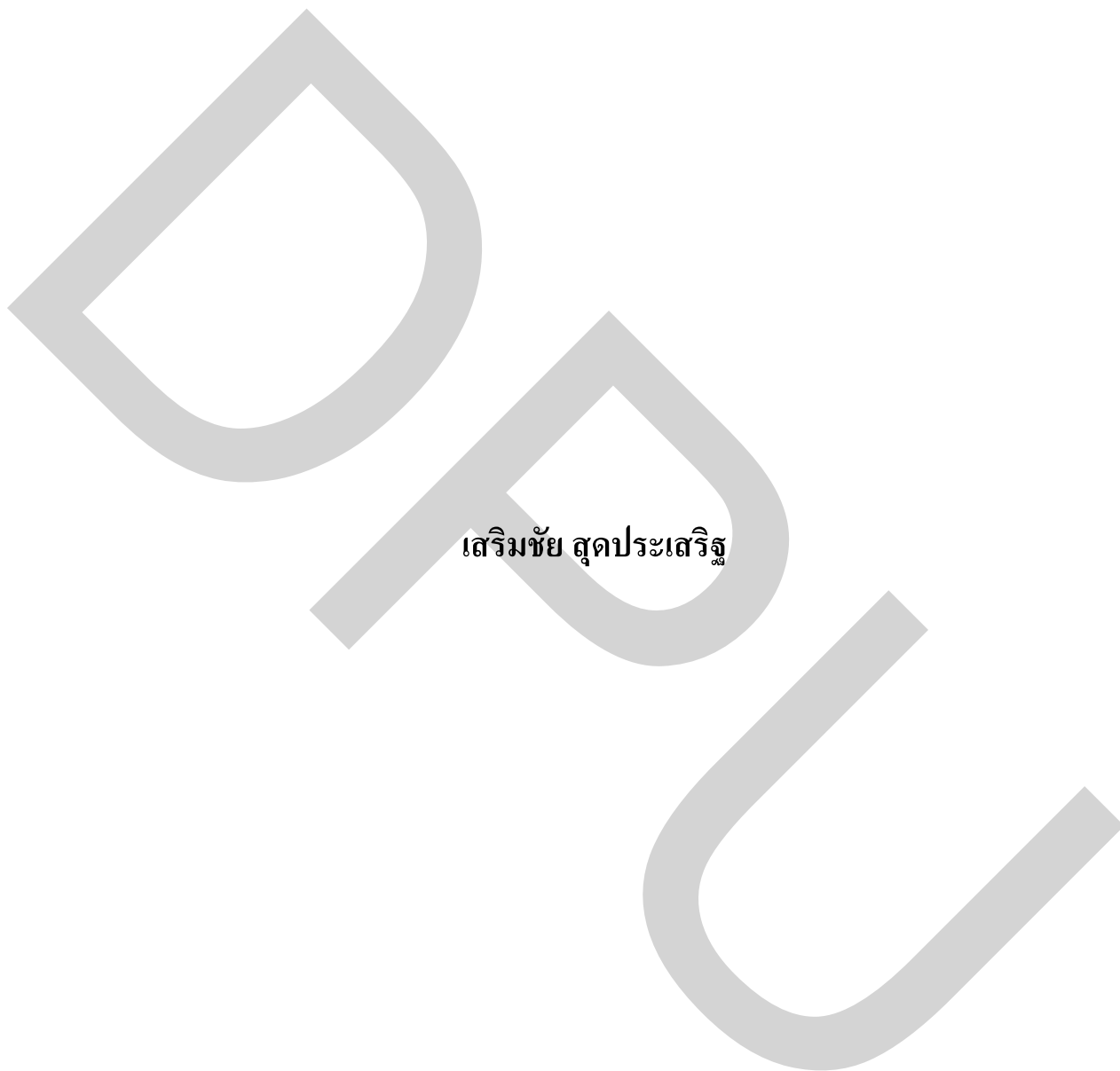


มาตรการเสริมทางอาญาที่เหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศ  
ที่กระทำต่อบุตรของตนเอง



เสริมชัย สดุดประเสริฐ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

พ.ศ. 2554

**Suitable Criminal Measures for the sexual offense committed  
against his or her own child**



**SEARMCHAI SUDPRASERT**

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws  
Department of Law  
Graduate School, Dhurakij Pundit University**

**2011**

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้บรรลุความสำเร็จลงได้เป็นอย่างดี ด้วยความกรุณาของรองศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา ตลอดจนให้คำชี้แนะแนวทางให้คำปรึกษา และตรวจแก้ไขวิทยานิพนธ์เล่มนี้ อีกทั้งให้กำลังใจแก่ผู้เขียนตลอดมา

ขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ที่กรุณารับเป็นประธานและให้คำชี้แนะรองอาจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และอาจารย์ ดร.อุทัย อาทิเวช ที่ให้เกียรติรับเป็นกรรมการ และให้คำแนะนำ เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงไปด้วยดี

ขอขอบคุณแรงใจจากคุณพ่อและคุณแม่ รวมทั้งพี่สาวของผู้เขียน ที่ให้ความสำคัญในการศึกษา และสนับสนุนในทุกๆ สิ่งที่ถูกและน้องคนนี้อย่างดีตลอดมา

ขอขอบคุณพี่ๆ และเพื่อนๆ ที่คอยให้คำแนะนำแก่ผู้เขียน และให้กำลังใจในยามท้อ ช่วยชี้แนะแนวทางเพื่อให้งานเขียนนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

อนึ่ง หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีประโยชน์ประการใดขอมอบไว้แต่อาจารย์ผู้ให้ความรู้ทุกท่าน หากมีความผิดพลาดและข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอยอมรับในความผิดพลาดทุกประการไว้แต่เพียงผู้เดียว

เสริมชัย สูดประเสริฐ

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ฉ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
<b>บทที่</b>	
<b>1. บทนำ.....</b>	<b>1</b>
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	7
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	7
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	8
<b>2. หลัก ทฤษฎี แนวความคิดในการลงโทษ มาตรการเสริม และบทลงโทษ</b>	
<b>    แก่การกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเอง.....</b>	<b>9</b>
2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการนำมาตรการเสริมมาใช้ในคดีอาญา.....	9
2.1.1 แนวคิดที่ว่าด้วยทฤษฎีป้องกันสังคม.....	9
2.1.2 แนวคิดที่ว่าด้วยเรื่องไม่มีความชั่วไม่มีโทษ.....	14
2.1.3 หลักที่ค้ำนึ่งถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล.....	14
2.2 ทฤษฎีและแนวความคิดในการลงโทษ.....	16
2.2.1 ทฤษฎีการลงโทษ.....	16
2.2.1.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน.....	16
2.2.1.2 ทฤษฎีการลงโทษแบบบรรณาธิปไตย.....	16
2.2.1.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคม.....	17
2.2.1.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด.....	17
2.2.2 แนวความคิดในการลงโทษ.....	20
2.2.2.1 แนวความคิดทางจิตวิทยา.....	20
2.2.2.2 แนวความคิดทางปรัชญาและอาชญาวิทยา.....	21

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.2.2.3 แนวความคิดทางการแพทย์.....	22
2.2.2.4 แนวความคิดทางสังคมวิทยา.....	23
2.3 แนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตร.....	24
2.3.1 เหตุผลทางด้านจารีตประเพณีศีลธรรมและศาสนา.....	24
2.3.2 เหตุผลทางด้านพันธุกรรม.....	25
2.3.3 เหตุผลทางด้านสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา.....	26
2.4 แนวคิดความเป็นมาของมาตรการเสริม.....	28
2.4.1 การจำคุกและให้ทำงานหนัก.....	29
2.4.2 การจำคุก.....	29
2.4.3 การกักขัง.....	29
2.5 บทลงโทษในทางแพ่งและทางอาญาต่อผู้ฝ่าฝืนความผิดทางเพศ ที่กระทำต่อบุตร.....	31
2.5.1 บทลงโทษในทางแพ่งต่อผู้ฝ่าฝืนความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร.....	31
2.5.2 บทลงโทษในทางอาญาต่อผู้ฝ่าฝืนความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร.....	32
<b>3. บทลงโทษและมาตรการเสริมทางอาญาในต่างประเทศ.....</b>	<b>34</b>
3.1 บทลงโทษและมาตรการเสริมทางอาญาในประเทศอังกฤษ.....	34
3.1.1 บทลงโทษในประเทศอังกฤษ.....	34
3.1.2 มาตรการเสริมทางอาญาในประเทศอังกฤษ.....	40
3.2 บทลงโทษและมาตรการเสริมทางอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	42
3.2.1 บทลงโทษในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	42
3.2.2 มาตรการเสริมทางอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	48
3.3 บทลงโทษและมาตรการเสริมทางอาญาในประเทศมาเลเซีย.....	50
3.3.1 บทลงโทษในประเทศมาเลเซีย.....	50
3.3.2 มาตรการเสริมทางอาญาในประเทศมาเลเซีย.....	53
3.4 บทลงโทษและมาตรการเสริมทางอาญาในประเทศฝรั่งเศส.....	55
3.4.1 บทลงโทษในประเทศฝรั่งเศส.....	55
3.4.2 มาตรการเสริมทางอาญาในประเทศฝรั่งเศส.....	65

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
<b>4. วิเคราะห์การนำมาตรการเสริมมาใช้ในความผิด</b>	
<b>ฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเอง.....</b>	<b>69</b>
<b>4.1 มาตรการเสริมที่เหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศ</b>	
<b>ต่อบุตรตามกฎหมายไทย.....</b>	<b>69</b>
<b>4.1.1 กฎหมายตราสามดวง.....</b>	<b>69</b>
<b>4.1.1.1 ประวัติความเป็นมาของกฎหมายตราสามดวง.....</b>	<b>69</b>
<b>4.1.1.2 บทบัญญัติของกฎหมาย.....</b>	<b>70</b>
<b>4.1.2 ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127.....</b>	<b>74</b>
<b>4.1.3 ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับปัจจุบัน.....</b>	<b>76</b>
<b>4.1.3.1 ประวัติความเป็นมาของประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน.....</b>	<b>76</b>
<b>4.1.3.2 บทบัญญัติของกฎหมาย.....</b>	<b>77</b>
<b>4.1.4 มาตรการทางกฎหมาย.....</b>	<b>83</b>
<b>4.1.4.1 วิธีการเพื่อความปลอดภัย.....</b>	<b>83</b>
<b>4.1.4.2 การทำงานบริการสังคม.....</b>	<b>86</b>
<b>4.2 บทลงโทษและมาตรการเสริมของไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ.....</b>	<b>87</b>
<b>4.2.1 บทลงโทษ.....</b>	<b>87</b>
<b>4.2.2 มาตรการเสริม.....</b>	<b>90</b>
<b>4.3 การกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเอง</b>	
<b>กรณีที่เป็นความผิดกับกรณีที่ไม่เป็นความผิด.....</b>	<b>92</b>
<b>4.3.1 กรณีที่เป็นความผิด.....</b>	<b>92</b>
<b>4.3.2 กรณีที่ไม่เป็นความผิด.....</b>	<b>94</b>
<b>4.4 วิเคราะห์มาตรการเสริมที่ควรนำมาใช้แก่ผู้กระทำความผิดทางเพศ</b>	
<b>ที่กระทำต่อบุตรของตนเอง.....</b>	<b>96</b>
<b>4.4.1 มาตรการถอนอำนาจปกครอง.....</b>	<b>96</b>
<b>4.4.2 มาตรการการทำงานบริการสังคม.....</b>	<b>97</b>
<b>4.4.3 มาตรการคุมความประพฤติแบบเข้มงวด.....</b>	<b>98</b>
<b>4.4.4 มาตรการบำบัดทางจิต.....</b>	<b>101</b>

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
<b>5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....</b>	<b>102</b>
5.1 บทสรุป.....	102
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	106
<b>บรรณานุกรม.....</b>	<b>110</b>
<b>ประวัติผู้เขียน.....</b>	<b>117</b>

หัวข้อวิทยานิพนธ์      มาตรการเสริมทางอาญาที่เหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำ  
 ต่อบุตรของตนเอง  
 ชื่อผู้เขียน              เสริมชัย สูดประเสริฐ  
 ชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา      รองศาสตราจารย์ ดร.อุคม รัฐอมฤต  
 สาขาวิชา                  นิติศาสตร์  
 ปีการศึกษา                2553

### บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งหมายเพื่อศึกษาถึงการกำหนดมาตรการเสริมขึ้นมาใช้บังคับแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองเพื่อเป็นเสมือนเกราะป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดที่กระทำความผิดทางเพศต่อบุตรของตนเอง แม้ว่าในปัจจุบันจะมีบทบัญญัติทางกฎหมายมาตรา 285 มารองรับก็ตามแต่ก็ไม่อาจจะป้องกันการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองได้ อันเป็นปัญหาของสังคมไทยตลอดมา ซึ่งทำให้ผู้เขียนมีความสนใจใคร่ทำการศึกษาเกี่ยวกับแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวเพื่อสามารถทำความเข้าใจได้ว่าเหตุใดมีความรุนแรง โดยได้ศึกษาแนวคิดของนักกฎหมายในทางตำราภาษาไทยและภาษาต่างประเทศอีกทั้งได้ศึกษาเปรียบเทียบมาตรการเสริมของต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศมาเลเซีย และประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นแนวคิดที่มีอิทธิพลต่อนักกฎหมายไทยทั้งในอดีตและปัจจุบัน

มาตรการเสริมทางอาญาจึงมีความจำเป็นเพื่อนำมาใช้แก่ผู้กระทำความผิดทางเพศระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองและคงไว้ซึ่งการให้ความคุ้มครองแก่เด็กผู้เสียหายอย่างแท้จริง เพราะเด็กถือเป็นทรัพยากรอันมีค่าที่จะต้องให้ความคุ้มครองและป้องกันจากผู้กระทำความผิดอย่างถึงที่สุด และต้องมีการแก้ไขผู้กระทำความผิดเพื่อ โดยการแก้ไขเพื่อให้กลับคืนสู่สังคมไทยได้อย่างแท้จริง

ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว เราควรมีมาตรการเพิกถอนอำนาจปกครอง มาตรการการคุมประพฤติแบบเข้มงวด มาตรการบำบัดทางจิต มาตรการทำงานบริการสังคมเพื่อเป็นมาตรการเสริมทางอาญาที่เหมาะสมเพื่อที่จะทำให้อุทธรณ์มีประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้น เพื่อเป็นมาตรการป้องปรามผู้กระทำความผิดมิให้กระทำความผิดซ้ำขึ้นและยังช่วยคุ้มครองเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหาย ซึ่งต้องคำนึงถึงพื้นฐานของครอบครัว ที่สมาชิกภายในครอบครัวต้องแสดงบทบาทหน้าที่ความรับผิดชอบต่อกัน เพื่อก่อให้เกิดความมีประสิทธิผลในกฎหมายมากยิ่งขึ้น ภายใต้อารมณ์ความรัก ความเข้าใจ ความผูกพันกัน ความเอื้ออาทรและปรารถนาดีต่อกัน ช่วยเหลือเกื้อกูลกัน



Thesis Title	Suitable Criminal Measures for the sexual offense committed against his or her own child.
Author	Searmchai Sudprasert
Thesis Advisor	Associate Professor Dr.Udom Rathamarit
Department	Law
Academic Year	2010

### **ABSTRACT**

This research aims to study a possibility of introducing suitable criminal measures for the sexual offense committed against his or her own child. To prevent recidivism. In spite of Section 285 of the Penal Code coming into force nowadays, the commission of parental offences relating to sexuality against a child cannot be prevented, which is the Thai social problems such problems so that it makes me to be interested in studying how to solve the suitable criminal measures for the sexual offense committed against his or her own child. The methodology of research is to collect and analyze the Thai and foreign lawyers in Thai and foreign textbooks, articles and other researches. In addition, comparative law methodology, such as United States, England, Malaysia and France, is applied in this research.

criminal measures as a result for the sexual offense committed against his or her own child is necessary. Besides, providing effective child protection must be maintained. Children are valuable resource which is worth to be fully protected and completely prevented from offenders. In addition, those offenders should be rehabilitated so that they will be able to be a productive member of Thai society.

In conclusion, to resolve the problems mentioned, such additional measures as revoking parental power, probation, psychotherapy and community services should be introduced in order to strengthen the law so that the law can prevent recidivism and protect victims effectively. Background of a family must be considered an important factor in providing effective child protection. Each member should play their roles and responsibilities to help enhance child protection provided by law. The mixture of an act of love, understanding, strong bond of relations, mutuality, generosity and support.

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กฎหมายอาญาคือ บรรดากฎหมายทั้งหลายระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่น เป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการลงโทษทางอื่น<sup>1</sup>

ความผิดอาญาบางประเภทนอกจากกฎหมายจะกำหนดโทษจำคุก หรือโทษปรับไว้แล้ว ยังบัญญัติให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนหรือจำกัดสิทธิบางอย่างของผู้กระทำความผิด หรือสั่งให้ผู้กระทำความผิดกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อปรากฏว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิด ที่สมควรจะต้องมีคำสั่งของศาลเช่นนั้น กำกับลงไปอีกสถานหนึ่งเป็นพิเศษ

มาตรการดังกล่าว จะบัญญัติไว้สำหรับความผิดบางความผิดในประมวลกฎหมายอาญา และกฎหมายอาญาอื่นๆ เช่น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 332 มีบัญญัติไว้ว่า “ในคดีหมิ่นประมาทซึ่งมีคำพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด ศาลอาจสั่ง

- 1) ให้ยึดหรือทำลายวัตถุหรือส่วนของวัตถุที่มีข้อความหมิ่นประมาท
- 2) ให้โฆษณาคำพิพากษาทั้งหมดหรือบางส่วนในหนังสือพิมพ์หนึ่งฉบับหรือหลายฉบับครั้งเดียวหรือหลายครั้ง โดยให้จำเลยเป็นผู้ชำระค่าโฆษณา”

มาตรการเหล่านี้ ไม่ใช่โทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 หรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามมาตรา 39 นักกฎหมายไทยจึงมีความเห็นแตกต่างกัน กล่าวคือ

ก. ฝ่ายแรก มีความเห็นว่า มาตรการเหล่านี้ แม้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 มิได้บัญญัติว่าเป็นโทษ แต่ก็ถือว่าเป็นโทษอาญาด้วย<sup>2</sup>

ข. ฝ่ายที่สอง มีความเห็นว่า มาตรการเหล่านี้ไม่ใช่โทษอาญา เพราะโทษอาญานั้น กฎหมายจำกัดไว้ 5 อย่าง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18<sup>3</sup>

<sup>1</sup> คณิต ฌ นคร ก (2547). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 30-31.

<sup>2</sup> สหชน รัตนไพจิตร. (2527). *ความประสงค์ของการลงโทษ: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา*. หน้า 21.

<sup>3</sup> โทแมน ภัทรภิรมย์. (2533). *รวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 43 ปีการศึกษา 2533 เล่ม 8*. หน้า 12.

เกี่ยวกับข้อถกเถียงข้างต้น ยังไม่มีข้อยุติที่ชัดเจน และไม่มีการศึกษาอย่างจริงจัง อาจเป็นเพราะเห็นว่าไม่ใช่ปัญหาสำคัญที่มีผลกระทบต่อการปฏิบัติซึ่งอาจจะถูกต้องสำหรับกฎหมายระบบ Common Law แต่สำหรับกฎหมายระบบ Civil Law แล้ว นับว่าตรงกันข้าม ดังจะได้แยกอธิบายดังนี้

1) ในกฎหมายระบบ Common Law ส่วนใหญ่จะใช้วิธีการลงโทษแบบ Unitary System of Punishment<sup>4</sup> คือเป็นระบบที่พยายามนำเอาการลงโทษอาญา การแก้ไขผู้กระทำความผิดนโยบายทางอาชญาวิทยา และทัณฑวิทยามาผสมผสานกันเพื่อใช้ต่อผู้กระทำผิดโดยมิได้แบ่งแยกต่างหากออกจากกันเพราะเห็นว่าการแบ่งแยกการลงโทษจากวิธีการเพื่อความปลอดภัยนั้น เป็นการแบ่งแยกที่เป็นไปไม่ได้โดยข้อเท็จจริง ดังที่ ศาสตราจารย์มุลเลอร์ ได้อธิบายไว้ว่า ในปัจจุบันนี้การลงโทษโดยไม่มีลักษณะของการแก้ไขผู้กระทำความผิดอยู่ด้วยนั้น ย่อมเป็นไปได้

ดังนั้นการแบ่งแยกประเภทของมาตรการบังคับในทางอาญาของระบบนี้ จึงไม่มีผลต่อการบังคับใช้

2) ในกฎหมายระบบ Civil Law ส่วนใหญ่จะใช้ระบบการลงโทษแบบระบบคู่ (Dual System of Punishment and Measure of Safety) คือ ระบบที่แบ่งแยกการลงโทษอันเป็นนโยบายของการลงโทษทางอาญากับวิธีการเพื่อความปลอดภัย และการแก้ไขผู้กระทำความผิด อันเป็นนโยบายของการแก้ไขผู้กระทำความผิด ตามแนวทางอาชญาวิทยา และทัณฑวิทยาออกจากกัน โดยมีทฤษฎีและหลักเกณฑ์ในการใช้แตกต่างกันออกไป เพราะเห็นว่าสามารถนำไปใช้ปฏิบัติได้

<sup>4</sup> อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2520, มกราคม – เมษายน). “ร่างกฎหมายอาญาเปรียบเทียบ ว่าด้วยโทษและทฤษฎีการลงโทษ.” วารสารกฎหมาย, 3. หน้า 50.

<sup>5</sup> ตัวอย่างเช่น “เมื่อเรานำผู้กระทำความผิดมาจำคุก เราคงไม่หวังที่จะเก็บบุคคลเหล่านี้ไว้ในคุกเฉยๆ ดังเช่นการเก็บถังเบียร์สดเอาไว้ในห้องใต้ดิน เราคงต้องทำอะไรสักอย่างอันมีลักษณะของการแก้ไขผู้กระทำความผิดอยู่ด้วย และในอีกด้านหนึ่งแล้ว เราจะต้องไม่หลอกลวงตัวเองว่า วิธีการแก้ไขผู้กระทำความผิด เช่น วิธีการเพื่อความปลอดภัยนั้น ก็มีได้มีลักษณะของการลงโทษทัณฑ์แก่ผู้กระทำความผิดรวมอยู่ด้วย.”

<sup>6</sup> หน้า 51 เกี่ยวกับความเห็นนี้ ดร.เดรห์ ผู้ร่างประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันกล่าวว่า “ใน การแก้ไขผู้กระทำความผิดนั้น แม้ว่าจะต้องคำนึงถึงบุคลิกภาพของตัวผู้กระทำความผิดเป็นสาระสำคัญ ในการกำหนดวิธีการแก้ไขก็ตาม แต่ก็ไม่ได้เกี่ยวข้องไปถึงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดแม้แต่น้อย และถ้าเรานำเอาวิธีการแก้ไขผู้กระทำความผิดนี้มาปะปนกับโทษตามความรับผิดชอบของผู้ที่กระทำความผิดแล้ว โทษก็จะหมดลักษณะแห่งการเป็นโทษที่บุคคลนั้นพึงได้รับ เพื่อตอบแทนแก่สิ่งที่ตนได้กระทำความผิด และบทบาทของตัวโทษในการที่จะป้องปรามมิให้บุคคลอื่นเอาเยี่ยงอย่างก็คงจะสูญสลายหมดไปด้วย” ส่วนอธิบดีกรมอาชญากรรมแห่งญี่ปุ่นยอมรับว่าการแบ่งแยกโทษออกจากวิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นไปได้ยาก แต่ถ้าได้พยายามกำหนดขอบเขตของโทษ และวิธีการเพื่อความปลอดภัยไว้บ้างแล้ว ก็จะเป็นประโยชน์บ้างไม่มากนักน้อย โดยท่านกล่าวว่า “แม้ว่าเราไม่อาจแบ่งแยกการลงโทษออกจากวิธีการเพื่อความปลอดภัยได้โดยเด็ดขาดก็ตามแต่โดยทั่วไปแล้ว วิธีการเพื่อความปลอดภัยนั้นไม่ควรมีลักษณะของโทษเป็นสาระสำคัญ และระยะเวลาหรือการปลดปล่อยผู้ที่จะต้องรับการบำบัดรักษานั้น ก็มีได้กำหนดเอาตามความรับผิดชอบ แต่จะกำหนดตามความจำเป็น สำหรับการบำบัดรักษาเป็นสาระสำคัญ.”

ดังนั้น การแบ่งแยกประเภทของมาตรการบังคับในทางอาญา จึงถือเป็นเรื่องที่มีความจำเป็น

ในกรณีของประเทศไทยซึ่งเป็นกฎหมายระบบ Civil Law และใช้วิธีการลงโทษแบบ Dual System จึงจำเป็นอย่างมากที่จะต้องทำการศึกษาเพื่อหาข้อยุติที่ชัดเจนเกี่ยวกับข้อถกเถียงข้างต้น เพราะจะได้นำไปใช้บังคับให้สอดคล้องกับทฤษฎีและหลักเกณฑ์ของมาตรการแต่ละประเภท

ในการศึกษานั้นได้วางหลักเกณฑ์และข้อจำกัดของโทษอาญา และวิธีการเพื่อความปลอดภัยไว้ก่อน แล้วทำการสำรวจมาตรการที่ใช้บังคับโดยคำพิพากษาของศาลหรือโดยผลของกฎหมายซึ่งไม่ได้ระบุว่าเป็นโทษอาญาหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 หรือมาตรา 39 มาทำการศึกษาวิเคราะห์ว่าเป็นมาตรการประเภทใด หากไม่ใช่โทษอาญาหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามความหมายที่แท้จริงแล้ว ก็ถือว่าเป็นมาตรการพิเศษ ซึ่งเรียกว่า “มาตรการเสริมในทางอาญา” (Subsidiary Sanction)<sup>7</sup>

จึงอาจกล่าวได้ว่า มาตรการเสริมในทางอาญา หมายถึง มาตรการที่บังคับใช้กับผู้กระทำความผิดบางประเภท ซึ่งมาตรการดังกล่าวไม่ใช่โทษทางอาญาหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัย แต่เป็นลักษณะของการผสมผสานกันระหว่างโทษทางอาญา วิธีการเพื่อความปลอดภัย มาตรการบังคับทางอาญา มาตรการบังคับทางแพ่ง และมาตรการบังคับในทางปกครอง เพื่อเป็นเกราะป้องกันการกระทำความผิดซ้ำและยังมีลักษณะของการแก้ไขฟื้นฟู ผู้กระทำความผิดอีกทั้งยังเป็นการเยียวยาความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำความผิดนั้นขึ้นมา โดยมีลักษณะของการมุ่งบังคับใช้แก่ผู้กระทำความผิดในบางความผิด เพื่อมุ่งโดยตรงต่อการให้ความคุ้มครองผู้เสียหายอีกด้วย

มาตรการเสริมทางอาญา จึงถือเป็นขั้นตอนที่มีความสำคัญในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (Criminal Justice) เพราะผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษทางกาย ทางทรัพย์สิน หรือทางอื่นๆ ที่เป็นโทษทางอาญา วิธีการเพื่อความปลอดภัย แต่การบังคับใช้มาตรการเสริมทางอาญาขึ้นมาเพื่อมุ่งโดยตรงต่อผู้กระทำความผิดในความผิดบางฐานความผิดเท่านั้น เพื่อลดการกระทำความผิดซ้ำและแก้ไขฟื้นฟู ผู้กระทำความผิดให้กลับคืนสู่สังคม อันเป็นความประสงค์ในการลงโทษในปัจจุบัน

กฎหมายของไทยแต่เดิมสมัยกรุงศรีอยุธยา ในพระไอยการลักษณะฝ่าฝืนได้บัญญัติห้ามการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองไว้โดยเฉพาะ ดังนี้

<sup>7</sup> วาทีน หนูเกื้อ. (2539). มาตรการเสริมในทางอาญา. หน้า 1-5.

มาตรา 35 บัญญัติว่า หลานทำผู้ด้วยเมียลูกตาปู่อาวอน้ำที่ตนเอง มันผู้มิกลัวเกรง มันมีอาวแก่บับดั่งนั้นให้มันคนร้ายจำใส่ ตรวน ชื่อ ตา เอน้ำมิกสักหน้าทั้ง หญิง ชาย เอาเชือกหนังผูกคอเอาข้อมือที่หวนรอบตลาดแล้วเอาขึ้นขาหย่างยิงด้วยลูกสั้นโคย แลให้ตีด้วยสวดหนึ่งคละ 25-50 ทีแล้วให้ทำแพลอยเสียนอกเมือง อย่าให้ดูเยี่ยงกันถ้าจะไล่ลูกสั้นโคยมิให้ยิงเล่มละ 30000

มาตรา 36 บัญญัติว่า พ่อ แม่ ลูก พี่ น้อง ยายหลาน ตาหลาน ลุง น้ำ หลาน ทำผู้กันไซ้ ให้ทำแพลอยคู้้นเสียนในทะเล ให้เจ้าพ่อ แม่ พี่ น้อง พลเมืองท่านทั้ง 4 ประตุ ไก่ 8 ตัว ให้พระสงฆ์พราหมณาจารย์ สวดมนตรทำพิธีการระงับอุบาทว จันไร น้ำไฟน้ำฝนจึงจะตกเป็นประโยชน์แก่คนทั้งหลาย ฝ่ายพ่อ แม่ พี่ น้อง รู้ว่าลูกหลานทำมิชอบมิได้ว่ากล่าว ท่านว่าเลมิด ให้ลงโทษโดยโทษาญโทษ จะเห็นได้ว่าในพระไอยการลักษณะฝัวเมียนี้มีการบัญญัติความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติไว้เป็นการเฉพาะ และนอกจากนี้ยังมีการลงโทษรวมไปถึง พ่อ แม่ พี่ น้อง ที่รู้ว่าลูก หลาน หรือพี่น้องของตน กระทำการดังกล่าวแล้วมิได้ว่ากล่าวในฐานะเป็นผู้สมรู้เห็นเป็นใจ หรือสนับสนุนด้วย

ต่อมาใน ร.ศ. 127 ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา โดยมีได้มีการบัญญัติความผิดฐานร่วมประเวณีในที่กระทำต่อบุตรของตนเองดังที่ได้บัญญัติไว้ในพระไอยการลักษณะฝัวเมียแต่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ในมาตรา 247 โดยบัญญัติว่า “ความผิดอย่างใดใดที่วามาในมาตรา 243, 244, 245 และ 246 นั้นถ้าผู้กระทำเป็นบิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย กิติ ฯลฯ ท่านว่าระวางโทษของมันผู้กระทำความผิดหนักกว่าที่บัญญัติไว้ใน 4 มาตรา ที่ว่ามานั้นหนึ่งในสาม โดยข้อความในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น กำหนดให้ลงโทษเฉพาะ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ซึ่งเป็นบุพการีให้หนักขึ้นเฉพาะการข่มขืนกระทำชำเราผู้สืบสันดาน และกระทำชำเราผู้สืบสันดานที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี เท่านั้น โดยมีได้กำหนดโทษให้หนักขึ้นแก่ผู้ที่ไปข่มขืนกระทำชำเราบุพการีหรือ พี่ น้อง ลุง ป้า น้ำ อา หลาน บุตรเลี้ยง หรือบุตรบุญธรรมของตนแต่อย่างใดไม่ และไม่มีการกำหนดบทลงโทษแก่หญิงและชายที่เป็นเครือญาติกันที่มีอายุกว่า 12 ปีขึ้นไปร่วมประเวณีโดยความสมัครใจยินยอมต่อกัน ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในพระไอยการลักษณะฝัวเมีย มาตรา 35 และ 36 ด้วย

ปัจจุบันมีความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาการเทคโนโลยี เศรษฐกิจ และสังคมอย่างรวดเร็วแต่ขาดการพัฒนาทางด้านจิตใจ อารมณ์ ทำให้เกิดการเลียนแบบวัฒนธรรมอื่นๆ และมีการยอมรับเอาอิทธิพลของต่างชาติเข้ามา เช่น วัฒนธรรมในการแลกเปลี่ยนคู่นอน ทำหน้าที่ช่วยวน เร้าร้อน และการกอดจูบกันในที่สาธารณะ เช่น ในห้างสรรพสินค้า ตามป้ายรถประจำทาง หรือในสถานที่ๆ จัดให้มีการเดินรำ ตามผับตามบาร์ เป็นต้น

ข้อห้ามในเรื่องการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเอง (Incest) หรือกฎเกณฑ์การสมรส หรือการมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลนอกครอบครัว (Exogamy) นั้น ถือได้ว่าเป็นจารีต (Mores) ของสังคมประเภทหนึ่ง ที่ได้กำหนดและควบคุมถึงรูปแบบของการมีเพศสัมพันธ์ของคนในสังคม

ซึ่ง Incest ถือว่าเป็นความผิดอย่างรุนแรงทั้งทางด้านศีลธรรม และขนบธรรมเนียมประเพณีในทุกยุคทุกสมัย และถือเป็นความผิดปกติทางจิตและผิดต่อกฎหมายด้วย ปัจจุบันยังไม่ทราบถึงสาเหตุที่แน่นอนของโรคนี้นี้ เนื่องจากการพยายามปิดบัง แต่พบว่าส่วนมากมักเกิดในครอบครัวที่มีฐานะทางเศรษฐกิจสังคมต่ำ มากกว่าครอบครัวที่มีฐานะปานกลางหรือสูง ผู้ที่หมกมุ่นเรื่องเพศ ดื่มสุราจัดและมักตกงาน ทำให้มีเวลาว่างอยู่กับครอบครัวมาก ซึ่งความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลร่วมสายโลหิตหรือในครอบครัวเดียวกันที่พบบ่อย คือ ระหว่างพ่อกับลูกสาว หรือพี่กับน้อง ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างแม่กับลูกชายพบน้อยที่สุด ซึ่งพบว่าคนใดคนหนึ่งมักมีปัญหาทางด้านจิตใจเป็นหลัก

“การรักกันฉันท์พ่อแม่พี่น้อง” เป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศที่มีผลรุนแรงมากที่สุดเมื่อเทียบกับการเบี่ยงเบนทางเพศอื่นๆ เช่น รักร่วมเพศ ร่วมเพศกับสัตว์ ชอบโชว์ ฯลฯ เนื่องจากเป็นการทำลายความรัก ความเชื่อใจระหว่างกันในครอบครัว นอกจากนี้ยังทำให้รู้สึกผิดอยู่ตลอด ไม่กล้าเปิดเผยต่อสังคม โดยเฉพาะหากคนที่เป็น “เหยื่อ” นั้นเป็นเด็ก ซึ่งเด็กที่เป็นเหยื่อนั้นจะมีปัญหาทางด้านพัฒนาการทางอารมณ์ และบุคลิกภาพไปทั้งชีวิต จนถึงขั้นโรคจิตฆ่าตัวตาย ยังไม่นับถึงปัญหาท้องระหว่างสายเลือดเดียวกัน การทำแท้ง ฯลฯ และนี่เองก็เป็นสาเหตุอันสำคัญประการหนึ่งอันก่อให้เกิด “ปัญหาสังคม” ที่มีจำนวนความถี่และทวีความรุนแรงเพิ่มขึ้นในยุคสมัยปัจจุบัน โดยในบางกรณีก็เป็นเรื่องโด่งดังระดับลงหน้าหนึ่งของหนังสือพิมพ์ทุกฉบับ เป็นข่าวที่วิพากษ์วิจารณ์ นายโจเซฟ ฟริตเชิล พ่อวัย 73 ปีชาวออสเตรเลีย กักขัง และข่มขืนกระทำชำเราลูกสาวแท้ๆ ของตนเอง ตั้งแต่ลูกสาวอายุเพียง 11 ปี จนถึงอายุ 18 ปี และมีลูกด้วยกัน 7 คน<sup>8</sup> เป็นต้น หรือบ้างก็ปรากฏเพียงถ้อยคำซุบซิบจากเพื่อนบ้าน จากวงศาคณาญาติ และรับรู้กันเพียงระดับชุมชนหมู่บ้านเท่านั้น

ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันได้มีบทบัญญัติในเรื่องการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองเอาไว้ในมาตรา 285 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม”

มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

<sup>8</sup> ซ็อกโลก พ่อข่มขืนใจลูกสาวตัวเอง ท้องลูก 7 คน ขังไว้ห้องใต้ดิน 24 ปี สืบค้นเมื่อ 29 เมษายน 2551, จาก [www.Dek-d.com](http://www.Dek-d.com).

มาตรา 277 ทวิ บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 277 วรรคหนึ่งหรือวรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้กระทำ

1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต

ในส่วนนี้จะขอกล่าวเฉพาะกรณีเพศสัมพันธ์ที่บิดากระทำต่อบุตรของตนเองเท่านั้นจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 285 ลงโทษกรณีเพศสัมพันธ์ที่บิดากระทำต่อบุตรของตนเองได้เฉพาะความผิดที่กระทำต่อเด็กซึ่งอายุไม่เกินสิบห้าปีไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่เท่านั้นที่เป็นความผิด แต่ถ้ากระทำความผิดต่อเด็กที่อายุเกินกว่าสิบห้าปีไม่ถือว่าเข้าตามมาตรา 285 นี้ จึงไม่อาจจะเพิ่มโทษ หนึ่งในสามในความผิดที่กระทำต่อเด็กอายุเกินกว่า สิบห้าปี ซึ่งเป็นการกระทำต่อบุตรของตนเองได้จึงถือว่าไม่มีความผิด อีกทั้งยังต้องเป็นการกระทำชำเราเท่านั้นที่ลงโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามได้ แต่ถ้าเป็นการกระทำอนาจาร ไม่อาจจะเพิ่มโทษหนึ่งในสามตามมาตรา 285 ได้

ประเทศไทยนั้น แม้จะมีกฎหมายคุ้มครองเด็ก แต่การตีความและนำไปใช้ ก็ยังเป็นไปเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ใหญ่มากกว่าที่จะคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก และแม้ในปัจจุบันจะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้กระทำความผิดด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 แต่ก็ยังเป็นเพียงบทบัญญัติทั่วไปที่ใช้บังคับในกรณีการทำร้ายร่างกายในครอบครัว มิได้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มุ่งเน้นแก้ไขปัญหาการกระทำทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองโดยเฉพาะแต่อย่างใด

ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว เราควรมีมาตรการเพิกถอนอำนาจปกครอง มาตรการการคุมประพฤติแบบเข้มงวด มาตรการบำบัดทางจิต มาตรการทำงานบริการสังคมเพื่อเป็นมาตรการเสริมทางอาญาที่เหมาะสมเพื่อที่จะทำให้กฎหมายมีประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้น เพื่อเป็นมาตรการป้องปรามผู้กระทำความผิดมิให้กระทำความผิดซ้ำขึ้นและยังช่วยคุ้มครองเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหาย ซึ่งต้องคำนึงถึงพื้นฐานของครอบครัว ที่สมาชิกภายในครอบครัวต้องแสดงบทบาทหน้าที่ความรับผิดชอบต่อกัน เพื่อก่อให้เกิดความมีประสิทธิผลในกฎหมายมากยิ่งขึ้น ภายใต้ความรัก ความเข้าใจ ความผูกพันกัน ความเอื้ออาทรและปรารถนาดีต่อกัน ช่วยเหลือเกื้อกูลกัน

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงความเป็นมาและแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองของต่างประเทศและในประเทศไทย

1.2.2 เพื่อศึกษาถึงปัญหาและสาเหตุของการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองในต่างประเทศและประเทศไทย

1.2.3 เพื่อศึกษาถึงความผิดพลาดระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันกรณีกระทำซ้ำเราที่กระทำต่อบุตรของตนเอง

### 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

จากสภาพการณ์ในปัจจุบันที่ปัญหาอาชญากรรมและการกระทำความผิดทางเพศที่บิดากระทำต่อบุตรของตนเอง กรณีกระทำซ้ำเราบุตรของตนเองที่อายุไม่เกินสิบห้าปีที่ถือว่าเป็นความผิดทวีความรุนแรง ซึ่งการกำหนดโทษตามมาตรา 285 ก็เป็นเพียงการนำมาตรการลงโทษจำคุกหรือปรับมาใช้เป็นหลักในการแก้ไขผู้กระทำความผิดไม่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพเท่าที่ควรและไม่มีผลเพียงพอต่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด รวมถึงไม่สามารถป้องกันการกระทำผิดซ้ำของอดีตผู้กระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพตามที่สังคมคาดหวังไว้ กอปรกับการที่นานาอารยประเทศได้มีการนำมาตรการเสริมมาใช้เป็นมาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกหรือปรับ ไม่ว่าจะเป็นมาตรการถอนอำนาจปกครอง มาตรการคุมประพฤติแบบเข้มงวด มาตรการทำงานบริการสังคม และมาตรการบำบัดทางจิต อันถือว่าเป็นมาตรการเสริมทางอาญาที่เหมาะสมเพื่อเป็นการป้องปรามผู้กระทำความผิดที่คิดแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเนื้อตัวร่างกายของเหยื่อ อันเนื่องมาจากความซัดเซว มิให้กระทำความผิดซ้ำขึ้นอีกและยังเป็นการคุ้มครองเด็กผู้เสียหาย เพื่อเป็นเกราะป้องกันเหยื่อจากความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเอง เพื่อให้สอดคล้องกับระบบงานยุติธรรมที่เป็นอยู่ในประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมต่อไปในอนาคต

### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษานี้มุ่งศึกษาความเป็นมาและวิเคราะห์ปัญหากฎหมายในการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองของประเทศไทย ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ทางด้านอาญาวิทยา จิตวิทยา และทัณฑวิทยา โดยศึกษาความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองทั้งในประเทศและต่างประเทศ เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการหามาตรการที่เหมาะสมเพื่อป้องปรามผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองให้เกรงกลัวต่อการกระทำผิดที่เพิ่มมากขึ้น

### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ใช้วิธีการศึกษาทางเอกสาร โดยค้นหาข้อมูลจากเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ วิทยานิพนธ์ หนังสือ วารสาร ตั๋วบทกฎหมาย บทความ และเอกสารที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนคำพิพากษาของศาล และความเห็นของนักนิติศาสตร์และนักวิชาการแขนงอื่นๆ



## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงความเป็นมาและแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองในต่างประเทศและประเทศไทย

1.6.2 ทำให้ทราบถึงปัญหาและสาเหตุของการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองในต่างประเทศและประเทศไทย

1.6.3 ทำให้ทราบถึงบทลงโทษของการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเอง ในกรณีของบิดากระทำต่อบุตร กรณีที่ถือว่าเป็นความผิด และกรณีที่ไม่เป็นความผิด

1.6.4 เป็นแนวทางในการหามาตรการเสริมทางอาญาที่เหมาะสมสำหรับผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเอง เพื่อหาทางป้องกันและแก้ไขผู้กระทำความผิดมิให้กระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก และยังเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้เสียหายอีกด้วย

## บทที่ 2

### หลัก ทฤษฎี แนวความคิดในการลงโทษ มาตรการเสริม และบทลงโทษ ในทางแพ่งและอาญาที่กระทำต่อบุตรของตนเอง

ในบทนี้จะกล่าวถึงหลักการ ทฤษฎี แนวความคิดในการกำหนดมาตรการเสริมที่เหมาะสมในความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร โดยมีการศึกษาจากแนวคิดทางด้าน จิตวิทยา ปรัชญา และอาชญาวิทยา ทางการแพทย์ ทางสังคมวิทยา อีกทั้งยังศึกษาถึงทฤษฎีการลงโทษต่างๆ ที่มีความเหมาะสมในการกำหนดกรอบของความคิดทางด้านการกำหนดมาตรการเสริมที่เหมาะสมต่อไป เช่น ทฤษฎีการลงโทษแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดรายบุคคลเป็นต้น และยังศึกษาถึงสาเหตุที่แท้จริงของการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตร อีกทั้งยังศึกษาถึงแนวคิดความเป็นมาของมาตรการเสริมและการลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนว่าในทางแพ่งและทางอาญามีบทลงโทษอย่างไรต่อผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเอง เพื่อวิเคราะห์และกำหนดมาตรการเสริมทางอาญาที่เหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศต่อบุตรของตนต่อไป

#### 2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการนำมาตรการเสริมมาใช้ในคดีอาญา

##### 2.1.1 แนวคิดที่ว่าด้วยทฤษฎีป้องกันสังคม<sup>1</sup>

ทฤษฎีป้องกันสังคม อธิบายว่า กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองป้องกันสังคมจากอาชญากรรม ทฤษฎีนี้เป็นที่รู้จักกันในประเทศที่อยู่ในสกุลกฎหมายแองโกล-อเมริกัน (Anglo American) แต่ยังไม่เป็นที่รู้จักกันเท่าใดนักในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ต้นกำเนิดของแนวความคิดนี้เริ่มมาจากปลายยุค Positive Criminology ซึ่งเป็นยุคที่ต่อต้านกระแสความคิดของสำนักคลาสสิก (Classic) โดยเริ่มมาจากสำนักคลาสสิกมีความเชื่อว่าบุคคลมีเจตจำนงเสรีในการกระทำของตนและมีวัตถุประสงค์ของการลงโทษก็เพื่อเป็นการแก้แค้นให้สาสมกับความผิดที่ได้ก่อขึ้น และด้วยอิทธิพลกระแสความคิดของสำนักคลาสสิกนี้เองก่อให้เกิดความยึดมั่นในอิสริยาภพมากขึ้น อันส่งผลให้เกิดการปฏิวัติขึ้นในประเทศฝรั่งเศส และในยุคนี้เองที่

กฎหมายแพ่ง (Civil Law) มีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้น ในทางตรงกันข้ามกฎหมายอาญา (Criminal Law) กลับไม่พัฒนาเท่าที่ควร กล่าวคือ การศึกษากฎหมายอาญายังใช้แนวความคิด

<sup>1</sup> Marc Ancel. (1957). **Social defence**. pp. 44 -70.

เดิมคือ เป็นการศึกษาถึงสาเหตุแห่งอาชญากรรมเฉพาะในแง่กฎหมายเท่านั้น ไม่คำนึงถึงปัจจัยอย่างอื่นมาประกอบ เช่น ทางด้านกายภาพ จิตใจหรือสังคม จนกระทั่งถึงปลายยุคสำนัก Positive จึงได้เริ่มหันมาศึกษาถึงสาเหตุของอาชญากรรมจากตัวของผู้กระทำความผิดทั้งทางด้านกายภาพ (Biological) และทางสังคม (Social) มาประกอบ ซึ่งเป็นการศึกษาที่เป็นศาสตร์มากขึ้น (Scientific) อย่างไรก็ตามแนวคิดของสำนัก โพลีทิฟนี่ก็เป็นการเริ่มต้นยอมรับความหมายของคำว่า “คุ้มครองป้องกันสังคม” เท่านั้น

ในปีค.ศ 1889 von Liszt, van Hamel และ Adolphe Prins ได้ร่วมกันก่อตั้งองค์กร Union of Criminal Law โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อชี้แนวทางที่ควรจะเป็นของกฎหมายอาญาและเบนความสนใจของบุคคลมาสู่แนวความคิดในการป้องกันสังคม ซึ่งเป็นการตั้งขึ้นมาโดยไม่คิดที่จะเป็นสำนักความคิดป้องกันสังคมแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม Prins ซึ่งเป็นหนึ่งในองค์กรผู้ก่อตั้งได้เขียนหนังสือชื่อ “การป้องกันสังคมและการแปลงรูปแบบกฎหมายอาญา” (La Defense Sociale et les Transformations du Penal) ซึ่งถือว่าเป็นบุคคลแรกที่ได้ยึดถือแนวความคิดในเรื่องป้องกันสังคมในลักษณะที่เป็นทฤษฎี โดยเขาได้อธิบายว่า การสืบเนื่องมาจากแนวความคิดความเชื่อเดิมของสำนักคลาสสิกที่ได้ยึดถือหลักเรื่องความรับผิดชอบ (Responsibility) ของบุคคล ซึ่งเป็นเรื่องเจตจำนงเสรีของผู้กระทำความผิดและได้ขยายไปสู่ความรับผิดชอบอันจำกัด (Diminished Responsibility) ทำให้บุคคลบางประเภท เช่น บุคคลวิกลจริต หรือบุคคลที่จะก่อเหตุร้าย ไม่ต้องรับโทษทางอาญาจากจุดนี้ก่อให้เกิดผลก็คือ สังคมไม่อาจป้องกันอันตรายจากบุคคลที่มีลักษณะอันตรายเช่นนี้ได้เพราะตามความคิดของสำนักคลาสสิกนี้ การลงโทษบุคคลใดจะต้องมีการแสดงเจตนา และโทษที่จะลงนั้นต้องให้เหมาะสมกับเจตนาของผู้กระทำความผิด จากจุดนี้นั่นเองที่ก่อให้เกิดผลตามคือทำให้สังคมไม่อาจป้องกันอันตรายจากบุคคลที่มีสภาพอันตรายเช่นนี้ได้ แต่เมื่อเปรียบเทียบกับสำนักโพลีทิฟนี่ที่ได้สร้างทฤษฎีป้องกันสังคมขึ้นมา โดยมีจุดมุ่งหมายจะให้เกิดความแน่ใจในความปลอดภัยในชีวิต, ทรัพย์สิน, ชื่อเสียง ฯลฯ และได้พัฒนาก้าวมาสู่ระบบความเป็นอันตรายของผู้กระทำผิด (Dangerous of Offenders) ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของมาตรการป้องกัน (Prevention Measure) ซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากการลงโทษ (Punishment) และในภายหลังได้มีการขยายเพิ่มเติมออกไปสู่มาตรการป้องกันก่อนการกระทำความผิด (Ante delictum) มีผลทำให้ความคิดในเรื่องนี้ได้รับการโต้แย้งอย่างมากมาย แต่อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายในหลายๆ ประเทศก็ยังมีแนวโน้มยอมรับเอาแนวความคิดนี้ไปบัญญัติไว้ในกฎหมายของประเทศตน เช่น สเปน, โคลัมเบีย, อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

ต่อมาในการประชุมของสหประชาชาติ (United Nations) ในปี 1948 ได้มีคำวินิจฉัยในเรื่องการป้องกันสังคมว่า เป็นการป้องกันอาชญากรรมและแก้ไขผู้กระทำความผิด โดยเป็นการ

เพิ่มเติมความคิดหลักขึ้นมาอีกประการหนึ่งจากความคิดเดิมที่มุ่งเฉพาะการป้องกันสังคมจากอาชญากรรมเท่านั้น จากจุดนี้เป็นมาจึงเริ่มเข้าสู่ยุคใหม่ของแนวความคิดป้องกันสังคม<sup>2</sup>

ทฤษฎีป้องกันสังคมในยุคใหม่นี้ แบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม<sup>3</sup> คือ

### 1) กลุ่มที่ยึดถือในเรื่องพฤติกรรมต่อต้านสังคม (anti-social conduct) ของบุคคล

กลุ่มนี้เสนอให้มีการยกเลิกเรื่องความรับผิดชอบอาญา (Criminal Responsibility) กฎหมายอาญา (Criminal Law) โทษ (Punishment) โดยหันมาใช้พฤติกรรมต่อต้านสังคมและมาตรการเพื่อป้องกันแทน เท่ากับว่าเป็นการยกเลิกหลักเรื่องความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญาตามแนวความคิดดั้งเดิมเสียทั้งหมด

### 2) กลุ่มแนวความคิดทฤษฎีป้องกันสังคมยุคใหม่ (New Social Defence)

กลุ่มที่สองนี้เป็นที่ยอมรับมากกว่ากลุ่มแรก เนื่องจากกลุ่มนี้ยอมรับในเรื่องสิทธิของบุคคล กล่าวคือ แม้รัฐจะมีหน้าที่นำบุคคลกลับเข้าสู่สังคม (Resocialization) แต่จะมองข้ามสิทธิของบุคคลไม่ได้ รัฐยังคงต้องมีกฎระเบียบคือกฎหมายอาญาอยู่เหมือนเดิม ในเรื่องความรับผิดชอบของบุคคล เสรีภาพของบุคคล และการลงโทษยังคงต้องมีอยู่เพื่อเป็นการผลักดันในการนำบุคคลกลับเข้าสู่สังคม และวิธีการนำบุคคลกลับเข้าสู่สังคม (หมายถึงมาตรการต่าง) ก็ต้องมีประกันสิทธิเสรีภาพจากอำนาจของรัฐด้วย

สรุปแนวความคิดของทฤษฎีได้ดังต่อไปนี้

- 1) ทฤษฎีป้องกันสังคมถือเอาไว้ก่อนว่า การจัดการกับอาชญากรรมมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อป้องกันสังคมมากกว่าการลงโทษผู้กระทำความผิด
- 2) จุดประสงค์ของทฤษฎีป้องกันสังคมเพื่อคุ้มครองป้องกันสังคมโดยใช้มาตรการที่มีความเป็นกลาง นอกเหนือจากการลงโทษ คือ การกักตัวออกจากสังคม หรือการเยียวยา
- 3) นโยบายทางอาญา (Penal Policy) ของทฤษฎีนี้เพื่อป้องกันส่วนบุคคลมากกว่าที่จะป้องกันอาชญากรรม กล่าวคือ การมุ่งที่จะให้ผู้กระทำความผิดกลับเข้าสู่สังคมได้
- 4) วิธีการนำบุคคลกลับเข้าสู่สังคมใหม่ จะต้องประกอบด้วยความคิดเรื่องมนุษยนิยม (Humanization) ของกฎหมายอาญาด้วย กล่าวคือ การนำความมั่นใจในตนเองและความรับผิดชอบของบุคคลคืนมา รวมไปถึงการพัฒนาความรู้สึกในคุณค่าของความเป็นมนุษย์ด้วย

<sup>2</sup> พัฒนไชย ยอดพุง. (2533). วิธีการเพื่อความปลอดภัย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 48. หน้า 8.

<sup>3</sup> Marc Ancel. (1957). **Social defence.** pp. 88-123.

5) วิธีการนำบุคคลกลับเข้าสู่สังคมนอกจากจะมีความคิดเรื่องมนุษยนิยมแล้ว ขั้นตอนที่เกี่ยวข้องจะต้องปฏิบัติไปโดยมีพื้นฐานในความเข้าใจอย่างศาสตร์ (scientific) ของปรากฏการณ์ของอาชญากรรมและบุคลิกภาพของผู้กระทำความผิดด้วย

อิทธิพลของทฤษฎีป้องกันสังคมได้แทรกซึมเข้าไปสู่กฎหมายของประเทศต่างๆ มากมาย ในคริสต์ศตวรรษที่ 20 แม้ว่าทฤษฎีป้องกันสังคมยังเป็นที่โต้เถียงกันอย่างหลายประการ แต่การยอมรับของประเทศต่างๆ ในการนำเอาไปใช้ก็เป็นหลักประกันได้ว่า ทฤษฎีป้องกันสังคมเป็นที่ยอมรับกันได้อยู่ระดับหนึ่ง การพิจารณาความคิดตามทฤษฎีป้องกันสังคมที่อยู่ในกฎหมายประเทศต่างๆ นั้น จะแยกพิจารณาออกตามระบบกฎหมาย 2 ระบบหลัก คือ ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) และระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law)<sup>4</sup>

### 1) ระบบซีวิล ลอว์ (Civil Law)

นักกฎหมายในระบบกฎหมายนี้ตั้งแต่เริ่มแรกได้อธิบายความหมายของคำว่า ป้องกันสังคม, นโยบายทางอาญา, ความเป็นอันตรายและมาตรการป้องกันเอาไว้ต่างๆ กันออกไป จะเริ่มเข้าสู่ตัวบทกฎหมายจริงๆ เมื่อช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 มีการออกกฎหมายมารองรับเรื่อง มาตรการป้องกัน, การใช้ระบบคู่ (dual system) ในการลงโทษ และการยอมรับการใช้อำนาจดุลพินิจ (discretionary power) ของศาล

ประมวลกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่มีแนวความคิดในเรื่องนี้ มีทั้งประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น อิตาลี, เดนมาร์ก, โปแลนด์ หรือว่าประเทศในกลุ่มสแกนดิเนเวียก็ตาม นอกจากนี้ ประเทศในกลุ่มลาตินอเมริกาก็มี เช่น บราซิล, เม็กซิโก และอาร์เจนตินา เป็นต้น

### 2) ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

ในแง่ทางทฤษฎีแล้วเราถือกันมาตลอดว่าแนวความคิดของทฤษฎีป้องกันสังคม ไม่ได้เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายคอมมอนลอว์ เลย สำนักโพสิทีฟ คริมินอลอจี ต่างหากที่เข้ามามีบทบาทมากกว่าในระบบกฎหมายนี้ การใช้มาตรการป้องกัน, นโยบายทางอาญา, การกลับเข้าสู่สังคมของผู้กระทำความผิด มิได้มีความหมายเช่นเดียวกับประเทศในระบบซีวิลลอว์ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้วจะพบว่าทฤษฎีป้องกันสังคมเข้ามามีอิทธิพลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ในความเป็นจริง ทั้งนี้ มีสาเหตุมาจากตัวระบบนั่นเอง กล่าวคือ กฎหมายคอมมอนลอว์ให้อำนาจศาลที่จะสร้างกฎหมายขึ้นมาเองได้ (Judge made Law) ซึ่งพอจะเปรียบได้กับอำนาจในการใช้ดุลพินิจของศาลตามระบบซีวิลลอว์ นั่นเอง หรือว่า ระบบการตัดสิน (Convicted) และ กำหนดโทษ (Sentences) ที่แยกออกจากกัน ทำให้ศาลสามารถหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดได้ เพื่อการกำหนดโทษให้เป็นที่เหมาะสมด้วย อันเป็นขั้นตอนอันหนึ่งที่เอื้ออำนวยต่อ

<sup>4</sup> Ibid.

ทฤษฎีป้องกันสังคม ตัวอย่างในเรื่องนี้ก็คือ ประเทศสหรัฐอเมริกาทำกฎหมาย Sexual Psychopath, ระบบคุมประพฤติ (Probation System) หรือว่าประเทศอังกฤษก็มีพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำผิดอาญา (Prevention of crime act) ปี 1908 เป็นต้น

### ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับทฤษฎีป้องกันสังคม<sup>5</sup>

#### 1) แนวความคิดเรื่องเจตจำนงเสรีของผู้กระทำความผิด

ทฤษฎีป้องกันสังคมยอมรับในสิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างกว้างขวาง และยังอธิบายว่าสาเหตุของอาชญากรรมเป็นการแสดงออกซึ่งบุคลิกภาพของแต่ละบุคคล ซึ่งจะแตกต่างกันออกไปในแต่ละสถานการณ์ ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงทางสังคมเข้ามาประกอบด้วย ดังนั้น ตามทฤษฎีนี้จึงให้ความสำคัญแก่การแบ่งแยกผู้กระทำความผิดออกเป็นจำพวกด้วย (Classification of offender)

#### 2) ทฤษฎีป้องกันสังคมลดเนื้อหาความเป็นกฎหมายลงไป (De-Legalization)

แต่เดิมอาญามุ่งแต่ใช้วิธีการด้านกฎหมายอย่างเดียวเข้ามาปรับใช้กับผู้กระทำความผิดโดยมิได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงอื่นๆ ประกอบ จนกระทั่งถึงยุคอาชญาวิทยามีการศึกษาถึงสาเหตุของการกระทำความผิดในแง่มุมต่างๆ เพื่อประกอบการใช้กฎหมายให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น ลดเนื้อหาความเป็นกฎหมายส่วนๆ ลงไป เท่ากับว่าตามทฤษฎีนี้การนำเอากฎหมายมาใช้ไม่คำนึงถึงแต่เนื้อหาตามกฎหมายอย่างเดียวเท่านั้น จะต้องคำนึงถึงองค์ประกอบอื่นๆ ด้วย

#### 3) ทฤษฎีป้องกันสังคมลดเนื้อหาความเป็นอาญาลงไป (De-Criminalization)

ทฤษฎีป้องกันสังคมมองกฎหมายอาญาในแง่การป้องกันสังคม กฎหมายอาญาไม่ได้มีไว้เพื่อแก้แค้นทดแทนดังยุคก่อนๆ จุดประสงค์ในการเอากฎหมายอาญามาใช้ก็เพื่อป้องกันสังคม ความเข้าใจต่อกฎหมายอาญาเปลี่ยนแปลงไป เช่น พิจารณาได้จากการกระทำความผิดของเด็ก (delinquency) ที่ไม่ถือว่าเป็นเรื่องความผิดอาญาต่อไปแล้ว

#### 4) ทฤษฎีป้องกันสังคมพิจารณาถึงตัวผู้กระทำความผิด

เนื่องจากตามทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญแก่ผู้กระทำความผิดมาก ฉะนั้น วิธีการในการพิจารณาตัวผู้กระทำความผิดจะต้องมีการพิจารณาในแง่มุมต่างๆ กันออกไปเพื่อให้ได้ผลสมบูรณ์ กล่าวคือ จะต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด เช่น การพิจารณาบุคลิกภาพของผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำอย่างมีหลักเกณฑ์เป็นศาสตร์ (Scientific)

#### 5) ทฤษฎีป้องกันสังคมใช้มาตรการก่อนการกระทำความผิด

การใช้มาตรการก่อนการกระทำความผิดเป็นความมุ่งหมายที่จะควบคุมไม่ให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้น อันเป็นการป้องกันสังคมเท่านั้น การจะทำให้การใช้มาตรการก่อนการกระทำ

<sup>5</sup> Ibid.

ความผิดชอบด้วยกฎหมายจะต้องมีการกำหนดเอาไว้เป็นความผิดเฉพาะอย่างในกฎหมาย เช่น กฎหมายขอลาน (Vagrant Law) ของประเทศอังกฤษ

### 2.1.2 แนวคิดว่าด้วยเรื่องไม่มีความชั่วไม่มีโทษ (Nulla Poena sine culpa)

หลักเรื่องไม่มีความชั่วไม่มีโทษ (Nulla poena sine culpa) เป็นหลักการพื้นฐานในการใช้กฎหมายอาญาแก่บุคคล กล่าวคือ โทษนั้นจะใช้สำหรับการกระทำที่มีความชั่วเท่านั้น เพราะความชั่วเป็นพื้นฐานของการลงโทษ ดังนั้นหากการกระทำใดไม่มีความชั่วจะไปลงโทษเขาไม่ได้ แต่ไม่ได้หมายความว่าเราจะใช้มาตรการอย่างไรๆ ในการป้องกันสังคมไม่ได้ ดังนั้น มาตรการเสริมได้ถูกนำมาใช้ด้วยเหตุผลนี้เช่นเดียวกัน เพราะมาตรการเสริมไม่ได้ถูกกำหนดเพื่อลงโทษความชั่วของคน แต่เป็นมาตรการในการป้องกันสถาบันครอบครัวอันเป็นสถาบันหลักของสังคม เพื่อให้สังคมปลอดภัยจากการทำความผิดของอดีตผู้กระทำความผิด และผู้กระทำความผิดในภายภาคหน้า หรือเป็นวิธีการอย่างไรๆ ในการปฏิบัติต่อผู้ที่น่าจะกระทำความผิดในอนาคต ดังนั้น มาตรการเสริมสามารถนำมาใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิดได้เลย ต้องคำนึงถึงสัดส่วนของผู้กระทำความผิดโดยอาศัยสภาพแห่งความผิดของผู้ที่ได้กระทำความผิดเป็นหลักมิได้ขึ้นอยู่กับความชั่ว ในขณะที่การลงโทษนั้นต้องมีความชั่วเป็นพื้นฐานจึงจะกระทำได้นั่นเอง

### 2.1.3 หลักที่คำนึงถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล (Principle of Individualization of Punishment)

หลักที่คำนึงถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล มีแนวคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า การที่มนุษย์แต่ละคนจะกระทำความผิดนั้น ย่อมเนื่องมาจากบุคลิก ลักษณะอุปนิสัยของผู้กระทำความผิด และพฤติการณ์ภายนอก เช่น สิ่งแวดล้อมรอบตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งอิทธิพลของสิ่งแวดล้อมถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อการตัดสินใจของบุคคลในการที่จะกระทำความผิด ฉะนั้น บุคคลจะต้องปรับบุคลิกลักษณะของตนให้เข้ากับสิ่งแวดล้อมอยู่เสมอ เพราะบุคลิกลักษณะของสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกันอยู่ตลอดเวลา แต่บุคคลแต่ละคน ย่อมไม่สามารถปรับตนให้เข้ากับสิ่งแวดล้อมหรือสถานการณ์ (situation) ต่างๆ ได้เหมือนกัน เพราะบุคคลแต่ละคนต่างมีบุคลิกลักษณะหรือสิ่งที่ประกอบเข้าเป็นบุคลิกลักษณะแตกต่างกันไป ดังนั้น แบบแห่งความประพฤติของบุคคล (pattern of behavior) ย่อมมีลักษณะแตกต่างกันไปด้วย ซึ่งอาจเป็นไปได้ทั้งในทางเข้ากับสังคมหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคม นักจิตวิทยาจึงเชื่อว่า ลักษณะของความประพฤติอันเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคมมีปรากฏอยู่ในตัวของบุคคลทุกคน ซึ่งหมายความว่าบุคคลทุกคนมีความเอนเอียงไปในทางประกอบอาชญากรรม (tendency towards crime)<sup>6</sup> ด้วยกันทั้งสิ้น

<sup>6</sup> ชาล เศวทิฎล. (2517). อาชญวิทยาและทัณฑวิทยา. หน้า 204.

สิ่งแวดล้อมจึงเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อการตัดสินใจของบุคคลให้กระทำความผิด โดยสิ่งแวดล้อมจะเป็นตัวกระตุ้นการตัดสินใจของบุคคลให้กระทำความผิด ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะมีความคิดที่จะกระทำความผิดอยู่ก่อนแล้วหรือไม่ก็ตาม ซึ่งที่ถูกต้องแล้วมนุษย์จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายและปฏิบัติตนให้ถูกกฎหมาย อนึ่งการตัดสินใจของบุคคลจะขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายๆ อย่าง เช่น สังคม จิตวิทยา วิทยาศาสตร์ เป็นต้น และการตัดสินใจของบุคคลเพื่อกระทำการใด ย่อมขึ้นอยู่กับพื้นฐานทางจิตใจของแต่ละบุคคล ซึ่งแตกต่างกันไปของแต่ละบุคคล โดยสิ่งแวดล้อมเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลกระตุ้นให้คนกระทำความผิด ดังนั้นการกระทำความผิดของบุคคลจึงมีสิ่งแวดล้อมเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น บุคคลที่มีที่พักอาศัยอยู่ในชุมชนแออัด พบเห็นการกระทำความผิดฐานวิ่งราวทรัพย์อยู่เป็นประจำจนเกิดความเคยชิน ทำให้เกิดพฤติกรรมกระเลินแบบอาชญากรขึ้น โดยลงมือกระทำความผิดเช่นนั้นบ้าง เป็นต้น ประกอบกับอิสระและเสรีภาพเป็นสิ่งที่สำคัญและมีอยู่ในการกระทำของบุคคลทุกคน ฉะนั้น บุคคลจะเลือกกระทำความผิดหรือไม่จึงขึ้นอยู่กับมติของตนเองเป็นสำคัญ

ดังนั้นการนำมาตรการเสริมทางอาญามาใช้กับแต่ละบุคคล จะต้องนำไปใช้ให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด (Punishment to Fit the Criminal) เพราะปัจจัยในการกระทำความผิดนั้นสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอด เราจึงต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงของผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคลเป็นสำคัญ โดยจะต้องพิจารณาเรื่องรายละเอียดเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดเฉพาะบุคคล เช่น อายุ ครอบครัวยการศึกษา เพื่อน สภาพแวดล้อม สุขภาพร่างกายและจิตใจ เพื่อหามาตรการที่เหมาะสมในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด<sup>7</sup>

การลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องเป็นการลงโทษที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด และทำให้ผู้กระทำความผิดรวมทั้งผู้บริสุทธิ์สามารถอยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างปกติสุข และเป็น การลงโทษในการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด เพราะเป้าหมายสุดท้ายของการลงโทษก็คือ ความเสมอภาคกันในกฎหมาย ฉะนั้น การกำหนดโทษให้มีความเหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดจะทำให้ได้ต่อเมื่อมีการปรับปรุงวัตถุประสงค์ในการลงโทษ โดยกำหนดกรอบของกฎหมายให้มีความยืดหยุ่น

การลงโทษให้มีความเหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด มีความมุ่งหมายให้ได้มาซึ่งพฤติการณ์แวดล้อมของคดี และไม่ใช้กฎหมายอย่างย่อ โดยละเอียดข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันในแต่ละคดี ดังนั้น การลงโทษโดยมีความมุ่งหมายไปถึงอุปนิสัยและบุคลิกลักษณะจึงตรงกันข้ามกับการลงโทษที่มุ่งทดแทน โดยไม่คำนึงถึงการกระทำในอดีตและสิ่งที่จะเกิดขึ้นต่อไปในอนาคต และการที่จะให้ความมุ่งหมายในเรื่องการลงโทษ สามารถนำมาใช้กับผู้กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสม

<sup>7</sup> นวลจันทร์ ทศนชัยกุล. (2532). การคุมประพฤติและการพักการลงโทษ. หน้า 67.



จำเป็นจะต้องยอมรับเอาธรรมชาติของบุคคลลักษณะ และอุปนิสัยใจคอของผู้กระทำความผิดมาใช้บังคับเพื่อให้การลงโทษเกิดความเป็นธรรม และสามารถแก้ไขปรับปรุงพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดให้กลับตนเป็นคนดีได้โดยไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก แต่ถ้าอาชญากรนั้นไม่อาจปรับปรุงแก้ไขตนให้กลับเป็นคนดีได้ ก็ย่อมที่จะต้องใช้วิธีการกำหนดโทษอย่างรุนแรง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันผลประโยชน์ของคนในสังคมจากอาชญากรรม

ดังนั้น การดัดแปลงการลงโทษบุคคลให้มีความเหมาะสมกับความผิดและตัวผู้กระทำความผิดจึงมีความสำคัญต่อการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดและเป็นการป้องกันสังคมจากอาชญากรรมที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอีกด้วย<sup>8</sup>

## 2.2 ทฤษฎีและแนวความคิดในการลงโทษ

### 2.2.1 ทฤษฎีการลงโทษ

ทฤษฎีการลงโทษมี 4 ทฤษฎีใหญ่ด้วยกันคือ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน ทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitative Theory) และทฤษฎีการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคม (Social Protection Theory)

#### 2.2.1.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน

เป็นปฏิกริยาของสังคมที่มีต่อพฤติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายในลักษณะแก้แค้นทดแทนเกิดขึ้นในสภาวะธรรมชาติของคนในความสัมพันธ์กับโลกภายนอกและมีมาตั้งแต่โบราณกาล ปฏิกริยาของสังคมต่ออาชญากรรมที่เป็นการแก้แค้นทดแทนที่เป็นการกระทำต่อผู้ประทุษร้ายโดยสมาชิกหรือโดยกลุ่มหรือโดยรัฐ

โดยสรุปนักทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนนี้ไม่ได้สนใจต่ออนาคตของผู้ถูกลงโทษหรือของสังคม สนใจแต่เพียงอย่างเดียวต่อพฤติกรรมหรือการกระทำในอดีตของผู้กระทำความผิด เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นไม่ว่าร้ายแรงมากน้อยประการใด ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับโทษตามนั้น ในปัจจุบันนี้การลงโทษตามทฤษฎีนี้ มีแนวโน้มจะนำกลับมาใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาอีก เพราะเหตุว่าการลงโทษเพื่อวัตถุประสงค์ประการอื่น เช่น เพื่อแก้ไขฟื้นฟูไม่ได้ผลในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเท่าที่ควร

#### 2.2.1.2 ทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์

นักอาชญาวิทยาสำนักคลาสสิก ซึ่งมีซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) (ค.ศ. 1718-1794) และเจเรมี เบนแทม (Jeremy Bentham) (ค.ศ. 1784-1832) เป็นผู้นำเสนอทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์โดยมีหลักการเบื้องต้นว่า คนเรากระทำผิดโดยเจตนา และก่อนจะลงมือ

<sup>8</sup> Raymond Saleilles. (1968). *The Individualization of Punishment*. pp. 177-179.

กระทำก็ได้พิจารณาใคร่ครวญแล้วจึงลงมือกระทำ เพราะฉะนั้นรัฐจึงควรบัญญัติความผิดและโทษสำหรับความผิดนั้นอย่างชัดเจน เมื่อมีกฎหมายบัญญัติชัดเจนอย่างนั้นแล้ว ผู้ที่ฝ่าฝืนย่อมจะถูกลงโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ทั้งนี้การลงโทษจะต้องทำอย่างรวดเร็วแน่นอน เสมอภาคกันและรุนแรงตามโทษที่กำหนดไว้ การลงโทษดังกล่าวย่อมจะมีประโยชน์ต่อสังคมในด้านการลดอาชญากรรมและส่งเสริมให้คนทั่วไปเคารพกฎหมาย

### 2.2.1.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคม

นักอาชญาวิทยาสำนักป้องกันสังคม (Social Defence School) ซึ่งมีฟิลิปโปกรามาติกา (Philipo Gramatica) และมาร์ค แอนเซล (Mark Ancel) เป็นผู้นำมามีทัศนะเกี่ยวกับอาชญากรรม เช่นเดียวกับนักอาชญาวิทยาสำนักโพซิตีฟแต่มีทัศนะในการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดต่างจากสำนักโพซิตีฟตรงที่นำกฎหมายอาญาเข้ามาเป็นเครื่องมือในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด และแตกต่างไปจากนักอาชญาวิทยาสำนักคลาสสิกในแง่ที่ว่าเน้นการคุ้มครองสังคมโดยการแก้ไขปรับปรุงและอบรมบ่มนิสัยผู้กระทำความผิดมากกว่าการลงโทษ ทฤษฎีคุ้มครองสังคมนี้มีมานานแล้ว และแนวความคิดนี้ได้พัฒนาเรื่อยมาจนเป็นสำนักป้องกันสังคม ในปัจจุบันนักอาชญาวิทยาสำนักนี้ให้ความสนใจใน

- 1) บุคลิกภาพของผู้กระทำความผิด
- 2) กฎหมายอาญา และ
- 3) การควบคุมสิ่งแวดล้อมเพื่อให้สังคมดีขึ้นและเพื่อป้องกันอาชญากรรม<sup>9</sup>

### 2.2.1.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitative Theory)

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดถือเป็นทฤษฎีที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร กล่าวคือ เป็นปรัชญาที่มุ่งต่อการแก้ไขฟื้นฟูที่เน้นการแก้ไขฟื้นฟูมากกว่าการลงโทษและสนับสนุนวิธีการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล ตลอดจนชี้ให้เห็นว่าอาชญากรรมเป็นผลของความบกพร่องที่มีมาแต่กำเนิดความไม่สมดุลทางอารมณ์ ความผิดปกติทางจิต แรงกดดันฝ่ายต่ำ ความขัดแย้งระหว่างอีโกและซูเปอร์อีโก หรือผลของการให้การศึกษาอบรมในทางที่ผิด ตามปรัชญานี้วิธีการแก้ไขที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานทางวิทยาศาสตร์จะถูกนำมาใช้ในการแก้ไขฟื้นฟู เพื่อลดอาชญากรรมในอนาคต

ปรัชญาของการแก้ไขฟื้นฟู เพื่อลดอาชญากรรมในอนาคตแอนเซล (Marc Ancel) มีวิวัฒนาการมาจากความคิดมากมายหลายอย่างที่อยู่เลยการลงโทษเพื่อเป็นการลงโทษความคิด

<sup>9</sup> สุพจน์ สุโรจน์. “อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา.” เอกสารการสอนชุดวิชา 33435 หน่วยที่ 8-15 มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 141-143 และ 145-146.

ประการหนึ่งก็คือว่า การคุ้มครองสังคมจากอาชญากร จำต้องมีการกระทำที่นอกเหนือไปจากการทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกสำนึกในความผิด อีกความคิดหนึ่งเสนอว่า การลดพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายของอาชญากรเป็นสิ่งที่พึงปรารถนา และอาจทำได้โดยให้การศึกษาเสียใหม่ ประการสุดท้ายความคิดในทางมนุษยธรรมก่อให้เกิดแนวความคิดในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดอย่างมีมนุษยธรรม<sup>10</sup>

อย่างไรก็ดี โดยแท้จริงแล้วปรัชญาที่มุ่งต่อการแก้ไขฟื้นฟูนี้เป็นปรัชญาของนักอาชญาวิทยาสำนักโปซิทิฟ ซึ่งเป็นสำนักที่ศึกษาอาชญากร โดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ที่มีซีซาร์ ลอมโบโรโซ (Cesare Lombroso, 1836-1909) เป็นผู้นำ ตามแนวความคิดของสำนักนี้ การศึกษาโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์เท่านั้นจะทำให้สามารถค้นพบว่าสาเหตุของอาชญากรรมได้ หลักการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดของสำนักนี้เป็นหลักการที่มีพื้นฐานมาจากการศึกษาโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ การวิเคราะห์ผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลจะช่วยให้กำหนดได้ว่าผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลจะช่วยให้กำหนดได้ว่าผู้กระทำความผิดคนนั้นกระทำความผิดด้วยสาเหตุอะไร และแก้ไขที่สาเหตุนั้น อนึ่ง เนื่องจากสำนักนี้เกิดขึ้นเมื่อวิทยาศาสตร์ชีวภาพมีอิทธิพลต่อผู้มีการศึกษาในสมัยนั้น สำนัก Positive จึงอาศัยวิธีการและกระบวนการทางการแพทย์ในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด และเมื่อวิชาการทางการแพทย์ได้แยกออกเป็นสาขาเฉพาะต่างๆ เพื่อบำบัดรักษาเฉพาะโรค การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและผู้ที่มีปัญหาทางสังคมอื่นๆ ก็มีแนวโน้มที่จะแยกออกเป็นเฉพาะสาขาคือ อย่างไรก็ดี ตามปรัชญาที่มุ่งต่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด วิธีการแก้ไขแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ (1) การแก้ไขเป็นรายบุคคล และ (2) การแก้ไขเป็นรายกลุ่ม

**1) การแก้ไขเป็นรายบุคคล** วัตถุประสงค์ของการแก้ไขเป็นรายบุคคลก็คือ การทำให้ผู้รับการแก้ไขรับเอาการควบคุมต่างๆ ของสังคม เพื่อนำไปเปลี่ยนแปลงบุคลิกภาพ ความเชื่อ หรือแรงจูงใจต่างๆ เพื่อว่าผู้รับการแก้ไขจะละเว้นจากการประกอบอาชญากรรมโดยสมัครใจ<sup>11</sup> พฤติกรรมของคนเกิดขึ้นจากการสนองตอบต่อสิ่งเร้าทางสิ่งแวดล้อม หรือภายในตนเอง ซึ่งทั้งสิ่งเร้าและการสนองตอบต่อสิ่งเร้านี้ เชื่อกันว่าอาจควบคุมโรคต่างๆ การแก้ไขเป็นรายบุคคลนี้ใช้กระบวนการความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลแบบหนึ่งต่อหนึ่ง เช่นเดียวกับความสัมพันธ์ระหว่างลูกศิษย์กับครู พ่อกับลูก แม่กับลูก หรือระหว่างนักจิตวิทยาคลินิกกับคนไข้ที่กำลังอยู่ในระหว่างการวิเคราะห์หาสาเหตุ ความสัมพันธ์แบบหนึ่งต่อหนึ่งที่ถูกนำมาประยุกต์ใช้กับผู้กระทำความผิดในชุมชน หรือในทัณฑสถานบำบัด และเชื่อกันว่าผู้กระทำความผิดได้เตรียมพร้อมที่จะยอมรับเอาบริการต่างๆ จากผู้เชี่ยวชาญตั้งแต่การวิเคราะห์ปัญหาไปจนจบกระบวนการแก้ไขฟื้นฟู

<sup>10</sup> Marc Ancel. (1966). *Social Defense: A Modern Approach to Criminal Problems*. pp. 28-30

<sup>11</sup> Seymour L. Halleck. (1967). *Psychiatry and the Dilemma of Crime*. p. 233.

วิธีการแก้ไขฟื้นฟูเป็นรายบุคคลที่สำคัญ ได้แก่ วิธีการให้คำปรึกษาแนะนำทางจิต วิธีการให้คำปรึกษาแนะนำแบบนี้มีอยู่มากมายหลายอย่างที่ใช้โดยผู้เชี่ยวชาญอื่นๆ นอกเหนือไปจากนักจิตวิทยาและจิตแพทย์ ยกตัวอย่างเช่น ครูเป็นผู้ให้คำปรึกษาทางจิตในโรงเรียน เพราะเหตุว่าโรงเรียนจะต้องแก้ไขปัญหามากมายหลายชนิด เช่น อุบัติเหตุบนท้องถนน ครอบครัวยแตกแยก ความผิดปกติทางเพศและความผิดปกติทางสมอง เป็นต้น หรือการอบรมศีลธรรมตามแนวทางของพุทธศาสนาเป็นวิธีการที่สำคัญในการอบรมจิตใจผู้ต้องโทษทั้งที่เป็นเด็กและเยาวชน ตลอดจนผู้ใหญ่ ในสถานฝึกอบรมและเรือนจำต่างๆ ในประเทศไทย หรือการจัดให้มีการเล่นเพื่อความบันเทิง เช่น การกีฬาที่เป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นวิธีการแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดได้อีกอย่างหนึ่ง

สำหรับวิธีการให้คำปรึกษาแนะนำทางจิตที่ใช้โดยนักจิตวิทยาและจิตแพทย์ เน้นความสามารถของผู้แก้ไขในการที่จะแก้ไขปัญหาของผู้รับการแก้ไข ซึ่งก็มีอยู่มากมายหลายวิธีการ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับบทบาทของผู้แก้ไข บทบาทของผู้รับการแก้ไข และลักษณะของความสัมพันธ์ที่ประสงค์จะให้เกิดขึ้นระหว่างผู้แก้ไขกับผู้รับการแก้ไข สำหรับบทบาทของผู้แก้ไขจากรายงานของผู้เชี่ยวชาญหลายคน มีทั้งที่ชัดเจนและไม่ชัดเจน มีทั้งให้ความอบอุ่นใจและการไม่ให้ความอบอุ่นใจแก่ผู้รับการแก้ไขมีทั้งให้ผู้รับการแก้ไขระลึกถึงสิ่งที่เกิดขึ้นกับตัวเองในอดีตและให้ผู้รับการแก้ไขค้นหาทางแก้ไขปัญหาในปัจจุบัน และการเน้นให้ผู้รับการแก้ไขเกิดสติปัญญามองเห็นปัญหาของเขาได้ นอกจากนี้ก็ยังมีวิธีการสนับสนุนที่จะช่วยเหลือผู้รับการแก้ไขด้วยวิธีการชักจูงใจ ให้คำแนะนำให้ผ่อนคลายความตึงเครียด และให้ความมั่นใจ วิธีการแก้ไขเหล่านี้มุ่งที่จะให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในบุคลิกภาพของผู้รับการแก้ไขอย่างถาวร<sup>12</sup>

**2) การแก้ไขแบบกลุ่ม** นักทฤษฎีที่เกี่ยวกับวิธีการแก้ไขแบบกลุ่ม มองปัญหาอาชญากรรมว่าเป็นเรื่องที่เกิดจากอิทธิพลของกลุ่ม การที่บุคคลจะประกอบอาชญากรรมไม่ใช่สืบเนื่องมาจากโครงสร้างทางบุคลิกภาพแต่อย่างใด แต่เป็นผลของการที่บุคคลผูกพันอยู่กับกลุ่มต่างๆ ที่มีทัศนคติความเชื่อ และคุณค่าเกี่ยวกับอาชญากรรมด้วย เป็นที่ยอมรับกันว่า บุคลิกภาพของคนโดยทั่วไปได้มาจากความสัมพันธ์ทางสังคมในแต่ละสังคม ในทำนองเดียวกัน กลุ่มก็มีส่วนสร้างลักษณะอุปนิสัยให้แก่สมาชิกในกลุ่มไม่น้อย เช่น ในเรื่องการแสดงออกในทางก้าวร้าวหรือในการให้ความร่วมมืออาชญากรรมก็อาจเกิดขึ้นได้เมื่อบุคคลได้รับความพอใจจากการเข้าร่วมในกิจกรรมของกลุ่มที่มุ่งไปในทางนั้น และในทำนองเดียวกันอิทธิพลของกลุ่มก็อาจชักจูงบุคคลให้ออกห่าง

<sup>12</sup> James L. MaCay and Daniel E. Sheer. (1955). **Six Approaches to Psychotherapy**. p. 23.

จากการประกอบอาชญากรรมได้ด้วยเช่นกัน ดังนั้นทฤษฎีการแก้ไขแบบกลุ่มจึงมีอยู่ 2 ทฤษฎีด้วยกัน<sup>13</sup> คือ

(1) ทฤษฎีที่ใช้กลุ่มเป็นเครื่องมือ วัตถุประสงค์ของวิธีการนี้คือ การแสวงหาความช่วยเหลือเพื่อสนับสนุนพฤติกรรมที่ต้องการ โดยมีบรรทัดฐานของกลุ่มและความต้องการความช่วยเหลือจากกลุ่มของสมาชิกกลุ่มแต่ละคน เป้าหมายของวิธีการนี้ก็คือ ต้องการจะเปลี่ยนแปลงผู้มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนให้กลายเป็นผู้มีพฤติกรรมไม่เบี่ยงเบน โดยรับเข้าเป็นสมาชิกของกลุ่มที่มีพฤติกรรมที่ไม่ต่อต้านสังคม กลวิธีของวิธีการแบบกลุ่มนี้ต้องการความรู้ลึกผูกพันต่อกลุ่มอย่างมั่นคงของสมาชิก การที่กลุ่มไม่สามารถรักษาความจริงรักภักดีของสมาชิก ความสำคัญของบรรทัดฐานและคุณค่าของกลุ่มที่มีต่อสมาชิกและผู้ที่ยอมรับเข้าเป็นสมาชิกใหม่ การที่สมาชิกได้รับความพอใจและมีความนับถือตนเองจากการเป็นสมาชิก และการที่กลุ่มสามารถลงโทษสมาชิกของกลุ่มที่ฝ่าฝืนระเบียบของกลุ่มได้เป็นผลให้แก้ไขพฤติกรรมเบี่ยงเบนของสมาชิกได้ดี

(2) ทฤษฎีที่ใช้กลุ่มเป็นเป้าหมายของการเปลี่ยนแปลง วัตถุประสงค์ของวิธีการนี้ คือ เปลี่ยนแปลงวัฒนธรรมย่อยของกลุ่มที่เชื่อกันว่าเป็นบ่อเกิดของพฤติกรรมเบี่ยงเบน และนำกลุ่มออกไปสู่กลุ่มที่ไม่ต่อต้านสังคม เพราะเป็นที่เชื่อกันว่า พฤติกรรมเบี่ยงเบนมีที่มาจากวัฒนธรรมย่อยของกลุ่มและแบบของการเป็นผู้นำ เป็นต้น วิธีการที่นำมาใช้บางทีก็เป็นการจูงใจให้ผู้รับการแก้ไขหันมารับความเปลี่ยนแปลงที่จะเป็นประโยชน์ต่อเขา ในทางที่ตรงข้ามกับวัฒนธรรมย่อยของกลุ่มที่มีมาแต่เดิม เช่น กลุ่มของนักโทษอาจสร้างความเข้าใจดีกับกลุ่มเจ้าหน้าที่ของเรือนจำ โดยการยอมรับฟังความเห็นของกันและกัน

## 2.2.2 แนวความคิดในการลงโทษ

### 2.2.2.1 แนวความคิดทางจิตวิทยา

ทางจิตวิทยา จะพบคำตอบซึ่งเป็นเหตุผลที่แฝงอยู่ในความรู้สึกของบุคคลโดยทั่วไป ซึ่งในทางจิตวิทยาเรียกว่า “การคาดหวังการลงโทษ” โดยนักจิตวิทยาที่มีชื่อเสียงท่านหนึ่งคือ Sigmund Freud เรียกว่า “Psychological reality” อย่างไรก็ตามสิ่งนี้ไม่ใช่เรื่องแปลกใหม่อะไร เพราะเป็นเวลากว่าสองพันปีแล้วที่นักปรัชญาและนักทฤษฎีกฎหมายตระหนักถึงสิ่งนี้และเรียกสิ่งนี้ว่า “ความยุติธรรมในการลงโทษ” (retribution หรือ just desert)

ในทางจิตวิทยาแล้วให้ความเห็นว่าความยุติธรรมในการลงโทษนั้น มีลักษณะเป็นการดำเนินถึงรูปแบบของความคิด 2 ส่วน คือ

<sup>13</sup> Darwin Cartwright. (1965). “Achieving Change in People: Some Application of Group Dynamics Theory.” in Lawrence E. Hartrigg (ed.) *Prison Within Society: A Reader in Sociology.* pp. 282-287.

1) การยึดเหตุผลจากเหตุการณ์ในอดีต (logic of history) กล่าวคือการลงโทษนั้นจะต้องคำนึงถึงการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น (punishment has been made to fit the crime)

2) จิตวิทยาในการลงโทษ (psychology of punishment) เป็นหลักที่อยู่บนพื้นฐานว่าท่ามกลางความเกี่ยวข้องระหว่างอาชญากรรมกับการลงโทษ ทั้งสองสิ่งนี้ถูกผูกพันด้วยสิ่งที่เรียกว่า “ความถูกต้อง (right)” เมื่อเราพบว่าคนที่กระทำความผิดแต่กลับได้รับรางวัล เราจะมีความรู้สึกขัดแย้งและไม่พอใจ (ซึ่งเป็นเหตุผลที่ทำให้คนบางส่วนไม่พอใจกับระบบกระบวนการยุติธรรมในปัจจุบัน) นอกจากนี้เมื่อเราพบเห็นการกระทำความผิดแต่ต้องอยู่เฉยๆ โดยไม่สามารถทำอะไรได้เราก็อาจมีความรู้สึกไม่อาจสงบใจให้เป็นสุขได้ แม้ว่าจะไม่เกี่ยวข้องกับเราก็ดังนั้น แต่กลับพบว่า เป็นความเหมาะสมที่เราจะยืนยันว่าต้องมีการทำอะไรบางอย่าง เพื่อตอบโต้กับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นนั้น เพื่อให้บุคคลที่กระทำความผิดนั้นได้รับความเจ็บปวด (pain) ไม่ว่าจะเป็นความเจ็บปวดทางร่างกาย (physical pain) หรือความเจ็บปวดทางจิตใจ (mental pain) ประการใด ประการหนึ่งหรือทั้งสองประการร่วมกัน

#### 2.2.2.2 แนวความคิดทางปรัชญาและอาชญาวิทยา

นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงในต่างประเทศท่านหนึ่งคือ Herbert L. Packer ได้วิเคราะห์ความคิดของนักปรัชญาในอดีตจำนวนมากและให้คำจำกัดความของคำว่า โทษไว้ว่า<sup>14</sup> “ความหมายของการลงโทษที่แท้จริง หมายถึงการใช้กฎหมายทำให้ผู้ที่ต้องรับโทษต้องประสบความยากลำบากหรือเหตุการณ์รูปแบบอื่นๆ ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นสถานะที่ไม่พึงปรารถนา ทั้งนี้เพื่อเป็นไปตามผลแห่งการกระทำความผิดซึ่งได้ถูกกำหนดให้เป็นความผิดโดยกฎหมาย”

ทางอาชญาวิทยานั้น คำว่าความเจ็บปวดนั้นตัวของคำๆ นี้เองก็เป็นส่วนหนึ่งของคำจำกัดความของคำว่า การลงโทษ (punishment) โดยรากศัพท์ของคำว่าความเจ็บปวด (pain) นี้มาจากภาษาละตินคือ poena ซึ่งในช่วงหนึ่งนับจากยุคโรมันมาจนถึงศตวรรษที่ 17 คำว่า

ความเจ็บปวดความหมายคือ การลงโทษ (punishment or penalty) และในยุคก่อนศตวรรษที่ 17 คำว่าความเจ็บปวดเป็นที่เข้าใจกันว่ามีความหมายเดียวกันกับความเจ็บปวดทางกายภาพ เช่น การลงโทษโดยตัดหู เฆี่ยน การประหารชีวิต ซึ่งสิ่งต่างๆ เหล่านี้หมายถึงการลงโทษ โดยทำให้ต้องเผชิญความเจ็บปวด

<sup>14</sup> Herbert L. Packer. (1968). *The Limits of the Criminal Sanction*. p. 21.

หากพิจารณาถึงเหตุผลในทางปรัชญาแล้วเห็นว่า หากกฎหมายปราศจากการลงโทษผู้ฝ่าฝืนแล้วย่อมไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับได้แท้จริง ด้วยเหตุนี้การลงโทษจึงเปรียบเสมือนสัญญาณบอกให้ทราบถึงการคงอยู่ของกฎหมาย (punishment is the clear signal of law)

ในแง่ความเห็นเกี่ยวกับศีลธรรมนั้น ได้มีนักปรัชญาที่มีชื่อเสียงท่านหนึ่งคือ C. S. Lewis ได้เขียนไว้ในหนังสือเรื่อง The Problem of Pain<sup>15</sup> ว่าความเจ็บปวดมี 2 ประเภท คือ

- 1) A Pain คือความรับรู้ทางร่างกายโดยมีลักษณะเป็นสภาวะต่างๆ ไป (a particular kind of sensation) ซึ่งไม่คำนึงถึงว่าผู้ที่รับรู้จะมีความชอบหรือไม่ชอบต่อการกระทำนั้นๆ
- 2) B Pain คือการรับรู้ทางประสบการณ์ในแบบใดๆ ที่ผู้รับนั้นมีความรู้สึกไม่พอใจที่เกิดการกระทำนั้นๆ ขึ้น

C. S. Lewis ได้ยอมรับสภาวะต่างๆ ไป (a particular kind of sensation) นั้น ต้องคำนึงถึงช่วงเวลา (view pain as something to be endured over time) ดังนั้นเท่ากับว่าไม่ว่าจะเป็น การคำนึงถึงในทางการแพทย์หรือในทางศีลธรรม ก็จะมีการรับรู้ความเจ็บปวดเป็น 2 ระดับที่คล้ายคลึงกัน ในเชิงของการแบ่งแยกเป็นความเจ็บปวดช่วงสั้นๆ (acute pain) และความเจ็บปวดยืดเยื้อ (chronic pain) ในแง่ของแนวคิดทางการแพทย์

### 2.2.2.3 แนวความคิดทางการแพทย์

ในทางการแพทย์โดยทั่วไปแล้วเห็นว่ากรณีที่มนุษย์ต้องรับโทษ จะมีผลคือการทำให้อวัยวะทุกส่วนมีสภาพที่ไม่พึงปรารถนาซึ่งระบบประสาทและสมองสามารถรับรู้ได้ ซึ่งเป็นไปโดยสอดคล้องกับแนวคิดทางประวัติศาสตร์และปรัชญาที่เห็นว่าความเจ็บปวดนั้นเป็นส่วนหนึ่งของคำจำกัดความของคำว่า การลงโทษ โดยเห็นได้ชัดเจนจากรากศัพท์ของคำนี้ซึ่งมาจากภาษาละตินคือ poena อันมีความหมายคือ การลงโทษ

Thomas Szasz ผู้เชี่ยวชาญเรื่องความเจ็บป่วยทางจิตใจ (mental illness) ได้เคยเขียนไว้ในหนังสือเรื่อง Pleasure and Pain ว่า “เราไม่สามารถแบ่งแยกความเจ็บป่วยทางกายภาพและความเจ็บปวดทางจิตใจออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด เพราะแท้จริงแล้วความเจ็บปวดทั้งหลายล้วนแต่ถูกนำมาแปลงค่าที่สมองซึ่งได้ผลออกมาเป็นการรับรู้ถึงความเจ็บปวดแต่ก็เกิดขึ้นภายในซึ่งเราเรียกว่าเป็นความเจ็บปวดภายใน (mental pain) ทั้งหมด”

<sup>15</sup> Graeme Newman. (1985). “Just and Painful; A Case for the Corporal Punishment of Criminals (1 Edition). Retrieved May 21, 2010, from <http://www.fedpress.aust.com/CJP/Newman..Just.htm>

ในทางการแพทย์โดยทั่วไปจะแบ่งความเจ็บปวดออกเป็น 2 อย่าง<sup>16</sup> คือ

- 1) ความเจ็บปวดช่วงสั้นๆ (acute pain) หมายถึง ความเจ็บปวดที่มีลักษณะไม่ต่อเนื่องยาวนาน เพียงช่วงสั้นๆ
- 2) ความเจ็บปวดยึดเชื้อ (chronic pain) หมายถึง ความเจ็บปวดที่มีลักษณะยาวนานต่อเนื่อง (รวมถึงตลอดชีวิต)

#### 2.2.2.4 แนวความคิดทางสังคมวิทยา

แนวคิดทางสังคมวิทยาแบ่งแยกความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานอันเป็นผลของการลงโทษออกได้ตามมาตรการลงโทษ โดยสามารถจำแนกออกได้เป็น 4 รูปแบบหลักๆ ดังนี้

- 1) ความทุกข์ทรมานจากการลงโทษทางร่างกาย (physical punishment) เช่นการต้องเผชิญความอดอยาก การขาดอาหารที่เพียงพอและการถูกทำร้ายจากผู้ต้องโทษด้วยกัน
- 2) ความทุกข์ทรมานจากการลงโทษทางจิตใจ (mental punishment) เช่นความทุกข์จากการต้องห่างไกลครอบครัว เป็นต้น
- 3) ความทุกข์ทรมานจากการลงโทษทางสังคม (social punishment) เช่นไม่ได้รับการยอมรับในสังคมรอบข้างโดยทั่วไป การถูกตราหน้าว่าเป็นเดนคู เป็นต้น
- 4) ความทุกข์ทรมานจากการลงโทษทางเศรษฐกิจ (economic punishment) เช่นการขาดการให้โอกาสทำงานเพื่อมีรายได้ที่เหมาะสมกับความรู้ เป็นต้น

ดังนั้นจากการพิจารณาความหมายของการลงโทษโดยอาศัยความรู้ทั้งจากในแง่ของนักจิตวิทยา นักปรัชญาและอาชญาวิทยา รวมทั้งจากแง่มุมทางการแพทย์แล้วสามารถสรุปได้ว่าการลงโทษคือความผูกพันที่ต้องการกระทำบางอย่างเพื่อก่อให้เกิดสิ่งที่เชื่อได้ว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและการกระทำเพื่อโต้ตอบต่อผู้ที่เป็นผู้กระทำผิดนั้นทำให้ผู้ถูกลงโทษต้องประสบภาวะเจ็บปวด และความเจ็บปวดนั้นเป็นเสมือนความหมายของการลงโทษ

ทั้งนี้การลงโทษเพื่อก่อให้เกิดความเจ็บปวดสอดคล้องกับแนวคิดในลักษณะของ retributive หรือ just desert ซึ่งเป็นแนวคิดในเชิงทดแทน อย่างไรก็ตามการพิจารณาถึงระดับของความเจ็บปวดซึ่งจะมีผลต่อการตอบแทนหรือเพื่อสมสนั้น จำเป็นต้องพิจารณาโดยอาศัยความรู้ทางวิทยาศาสตร์และการแพทย์

ความเจ็บปวดทางร่างกายหรือจิตใจนั้นแท้จริงไม่อาจแยกออกจากกันได้อย่างแน่นอน เพราะเป็นปฏิกิริยาซึ่งเกิดจากการแปลความหมายจากสมองซึ่งอยู่ภายในร่างกายทั้งสิ้น แต่

<sup>16</sup> Janice Lynch Schuster. (2002). Mayday Scholars Survey Barriers to Effective Pain management: Studies point to legal and Regulatory Problems. Retrieved May 21, 2021 from <http://abcdcaring.org/exchang/99feb/mayday.htm>



สามารถแบ่งแยกความเจ็บปวดออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ความเจ็บปวดช่วงสั้น และความเจ็บปวดช่วงยืดยาวนาน

โดยที่การลงโทษนั้นมีลักษณะเป็นเสมือนสัญลักษณ์ (punishment is symbolic) ดังนั้นมาตรการลงโทษจะสามารถทำงานได้อย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อการลงโทษนั้นสอดคล้องกับคุณค่าในเชิงความหมายดังกล่าวข้างต้นเท่านั้น แต่พบว่าสังคมปัจจุบันขาดความเข้าใจอย่างแท้จริงว่า การลงโทษนั้นต้องอาศัยปัจจัยสำคัญ คือ การก่อให้เกิดความเจ็บปวด (punishment must above all else be painful) จึงจะเรียกได้ว่าเป็นการลงโทษที่แท้จริง

### 2.3 แนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตร

การมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเอง หรือเป็นความสัมพันธ์ของบุคคลที่อาศัยความซื่อสัตย์ในครอบครัวเดียวกันกระทำต่อบุคคลที่อยู่ในครอบครัวของตน ถือว่าเป็นการกระทำผิดที่มีความร้ายแรงและยังเป็นการทำลายความไว้วางใจของบุคคลที่ต้องอาศัยอยู่กับตนเองไม่ว่าการกระทำนั้นจะกระทำโดยความยินยอมหรือไม่ก็ตามก็ถือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงในทางสังคมหรือชุมชนต่างๆ ซึ่งในหลายๆ ประเทศได้ศึกษาถึงแนวความคิดที่จะศึกษาถึงเหตุผลสำคัญที่มีส่วนร่วมในการกระทำของบุคคลดังกล่าว ในประการต่างๆ ดังต่อไปนี้

#### 2.3.1 เหตุผลทางด้านจารีตประเพณีศีลธรรมและศาสนา

จารีตประเพณีนั้นถือเป็นกลไกในการกำหนดและควบคุมแนวทางการประพฤติปฏิบัติในการอยู่ร่วมกันของผู้คนในสังคมประเภทหนึ่ง ซึ่งคนในสังคมส่วนใหญ่ยอมรับและยึดถือว่าเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งการมีความสัมพันธ์ในทางเพศกับสมาชิกหรือบุคคลในครอบครัวในรูปแบบของ incest นั้น ถือว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อจารีต และถือว่าเป็นการกระทำที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสังคมโดยรวม โดยเฉพาะกระทบกระเทือนต่อหลักศีลธรรมอันดี ซึ่งเป็นที่ยึดถือของคนทั่วไปในสังคม<sup>17</sup> อันอาจทำให้เกิดปัญหาความเสื่อมทางศีลธรรมในสังคมได้ ซึ่งนอกจากผลกระทบทางด้านจารีตและศีลธรรมอันดีแล้วการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาตินั้น นอกจากจะถือเป็นการกระทำที่เป็นบาป (sin) ขัดต่อศีลธรรมและจารีตประเพณีอันดีของสังคมแล้ว ยังเป็นการขัดต่อหลักความเชื่อและคำสอนของศาสนาต่างๆ ทั้งศาสนาคริสต์ ศาสนาอิสลาม และศาสนาพุทธ กล่าวคือ

ศาสนาคริสต์ มีความเชื่อซึ่งรับผ่านมาจากพระคัมภีร์ไบเบิลว่า การสมรสนั้นทำให้ชายและหญิง (สามีภรรยา) รวมเสมือนเป็นบุคคลคนเดียวกันและเป็นสายโลหิตเดียวกัน ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นญาติที่สืบสายโลหิตเดียวกัน หรือมีความสัมพันธ์เป็นญาติโดยเกิดจากการสมรสแล้ว ก็จะถูก

<sup>17</sup> พวงเพชร สุรัตนกวีกุล และ เฉลิมมาลัย ราชภัณฑารักษ์. (2545). *มนุษย์กับสังคม* (พิมพ์ครั้งที่ 4).

ต้องห้ามไม่ให้มีการสมรสหรือร่วมประเวณีกัน<sup>18</sup> โดยมองว่าการมีเพศสัมพันธ์ในรูปแบบดังกล่าว นั้นถือเป็นการกระทำที่เป็นบาป ซึ่งแต่เดิมการฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าวนี้จะต้องถูกนำคดีขึ้นพิจารณา และตัดสินในศาลศาสนา (Church Courts) ซึ่งเป็นศาลที่ตัดสินคดีเกี่ยวกับกฎหมายของคริสต์ศาสนา (Cannon Law)<sup>19</sup>

ส่วนศาสนาอิสลาม มองว่าการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเครือญาตินั้นเป็นการกระทำที่ถือเป็นบาปอย่างร้ายแรง (Extremely Grave Sin) ที่ทำให้ผู้กระทำจะต้องถูกลงโทษอย่างรุนแรงทั้งในโลกนี้และโลกหน้าตามความเชื่อทางศาสนา ดังที่ปรากฏในคัมภีร์อัลกุรอาน<sup>20</sup>

สำหรับศาสนาพุทธนั้น ได้มองว่าการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันหรือเครือญาตินั้นถือเป็นการกระทำที่เป็นการผิดประเวณีในทางเพศรูปแบบหนึ่งตามข้อห้ามและตามหลักคำสอนของศาสนาพุทธที่พุทธศาสนิกชนไม่ควรปฏิบัติ

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงทำให้ในหลายประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศจีน หรือประเทศมาเลเซีย ได้บัญญัติความผิดอาญฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองขึ้นภายใต้หลักความเชื่อและหลักคำสอนทางศาสนาที่ประชาชนส่วนใหญ่ในประเทศนั้น ๆ นับถือ ทั้งนี้เพื่อให้การดำเนินชีวิตของประชาชนนั้นมีความสอดคล้องและดำเนินไปในทิศทางเดียวกันกับหลักการในทางศาสนา<sup>21</sup>

### 2.3.2 เหตุผลทางด้านพันธุกรรม (Science of Genetics)

เหตุผลสำคัญประการต่อมาของการบัญญัติกฎหมายความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองนั้นก็คือเหตุผลในเรื่องของพันธุกรรม ทั้งนี้เนื่องจากได้มีการศึกษาวิจัยพบว่าการมีความสัมพันธ์ในทางเพศโดยการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาตินั้น อาจมีผลทำให้ทายาทที่กำเนิดมานั้นมีความผิดปกติทางร่างกายหรือเป็นโรคต่างๆ อันเนื่องมาจากการได้รับการถ่ายทอดลักษณะทางพันธุกรรมที่ผิดปกติหรือบกพร่องที่เป็นอันตรายต่อร่างกาย (Detrimental Recessive Genes) จากบิดามารดาที่มีลักษณะทางพันธุกรรมที่ผิดปกติหรือบกพร่องดังกล่าว<sup>22</sup> ซึ่งอัตราความเสี่ยงในการที่จะได้รับการถ่ายทอดลักษณะทางพันธุกรรมดังกล่าวนี้จะมีมากขึ้นแตกต่างกันไป ทั้งนี้ โดยขึ้นอยู่กับระดับความสัมพันธ์ใกล้ชิดทางสายโลหิตของบิดาและมารดา ตัวอย่างเช่น หากบิดามารดา

<sup>18</sup> S.M. Cretney and Judith M. Masson. (1997). **Principles of Family Law** (6th edition). p. 44.

<sup>19</sup> The American Law Institute. **supra note 14**. p. 231.

<sup>20</sup> Sexual Morality. **Supra note 11**.

<sup>21</sup> The American Law Institute. **Loc.cit**.

<sup>22</sup> Recommendations of The National Society of Genetic Counselors. Retrieved May 21, 2002, from

[http://www.med.umich.edu/hg/EDUCATION/COURSES/542/pdfs/douglaslong%20pdfs/Mar18\\_Bennett.pdf](http://www.med.umich.edu/hg/EDUCATION/COURSES/542/pdfs/douglaslong%20pdfs/Mar18_Bennett.pdf).

ความสัมพันธ์ทางสายโลหิต โดยเป็นลูกพี่ลูกน้อง (First Cousins) กันแล้วอัตราความเสี่ยง ในการที่ บุตรจะมีความผิดปกติทางร่างกายอันเกิดจากการได้รับการถ่ายทอดลักษณะทางพันธุกรรมที่ บกพร่องนี้ก็จะมีความเสี่ยงร้อยละ 12.5 (1/8)<sup>23</sup> แต่หากบิดามารดาได้มีความ สัมพันธ์กันทาง สายโลหิตโดยเป็นบิดาหรือมารดากับบุตรแล้ว อัตราความเสี่ยงที่บุตรจะมีความผิดปกติก็จะมีถึงร้อย ละ 50 (1/2)<sup>24</sup>

อีกทั้งการมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตนั้นถือเป็นการต่อต้านลักษณะทางพันธุกรรม เพื่อคงไว้ซึ่งกรรมพันธุ์ของตนเอง เช่น ในสังคมโบราณอย่างฟาโรห์ของอียิปต์ หรือราชวงศ์ของบาง ชาติจะสนับสนุนพฤติกรรมมีเพศสัมพันธ์กันทางสายโลหิต เพราะต้องการรักษาสายเลือดของ ตนเองเกรงว่าสายเลือดของผู้อื่นซึ่งต่ำต้อยกว่าจะเข้ามาเจือปนในสายเลือดของตนจึงทำให้การ ขอมรับการมีเพศสัมพันธ์กันทางสายโลหิตไม่เป็นสิ่งต้องห้าม เป็นต้น

ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายในเรื่องดังกล่าวของหลายประเทศ จึงมีขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการร่วมประเวณีระหว่างญาติร่วมสายโลหิต อันอาจส่งผลให้เกิดทายาท หรือบุตรที่ผิดปกติหรือไม่สมบูรณ์ดังกล่าว<sup>25</sup> แต่ก็ยังมีอีกหลายประเทศที่ถือว่าการมีความสัมพันธ์ ทางสายโลหิตเป็นสิ่งที่ยอมรับและถือปฏิบัติสืบต่อกันมา

### 2.3.3 เหตุผลทางด้านสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา (Sociology and Anthropolgy)

นอกเหนือจากเหตุผลทางด้านศาสนาและเหตุผลทางด้านพันธุกรรมแล้ว การบัญญัติ กฎหมายความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองยังได้มีขึ้นภายใต้วัตถุประสงค์ ในทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยาโดยมองว่าข้อห้ามข้อบังคับดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลดีต่อสังคม ในด้านต่างๆ ดังนี้คือ<sup>26</sup>

- 1) เป็นการสนับสนุนส่งเสริมความสัมพันธ์อันดีในครอบครัว โดยเป็นการป้องกันการ แข่งขันหรือเป็นศัตรูกันในระหว่างเครือญาติจากการมีเพศสัมพันธ์ในครอบครัวดังกล่าว
- 2) การบังคับให้บุคคลมีความสัมพันธ์ในทางเพศหรือการสมรสกับบุคคลอื่นที่เป็น สมาชิกนอกครอบครัวนั้น ถือเป็นวิธีการเชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกในสังคมนั้น อันจะเป็นการส่งเสริมการรวมกลุ่มของผู้คนในสังคม ทำให้สังคมมีขนาดใหญ่ขึ้น
- 3) การสมรสหรือการมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลนอกครอบครัวนั้น จะทำให้เกิดการเรียนรู้ การแลกเปลี่ยน และการถ่ายทอดทางวัฒนธรรม อันจะทำให้สังคมนั้นได้รับประโยชน์จากการมี วัฒนธรรมที่หลากหลาย

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Jean Goodwin. (1982). *Sexual Abuse: Incest Victims and Their Families*. p. 128.

<sup>25</sup> The American Law institute. *supra note 14*. pp. 231-232.

<sup>26</sup> Ibid. p. 232.

4) การสมรสหรือการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองนั้น อาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงในสถาบันครอบครัวได้ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวอาจทำให้เกิดความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ของสมาชิกในครอบครัว (role conflict) กล่าวคือสมาชิกในครอบครัวแต่ละคนนั้นย่อมมีบทบาทหน้าที่ของตนแตกต่างกันไปตามสถานะที่มีในครอบครัว ซึ่งหากว่าสมาชิกแต่ละคนได้มีหน้าที่สองบทบาทในเวลาเดียวกัน ซึ่งบทบาททั้งสองนั้นเป็นบทบาทที่ขัดแย้งกัน ก็จะก่อให้เกิดความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ขึ้น ตัวอย่างเช่น หากบิดาได้มีเพศสัมพันธ์กับบุตรสาวของตน จนกระทั่งได้มีบุตรด้วยกัน ปัญหาที่จะเกิดขึ้นก็คือบิดาก็จะต้องปฏิบัติต่อเด็กคนดังกล่าวในฐานะที่เด็กเป็นบุตร หรือในฐานะที่เป็นหลานของตน (เนื่องจากเด็กเป็นบุตรของบุตรซึ่งก็คือหลานนั่นเอง) หรือบุตรสาวควรที่จะปฏิบัติต่อบุตรของเธอในฐานะที่เป็นบุตรหรือ ในฐานะที่เป็นพี่น้องของตน และบิดาจะยังคงสามารถอบรมสั่งสอนบุตรสาวในฐานะที่ตนเป็นบิดาต่อไปได้อีกหรือไม่ หรือบทบาทหน้าที่ของบิดาจะต้องเปลี่ยนไปอยู่ในฐานะที่เป็นคนรักหรือสามีแทนเป็นต้น<sup>27</sup>

เหตุผลแนวความคิดของการบัญญัติความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลใน ครอบครัวเดียวกันในด้านต่างๆ ดังที่ได้กล่าวข้างต้นนี้ จะแสดงออกให้เห็นอยู่ในส่วนขององค์ประกอบของความผิดทางด้านของผู้กระทำ และลักษณะของการกระทำความผิด ซึ่งประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่ได้กำหนดขอบเขตเอาไว้ดังนี้คือ

ในส่วนของผู้กระทำ ฐานะความสัมพันธ์ที่ต้องห้ามไม่ให้มีความสัมพันธ์ในทางเพศซึ่งประเทศส่วนใหญ่ได้กำหนดเอาไว้ว่ามีอยู่ด้วยกัน 3 ประเภทคือ<sup>28</sup>

1) ญาติร่วมสายโลหิต (Consanguineous) เช่น บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด หรือ ลูกหลาน เหลน ลื้อ และในบางประเทศได้บัญญัติรวมถึง ลุง ป้า น้า อา ด้วย

2) ผู้ที่ใช้หรืออยู่ใต้อำนาจปกครองทั้งตามความเป็นจริงและตามกฎหมาย (Adoptive and Step-Relations) เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง หรือลูกเลี้ยง ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือบุตรบุญธรรม และการอุ้มบุญ เป็นต้น

3) บุคคลที่มีความสัมพันธ์เป็นญาติโดยเกิดจากการสมรส (In-Laws) เช่น บิดามารดาของสามีหรือภรรยา หรือบุตรเขย บุตรสะใภ้ เป็นต้น

ส่วนในด้านลักษณะการกระทำนั้น ส่วนใหญ่แล้วจะบัญญัติห้ามการกระทำในรูปแบบต่างๆ ซึ่งแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

1) การกระทำชำเรา

2) การมีความสัมพันธ์ทางเพศในลักษณะของการกระทำอนาจาร

<sup>27</sup> David A. Gershaw. (2001). A Line on Life : Incest Taboo. Retrieved. June 20, 2001, from <http://www.axwester.edu/psy/dgershaw/lo/Incest/html>

<sup>28</sup> The American Law Institute. supra note 14. pp. 234-236.

ซึ่งในประเทศที่ได้บัญญัติห้ามเฉพาะแต่การกระทำที่เป็นการชำเรากับญาติร่วมสายโลหิตนั้นก็จะมีแนวความคิดมาจากการคำนึงถึงเหตุผลทางด้านศีลธรรม ประกอบกับเหตุผลทางด้านพันธุกรรมเป็นสำคัญ ส่วนประเทศที่ได้บัญญัติห้ามการกระทำชำเรากับบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์กันทั้งในด้านอำนาจปกครองและด้านการสมรส รวมถึงที่ได้บัญญัติกำหนดห้ามการกระทำอนาจารไม่ว่าจะต่อบุคคลที่เป็นญาติร่วมสายโลหิต ต่อผู้ที่มีความสัมพันธ์กันในด้านอำนาจปกครองหรือต่อญาติโดยการสมรสแล้ว ก็จะมีแนวความคิดมาจากเหตุผลทางด้านศีลธรรมศาสนา และทางด้านสังคมวิทยาและมานุษยวิทยาเป็นสำคัญ เนื่องจากการกระทำต่อบุคคลหรือเป็นการกระทำในลักษณะที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบทางด้านพันธุกรรมแต่อย่างใด

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ทำให้หลักประกันเพื่อให้การคุ้มครองและรับรองสิทธิเด็ก ดังนี้

- 1) การให้ความคุ้มครองในความเสมอภาคและความเท่าเทียมกัน รวมไปถึงการเลือกปฏิบัติ เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องอายุ (มาตรา 30) จะกระทำมิได้
- 2) สิทธิที่จะได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน 12 ปี ฟรีจากรัฐ (มาตรา 43)
- 3) หน้าที่ของรัฐที่จะต้องคุ้มครองและเลี้ยงดูเด็ก และเยาวชนที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัวและไม่มีผู้ดูแลหรือถูกทอดทิ้ง มีสิทธิได้รับการเลี้ยงดูและการศึกษาอบรมจากรัฐ (มาตรา 53) เด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัวมีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม

จะเห็นได้ว่า รัฐบาลได้ตระหนักถึงความสำคัญของเด็กซึ่งถือเป็นทรัพยากรอันมีค่าที่จะต้องให้ความคุ้มครองและปกป้องและพัฒนาอย่างดีที่สุด หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ 2550 ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2550 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในส่วนที่เกี่ยวกับการสอบปากคำเด็ก กฎหมายอาญามาตรา 285 เป็นต้น

#### 2.4 แนวคิดความเป็นมาของมาตรการเสริม

มาตรการเสริมในทางอาญา ในสมัยก่อนถือเป็นโทษอาญาประเภทหนึ่งส่วนมากจะถูกบัญญัติให้เป็นโทษอุปกรรมของทาจาคูกสำหรับอาชญากรรมรุนแรงมีลักษณะเป็นการจำกัดตัดทอนสิทธิในฐานะเป็นพลเมืองของผู้กระทำผิด กล่าวคือ ในประเทศเยอรมนีได้แบ่งโทษจำคุกออกเป็น 3

ประเภท คือ การจำคุกและให้ทำงานหนัก (Penal Servitude) การจำคุก (Imprisonment) และการกักขัง (Incarceration)<sup>29</sup>

#### 2.4.1 การจำคุกและให้ทำงานหนัก (Penal Servitude)

เป็นโทษสำหรับอาชญากรรมรุนแรง ได้แก่ การลงโทษจำคุกและถูกลดสิทธิในฐานะพลเมือง เช่น การเสียสิทธิที่จะรับราชการ การสูญเสียสิทธิที่จะประกอบอาชีพเป็นนักกฎหมาย หรือนักวิทยาศาสตร์ ฯลฯ

#### 2.4.2 การจำคุก (Imprisonment)

คือ การจำคุกธรรมดา เป็นโทษสำหรับอาชญากรรมที่ไม่รุนแรง

#### 2.4.3 การกักขัง (Incarceration)

คือ การกักขัง จะกระทำได้ไม่เกิน 6 เดือนสำหรับความผิดที่ไม่สำคัญเพื่อเป็นบทเรียนแก่ผู้กระทำความผิดที่มีลักษณะจะกลับตัวได้ ต่อมากลุ่มนักวิชาการกฎหมายอาญาเยอรมัน (Alternative Draft) ได้คัดค้านการลงโทษประเภท Penal Servitude เพราะเป็นปฏิปักษ์ต่อการกลับคืนสู่สังคมของผู้กระทำความผิด<sup>30</sup> ในที่สุดได้ถูกยกเลิกโดยการปรับปรุงกฎหมายอาญาในปี ค.ศ. 1975 และการปรับปรุงดังกล่าวก็ไม่ได้ทำให้ระบบการลงโทษของกฎหมายเยอรมนีอ่อนแอลง<sup>31</sup>

แม้เยอรมนีจะได้ยกเลิกโทษอาญาประเภท Penal servitude แต่การจำกัดสิทธิในฐานะพลเมืองของผู้กระทำความผิดก็ยังคงมีอยู่ในลักษณะของการลดสิทธิผู้กระทำความผิดบางโอกาส (Downright “occasional” offenders) เช่น การให้อ่านาสาลสั่งพักใบอนุญาตขับขี่ยานยนต์ในความผิดเกี่ยวกับการจราจรหรือการห้ามกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีของความผิดที่มีลักษณะเดียวกัน<sup>32</sup> โดยถือว่าเป็นโทษข้างเคียง (Nebenstrafe)<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Claus Roxin. (1970). *The Purpose of Punishment and The Reform of Penal Law*, 2 Law and State, 70.

<sup>30</sup> Jurgen Baumann (1970). **The Alternative Draft, Prepared by the Crimenal Law and Execution of Punishment, 1 Law and State, 54.** โดยกล่าวว่า “All the ancillary penalties and, principally penalties involving civic rights have proved particularly inimical to resocialization and have been cancelled.”

<sup>31</sup> Joachim Herrmann. (1976). **Sanction : German Law and Theory.** 24 *The American Journal of Comparative Law*, No. 4, 23. โดยกล่าวว่า “There are no indications that the penal system was weakened by the abolition of penal servitude.”

<sup>32</sup> Jurgen Baumann, op.cit. p. 54.

<sup>33</sup> Joachin Herrmann, op.cit. p. 748.

การจำกัดสิทธิของพลเมืองตามกฎหมายเยอรมนีอีกกรณีหนึ่ง คือ การสูญเสียสิทธิที่จะสมัครเข้ารับราชการ การเสียสิทธิที่จะสมัครรับเลือกตั้งและการเสียสิทธิที่จะลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง ซึ่งมาตรการในส่วนนี้ไม่ถือว่าเป็นโทษอาญา เรียกว่า ผลข้างเคียง (Nebenfolgen)<sup>34</sup> ด้วย

นอกจากนั้นกฎหมายอาญาของเยอรมนีถือว่า การให้จำเลยโทษจำคุกเป็นผลข้างเคียง (Nebenfolgen)<sup>35</sup>

กรณีของกฎหมายอาญาไทยไม่มีทางอาญาประเภท Penal Servitude และโทษอุปกรรม (Ancillary Penalties) ซึ่งเป็นโทษจำกัดสิทธิในทางแพ่งและสิทธิในทางการเมือง อย่างเช่น การให้ออกจากราชการ หรือตัดสิทธิไม่ให้รับราชการ ซึ่งนายออร์ซ ปาคูซ์ ได้ให้เหตุผลว่า เพราะฉะนั้นพลเมืองชาวสยามไม่ได้มีสิทธิในทางการเมืองเลย ดังนั้น จึงไม่มีทางที่จะไปจำกัดสิทธินั้นของผู้ต้องคำพิพากษาได้ สำหรับสิทธิในทางแพ่งนั้น ก็ยังไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายอย่างเป็นระเบียบนัก จึงเป็นการยากที่จะกล่าวถึงการตัดสิทธิในทางแพ่งไว้ในประมวลกฎหมายอาญาได้ การตัดสิทธิบางประเภทของผู้ต้องคำพิพากษานั้นต่อไป อาจกำหนดไว้ในประมวลแพ่งได้ และประการสุดท้ายการที่ศาลจะเข้าไปก้าวล่วงการบริหารงานราชการ อาจจะเป็นการขัดต่อหลักเรื่องการแบ่งแยกอำนาจและหลักความเป็นอิสระของฝ่ายบริหารที่ไม่ขึ้นกับฝ่ายตุลาการได้<sup>36</sup>

ส่วนโทษอุปกรรมที่ยอมรับในสมัยนั้นคือ การให้อยู่ในเขตอำนาจ ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองประเทศสยาม หวังว่าวิธีการเช่นนี้จะก่อให้เกิดผลดี โทษสถานีสากลมีสิทธิที่จะกำหนดห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาเข้าไปอยู่ในท้องถิ่นที่กำหนดหรือบังคับให้อยู่ในสถานที่ที่กำหนดให้อยู่ ซึ่งคล้ายกับระบบการจำกัดถิ่นที่อยู่ (Confinement) ของประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี มาตรา 18 และระบบการกำหนดให้อยู่ภายใต้การดูแลเป็นพิเศษของตำรวจ ของประมวลกฎหมายอาญาอิตาลีมาตรา 28<sup>37</sup>

สำหรับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยฉบับปัจจุบันถือว่า การให้อยู่ในเขตกำหนดหรือการห้ามเข้าเขตกำหนดเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย โทษอุปกรรมจึงถูกยกเลิกไปโดยปริยาย โดยประมวลกฎหมายอาญาซึ่งใช้อยู่ในปัจจุบันและโทษการจำกัดสิทธิทางแพ่งและทาง

<sup>34</sup> Ibid. p. 749.

<sup>35</sup> Easser. (1988). *Die Nebenfolgen aus: Jescheck Hans-Heinrick Lehrbuch des Strafecjts, Allgemeiner Teil 4. auflage, Belin.* p. 712.

<sup>36</sup> นายออร์ซ ปาคูซ์. (2531, มิถุนายน). “บันทึกนายออร์ซ ปาคูซ์,” ที่ปริกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, แปลโดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 2, ปีที่ 18. หน้า 24.

<sup>37</sup> แหล่งเดิม.

การเมืองก็ไม่ได้บัญญัติเพิ่มเติมไว้ ทั้งๆ ที่ขณะนั้นคนไทยมีสิทธิทางการเมืองแล้ว และสิทธิทางแพ่งก็ได้บัญญัติไว้เป็นระเบียบแล้วในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แสดงว่ากฎหมายไทยไม่ยอมรับโทษอาญาประเภทการจำกัดสิทธิต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น

แต่อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็มีบางมาตราที่บัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกับกฎหมายอาญาของเยอรมนี ได้แก่ การลดสิทธิผู้กระทำความผิดบางโอกาสในความผิดที่สืบเนื่องจากการเสพยาและยาเสพติดให้โทษ หรือความผิดในลักษณะเดียวกันตามมาตรา 49 วรรคแรก การให้โฆษณาคำพิพากษา ตามมาตรา 332 (2) ส่วนการให้ยึดและทำลายวัตถุหรือส่วนของวัตถุที่เป็นเหตุแห่งความผิดตามมาตรา 332 (1) นั้น ในกฎหมายอาญาของเยอรมนีไม่ได้บัญญัติไว้

## 2.5 บทลงโทษในทางแพ่งและทางอาญาต่อผู้ฝ่าฝืนความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร

### 2.5.1 บทลงโทษในทางแพ่งต่อผู้ฝ่าฝืนความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร

โดยหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บิดามารดาย่อมมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรและยังมีสิทธิที่จะลงโทษบุตรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนตามสมควร อันเป็นการใช้อำนาจทางปกครองของบิดามารดา แต่หากบิดามารดาใช้อำนาจทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายหรือประพฤดิชั่วร้ายต่อบุตรซึ่งเป็นผู้เยาว์ เช่น การล่วงเกินทางเพศต่อเด็ก เป็นต้น กรณีนี้บิดามารดาย่อมถูกถอนอำนาจปกครอง

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดเหตุในการถอนอำนาจปกครอง (Parental Power) ไว้ 3 กรณี จะขอยกเฉพาะที่เกี่ยวข้องคือ การที่บิดามารดาใช้อำนาจปกครองประพฤดิชั่วร้าย เป็นกรณีที่บิดาหรือมารดาได้ประพฤดิที่ไม่สมควรหรือไม่มีศีลธรรมต่อบุตรผู้เยาว์ ในลักษณะที่สังคมไม่อาจยอมรับได้ เช่น การกระทำผิดทางเพศต่อบุตร เป็นต้น และเป็นการกระทำที่มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะเกิดอันตรายหรือความเสียหายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจหรือศีลธรรมอันดีของบุตร

อย่างไรก็ตาม ผู้ที่มีอำนาจที่จะถอนอำนาจปกครองนั้น กฎหมายให้อำนาจเฉพาะแต่บุคคลดังต่อไปนี้

1) ศาลสั่งถอนอำนาจปกครอง ต้องเป็นกรณีที่ศาลกำลังพิจารณาคดีครอบครัวอยู่ และปรากฏข้อเท็จจริงต่อศาลนั้นว่า ผู้ใช้อำนาจปกครองมีพฤติกรรมเข้าเงื่อนไขที่มาตรา 1582 กำหนดตัวอย่างเช่น เป็นผู้ล่วงเกินทางเพศต่อเด็กผู้เยาว์ เป็นต้น ศาลนั้นมีอำนาจหยิบยกคดี ขึ้นมาทำคำสั่งถอนอำนาจปกครองได้เอง ซึ่งมีรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีครอบครัวอยู่ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534



2) ญาติของเด็กผู้เยาว์ร้องขอให้ศาลถอนอำนาจปกครอง ซึ่งจะต้องเป็นญาติโดยนิตินัย และเป็นญาติทางสายโลหิตโดยตรง เช่น พี่ ลุง ป้า น้า อา ตา ยาย เป็นต้น การที่บิดาไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับมารดา มีผลทำให้เป็นบิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ญาติทางบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่ถือเป็นญาติตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1582

3) พนักงานอัยการร้องขอให้ศาลถอนอำนาจปกครอง ซึ่งเริ่มจากผู้มีส่วนได้เสียหรือญาติของเด็กผู้เยาว์นั่นเอง

จึงเห็นได้ว่า การถอนอำนาจปกครองจะต้องมีข้อเท็จจริงที่มีเหตุอันควรเชื่อว่าเป็นการกระทำที่มีเหตุให้ถอนอำนาจปกครองได้ ศาลจึงจะมีคำสั่งถอนอำนาจปกครอง ซึ่งในความเป็นจริงข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่สามารถขึ้นสู่ศาลได้ เพราะผู้ที่ถูกกระทำเกิดความกลัว อับอาย หรือถูกข่มขู่ เป็นต้น จึงเป็นหน้าที่ของญาติผู้เยาว์หรืออัยการเสียมากกว่าที่จะขอให้ศาลถอนอำนาจปกครอง

### 2.5.2 บทลงโทษในทางอาญาต่อผู้ฝ่าฝืนความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร

การคุ้มครองสิทธิในชีวิตและร่างกายของเด็กนั้น ประมวลกฎหมายอาญาได้ให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษกว่าบุคคลทั่วไป โดยได้กำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดหนักกว่าโทษที่จะกระทำต่อบุคคลโดยทั่วไป กล่าวคือ

1) กระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277

2) กระทำอนาจารเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสี่ปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279

3) มาตรา 285 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม” จะเห็นว่ามาตรา 285 มิได้นำเรื่องทางด้านอำนาจปกครองที่ผู้กระทำมีต่อเหยื่อ ตามความเป็นจริงหรือความเป็นเครือญาติ มาเป็นข้อพิจารณาเพื่อเพิ่มโทษผู้ที่เป็นเครือญาติอื่นๆ ด้วย เช่น บิดาเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราบุตรเลี้ยง มีความผิดเพียง ป.อ. มาตรา 277 กรณียังไม่ต้องด้วยมาตรา 285 เพราะอำนาจปกครองบุตรอยู่ที่มารดาของเด็ก เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีความผิดเกิดขึ้นแก่เด็กแล้ว กระบวนการดำเนินคดีอาญาเริ่มตั้งแต่การร้องทุกข์สอบสวน การดำเนินคดีอาญาในชั้นศาลและพิพากษาในที่สุด ยังคงดำเนินการใน

ลักษณะเช่นเดียวกับการดำเนินคดีอาญาโดยทั่วไป ทั้งๆ ที่เป็นคดีที่เด็กเป็นผู้เสียหาย ดังจะเห็นได้จากการสอบสวนอันเป็นการรวบรวมพยานหลักฐานนั้น เพื่อนำมาใช้ในการพิสูจน์การกระทำ ความผิดของผู้ต้องหาซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันแต่เพียงฝ่ายเดียว แต่ไม่มีการรวบรวม พยานหลักฐานเกี่ยวกับเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายเพื่อใช้เป็นข้อมูลเพื่อกำหนดกระบวนการที่เหมาะสม เพื่อป้องกันคุ้มครองฟื้นฟูเด็กนั้นต่อไป<sup>38</sup>

กล่าวโดยสรุป ไม่ว่าจะเป็นทฤษฎีการลงโทษ แนวความคิดในการลงโทษ และแนว ความคิดในการกำหนดความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตร และบทลงโทษในทางแพ่งและ ทางอาญาที่นำมาใช้คุ้มครองสิทธิเด็ก ล้วนแล้วแต่มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงพฤติกรรม ต่างๆ ประกอบการกระทำของผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตน โดยนานอารย ประเทศได้ศึกษาถึงบทลงโทษและกำหนดวิธีการมาเพื่อเยียวยาปัญหาเหล่านี้จึงมีความจำเป็นที่ จะต้องศึกษาเพื่อมาประกอบการกำหนดถึงมาตรการเสริมในทางอาญาที่เหมาะสมในความผิดทาง เพศที่กระทำต่อบุตรต่อไป เพื่อช่วยในการลดปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องและทวีความ รุนแรงเพิ่มมากขึ้น

---

<sup>38</sup> UNICEF. (2543). กฎหมายและแนวปฏิบัติในประเทศไทยเฉพาะกรณีที่ไม่สอดคล้องตามอนุสัญญา ว่าด้วยสิทธิเด็กและข้อเสนอแนะเพื่อการพัฒนา: รายงานการวิเคราะห์. หน้า 15.

## บทที่ 3

### บทลงโทษและมาตรการเสริมทางอาญาในต่างประเทศ

ในบทนี้เราจะศึกษาถึงบทลงโทษและมาตรการเสริมทางอาญาในต่างประเทศที่นำมาใช้แก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเอง ซึ่งในนานาอารยประเทศได้มีบทลงโทษและมาตรการเสริมอย่างไรบ้างเราจะได้ศึกษาเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมแก่บุคคลที่กระทำความผิดทางเพศต่อบุตรของตนเองในประเทศไทยต่อไป

#### 3.1 บทลงโทษและมาตรการเสริมทางอาญาในประเทศอังกฤษ

##### 3.1.1 บทลงโทษในประเทศอังกฤษ

เดิมกฎหมายอังกฤษ แบ่งประเภทความผิดออกเป็นสามประเภท คือ ความผิดอุกฉกรรจ์ (felony) ความผิดอาญาประเภทหุโทษ (misdemeanours) และความผิดลหุโทษ (petty offence) ต่อมาถูกยกเลิกไป และมาแบ่งเป็นประเภทความผิดโดยถือตามวิธีพิจารณา โดยแยกเป็นความผิดที่ต้องพิจารณาในศาลสูงคดีอาญา (Crown Court) และมีคณะลูกขุนเป็นผู้พิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงที่เรียกว่า offences triable only indictment กับความผิดที่พิจารณาโดยรวบรัด โดยศาล magistrate เรียกว่า offences triable summarily และประเภทที่สามารถพิจารณาโดยรวบรัดหรือโดย indictment ก็ได้ (Offences triable either way) และมีการแบ่งความผิดอีกลักษณะหนึ่ง โดยแบ่งตาม Criminal Act 1967 โดยแยกเป็นความผิดที่อาจจับได้โดยไม่มีหมายจับ arrestable offences และความผิดที่ไม่อาจจับได้โดยไม่มีหมายจับถ้าไม่ใช่ความผิดซึ่งหน้า (non-arrestable offences)

ในปัจจุบัน กฎหมายอังกฤษกำหนดความผิดไว้โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statutory offences) โดยมีกฎหมายบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาโดยเฉพาะ เช่น the Criminal Act 1967 the Criminal law Act 1977 the abortion Act 1967 the Crime and Disorder Act 1998, Offences Against the Person Act 1986 Theft Act 1968 และ Theft Act 1978 Sexual Offences Act 1956 1967 1985 2003 Terrorism Act 2002 Terrorism Act 2006 Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 เป็นต้น และความผิดที่กำหนดไว้ในกฎหมายพิเศษอีกหลายฉบับ เช่น Firearms Act 1968 Drug

<sup>1</sup> Martin Wasik. (2001). **Emmins on Sentencing**. (fourth edition). pp. 2 and 35-36.

Trafficking Act 1994 Obscene Publications Act 1959 War Crime Act 1991, Football Offence Act 1991 Police and Criminal Evidence Act 1984 เป็นต้น ซึ่งความผิดตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้กำหนดโทษไว้ เพื่อให้ศาลกำหนดโทษ บางฐานความผิดเป็นการกำหนดโทษไว้ตายตัวบางฐานความผิดกำหนดอัตราโทษขั้นสูง และบางความผิดกำหนดโทษที่ให้ศาลขึ้นค่าไว้ แต่ส่วนใหญ่เป็นการอัตราโทษขั้นสูง เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ เรียกว่ากระบวนการกำหนดโทษ sentencing process โดยศาลจะกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิดและสภาพของผู้กระทำความผิด โดยคำนึงถึงเป้าหมายในการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมให้ปลอดภัยและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดตาม ดังนั้น กฎหมายอังกฤษจึงได้บัญญัติหลักเกณฑ์การกำหนดโทษของศาล และอำนาจศาลที่จะกำหนดโทษในแต่ละประเภทไว้ เพื่อให้ศาลใช้เป็นหลักเกณฑ์การกำหนดโทษกฎหมายเหล่านี้ ได้แก่ Crime (Sentences) Act 1997 Criminal Justice Act 1967 Criminal Justice Act 1991 และฉบับปัจจุบัน Criminal Justice Act 2003 Magistrates Court Act 1980 Power of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 Children and Young Person Act 1933 1969 Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 เป็นต้น

อังกฤษได้ปรับปรุงและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางอาญาและการกำหนดโทษตลอดมา โดยมีการศึกษาวิจัยและวิเคราะห์สถิติของคำพิพากษาของศาลเพื่อประเมินและวิเคราะห์แนวโน้มในการกำหนดโทษของความผิดและการใช้มาตรการลงโทษที่มีอยู่ในกฎหมาย และประสิทธิภาพในการบริหารงานยุติธรรมและกระบวนการแก้ไขบำบัดผู้กระทำความผิด สำหรับงานวิจัยเกี่ยวกับพัฒนาการของการกำหนดโทษได้ศึกษาเพื่อค้นหามาตรการให้การลงโทษสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคยุติธรรมและเป็นที่ยอมรับต่อสังคมว่ากระบวนการยุติธรรมมีความสามารถในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและป้องกันสังคมให้พ้นจากการกระทำความผิดของอาชญากรรม<sup>2</sup>

กฎหมายหลักที่กำหนดหลักเกณฑ์การลงโทษของศาลในปัจจุบันมีกฎหมายหลักอยู่สามฉบับ คือ The Criminal Justice Act 1991 (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “CJA 1991”) กฎหมายนี้ กำหนดหลักเกณฑ์การกำหนดโทษของศาล โดยให้คำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ในการพิจารณาว่าโทษที่ร้ายแรงควรได้รับการลงโทษร้ายแรงตามสัดส่วน กฎหมายฉบับที่สองคือ The Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “PCC(S) A 2000”) โดยประมวลมาตรการในการบังคับใช้กฎหมายอาญาให้อยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกันเพื่อให้การบังคับโทษเป็นไปโดยเหมาะสมกับความผิดและผู้กระทำความผิดและในท้ายที่สุดมีการปรับปรุงกระบวนการกำหนดโทษฉบับล่าสุด

<sup>2</sup> ได้แก่งานวิจัยของ Home Office Department ซึ่งรับผิดชอบหน่วยงานที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เช่น ตำรวจ อัยการ สำนักงานคุมประพฤติ ราชทัณฑ์ เป็นต้น สืบค้นเมื่อ 21 พฤษภาคม 2553, จาก [www.homeoffice.gov.uk](http://www.homeoffice.gov.uk) หรือ [www.cjsonline.gov.uk](http://www.cjsonline.gov.uk).

ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่แก้ไขหลักเกณฑ์การลงโทษและดุลพินิจในการกำหนดโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายสองฉบับแรก และมีผลใช้ทั่วสหราชอาณาจักร โดยขยายหลักเกณฑ์บางเรื่องไปใช้กับความผิดในไอร์แลนด์เหนือและสกอตแลนด์ด้วย กฎหมายฉบับที่สามนี้ คือ The Criminal Justice Act 2003<sup>3</sup> (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “CJA 2003”) โดยถือเป็นกฎหมายหลักที่มีอยู่ในปัจจุบันในการกำหนดโทษที่มีในอังกฤษ<sup>4</sup>

กฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นถือว่าเป็นต้นแบบของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่เดิมก่อนปี ค.ศ. 1650 การเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองที่เป็นการกระทำต่อบุตรของตนยังไม่ได้เป็นความผิดทางอาญาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่เป็นความผิดตามกฎหมาย

<sup>3</sup> Criminal Justice Act 2003, chapter 44, part 12, ss. 142-305. Retrieved May 21, 2010, from

<http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/30044-ca.htm>

<sup>4</sup> ก่อนหน้าที่จะประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ได้มีงานวิจัยหลายฉบับที่ศึกษาถึงกระบวนการกำหนดโทษของอังกฤษภายใต้กฎหมายที่มีอยู่คือ Criminal Justice Act 2000 และ the powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 โดยมีข้อเสนอแนะในการปรับปรุงกระบวนการในการกำหนดโทษและการบริหารจัดการ ซึ่งข้อเสนอดังกล่าวได้นำมาใช้ในการแก้ไขกฎหมายใน Criminal Justice Act 2003 งานวิจัยเหล่านี้ ได้แก่ the White paper on “Criminal Justice: the Way Ahead” (2001) เป็นงานวิจัยที่ศึกษาถึงมาตรการในการลงโทษที่คุ้มค่าทางเศรษฐกิจ, the Halliday Report, in John Halliday, “Making Punishments Work: The Report of A Review of the Sentencing framework for England and Wales.” ซึ่งเป็นงานวิจัยที่ศึกษาความจำเป็นที่จะต้องให้ประชาชนมีความเชื่อมั่นในระบบการลงโทษและการลดจำนวนอาชญากรรม, the White paper on “Justice for All” (2002) เป็นงานวิจัยที่เน้นถึงการคุ้มครองสิทธิของผู้กระทำความผิด ผู้เสียหายและพยานและประโยชน์ของสังคม โดยเน้นการสร้าง ความเชื่อมั่นของสังคมในกระบวนการยุติธรรม การประสานการทำงานของตำรวจ สำนักงานคุมประพฤติ พนักงาน อัยการ ศาล เพื่อให้การลงโทษมีประสิทธิภาพ อ้างถึงใน Susan Easton and Christine Piper. (2005). Sentencing and Punishment: **The Quest for Justice**. pp. 21 – 25 นอกจากนี้มีงานวิจัยเรื่อง “Crime, Court and Confidence: Report of an Independent Inquiry into Alternatives to prison” ที่ศึกษาถึง การใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษตามกฎหมายที่มีอยู่ในระหว่างปี 1980-2003ว่ามีปัญหาอุปสรรคอย่างไร และควรต้องดำเนินการอย่างไร จึงจะทำให้การลงโทษและการบริหารเรือนจำและการลงโทษในชุมชนประสบความสำเร็จ ซึ่งงานวิจัยนี้ดำเนินการโดย Lord Coulsfield และคณะ ได้รับการสนับสนุนทุนในการวิจัยโดย Rethinking Crime and Punishment ซึ่งตั้งขึ้นโดย Esmee Fairbairn Foundation ทั้งนี้งานวิจัยดังกล่าวได้มีข้อเสนอในการที่ศาลและเจ้าพนักงานในท้องถิ่นจะดำเนินการใช้มาตรการในการลงโทษและบังคับโทษในชุมชนให้เกิดความเชื่อมั่นต่อสังคมภายใต้คณะกรรมการที่ก่อตั้งใหม่ที่เรียกว่า Nation Offender Management Service และศึกษาวิเคราะห์ถึงมาตรการในการที่จะลดผู้ต้องโทษในเรือนจำตลอดจนการเพิ่มประสิทธิภาพในการใช้มาตรการในการลงโทษโดยชุมชน

<sup>5</sup> นฤพนธ์ จ้อยทองมูล. (2544). การกระทำความผิดทางเพศของบุคคลในครอบครัว. หน้า 69.

ศาสนาซึ่งผู้ฝ่าฝืนจะต้องถูกชำระพิจารณาตีความดังกล่าวในศาลศาสนา (Ecclesiastical court)<sup>6</sup> ซึ่งในสมัยก่อนการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเอง เช่น ระหว่างพ่อกับลูกสาว หรือพี่สาวกับน้องชาย ก็มีปรากฏชุกชุมในประเทศอังกฤษ ยิ่งในพวกที่ยากจนยิ่งจะมีมาก ทั้งนี้เพราะสาเหตุมาจากครอบครัวที่ยากจน ต้องแออัดนอนอัดเขียดในห้องเดียวกัน บางทีต้องนอนเตียงเดียวกันปนเปกันไปทั้งพ่อ แม่ ลูกสาวและลูกชาย

ดังนั้นการมีเพศสัมพันธ์ระหว่าง พ่อ แม่ และลูก จึงเกิดขึ้นไม่หยุดหย่อนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และได้มีการบันทึกไว้เป็นหลักฐานมากมายถึงพฤติกรรมดังกล่าวของคนอังกฤษ เช่น ในปี ค.ศ. 1670 คดีของนายกเทศมนตรีแห่งเอดินเบรอ ชื่อธอมัส ไวร์ ซึ่งนายกเทศมนตรีผู้นี้ได้ถูกศาลตัดสินประหารชีวิต โดยเขามีความผิดกล่าวคือมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลในครอบครัวเดียวกันโดยสายเลือด และมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ พฤติการณ์คือ เมื่อขณะที่นายกเทศมนตรีผู้นี้ยังหนุ่มอยู่ ได้เคยมีเพศสัมพันธ์กับน้องสาวของเขา ซึ่งมีอายุเพียง 14 ปี ต่อจากนั้นก็มิมีเพศสัมพันธ์กันมาเรื่อยๆ จนน้องสาวโต ซึ่งการมีเพศสัมพันธ์ได้กระทำในบ้านของบิดานั้นเอง ต่อมาเขายังได้บังอาจข่มขืนลูกเลี้ยงซึ่งเป็นลูกคิดมากับภริยาของเขาอีก และในระหว่างที่อยู่กินกับภริยา ธอมัส ไวร์ ยังลักลอบมีเพศสัมพันธ์กับสาวใช้ในบ้านของเขาหลายครั้งและหลายคนเท่านั้นยังไม่พอ ธอมัส ไวร์ ยังได้แสดงความวิปริตโดยการมีเพศสัมพันธ์กับแม่วัวและลาของเขาอีก คดีของนายกเทศมนตรีผู้นี้มีพยานหลายปากให้การที่ศาล โดยพยานเหล่านี้ได้รายละเอียดถึงวิธีที่เขาได้กระทำกับสัตว์อย่างผิดธรรมชาติ ส่วนพฤติกรรมที่เกี่ยวกับน้องสาวของเขานั้น ผู้เป็นน้องสาวได้เล่ารายละเอียดให้ศาลฟังจนหมด เช่น ได้เคยมีเพศสัมพันธ์กันก็ครั้ง และในสถานที่ใดบ้าง เป็นต้น ในที่สุดทั้งธอมัส ไวร์ นายกเทศมนตรี และน้องสาวของเขาก็ถูกศาลตัดสินประหารชีวิต ในวันจันทร์ที่ 11 เมษายน ค.ศ. 1670<sup>7</sup>

จากตัวอย่างของคดีดังกล่าวจะเห็นว่าในสมัยก่อนนั้นการลงโทษผู้ที่กระทำความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองแม้จะเป็นความสัมพันธ์โดยยินยอม สังคมหรือศาลมักจะลงโทษด้วยมาตรการที่รุนแรงมากถึงขั้นประหารชีวิตเลยทีเดียวทั้งชายและหญิง เนื่องจากเห็นว่าเป็นการกระทำที่วิปริตผิดธรรมชาติ และผิดศีลธรรม จึงสมควรลงโทษให้หนักเพื่อจะได้เป็นเยี่ยงอย่างไม่ให้ใครประพฤติปฏิบัติตาม ต่อมาในปี ค.ศ. 1908 จึงได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายให้การร่วมประเวณีในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองเป็นความผิด และมีโทษในประเทศอังกฤษ ซึ่งในปัจจุบันการลงโทษผู้กระทำความผิดไม่รุนแรงเหมือนในสมัยก่อน โทษสูงสุดคือจำคุกโดยเฉพาะกรณีที่เป็นการกระทำของบิดามารดาต่อบุตร

<sup>6</sup> แหล่งเดิม. หน้า 69.

<sup>7</sup> มารุต นามแฝง. (2508). ผู้ดีร้อยแปด. หน้า 217-219.

จะใช้การบำบัดทางจิตอันถือเป็นมาตรการเสริมร่วมด้วยเพื่อช่วยลดความต้องการที่จะกระทำ เช่นเดิม และจะช่วยให้ผู้กระทำผิด ได้สำนึกในความผิดและเห็นว่าการกระทำดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่มี ความเลวร้าย

เหตุที่มีการออกกฎหมายห้ามการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่ กระทำต่อบุตรของตนเองในปี ค.ศ. 1908 เนื่องจากรัฐสภาของประเทศอังกฤษได้เห็นความสำคัญ ของผลทางพันธุกรรม โดยจากการวิจัยของแพทย์พบว่าหญิงที่ตั้งครรภ์จากการมีเพศสัมพันธ์กับญาติ ที่ร่วมสายโลหิตเดียวกันกับตนนั้น เมื่อทารกเกิดมาก็จะมีโอกาสมีความผิดปกติทั้งทางร่างกายและ จิตใจสูงถึงร้อยละ 25 ซึ่งก่อนหน้านี้ไม่มีการให้ความสนใจผลดังกล่าวเท่าที่ควรแต่เมื่อมีการเสนอ ร่างพระราชบัญญัติห้ามร่วมประเวณีในระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของ ตนเองต่อสภาก็ได้รับความเห็นชอบอย่างมากเพราะเหตุผลที่ว่านอกจากจะเป็นการผิดศีลธรรมอย่าง ร้ายแรงแล้วยังอาจจะเป็นการทำให้สิ้นเผ่าพันธุ์มนุษย์อีกด้วย<sup>8</sup>

การห้ามมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเอง โดยการอาศัยเหตุผลทางด้านการแพทย์เป็นวิธีการหนึ่งที่น่ามาใช้เพื่อควบคุมคุณภาพของประชากร ให้ประชากรที่เกิดมามีร่างกายและจิตใจที่สมบูรณ์ไม่มีโรคติดต่อทางพันธุกรรม ถือเป็นมาตรการ เสริมทางกฎหมายที่สอดคล้องกับหน้าที่ของครอบครัวที่จะต้องผลิตสมาชิกคือลูกๆ ของตนที่ แข็งแรงสมบูรณ์ เพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์ต่อไปและการที่ได้ประชากรมีสติปัญญาและมีความรู้ฉลาด เฉลียวตลอดจนร่างกายที่แข็งแรง ย่อมทำให้สังคมและประเทศชาติมีความมั่นคง<sup>9</sup>

ด้วยเหตุนี้การห้ามการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อ บุตรของตนเอง จึงได้ถูกบัญญัติเป็นกฎหมายห้ามไว้ตามกฎหมายครอบครัวและเป็นความผิดตาม กฎหมายอาญาด้วย ซึ่งจะต้องถูกลงโทษทั้งชายและหญิง ในส่วนของการสมรสที่ต้องห้ามตาม กฎหมายครอบครัวของประเทศไทยนั้น กฎหมายได้บัญญัติห้ามการสมรสของกลุ่มสมรสทั้งที่เป็น ญาติร่วมสายโลหิต และที่เป็นญาติทางการสมรส ซึ่งได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการ สมรส (Marriage Act) โดยให้การสมรสที่ฝ่าฝืนตกเป็น โฆษะ (Void Marriage) และความเป็นญาติ ร่วมสายโลหิตนี้ จะถือตามความเป็นจริงไม่ว่าความมีสายเลือดร่วมกันนั้นจะเต็มสายเลือด (Full Blood) หรือเพียงครึ่งหนึ่ง (Half Blood) โดยถือเอาการที่มีบรรพบุรุษเดียวกันตั้งนั้นจึงสรุปได้ว่า ชายจะทำการสมรสไม่ได้กับแม่ ย่า ยาย ป้า อา และน้ำผู้หญิง ลูกสาว หลานสาว พี่สาว น้องสาว แม่ และลูกสาวบุญธรรม และในส่วนของหญิงนั้นก็ทำการสมรสไม่ได้กับ พ่อ ปู่ ตา ลุง อา และน้ำ

<sup>8</sup> นฤพนธ์ จ้อนทองมูล. (2544). การกระทำความผิดทางเพศของบุคคลในครอบครัวเดียวกัน.

หน้า 69-70.

<sup>9</sup> แหล่งเดิม. หน้า 70.

ผู้ชาย ลูกชาย หลานชาย พี่ชาย น้องสาว พ่อและลูกบุญธรรม จากที่กล่าวมาแล้วจะเห็นว่าความเป็นญาตินั้น กฎหมายได้ขยายความรวมถึงความเป็นพ่อบุญธรรมกับลูกบุญธรรมด้วย โดยให้อยู่ระดับเดียวกันกับญาติสายเลือดเดียวกันจึงทำให้การสมรสของบุคคลดังกล่าวเป็นการสมรสที่ต้องห้าม<sup>10</sup>

ในส่วนของกฎหมายอาญาประเทศอังกฤษมีกฎหมายบัญญัติลงโทษการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเอง โดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับความยินยอมของฝ่ายหญิง (แม้หญิงจะยินยอมผู้กระทำก็มีความผิด) ถ้าถึงขั้นเป็นการข่มขืนกระทำชำเราก็ต้องถูกลงโทษฐานข่มขืนกระทำชำเรา เช่นเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเราหญิงทั่วไป โดยปรากฏตามพระราชบัญญัติการกระทำผิดทางเพศ ค.ศ. 1956 มาตรา 10 และ 11 (Sexual Offences Act 1956) ซึ่งบัญญัติว่า<sup>11</sup>

มาตรา 10 (1) ชายใดมีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงซึ่งเขานั้นรู้ว่าเป็นหลานสาว ลูกสาว น้องสาว พี่สาว หรือแม่ของชายนั้นเอง ชายผู้นั้นกระทำความผิดอาญา (2) บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นความผิดเป็นพี่สาว และน้องสาว ให้หมายความรวมถึงพี่สาว-น้องสาว ที่มีพ่อหรือแม่เดียวกันด้วย และเพื่อวัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินี้ความสัมพันธ์ของบุคคลที่แสดงไว้ที่นี้ให้หมายความรวมถึงความสัมพันธ์ที่ไม่ได้เกิดจากการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายด้วย ชายต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี และไม่เกิน 2 ปี ในฐานพยายามกระทำความผิด หากหญิงมีอายุต่ำกว่า 13 ปี ชายต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต และไม่เกิน 7 ปี ในฐานพยายามกระทำความผิด

มาตรา 11 (1) หญิงมีอายุ 16 ปีขึ้นไป หรือมากกว่านั้นมีความผิดอาญาหากอนุญาตให้ชายซึ่งหญิงนั้นรู้ว่าเป็นปู่ ตา พ่อ พี่ชาย น้องสาว หรือบุตรชาย มีเพศสัมพันธ์กับตนเองโดยความยินยอม (2) บทบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้น ความผิดเป็นน้องชายหรือพี่ชายให้หมายความรวมถึงน้องชายหรือพี่ชายร่วมบิดา หรือมารดาเดียวกันและความสัมพันธ์ของบุคคลที่แสดงไว้ในที่นี้ให้หมายความรวมถึงความสัมพันธ์ที่ไม่ได้เกิดจากการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายด้วย หญิงนั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี และความยินยอมให้มีการร่วมประเวณีไม่ทำให้ผู้กระทำพ้นจากความรับผิดชอบ

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้น เห็นได้ว่าประเทศอังกฤษมีกฎหมายลงโทษทางอาญาแก่ชายที่มีเพศสัมพันธ์กับบุคคลที่อยู่ในครอบครัวเดียวกัน โดยรู้ตัวว่าได้มีเพศสัมพันธ์กับลูกสาว หลานสาว มารดา พี่สาวและน้องสาวตนเอง แต่ถ้ามีเพศสัมพันธ์กับป้า น้า อา หรือลูกสาวของลุง ป้า น้า อา หรือ แม่ หรือลูกบุญธรรม แล้ว จะไม่มีความผิดทางอาญา ทั้งๆ ที่เป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันในลำดับที่ต้องห้ามการสมรส และบทบัญญัตินี้ดังกล่าวยังได้ลงโทษหญิงที่มีอายุ 16 ปี ขึ้นไปที่ยินยอมมีเพศสัมพันธ์โดยรู้ตัวว่าได้มีเพศสัมพันธ์กับปู่ ตา พ่อ พี่ชาย น้องชาย หรือลูกชาย แต่ถ้า

<sup>10</sup> แหล่งเดิม. หน้า 70-71.

<sup>11</sup> แหล่งเดิม. หน้า 72-73.



ร่วมประเวณีกับลุง น้ำ อาหรือลูกชายของลุง น้ำ อา หรือพ่อหรือลูกบุญธรรม จะไม่มีความผิดทางอาญา

ข้อห้ามดังกล่าวรวมไปถึงมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติร่วมสายโลหิตทั้งที่ถูกต้องตามกฎหมายและไม่ถูกต้องตามกฎหมาย คือถือเอาตามความเป็นจริง เป็นหลักในการพิจารณาลงโทษผู้ฝ่าฝืน เช่น คดีนาย ก แม้นาย ก จะมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวกับหลานนอกกฎหมายของตนเองก็ถือว่า นาย ก กระทำความผิดตามกฎหมายแม้จะกระทำโดยความยินยอมก็ตาม ก็เป็นความผิด พื้นฐานของกฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์อยู่ที่การคุ้มครองพันธกรรมของมนุษย์ และความผิดประเภทนี้ไม่ต้องอาศัยความยินยอมของฝ่ายหญิง คือ แม้ฝ่ายหญิงยินยอมให้มีเพศสัมพันธ์ชายก็ยังมีผิด

Wolfenden ให้ความเห็นว่าบางทีเหตุผลสำคัญที่เกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำความผิดนี้ก็คือความน่ากลัว และน่ารังเกียจของการกระทำดังกล่าวประกอบกับเหตุผลหลักที่สำคัญที่กล่าวมาแล้ว คือ ความเสี่ยงทางพันธุกรรมที่หากมีการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติโดยเฉพาะผู้ร่วมสายโลหิตเดียวกันแล้วจะทำให้มีความเสี่ยงทางพันธุกรรมได้<sup>12</sup>

### 3.1.2 มาตรการเสริมทางอาญาในประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษได้มีกฎหมายเด็กและเยาวชนของอังกฤษให้อำนาจศาลคดีเด็กและเยาวชน (Juvenile Court) ในการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่จำเป็นต้องได้รับการคุ้มครอง ดูแลเป็นพิเศษโดยให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานฝ่ายปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ และเจ้าหน้าที่ตำรวจ นำตัวเด็กหรือเยาวชนนั้น ไปยื่นคำร้องต่อศาลคดีเด็กและเยาวชน ขอให้ศาลทำการไต่สวน หากมีพฤติการณ์แสดงอยู่ในระหว่างอันตราย สถานการณ์น่าเป็นห่วง เช่น เร่ร่อน จรจัด ขอดทาน อยู่กับบิดามารดาที่มีความประพฤติหรือประกอบอาชีพที่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมของประชาชนหรือเลี้ยงดูเด็กอย่างไม่เหมาะสม ถูกกระทำรุนแรงทางเพศ ศาลย่อมมีอำนาจพิจารณาส่งตัวเด็กไปอยู่ในสถานที่ที่เหมาะสมต่อเด็ก หรือกำหนดให้อยู่ในความดูแลของบุคคลที่เหมาะสมหรือบุคคลที่เห็นสมควร โดยกำหนดไม่เกินกว่า 3 ปี

กฎหมายวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชนหรือ Children Act 1989 เป็นกฎหมายแม่บทในการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กที่เชื่อมโยงกฎหมายต่างๆ เข้าด้วยกันโดยลักษณะของ Children Act 1989 จะอยู่ในลักษณะของกฎหมายสังคมสงเคราะห์ในการเฝ้าระวังรักษาความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัว เช่น กฎหมายดังกล่าวจะให้อำนาจบุคคลใดๆ ในการยื่นคำร้องเพื่อขอคุ้มครองในระดับที่ต่างกัน ผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรงในครอบครัว เช่น บิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเด็กจะสามารถยื่นคำ

<sup>12</sup> สุพจน์ เกรือคล้าย. (2548). การกระทำความผิดทางเพศ: ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ. หน้า 62.

ขอต่อศาลเพื่อขอคุ้มครองตามกฎหมายได้ทุกอย่าง ถัดลงมาก็จะเป็นผู้ที่ประกอบวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับการดูแลเด็กโดยตรง เช่น ครู อาจารย์ นักสังคมสงเคราะห์ จะขอให้ศาลมีคำสั่งเพื่อคุ้มครองเด็กได้เกือบทุกกรณี และสุดท้าย ได้แก่ องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อคุ้มครองเด็กได้ในบางกรณีเท่านั้น ซึ่งจะได้ศึกษารายละเอียดในส่วนของคุณำขอต่อศาล (Court orders) ต่อไปกฎหมาย Children Act 1989 เปิดโอกาสให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดวิธีการหรือการออกคำสั่งได้อย่างยืดหยุ่น และมีความหลากหลายเนื่องจากอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law มิใช่กฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลจึงสามารถใช้ดุลพินิจได้กว้างขวางในการที่จะเลือกวิธีการในการคุ้มครองเด็ก<sup>13</sup>

ในกฎหมาย Children Act 1989 ได้กำหนดมาตรการในการให้ความคุ้มครองแก่เด็กซึ่งตกอยู่ในภาวะอันตรายและต้องการความช่วยเหลืออย่างรวดเร็ว

โดยแยกเด็กออกจากสภาพแวดล้อมในบ้านที่อยู่ในสภาวะอันตราย (a dangerous home environment) หรือทางเลือกอื่นๆ ในอันที่จะรักษาไว้ซึ่งสวัสดิภาพที่จำเป็นแก่เด็ก เช่น การนำเด็กไปรักษาอย่างทันทีในโรงพยาบาล (hospital) หรือที่พักที่จัดให้โดยเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น (local authority) โดยการแยกออกจากพ่อแม่ที่ทำร้ายเด็กทันที โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจควบคุมและคุ้มครองเด็กให้อยู่ในสถานที่ปลอดภัย ซึ่งกฎหมายใหม่ได้แก้ไขจาก Children Act 1969 โดยระยะเวลาการคุ้มครองเด็กจาก 8 วัน ลงมาเหลือช่วงระยะเวลามากที่สุดที่กฎหมายอนุญาตได้ไม่เกิน 7 วัน

ภายใต้ Children Act 1989 กำหนดให้บุคคลใดๆ (any person) สามารถยื่นคำร้องเพื่อขอให้มีคำสั่งคุ้มครองฉุกเฉินได้ รวมทั้ง local authority และบุคคลที่มีอำนาจอื่นๆ เช่น เพื่อนบ้าน (neighbour) หรืออาจารย์ (teacher) เมื่อศาลได้รับคำขอคุ้มครองเด็กกรณีฉุกเฉินแล้ว หากศาลเห็นว่า มีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่า (reasonable cause to believe) เด็กจะตกอยู่ในสถานะทุข์ทรมานอย่างสาหัสถ้าหากไม่นำตัวเด็กแยกออกมาจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครองมาไว้ในสถานที่คุ้มครองซึ่งระบุไว้ในคำขอในกระบวนการพิจารณาของศาลนั้น ภาระการพิสูจน์พยานหลักฐานของผู้ยื่นคำขอเพียงพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า มีเหตุอันสมควรที่เชื่อได้ว่า (reasonable cause to believe) เด็กจะตกอยู่ในสภาวะทรมานอย่างสาหัส หรือคาดว่าจะเกิดอันตรายรุนแรงเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงขนาดให้เป็นที่พอใจแก่ศาล และไม่จำเป็นต้องอ้างเหตุผลของอันตราย ซึ่งคาดว่าจะเกิดขึ้นตลอด คำสั่งคุ้มครองฉุกเฉินนี้สามารถให้การคุ้มครองอันตรายที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Roger, W.S. and Roche, J. (1994). *Children's Welfare and children's rights: A practical guide to the law.* pp. 72-75.

<sup>14</sup> ปัทมาภรณ์ รอดอนันต์. (2550). มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครอง ป้องกัน และฟื้นฟูเด็กที่ถูกกระทำรุนแรงในครอบครัว. หน้า 54-56.

## 3.2 บทลงโทษและมาตรการเสริมทางอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา

### 3.2.1 บทลงโทษในประเทศสหรัฐอเมริกา

โดยทั่วไปแล้วกระบวนการกำหนดโทษในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่แตกต่างไปจากประเทศอื่นๆ โดยประกอบด้วยขั้นตอนที่สำคัญ 2 ขั้นตอน ขั้นตอนแรก คือการเลือกประเภทของโทษ เพราะโทษแต่ละประเภทย่อมมีความร้ายแรงต่างกันและมีความเหมาะสมในการใช้สถานการณ์ที่แตกต่างกัน ส่วนที่สอง คือการเลือกระดับความร้ายแรงหรือชั้นของโทษประเภทนั้นๆ แต่หากศาลจะลงโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตแล้ว ขั้นตอนของการกำหนดโทษคงจะเหลือเพียงขั้นตอนเดียวเพราะโทษดังกล่าวนั้นกล่าวได้ว่าไม่มีระดับชั้น

กระบวนการกำหนดโทษในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจะมีผู้เกี่ยวข้องหลายฝ่ายด้วยกัน โดยกระบวนการในขั้นนี้ถือเป็นกระบวนการที่แยกออกจากขั้นตอนของการพิจารณาคดีซึ่งจะจบลงด้วยการพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดหรือไม่ (conviction) กล่าวคือหลังจากจำเลยให้การรับสารภาพหรือจำเลยให้การปฏิเสธ แต่มีการสืบพยานและลูกขุนมีคำตัดสิน (verdict) ว่าจำเลยมีความผิดแล้ว ขั้นตอนต่อไปที่ศาลจะต้องดำเนินการคือการกำหนดโทษซึ่งมักจะไม่ได้กระทำในวันเดียวกันกับวันพิจารณาคดี

ก่อนวันกำหนดโทษ ศาลอาจจะให้เจ้าหน้าที่ซึ่งส่วนใหญ่คือพนักงานคุมประพฤติ ทำการสืบเสาะข้อเท็จจริงแล้วทำรายงานก่อนกำหนดโทษ (pre-sentence report) เสนอศาลซึ่งรายงานดังกล่าวจะมีรายละเอียดทั้งที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดและผู้กระทำความผิด รวมทั้งข้อเสนอแนะการกำหนดโทษ เมื่อถึงวันกำหนดโทษศาลจะแจ้งรายงานนั้นให้แก่จำเลยทราบ หากไม่มีการโต้แย้งศาลก็จะใช้รายงานนั้นเป็นข้อมูลพื้นฐานในการกำหนดโทษ โดยคู่ความ (พนักงานอัยการและทนายจำเลย) จะเสนอโทษที่ฝ่ายตนเองเห็นว่าเหมาะสมเสนอต่อศาล ซึ่งศาลจะใช้ดุลพินิจชี้ขาดว่าจะลงโทษเท่าใด แต่หากมีการโต้แย้งรายงานก็อาจต้องมีการไต่สวนพยานหลักฐานให้ได้ข้อเท็จจริงยุติในเบื้องต้นเสียก่อนว่ารายงานนั้น เชื่อถือได้มากน้อยเพียงใดแล้วศาลจึงจะกำหนดโทษ

กระบวนการกำหนดโทษในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกายังมีรายละเอียดระบุไว้ในกฎว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของสหรัฐ (Federal Rules of Criminal Procedure) ข้อ 32 ว่า หลังจากเสร็จสิ้นการพิจารณาคดีแล้วศาลจะต้องกำหนดโทษโดยไม่ล่าช้า แต่คู่ความสามารถจะขอให้ศาลเลื่อนระยะเวลาออกไปได้หากเห็นว่าข้อมูลยังไม่เพียงพอ ทั้งนี้ ก่อนการกำหนดโทษศาลต้องให้โอกาสพนักงานอัยการและทนายจำเลยในการแสดงความคิดเห็นและให้ข้อมูลที่แต่ละฝ่ายเห็นว่าจำเลยต่อการใช้ดุลพินิจของศาลโดยกฎหมายกำหนดให้ศาลสอบถามตัวจำเลยด้วยโดยตรง สำหรับการจัดทำรายงานสืบเสาะก่อนกำหนดโทษ (pre-sentence report) ของพนักงานคุมประพฤติ โดยหลักแล้ว

สำหรับความผิดประเภท felony จะต้องจัดทำทุกคดี เว้นแต่ศาลเห็นว่าข้อมูลที่มีอยู่เพียงพอแล้ว โดยศาลต้องบันทึกเหตุผลให้ปรากฏ ชัดแจ้งด้วยว่าเหตุใดจึงไม่ให้มีการจัดทำรายงาน ในรายงานของพนักงานคุมประพฤติต้องมีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับโทษซึ่งมาจากการที่พนักงานคุมประพฤติปรับข้อมูลที่ได้จากการสืบเสาะเข้ากับแนวทางในการกำหนดโทษ (sentencing guidelines) ซึ่งก่อนที่ศาลจะกำหนดโทษศาลต้องให้โอกาสคู่ความทั้งสองฝ่ายได้รับทราบข้อเสนอดังกล่าวของพนักงานคุมประพฤติด้วย<sup>15</sup>

ส่วนการกำหนดโทษในระบบกฎหมายของมลรัฐนั้น มีลักษณะทั่วไปเหมือนที่กล่าวมาข้างต้นแต่มีรายละเอียดแตกต่างกันบ้าง เช่น ในมลรัฐมินนิโซตากำหนดไว้ในกฎหมายอาญา (Penal Code) มาตรา 609.115 กำหนดไว้ว่าในคดีประเภท felony ศาลต้องสั่งให้พนักงานคุมประพฤติจัดทำรายงานสืบเสาะก่อนการกำหนดโทษทุกคดี แต่หากเป็นคดีประเภท misdemeanor หรือ gross misdemeanor ศาลจะสั่งให้จัดทำรายงานดังกล่าวก็ได้ ซึ่งในการจัดทำรายงานของพนักงานคุมประพฤติต้องจัดทำเป็น sentencing worksheet โดยปรับข้อเท็จจริงเข้ากับแนวทางปฏิบัติในการกำหนดโทษ (sentencing guidelines) แล้วเสนอโทษที่เหมาะสมเช่นกัน

ในปัจจุบันมีรูปแบบการลงโทษที่เกิดขึ้นใหม่และใช้อย่างแพร่หลายอยู่หลายรูปแบบ เรียกว่า การลงโทษระดับกลาง (Intermediate Punishment) เหตุที่เรียกเช่นนี้ เพราะหากมองในแง่ระดับความรุนแรงของโทษที่ด้านหนึ่งคือโทษจำคุกและอีกด้านหนึ่งคือการคุมประพฤติแล้ว มาตรการอื่นๆ ที่อยู่ตรงกลางก็จะเรียกว่าโทษระดับกลาง ซึ่งหากพิจารณาในแง่นี้ โทษปรับก็เป็นทางระดับกลางด้วย

นอกจากโทษปรับแล้ว โทษระดับกลางรูปแบบอื่นก็ได้แก่ การคุมประพฤติแบบเข้ม (Intensive Probation) การทำงานบริการสังคม (Community Service) การใช้ค่ายทหาร (Boot Camp) การกักขังในบ้านโดยใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Monitoring) ศูนย์เลี้ยงโทษจำคุก (Diversion Center) บ้านกึ่งวิถี (Half-way House) และการชดเชยความเสียหาย (Restitution) เป็นต้น

ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ ดังนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาจึงรับอิทธิพลแนวความคิดของอังกฤษเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายในความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรซึ่งได้มีการบัญญัติกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจน ทั้งในส่วนของ Model Penal Code และในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐต่างๆ ดังที่ได้กล่าวต่อไปนี้

<sup>15</sup> Fed. Rules Cr. Proc. Rule 32.

### 3.2.1.1 MODEL PENAL CODE

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการออกกฎหมาย MODEL PENAL CODE คือประมวลกฎหมายอาญาตัวอย่าง ซึ่งเป็นกฎหมายอาญาซึ่งสถาบันกฎหมายอเมริกา (American Law Institute) ได้กำหนดขึ้นเพื่อใช้เป็นต้นแบบ หรือแม่แบบให้มลรัฐต่างๆ นำไปเป็นหลักในการบัญญัติกำหนดถึงความผิดต่างๆ ในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐของตน ทั้งนี้เพื่อให้ประมวลกฎหมายอาญาของแต่ละมลรัฐนั้น มีความสอดคล้องและมีรูปแบบเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งใน MODEL PENAL CODE นี้ ได้บัญญัติกำหนดถึงความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเอง เอาไว้ในมาตรา 230.2<sup>16</sup> มีใจความว่า

“บุคคลมีความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกัน ซึ่งเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ในระดับที่สาม หากเขาโดยเจตนาทำการสมรสหรืออยู่กินร่วมกัน หรือกระทำชำเรากับบุคคลผู้ซึ่งเป็นผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน หรือพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดามารดาเดียวกัน”

คำว่า “อยู่กินร่วมกัน” หมายความว่า อาศัยอยู่กินด้วยกันเสมือนดังเป็นสามีภริยาที่ได้ทำการสมรสกัน โดยถูกต้องตามกฎหมาย ส่วนความเป็นญาติกัน นั้น หมายความว่ามีความเกี่ยวข้องกันเป็นญาติกันทางสายโลหิต โดยไม่คำนึงถึงว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และรวมถึงการมีความสัมพันธ์ซึ่งกันเป็นญาติกันโดยเป็นบิดา มารดา หรือบุตรโดยการรับบุตรบุญธรรมด้วย”

บทบัญญัติความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรนั้นใน Model Penal Code นั้นนอกจากจะถูกกำหนดขึ้นจากการคำนึงถึงเหตุผลทางด้านศาสนาและศีลธรรมประกอบกับเหตุผลทางลักษณะทางพันธุกรรมแล้ว การบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวยังได้มีขึ้นจากการคำนึงถึงเหตุผลในทางสังคมวิทยาและมนุษยวิทยาอีกด้วย<sup>17</sup> ดังนั้นจึงได้บัญญัติกำหนดห้ามการกระทำทั้งที่เป็นการกระทำชำเรา การอยู่กินร่วมกันและการสมรสที่แม้จะยังไม่ได้มีการกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารต่อบุคคลที่เป็นญาติทั้งทางสายโลหิต และจากการรับบุตรบุญธรรมด้วย ซึ่งอัตราโทษ

<sup>16</sup> Section 230.2 Incest

A person is guilty of incest, a felony of the third degree, if he knowingly marries or cohabits or has sexual intercourse with an ancestor or descendant, a brother or sister of the whole or half blood.

“Cohabit” means to live together under the representation or appearance of being married. The relationships referred to herein include blood relationships without regard to legitimacy, and relationship of parent and child by adoption.

<sup>17</sup> The American Law Institute. (1953). **Model Penal Code, Tentative Draft No.1.** pp. 231-233

สำหรับความผิดฐานนี้ Model Penal Code กำหนดให้เป็นความผิดอุกฉกรรจ์ในระดับที่ 3 คือมีการระวางโทษสูงสุดไม่เกิน 5 ปี

### 3.2.1.2 ประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐต่างๆ

มลรัฐต่างๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองเอาไว้โดยมีเนื้อหาและรูปแบบแตกต่างกันไปตามนโยบายของแต่ละมลรัฐ ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ The Biblical Model และ The Western model

The Biblical Model นั้น เป็นรูปแบบที่มีแนวความคิดตั้งอยู่บนฐานของความเชื่อทางศาสนาคริสต์ตามพระคัมภีร์ไบเบิลที่ว่า สามภริยานั้นเป็นเสมือนบุคคลคนเดียวกันเป็นสายโลหิตเดียวกัน ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นญาติร่วมสายโลหิตหรือญาติที่เกิดจากการสมรสก็ถูกต้อง ห้ามไม่ให้ทำการสมรสหรือมีเพศสัมพันธ์กัน และได้บัญญัติกำหนดห้ามบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันในฐานะที่เป็นผู้ใช้ หรืออยู่ในอำนาจปกครองทำการสมรสหรือมีเพศสัมพันธ์กันด้วย ซึ่งรูปแบบนี้แสดงให้เห็นถึงแนวคิดและทัศนคติของสังคมในยุคก่อนอุตสาหกรรมที่ต้องการรักษาจารีตประเพณีและศีลธรรมอันดีของสังคม รวมไปถึงความมั่นคงของสถาบันครอบครัว โดยการบัญญัติกฎหมายในเรื่องดังกล่าวขึ้นเพื่อเป็นการจำกัดโอกาสในการเกิดความขัดแย้งในบทบาทหน้าที่ของบุคคลในครอบครัว และป้องกันการเป็นปรปักษ์หรือเป็นศัตรูระหว่างบุคคลในครอบครัวหรือญาติ ซึ่งตัวอย่างของมลรัฐที่ได้บัญญัติกฎหมายตามรูปแบบมีดังนี้ คือ

### 1) มลรัฐโคโลราโด (Colorado)

มลรัฐโคโลราโด ได้บัญญัติกำหนดความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18-6-301 และมาตรา 18-6-302<sup>18</sup>

ในมาตรา 18-6-301 นั้น ได้บัญญัติกำหนดห้าม

ก. บุคคลทั้งที่เป็นญาติร่วมสายโลหิตโดยเป็นผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ลุง ป้า น้า อา หรือหลาน หรือบุคคลที่เป็นผู้ใช้ หรืออยู่ใต้อำนาจปกครองทั้งตามกฎหมายและตามความเป็นจริง คือผู้รับบุตรบุญธรรม บุตรบุญธรรม พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง หรือลูกเลี้ยง

ข. ทำการสมรส กระทำชำเรา กระทำการล่วงละเมิดในทางเพศหรือมีความสัมพันธ์กันในทางเพศ

ส่วนมาตรา 18-6-302 นั้น ได้บัญญัติกำหนดถึงการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองที่เป็นเหตุฉกรรจ์คือกำหนดให้บุคคลต้องรับโทษหนักขึ้นหากว่าเขาได้กระทำการต่างๆ ดังต่อไปนี้

<sup>18</sup> Section 18-6-301. Incest.

(1) Any person who knowingly marries, inflicts sexual penetration or sexual intrusion on, or subject to sexual contact, as defined in section 18-3-401, an ancestor or descendant, including a natural child, child by adoption or stepchild twenty-one years of age or older, a brother or sister of the whole or half blood, or an uncle, aunt, nephew, or niece of the whole blood commits incest, which is a class 4 felony. For the purpose of this section only, “descendent” includes a child by adoption and a stepchild, but only if the person is not legally married to the child by adoption or the stepchild.

Section 18-6-302. Aggravated incest.

(1) A person commits aggravated incest when he or she knowingly:

(a) Marries his or her natural child or inflicts sexual penetration or sexual intrusion on, or subjects to sexual contact, as defined in section 18-3-401, his or her natural child, stepchild, or child by adoption, but this paragraph (a) shall not apply when the person is legally married to stepchild or child by adoption. For the purpose of this paragraph (a) only, “child” means a person under twenty-one years of age.

(b) Marries, inflicts sexual penetration or sexual intrusion on, or subjects to sexual contact, as defined in section 18-3-401, a descendant, a brother or sister of the whole or half blood, or an uncle, aunt, nephew, or niece of the whole blood who is under ten years of age.

(2) Aggravated incest is a class 3 felony.

ก. ทำการสมรสกับบุตรที่แท้จริงของตน หรือกระทำชำเรา กระทำการล่วงละเมิดในทางเพศหรือมีความสัมพันธ์ในทางเพศกับบุตรที่แท้จริง บุตรบุญธรรม หรือลูกเลี้ยงซึ่งมีอายุต่ำกว่า 21 ปี

ข. กระทำการต่างๆ ดังที่บัญญัติกำหนดไว้ในมาตรา 18-6-301 ต่อบุคคลที่เป็นผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา หรือต่อ ลุง ป้า น้า อา หรือหลาน ที่ร่วมสายโลหิตเดียวกับตน ซึ่งบุคคลนั้นมีอายุต่ำกว่า 10 ปี

## 2) มลรัฐอิลลินอยส์ (Illinois)

ประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐอิลลินอยส์ ได้บัญญัติกำหนดถึงความผิดเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองไว้ในมาตรา 5/11-11<sup>19</sup> ซึ่งได้กำหนดห้ามบุคคลกระทำชำเรากับบุตรที่แท้จริง บุตรบุญธรรม หรือลูกเลี้ยงซึ่งมีอายุกว่า 18 ปี หรือต่อพี่น้องทั้งที่ร่วมบิดามารดา หรือแต่บิดาหรือมารดาของตน

## 3) มลรัฐเท็กซัส (Texas)

สำหรับมลรัฐเท็กซัสนั้น ได้บัญญัติกำหนดขอบเขตของความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองเอาไว้กว้าง กล่าวคือ ในด้านของผู้กระทำความผิดนั้น ได้บัญญัติเอาผิดกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์เป็นญาติทั้งทางสายโลหิต คือเป็นผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ลุง ป้า น้า อา หรือหลาน และที่มีความสัมพันธ์ทางด้านอำนาจปกครอง คือพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง หรือลูกเลี้ยง และผู้รับบุตรบุญธรรม หรือบุตรบุญธรรม

ส่วนในด้านของลักษณะการกระทำนั้น กฎหมายอาญาของมลรัฐเท็กซัสได้บัญญัติกำหนดเอาผิดต่อทั้งการกระทำที่เป็นการกระทำชำเราโดยวิธีธรรมชาติ (Sexual intercourse) คือการที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิง และการกระทำชำเราแบบผิดปกติ (Deviate sexual intercourse) คือการมีความสัมพันธ์ในทางเพศ โดยการอมหรือเลียอวัยวะเพศของ

<sup>19</sup> Section 5/11-11. Sexual relations within families.

(a) A person commits sexual relations within families if he or she:

(1) Commits an act of sexual penetration as defined in section 12-12 of this Code, and

(2) The person knows that he or she is related to the other person as follows: (i) Brother or sister, either of the whole blood or half blood; or (ii) Father or mother, when the child, regardless of legitimacy and regardless of whether the child was of the whole blood or half-blood or was adopted, was 18 years of age or over when the act was committed; or (iii) Stepfather or stepmother, when the stepchild was 18 years of age or over when the act was committed.

(b) Sentence. Sexual relations within families is a Class 3 felony.



บุคคล (หญิงหรือชาย) หรือการใส่ร้ายอะเพศชายไปในทวารหนักของบุคคล (หญิงหรือชาย) ทั้งนี้ โดยมีเจตนาเพื่อให้เกิดความรู้สึกหรือบรรลุความต้องการในทางเพศของบุคคลฝ่ายใดๆ ก็ตาม

สำหรับรูปแบบที่เป็น The Western Model นั้น จะแตกต่างจากรูปแบบที่เป็น The Biblical Model ตรงที่ได้เน้นความสำคัญเฉพาะในเรื่องของการเป็นญาติร่วมสายโลหิตเท่านั้น กล่าวคือ ห้ามทำการสมรสหรือมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เป็นญาติร่วมสายโลหิตเดียวกัน แต่อนุญาตให้บุคคลที่มีความสัมพันธ์เป็นญาติกันเนื่องจากการสมรสนั้น ทำการสมรสหรือมีเพศสัมพันธ์กันได้ ซึ่งรูปแบบนี้ได้แสดงให้เห็นถึง การเปลี่ยนแปลงของแนวความคิดของสังคม โดยในสังคมยุคปัจจุบัน คือ ตั้งแต่ยุคหลังสงครามกลางเมือง (Civil War) ของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ได้ถือว่าสถาบันครอบครัวนั้นเป็นหน่วยเครื่องมือในการผลิตทายาท ซึ่งถือได้ว่าเป็นอนาคตของสังคม ดังนั้นจึงต้องมีการบัญญัติกฎหมายห้ามไม่ให้มีการสมรส หรือมีเพศสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกในครอบครัวซึ่งเป็นญาติร่วมสายโลหิต อันอาจก่อให้เกิดการกำหนดเด็กที่มีร่างกายหรือจิตใจที่พิการ ไม่สมบูรณ์ได้ซึ่งมลรัฐส่วนใหญ่ทั้งหมดของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะมลรัฐที่ตั้งอยู่บริเวณภาคตะวันตกนั้น ได้บัญญัติกฎหมายตามรูปแบบดังกล่าว ตัวอย่างของมลรัฐที่ได้บัญญัติกฎหมายตามรูปแบบนี้มีดังนี้ เช่น มลรัฐเมน มลรัฐนิวยอร์ก เป็นต้น

ซึ่งตัวอย่างคดีความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกัน ที่กระทำต่อบุตรของตนเองที่ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินไว้ นั้น มีดังนี้

คดี Hamilton v. Commonwealth 659 S.W.2d 201 (1983) ศาลได้ตัดสินให้จำเลยมีความผิดทั้งในฐานะข่มขืนกระทำชำเรา และฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองจากการที่จำเลยได้กระทำชำเราบุตรสาวอายุ 10 ปีของตน

คดี State v. Lubitz 472 N.W.2d 131 (1991) โจทก์ได้ยื่นฟ้องจำเลยในข้อหา มีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันต่อบุตรของตนเอง ตามคำร้องทุกข์ของบุตรสาวอายุ 31 ปีของจำเลย เนื่องจากจำเลยไม่ยอมยุติการมีเพศสัมพันธ์ในทางเพศกับบุตรสาวของตน ซึ่งศาลรัฐมินเนโซต้า (Minnesota) ได้พิพากษาให้ลงโทษจำคุกจำเลยตามฟ้อง

### 3.2.2 มาตรการเสริมทางอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการกระทำความผิดทางเพศระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองเป็นจำนวนมาก นับตั้งแต่ปี 1980 เป็นต้นมา<sup>20</sup> แต่ด้วยเหตุที่ประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบ ด้วยมลรัฐต่างๆ ถึง 51 มลรัฐ แต่ต่างก็มีอำนาจในทางนิติบัญญัติที่จะ

<sup>20</sup> Patrick F. Fagan and Dorothy B. Hanks. (1997, 15 May). *The Child Abuse Crisis*. p. 1.

ตรากฎหมายของตนขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายคุ้มครองการกระทำทางเพศต่อเด็ก รวมไปถึงเด็กที่มีปัญหาในกรณีต่างๆ เช่นใน Colorado Children's Code 1967

“Neglected or dependent child” หมายถึง

- 1) เด็กและเยาวชนที่บิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลทอดทิ้งหรือปล่อยปละละเลยให้มีการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนอย่างไม่เป็นธรรม
- 2) เด็กและเยาวชนขาดการดูแลอย่างเพียงพอ หรือถูกละเลยจากบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแล
- 3) เด็กและเยาวชนที่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลให้สิ่งจำเป็นแก่ชีวิตการศึกษา การรักษาพยาบาล หรือสิ่งจำเป็นอย่างอื่น ๆ ไม่เพียงพอแก่การรักษาสุขภาพ ชีวิต การศึกษา การรักษาพยาบาล หรือสิ่งจำเป็นอย่างอื่น ๆ ไม่เพียงพอแก่สุขภาพหรือความเป็นอยู่
- 4) เด็กและเยาวชนที่ไร้ที่อยู่ ขาดการดูแลอย่างเพียงพอ หรือไม่ได้อาศัยอยู่กับบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยมีสุขภาพจิตของบุคคลเหล่านั้น

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดมาตรการเร่งเหตุ เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลใดก็ได้ที่สงสัยหรือเห็นว่ามี การกระทำทางเพศต่อเด็กแก่เจ้าหน้าที่มาตการดังกล่าวเริ่มใช้ครั้งแรกในสหรัฐอเมริกาแล้วจึงแพร่หลายไปสู่ประเทศอื่นในปี ค.ศ. 1962 และมีการประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1963 จนกระทั่งในปัจจุบันมีการบังคับใช้โดยทั่วไปแตกต่างกันเฉพาะรายละเอียดบางส่วนเพื่อให้เหมาะสมกับมลรัฐนั้นๆ สาระสำคัญของกฎหมายเร่งเหตุจะเน้นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ที่เร่งเหตุด้วยเจตนาดี และมีบทลงโทษแก่ผู้ไม่เร่งเหตุ โดยมีปรัชญาและเป้าหมายของกฎหมายเร่งเหตุเพื่อการค้นหากรณีมีการกระทำทางเพศต่อเด็กอย่างไม่เหมาะสมเพื่อให้ความคุ้มครองและให้บริการฟื้นฟูสภาพและบำบัดรักษาพ่อแม่ของเด็กที่กระทำรุนแรงต่อเด็กนั้นด้วย จึงถือว่า มาตรการเร่งเหตุ นั้นเป็นมาตรการที่มีลักษณะเป็นการบำบัดและเป็นการคุ้มครองเด็กในเวลาเดียวกัน

ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดให้ศาลมีอำนาจออกคำสั่งทางแพ่งในการถอนอำนาจปกครอง โดยกำหนดให้ศาลมีอำนาจออกคำสั่งทางแพ่งให้ขับไล่ผู้ทำร้ายออกจากสถานที่ที่เด็กอาศัยอยู่ กำหนดที่อยู่ให้บุตร การจำกัดสิทธิในการติดต่อ การเยี่ยมเยียนบุตร ถ้าผู้กระทำผิดมีความบกพร่องทางจิตก็บังคับให้เข้ารับฟังคำปรึกษาจากจิตแพทย์ได้<sup>21</sup>

<sup>21</sup> ปีตมากรณ์ รอดอนันต์. เล่มเดิม. หน้า 89.

### 3.3 บทลงโทษและมาตรการเสริมทางอาญาในประเทศมาเลเซีย

#### 3.3.1 บทลงโทษในประเทศมาเลเซีย

ประเทศมาเลเซียเป็นประเทศที่ประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลาม ดังนั้นหลักคำสอนหรือกฎเกณฑ์ของศาสนาอิสลาม จึงมีอิทธิพลอย่างมากต่อวิถีการดำเนินชีวิตในด้านต่างๆ ของประชาชนในสังคม ซึ่งข้อห้ามเกี่ยวกับเรื่องการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองนั้น ถือเป็นข้อห้ามที่สำคัญข้อหนึ่งตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลาม ที่ได้กำหนดเอาไว้ในส่วนของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสมรส ดังที่ได้ปรากฏเป็นหลักฐานอย่างชัดเจนในอัลกุรอาน ซูเราะฮ์ อันนิซาอ์อายะฮ์ที่ 23 ที่ได้ห้ามชายทำการสมรสหรือมีเพศสัมพันธ์เป็นการถาวรกับหญิงที่มีความสัมพันธ์กับชายโดยแบ่งได้เป็น 3 ประเภทดังนี้<sup>22</sup>

- 1) ความสัมพันธ์ทางญาติ: ญาติที่ต้องห้ามให้ชายสมรสด้วยมี 7 ตำแหน่งคือ
  - (1) มารดา
  - (2) บุตรสาว
  - (3) พี่สาว หรือน้องสาว
  - (4) พี่หรือน้องสาวของบิดา
  - (5) พี่หรือน้องสาวของมารดา
  - (6) บุตรสาวของพี่ชาย หรือบุตรสาวของน้องชาย
  - (7) บุตรสาวของพี่สาว หรือบุตรสาวของน้องสาว
- 2) ความสัมพันธ์เนื่องจากคัมภีร์นมร่วมกัน: ผู้ที่ถูกห้ามสมรสด้วยในประเภทนี้ มี 2 ตำแหน่ง ดังนี้
  - (1) แม่นม
  - (2) พี่หรือน้องสาวที่ร่วมคัมภีร์นมจากแม่นมคนเดียวกัน (คำว่าพี่หรือน้องสาวในที่นี้ไม่ได้หมายความถึง พี่หรือน้องสาวร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน)
- 3) ความสัมพันธ์ทางการสมรส: ผู้ที่ห้ามการสมรสด้วยกันมี 4 ตำแหน่ง คือ
  - (1) มารดาของภรรยา
  - (2) บุตรสาวของภรรยา (ที่มิใช่บุตรสาวของตน) จะเป็นบุตรโดยสายโลหิตหรือจากการคัมภีร์นมของภรรยาในลักษณะของแม่นม
  - (3) ภรรยาของบิดา
  - (4) ภรรยาของบุตร

<sup>22</sup> ตลมนรณัจน์ บากา และ แวอูเซ็ง มะเดเฮาะ. (2536). *อิสลามศึกษาเบื้องต้น*. หน้า 162-163.

จะเห็นได้ว่าข้อห้ามในเรื่อง incest ตามกฎเกณฑ์ของศาสนาอิสลามดังกล่าวข้างต้นนี้ นอกจากจะห้ามทำการสมรส หรือมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เป็นญาติร่วมสายโลหิตเดียวกัน (แต่ไม่ห้ามการสมรสหรือการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างลูกพี่ลูกน้อง) และระหว่างบุคคลที่เป็นญาติโดยการสมรสแล้ว ยังได้มีการกำหนดห้ามไปถึงการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีความสัมพันธ์โดยการดื่มน้ำนมร่วมกันด้วย เนื่องจากศาสนาอิสลามถือว่าบุคคลที่เป็นแม่นม และบุคคลที่ดื่มน้ำนมมาจากแม่นมคนเดียวกันนั้น ถือว่าเป็นญาติพี่น้อง ซึ่งการกำหนดข้อห้ามในเรื่อง incest นี้ มีขึ้นเนื่องจากถือว่า การร่วมประเวณีระหว่างเครือญาตินั้น เป็นการกระทำที่เป็นบาปอย่างร้ายแรง (extremely grave sin) ที่ทำให้ผู้กระทำจะต้องถูกลงโทษอย่างรุนแรงทั้งในโลกนี้และโลกหน้าตามความเชื่อทางศาสนา และถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมและจารีตประเพณีอันดีงามของสังคม

ในปัจจุบัน การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองนั้น ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายอาญา (Penal Code) ของประเทศมาเลเซีย เนื่องจากไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานดังกล่าวนี้เอาไว้โดยเฉพาะ<sup>23</sup> (คือ หากเกิดกรณีการกระทำความผิด โดยผู้กระทำได้มีเพศสัมพันธ์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ถูกกระทำ ซึ่งเป็นบุคคลที่มีฐานะความสัมพันธ์เป็นญาติ ใกล้ชิดในครอบครัวผู้กระทำผิดแล้ว ก็จะมี ความผิดและต้องรับโทษฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา)<sup>24</sup> แต่อย่างไรก็ดีการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติใกล้ชิดนั้น ถือว่าเป็นการกระทำความผิดที่ผู้กระทำจะต้องรับโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติความผิดต่อศาสนา (The Offences Against Religion Act) ซึ่งทุกมลรัฐในประเทศมาเลเซียได้บัญญัติกำหนดถึงบทบัญญัติในมาตราต่างๆ ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวไว้ในรูปแบบเดียวกัน<sup>25</sup> โดยวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ขึ้นใช้บังคับก็เนื่องจาก

<sup>23</sup> Zarizana Abdul Aziz and Anna Marrison. (2001, July). The Status of Women Under Malaysian Laws. Retrieved May 21, 2010, from <http://www.wccpenang.org/women-status.htm>

<sup>24</sup> ในปัจจุบันได้มีการเสนอให้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของประเทศมาเลเซีย โดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันนี้ไว้เป็นความผิดฐานหนึ่งโดยเฉพาะ นอกเหนือจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 376 และในข้อเสนออื่นยังได้เสนออีกด้วยว่าควรกำหนดให้มีการลงโทษสำหรับการกระทำความผิดฐานดังกล่าวที่เกิดขึ้นทั้งด้วยความยินยอมหรือโดยการขู่บังคับ โดยกำหนดให้มีระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 20 ปี และให้ถูกลงโทษด้วยการเขียนโบย (whipping) เหมือนดังเช่นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย อ้างถึงใน Daily Express. (2001). "Maximum 20 years" Jail, Whipping for incest. 2001, from Retrieved July 31, 2010, from <http://www.corpun.com>, 31 July 2001.

<sup>25</sup> M. B. Hooker. (1984). *Islamic Law in South-East Asia*. p. 140.

เพื่อนำมาใช้บังคับแก่ชาวมุสลิมซึ่งถือเป็นประชากรส่วนใหญ่ของประเทศ ทั้งนี้เพื่อให้ชาวมุสลิม นั้นดำเนินชีวิตในด้านต่างๆ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์คำสอนของศาสนาอิสลาม ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการทำละหมาด การถือศีลอด หรือการบริจาคทรัพย์ และเพื่อนำมาใช้บังคับลงโทษแก่การ กระทำความผิดทางเพศต่างๆ ที่ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักคำสอนของศาสนาอิสลามตาม คัมภีร์อัลกุรอาน เช่น การล่อลวงในทางเพศ (Enticement) การเป็นชู้ (Adultery) หรือการมีเพศ สัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัว (incest) เป็นต้น<sup>26</sup> ซึ่งสำหรับการกระทำความผิดฐานมีเพศ สัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองนี้ ตามพระราชบัญญัติ ความผิดต่อศาสนาได้กำหนดให้ผู้กระทำนั้นมีความผิดและต้องถูกลงโทษทั้งจำคุกและปรับ<sup>27</sup>

นอกจากบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติความผิดต่อศาสนาแล้ว การมีความสัมพันธ์ ในทางเพศโดยการสมรสระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองนั้น ยังถือ เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการสมรสและการหย่า (The Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1967) ด้วย<sup>28</sup> ซึ่งในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติว่า<sup>29</sup>

“ห้ามบุคคลใดทำการสมรสกับ

- 1) ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน พี่หรือน้อง หรือลูก ป้า น้า อา ของตน
- 2) ผู้บุพการี หรือผู้สืบสันดานของกลุ่มสมรสทั้งในปัจจุบัน หรือของกลุ่มสมรสคนก่อนของ ตน
- 3) กลุ่มสมรสคนก่อนของผู้บุพการี หรือของผู้สืบสันดานของตน
- 4) บุคคลซึ่งเป็นบุตรบุญธรรม หรือเป็นบิดามารดาบุญธรรมของตน

<sup>26</sup> Ibid. p. 158

<sup>27</sup> Ibid. pp. 158-159.

<sup>28</sup> Ahmad Ibrahim. (1984). Family Law in Malaysia and Singapore (2<sup>nd</sup> edition). pp. 100-101.

<sup>29</sup> Section 11 No person shall marry:

(1) his or her grandparent, parent, child or grandchild, sister or brother, grand aunt or grand uncle, aunt or uncle, grand niece or grand nephew, as the case may be.

(2) the grandparent or parent, child or grandchild of his or her spouse or former spouse.

(3) the former spouse of his or her grandparent or parent, child or grandchild.

(4) a person whom he or she has adopted or by whom he or she has been adopted.

(5) For the purposes of the section, relationship of the half blood is as much an impediment as relationship of the full blood and it is immaterial whether a person was born legitimate or illegitimate.

5) เพื่อให้การเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายมาตราดังกล่าวนี้ การห้ามการสมรส นั้นให้ใช้บังคับโดยไม่คำนึงถึงว่าจะมีความสัมพันธ์เป็นญาติร่วมสายโลหิตโดยรวมทั้งบิดา มารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา และโดยไม่คำนึงถึงความสัมพันธ์เป็นญาติดังกล่าวนี้จะชอบด้วย กฎหมายหรือไม่”

### 3.3.2 มาตรการเสริมทางอาญาในประเทศมาเลเซีย

ประเทศมาเลเซียเป็นประเทศที่มีการใช้มาตรการเสริมทางอาญาในลักษณะของการคุ้มครองผู้ที่ถูกกระทำทางเพศที่กระทำต่อบุตรที่มีความก้าวหน้าประเทศหนึ่ง ซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ The Domestic Violence Act 1994 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้ให้คำจำกัดความว่า ต้องเป็นการพยายามหรือกระทำโดยเจตนาที่ทำให้เด็กกลัวว่าจะเป็นอันตรายต่อร่างกาย (Physical injury) คือ เป็นการใช้กำลังหรือบังคับหรือขู่ขู่ให้เด็กมีความสัมพันธ์ทางเพศ หน่วงเหนี่ยว กักขังขัดกับเจตนาของเด็ก โดยเฉพาะในครอบครัวที่ทำร้ายเด็ก อาจเป็นบุคคลดังต่อไปนี้

- 1) พ่อหรือแม่
- 2) พี่หรือน้อง
- 3) ญาติอื่นใด

อันเป็นการจำกัดความของคำว่าบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่มีการกระทำความผิดอันเป็นอันตรายต่อร่างกาย ซึ่งจะขอกว่าเฉพาะการกระทำความผิดทางเพศเท่านั้น ซึ่งเป็นกรณีที่ พ่อหรือแม่ พี่หรือน้อง ญาติอื่นใด ที่กระทำความผิดทางเพศแก่เด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปี และเป็นสมาชิกในครอบครัวของผู้กระทำความผิด

The Domestic Violence 1994 ได้กำหนดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือเจ้าหน้าที่สังกัดกระทรวงสวัสดิการสังคมเพื่อคุ้มครองเด็กไว้ ดังนี้

- 1) ช่วยเหลือผู้เยาว์ที่เป็นเหยื่อแห่งการกระทำรุนแรงในครอบครัวเพื่อฟ้องร้องกล่าวโทษในความผิดดังกล่าว
- 2) จัดหาหรือจัดเตรียมการเดินทางให้เด็กไปยังสถานที่พักสถานที่ให้ความช่วยเหลือ
- 3) จัดหาหรือจัดเตรียมการเดินทาง ให้เด็กเดินทางไปยังโรงพยาบาลที่ใกล้ที่สุด หรือรับการบริการทางการแพทย์เพื่อบำบัดและรักษาอาการบาดเจ็บ
- 4) ต้องอธิบายให้เด็กซึ่งเป็นเหยื่อได้รับซึ่งสิทธิของตน
- 5) เดินทางไปกับผู้เยาว์ซึ่งเป็นเหยื่อ ไปยังที่พักของเด็กเพื่อเก็บของใช้ส่วนตัว

ซึ่ง The Domestic Violence 1994 ได้กำหนดให้มีหน้าที่ในการแจ้งเหตุ เมื่อเกิดเหตุการณ์กระทำความผิดหรือมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการกระทำความผิดโดยใช้ความรุนแรงในครอบครัวต่อเด็กซึ่งอาจแจ้งต่อเจ้าหน้าที่สังกัดกระทรวงสวัสดิการสังคม ทั้งนี้หากบุคคลมีเหตุผล

อันควรเชื่อได้ว่า มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการใช้ความรุนแรงในครอบครัวเกิดขึ้น หรือกำลังกระทำความผิดให้แจ้งต่อเจ้าหน้าที่<sup>30</sup> และได้กำหนดอำนาจของศาลในการสั่งการเพื่อฟื้นฟูเด็กซึ่งถูกกระทำความรุนแรงโดยบุคคลในครอบครัวเดียวกัน

ศาลที่รับฟ้องคดีที่ใช้ความรุนแรงในครอบครัว มีอำนาจที่ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Interim Protection Order) เพื่อสั่งห้ามบุคคลที่ถูกฟ้องใช้ความรุนแรงต่อเด็กจนกว่าการสอบสวนจะเสร็จสิ้นลง

นอกจากนี้ศาลยังมีอำนาจออกคำสั่งคุ้มครอง (Protection on order) ในกรณีดังต่อไปนี้

- 1) คำสั่งคุ้มครองเพื่อมิให้บุคคลใช้ความรุนแรงต่อผู้เยาว์ที่อาศัยอยู่ด้วย
- 2) เพื่อพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่จะให้ความปลอดภัยแก่ผู้เยาว์ ศาลอาจมีคำสั่งดังต่อไปนี้เพิ่ม กล่าวคือ

(1) สั่งห้ามมิให้บุคคลที่ทำร้ายเด็กเข้าไปยังที่พักอาศัยที่รัฐจัดให้เด็กพักอาศัยหรือที่พักซึ่งเด็กอาศัย รวมทั้งเข้าไปยังโรงเรียนหรือสถาบันอื่นได้ เพื่อติดต่อกับเด็กที่ได้รับความคุ้มครอง

(2) สั่งห้ามมิให้บุคคลที่ใช้ความรุนแรงต่อเด็กเป็นลายลักษณ์อักษรหรือทางโทรศัพท์กับเด็ก ทั้งนี้คำสั่งดังกล่าวมีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 12 เดือน

อำนาจในการจับกุม (Power of Arrest)

ในกรณีที่ศาลเชื่อว่าบุคคลที่ศาลได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว หรือคำสั่งคุ้มครองจะก่อให้เกิดอันตรายแก่กายของเด็ก ศาลจะมีคำสั่งให้จับกุมบุคคลนั้นก็ได้

อำนาจในการสั่งให้จับกุมไม่จำเป็นต้องออกหมายจับแต่อย่างใด (Arrest Without Warrant)

อำนาจในการสั่งให้ชดเชยค่าเสียหาย (Compensation)

ในกรณีที่เด็กที่เป็นเหยื่อแห่งการกระทำทางเพศระหว่างบุคคลในครอบครัว ได้รับอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ หรือเป็นอันตรายต่อทรัพย์สิน หรือเสียหายทางการเงิน ทั้งนี้ศาลกำหนดค่าเสียหายโดยคำนึงถึง

- 1) ความเจ็บปวดและความทุกข์ทรมานแก่ร่างกายหรือจิตใจ
- 2) การสูญเสียรายได้
- 3) มูลค่าของความเสียหายต่อทรัพย์สิน
- 4) ค่าใช้จ่ายในการเดินทางและค่าใช้จ่ายในการหาที่พัก

<sup>30</sup> The Domestic Violence Act 1994, Section 19.

### การปรึกษาหารือ (Counseling)

ในการที่ศาลจะมีคำสั่งคุ้มครองเด็ก ศาลจะมีคำสั่งให้คู่กรณีที่ขัดแย้งกัน ได้รับการบำบัดฟื้นฟูบำบัดทางจิตเวชหรือหารือในลักษณะประนีประนอมยอมความ ในการออกคำสั่งของศาลย่อมมีอำนาจ รับฟังข้อแนะนำของเจ้าหน้าที่ สวัสดิการสังคมหรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในกรณีคู่กรณีเป็นมุสลิม จะต้องรับฟังข้อเสนอแนะของกรมกิจการศาสนาอิสลาม (Islamic Religious Affairs Department) อย่างไรก็ดี ในกรณีผู้ต้องปฏิบัติตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในเหตุฉุกเฉินหรือคำสั่งคุ้มครอง การกระทำฝ่าฝืนคำสั่งดังกล่าวตามกฎหมายดังกล่าวมิได้กำหนดมาตรการลงโทษไว้ โดยเฉพาะ เพียงแต่ให้อำนาจจับกุมผู้ฝ่าฝืนแก่เจ้าพนักงานตำรวจ ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนคำสั่งคุ้มครองซ้ำก็ไม่มีบทลงโทษหรือเพิ่มโทษ หากแต่ต้องกลับไปเริ่มกระบวนการออกคำสั่งคุ้มครองใหม่อีก

## 3.4 บทลงโทษและมาตรการเสริมทางอาญาในประเทศฝรั่งเศส

### 3.4.1 บทลงโทษในประเทศฝรั่งเศส

โทษตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น มีวิวัฒนาการอยู่ตลอดเวลา ทั้งในเรื่องของแนวคิดและวัตถุประสงค์ในการลงโทษ ประเภทของโทษ และการกำหนดชั้นของโทษ

เดิมการกำหนดโทษตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1810 ก็เหมือนโทษที่กำหนดไว้ในประเทศต่างๆ กล่าวคือ มีโทษประหารชีวิต<sup>31</sup> จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน นอกจากนี้การลงโทษยังมีลักษณะของการทารุณโหดร้าย<sup>32</sup> ด้วยการกระทำทรมานต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำผิด ไม่ว่าจะเป็นการล่ามโซ่ การตีตรวน การตัดข้อมือ รวมทั้งการบังคับให้ทำงาน และการเนรเทศต่อมาในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 18 ได้มีการพัฒนาแนวคิดของทฤษฎีการลงโทษทางอาญาและทฤษฎีอาชญาวิทยาในทวีปยุโรปเป็นอย่างมาก โดยได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของระบบเบเรนีนิยมและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ทำให้มีผลกระทบต่อวิวัฒนาการของระบบการลงโทษในกฎหมายฝรั่งเศส เช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ ในทวีปยุโรป

แนวคิดตามทฤษฎีป้องกันสังคมใหม่หลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุก แต่พยายามหามาตรการลงโทษที่หลากหลายเพื่อให้เหมาะสมกับพฤติกรรมและลักษณะของผู้กระทำผิดให้มากที่สุด

<sup>31</sup> ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1810 (ซึ่งปัจจุบันถูกยกเลิกไปแล้วทั้งฉบับ โดยการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ ค.ศ. 1993) มาตรา 12 บัญญัติว่า “ผู้ต้องโทษประหารชีวิตให้นำไปตัดศีรษะ”.

<sup>32</sup> วิธีการลงโทษประหารชีวิตในประเทศฝรั่งเศสแต่เดิมสำหรับความผิดร้ายแรงนั้นทารุณโหดร้ายมาก เช่น การผูกแขนขาผู้ต้องโทษติดกับม้าสี่ตัว แล้วบังคับม้าให้ดึงร่างของผู้ต้องโทษจนขาดออกจากกัน สำหรับความผิดฐานประทุษร้ายต่อองค์พระมหากษัตริย์ หรือการเผาทั้งเป็นสำหรับผู้กระทำความผิดฐานดูหมิ่นหรือลบหลู่สิ่งศักดิ์สิทธิ์ เป็นต้น.



เท่าที่จะทำได้ ทฤษฎีป้องกันสังคมใหม่มีอิทธิพลอย่างมากต่อการเปลี่ยนแปลงของระบบการลงโทษในประเทศฝรั่งเศส การที่ศาลจะพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดในกฎหมายฝรั่งเศสในปัจจุบันไม่ได้พิจารณาเฉพาะแต่การกระทำความผิด ความร้ายแรงของการกระทำความผิดเท่านั้นแต่ได้พิจารณาถึงตัวผู้กระทำความผิดด้วยว่าเป็นอย่างไร<sup>33</sup>

ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นประเทศในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ การดำเนินคดีอาญาจึงเป็นระบบการไต่สวนค้นหาความจริง การดำเนินคดีอาญาต่างๆ เริ่มต้นจากตำรวจ โดยตำรวจจะทำหน้าที่สอบสวนและรวบรวมข้อเท็จจริงตลอดจนพยานหลักฐานเกี่ยวกับความผิดและตัวผู้กระทำความผิดรายงานต่างๆ เกี่ยวกับคดีรวมถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประวัติการกระทำความผิดและภูมิหลังของจำเลยเพื่อเสนออัยการ โดยอัยการจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจว่าจะดำเนินคดีกับจำเลยหรือไม่ หากเห็นควรดำเนินคดีก็จะจัดทำคำฟ้องและตั้งข้อหา พร้อมทำสำนวนสอบสวนทั้งหมดยื่นต่อศาล โดยในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ศาลจะทำหน้าที่ในการแสวงหาพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงในคดี (active) ร่วมกับอัยการและทนายของจำเลย<sup>34</sup> และเมื่อการสืบพยานสิ้นสุดลงอัยการจะแถลงปิดคดี โดยกล่าวถึงข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการกระทำผิดของจำเลยตลอดจนชี้แจงว่าควรจะกำหนดโทษจำเลยในสถานใดด้วย<sup>35</sup> และต่อมาจำเลยก็จะแถลงปิดคดีโดยจำเลยมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลลงโทษสถานเบา ซึ่งการพิจารณาพิพากษาคดีจะกระทำต่อเนื่องกันไปโดยไม่ขาดตอนหลังจากการแถลงปิดคดีของจำเลยสิ้นสุดลง<sup>36</sup> โดยผู้พิพากษาคดีนั้นตั้งแต่ต้นจะเป็นผู้ทำหน้าที่ตัดสินคดีและกำหนดโทษจำเลย เหตุผลที่เป็นเช่นนี้เพราะพยานหลักฐานทั้งหมดในสำนวนสอบสวนมีประวัติภูมิหลังของจำเลย และรายงานอื่นเกี่ยวกับตัวจำเลยปรากฏต่อศาลก่อนการพิพากษาคดี ดังนั้นจึงสามารถพิพากษาคดีและกำหนดโทษจำเลยไปพร้อมกันได้

<sup>33</sup> อรรถชัย วงศ์อุดมมงคล. (2549). การใช้มาตรการอื่นแทนโทษทางอาญา: ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดบางประเภท. หน้า 47.

<sup>34</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส มาตรา 267, 268, 319, 327 และ 405 บัญญัติให้อำนาจศาลมีดุลพินิจที่จะใช้วิธีการใดๆ ที่ศาลเห็นสมควร (eclaircissements) ได้ อ้างถึงใน พัฒนาการ พ่วงลาภหลาย และ กุมพล พลวัน. (2522, ธันวาคม). "วิธีพิจารณาความอาญาในฝรั่งเศส." วารสารอัยการ, 2, 24. หน้า 47.

<sup>35</sup> การต่อรองในคดี (plea bargaining) เช่นที่ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกาจะไม่มีในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของซีวิล ลอว์ เพราะไม่สอดคล้องกับหน้าที่และความรับผิดชอบของอัยการ อ้างถึงใน John H. Langbein. (1977). *Comparative Criminal Procedure: Germany*. pp. 73-74.

<sup>36</sup> ลักษณะเฉพาะของกระบวนการพิจารณาคดีอาญาของซีวิล ลอว์ คือ เป็นการรวบรวมกระบวนการพิจารณา (Verhandlungseinheit) การรวมอำนาจพิจารณา (Konzentrationsgrundsatz) เข้าด้วยกันเป็นเอกภาพ อ้างถึงใน อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2521). "การพิจารณาคดีของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา : ระบบพิจารณาแบบไบนเฟอร์เมอ์น." วารสารนิติศาสตร์, 10. หน้า 438.

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีการแบ่งประเภทความผิดอาญาไว้อย่างมีเอกลักษณ์และเป็นระบบ เรียกว่า การแบ่งประเภทความผิดแบบไตรภาค (Tripartite Classification) คือ

1) ความผิดอุกฤษฏ์โทษ หรือมหันตโทษ (les crimes) ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้น ได้แก่โทษจำคุกและกักขัง ซึ่งโทษจำคุกนั้นเป็นโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดอุกฤษฏ์โทษตามกฎหมายทั่วไป ส่วนโทษกักขังนั้นเป็นโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดอุกฤษฏ์โทษทางการเมือง อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่าในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 131-1<sup>37</sup> นั้น บัญญัติไว้แต่โทษจำคุกสำหรับความผิดอุกฤษฏ์โทษ ไม่ได้กล่าวถึงโทษปรับเลย ซึ่งต่างกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 131-3<sup>38</sup> โทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดมิชฌิมโทษ ซึ่งมีทั้งโทษปรับและโทษแทนที่หรือโทษเสริมอื่นๆ ด้วย อีกทั้งยังมีบทบัญญัติซึ่งกำหนดความผิดอุกฤษฏ์โทษและกำหนดโทษไว้แต่เพียงโทษจำคุกโดยไม่กำหนดโทษปรับไว้ด้วย<sup>39</sup>

นอกจากนี้ ยังเป็นที่น่าสังเกตอีกว่า นอกจากโทษจำคุกและกักขังแล้ว ยังมีโทษเสริมอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 131-10 ด้วย ซึ่งศาลและลูกขุนสามารถพิพากษาลงโทษดังกล่าวแก่จำเลยควบคู่ไปกับโทษจำคุกหรือกักขังได้ ซึ่งโทษเสริมสำหรับความผิดอุกฤษฏ์โทษ (Les peines complementaires) ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 131-10 นั้น เป็นโทษที่กำหนดไว้สำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลธรรมดา<sup>40</sup> ได้แก่

<sup>37</sup> Article 131-1

The penalties incurred by natural persons for the commission of felonies are :

1. criminal imprisonment for life or life criminal detention ;
2. criminal imprisonment or criminal detention for a maximum of thirty years ;
3. criminal imprisonment or criminal detention for a maximum of twenty years ;
4. criminal imprisonment or criminal detention for a maximum of fifteen years ;

The minimum period for a fixed term of criminal imprisonment or criminal detention is ten years.

<sup>38</sup> The penalties incurred by natural persons for the commission of misdemeanours are :

1. imprisonment ;
2. a fine ;
3. a day-fine ;
4. community service ;
5. penalties entailing a forfeiture or restriction of rights, set out under article 131-6 ;
6. the additional penalties set out under article 131-10.

<sup>39</sup> อรรถชัย วงศ์อุดมมงคล, เล่มเดิม, หน้า 55.

<sup>40</sup> แหล่งเดิม.

- (1) การห้าม การริบ การลบล้าง หรือการถอนสิทธิ
- (2) คำสั่งให้รักษาพยาบาลหรือการกำหนดหน้าที่ให้กระทำ
- (3) ห้ามเคลื่อนย้ายหรือริบวัตถุหรือสิ่งของ
- (4) ปิดสถานประกอบการ
- (5) ให้ปิดประกาศคำวินิจฉัยของศาลหรือเผยแพร่ โดยสื่อหนังสือพิมพ์ หรือวิธีการสื่อสารวิทยุโทรทัศน์

2) ความผิดมัจฉิมโทษหรือมัจฉิมโทษ (les delits) การแบ่งประเภทของความผิดดังกล่าวเป็นการผสมผสานในความหลากหลายของแนวคิดและทฤษฎีการลงโทษ ดังนั้นโทษที่ใช้สำหรับความผิดมัจฉิมโทษจึงมีความหลากหลายและแทนกันได้ ทั้งนี้เพื่อสนองต่อความหลากหลายของแนวทางในการลงโทษให้สอดคล้องและให้ได้สัดส่วนกับพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด ซึ่งมีภูมิหลังแตกต่างกัน โดยประเภทของโทษที่จะใช้ลงแก่ผู้กระทำความผิดมัจฉิมโทษนั้นบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1998 มาตรา 131-3 ซึ่งจัดลำดับประเภทของโทษที่จะลงแก่บุคคลธรรมดาไว้ดังนี้

- (1) โทษจำคุก
- (2) โทษปรับ
- (3) โทษปรับรายวัน
- (4) โทษทำงานบริการสาธารณะ
- (5) โทษห้ามหรือจำกัดสิทธิตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 131-6
- (6) โทษเสริมตามบทบัญญัติในมาตรา 131-10

จากกรณีดังกล่าวพบว่า โทษสำหรับความผิดมัจฉิมโทษจะมีโทษหลักที่เป็นโทษดั้งเดิมอยู่ 2 ประเภท คือ โทษจำคุกหรือโทษปรับตาม (1) และ (2) ส่วนโทษตาม (3) (4) และ (5) นั้นเป็นโทษซึ่งตามกฎหมายฝรั่งเศสเรียกว่า โทษทางเลือก (Les peines alternative) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่าโทษแทนที่ และโทษลำดับสุดท้ายที่กำหนดไว้ใน (6) คือ โทษเสริม ซึ่งเป็นโทษที่กำหนดไว้สำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลธรรมดาในรายละเอียดที่กล่าวมาแล้ว<sup>41</sup> ซึ่งเป็นที่เข้าใจกันดีว่าศาลจะลงโทษหลักพร้อมไปกับโทษทางเลือกไม่ได้ แต่ลงควบคู่ไปกับโทษเสริม เป็นการสะท้อนภาพความผสมผสานและความหลากหลายของแนวคิดและทฤษฎีการลงโทษของประมวลกฎหมาย

<sup>41</sup> แหล่งเดิม.

อาญาฝรั่งเศสไม่ว่าจะเป็นทฤษฎีการลงโทษที่วัตถุประสงค์ของการข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิด การฟื้นฟูแก้ไข (Rehabilitation) และการกลับคืนเข้าสู่สังคม (Reintegration) ของผู้กระทำความผิด<sup>42</sup>

3) ความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส จากการใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ ค.ศ. 1993 ได้มีการยกเลิกโทษจำคุกสำหรับความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาฉบับเดิม คงมีแต่โทษ 2 ประเภทตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 131-14 คือ โทษปรับและโทษที่ห้ามหรือจำกัดสิทธิบางประการ<sup>43</sup>

นอกจากนี้แล้วในประเทศฝรั่งเศสยังมีการใช้มาตรการอื่นแทนการลงโทษในความผิดทั้ง 3 ประเภทที่เห็นได้อย่างชัดเจน คือ การนำแนวคิดเกี่ยวกับมาตรการบริการสังคมมาใช้ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้<sup>44</sup>

(1) ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1975-1981 ได้มีจำนวนนักโทษเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมากทำให้เกิดปัญหานักโทษล้นเรือนจำ

(2) ได้มีแนวคิดเกี่ยวกับการณรงค์เพื่อป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดทางอาญา ซึ่งได้ถูกกำหนดเป็นนโยบายทางการเมือง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือผู้เสียหายในคดีอาญา และเสริมสร้างระบบการป้องกันอาชญากรรม นอกจากนั้น การนำมาตรการดังกล่าวมาใช้ยังมีความประสงค์เพื่อช่วยเหลือฟื้นฟูพฤติกรรมของผู้ต้องโทษให้สามารถกลับเข้าสู่สังคมได้ง่ายขึ้น ลดความหวาดกลัวและความวิตกกังวลของประชาชน ตลอดจนเป็นการเปลี่ยนทัศนคติของประชาชนที่เชื่อกันว่าการลงโทษคือการจำคุกอย่างเดียว

จะเห็นได้ว่าสภาพบังคับทุกอย่างที่รัฐกระทำต่อประชาชนนั้น ประเทศฝรั่งเศสจะปรากฏในรูปแบบของการลงโทษทั้งหมด โดยกำหนดรูปแบบของโทษให้มีความหลากหลายโดยไม่มีการบัญญัติถึงเรื่องวิธีการเพื่อความปลอดภัยไว้ต่างหาก แต่หากพิจารณาให้ดีแล้วจะพบว่าไม่ว่าจะเป็นโทษทางเลือก เช่น โทษทำงานบริการสาธารณะ (Le travail d'interet general) หรือโทษเสริมตามมาตรา 131-10 ได้แก่ การห้าม การริบ การลบล้างหรือการถอนสิทธิ คำสั่งให้รักษาพยาบาลหรือการกำหนดหน้าที่ให้กระทำ การห้ามเคลื่อนย้ายหรือการริบวัตถุสิ่งของ การปิดสถานประกอบการหรือการให้ปิดประกาศคำวินิจฉัยของศาลหรือเผยแพร่โดยสื่อหนังสือพิมพ์หรือวิธีการสื่อสารวิทยุ โทรทัศน์นั้น ล้วนแล้วแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดไม่ให้กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก อันจะก่อให้เกิดความเป็นอันตรายของสังคม อันเป็นวัตถุประสงค์ของวิธีการเพื่อ

<sup>42</sup> ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. (2549). ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ ในประมวลกฎหมายอาญา (รายงานการวิจัย). หน้า 157.

<sup>43</sup> อรรถชัย วงศ์อุดมมงคล. เล่มเดิม. หน้า 56.

<sup>44</sup> แหล่งเดิม.

ความปลอดภัยทั้งสิ้น แต่เนื่องจากการบังคับโทษของประเทศฝรั่งเศสเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพจึงสามารถนำใช้ควบคู่กับการลงโทษโดยบัญญัติไว้เป็นโทษอีกลักษณะหนึ่งต่างหากได้เลย<sup>45</sup>

การพิจารณาการลงโทษในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะเป็นไปตามหลัก “Individualization”<sup>46</sup> กล่าวคือ การที่ศาลจะพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดในกฎหมายฝรั่งเศสในปัจจุบัน ไม่ได้พิจารณาเฉพาะแต่การกระทำความผิด ความร้ายแรงของการกระทำความผิดเท่านั้นแต่ได้พิจารณาถึงตัวผู้กระทำความผิดด้วยว่าเป็นอย่างไร หลักนี้เป็นไปตามทฤษฎีป้องกันสังคมใหม่ของ Marc Ancel นักอาชญาวิทยาผู้มีอิทธิพลต่อการพัฒนาแนวคิดในเรื่องของการลงโทษในประเทศฝรั่งเศสยุคปัจจุบัน<sup>47</sup> หลักนี้มีวิวัฒนาการออกเป็น 3 ช่วง คือ ช่วงแรกอยู่ในยุคก่อนมีการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ในช่วงนี้หลัก Individualization ยังไม่เป็นที่รู้จัก การลงโทษจึงมีลักษณะเป็นการลงโทษตามอำเภอใจ ไม่มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษ และในช่วงต่อมาหลังปฏิวัติฝรั่งเศสหลังจากมีประมวลกฎหมายใช้แล้ว ได้มีการบัญญัติถึงอัตราโทษไว้ตายตัว ทำให้ผู้พิพากษาต้องลงโทษภายใต้กรอบของกฎหมายเท่านั้น ไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเป็นอย่างอื่นได้เลย จนเข้าสู่ช่วงสุดท้าย ซึ่งเป็นช่วงหลัง จากที่ใช้ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสไปได้ระยะหนึ่งแล้ว ได้เกิดปัญหาอันสืบเนื่องมาจากการกำหนดโทษของศาลที่ต้องจำกัดตายตัวเคร่งครัดตามตัวบท ไม่อาจพิจารณาโทษยืดหยุ่นตามความเหมาะสมได้ จึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาขึ้นอีกครั้ง โดยกำหนดโทษขั้นสูงขั้นต่ำไว้ เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจได้ตามความเหมาะสมและเป็นไปตามหลัก “Individualization” ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา และหลักนี้ได้ถูกนำไปใช้อย่างแพร่หลายในฝรั่งเศสมากขึ้น<sup>48</sup>

แนวความคิดในเรื่องการห้ามไม่ให้มีเพศสัมพันธ์กันระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองที่ประเทศฝรั่งเศสนั้นเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในทุกสังคม ในสมัยอดีตการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติเป็นหนึ่งในคดีอาญา และต้องได้รับการลงโทษอย่างรุนแรง เมื่อมีการปฏิวัติได้มีการเปิดทางให้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อลงโทษความสัมพันธ์อันเนื่องมาจากการมีเพศสัมพันธ์ในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตร เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นเรื่องที่เลวร้ายที่สุดที่จะเห็นได้จากคดีของสภาแห่งปารีสเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 1536 จนกระทั่งมีกฎหมายของวันที่

<sup>45</sup> แคลทเลีย วิเศษรัตน์. (2551). การนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้ในคดีอาญา: ศึกษาการแสวงหาข้อเท็จจริงประกอบการดำเนินคดี. หน้า 66.

<sup>46</sup> นฤมล อังคณาภิวัดน์. (2537). เหตุบรรเทาโทษ: ศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการใช้ในศาลไทยกับศาลต่างประเทศ. หน้า 14-15.

<sup>47</sup> ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 156.

<sup>48</sup> แคลทเลีย วิเศษรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 66-67.

19-22 กรกฎาคม และ 25 กันยายน -6 ตุลาคม 1791 ได้ยกเลิกคดีอาญาเฉพาะที่เกี่ยวกับการร่วมประเวณีระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเอง ตั้งแต่วันดังกล่าวการร่วมประเวณีระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองจึงไม่เป็นความผิดเฉพาะ โดยกฎหมายดังกล่าวได้ไปอยู่ในกฎหมายทั่วไปเรื่องการกระทำชำเราที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิดต่อผู้อื่น หรือบุคคลที่สาม<sup>49</sup>

RASSAT<sup>50</sup> ได้กล่าวไว้ว่า การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองไม่ได้ถูกพิจารณาให้เหมือนกับความผิดลหุโทษเสมอไป บางครั้งยังนับได้ว่าเป็นสิทธิเสรีภาพในทางเพศ ซึ่งข้อจำกัดนี้ขึ้นอยู่กับความเคารพระหว่างเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน ตัวอย่างบางกรณีที่น่าสนใจในปี ค.ศ. 1995 คือ คดีของพ่อกับลูกสาวที่บรรลุนิติภาวะ หรือสามารถแต่งงานได้แล้วนั้น ซึ่งลูกสาวยังอยู่ในความควบคุมของพ่ออยู่ การกระทำเช่นนี้กฎหมายยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตน เช่นเดียวกับกรณีของพี่ชายกับน้องสาวที่มีอายุ 15 ปี จึงได้กล่าวว่ามีเพียงจิตวิญญาณเท่านั้นที่ถูกหมิ่นประมาทและมีการตั้งประเด็นเรื่องการห้ามด้านศีลธรรมขึ้นแต่ถึงอย่างไรเนื้อหาที่จำเป็นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายก็คือการกระทำที่ผิดกฎหมายไม่ใช่เพียงแต่เป็นการละเมิดศีลธรรมเท่านั้น ซึ่งไม่ใช่เรื่องง่ายเลยที่จะบัญญัติเรื่องการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองเป็นกฎหมาย ตัวอย่างดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงข้อผิดพลาดบางอย่างที่เกิดขึ้นกับกฎหมายปัจจุบันซึ่งหลักการและเนื้อหาค่อนข้างใกล้เคียงกัน เมื่อเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและกฎหมายไทย

ในประเทศฝรั่งเศส ได้มีการแสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้ที่บัญญัติกฎหมายว่า ได้มีการกำหนดขั้นตอนการดำเนินคดีทางศาลและเหตุการณ์แวดล้อมอื่นๆ ที่สืบเนื่องมาจากการกระทำชำเราที่เกิดจากการกระทำที่รุนแรง<sup>51</sup> ซึ่งสังคมฝรั่งเศสปัจจุบันเด็กวัยรุ่นอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป มีความอิสระในการมีคู่หรือที่เรียกว่า “ความอิสระในการมีเพศสัมพันธ์” ค่อนข้างมากทั้งนี้สาเหตุส่วนใหญ่จะมาจากพฤติกรรมเลียนแบบคนรอบข้างที่เรียกว่า “แฟชั่น” บางส่วนมาจากความอยากรู้อยากเห็นการอยากลองประกอบกับการมีอิสระในทางความคิดในเรื่องที่ถูกปลูกฝังมาแต่ยังเยาว์ นอกจากนี้

<sup>49</sup> Matalak SERAMETHAKUN LA PROTECTION DEL'ENFANT CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE: 'etude comparative du droit francaise et du droit thailandais (FACULTE DE DROIT ECOLE DOCTORAT ET SEIENCE POLITIQUE UNIVERSITE DES SCIENCES SOCIALES DE TOULOUSE 1) 2 Mai 2001 p. 199. อ้างถึงใน สุพจน์ เครือคล้าย. (2548). การกระทำความผิดทางเพศ: ศึกษาเฉพาะกรณีความคิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ. หน้า 70.

<sup>50</sup> สุพจน์ เครือคล้าย. (2548). การกระทำความผิดทางเพศ: ศึกษาเฉพาะกรณีความคิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ. หน้า 70.

<sup>51</sup> แหล่งเดิม. หน้า 191.

“เสรีภาพในแนวคิดเรื่องการมีเพศสัมพันธ์” ของชาวฝรั่งเศส ตลอดจนการเลี้ยงดูในครอบครัวชาวฝรั่งเศสที่มักจะเป็นไปในลักษณะ “ความเท่าเทียมทางความคิดและการแสดงออก” แล้วปัญหาความเชื่อผิดๆ ในเรื่อง “Secte” หรือ “นิกาย” เนื่องมาจากอิทธิพลของนิกายต่างๆ ที่เข้ามาในประเทศฝรั่งเศสทำให้คนบางกลุ่มหลงผิด ก็เป็นอีกสาเหตุหนึ่งที่สำคัญที่ทำให้เกิดปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศต่อบุตรของตนเองโดยบุคคลในครอบครัวเดียวกัน ความเชื่อผิดๆ บางประการ เช่น การเชื่อว่าการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองไม่ใช่สิ่งที่เป็นการผิด โดยการตีความคำภีร์ไบเบิลอย่างบิดเบือนไม่ถูกต้อง ทำให้คนบางกลุ่มเกิดความหลงผิดและคิดว่าตนเองมีอำนาจที่จะกระทำได้นอกจากความเชื่อในเรื่อง “นิกาย” ที่นำไปสู่ปัญหาการมีเพศสัมพันธ์ต่อบุตรของตน เรื่องความเชื่อในอำนาจปกครองของผู้ปกครองบางกลุ่มที่กระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะในลักษณะของการข่มขู่ บังคับ ข่มขืนใจ หรือทำให้เชื่อ และการไม่ได้รับการศึกษาที่ถูกต้อง หรือการขาดสติยับยั้งชั่งใจเมื่อดื่มสุรา หรือสิ่งเสพติดอย่างอื่นจนมีเมมา หรือการเก็บกดทางอารมณ์แล้วมาระบายกับผู้อื่นโดยไม่รู้ตัว รวมถึงภาวะความยากจนเหล่านี้ก็มักเป็นสาเหตุของปัญหาดังกล่าวได้เช่นกัน<sup>52</sup>

การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเอง มีชื่อเรียกเป็นภาษาฝรั่งเศสว่า “INCESTE” ซึ่งกรณีที่พบบ่อยคือการกระทำระหว่างบิดากับบุตรสาว ลูกน้ำ อากับหลาน พี่ชายหรือน้องชายกระทำต่อพี่สาวหรือน้องสาว ส่วนการกระทำของมารดาต่อบุตรชายหรือพี่สาวหรือน้องชายจะพบน้อยกว่า ตัวอย่างเช่น กรณีเด็กหญิงคนหนึ่งได้ถูกบิดาล่วงละเมิดทางเพศมาเป็นเวลาหลายสิบปีโดยไม่มีใครรู้ จวบจนกระทั่งเด็กหญิงนั้นโตเป็นสาวและได้แต่งงานไป แต่บิดาก็ยังไม่หยุดกระทำการล่วงละเมิดทางเพศยังคงหาโอกาสกระทำต่อบุตรสาวเรื่อยมาจนกระทั่งหญิงสาวคนนั้นไม่อาจทนการกระทำต่อไปได้ ในที่สุดหญิงสาวคนนั้นก็ถูกจับในข้อหาพยายามฆ่าบิดาของตนเอง<sup>53</sup> ตัวอย่างดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่าปัญหาการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองนั้นมีความสำคัญมาก กล่าวคือ สถาบันครอบครัวเป็นสถาบันหลักของสังคม หากปราศจากความเชื่อใจกันแล้ว ก่อให้เกิดปัญหาสังคมโดยรวมอีกด้วยซึ่งอาจเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดคดีอาชญากรรม หรือ การค้าประเวณีของหญิงสาว หรือการล่วงละเมิดเด็กหรือหญิงไปค้าประเวณีได้ เป็นต้น

ในส่วนของกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศนั้น ตามที่ได้กล่าวแล้วว่า ประเทศฝรั่งเศสได้มีการยกเลิกความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่

<sup>52</sup> มาตาลักษณ์ เสรมธากุล. (2544, กันยายน). “การคุ้มครองเด็กจากการถูกละเมิดทางเพศในประเทศฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 31, ฉบับที่ 3. หน้า 643-644.

<sup>53</sup> แหล่งเดิม. หน้า 656 - 657.

กระทำต่อบุตรของตนเองไปแล้ว เนื่องจากในประเทศฝรั่งเศสจะพิจารณาโดยเน้นที่การสมัครใจยินยอมของหญิงหรือไม่ ประกอบกับพฤติกรรมความรุนแรงทางเพศเป็นสำคัญ เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสนั้นเคารพในควมมีเสรีภาพทางเพศของบุคคลที่จะมีเพศสัมพันธ์กับใครก็ได้ตามที่ใจปรารถนา แม้จะเป็นญาติของตนเองก็ตาม เนื้อหาของกฎหมายจึงพิจารณาจากความสมัครใจเป็นหลัก ในการวินิจฉัยว่าผิดหรือไม่ และได้กำหนดให้การกระทำชำเราต้องรับผิดชอบเมื่อมีการกระทำโดยความรุนแรง ซึ่งเนื้อหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศที่มีลักษณะความรุนแรง (Aggressive Sexual) แบ่งออกเป็น 3 ส่วน โดยมีมาตรา 222-22 เป็นหลักในการกำหนดนิยามที่แสดงให้เห็นถึงขอบเขตของคำว่า “ความรุนแรงทางเพศ” และในส่วนอื่นๆ ได้มีการแยกความผิดเป็นฐานสำคัญไว้ดังนี้

- 1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Le viol or Rape)
- 2) ความผิดฐานกระทำรุนแรงทางเพศ (Des autres aggressions sexuelles or others Aggressions Sexualize)
- 3) ความผิดฐานคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)

ในวิทยานิพนธ์นี้จะขอล่าถึงเฉพาะแต่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองโดยตรง ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 222-23 ถึงมาตรา 222-26 ได้ดังนี้

มาตรา 222-23 บัญญัติว่า “การกระทำชำเราไม่ว่าจะโดยวิธีการใด เมื่อได้กระทำต่อบุคคลอื่นโดยใช้ความรุนแรง ใช้กำลังบังคับโดยข่มขู่ หรือโดยผู้หนึ่งไม่อาจขัดขืนได้ ผู้กระทำต้องรับโทษฐานข่มขืนกระทำชำเรามีโทษจำคุก 15 ปี”

มาตรา 222-24 เป็นเหตุฉกรรจ์ที่ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้น มีโทษจำคุกอย่างสูง 20 ปี ซึ่งพิจารณาจากลักษณะของการกระทำ สถานะของผู้กระทำ และเหยื่อ เมื่อมีการกระทำดังต่อไปนี้

- (1) เป็นการกระทำหลายครั้งที่มีการต่อเนื่องกัน
- (2) ได้กระทำต่อเหยื่อที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี
- (3) ได้กระทำต่อผู้ไร้ความสามารถ (Vulnerabilite = อ่อนแอ) เช่น ผู้ที่มีความพิการทางด้านร่างกาย หรือทางสมองหรือผู้เจ็บป่วย ผู้อยู่ในระหว่างตั้งครรภ์ หรือผู้ถูกกระทำผิดรู้จักกับผู้กระทำผิด
- (4) ได้กระทำต่อผู้สืบสันดาน ไม่ว่าจะเป็นบุตรชอบโดยกฎหมาย บุตรนอกสมรส หรือบุตรบุญธรรม หรือกระทำโดยบุคคลที่มีอำนาจอื่นใด เหนือเหยื่อ (เช่นกรณีบิดาไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งใช้อำนาจปกครองในทางความเป็นจริง)



(5) ได้กระทำโดยผู้ที่มีอำนาจบังคับบัญชา ตามหน้าที่เหนือเหนือ (เช่น กรณีนายจ้างกระทำต่อผู้ใต้บังคับบัญชาหรือลูกจ้าง)

(6) ได้กระทำโดยใช้อาวุธ

มาตรา 222-25 เป็นเหตุฉกรรจ์ที่ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้นจำคุก 30 ปี เนื่องจากการกระทำชำเราเช่นนั้น เป็นเหตุให้เหยื่อถึงแก่ความตาย

มาตรา 222-26 เป็นเหตุฉกรรจ์ที่ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้น คือจำคุกตลอดชีวิตได้ กระทำในลักษณะที่เป็นการทรมาณ หรือโหดร้าย<sup>54</sup>

ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสดังกล่าวนี้จะจำกัดให้อยู่ภายในกฎหมาย มาตรา 222-23 จะต้องมีการกระทำที่มีการบุกรุกเนื่องด้วยแบบใดก็ตาม ผู้ที่กระทำผิดรู้ว่าตนได้ทำอะไร และมีเจตนาที่จะกระทำชำเรา การกระทำดังกล่าวต้องกระทำด้วยความรุนแรงเป็นการบังคับข่มขู่ หรือเป็นการกระทำที่ไม่บอกให้ทราบล่วงหน้า ความแตกต่างที่เห็นได้ในกฎหมายลงโทษแบบใหม่ ก็คือสถานการณ์แวดล้อมของการคุกคามทางเพศที่ผู้กระทำผิดได้กระทำกับเหยื่อ และดูเหมือนว่าเป็นความสนใจของผู้ที่บัญญัติกฎหมายที่ได้อุทิศเวลาให้กับคำว่า การบังคับใจ หรือข่มขู่เพื่อที่ได้ประยุกต์ใช้เมื่อเหยื่อได้ถูกคุกคามทางเพศ แต่ถึงอย่างไรก็ตามเรื่องคุกคามทางเพศนั้นสร้างความกดดันทางจิตใจให้กับเหยื่อเป็นอย่างมากจึงสมควรอย่างยิ่งที่จะนำมาพิจารณา ในที่สุดก็ได้มีการยอมรับว่าคำว่าคุกคามทางเพศ นั้นก็เสมือนหนึ่งเป็นการกระทบกับความกดดันทางจิตใจเช่นเดียวกับที่พบเห็นในกรณีของคำว่า ความสัมพันธ์ทางกามมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเอง ดังนั้น เห็นได้ว่าในบางครั้งความคิดเรื่องคุกคามทางเพศนั้นหมายถึงการกระทำที่เป็นการบุกรุกทางเพศโดยไม่มีความจำเป็นต้องตรวจหาร่องรอยของความรุนแรงหรือการป้องกันตัวของเหยื่อ<sup>55</sup>

ในประเทศฝรั่งเศสนั้นได้มีการแสดงความตั้งใจที่แท้จริงของผู้ร่างกฎหมายที่จะมีต่อความรุนแรงในการลงโทษโดยเฉพาะในกรณีการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเอง สภาพที่บ่งบอกถึงความรุนแรงสองประการที่ได้นำมาใช้คือ อายุของ

<sup>54</sup> มาตาลักษณ์ เสธเมธากุล. (2544). “ข้อสังเกตที่น่าสนใจจากการศึกษากฎหมายฝรั่งเศส เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ 1-2” แนวทางการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา: หมวดความผิดทางเพศ. ข้อมูลจากสถาบันกฎหมายอาญา สำนักอัยการสูงสุด.

<sup>55</sup> Matalak SERAMETHAKUN LA PROTECTION DEL'ENFANT CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE : etude comparative du droit francaise et du droit thailandais [FACULTE DE DDROIT ECOLE DOCTORAT ET SCIENCE POLITIQUE UNIVERSITE DES SCIENCES SOCIALES DE TOULOUSE I ] 2 Mai 2001. p. 192. อ้างถึงใน สุพจน์ เกรือคล้าย. (2548). การกระทำความผิดทางเพศ: ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ. หน้า 74.

เหยื่อ และลักษณะของผู้กระทำความผิด RASSAT ยังได้กล่าวอีกว่า ในกรณีที่เกี่ยวข้องที่เหยื่อที่เป็นผู้เยาว์ถูกกระทำโดยผู้สืบสายโลหิตตามกฎหมายหรือความเป็นจริง บทลงโทษนั้นร้ายแรงและผู้กระทำความผิดจะต้องจ่ายเบี้ยปรับด้วย ส่วนโทษจำคุกนั้นขึ้นอยู่กับความรุนแรงที่เกิดขึ้น

สรุปแล้ว กฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนในประเทศฝรั่งเศส มิได้มีบทบัญญัติโดยเฉพาะลงโทษฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองโดยความสมัครใจยินยอมไว้โดยเฉพาะ เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสนั้นให้ความสำคัญต่อความมีอิสระและเสรีภาพในทางเพศอย่างมาก แต่ได้บัญญัติลงโทษเฉพาะกรณีที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา โดยขอบเขตการลงโทษจะกว้างมากจะขอกกล่าวถึงการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเอง กรณีบุพการีซึ่งได้กระทำต่อผู้สืบสันดาน โดยบุตรนั้นไม่ว่าจะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายหรือบุตรนอกสมรสก็ตาม กฎหมายจะลงโทษหนักกว่าบุคคลปกติที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับเหยื่อดังกล่าวมาแล้ว ซึ่งบทลงโทษนี้เป็นเหตุจรรยาบรรณของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั่วไป ซึ่งผู้กระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษหนักขึ้น โดยมีโทษจำคุกสูงสุดถึง 20 ปี ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดทางเพศมาตรา 222-24 ส่วนบุคคลอื่นๆ หากได้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมิใช่ บุพการี ผู้รับบุตรบุญธรรม และไม่ได้มีอำนาจปกครองเหยื่อนั้น หากได้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเหยื่อที่เป็นบุคคลในครอบครัวของตนก็จะต้องรับโทษหนักขึ้นดังเช่นบุคคลที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น เว้นแต่จะได้กระทำต่อเหยื่อที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี

### 3.4.2 มาตรการเสริมทางอาญาในประเทศฝรั่งเศส

#### 1) จิตสำนึกของคนในสังคม

การปลูกจิตสำนึกของคนในสังคมให้เกิดการตื่นตัวต่อการรณรงค์ต่อปัญหาดังกล่าวจึงเป็นยุทธวิธีที่ประเทศฝรั่งเศสนำมาเข้ามาคิดแปลงใช้ในประเทศของตนอย่างมีประสิทธิภาพ อาทิเช่น การจัดนิทรรศการ การเดินขบวน การรณรงค์ต่อต้านการละเมิดกฎหมายในเรื่องนี้ในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นทางสื่อโฆษณาทีวี วิทยุ หรือหนังสือพิมพ์ก็ตาม

การปลูกจิตสำนึกของคนในสังคมให้มีส่วนร่วมกันรับผิดชอบในปัญหานี้ อาจกระทำได้หลายวิธีด้วยกัน เช่น

(1) การเคลื่อนไหวเพื่อต่อต้านโสเภณี ซึ่งทางฝรั่งเศสได้มีการดำเนินการอย่างต่อเนื่องมาตั้งแต่ประมาณปี 1997 แล้ว และถึงแม้ว่าการรณรงค์ในครั้งนั้นจะไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควรนัก หากแต่การรณรงค์ในรูปแบบอื่นๆ ก็ยังคงมีอยู่ต่อไป

(2) การขอความร่วมมือจากภาคเอกชน ได้แก่ การขอความร่วมมือไปยังสำนักพิมพ์และสถานีวิทยุและโทรทัศน์ ในการเข้มงวด ตรวจสอบ และควบคุมการวางผังรายการที่อาจเป็นสื่อที่ช่วยทำให้เกิดการกระทำผิดทางเพศได้ จะเห็นได้จากการพยายามในการเลือกและจัดสรรผังรายการทีวี เป็นประเภทที่เหมาะสมแก่บุคคลแต่ละวัย ตามช่วงเวลาที่เหมาะสมเป็นต้น รวมไปถึงการขอความ

ร่วมมือจากผู้ใกล้ชิดดูแลเด็กทั้งหลายไม่ว่าจะเป็น บิดามารดาของเด็ก ครู ญาติสนิท ฯลฯ ในการดูแล สอดส่องเพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากบุคคลภายนอก นอกจากนี้ในบางช่วง ระยะเวลาที่อาจเสี่ยงต่อการเกิดปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศ เช่น ในฤดูพักสอนซึ่งเด็กๆ และวัยรุ่น มักนิยมออกเที่ยวตามต่างจังหวัด ก็จะมีการ โฆษณาประชาสัมพันธ์ในรูปแบบต่างๆ เพื่อให้ความรู้ ความเข้าใจแก่เยาวชนในประเทศในเรื่องเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์

## 2) การดำเนินงานของมืออาชีพ

นับเป็นเรื่องจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการดำเนินการควบคู่กันไประหว่างความ พยายามปลูกจิตสำนึกของคนในสังคมไปพร้อมๆ กับการจัดตั้งองค์กรพิเศษเพื่อดำเนินการให้ความ ช่วยเหลือและคุ้มครองแก่เด็กๆ ที่ตกเป็นเหยื่อแห่งการละเมิดทางเพศ

## 3) ระบบความคุ้มครองแบบ “กำแพงสองชั้น”

### (1) โดยองค์กรของรัฐซึ่งเป็นฝ่ายปกครอง

การจัดตั้งองค์กรที่เป็นการทำงานของมืออาชีพเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่ง ขั้นตอน ดำเนินงานที่รัดกุมจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินงานได้อย่างดีเยี่ยม ความเป็นอิสระของการ บริหารและอำนาจตัดสินใจในบางกรณีจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ความคล่องตัวในการดำเนินงาน องค์กรของรัฐที่ดำเนินการให้ความช่วยเหลือแก่เด็กผู้ถูกทำละเมิดหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อในการทำ ละเมิดในกรณีต่างๆ จำเป็นต้องประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญในหลายสาขางานที่จะต้องมาทำงาน ประสานกัน ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็น นักสังคมสงเคราะห์ นักจิตวิทยา นักกฎหมาย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ของรัฐ เจ้าหน้าที่ตำรวจ และบุคคลที่เกี่ยวข้องอื่นๆ

ซึ่งองค์กรที่กล่าวมานี้มีการดำเนินการให้ความช่วยเหลือแก่เด็กผู้ถูกล่วงละเมิด ในกรณีต่างๆ ไม่เฉพาะแต่กรณีปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศเท่านั้น การดำเนินงานแบ่งออกเป็น หลายขั้นตอนโดยอาศัยหน่วยงานย่อยซึ่งประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญเฉพาะในแต่ละด้านตั้งแต่ ขั้นตอนของการรับแจ้งเหตุ ไปจนกระทั่งถึงการบำบัดฟื้นฟูหลังจากวิธีการในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งขั้นตอนต่างๆ เหล่านี้มีการทำงานประสานกันอย่างมีประสิทธิภาพและลงตัว ทั้งนี้เป็นผลมาจาก การกำหนดแบ่งแยกหน้าที่ของแต่ละฝ่าย

ในประเทศฝรั่งเศสมีแนวความคิดในการรักษาความลับในวิชาชีพได้มีการ พัฒนามาเป็นเวลานานแล้วโดยปรากฏอยู่ในบทความต่างๆ ที่พบได้ในฝรั่งเศส หลักการขั้นพื้นฐาน ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญานับแต่ปี ค.ศ. 1810 เป็นต้นมา ซึ่งมีการ ถกเถียงในประเด็นปัญหาเรื่องขอบเขตและข้อยกเว้นในการเปิดเผยความลับของผู้ที่เกี่ยวข้องใน กรณีเหล่านี้เสมอๆ มาตรา 378 ประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติในสาระสำคัญเกี่ยวกับผู้ประกอบ อาชีพในทางสาขาการแพทย์ในเรื่องเกี่ยวกับการรักษาความลับในวิชาชีพ

## (2) โดยกระบวนการยุติธรรม

โดยกระบวนการยุติธรรมประเทศฝรั่งเศสแบ่งจำแนกออกเป็น 2 ขั้นตอนได้แก่

## 1) วิธีการคุ้มครอง

แบ่งออกเป็นการคุ้มครองโดยตรงและการคุ้มครองโดยทางอ้อม

(1) การคุ้มครองโดยตรง หมายถึงการดำเนินการแทรกแซงโดยผู้พิพากษาคดีเด็ก ซึ่งจะมีคำสั่งเมื่อเห็นว่ามิพฤติการณ์อันอาจเป็นอันตรายแก่เด็ก (อันตรายต่อสุขภาพอนามัย อันตรายต่อสถานะจิต อันตรายต่อความปลอดภัยในด้านต่างๆ และอันตรายต่อการได้รับการศึกษา) คำสั่งที่ผู้พิพากษาคดีเด็กอาจกระทำได้ในหลายกรณีแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับความหนักหนาแห่งภัยอันตรายที่เกิดหรือคาดว่าจะเกิดแก่เด็กในกรณีนั้นๆ โดยผู้พิพากษาคดีเด็กจะมีคำสั่งให้ “L’ASSISTANCE EDUCATIVE” เข้าไปดูแล จัดการ และให้ความคุ้มครองเด็กที่ตกเป็นเหยื่อแห่งการละเมิดทางเพศ โดยรูปแบบการแทรกแซงก็จะแตกต่างกันไปตามแต่กรณีความรุนแรงของปัญหาที่เกิดขึ้น

(2) การคุ้มครองทางอ้อม คือ การจัดการเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาหรือผู้ปกครองของเด็กที่ตกเป็นเหยื่อในคดีละเมิดดังกล่าว การจัดการอาจแบ่งออกได้เป็น 2 กรณีใหญ่ ๆ กล่าวคือ กรณีที่บิดาและมารดาของเด็กยังอยู่ร่วมกัน และกรณีที่บิดามารดาของเด็กแยกจากกัน (ไม่ว่าจะเป็นการแยกจากกันโดยการหย่าหรือตายจากกันก็ตาม) การจัดการเกี่ยวกับอำนาจปกครองนี้อาจเป็นไปได้ในรูปแบบของการถอนอำนาจปกครองโดยเด็ดขาด หรือเป็นการเปลี่ยนผู้ใช้อำนาจปกครอง โดยอาจจะเป็นการให้อำนาจปกครองแก่บุคคลในครอบครัวหรือบุคคลอื่นที่ศาลเห็นสมควร ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกรณีของปัญหาที่เกิดขึ้น

## 2) วิธีการปราบปราม

การปราบปรามกระทำได้โดยวิธีหลักๆ 2 กรณี คือ การลงโทษตามตัวบทกฎหมาย และการลงโทษโดยวิธีอื่นๆ

(1) การลงโทษโดยวิธีการทางกฎหมายในประเทศฝรั่งเศสมีปัญหาเรื่องความบกพร่องในการให้คำจำกัดความในการกระทำผิดที่เรียกว่า “INCESTE” และ “PEDOPHILE” ซึ่งนักกฎหมายฝรั่งเศสต่างมีความพยายามในการตีความกฎหมายให้กว้างขึ้นเพื่อให้ครอบคลุมและสามารถลงโทษในความคิดเหล่านั้นได้ ความหนักเบาในการลงโทษมักขึ้นอยู่กับอายุของผู้ตกเป็นเหยื่อและคุณสมบัติของผู้กระทำความผิดเป็นประการสำคัญ ส่วนประเภทของการกระทำความผิดก็มีผลต่อการพิจารณาโทษที่แตกต่างออกไปเช่นเดียวกัน การติดตามดำเนินคดีในความคิดการละเมิดทางเพศต่อเด็กจากบุคคลในครอบครัวในคดีอาญานั้นจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการประสานงานและดำเนินงานอย่างรัดกุมและมีลักษณะพิเศษเนื่องจากเป็นคดีที่มีความประหลาดเป็นอย่างยิ่ง โดยจะเห็นได้จากเป็นเรื่องที่จะกระทบต่อความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัวเดียวกัน และเป็นคดีที่ก่อความสะเทือนใจอย่างยิ่งต่อสังคม นักกฎหมายฝรั่งเศสได้พยายามที่จะนำวิธีการ

ต่างๆ ซึ่งเป็นวิธีการพิเศษมาใช้กับการดำเนินคดีการละเมิดทางเพศต่อเด็กจากบุคคลในครอบครัว ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการตั้งแต่ขั้นตอนของการสืบสวนสอบสวนและจับกุมผู้ต้องหาไปจนกระทั่งถึงการดำเนินคดีในชั้นศาลจนถึงที่สุดคดี รูปแบบการดำเนินการพิเศษต่างๆ ที่นำมาใช้บางกรณีนำตัวอย่างมาจากประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา และอังกฤษ และบางกรณีก็เป็นการประยุกต์ใช้เองในประเทศเพื่อความเหมาะสมในการดำเนิน คดีโดยหวังจะให้ส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็กน้อยที่สุด

(2) วิธีการปราบปรามในรูปแบบอื่นๆ ได้แก่ การดำเนินนโยบายพิเศษในหน่วยงานต่างๆ อาทิเช่น ตำรวจท่องเที่ยว องค์การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย ประเทศฝรั่งเศส โดยให้มีมาตรการเพิ่มการตรวจตราแก่การกระทำที่อาจจะก่อให้เกิดการละเมิดทางเพศต่อเด็กพร้อมกันนี้ได้มีการขอความร่วมมือไปยังหน่วยงานอื่นๆ ในการสอดส่องดูแลและแจ้งข้อมูลข่าวสารในกรณีที่น่าจะอาจมีการกระทำความผิดเหล่านี้เกิดขึ้น โดยมีการเปิดบริการศูนย์รับแจ้งข้อมูลข่าวสาร<sup>56</sup>

นอกจากประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา มาเลเซียและฝรั่งเศสแล้ว ในนานาอารยประเทศได้บัญญัติความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองนี้ไว้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น ในประเทศอิตาลี ได้บัญญัติกำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าวนี้เป็นความผิดฐานหนึ่งในหมวดความผิดต่อศีลธรรมของครอบครัว (Crimes Against Family Morals) ในประมวลกฎหมายอาญา (มาตรา 564) ซึ่งศาลมีอำนาจเพิกถอนอำนาจปกครองผู้กระทำความผิดได้<sup>57</sup> หรือในประเทศนอร์เวย์ซึ่งได้กำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในหมวดความผิดออกจากรัจต่อศีลธรรมของสังคม (Felonies Against Public Morals) ซึ่งได้บัญญัติกำหนดเอาผิดแก่บุคคลที่เป็นผู้สนับสนุนต่อการกระทำความผิดฐานดังกล่าวด้วย (มาตรา 207 และ 208)<sup>58</sup>

จากการศึกษาบทลงโทษและมาตรการเสริมที่เหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของต่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้น เห็นว่าในต่างประเทศได้กำหนดมาตรการที่มุ่งให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็กและยังเป็นมาตรการในเชิงคุ้มครองป้องกันสถาบันครอบครัวอันเป็นสถาบันหลักของสังคม และใช้วิธีการที่มีความเหมาะสมแก่การกระทำความผิดของผู้ที่กระทำ ความผิดด้วยเช่นกัน

<sup>56</sup> มาตาลักษณ์ เสรมธากุล. (2544, กันยายน). “การคุ้มครองเด็กจากการถูกละเมิดทางเพศในประเทศฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 31, ฉบับที่ 3. หน้า 657-661.

<sup>57</sup> The American Series of Foreign Penal Code, 23 Italian penal Code. pp. 188-189.

<sup>58</sup> The American Series of Foreign Penal Code, 3 Norwegian penal Code. pp. 86-87.

## บทที่ 4

### วิเคราะห์การนำมาตรการเสริมมาใช้ในความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ ที่กระทำต่อบุตร

ในบทนี้จะกล่าวถึงวิวัฒนาการในการใช้มาตรการเสริมทางอาญาที่เหมาะสมแก่การกระทำผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร บทลงโทษและมาตรการเสริมของไทยเปรียบเทียบกับบทลงโทษและมาตรการเสริมของต่างประเทศ และเปรียบเทียบกรณีศึกษากรณีการกระทำผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรที่เป็นความผิดกับกรณีที่ไม่เป็นความผิด เพื่อนำไปสู่การกำหนดมาตรการเสริมที่เหมาะสมที่ควรนำมาใช้แก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรต่อไป

#### 4.1 มาตรการเสริมที่เหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรตามกฎหมายไทย

##### 4.1.1 กฎหมายตราสามดวง

##### 4.1.1.1 ประวัติความเป็นมาของกฎหมายตราสามดวง

ในสมัยกรุงศรีอยุธยาสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) ได้ทรงก่อตั้งอาณาจักรไทยขึ้นมาใหม่ทรงขนานนามว่า “กรุงเทพทวารวดีศรีอยุธยา” กษัตริย์ในสมัยกรุงศรีอยุธยาจะตรากฎหมายที่เรียกว่า “พระราชศาสตร์” โดยอาศัยหลักในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์กฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยามีทั้งกฎหมายสารบัญญัติกำหนดหน้าที่ของประชาชน กฎหมายวิธีสบัญญัติในเรื่องพิจารณาตัดสินคดีและกฎหมายปกครองเป็นทำนองรัฐธรรมนูญปกครองแผ่นดิน และในสมัยของสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) ได้มีการตราพระไอยการลักษณะหัวเมืองขึ้นด้วย เมื่อพุทธศักราช 1906<sup>1</sup> และใช้มาตลอดจนกระทั่งเสียกรุงศรีอยุธยาให้แก่พม่า ต่อมาในสมัยกรุงธนบุรีก็เป็นช่วงที่บ้านเมืองยังมีศึกสงครามอยู่ การปกครองบ้านเมืองและการตัดสินคดีความทั้งปวงจึงต้องประพฤติปฏิบัติไปโดยอาศัยบทกฎหมายเก่าเท่าที่มีอยู่ในเวลานั้น ต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ปฐมกษัตริย์แห่งราชวงศ์จักรี ได้โปรดให้มีการชำระกฎหมายใหม่เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่แต่เดิมนั้นมีความคลาดเคลื่อน จึงได้มีการประมวลกฎหมายตราสามดวงขึ้นเมื่อพุทธศักราช 2347 (จุลศักราช 1166) ซึ่งมีราชสีห์ 1 คชสีห์ 1 และบัวแก้ว 1 โดยรวบรวมกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยาลักษณะต่างๆ ที่กระจัดกระจายอยู่มารวมกันได้ 29 ลักษณะด้วยกัน

<sup>1</sup> เสนีย์ ปราโมช. (2510). กฎหมายสมัยอยุธยา. หน้า 3.

ซึ่งรวมถึงพระไอยการลักษณะหัวเมียด้วย โดยถือว่ากฎหมายตราสามดวงนี้เป็นประมวลกฎหมายในรัชกาลที่ 1<sup>2</sup>

#### 4.1.1.2 บทบัญญัติของกฎหมาย

##### (1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น ในพระไอยการลักษณะหัวเมียได้ใช้คำว่า “ข่มขืนถึงชำเรา” ซึ่งการข่มขืนจนถึงชำเรานั้นกฎหมายแยกประเภทผู้เสียหายออกเป็น 2 ประเภทคือ หญิงที่เป็นภริยาผู้อื่นกับบุตรหญิง หรือหลานหญิงของผู้อื่น ดังบทบัญญัติต่อไปนี้

มาตรา 1 ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเราให้ใหม่โดยประณมพิศเมียทวิคุณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเรา ให้ใหม่โดยประณมพิศเมีย

มาตรา 40 พระครู ภิกษุ สามเณร ผิดเมียท่านถึงชำเราชื่อว่าปราชิก ให้สึกออกเสียแล้วให้ใหม่โดยพระราชกฤษฎีกา<sup>3</sup>

มาตรา 46 เจ้าเงินก็ดี พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินก็ดี ข่มขืนหญิงทาสถึงชำเรา หญิงร้องแรกมีสักขีพยานใช้ ท่านให้แบ่งข้าตัวหญิงนั้นเสียกึ่งหนึ่งๆ ให้มันส่งให้แก่เจ้าเงิน ถ้าจับมือถือนมกอดจูบข่มขืนไม่ถึงชำเราพิจารณาเปนสัง ให้แบ่งข้าตัวเปน 4 ส่วนลดส่วน 1 ให้แก่เจ้าเงิน 3 ส่วน ถ้ามันยอมด้วยไปชื้ออย่าให้แบ่งทุนเขานั้นเสียเลย ถ้ามันมิสมักอยู่ด้วยแลมันจะหย่าใช้ มันยังหาเกิดบุตรด้วยเจ้าเงินแลพี่ น้อง ลูก หลาน แห่งเจ้าเงินไม่ จึงให้มันส่งข้าตัวจงถ้วน<sup>4</sup>

มาตรา 71 ชายใดข่มขืนหญิงม่ายถึงชำเรา ให้เอาเบี้ยในประณมพิศเมียทำ 5 ส่วน ยกเสียส่วน 1 เอา 4 ส่วน ตั้งใหม่เปนสินใหม่กึ่งพิในกึ่ง ถ้าข่มขืนมิถึงชำเรา ให้ใหม่กึ่งถึงชำเรา<sup>5</sup>

มาตรา 76 ชายใดเมียแล้วข่มขืนลูกสาว หลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ใหม่ชายนั้นกึ่งประณมเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ใหม่กึ่งถึงชำเรา<sup>6</sup>

มาตรา 77 ชายหาเมียมิได้ข่มขืนลูกสาว หลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ใหม่ชายนั้นกึ่งเบี้ยชายมีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนมิถึงชำเรา ให้ใหม่กึ่งถึงชำเรา<sup>7</sup>

<sup>2</sup> กรมศิลปากร. (2521). *กฎหมายตราสามดวง*. หน้า 1.

<sup>3</sup> แหล่งเดิม. หน้า 225.

<sup>4</sup> แหล่งเดิม. หน้า 227.

<sup>5</sup> แหล่งเดิม. หน้า 243.

<sup>6</sup> แหล่งเดิม. หน้า 252.

<sup>7</sup> แหล่งเดิม. หน้า 252.

มาตรา 78 ชายใดข่มขืนหญิงเคไม่รู้อย่างยามถึงชำเรา ให้ไหม้เก้าเบี้ยประณม ผิดเมียถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิตไหลให้ไหม้เก้าเบี้ยประณมผิดเมียทวิคูณ ถ้าตบตีหญิงทำให้มีบาดเจ็บ ด้วย ทำนให้ไหม้ชายนั้น โดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง<sup>8</sup>

มาตรา 88 ชายใดมิได้ข่มขืนลูกสาว หลานสาวท่าน และบังอาจว่าคนเรียวแรง ผู้เดียวก็ดี ภาพวกเพื่อนไปด้วยก็ดี เข้ากุมเกาะเบาะระแลง ลูกสาว หลานสาวแลเมียท่านไปด้วยแรง ตน หญิงนั้นร้องแรก ขัดขวาง มีคนรู้เห็นได้ยิน ข่มขืนหญิงนั้นได้ถึงชำเราก็คดี มิได้ถึงชำเราก็คดี หญิงนั้นมาหาความเป็นสัจใช้ ให้ไหม้โดยพระราชกฤษฎีกาเดิม ถ้าข่มขืนหญิงมีบาดเจ็บใช้ให้ไหม้โดย บาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง พวกซึ่งไปด้วยนั้นให้ไหม้ทั้ง ถ้าชายหลายคนข่มขืน โทรมเอาหญิงนั้นใช้ ให้ ลงโทษแก่ชายนั้นด้วยลวดหนักคล 60 ที ให้ไหม้ตามบันดาศกตทวิคูณ เพราะมันบังอาจหยาบซ้ำต่อ แผ่นดินเมืองท่าน<sup>9</sup>

มาตรา 105 ชายให้ข่มขืนลูกสาว หลานสาวท่าน บิดา มานดาหญิงยินยอมให้ ชายได้ให้มีขันหมากหมั้น นั้นจะทำการยังมีได้ทำการ ชายอื่นบังอาจว่าคนเรียวแรงเกาะกุมเบาะระ แลงหญิงนั้นด้วยแรงตน ข่มขืนหญิงนั้นถึงชำเราก็คดี มิได้ถึงชำเราก็คดี พิจารณาเป็นสัจใช้ ท่านว่าล่วง พระราชอาชวาทความเมืองท่าน ให้ส่งหญิงนั้นให้แก่บิดา มานดาแล้ว ให้ทวนชายต้นเหตุด้วยลวดหนัก 50 ที ถ้ามีพวกไปด้วยให้ทวนคล 25 ที จงทุกคนให้ไหม้ชายต้นเหตุ โดยผิดเมียท่านในขันหมากนั้น จังควร<sup>10</sup>

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น เห็นได้ว่าในพระไอยการลักษณะผิดเมียได้มี การกล่าวถึงและแยกความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราออกเป็นหลายประเภท กล่าวคือ กรณีชาย ข่มขืนภริยาผู้อื่นถึงชำเราและไม่ถึงชำเรา กรณีชายข่มขืนหญิงทาส กรณีชายข่มขืนหญิงมายถึงชำเรา และไม่ถึงชำเรากรณีชายมีเมียแล้วข่มขืนบุตรสาว หรือหลานสาวของผู้อื่นถึงชำเรา และไม่ถึงชำเรา กรณีชายไม่มีเมียข่มขืนบุตรสาว หรือหลานสาวผู้อื่นถึงชำเราและไม่ถึงชำเรา กรณีชายข่มขืนหญิง ซึ่งเป็นเด็กไม่รู้อย่างยามถึงชำเราและไม่ถึงชำเรา และกรณีชายข่มขืนหญิงซึ่งชายอื่นได้ไปข่มขืนจาก พ่อแม่ของหญิงนั้นแล้ว จากการพิจารณานั้นเห็นว่าในบทบัญญัติที่กล่าวมาข้างต้นของพระไอยการ ลักษณะผิดเมียใช้คำว่า “ข่มขืนถึงชำเรา” ซึ่งหมายความว่าฝ่ายชายนั้นได้ใช้กำลังบังคับขืนใจด้วย วิธีการใดวิธีการหนึ่ง และหญิงไม่สามารถที่จะขัดขืนได้ จึงต้องยอมให้ชายมีเพศสัมพันธ์กับตน ส่วนคำว่า “ข่มขืนมิถึงชำเรา” นั้นมีความหมายตรงข้ามกับคำว่า “ข่มขืนถึงชำเรา” กล่าวคือ มีการ บังคับขืนใจฝ่ายหญิงแต่มิได้มีเพศสัมพันธ์ก่อนไม่ว่าจะด้วยสาเหตุใดก็ตาม ซึ่งเทียบได้กับความผิด

<sup>8</sup> แหล่งเดิม. หน้า 252-253.

<sup>9</sup> แหล่งเดิม. หน้า 258.

<sup>10</sup> แหล่งเดิม. หน้า 262.



ฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน ซึ่งอัตราโทษนั้นก็แตกต่างจากการข่มขืนถึงชำเรา ส่วนปัญหาเรื่อง “ความยินยอม” เห็นว่าความยินยอมเป็นสาระสำคัญ เพราะถ้าหญิงไม่ยินยอมแล้วการกระทำชำเรานั้น ย่อมจะเกิดจากการข่มขืนกระทำชำเรา แต่ถ้าหญิงยินยอมกฎหมายจะใช้คำเรียกเป็นอย่างอื่น เช่น ทำชู้ ทำชู้เหนือผ้า ทำชู้ผู้ชายเหนือผ้า ทำชู้นอกใจผ้า สมจร สมรัก หรือสมทะเลกัน เป็นต้น<sup>11</sup>

## (2) ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเอง

ในพระไอยการลักษณะฝ่าฝืนได้บัญญัติลงโทษผู้ที่มีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองกรณีที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตและไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตของตนตามบทบัญญัติดังนี้

มาตรา 35 บัญญัติว่า หลานทำชู้ด้วยเมียลูกตาปู่อาวอน้ำที่ตนเอง มันผู้มิกั่วเกรง มันมีอายุแก่บ่าบดั่งนั้นให้มันคนร้ายจำใส่ ตรวน ชื่อ คา เอาน้ำมิกั่วกหน้าทั้ง หญิง ชาย เอาเชือกหนังผูกคอเอาห้องตีทะเลวนรอบตลาดแล้วเอาขึ้นขาหย่างยิงด้วยลูกสั้น โดษ แลให้ตีด้วยลาวดหนักละ 25-50 ทีแล้วให้ทำเปลอยเสียนอกเมือง อย่าให้ดูเยี่ยงกันถ้าจะไล่ลูกสั้น โดษมิให้ยิงเล่มละ 30000<sup>12</sup>

มาตรา 36 บัญญัติว่า พ่อ แม่ ลูก พี่ น้อง ยายหลาน ตาหลาน ลุง น้ำ หลาน ทำชู้กันไซ้ ให้ทำเปลอยคู้้นเสียนในทะเล ให้เจ้าพ่อ แม่ พี่ น้อง พลเมืองท่านทั้ง 4 ประตุ ไก่ 8 ตัว ให้พระสงฆพราหมณาจารย์ สวดมนตรทำพิธีการระงับอุบาทว จันไร น้ำฟ้า น้ำฝนจึงจะตกเป็นประโยชน์แก่คนทั้งหลาย ฝ่ายพ่อ แม่ พี่ น้อง รู้ว่าลูกหลานทำมิชอบมิได้ว่ากล่าว ท่านว่าเลมิด ให้ลงโทษโดยโทษาญโทษ<sup>13</sup>

จากบทบัญญัติของพระไอยการลักษณะฝ่าฝืนดังที่ได้กล่าวมานั้น จะเห็นว่าได้บัญญัติห้ามและลงโทษการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองทั้งที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต และที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตด้วยความสมัครใจยินยอมทั้งสองฝ่าย โดยในกรณีที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกฎหมายจะลงโทษผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นพ่อแม่กับลูก พี่กับน้อง ตายายกับหลาน ลุงน้ำกับหลาน และเมื่อพิจารณาแล้ว ถึงแม้บทบัญญัติดังกล่าวจะไม่ได้บัญญัติให้ลงโทษบุคคลในครอบครัวเดียวกันลำดับลงมา เช่น ปู่ ย่า อา ป้า หลาน ไว้ด้วย แต่โดยความมุ่งหมายของบทบัญญัตินี้ย่อมหมายรวมถึงลงโทษ การมีเพศสัมพันธ์ระหว่าง ปู่ ย่า กับหลาน และ ป้า อา กับหลานด้วย และที่น่าสังเกตคือกฎหมายลักษณะฝ่าฝืน ไม่ได้ห้ามการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อ

<sup>11</sup> แหล่งเดิม. หน้า 254-256.

<sup>12</sup> แหล่งเดิม. หน้า 222-223.

<sup>13</sup> แหล่งเดิม. หน้า 223.

บุตรของตนเองที่ร่วมสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปและลงมาเท่านั้น แต่ยังไม่ห้ามเครือญาติสายข้างเคียงอีกด้วย คือห้ามการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างลุง น้ากับหลาน และก็น่าจะรวมถึงอา และป้ากับหลานด้วย ซึ่งในกฎหมายใช้คำว่า “ทำชั่ว” ก็แสดงว่าทั้งสองฝ่ายสมยอมหรือสมัครใจยอมร่วมประเวณีต่อกัน ส่วนคำว่าพี่น้องก็จะหมายความถึงเฉพาะพี่น้องร่วมบิดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน ไม่รวมถึงลูกพี่ลูกน้องด้วยเพราะลูกพี่ลูกน้องอยู่ในลำดับญาติที่ห่างไกลออกไป

บทบัญญัติในมาตรา 36 นี้ไม่ได้ห้ามการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองอย่างการห้ามใช้สิทธิในกฎหมายเอกชน แต่เป็นการห้ามกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดในทางอาญา เนื่องจากกฎหมายลักษณะผิดเมียดังกล่าวนี้ได้คำนึงถึงผลเสียอย่างร้ายแรงที่จะเกิดแก่ประชาชนส่วนรวมและถือว่าการประพฤติผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชั่วร้ายที่จะเกิดแก่ประชาชนส่วนรวมและถือว่าการประพฤติผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชั่วร้าย ซึ่งนอกจากจะลงโทษผู้กระทำผิดแล้วยังลงโทษไปถึง พ่อ แม่ พี่ น้อง ที่รู้เห็นว่าลูก หลาน หรือพี่ น้องของตนกระทำความผิดเช่นนั้น แล้วไม่ได้ว่ากล่าวห้ามปรามการกระทำนั้น โดยกฎหมายถือว่าเป็นการกระทำละเมิด ต้องรับโทษทางอาญาดูด้วย โดยอาจจะเปรียบเทียบได้กับความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันก็ได้ โดยถือว่า พ่อ แม่ พี่ น้อง ให้ความช่วยเหลือหรือความสะดวก หรือยุยงส่งเสริมแล้วแต่กรณี โดยในพระโอัยการลักษณะผิดเมียมาตรา 36 ดังได้กล่าวมาแล้วนั้นได้บัญญัติห้ามก็เนื่องจากเหตุที่คนในสมัยนั้นมีความผูกพันกับความเชื่อในสิ่งนอกเหนือธรรมชาติที่ว่าการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำต่อบุตรของตนเองที่ร่วมสายโลหิตนี้ เป็นเสียดจัญไร ซึ่งจะนำความวิบัติทั้งปวงมาสู่สังคมและประเทศชาติได้ การละเมิดข้อห้ามเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองเป็นสิ่งที่ผิดธรรมชาติมนุษย์นี้ สิ่งนอกเหนือธรรมชาติจะลงโทษ โดยอาจจะบันดาลให้เกิดความแห้งแล้ง อดอยาก หรือเกิดโรคระบาดทำให้ผู้คนในสังคมล้มตาย เป็นต้น ผู้ที่กระทำละเมิดข้อห้ามนี้ย่อมต้องใช้การลงโทษที่รุนแรงและจะต้องถูกอุปเปหิ ขับไล่ออกจากชุมชนหรือสังคมที่ตนอยู่อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และต้องมีการจัดพิธีกรรมปีศาจความระงับความอุบาทว์เพื่อไล่เสียดจัญไร และอ่อนวอนสิ่งนอกเหนือธรรมชาติให้ละเว้นการลงโทษต่อชุมชนหรือต่อบ้านเมืองของตน<sup>14</sup>

ส่วนการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองที่ผู้กระทำไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตนั้นมาตรา 35 ได้บัญญัติลงโทษ ผู้กระทำความผิดเฉพาะกรณีที่หลานกับเมียของลุง ตา ปู่ อา น้า มีเพศสัมพันธ์ต่อกัน และน้องเมียของพี่มีเพศสัมพันธ์ต่อกัน โดยความยินยอมซึ่งในมาตรา 35 นี้จะลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างรุนแรงทั้งชายและหญิงเช่นเดียวกับมาตรา 36

<sup>14</sup> ศรีศักร วัลลิโภดม. (2545). กฎหมายตราสามดวงกับความเชื่อของไทย (พิมพ์ครั้งแรก).

การมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองกรณีที่ผู้กระทำไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตต่อกัน ตามมาตรา 35 นั้นจะเห็นได้ว่าไม่รวมถึงการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างพ่อเลี้ยงกับลูกเลี้ยง หรือผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม หรือ การอุ้มบุญด้วย เป็นต้น

#### 4.1.2 ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

##### 4.1.2.1 บทบัญญัติของกฎหมาย

###### (1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง

มาตรา 243 ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจา ชูเชิญกระทำชำเราข่มขืนใจหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเอง ท่านว่าผู้ข่มขืนทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราข่มขืนใจหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเอง ท่านว่าผู้ข่มขืนทำชำเรา มีความผิด ต้องระวางโทษคุกกันกับที่ว่ามีมานั้น

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้น มีบาดเจ็บถึงสาหัสท่านว่าผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นตาย ท่านว่าผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง<sup>15</sup>

###### (2) ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง

มาตรา 244 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ขวบ ถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตามหรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่าผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

ถ้าแลในการกระทำผิด เช่นว่ามาในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้น มีบาดเจ็บอย่างสาหัสท่านว่าผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลเด็กหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่าผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง” (พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2474 มาตรา 9 ให้แก่อายุในมาตรานี้เป็นสามสิบขวบ)<sup>16</sup>

<sup>15</sup> เสถียร วิชัยลักษณ์. (2498). กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. หน้า 110-111.

<sup>16</sup> แหล่งเดิม. หน้า 111.

### (3) ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเอง

มาตรา 247 “ความผิดอย่างใดใดที่ว่ามาในมาตรา 243 244 245 และ 246 นั้น ถ้าผู้กระทำเป็นบิดา มารดา หรือ ปู่ ย่า ตา ยาย กี่ดี ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกกระทำร้ายไว้ก็ดี เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองรักษาผู้ถูกกระทำร้ายก็ดี ท่านว่าระวางโทษของมันผู้กระทำผิดหนักกว่าที่บัญญัติไว้ใน 4 มาตรา ที่ว่ามานั้น หนึ่งในสาม”

จะขอกล่าวเฉพาะที่เป็นการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเอง จะเห็นได้ว่ามาตรา 247 นี้จะบัญญัติลงโทษหนักขึ้นเฉพาะบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเหยื่อเท่านั้น ไม่รวมถึงบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเหยื่อ หรือทางอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่ง หรือทางกฎหมาย และในมาตรานี้ เป็นเหตุจรรยาบรรณของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง (มาตรา 243) และความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ปี (มาตรา 244) โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ ก็ตามผู้กระทำก็มีความผิดและต้องถูกเพิ่มโทษหนักขึ้น โดยประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 247 นั้นผู้กระทำผิดที่มีสถานะความเป็นเครือญาติที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเหยื่อ ได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย อันหมายถึงบุพการี ซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป และผู้ถูกกระทำตามมาตรา 247 นี้ก็คือ ผู้สืบสันดานซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงลงมา ได้แก่ ลูก หลาน เหลน ลื้อ และตามบทบัญญัติดังกล่าว ปู่ ย่า ตา ยาย ไม่ได้หมายความถึง ปู่ ย่า ตา ยาย ที่เป็นพี่น้องของปู่ ย่า ตา ยาย ของผู้ถูกทำร้ายด้วย

จะสังเกตได้ว่าตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 247 นี้ บัญญัติให้ลงโทษการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตเฉพาะกรณีที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราหญิง ตามมาตรา 243 และการกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ปี ตามมาตรา 244 เท่านั้น ในกรณีที่บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย เป็นผู้ข่มขืนกระทำชำเราหญิง หรือกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ปี ซึ่งเป็นบุตร หลาน ของตนเอง โดยมาตรา 247 นี้ บัญญัติเพิ่มโทษแก่บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย หนักกว่าบุคคลทั่วไป หนึ่งในสาม แต่ในกรณีที่เป็นการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต นอกจากที่กล่าวมาแล้วนั้น โดยความสมัครใจยินยอมของทั้งสองฝ่ายไม่เป็นความผิด

ดังนั้นอาจสรุปได้ว่า

ก. ตามมาตรา 247 บัญญัติลงโทษหนักขึ้นหนึ่งในสาม เฉพาะบิดา มารดา หรือปู่ ย่า ตา ยาย ที่เป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบุตร หรือหลานของตน หรือกระทำชำเราบุตร หรือหลานที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี เท่านั้น ส่วนการร่วมประเวณีกันระหว่างบิดา มารดา มารดากับบุตร หรือ ปู่ ย่า ตา ยาย กับหลาน นอกจากที่กล่าวมาแล้ว และโดยความยินยอมไม่

เป็นความผิด และการร่วมประเวณีกัน โดยความยินยอมในระหว่างที่กับน้อง หรือลุง ป้า น้า อา กับ หลานก็ไม่ใช่ความผิดด้วย<sup>17</sup>

ข. ตามมาตรา 247 มิได้บัญญัติให้เพิ่มโทษหนักขึ้นแก่บุคคลในครอบครัวเดียวกันที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตคนอื่นๆ ที่กระทำต่อเหยื่อ เช่น พี่ชายข่มขืนกระทำชำเรา น้องสาว หรือกระทำชำเราน้องสาวที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี หรือกรณีที่น้องชายไปข่มขืนกระทำชำเรา พี่สาว หรือกระทำชำเราพี่สาวที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี หรือกรณีผู้สืบสันดาน ไปข่มขืนกระทำชำเรา บุพการี หรือกรณีที่ ลุง น้า อา ไปข่มขืนกระทำชำเราหลานสาว หรือกระทำชำเราหลานสาวที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี<sup>18</sup>

ค. ตามมาตรา 247 มิได้บัญญัติให้เพิ่มโทษหนักขึ้นแก่บุคคลในครอบครัวเดียวกันที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ทางอำนาจเหนือพ่อหรือแม่อีกฝ่ายหนึ่ง หรือทางกฎหมาย ที่กระทำต่อเหยื่อ เช่น บิดาเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราบุตรเลี้ยง หรือกระทำชำเราบุตรเลี้ยงที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี หรือกรณีผู้รับบุตรบุญธรรมข่มขืนกระทำชำเราบุตรบุญธรรม หรือกระทำชำเรา บุตรบุญธรรมที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี หรือในกรณีของการอุ้มบุญ ที่บิดาไปข่มขืนกระทำชำเราบุตรของตน โดยไม่รู้ว่าเป็นบุตรของตน หรือกระทำชำเราบุตร โดยไม่รู้ว่าเป็นบุตรของตนที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี และการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบิดาเลี้ยงกับลูกเลี้ยงหรือการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม หรือการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบิดากับบุตรที่เกิดจากการอุ้มบุญโดยที่บิดาไม่ทราบว่าเป็นบุตรของตน โดยความสมัครใจยินยอมนอกจากที่กล่าวแล้วไม่ใช่ความผิด

#### 4.1.3 ประมวลกฎหมายอาญาระบบปัจจุบัน

##### 4.1.3.1 ประวัติความเป็นมาของประมวลกฎหมายอาญาระบบปัจจุบัน

ในปีพุทธศักราช 2499 ได้มีการตราพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญาขึ้น และประมวลกฎหมายอาญามีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พุทธศักราช 2500 เป็นต้นมา ซึ่งความผิดเกี่ยวกับเพศนั้น บัญญัติอยู่ในลักษณะ 9 มาตรา 276 ถึงมาตรา 287 ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวเฉพาะที่เกี่ยวกับความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเอง คือ มาตรา 276 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง มาตรา 277 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี และเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 285 ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 นี้ จะเห็นว่าไม่มีการบัญญัติความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรกรณีสมัครใจยินยอมไว้โดยเฉพาะจะมี

<sup>17</sup> ประสิทธิ์ พัฒนอมร. (2522). ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา. หน้า 77.

<sup>18</sup> สุพจน์ เครือคล้าย. (2548). การกระทำความผิดทางเพศ:ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ. หน้า 83.

ก็แต่เพียงเป็นเหตุจูงใจที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285 ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

#### 4.3.1.2 บทบัญญัติของกฎหมาย

##### (1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง

มาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ซึ่งมีโชภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

ข้อสังเกต ตามมาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใด” ไว้ในส่วนของผู้กระทำความผิด แสดงว่านอกจากชายจะเป็นผู้กระทำความผิดแล้ว ยังมีความหมายครอบคลุมถึงหญิงด้วย โดยอาจจะมีความผิดในฐานะเป็นตัวการร่วมกับชายผู้กระทำความผิดได้ คำว่า “ข่มขืน” หมายถึง การข่มขืนใจ คือได้กระทำชำเราโดยหญิงมิได้สมัครใจ<sup>19</sup> หรือหญิงมิได้ยินยอมสมัครใจ<sup>20</sup> ซึ่งตามความหมายในพจนานุกรมนั้น หมายถึง บังคับ ขืนใจ ขู่เข็ญ<sup>21</sup> คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) ของความผิดฐานนี้คือ เสรีภาพในทางเพศ<sup>22</sup> หมายความว่า ผู้หญิงทุกคนย่อมมีเสรีภาพในการที่จะเลือกร่วมเพศกับใครก็ได้ หรือไม่ยินยอมร่วมเพศกับใครก็ได้ ตามที่ใจปรารถนาความยินยอมของหญิงจึงเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานนี้ เพราะถ้าหญิงยินยอมแล้วย่อมไม่เป็นการข่มขืน แต่ทั้งนี้ความยินยอมจะต้องเกิดจากความสมัครใจของหญิง ถ้าหญิงยินยอมโดยไม่สมัครใจ หรือไม่อยู่ในฐานะที่จะให้ความยินยอมได้ย่อมเป็นการข่มขืน คำว่า “ยินยอม” มิได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณีรัตน โกสินทรศก 118 มาตรา 3 ได้บัญญัติว่า “ชายจะข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้น หญิงต้องมิยินยอม หรือหญิงยินยอมด้วยชายขู่เข็ญ จะทำร้ายร่างกายหรือชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึงยินยอม” แม้ตามมาตรา 276 ประมวลกฎหมายอาญาจะไม่ได้บัญญัติ ใช้คำว่า “ยินยอม” ก็ตามแต่จากความหมายของคำว่า “ข่มขืน” ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่าหญิง

<sup>19</sup> หยุด แสงอุทัย. (2542). กฎหมายอาญา ภาค 2-3 (พิมพ์ครั้งที่ 9). หน้า 167.

<sup>20</sup> ธานินทร์ ทรัพย์วิเชียร. (2514, มีนาคม). “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 2, ฉบับที่ 4. หน้า 14.

<sup>21</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน. พ.ศ. 2525. หน้า 179.

<sup>22</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2527). “การข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร.” ธรรมศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 79.

ต้องมีได้ยินยอมสมัครใจโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติที่ว่า “ข่มขืน... โดยขู่เช็กด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” ย่อมเห็นได้ชัดว่าหญิงถูกระทำโดยมิได้สมัครใจยินยอม ทั้งนี้จึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติใช้คำว่า “ยินยอม” เช่นในกฎหมายเก่า

## (2) ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง

มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปีต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปี ถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคแรก หรือวรรคสอง ได้กระทำโดยร่วมกระทำผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง และเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติในวรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยตัวผู้กระทำความผิดนั้นไป”

การกระทำชำเราต่อเด็กหญิงตามมาตรา นี้ ไม่ต้องคำนึงถึงว่าเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่แม้เด็กหญิงนั้นสมัครใจยินยอมก็เป็นความผิด คำว่า “กระทำชำเรา” หมายความว่า การมีเพศสัมพันธ์กันตามธรรมชาติ ตามพจนานุกรมได้ให้ความหมายของคำว่า “ชำเรา” หมายถึง การร่วมประเวณี และคำว่า “มีเพศสัมพันธ์” หมายถึง เสพสังวาส หรือ เป็นการสื่อเสพสังวาส หรือ ผสมเพศซึ่งกันและกันระหว่างชายและหญิง ในลักษณะของการมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติ ซึ่งก็หมายความว่า การร่วมเพศกันระหว่างชายกับหญิง โดยอวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิง แม้จะเพียงเล็กน้อยก็ตาม

ต่อมามีการแก้ไขกฎหมายใหม่คือ กฎหมายใช้คำว่า “ผู้อื่น” ซึ่งหมายถึงทั้งชายและหญิงและยังเพิ่มการกระทำกล่าวคือ นอกจากกระทำต่อช่องคลอดของหญิงแล้วยังรวมไปถึงกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก ช่องปากของทั้งหญิงและชายอีกด้วย ซึ่งถือว่าเป็นการให้คำนิยามที่

กว้างมากอีกทั้งยังรวมถึงการใช้อุปกรณ์หรือสิ่งใดๆ กระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก ช่องทางของ ทั้งหญิงและชายด้วย

แม้คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) คือ การตัดสินใจในเรื่องเพศได้ด้วยตนเอง แต่ในการกระทำชำเราเด็กหญิงนั้นต้องพิจารณาไปถึงการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดา มารดา ที่มีต่อเด็กหญิงนั้นด้วย เนื่องจากเด็กหญิงยังเป็นบุคคลที่ไร้เดียงสาจึงอาจถูกชักจูงใจไปในทางที่เสื่อมเสียได้ ดังนั้นกฎหมายจึงต้องการคุ้มครองเด็กหญิงในด้านของการตัดสินใจ ตลอดจน คุ้มครองอำนาจปกครองของบิดา มารดา ที่จะไม่ให้ถูกล่วงละเมิดจากการกระทำดังกล่าวได้ และสาเหตุที่กฎหมายไม่ถือเอาความยินยอมของเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี มาเป็นข้อพิจารณาเพราะ ถือว่ามีความอ่อนเยาว์ทั้งสภาพร่างกาย สติปัญญา จิตใจอ่อนไหวง่าย และประสบการณ์น้อย ถือได้ว่า ยังไม่มีความรับผิดชอบเพียงพอที่จะให้ความยินยอมและยังไม่เข้าใจถึงลักษณะของการกระทำได้

ด้วยเหตุนี้ผู้กระทำความผิดจึงไม่สามารถอ้างความยินยอมของเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี มาเป็นข้อแก้ตัวหรือเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษได้ แต่มีข้อยกเว้นคือถ้าเป็นการกระทำชำเราต่อเด็กหญิงอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอมและ ภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกันผลคือ ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ คือมี การยื่นคำร้องต่อศาลขออนุญาตให้ผู้กระทำความผิดกับเด็กหญิงนั้นสมรสกันและศาลอนุญาต ให้ทำการสมรสกันในระหว่างพิจารณาคดีผู้กระทำความผิดก็จะไม่ต้องรับโทษเมื่อจดทะเบียน สมรสโดยถูกต้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 1457 ซึ่งบัญญัติว่า “การสมรส ตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น” แต่ก็ยังคงถือว่าผู้กระทำยังมิ ความผิดอยู่หรือผู้กระทำความผิดกำลังรับโทษอยู่ และศาลได้มีคำสั่งอนุญาตให้ผู้กระทำความผิด กับเด็กหญิงนั้นสมรสกันได้เมื่อมีการสมรสถูกต้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 ดังกล่าวแล้วก็ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไปเหตุแห่งการยกเว้นโทษนี้อาจเป็นเพราะว่า ตัวเด็กหญิงซึ่งเป็นผู้เสียหายเองก็สมัครใจยินยอมให้ชายผู้กระทำความผิดกระทำชำเราด้วย ดังนั้น การที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ยอมเป็นผลดีมากกว่า โดยให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจในการอนุญาต หรือไม่อนุญาตให้ทำการสมรสก็ได้

แต่มีข้อสังเกต คือ หากผู้กระทำความผิดเป็นผิดเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกัน ที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเหยื่อได้แก่ บิดา ปู่ ตา พี่ชาย หรือน้องชาย ของเด็กหญิงผู้เสียหาย แล้ว จะไม่สามารถสมรสกันได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 เนื่องจาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1450 ระบุในเรื่องเงื่อนไขของการสมรสเอาไว้ว่า “ชาย หญิงซึ่งมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดา มารดา หรือ ร่วมแม่บิดา หรือมารดาก็ดี จะทำการสมรสกับไม่ได้ ความสัมพันธ์ทางสายโลหิตดังกล่าวมานี้ ให้ ถือตามสายโลหิตโดยไม่คำนึงว่าจะจะเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันหรือไม่ ดังนั้น บิดา ปู่ ตา พี่ชาย



หรือน้องชาย ของเด็กหญิงจึงไม่อาจขออนุญาตศาล เพื่อทำการสมรสกับเด็กหญิงซึ่งเป็นผู้สืบสันดาน หรือพี่ หรือน้อง ของตนเองได้ ดังนั้นจึงไม่ได้รับการยกเว้นโทษตามมาตรา 276 นี้เลยซึ่งก็เป็นการเหมาะสมและสอดคล้องทั้งทางกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา ในการคุ้มครองเด็กหญิงและยังเป็นการคุ้มครองพันธุกรรม และศีลธรรมด้วย แต่หากผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต เช่น บิดาเลี้ยง หรือผู้รับบุตรบุญธรรม หรือกรณีของการอุ้มบุญก็ตาม ก็สามารถขออนุญาตจากศาลเพื่อทำการสมรสได้ ซึ่งในกรณีนี้เห็นว่า ไม่เป็นการเหมาะสม และยังขัดต่อขนบธรรมเนียมและศีลธรรมอันดีงามของไทยเรา ถือว่าเป็นช่องว่างของการบังคับใช้กฎหมาย เพราะผู้กระทำความผิดนั้นถือเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันกับเหยื่อ แม้จะสมรสกันได้ก็ตาม อาจเกิดปัญหาต่างๆ ที่ตามมาได้ เช่น พันธุกรรม เป็นต้น แม้ว่าจะมีอีกหลายประเทศที่ยอมรับการสมรสกันที่กระทำต่อบุตรของตนเอง แต่ก็ยังเป็นเพราะความแตกต่างทางด้านวัฒนธรรมที่แตกต่างกันนั่นเอง แต่ประเทศไทยเราไม่ควรที่จะนำมาเป็นแบบอย่าง จึงควรต้องเพิกถอนอำนาจปกครอง หรือคุมประพฤติและมีการบำบัดทางจิตต่อผู้ที่กระทำความผิดซึ่งถือมาตรการลงโทษที่เหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นการป้องกันและยับยั้งการกระทำความผิดเพื่อให้ธำรงไว้ซึ่งสถาบันครอบครัวต่อไป และหากมีบุตรเกิดขึ้นมาก็ถือเป็นปัญหาในเรื่องการนับความสัมพันธ์ทางสายโลหิตอีกด้วย และสังคมของไทยเรายังตั้งข้อรังเกียจทำให้การใช้ชีวิตของบุตรที่เกิดมาเกิดความยากลำบากอีกด้วย

มาตรา 277 ทวิ บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก หรือมาตรา 277 วรรคแรก หรือวรรคสอง เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

- 1) รัับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่ สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต
- 2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

มาตรา 277 ทรี บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคสอง หรือ มาตรา 277 วรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

- 1) รัับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต
- 2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต

มาตรา 277 ทวิ และมาตรา 277 ทรี นี้ถือว่าเป็นเหตุฉกรรจ์ของมาตรา 276 และมาตรา 277 โดยกฎหมายต้องเพิ่มโทษให้หนักขึ้นก็เพื่อให้เหมาะสมกับการกระทำและผลของการกระทำซึ่งเป็นพฤติกรรมที่รุนแรงมีผลกระทบต่อสังคม และความสงบเรียบร้อยของประชาชน

### (3) ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเอง

ในเรื่องความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองนั้นประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มิได้บัญญัติไว้เป็นความผิด โดยเฉพาะและครอบคลุม ดังเช่น ที่บัญญัติไว้ในพระไอยการลักษณะผิดเมียที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม” จะขอกล่าวเฉพาะที่เป็นการกระทำต่อผู้สืบสันดานเท่านั้นซึ่งมาตรา 285 นี้เป็นเหตุเพิ่มโทษหนักขึ้น หนึ่งในสาม ถ้าได้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง (มาตรา 276) หรือกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง อายุไม่เกิน 15 ปี (มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ) แก่ผู้สืบสันดาน โดยคำว่า “ผู้บุพการี” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติให้ความหมายไว้ว่า หมายถึง บิดามารดา ปู่ ย่า ตา ยาย หรือตามหลักสายโลหิตเท่านั้น มิได้รวมถึงผู้รับบุตรบุญธรรม พ่อเลี้ยง เป็นต้น เช่นในต่างประเทศที่ให้ความหมายครอบคลุมถึงด้วย คำว่า “ผู้ปกครอง” ซึ่งจะคำนึงถึงแต่ผู้ที่มีอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายและคำว่า “ผู้สืบสันดาน” หมายถึง ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมา ได้แก่ ลูก ดังนั้นผู้กระทำความผิดดังกล่าวย่อมหมายถึง บุพการี ซึ่งหมายถึงผู้ที่ทำการอุปการะหรือมีอำนาจปกครองนั่นเอง ได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ซึ่งมีข้อสังเกตดังต่อไปนี้

ก. มาตรา 285 เพิ่มโทษหนักขึ้น หนึ่งในสาม เฉพาะบุพการีผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่เป็นผู้สืบสันดาน และกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปีที่เป็นผู้สืบสันดานเท่านั้น หากเป็นการมีเพศสัมพันธ์กับผู้สืบสันดานที่มีอายุกว่า 15 ปีขึ้นไป โดยผู้สืบสันดานสมัครใจยินยอมไม่ว่าจะเป็นการมีเพศสัมพันธ์ระหว่าง บิดากับบุตรสาว หรือมารดากับบุตรชาย หรือ ปู่ ย่า ตา ยาย กับหลานจะไม่มีผิด และไม่ต้องรับโทษตามมาตรา

ข. มาตรา 285 บัญญัติเพิ่มโทษหนึ่งในสาม เฉพาะบุพการีที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่เป็นผู้สืบสันดาน แต่ไม่บัญญัติเพิ่มโทษให้หนักขึ้นหนึ่งในสามแก่ผู้สืบสันดานที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้ที่เป็นบุพการีของตนแต่อย่างใด

ค. มาตรา 285 นี้มิได้บัญญัติเพิ่มโทษหนึ่งในสามแก่ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง หรือกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปีเท่านั้น แต่ไม่ได้บัญญัติลงโทษเพิ่มขึ้นหนึ่งในสามแก่การข่มขืนกระทำชำเราหญิง หรือกระทำชำเราเด็กหญิงอายุเกินกว่า 15 ปี ซึ่ง

ต้องลงโทษตามบทบัญญัติเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราทั่วไปตามมาตรา 276 ไม่อาจเพิ่มโทษหนึ่งในสามตามมาตรา 285 ได้

ง. มาตรา 285 นี้ มิได้บัญญัติเพิ่มโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามแก่บุคคลในครอบครัวเดียวกันที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ทางกฎหมาย ทางอำนาจเหนือพ่อหรือแม่ อีกฝ่ายหนึ่ง เช่น บิดาเลี้ยง หรือผู้รับบุตรบุญธรรม เป็นต้น ซึ่งผู้สืบสันดานตามมาตรา 285 หมายถึงผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงไม่จำเป็นต้องชอบด้วยกฎหมาย เช่น เป็นบุตรแท้ๆ กรณีบิดาเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราบุตรเลี้ยงอายุไม่เกิน 15 ปี มีความผิดเพียงมาตรา 277 เท่านั้น ไม่มีความผิดตามมาตรา 285 จึงไม่อาจเพิ่มโทษบิดาเลี้ยงให้หนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 277 หนึ่งในสามได้ เพราะบิดาเลี้ยงนั้นมีใช้บุพการี และบุตรเลี้ยงนั้นก็มิใช่ผู้สืบสันดานของบิดาเลี้ยงด้วย และไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำแก่ผู้อยู่ในความปกครอง ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 เพราะอำนาจปกครองบุตรอยู่ที่มารดาซึ่งถือว่าเป็นกรณีที่มีอำนาจเหนือพ่อหรือแม่อีกฝ่ายเท่านั้น จึงไม่สามารถที่จะนำประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 มาเพิ่มโทษได้ เนื่องจากผู้รับบุตรบุญธรรมมิใช่บุพการีตามความจริงของบุตรบุญธรรมก็ตาม แต่ก็สามารถเพิ่มโทษให้หนักขึ้นหนึ่งในสามตามมาตรา 285 ได้ โดยถือว่าเป็นการกระทำต่อผู้อยู่ในความปกครอง เนื่องจากเมื่อมีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมแล้ว บิดามารดาโดยกำเนิดได้หมดอำนาจปกครองไปนับแต่เวลาที่เด็กเป็นบุตรบุญธรรมแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/28 ผู้รับบุตรบุญธรรมจึงมีอำนาจปกครองบุตรบุญธรรมตามกฎหมาย แต่หากบุตรบุญธรรมได้บรรลุนิติภาวะแล้วจะไม่สามารถเพิ่มโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามแก่ผู้รับบุตรบุญธรรมได้ เนื่องจากความปกครองสิ้นสุดลงเมื่อผู้อยู่ในปกครองบรรลุนิติภาวะแล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/6

จ. กรณีของการอุ้มบุญ การอุ้มบุญหมายถึงกรณีที่ฝ่ายชายหรือหญิงไม่สามารถที่มีบุตรได้จึงได้ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ปัญหาที่ตามมาในทางกฎหมายนั้นถือว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นมารดา แต่ชายหรือหญิงที่เป็นบุพการีที่แท้จริงไม่สามารถที่จะให้บุตรที่เกิดมานั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายได้ จำต้องรับบุตรที่เกิดมาเป็นบุตรบุญธรรมแทน ซึ่งถือว่าเป็นปัญหาที่สำคัญมากในครอบครัว เมื่อเกิดกรณีมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองก็ไม่สามารถที่จะใช้มาตรา 285 มาบังคับได้เมื่อบุตรนั้นบรรลุนิติภาวะแล้วเนื่องจากความปกครองสิ้นสุดลงเมื่อผู้อยู่ในปกครองบรรลุนิติภาวะแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/6 แต่ถ้าบุตรนั้นยังไม่บรรลุนิติภาวะก็ถือว่ายังอยู่ในอำนาจปกครองอยู่

ดังนั้นจากบทบัญญัติที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญาลบปัจจุบัน มิได้มีบทบัญญัติลงโทษ การมีเพศสัมพันธ์กันที่กระทำต่อบุตรของตนเองจะขอกกล่าวถึงการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรเท่านั้น คือไม่อาจลงโทษหนักขึ้นในกรณีที่หญิงหรือเด็กหญิงนั้นมีอายุกว่า 15 ปีได้ และการลงโทษนั้นไม่อาจใช้แก่กรณีที่บุคคลผู้กระทำความผิดเป็น

บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับเด็กไม่ว่าจะเป็นในกรณีที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ได้แก่ มีความสัมพันธ์ทางอำนาจเหนือพ่อหรือแม่ของอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น พ่อเลี้ยงกับลูกเลี้ยง เป็นต้น มีความสัมพันธ์ทางกฎหมาย เช่น ผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม หรือ กรณีของการอุ้มบุญ เป็นต้น โดยความสมัครใจยินยอมไว้เป็นการเฉพาะซึ่งแตกต่างจากพระโอบายการลักขโมยตัวเมียที่บัญญัติห้ามการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองครอบคลุมมากกว่า แม้ในส่วน of กรณีที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต จะไม่รวมถึงบิดาเลี้ยง ผู้รับบุตรบุญธรรม และกรณีการอุ้มบุญ ก็ตาม

#### 4.1.4 มาตรการทางกฎหมาย

##### 4.1.4.1 วิธีการเพื่อความปลอดภัย

ระบบการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย แบ่งออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ประเภทหนึ่งเป็นในรูปแบบการลงโทษในทางอาญา บัญญัติไว้ในมาตรา 18 จะจำแนกตามระดับความรุนแรง กล่าวคือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน อีกรูปแบบหนึ่งคือ วิธีการเพื่อความปลอดภัยมี 5 ลักษณะ คือ การกักกัน ห้ามเข้าเขตกำหนด เรียกประกันทัณฑ์บน คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล ห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง

(1) ข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขในการนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้ในคดีอาญา

การใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยขึ้นอยู่กับสภาพอันตรายของบุคคลที่แสดงให้เห็นความจำเป็นที่จะต้องใช่วิธีการเพื่อความปลอดภัยวิธีการใดจึงจะเหมาะสม ดังนั้น วิธีการเพื่อความปลอดภัยจึงมีหลายประเภท และแต่ละประเภทไม่มีกำหนดว่าวิธีการเพื่อความปลอดภยชนิดไหนหนักเบาว่ากัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นของแต่ละบุคคล ดังนั้นการจะนำวิธีการเพื่อความปลอดภยมาใช้ได้นั้นจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขในการนำวิธีการเพื่อความปลอดภยแต่ละชนิดมาใช้

(2) ข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขในการนำวิธีการเพื่อความปลอดภยมาใช้ในคดีอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญากำหนดวิธีการเพื่อความปลอดภย มาตรา 39 ถึงมาตรา 50 ได้บัญญัติถึงข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขในการนำวิธีการเพื่อความปลอดภยมาใช้ในคดีอาญา ดังต่อไปนี้

#### ก. การเป็นผู้กระทำความผิดตติณีสัย<sup>23</sup>

<sup>23</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 40 กักกัน คือ การควบคุมผู้กระทำความผิดตติณีสัยไว้ภายในกำหนดเพื่อป้องกันการกระทำความผิด เพื่อตติณีสัย และเพื่อฝึกหัดอาชีพ.

“ผู้กระทำความผิดคดีนิสัย” คือ ผู้กระทำความผิดที่เป็นอันตรายสำหรับสาธารณชนทั่วไปอันเนื่องมาจากความคุ้นเคยกับการกระทำผิดกฎหมาย ซึ่งความคุ้นเคยกับการกระทำความผิดของเขานั้นส่วนมากเกิดขึ้นจากการที่เขาได้ประกอบอาชญากรรมตั้งแต่อายุ น้อยๆ<sup>24</sup> และสำหรับวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่นำมาใช้สำหรับผู้กระทำความผิดคดีนิสัยนั้น ก็คือ การกักกัน<sup>25</sup>

การที่จะลงความเห็นว่าคุณกระทำความผิดผู้ใดเป็น “ผู้กระทำความผิดคดีนิสัย” นั้น กฎหมายให้อำนาจศาลที่จะเป็นผู้พิจารณาลงความเห็นในที่สุด อย่างไรก็ตาม โดยการที่ดำเนินคดีอาญาในระบบกล่าวหา ศาลจะดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อมีการฟ้องเข้ามา และในส่วนของกรกักกันนี้อำนาจฟ้องเป็นของพนักงานอัยการเท่านั้น โดยอาจฟ้องรวมมาในการฟ้องคดีอันเป็นมูลให้เกิดอำนาจฟ้องขอให้กักกัน หรือฟ้องภายหลังก็ได้ ดังนี้ ในเบื้องต้นพนักงานอัยการจะเป็นผู้ลงความเห็นก่อนว่าคุณกระทำความผิดในกรณีใดกรณีหนึ่งนั้นเป็นผู้กระทำความผิดคดีนิสัยหรือไม่<sup>26</sup>

**ข. พฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดอันมีลักษณะที่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของประชาชน<sup>27</sup>**

พฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของประชาชนจะต้องเป็นกรณีที่มีคำพิพากษาและเป็นคำพิพากษาให้ลงโทษ ในความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่ง และ “เพื่อความปลอดภัยของประชาชน” เป็นสาระสำคัญในการที่จะพิจารณาใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย ฉะนั้น ความคิดที่ฟ้องและที่จะเป็นพื้นฐานของการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยประเภทนี้โดยหลักจะต้องเป็น “ความคิดที่เป็นการก่อกวนอันตรายต่อประชาชน” ถ้าเป็น “ความคิดที่เป็นการก่อหรือทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” แล้ว “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” นั้นจะต้องเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญต่อความมั่นคงแห่งชีวิตมนุษย์ หรือที่เรียกว่า “สมบัติแห่งชีวิต” (Lebensgut) นั่นก็คือ ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพ และสิทธิเด็ดขาดอย่างอื่น<sup>28</sup>

วิธีการเพื่อความปลอดภัยที่นำมาใช้กับพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดมีลักษณะที่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของประชาชน ก็คือ การห้ามเข้าเขตกำหนด

<sup>24</sup> คณิต ฅ นคร ก (2547). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 404.

<sup>25</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 40.

<sup>26</sup> คณิต ฅ นคร ก หน้าเดิม.

<sup>27</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 45 เมื่อศาลพิพากษาให้ลงโทษผู้ใดและศาลเห็นสมควรเพื่อความปลอดภัยของประชาชน ไม่ว่าจะมิใช่คำขอหรือไม่ ศาลอาจสั่งในคำพิพากษาว่าเมื่อผู้นั้นพ้นโทษตามคำพิพากษาแล้วห้ามมิให้ผู้นั้นเข้าในเขตกำหนดเป็นเวลาไม่เกินห้าปี.

<sup>28</sup> คณิต ฅ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 410.

### ค. พฤติการณ์ที่น่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สิน ของผู้อื่น

เป็นกรณีที่ยังไม่มีคดีอาญาเกิดขึ้น แต่ความปรากฏว่าบุคคลจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น หรือในการพิจารณาตีความผิดใดความผิดหนึ่งทีศาลไม่ลงโทษผู้ถูกฟ้อง เช่น เพราะการกระทำนั้นยังไม่ถึงขั้นเป็นความผิดอาญา แต่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ถูกฟ้องน่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น<sup>29</sup>

พฤติการณ์ที่น่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่นจะต้องเป็นพฤติการณ์ที่ต้องมีความเป็นภาวะวิสัยที่อยู่ในขั้นเตรียม<sup>30</sup>

วิธีการเพื่อความปลอดภัยที่นำมาใช้กับกรณีเช่นว่านี้ ก็คือ การเรียกประกันทัณฑ์บน

ข้อที่น่าสังเกตสำหรับวิธีการเพื่อความปลอดภัยประเภทการเรียกประกันทัณฑ์บนนั้น โดยที่กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ “ความผิดอาญา” เป็นเงื่อนไขของการใช้ “มาตรการบังคับทางอาญา” ฉะนั้น บทบัญญัติดังกล่าวนี้จึงหาใช่กฎหมายอาญาไม่ เพราะ “การเรียกประกันทัณฑ์บน” ในกรณีดังกล่าวนี้มีได้ขึ้นอยู่กับ “ความผิดอาญา” หรือมีความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการเรียกประกันทัณฑ์บน แต่บทบัญญัตินี้เป็นบทบัญญัติของกฎหมายปกครองที่แฝงอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา<sup>31</sup>

### ง. ผู้มีจิตบกพร่อง โรคจิต จิตฟั่นเฟือน ผู้เสพสุราเป็นอาจิม หรือ ผู้ติดยาเสพติดให้โทษ<sup>32</sup>

เป็นกรณีที่มุ่งหมายเพื่อป้องกันภัยแก่ประชาชน ซึ่งอาจเกิดจากบุคคลวิกลจริตหรือเสพสุรายาเมา โดยศาลเห็นว่าพฤติการณ์ที่กระทำความผิดนั้นเกิดจากความผิดปกติเป็นผู้มีจิตบกพร่อง เป็นโรคจิต จิตฟั่นเฟือน หรือเป็นการกระทำความผิดเนื่องจากเสพสุรายาเมาเป็นอาจิมหรือติดยาเสพติดให้โทษอย่างอื่น และศาลพิพากษาลงโทษด้วย ศาลก็มีดุลพินิจที่จะสั่งให้บุคคลเหล่านี้เข้ารับการรักษาโดยการนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยประเภทคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลมาใช้กับบุคคลเหล่านั้นจนกว่าบุคคลเหล่านั้นจะหายจากความผิดปกติดังกล่าว ซึ่งศาลสามารถสั่งได้โดยไม่มีกำหนดเวลาจนกว่าสภาพอันเป็นอันตรายนั้นจะหมดไป<sup>33</sup>

<sup>29</sup> แหล่งเดิม.

<sup>30</sup> แหล่งเดิม.

<sup>31</sup> แหล่งเดิม.

<sup>32</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 48 และ 49.

<sup>33</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. (2546). กฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 1082.

#### จ. ผู้กระทำความผิดอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ หรือ เนื่องจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ

การห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง เป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยอีกประการหนึ่งซึ่งมีความสำคัญมาก ทั้งนี้เพราะการประกอบอาชีพบางอย่างนั้น ผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยอาศัย โอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ เช่น คนใช้ในโรงแรมลักทรัพย์ของแขกอาศัยในเวลาทำความสะอาดห้องพัก พนักงานประจำยานพาหนะที่เดินระหว่างประเทศนำของหนีภาษีเข้ามาในราชอาณาจักร หรือเนื่องจากอาชีพ เช่น ใช้ยานพาหนะที่นำกลั้วอันตรายรับจ้างขนส่งคนโดยสารตามมาตรา 233 พ้อค้าขายของปลอม หรือความผิดในวิชาชีพซึ่งหมายถึงอาชีพที่ต้องใช้ความรู้พิเศษ เช่น ทนายความ โกงลูกความ เป็นต้น<sup>34</sup>

กรณีเช่นนี้ศาลอาจมีคำสั่งห้ามประกอบอาชีพบางอย่างได้<sup>35</sup> โดยอาชีพที่ห้ามนี้ย่อมจำกัดเฉพาะบางอย่างและมีพฤติการณ์ทำให้ศาลเห็นว่าผู้นั้นอาจกระทำความผิดในการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพเช่นนั้นขึ้นอีก<sup>36</sup>

#### 4.1.4.2 การทำงานบริการสังคม

การทำงานบริการสังคมมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 30/1-30/3 กล่าวคือ การทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์ เป็นมาตรการทางสังคมที่มีลักษณะเป็นการปลูกจิตสำนึกให้แก่บุคคลผู้กระทำความผิดเพื่อให้กลับคืนสู่สังคมและสามารถใช้ชีวิตได้ตามปกติสุข เป็นการให้ผู้กระทำความผิดต้องทำงานให้กับชุมชน คล้ายกับเป็นการชดใช้ความเสียหายโดยเน้นการใช้แรงงานมากกว่าการใช้ตัวเงิน เช่น ทำความสะอาดชุมชน ทำงานให้บ้านพักคนชรา เป็นต้น โดยศาลมีอำนาจจะสั่งให้ไปทำงานบริการสังคมเพียงอย่างเดียวหรือให้ทำควบคู่ไปกับการถูกคุมความประพฤติ

ซึ่งในปัจจุบันนี้ในประเทศไทยได้นำมาใช้มานานพอสมควรแต่ยังมีปัญหาในเรื่องของการกำหนดชั่วโมงการทำงานที่เหมาะสมในแต่ละวัน การตรวจสอบการทำงานบริการสังคม และกำหนดประเภทของงานให้เกิดความเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด โดยในประเทศไทยเป็นอำนาจของศาลเป็นหลักในการกำหนดลักษณะของงาน ประเภทของงาน ระยะเวลาการทำงาน เป็นต้น และประเทศไทยยังขาดงบประมาณในส่วนนี้ที่จะจัดให้มีงบประมาณที่เหมาะสมในการจัดการทำงานของเจ้าหน้าที่อีกด้วยซึ่งแตกต่างจากในต่างประเทศที่มีงบประมาณที่เพียงพอในการจัดการเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ที่เข้ามาดูแลงานในเรื่องการทำงานบริการสังคม

<sup>34</sup> แหล่งเดิม.

<sup>35</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50.

<sup>36</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, เล่มเดิม, หน้า 1084.

## 4.2 บทลงโทษและมาตรการเสริมของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

### 4.2.1 บทลงโทษ

รูปแบบการลงโทษของประเทศไทยจะเป็นรูปแบบของประมวลกฎหมาย อันเนื่องมาจากอิทธิพลของต่างประเทศที่ได้เข้ามาทำการติดต่อค้าขายกับประเทศไทยตั้งแต่ในสมัย รัชกาลที่ 4 เป็นต้นมานั้น ทำให้ประเทศไทยเกิดความต้องการที่จะปรับปรุงประเทศไทยให้ทันสมัย ทัดเทียมกับชาติตะวันตก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิรูปทางการศาลและระบบกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้ประเทศไทยหลุดพ้นจากข้อเสียเปรียบในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต เนื่องจาก ชาวต่างชาติเห็นว่ากฎหมายของไทยที่มีอยู่แต่เดิม คือ กฎหมายตราสามดวงนั้น เป็นกฎหมายที่ ล้าสมัยมีการลงโทษที่มีลักษณะรุนแรง และไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการลงโทษที่แน่นอน จึงถือ เหตุเหล่านี้เป็นข้ออ้างไม่ขึ้นศาลไทย ด้วยเหตุนี้จึงส่งผลให้ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้กฎหมาย ลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (2450) โดยในการร่างกฎหมายในครั้งนั้น ผู้ร่างได้นำประมวลกฎหมาย อาญาของประเทศต่างๆ มาใช้เป็นแนวทางประกอบการร่างกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น ประมวล กฎหมายอาญาของฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมัน และประมวลกฎหมาย อาญาของประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ข้อกำหนดต่างๆ ซึ่งรวมถึงข้อกำหนดในเรื่องการ มีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองที่มีอยู่ในกฎหมายตราสามดวงถูกยกเลิกไปทั้งหมด ซึ่งใน ประมวลกฎหมายลักษณะอาญาได้มีการบัญญัติกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของ ตนเอง เป็นเหตุลดโทษหรือเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากผู้กระทำความผิด เป็นผู้บุพการีหรือผู้ปกครอง ซึ่งปัจจุบันบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 285 ตามที่กล่าวไว้แล้วแต่ไม่สามารถยับยั้งการกระทำความผิดทางเพศที่ กระทำต่อบุตรได้อย่างแท้จริงซึ่งโดยบทบัญญัติของกฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครองบุตรผู้เสียหายเป็น สำคัญแต่ยังไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแท้จริง

ส่วนในต่างประเทศนั้นทั้งประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ได้มีบทบัญญัติลงโทษใน ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองซึ่งจะขอก้าวถึงความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่ กระทำต่อบุตรเท่านั้น กล่าวคือ มิได้บัญญัติความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรรวมอยู่ใน ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งแสดงว่าความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรนั้นแยกออกจาก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งต้องบัญญัติเป็นกรณีพิเศษซึ่งแสดงให้เห็นว่าเป็นความผิดที่มีความ รุนแรงอันเนื่องมาจากการกระทำทางเพศที่กระทำต่อบุตรนั้นเป็นเรื่องของพันธุกรรมของ มนุษย์ ซึ่งทำให้มนุษย์ที่เกิดมามีความบกพร่องทั้งทางร่างกายและจิตใจซึ่งถือเป็นปัญหาที่ต้อง หาทางเยียวยาเป็นการด่วน เป็นปัญหาทางสังคมและก่อตัวเป็นปัญหาในระดับชาติ เพราะประเทศ อังกฤษและสหรัฐอเมริกาคงก็เป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว จึงถือว่าเป็นเรื่องสำคัญเนื่องจากประเทศ



จะพัฒนาได้จะต้องประกอบด้วยประชากรที่มีคุณภาพทางร่างกายและจิตใจซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของการพัฒนาประเทศชาติ จึงต้องมีการบัญญัติความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรเป็นการเฉพาะ

ซึ่งในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญกับความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรเหมือนกับประเทศไทยแต่แตกต่างกันในส่วนของการละเอียดหรือองค์ประกอบขึ้นอยู่กับกฎหมาย ทักษะคดี และวัฒนธรรมของแต่ละท้องถิ่น ซึ่งได้มีการบัญญัติความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรเป็นเวลามาช้านานแล้วเหมือนกับประเทศไทย ซึ่งให้ค่าความรุนแรงระดับหนึ่งเช่นเดียวกับประเทศไทย โดยถือว่าการล่วงละเมิดทางขนบธรรมเนียมและศีลธรรมอันดี เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย ซึ่งสังคมไม่อาจจะยอมรับการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรได้ ในประเทศอังกฤษในอดีตถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายศาสนา จะต้องถูกพิจารณาและลงโทษโดยศาลศาสนา

ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้น ในอดีตก็ได้มีกฎหมายลงโทษในความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเอง จะขอกกล่าวถึงการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรนั้น โดยถือว่าเป็นคดีอาญาและมีบทลงโทษที่รุนแรงเช่นเดียวกับในประเทศไทย ต่อมาในกฎหมายของวันที่ 19 – 22 กรกฎาคม และ 25 กันยายน – 6 ตุลาคม ค.ศ. 1971 ยกเลิกคดีอาญาที่เป็นการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตร ซึ่งตั้งแต่วันดังกล่าวความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรก็ไม่ใช่ความผิดเฉพาะ โดยกฎหมายดังกล่าวได้ไปปรากฏอยู่ในกฎหมายทั่วไปในเรื่องการกระทำชำเราที่เป็นการกระทำผิดต่อผู้อื่น ซึ่งคำว่า กระทำชำเรา ในประเทศฝรั่งเศสเรียกว่า ความรุนแรงทางเพศ ซึ่งหมายความว่าโดยการกระทำทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอมของเหยื่อ ทำให้เหยื่อถูกทำร้ายร่างกายและจิตใจ โดยบทลงโทษในเรื่องของความรุนแรงทางเพศนั้น จะกำหนดแตกต่างกันไปตามอายุ และสถานะของเหยื่อ

ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสจะใกล้เคียงกับประเทศไทย กล่าวคือ ในอดีตได้มีการบัญญัติความผิดดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะแยกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ต่อมาได้ยกเลิกความผิดดังกล่าว แล้วนำไปบัญญัติรวมกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทำให้ในปัจจุบันการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรที่มีอายุเกิน 15 ปีขึ้นไป โดยความยินยอมจะไม่มีผิด การกระทำจะเป็นความผิดทางเพศก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยปราศจากความยินยอมของหญิงหรือเป็นการกระทำต่อเด็กหญิงที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งเป็นความยินยอมที่ไม่อาจนำมาใช้อ้างกับการกระทำในกรณีนี้ได้ และถ้าเป็นการกระทำต่อบุตรแล้วผู้กระทำจะถูกลงโทษหนักขึ้นกว่าที่คนทั่วไปกระทำต่อกัน ซึ่งบทลงโทษที่รุนแรงนี้ทั้งในกฎหมายของฝรั่งเศสและประเทศไทยได้ถือว่าการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำชำเราหญิงหรือกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ที่เป็นการกระทำต่อบุตรนั้นเป็นความรุนแรงทางเพศถือเป็นเหตุจรรยาที่ต้องได้รับโทษอย่างรุนแรงกว่าบุคคลทั่วไป ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสกฎหมายไม่สามารถนำเรื่องดังกล่าวมาบังคับใช้ได้ทุกกรณี ซึ่งในบางกรณีสามารถ

ที่จะหลบเลี่ยงการลงโทษที่รุนแรงได้ เช่น กรณีที่ผู้เยาว์ช่วยผู้ใหญ่ ระหว่างพี่ชายกับน้องสาวที่มีอายุกว่า 15 ปี ภายใต้การยินยอม และในบางกรณีคำตัดสินของศาลนั้นมาจากการพิจารณาจากสภาพจิตใจ

ส่วนในประเทศมาเลเซียนั้นบทบัญญัติจะเหมือนกับของประเทศไทย แต่จะแตกต่างกันที่ว่าการกระทำทางเพศที่กระทำต่อบุตรของประเทศมาเลเซียมีความหมายกว้างกว่าของประเทศไทยกล่าวคือ นอกจากจะเป็นบุตรของตนแล้วยังรวมไปถึงบุคคลที่เป็นญาติกัน โดยการสมรสและบุคคลที่ดื่มน้ำนมจากแม่นมคนเดียวกันซึ่งถือว่าการมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลดังกล่าวถือว่าเป็นความผิดจะกำหนดนิยามคำว่า บุตรนั้นมีความหมายกว้างไปถึงบุคคลที่ดื่มน้ำนมจากแม่นมคนเดียวกันด้วยและถือว่าการกระทำที่มีความรุนแรงที่ขัดต่อศีลธรรมและจารีตประเพณีอันดีงามของสังคมโดยถือว่าการกระทำที่เป็นบาปอย่างร้ายแรง (extremely gravesin)

ในปัจจุบันการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรนั้น ไม่ถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาของประเทศมาเลเซีย เนื่องจากไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานดังกล่าวไว้ โดยเฉพาะ แต่จะบัญญัติอยู่ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสแต่ในขณะปัจจุบันนั้นได้มีการเสนอร่างให้แก่ไขประมวลกฎหมายอาญาให้เพิ่มความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรไว้โดยเฉพาะนอกเหนือจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 376 ของประเทศมาเลเซีย และยังสามารถเสนอให้มีการลงโทษในความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรที่เกิดขึ้นด้วยความยินยอมหรือโดยการขู่บังคับ โดยกำหนดให้มีระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 20 ปี และให้ถูกลงโทษด้วยการจำคุกโดยตลอดชีวิต โดยถือว่าการกระทำความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติความผิดต่อศาสนา ซึ่งทุกมลรัฐในประเทศมาเลเซียได้บัญญัติกำหนดบทบัญญัติในมาตราต่างๆ ในรูปแบบเดียวกันโดยวัตถุประสงค์เพื่อนำมาใช้แก่ชาวมุสลิมซึ่งถือเป็นประชากรส่วนใหญ่ของประเทศทั้งนี้เพื่อให้ชาวมุสลิมดำเนินชีวิตในด้านต่างๆ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์คำสอนของศาสนาอิสลาม

จากการศึกษาดังกล่าวมาแล้วข้างต้น เห็นได้ว่าในแต่ละประเทศก็มีการบัญญัติกฎหมายลงโทษการกระทำความผิดฐานเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองแตกต่างกันออกและในหลายๆ ประเทศได้บัญญัติขอบเขตการลงโทษไว้มากขึ้นที่จะมาจำกัดเฉพาะการกระทำต่อบุตรเท่านั้นแต่ยังบัญญัติให้กว้างขึ้นโดยรวมถึงพี่กับน้อง พ่อเลี้ยงกับลูกเลี้ยง ผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมหรือกรณีของการอุ้มบุญ เป็นต้น อีกทั้งยังได้จำกัดอายุไว้เหมือนกันคือไม่เกินสิบห้าปีแต่ในบางประเทศไม่ได้จำกัดอายุไว้เพียงแต่มีการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรก็ถือเป็นความผิดเด็ดขาดไม่ว่าจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

#### 4.2.2 มาตรการเสริม

ในส่วนของมาตรการเสริมนั้นของประเทศไทยแม้ว่าจะมีมาตรการต่างๆ เช่น วิธีการชั่วคราว หรือคุมประพฤติ เป็นต้น แต่ไม่ได้ใช้แก่การกระทำคามผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรอย่างแท้จริงเช่นในต่างประเทศเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส หรือมาเลเซีย เป็นต้น

ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นนอกจากจะกำหนดบทบัญญัติลงโทษในความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรแล้วยังได้กำหนดมาตรการเชิงเหตุอันเป็นมาตรการที่มุ่งคุ้มครองเด็ก ผู้เสียหายจากการกระทำคามผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลใดก็ได้ที่สงสัยหรือเห็นว่ามีกรกระทำคามผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร โดยมุ่งหมายเพื่อค้นหากรณีมีการกระทำคามผิดทางเพศต่อเด็กอย่างไม่เหมาะสมเพื่อให้ความคุ้มครองและให้บริการฟื้นฟูสภาพและบำบัดรักษาพ่อแม่ของเด็กที่กระทำรุนแรงต่อเด็กนั้นด้วย จึงถือว่ามาตรการเชิงเหตุอันเป็นมาตรการที่มีลักษณะเป็นการบำบัดและเป็นการคุ้มครองเด็กในเวลาเดียวกัน และมีมาตรการถอนอำนาจปกครอง โดยกำหนดที่อยู่ให้บุตร การจำกัดสิทธิในการติดต่อ การเยี่ยมเยียนบุตร ถ้าผู้กระทำคามผิดบกพร่องทางจิตก็บังคับให้เข้ารับฟังคำปรึกษาจากจิตแพทย์ได้ซึ่งถือว่าเป็นมาตรการเสริมของประเทศสหรัฐอเมริกาที่บังคับใช้กันอย่างแพร่หลายซึ่งในประเทศไทยยังไม่มีมาตรการในส่วนนี้มาบังคับใช้แก่การกระทำคามผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร

ส่วนในประเทศอังกฤษนั้นแม้ว่าจะมีบทบัญญัติลงโทษในความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรแล้วยังมีมาตรการเสริมที่มุ่งคุ้มครองและดูแลเด็กผู้เสียหายเพื่อมิให้เด็กนั้น เร่รอน จรจัด ขอดทาน โดยจะส่งให้เด็กที่ถูกกระทำคามผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรนั้นไปอยู่ในสถานที่เหมาะสมต่อเด็ก หรือกำหนดให้อยู่ในความดูแลของบุคคลที่เหมาะสมหรือบุคคลที่ศาลเห็นสมควร โดยกำหนดไม่เกินกว่า 3 ปี โดยมีลักษณะเป็นการส่งคนสงเคราะห์เยียวยารักษาความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัว ขึ้นอยู่กับระดับของการกระทำคามผิดแต่จะไม่เป็นการตัดขาดจากความสัมพันธ์โดยสิ้นเชิงโดยเป็นมาตรการในการให้ความคุ้มครองแก่เด็กซึ่งตกอยู่ในภาวะอันตรายและต้องการความช่วยเหลืออย่างรวดเร็วจะอยู่ในกฎหมาย Children Act 1989 ซึ่งจะกำหนดให้แยกเด็กออกจากสภาพแวดล้อมในบ้างที่อยู่ในสภาวะอันตรายหรือทางเลือกอื่นๆ ในอันที่จะรักษาไว้ซึ่งสวัสดิภาพที่จำเป็นแก่เด็ก เช่น การนำเด็กไปรักษาอย่างทันทีที่โรงพยาบาลหรือที่พักที่จัดให้โดยเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแยกออกจากพ่อแม่ที่ทำร้ายเด็กในทันที โดยกำหนดระยะเวลาคุ้มครองเด็กไม่เกิน 7 วัน และยังมีมาตรการบำบัดทางจิตเพื่อเข้ามาเสริมในส่วนของการเยียวยาผู้กระทำคามผิดเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาด้วยซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยที่ยังไม่มีมาตรการเสริมที่เด่นชัดในเรื่องการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองอย่างชัดเจนนอกจากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดบทลงโทษเท่านั้น

ส่วนในประเทศมาเลเซีย นั้น ประเทศมาเลเซียเป็นประเทศที่ใช้มาตรการเสริมทางอาญา ในลักษณะของการคุ้มครองเด็กที่ถูกกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรก๊วหน้าประเทศหนึ่ง ซึ่งกำหนดให้มีมาตรการแจ้งเหตุเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรการคุ้มครองเด็กโดยแยก เด็กจากบุคคลที่กระทำความผิดทางเพศอันเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกัน โดยกำหนดให้รัฐเข้ามา มีส่วนเกี่ยวข้องโดยจัดสถานที่พักอาศัยให้เด็กโดยแยกเด็กออกจากบุคคลที่อยู่ในครอบครัวเดียวกัน ที่ต้องพบปะกับเด็กเป็นประจำและอาศัยความซื่อสัตย์กระทำความผิดทางเพศต่อเด็กอันเป็นบุตรของตน แต่เป็นลักษณะของการคุ้มครองชั่วคราวเท่านั้น และยังมีมาตรการบำบัดฟื้นฟูทางจิตเวช แต่ยังมีได้กำหนดมาตรการลงโทษไว้โดยเฉพาะ เพียงแต่ให้อำนาจจับกุมผู้ฝ่าฝืนแก่เจ้าพนักงานตำรวจ ในการฝ่าฝืนคำสั่งคุ้มครองซ้ำก็ไม่มีบทลงโทษหรือเพิ่มโทษ หากแต่ต้องกลับไปเริ่มกระบวนการ ออกคำสั่งคุ้มครองใหม่อีกซึ่งในประเทศไทยมีเพียงคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเท่านั้นแต่ยังไม่มี มาตรการเสริมทางอาญาที่น่ามารองรับการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรอย่างแท้จริงมีเพียง มาตรการทางแพ่งที่ถอนอำนาจปกครองที่นำมาใช้ได้เท่านั้น

ส่วนในประเทศฝรั่งเศสแม้บทบัญญัติที่ลงโทษผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำ ต่อบุตรของตนเองนั้นจะ ได้ยกเลิกไปแล้วแต่ก็ยังมีมาตรการที่นำมาใช้ซึ่งซึ่งเป็นมาตรการเสริมโดย ทั่วๆ ไป คือ ปลูกจิตสำนึกของคนในสังคม เช่น การจัดนิทรรศการ การเดินขบวน การรณรงค์ต่อต้าน การละเมิดกฎหมายในเรื่องนี้และมีการให้อำนาจรัฐเข้ามาจัดการกับเรื่องนี้โดยเฉพาะที่เรียกว่า “ระบบคุ้มครองแบบกำแพงสองชั้น” โดยองค์กรของรัฐที่เป็นฝ่ายปกครองกับ โดยกระบวนการ ยุติธรรมโดยมีลักษณะของการคุ้มครองเด็กเสียมากกว่ามุ่งลงโทษผู้กระทำความผิด กล่าวคือ มีการ ถอนอำนาจปกครองโดยเด็ดขาดหรือเป็นการเปลี่ยนผู้ใช้อำนาจปกครอง มาตรการเพิ่มการตรวจตรา แก่การกระทำความผิดที่อาจก่อให้เกิดการละเมิดทางเพศโดยขอความร่วมมือไปยังหน่วยงานอื่น ๆ ในการสอดส่องดูแลและแจ้งข้อมูลข่าวสารในกรณีที่น่าจะอาจมีการกระทำความผิดเหล่านี้เกิดขึ้น โดยมีการเปิดบริการศูนย์รับแจ้งข้อมูลข่าวสาร

จากการศึกษาพบว่ามาตรการเสริมที่ประเทศต่างๆ ได้กำหนดเข้ามาโดยหลักแล้วมุ่งให้ เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็กและยังเป็นมาตรการในเชิงคุ้มครองกันสถาบันครอบครัวอันเป็นสถาบัน หลักของสังคมแต่ไม่เป็นมาตรการที่ลงโทษอย่างรุนแรงเท่าที่ควรโดยมีลักษณะของการบำบัด ควบคุมไปในตัวด้วยแต่ในประเทศไทยของเราไม่ค่อยจะนำมาตรการเสริมต่างๆ มาใช้เหมือนกับใน ต่างประเทศเมื่อหมดชั้นศาลไปแล้วกระบวนการติดตามผลของประเทศไทยเราก็ไม่มีมีเพียง กระบวนการคุ้มครองแต่ก็ถือเป็นกระบวนการทางศาลไม่อาจนำมาแก้ไขการกระทำความผิดซ้ำของ ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองอย่างแท้จริงเช่นในต่างประเทศ

### 4.3 การกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรกรณีที่เป็นความผิดกับกรณีที่ไม่เป็นความผิด

#### 4.3.1 กรณีที่เป็นความผิด

ประเทศไทยนั้น ไม่ว่าจะในสมัยกฎหมายตราสามดวง สมัย ร.ศ. 127 หรือ พ.ศ. 2499 หรือในปัจจุบันก็ตามการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองถือเป็นการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายของไทยมาช้านานตั้งแต่สมัยโบราณ แม้ว่าผู้คนในสมัยนั้นจะไม่ทราบถึงบทบัญญัติดังกล่าวเนื่องจากการไม่มีการพิมพ์ประกาศกฎหมายให้ประชาชนโดยทั่วไปทราบ เพราะถือว่าเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ จะศึกษาเรียนรู้ได้เฉพาะบรรดาบุคคลในชนชั้นสูงหรือชั้นผู้ปกครองเท่านั้น แต่ประชาชนก็สามารถรู้ถึงข้อห้ามต่างๆ ซึ่งรวมถึงข้อห้ามในการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนได้จากสามัญสำนึกของตน เนื่องจากกฎหมายในสมัยโบราณเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดจากขนบธรรมเนียมและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งถือว่าเป็นแบบแผนอย่างหนึ่งในการดำเนินชีวิตของประชาชนโดยทั่วไป จนมาถึงในยุคปัจจุบันก็ได้มีการบัญญัติลงโทษไว้เพื่อมิให้เป็นเยี่ยงอย่างในกฎหมายอาญาปัจจุบันคือมาตรา 285 ก็เป็นเพียงการลงโทษให้หนักขึ้นเพื่อให้ผู้กระทำความผิดไม่กล้าที่จะกระทำความผิดในการมีเพศสัมพันธ์กับบุตรกรณีข่มขืนกระทำชำเราที่ผู้กระทำเป็นผู้บุพการีของตนเอง ซึ่งคำว่า “บุตร” นั้นหมายถึงผู้สืบสันดานโดยตรงคือลูกเท่านั้น ที่จะเป็ความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองไม่หมายรวมถึงหลาน หลาน ลื้อ เป็นต้น

กรณีที่จะเป็นความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรนั้นต้องพิเคราะห์ถึงบทบัญญัติมาตรา 276 และมาตรา 277 ด้วย ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) ในความผิดฐานนี้คือเสรีภาพในทางเพศ ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องของการตัดสินใจในการมีเพศสัมพันธ์ กล่าวคือ ผู้หญิงทุกคนย่อมมีเสรีภาพในการที่จะเลือกร่วมประเวณีกับใครก็ได้ หรือไม่ยินยอมร่วมเพศกับใครก็ได้ ตามที่ใจปรารถนาความยินยอมของหญิงจึงเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานนี้ เพราะถ้าหญิงยินยอมแล้วย่อมไม่เป็นการข่มขืน แต่ทั้งนี้การยินยอมต้องเกิดจากความสมัครใจยินยอมของหญิง ถ้าหญิงยินยอมโดยไม่สมัครใจหรือไม่อยู่ในฐานะที่จะให้ความยินยอมได้ก็ย่อมเป็นการข่มขืน แม้คำว่า “ยินยอม” นั้นจะไม่ได้บัญญัติก็ตามจากความหมายของคำว่า “ข่มขืน” ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่าหญิงต้องมีได้ยินยอมสมัครใจ อีกทั้งต้องพิจารณาไปถึงการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดาที่มีต่อเด็กหญิงด้วย เนื่องจากเด็กหญิงยังเป็นบุคคลที่ไร้เดียงสาจึงอาจถูกชักจูงไปในทางที่เสื่อมเสียได้ ดังนั้น กฎหมายจึงต้องการคุ้มครองเด็กหญิงในด้านของการตัดสินใจ ตลอดจนคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ที่จะไม่ให้ถูกล่วงละเมิดจากการกระทำความผิดดังกล่าวได้ และสาเหตุที่กฎหมายไม่ถือเอาความยินยอมของเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 มาเป็นข้อพิจารณาเพราะถือว่ามีความอ่อนเยาว์ทั้งสภาพร่างกาย สติปัญญา จิตใจอ่อนไหวง่าย และประสบการณ์น้อย ถือได้ว่ายังไม่มีควมรับผิดชอบเพียงพอที่จะให้ความยินยอมและยังไม่เข้าใจถึงลักษณะของการกระทำได้ด้วยเหตุนี้ผู้กระทำ

ความผิดจึงไม่สามารถอ้างความยินยอมของเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี มาเป็นข้อแก้ตัวหรือเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษได้

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 นั้น คำว่า “ผู้บุพการี” หมายถึง บิดามารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด หรือตามหลักสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปเท่านั้น การกระทำความผิดทางเพศที่ผู้บุพการีกระทำต่อบุตรของตนเองนั้น ที่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรต้องเป็นการกระทำของบิดามารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด เท่านั้นที่ถือว่าเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 อีกทั้งต้องเป็นการกระทำต่อบุตร หรือ ผู้สืบสันดานหรือตามหลักสายโลหิต หมายถึง ลูก เท่านั้น ที่ถือว่าเป็นความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น หนึ่งในสาม ของความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285

แต่มีข้อยกเว้นคือถ้าเป็นการกระทำชำเราต่อเด็กหญิงอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกันผลคือ ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ คือมีการยื่นคำร้องต่อศาลขออนุญาตให้ผู้กระทำความผิดกับเด็กหญิงนั้นสมรสกันและศาลอนุญาตให้ทำการสมรสกันในระหว่างพิจารณาคดีผู้กระทำความผิดก็จะไม่ต้องรับโทษเมื่อจดทะเบียนสมรส โดยถูกต้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 1457 ซึ่งบัญญัติว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น” แต่ก็ยังคงถือว่าผู้กระทำยังมีความผิดอยู่หรือผู้กระทำความผิดกำลังรับโทษอยู่ และศาลได้มีคำสั่งอนุญาตให้ผู้กระทำความผิดกับเด็กหญิงนั้นสมรสกันได้เมื่อมีการสมรสถูกต้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 ดังกล่าวแล้วก็ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไปเหตุแห่งการยกเว้นโทษนี้อาจเป็นเพราะว่าตัวเด็กหญิงซึ่งเป็นผู้เสียหายเองก็สมัครใจยินยอมให้ชายผู้กระทำความผิดกระทำชำเราด้วย ดังนั้นการที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ย่อมเป็นผลดีมากกว่า โดยให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจในการอนุญาต หรือไม่อนุญาตให้ทำการสมรสก็ได้

กรณีศึกษาที่เป็นปัญหาการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรที่เป็นความผิด ดังนี้

- 1) เด็กหญิงไทย อายุ 13 ปี ถูกบิดาแท้ๆ ข่มขืนกระทำชำเรามาตั้งแต่อายุ 12 ปี
- 2) นางสาวดอกไม้ถูกพ่อข่มขืน ตั้งแต่อายุ 13 ปี จนถึง 19 ปี
- 3) นางสาวดอกหญ้า อายุ 13 ปี ถูกบิดา อายุ 52 ปี พี่ชายอายุ 17 ปี และน้องชายอายุ 12

ปี ผลัดกันข่มขืนกระทำชำเรา

- 4) เด็กหญิงน้อย อายุ 7 ปี ถูกบิดา อา ตา คนงานในห้องเช่า
- 5) เด็กหญิงแก้ว ถูกตาข่มขืนกระทำชำเรามาตั้งแต่อายุ 11 ปี

ในต่างประเทศก็มีคดีที่เป็นข่าวครึกโครมที่ประเทศออสเตรเลีย เช่น คดีที่นายโจเซฟ ฟริตเซล พ่อวัย 73 ปีชาวออสเตรเลีย กักขัง และข่มขืนกระทำชำเราลูกสาวแท้ๆ ของตนเอง ตั้งแต่ลูกสาวอายุเพียง 11 ปี จนถึงอายุ 18 ปี และมีลูกด้วยกัน 7 คน<sup>37</sup> เป็นต้น

ซึ่งในกรณีดังกล่าวถือว่าเป็นความผิดที่จะต้องเพิ่มโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามไม่ว่าการกระทำนั้นจะกระทำต่อบุตรของตนโดยยินยอมหรือไม่ก็ตามก็ถือเป็นความผิดทั้งสิ้น แต่จะจำกัดอายุของเด็กผู้เสียหายที่จะเพิ่มโทษหนักขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเด็กที่ตกเป็นเหยื่อในการกระทำความผิดนั้นมิใช่มีอายุไม่เกิน 15 ปี แต่ถ้าเกิน 15 ปี ก็ไม่อาจจะเพิ่มโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามได้

#### 4.3.2 กรณีที่ไม่เป็นความผิด

กฎหมายอาญาของไทยเรานั้น เป็นกฎหมายที่กำหนดว่า การกระทำหรือไม่กระทำอย่างไรใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวในการกำหนดว่าการกระทำหรือไม่กระทำใดที่ควรเป็นความผิดอาญา แม้ว่าโดยทั่วไปแล้วศีลธรรมและจารีตประเพณีซึ่งถือเป็นมาตรการในการควบคุมสังคมประเภทหนึ่งนั้น จะมีส่วนสำคัญในการก่อให้เกิดกฎหมายและการปฏิบัติตามกฎหมายก็ตาม แต่ไม่สามารถนำเอาเหตุผลในทางศีลธรรมขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคมมาเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญาได้ทั้งนี้เนื่องจากศีลธรรมนั้นไม่ได้มีความเกี่ยวพันสอดคล้องกับกฎหมายอาญาในทุกกรณี<sup>38</sup>

ดังกล่าวนั้นแล้วข้างต้นว่ากรณีที่เป็นความผิดที่สามารถเพิ่มโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามตามมาตรา 285 ได้ต้องเป็นการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองที่มีอายุไม่เกิน 15 ปีเท่านั้น แต่การล่วงละเมิดทางเพศต่อบุตรของตนเองที่อายุกว่า 15 ปี ไม่อาจเพิ่มโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285 ได้ ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม จึงถือว่าไม่เป็นความผิด เช่นกรณีที่บิดาข่มขืนลูกสาวของตนเองที่อายุ 16 ปี ก็ไม่ถือว่าเป็นความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรได้ไม่อาจลงโทษตามมาตรา 285 ได้เพราะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่บัญญัติว่าเป็นความผิดจึงไม่อาจเพิ่มโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามตามมาตรา 285 ได้

อีกทั้งมิได้บัญญัติลงโทษบิดาเลี้ยง หรือผู้รับบุตรบุญธรรมอย่างเช่นในหลายๆ ประเทศที่กำหนดให้ลงโทษในส่วนนี้ด้วยเพราะถือเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองอันเป็นการอาศัยความซิดใกล้จากความสัมพันธ์ดังกล่าวมากระทำความผิดเช่น

- 1) ผู้รับบุตรบุญธรรมข่มขืนกระทำชำเราบุตรบุญธรรมของตนเองที่อายุกว่า 15 ปี
- 2) พ่อเลี้ยง ข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยงของตนเองที่อายุกว่า 15 ปี

<sup>37</sup> ซ็อดโลก พ่อข่มขืนใจลูกสาวตัวเอง ท้องลูก 7 คน ขังไว้ห้องใต้ดิน 24 ปี สืบค้นเมื่อ 29 เมษายน 2551, จาก [www.Dek-d.com](http://www.Dek-d.com).

<sup>38</sup> เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2548). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 8). หน้า 1-2.

ซึ่งการกระทำความคิดทางเพศที่กระทำโดยบุคคลเหล่านี้ไม่ใช่ว่าจะไม่อาจจะลงโทษบุคคลต่างๆ เหล่านี้ได้อย่างแท้จริงจึงควรที่จะมีการปรับบทลงโทษให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป อันถือเป็นการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรมอันดีของสังคมและประชาชนโดยส่วนรวม แต่ไม่ใช่ว่าความคิดตามประมวลกฎหมายอาญา แม้ว่าตามหลักโดยทั่วไปนั้น กฎหมายต้องให้อิสระแก่ปัจเจกชนในการเลือกและในการกระทำสิ่งต่างๆ และกฎหมายไม่มีหน้าที่ที่จะไปบังคับถึงการกระทำที่เป็นเรื่องส่วนตัวหรือเกี่ยวกับศีลธรรมเฉพาะตัว (Private morality) ของปัจเจกชนก็ตาม เช่น อิสระในการเลือกที่จะมีเพศสัมพันธ์ในรูปแบบต่างๆ กับบุคคลที่ปัจเจกชนนั้นๆ พึงพอใจ แต่ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรนั้นเป็นการกระทำที่ขัดต่อสำนึกอันดีของคนทุกคนโดยทั่วไป และถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นการผิดต่อศีลธรรมอยู่ในตัวเอง แม้จะเป็นการกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือเกิดอันตรายต่อบุคคลอื่นใดจากผลโดยตรงต่อการกระทำก็ตาม แต่ได้ส่งผลกระทบต่อให้เกิดความเสียหายต่อทั้งศีลธรรมอันดีของสังคม ต่อความผิดปกติในเรื่องพันธุกรรม และต่อความมั่นคงของสถาบันครอบครัว ซึ่งกฎหมายควรสร้างไว้ซึ่งความยุติธรรม เพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองประชาชนจากการกระทำความคิดที่เป็นการกระทำที่เป็นการล่วงละเมิดต่อจารีตประเพณี เป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสม ขัดต่อความรู้สึกในทางศีลธรรมของประชาชนโดยส่วนรวม อันส่งผลกระทบต่อในเรื่องต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาอาชญากรรม ปัญหาการค้าประเวณี เป็นต้น

กรณีที่ไม่เป็นความคิด เช่น

- 1) เด็กหญิงน้ำ อายุ 19 ปี และเด็กหญิงน้อง อายุ 8 ปี สองพี่น้องถูกบิดาแท้ๆ ข่มขืนกระทำชำเรามาตั้งแต่ทั้งคู่อายุ 5-6 ปี
- 2) เด็กหญิงดาว อายุ 7 ปี ถูกบิดาเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเรา
- 3) เด็กหญิงสวย อายุ 16 ปี ถูกบิดาบุญธรรมข่มขืนตั้งแต่อายุ 6 ปี

ผู้เขียนเห็นว่าในส่วนที่ไม่เป็นความคิดนั้นยังมีความบกพร่องอยู่มากในเรื่องของอายุไม่อาจลงโทษบุคคลที่ข่มขืนกระทำชำเราบุตรของตนเองที่อายุกว่า 15 ปี และคำว่า “ผู้บุพการี” ยังไม่มีความครอบคลุมเพียงพอจึงไม่อาจลงโทษในเรื่องบุคคลที่มีอำนาจทางปกครองเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือไม่ก็ตามเช่น พ่อเลี้ยงกับลูกเลี้ยง ผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม เป็นต้น จึงเห็นว่าควรที่จะมีการบัญญัติให้ครอบคลุมกับการกระทำความคิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรอย่างแท้จริงเพื่อป้องปรามการกระทำความคิดชั่วของผู้กระทำความผิดมิให้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรอีกครั้งหนึ่ง เพื่อเป็นเสมือนเกราะป้องกันเหยื่อจากการล่วงละเมิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองต่อไปไม่ว่าบุตรนั้นจะมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือไม่ก็ตาม



#### 4.4 วิเคราะห์มาตรการเสริมที่ควรนำมาใช้แก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร

##### 4.4.1 มาตรการถอนอำนาจปกครอง

การถอนอำนาจปกครองนั้นถือเป็นมาตรการทางเลือกอีกรูปแบบหนึ่งในทางแพ่ง ซึ่งแตกต่างไปจากการจำคุกเป็นมาตรการที่ประเทศสหรัฐอเมริกานำมาปรับใช้แก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร ซึ่งถือเป็นเกราะป้องกันแก่ผู้เสียหายที่ถูกกระทำความผิดทางเพศ ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดให้ศาลมีอำนาจออกคำสั่งทางแพ่งให้ขับไล่ผู้ทำร้ายออกจากสถานที่ที่เด็กอาศัยอยู่ กำหนดที่อยู่ให้บุตร การจำกัดสิทธิในการติดต่อ การเยี่ยมเยียนบุตร ถ้าผู้กระทำความผิดมีความบกพร่องทางจิตใจก็บังคับให้เข้ารับฟังคำปรึกษาจากจิตแพทย์ได้ และการถอนอำนาจปกครองนั้นเราจะต้องถอนอำนาจปกครองตามความเป็นจริง ไม่ใช่การถอนอำนาจปกครองในทางแพ่งอย่างบ้านเรา ซึ่งการถอนอำนาจปกครองตามความเป็นจริงต้องพิจารณาว่าใครเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง เช่น บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ผู้รับบุตรบุญธรรม พ่อเลี้ยงหรือกรณีการอุ้มบุญ เป็นต้น กล่าวคือเป็นผู้ที่ใช้อำนาจปกครอง แต่มิได้ตัดซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจปกครองกับผู้อยู่ในความปกครองโดยสิ้นเชิง เพียงแต่จำกัดสิทธิในการดูแล ติดต่อ เยี่ยมเยียน จากผู้อยู่ในความปกครอง เช่น ผู้สืบสันดานโดยตรงลงมาหรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์ไม่ว่าจะเป็นทางสายโลหิต หรือไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ได้แก่ มีความสัมพันธ์ทางกฎหมาย หรือ มีความสัมพันธ์ทางอำนาจเหนือพ่อหรือแม่ของอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าการถอนอำนาจปกครองเราควรที่จะถอนอำนาจปกครองตามความเป็นจริง ไม่ใช่การถอนอำนาจปกครองในทางแพ่ง ที่ถอนอำนาจปกครองได้เฉพาะ บิดามารดา ผู้รับบุตรบุญธรรม เป็นต้น เท่านั้น เราควรที่จะถอนอำนาจปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองเช่น เด็ก หรืออยู่กับพ่อเลี้ยง หรือกรณีของการอุ้มบุญ เป็นต้น เพื่อจะเป็นเกราะป้องกันเหยื่อจากผู้กระทำความผิดมิให้กระทำความผิดซ้ำๆ กันอีกได้ เพราะวัตถุประสงค์ของการลงโทษ เป็นการแก้ไขฟื้นฟู เพื่อคืนคนดีสู่สังคม ให้กลับมาใช้ชีวิตในสังคมได้อย่างปกติสุข และสร้างเกราะป้องกันเหยื่อจากการกระทำความผิดซ้ำ เราไม่ควรแยกบุคคลในครอบครัวเดียวกัน เช่น บิดา หรือมารดากับบุตรออกจากกันแต่เราสามารถถอนอำนาจปกครองบิดา หรือมารดาออกจากบุตรได้ และให้บุตรหรือเหยื่อของอาชญากรรมทางเพศอยู่กับบุคคลที่ไว้วางใจได้และให้อำนาจปกครองนั้นตกแก่บุคคลที่บุตรไปอาศัยอยู่ และจำกัดสิทธิการติดต่อ เยี่ยมเยียน ซึ่งเป็นกระบวนการทางศาลที่ชุมชนต้องเข้ามามีส่วนร่วมซึ่งกันและกัน เพื่อสร้างเกราะป้องกันการกระทำความผิดแก่เหยื่อ มิเช่นนั้นหากเราไม่ถอนอำนาจปกครองจากผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เราถอนอำนาจปกครองตามกฎหมายแพ่งอย่างบ้านเราทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายได้ ทำให้บุคคลในครอบครัวเดียวกันที่ได้รับประโยชน์จากการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่ครอบคลุมกระทำการล่วงละเมิดทางเพศแก่บุคคลในครอบครัว

เดียวกัน ซึ่งบุคคลในครอบครัวเดียวกันไม่ว่าจะมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต หรือไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตก็ตามอาศัยความซิดไถ่กระทำการละเมิดทางเพศแก่เหยื่อได้

#### 4.4.2 มาตรการทำงานบริการสังคม (Community Service-CS)

เป็นการให้ผู้กระทำผิดต้องทำงานให้กับชุมชน คล้ายกับเป็นการชดใช้ความเสียหาย โดยเน้นการใช้แรงงานมากกว่าการใช้ตัวเงิน เช่น ทำความสะอาดชุมชน ทำงานให้บ้านพักคนชรา เป็นต้น โดยศาลมีอำนาจจะสั่งให้ไปทำงานบริการสังคมเพียงอย่างเดียวหรือให้ทำควบคู่ไปกับการถูกคุมความประพฤติด้วยก็ได้

ในการใช้การทำงานบริการสังคมให้เป็นการลงโทษระดับกลางนั้น จะต้องกำหนดเวลาทำงานไม่น้อยจนเกินไป เช่น ในมลรัฐจอร์เจีย จะให้ทำงานบริการสังคมถึง 132 ชั่วโมง และใช้การคุมความประพฤติแบบเข้มงวดพร้อมไปด้วย

เนื่องจากวิธีการนี้ได้นำมาใช้ในประเทศไทยนานพอสมควร แต่มีข้อสังเกตว่า ในประเทศไทยมีความแตกต่างในวิธีปฏิบัติที่อาจก่อให้เกิดปัญหาเช่น การกำหนดชั่วโมงการทำงานที่เหมาะสม การตรวจสอบการทำงานบริการสังคม และการกำหนดประเภทของงานซึ่งในส่วนของประเภทงานนี้ ในต่างประเทศจะให้เป็นดุลพินิจของพนักงานคุมประพฤติ เพราะพนักงานคุมประพฤติจะมีข้อมูลและมีการจำแนกผู้ถูกคุมความประพฤติ (Probation Classification) อย่างเป็นระบบ จึงสามารถวางลักษณะงานที่เหมาะสมกับผู้ถูกคุมความประพฤติได้ค่อนข้างดี อีกทั้งยังมีงบประมาณที่เพียงพอในการจัดเจ้าหน้าที่ออกดูแลตรวจสอบการทำงานบริการสังคม ณ หน่วยงานรองรับ

#### 4.4.3 มาตรการคุมประพฤติแบบเข้มงวด (Intensive Probation Supervision IPS หรือ Intensive Supervision of Probation ISP)

การคุมความประพฤติแบบเข้มงวด เป็นวิธีการที่บังคับใช้กับผู้กระทำผิดโดยเน้นความเข้มงวดกับเสรีภาพของบุคคลดังกล่าวในชุมชน (Restrictions on freedom in the community) เพื่อเลี่ยงการจำคุกและลดการกระทำผิดในอนาคต

หลักเกณฑ์

- 1) จำนวนคดีที่เจ้าหน้าที่ (พนักงานคุมประพฤติ) ดูแล จะมีปริมาณน้อย เช่น เจ้าหน้าที่ 1 คน ต่อผู้กระทำผิด 10 คน
- 2) มีการรายงานตัวกับพนักงานคุมประพฤติอาทิตย์ละครั้ง
- 3) เจ้าหน้าที่ออกไปสอดส่อง เยี่ยมบ้านผู้ถูกคุมความประพฤติหลายครั้ง
- 4) วางเงื่อนไขเชิงป้องกันไว้ด้วย ในเรื่องความสำคัญ เช่น การบำบัดการติดสุรา การติดยาเสพติด และให้การศึกษา

5) มีการบริหารจัดการที่รวดเร็ว แน่นนอน ในการเพิกถอนการใช้การคุมความประพฤติแบบเข้มงวดทันทีที่มีการฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กำหนดไว้

วัตถุประสงค์ของการคุมความประพฤติแบบเข้มงวด คือ เพิ่มการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างพนักงานคุมประพฤติกับชุมชนเพื่อดูแลผู้ถูกคุมความประพฤติให้รับผิดชอบต่อความผิดของตนเอง เช่น ทำงานบริการสังคม เป็นต้น เพื่อลดโอกาสที่จะกระทำผิดซ้ำ

อย่างไรก็ตาม รูปแบบของ IPS/ISP ได้เปลี่ยนแปลงไป จากเดิมที่เน้นการให้บริการและการแก้ไขฟื้นฟู เป็นเน้นที่การลงโทษ (Punishment) และการควบคุม (Control) ผู้กระทำผิด แต่ก็ยังสนองตอบต่อวัตถุประสงค์เริ่มแรกของวิธีการนี้ ก็คือ ลดสภาพการณ์คนล้นคุก

ตัวอย่างที่ถือเป็นต้นแบบของการใช้ IPS/ISP ได้แก่ โปรแกรมการสอดส่องผู้ถูกคุมความประพฤติแบบเข้มงวดของกรมแก้ไขผู้กระทำผิด (Department of Corrections) ของมลรัฐจอร์เจียประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเริ่มต้นโครงการในปี ค.ศ. 1982 (พ.ศ. 2525) เพื่อลดค่าใช้จ่ายในเรือนจำการคัดเลือกกลุ่มผู้กระทำผิดเข้ามาอยู่ในโปรแกรมจะไม่พิจารณาเฉพาะแต่ประเภทความผิดต่างๆ ไปหากพิจารณาถึงการกระทำผิดคืออุกฉกรรจ์ แต่ผู้กระทำไม่มีลักษณะนิสัยอันตรายรุนแรง (Serious but nonviolent offenders) หรือจะต้องมีการประเมินความจำเป็น (Needs Assessment) อยู่ในระดับสูง (และโดยทั่วไปมักจะต้องการประเมินความเสี่ยงหรือ Risk Assessment ด้วย

ในมลรัฐจอร์เจีย จะวางหลักเกณฑ์ของ IPS ดังนี้

- 1) ต้องพบกับทีมของเจ้าหน้าที่ (IPS/ISP Team) 5 ครั้งต่ออาทิตย์ กล่าวคือ ที่สำนักงานคุมประพฤติหนึ่งครั้ง ที่ทำงานของผู้ถูกคุมความประพฤติ หนึ่งครั้ง และที่บ้านอีกสามครั้ง
- 2) ตรวจสอบการมีงานทำทุกอาทิตย์
- 3) ห้ามออกนอกเคหะสถาน ช่วงกลางคืน ตั้งแต่หลังเวลา 22.00 น. ยกเว้นกรณีที่ถูกคุมความประพฤติจำเป็นต้องทำงานช่วงกลางคืน
- 4) ตรวจสอบประวัติอาชญากรกับหน่วยงานตำรวจทุกอาทิตย์
- 5) จำนวนผู้ถูกคุมความประพฤติจะอยู่ระหว่าง 25-40 คน

ทีมที่ดูแลผู้ถูกคุมความประพฤตินี้ 2 คน ประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ตรวจการณ์ (Surveillance Officer) ทำหน้าที่ออกสอดส่องผู้ถูกคุมความประพฤติกับพนักงานคุมประพฤติ (Probation Officer) ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาแนะนำและควบคุมคดี จำนวนผู้ถูกคุมความประพฤติในความรับผิดชอบประมาณ 25-40 คน ระยะเวลาของการใช้ IPS จะอยู่ระหว่าง 6 ถึง 12 เดือน หลังจากนั้นจะใช้การคุมความประพฤติแบบปกติ นอกจากนี้ ระหว่างที่อยู่ใน IPS ผู้ถูกคุมความประพฤติจะต้องทำงานบริการสังคม 132 ชั่วโมง และจะต้องมีงานทำหรือเข้ารับการศึกษา ฝึกอาชีพเต็มเวลาด้วย

ส่วนในมลรัฐอิลลินอย ได้แก่ โปรแกรม IPS ที่สำนักงานคุมประพฤติผู้ใหญ่เขตคุกค์ (Cook County Adult Probation Department-CCAPD) ที่ตั้งของนครชิคาโก ซึ่งเริ่มนำ IPS มาใช้ตามคำสั่งศาลตั้งแต่ปี ค.ศ. 1984 สำหรับผู้กระทำความผิดที่กระทำผิดก่อนข้างรุนแรง โดยจะมีเงื่อนไขเคร่งครัดกว่าการคุมความประพฤติแบบปกติ

การใช้ IPS ของ CCAPD มีกระบวนการดังนี้

- 1) พิจารณาข้อมูลทั่วไปจากการสืบเสาะว่าคดีใดเข้าข่ายที่จะใช้ IPS
- 2) พิจารณาประวัติการกระทำผิด การเสพสุรายาเสพติด การเข้าแก๊ง แนวโน้มของการขอใช้ความรุนแรง

3) เตรียมแผนการสอดส่อง (Supervision Plan) เสนอต่อศาลเพื่อแนะนำให้ใช้วิธีการ IPS

- 4) สอดส่องผู้กระทำผิดที่เข้า โปรแกรม IPS ให้ปฏิบัติตามเงื่อนไข
- 5) รายงานความก้าวหน้าของการปฏิบัติตามเงื่อนไขใน IPS ให้ศาลทราบเป็นระยะๆ
- 6) เสนอศาลเพื่อเพิกถอนการคุมความประพฤติหากผู้ถูกคุมความประพฤติผิดเงื่อนไขใน IPS

IPS ของ CCAPD ประกอบด้วยการควบคุม 3 ระยะ (Phases) ผู้ถูกคุมฯ จะต้องผ่านการควบคุมระยะแรกก่อน จึงจะสามารถเข้าสู่ระยะสองได้

ระยะที่ 1 (Phases 1)

- 1) ใช้เวลาอย่างน้อย 3 เดือน
- 2) ผู้ถูกคุมความประพฤติจะต้องพบกับเจ้าหน้าที่อย่างน้อย 5 ครั้งต่ออาทิตย์ ที่สำนักงานหรือในพื้นที่
- 3) ต้องอยู่ภายในเคหสถานของตน (Curfew) ระหว่างเวลา 19.00–07.00 น. ซึ่งจะมีเจ้าหน้าที่ออกมตรวจสอบ (อาจผ่านระบบ Electronic Monitoring)

4) มีการตรวจสอบประวัติการกระทำผิดทุกอาทิตย์

ระยะที่ 2 (Phases 2)

- 1) ใช้เวลาอย่างน้อย 3 เดือน แต่ไม่เกิน 6 เดือน
- 2) ผู้ถูกคุมฯ จะต้องพบกับเจ้าหน้าที่อย่างน้อย 3 ครั้งต่ออาทิตย์
- 3) อยู่ภายในเคหสถานของตน (Curfew) ระหว่างเวลา 21.00 – 07.00 น.
- 4) ยังมี การตรวจสอบประวัติการกระทำผิดทุกอาทิตย์

ระยะที่ 3 (Phases 3)

- 1) ใช้เวลาอย่างน้อย 3 เดือน แต่ไม่เกิน 6 เดือน

2) จะต้องทำงานบริการสังคมให้ครบ 130 ชั่วโมง ก่อนกลับเข้าสู่การคุมความประพฤติแบบปกติ

3) ผู้ถูกคุมฯ พบกับเจ้าหน้าที่อย่างน้อย 3 ครั้งต่ออาทิตย์

4) ยังต้องอยู่ภายในเคหสถานของตน (Curfew) ระหว่างเวลา 23.00 – 07.00 น.

5) ยังมีการตรวจสอบประวัติการกระทำผิดทุกอาทิตย์

6) อาจมีการตรวจปัสสาวะ กรณีคดียาเสพติด

ข้อสังเกตในการใช้ IPS ก็คือ ได้รับความนิยมนในสหรัฐอเมริกาพอสมควร เพราะในการสำรวจเมื่อปี ค.ศ. 1988 (พ.ศ. 2531) พบว่า 45 มลรัฐ ใช้วิธีการนี้ และในปี ค.ศ. 1990 (พ.ศ. 2533) ทุกมลรัฐได้ใช้วิธีการในลักษณะเดียวกับ IPS เพื่อเพิ่มทางเลือกในการพิพากษาคดีตามความเหมาะสมกับตัวผู้กระทำผิด จากการรวบรวมตัวเลขการกระทำผิดซ้ำเมื่อใช้ IPS ในหลายรัฐ พบว่า อัตราการกระทำผิดซ้ำจะอยู่ระหว่าง 12–48 เปอร์เซ็นต์ นั่นหมายความว่า อัตราความสำเร็จอยู่ระหว่าง 52–88 เปอร์เซ็นต์ เฉลี่ยตัวเลขอัตราความสำเร็จจะอยู่ประมาณ 70 เปอร์เซ็นต์

ซึ่งถือว่ามีความเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในประเทศไทยสำหรับการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองแม้ว่าในประเทศไทยเราจะมีการคุมประพฤติอยู่แล้วแต่ก็ยังไม่สามารถบังคับใช้ได้เหมาะสมกับความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรได้อย่างแท้จริง

#### 4.4.4 มาตรการบำบัดทางจิต

มาตรการบำบัดทางจิตถือเป็นมาตรการที่มีลักษณะเชี่ยวชาญความเสียหาย เป็นมาตรการในกระบวนการหลังจากมีการพิพากษาแล้วเป็นมาตรการที่แก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดให้กลับคืนสู่สังคม โดยที่ผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องถูกจำกัดบริเวณอยู่ในสถานที่ที่รับการบำบัดทางจิตเพราะเนื่องมาจากการที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดขึ้นนั้นมีความเชื่อว่าการป่วยทางจิตซึ่งสามารถให้การรักษาได้ เมื่อผู้กระทำความผิดได้รับการบำบัดทางจิตแล้วสามารถกลับคืนสู่สังคมไปใช้ชีวิตตามปกติสุขได้ ซึ่งมาตรการบำบัดทางจิตนี้ประเทศอังกฤษได้นำมาใช้ซึ่งถือว่าได้ผลเป็นอย่างมากอีกทั้งยังมุ่งคุ้มครองเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดทางเพศจากบุคคลในครอบครัวเดียวกันเมื่อบุคคลนั้นพ้นโทษแล้วกลับไปใช้ชีวิตตามเดิม

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ามาตรการทางเลือกทั้งสี่รูปแบบได้แก่ มาตรการถอนอำนาจปกครอง มาตรการทำงานบริการสังคม มาตรการคุมความประพฤติแบบเข้มงวด มาตรการบำบัดทางจิตนั้น การจะนำมาตรการทั้งสี่รูปแบบนี้มาใช้แก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรต้องใช้มาตรการบังคับทั้งสี่รูปแบบให้สอดคล้องต้องกันเพราะการนำมาตรการบังคับทั้งสี่รูปแบบถ้าขาดรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งผลที่ได้ต่อผู้กระทำความผิด ต่อเหยื่อ ต่อชุมชนนั้นจะด้อยประสิทธิภาพจะต้องนำ

มาตรการลงโทษทั้งสามรูปแบบมาใช้ให้สอดคล้องต้องกัน ซึ่งมาตรการทั้งสี่รูปแบบนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นมาตรการเสริมทางอาญา ที่เป็นมาตรการทางเลือกอีกรูปแบบหนึ่งนอกจากการจำคุก ซึ่งควรนำมาตรการคุมความประพฤติแบบเข้มงวดมาใช้ควบคู่ไปกับมาตรการทำงานบริการสังคม และมาตรการถอนอำนาจปกครอง เพื่อจะเกิดประสิทธิผลในการบังคับใช้มาตรการลงโทษเพื่อให้แก่ไขพินฟู ผู้กระทำความผิด และยังเป็นการยับยั้งผู้กระทำความผิดมิให้กลับมาก่อทำความผิดต่อเหยื่อ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นเกราะป้องกันการกระทำผิดซ้ำต่อเหยื่อซึ่งถือเป็นผู้เสียหายอีกในทางหนึ่งด้วย

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

มาตรการเสริมในทางอาญา หมายถึง มาตรการที่บังคับใช้กับผู้กระทำความผิดบางประเภท ซึ่งมาตรการดังกล่าวไม่ใช่โทษทางอาญาหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัย แต่เป็นลักษณะของการผสมผสานกันระหว่างโทษทางอาญา วิธีการเพื่อความปลอดภัย มาตรการบังคับทางอาญา มาตรการบังคับทางแพ่ง และมาตรการบังคับในทางปกครอง เพื่อเป็นเกราะป้องกันการกระทำความผิดซ้ำและยังมีลักษณะของการแก้ไข ฟื้นฟู ผู้กระทำความผิดอีกทั้งยังเป็นการเยียวยาความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำความผิดนั้นขึ้นมา โดยมีลักษณะของการมุ่งบังคับใช้แก่ผู้กระทำความผิดในบางความผิด เพื่อมุ่งโดยตรงต่อการให้ความคุ้มครองผู้เสียหายอีกด้วย

มาตรการเสริมทางอาญา จึงถือเป็นขั้นตอนที่มีความสำคัญในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (Criminal Justice) เพราะผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษทางกาย ทางทรัพย์สิน หรือทางอื่นๆ ที่เป็นโทษทางอาญา วิธีการเพื่อความปลอดภัย แต่การบังคับใช้มาตรการเสริมทางอาญาขึ้นมาเพื่อมุ่งโดยตรงต่อผู้กระทำความผิดในความผิดบางฐานความผิดเท่านั้น เพื่อลดการกระทำความผิดซ้ำและแก้ไข ฟื้นฟู ผู้กระทำความผิดให้กลับคืนสู่สังคม อันเป็นความประสงค์ในการลงโทษในปัจจุบัน

การมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตร เป็นการกระทำที่ผิดจารีตประเพณี ศีลธรรม หมายถึง การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างพ่อกับลูกสาว แม่กับลูกชาย ในต่างประเทศนั้นบางประเทศกำหนดขอบเขตให้กว้างกว่ากฎหมายไทย กล่าวคือ คำว่า “บุตร” ตามความหมายของประเทศไทยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 นั้นย่อมาหมายความว่า ผู้สืบสันดานตามสายโลหิตโดยตรงเท่านั้นคือลูก ไม่รวมถึงลูกเลี้ยงหรือบุตรบุญธรรมแต่ในต่างประเทศนั้นหมายรวมถึงการมีเพศสัมพันธ์กันระหว่างบิดามารดาเลี้ยง กับลูกเลี้ยง หรือผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม ซึ่งโดยทั่วไปจะลงโทษทั้งชายและหญิง ไม่ว่าจะป็นกรณีสมครใจยินยอมทั้งสองฝ่าย หรือกรณีข่มขืนกระทำชำเราก็ดูถือว่าเป็นความผิดปกติทางเพศอย่างหนึ่ง ซึ่งผู้กระทำมีความรู้สึกทางเพศ ทำสนทนาคำนิยาม ตลอดจนพฤติกรรมทางเพศที่ไม่เหมือนคนปกติทั่วไป ทำให้การแสดงออกนั้นแสดงออกมาอย่างไม่เหมาะสมผิดแผกแตกต่างไปจากสิ่งที่วิญญูชนพึงปฏิบัติ ซึ่งปัจจุบันนี้มีพฤติกรรมที่ผิดแผกเพิ่มมากขึ้นอยู่ทุกวัน ซึ่งสังคมโดยทั่วไปไม่ให้การยอมรับแต่ก็ยังมีบางสังคมที่ยอมรับให้มีการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองเนื่องจากจารีตประเพณี และศีลธรรมที่มีความแตกต่างกัน

ซึ่งในสังคมที่ไม่ยอมรับการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองนั้นจะมองว่าการมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรของตนเองทำให้เกิดปัญหาสังคม และยิ่งเป็นการมีเพศสัมพันธ์กันระหว่างบุคคลในครอบครัวทางสายโลหิตโดยตรงลงมานั้นจะทำให้บุตรที่เกิดมานั้นเป็นโรคติดต่อทางพันธุกรรม เช่น โรคทางสมอง (ปัญญาอ่อน) เป็นต้น ซึ่งถือว่าเป็นผลร้ายแก่ประชากรของประเทศชาติที่เกิดมาอาจจะถือได้ว่าเป็นสัญญาณอันตรายของการสิ้นเผ่าพันธุ์ก็ได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ทำให้หลักประกันเพื่อให้การคุ้มครองและรับรองสิทธิเด็ก ดังนี้

- 1) การให้ความคุ้มครองในความเสมอภาคและความเท่าเทียมกัน รวมไปถึงการเลือกปฏิบัติ เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องอายุ (มาตรา 30) จะกระทำมิได้
- 2) สิทธิที่จะได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน 12 ปี ฟรีจากรัฐ (มาตรา 43)
- 3) หน้าที่ของรัฐที่จะต้องคุ้มครองและเลี้ยงดูเด็ก และเยาวชนที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัวและไม่มีผู้ดูแลหรือถูกทอดทิ้ง มีสิทธิได้รับการเลี้ยงดูและการศึกษาอบรมจากรัฐ (มาตรา 53) เด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัวมีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม

ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติคุ้มครองและรับรองสิทธิของเด็กไว้ในมาตรา 52 วรรคสอง วางหลักว่า “เด็ก เยาวชน สตรี และบุคคลในครอบครัว มีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากรัฐ ให้ปราศจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม ทั้งมีสิทธิได้รับการบำบัดฟื้นฟูในกรณีที่มีเหตุดังกล่าว” และมาตรา 52 วรรคสี่ วางหลักว่า “การแทรกแซงและการจำกัดสิทธิของเด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อสงวนและรักษาไว้ซึ่งสถานะของครอบครัวหรือประโยชน์สูงสุดของบุคคลนั้น” แต่อย่างไรก็ตามแม้จะมีรัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2540 หรือ 2550 การใช้มาตรการทางกฎหมายของรัฐนั้นยังคงนำมาตราการทางแพ่ง มาตรการทางอาญา หรือตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 หรือพระราชบัญญัติความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มาใช้เท่านั้น

การใช้มาตรการเสริมแก่ผู้กระทำความผิดและการให้ความคุ้มครองแก่เด็กผู้เสียหายในปัจจุบันพบว่ายังมีความบกพร่องในการนำมาตราการมาใช้ซึ่งเห็นได้ว่าการใช้มาตรการเสริมนั้นขาดความครอบคลุมต่อผู้กระทำความผิด อีกทั้งยังไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่เด็กผู้เสียหายอย่างแท้จริง

- 1) มาตรการทางแพ่งที่นำมาใช้นั้นยังไม่ครอบคลุมแก่ผู้กระทำความผิดและไม่เป็นการคุ้มครองผู้เสียหายอย่างแท้จริง

กล่าวคือ มาตรการทางแพ่ง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1582 นั้น เป็นการนำมาตราการถอนอำนาจปกครองมาใช้จะต้องมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นการกระทำที่มีเหตุที่



ให้มีการถอนอำนาจปกครองได้ ซึ่งบุคคลที่มีสิทธิถอนอำนาจปกครองนั้นเป็นหน้าที่ของญาติหรือ  
 อัยการเป็นหลัก ซึ่งญาตินั้นจะต้องเป็นญาติที่สืบสายโลหิตโดยตรงลงมาเท่านั้น หากบิดามารดา  
 ไม่ได้จดทะเบียนกันญาติฝ่ายบิดาก็ไม่มีสิทธิที่จะร้องให้ถอนอำนาจปกครองได้ และยังเป็นการปิด  
 กันไม่ให้ผู้เสียหายร้องทุกข์ได้เองอีกด้วย

อีกทั้งยังไม่ใช้มาตรการคุ้มครองผู้เสียหายที่ถูกกระทำละเมิดทางเพศอย่างแท้จริง  
 เพียงแต่เป็นมาตรการลงโทษที่มุ่งไปสู่ตัวผู้กระทำความผิดเท่านั้น

2) มาตรการทางอาญาที่นำมาใช้ยังไม่ครอบคลุมแก่ผู้กระทำความผิดและไม่เป็นการ  
 คุ้มครองผู้เสียหายอย่างแท้จริง

มาตรการทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้ในมาตรา 285 ตามประมวล  
 กฎหมายอาญาไม่ครอบคลุมถึงผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร เช่น บุตรบุญธรรมกับผู้รับ  
 บุตรบุญธรรม พ่อเลี้ยงกับลูกเลี้ยง หรือกรณีอุ้มบุญ เป็นต้น ซึ่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285  
 นั้น เป็นเพียงบทลงโทษที่มีความรุนแรงคือลงโทษหนึ่งในสามของความผิดปกติ เท่านั้น ยังมีใช้  
 บทลงโทษเพื่อให้ผู้กระทำความผิดตระหนักถึงโทษที่ได้กระทำอย่างแท้จริง

มาตรการทางอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นขาดกระบวนการ  
 ติดตามผลและกระบวนการคุ้มครองเด็กในช่วงระยะเวลาที่ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษ จึงควรจะมี  
 มาตรการบังคับทางอาญาที่มุ่งคุ้มครองและแก้ไขผู้กระทำความผิดอย่างแท้จริงเพื่อให้ผู้กระทำ  
 ความผิดกลับคืนสู่สังคมและทำให้คำว่า “ครอบครัว” กลับคืนมา

3) กฎหมายอื่นๆ ยังไม่ได้ให้ความคุ้มครองเด็กอย่างแท้จริงไม่ว่าจะเป็น รัฐธรรมนูญ  
 แห่งราชอาณาจักรไทย พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติความรุนแรงใน  
 ครอบครัว พ.ศ. 2550 เป็นการคุ้มครองอย่างกว้างๆ และมุ่งไปสู่ตัวผู้กระทำความผิดในลักษณะของ  
 การลงโทษมากจนเกินไปจนไม่มีลักษณะของการคุ้มครองผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอย่างแท้จริง

4) กรณีที่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาคือการกระทำความผิดทางเพศต่อ  
 หญิงหรือเด็กหญิงที่เป็นบุตรของตนเองที่อายุไม่เกิน 15 ปี แต่ถ้าเป็นกรณีการกระทำความผิดทาง  
 เพศที่กระทำต่อหญิงหรือเด็กหญิงซึ่งเป็นบุตรของตนเองที่มีอายุเกินกว่า 15 ปีไม่ถือว่าเป็นความผิด  
 จึงถือว่ามีความบกพร่องในเรื่องการนำอายุของบุคคลที่ถูกกระทำละเมิดทางเพศจากบุคคลที่อยู่  
 ในครอบครัวเดียวกัน

จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการเสริมทางอาญาเพื่อให้นำมาใช้แก่ผู้กระทำความผิด  
 ทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองและคงไว้ซึ่งการให้ความคุ้มครองแก่เด็กผู้เสียหายอย่างแท้จริง  
 เพราะเด็กถือเป็นทรัพยากรอันมีค่าที่จะต้องให้ความคุ้มครองและป้องกันจากผู้กระทำความผิด  
 อย่างถึงที่สุด และต้องมีการแก้ไขผู้กระทำความผิดเพื่อโดยการแก้ไขเพื่อให้กลับคืนสู่สังคมไทยได้  
 อย่างแท้จริง

ในมิติของการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดจึงได้มีแนวคิดในการพัฒนามาตรการเสริมทางอาญาที่มีระดับความรุนแรงน้อยกว่าการจำคุก และเข้มงวดยิ่งกว่าการคุมความประพฤติปกติที่เรียกว่า มาตรการลงโทษระดับกลาง (Intermediate Punishment) ขึ้นมาใช้มาตรการดังกล่าว ได้แก่ การคุมประพฤติแบบเข้มงวด (Intensive Probation) มาตรการทำงานบริการสังคม (Community Service) เป็นต้น ซึ่งมาตรการลงโทษระดับกลางนี้ถือเป็นมาตรการเสริมทางอาญาที่นำมาใช้แก่ผู้กระทำความผิดทางเพศต่อไป นอกจากนี้มาตรการต่างๆ เหล่านี้ยังสามารถนำมาใช้แทนการลงโทษจำคุกสำหรับความผิดที่ไม่สามารถรอการลงโทษซึ่งยังช่วยให้ผู้กระทำผิดไม่ต้องมีประวัติเป็นอาชญากรเป็นมลทินติดตัวต่อไปได้อีกด้วย

การใช้มาตรการในนานาอารยประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร เนเธอร์แลนด์ ฯลฯ ได้นำมาใช้เป็นมาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกหรือโทษปรับก่าสิบปีแล้ว ซึ่งช่วยลดความแออัดในเรือนจำ และลดงบประมาณค่าใช้จ่ายของรัฐ นอกจากนี้ ยังเพิ่มมูลค่าจากการทำงานบริการสังคมที่ไม่ได้มีค่าตอบแทน ทำให้สังคมรวมทั้งผู้เสียหายได้รับการชดใช้ด้วยผลการทำงานของผู้กระทำผิด อย่างไรก็ตาม การนำมาตรการดังกล่าวมาใช้ ซึ่งมีผลให้ผู้กระทำผิดไม่ต้องถูกควบคุมตัว แต่สามารถพักอาศัยและดำเนินชีวิตอยู่ในชุมชนได้ โดยต้องมีการควบคุมและติดตามสอดส่องอย่างเข้มงวดหรือต้องไปทำงานให้กับชุมชนหรือในหน่วยงานที่ไม่แสวงหาผลกำไรนั้น

มาตรการเสริมทางอาญา จึงเปรียบเสมือนเครื่องมืออันเป็นทางเลือกในการกำหนดมาตรการที่มีความเหมาะสม เพื่อใช้กับผู้กระทำความผิด ที่สะท้อนให้เห็นว่า ไม่จำเป็นต้องลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดเพียงอย่างเดียว ควรมีมาตรการที่ผ่อนปรนมาตรการลงโทษที่ใช้ลงแก่ผู้กระทำความผิด และยังเป็น การคุ้มครองผู้เสียหาย เพื่อแก้ไขให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคม และยังเป็น การป้องกันการกระทำผิดซ้ำไปซ้ำมา อีกทั้งต้องคุ้มครองผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่อให้ได้รับความปลอดภัยอย่างถึงที่สุดเพื่อเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานอันเป็นเกราะป้องกันเหยื่อจากผู้กระทำ ความผิดอีกด้วย

ความเหมาะสมในการใช้มาตรการเสริมทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำ ต่อบุตรของตนเองต้องคำนึงถึงการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด และต้องป้องกันเหยื่อจากการกระทำผิดซ้ำๆ อีกทั้งยังต้องคำนึงถึงความเจ็บปวดซึ่งอาจจะเรียกได้ว่าหากผู้กระทำความผิดไม่ได้รับความเจ็บปวดก็ไม่อาจจะทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกทรมานจำได้ แต่ไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการลงโทษในรูปแบบอดีตที่มีการใช้โซ่ตรวน ชื่อ เป็นต้น มาตรการเสริมที่ดีไม่จำเป็นต้องเป็นการลงโทษ โดยใช้วิธีการที่รุนแรงเสมอไปเพียงแต่ให้ผู้กระทำรู้สึกสำนึกถึงความเจ็บปวดของการลงโทษ และต้องสามารถคุ้มครอง แก้ไข ฟื้นฟู ผู้กระทำความผิดได้ เพื่อให้กลับตนเป็นคนดีคืนสู่สังคม และต้องป้องกันเหยื่อจากการกระทำผิดซ้ำๆ อีกทางหนึ่งด้วย และต้องเหมาะสมกับความผิดที่ผู้กระทำ

ความคิดได้กระทำลงไปไม่รุนแรงจนเกินไป จึงจะถือว่าเป็นมาตรการเสริมทางอาญาที่เหมาะสมแก่ความคิดที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำไปอย่างแท้จริง

การนำมาตรการถอนอำนาจปกครอง มาตรการบำบัดทางจิต มาตรการคุมความประพฤติแบบเข้มงวด มาตรการทำงานบริการสังคม มาใช้ในประเศไทยอาจถือได้ว่าเป็นมาตรการทางเลือกอันเป็นมาตรการระดับกลางที่ไม่จำเป็นต้องมีความรุนแรงเหมือนเช่นดังอดีต ซึ่งมาตรการทั้งสามรูปแบบที่กล่าวมานี้ จะต้องใช้ให้สอดคล้องต้องกันและเกี่ยวเนื่องกัน ไม่ควรจะนำมาตรการใด มาตรการหนึ่งเท่านั้นมาใช้ จะต้องนำมาตรการทั้งสี่รูปแบบมาใช้ร่วมกันแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร จึงจะถือว่าเป็นมาตรการเสริมทางอาญาที่เหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร

มาตรการแต่ละมาตรการจะมีวิธีการที่แตกต่างกันแต่การบังคับใช้มาตรการต่างๆ นั้น สามารถใช้ร่วมกันได้ กล่าวคือ การใช้มาตรการเสริมทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร การที่มีมาตรการทั้งสี่รูปแบบเพื่อจะบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร เพื่อมุ่งสู่ความหมายที่แท้จริงของการใช้มาตรการเสริมทางอาญา เพื่อที่จะมุ่งคุ้มครอง แก่ใจ ฟันฟู ผู้กระทำความผิดให้กลับตนเป็นคนดีคืนสู่สังคม และยังเป็นการยับยั้งผู้กระทำความผิดไม่ให้กลับมากระทำความผิดซ้ำต่อเหยื่อ อันถือเป็นเกราะป้องกันเหยื่อจากผู้กระทำความผิดอีกด้วย ซึ่งมุ่งสู่ประสิทธิผลของการใช้มาตรการบังคับทางอาญา และยังเป็นการทำให้สถาบันครอบครัวอันเป็นสถาบันที่สำคัญอย่างยิ่งของสังคม

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

### 1) มาตรการถอนอำนาจปกครอง

(1) ควรให้มีมาตรการถอนอำนาจปกครองแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร ซึ่งมาตรการถอนอำนาจปกครองนั้นควรมุ่งเน้นไปที่ตัวผู้กระทำความผิดและยังคงไว้ซึ่งการให้ความคุ้มครองเด็กซึ่งถือเป็นผู้เสียหายด้วย ซึ่งมาตรการถอนอำนาจปกครองนั้นควรมีลักษณะเป็นการออกคำสั่งกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนว่าห้ามติดต่อกับเด็กจนกว่าผู้กระทำความผิดจะผ่านกระบวนการแก้ไขฟื้นฟู เช่น กระบวนการบำบัดทางจิตจนแน่ใจว่าจะไม่กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก

(2) ควรมีสหวิชาชีพ เช่น นักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ แพทย์ เหมือนดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อช่วยดูแลผู้กระทำความผิดอย่างใกล้ชิดและยังต้องมีการดูแลผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดอยู่ในระหว่างกระบวนการแก้ไขฟื้นฟูจนกว่าผู้กระทำความผิดจะหายจากอาการผิดปกติเพื่อคืนคำว่า “ครอบครัว” กลับแก่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายได้อย่างแท้จริง

(3) การร้องขอให้ถอนอำนาจปกครองนั้นควรให้สิทธิแก่ผู้เสียหายมีสิทธิร้องขอให้ถอนอำนาจปกครองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพราะการถอนอำนาจปกครองนั้นโดยหลักเป็นหน้าที่ของญาติและพนักงานอัยการร้องขอต่อศาลเท่านั้น จึงควรให้สิทธิผู้เสียหายโดยนิตินัยร้องขอต่อศาลในกรณีที่ผู้เสียหายยังไม่บรรลุนิติภาวะจึงควรมีผู้จัดการแทนผู้เสียหายไม่ว่าศาลจะตั้งขึ้นมาเองหรือจะเป็นญาติก็ตาม ซึ่งผู้จัดการแทนนั้นควรเป็นบุคคลที่ผู้เสียหายมีความไว้วางใจเพื่อให้ผู้เสียหายรู้สึกปลอดภัยเพราะผู้เสียหายบางคนไม่กล้าฟ้องคดีเองไม่ว่าจะเป็นเพราะกลัวหรือถูกข่มขู่ก็ตาม

## 2) มาตรการบำบัดทางจิตแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเอง

(1) ควรมีมาตรการบำบัดทางจิตแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศในช่วงระหว่างที่ยังถูกควบคุมตัวตามกฎหมายประเทศอังกฤษ เพราะผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร บางรายมีปัญหาทางด้านจิตใจที่ไม่ปกติ

(2) นอกจากจะมีมาตรการบำบัดทางจิตแก่ผู้กระทำความผิดในช่วงระหว่างที่ยังถูกควบคุมตัวแล้วกรณีที่พ้นโทษแล้วก็ควรมีมาตรการบำบัดทางจิตต่อเนื่องกันไปจึงเปรียบเสมือนกับกระบวนการติดตามผล เพื่อให้เป็นการแน่ใจว่าผู้กระทำความผิดจะไม่กลับมากระทำความผิดอีกจึงถือว่าเป็นมาตรการเสริมทางอาญาในการฟื้นฟูและแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับคืนสู่สังคม อีกทั้งยังช่วยให้ผู้เสียหายมีความปลอดภัยจากเนื้อตัวร่างกายอีกด้วย

## 3) มาตรการคุมประพฤติแบบเข้มงวด

มาตรการคุมประพฤติแบบเข้มงวดนั้นเป็นการคุมประพฤติผู้กระทำความผิดมิให้กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก เพราะเป็นเกราะป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิด ถือเป็นมาตรการอันมีลักษณะเป็นการลงโทษระดับกลาง ซึ่งถือว่าเป็นลักษณะที่ไม่รุนแรงเกินไปและไม่น้อยจนเกินไป เป็นกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเปรียบได้กับกระบวนการติดตามผล ผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นการสอดส่อง เป็นต้น เป็นมาตรการเสริมที่ถือว่าเป็นมาตรการที่มีความสำคัญอีกรูปแบบหนึ่งจะต้องกระทำควบคู่กันไปกับมาตรการดังกล่าวข้างต้น

## 4) มาตรการทำงานบริการสังคม

มาตรการทำงานบริการสังคมถือเป็นมาตรการเสริมทางอาญาอีกอย่างหนึ่งเป็นการกำหนดชั่วโมงทำงานระยะเวลาการทำงานใช้ในประเทศในแถบยุโรป เช่น อังกฤษ หรือฝรั่งเศส เป็นต้น เป็นกระบวนการดูว่าผู้กระทำความผิดสามารถทำงานบริการสังคมได้หรือไม่ เป็นการฝึกและยังเป็นกระบวนการติดตามผลว่าสามารถใช้ชีวิตได้อย่างปกติในสังคมได้หรือไม่ โดยเป็นลักษณะของการดูแลเสียมากกว่า ซึ่งถือว่าเป็นมาตรการเสริมทางอาญาที่เป็นอีกหนึ่งทางเลือกที่สามารถใช้แก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเองด้วย

5) ควรบัญญัติมาตรการเสริมลงในบทบัญญัติกฎหมายอาญามาตรา 18/1 โดยนำ มาตรการบำบัดทางจิต มาตรการทำงานบริการสังคม มาตรการคุมประพฤติแบบเข้มงวด มาตรการ ถอนอำนาจปกครอง มาเป็นมาตรการทางเลือกอีกรูปแบบหนึ่งที่ใช้บังคับแก่ผู้กระทำความผิดทาง เพศที่กระทำต่อบุตรของตนเอง

#### มาตรการและวิธีการอื่นๆ เช่น

1) การมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำต่อบุตรนั้นควรจะมีบัญญัติคำว่า “ผู้บุพการี” และ “บุตร” ให้มีความหมายกว้างกว่าที่เป็นอยู่ ครอบคลุมถึงการมีเพศสัมพันธ์กันระหว่างบิดามารดาเลี้ยงกับ ลูกเลี้ยง ผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม หรือกรณีการอุ้มบุญด้วย ซึ่งในประเทศไทยมิได้ บัญญัติให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในกรณีดังกล่าวเป็นความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ที่กระทำ ต่อบุตรจึงทำให้ไม่สามารถเพิ่มโทษให้นักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ได้ จึงควรที่จะ บัญญัติกฎหมายให้มีความครอบคลุม เพื่อที่จะลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อ บุตร ได้อย่างครอบคลุมและก่อให้เกิดความเป็นธรรม อย่างถึงที่สุด

2) ควรที่จะกำหนดอายุของเด็กหญิงหรือหญิงที่เป็นบุตรที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่ ควรจะไปกำหนดอายุว่าไม่เกิน 15 ปีจึงจะมีความผิดในกรณีข่มขืนกระทำชำเราซึ่งจะสามารถ ลงโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ได้ แต่กรณีที่กระทำต่อเด็กหญิง หรือหญิงที่เป็นบุตรที่มีอายุกว่า 15 ปีไม่อาจนำมาใช้ได้จึงไม่เป็นความผิดควรที่จะกำหนดโดยเป็น ความผิดเด็ดขาดว่าหากมีการข่มขืนเด็กหญิงหรือหญิงให้ลงโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามหากเป็นการ กระทำต่อผู้สืบสันดานไม่ว่าจะเป็นผู้สืบสันดานโดยมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือไม่มี ความสัมพันธ์ทางสายโลหิตก็ตาม ไม่ควรจะไปกำหนดอายุของเหยื่อที่ถูกกระทำความผิดเพราะถือเป็น ข้อบกพร่องที่ทำให้ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างแท้จริง

3) ควรมีมาตรการอย่างใด ๆ ที่เข้ามาช่วยเหลือการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อ บุตร ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น เพราะมาตรการต่างๆ นั้นจะใช้บังคับเมื่อมีการกระทำ ความผิดเกิดขึ้นแล้ว เช่น มาตรการสอดส่องดูแลจากชุมชนหรือคนในครอบครัวเดียวกัน ซึ่งต้อง อาศัยความร่วมมือของกันและกันจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เพื่อช่วยยับยั้ง และป้องกันมิให้เกิดการ กระทำความผิดของบุคคลในครอบครัวได้ ซึ่งสถาบันครอบครัวนั้นควรจะเป็นสถาบันหลักของ สังคม หากสถาบันครอบครัวปราศจากความปลอดภัยก็คงจะไม่มีที่ไหนที่จะปลอดภัยอีกแล้ว หรือนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้ เช่น การห้ามเข้าเขตกำหนดเพื่อนำไปใช้ในการป้องกันผู้กระทำ ความผิดทางเพศที่จะกลับมามีความผิดซ้ำต่อบุตรของตนเองอีกครั้งหนึ่ง เป็นต้น

4) ควรมีองค์กรหรือหน่วยงานที่เข้ามาทำหน้าที่ดูแลเหยื่อจากการถูกล่วงละเมิดทาง เพศจากบุคคลในครอบครัวเดียวกัน ซึ่งโดยส่วนมากเมื่อเหยื่อถูกล่วงละเมิดทางเพศแล้วบางราย ก็เกิดอาการผิดปกติ บางรายอาจไปเป็นโสเภณี และที่สำคัญบางรายเมื่อถูกล่วงละเมิดทางเพศแล้ว

ไม่กล้าที่จะไปฟ้องร้องทำให้ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตร เกิดความอึดหึงกระทำต่อไปเรื่อยๆ หรือบางรายถูกข่มขู่จากบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่ล่วงละเมิดทางเพศ ซึ่งสภาพจิตใจของเหยื่อแต่ละรายจะแตกต่างกันออกไปควรที่จะมีหน่วยงานหรือโครงการเข้ามาให้ความช่วยเหลือแก่เหยื่อที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ เช่น โครงการรณรงค์ต่อต้านความรุนแรงต่อผู้หญิง (Unifem) ศูนย์บำบัด เป็นต้น

5) กฎหมายอาญายังไม่มีการคุ้มครองเด็กผู้เสียหายอย่างแท้จริง โดยเฉพาะการลงโทษตามกฎหมายอาญามุ่งเน้นไปที่ตัวผู้กระทำความผิด จำเป็นต้องมีการคุ้มครองเด็กผู้เสียหายเมื่อเกิดเหตุในทันทีที่ต้องการปรับระบบของศาลเยาวชนและครอบครัวให้ออกคำสั่งคุ้มครองฉุกเฉินได้ เช่นเดียวกับคดีอาญาในเรื่องของหมายจับ หมายค้น หรือให้มีการส่งเรื่องต่อหน่วยงานคุ้มครองสวัสดิภาพและตำรวจเช่นเดียวกับประเทศแคนาดา อังกฤษ นิวซีแลนด์ เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กผู้เสียหายอย่างแท้จริง

6) ควรมีสูนย์บริการต่างๆ ที่คอยให้ความช่วยเหลือและให้คำแนะนำและคอยบำบัดรักษาผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุตรของตนเอง เช่น ศูนย์บริการในชุมชนที่มีหน้าที่ช่วยเหลือผู้กระทำผิด ช่วยจัดหางาน หาที่พัก และให้คำปรึกษาแนะนำเมื่อคนเหล่านั้นมีปัญหา หรือบ้านกึ่งวิถีที่ทางสหรัฐอเมริกาใช้กับผู้ถูกคุมความประพฤติหรือเป็นศูนย์เตรียมตัวก่อนการปลดปล่อยด้วย บ้านกึ่งวิถีจะเป็นที่ให้บริการสิ่งจำเป็นพื้นฐาน ได้แก่ เป็นที่พักพิงชั่วคราว พร้อมอาหาร มีเจ้าหน้าที่ในบ้านคอยให้ความช่วยเหลือผู้พักพิงเหล่านั้น อันเป็นการเตรียมอดีตผู้กระทำความผิดทั้งหลายให้กลับคืนสู่ชุมชนหรือสังคมต่อไป เป็นต้น

ดังนั้นการกำหนดมาตรการใดๆ หรือวิธีการใดๆ ก็ตามควรคำนึงถึงประโยชน์ของผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายเป็นหลัก เพื่อเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานของสถาบันที่เรียกว่า “ครอบครัว” เพื่อให้บังเกิดความปรองดองกันซึ่งกันและกันในครอบครัวเดียวกันซึ่งถือเป็นบริบททางสังคมที่จะต้องคำนึงถึง เพราะสถาบันครอบครัวถือเป็นสถาบันหลักทางสังคม เพื่อให้สถาบันครอบครัวมีความเข้มแข็ง และมีความเป็นปึกแผ่นกันอย่างแท้จริง นำไปสู่สังคมที่ปราศจากความขัดแย้ง



**บรรณานุกรม**

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

#### หนังสือ

- กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2545). **หนังสือชุด ปฏิรูปกระบวนการยุติธรรม ลำดับที่ 3 กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: ทางเลือกใหม่สำหรับกระบวนการยุติธรรมไทย**. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.).
- เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2540). **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1** (พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- คณิต ฌ นคร. (2549). **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา** (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. (2551). **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป** (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- จิตติยา เพชรมณี. (2535). **รวมบทความสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา**. ภาควิชาสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ณรงค์ ไชหาญ. (2543). **กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ณรงค์ ไชหาญ และคณะ. (2549). **ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา** (รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- นวลจันทร์ ทิศนชัยกุล. (2532). **การคุมประพฤติและการพักการลงโทษ**. กรุงเทพฯ : นิติบรรณการประธาน วัฒนาวิชย์. (2526). **กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนและกฎหมายเกี่ยวกับความผิดของเด็ก**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ประสพสุข บุญเดช. (2547). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว** (พิมพ์ครั้งที่ 14). กรุงเทพฯ: พลสยามพริ้นติ้ง.
- ประเทือง ธนิยผล. (2548). **อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา** (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ยุติธรรม. กระทรวง. (2527). **การคุมประพฤติผู้ใหญ่ ทฤษฎีและแนวปฏิบัติ**. กรุงเทพฯ: สมบัติการพิมพ์.
- สมภพ เรื่องตระกูล. (2546). **ความผิดปกติทางเพศ**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยมหิดล.
- สุวัทนา อารีพรรค. (2524). **ความผิดปกติทางจิต**. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.



อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2548). **ทฤษฎีอาญา**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

อุมาพร ตรังคสมบัติ. (2544). **จิตบำบัดและการให้คำปรึกษาครอบครัว** (พิมพ์ครั้งที่ 5).

กรุงเทพฯ: ศูนย์วิจัยและพัฒนาครอบครัวจำกัด.

### บทความ

โกเมน ภัทรภิรมย์. (2521). “การสอบสวนคดีอาญาในประเทศฝรั่งเศส.” **อัยการนิเทศ**, 31.

หน้า 340.

คณะกรรมการกิจการสตรี เยาวชน และผู้สูงอายุ. (2544). “ร่างรายงานปัญหาพฤติกรรม

รุนแรงในครอบครัว.” **วุฒิสภา**.

จิตติ วีระเวสส์. (2543, กันยายน). “ความรุนแรงภายในครอบครัว (domestic violence).”

**บทบัญญัติ**, เล่ม 56, ตอน 3. หน้า 223–232.

จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย. (2547, พฤษภาคม–สิงหาคม). “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์:

ทางเลือกในการยุติข้อขัดแย้งทางอาญาสำหรับสังคมไทย.” **ตุลพาห**, ปีที่ 51, เล่มที่ 2.

หน้า 112-142.

ประธาน วัฒนวาณิชย์. (2541, ธันวาคม). “การปฏิรูประบบการลงโทษ แนวทางสหวิทยาการโดย

เน้นทางด้านอาชญาวิทยา.” **บทบัญญัติ**, เล่ม 54, ตอน 4.

พัฒนนาด พ่วงลาภหลาย และ กุลพล พลวัน. (2522, ธันวาคม). “วิธีพิจารณาความอาญาใน

ฝรั่งเศส.” **วารสารอัยการ**, 2, 24. หน้า 47.

มาตาลักษณ์ เสรเมธากุล. (2544, กันยายน). “การคุ้มครองเด็กจากการถูกละเมิดทางเพศในประเทศ

ฝรั่งเศส.” **วารสารนิติศาสตร์**, ปีที่ 31.

มูลนิธิศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็ก. (2543, กันยายน). “ครอบครัวน่าอยู่...สังคมน่าอยู่”. **สาส์นสิทธิเด็ก**, 19.

วิชา มหาคุณ. (2543). “ความรุนแรงในสังคม ทางออกอยู่ที่ไหน.” **ตุลพาห**, เล่ม 56, ตอน 2.

หน้า 224–229.

วิสาร พันธนะ. (2521, กันยายน-ตุลาคม). “วิธีพิจารณาความอาญาในสหรัฐอเมริกา.” **ตุลพาห**, 25.

วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. (2533, มกราคม). “ปัญหาการคุ้มครองสิทธิเด็กที่ถูกทารุณกรรม.”

**วารสารต่อต้านยาเสพติด**, 6.

\_\_\_\_\_. (2542, มกราคม). “มาตรการป้องกันการทารุณกรรมเด็กที่สังคมคาดหวัง.”

**บทบัญญัติ**, 45.

สุทัตสา สุขสว่าง. (2547). “โปรแกรมการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังเพื่อคืนคนดีสู่สังคม.”

วารสารกรมราชทัณฑ์. หน้า 75-77.

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2521). “การพิจารณาคดีอาญาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา: ระบบพิจารณาแบบไบเฟอร์เมชั่น.” วารสารนิติศาสตร์, 8, 3. หน้า 442.

\_\_\_\_\_. (มกราคม-เมษายน 2520). “ร่างกฎหมายอาญาเปรียบเทียบ ว่าด้วยโทษและทฤษฎีการลงโทษ” วารสารกฎหมาย, 3. หน้า 50.

อุททิส แสนโกสิก. (2513). “วัตถุประสงค์ของการลงโทษ.” บทบัญญัติ, 2, 27. หน้า 288.

### วิทยานิพนธ์

ฐะปะนีย์ จุฬารมย์. (2549). **มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและแก้ไขปัญหามารยาทในครอบครัว.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ณรงค์ศักดิ์ สุขวิบูลย์. (2549). **มาตรการบังคับทางอาญาที่เหมาะสมสำหรับผู้กระทำผิดทางเพศ.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ถาวร พานิชพันธ์. (2520). **วิธีการเพื่อความปลอดภัย.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

นาถวดี ฟ้าคง. (2536). **มาตรการคุ้มครองเด็กที่ถูกทำร้ายโดยบุคคลในครอบครัว.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ปรีชา จำเพชร. (2546). **ดุลพินิจของศาลในการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษ: ศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ปัทมาภรณ์ รอดอนันต์. (2550). **มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครอง ป้องกัน และฟื้นฟู เด็กที่ถูกกระทำรุนแรงในครอบครัว.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

พัฒนาไชย ยอดพุง. (2533). **วิธีการเพื่อความปลอดภัย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 48.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

- วาทิน หนูเกื้อ. (2539). **มาตรการเสริมในทางอาญา**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สหชน รัตนไพจิตร. (2527). **ความประสงค์ของการลงโทษ: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา**. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อนุถกษณ์ สาริกบุตร. (2537). **การให้ผู้ถูกคุมความประพฤติทำงานบริการสังคมในฐานะเงื่อนไขของการคุมความประพฤติศึกษาเฉพาะกรณีสำนักงานคุมประพฤติในเขตกรุงเทพมหานคร**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชาสังคมศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อรรถชัย วงศ์อุดมมงคล. (2548). **การใช้มาตรการอื่นแทนโทษทางอาญา: ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดบางประเภท**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- เอมอร ตั้งสำเริงวงศ์. (2548). **ความรับผิดชอบมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกัน: ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- แคทลียา วิเศษรัตน์. (2551). **การนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้ในคดีอาญา: ศึกษาการแสวงหาข้อเท็จจริงประกอบการดำเนินคดี**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

### เอกสารอื่นๆ

- ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. (2549). **ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา** (รายงานการวิจัย).
- พีรพล จันทร์สว่าง. (2538-2539). **การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ใหญ่โดยวิธีการคุมประพฤติด้วยการทำงานบริการสังคม** (เอกสารการวิจัย). วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร ภาครัฐร่วมเอกชน รุ่นที่ 8.
- UNICEF. (2543). **กฎหมายและแนวปฏิบัติในประเทศไทยเฉพาะกรณีที่ไม่สอดคล้องตามอนุสัญญา ว่าด้วยสิทธิเด็กและข้อเสนอแนะเพื่อการพัฒนา: รายงานการวิเคราะห์**.

## กฎหมาย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

ประมวลกฎหมายอาญา.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

พระราชบัญญัติความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550.

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.  
2534.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550.

## ภาษาต่างประเทศ

## BOOKS

Alida V. Merlo and Jocelyn M. Pollock. (1995). **Women, Law, and Social Control.**

Massachusetts: Allyn & Bacon.

Ancel, Marc. (1957). **Social Defence.** London : Routledge & Keagan Paul.

Donald Brieland and John Allen Lemmon. (1987). **Social Work and the Law.** Minnesota:  
West Publishing.

Eve S. Buzawa and Carl G. Buzawa. (1990). **Domestic Violence: the criminal justice  
response.** California: SAGE Publication Inc.

Harvey Wallace. (1996). **Family Violence: Legal, medical, and social perspectives.**

Boston USA: Allyn & Bacon.

Judith Aren. (1978). **Case and Materials on Family Law.** New York: The Foundation Press.

Jean Goodwin. (1982). **Sexual abuse: Incest Victims and Their Families.** USA.: John  
Wright Inc.

Roger, W.S., and Roche, J. (1944). **Chileren's welfare and children's rights: A Practical  
guide to the law.** Holder and Stoughton.

Seymour L. Halleck. (1967). **Psychiatry and the Dilemma of Crime**. New York : Harper and Row.

Slan Irving, J. (1981). **Youth and the law**. United States: Ocean a Publications.

## LAWS

Children Act 1989.

Model Penal Code.

The Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1967.

The Domestic Violence Act 1994.

**ประวัติผู้เขียน**

ชื่อ - นามสกุล

เสริมชัย สุกประเสริฐ

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยเอเชียอาคเนย์  
ปีการศึกษา 2550

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

-