับผู้กระทำความรุนแรงมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลออกคำสั่งคุ้มครองการรบกวนทำร้ายได้ การออกคำสั่งคุ้มครองจากการถูกรบกวนทำร้ายให้ศาลพิจารณาดัง

การรักษาสุขภาพ ความปลอดภัยและความเป็นอยู่ที่ดีของผู้ยื่นคำร้องขอคุ้มครองที่จะได้รับประโยชน์จากการคุ้มครอง

ลักษณะของคำสั่งคุ้มครองประกอบด้วย

(1) คำสั่งห้ามรบกวนเป็นการทั่วไปหรือกล่าวเป็นการเฉพาะห้ามกระทำการใดอันเป็นการรบกวน หรือทำร้ายหรือทั้งสองกรณีก็ได้

(2) คำสั่งห้ามรบกวนโดยกำหนดระยะเวลาแน่นอน หรือจนกว่าจะมีคำสั่งใหม่

(3) คำสั่งห้ามรบกวนระหว่างคู่ความในคดีครอบครัวที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลจนกว่าจะมีคำพิพากษา การถอนฟ้องหรือการจำหน่ายคดี

ซึ่งผู้ร้องขอคุ้มครองอาจแต่งตั้งให้บุคคลอื่นยื่นคำร้องขอคุ้มครองแทนตนโดยต้องปฏิบัติตามระเบียบที่ศาลกำหนดโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 60 การออกคำสั่งคุ้มครองที่อยู่อาศัย และคำสั่งคุ้มครองจากการถูกรบกวน ศาลต้องไต่สวนฟังพยานทั้งสองฝ่าย เว้นแต่มีเหตุฉุกเฉินเร่งด่วนศาลอาจจะไต่สวนฝ่ายเดียวและออกคำสั่งฝ่ายเดียวได้ กล่าวคือไม่ว่าในกรณีใดเมื่อศาลเห็นว่าเป็นธรรมและความสะดวก ศาลอาจออกคำสั่งคุ้มครองที่อยู่อาศัยหรือคุ้มครองจากการถูกรบกวน แม้ว่าผู้ถูกฟ้องหรือจำเลยไม่ได้รับหมายเรียก ในพฤติการณ์ดังต่อไปนี้ เช่น มีภัยอันตรายอาจเกิดกับผู้ร้องหรือเด็กที่เกี่ยวข้อง ถ้าไม่ออกคำสั่งคุ้มครองทันทีผู้ร้องหรือเด็กนั้นอาจได้รับอันตรายจากผู้ก่อเหตุหรือจำเลยอีก หรือความปรากฏว่าผู้ก่อเหตุหรือจำเลยจะกระทำการยับยั้งหรือขัดขวางไม่ให้ผู้ร้องใช้สิทธิยื่นคำร้องขอคุ้มครอง หรือมีเหตุน่าเชื่อว่าผู้ก่อเหตุหรือจำเลยแทรกแซงการใช้สิทธิยื่นคำร้องขอคุ้มครองจนน่าจะเกิดความเสียหายหรือไม่ได้รับการคุ้มครอง

กรณีมีการฝ่าฝืนคำสั่งคุ้มครองและอำนาจจับกุม ถ้าปรากฏว่าผู้ก่อเหตุรุนแรงในครอบครัวมีพฤติการณ์น่าเชื่อว่า จะข่มขู่ หรือก่อเหตุรบกวนทำร้ายผู้ร้องหรือเด็กอีก ศาลจะออกคำสั่งให้จับกุมพร้อมกับคำสั่งคุ้มครองก็ได้ เว้นแต่ศาลจะได้พิจารณาพฤติการณ์ทั้งปวงแล้วเป็นที่พอใจ ว่าผู้ร้องหรือเด็กได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างเพียงพอ ศาลจะไม่ออกคำสั่งให้จับกุมพร้อมกับคำสั่งคุ้มครองก็ได้ ในกรณีศาลได้ออกคำสั่งให้จับกุมถ้าผู้ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งคุ้มครองกระทำการฝ่าฝืนข้อกำหนดในคำสั่งคุ้มครองข้อหนึ่งข้อใด เจ้าพนักงานตำรวจมีอำนาจจับกุมได้ทันทีโดยไม่ต้องให้ศาลออกหมายจับได้ทั้งนี้ เพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งคุ้มครอง เมื่อจับกุมแล้วจะต้องรีบนำตัวไปมอบให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจภายใน 24 ชั่วโมงนับแต่เวลาจับกุม ในกรณีศาลไม่ได้ออกคำสั่งให้จับกุมด้วย หากผู้ที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งคุ้มครองไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในคำสั่งคุ้มครองทั้งหมดหรือบางข้อผู้ร้องมีสิทธิร้องขอให้ศาลออกหมายจับได้ แต่ศาลจะออก

หมายจับได้ต่อเมื่อผู้ร้องต้องสาบานตนและแถลงให้ศาลทราบว่ามีเหตุน่าเชื่อว่าผู้ที่ต้องปฏิบัติ ตามคำสั่งคุ้มครองจงใจไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในคำสั่งคุ้มครอง ในกรณีนี้เมื่อมีการจับกุมตัวผู้ ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งคุ้มครองตามหมายจับแล้วให้นำตัวส่งศาลที่ออกหมายจับทันที ศาลมี อำนาจให้ขังได้เว้นแต่ศาลจะอนุญาตให้ประกันตัวไป

2 การคุ้มครองผู้ที่ถูกคุกคามตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองจากการถูก คุกคาม (The Protection from Harassment Act 1997) PHA 1997³⁶

โดยที่กฎหมายครอบครัว FLA 1996 ให้การคุ้มครองเกี่ยวกับการครอบครองทรัพย์สิน หรือที่อยู่อาศัยและให้การคุ้มครองให้พ้นจากการถูกรบกวนทำร้าย แต่จำกัดเฉพาะผู้ก่อเหตุ ความรุนแรงในครอบครัวที่มีส่วนสัมพันธ์ทางครอบครัวกับผู้ร้องหรือเด็กที่ถูกทารุณกรรมเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองจากการถูกคุกคาม PHA 1997 จึงให้อำนาจศาล ออกคำสั่งคุ้มครองบุคคลจากการคุกคามหรือการกระทำใดอันมีลักษณะคล้ายกันจากบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์ในครอบครัว เจตนารมณ์พระราชบัญญัติ PHA 1997 กำหนดให้การคุกคามเป็น ความผิดอาญาขึ้นมาอีกฐานหนึ่ง และกำหนดวิธีการเยียวยาทางแพ่ง การคุกคามนั้นจะต้อง ประกอบด้วยการกระทำใดๆหรือพฤติกรรมที่น่าอับอายและรำคาญ (pursuing a course of conduct) สาระสำคัญของ พระราชบัญญัติ PHA 1997 แยกได้ดังนี้

(1) การคุ้มครองจากการถูกคุกคาม (protection from harassment)

พระราชบัญญัติ PHA 1997 ห้ามกระทำการอันมีลักษณะเป็นการคุกคามกล่าวคือ มาตรา 1(1) บัญญัติว่า บุคคลจะต้องไม่กระทำการอันมีลักษณะดังต่อไปนี้ คือ การกระทำการใด ซึ่งถือได้ว่าเป็นการคุกคามบุคคลอื่น หรือกระทำการใดที่ผู้กระทำรู้ว่าเป็นการคุกคามบุคคลอื่น

(2) การกระทำอันเป็นการคุกคามผู้อื่นเป็นความผิด ซึ่งมีโทษคือ ผู้ใดกระทำความ ผิดคุกคามผู้อื่นเป็นความผิดโทษมีโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกินกว่าระดับ 5 ของ มาตรฐานโทษหรือทั้งจำทั้งปรับ

(3) การกระทำคุกคามและการเยียวยาทางแพ่ง

ซึ่งกำหนดวิธีการเยียวยาทางแพ่งในกรณีที่มีการคุกคามดังต่อไปนี้ คือ ผู้ที่ได้รับ ความเดือดร้อนจากการคุกคามมีสิทธิฟ้องและเรียกค่าเสียหายจากผู้ก่อเหตุคุกคามได้ และมี

³⁶ วัชรินทร์ บัจเจกวิญญูสกุล, .อุทัยวรรณ แจ่มสุธี, อำนาจ เนตยสุภา "รายงานการวิจัย".รายงาน วิจัยการประเมินกระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองสวัสดิภาพบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัว , หน้า 142-145.

สิทธิร้องขอต่อศาลสูง หรือศาลเมืองให้ออกคำสั่งบังคับหรือข้อกำหนด มิให้กระทำการใดๆซึ่งถือว่าเป็นการคุกคามและถ้าโจทก์เห็นว่าจำเลยกระทำการใดๆซึ่งเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งห้ามของศาลในกรณีเช่นนี้โจทก์มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลออกหมายจับ เพื่อจับกุมจำเลยที่กระทำการฝ่าฝืนคำสั่งห้ามของศาลได้หากจำเลยได้กระทำการฝ่าฝืนคำสั่งห้ามของศาลถือว่าเป็นความผิด เมื่อเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้แล้วย่อมไม่เป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลอีก

(4) การออกคำสั่งห้ามรบกวนหรือจำกัดการคุกคาม

ในกรณีที่มีการลงโทษผู้กระทำความผิดตาม พระราชบัญญัติ PHA 1997 แล้วศาลมีอำนาจออกคำสั่งห้ามจำเลยมิให้กระทำการใดอันเป็นการคุกคามผู้เสียหายคำสั่งที่ศาลจะออกได้ ต้องเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายหรือบุคคลใดๆที่ระบุในคำสั่ง เพื่อให้พ้นจากภัยอันตราย คำสั่งห้ามดังกล่าวย่อมมีผลเฉพาะระยะเวลาใดเวลาหนึ่งหรือจนกว่าศาลจะมีคำสั่งใหม่ พนักงานอัยการหรือจำเลย หรือบุคคลใดที่ถูกระบุไว้ในคำสั่งคุ้มครองการคุกคามมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลที่ออกคำสั่งให้เปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนเสียได้ และในกรณีจำเลยกระทำการใดๆอันเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งตามบทบัญญัตินี้โดยปราศจากเหตุผลอันสมควรถือเป็นความผิดอาญาและมีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ถ้าเป็นคดีความผิดลหุโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ

อย่างไรก็ดี ศาล Magistrate จะให้อำนาจจับกุมเฉพาะเมื่อจำเป็นเพื่อให้คำสั่งมีประสิทธิภาพเท่านั้น หากเจ้าพนักงานมีเหตุอันควรสงสัยว่าจำเลยได้กระทำการฝ่าฝืนคำสั่งดังกล่าวอาจถูกจับกุมได้ และต้องนำตัวผู้ถูกจับกุมมาส่งศาล Magistrate ภายใน 24 ชั่วโมง ในกรณีที่ศาล Magistrate ไม่ได้ให้อำนาจจับกุมไว้ในคำสั่งและจำเลยไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง ผู้ร้องอาจขอออกหมายจับเพื่อให้จับกุมจำเลยได้ ผู้ที่กระทำความผิดในการฝ่าฝืนคำสั่งของศาลดังกล่าวอาจถูกปรับตั้งแต่ 1,000 ปอนด์ หรือจำคุกไม่เกิน 2 เดือน³⁷

การคุ้มครองความรุนแรงในครอบครัวของอังกฤษนั้นตามพระราชบัญญัติ FLA 1996 และ PHA 1997 ได้ให้การคุ้มครองผู้ที่ได้รับความรุนแรงกว้างขวางซึ่งมีได้จำกัดเฉพาะบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับทางครอบครัวเท่านั้นโดยเฉพาะพระราชบัญญัติ PHA 1997 ให้การคุ้มครองกว้างยิ่งขึ้นกำหนดให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาทางแพ่ง โดยเฉพาะกำหนดให้การฝ่าฝืนคำสั่งบังคับหรือคำสั่งคุ้มครองสวัสดิภาพเป็นความผิดอาญาด้วย

³⁷ P.M. Bromley and N.V. Lown , Bromley ' s Family Law , 7 th edition (London : Butterworths , 1987) , pp .165 – 166.

3.2.3 ประเทศออสเตรเลีย

มาตรา 114 ของ Family Law Act , 1975 บัญญัติให้ศาลครอบครัวแห่งออสเตรเลียและศาลครอบครัวมลรัฐออสเตรเลียตะวันตกรวมถึงศาลท้องถิ่นในทุกมลรัฐมีอำนาจออกคำสั่งคุ้มครองคู่สมรสหรือบุคคลในครอบครัว ความสัมพันธ์กับคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

คำสั่งคุ้มครองบุคคลเป็นคำสั่งที่ห้ามรบกวนหรือก่อกวนความยุ่งยาก (non - molestation) รวมทั้งคำสั่งในกรณีอื่นๆเพื่อห้ามหรือยับยั้ง (restrain) พฤติกรรมที่เป็นความผิดอาญา (offensive behavior) หรือการรบกวนอย่างเกินสมควร (undue interference)³⁸ นอกจากนี้ยังให้ศาลออกคำสั่งเกี่ยวกับการใช้หรือการครอบครองบ้านที่คู่สมรสอาศัยอยู่ร่วมกัน (matrimonial home) คำสั่งประเภทนี้อาจมีผลขับไล่คู่สมรสที่ทำร้ายอีกฝ่ายหนึ่งออกไปจากที่อยู่อาศัยได้ โดยศาลมีอำนาจออกคำสั่งห้ามคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมิให้เข้าไปหรือยังคงอยู่ในบ้านหรือสถานที่อื่นใดที่ผู้ร้องอยู่อาศัยหรือทำงาน หรือสถานศึกษา หรือสถานที่ทำงานของบุตร แม้สถานที่นั้นจำเลยจะเป็นเจ้าของแต่ผู้เดียวก็ตาม คำสั่งคุ้มครองบุคคลตามมาตรา 114 (1) นี้ คู่สมรสอาจร้องขอได้โดยไม่ต้องดำเนินคดีหย่าหรือกระบวนการอื่นๆตามกฎหมายครอบครัว และในกรณีเร่งด่วนศาลอาจออกคำสั่งโดยกระบวนการพิจารณาคำร้องฝ่ายเดียวได้³⁹ อีกทั้งกระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับคำสั่งคุ้มครองของศาลครอบครัวใช้มาตรฐานการพิสูจน์พยานหลักฐานในทางแพ่งเพียงมีความน่าเชื่อถือว่าก็เพียงพอที่จะออกคำสั่งได้

เมื่อศาลครอบครัวออกคำสั่งคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตามกฎหมายครอบครัวมาตรา 114(1) ผู้ได้รับคำสั่งจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งศาล หากมีพฤติการณ์ปรากฏว่าฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ให้ศาลมีอำนาจลงโทษปรับไม่เกิน 1,000 เหรียญออสเตรเลีย หรือให้หาประกันหรือลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลซึ่งอาจเป็นโทษปรับหรือจำคุกหรือทั้งจำทั้งปรับก็ได้ นอกจากนี้ศาลอาจกำหนดอำนาจจับกุมตามคำสั่งคุ้มครองบุคคลหากจำเลยได้กระทำหรือขู่ร้ายว่าจะทำร้ายร่างกายหรือมีพฤติการณ์น่าเชื่อว่าจำเลยจะกระทำการเช่นนั้น อย่างไรก็ตามศาลจะออกคำสั่งให้จับกุมผู้กระทำการฝ่าฝืนคำสั่งได้เฉพาะเมื่อผู้ร้องได้ร้องขอโดยเจาะจงให้กระทำเช่นนั้น เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจมีเหตุอันควรสงสัยว่าคำสั่งที่ให้อำนาจจับกุมได้ถูกฝ่าฝืนก็มีอำนาจ

³⁸ Peter Edward Nygh , A Guide to the Family Law Act 1975, (Sydney : Butterworths, 1978), p.34.

³⁹ Australian Law Reform Commission , Domestic Violence , Report No. 30. (Canberra : A.G.P.S., 1986)p.35.

จับกุมได้ทันที อย่างไรก็ตามศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดได้ต่อเมื่อผู้ร้องขอให้ศาลดำเนินการกับผู้กระทำการฝ่าฝืน มิฉะนั้นศาลต้องปล่อยตัวผู้กระทำความผิดทันทีและต้องนำตัวผู้กระทำความผิดมายังศาลภายใน 24 ชั่วโมง อย่างไรก็ตามศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดทันทีตามมาตรา 114 AA (4) (b)⁴⁰

ผู้ที่มีสิทธิร้องขอคุ้มครองจากศาล โดยปกติเฉพาะคู่สมรสที่ถูกอีกฝ่ายหนึ่งทำร้ายเท่านั้นที่สามารถร้องขอคุ้มครองได้ แต่ในบางมลรัฐ เช่น มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ มลรัฐออสเตรเลียใต้และมลรัฐ ออสเตรเลียตะวันตก อนุญาตให้เจ้าพนักงานตำรวจสามารถร้องขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองจากศาลเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหายได้ด้วย กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการร้องขอคำสั่งคุ้มครองในมลรัฐออสเตรเลียใต้และออสเตรเลียตะวันตก คือ ต้องร้องขอให้ศาลออกหมายเรียกผู้กระทำความผิดมาทำการไต่สวน แต่ในนิวเซาท์เวลส์นั้น ผู้กระทำความผิดอาจถูกเรียกตัวมาศาลโดยหมายเรียกและถ้าเป็นคดีร้ายแรงก็อาจจะใช้หมายจับได้

มลรัฐออสเตรเลียใต้มีกฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งคุ้มครอง ให้ Court of summary Jurisdiction มีอำนาจในคดีที่จำเลยได้กระทำ หรือเชื่อว่าจะกระทำการบางอย่าง และน่าเชื่อว่าจะมีการกระทำซ้ำต่อไปหากไม่มีการยับยั้งจากศาลจึงให้อำนาจศาลออกคำสั่งยับยั้งมิให้จำเลยกระทำการใดๆ ที่ยังผลให้เกิดอันตรายใดๆต่อร่างกายหรือทรัพย์สินของผู้ร้อง หรือลักษณะที่เป็นความผิดอาญาฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อย โดยศาลมีอำนาจออกคำสั่งยับยั้งจำเลยได้เท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้จำเลยกระทำการในลักษณะที่น่าหวาดกลัวดังกล่าว ส่วนกฎหมายของมลรัฐควีนแลนด์ Peace and Good Behavior Act 1982 อนุญาตให้ศาล Magistrate's Court มีอำนาจออกคำสั่งได้หากเห็นว่าจำเลยมีพฤติกรรมที่น่าเชื่อว่าจะทำร้ายร่างกายผู้ร้อง หากจำเลยฝ่าฝืนคำสั่งคุ้มครองของศาลถือเป็นความผิดอาญา⁴¹

มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ มาตรา 547 AA ใน Family Law Act 1975 ได้กำหนดกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการออกคำสั่งสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา โดยอนุญาตให้คู่สมรสหรือเจ้าพนักงานตำรวจยื่นคำร้องอ้างถึงเหตุการณ์หรือสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในครอบครัว ดังนั้นในการพิจารณาคดีศาลจึงมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับความประพฤติของจำเลยซึ่งปกติจะกำหนดให้จำเลยแยกไปอยู่ห่างจากผู้ร้อง และหากเป็นกรณีที่ผู้ร้องต้องการอยู่ร่วมกันต่อไปคำสั่งของศาลอาจกำหนดเพียงว่าห้ามจำเลยทำร้ายร่างกาย หรือกระทำการรบกวนหรือก่อก

⁴⁰ Austrian Law Reform Commission , supra note 24 , p.36.

⁴¹ Robyn Lansdowne , "Domestic Violence Legislation in New South Wales" UNSW Law Journal , Vol.8 (1985) : 86-87

ความยุ่งยาก หรือรังควานผู้ร้องอีก คำสั่งนี้มีผลใช้บังคับได้ไม่เกิน 6 เดือน นอกเหนือจากกระบวนการพิจารณาความดังกล่าวข้างต้นแล้ว ในมลรัฐออสเตรเลียใต้ มลรัฐออสเตรเลียตะวันตก มลรัฐนิวเซาท์เวลล์ และ Austrian Captial Territory ศาลมีอำนาจออกคำสั่งคุ้มครองผู้ร้องได้ทันที แต่หลังจากนั้นต้องส่งหมายเรียกให้จำเลยมาศาลเพื่อให้โอกาสจำเลยโต้แย้งคัดค้านคำสั่งได้ นอกจากนี้ศาลยังมีอำนาจออกคำสั่งให้จำเลยออกไปจากบ้านของคู่สมรสได้ โดยเป็นมาตรการชั่วคราวส่วนหนึ่งของคำสั่งคุ้มครองที่ออกโดยศาล แต่คำสั่งนี้ไม่มีผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแต่อย่างใด⁴²

ผลจากการที่ศาลออกคำสั่งคุ้มครองการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเป็นความผิดอาญาในตัวเอง นอกจากนั้นเจ้าพนักงานตำรวจในมลรัฐออสเตรเลียใต้ มลรัฐออสเตรเลียตะวันตก มลรัฐนิวเซาท์เวลล์ และ Austrian Captial Territory อาจทำการจับกุมผู้กระทำการฝ่าฝืนคำสั่งโดยไม่มีหมายจับได้ การที่กฎหมายบัญญัติให้การฝ่าฝืนคำสั่งของศาลเป็นความผิดอาญาขึ้นมาใหม่เช่นนี้ก็เท่ากับเป็นการเพิ่มความรับผิดชอบในทางอาญาให้กับตัวจำเลยเพิ่มขึ้น และยิ่งไปกว่านั้นการพิสูจน์ว่าตัวจำเลยกระทำการฝ่าฝืนคำสั่งคุ้มครองหรือไม่ก็จะมีความง่ายกว่าการพิสูจน์ในเรื่องอื่นๆ เช่นการพิสูจน์ในเรื่องของลักษณะหรือรูปแบบที่จะถือว่าเป็นการทำร้ายที่เกิดจากการกระทำของสามี⁴³

สรุปแล้ว ปัจจุบันหลายประเทศใช้คำสั่งคุ้มครองทางแพ่งในการแก้ไขปัญหาการทำร้ายระหว่างคู่สมรสอันถือเป็นความรุนแรงในครอบครัว โดยให้ผู้ที่ถูกกระทำรุนแรงหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมีสิทธิยื่นคำร้องขอคุ้มครองสวัสดิภาพต่อศาล โดยให้อำนาจศาลไม่ว่าจะเป็นศาลครอบครัว หรือศาลอื่นออกคำสั่งเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพเพื่อให้ยุติการกระทำรุนแรง และมีคำสั่งให้ผู้ก่อเหตุรุนแรงเข้ารับการรักษา แก๊ซบำบัดฟื้นฟู หรือมีคำสั่งห้ามรบกวนหรือแม้กระทั่งในประเทศอังกฤษมีกฎหมายเกี่ยวกับการครอบครองที่อยู่อาศัยโดยให้ผู้ก่อเหตุรุนแรงออกจากที่อยู่อาศัย แม้จะเป็นสินสมรสของตนก็ตาม

ซึ่งผลของคำสั่งคุ้มครองสวัสดิภาพหากมีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งคุ้มครองเป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล อันมีสภาพบังคับได้ทันที เช่น ในประเทศออสเตรเลียนั้นตำรวจสามารถจับกุมผู้กระทำการฝ่าฝืนคำสั่งได้โดยไม่มีหมายจับ และยิ่งไปกว่านั้นการพิสูจน์ว่าตัวจำเลยกระทำการฝ่าฝืนคำสั่งคุ้มครองหรือไม่ก็จะมีความง่ายกว่าการพิสูจน์ในเรื่องอื่นๆ เช่นการ

⁴² Ibid . p .82.

⁴³ Austrian Law Reform Comission , supra note 24 , p. 40-42.

พิสูจน์ในเรื่องลักษณะหรือรูปแบบที่จะถือว่าเป็นการทำร้ายที่เกิดระหว่างคู่สมรส อีกทั้งมาตรการเยียวยาแก้ไขฟื้นฟูทางสังคมต่อผู้กระทำรุนแรงก่อนที่จะนำผู้กระทำรุนแรงเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นการให้โอกาสผู้กระทำรุนแรงได้มีโอกาสแก้ไขกลับตัวกลับใจเพื่อให้ครอบครัวมีโอกาสดำรงอยู่อย่างปกติสุข และครอบครัวไม่เกิดความแตกแยก

จากการศึกษาพบว่ากระบวนการยุติธรรมที่มีอยู่ในปัจจุบันของไทยยังไม่มีมาตรการที่กำหนดการคุ้มครองผู้ถูกกระทำรุนแรงในครอบครัวโดยตรง จึงไม่สามารถสนองตอบต่อปัญหาความรุนแรงในครอบครัวได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ดังนั้น ปัญหาความรุนแรงในครอบครัวจึงยังคงเป็นปัญหาที่ยังไม่ได้รับการแก้ไขอย่างจริงจัง รวมทั้งไม่ได้รับการคุ้มครองแก้ไขเยียวยาจากรัฐอย่างมีประสิทธิภาพแตกต่างจากมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศที่ได้ศึกษามาพบว่าในต่างประเทศมีการใช้มาตรการทางแพ่งในการออกคำสั่งคุ้มครองสวัสดิภาพและป้องกันคู่สมรสจากความรุนแรงในครอบครัว โดยกำหนดให้ศาลเป็นผู้ออกคำสั่งเพื่อคุ้มครองคู่สมรสจากความรุนแรงในครอบครัวแทนการดำเนินคดีอาญา เป็นการแก้ไขเยียวยาปัญหาความรุนแรงได้ดีและมีประสิทธิภาพ