

เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษอาญา: ศึกษากรณีตามประมวลกฎหมายอาญา  
มาตรา 277 วรรคท้าย กรณีการกระทำชำเราระหว่างเด็กชายและเด็กหญิง

วิลาวัลย์ ชอบแต่ง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธีดี พนมยงค์  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2555

**The case of the offender shall not be punished: A case study of  
the criminal code section 277 last paragraph of the rape  
between boys and girls**

**WILAWAN CHOBTANG**

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws, Department of Law**

**Pridi Banomyong Faculty of Law,**

**Dhurakij Pundit University**

**2012**

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงลงได้ ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งของท่านศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ซึ่งได้ให้ความอนุเคราะห์ในการรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งให้คำปรึกษาและคำแนะนำในการศึกษาค้นคว้ามาโดยตลอด อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการทำวิทยานิพนธ์ อีกทั้งได้กรุณาเสียเวลาพิจารณาตรวจแก้ไขวิทยานิพนธ์จนเสร็จสมบูรณ์ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์เป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ที่กรุณาเสียสละเวลารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำ ข้อสังเกตต่างๆ ในการทำวิทยานิพนธ์ ขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ประธาน จุฬาริเจนันมนตรี และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์ ที่กรุณาเสียสละเวลารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้ความเมตตาแนะนำชี้แนะให้กับผู้เขียน และกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธานี วรรณนารถ ที่กรุณาเสียสละเวลารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณบิดา มารดา พี่สาว ที่ให้การสนับสนุนและให้กำลังใจมาโดยตลอด ขอขอบคุณพี่แคท ที่คอยแนะนำ ช่วยเหลือกระทั่งจบการศึกษา ขอขอบคุณพี่ๆ เพื่อนๆ ทุกคนที่ให้ความช่วยเหลือและให้กำลังใจผู้เขียนตลอดมา และขอขอบคุณมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตที่ให้ทุนการศึกษาแก่ผู้เขียน

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้า ผู้เขียนขอกราบเป็นกตเวทิตาคุณแก่บิดา มารดา ของผู้เขียน คณาจารย์ทุกท่านที่ประสาทวิชาความรู้ รวมไปถึงทุกท่านที่มีพระคุณและไม่ตรีจิตแก่ผู้เขียน หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องใดๆ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

วิลาวัลย์ ชอบแต่ง

## สารบัญ

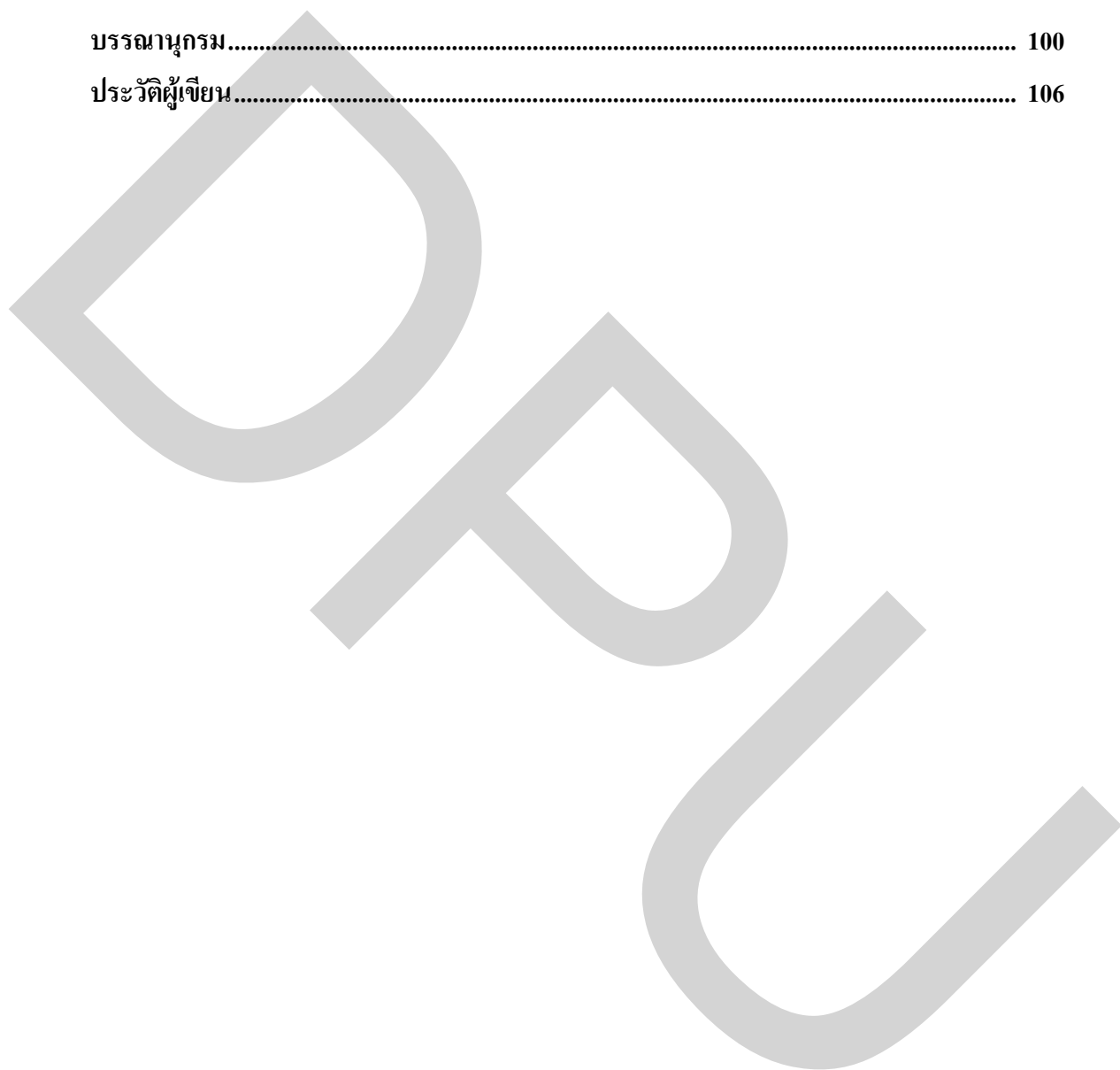
	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย .....	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
บทที่	
<b>1. บทนำ .....</b>	<b>1</b>
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	4
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	5
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา .....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ .....	6
<b>2. แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ.....</b>	<b>7</b>
2.1 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ.....	7
2.1.1 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามระบบกฎหมาย ซีวิลลอว์ .....	7
2.1.2 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์.....	14
2.2 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเด็กและสตรีตามมาตรฐานสากล.....	17
2.2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ .....	17
2.2.2 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก .....	21
<b>3. เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในความผิดทางเพศเกี่ยวกับเด็ก</b>	
<b>ตามกฎหมายต่างประเทศ.....</b>	<b>30</b>
3.1 กฎหมายฝรั่งเศส .....	31
3.1.1 เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ.....	31
3.1.2 ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายฝรั่งเศส .....	32
3.2 กฎหมายเยอรมัน .....	33
3.2.1 เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ.....	33

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.2.2 ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายเยอรมัน.....	33
3.3 กฎหมายอังกฤษ.....	34
3.3.1 เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ.....	34
3.3.2 ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายอังกฤษ.....	35
<b>4. ความผิดเกี่ยวกับเพศและเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในกฎหมายไทย.....</b>	<b>44</b>
4.1 วิวัฒนาการความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายไทย.....	44
4.1.1 กฎหมายตราสามดวง: พระอัยการลักษณะฝ่าฝืน.....	44
4.1.2 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127.....	47
4.2 แนวคิดเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในกฎหมายไทย.....	54
4.2.1 แนวคิดในการอธิบายเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ตามกฎหมายอาญาไทย.....	55
4.2.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามกฎหมายอาญาไทย.....	57
4.2.2.1 เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในบทบัญญัติทั่วไป.....	57
4.2.2.2 เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในบทบัญญัติเฉพาะ.....	61
4.3 หลักการเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราเด็ก.....	65
4.4 วิเคราะห์เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราเด็กในประเทศไทย.....	72
4.5 วิเคราะห์มาตรฐานสากลและกฎหมายต่างประเทศ.....	81
4.5.1 วิเคราะห์การคุ้มครองเด็กและสตรีตามมาตรฐานสากล.....	81
4.5.2 วิเคราะห์ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายต่างประเทศ.....	83
4.6 อำนาจการใช้ดุลพินิจตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553.....	87
<b>5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....</b>	<b>93</b>
5.1 บทสรุป.....	93
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	98

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บรรณานุกรม.....	100
ประวัติผู้เขียน.....	106



หัวข้อวิทยานิพนธ์	เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษอาญา: ศึกษากรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย กรณีการกระทำชำเราระหว่างเด็กชายและเด็กหญิง
ชื่อผู้เขียน	วิลาวัณย์ ชอบแต่ง
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2554

### บทคัดย่อ

ประเทศไทยประสบกับปัญหาการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพทางเพศ หรือปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราต่อสตรีเพศ ไม่ว่าผู้ถูกกระทำนั้นจะเป็นเด็กหรือผู้ใหญ่ก็ตาม ซึ่งเมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบันแล้วพบว่า กฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศนั้น ไม่สามารถให้การคุ้มครองเด็กได้เป็นอย่างดี ทั้งๆ ที่ประเทศไทยก็เป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW: The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women) และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (The Convention on the Rights of the Child) ที่ให้การคุ้มครองเด็กและสตรีต่อการแสวงหาประโยชน์ทางเพศทุกรูปแบบ รวมทั้งการข่มขืนเด็กซึ่งรัฐภาคีต้องใช้มาตรการต่างๆ ที่จำเป็นในแผนงานของชาติเพื่อขัดขวางการกระทำดังกล่าว

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 บัญญัติให้ความคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี มิให้ถูกล่วงละเมิดทางเพศแม้ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบ แต่เมื่อพิจารณาต่อไปในวรรคท้ายได้บัญญัติเหตุยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำผิดที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำต่อเด็กอายุระหว่าง 13-15 ปี โดยศาลอนุญาตให้ผู้กระทำผิดและเด็กผู้เสียหายสมรสกัน หากเด็กนั้นยินยอมให้กระทำชำเรา ส่งผลให้ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กจากการศึกษาพบว่า การยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำผิดใน มาตรา 277 วรรคท้ายนั้นมาจากเหตุผลของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 91/2528 วันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2528 ดังนี้คือ หากมีการบัญญัติให้ มาตรา 277 เป็นความผิดเด็ดขาดแล้ว จะส่งผลกระทบต่อประชาชนที่ชักกฎหมายอิสลามบังคับในเรื่องครอบครัวมรดก โดยกำหนดให้ชายเริ่มมีน้ำอสุจิและหญิงเริ่มมีประจำเดือน ซึ่งปกติจะเป็นช่วงอายุระหว่าง 12-16 ปี สมรสกันได้ ดังนั้น หากการสมรสระหว่างชายและหญิงซึ่งนับถือศาสนาอิสลามและหญิงมีอายุไม่เกิน 15 ปี เช่นนี้ ชายอาจจะมีความผิดได้โดยไม่มีข้อยกเว้น จึงได้กำหนดเหตุยกเว้นโทษขึ้นในมาตราดังกล่าว ซึ่งการให้เหตุผลดังกล่าวเป็นไป

เพื่อรักษาผลประโยชน์ของประชาชนเพียงบางกลุ่มในประเทศไทยเท่านั้น เพราะโดยทั่วไปแล้วกฎหมายจะมีผลใช้บังคับกับทุกคนในประเทศ เหตุผลดังกล่าวจึงไม่มีความเหมาะสมเป็นอย่างยิ่ง อีกทั้งผู้กระทำผิดอาจอาศัยช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวลงมือกระทำความผิดและกล่าวอ้างว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำชำเรา หรือบีบบังคับ ช่มชู้ให้ผู้เสียหายสารภาพว่ายินยอมให้ผู้กระทำผิดกระทำชำเรา เพื่อศาลจะได้อนุญาตให้ทั้งคู่สมรสกัน และผู้กระทำผิดก็ไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานนี้ต่อไป

การยกเว้นโทษให้ผู้กระทำผิดดังกล่าวเป็นการซ้ำเติมเด็กที่เป็นผู้เสียหายอย่างยิ่ง เพราะหากพิจารณาอายุเด็กระหว่าง 13-15 ปี ซึ่งเป็นวัยที่ต้องเล่าเรียนศึกษาหาความรู้ เป็นวัยแห่งการเจริญเติบโตในทุกๆ ด้าน พัฒนาการของเด็กในวัยนี้ยังต้องพัฒนาต่อไปอีกมาก ดังนั้นการใช้ชีวิตสมรสจึงเป็นความรับผิดชอบที่ยิ่งใหญ่เกินไปสำหรับเด็กในวัยนี้ และเด็กยังไม่รู้ถึงผลที่จะตามมาจากการสมรส ซึ่งจะต้องให้กำเนิดบุตรต่อไป ความคิดในเรื่องของการสมรสหรือการรับผิดชอบในการสร้างความคิดจึงไม่ใช่สิ่งที่เด็กวัยนี้ควรจะต้องคิดและทำความเข้าใจ ดังนั้นหากทั้งคู่สมรสกันแล้ว อาจเกิดปัญหาตามมาอีกมากมาย เช่น ปัญหาการหางานทำเพื่อเลี้ยงครอบครัว เนื่องจากทั้งคู่ยังเด็ก และการศึกษายังไม่สูง การหางานทำจึงเป็นสิ่งที่ยากนัก หรือปัญหาการหย่าร้าง เนื่องจากทั้งคู่มิได้สมรสกันด้วยความยินยอมสมัครใจ ซึ่งจะเป็นปัญหาสังคมต่อไปได้ และจากการศึกษากฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน และประเทศอังกฤษในความผิดเกี่ยวกับเพศได้ให้การคุ้มครองผู้เสียหายอย่างเด็ดขาด โดยไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติเหตุยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ไม่ว่าผู้เสียหายจะเป็นเด็ก หรือเป็นผู้ใหญ่ก็ตาม ดังนั้นผู้กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสมควรที่จะได้รับการลงโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้และไม่สมควรที่จะได้รับการยกเว้นโทษ บทบัญญัติตาม มาตรา 277 วรรคท้าย จึงสมควรยกเลิกเพื่อเด็กจะได้รับความคุ้มครองจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศเป็นอย่างดี



Thesis Title	The case of the offender shall not be punished: A case study of the criminal code section 277 last paragraph of the rape between boys and girls
Author	Wilawan Chobtang
Thesis Advisor	Professor Dr. Surasak Likasitwatanakul
Department	Law
Academic Year	2011

### ABSTRACT

One of the ongoing problems in Thailand is the crime of rape or sexual abuse committed against females, regardless of their ages, which is a violation of the universal right to sexual freedom. Thailand's current laws which are aimed at protecting children from being sexually abused cannot protect them effectively despite Thailand being a signatory to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the Convention on the Rights of the Child, which grant women and children protection against all forms of sexual exploitation including child sexual abuse. As a signatory to these two conventions, Thailand has a duty to implement the essential measures stated in the national plan to prevent such crimes.

Article 277 of the Thai penal code states that a child under 15 shall be protected against sexual harassment. Even if the child gave consent to the acts, the perpetrator is liable to punishment. However, based on the final clause of the article, an exemption from punishment is provided for a person engaging in sexual acts with a child aged between 13-15 if the child had given consent. In such a case, the court would require them to get married and the person who initiated the sexual acts could then escape punishment. This study found that the final clause was based on the reasoning of the Committee Considering 91<sup>st</sup> /B.E.2528 Amendment on the Penal Code, given on 18<sup>th</sup> February B.E.2528, which decided that if the law regarded the violation of the article as a definite offence, it would affect those who adhere to the Islamic family laws of inheritance. Under these laws a male who has begun discharging semen and a female who has begun menstruating, usually at ages between 12 and 16, may get married. Without the exemption, an Islamic marriage in which the female is under 15 would render the male guilty of sexual abuse.

For this reason, the exemption clause exists in the article. The reasoning aims only at preserving the cultural traditions of a specific group of people in the country. In principle, however, the law should apply to all people. The committee's reason is indefensible as the resulting loophole in the law could be used to avoid punishment. The perpetrator could claim that the victim consented to his action, or he might force or intimidate her into stating that she consented to it so that the court would then allow them to get married and he could avoid being convicted for sexual abuse.

An exemption from punishment for the perpetrator would, however, aggravate the suffering of the victim because, between the ages of 13-15, a child needs to be educated and to become more mature. Children at this age are not very mature, so married life would be too great a burden for them as they would not yet be aware of the consequences of marriage i.e. having a baby. The concept of married life and the responsibility attached to it is not meant for such young people. After getting married, they may have many problems such as obtaining work to earn enough money for their family. Being children and not being highly educated, they will find getting a job very difficult. They may get divorced since they did not get married willingly. This, in turn, will become a social problem. A study of French, German, and British laws relating to sexual offense cases found that the victim is granted complete protection by the law. There are no exemptions from punishment for a perpetrator who is found guilty of rape, regardless of the age of the victim. All in all, the person found guilty of rape or sexual abuse should be liable to the penalty specified by the law and should not be exempted from punishment. Therefore, the provision of exemption in the last clause of article 277 should be repealed so that children can be effectively protected against sexual harassment.

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความเป็นมาของปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราเป็นเวลานานแล้วตั้งแต่สมัยโบราณกาล เพราะมนุษย์นั้นยังมีความต้องการที่ผูกติดกับธรรมชาติ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการกิน การอยู่อาศัย การจับจ่าย และการสืบพันธุ์ บางครั้งมนุษย์อาจจะทำทุกอย่างเพื่อสนองความต้องการของตนเอง แม้จะขัดต่อศีลธรรมก็ตาม ปัญหาทางสังคมจึงต้องเกิดขึ้น เมื่อมนุษย์อยู่ร่วมกันเป็นสังคม ปัญหาสำคัญอย่างหนึ่งในการอยู่ร่วมกันในทางสังคมทุกยุคทุกสมัย คือ ปัญหาการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพทางเพศ กล่าวคือ ปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราต่อสตรีเพศ ไม่ว่าผู้ถูกระทำนั้น จะบรรลุนิติภาวะหรือไม่ก็ตาม ประเทศไทยก็เป็นอีกประเทศหนึ่งที่ประสบปัญหานี้ จึงมีมาตรการป้องกันและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพสตรี มาตั้งแต่ครั้งโบราณกาลเช่นเดียวกัน โดยสังเกตได้จากพระราชกำหนดกฎหมายของไทยตั้งแต่โบราณ ที่มีบทบัญญัติลงโทษผู้กระทำความผิดฐานล่วงเกินบุตรภรรยาผู้อื่นในทางอนาจารหรือประเวณี โดยถือว่านอกจากจะเป็นความผิดต่อเสรีภาพ และชื่อเสียงเกียรติคุณของสตรีแล้วยังเป็นการล่วงละเมิดศีลธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมอันดีงามของไทยอย่างร้ายแรงด้วย เช่น

มาตรา 1 ของกฎหมายลักษณะผัวเมียที่บัญญัติว่า “ชายใดข่มขืนภรรยาท่านถึงชำเรา ให้ใหม่โดยประณมผิดเมียทวิคูณ ถ้าข่มขืนมิได้ชำเรา ให้ใหม่โดยประณมผิดเมีย”<sup>1</sup>

มาตรา 76 “ชายใดมีเมียแล้ว ข่มขืนลูกสาวท่านถึงชำเรา ให้ใหม่ชายนั้น กิ่งประณมผิดเมีย...”

ในการลงโทษกฎหมายเรียกว่า ประณมผิดเมีย แทนที่จะเรียกว่า เป็นการกระทำความผิดต่อหญิง<sup>2</sup> กฎหมายไทยนั้นไม่เพียงแต่บัญญัติคุ้มครองผู้บรรลุนิติภาวะเท่านั้น ในส่วนของเด็กหรือผู้เยาว์ ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะก็มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ด้วยว่าหญิงอายุเท่าใดจึงจะให้ความยินยอม ซึ่งทำให้การชำเราไม่เป็นการผิด พระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมพระยาราชนูฎิเรกฤทธิ

<sup>1</sup> ประสทธิ พัฒนอมร. (2522). ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา. หน้า 15.

<sup>2</sup> แหล่งเดิม.

ทรงอธิบายว่า “คนที่จะเป็นผู้เมียกันได้ มิใช่จะเป็นได้เมื่ออายุเท่าไรไม่ว่า”<sup>3</sup> จากข้อความนี้แสดงให้เห็นว่าอายุในการให้ความยินยอมของเด็กเป็นสาระสำคัญของการสมรสเช่นกัน เพราะการอยู่กินนั้นสามีภรรยาต้องมีเรื่องสิทธิเสรีภาพทางเพศมาเกี่ยวข้อง การร่วมประเวณีกับเด็กหญิงอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดย่อมเป็นความผิด ซึ่งกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้กล่าวว่า “เด็กไม่รู้เดียงชาในเรื่องนี้มีในลักษณะวิวาท มาตรา 11 คือ อายุต่ำกว่า 7 ขวบลงมา”

จากกฎหมายลักษณะผู้เมีย มีการวิวัฒนาการเรื่อยมาเป็นกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ก็ยังคงบัญญัติไว้ในส่วนที่ 6 อันว่าด้วยความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยเฉพาะหมวดที่ 2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและมีการแก้ไขปรับปรุงในปี 2500 ยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญาจนประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ความผิดฐานนี้ก็ยังคงอยู่ประกอบกับแนวโน้มเกี่ยวกับรายละเอียด บทกำหนดโทษก็มีอัตราสูงขึ้น ซึ่งเป็นเครื่องบ่งชี้ถึงความบกพร่องในการบังคับใช้กฎหมาย มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองป้องกันคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) ของความผิดฐานนี้ จึงควรศึกษาว่ากฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศที่ใช้บังคับในปัจจุบันเป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองผู้เสียหายอย่างแท้จริงหรือไม่ประการใด

ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองเด็กต่อการถูกล่วงละเมิดทางเพศ คือคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี แต่ในวรรคท้ายได้บัญญัติเหตุยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำผิดที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำต่อเด็กหญิงอายุระหว่าง 13-15 ปี โดยศาลอนุญาตให้ชายผู้กระทำผิดและเด็กหญิงผู้เสียหายสมรสกัน หากเด็กหญิงยินยอมให้ชายกระทำชำเรา ซึ่งโดยทั่วไปบทบัญญัติในกฎหมายอาญาจะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดอาญาและโทษ สำหรับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนั้นจัดว่าเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้น ทั้งนี้เพราะตามปกติเมื่อการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญาแล้ว “ความสมควรลงโทษ” สำหรับการกระทำนั้นย่อมมีอยู่ในตัวเองในการกระทำนั้น อย่างไรก็ตามในบางกรณีแม้การกระทำจะเป็นความผิดอาญาแต่ก็อาจมีเหตุผลพิเศษที่ยังไม่สมควรลงโทษผู้กระทำความผิดผู้ใดผู้หนึ่ง โดยเฉพาะได้ ในกรณีนี้กฎหมายจะบัญญัติยกเว้นโทษเป็นการเฉพาะตัวผู้นั้นไว้ ซึ่งอาจจะเป็นการยกเว้นโทษให้ทั้งหมด หรือยกเว้นโทษให้บางส่วน (ลดโทษ) ก็ได้<sup>4</sup> ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดความสนใจที่จะศึกษาถึงเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย ที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดในความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กได้รับการยกเว้นโทษนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ เพราะเมื่อพิจารณาที่ตัวเด็กแล้วจะเห็นได้ว่า เด็กในช่วงวัยดังกล่าวเป็นวัยแห่งการศึกษาเล่าเรียน และเป็นวัยแห่งการเจริญเติบโตในทุกๆ ด้าน พัฒนาการของ

<sup>3</sup> แหล่งเดิม.

<sup>4</sup> คณิต ฌ นคร ก (2551). กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. หน้า 113.

เด็กในวัยนี้ยังต้องพัฒนาต่อไปอีกมาก ซึ่งตามมาตรฐานสากลก็ยังไม่ให้การรับรองว่าเด็กในวัยนี้ต้องได้รับการศึกษาแล้วเรียน และต้องคุ้มครองเด็กมิให้ถูกล่วงเกินทางเพศ เด็กจึงเป็นวัยที่ต้องได้รับการดูแลอย่างดี การสมรสจึงเป็นความรับผิดชอบที่ยิ่งใหญ่เกินไปสำหรับเด็กในวัยนี้ และเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว...” เหตุที่กฎหมายกำหนดอายุขั้นต่ำที่ 17 ปี เนื่องจากเป็นเกณฑ์ที่ชายและหญิงเติบโตพอสมควรที่จะมีความรับผิดชอบในเรื่องการสมรส รวมถึงเข้าใจในการร่วมประเวณีและผลของการร่วมประเวณีอันจะต้องรับผิดชอบในการให้กำเนิดบุตรต่อไปได้ และในทางสรีระวิทยา ชายหญิงที่อายุต่ำกว่า 17 ปี มักจะยังไม่มีความเจริญเติบโตในทางร่างกาย จิตใจ และสมองอย่างเต็มที่ ยังไม่ค่อยมีความรู้สึกรู้คิดในการครองเรือน อีกทั้งยังไม่รู้ถึงผลที่จะตามมาจากการสมรส และการให้เด็กสมรสกันดังกล่าวอาจเกิดปัญหาตามมาคือ เด็กอาจไม่ยินยอมให้สมรสอย่างแท้จริง แต่จำต้องยอมเพราะถูกผู้กระทำผิดบีบบังคับ ข่มขู่เพื่อให้ตนพ้นโทษจากการกระทำผิด และเมื่อสมรสกันแล้วก็อาจมีการหย่าร้างกัน เนื่องจากการสมรสไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจตามความมุ่งหมายของการสมรส ซึ่งการสมรส ก็คือการที่ชายและหญิงสมัครใจเข้ามาอยู่กินฉันสามีภริยากันชั่วชีวิต โดยจะไม่เกี่ยวข้องทางชู้สาวกับบุคคลอื่นใดอีก<sup>5</sup> แต่การสมรสในกรณีนี้เป็นเพียงการสมรสเพื่อให้ชายผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กรณีจึงอาจเป็นปัญหาสังคมต่อไปในอนาคตได้

อนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยความผิดเกี่ยวกับเพศตาม มาตรา 276 และ มาตรา 277 ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 20 ก.ค. 2550 มีผลทำให้คำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” เปลี่ยนแปลงไป โดยได้ขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราออกไปอย่างมาก ซึ่งได้บัญญัติให้การล่วงละเมิดทางเพศไม่ว่าจะเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก หรือใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้งสิ้น ทำให้สามารถแยกการกระทำ ความผิดฐานนี้ออกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ 1) การร่วมประเวณีตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิง และ 2) การร่วมประเวณีโดยผิดธรรมชาติ (Sodomy) ซึ่งแตกต่างจากการตีความการกระทำชำเราตามบทบัญญัติกฎหมายเดิม ที่จะต้องเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น โดยศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่า “ต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงจึงจะเป็น

<sup>5</sup> ประสพสุข บุญเดช. (ม.ป.ป.). *ครอบครัว*. หน้า 119.

<sup>6</sup> แหล่งเดิม.

ความสำเร็จ ส่วนการล่องล้าเข้าไปในร่างกายในช่องทางอื่น หรือการใช้วัตถุอื่นใดล่องล้าเข้าไปในร่างกายเป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจาร”

จากการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวทำให้หญิงก็สามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้โดยตรงและอาจเป็นการที่หญิงลงมือกระทำชำเราเด็กชายก่อนและต่อมายุหลังศาลอนุญาตให้หญิงสมรสกับเด็กชายนั้น หรืออาจเป็นการกระทำระหว่างบุคคลเพศเดียวกันก็ได้ แต่เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้บุคคลเพศเดียวกันทำการสมรสกันได้ ดังนั้นจึงไม่อาจมีกรณีที่ผู้กระทำและผู้ถูกระทำที่เป็นเพศเดียวกันจะได้รับการยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้ายได้ จึงเป็นการแก้ไขกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขการสมรสที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 และตามประเพณีวัฒนธรรมของไทยที่สืบทอดกันมาช้านานที่สอนให้หญิงต้องรักษาวงศ์วงศ์ การจะลงมือกระทำชำเราชายก่อนนั้นเป็นสิ่งที่สังคมยอมรับไม่ได้ จึงเป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับวัฒนธรรมประเพณีของไทยเช่นกัน

จากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น ผู้ศึกษามีความสนใจจะศึกษาเฉพาะกรณีที่ชายอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำชำเราเด็กหญิงอายุระหว่าง 13-15 ปี โดยจะศึกษาถึงเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย ว่าเป็นบทบัญญัติที่มีความเหมาะสมหรือไม่ ในการคุ้มครองเด็กหรือเป็นบทบัญญัติที่ทำให้เด็กผู้เสียหายต้องได้รับรับเคราะห์กรรมซ้ำสอง

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีในการบัญญัติเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวของไทยว่าควรเป็นอย่างไร

1.2.2 เพื่อศึกษาบทบัญญัติเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย ว่ามีจุดอ่อนจุดแข็งอย่างไร เพื่อให้พบปัญหาและพบอุปสรรคต่างๆ ที่แท้จริง

1.2.3 เพื่อศึกษาถึงความเหมาะสมในการบัญญัติให้ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคท้ายเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง

1.2.4 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กต่อการถูกล่วงละเมิดทางเพศ และนำมาประยุกต์ใช้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบัญญัติกฎหมายของไทย

1.2.5 เพื่อศึกษามาตรการและกลไกทางกฎหมายนำมาใช้เป็นแนวทางสำหรับแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอาญา เพื่อให้บทบัญญัติว่าด้วยเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย มีผลใช้บังคับในปัจจุบันได้อย่างถูกต้องเหมาะสม และเป็นธรรมสอดคล้องกับสภาพปัญหาของสังคมในปัจจุบัน

### 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การบัญญัติให้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวเป็นการบัญญัติกฎหมายที่สร้างความไม่ยุติธรรมให้กับสังคม สมควรถูกยกเลิกเพราะเป็นการเปิดช่องว่างทางกฎหมายให้เกิดการกระทำความผิดทางเพศกับเด็ก โดยเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดสามารถรอดพ้นจากเงื้อมมือกฎหมายได้ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษหากเด็กหญิงนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน นอกจากนี้แม้ผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษไปแล้ว แต่เมื่อแต่งงานกันภายหลังกฎหมายก็เปิดช่องให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไปได้อีก ทำให้ผู้กระทำความผิดอาศัยช่องว่างดังกล่าวมาบีบบังคับให้เด็กหญิงต้องแต่งงานด้วยเพื่อให้ตนจะได้ไม่ต้องรับโทษ อันเป็นการทำให้เด็กหญิงต้องรับความทุกข์ทรมานซ้ำสองซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ควรเกิดขึ้นในกฎหมายไทย อีกทั้งเด็กในวัยไม่เกินสิบห้าปียังเป็นวัยแห่งการศึกษาหาความรู้ไม่เหมาะสมที่จะมีครอบครัว ดังนั้น การยกเลิกเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวตาม มาตรา 277 วรรคท้ายดังกล่าวจะทำให้เด็กหญิงได้รับการคุ้มครองทางเพศและได้รับความยุติธรรมทางกฎหมายอย่างแท้จริง

### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษานี้เป็นการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาวิเคราะห์ข้อมูลจากกฎหมายไทย กฎหมายต่างประเทศ คำพิพากษาศาลฎีกาไทย ตำรากฎหมายไทย ตำรากฎหมายต่างประเทศ หนังสือ ข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต และเอกสารการประชุมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับ

### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ มุ่งศึกษาถึงแนวคิดและหลักการบัญญัติเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ในเนื้อหาของวิทยานิพนธ์จะกล่าวถึงประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย ปัญหาและอุปสรรค รวมทั้งข้อสังเกตต่างๆ ศึกษาเปรียบเทียบกับหลักการคุ้มครองเด็กต่อการถูกล่วงละเมิดทางเพศของกลุ่มประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน และกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์อัน ได้แก่ ประเทศอังกฤษ รวมไปถึงการศึกษามาตรฐานในการคุ้มครองทางเพศโดยศึกษาจากอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)) และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (The Convention on the Rights of the Child) ทั้งนี้เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบให้เห็น

ความแตกต่างและข้อดีข้อเสียของแต่ละประเทศ รวมถึงความเหมาะสมในการกำหนดให้บทบัญญัติดังกล่าวเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว รวมทั้งเสนอแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายที่มีผลเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองเด็กต่อการถูกล่วงละเมิดทางเพศที่เหมาะสมกับสภาพสังคมของประเทศไทย

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.2.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิดทฤษฎีในการบัญญัติเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวของไทยว่าควรเป็นอย่างไร

1.2.2 ทำให้ทราบถึงบทบัญญัติเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย ว่ามีจุดอ่อนจุดแข็งอย่างไร เพื่อให้พบปัญหาและพบอุปสรรคต่างๆ ที่แท้จริง

1.2.3 ทำให้ทราบถึงความเหมาะสมในการบัญญัติให้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง

1.2.4 ทำให้ทราบถึงกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กต่อการถูกล่วงละเมิดทางเพศ และนำมาประยุกต์ใช้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบัญญัติกฎหมายของไทย

1.2.5 เป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอาญา เพื่อให้บทบัญญัติว่าด้วยเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย มีผลใช้บังคับในปัจจุบันได้อย่างถูกต้องเหมาะสม และเป็นธรรมสอดคล้องกับสภาพปัญหาของสังคมในปัจจุบัน



## บทที่ 2

### แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติไว้ เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย แต่ในบางกรณีแม้ว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งของบุคคลนั้นจะฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นความผิด และกำหนดบทลงโทษไว้ ก็มีได้หมายความว่า การกระทำของบุคคลผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องถูกลงโทษเสมอไป หากปรากฏว่าการกระทำนั้นมีกฎหมายบัญญัติยกเว้นโทษไว้สำหรับความผิดนั้น<sup>1</sup>

#### 2.1 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

บางกรณีแม้ว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งของบุคคลนั้นจะฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นความผิด และกำหนดบทลงโทษไว้ แต่ก็มีได้หมายความว่า การกระทำของบุคคลผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องถูกลงโทษเสมอไป หากปรากฏว่าการกระทำนั้นมีกฎหมายบัญญัติยกเว้นโทษไว้สำหรับความผิดนั้น

##### 2.1.1 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

แนวคิดทฤษฎีในการอธิบายเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้นมีแนวคิดในการอธิบายที่แตกต่างกัน ดังนี้

1) ตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส นั้นถือว่า เมื่อการกระทำของบุคคลใดบุคคลหนึ่งครบโครงสร้างความผิดอาญาใน ข้อสาระทางกฎหมาย ข้อสาระทางการกระทำ ข้อสาระทางจิตใจ โดยทั่วไปแล้วการกระทำของบุคคลนั้นก็มีความผิดอาญาตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ก็จะต้องนำการกระทำนั้นมาวินิจฉัยถึง “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” ซึ่งอยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญาและเป็นการพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลนั้นมีความผิดอาญาหรือไม่ หรือมีความผิดอาญาแล้ว จะต้องถูกลงโทษหรือไม่อย่างไร<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ชานนท์ ศรีสารต์. (2545). เหตุยกเว้นโทษในกฎหมายอาญา. หน้า 18.

<sup>2</sup> แหล่งเดิม.

## (1) ความหมายของเหตุยกเว้นโทษ

เนื่องจากการวินิจฉัย “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” นั้น อยู่นอกโครงสร้าง ความผิดอาญา การวินิจฉัยถึงเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดนั้นจึงต้องวินิจฉัยหลังจากที่วินิจฉัย การกระทำนั้นครบโครงสร้างความผิดอาญาแล้ว

สำหรับ “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” นั้น แยกออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ<sup>3</sup>

## ก. เหตุเนื่องมาจากการกระทำ (Cause objective)

เป็นการพิจารณาพฤติกรรมการกระทำ (Circumstances objective) โดย ไม่ขึ้นอยู่กับสภาพตัวผู้กระทำผิดแต่อย่างใด ดังนั้นเหตุเนื่องมาจากการกระทำ ได้แก่<sup>4</sup>

- การกระทำตามหน้าที่ ได้แก่
  1. การกระทำตามกฎหมาย
  2. การกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย
- การใช้สิทธิ ได้แก่
  1. การกระทำโดยป้องกัน
  2. กรณีอื่นๆ ที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้
- การกระทำโดยจำเป็น และความยินยอมของผู้เสียหาย

## ข. เหตุเนื่องมาจากตัวบุคคล

ในการที่จะพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิด นอกจากผู้กระทำจะต้องกระทำ ตามองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว จะต้องพิจารณาความสามารถในการรับรู้การที่จะ ถูกลงโทษด้วย กล่าวคือ ผู้กระทำสมควรที่จะได้รับโทษตามความผิดที่ได้กระทำลงไปหรือไม่

เหตุเนื่องมาจากตัวผู้กระทำตามกฎหมายฝรั่งเศส ได้แก่

- การกระทำเพราะถูกบังคับ (ทางกายและจิตใจ)
- การกระทำโดยวิกลจริต
- การกระทำความผิดโดยผู้เยาว์

<sup>3</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2532). “การกระทำโดยจำเป็น: เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์, 17, 3. หน้า 144-153.

<sup>4</sup> แหล่งเดิม.

<sup>5</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2535, มีนาคม). “ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ.” วารสารนิติศาสตร์, 22, 1. หน้า 144.

สำหรับผลที่เกิดจากเหตุที่พิจารณาจากตัวผู้กระทำนั้นก็คือ การกระทำนั้นยังคงเป็นความผิด แต่ตัวผู้กระทำนั้นไม่ต้องรับโทษเท่านั้น และผลการกระทำนี้เป็นเหตุส่วนตัว

ดังนั้น สรุปได้ว่า ความหมายของเหตุยกเว้นโทษตามกฎหมายฝรั่งเศสคือการกระทำนั้นเป็นความผิดกฎหมายแต่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำ ในการพิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษนั้น จะพิจารณาใน “เหตุเนื่องจากตัวบุคคล” (Cause subjective) ซึ่งอยู่นอกโครงสร้างความรับผิดชอบเท่านั้น

## (2) ประเภทของเหตุยกเว้นโทษ

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดนั้น ประกอบด้วย “เหตุเนื่องจากการกระทำ” ซึ่งมีผลทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญาเลย สำหรับ “เหตุเนื่องจากตัวบุคคล” ซึ่งมีผลทำให้การกระทำนั้นผิดกฎหมายเพียงแต่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำ ความผิดเท่านั้น โดยที่ “เหตุเนื่องจากตัวบุคคล” ตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศสนั้นก็คือ เหตุยกเว้นโทษในกฎหมายอาญาสามารถแยกออกได้เป็น 2 ประเภท<sup>6</sup>

### ก. เหตุยกเว้นโทษ (Excuse)

การที่บุคคลจะได้รับยกเว้นโทษนั้นจะต้องพิจารณาอย่างน้อยที่สุดว่าผู้กระทำสามารถรู้สึกผิดชอบ (Le minimum d' aptitude au discernement) กล่าวคือ ผู้นั้นจะต้องสนองตอบต่อผลของการกระทำผิดอาญาของตนเองได้

ดังนั้น เหตุยกเว้นโทษ หมายความว่า ผู้กระทำผิดจะต้องได้รับโทษเมื่อเขาได้กระทำด้วยความประสงค์อันอิสระและมีสติสมบูรณ์ (Volont'e libre et intelligence Imcide) กล่าวคือ ผู้กระทำผิดนั้นจะต้องมีความสามารถเข้าใจในการกระทำของตนและต้องการกระทำผิดนั้นอยู่

สำหรับเหตุยกเว้นโทษประเภทนี้ ได้แก่

- เหตุเกี่ยวกับข้อจำกัดเรื่องเสรีภาพในการกระทำ (La libert'e du comportement p'e nal) ได้แก่ การกระทำเพราะถูกบังคับ
- เหตุเกี่ยวกับสติปัญญาของผู้กระทำ (La lucidit'e du comportement p'e nal) ได้แก่ เหตุวิกลจริต และเหตุเกี่ยวกับเด็กกระทำผิด

### ข. เหตุยกโทษ (Absolution)

การยกโทษ หมายความว่า การกระทำนั้นยังเป็นความผิดอยู่ และผู้กระทำยังมีความรู้สึกผิดชอบได้ทุกประการ ซึ่งโดยปกติแล้วเขาจะต้องถูกลงโทษ ดังนั้น การยกโทษนี้จึงไม่ได้เป็นการลบล้างความผิดหรือลบล้างความรู้สึกผิดชอบของผู้กระทำเลย (Elle ne supprime

<sup>6</sup> แหล่งเดิม.

nil l'Fraction ni la culpabilit'e) การยกโทษนั้น ก็เนื่องจากว่า เป็นการพิจารณาในด้าน “ความเหมาะสมในการลงโทษ” (L' opportunit'e de la sanction p'e nale) แล้วกฎหมายเห็นว่า ผู้นั้น ไม่ควรต้องลงโทษแต่อย่างใด ซึ่งเหตุผลในเรื่องเกี่ยวกับความเหมาะสมในการลงโทษนี้ ได้แก่ การพิจารณาเหตุผลในเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (La punition des coupables est command'e par des consid'e rations d'ordre public)<sup>7</sup>

สำหรับเหตุยกโทษที่พิจารณาถึงความเหมาะสมในการลงโทษนี้ ได้แก่

— เหตุการณ์ไม่ลงโทษสามภรรยาในความผิดฐานลักทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 380

— ในความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ เมื่อผู้มีส่วนร่วมในการกระทำ ความผิดแจ้งว่าใครเป็นตัวการหรือผู้สนับสนุนก่อนความผิดสำเร็จ ผู้นั้นก็ได้รับการยกเว้นโทษตอบแทน ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 101

กล่าวโดยสรุป ในเรื่องเหตุยกเว้นโทษในกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้น การพิจารณาถึง เหตุยกเว้นโทษนั้นเป็นการพิจารณาจาก “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” (L' impunit'e de l' infraction) ซึ่งอยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา โดยที่เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดนั้นยังสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1) เหตุเนื่องจากการกระทำ (Cause objective) ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำไม่ ชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำไม่มีความผิดอาญาเลย ดังนั้นเมื่อการกระทำของเขาไม่มีความผิด อาญาแล้ว โทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นก็ไม่สามารถที่จะมีได้<sup>8</sup>

ฉะนั้นเหตุเนื่องจากการกระทำ จึงไม่ใช่เหตุยกเว้นโทษในความหมายของ กฎหมาย แต่เป็นเหตุยกเว้นความผิด (Justification) และเป็นเหตุในลักษณะคดี (in rem)

(2) เหตุเนื่องจากตัวบุคคล ซึ่งเป็นเหตุทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ กล่าวคือ การกระทำของเขานั้นเป็นความผิดกฎหมาย โดยปกติแล้วเขาจะต้องถูกลงโทษแต่กฎหมายยกเว้น โทษให้เท่านั้น ซึ่งกรณีที่กฎหมายยกเว้นโทษให้เช่นนั้นแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

ก. เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ (Excuse) ให้เนื่องจากผู้กระทำความผิดไม่มีความรู้สึกผิดชอบ หรือสติปัญญายังไม่สมบูรณ์

ข. เหตุที่กฎหมายยกโทษ (Absolution) ให้เพราะตามความเหมาะสมในการ ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากเหตุผลที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย

<sup>7</sup> แหล่งเดิม.

<sup>8</sup> หลักไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมาย หรือ nullum crimen, nulla poena sine lege.”

ฉะนั้นเหตุยกเว้นโทษในส่วน “เหตุเนื่องจากตัวผู้กระทำ” (Cause subjective) นี้จึงเป็นเหตุยกเว้นโทษตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส และเป็นเหตุส่วนตัว (In personam)

2) ตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมัน นั้นถือว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งของคุณคนนั้นจะครบ โครงสร้างความคิดอาญา (องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว) ก็มีได้หมายความว่าบุคคลนั้นจะต้องถูกลงโทษเสมอไป เพราะกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติ “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว”<sup>9</sup> ไว้อยู่นอกโครงสร้างความคิดอาญา การพิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนั้นเป็นการพิจารณาหลังจากที่การกระทำของคุณคนนั้นครบ โครงสร้างความคิดอาญาแล้ว

#### (1) ความหมายของเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว

ตามหลักกฎหมายอาญาเยอรมัน นักกฎหมายเห็นว่าการบัญญัติเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนั้นสามารถที่จะทำได้ไม่ขัดกับหลักกฎหมายแต่อย่างใด เพราะในทางกฎหมายอาญามีหลักเพียงว่า “ไม่มีการลงโทษโดยปราศจากความชั่ว” (Nulla poena sine culpa) เท่านั้น แต่ไม่มีหลักกลับกันที่ว่า “เมื่อมีความชั่วแล้วต้องมีการลงโทษ” เสมอไป ฉะนั้นการกระทำใดการกระทำหนึ่งแม้มีความชั่วก็อาจจะไม่มีการลงโทษสำหรับการกระทำนั้นก็ได้<sup>10</sup>

การที่กฎหมายบัญญัติเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนั้นเกิดจากเหตุผลที่อยู่นอกเหนือเหตุผลของโครงสร้างความคิดอาญา ดังนั้นในเมื่อเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวอยู่นอกโครงสร้างความคิดอาญาจึงไม่กระทบกระเทือนต่อคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut)<sup>11</sup> และไม่เกี่ยวข้องกับวิธีการกระทำความผิดเพราะว่าวิธีการกระทำความผิดและคุณธรรมทางกฎหมายเป็นข้อสาระสำคัญที่อยู่ในโครงสร้างความคิดอาญา<sup>12</sup>

ดังนั้น เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวจึงหมายถึง “ข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความคิดอาญา และเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดโดยตรงเป็นการเฉพาะตัว” ที่ว่าเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความคิดอาญาก็คือ ข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิด ไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับเรื่องความผิดกฎหมาย และไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับเรื่องความชั่ว<sup>13</sup>

<sup>9</sup> คณิต ฅ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 113.

<sup>10</sup> Vgl. Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, S.498. อ้างถึงในคณิต ฅ นคร ก เล่มเดิม. หน้าเดิม.

<sup>11</sup> คณิต ฅ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 114.

<sup>12</sup> แหล่งเดิม.

<sup>13</sup> แหล่งเดิม.

(2) ประเภทของเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว<sup>14</sup>

ในทางตำรากฎหมายอาญาเยอรมันได้แยกเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวออกจากโครงสร้างความผิดอาญา ดังนั้นในการที่จะพิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนั้นจะต้องปรากฏว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบโครงสร้างความผิดอาญาทั้ง 3 ประการแล้ว การบัญญัติเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวก็เนื่องจากว่ามีเหตุผลที่อยู่นอกเหนือเหตุผลของโครงสร้างความผิดอาญานั้นเอง และเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวก็เป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา ซึ่งอาจมีก่อนหรือเกิดขึ้นหลังการกระทำความผิดอันมีผลทำให้กฎหมายห้ามลงโทษผู้กระทำความผิดหรือความสมควรลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้นตกไป

ในเรื่องเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนั้น มีทั้งกรณีที่ถูกกฎหมายยกเว้นโทษให้ทั้งหมด เรียกว่า “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” หรือแค่บางส่วน ซึ่งเรียกว่า “เหตุผลโทษให้เฉพาะตัว” ดังนั้นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว จึงรวมถึงการที่ถูกกฎหมายลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดบางส่วนด้วย<sup>15</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายอาญาเยอรมันนั้นหาได้มีแต่เฉพาะเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญาไม่ แต่ก็ยังมี “เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว” อีกด้วย ซึ่งการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวนั้นทางฝ่ายนิติบัญญัติก็จะบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะแก่ผู้กระทำความผิด เช่น กรณีความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งกฎหมายเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องจากมีเหตุเฉพาะตัวสำหรับผู้กระทำความผิดแต่ละคน

ดังนั้น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” ตามหลักกฎหมายอาญาเยอรมัน แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ<sup>16</sup>

ก. เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว<sup>17</sup>

เป็นบทบัญญัติถึงเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงที่มีอยู่ก่อนการกระทำความผิด ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายห้ามลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิด การบัญญัติเหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัวในกฎหมาย เช่น ในกรณีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัว ก็เพราะกฎหมายเห็นว่า ครอบครัวเป็นสถาบันในทางสังคมที่สำคัญสถาบันหนึ่ง การลงโทษในความผิดบางฐานจึงไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้กระทำความผิด และก่อให้เกิดผลร้ายและความแตกร้างของสถาบันครอบครัว ซึ่งการลงโทษนั้นจะทำให้สถาบันครอบครัวขาดความเป็นเอกภาพ<sup>18</sup> กฎหมายจึงยกเว้นโทษเด็ดขาดไม่ลงโทษ

<sup>14</sup> ชานนท์ ศรีสาตร์. เล่มเดิม. หน้า 23.

<sup>15</sup> แหล่งเดิม.

<sup>16</sup> สุรเศรษฐ์ หน้างาม. (2549). นิตินัยกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย. หน้า 57.

<sup>17</sup> คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 115.

<sup>18</sup> แหล่งเดิม.

สามีภรรยาในความผิดที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ ความผิดต่อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและความผิดต่อสิทธิครอบครองและสิทธิเจ้าบ้านซึ่งเป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้<sup>19</sup>

#### ข. เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว<sup>20</sup>

เป็นบทบัญญัติถึงข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำ ความผิด โดยที่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนี้มีผลทำให้ “ความสมควรลงโทษ” (Strafwürdigkeit) เปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้นที่ไม่สมควรจะลงโทษผู้กระทำความผิดต่อไป การบัญญัติเหตุยกโทษให้เฉพาะตัวนี้ก็ให้แก่ กรณีการถอนตัวจากการกระทำความผิด เหตุที่กฎหมายยกโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดและ โดยการทำดีของผู้กระทำผิดตามข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัตินี้ ทำให้วัตถุประสงค์ของการลงโทษนั้นเป็นอันตกไปด้วย<sup>21</sup>

กล่าวโดยสรุปในเรื่อง “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” ตามกฎหมายอาญาเยอรมันก็คือ การที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ เนื่องจากว่ามีเหตุผลที่อยู่นอกเหนือโครงสร้างความผิดอาญาในการที่จะไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดนั่นเอง โดยที่บทบัญญัติเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนั้น เป็นการพิจารณาถึงข้อเท็จจริงหรือเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะตัว ซึ่งข้อเท็จจริงในเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนั้นมีทั้งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนที่มีการกระทำความผิดอันมีผลทำให้กฎหมายห้ามลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งเรียกว่า “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” และ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิด โดยการทำดีของผู้กระทำความผิด ทำให้ความสมควรในการลงโทษเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดี และการกระทำดีนี้เองทำให้ วัตถุประสงค์ของการลงโทษตกไป ซึ่งเรียกว่า “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว”

ดังนั้นในการพิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนั้นเป็นการพิจารณาเฉพาะ เหตุผลที่อยู่นอกเหนือ โครงสร้างความผิดอาญา ทำให้การพิจารณาเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนั้น ไม่ได้พิจารณาถึงเหตุเกี่ยวกับความรู้สึกผิดชอบหรือการนำคำหาผิดได้แต่อย่างใด เพราะเหตุต่างๆ เหล่านี้กฎหมายอาญาเยอรมันจะนำไปไว้อยู่ในโครงสร้างความผิดอาญาในส่วนของความชั่ว

<sup>19</sup> แหล่งเดิม.

<sup>20</sup> แหล่งเดิม.

<sup>21</sup> Vgl Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, S. 486; Hans-Joachim Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band 1, Allgemeiner Teil, S. 184 อ้างถึงใน คณิต ฅ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 117.

ด้วยเหตุนี้เห็นได้ว่าตามกฎหมายอาญาเยอรมันจะแยกพิจารณาถึงเหตุในการที่กฎหมายไม่ลงโทษออกเป็น 2 กรณีด้วยกัน คือ

(1) เหตุที่เกี่ยวกับความรู้สึกลึกซึ้งหรือการนำคำหิได้นั้นจะไปรวมอยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาในเรื่อง ความชั่ว (Schuld) เพราะนักกฎหมายเห็นว่าความชั่วนั้นเป็นพื้นฐานของการกำหนดโทษ<sup>22</sup> หมายความว่า ถ้าบุคคลผู้กระทำความชั่ว การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญาจึงไม่สามารถลงโทษได้

(2) เหตุที่เกี่ยวกับเหตุผลอื่นที่กฎหมายห้ามลงโทษผู้กระทำผิด หรือเหตุผลที่กฎหมายยกโทษแก่ผู้กระทำผิดนั้น กฎหมายอาญาเยอรมันจะนำไปบัญญัติไว้ในเรื่อง “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” ซึ่งอยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญานั้น หมายความว่า การกระทำนั้นผิดกฎหมายอาญาแล้ว แต่มีเหตุผลอื่นๆ ที่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำผิด

เมื่อเปรียบเทียบเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศสและทฤษฎีกฎหมายเยอรมันสามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้

(1) เรื่อง “ความชั่ว” (Schuld) ตามกฎหมายเยอรมัน จะเทียบได้กับ “เหตุยกเว้นโทษ” (Excuse) ตามกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ เป็นการพิจารณาที่ตัวบุคคลในด้านความรู้สึกลึกซึ้งหรือการนำคำหิได้อของการกระทำ หรือความมีเสรีภาพในการตัดสินใจกระทำผิด แต่คงมีความแตกต่างกัน โดยกฎหมายเยอรมันถือว่าบุคคลผู้กระทำที่ขาดความชั่ว (Schuld) นั้น จะไม่มีความผิดอาญาเลย แต่กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายเพียงแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้เท่านั้น

(2) เรื่อง “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” ตามกฎหมายเยอรมันจะเทียบได้กับ “เหตุยกโทษ” (Absolution) ตามกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ การที่กฎหมายไม่ลงโทษ ผู้กระทำความผิดหรือการที่กฎหมายยกเว้นโทษนั้นเป็นการพิจารณาจาก “เหตุผล” ด้านอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวกับความรู้สึกลึกซึ้งหรือการนำคำหิได้อของผู้กระทำและมีผลเฉพาะต่อผู้กระทำความผิดนั้น

### 2.1.2 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่จัดอยู่ในกลุ่มระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งจะให้ความสำคัญต่อหลักกฎหมายที่มาจากคำพิพากษา เพราะระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่ศาลได้กำหนดขึ้น (Judge made law) หลักการใช้กฎหมายจึงมักเป็นหลักเฉพาะเรื่องเฉพาะราวที่ใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี (Case law) กล่าวคือ เป็นการพิจารณาจากเรื่อง

<sup>22</sup> ชานนท์ ศรีสาตร์. เล่มเดิม. หน้า 26.



เฉพาะเรื่องมาสู่หลักเกณฑ์ทั่วไป โดยการที่ศาลได้พิพากษาเป็นกรณีๆ ไปทำให้มีหลักเกณฑ์ขึ้น และถือเป็นบรรทัดฐานที่จะต้องเคารพนับถือคำพิพากษานั้นๆ<sup>23</sup>

การวินิจฉัยความผิดอาญาตามระบบกฎหมายอังกฤษถือหลักว่า การกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาได้ จะต้องประกอบด้วยการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมาย หรือการกระทำที่แสดงออกภายนอกนั้นผิดกฎหมาย (Actus reus) และจะต้องมีส่วนจิตใจที่ควรถูกตำหนิได้ (Mens rea) ซึ่งการพิจารณานี้เป็นไปตามหลักพื้นฐานของสุภาษิตลาตินที่ “Actus non facit reum nisi mens sit rea” (the act itself does not constitute guilty unless done with a guilty mind) หมายความว่า “การกระทำในตัวของมันเองไม่เป็นความผิด เว้นแต่มีจิตใจที่ผิดด้วย” ดังนั้นการวินิจฉัยความผิดอาญาจึงประกอบด้วย 2 ส่วน เป็นลำดับดังนี้ คือ

1) Actus reus หรือ Guilty act หรือ Criminal act หมายถึง การกระทำในสิ่งผิดกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายห้าม ในส่วนนี้ถือได้ว่าเป็นการพิจารณาในด้านองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญา ซึ่งแยกพิจารณาได้ 2 ส่วน คือ

(1) ส่วน Actus หมายถึง การกระทำในทางอาญา มีดังนี้

ก. การกระทำ (Act)

ข. การงดเว้นการกระทำ (Omission)

ค. สถานการณ์ (State of Affair)

ง. ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation)

(2) ส่วน Reus หมายถึง ที่เป็นความผิด กล่าวคือ เมื่อพิจารณาว่ามีการกระทำคือส่วน Actus แล้ว จะต้องดูว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายด้วยหรือไม่ ซึ่งก็คือดูในส่วนที่เป็น Reus จึงจะสมบูรณ์ในความหมายของการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือการกระทำที่กฎหมายห้าม

ดังนั้น Actus reus จะเป็นการวินิจฉัยตามองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญานั้นเอง<sup>24</sup>

2) Mens rea หรือ Guilty mind หมายถึง จิตใจที่ควรถูกตำหนิ หรือจิตใจที่ชั่วร้าย ในส่วนนี้เป็นองค์ประกอบภายในของความผิดอาญา โดยเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับตัวผู้กระทำผิดโดยตรง เป็นสภาวะจิตใจที่น่าตำหนิของผู้กระทำ ซึ่งมีองค์ประกอบทางด้านจิตใจว่าเป็น Mens rea หรือไม่ เช่น เจตนา (Intention) การละเลย (Reckless) หรือประมาทโดยจงใจ การประมาท (Negligence) โดยรู้ (Know ledge) การกระทำโดยพลั้งเผลออันเป็นเรื่องที่ไม่อาจตำหนิได้ (Blameless inadvertence)

<sup>23</sup> สุรเศรษฐ์ หน้างาม. เล่มเดิม. หน้า 21.

<sup>24</sup> แหล่งเดิม.

การจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดและจะลงโทษบุคคลนั้นได้หรือไม่ จะต้องปรากฏว่า Actus reus และ Mens rea จะต้องเกิดขึ้นในเวลาเดียวกันด้วย<sup>25</sup>

อย่างไรก็ตามแม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญา กล่าวคือ การกระทำนั้น ครบทั้งส่วน Actus reus และ Mens rea แล้วก็ตาม แต่ผู้กระทำผิดอาจยก “ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้น ความรับผิด” ขึ้นมาอ้างเพื่อปฏิเสธว่าการกระทำนั้นขาด Actus reus หรือ Mens rea อย่างใดอย่าง หนึ่งซึ่งทำให้การกระทำนั้นไม่ครบโครงสร้างความผิดอาญา มีผลทำให้การกระทำนั้นไม่เป็น ความผิดอาญาและไม่ต้องรับโทษซึ่งเหตุยกเว้นความผิดดังกล่าวนี้เรียกว่า “ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้น ความรับผิด” โดยมีลักษณะคล้ายคลึงกับ “เหตุยกเว้นความผิด” และ “เหตุยกเว้นโทษ” ในระบบ ซีวิลลอว์ อาจแบ่งได้ดังนี้

(1) ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดทั่วไป (General Defences) เช่น

ก. ความอ่อนเยาว์ (Infancy)

ข. วิกลจริต (Insanity)

ค. การกระทำโดยไม่รู้สำนึก (Automatism)

ง. การป้องกัน (Public or Private Defences)

จ. การถูกขู่เข็ญ (Duress) หรือความจำเป็น (Necessity)

(2) ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดเฉพาะฐานความผิด (Specific Defences) เช่น

ก. ความรับผิดอาญาที่เบาลง (Diminished Responsibility)

ข. บันดาลโทสะ (Provocation)

(3) ข้อโต้เถียงในเรื่องอื่นๆ เช่น ความมึนเมา (Intoxication)<sup>26</sup>

ตามที่กล่าวมาข้างต้นเป็นเรื่องในทางศาลหรือในทางปฏิบัติ จึงไม่มีการแยกแยะว่า ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดอย่างใดถือเป็น “เหตุยกเว้นความผิด” ที่เรียกว่า “Justification” หรือ “เหตุยกเว้นโทษ” ที่เรียกว่า “Excuse” เหมือนเช่นระบบซีวิลลอว์ น่าจะเป็นเพราะในทางศาล หรือในทางปฏิบัตินั้นจะพิจารณาถึงผลสุดท้ายของวิธีบัญญัติ กล่าวคือ ไม่ว่าการกระทำจะไม่ใช่ ความผิด หรือการกระทำได้รับการยกเว้นโทษ ผลสุดท้ายคือผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือไม่ต้อง รับผิดอาญานั้นเอง

<sup>25</sup> แหล่งเดิม.

<sup>26</sup> แหล่งเดิม.

## 2.2 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเด็กและสตรีตามมาตรฐานสากล

### 2.2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW: The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women)

การเลือกปฏิบัติต่อสตรีเป็นปัญหาที่ยืดเยื้อที่ดำรงอยู่สืบเนื่องมาจากค่านิยมในสังคม ซึ่งสตรีมักถูกมองว่าด้อยกว่าหรือมีคุณค่าน้อยกว่าบุรุษ ถึงแม้ว่าในปัจจุบันจะมีการรณรงค์หลักการ อันชัดเจนว่าสิทธิสตรี คือ สิทธิมนุษยชน แต่ผู้คนจำนวนมากก็ยังอคติทางเพศแฝงอยู่ในทางสากล องค์การหลักคือ องค์การสหประชาชาติ ได้พยายามผลักดันให้มีอนุสัญญาเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับสตรี เพื่อมุ่งจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีที่ยังคงมีอยู่ในสังคม<sup>27</sup>

สมาชิกใหญ่สหประชาชาติได้รับรองอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ในทุกรูปแบบเมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2522 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 3 กันยายน 2524 ประเทศไทย เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฉบับนี้เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2528 และมีผลใช้บังคับในประเทศไทย เมื่อวันที่ 8 กันยายน 2528<sup>28</sup> เป็นต้นมา ซึ่งมีผลทำให้ประเทศไทยต้องดำเนินการตามบทบัญญัติของ อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) ถือว่าเป็นกลไกสำคัญในฐานะมาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเป็นอนุสัญญาหลักซึ่งรับรอง สิทธิและเสรีภาพในความเป็นมนุษย์ที่กว้างขวางครอบคลุมทุกมิติในชีวิตของสตรีรวมถึงการ ล่วงเกินทางเพศ ซึ่งมีบทบัญญัติรวม 30 ข้อ เพื่อให้รัฐภาคีใช้เป็นแนวทางกำหนดนโยบายและ มาตรฐานการดำเนินงานด้านนิติบัญญัติ ตุลาการ บริหาร หรือมาตรการอื่นๆ เกี่ยวกับการจัดการ เลือกปฏิบัติทั้งปวงต่อสตรี และให้หลักประกันว่าสตรีจะต้องได้รับสิทธิประโยชน์และโอกาสต่างๆ จากรัฐบนพื้นฐานของความเสมอภาคกับบุรุษ

หลักการในภาพรวมของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ สามารถสรุปได้ว่านโยบายและกฎหมายจะมีบทบาทในมิติต่างๆ ดังนี้

1) ด้านส่งเสริมความเสมอภาคทางกฎหมายของบุคคล หรือความเสมอภาคทางเพศ เป็นหลักพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตย

2) ด้านคุ้มครองภาวะความเป็นมารดา และการส่งเสริมให้เพศชายร่วมรับภาระในการ เลี้ยงดูบุตร แบ่งเบาภาระในงนบ้าน การกระตุ้นให้สังคมตระหนักถึงความสำคัญและมีความ รับผิดชอบในการแบ่งเบาภาระอันเกิดจากความเป็นมารดาของเพศหญิง

<sup>27</sup> จีราพร ทีโน. (2547). การคุ้มครองสิทธิหญิงผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา. หน้า 82.

<sup>28</sup> แหล่งเดิม.

- 3) ด้านปกป้องคุ้มครองผู้หญิง มิให้ถูกเอาเปรียบในทางเพศ
- 4) ด้านสงเคราะห์ผู้หญิงที่ยากไร้หรือมีปัญหาพิเศษ
- 5) ด้านพัฒนาศักยภาพและส่งเสริมบทบาทให้เพศหญิงเข้ามีส่วนร่วมกระบวนการพัฒนาสังคมโดยปราศจากอคติทางเพศ

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลัก คือการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ รวมทั้งการประกันว่าสตรีและบุรุษมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติและดูแลจากรัฐอย่างเสมอภาคกัน

ตามข้อ 1 ของอนุสัญญา<sup>29</sup> ได้นิยามการเลือกปฏิบัติต่อสตรีว่าหมายถึง “การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการจำกัดใดๆ เพราะเหตุแห่งเพศ ซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับการได้อุปโภคหรือใช้สิทธิโดยสตรี โดยไม่คำนึงถึงสถานภาพด้านการสมรส บนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมพลเมือง หรือด้านอื่นๆ” โดยความหมายของการเลือกปฏิบัตินี้รวมถึงความรุนแรงบนพื้นฐานแห่งเพศ (Gender) ได้แก่ ความรุนแรงที่กระทำต่อสตรี เพราะเธอเป็นผู้หญิง หรือมีผลกระทบต่อสตรีอย่างรุนแรงเป็นพิเศษ ซึ่งรวมถึงการทำร้าย หรือการทำให้เจ็บปวดในทางร่างกาย จิตใจ หรือทางเพศ โดยให้ความหมายไว้ดังนี้

“ความรุนแรงทางเพศ” หมายถึง การกระทำใดๆ ที่เป็นความรุนแรงทางเพศซึ่งเป็นผลหรืออาจก่อให้เกิดการทำร้ายร่างกายทางเพศหรือจิตใจ ทำให้เกิดความทุกข์ทรมานแก่สตรี รวมทั้งการข่มขู่ คุกคาม กีดกันเสรีภาพทั้งในที่สาธารณะและในชีวิตส่วนตัว การข่มขืน การทารุณกรรมทางเพศ การล่วงเกินทางเพศ การข่มขู่ในสถานที่ทำงาน ในสถาบันการศึกษา และสถานที่ต่างๆ การค้าหญิง การบังคับให้ค้าประเวณี การเพิกเฉยของรัฐต่อความรุนแรงที่เกิดทางร่างกาย ทางเพศ และทางจิตใจ<sup>30</sup>

<sup>29</sup> เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า “เลือกปฏิบัติต่อสตรี” จะหมายถึง การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการจำกัดใดๆ เพราะเหตุแห่งเพศ ซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับการได้อุปโภค หรือใช้สิทธิโดยสตรี โดยไม่คำนึงถึงสถานภาพด้านการสมรส บนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมของพลเมืองหรือด้านอื่นๆ

<sup>30</sup> General Recommendation No.19 ( 11 th session,1992) Violence Against Women. Retrieved April 8, 2012, from <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm>

“ความรุนแรงต่อสตรี” หมายถึง ความรุนแรงที่กระทำต่อผู้หญิงโดยตรง และเป็นความรุนแรงที่เกิดขึ้นเนื่องจากความเป็นหญิงหรือเป็นความรุนแรงที่ส่งผลกระทบต่อผู้หญิงอย่างรุนแรง เป็นที่เห็นได้ชัดเจน ความรุนแรง หมายถึงการกระทำต่อร่างกาย จิตใจ การทำร้ายหรือการทารุณกรรมทางเพศ การข่มขู่ว่าจะกระทำการดังกล่าว การบังคับขู่เข็ญหรือการกระทำใดๆ ที่ทำให้เสื่อมเสียอิสรภาพ<sup>31</sup>

อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดให้สตรีต้องได้รับความเสมอภาคกันกับบุรุษในด้านการศึกษา ไว้ดังต่อไปนี้

#### ข้อ 10

รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกอย่างเพื่อจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี เพื่อที่จะให้ประกันแก่สตรีทั้งหลาย ซึ่งสิทธิอันเสมอภาคกันกับบุรุษในด้านการศึกษาและโดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อประกันบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคของบุรุษและสตรี

(ก) เงื่อนไขเดียวกันสำหรับอาชีพและการแนะแนวอาชีพ สำหรับการมีโอกาสดำเนินการศึกษา และสำหรับการได้รับวุฒิบัตรในสถาบันการศึกษาทุกประเภททั้งในเขตชนบทและเขตเมือง ความเสมอภาคนี้จะได้รับการประกันในการศึกษาก่อนเข้าโรงเรียน การศึกษาทั่วไป การศึกษาเทคนิค การศึกษาอาชีพ และการศึกษาเทคนิคชั้นสูง รวมทั้งการฝึกฝนด้านอาชีพทุกแบบ

(ข) โอกาสที่จะเข้าเรียนหลักสูตรเดียวกัน การสอบชนิดเดียวกัน คณาจารย์สอนที่มีคุณสมบัติได้มาตรฐานเดียวกัน พร้อมทั้งมีอาณาบริเวณของโรงเรียนและอุปกรณ์ที่มีคุณภาพชนิดเดียวกัน

(ค) การขจัดแนวความคิดแบบเก่าเกี่ยวกับบทบาทของบุรุษและสตรีในทุกๆ ระดับและทุกๆ รูปแบบของการศึกษา โดยการกระตุ้นให้มีสหศึกษาและแบบอื่นๆ ของการศึกษาซึ่งจะช่วยให้บรรลุเป้าหมายนี้ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งโดยการทบทวนตำราและโครงการต่างๆ ของโรงเรียน และการดัดแปลงวิธีการสอน

(ง) โอกาสเท่ากันที่จะได้รับประโยชน์จากทุนการศึกษาและเงินช่วยเหลือทางการศึกษาอื่นๆ

(จ) โอกาสเท่ากันที่จะได้เข้าร่วมโครงการต่างๆ เกี่ยวกับการศึกษาต่อเนื่องรวมทั้งโครงการศึกษาผู้ใหญ่ และโครงการรณรงค์ให้รู้หนังสือ โดยเฉพาะอย่างยิ่งโครงการที่มุ่งจะลดช่องว่างในการศึกษาที่มีอยู่ระหว่างบุรุษและสตรี ภายในระยะเวลาที่เร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

<sup>31</sup> ปาริฉัตร รัตนกาญจน์. (2551). การล่วงเกิน ลูกคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อสตรีในที่ทำงาน: รูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ. หน้า 91.

(ฉ) การลดอัตราค่าออกจากโรงเรียนของนักศึกษาหญิงและการจัดโครงการต่างๆ สำหรับเด็กหญิงและสตรีที่ออกจากโรงเรียนก่อนเวลาอันสมควร

(ช) โอกาสเท่ากันที่จะเข้าร่วมอย่างแข็งขันในกีฬาและพลศึกษา

(ซ) โอกาสได้เข้าศึกษาข้อสนเทศทางการศึกษาเฉพาะอย่าง เพื่อช่วยให้หลักประกันด้านสุขภาพและการอยู่ดีของครอบครัว รวมทั้งข้อสนเทศ และคำแนะนำเกี่ยวกับการวางแผนครอบครัว

ทางด้านเสรีภาพในทางเพศนั้น อนุสัญญานี้ได้วางมาตรฐานเกี่ยวกับเสรีภาพในทางเพศของสตรีไว้ดังต่อไปนี้

#### ข้อ 16

1. รัฐบาลจะใช้มาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ในการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในเรื่องทั้งปวงที่เกี่ยวกับการสมรสและความสัมพันธ์ทางครอบครัว และโดยเฉพาะอย่างยิ่งบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีจะประกัน

(ก) สิทธิเช่นเดียวกันในการทำการสมรส

(ข) สิทธิเช่นเดียวกันในการเลือกคู่สมรสอย่างอิสระ และการทำการสมรสอย่างอิสระและด้วยความยินยอมพร้อมใจเท่านั้น

(ค) สิทธิและความรับผิดชอบเช่นเดียวกันในระหว่างการสมรสและการขาดจากการสมรส

(ง) สิทธิและความรับผิดชอบเช่นเดียวกันในฐานะบิดามารดา โดยไม่คำนึงถึงสถานะในการสมรสของตน ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบุตรของตน ในทุกกรณีผลประโยชน์ของบุตรจะเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด

(จ) สิทธิเช่นเดียวกันในการตัดสินใจอย่างอิสระและมีความรับผิดชอบในจำนวนบุตรและระยะห่างในการมีบุตรของตน และให้เข้าถึงข้อสนเทศ การศึกษาและวิธีที่จะทำให้อุบัติใช้สิทธิเหล่านี้ได้

(ฉ) สิทธิและความรับผิดชอบเช่นเดียวกันในเรื่องการปกครองบุตร การปกป้องบุตร การได้รับมอบหมายให้ดูแลบุตร และการรับบุตรบุญธรรม หรือสถาบันที่คล้ายคลึงซึ่งมีแนวความคิดเหล่านี้อยู่ในกฎหมายภายใน ในทุกกรณีผลประโยชน์ของบุตรจะเป็นสิ่งสำคัญสูงสุด

(ช) สิทธิส่วนตัวเช่นเดียวกันในฐานะสามีและภรรยา รวมถึงสิทธิในการเลือกใช้นามสกุล และการประกอบอาชีพ

(ซ) สิทธิเช่นเดียวกันสำหรับคู่สมรสทั้งสองในส่วนที่เกี่ยวกับเป็นเจ้าของการได้มา การจัดการ การดำเนินการ การอุปถัมภ์ และการจำหน่ายทรัพย์สินไม่ว่าจะไม่คิดมูลค่าหรือ เพื่อตีราคาเป็นมูลค่าก็ตาม

2. การรับหมั้นและการแต่งงานของเด็กจะไม่มีผลทางกฎหมาย และการปฏิบัติการที่จำเป็นทั้งปวง รวมทั้งการบัญญัติกฎหมายจะต้องกระทำขึ้นเพื่อระงับอายุขั้นต่ำของการแต่งงาน และให้บังคับให้มีการจดทะเบียนสมรส ณ ที่ทำการจดทะเบียนของทางราชการ

### 2.2.2 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (The Convention on the Rights of the Child)

เนื่องจากเด็กๆ ไม่มีอำนาจทางการเมือง และไม่มีสิทธิในการเลือกตั้ง ดังนั้นการเรียกร้องสิ่งต่างๆ สำหรับเด็กเองจึงต้องอาศัยพ่อแม่ หรือผู้ปกครองและสังคมอย่างเต็มที่ เพื่อช่วยพิทักษ์และดูแลประโยชน์ให้ดีที่สุดสำหรับเด็ก ซึ่งเด็กเป็นทรัพยากรมนุษย์ที่สำคัญสมควรได้รับการปกป้อง คุ้มครอง ดูแล และพัฒนาให้เจริญเติบโตทั้งทางร่างกายและจิตใจอย่างมีศักยภาพ

สำหรับเรื่องของสิทธิเด็กนั้นได้เริ่มต้นตั้งแต่ช่วงปลายของสงครามโลกครั้งที่ 1 ในปี ค.ศ. 1919 โดย Eglantyne Jebb ซึ่งเป็นชาวอังกฤษได้ก่อตั้งมูลนิธิช่วยเหลือเด็กขึ้น และหลังจากนั้นก็ได้มีการก่อตั้งสหภาพการคุ้มครองเด็กระหว่างประเทศ ซึ่งต่อมาได้มีการผลักดันประกาศสิทธิระหว่างประเทศออกมาในชื่อว่าปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวา<sup>32</sup> ต่อมาในปี ค.ศ. 1939 เกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ขึ้น มีผลทำให้สันนิบาตชาติหมดบทบาทลง ปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาจึงสิ้นสภาพไปด้วย หลังจากสิ้นสุดสงครามโลก ครั้งที่ 2 ก็ได้มีการลงนามในกฎบัตรสหประชาชาติที่เมืองซานฟรานซิสโก และหนึ่งในวัตถุประสงค์ขององค์การสหประชาชาติก็คือการประสานงานกันระหว่างประเทศ โดยส่งเสริมให้มีการเคารพในสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพสำหรับทุกๆ คน<sup>33</sup>

ในปี ค.ศ. 1946 หนึ่งปีภายหลังจากการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมขององค์การสหประชาชาติ (Conseil Economique et Social de IONO) ได้เสนอให้นำปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวากลับมาพิจารณาใหม่ อีกสองปีต่อมาซึ่งเป็นปี ค.ศ. 1948 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติก็ได้ลงมติยอมรับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่ง มาตรา 25 (2) แห่งปฏิญญาฉบับนี้บัญญัติไว้ว่ามารดาและเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลรักษาและการช่วยเหลือพิเศษ เด็กทั้งปวงไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกสมรสจะต้องได้รับการคุ้มครองทางสังคมเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม บทบัญญัตินี้ก็ยังคงดูเหมือนกับว่าไม่ได้ให้ความสำคัญต่อความต้องการของเด็กอย่างเพียงพอ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนด โดยเฉพาะเพื่อกำหนดเรื่องความต้องการพิเศษของเด็ก ขึ้นต่อมคณะกรรมการสังคมของสภาเศรษฐกิจของสหประชาชาติ (Commission Sociale du

<sup>32</sup> สาธิต ไซสติกต์ย์. (2536). การป้องกันและคุ้มครองเด็กต่อการกระทำคามผิดฐานข่มขืน. หน้า 34.

<sup>33</sup> แหล่งเดิม.

Conseil economique des Nations Unies) ได้จัดทำร่างของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้นใหม่ ในปี ค.ศ. 1950 แต่งานชิ้นนี้ได้หยุดชะงักไปเป็นเวลาหลายปี เพื่อดำเนินการจัดทำอนุสัญญาระหว่างประเทศ 2 ฉบับก่อน<sup>34</sup>

ในปี ค.ศ. 1957 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม (Commission des droits de l'homme du Conseil economique et social) ได้พิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการยอมรับปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งเกี่ยวข้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กซึ่งคณะกรรมการได้จัดทำขึ้น ได้มีการยอมรับโดยคณะกรรมการที่สามของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ (คณะกรรมการสังคม มนุษยชาติ และวัฒนธรรม (Commission sociale, humanitaire et culturelle) และต่อมาสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติได้ลงมติรับปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กด้วยเสียงเอกฉันท์<sup>35</sup>

เนื่องจากปัญหาสิทธิเด็กเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นทั่วโลก มิใช่เพียงประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น การให้ความคุ้มครองที่จะครอบคลุมได้ทั่วถึงจึงต้องทำในรูปของข้อตกลงระหว่างประเทศ ในรูปแบบของอนุสัญญา จึงได้มีการจัดตั้งคณะทำงานขึ้นคณะหนึ่ง เพื่อจัดทำร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเมื่อต้นปี ค.ศ. 1979 โดยใช้ต้นฉบับของรัฐบาลโปแลนด์ที่เสนอไว้เป็นเอกสารพื้นฐาน<sup>36</sup> คณะกรรมาธิการด้านสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ เป็นผู้มีหน้าที่ในการร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติยอมรับ (Resolution 44/25) เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2532 และเรียกร้องให้บรรดาประเทศต่างๆ ลงนามเข้าเป็นสมาชิกตั้งแต่วันที่ 26 มกราคม 2533 อนุสัญญามีผลบังคับใช้ในฐานะกกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 2 กันยายน 2533 หลังจากการยอมรับ หรือให้สัตยาบันโดย 20 ประเทศสมาชิก

<sup>34</sup> แหล่งเดิม.

<sup>35</sup> องค์การสหประชาชาติ. (1959). ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กและเยาวชน. หน้า 6.

<sup>36</sup> สาริต ไซสตีตย์. เล่มเดิม. หน้า 35.



ประเทศไทยได้ลงนามในภาคยานุวัติสาร<sup>37</sup> อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2535 และกำหนดให้อนุสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับในประเทศไทยเมื่อวันที่ 26 เมษายน 2535 เป็นต้นมา ซึ่งมีผลทำให้ประเทศไทยต้องดำเนินการตามบทบัญญัติของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก หมายถึง อนุสัญญาที่ร่างขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิอันพึงได้รับของเด็กทุกคน หรือการช่วยพิทักษ์และช่วยเหลือผลประโยชน์ของเด็กทุกคนให้ดีที่สุด<sup>38</sup> อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมุ่งให้การคุ้มครองสิทธิแก่ เด็กทุกคน ซึ่งเด็กหมายถึงมนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่า 18 ปี (มาตรา 1) และเด็กทุกคนจะได้รับการเคารพและประกันสิทธิต่างๆ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าชนิดใดๆ โดยไม่คำนึงถึง เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางชาติ ชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิดหรือสถานะอื่นๆ ของเด็ก หรือบิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย (มาตรา 2) และการกระทำใดๆ ก็ตามที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ไม่ว่าจะโดยองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นอันดับแรก (มาตรา 3)<sup>39</sup>

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กไม่ได้นิยามความหมายของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้แต่อย่างใด<sup>40</sup> ซึ่ง วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” หมายถึง สิทธิประโยชน์ของเด็กทั้งปวงที่พึงมีพึงได้ในฐานที่เกิดมาและมีชีวิตอยู่รอดอยู่ภายในกรอบอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ให้การรับรองหรือโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปย่อมเห็นได้ว่าเป็นสิทธิประโยชน์ของเด็ก<sup>41</sup> และนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้คำจำกัดความไว้ซึ่ง

<sup>37</sup> การภาคยานุวัติ เป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อเข้าสู่ผูกพันตามสนธิสัญญา ซึ่งจะใช้ในกรณีที่รัฐนั้นมิได้เข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญาและมิได้ลงนามในสนธิสัญญานั้นมาก่อน แต่สนธิสัญญาหรือรัฐที่ทำการเจรจาเปิดโอกาสให้รัฐซึ่งมิได้เข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญาหรือลงนามในสนธิสัญญา สามารถให้ความยินยอมเพื่อเข้าสู่ผูกพันตามสนธิสัญญาในภายหลังได้ด้วยการแสดงเจตนาโดยการประกาศฝ่ายเดียว และแจ้งต่อเลขาธิการสหประชาชาติเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งการภาคยานุวัติอาจเกิดขึ้นก่อนหรือหลังการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาก็ได้.

<sup>38</sup> สานสัมพันธ์ (ฉบับพิเศษ). (2534). *สิทธิเด็กไทย*. หน้า 15.

<sup>39</sup> กมลินทร์ พินิจภูวดล. (2540, กันยายน-ธันวาคม). “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก: สิทธิเด็กในประเทศไทย.” *บทบัญญัติ*, 53, 3-4. หน้า 101.

<sup>40</sup> Rachel Hodgkin and Peter Newell. (2002). *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, Full revised edition*. p. 42.

<sup>41</sup> วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. (2537, กันยายน-ตุลาคม). “มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก.” *ตุลพาห*, 5, 41. หน้า 19.

สามารถสรุปได้ว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” หมายถึง สิทธิต่างๆ ของเด็กที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ เด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ อารมณ์ และสถานะทางสังคม ก่อให้เกิดความสุขแก่เด็ก ในการใช้ชีวิตในสังคม และสวัสดิภาพของเด็ก หากจะต้องมีการพิจารณาควบคู่กับผลประโยชน์ของบุคคลกลุ่มอื่น ผลประโยชน์ของเด็กจะต้องได้รับการพิจารณาเป็นลำดับแรก<sup>42</sup> จากความหมายดังกล่าวส่งผลให้ในการตรากฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายกำหนดบทลงโทษแก่ เด็กหรือกฎหมายกำหนดวิธีปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำผิดจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ โดยมีจุดเน้นที่การคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก<sup>43</sup>

บทนำของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กกล่าวว่า รัฐสมาชิกของอนุสัญญาได้ยอมรับหรือเหมือนกับที่กล่าวไว้ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ปี ค.ศ. 1959 ว่าด้วยเหตุผลของความจำเป็นในการพัฒนาทางร่างกายและจิตใจ เด็กมีความต้องการความช่วยเหลือและการดูแลรักษาเป็นพิเศษสำหรับสุขภาพและการพัฒนาทางร่างกาย ทางจิตใจ ทางสมองและทางสังคม โดยเฉพาะในเรื่องสิทธิทางเพศของเด็กนั้น ที่ประชุมได้มีมติ มาตรา 34 โดยกล่าวว่าไว้ว่า รัฐสมาชิกอนุสัญญาจะผูกพันที่จะคุ้มครองเด็กต่อการแสวงหาประโยชน์ทางเพศทุกรูปแบบ รวมทั้งการข่มขืนเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐสมาชิกต้องใช้มาตรการต่างๆ ที่จำเป็นในแผนงานของชาติของรัฐภาคีตั้งแต่สองรัฐหรือกว่านั้น เพื่อจะขัดขวาง

ก) การชักจูง หรือบีบบังคับเด็กให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศใดๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข) การแสวงหาประโยชน์จากเด็กในการค้าประเวณี หรือการกระทำอื่นๆ ที่เกี่ยวกับเพศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ค) การแสวงหาประโยชน์จากเด็กในการแสดงลามกอนาจาร และที่เกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร

จากอนุสัญญาดังกล่าวมติดของนานาชาติได้ให้การคุ้มครองสิทธิเด็ก โดยเฉพาะสิทธิทางเพศทุกรูปแบบ ซึ่งตามอนุสัญญาดังกล่าวจะเป็นแม่บทในการตรากฎหมายในเรื่องการคุ้มครองและรับรองสิทธิทางเพศของเด็กในแต่ละประเทศ ซึ่งกฎหมายในแต่ละประเทศจะมีข้อแตกต่างในด้านต่างๆ แตกต่างกันไป จึงเป็นที่น่าศึกษาว่าประเทศไทยมีการตรากฎหมายที่รองรับและคุ้มครองสิทธิทางเพศของเด็กมากน้อยและเพียงพอต่อการรองรับการคุ้มครองและรับรองสิทธิเด็กเพียงใด

<sup>42</sup> จิราวัฒน์ แซ่มชัยพร. (2551). การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3 (1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989. หน้า 27-28.

<sup>43</sup> เขียวไท รอดครุฑา. (2543). การคุ้มครองสิทธิเด็กที่เป็นผู้เสียหายในคดีความผิดทางเพศขั้นสอบสวนโดยพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ. หน้า 16.

หลักการของการคุ้มครองสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก<sup>44</sup> (The Convention on the Rights of the Child) นั้นมีทั้งหมด 54 มาตรา แบ่งออกเป็น 3 ส่วน คือ

ส่วนที่ 1 บทนำ ซึ่งบอกให้ทราบหลักสำคัญของเรื่องทีอนุสัญญานี้บังคับถึง

ส่วนที่ 2 มาตราหรือคัวบทที่กำหนดพันธกรณี ซึ่งประเทศที่ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาต้องปฏิบัติตาม

ส่วนที่ 3 บทบัญญัติการดำเนินการ ซึ่งให้นิยามวิธีการสอดส่องดูแลการปฏิบัติตามอนุสัญญาและกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ในการบังคับใช้

สรุปสาระสำคัญของอนุสัญญานี้อาจแบ่งได้เป็น 6 หลักด้วยกัน คือ

1) หลักทั่วไป เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่างๆ ไป ในแง่ทั้งส่วนบุคคล การแสดงความคิดเห็น ศาสนา วัฒนธรรม ความเสมอภาคภายใต้กฎหมายเดียวกัน การศึกษาอื่นๆ

2) หลักการคุ้มครองร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก มุ่งคุ้มครองมิให้เด็กถูกข่มเหงรังแก หรือถูกละเมิดสิทธิเหนือร่างกาย ชีวิต และเสรีภาพ รวมทั้งสวัสดิภาพ ไม่ว่าจะทำร้าย ฆ่า ล่วงเกินทางเพศ ชู้ตริค หากำไรทางเพศ หรือค้ำกำไรทางเศรษฐกิจ หรือนำเด็กไปเป็นวัตถุซื้อขาย หรือปฏิบัติต่อเด็กที่ไม่เหมาะสม จนเป็นผลเสียต่อสวัสดิภาพของเด็ก รวมทั้งคุ้มครองให้มีการเยียวยาฟื้นฟูเด็กที่ถูกกระทำละเมิดดังกล่าวให้กลับคืนสู่สภาพปกติได้

3) หลักการคุ้มครองเด็กที่มีปัญหาความประพฤติหรือกระทำความผิดทางอาญา มุ่งคุ้มครองให้เด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญา ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างไปจากผู้ต้องหาที่เป็นผู้ใหญ่ โดยให้ได้รับผลร้ายจากการต้องถูกดำเนินคดีและควบคุมน้อยที่สุด

4) หลักการคุ้มครองสิทธิทางแพ่ง มุ่งคุ้มครองให้เด็กได้รับสิทธิในฐานะพลเมืองของรัฐที่มีชื่อ มีสัญชาติ สามารถติดต่อกับครอบครัวญาติมิตรหรืออยู่อาศัยร่วมกับบิดา มารดา ได้รับอุปการะเลี้ยงดูจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง โดยมีรัฐช่วยสนับสนุนและให้หลักประกัน

5) หลักการคุ้มครองเด็กผู้ด้อยโอกาส มุ่งคุ้มครองให้เด็กด้อยโอกาส เด็กผู้ยากไร้ ผู้อุปการะ เด็กผู้ตกอยู่ในภพภัย และเด็กพิการ ได้รับการดูแลและอุปการะเลี้ยงดูให้เท่าเทียมกับเด็กทั่วไป

6) หลักการให้สวัสดิการสังคมแก่เด็ก มุ่งคุ้มครองการให้เด็กได้รับข่าวสารข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อพัฒนาการของเด็ก ได้รับการดูแลด้านสุขภาพอนามัย ได้รับการประกันสังคม ได้รับการศึกษาทั้งในแง่การเล่าเรียนและ โอกาสที่จะศึกษาเล่าเรียนเพื่อพัฒนาการด้านบุคลิกภาพ การมีมนุษยสัมพันธ์อันดี มีความรับผิดชอบต่อนตนเอง สังคม และสภาพแวดล้อมทางธรรมชาติ ได้รับการพักผ่อนหย่อนใจและส่งเสริมชีวิตด้านศิลปวัฒนธรรม

<sup>44</sup> สาริต ไซสถิตย์. เล่มเดิม. หน้า 37.

อย่างไรก็ตามในการศึกษาคั้งนี้ ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาถึงการข่มขืนกระทำชำเราเด็กบนพื้นฐานของการคุ้มครองสิทธิในทางเพศของเด็ก ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจะพบว่ามีสาระสำคัญในส่วนของสิทธิทางเพศของเด็กและการรับรองให้เด็กต้องได้รับการศึกษาซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้ คือ

1) เด็กต้องได้รับความคุ้มครองทางด้านนิติบัญญัติ บริหาร สังคม และการศึกษาจากความรุนแรงทั้งปวง ทั้งทางร่างกายและจิตใจ หรือการทอดทิ้ง หรือการแสวงหาประโยชน์ รวมถึงการกระทำอันมิชอบทางเพศขณะอยู่ในการดูแลของบิดามารดา หรือผู้ปกครอง โดยวางมาตรการคุ้มครองเด็กตามความเหมาะสม และควรรวมถึงกระบวนการที่มีประสิทธิภาพสำหรับการวางแผนงานทางสังคมเพื่อสนับสนุนสิ่งที่จำเป็นต่อเด็กในทุกรูปแบบ

2) รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวงเพื่อคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และการกระทำทางเพศที่มีขบทุกรูปแบบ เพื่อป้องกันเด็กจากการถูกชักจูง หรือบีบบังคับให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ หรือเพื่อป้องกันการให้เด็กแสดงลามกอนาจาร หรือการค้าประเวณีเด็ก

3) รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กที่จะได้รับการศึกษาระดับประถมเป็นภาคบังคับให้แก่เด็กทุกคนโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย สนับสนุนการพัฒนาการศึกษาให้แพร่หลายแก่ทุกคน และลดอัตราการออกจากโรงเรียน เพื่อจัดความเวลาและการไม่รู้หนังสือของเด็ก อีกทั้งเพื่อพัฒนาบุคลิกภาพความสามารถพิเศษ และความสามารถทางด้านร่างกายและจิตใจของเด็กให้มีความเคารพต่อบิดามารดา ผู้ปกครองของตน รวมถึงการเตรียมเด็กให้มีชีวิตที่มีความรับผิดชอบในสังคมที่เสรีด้วยจิตสำนึกแห่งความเข้าใจกัน ความเสมอภาคทางเพศและมิตรภาพในหมู่มวลมนุษย์

4) รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมในการส่งเสริมฟื้นฟูทางด้านร่างกายและจิตใจ และการกลับคืนสู่สังคมของเด็กที่ได้รับเคราะห์จากการแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบ เช่น ถูกทรมาน หรือการลงโทษ หรือการปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม โดยการกลับคืนสู่สังคมดังกล่าวจะเกิดขึ้นในสภาพแวดล้อมที่ส่งเสริมสุขภาพ เคารพตนเองและศักดิ์ศรีของเด็ก

สาระสำคัญในสิทธิทางเพศของเด็กและการรับรองให้เด็กต้องได้รับการศึกษาดังกล่าวข้างต้นนี้มีมาตราที่เกี่ยวข้องดังนี้

#### มาตรา 1

เพื่อความมุ่งประสงค์แห่งอนุสัญญานี้ เด็กหมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น

### มาตรา 19

1) รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ด้านนิติบัญญัติ บริหาร สังคมและการศึกษา ในอันที่จะคุ้มครองเด็กจากรูปแบบทั้งปวงของความรุนแรง ทั้งทางร่างกายและจิต การทำร้ายหรือการกระทำอันมิชอบ การทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาท การปฏิบัติที่ผิดหรือการแสวงประโยชน์ รวมถึงการกระทำอันมิชอบทางเพศขณะอยู่ในการดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นใดซึ่งเด็กนั้นอยู่ในความดูแล

2) ตามแต่จะเหมาะสม มาตรการคุ้มครองเช่นว่านี้ ควรรวมถึง กระบวนการที่มีประสิทธิผลสำหรับการจัดตั้งแผนงานทางสังคม ในอันที่จะให้การสนับสนุนที่จำเป็นแก่เด็กและบุคคลซึ่งเด็กนั้นอยู่ในความดูแล ตลอดจนกระบวนการที่มีประสิทธิผลสำหรับป้องกันในรูปแบบอื่น และให้มีการระบุ การรายงานการส่งเรื่องเพื่อพิจารณา การสืบสวน การปฏิบัติ และการติดตามเรื่องของกรณีการปฏิบัติที่ผิดต่อเด็ก ตามที่ระบุมาแล้วข้างต้น และในกรณีที่เหมาะสมให้ทางตุลาการเข้ามามีส่วนร่วมด้วย

### มาตรา 28

1) รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กที่จะได้รับการศึกษาและเพื่อที่จะให้สิทธินี้บังเกิดผลตามลำดับและบนพื้นฐานของโอกาสที่เท่าเทียมกัน รัฐภาคีจะ

(1) จัดการศึกษาระดับประถมเป็นภาคบังคับที่เด็กทุกคนสามารถเรียนได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย

(2) สนับสนุนการพัฒนาของการศึกษาระดับมัธยมในรูปแบบต่างๆ รวมถึงการศึกษาสายสามัญและสายอาชีพ จัดการศึกษาให้แพร่หลายและเปิดกว้างแก่ เด็กทุกคน และดำเนินมาตรการที่เหมาะสม เช่น การนำมาใช้ซึ่งการศึกษาแบบให้เปล่าและการเสนอให้ความช่วยเหลือทางการเงินในกรณีที่จำเป็น

(3) ทำให้การศึกษาในระดับสูงเปิดกว้างแก่ทุกคนบนพื้นฐานของความสามารถโดยทุกวิธีการที่เหมาะสม

(4) ทำให้ข้อมูลข่าวสาร และการแนะแนวทางการศึกษาและอาชีพ เป็นที่แพร่หลายและเปิดกว้างแก่เด็กทุกคน

(5) ดำเนินมาตรการเพื่อสนับสนุนการเข้าเรียนอย่างสม่ำเสมอ และลดอัตราการออกจากโรงเรียน

2) รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมที่จะประกันว่า ระเบียบวินัยของโรงเรียนได้กำหนดขึ้น ในลักษณะที่สอดคล้องกับศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ของเด็ก และสอดคล้องกับอนุสัญญา

3) รัฐภาคีจะส่งเสริมและสนับสนุนความร่วมมือระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการศึกษา โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อที่จะเกื้อกูลต่อการจัดความเวลาและการไม่รู้หนังสือทั่วโลก และเอื้ออำนวยให้ได้รับความรู้ทางวิชาการและทางเทคนิค และวิธีการสอนสมัยใหม่ เกี่ยวกับเรื่องนี้ความต้องการของประเทศกำลังพัฒนาจะได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษ

#### มาตรา 29

1) รัฐภาคีตกลงว่าการศึกษามองเด็กจะมุ่งไปสู่

(1) การพัฒนาบุคลิกภาพ ความสามารถพิเศษ และความสามารถทางด้านร่างกาย และจิตใจของเด็กให้เต็มศักยภาพของเด็กแต่ละคน

(2) การพัฒนาความเคารพต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และต่อหลักการที่วางไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ

(3) การพัฒนาความเคารพต่อบิดามารดาของเด็ก เอกอัครราชทูตวัฒนธรรม ภาษา และค่านิยมของเด็กนั่นเอง และต่อค่านิยมของชาติที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ และต่อค่านิยมของชาติถิ่นกำเนิดของเขาและต่ออารยธรรมอื่นๆ ที่แตกต่างไปจากของเขาเอง

(4) การเตรียมเด็กให้มีชีวิตที่มีความรับผิดชอบในสังคมที่เสรีด้วยจิตสำนึกแห่งความเข้าใจกัน สันติภาพความอดกลั้น ความเสมอภาคทางเพศ และมิตรภาพในหมู่ชนทุกกลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มคนชาติ กลุ่มศาสนาตลอดจนในหมู่คนพื้นเมืองดั้งเดิม

(5) การพัฒนาความเคารพต่อสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติ

2) ไม่มีความตอนใดในข้อนี้หรือใน ข้อ 28 ที่จะได้รับการตีความให้เป็นการก้าวท้าวเสรีภาพของบุคคลและขององค์กรในการจัดตั้งและอำนวยความสะดวกทางการศึกษา แต่ทั้งนี้จะต้องเคารพต่อหลักการที่ระบุไว้ในวรรค 1 ของข้อนี้เสมอ และต่อเงื่อนไขที่ว่าการศึกษาที่ให้ในสถาบันเหล่านั้นต้องเป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำที่รัฐได้วางไว้

#### มาตรา 34

รัฐภาคีรับที่จะคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศและการกระทำทางเพศที่ไม่ชอบทุกรูปแบบเพื่อการนี้ รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ทั้งมาตรการภายในประเทศ และมาตรการทวิภาคีและพหุภาคีเพื่อป้องกัน

1) การชักจูง หรือบีบบังคับเด็กให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศใดๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) การแสวงหาประโยชน์จากเด็กในการค้าประเวณี หรือการกระทำอื่นๆ ที่เกี่ยวกับเพศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3) การแสวงประโยชน์จากเด็กในการแสดงตามกอนาจาร และที่เกี่ยวกับสิ่งตามกอนาจาร

**มาตรา 39**

รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ที่จะส่งเสริมการฟื้นฟูทั้งทางร่างกายและจิตใจ และการกลับคืนสู่สังคมของเด็กที่ได้รับเคราะห์จากการละเลยในรูปแบบใดๆ การแสวงประโยชน์การกระทำอันมิชอบ การทรมานหรือการลงโทษ หรือการปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้าโดยรูปแบบอื่น หรือการพิพาทกันด้วยอาวุธ การฟื้นฟูหรือการกลับคืนสู่สังคมดังกล่าว จะเกิดขึ้นในสภาพแวดล้อมที่ส่งเสริมสุขภาพ การเคารพตนเอง และศักดิ์ศรีของเด็ก

### บทที่ 3

## เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในความผิดทางเพศเกี่ยวกับเด็ก ตามกฎหมายต่างประเทศ

เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญานั้นสามารถกระทำได้ไม่เป็นการผิดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายอาญา เพราะในทางกฎหมายอาญามีแต่เพียงหลัก “ไม่มีโทษโดยไม่มี ความชั่ว” (Nulla poena sine culpa) เท่านั้น แต่ไม่มีหลักกลับกันว่า “เมื่อมีความชั่วแล้วต้องมีการลงโทษ”<sup>1</sup> ดังนั้นการกระทำใดการกระทำหนึ่งของบุคคลนั้นแม้จะฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นความผิด และกำหนดบทลงโทษไว้ มิได้หมายความว่า การกระทำของบุคคลนั้นจะต้องถูกลงโทษเสมอไป หากปรากฏว่าการกระทำนั้นมีกฎหมายบัญญัติยกเว้นโทษไว้สำหรับความผิดนั้น

ความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายนานาประเทศ ในสมัยโบราณถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการประทุษร้ายต่อร่างกาย แต่เรียกว่าเป็นการทำร้ายที่ผิดศีลธรรมจรรยา (Indecent Assault) เพราะการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความยินยอมของผู้อื่น และทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บ เป็นอันตรายต่อกายและจิตใจ ต่อมาได้ถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual Offence) เพราะนอกจากจะเป็นการทำร้ายร่างกายและจิตใจของหญิงผู้เสียหายแล้ว ยังทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้เสียหายอีกสถานหนึ่งด้วย<sup>2</sup>

อนึ่ง การข่มขืนกระทำชำเราไม่ว่าจะเป็น การกระทำที่ชายกระทำต่อหญิง หรือชายกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อหญิง หรือระหว่างมนุษย์และสัตว์ ต่างเป็นบาปและเป็นความผิดต่อกฎหมายของพระเจ้า ดังที่ปรากฏในพระคัมภีร์ไบเบิล ภาคพันธสัญญาเดิม (Old Testament) ซึ่งเรื่องนี้ยังมีอิทธิพลปรากฏอยู่ในกฎหมายของประเทศทั้งหลาย<sup>3</sup>

<sup>1</sup> คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 113.

<sup>2</sup> ประสิทธิ์ พัฒนอมร. เล่มเดิม. หน้า 5.

<sup>3</sup> แหล่งเดิม.



### 3.1 กฎหมายฝรั่งเศส

#### 3.1.1 เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่จัดอยู่ในกลุ่มระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งยึดถือประมวลกฎหมายเป็นหลัก คำพิพากษาของศาลเป็นเพียงแค่แนวทางไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตาม ในกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้นได้กำหนดการวินิจฉัยความรับผิดชอบเอาไว้ว่า เมื่อการกระทำของบุคคลใดบุคคลหนึ่งครบโครงสร้างความผิดอาญาใน ข้อสาระทางกฎหมาย ข้อสาระทางการกระทำ ข้อสาระทางจิตใจ โดยทั่วไปแล้วการกระทำของบุคคลนั้นก็มีความผิดอาญาตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ก็จะต้องนำการกระทำนั้นมาวินิจฉัยถึง “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” ซึ่งอยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญาและเป็นการพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลนั้นมีความผิดอาญาหรือไม่ และเมื่อเป็นความผิดอาญาแล้วจะได้รับการยกเว้นโทษหรือไม่ ดังนั้น “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” ในกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนี้แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) เหตุเนื่องจากการกระทำ (Cause Objective) เป็นการพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลจะผิดต่อกฎหมายหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นการพิจารณาพฤติการณ์ของการกระทำ (Circumstances objective)

ดังนั้น “เหตุเนื่องจากการกระทำ” ก็คือ เหตุยกเว้นความผิด (Justification)

2) เหตุเนื่องจากตัวผู้กระทำ (Cause Subjective) เป็นการพิจารณาตัวบุคคลผู้กระทำ ความคิดว่า การที่บุคคลนั้นๆ ตัดสินใจในการกระทำผิดลงไป เขามีความรู้สึกผิดชอบหรือเขามีเสรีภาพในการกระทำผิดหรือไม่ หรือแม้ว่าตัวผู้กระทำจะมีสติปัญญา รู้สึกผิดชอบ หรือเสรีภาพในการกระทำผิด ซึ่งตามกฎหมายฝรั่งเศสยังต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมในการลงโทษอีกด้วย ผลที่เกิดขึ้นจากการพิจารณาถึงเหตุเนื่องจากตัวผู้กระทำก็คือ การกระทำนั้นเป็นความผิดเพียงแต่ว่าผู้กระทำไม่ต้องรับโทษเท่านั้น หรือเป็นเหตุยกเว้นโทษ

ดังนั้น “เหตุเนื่องจากตัวผู้กระทำ” (Cause Subjective) นั้นแบ่งออกเป็น 2 ประเภท

(1) เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ (Excuse) โดยพิจารณาถึงความรู้สึกผิดชอบและสติปัญญา หรือเสรีภาพในการกระทำผิด เช่น เด็ก คนวิกลจริต

(2) เหตุที่กฎหมายยกโทษ (Absolution) โดยพิจารณาความเหมาะสมในการลงโทษ เช่น การไม่ลงโทษสามีภรรยาในบางฐานความผิด<sup>4</sup>

<sup>4</sup> ชานนท์ ศรีสาคร. เล่มเดิม. หน้า 28-29.

### 3.1.2 ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมีบทบัญญัติความผิดว่าด้วยการกระทำความรุนแรงในทางเพศไว้ในส่วนที่ 3 โดยเริ่มบทบัญญัติตั้งแต่ มาตรา 222-22 ถึง มาตรา 222-30<sup>5</sup> ซึ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 222-23 ซึ่งกำหนดให้การกระทำใดๆ ซึ่งเป็นการล่วงล้ำในทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในลักษณะใด หรือจะเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่น โดยความรุนแรง โดยการบังคับ ข่มขู่ หรือทำให้ตื่นตกใจก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ซึ่งมีโทษจำคุกตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไป

การข่มขืนกระทำชำเราอาจทำให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้นคือ มีโทษจำคุก 20 ปี หากปรากฏว่าการกระทำนั้นทำให้เกิดการพิการอย่างถาวร หรือเป็นการกระทำต่อผู้เยาว์อายุไม่เกินสิบห้าปี หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งอยู่ในสภาพที่อ่อนแอ ไม่ว่าจะด้วยอายุ ความเจ็บป่วย ความพิการ ความผิดปกติทางกายหรือจิตใจ หรือภาวะมีครรภ์ ซึ่งสภาพดังกล่าวได้ปรากฏอย่างชัดเจน หรือผู้กระทำได้รู้ถึงสภาพดังกล่าวด้วย นอกจากนี้ยังรวมถึงการกระทำชำเราต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามกฎหมาย หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามความเป็นจริง หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีโดยการเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม หรือ โดยบุคคลใดๆ ก็ตามซึ่งมีอำนาจเหนือผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา นั้น หรือเป็นการกระทำโดยบุคคลใดๆ ซึ่งใช้อำนาจโดยไม่ชอบแก่การซึ่งได้รับมอบหมายความไว้วางใจให้ดูแลผู้นั้น<sup>6</sup>

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้นจัดเป็นความผิดร้ายแรง และกฎหมายกำหนดให้ถือเอาอายุสิบห้าปีเป็นเกณฑ์สำหรับวินิจฉัยในเรื่องการให้ความยินยอมในการกระทำความผิดดังกล่าว ส่วนในเรื่องเจตนาในการกระทำความผิดนั้นต้องปรากฏว่าผู้กระทำได้รู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดหรือข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ถ้าผู้กระทำไม่รู้ย่อมแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำไม่มีเจตนากระทำความผิด<sup>7</sup>

การคุ้มครองเด็กต่อการถูกล่วงละเมิดทางเพศของประเทศฝรั่งเศสนั้นมุ่งคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของเด็กเป็นอย่างมาก โดยได้กำหนดโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กไว้หนักถึงขั้นจำคุกตลอดชีวิต<sup>8</sup>

<sup>5</sup> นริศรา แดงไผ่. (2541). การลงมือกระทำความผิด: ศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำชำเรา. หน้า 115.

<sup>6</sup> แหล่งเดิม.

<sup>7</sup> แหล่งเดิม.

<sup>8</sup> นวลจันทร์ ทศนชัยกุล. (2525). การศึกษาความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีข่มขืนกระทำชำเรา (รายงานการวิจัย). หน้า 47.

## 3.2 กฎหมายเยอรมัน

### 3.2.1 เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

ในกฎหมายอาญาเยอรมัน แม้ว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งของบุคคลนั้นจะครบโครงสร้างความผิดอาญา (องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว) ก็มิได้หมายความว่าบุคคลนั้นจะต้องถูกลงโทษเสมอไป เพราะกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติ “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว”<sup>9</sup> ไว้อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา การพิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนั้นเป็นการพิจารณาหลังจากที่การกระทำของบุคคลนั้นครบโครงสร้างความผิดอาญาแล้ว ในการพิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวเป็นการพิจารณาถึงตัวบุคคลโดยเฉพาะในการที่จะไม่ลงโทษหรือยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด ดังนั้น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” ในกฎหมายเยอรมัน แยกออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” เป็นการพิจารณาถึงข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่มีก่อนการกระทำผิดอันมีผลทำให้กฎหมายห้ามลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะตัว ได้แก่ การไม่ลงโทษในบางฐานความผิดระหว่างสามีและภรรยาที่กระทำผิดต่อกัน<sup>10</sup>

2) “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว” เป็นการพิจารณาถึงข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิดเนื่องจากการทำดีของผู้กระทำความผิดอันทำให้ความสมควรในการลงโทษเปลี่ยนไปในทางที่ดี และทำให้วัตถุประสงค์ของการลงโทษตกไปด้วย ได้แก่ การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด<sup>11</sup>

### 3.2.2 ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายเยอรมัน

ประเทศเยอรมันเป็นประเทศที่จัดอยู่ในกลุ่มระบบกฎหมายซีวิลลอว์เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส ดังนั้นจึงยึดถือประมวลกฎหมายเป็นหลัก ตามประมวลอาญาเยอรมัน ฉบับปี ค.ศ. 1998 (Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB) 1998) ได้บัญญัติให้การคุ้มครองเด็กต่อการถูกล่วงละเมิดทางเพศไว้โดยละเอียดกว่ากฎหมายอาญาของประเทศอื่นๆ โดยมุ่งคุ้มครองทั้งเด็กหญิงและเด็กชายรวมถึงการกระทำความผิดทางเพศอื่นๆ ด้วย เช่น

1) การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 177 โดยกำหนดให้ “ผู้ใดข่มขืนใจหญิง ให้มีการกระทำชำเรานอกสมรสกับบุคคลนั้นเองหรือกับบุคคลที่สาม โดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่ข่มขู่จะทำให้ได้รับอันตรายถึงชีวิตหรือแก่ร่างกาย จะถูกลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าสองปี”

<sup>9</sup> ชานนท์ ศรีสารค์. เล่มเดิม. หน้า 29.

<sup>10</sup> แหล่งเดิม.

<sup>11</sup> แหล่งเดิม.

2) การล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก (Sexual abuse of children) ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 176 โดยกำหนดว่า “การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี หรือผู้ใด อนุญาตให้เด็กกระทำเช่นเดียวกันนั้นกับบุคคลนั้น หรือเป็นการกระทำโดยการชักชวนเด็กให้ กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้อื่นหรืออนุญาตให้ผู้อื่นกระทำเช่นเดียวกันนั้นต่อเด็ก เป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้

การพยายามกระทำความผิดดังกล่าวต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ<sup>12</sup>

กฎหมายเยอรมันได้กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเรารวมถึงการบังคับให้หญิงยินยอม กระทำชำเราต่อบุคคลอื่นด้วย โดยกฎหมายถือว่าผู้ข่มขืนใจหญิงนั้นเป็นเสมือนผู้กระทำชำเราหญิง นั้นเอง การที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดเนื่องจากไม่ต้องการให้ผู้กระทำความผิดยกเป็นข้อแก้ตัวว่าตนมิได้เป็นผู้กระทำชำเราหญิงนั้น จึงไม่จำเป็นต้องรับผิด สำหรับอายุที่ใช้ เป็นเกณฑ์ในการให้ความยินยอมถือเอาอายุไม่ต่ำกว่าสิบสี่ปี

### 3.3 กฎหมายอังกฤษ

#### 3.3.1 เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

การพิจารณาความรับผิดทางอาญาของประเทศอังกฤษจะวินิจฉัยจากองค์ประกอบ 2 ส่วน ส่วนแรกเรียกว่า Actus Reus หมายถึง การกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือ สิ่งที่ถูกกฎหมายห้าม กล่าวคือ พิจารณาว่ามีการกระทำในประการแรก เมื่อมีการกระทำโดยสมัครใจในส่วนของ Actus ข้อที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ พิจารณาส่วน Reus ว่า การกระทำนั้นผิดกฎหมาย จึงจะสมบูรณ์ในความหมายของการกระทำในทางอาญา (ครบในส่วนประกอบของ Actus reus) ถ้ามีเพียงอย่างเดียว กล่าวคือ แม้มีการกระทำแต่การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย หรือไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ก็ไม่อาจลงโทษบุคคลนั้นได้ เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ ถ้าลักทรัพย์ของตนเองโดยคิดว่าเป็นทรัพย์ ของผู้อื่นจึงเอาทรัพย์โดยเจตนาทุจริต ผู้ทำการลักทรัพย์ไม่มีความผิดเพราะทรัพย์นั้น ไม่ใช่ของผู้อื่น แต่เป็นทรัพย์ของตนเองจึงขาดในส่วนของ Reus นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาในส่วนที่ 2 เรียกว่า Mens Rea เป็นประการต่อมา กล่าวคือ พิจารณาในส่วนของจิตใจที่บ่งบอกถึงสภาวะที่แท้จริงของ จิตใจว่ามีความประสงค์ร้าย มีจิตใจที่ชั่วร้ายหรือไม่ซึ่งต้องมีในทุกความผิดและต้องบังเกิดพร้อมกัน กับการกระทำความผิด อาจกล่าวได้ว่าผู้กระทำอาจจะกระทำไปโดยเจตนา (Intention) ประมาท

<sup>12</sup> นริศรา แดงไผ่. เล่มเดิม. หน้า 111.

โดยรู้ตัว (Recklessness) ประมาทธรรมดา (Negligence) หรือเป็นเพียงจิตใจที่พลั้งเผลอไม่อาจตำหนิได้ (Blamless inadvertent)<sup>13</sup>

อย่างไรก็ตามประเทศอังกฤษซึ่งจัดอยู่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เมื่อมีการกระทำที่เป็นความผิดอาญา คือครบทั้งส่วน Actus reus และ Mens rea แล้ว ผู้กระทำอาจปฏิเสธได้ว่ากระทำของตนนั้นขาด Actus reus หรือ Mens rea อย่างใดอย่างหนึ่งได้ อันจะทำให้การกระทำนั้นไม่ครบโครงสร้างความผิดอาญา ซึ่งเรียกว่า “ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบ” ส่งผลให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญาและไม่ต้องรับโทษ ซึ่งจะมีลักษณะคล้ายคลึงกับ “เหตุยกเว้นความผิด” (Justification) และ “เหตุยกเว้นโทษ” (Excuse) ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เพียงแต่ประเทศอังกฤษมิได้แยกความแตกต่างของทั้ง 2 เหตุไว้ แต่จะเรียกเหตุยกเว้นความผิดที่ผู้กระทำยกขึ้นมาปฏิเสธการกระทำของตนดังกล่าวนี้ว่า “ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบ” โดยจะมีทั้ง ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบทั่วไป (General Defences) เช่น ความอ่อนเยาว์ (Infancy) วิกลจริต (Insanity) การป้องกัน (Public or Private Defences) เป็นต้น หรือข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบเฉพาะฐานความผิด (Specific Defences) เช่น บันดาลโทสะ (Provocation) และข้อโต้เถียงในเรื่องอื่นๆ เช่น ความมึนเมา (Intoxication) เป็นต้น

### 3.3.2 ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายอังกฤษ

ความผิดเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศถูกบัญญัติไว้ในบทที่ 42 ของพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 โดยความผิดเกี่ยวกับเพศทั้งหมดในบทนี้เป็นการล่วงละเมิดทางเพศโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ ซึ่งผลของการกระทำอาจเกิดขึ้นกับร่างกายหรือจิตใจของผู้ถูกระทำ โดยลักษณะการล่วงละเมิดตามกฎหมายฉบับนี้สามารถกระทำได้หลายรูปแบบและหลายระดับ ตั้งแต่การสัมผัสกับอวัยวะเพศโดยตรง การสอดใส่ทางช่องปากหรือทวารหนัก การกระทำที่ไม่มีการสัมผัสอวัยวะเพศ จนถึงการสัมผัสภายนอกร่างกายของผู้ถูกระทำ ซึ่งสวมใส่เสื้อผ้าอยู่<sup>14</sup>

ความผิดเกี่ยวกับเพศที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 บทที่ 42 ส่วนที่ 1 ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจารดังต่อไปนี้

<sup>13</sup> สุนทรื กิ่งกระจ่าง. (2549). ความรับผิดชอบทางอาญา: ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดชอบของบิดามารดาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546. หน้า 11.

<sup>14</sup> The Sentencing Guidelines Council, The Sexual Offence 2003 Definitive Guideline, Published by the Sentencing Guidelines Secretariat, April 2007, p. 5. อ้างถึงใน สุนนัส ตั้งเจริญกิจกุล. (2552). ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร. หน้า 20.

### 1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา<sup>15</sup>

แบ่งออกได้เป็น 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และ มาตรา 5 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### มาตรา 1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

##### (1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ ถ้า

(a) ผู้กระทำเจตนาสอดใส่อวัยวะเพศของเขา (อวัยวะเพศชาย) เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

(b) โดยผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมให้ผู้กระทำกระทำการสอดใส่ และ

(c) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ถูกกระทำยินยอมให้ผู้กระทำกระทำการเช่นนั้น

(2) เหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากสภาพเหตุการณ์ทั้งหมดที่เกิดขึ้น ซึ่งรวมถึงทุกขั้นตอนที่ผู้กระทำเชื่อว่าผู้ถูกกระทำให้ความยินยอม

##### (3) นำมาตรา 75 และ 76 มาปรับใช้กับมาตรานี้ได้

##### (4) ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องรับโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิต

#### มาตรา 5 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

##### (1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ ถ้า

(a) ผู้กระทำเจตนาสอดใส่สอดใส่อวัยวะเพศของเขา (อวัยวะเพศชาย) เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

(b) กระทำต่อบุคคลที่อายุต่ำกว่า 13 ปี

##### (2) ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องรับโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองเสรีภาพของผู้ถูกกระทำในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเอง โดยมีให้มีการล่วงละเมิดต่อสิทธิทางเพศของผู้ถูกกระทำที่จะเลือกมีเพศสัมพันธ์กับใครในรูปแบบอย่างใดก็ได้ นอกจากนี้ยังเป็นการคุ้มครองความสงบสุขของสังคม โดยการป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดฐานนี้ซ้ำซากกลับเข้าสู่สังคมอีก กฎหมายจึงใช้วิธีการกำหนดโทษผู้กระทำความผิดฐานนี้ไว้สูงสุดถึงจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งเป็นการตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำผิดที่เป็นภัยต่อสังคมกลับเข้าสู่สังคมตามทฤษฎีการลงโทษ

ส่วนความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี บัญญัติขึ้นเนื่องจากเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ยังอ่อนวัยและไร้เดียงสาในเรื่องประเวณี ไม่สามารถรับรู้ได้ว่าการกระทำอย่างไรเป็นการร่วมประเวณี ดังนั้นแม้เด็กจะยอมให้ผู้อื่นสอดใส่อวัยวะเพศของเขาเข้าไปในอวัยวะเพศ

<sup>15</sup> สุนนัส ตั้งเจริญกิจกุล. (2552). ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร. หน้า 22.

ทวารหนัก หรือช่องปากของตน ผู้กระทำก็มีความผิด เนื่องจากกฎหมายพิจารณาว่า เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ไม่อยู่ในฐานะที่จะให้ความยินยอมได้ กฎหมายจึงลงโทษผู้กระทำความผิดฐานนี้ไม่ว่าเด็กจะยินยอมให้กระทำหรือไม่ก็ตาม เพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่งความบริสุทธิ์ทางเพศ และความไร้เดียงสาในทางเพศของเด็ก เนื่องจากกฎหมายต้องการให้เด็กเจริญเติบโต โดยมีพัฒนาการที่ดี ไม่สมควรที่จะสูญเสียความบริสุทธิ์ทางเพศ หรือมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันสมควร

ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายนี้ต้องเป็นชายเท่านั้น เพราะกฎหมายใช้คำว่า สอดใส่อวัยวะเพศชาย เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น แต่ผู้ถูกกระทำสามารถเป็นได้ทั้งชายและหญิง หรือคู่สมรสก็ได้ เพราะการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในทวารหนักหรือช่องปาก อาจเป็นทวารหนักหรือช่องปากของเพศชายก็ได้

## 2) ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่<sup>16</sup>

แบ่งออกได้เป็น 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 2 ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ และมาตรา 6 ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่แก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

มาตรา 2 ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่

(1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ ถ้า

(a) ผู้กระทำเจตนาสอดใส่ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักผู้อื่น

(b) การสอดใส่นั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ

(c) โดยผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมให้ผู้กระทำกระทำการสอดใส่ และ

(d) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าคุณถูกกระทำยินยอมให้ผู้กระทำกระทำการเช่นนั้น

(2) เหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมหรือไม่ ต้องพิจารณาจากสภาพการณ์ทั้งหมดที่เกิดขึ้น ซึ่งรวมถึงทุกขั้นตอนที่ผู้กระทำเชื่อว่าคุณถูกกระทำยินยอม

(3) นำ มาตรา 75 และ 76 มาปรับใช้กับมาตรานี้ได้

(4) ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องรับโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิต

มาตรา 6 ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่แก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

(1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ ถ้า

(a) ผู้กระทำเจตนาสอดใส่ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักผู้อื่น

(b) การสอดใส่นั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ

<sup>16</sup> แหล่งเดิม.

(c) กระทำต่อบุคคลที่อายุต่ำกว่า 13 ปี

(2) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ต้องรับโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ตาม มาตรา 2 มุ่งคุ้มครองเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกาย และเสรีภาพในทางเพศของผู้ถูกระทำมิให้ผู้อื่นกระทำการละเมิดด้วยการสอดใส่ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในร่างกายของตนโดยที่ผู้กระทำมีวัตถุประสงค์ทางเพศ ซึ่งการกระทำดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการกระทำทางเพศที่วิปริตผิดธรรมดา มนุษย์ โดยกฎหมายได้สันนิษฐานเด็ดขาดว่า การกระทำความผิดฐานนี้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถูกระทำเทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากพฤติกรรมการกระทำความผิดทั้งสองฐานนี้เป็นการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกระทำเช่นเดียวกัน กฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองไม่ให้บุคคลต้องหวาดกลัวกับการถูกล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของตนโดยปราศจากความยินยอม ไม่ว่าจะล่วงล้ำนั้นจะเป็นไปในลักษณะตามธรรมชาติ หรือลักษณะที่ผิดธรรมชาติ

นอกจากนี้กฎหมายยังต้องการป้องกันชุมชนจากผู้กระทำความผิดฐานนี้ซ้ำซาก มิให้กลับเข้าสู่ชุมชนอีก โดยกำหนดบทลงโทษผู้ที่กระทำความผิดฐานนี้ไว้สูงสุดถึงจำคุกตลอดชีวิต อันเป็นการตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำความผิดที่เป็นภัยต่อชุมชนกลับเข้าสู่ชุมชน

ส่วนความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่แก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ตาม มาตรา 6 บัญญัติขึ้นเนื่องจากกฎหมายมุ่งคุ้มครองความบริสุทธิ์ในทางเพศ และความไร้เดียงสาในทางเพศของเด็กมิให้ถูกผู้อื่นกระทำการล่วงละเมิดทางเพศด้วยการสอดใส่ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในร่างกายของตน โดยที่ผู้กระทำมีวัตถุประสงค์ทางเพศ แม้เด็กจะยินยอมให้มีการสอดใส่ นั้น ผู้กระทำก็ไม่สามารถอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อพ้นผิดได้ เนื่องจากกฎหมายต้องการคุ้มครองมิให้เด็กสูญเสียความบริสุทธิ์ในทางเพศ หรือมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันสมควร ซึ่งเป็นการขัดขวางการเจริญเติบโตและพัฒนาการที่ดีของเด็ก

ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ กฎหมายมิได้ระบุว่าผู้กระทำต้องเป็นเพศใด โดยผู้กระทำความผิดสามารถเป็นได้ทั้งชายและหญิง อาจเป็นการกระทำระหว่างชายกับหญิง หญิงกับหญิง หรือชายกับชายก็ได้ เนื่องจากการกระทำที่ใช้อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักเท่านั้น โดยไม่รวมถึงการสอดใส่เข้าไปในช่องปาก



### 3) ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่<sup>17</sup>

แบ่งออกเป็น 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 3 ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ และ มาตรา 7 ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่แก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### มาตรา 3 ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่

- (1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ ถ้า
  - (a) ผู้กระทำความผิดนั้นสัมผัสบุคคลอื่น
  - (b) การสัมผัสนั้นมีวัตถุประสงค์ทางเพศ
  - (c) โดยที่ผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมให้ผู้กระทำความผิดทำการสัมผัส และ
  - (d) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าการยินยอมให้ผู้กระทำความผิดทำการ เช่นนั้น
- (2) เหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากสภาพการณ์ทั้งหมดที่เกิดขึ้น ซึ่งรวมถึงทุกขั้นตอนที่ผู้กระทำเชื่อว่าการยินยอม
- (3) นำ มาตรา 75 และ 76 มาปรับใช้กับมาตรานี้ได้
- (4) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้
  - (a) กรณีผู้พิพากษาคนเดียวพิจารณาต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ
  - (b) กรณีคณะลูกขุนพิจารณาต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี

#### มาตรา 7 ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่แก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

- (1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ ถ้า
  - (a) ผู้กระทำความผิดนั้นสัมผัสบุคคลอื่น
  - (b) การสัมผัสนั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ
  - (c) กระทำต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 13 ปี
- (2) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้
  - (a) กรณีผู้พิพากษาคนเดียวพิจารณาต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ
  - (b) กรณีคณะลูกขุนพิจารณาต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี

<sup>17</sup> แหล่งเดิม.

ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ตาม มาตรา 3 มุ่งคุ้มครองมิให้มีการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศเกิดขึ้นในสังคม เพื่อเป็นการป้องกันการอับอายขายหน้าของผู้ถูกระทำ และมิให้มีการล่วงละเมิดทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายภายนอกของบุคคลอื่น โดยการกระทำความผิดฐานนี้จะต้องไม่มีการสอดใส่อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายหรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกระทำ อย่างไรก็ตามหากผู้ถูกระทำยินยอมให้กระทำ การกระทำของผู้กระทำก็ไม่เป็นความผิด ดังนั้นความผิดฐานนี้จึงครอบคลุมการสัมผัสทางเพศทุกรูปแบบ และนำไปใช้รองรับการกระทำความผิดทางเพศฐานอื่นที่นอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเราและการล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่

ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่แก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ตาม มาตรา 7 มุ่งคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี มิให้ถูกล่วงละเมิดทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายแม้จะเป็นเพียงการกระทำต่อภายนอกร่างกายก็ตาม ทั้งนี้เพื่อรักษาความไร้เดียงสาในทางเพศของเด็กไว้ เนื่องจากการที่เด็กมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันสมควรจะส่งผลกระทบต่อพัฒนาการด้านต่างๆ ของเด็ก

ผู้กระทำความผิดฐานนี้เป็นได้ทั้งชายและหญิง เพราะเป็นเพียงการสัมผัส แต่หากผู้กระทำมีการหลั่งอสุจิ หรือทำให้ผู้ถูกระทำหลั่งอสุจิเป็นเหตุเพิ่มความร้ายแรงของการกระทำผิด และกรณีที่ผู้ถูกระทำยินยอมให้ผู้กระทำสัมผัสร่างกาย ผู้กระทำไม่มีความผิด ยกเว้นกรณีที่ผู้ถูกระทำเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี กฎหมายบัญญัติว่า ไม่สามารถให้ความยินยอมได้

#### 4) ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม<sup>18</sup>

แบ่งออกได้เป็น 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 4 ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม และ มาตรา 8 ความผิดฐานทำให้เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

มาตรา 4 ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม

- (1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ ถ้า
  - (a) เขาเจตนาทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมโดยปราศจากความยินยอม
  - (b) กิจกรรมนั้นมีลักษณะเป็นกิจกรรมทางเพศ
  - (c) ผู้ถูกระทำไม่ยินยอมเข้าร่วมทำกิจกรรมนั้น
  - (d) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ถูกระทำยินยอมให้ผู้กระทำกระทำการเช่นนั้น

<sup>18</sup> แหล่งเดิม.

(2) เหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกระทำให้ความยินยอมนั้น ต้องพิจารณาจากสภาพ เหตุการณ์ทั้งหมดที่เกิดขึ้น ซึ่งรวมถึงทุกขั้นตอนที่ผู้กระทำเชื่อว่าผู้ถูกระทำให้ยินยอม

(3) นำมาตรา 75 และ 76 มาปรับใช้กับมาตรานี้ได้

(4) ผู้กระทำมีความผิดตามมาตรานี้ ถ้าการกระทำนั้น

(a) เป็นการสอดใส่ด้วยสิ่งใดๆ เข้าไปในทวารหนัก หรืออวัยวะเพศหญิง ของผู้ถูกระทำให้

(b) เป็นการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกระทำให้

(c) เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำให้สอดใส่อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของผู้ถูกระทำให้เอง หรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในทวารหนัก หรืออวัยวะเพศหญิงของผู้อื่น หรือ

(d) เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำให้สอดใส่อวัยวะเพศชายของผู้ถูกระทำให้เข้าไปใน ช่องปากของบุคคลอื่น

ผู้กระทำมีความผิดต้องรับโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิต

(5) การกระทำความผิดตามมาตรานี้ นอกเหนือจาก (4) ผู้กระทำต้องรับโทษ ดังนี้

(a) กรณีผู้พิพากษาคนเดียวพิจารณา ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินค่าที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำและปรับ

(b) กรณีคณะลูกขุนพิจารณา ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี

มาตรา 8 ความผิดฐานทำให้เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ

(1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ ถ้า

(a) เขาเจตนาขยง กระตุ้น หรือปลุกปั่นให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมโดย ปราศจากความยินยอม

(b) กิจกรรมนั้นมีลักษณะเป็นกิจกรรมทางเพศ

(c) กระทำต่อบุคคลที่อายุต่ำกว่า 13 ปี

(2) ผู้กระทำมีความผิดตามมาตรานี้ ถ้าการกระทำนั้น

(a) เป็นการสอดใส่ด้วยสิ่งใดๆ เข้าไปในทวารหนัก หรืออวัยวะเพศหญิง ของผู้ถูกระทำให้

(b) เป็นการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกระทำให้

(c) เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำให้สอดใส่อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของผู้ถูกระทำให้เอง หรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในทวารหนัก หรืออวัยวะเพศหญิงของผู้อื่น

(d) เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำให้สอดใส่อวัยวะเพศชายของผู้ถูกระทำให้เข้าไปใน ช่องปากของบุคคลอื่น

ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิต

(3) การกระทำความผิดตามมาตรา ๑๖ นอกเหนือจาก (2) ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษ ดังนี้

(a) กรณีผู้พิพากษาคนเดียวพิจารณา ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำและปรับ

(b) กรณีคณะลูกขุนพิจารณา ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี วัตถุประสงค์ของการบัญญัติความผิดฐานทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม ตาม มาตรา 4 เพื่อให้บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศในบทนี้ครอบคลุมถึงการล่วงละเมิดทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำทุกลักษณะ และเพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่หญิงเป็นผู้ทำให้ชายต้องกระทำชำเรากับตน โดยที่ชายนั้นไม่ยินยอม ซึ่งหญิงที่กระทำความผิดฐานนี้จะได้รับโทษเช่นเดียวกับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั่วไป

ความผิดฐานทำให้เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ ตาม มาตรา 8 มุ่งคุ้มครองความบริสุทธิ์ทางเพศ และความรู้เพียงสาในทางเพศของเด็ก โดยกฎหมายไม่ต้องการให้ผู้ใดอาศัยความอ่อนวัยและวุฒิภาวะของเด็กกระทำการใดๆ ก็ตามให้เด็กต้องมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันสมควร

ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม ผู้กระทำความผิดมีเจตนาให้ผู้ถูกระทำความผิดต้องเข้าร่วมกิจกรรม โดยกิจกรรมนั้นต้องเป็นกิจกรรมทางเพศ และผู้ถูกระทำความผิดไม่ยินยอมเข้าร่วมกิจกรรมนั้น ยกเว้นกรณีผู้ถูกระทำความผิดเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี กฎหมายบัญญัติว่า ไม่สารทให้ความยินยอมได้ ผู้ที่กระทำความผิดทำให้เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศจึงมีความผิดตาม มาตรา 8 ประกอบกับต้องไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ถูกระทำความผิดยินยอมให้ผู้กระทำความผิดกระทำเช่นนั้น

การกระทำความผิดฐานนี้ครอบคลุมถึงกรณีดังต่อไปนี้<sup>19</sup>

1) ผู้ถูกระทำความผิด (ทั้งชายและหญิง) ถูกบังคับให้ทำกิจกรรมทางเพศกับตนเอง เช่น การถูกบังคับให้ช่วยตัวเอง

2) ผู้ถูกระทำความผิด (ทั้งชายและหญิง) ถูกบังคับให้กระทำความผิดทางเพศกับบุคคลอื่น (ไม่ว่าบุคคลอื่นนั้นจะยินยอมกระทำความผิดทางเพศกับผู้ถูกระทำความผิดหรือไม่) เช่น การถูกบังคับให้ร่วมประเวณีกับคนแปลกหน้า

3) ผู้ถูกระทำความผิด (ทั้งชายและหญิง) ถูกบังคับให้กระทำความผิดทางเพศกับผู้กระทำ เช่น การถูกบังคับให้ร่วมประเวณีกับผู้กระทำ

<sup>19</sup> แหล่งเดิม.

การทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศนั้น อาจเป็นการกระทำโดยใช้เพียงคำพูดก็ได้  
เช่น ผู้กระทำสั่ง หรือขู่ให้ผู้ถูกระทำช่วยตัวเอง



## บทที่ 4

### ความผิดเกี่ยวกับเพศและเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในกฎหมายไทย

ประเทศไทยประสบกับปัญหาการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพทางเพศ หรือปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราต่อสตรีเพศ ไม่ว่าผู้ถูกกระทำนั้นจะบรรลุนิติภาวะหรือไม่ก็ตาม ประเทศไทยจึงมีมาตรการป้องกันและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพสตรีมาตั้งแต่ครั้งโบราณกาลดังเช่นกฎหมายลักษณะผัวเมีย ซึ่งได้บัญญัติลงโทษผู้กระทำผิดฐานล่วงเกินบุตร ภรรยาผู้อื่นในทางอนาจารหรือประเวณี โดยถือว่านอกจากจะเป็นความผิดต่อเสรีภาพ และชื่อเสียงเกียรติคุณของสตรีแล้วยังเป็นการล่วงละเมิดศีลธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมอันดีงามของไทยอย่างร้ายแรงอีกด้วย

#### 4.1 วิวัฒนาการความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายไทย

สมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก รัชกาลที่ 1 ในปี พ.ศ. 2347 ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดให้มีการชำระและรวบรวมกฎหมายเก่าตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาที่ถูกพม่าเผาทำลายเสียใหม่ และทรงโปรดให้มีการประทับตราขึ้นเพื่อเป็นประกันความถูกต้องและป้องกันการปลอมแปลง โดยเรียกกฎหมายฉบับดังกล่าวว่า “กฎหมายตราสามดวง”<sup>1</sup> ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งถูกบัญญัติไว้ในพระอัยการลักษณะผัวเมีย โดยความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายนี้มุ่งคุ้มครองชื่อเสียงเกียรติยศและอำนาจในการปกครองดูแลบุตรของบิดามารดา หรืออำนาจในการปกครองดูแลและชื่อเสียงเกียรติยศของสามี มากกว่าที่จะคุ้มครองบุตรสาว หลานสาวหรือภริยาซึ่งเป็นผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเราหรือถูกกระทำอนาจาร

##### 4.1.1 กฎหมายตราสามดวง: พระอัยการลักษณะผัวเมีย

พระอัยการลักษณะผัวเมีย เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคลในสังคมไทยเรื่อยมาจนถึงปี พ.ศ. 2443 ซึ่งได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ โดยเป็นบทบัญญัติลักษณะหนึ่งในกฎหมายตราสามดวงที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในครอบครัว ได้แก่ สามี ภริยา บุตร บิดามารดา โดยรวมบทบัญญัติทั้งในทางแพ่งและทางอาญา เช่น การสมรส การเป็นชู้ (ใช้เฉพาะ

<sup>1</sup> สุนนัสน์ ตั้งเจริญกิจกุล. เล่มเดิม. หน้า 43.

หญิงผู้เป็นภรรยา<sup>1</sup>) การข่มขืนกระทำชำเราหญิงและเด็กหญิง<sup>2</sup> เหตุที่กฎหมายนำบทบัญญัติในความผิดเกี่ยวกับเพศมารวมไว้ในหมวดพระอัยการลักษณะผิดเมีย ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาเพราะเห็นว่า การล่วงเกินบุตรหญิงของผู้อื่นเป็นการล่วงละเมิดอำนาจการปกครองหรืออำนาจอิสระของบิดามารดา และการล่วงเกินภริยาของผู้อื่นเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองหรือเกียรติยศของสามี<sup>3</sup>

ความคิดเกี่ยวกับเพศตามพระอัยการลักษณะผิดเมียที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจาร สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

### 1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา<sup>4</sup>

มาตรา 1 “ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา ให้ใหม่โดยประณมผิดเมียทวิคูณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเราให้ใหม่โดยประณมผิดเมีย”

มาตรา 76 “ชายใดมีเมียแล้ว ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ใหม่ชายนั้น กึ่งประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ใหม่กึ่งถึงชำเรา”

มาตรา 77 “ชายหาเมียมิได้ ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ใหม่ชายนั้น กึ่งเบี้ยขามีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ใหม่กึ่งถึงชำเรา”

มาตรา 78 “ชายใดข่มขืนหญิงเด็กไม่รู้เดียงษา<sup>5</sup> มิถึงชำเราให้ใหม่เจ้าเบี้ยประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิตไหล ให้ใหม่เท่าเบี้ยประณมผิดเมียทวิคูณ ถ้าตบตีหญิงทำให้บาดเจ็บด้วย ท่านให้ใหม่ชายนั้นโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง”

จากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเรา สามารถสรุปได้ว่า การชำเรา หมายถึง การร่วมประเวณีกับหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเอง โดยหญิงมิได้ยินยอม ซึ่งการร่วมประเวณีตามพระอัยการลักษณะผิดเมีย หมายถึง การร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิงตามธรรมชาติ

<sup>2</sup> กฤษฎา บุญสมิต. (2547). “บทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายตราสามดวง”. สารานุกรมสำหรับเยาวชน 99, 30. หน้า 114.

<sup>3</sup> ประสิทธิ์ พัฒนอมร. เล่มเดิม. หน้า 14.

<sup>4</sup> สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. เล่มเดิม. หน้า 45.

<sup>5</sup> กฎหมายตราสามดวง: พระอัยการลักษณะวิวาท มาตรา 11 เด็กที่ไม่รู้เดียงษา หมายถึง เด็กอายุต่ำกว่า 7 ขวบลงมา.

## 2) ความผิดฐานกระทำอนาจาร<sup>6</sup>

มาตรา 2 “ผู้ใดเล้าโลมจับมือถือนมกอดจูบเมียท่านก็ดี ผัวท่านไม่อยู่ไปหาเมียท่านถึงในเรือน แลในสถานที่ลับไม่มีผู้ใดอยู่ด้วยเปนค่านับก็ดี ไปหาเมียท่านถึงที่นอนในห้องอยู่แต่สองต่อสองก็ดี ท่านให้ไหมชายนั้นถึงเบียดปรดผิดเมีย ถ้าผู้ใดกล่าวคำแพะโลมเมียท่านก็ดี ลักลอบพุดจาด้วยเมียท่านก็ดี พิจารณาเปนสังไซ้ให้ไหมชายนั้นถึงเบียดชกมือถือนมกอดจูบนั้น”

มาตรา 75 “บุรุษผู้ใดจับมือหยอกบุตรท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรท่านก็ดี แลจูดลากบุตรท่านไปจูบกอดทำชู้แลทำประการใดก็ดี ท่านว่าชายนั้นผิดให้ลงโทษโดยโทษานุโทษ”

การที่กฎหมายบัญญัติให้การจับมือ ถือนม กอดจูบ ลักลอบทำชู้ หรือขึ้นไปหาบุตรหญิงของผู้อื่นถึงในเรือน หรือทำพฤติกรรมใดๆ ก็ตามแก่บุตรหญิงของผู้อื่น ผู้กระทำต้องรับโทษ แม้หญิงจะเต็มใจหรือยินยอมให้ชายกระทำก็ตาม เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อไม่ให้ผู้นั้นล่วงละเมิดทางเพศบุตรหญิงอันเป็นการกระทบต่ออำนาจปกครองหรือเกียรติยศของบิดามารดาหรือสามีของหญิง

จากตัวบทกฎหมายแม้จะไม่ปรากฏคำว่า กระทำอนาจาร แต่เมื่อพิจารณาจากการกระทำต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการจับมือ ถือนม กอดจูบ เล้าโลม เป็นต้น จะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศทั้งสิ้น นอกจากนี้การลักลอบพุดคุยกับเมียคนอื่น อยู่กันสองต่อสอง หรือการขึ้นไปหาบนเรือน ผู้กระทำก็ต้องรับโทษแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำเท่านั้น

กฎหมายฉบับนี้มุ่งที่จะให้ความคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายมิให้มีการล่วงละเมิดดังนี้

1) อำนาจในการปกครองดูแลหรืออำนาจอิสระและเกียรติยศของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือสามีของหญิงผู้เสียหาย

2) อำนาจในการให้ความยินยอมของหญิง มิให้มีผู้ใดมาล่วงเกินทางเพศโดยปราศจากความยินยอม หากหญิงให้ความยินยอมแล้วการกระทำนั้นก็มิใช่การข่มขืน หากแต่เป็นการทำชู้หญิงนั้นจะมีความผิดด้วย

3) คุ้มครองการให้ความยินยอมของเด็กไม่รู้เดียงสา หรือเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 7 ขวบ ซึ่งกฎหมายมองว่ายังไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมในเรื่องเพศ แม้เด็กนั้นจะยินยอมให้ผู้อื่นล่วงละเมิดทางเพศต่อตน ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับโทษ

<sup>6</sup> สุนนัส ตั้งเจริญกิจกุล. เล่มเดิม. หน้า 45.



#### 4.1.2 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญาในวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2451 นั้น ประเทศไทยในสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 ได้ทรงเปิดประเทศทำการค้ากับชาติตะวันตก ทำให้กฎหมายที่มีอยู่เดิมไม่เพียงพอที่จะนำมาบังคับใช้เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมขณะนั้นได้ จึงจำเป็นต้องมีการประกาศกฎหมายเพิ่มเติมเป็นการเฉพาะเรื่องเพื่อแก้ปัญหาเฉพาะหน้าไปก่อนหลายฉบับ รวมถึงการประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 โดยกฎหมายฉบับนี้ได้แก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนที่ยังมีความบกพร่องอยู่ให้มีความชัดเจนขึ้น โดยพระราชกำหนดฉบับนี้ได้ให้ความคุ้มครองหญิงผู้เสียหายแทนการคุ้มครองชื่อเสียงเกียรติยศและอำนาจในการปกครองดูแลบุตรของบิดามารดา หรืออำนาจในการปกครองดูแลและชื่อเสียงเกียรติยศของสามี ด้วยเหตุผลที่ว่ากระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดต่อเสรีภาพทางเพศและชื่อเสียงเกียรติยศของหญิงผู้ถูกระงับมิใช่ของบิดามารดาหรือสามี นอกจากนี้ยังได้บัญญัติเพิ่มเติมให้การชำเราทางเวจมรรคหรือชำเรากับสัตว์เดรัจฉานเป็นการชำเราโดยผิดธรรมเนียมมนุษย์ เนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่น่ารังเกียจและไม่เป็นที่ยอมรับของต่างประเทศ

ต่อมาประเทศทางแถบยุโรปเพื่ออิทธิพลเพิ่มมากขึ้น ประเทศไทยจำเป็นต้องเผชิญกับปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับประเทศต่างๆ ส่งผลให้มีการปฏิรูประบบกฎหมายและระบบศาลที่มีอยู่ให้มีความทันสมัยทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายเล่มแรกของไทยก็เกิดขึ้น โดยประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2451<sup>7</sup> โดยกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ใน ภาค 2 ว่าด้วยลักษณะความผิด ตั้งแต่ มาตรา 240-246 ซึ่งจะกล่าวถึงความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมเนียมมนุษย์ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร

##### 1) ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมเนียมมนุษย์<sup>8</sup>

มาตรา 242 “ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมเนียมมนุษย์ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดรัจฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

<sup>7</sup> แหล่งเดิม.

<sup>8</sup> แหล่งเดิม.

ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ถือเป็นการล่วงละเมิดความเจริญของบ้านเมืองในทางอ้อม นอกจากเป็นการลามกแล้วยังทำให้เสียพืชพันธุ์ไปโดยไร้ประโยชน์ เพราะถ้ากระทำตามธรรมดาตามนุษย์แล้ว จะเป็นการขยายเผ่าพันธุ์มนุษย์เพิ่มมากขึ้น เมื่อผู้คนมากขึ้นก็จะทำให้บ้านเมืองเจริญขึ้นตามส่วน นอกจากนี้การชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ยังปรากฏอยู่ในพระวินัยปิฎก โดยพระพุทธองค์ทรงมีพระบัญญัติว่า การเสพเมถุนทางทวารหนักนั้นเป็นเหตุอาบัติปาราชิกแก่ภิกษุผู้กระทำ

การทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ หมายความว่า ฝ่ายหนึ่งใช้อวัยวะสืบพันธุ์ ซึ่งจะเป็นการกระทำระหว่างชายต่อชาย (Homosexual) เช่น ทำชำเราโดยทางเวจมรรค (ทวารหนัก) หรือระหว่างหญิงกับหญิง (Lesbian) หรือระหว่างชายหรือหญิงกับสัตว์เดรัจฉาน<sup>9</sup> ซึ่งการกระทำระหว่างหญิงกับหญิงเรียกกันว่า เล่นเพื่อน<sup>10</sup>

ความเป็นมาของการบัญญัติความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ อาจารย์เอ็ดเวิร์ด ได้อธิบายว่า ต้องพิจารณาจากภาษาอังกฤษคำว่า “Sodomy” ซึ่งมาจากชื่อเมือง Sodom อันเป็นเมืองเก่าแห่งปาเลสไตน์ตามคัมภีร์ไบเบิลว่าฟ้าผ่าเมืองนั้นไหม้พินาศไปหมด เพราะเหตุว่าพลเมืองประพฤติลามก การชำเราเช่นนี้มีแพร่หลายไปทุกประเทศทั่วโลก ซึ่งส่วนมากไม่มีบทกฎหมายลงโทษไว้ เว้นแต่จะเป็นการอนาจารหรือทำอนาจาร หรือว่ามีบทกฎหมายลงโทษเฉพาะชำเราระหว่างชายเท่านั้น

การกระทำความผิดฐานนี้จะเป็นความผิดสำเร็จ เมื่ออวัยวะสืบพันธุ์เข้าไปในร่างกายของคนหรือสัตว์ ไม่ว่าน้ำอสุจิจะเคลื่อนหรือความใคร่ได้บำบัดแล้วหรือไม่ ผู้ที่กระทำชำเรา โดยผิดธรรมดาตามนุษย์ จะมีความผิดตามมาตรานี้ด้วยกันทั้งผู้กระทำและผู้ที่ยินยอมให้กระทำเพราะต้องร่วมกันจึงจะกระทำได้

<sup>9</sup> ประสิทธิ์ พัฒนอมร. เล่มเดิม. หน้า 22.

<sup>10</sup> การเล่นเพื่อน หมายถึง ผู้หญิงประพฤติตนเป็นรักร่วมเพศ ไทยเราจะเรียกว่าเล่นเพื่อน การเล่นเพื่อนของผู้หญิงคงจะถือเป็นการละเมิดศีลข้อพรหมจริยาฯ เช่นเดียวกับชาย และสำหรับหญิงชาววังการกระทำดังกล่าวยังเป็นความผิดตามกฏมณเฑียรบาล การเล่นเพื่อนปรากฏในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งตราขึ้นในสมัยรัชกาลของพระบรมไตรโลกนาถ. อ้างถึงใน กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2526). “ตำนานรักร่วมเพศ.” วารสารนิติศาสตร์, 13, 2. หน้า 90-93.

## 2) ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา<sup>11</sup>

มาตรา 243 “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกายหรือด้วยวาจา ขู่เจิญุ กระทำชำเรา  
 จีนใจหญิง ซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันผู้นั้นข่มขืนทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่  
 ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราจีนใจหญิง ซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง ท่านว่า  
 มันข่มขืนทำชำเรา มีความผิดต้องระวางโทษคุกกันกับที่ว่ามันนั้น

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้นมีบาดเจ็บ  
 ถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่  
 ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไป  
 จนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

การกระทำชำเราที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนทำชำเราได้ ก็ต่อเมื่อของลับของชาย  
 เข้าไปในของลับของหญิง โดยหญิงไม่ยินยอม

มาตรา 244 “ผู้ใดกระทำชำเราด้วยเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามขวบถึงหญิงนั้น  
 ยินยอมก็ตาม หรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไป  
 จนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้นมีบาดเจ็บ  
 อย่างสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี แลให้  
 ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลเด็กหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่  
 สิบห้าปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

กฎหมายประสงคจะห้ามมิให้มีการกระทำชำเราเด็กหญิงที่อายุต่ำกว่าสิบสามขวบ  
 เนื่องจากเด็กยังไม่มีความวุฒิภาวะเพียงพอที่จะให้ความยินยอมได้ หากเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา  
 เด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามขวบแล้ว แม้เด็กจะให้ความยินยอมไม่ว่าเพราะเหตุใดก็ตาม ผู้กระทำ  
 มีความผิดฐานนี้ทั้งสิ้น เพราะเด็กอายุขนาดนี้ยังไม่เดียงสา ไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะให้  
 ความยินยอมได้ กฎหมายจึงต้องคุ้มครองเพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่เด็ก

<sup>11</sup> สุนนัส ตั้งเจริญกิจกุล. เล่มเดิม. หน้า 53.

### 3) ความผิดฐานกระทำอนาจาร<sup>12</sup>

มาตรา 245 “ผู้ใดบังอาจกระทำการอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสามขวบ ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลมันใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำความผิดเช่นว่ามานี้ ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

ความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายนี้ ไม่มีการบัญญัติหรือให้คำนิยามว่าการกระทำอนาจารมีความหมายหรือลักษณะอย่างไร นักนิติศาสตร์จึงได้อธิบายความหมายของการกระทำอนาจารไว้ว่า คือการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ เช่น จับนม จูบ กอด ลูบคลำ หรือจับต้องอวัยวะต่างๆ ข้อสำคัญต้องดูจิตใจของผู้กระทำด้วย เช่น แพทย์ลูบนมคนไข้ เพื่อตรวจโรคตามวิชาแพทย์ก็ไม่ผิดตามมาตรานี้ แต่ถ้ากระทำไปโดยไม่เกี่ยวกับการตรวจโรค แต่ได้กระทำด้วยความรู้สึกทางเพศและถือเอาการตรวจโรคเป็นเครื่องมือก็เป็นการกระทำอนาจาร<sup>13</sup> การกระทำใดที่จะถือว่าเป็นการสมควรทางเพศหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากกาลเทศะและสิ่งแวดล้อมประกอบ เช่น การกอดเด็กหญิงซึ่งผู้กอดไม่ใช่ญาติย่อมเป็นการอนาจาร แม้เด็กหญิงยินยอมก็เป็นความผิดตามมาตรานี้ แต่ถ้าเป็นการกอดเพื่อเต็นรำไม่เป็นความผิดแม้ผู้กระทำจะมีความรู้สึกในทางเพศเกิดขึ้น

การกระทำอนาจารยังรวมถึงการกระทำใดๆ อันเกี่ยวกับเพศถ้าไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ก็ถือเป็นการกระทำอนาจาร ซึ่งตัวของผู้เสียหายเองต้องเข้าไปเกี่ยวข้องด้วย

มาตรา 246 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสามขวบขึ้นไป โดยใช้อำนาจด้วยกำลังหรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดใดก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

การกระทำอนาจารแก่บุคคลที่อายุกว่า 13 ขวบขึ้นไป ผู้กระทำจะมีความผิดต่อเมื่อได้กระทำร้ายหรือใช้วาจาขู่เข็ญว่าจะกระทำร้ายหรือใช้อุบายหลอกลวง การที่กฎหมายบัญญัติไว้

<sup>12</sup> แหล่งเดิม.

<sup>13</sup> หุตุ แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. หน้า 361.

เช่นนี้ก็เพราะกฎหมายเห็นว่าผู้ที่มีอายุกว่า 13 ขวบขึ้นไปแล้วอาจหลบหนีจากการถูกระทำได้ และแม้จะถูกกระทำก็ไม่ร้ายแรงเท่ากับทำแก่เด็ก<sup>14</sup>

สรุปได้ว่า การกระทำอนาจารไม่ว่าจะกระทำต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าหรือเกินกว่า 13 ปีก็ตาม กฎหมายให้ความคุ้มครองมิให้มีการล่วงเกินทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ แต่ถ้าเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีอายุเกินกว่า 13 ปีแล้ว ผู้ถูกระทำสามารถให้ความยินยอมได้ ผู้กระทำก็สามารถอ้างความยินยอมนั้นเป็นข้อแก้ตัวเพื่อตนจะไม่ต้องรับผิดชอบได้ แต่หากกระทำต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปีแล้ว กฎหมายจะให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ เนื่องจากยังเป็นผู้ที่อ่อนวัย ไม่รู้ถึงการกระทำที่เกิดขึ้น ดังนั้นแม้ว่าผู้ถูกระทำจะให้ความยินยอม การกระทำนั้นก็ยังคงเป็นความผิด

จะเห็นได้ว่าคนไทยมีวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นของตนเอง ซึ่งยึดถือปฏิบัติสืบทอดกันมาจากบรรพบุรุษ โดยขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมของไทยในเรื่องเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศมีพื้นฐานมาจากหลักคำสอนทางพุทธศาสนา โดยการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นถือเป็นการกระทำผิดข้อห้ามในทางพุทธศาสนาตามศีลข้อ 3 ที่ว่า “กาเม สุมิจจา จารา เวรมณี สิกขา ปท” อันมีความหมายว่า “พึงงดเว้นจากการล่วงเกินบุตรภรรยาผู้อื่น”<sup>15</sup>

การคุ้มครองขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมเป็นสิ่งจำเป็นในการที่มนุษย์จะอยู่รวมกันในบ้านเมืองโดยสงบสุข เนื่องจากการฝ่าฝืนขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมเป็นการทำลายแบบอย่างความประพฤติที่ดีที่ปฏิบัติสืบทอดกันมาในสังคม ดังนั้นถ้าทุกๆ คนปฏิบัติต่อกันอย่างไรก็ได้โดยถือว่าไม่เป็นการผิดขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมแล้ว จะก่อให้เกิดความวุ่นวายในบ้านเมืองได้ การที่มีผู้ใดมากระทำการข่มขืนกระทำชำเรา โดยผู้ถูกระทำมิได้ยินยอม ถือเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมของคนในสังคม จึงเป็นสิ่งที่กฎหมายต้องให้ความคุ้มครอง

สังคมไทยมีค่านิยมว่า การกระทำชำเราเป็นสิ่งที่น่าละอายต้องกระทำในที่มืดซิด ไม่สมควรที่จะกระทำอย่างเปิดเผยในสถานที่สาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการล่วงประเวณี ในปัจจุบันสังคมไทยยังคงมีค่านิยมว่า ผู้หญิงที่ผ่านการร่วมประเวณีมาแล้วไม่ว่าจะโดยสมัครใจหรือไม่ก็ตาม จะทำให้คุณค่ารวมถึงความยอมรับนับถือในสังคมของหญิงนั้นลดลง นอกจากนี้ผู้หญิงที่ผ่านการร่วมประเวณีมาแล้วจะถูกสังคมมองว่าสูญเสียความบริสุทธิ์ในทางเพศแล้ว เนื่องจากสังคมมีค่านิยมว่า ผู้หญิงก่อนแต่งงานต้องไม่สูญเสียความบริสุทธิ์ หรือพรหมจรรย์ให้กับ

<sup>14</sup> เอกุต์ และเสริม วินิจฉัยกุล. (2477). คำบรรยายกฎหมายอาชญา มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง พ.ศ. 2477. หน้า 821.

<sup>15</sup> สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. เล่มเดิม. หน้า 10-11.

ชายอื่นนอกจากผู้ที่จะเป็นสามีของตนในอนาคต หากหญิงผู้นั้นสูญเสียความบริสุทธิ์ไปแล้ว ก็จะถูกสังคมมองว่าเป็นผู้มียมลทินติดตัว แม้แต่ตัวหญิงเองก็รู้สึกว่าคุณสมบัติของตัวเองไปจนตลอดชีวิต<sup>16</sup>

สมัยก่อนเด็กอยู่ใต้ปกครองของบิดามารดา ภริยาอยู่ใต้ปกครองของสามี ชายอยู่ใต้บังคับของภรรยา ส่งผลให้บิดามารดาบางกลุ่มแสวงหาประโยชน์จากเด็กโดยอาศัยอำนาจปกครอง ซึ่งมีมากจนกระทั่งเด็กมีสถานะเป็นเพียงทรัพย์สินของบิดามารดา กระทั่งปี พ.ศ. 2477 มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวยุคใหม่จึงมีเงื่อนไขในการปกครองดูแลบุตรของบิดามารดาเพิ่มขึ้น เช่น การทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน เป็นต้น

ปัจจุบันสังคมของประเทศไทยก้าวเข้าสู่ยุคโลกาภิวัตน์ ข้อมูลข่าวสารของโลกสมัยใหม่แพร่กระจายสู่สังคมต่างๆ ได้อย่างรวดเร็ว ทำให้อิทธิพลของวัฒนธรรมตะวันตกได้ครอบงำวิถีชีวิตของเด็กและวัยรุ่นไทยจำนวนไม่น้อยทั้งในด้านการรับประทานอาหาร การแต่งกาย การคบเพื่อนต่างเพศ สังคมของเด็กและวัยรุ่นไทยกลายเป็นสังคมบริโภคนิยมที่ไม่มีประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศ ซึ่งเด็กและเยาวชนถือเป็นกำลังสำคัญต่อการพัฒนาประเทศในอนาคต แต่ในสภาพสังคมไทยปัจจุบันมีปัจจัยหลายด้านที่ส่งผลกระทบต่อความเป็นปัญหาและอุปสรรคต่อการสร้างคุณภาพชีวิตที่ดีของเด็กและเยาวชนไทย พฤติกรรมทางเพศของเด็กและวัยรุ่นในปัจจุบันนี้ออกนอกรอบคั้งเดิมมากขึ้นทุกที เช่น การเลือกคู่ครอง จะถือเอาความรักเป็นสำคัญ ไม่ชอบการคลุมถุงชน การคบเพื่อนต่างเพศ เป็นไปอย่างอิสระเสรี เพราะเห็นว่า ไม่ใช่เรื่องน่าละอาย หญิงสาวให้ความสำคัญในการครองตัวเป็นหญิงพรหมจรรย์ถึงวันแต่งงานน้อยลง ประกอบกับความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องในเรื่องเพศ ทำให้เด็กและวัยรุ่นมีพฤติกรรมทางเพศที่ไม่ถูกต้องเหมาะสม เช่น การมีเพศสัมพันธ์ก่อนวัยอันควร การสำส่อนทางเพศ การเบี่ยงเบนทางเพศ เช่น การรักร่วมเพศ เป็นต้น และเกิดปัญหาต่างๆ ตามมา เช่น การเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ การตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์ และปัญหาการทำแท้ง<sup>17</sup> ดังนั้นกฎหมายจึงควรเข้ามามีบทบาทในการกระทำของสังคมในปัจจุบัน โดยการบัญญัติกฎหมายให้ความคุ้มครองเด็กอย่างทั่วถึงและเด็ดขาดเพื่อเด็กจะได้เติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณภาพของประเทศต่อไป

ในความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กนั้นกฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองความไว้เคียงสาของ เด็ก มิให้ต้องมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันควร เนื่องจากเด็กยังอยู่ในวัยเจริญเติบโตทั้งทางร่างกาย และพัฒนาการทางด้านต่างๆ เช่น จิตใจ สติปัญญา และอารมณ์

<sup>16</sup> แหล่งเดิม.

<sup>17</sup> ปัญหาการมีเพศสัมพันธ์ก่อนวัยอันควร. สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2554, จาก

ซึ่งการกระทำซ้ำเร้าเร้าก่อนวัยและเวลาอันสมควรอาจขัดขวางพัฒนาการทางด้านต่างๆ ของเด็กได้ ประกอบกับเด็กยังอยู่ในช่วงที่ต้องเข้ารับการศึกษาค้นคว้าความรู้ไม่ควรหมกมุ่นอยู่กับเรื่องเพศ<sup>18</sup> หากเด็กเกิดการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ขึ้นจะทำให้เด็กเสียโอกาสทางการศึกษาและอาจเกิดภาวะในการเลี้ยงดูบุตร ซึ่งปัญหาการตั้งครรภ์ของเด็กนั้นส่งผลกระทบต่อเด็กเองและสังคมดังต่อไปนี้<sup>19</sup>

1) เด็กหญิงที่เป็นฝ่ายที่ตั้งครรภ์ส่วนใหญ่กำลังศึกษาเล่าเรียนอยู่ เมื่อตั้งครรภ์ขึ้นมา ก็ไม่อาจศึกษาเล่าเรียนต่อไปได้ ทำให้ต้องออกจากการศึกษากลางคัน ซึ่งก็หมายถึงอนาคตการเรียนก็หมดไปอย่างสิ้นเชิงบางรายเมื่อตั้งครรภ์ก็ไม่กล้าบอกพ่อแม่ ผู้ปกครองทราบแต่ก็ไม่สามารถปกปิดได้ตลอดไป จึงตัดสินใจหนีออกจากบ้านไปเผชิญชีวิตด้วยตนเอง เมื่อคลอดลูกก็จะเกิดปัญหาตามมามากมาย โดยเฉพาะปัญหาทางเศรษฐกิจและปัญหาสังคม เนื่องจากเด็กยังไม่สามารถเลี้ยงดูตัวเองได้ยังต้องอยู่ในความดูแลและการอุปการะเลี้ยงดูของบิดามารดา

2) ในบางกรณีตัดสินใจทำแท้งเพื่อยุติการตั้งครรภ์โดยหวังว่าเมื่อไม่ตั้งครรภ์แล้วจะสามารถกลับมาใช้ชีวิตและศึกษาเล่าเรียนได้ตามปกติ ในความเป็นจริงแล้วการทำแท้งเป็นเรื่องที่ผิดทั้งทางด้านศีลธรรม กฎหมาย และค่านิยมของสังคม และที่สำคัญที่สุดคือ ส่งผลกระทบต่อสุขภาพ ในบางรายที่ทำแท้งโดยผู้ทำไม่ใช่แพทย์อาจเป็นอันตรายรุนแรง เช่น ตกเลือด ติดเชื้ออย่างรุนแรง ทำให้เสียชีวิตได้ หรือบางรายอาจต้องผ่าตัด ตัดมดลูกทิ้งทำให้ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้อีกตลอดชีวิต

3) ปัญหาการเสื่อมถอยของวัฒนธรรมอันดีของสังคมไทย อีกทั้งยังทำให้สังคมไทยขาดประชากรที่มีคุณภาพในการพัฒนาสังคมให้เจริญรุ่งเรืองต่อไป

การที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเด็กหญิงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น เพื่อไม่ต้องการให้ผู้ใดอาศัยประโยชน์จากความไร้เดียงสาของเด็ก ซึ่งอาจจะยังไม่รู้จักหรือเข้าใจเกี่ยวกับการกระทำชำเรามาเป็นช่องทางในการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กหญิง ซึ่งส่งผลกระทบต่อตัวเด็กเองและต่อสังคม ดังนั้นกฎหมายจึงควรคุ้มครองเด็กหญิงอย่างเด็ดขาด

<sup>18</sup> สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. เล่มเดิม. หน้า 14.

<sup>19</sup> ปัญหาการมีเพศสัมพันธ์ก่อนวัยอันควร. สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2554, จาก

## 4.2 แนวคิดเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในกฎหมายไทย

ตามแนวคิดของศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายไว้ว่าความรับผิดในทางอาญา อาจไม่เกิดขึ้น หรือมีเหตุยกเว้นหรือลดหย่อนลงได้ โดยกฎหมายถือว่าการกระทำไม่เป็นการผิด หรือเป็นการผิดแต่ได้รับการยกเว้นหรือลดโทษโดยเหตุผลต่างๆ กัน เพราะการกระทำ อย่างเดียวกันผู้กระทำอาจกระทำโดยเหตุผลและพฤติการณ์ไม่เหมือนกันก็ได้ ความรับผิดของ ผู้กระทำจึงอาจแตกต่างกันไปได้ตามเหตุแห่งการกระทำนั้นๆ เหตุยกเว้นความรับผิดอาจแบ่งออก ได้ตามลักษณะที่ต่างกันหลายประการ เป็นต้นว่า

1) เป็นเหตุที่เกี่ยวกับความรู้สึกรู้สึกหรือเจตนาของผู้กระทำ เช่น ความไม่รู้ข้อเท็จจริง หรือ ความสำคัญผิดตาม มาตรา 59 วรรค 3 มาตรา 62 มาตรา 70 ความเป็นผู้หย่อนความคิด เช่น วิกลจริต หรืออายุน้อยตาม มาตรา 62 มาตรา 73 ความจำเป็นตาม มาตรา 67 หรือบันดาลโทสะตาม มาตรา 72 ซึ่งตามปกติย่อมเป็นเหตุส่วนตัวผู้กระทำเป็นคนๆ ไป

2) เป็นเหตุเกี่ยวกับการกระทำ เช่น ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เป็นการชอบด้วย กฎหมาย เป็นการใช้สิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย กระทำเพื่อป้องกันสิทธิตาม มาตรา 68 หรือกระทำ เพราะมีความยินยอมอันทำให้การกระทำไม่เป็นการผิด ตามปกติย่อมเป็นเหตุในลักษณะคดี อันมีผลแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในการกระทำทุกคน

3) เป็นเหตุยกเว้นทั่วไป ซึ่งใช้ในความผิดทุกฐาน เช่น มาตรา 81 มาตรา 82 มาตรา 88 หรือเป็นเหตุยกเว้นเฉพาะความผิดบางฐาน เช่น ข้อยกเว้นตาม มาตรา 305 มาตรา 316 มาตรา 329 หรือ มาตรา 330 หรือเป็นเหตุยกเว้นเฉพาะบุคคล เช่น ข้อยกเว้นตาม มาตรา 71 มาตรา 193 มาตรา 214

4) เป็นเหตุยกเว้นความผิด ซึ่งถือว่าการกระทำนั้นไม่เป็นการผิดเลยทีเดียว เช่น ผู้กระทำมีอำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำการนั้น หรือเป็นการใช้สิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือ เป็นแต่เพียงเหตุยกเว้นหรือลดโทษ โดยยังถือว่าการกระทำนั้นเป็นการผิดอยู่ แต่มีเหตุไม่ต้อง รับโทษหรือรับโทษน้อยลงเท่านั้น เช่น กระทำโดยสุจริตตามคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตาม มาตรา 70 หรือบันดาลโทสะตามมาตรา 72 เป็นต้น

5) เป็นเหตุที่กฎหมายถือว่ายังไม่ร้ายแรง จึงยกเว้นหรือลดโทษลง หรืองดการลงโทษเสีย เช่น มาตรา 81 มาตรา 82 มาตรา 88 มาตรา 104 มาตรา 183 มาตรา 223 มาตรา 304 มาตรา 335 วรรคท้าย ทั้งนี้เฉพาะเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้ยกเว้นหรือลดโทษลงเท่านั้น หากไม่มีกฎหมาย บัญญัติไว้เช่นนั้นแล้ว แม้การกระทำจะเล็กน้อยเพียงใด ก็ไม่พ้นที่จะเป็นความผิด และต้องรับโทษ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ไปได้



6) เป็นเหตุยกเว้นความผิด หรือยกเว้นโทษตามกฎหมายอื่น โดยเฉพาะ เช่น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 37 มาตรา 39 มาตรา 248 มาตรา 259 หรือ มีการนิรโทษกรรมโดยพระราชบัญญัติเป็นอาทิ<sup>20</sup>

#### 4.2.1 แนวคิดในการอธิบายเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามกฎหมายอาญาไทย

ตามแนวคิดของ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงส์ทีย์ ได้อธิบายถึงการกระทำความผิดอาญา ต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ ดังนี้

1) ข้อสาระสำคัญทางกฎหมาย เป็นการพิจารณาว่าการกระทำจะเป็นความผิดอาญา ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็จะต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามหลักที่รับรองกันทั่วไปว่า ไม่มีความผิดและไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย (Nullum crimen, nulla poena sine lege)

2) ข้อสาระสำคัญทางการกระทำ เป็นการพิจารณาว่า ความผิดทั้งหลายที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้วนั้น จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำของบุคคล กรรมหรือการกระทำซึ่งเป็นความผิด ต่อเมื่อแสดงออกภายนอก เพียงแต่คิดอยู่ในใจจะชั่วร้ายเพียงใดนั้นก็ไมอาจเป็นความผิดได้ จนกว่าจะมีการกระทำเกิดขึ้นตามที่คิดนั้น ซึ่งประกอบด้วย การกระทำ และการไม่กระทำ ได้แก่ การละเว้นการกระทำ กับการงดเว้นการกระทำ

3) ข้อสาระสำคัญทางจิตใจ เป็นการพิจารณาถึงจิตใจของผู้กระทำความผิดเพราะการกระทำหนึ่งๆ ผลออกมามีเหมือนกันแต่ในบางกรณีนั้นผู้กระทำอาจมีจิตใจที่มีความชั่วร้ายต่างกัน ซึ่งขึ้นอยู่กับจิตใจของผู้กระทำแต่ละคน ดังนั้นในการพิจารณาข้อสาระสำคัญทางจิตใจซึ่งเป็นการพิจารณาในเรื่อง เจตนา ประมาท และความผิดที่ไม่ต้องมีเจตนา<sup>21</sup>

การวินิจฉัยความผิดอาญานี้ เมื่อมีการกระทำครบข้อสาระสำคัญของความผิดทั้งสาม ประการแล้วการกระทำก็จะเป็นความผิดอาญา ส่วนการที่จะต้องรับผิดทางอาญาหรือไม่นั้นต้องมาพิจารณา เหตุยกเว้นความรับผิด ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญาอีกครั้งหนึ่ง<sup>22</sup>

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงส์ทีย์ ได้อธิบายถึงเหตุยกเว้นความรับผิด ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่ นอกโครงสร้างความผิดอาญาว่าความรับผิดในทางอาญาอาจไม่เกิดขึ้นหรือมีเหตุยกเว้นหรือ ลดหย่อนลงได้ โดยกฎหมายถือว่าการกระทำไม่เป็นความผิดหรือเป็นความผิดแต่ได้รับการยกเว้น หรือลดโทษโดยเหตุผลต่างๆ กัน เหตุยกเว้นความรับผิดมีดังนี้

<sup>20</sup> จิตติ ดิงส์ทีย์. (2536). กฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 590-591.

<sup>21</sup> ชานนท์ ศรีศาสตร์. เล่มเดิม. หน้า 34.

<sup>22</sup> สุรเศรษฐ์ หน้างาม. เล่มเดิม. หน้า 104.

1) การกระทำไม่เป็นความผิด ได้อธิบายถึง เหตุยกเว้นความผิดว่า เป็นเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด ได้แก่ ผู้กระทำมีอำนาจตามกฎหมาย (การกระทำโดยป้องกัน อำนาจอื่นๆ คือมีกฎหมายอื่นให้อำนาจบุคคลกระทำการบางอย่างได้ซึ่งมีผลทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด ซึ่งกฎหมายดังกล่าวจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้) ความยินยอมของผู้เสียหาย (ความผิดที่ความยินยอมของผู้เสียหายยกเว้นได้ หลักเกณฑ์ของความยินยอม) การล่อให้กระทำความผิด ผู้ที่เข้าพนักงานกันไว้เป็นพยาน

2) เหตุยกเว้นโทษ ได้อธิบายถึงเหตุยกเว้นโทษว่า การกระทำเป็นความผิดแต่ได้รับการยกเว้นโทษ ได้แก่ วิกตจริต ความมีนเมา ความจำเป็น คำสั่งของเจ้าพนักงาน

3) เหตุลดหย่อนความรับผิด ได้อธิบายถึงเหตุลดหย่อนความรับผิดว่า การกระทำนั้นเป็นความผิด และไม่ได้รับยกเว้นโทษ แต่กฎหมายลดหย่อนผ่อนโทษให้ เว้นแต่ในบางกรณี โดยเฉพาะที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ทั้งหมด อาจเป็นกรณีลดมาตราส่วนโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือเป็นกรณีลดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดก็ได้ ได้แก่ ความสัมพันธ์ทางสมรสหรือญาติ บันดาลโทษะ อายุน้อย เหตุบรรเทาโทษ<sup>23</sup>

การพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาหรือไม่ นั่นก็จะต้องนำการกระทำที่ครบโครงสร้างความผิดอาญานั้นไปพิจารณาถึง “เหตุยกเว้นความรับผิด” ว่า การกระทำของบุคคลนั้นๆ มีเหตุยกเว้นความรับผิดในทางอาญาหรือไม่ นั่นหมายความว่า ถ้าการกระทำของบุคคลที่ครบโครงสร้างความผิดอาญา และมี “เหตุยกเว้นความรับผิด” การกระทำของบุคคลนั้นอาจจะเป็นความผิดอาญา หรือมีความผิดอาญาแต่ไม่ต้องถูกลงโทษ ซึ่งขึ้นอยู่กับว่า “เหตุยกเว้นความรับผิด” นั้นเป็นเหตุประเภทใด

- 1) เหตุยกเว้นความผิด
- 2) เหตุยกเว้นโทษ
- 3) เหตุลดหย่อนความรับผิด

สำหรับเหตุแรกคือ “เหตุยกเว้นความผิด” นั่นก็คือ เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ (Justification) กล่าวคือ การกระทำนั้นๆ ไม่เป็นความผิดอาญาเลย ส่วนใน 2 เหตุหลังนั้นคือ “เหตุยกเว้นโทษ และเหตุลดหย่อนความรับผิด” หมายความว่า การกระทำของบุคคลนั้นผิดกฎหมาย เพียงแต่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำผิดนั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วนเท่านั้น<sup>24</sup>

<sup>23</sup> แหล่งเดิม.

<sup>24</sup> ชานนท์ ศรีสาตร์. เล่มเดิม. หน้า 34-36.

#### 4.2.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามกฎหมายอาญาไทย

ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติในเรื่องเหตุไม่ลงโทษผู้กระทำผิดไว้ โดยพิจารณาจากตัวผู้กระทำและการกระทำความผิด ซึ่งในการยกเว้นโทษเฉพาะตัวให้แก่ผู้กระทำความผิดนั้น กฎหมายจะใช้ถ้อยคำว่า “ไม่ต้องรับโทษ”<sup>25</sup> โดยกฎหมายได้บัญญัติในการยกเว้นโทษหรือไม่ลงโทษโดยเด็ดขาด ซึ่งศาลก็จะใช้ดุลพินิจในการลงโทษหรือยกเว้นโทษหรือลดโทษอย่างหนึ่งอย่างใด อย่างไรก็ตามในบางมาตรานั้นก็ยังได้กำหนดเงื่อนไขไว้เกี่ยวกับผู้กระทำความผิดด้วย ดังเช่นใน มาตรา 74 ซึ่งแม้ว่าถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญานั้นจะมีความแตกต่างกันก็ตาม แต่ผลของถ้อยคำนั้น ก็คือ การที่กฎหมายไม่ลงโทษ (ยกเว้นโทษ) ให้แก่ผู้กระทำความผิดนั้นทั้งหมด หรือแต่บางส่วนนั่นเอง

##### 4.2.2.1 เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในบทบัญญัติทั่วไป

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติถึงเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในบทบัญญัติทั่วไปดังต่อไปนี้<sup>26</sup>

##### 1) ความไม่รู้กฎหมาย

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 บัญญัติว่า “บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมาย เพื่อให้พ้นจากความรับผิดในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่า ตามสภาพและพฤติการณ์ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้กฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่าผู้กระทำไม่รู้กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้” การที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติ มาตรา 64 เพื่อที่จะไม่ให้บุคคลแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมาย เพื่อนำมาเป็นเหตุยกเว้นความผิดด้วยเหตุผลกฎหมายประสงค์ให้บุคคลทุกคนรู้กฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีถ้ากฎหมายไม่ยอมรับฟังถึงเหตุความไม่รู้กฎหมายที่เดียวก็อาจไม่ยุติธรรมด้วย เหตุนี้กฎหมายยอมให้อ้างความไม่รู้กฎหมายได้เฉพาะสภาพความผิดที่กฎหมายห้าม (Mala prohibita) เท่านั้น<sup>27</sup>

เห็นได้ว่าการกระทำของบุคคลตาม มาตรา 64 นั้น ผู้กระทำมีความรู้สึกผิดชอบทุกประการ แต่บุคคลผู้กระทำผิดไม่รู้ว่าสิ่งที่เขาได้กระทำลงไปนั้นมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด ด้วยเหตุนี้ เพื่อความยุติธรรมกฎหมายจึงอนุญาตให้ผู้กระทำผิดแสดงพยานหลักฐาน

<sup>25</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 73 บัญญัติว่า “เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ.”

<sup>26</sup> ชานนท์ ศรีศาสตร์. เล่มเดิม. หน้า 67- 79.

<sup>27</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 448.

ต่อศาลและศาลวินิจฉัยว่าผู้กระทำความผิดไม่รู้กฎหมาย ศาลจึงจะใช้ดุลพินิจลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้

## 2) ความวิกลจริต

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น”

“แต่ถ้าผู้กระทำความผิดยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

เหตุผลที่กฎหมายไม่ลงโทษบุคคลวิกลจริต เนื่องจากการกระทำของคนวิกลจริตไม่มีความรู้สึกผิดชอบในการกระทำความผิด และการลงโทษบุคคลวิกลจริตย่อมไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษ<sup>28</sup>

## 3) ความมีนเมา

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 66 บัญญัติว่า “ความมีนเมาเพราะเสพยาสุรา หรือสิ่งเมาอย่างอื่นจะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวตาม มาตรา 65 ไม่ได้ เว้นแต่ความมีนเมานั้นจะให้เกิดโดยผู้เสพยาไม่รู้ว่าสิ่งนั้นจะทำให้มีนเมา หรือได้เสพยาโดยถูกขืนใจให้เสพยา และได้กระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ผู้กระทำความผิดจึงจะได้รับยกเว้นโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ถ้าผู้นั้นยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

เหตุผลที่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดเพราะความมีนเมา เนื่องจากกฎหมายถือว่าบุคคลที่กระทำความผิดด้วยความมีนเมานั้น การกระทำของเขามีได้มาจากจิตใจที่ชั่วร้าย

## 4) การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

(1) เพราะอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ

(2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใด เมื่อภยันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน”

<sup>28</sup> แหล่งเดิม.

การที่กฎหมายยกเว้นโทษตาม มาตรา 67 เพราะการกระทำนั้นไม่ใช่การกระทำโดยผู้กระทำมีจิตใจเป็นอิสระ แต่กระทำโดยถูกผู้อื่นหรือเหตุการณ์อื่นบังคับอีกชั้นหนึ่ง ผู้กระทำการที่เป็นความผิดในลักษณะเช่นนี้ไม่มีจิตใจชั่วร้าย<sup>29</sup> และเหตุผลที่กฎหมายยอมให้อำนาจการกระทำโดยจำเป็นได้ เนื่องจากถือเป็นรัฐประศาสน โยบาย (Public policy) ว่า ผู้ที่เลือกกระทำผิดเบากว่า เพื่อหลีกเลี่ยงการกระทำผิดที่หนักกว่า เป็นผู้ก่อให้เกิดประโยชน์ส่วนรวม กฎหมายจึงให้อภัยโดยการยกเว้นโทษ<sup>30</sup>

#### 5) การกระทำตามคำสั่งเจ้าพนักงาน

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน แม้คำสั่งนั้นจะมีชอบด้วยกฎหมาย ถ้าผู้กระทำมีหน้าที่หรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ เว้นแต่จะรู้ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งซึ่งมิชอบด้วยกฎหมาย”

การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงานตาม มาตรา 70 การที่กฎหมายยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด เนื่องจาก ระบบราชการ (Bureaucracy) ที่ผู้ได้บังคับบัญชาจะต้องเชื่อฟังคำสั่งผู้บังคับบัญชา เมื่อผู้ได้บังคับบัญชาเชื่อโดยสุจริต ปฏิบัติตามคำสั่งอันมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งก็ควรถือว่าเป็นเหตุปกติว่าคำสั่งนั้นชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่ควรมีโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้น<sup>31</sup>

ถ้าพิจารณาตัวผู้กระทำความผิดเห็นได้ว่า ผู้กระทำความผิดในกรณีนี้ไม่มีเจตนาชั่วร้ายในการฝ่าฝืนกฎหมาย เพียงแต่เป็นหน้าที่ที่ผู้นั้นจะต้องปฏิบัติตามคำสั่ง ซึ่งตนเชื่อโดยสุจริตว่าเป็นคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

#### 6) การกระทำความผิดระหว่างสามี ภรรยา

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 บัญญัติว่า “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 334 ถึง มาตรา 336 วรรคแรกและ มาตรา 314 ถึง มาตรา 364 นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามีกระทำต่อภรรยา หรือภรรยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

ความผิดดังระบุนานี้ ถ้าเป็นการกระทำที่ผู้บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดาน ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี หรือพี่น้องหรือน้องร่วมบิดามารดาเดียวกันกระทำต่อกัน แม้กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ และนอกจากนั้นศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

<sup>29</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. หน้า 726.

<sup>30</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 415.

<sup>31</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. หน้า 865.

การกระทำผิดระหว่างสามีภรรยาในความผิดบางฐานความผิดที่กำหนดใน มาตรา 71 กฎหมายยกเว้นโทษให้ระหว่างสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น<sup>32</sup> เนื่องจากกฎหมายเห็นว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดระหว่างสามีภรรยาไม่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อส่วนรวม และกลับเป็นการบั่นทอนความมั่นคงของครอบครัว ทำให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี และไม่สมกับความผิด<sup>33</sup> กฎหมายจึงยกเว้นโทษให้

สำหรับกรณีตามวรรค 2 นี้ เป็นเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษอันเนื่องมาจากความเป็นญาติ ก็คือ ความเป็นบุพการีและผู้สืบสันดานต่อกัน หรือความเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน ซึ่งก็เป็นเหตุผลส่วนตัว ฉะนั้นบทบัญญัติ มาตรา 71 วรรค 2 เฉพาะส่วนที่มีเหตุผลโทษนี้ จึงเป็น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” กล่าวคือเป็น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวอันเนื่องมาจากความเป็นญาติ” ซึ่งความเป็นญาติเป็นสิ่งที่มิได้อยู่ก่อนการทำความผิด<sup>34</sup>

นอกจากนี้การเปลี่ยนแปลงสภาพความผิดจาก “ความผิดอาญาแผ่นดิน” เป็น “ความผิดอันยอมความได้” ตาม มาตรา 71 วรรค 2 นี้ไม่ใช่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” แต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ “เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี” (Prozessvoraussetzung) ซึ่งเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา<sup>35</sup>

#### 7) การทำความผิดเพราะความอ่อนอายุ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 บัญญัติว่า “เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 บัญญัติว่า “เด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75 บัญญัติว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปี แต่ต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่พึงเกี่ยวข้องกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้จัดการตาม มาตรา 74 หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงครึ่งหนึ่ง”

<sup>32</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 415.

<sup>33</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. หน้า 759.

<sup>34</sup> คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 119.

<sup>35</sup> แหล่งเดิม.

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 76 บัญญัติว่า “ผู้ใดอายุตั้งแต่สิบแปดปี แต่ยังไม่เกินยี่สิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้”

สำหรับกรณีตาม มาตรา 75 และมาตรา 76 กฎหมายให้ศาลใช้ดุลพินิจในการลดโทษโดยพิจารณาถึงความรู้สึกผิดชอบ เพราะการกระทำของบุคคลดังกล่าวยังมีความรู้สึกผิดชอบอย่างจำกัด การลงโทษจึงต้องคำนึงถึงความรู้สึกผิดชอบ ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงให้ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษให้

#### 4.2.2.2 เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในบทบัญญัติเฉพาะ

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติถึงเหตุต่างๆ ที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในบทบัญญัติเฉพาะดังนี้

##### 1) การถอนตัวจากการกระทำผิดในกรณีความผิดสำเร็จแล้ว

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 176 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดตาม มาตรา 175 แล้วลู่แก่โทษต่อศาล และขอถอนฟ้องหรือแก้ฟ้องก่อนมีคำพิพากษา ให้ศาลลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้หรือศาลจะไม่ลงโทษเลยก็ได้”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 182 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดตาม มาตรา 177 หรือ มาตรา 178 แล้วลู่แก่โทษ และกลับแจ้งความจริงต่อศาลหรือเจ้าพนักงานก่อนจับกุมหรือการแปล ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 183 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดตาม มาตรา 177 มาตรา 178 หรือ มาตรา 180 แล้วลู่แก่โทษ และกลับแจ้งความจริงต่อศาล หรือ เจ้าพนักงานก่อนมีคำพิพากษา และก่อนตนถูกฟ้องในความผิดที่ได้กระทำ ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

การถอนตัวจากความผิดสำเร็จ ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 176 มาตรา 182 มาตรา 183 บทบัญญัติดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่ไม่ได้กำหนดลักษณะความผิด แต่เป็นเรื่องกฎหมายให้โอกาสแก่ผู้กระทำผิดเพื่อประโยชน์ความยุติธรรม และเพื่อคุ้มครองผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการกระทำผิดดังกล่าว รวมทั้งจูงใจให้ผู้กระทำผิดกลับตัวเป็นคนดี กฎหมายจึงยกเว้นโทษให้<sup>36</sup>

<sup>36</sup> สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์. (2515). คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 3. หน้า 305 หน้า 327 และหน้า 330.

## 2) ความผิดฐานช่วยผู้กระทำความผิด

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 193 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวมาใน มาตรา 184 มาตรา 189 หรือ มาตรา 192 เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามี หรือภริยาของผู้กระทำ ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้”

บทบัญญัติ มาตรา 193 นี้ ไม่ได้กำหนดลักษณะของการกระทำผิดแต่เป็นเรื่องของการยกเว้นหรือลดหย่อนผ่อนโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด ทั้งนี้โดยเหตุผลที่ว่า ความเป็นสามี ภรรยาหรือความเป็นญาติสืบสายโลหิต ทำให้เขามีความสัมพันธ์ใกล้ชิด อันเป็นธรรมชาติของมนุษย์ ทั้งยังช่วยเหลือกันเพื่อไม่ให้เกิดโทษนั้นไปฝ่าฝืนธรรมชาติของมนุษย์ กฎหมายจึงยอมรับและให้อำนาจศาลที่จะยกเว้นโทษ หรือลดหย่อนผ่อนโทษผู้กระทำความผิด<sup>37</sup>

## 3) ความผิดฐานทำให้ผู้ถูกคุมขังหลุดพ้นจากที่คุมขัง

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 205 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวใน มาตรา 204 เป็นการกระทำ โดยประมาท ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกิน สี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้ที่หลุดพ้นจากการคุมขังไปด้วยการกระทำโดยประมาทนั้นเป็น บุคคลที่ต้องคำพิพากษาของศาลหนึ่งศาลใดให้ลงโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไป หรือมีจำนวนตั้งแต่ สามคนขึ้นไป ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้กระทำความผิดจัดให้ได้ตัวผู้ที่หลุดพ้นจากการคุมขังคืนมา ภายในสามเดือน ในห้วงการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้น”

การที่กฎหมายลงโทษเจ้าพนักงานผู้กระทำความผิด มาตรา 205 เนื่องจากสาเหตุ เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ควบคุมดูแลผู้ที่ต้องคุมขังนั้นไม่ควรประมาท ดังนั้นเมื่อเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้ถูกคุมขังหลุดพ้น เจ้าพนักงานผู้นั้นจึงควรได้รับโทษ<sup>38</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้ถูกคุมขังหลุดพ้น แต่หากเจ้าพนักงานนั้นสามารถจัดให้ได้ตัวผู้ที่หลุดพ้นคืนมาภายใน 3 เดือน จึงจะได้รับการงดการลงโทษ เหตุผลที่กฎหมายให้ลดการลงโทษเพราะถือว่า การกระทำผิดนั้นเกิดจากความประมาทมิได้เจตนาและเป็นการจงใจให้ผู้กระทำความผิดแก้ไขจัดการโดยเร็ว<sup>39</sup>

<sup>37</sup> แหล่งเดิม.

<sup>38</sup> แหล่งเดิม.

<sup>39</sup> แหล่งเดิม.



#### 4) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้อวัยวะอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำ ความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการ โทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้น ไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่ เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรส ในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป”

ในกรณีที่กฎหมายอาญายกเว้นโทษแก่ผู้กระทำผิดตาม มาตรา 277 วรรคท้าย เกิดจากเหตุผลที่ว่า เมื่อภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและหญิงสมรสกัน ความสัมพันธ์ระหว่าง ครอบครัวได้เกิดขึ้นแล้ว การที่จะลงโทษชายผู้กระทำผิดฐานนี้จึงไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แต่อย่างใด ในแง่ของวัตถุประสงค์ในการลงโทษ กลับสร้างความแตกร้าให้กับครอบครัวอันจะก่อให้เกิดภาวะทางสังคมตามมา<sup>40</sup>

จะเห็นได้ว่า ในกรณีดังกล่าวเป็นการพิจารณาเรื่อง ความเหมาะสมในการลงโทษ โดยมีเหตุผลที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และความสงบสุขของครอบครัวที่เพิ่งเริ่มต้นใหม่ด้วย<sup>41</sup>

<sup>40</sup> แหล่งเดิม.

<sup>41</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2535). “ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ.” วารสารนิติศาสตร์,

### 5) ความผิดฐานชุลมุนต่อสู้

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 บัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไป และบุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่ว่าจะเป็นผู้เข้าร่วมในการนั้นหรือไม่ ถึงแก่ความตายโดยการกระทำในการชุลมุนต่อสู้นั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้นั้นแสดงได้ว่า ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้ หรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 299 บัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไป และบุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่ว่าจะเป็นผู้เข้าร่วมในการนั้นหรือไม่ รับอันตรายสาหัส โดยการกระทำในการชุลมุนต่อสู้นั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้นั้นแสดงได้ว่า ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้ หรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

การที่บุคคลผู้ร่วมชุลมุนต่อสู้ตาม มาตรา 294 และ มาตรา 299 จะได้รับการยกเว้นโทษนั้น ผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าการเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้หรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย และเป็นหน้าที่ของผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ที่จะต้องพิสูจน์ให้เข้าตามเงื่อนไขดังกล่าว กฎหมายจึงยกเว้นโทษให้<sup>42</sup>

### 6) ความผิดฐานเรียกค่าไถ่

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 316 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดตาม มาตรา 313 มาตรา 314 หรือ มาตรา 315 จัดให้ผู้ถูกเอาตัวไป ผู้ถูกหน่วงเหนี่ยวหรือผู้ถูกกักขังได้รับเสรีภาพก่อนศาลชั้นต้นพิพากษา โดยผู้นั้นมิได้รับอันตรายสาหัสหรือตกอยู่ในภาวะอันใกล้จะเป็นอันตรายต่อชีวิต ให้ลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง”

การที่กฎหมายยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดตาม มาตรา 316 นี้ เกิดจากการทำดีของผู้กระทำผิด อันมีผลทำให้ความสมควรลงโทษตกไป ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงยกโทษให้ผู้กระทำผิด

<sup>42</sup> ชานนท์ ศรีสาตร์. เล่มเดิม. หน้า 78.

## 7) ความผิดฐานหมิ่นประมาท

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 330 บัญญัติว่า “ในกรณีหมิ่นประมาท ถ้าผู้ถูกหาว่ากระทำความผิด พิสูจน์ได้ว่าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้นเป็นความจริง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

แต่ห้ามไม่ให้พิสูจน์ ถ้าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้นเป็นการใส่ความในเรื่องส่วนตัว และการพิสูจน์จะไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน”

บทบัญญัติ มาตรา 330 ไม่ได้เป็นบทบัญญัติที่กำหนดลักษณะของการกระทำผิดแต่เป็นบทยกเว้นโทษ เหตุผลที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ผู้กระทำผิดเกิดจากการที่ผู้กระทำผิด พิสูจน์ความจริงอันเป็นประโยชน์แก่ประชาชน และต้องไม่ใช่เรื่องส่วนตัวของผู้ถูกใส่ความ

### 4.3 หลักการเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ประกาศ ณ วันที่ 21 พฤศจิกายน 2514 มีใจความว่า

“มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบสองปี และปรับตั้งแต่พันบาทถึงสองหมื่นสี่พันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี”

ทั้งนี้คณะปฏิวัติมีความปรารถนาจะให้ประชาชนได้รับความสงบสุขและปลอดภัยจากอาชญากรรมในการนี้คณะปฏิวัติเห็นว่า อัตราโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดบางประเภทตามประมวลกฎหมายอาญายังไม่เพียงพอแก่การป้องกันและปราบปราม สมควรแก้ไขให้สูงขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน

กฎหมายคุ้มครองเด็กหญิงที่มีอายุไม่เกิน 13 ปี มิให้ถูกผู้อื่นล่วงละเมิดทางเพศ แม้ว่าเด็กหญิงยินยอมให้ผู้อื่นกระทำชำเรา ผู้นั้นก็ยังคงต้องรับโทษ กฎหมายดังกล่าวใช้บังคับในประเทศไทยตลอดมากระทั่ง พ.ศ. 2525 มีการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 277 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 มาตรา 3 บัญญัติว่า ให้ยกเลิกความใน มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 และ มาตรา 280 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กหญิงนั้น จะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง และเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ได้ให้เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ “โดยที่ในปัจจุบันอาชญากรรมบางประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดต่อเสรีภาพได้ทวีความรุนแรง และความผิดฐานลักทรัพย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทรัพย์ที่เป็นพระพุทธรูป และโค หรือกระบือของผู้มีอาชีพกสิกรรมมีเพิ่มมากขึ้น ซึ่งความผิดเหล่านี้ในบางกรณีได้มีการเพิ่มอัตราโทษมาครั้งหนึ่งแล้วตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 ในการนี้สมควรเพิ่มอัตราโทษสำหรับผู้กระทำความผิดให้สูงขึ้นเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ (ร.จ. เล่ม 99 ตอนที่ 108 หน้า 5, 6 สิงหาคม 2525)”

ตั้งแต่ พ.ศ. 2525 เรื่อยมากฎหมายก็ยังคงคุ้มครองเด็กหญิงอายุไม่เกิน 13 ปี มิให้ผู้อื่นมาล่วงเกินทางเพศเช่นเดิม กระทั่งในปี พ.ศ. 2530 มาตรา 277 ได้แก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 มาตรา 3 บัญญัติว่า ให้ยกเลิกความในมาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ และ มาตรา 277 ทรี แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกหรือวรรคสองได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุ  
กว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและ  
เด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิด  
กำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป”

ซึ่งมีเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ “โดยที่ประมวลกฎหมายอาญา  
มาตรา 277 มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 282 มาตรา 283 มาตรา 313 มาตรา 317 มาตรา 318  
มาตรา 319 มาตรา 398 กำหนดอายุเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมาย  
จากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ การกระทำความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ และการกระทำทารุณ  
ต่อเด็กไว้เพียงอายุไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น ผู้กระทำผิดตามบทมาตราดังกล่าวจึงสามารถอ้าง  
ความยินยอมของเด็กอายุกว่าสิบสามปีขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้  
นับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กอายุระหว่างสิบสามปีถึง  
สิบห้าปี ซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ  
สติปัญญา การศึกษาอบรม และประสบการณ์ไม่เพียงพอได้ นอกจากนี้บทบัญญัติเกี่ยวกับการ  
เป็นธุระ จัดหา ล่อไป หรือชักพาไปซึ่งหญิงเพื่อสำเร็จความใคร่ของผู้อื่น ในกฎหมายปัจจุบันนั้น  
มาตรา 282 จะเป็นความผิดต่อเมื่อได้กระทำต่อหญิงอายุไม่เกินสิบแปดปี ทำให้หญิงได้รับความ  
เสียหาย แต่ไม่มีกฎหมายคุ้มครอง สมควรแก้ไขเพิ่มเติมให้การกระทำความดังกล่าวเป็นความผิดไม่ว่า  
หญิงจะมีอายุเท่าใดก็ตาม จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

จากการแก้ไขตามพระราชบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่า อายุในการคุ้มครองทางเพศของ  
เด็กหญิงเพิ่มขึ้นเป็น 15 ปี เนื่องจากผู้กระทำผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศสามารถอ้างความยินยอม  
ของเด็กอายุกว่าสิบสามปีขึ้นไปได้ และแม้ว่าเด็กหญิงยินยอมให้ผู้อื่นกระทำชำเรา ผู้นั้นก็ยังคงต้องรับ  
โทษ นอกจากนี้ยังได้เพิ่มเติม วรรค 4 ที่กำหนดว่า หากเด็กหญิงอายุระหว่าง 13-15 ปี ยินยอมให้ชาย  
กระทำชำเราแล้ว ภายหลังศาลจะอนุญาตให้เด็กหญิงและชายนั้นสมรสกัน และชายผู้กระทำผิด  
ก็ไม่ต้องรับโทษ ซึ่งเป็นการยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำผิดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดตามพระราชบัญญัติ  
แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มาตรา 3 ให้ยกเลิกความใน มาตรา 276  
แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย  
อาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 และมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย  
พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 และให้ใช้ความต่อไปนี้  
แทน

มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง หรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง หรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป”

ซึ่งมีเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ “โดยที่มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ให้ความสำคัญคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่บทบัญญัติ มาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 286 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ สมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

การแก้ไขประมวลกฎหมายในปี พ.ศ. 2550 นี้ ได้เพิ่มเติมให้ความคุ้มครองเด็กชายในความผิดเกี่ยวกับเพศด้วย เนื่องจากหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงในปัจจุบัน และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่ง

ความแตกต่างในเรื่องเพศ นอกจากนี้ในวรรณคดีท้ายได้ระบุอายุผู้กระทำผิดเป็นอายุไม่เกิน 18 ปี และใช้คำว่า “บุคคล” และผู้เสียหายกฎหมายใช้คำว่า “เด็ก” ดังนั้นในสังคมไทยปัจจุบันจึงอาจเกิดกรณีที่หญิงลงมือกระทำชำเราเด็กชายก่อนก็เป็นได้ ส่วนการที่ผู้กระทำผิดได้รับการยกเว้นโทษและให้สมรสกับผู้เสียหายนั้นก็ยังคงปรากฏอยู่จนถึงปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคห้า ที่บัญญัติให้ชายผู้กระทำผิดที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปี ไม่ต้องรับโทษหากกระทำต่อเด็กหญิงอายุระหว่างสิบสามปีถึงสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอม และศาลอนุญาตให้ทั้งคู่สมรสกัน มีผลใช้บังคับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2530 เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

จากบทความของผู้พิพากษาจังหวัดยะลา ได้กล่าวไว้เมื่อปี พ.ศ. 2501 มีใจความดังต่อไปนี้<sup>43</sup> “ใน 4 จังหวัดภาคใต้ คือ จังหวัดปัตตานี ยะลา นราธิวาสและสตูล เป็นท้องที่ที่มีชาวไทยอิสลามอยู่เป็นส่วนใหญ่ ขนบธรรมเนียมประเพณีย่อมแตกต่างกว่าชาวไทยทั่วไป เพราะเหตุนี้จึงมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 บัญญัติว่า ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดกอิสลามศาสนิกชนของศาลชั้นต้น ในจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ซึ่งมีอิสลามศาสนิกชนเป็นทั้งโจทก์จำเลย หรือเป็นผู้เสนอคำขอในคดีที่มีข้อพิพาท ให้ใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดกแทนบทบัญญัติแพ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการนั้น เว้นแต่บทบัญญัติว่าด้วยอายุความมรดก ทั้งนี้ไม่ว่ามูลคดีจะเกิดขึ้นก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้

ด้วยเหตุนี้เองการสมรส เงื่อนไขแห่งการสมรส สัมพันธแห่งสามีภรรยาของอิสลามศาสนิกชนจึงต้องใช้กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวบังคับแทน ซึ่งเป็นการแน่นอนว่าเป็นความเหมาะสม ถูกต้องด้วยความเป็นธรรมทุกประการในสายตาของอิสลามศาสนิกชน แต่บางทีนายตำรวจ ปลัดอำเภอ พนักงานอัยการ อาจจะรวมทั้งผู้พิพากษาด้วย อาจจะเกิดรำลึกถึงประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277<sup>44</sup> มาตรา 279<sup>45</sup> ในขณะที่ได้รับเชิญไปเป็นเกียรติในพิธีสมรสของอิสลามศาสนิกชน ซึ่งเจ้าสาวผู้เยาว์นั้นอายุต่ำกว่า 13 ขวบ เช่น อายุ 10-11-12 ขวบ เป็นต้น และภรรยา มีหน้าที่มอบตัวต่อสามีเพื่ออยู่กินกันฉันสามีภรรยาด้วย

<sup>43</sup> พูน จักรเสน. (2501, มิถุนายน). “ความผิดเกี่ยวกับเพศ.” *ตุลพาห*, 5, 6. หน้า 397.

<sup>44</sup> กฎหมายอาญา, มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบสองปีและปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท.”

<sup>45</sup> กฎหมายอาญา มาตรา 279 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ...”

หลักกฎหมายอิสลามในเรื่องครอบครัว ไม่ได้บัญญัติข้อกำหนดอายุของกลุ่มสมรสไว้ คือ เกิดมาก็สมรสกันได้ เป็นแต่ยังร่วมประเวณีไม่ได้จนกว่าจะบรรลุนิติภาวะดังที่บัญญัติไว้ใน หมวด 3 เงื่อนไขแห่งการสมรส มาตรา 49 ว่า “พิธีสมรสจะประกอบได้ต่อเมื่อ....(12) หญิงยังเป็นพรหมจารี ถ้ายังไม่บรรลุนิติภาวะ” อันแสดงว่ายังไม่บรรลุนิติภาวะก็สมรสได้ ซึ่งตามหลักกฎหมายอิสลามว่า ด้วยครอบครัวและมรดก มาตรา 2 (4) บัญญัติว่า “บรรลุนิติภาวะ” หมายความว่า บุคคลพ้นจาก ภาวะผู้เยาว์เมื่อ

1) มีอายุ 15 ปี บริบูรณ์ หรือ

2) มีอายุ 9 ปี หย่อน 15 วัน

(1) นำกามเคลื่อนด้วยประการใดๆ กดี หรือ

(2) ถ้าเป็นหญิงได้หลังโลหิตตกตามความใน มาตรา 159 (1) คือต้องไม่ต่ำกว่า

1 วัน 1 คืน

มาตรา 2 (25) “มอบตัวแก่สามี” หมายความว่า การที่ฝ่ายภริยานัดหมายหรือแจ้งให้ ฝ่ายสามีมารับมอบตัวภริยา

ตามหลักกฎหมายดังกล่าว หญิงที่มีอายุ 9 ปี หย่อน 15 วัน และมีการหลังโลหิตตกแล้ว ก็ถือเป็นผู้บรรลุนิติภาวะ เมื่อสมรสก็ต้องมอบตัวแก่สามี คือต้องร่วมประเวณีกับสามีนั่นเอง และ ดูเหมือนจะเป็นหน้าที่ของภรรยาที่จะต้องมอบตัวแก่สามีเสียด้วย<sup>46</sup>

ดังนั้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 กำหนดอายุของเด็กหญิงยังไม่เกิน 13 ปี เด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามเป็นอัน “ต้องห้าม” ทั้งสิ้น จึงน่าจะคิดว่า ถ้าหากโจทก์ฟ้องว่าจำเลย กระทำผิด ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ในเขต 4 จังหวัดนี้ และจำเลยให้การรับสารภาพผิด ตามฟ้องแต่แถลงว่า จำเลยเป็นอิสลามศาสนิกชนประพฤติและปฏิบัติตนต้องตามหลักกฎหมาย อิสลามดังกล่าวแล้วเช่นนี้ ศาลจะพิพากษาว่าอย่างไร<sup>47</sup>

และบทความดังกล่าวมีความสอดคล้องกับรายงานการประชุมของคณะกรรมการพิจารณา ปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 91/2528 วันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2528 ซึ่งมีความเห็นว่า “ประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 277 มีเจตนารมณ์ที่จะมุ่งคุ้มครองเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 15 ปีบริบูรณ์ที่จะไม่ให้ ถูกชายร่วมประเวณี แม้เด็กหญิงนั้นจะยินยอมด้วยก็ตาม แต่กรณีที่ศาลจะอนุญาตให้ชายหญิงสมรส กันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้ายนั้น เกิดขึ้นจากเหตุผลในการนิติบัญญัติว่า การบัญญัติให้ มาตรา 277 เป็นความผิดเด็ดขาดโดยไม่คำนึงถึงความยินยอมของเด็กและการขยาย ระยะเวลาคุ้มครองให้ได้มาตรฐานถึง 15 ปี ตามประเทศส่วนใหญ่ก็น่าจะก่อให้เกิดปัญหาใน

<sup>46</sup> พูน จักรเสน. (2501, มิถุนายน). “ความคิดเกี่ยวกับเพศ.” *ดูลพาห*, 5, 6. หน้า 397-399.

<sup>47</sup> แหล่งเดิม.



ทางปฏิบัติในสี่จังหวัดชายแดนภาคใต้ อันประกอบด้วย จังหวัดสตูล ยะลา นราธิวาส และปัตตานี ซึ่งในจังหวัดดังกล่าวใช้กฎหมายอิสลามบังคับเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวมรดก คือ ชายเริ่มมีน้ำอสุจิ และหญิงเริ่มมีประจำเดือน ซึ่งโดยปกติจะเป็นช่วงอายุระหว่าง 12-16 ปี ดังนั้น หากการสมรสระหว่างชายและหญิงซึ่งนับถือศาสนาอิสลามและหญิงมีอายุไม่เกิน 15 ปี เช่นนี้ชายอาจจะมีความคิดได้โดยไม่มีข้อยกเว้น แม้กรณีเช่นนี้อาจจะเกิดขึ้นไม่มากนัก แต่สมควรพิจารณาหาทางแก้ไขเพื่อมิให้เจ้าพนักงานซึ่งเป็นผู้รักษาและปฏิบัติตามกฎหมายต้องประสบปัญหาในทางปฏิบัติ”

ในกรณีดังกล่าวนี้กระทรวงยุติธรรมมีข้อสังเกตว่า การแก้ไข มาตรา 277 มาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ในเขต 4 จังหวัดภาคใต้ ซึ่งใช้กฎหมายอิสลามบังคับเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวมรดก โดยคณะกรรมการพัฒนาสตรีแห่งชาติมีความเห็นว่า การใช้กฎหมายอิสลามในเขต 4 จังหวัดภาคใต้มีลักษณะเป็นกรณีเฉพาะเรื่องในท้องถิ่นเท่านั้น หากควรมีผลทำให้การกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของสังคมส่วนรวมต้องถูกระทบกระเทือนไปโดยลักษณะเฉพาะของท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งไม่ หากจะมีข้อขัดข้องที่อาจเกิดจากความแตกต่างระหว่างกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างของสังคมใหญ่กับทางปฏิบัติของบางท้องถิ่นแล้วน่าที่จะต้องหาทางปรับทางปฏิบัติของท้องถิ่นให้สอดคล้องกับโครงสร้างปฏิบัติของสังคมใหญ่มากกว่าที่จะเปลี่ยนโครงสร้างพื้นฐานนั้นให้ไปสอดคล้องกับทางปฏิบัติของท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งโดยเฉพาะ อนึ่งจากผลของการสัมมนาการใช้กฎหมายอิสลามในเขต 4 จังหวัดภาคใต้ ซึ่งกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้จัดเมื่อปี พ.ศ. 2525 ก็มีข้อยุติว่า ควรหาทางแก้ไขให้แนวทางปฏิบัติในท้องถิ่นดังกล่าวเป็นไปในทางที่สอดคล้องกับโครงสร้างพื้นฐานของสังคมใหญ่มากขึ้น โดยกำหนดให้ผู้นำทางศาสนาและผู้นำชุมชนพยายามเผยแพร่ชักจูงให้ประชาชนระงับการสมรสระหว่างเด็กชายและเด็กหญิงไว้จนกว่าเด็กนั้นจะมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้นจึงได้มีการบัญญัติเหตุยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำผิดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 วรรคท้าย โดยเป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อประโยชน์ของประชาชนชาวมุสลิมใน 4 จังหวัดภาคใต้ ได้แก่จังหวัดสตูล ยะลา นราธิวาส และปัตตานี เท่านั้น ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง และเมื่อมีบทบัญญัติยกเว้นโทษในประมวลกฎหมายอาญาก็จะมีผลต่อผู้กระทำผิดทุกคนในประเทศ ทำให้ผู้กระทำผิดอาศัยช่องว่างของกฎหมายลงมือกระทำความผิดและกล่าวอ้างว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำชำเรา หรือบีบบังคับ ข่มขู่ให้สารภาพว่ายินยอมให้ผู้กระทำผิดกระทำชำเรา เพื่อศาลจะได้อนุญาตให้ทั้งคู่สมรสกัน และผู้กระทำผิดก็ไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานนี้ต่อไป เมื่อทั้งคู่สมรสกันแล้วอาจเกิดปัญหาตามมาอีกมากมาย เช่น ปัญหาการหางานทำเพื่อเลี้ยงครอบครัว เนื่องจากทั้งคู่ยังเด็กและการศึกษายังไม่สูง การหางานทำจึงเป็นสิ่งที่ยากนัก หรือปัญหาการหย่าร้าง เนื่องจากทั้งคู่มิได้สมรสกันด้วยความยินยอมสมัครใจ อีกทั้ง

ผู้กระทำผิดก็ได้รับการยกเว้นโทษตามที่ตนประสงค์แล้ว จึงไม่มีเหตุผลใดที่จะใช้ชีวิตอยู่กับผู้เสียหายอีกต่อไป

#### 4.4 วิเคราะห์เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กในประเทศไทย

ในทางสังคมวิทยา การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศอย่างเช่น การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) เป็นพฤติกรรมที่บังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งมีความสัมพันธ์ทางเพศกับตน ผู้ที่ข่มขืน (Rapist) มักจะเป็นผู้ที่มีความผิดปกติทางด้านอารมณ์และจิตใจ<sup>48</sup> ซึ่งผู้หญิงที่ถูกข่มขืนไม่เพียงแต่ถูกล่วงละเมิดทางร่างกายเท่านั้น แต่ยังเป็นการลดคุณค่าของสตรีเพศ เป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อีกด้วย เป็นการกระทำความผิดที่สามารถวิเคราะห์ได้หลายแง่มุม กล่าวคือ มุมมองในแง่กฎหมาย พฤติกรรมนี้ถูกจัดว่าเป็นอาชญากรรมอันเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ ผู้กระทำต้องได้รับโทษอาญา ในแง่ของจิตวิทยาจัดว่าเป็นพฤติกรรมทางเพศของบุคคลที่ผิดปกติและสะท้อนถึงความบกพร่องของบุคคลทางเพศและจิตใจ<sup>49</sup>

ด้วยเหตุนี้การคุ้มครองเด็กต่อการถูกล่วงละเมิดทางเพศจึงจำเป็นต้องมีมาตรการคุ้มครองที่กว้างขวางทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศ ในรูปแบบอนุสัญญาต่างๆ (Convention) หรือในส่วนของกฎหมายที่ใช้บังคับภายในประเทศ (Positive Law) โดยเฉพาะประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานนี้โดยตรงตั้งแต่ มาตรา 276-287 ประกอบกับปัญหาของฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมายบังคับใช้ที่ค่อนข้างจะมีแนวโน้มว่าไม่คุ้มครองเสรีภาพทางเพศเท่าที่ควร ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย ซึ่งถือว่าเป็นปัญหาและอุปสรรคอย่างหนึ่งของการแก้ไขปัญหาคู่ข่มขืนกระทำชำเราเด็กด้วย เพราะลำพังเพียงการป้องกันอย่างเดียวไม่เพียงพอ มาตรการทางกฎหมายที่ลงโทษต้องเด็ดขาดด้วย โดยการลงโทษมีจุดมุ่งหมาย 3 ประการ<sup>50</sup> กล่าวคือ

- 1) เพื่อข่มขู่หรือยับยั้ง (Deterrence) คือ ยับยั้งมิให้กระทำความผิดอาญาอีกในอนาคต
- 2) เพื่อแก้ไขหรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำ (Reformation and rehabilitation)
- 3) เพื่อตัดโอกาสมิให้ผู้นั้นกระทำความผิดอีก (Incapacitation)

วัตถุประสงค์ทั้ง 3 ประการ เป็นหลัก โดยทั่วไปที่สถาบันยุติธรรมมักใช้ในการพิจารณาลงโทษเสมอ แต่สำหรับการกระทำบางอย่างที่กระทำอย่างทารุณโหดร้าย และละเมิดเสรีภาพทางเพศอย่างรุนแรง มาตรการทางกฎหมายก็ควรจะต้องยึดหลักการตัดโอกาสมิให้ผู้นั้นกระทำผิด

<sup>48</sup> สุริลา ดันชัยนันท์. (2535). ข่มขืน: ปัญหาความรุนแรงทางเพศ. หน้า 15.

<sup>49</sup> จิราพร ทีโน. เล่มเดิม. หน้า 7.

<sup>50</sup> สาธิต یشิตติชัย. เล่มเดิม. หน้า 33.

เป็นสำคัญ<sup>51</sup> ดังนั้นการที่กฎหมายจะยกเว้นโทษให้กับการกระทำผิดใดก็ตามจะต้องมีเหตุผลพิเศษในเรื่องของความสมควรในการลงโทษจริงๆ กล่าวคือ ต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างการลงโทษผู้กระทำผิดกับการปล่อยตัวผู้กระทำผิดไปแล้วพบว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นก่อให้เกิดประโยชน์น้อยกว่าการไม่ลงโทษผู้กระทำผิดเช่นนี้ผู้กระทำผิดก็ไม่สมควรที่จะได้รับโทษทัณฑ์

ด้านการคุ้มครองทางเพศแก่เด็กนั้นประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 277 ดังต่อไปนี้ คือ

“ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีโชภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป”

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ “ความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็กหญิง”<sup>52</sup> องค์ประกอบของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิงกระทำชำเราเด็กชายหรือเด็กหญิง ซึ่งมีโชภริยาหรือสามีของตน โดยเจตนากระทำชำเราเด็กอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี<sup>53</sup>

<sup>51</sup> แหล่งเดิม.

<sup>52</sup> คณิต ผนคร ข (2553). กฎหมายอาญาภาคความผิด. หน้า 423.

<sup>53</sup> แหล่งเดิม.

การคุ้มครองเด็กอายุระหว่างสิบสามปีถึงสิบห้าปีเป็นพิเศษนี้เป็นแนวความคิดใหม่ โดยฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าไม่ควรให้ผู้กระทำความผิดอ้างความยินยอมของเด็กอายุระหว่างนี้ขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษได้ตามกฎหมาย ทำให้เป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กอายุระหว่างสิบสามปีถึงสิบห้าปี ซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอ<sup>54</sup> ดังจะเห็นได้ชัดเจนว่าแม้แต่นานาอารยประเทศยังต้องมีการให้ความคุ้มครองเด็กในวัยนี้เป็นพิเศษ จึงได้จัดทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้นเพื่อให้เป็นแม่บทในการตรากฎหมายในเรื่องการคุ้มครองและรับรองสิทธิทางเพศของเด็กในแต่ละประเทศ ฉะนั้นกฎหมายจึงต้องให้ความคุ้มครองอย่างเด็ดขาด กล่าวคือ แม้เด็กจะยินยอมก็เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

นอกจากนี้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย ที่บัญญัติว่า “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป” การที่บทบัญญัติ มาตรา 277 วรรคท้ายดังกล่าวบัญญัติให้ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ หากภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน หมายความว่า ชายหรือหญิงมีอายุยังไม่ครบ 17 ปีบริบูรณ์ จะสมรสกันจะต้องขออนุญาตต่อศาลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 แต่ทั้งนี้การกระทำความผิดนั้นจะต้องเป็นกรณีที่ชายอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอม หรือเป็นกรณีที่หญิงอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำกับเด็กชายอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี และเด็กชายนั้นยินยอม จึงจะได้รับการยกเว้นโทษให้สมรสกัน แต่ในกรณีที่เพศเดียวกันกระทำต่อกันจะไม่ได้รับการยกเว้นโทษ โดยศาลจะไม่อนุญาตให้ทั้งคู่สมรสกัน เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้บุคคลเพศเดียวกันสมรสกันได้

ตามทฤษฎีระบบกฎหมายซีวิลลอว์ได้ให้ความหมายของเหตุยกเว้นโทษไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ ประเทศฝรั่งเศส ได้ให้ความหมายของ “เหตุยกเว้นโทษ” ไว้ว่า “การกระทำนั้นเป็นความผิดกฎหมายแต่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำ” ในการพิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษนั้น จะพิจารณาใน “เหตุเนื่องจากตัวบุคคล” (Cause subjective) ซึ่งอยู่นอกโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา มี 2 ประเภท คือ

<sup>54</sup> พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530. (1 กันยายน 2530. หน้า 12).

1) เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ (Excuse) เนื่องจากผู้กระทำความผิดไม่มีความรู้สึกผิดชอบ หรือสติปัญญายังไม่สมบูรณ์

2) เหตุที่กฎหมายยกโทษ (Absolution) เพราะตามความเหมาะสมในการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดอันเนื่องจากเหตุผลที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย

ดังนั้นกรณีตาม มาตรา 277 วรรคท้าย เป็นการพิจารณาในเรื่องความเหมาะสมในการลงโทษ โดยมีเหตุผลที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของครอบครัวใหม่ จึงเรียกว่าเป็น “เหตุยกโทษ” (Absolution)

สำหรับประเทศเยอรมันได้ให้ความหมายของ “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” ไว้ว่า “เป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา และเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดโดยตรงเป็นการเฉพาะตัว” ซึ่งกฎหมายยกเว้นโทษให้เนื่องจากว่ามีเหตุผลที่อยู่นอกเหนือโครงสร้างความผิดอาญาในการที่จะไม่ลงโทษผู้กระทำความผิด โดยเป็นการพิจารณาถึงข้อเท็จจริงหรือเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะตัว ซึ่งข้อเท็จจริงในเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวมีทั้งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนที่มีการกระทำความผิดเรียกว่า “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิดโดยการทำดีของผู้กระทำความผิดทำให้ความสมควรในการลงโทษเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้นเรียกว่า “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว”

ดังนั้นกรณีตาม มาตรา 277 วรรคท้าย เป็นข้อเท็จจริงที่เกิดภายหลังการกระทำความผิดมีผลทำให้ความสมควรลงโทษเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้นที่ไม่สมควรลงโทษผู้กระทำผิดต่อไป จึงเรียกว่าเป็น “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว”

ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งได้แก่ ประเทศอังกฤษ ได้อธิบายไว้ว่า เมื่อมีการกระทำที่เป็นความผิดอาญา คือครบทั้งส่วน Actus reus และ Mens rea แล้ว ผู้กระทำอาชญา “ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบ” ได้ เพื่อปฏิเสธว่าการกระทำของตนนั้นขาด Actus reus หรือ Mens rea อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งส่งผลให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญาและผู้กระทำนั้นไม่ต้องรับโทษ

จะเห็นได้ว่าการอธิบายเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในต่างประเทศนั้นแม้จะมีทฤษฎีเหตุผลในการอธิบายที่แตกต่างกันไป แต่ผลสุดท้ายแล้วผู้กระทำผิดก็ไม่ต้องรับโทษในความผิดที่ตนได้กระทำเช่นเดียวกัน

การยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย นั้นเป็นการพิจารณาในเรื่องของความเหมาะสมในการลงโทษ โดยมองว่าการใช้โทษทางอาญานั้นต้องมีข้อจำกัด กล่าวคือ กฎหมายอาญานั้นไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามที่มีจุดประสงค์เพียงเพื่อให้บุคคลเชื่อฟัง และผลของการไม่เชื่อฟังก็คือผลร้ายในทางแก้แค้นตอบแทนเท่านั้น แต่ถ้าฟัง

ข้อห้ามนี้เองปราศจากอรรถประโยชน์ที่เป็นแก่นสาร ดังนั้นเมื่อปรากฏว่าชายและเด็กหญิงหรือหญิงและเด็กชายสมรสกันในภายหลังก็ไม่มีประโยชน์อันใดในการที่จะให้ชายหรือหญิงต้องรับโทษต่อไป เจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าวจึงน่าจะมิใช่เป็นการรักษาความสงบสุขของครอบครัวที่เพิ่งเริ่มต้นใหม่<sup>55</sup>

แต่เมื่อพิจารณารายงานการประชุม คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 91/2528 วันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2528 จะเห็นได้ว่า “ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 มีเจตนารมณ์ที่จะมุ่งคุ้มครองเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 15 ปีบริบูรณ์ที่จะไม่ให้ถูกชายร่วมประเวณี แม้เด็กหญิงนั้นจะยินยอมด้วยก็ตาม แต่กรณีที่ศาลจะอนุญาตให้ชายหญิงสมรสกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้ายนั้น เกิดขึ้นจากเหตุผลในการบัญญัติว่า การบัญญัติให้มาตรา 277 เป็นความผิดเด็ดขาดโดยไม่คำนึงถึงความยินยอมของเด็กและการขยายระยะเวลาคุ้มครองให้ได้มาตรฐานถึง 15 ปี ตามประเทศส่วนใหญ่ก็น่าจะก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติในจังหวัดชายแดนภาคใต้ อันประกอบด้วย จังหวัดสตูล ยะลา นราธิวาส และปัตตานี ซึ่งในจังหวัดดังกล่าวใช้กฎหมายอิสลามบังคับเกี่ยวกับเรื่องครอบครัวมรดก คือ ชายเริ่มมีน้ำอสุจิและหญิงเริ่มมีประจำเดือน ซึ่งโดยปกติจะเป็นช่วงอายุระหว่าง 12-16 ปี ดังนั้น หากการสมรสระหว่างชายและหญิงซึ่งนับถือศาสนาอิสลามและหญิงมีอายุไม่เกิน 15 ปี เช่นนี้ ชายอาจจะมีความผิดได้โดยไม่มีข้อยกเว้น แม้กรณีเช่นนี้อาจจะเกิดขึ้นไม่มากนัก แต่สมควรพิจารณาหาทางแก้ไขเพื่อมิให้เจ้าพนักงานซึ่งเป็นผู้รักษาและปฏิบัติตามกฎหมายต้องประสบปัญหาในทางปฏิบัติ”

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอิสลามคือ การร่วมประเวณีกับหญิงโดยหญิงนั้นไม่ให้ความยินยอม เกณฑ์อายุสำหรับการให้ความยินยอมถือตามเกณฑ์อายุบรรลุนิติภาวะของผู้เยาว์ กฎหมายอิสลามถือว่าบุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์เมื่อ

- 1) มีอายุ 15 ปีบริบูรณ์ หรือ
- 2) มีอายุ 9 ปี หย่อน 15 วัน ถ้า
  - (1) ชายมีน้ำกามเคลื่อนด้วยประการใดๆ หรือ
  - (2) หญิงมีระดู

<sup>55</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2535). “ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ.” วารสารนิติศาสตร์, 22, 1. หน้า 84.

ตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอิสลาม คำว่า “ร่วมประเวณี” หมายถึง การที่อวัยวะสืบพันธุ์ของชายซึ่งตื่นตัวเต็มสภาพแล้ว ได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิงโดยล้าคออวัยวะสืบพันธุ์นั้น หรือประมาณเท่านั้น ในกรณีอวัยวะสืบพันธุ์ไม่มีคอเช่นนั้น ทั้งนี้ไม่ว่าน้ำอสุจิจะเคลื่อนหรือไม่ก็ตาม<sup>56</sup>

จากเหตุผลในการบัญญัติ มาตรา 277 วรรคท้าย ซึ่งได้บัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อให้เด็กที่นับถือศาสนาอิสลามสามารถสมรสกันได้ตามประเพณีที่สืบทอดกันมา แต่โดยทั่วไปแล้วกฎหมายมีผลใช้บังคับกับทุกคนในประเทศ โดยจะไม่เลือกปฏิบัติ ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวผู้ศึกษาเห็นว่าไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง และเมื่อมีบทบัญญัติยกเว้น โทษให้ก็จะมีผลต่อผู้กระทำผิดทุกคนในประเทศ และผู้เสียหายที่ไม่ได้นับถือศาสนาอิสลามต้องได้รับผลร้ายจากการบัญญัติกฎหมายเช่นนี้อีกทั้งเป็นการซ้ำเติมความเจ็บปวดให้แก่ผู้เสียหาย นอกจากนี้การให้เหตุผลในการบัญญัติดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติมิได้คำนึงถึงเหตุผลในเรื่องความเหมาะสมในการลงโทษเลย เพราะหากพิจารณาให้ดีแล้วจะพบว่า แม้ว่าเด็กในวัย 13 ถึง 15 ปี จะมีเสรีภาพเต็มที่ที่จะทำได้ตามเจตนาของตนเอง แต่การใช้ชีวิตสมรสเป็นความรับผิดชอบที่ยิ่งใหญ่เกินไปสำหรับเด็กในวัยนี้ เพราะเด็กในวัยนี้ยังไม่ค่อยมีความรู้สึกรู้จักคิดในการครองเรือน อีกทั้งยังไม่รู้ถึงผลที่จะตามมาจากการสมรส ซึ่งจะต้องให้กำเนิดบุตรต่อไป ส่งผลให้เด็กไม่อาจใช้ชีวิตตามที่เด็กในวัยนี้ต้องการได้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” เหตุผลในการที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขให้ชายและหญิงต้องมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ เนื่องจาก โดยทางสรีระวิทยาชายหญิงมีอายุต่ำกว่า 17 ปี มักจะยังไม่มีความเจริญเติบโตในทางร่างกาย จิตใจ และสมองอย่างเต็มที่ (Immature) ยังไม่ค่อยมีความรู้สึกรู้จักคิดในการครองเรือน การช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันและการจัดการทรัพย์สิน กฎหมายจึงกำหนดอายุขั้นต่ำ (Minimum age) ของคู่สมรสไว้ว่าจะต้องมีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์ เพื่อให้โตพอที่จะรับผิดชอบในเรื่องการสมรสได้ (Mature and sensible to take on the responsibilities of marriage) หากชายหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายฝ่าฝืนเงื่อนไขไปทำการสมรสโดยที่อายุยังไม่ครบ 17 ปีบริบูรณ์ การสมรสนั้นเป็นโมฆะตามมาตรา 1503 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>57</sup>

อย่างไรก็ดีหลักการที่ชายและหญิงจะทำการสมรสกันได้ต่อเมื่อทั้งสองฝ่ายมีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์แล้วนี้ มีข้อยกเว้นว่า ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้หากมีเหตุอันสมควร ซึ่งเป็นการให้ดุลพินิจแก่ศาลที่จะมีคำสั่งโดยคำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลที่ยื่นคำขอและ

<sup>56</sup> นวลจันทร์ ทศนชัยกุล. เล่มเดิม. หน้า 5.

<sup>57</sup> ประสพสุข บุญเดช. เล่มเดิม. หน้า 120.

ความมั่นคงของการสมรส และศาลต้องมั่นใจว่าบุคคลที่อายุยังไม่ครบกำหนดนี้สามารถถือเอาภาระหน้าที่อันเกิดจากการสมรสได้และการสมรสจะเป็นประโยชน์สูงสุดแก่บุคคลเช่นว่านี้ (Serve his best in) ด้วย โดยปกติศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงจากคำเบิกความของผู้ยื่นคำร้องขอ บุคคลที่จะสมรสด้วย บิดามารดาของทั้งสองฝ่าย รวมทั้งแพทย์ผู้ตรวจร่างกายและจิตใจของผู้ยื่นคำร้องขอ เพื่อนำมาวินิจฉัยว่าการสมรสจะเป็นประโยชน์สูงสุดแก่ผู้ยื่นคำร้องขอหรือไม่ ทั้งนี้เพราะการสมรสของบุคคลที่อ่อนอายุมีความเสี่ยงในการหย่าร้างสูง มีปัญหาในเรื่องรายได้ของกลุ่มสมรส การไม่มีงานทำและการที่ต้องพักอาศัยอยู่กับบิดามารดาดังเดิมอาจเกิดปัญหากับญาติพี่น้องได้<sup>58</sup>

การสมรสคือการที่ชายและหญิงสมัครใจเข้ามาอยู่กินกันสามมีภริยากันชั่วชีวิตโดยจะไม่เกี่ยวข้องกับผู้อื่นใดอีก<sup>59</sup> โดยมีวัตถุประสงค์ดังนี้<sup>60</sup>

- 1) เพื่อการรับรู้และยอมรับความสัมพันธ์ทางเพศของมนุษย์ (Sexual Gratification) และกำหนดคู่เพศสัมพันธ์ให้เห็นตัวตนได้ชัดเจนและแน่นอน
- 2) เพื่อผลิตสมาชิกใหม่ให้สังคมหรือเพื่อให้กำเนิดบุตร (Children Production)
- 3) เพื่อการร่วมมือในทุกๆ ทาง เช่น ทางเศรษฐกิจ การปกครอง และความเป็นปึกแผ่นในหมู่วงศ์ญาติ (Coordination)
- 4) เพื่อสร้างครอบครัว (Household of Family Formation) โดยตกลงร่วมกันทำหน้าที่ของครอบครัวทั้ง 4 หน้าที่ คือ เพศสัมพันธ์ ผลิตสมาชิกใหม่ เศรษฐกิจ และการอบรมสั่งสอนหรือให้การศึกษา และการมีสถานที่อยู่กินหลับนอนร่วมกัน
- 5) เพื่อสืบทอดสมบัติ (Property Handing)
- 6) เพื่อให้เด็กรู้จักตนเอง วางตนได้ถูกต้องและมีจุดยืนที่ดีในสังคม (Self Identity)
- 7) เพื่อการเป็นทายาทที่ถูกต้องตามกฎหมายของสังคมหรือสืบทอดสกุล

มีปัญหาว่าการที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก กำหนดเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมของเด็กหญิงเอาไว้ 15 ปี แต่ในวรรคท้ายเด็กหญิงที่อายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี สามารถให้ความยินยอมได้นี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ขัดแย้งกันเองในมาตราเดียวกัน โดยในวรรคแรกเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมคือ 15 ปี แต่ในวรรคท้ายคืออายุ 13 ปี นอกจากนี้ในวรรคท้ายเมื่อเด็กหญิงอายุ 13-15 ปี ให้ความยินยอมและต่อมาภายหลังศาลอนุญาตให้ทำการสมรส ผู้กระทำผิดจะได้รับการยกเว้นโทษนั้นเหมาะสมหรือไม่ ซึ่งในกรณีเช่นนี้เห็นว่า อายุของเด็กหญิงที่จะให้ความยินยอมให้กระทำชำเราในกฎหมายไทยใช้อายุเกิน 13 ปี ขึ้นไปนั้น

<sup>58</sup> แหล่งเดิม.

<sup>59</sup> แหล่งเดิม.

<sup>60</sup> แหล่งเดิม.



ควรจะได้มีการพิจารณาแก้ไขให้อายุสูงขึ้นกว่านี้ให้เท่ากับต่างประเทศ หรืออย่างน้อยก็ควรเป็นเกณฑ์อายุ 15 ปี เหตุผลก็เพราะเด็กอายุ 13-15 ปี ยังมีความรู้เรื่องเพศและอื่นๆ ไม่เพียงพอ ยิ่งเด็กในชนบทแล้วจะมีความรู้เรื่องเพศศึกษาและอื่นๆ น้อยกว่าในกรุง<sup>61</sup>

ปัญหานี้เราไม่ได้ถือตามเกณฑ์อายุที่จะทำสัญญาสมรสได้โดยสมบูรณ์เป็นหลัก อย่างเช่นกฎหมายของอังกฤษ แต่ก็น่าจะยกขึ้นเป็นข้อพิจารณา เพราะการที่กฎหมายแพ่งกำหนดเกณฑ์อายุของหญิงที่จะให้ความยินยอมแสดงเจตนาทำสัญญาสมรสได้โดยสมบูรณ์นั้น ก็ค่านึงว่าเกณฑ์อายุที่กำหนดไว้เป็นเกณฑ์ของหญิงที่หญิงเติบโตพอสมควรที่จะเข้าใจและรู้ถึงการร่วมประเวณี และผลของการร่วมประเวณีอันจะต้องรับผิดชอบในการให้กำเนิดบุตรต่อไปได้ เกณฑ์อายุที่ชายหญิงทำการสมรสได้อย่างสมบูรณ์ตามกฎหมายอังกฤษ คือ 16 ปี แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เดิม มาตรา 1445 กำหนดไว้ว่า ชายหญิงจะทำการสมรสได้เมื่อชายอายุ 17 ปี บริบูรณ์ และหญิงอายุ 15 ปี บริบูรณ์ ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2519 มาตรา 1448 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” ฉะนั้น ชายหญิงจะทำการสมรสโดยสมบูรณ์ทั้งสองฝ่ายต้องมีอายุ 17 ปี บริบูรณ์ ทั้งนี้ โดยค่านึงถึงว่าชายหญิงอายุต่ำกว่า 17 ปี ยังไม่มีความรับผิดชอบพอที่จะมีครอบครัว ยังไม่ควรอนุญาตให้มีการร่วมประเวณีอันจะให้กำเนิดบุตรซึ่งอาจเกิดเป็นปัญหาของสังคมต่อไปได้ แต่เมื่อประมวลกฎหมายอาญากำหนดว่าเด็กหญิงอายุเกิน 13 ปี ยินยอมให้ร่วมประเวณีได้โดยไม่มีความผิด ก็อาจให้กำเนิดบุตรได้และเป็นปัญหาของสังคม และเมื่อกฎหมายกำหนดให้ชายไม่ต้องรับโทษหากเป็นกรณีที่เด็กหญิงยินยอมตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย ด้วยแล้ว ย่อมเป็นการลดความเดือดขาดของกฎหมายในการให้ความคุ้มครองทางเพศของเด็กหญิงลงไปอีก<sup>62</sup>

ชายหญิงเมื่อได้เสียกันแล้วก็ไม่อาจเป็นภริยากัน โดยชอบได้ ซึ่งที่ถูกต้องแล้วต้องมีการจดทะเบียนสมรสทำตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ รวมถึงเกณฑ์อายุที่กฎหมายอนุญาตให้สมรสได้ ดังนั้นจึงควรที่จะมีการกำหนดเกณฑ์อายุในประมวลกฎหมายอาญาให้สูงขึ้นให้สอดคล้องกับเกณฑ์อายุทางแพ่ง เพื่อจะได้ควบคุมไปในตัว อย่างน้อยที่สุดก็ให้เท่ากับเกณฑ์อายุของหญิงในการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เดิมซึ่งกำหนดไว้เพียง 15 ปี นับว่าตรงต่อความเป็นจริงมากกว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ใหม่<sup>63</sup>

<sup>61</sup> ณรงค์ สิงห์ประเสริฐ. (2518). “ความเห็นของแพทย์ในปัญหาการกระทำชำเราที่ผิดกฎหมาย.” *ตุลพาท*, 22, 4. หน้า 47.

<sup>62</sup> ประสิทธิ์ พัฒนอมร. เล่มเดิม. หน้า 65.

<sup>63</sup> แหล่งเดิม.

เหตุผลที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เก่า กำหนดอายุหญิงไว้เพียง 15 ปี เพราะหญิงวัยนี้มีความเจริญทางร่างกายและจิตใจ พอที่จะเป็นแม่บ้าน และแม่คนได้แล้ว แต่ชายอายุ 15 ปี ยังไม่มีความเจริญเติบโตและความรับผิดชอบขนาดหญิงได้ แต่เมื่อจำเป็นต้องแก้กฎหมายให้ชายและหญิงเสมอภาคกัน ก็จะลดอายุของชายลงมาเป็น 15 ปี ไม่ได้ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงต้องเลื่อนอายุของหญิงขึ้นไปให้เป็น 17 ปี แต่ทั้งนี้ น่าจะเข้าใจได้ว่ากฎหมายเองก็ยอมรับว่าหญิงอายุ 15 ปี อยู่ในวัยที่มีความเจริญเติบโตพอแล้ว<sup>64</sup> การแก้ไขกฎหมายอาญาให้อายุในการให้ความยินยอมเป็น 15 ปี จึงชอบด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น

ถึงอย่างไรก็ตาม ความสำคัญของปัญหาอยู่ที่ว่า เด็กหญิงอายุ 13 ปีเศษเป็นวัยที่รู้เรื่องการร่วมประเวณีและผลของการร่วมประเวณีหรือยัง เพราะการที่เด็กหญิงจะให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้ ต้องรู้ว่าการร่วมประเวณีคืออะไร เด็กหญิงบางคนไม่ทราบเวลาที่ชายกระทำกับตนนั้นคืออะไร อาจเพราะความเกรงใจ หรืออยากรู้ อยากเห็น เพราะไม่เคยเห็นมาก่อนก็เลยปล่อยให้ชายทำไปโดยไม่ขัดใจ และ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความรับผิดชอบในเรื่องของการมีครอบครัว ซึ่งเด็กในวัยนี้เป็นวัยแห่งการศึกษาเล่าเรียน ดังนั้นความคิดในเรื่องของการสมรสหรือการรับผิดชอบในการสร้างความคิดจึงไม่ใช่สิ่งที่เด็กวัยนี้ควรจะคิดและทำความเข้าใจ เมื่อเด็กในวัยนี้ยังไม่คิดคำนึงถึงผลของการกระทำหรือไม่ทราบผลของการกระทำ จึงปล่อยตัวปล่อยใจให้เกิดการร่วมประเวณีขึ้น ซึ่งหากเด็กหญิงในวัยดังกล่าวนี้สามารถรู้เรื่องเกี่ยวกับการร่วมเพศแล้วย่อมไม่อาจปล่อยให้เหตุการณ์เช่นนี้เกิดเป็นแน่แท้

เมื่อมาพิจารณาปัญหาว่าเด็กหญิงอายุ 13 ปีเศษ มีความรู้เรื่องเพศศึกษาแล้วหรือยังหากเป็นเด็กที่อยู่ในเมืองที่ได้รับการศึกษาก็อาจรู้เรื่อง แต่สำหรับเด็กชาวบ้านชนบททั่วไปย่อมไม่อาจเข้าใจหรือรับรู้เรื่องดังกล่าวได้ และมักจะถูกละเลยไปร่วมประเวณีได้โดยง่าย ซึ่งกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมามิได้บัญญัติขึ้นเพื่อนำมาใช้ในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งโดยเฉพาะ หากแต่ต้องใช้ในทุกๆ พื้นที่ทั่วประเทศ เมื่อได้พิจารณาถึงนานาประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางการศึกษาอย่างเช่นประเทศอังกฤษ ซึ่งได้กำหนดเกณฑ์อายุที่จะให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีถึง 16 ปี และเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้ว จะเห็นว่าประเทศไทยได้กำหนดเกณฑ์อายุไว้ต่ำกว่าประเทศอังกฤษ ทั้งๆ ที่ประเทศไทยมิได้มีความเจริญก้าวหน้าในด้านการศึกษาอย่างประเทศอังกฤษ ฉะนั้นการจะเกณฑ์ให้เด็กหญิงอายุ 13 ปีเศษ รู้เรื่องการร่วมเพศเสมอไปเหมือนกันหมดเห็นจะไม่ถูกต้องกฎหมายควรให้ความคุ้มครองเด็กหญิงเหล่านี้ให้มากขึ้น โดยกำหนดเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมให้สูงขึ้นทัดเทียมกับต่างประเทศ แต่จะเป็นเกณฑ์อายุเท่าใดจึงจะเหมาะสมนั้น ผู้ศึกษา

<sup>64</sup> โชค จารุจินดา. (2520). “คำบรรยาย ป.พ.พ.ว่าด้วยครอบครัวฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2519.” วารสารกฎหมาย, พิเศษ. หน้า 1-9.

มีความเห็นด้วยกับแนวความคิดที่ว่าควรเป็นอายุ 15 ปีขึ้นไป จึงจะให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้โดยชายไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และบทบัญญัติในการยกเว้นโทษโดยการให้ชายและเด็กหญิง หรือหญิงและเด็กชายสมรสกันนั้นสมควรถูกยกเลิกไป อีกทั้งยังเป็นการสอดคล้องกับข้อกำหนดในอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบอีกด้วย ที่กำหนดให้ “รัฐภาคีเพิกถอนบทบัญญัติทางอาญาภายในทั้งปวงซึ่งก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี” ซึ่งมีผลบังคับใช้กับประเทศไทยเมื่อวันที่ 8 กันยายน 2528 (ค.ศ. 1985)

#### 4.5 วิเคราะห์มาตรฐานสากลและกฎหมายต่างประเทศ

##### 4.5.1 วิเคราะห์การคุ้มครองเด็กและสตรีตามมาตรฐานสากล

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้ประกาศว่า “มนุษย์ทุกคนเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในเกียรติศักดิ์และสิทธิ การเลือกปฏิบัติต่อสตรีขัดต่อหลักการของความเสมอภาคของสิทธิและความเคารพต่อเกียรติศักดิ์ของมนุษย์” ตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW: The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women) มีวัตถุประสงค์ในการบัญญัติก็คือ การจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ รวมทั้งการประกันว่าสตรีและบุรุษมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติและดูแลจากรัฐอย่างเสมอภาคกัน และจากคำนิยามของคำว่า “เลือกปฏิบัติต่อสตรี” นั้นได้ครอบคลุมถึงความรุนแรงที่สตรีถูกกระทำหรือถูกทำร้าย หรือทำให้เจ็บปวดในทางร่างกาย จิตใจหรือทางเพศ ดังนั้นอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) จึงได้กำหนดให้ความคุ้มครองสตรีในรูปแบบต่างๆ เช่น การให้สตรีเลือกคู่สมรสอย่างอิสระและเมื่อนามาวิเคราะห์กับประมวลกฎหมายอาญาของไทย ใน มาตรา 277 วรรคท้าย ที่กำหนดให้ผู้กระทำผิดสมรสกับเด็กผู้เสียหายนั้น หากเป็นกรณีที่เด็กหญิงผู้เสียหายถูกข่มขู่ บีบบังคับให้แต่งงานกับชายผู้กระทำ เพื่อให้ชายได้พ้นจากการต้องรับโทษในความผิดฐานกระทำชำเรา การกำหนดของอนุสัญญาดังกล่าวจึงเป็นการรับรองได้ว่าเด็กหญิงที่เป็นผู้เสียหายเหล่านั้นสามารถที่จะปฏิเสธการสมรสได้ เนื่องจากตนมีสิทธิที่จะเลือกคู่สมรสได้อย่างอิสระ ปราศจากการถูกคุกคามหรือข่มขู่ หรือในกรณีที่อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) ได้กำหนดให้การรับหมั้นและการแต่งงานของเด็กจะไม่มีผลทางกฎหมาย ดังนั้นตาม มาตรา 277 วรรคท้าย ที่กำหนดให้เด็กผู้เสียหายสมรสกับผู้กระทำผิดตามอนุสัญญานับนี้ถือว่าการสมรสดังกล่าวจะไม่มีผลทางกฎหมาย

นอกจากข้อกำหนดที่เป็นการคุ้มครองทางเพศแล้ว ในข้อ 10 ตามอนุสัญญานับนี้ ได้กำหนดให้สตรีต้องได้รับสิทธิในด้านการศึกษาอย่างเท่าเทียมกับบุรุษ ส่งผลให้เป็นการเปิดโอกาสในการศึกษาให้กับสตรี ทำให้สตรีมีความรู้มากขึ้น และเพื่อเป็นเกราะป้องกัน

การหลอกลวงจากบุรุษที่ใช้กลอุบายมาหลอกลวงสตรีอีกด้วย จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้ทำให้ความคุ้มครองสตรีและเด็กได้อย่างเหมาะสม โดยเล็งเห็นถึงความเสมอภาค ความเท่าเทียมกันระหว่างบุรุษกับสตรีโดยบุรุษจะมาเอาเปรียบสตรีมิได้

ในการคุ้มครองเด็กนั้นต่างประเทศได้ให้ความสนใจกันมาตั้งแต่สมัยโบราณกาล โดยเล็งเห็นว่าปัญหาสิทธิเด็กนั้นเกิดขึ้นทั่วโลก ดังนั้นการจะให้ความคุ้มครองเด็กได้อย่างทั่วถึงในทุกๆ ประเทศจึงต้องทำในรูปแบบของข้อตกลงระหว่างประเทศ หรือในรูปของอนุสัญญา โดยส่งเสริมให้มีการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพสำหรับเด็กทุกคน ด้วยเหตุนี้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจึงเกิดขึ้น ซึ่งได้กำหนดอายุของเด็กไว้ในมาตรา 1 คือ เด็ก หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี และเด็กทุกคนจะได้รับการเคารพและประกันสิทธิต่างๆ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าชนชาติใดๆ โดยไม่คำนึงถึง เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางชาติ ชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิด หรือสถานะของเด็ก เป็นต้น ทั้งนี้องค์กรหรือหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรกในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก ซึ่งเป็นสิทธิประโยชน์ของเด็กทั้งปวงที่พึงมีพึงได้ในฐานะที่เกิดมาและมีชีวิตอยู่รอด ทั้งนี้เพื่อก่อให้เกิดความผาสุกแก่ เด็กในการใช้ชีวิตในสังคม และสวัสดิภาพของตัวเด็ก

สิทธิเด็กที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กบัญญัติไว้แบ่งได้ 4 ประเภทใหญ่ๆ ดังนี้<sup>65</sup>

1) สิทธิในการดำรงชีวิต (Survival Rights) หรือสิทธิพื้นฐานต่างๆ ไปของเด็ก เช่นสิทธิในการมีชีวิตอยู่ สิทธิที่จะได้รับมาตรฐานสาธารณสุข สิทธิที่จะได้ประโยชน์จากการประกันสังคม สิทธิที่จะมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดีพอ สิทธิในการมีชื่อและสัญชาติ เป็นต้น

2) สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Protection Rights) จากการถูกเอาเปรียบทางเพศ หรือถูกทำร้ายรังแกทางเพศ จากการถูกเอาเปรียบทางเศรษฐกิจ หรือจากการทำงานใดๆ ที่จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพ หรือการพัฒนาทางร่างกาย สมอง จิตใจ ศิลธรรม และสังคมของเด็ก จากการถูกใช้อย่างเอาเปรียบไม่ว่าในลักษณะใด จากการถูกทรมานหรือลงโทษหรือการกระทำในลักษณะที่โหดร้าย จากการเข้าไปมีส่วนร่วมในสงคราม ตลอดจนการปกป้องคุ้มครองเด็กที่มีชีวิตอยู่ในภาวะที่ยากลำบาก เช่น เด็กพิกار เด็กผู้ลี้ภัย เด็กกำพร้า เป็นต้น

3) สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา (Development Rights) เช่น สิทธิเด็กที่จะได้รับการศึกษา สิทธิที่จะได้รับการพักผ่อนหย่อนใจ และการทำกิจกรรมต่างๆ เป็นต้น

<sup>65</sup> กมลินทร์ พินิจภูวดล. เล่มเดิม. หน้าเดิม.

4) สิทธิในการมีส่วนร่วม (Participation Rights) เช่น สิทธิในการแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรีในทุกๆ เรื่องที่มีผลกระทบต่อตนเอง สิทธิในการแสดงออก และการแสวงหา ได้รับหรือถ่ายทอดข้อมูลข่าวสาร สิทธิในการสมาคม และชุมนุมอย่างสงบ สิทธิทางความคิด มโนธรรมและศาสนา เป็นต้น

ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก รัฐสมาชิกได้ยอมรับเหตุผลของความจำเป็นในการพัฒนาร่างกายและจิตใจของเด็ก โดยเด็กต้องได้รับความช่วยเหลือและการดูแลเป็นพิเศษในด้านสุขภาพ การพัฒนาทางร่างกาย จิตใจ สมอง สังคม และที่สำคัญก็คือ อนุสัญญาดังกล่าวจะเป็นแม่บทในการตรากฎหมายในเรื่องการคุ้มครองและรับรองสิทธิทางเพศของเด็กในแต่ละประเทศ เพื่อคุ้มครองเด็กต่อการถูกแสวงหาประโยชน์ทางเพศในทุกรูปแบบรวมถึงการคุ้มครอง ป้องกันเด็กจากการถูกข่มขืนอีกด้วย จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้เล็งเห็นถึงปัญหาที่เกิดขึ้นกับเด็ก จึงต้องการให้รัฐสมาชิกออกกฎหมายในแต่ละรัฐให้มีความชัดเจนและให้ได้ผลดีที่สุด เพื่อคุ้มครองเด็กที่จะเป็นอนาคตของชาติต่อไป ส่วนการให้ความคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศนั้น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดเป็นแนวทางป้องกันมิให้เด็กถูกชักจูง หรือถูกบีบบังคับให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ หรือป้องกันเด็กจากการถูกค้าประเวณีและรวมถึงการป้องกันเด็กจากการแสดงลามกอนาจาร นอกจากนี้รัฐภาคีได้ตกลงคุ้มครองเด็กให้ได้รับการศึกษา เล่าเรียนเพื่อพัฒนาการด้านบุคลิกภาพ ร่างกาย จิตใจ และด้านสมอง ซึ่งจะส่งผลถึงการมีมนุษยสัมพันธ์ที่ดี มีความรับผิดชอบต่อตนเอง สังคม ทั้งนี้เพื่อเด็กจะได้เติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณภาพของประเทศ และเมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับการคุ้มครองทางเพศของเด็กพบว่ากฎหมายมิได้กำหนดแนวทางป้องกันมิให้เด็กถูกชักจูง หรือถูกบีบบังคับ ให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย ที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดอายุไม่เกิน 18 ปี และผู้เสียหายอายุระหว่าง 13-15 ปี สมรสกันหากผู้เสียหายยินยอมให้ผู้กระทำความผิดกระทำชำเรา กรณีดังกล่าวผู้ศึกษาเห็นว่า หากเด็กทั้งสองฝ่ายสมรสกันแล้วจะมีผลเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศต่อไป

#### 4.5.2 วิเคราะห์ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายต่างประเทศ

ในสังคมตะวันตกสมัยก่อนนั้นมองความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดต่อผู้ที่ป็นหัวหน้าครอบครัวหรือเป็นความผิดเพราะเป็นการพรากพรหมจรรย์ไปจากหญิง สังคมมองว่าการข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่เป็นพรหมจรรย์เป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงกว่าการข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่ไม่เป็นพรหมจรรย์ กฎหมายของบางประเทศถึงกับกำหนดว่าการข่มขืนกระทำชำเราหญิงโสเภณี หรือหญิงที่ไม่เป็นพรหมจรรย์นั้น ไม่เป็นความผิดอาญา อันเนื่องมาจากการที่พรหมจรรย์ของหญิงเหล่านั้นไม่อาจถูกทำให้เสียหายได้อีก และที่ยิ่งไปกว่านั้นบางประเทศถึงกับกำหนดว่า

ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์นั้นไม่เป็นข้อแก้ตัวให้พ้นความรับผิดชอบ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ในศตวรรษที่ 17 การแต่งงานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ปกครองถือเป็นความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเรา บทลงโทษก็คือการจำคุกปรับให้แก่บิดาหรือสามี ทั้งนี้เนื่องจากสังคมมองว่าการกระทำเช่นนี้คือการทำให้เสียหายซึ่งทรัพย์สินของบิดาหรือสามี เหล่านี้สะท้อนให้เห็นว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในอดีตกาลนั้นมีได้ให้ความสำคัญต่อหญิงที่ตกเป็นเหยื่อจากการถูกข่มขืนกระทำชำเราแต่ประการใด<sup>66</sup>

ตั้งแต่ปี 1970 ได้เกิดการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดในการคุ้มครองผู้เสียหายจากการข่มขืนกระทำชำเรา โดยเห็นว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อความยินยอมของผู้อื่น และทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บเป็นอันตรายต่อร่างกายและจิตใจ เป็นการกระทำที่ประทุษร้ายต่อร่างกาย เรียกว่าเป็นการทำร้ายที่ผิดศีลธรรมจรรยา (Indecent Assault) ต่อมาได้ถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual offence) เนื่องจากแนวความคิดที่ว่า การบาดเจ็บของร่างกายไม่มีความสำคัญเท่ากับเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของหญิง (Autonomy of woman) โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่สามารถที่จะจำกัดขอบเขตเฉพาะความเสียหายทางกายภาพและทางจิตใจเท่านั้น แต่ยังมีผลให้เสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้เสียหายอีกสถานหนึ่งด้วย<sup>67</sup>

### 1) ประเทศฝรั่งเศส

ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ในมาตรา 222-23 ซึ่งกำหนดให้การกระทำใดๆ ที่เป็นการล่วงล้ำในทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในลักษณะใด หรือจะเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยความรุนแรง โดยการบังคับ ข่มขู่ หรือทำให้ตื่นตกใจก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว นอกจากนี้ได้กำหนดโทษจำคุกขั้นต่ำไว้ที่ 15 ปี และหากกระทำต่อผู้เยาว์อายุไม่เกิน 15 ปี กฎหมายกำหนดโทษจำคุกไว้ 20 ปี

จะเห็นได้ว่าการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศฝรั่งเศสนี้เป็นการบัญญัติลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเราที่กว้างมาก แต่ในการกำหนดอายุของเด็กผู้ถูกระทำได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนที่อายุไม่เกิน 15 ปี และกำหนดให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้นหากกระทำต่อเด็ก โดยไม่ปรากฏว่ามีเหตุยกเว้นโทษ หรือเหตุผลโทษให้แก่ผู้กระทำผิดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นการบัญญัติกฎหมายที่เด็ดขาดและสามารถคุ้มครองผู้เสียหายได้อย่างแท้จริง

<sup>66</sup> ปริณดา เวทพิสัย. (2551). ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณีผู้ถูกระทำ. หน้า 18.

<sup>67</sup> ประสิทธิ์ พัฒนอมร. เล่มเดิม. หน้า 5.

## 2) ประเทศเยอรมัน

ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ฉบับปี ค.ศ. 1998 (Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB) 1998) ได้บัญญัติให้การคุ้มครองเด็กต่อการถูกล่วงละเมิดทางเพศไว้ โดยละเอียดกว่ากฎหมายอาญาของประเทศอื่นๆ โดยมุ่งคุ้มครองทั้งเด็กหญิงและเด็กชาย โดยองค์ประกอบของความผิดฐานกระทำชำเราานั้นต้องมีการกระทำชำเราหญิง หรือเป็นการข่มขืนใจ เพื่อให้กระทำกับบุคคลอื่น การข่มขืนใจนี้อาจกระทำโดยการใช้อำนาจประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้อำนาจประทุษร้ายให้ได้รับอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกาย ซึ่งเป็นการกระทำที่หญิงมิได้ยินยอม ในขณะที่เดียวกันผู้กระทำจะต้องรู้ว่าหญิงนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมในการกระทำความผิดดังกล่าว และผู้กระทำต้องรู้ด้วยว่าได้กระทำชำเรากับหญิงที่มีโชภรรยาตนเอง ส่วนอายุของเด็กที่กฎหมายให้ความคุ้มครองคือ เด็กอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี

จะเห็นได้ว่าการบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศในความผิดฐานกระทำชำเรา นั้นได้กำหนดถึงลักษณะของการกระทำผิดอย่างชัดเจน ทำให้สามารถแยกแยะการกระทำผิดได้อย่างชัดเจน นอกจากนี้ในบทบัญญัติที่เป็นการคุ้มครองทางเพศต่อเด็กก็ได้กำหนดอายุที่ชัดเจน และเป็นการให้ความคุ้มครองเด็กแม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอมผู้กระทำผิดก็ต้องรับโทษ และที่สำคัญก็คือ ในกฎหมายต่างประเทศไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากต่างประเทศมองว่าความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่มีความรุนแรงต่อสังคม มีผลกระทบต่อผู้เสียหายเป็นอย่างมาก ทั้งในด้านร่างกาย สุขภาพ อนามัย และจิตใจ รวมถึงการดำเนินชีวิตต่อไปในสังคมของผู้เสียหายที่จะต้องถูกสังคมมองว่าไร้ค่า ดังนั้นผู้กระทำผิดจึงสมควรที่จะได้รับการลงโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้และไม่สมควรที่จะได้รับการยกเว้นโทษ

## 3) ประเทศอังกฤษ

ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ได้กำหนดลักษณะการล่วงละเมิดไว้ 4 แบบ คือ

- (1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา
- (2) ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่
- (3) ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่
- (4) ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม

โดยผลจากการกระทำผิดในแต่ละลักษณะจะมีโทษหนักเบาแตกต่างกันออกไปตามลักษณะของความรุนแรงของการกระทำ นอกจากนี้ในทุกฐานความผิดได้กำหนดให้ความคุ้มครองทางเพศต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 13 ปี ไว้อีกด้วย โดยประเทศอังกฤษมองว่าเด็กที่อายุต่ำกว่า 13 ปี ยังอ่อนวัยและไร้เดียงสาในเรื่องประเวณี ไม่สามารถรับรู้ได้ว่าการกระทำอย่างไรเป็นการ

ร่วมประเวณี และแม่เด็กจะยินยอมให้ผู้อื่นสอดใส่อวัยวะเพศเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของตน กฎหมายก็ลงโทษผู้กระทำผิดอยู่ดี เพราะเหตุผลที่ว่าเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ไม่อยู่ในฐานะที่จะให้ความยินยอมได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่งความบริสุทธิ์ทางเพศและความไว้เคียงสาในทางเพศของเด็ก โดยกฎหมายต้องการให้เด็กเจริญเติบโตมีพัฒนาการที่ดี จึงไม่สมควรที่จะสูญเสียความบริสุทธิ์ทางเพศหรือมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันควร

ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ผู้กระทำความผิดจะเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง ตามลักษณะความผิดที่ได้กำหนดไว้ดังนี้

(1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำผิดจะเป็นได้แต่เพศชายเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “เจตนาสอดใส่อวัยวะเพศของเขาเข้าไปใน...” ดังนั้นจึงเป็นไปได้เฉพาะอวัยวะเพศชายเท่านั้น ส่วนผู้ถูกกระทำจะเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง

(2) ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ผู้กระทำผิดสามารถเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง และอาจเป็นการกระทำระหว่างต่างเพศกันหรือเพศเดียวกันก็ได้ เนื่องจากการกระทำที่ใช้อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนัก

(3) ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ ผู้กระทำผิดเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง เพราะแค่เพียงการสัมผัสเท่านั้น

(4) ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม ผู้กระทำผิดสามารถเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง เพราะแค่เพียงการพูดเชื้อเชิญก็ถือเป็นความผิดฐานนี้แล้ว

จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติลักษณะการกระทำความผิดได้อย่างชัดเจน และถ้าได้กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ผู้กระทำต้องรับโทษแม่เด็กนั้นให้ความยินยอม เนื่องจากกฎหมายพิจารณาว่า เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ยังมีความไว้เคียงสาเกี่ยวกับกิจกรรมทางเพศ ดังนั้นกฎหมายจึงมุ่งป้องกันไม่ให้ผู้ใดอาศัยความอ่อนเยาว์ของเด็กทำการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก นอกจากนี้กฎหมายดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการยกเว้นโทษให้ผู้กระทำความผิดในความคิดเกี่ยวกับเพศอีกด้วย

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายต่างประเทศได้บัญญัติลักษณะการกระทำความผิดไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะกฎหมายของประเทศอังกฤษซึ่งได้บัญญัติลักษณะการล่วงละเมิดทางเพศไว้ 4 แบบ และผลจากการกระทำความผิดในแต่ละลักษณะจะมีโทษหนักเบาแตกต่างกันออกไปตามลักษณะความรุนแรงของการกระทำ ซึ่งจากการศึกษาพบว่ากฎหมายต่างประเทศในความคิดเกี่ยวกับเพศได้ให้ความคุ้มครองผู้เสียหายอย่างเด็ดขาด โดยไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติเหตุ



ยกเว้นโทษหรือบรรเทาโทษให้กับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ไม่ว่าผู้เสียหายจะเป็นเด็ก หรือเป็นผู้ใหญ่ก็ตาม ซึ่งต่างประเทศมองว่าความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่มีความรุนแรงต่อสังคม มีผลกระทบต่อผู้เสียหายเป็นอย่างมาก ทั้งในด้านร่างกาย สุขภาพ อนามัย และจิตใจ ดังนั้นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงสมควรที่จะได้รับการลงโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้รับการยกเว้นโทษหากปรากฏว่าผู้กระทำความผิดอายุไม่เกิน 18 ปี ผู้เสียหายอายุระหว่าง 13-15 ปี และผู้เสียหายให้ความยินยอม โดยศาลจะอนุญาตให้ทั้งคู่สมรสกัน ผู้กระทำความผิดก็จะไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานนี้อีกต่อไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย

#### 4.6 อำนาจการใช้ดุลพินิจตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553

หลักการดำเนินคดีอาญามีอยู่ 2 หลัก คือ หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย (Legality Principle) และหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ (Opportunity Principle) ซึ่งก็คือการที่พนักงานอัยการพิจารณาพยานหลักฐานการสอบสวนแล้วมีเหตุควรเชื่อว่า ผู้ต้องหากระทำความผิดและเมื่อคำนึงถึงผลได้ผลเสียที่สังคมจะได้รับจากการฟ้องคดีและคำนึงถึงผลร้ายที่แก่ผู้กระทำความผิดเนื่องจากการฟ้องคดีแล้ว ไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำผิดของเขา รวมทั้งเหตุผลอื่นๆ ที่สมควรพนักงานอัยการก็อาจใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาได้เสมอ และเมื่อฟ้องคดีไปแล้วหากมีเหตุผลสมควรก็อาจยุติได้ด้วยการถอนฟ้องตามหลักการฟ้องคดีตามดุลพินิจนี้ ซึ่งหลักการดำเนินคดีตามดุลพินิจมีข้อดีที่ทำให้พนักงานอัยการสามารถใช้ดุลพินิจอย่างยืดหยุ่น ปรับเข้ากับความเปลี่ยนแปลงทางสังคมได้เป็นอย่างดี

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติให้องค์กรอัยการเป็นองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ และพนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยเที่ยงธรรม โดย มาตรา 255 วรรค 5 ได้บัญญัติให้องค์กรอัยการมีหน่วยธุรการที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น โดยมีอัยการสูงสุดเป็นผู้บังคับบัญชา ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ จึงจำเป็นต้องกำหนดให้มีองค์กรอัยการ และให้สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นหน่วยธุรการขององค์กรอัยการตามรัฐธรรมนูญ โดยมีอัยการสูงสุดเป็นผู้บังคับบัญชา เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว ประกอบกับพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498 ได้ใช้บังคับมานานแล้ว สมควรปรับปรุงเสียใหม่ให้เป็นปัจจุบัน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ขึ้น ซึ่งได้กำหนดหน้าที่ของพนักงานอัยการให้ครอบคลุมถึงอำนาจหน้าที่ในด้านต่างๆ ของพนักงานอัยการในปัจจุบัน และให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งนี้ได้กำหนดหลักการ

ให้ดุลพินิจในการสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มีมาตราที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการสั่งฟ้องคดี ดังนี้

มาตรา 21 บัญญัติว่า “พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายโดยสุจริตและเที่ยงธรรม

ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีอาญาจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ ให้เสนอต่ออัยการสูงสุด และอัยการสูงสุดมีอำนาจสั่งไม่ฟ้องได้ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่สำนักงานอัยการสูงสุดกำหนด โดยความเห็นชอบของ ก.อ.<sup>68</sup>

ให้นำความในวรรคสองมาใช้บังคับกับกรณีที่พนักงานอัยการไม่ยื่นคำร้อง ไม่อุทธรณ์ ไม่ฎีกาถอนฟ้อง ถอนคำร้อง ถอนอุทธรณ์ และถอนฎีกาค้างโดยอนุโลม”

มาตรา 22 “ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ตาม มาตรา 21 ซึ่งได้แสดงเหตุผลอันสมควรประกอบแล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครอง

ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุด ว่าด้วยการสั่งคดีอาญาที่จะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ พ.ศ. 2554 กำหนดให้พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีอาญาจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ ให้เสนอต่ออัยการสูงสุด และอัยการสูงสุดมีอำนาจสั่งไม่ฟ้องได้ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่สำนักงานอัยการสูงสุดกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการอัยการอาศัยอำนาจตามความใน มาตรา 21 วรรคสอง และวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 สำนักงานอัยการสูงสุด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการอัยการจึงออกระเบียบนี้ มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการสั่งฟ้องคดี ดังนี้

ข้อ 5 ในการพิจารณาสั่งคดีอาญาของพนักงานอัยการ ถ้าพนักงานอัยการคนหนึ่งคนใดเห็นว่า การฟ้องคดีอาญาจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน ตามข้อ 6 หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ ตามข้อ 7 ให้เสนอ

<sup>68</sup> พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้ ก.อ. หมายความว่า คณะกรรมการอัยการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ.

ความเห็นต่อหัวหน้าพนักงานอัยการ หากหัวหน้าพนักงานอัยการเห็นฟ้องด้วย หรือในกรณีที่หัวหน้าพนักงานอัยการเห็นเอง ให้ทำความเห็นตามลำดับชั้นเสนอต่ออัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาสั่งในกรณีที่หัวหน้าพนักงานอัยการไม่เห็นฟ้องด้วยความเห็นของพนักงานอัยการตามวรรคหนึ่ง หรือคิดจะขาดอายุความ หรือมีเหตุอย่างอื่นอันจำเป็นจะต้องรีบฟ้อง ให้หัวหน้าพนักงานอัยการสั่งฟ้องและยื่นฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล แล้วเสนอเรื่องตามลำดับชั้นต่ออัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาสั่ง

ข้อ 6 ในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนตามข้อ 5 ให้พนักงานอัยการพิจารณาโดยแสดงเหตุผลอันสมควรประกอบ โดยให้คำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้ด้วย

- (1) สาเหตุหรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิด
- (2) อายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญญา การศึกษาอบรม สภาพร่างกาย สภาพจิต อาชีพ ฐานะ ความสัมพันธ์ทางครอบครัว และประวัติการกระทำความผิดของผู้ต้องหา
- (3) ลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิด ผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิด การได้รับผลร้ายของผู้ต้องหาอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของผู้ต้องหาเอง
- (4) ความสำนึกผิดของผู้ต้องหา การได้รับการบรรเทาผลร้ายของผู้เสียหาย ความเห็นของผู้เสียหายต่อการฟ้องผู้ต้องหา ความคาดหมายถึงผลที่ผู้ต้องหาจะได้รับจากการถูกฟ้อง
- (5) ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
- (6) ประโยชน์ของรัฐที่จะได้จากการฟ้องผู้ต้องหา

ข้อ 7 ในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศตามข้อ 5 ให้พนักงานอัยการพิจารณาโดยแสดงเหตุผลอันสมควรประกอบ โดยให้คำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้ด้วย

- (1) สาเหตุหรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิด ลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิด ผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิด
- (2) เหตุผลตามความเห็นของกระทรวงการต่างประเทศถึงผลกระทบต่อนโยบายส่งเสริมความสัมพันธ์ไมตรีกับนานาประเทศ
- (3) เหตุผลตามความเห็นของสภาความมั่นคงแห่งชาติถึงผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ
- (4) เหตุผลตามความเห็นของรัฐบาลโดยมติคณะรัฐมนตรีถึงผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ

(5) ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือความสามัคคีของคนในชาติ

ข้อ 8 ในการใช้ดุลพินิจพิจารณาปัจจัยต่างๆ ตามข้อ 6 และข้อ 7 นั้น ให้พนักงานอัยการพิจารณาความสำคัญของปัจจัยแต่ละเรื่องประกอบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แวดล้อมตามรูปคดี โดยไม่จำเป็นต้องนำทุกปัจจัยมาประกอบการพิจารณาก็ได้

ข้อ 9 ถ้าอัยการสูงสุดเห็นว่า การฟ้องคดีอาญาใดจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ อัยการสูงสุดมีอำนาจสั่งไม่ฟ้องหรือถอนฟ้อง แล้วแต่กรณี

ข้อ 10 เมื่ออัยการสูงสุดมีคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาแล้ว ให้หัวหน้าพนักงานอัยการแจ้งคำสั่งไม่ฟ้องพร้อมเหตุผลในการวินิจฉัยสั่งคดีให้พนักงานสอบสวนทราบ

การใช้ดุลพินิจในการสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการนี้พนักงานอัยการอาจใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีต่างๆ ที่เห็นว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดตามที่กล่าวหาและคดีมีหลักฐานเพียงพอได้ ทั้งนี้ได้มีการชี้ขาดความเห็นแย้งกรณีดังกล่าวโดยอธิบดีกรมอัยการหรืออัยการสูงสุดมาแล้วหลายเรื่องว่าทำได้ อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการนั้นใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ

พนักงานอัยการมีบทบาทในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อความยุติธรรมและสันติสุขของสังคมส่วนรวม โดยพนักงานอัยการมีหน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาทั้งปวง ดำเนินคดีแพ่ง และให้คำปรึกษาด้านกฎหมายแก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ ตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการ พนักงานอัยการจะพิจารณารวบรวมข้อมูลอรรถคดี และวินิจฉัยสั่งคดีทั้งปวง ดำเนินคดีอาญาทางศาล และดำเนินอรรถคดี ตามอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการ ในฐานะทนายแผ่นดิน การใช้ดุลพินิจในการฟ้องคดีของพนักงานอัยการนอกจากพิจารณาพยานหลักฐานแล้ว ต้องพิจารณาด้วยว่าการฟ้องคดีดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะหรือไม่ หากเห็นว่าไม่เป็นประโยชน์สาธารณะแล้ว พนักงานอัยการควรใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีดังกล่าว

สำหรับการใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีโดยคำนึงถึงหลักประโยชน์สาธารณะนั้น การวินิจฉัยสั่งคดีของพนักงานอัยการนอกจากจะต้องพิจารณาข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงทุกด้านจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในคดีอย่างรอบคอบด้วยความรวดเร็วแล้ว สำนักงานอัยการสูงสุดยังได้มีนโยบายเรื่องของการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะด้วย แต่การที่พิจารณาว่าเป็นนโยบายเพื่อประโยชน์สาธารณะของประชาชนหรือไม่นั้นเป็นเรื่องที่ลึกซึ้งและละเอียดอ่อนมาเพราะปัญหาเรื่องประโยชน์สาธารณะเป็นเรื่องเกี่ยวกับความรู้สึกของบุคคลและปัจจัยหลายประการ การจะให้

คำจำกัดความคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” นั้น ย่อมทำไม่ได้และยากที่จะอธิบาย เพราะเป็นนามธรรม แปรผันไปตามสถานการณ์และกาลเวลา

“ประโยชน์”<sup>69</sup> เป็นคำนาม แปลว่า สิ่งที่มีผลใช้ได้ดีสมกับที่คิดมุ่งหมายไว้หรือเป็นสิ่งที่ เป็นผลดีหรือเป็นคุณ

“สาธารณ หรือสาธารณะ”<sup>70</sup> เป็นคำวิเศษณ์ แปลว่า เพื่อประชาชนทั่วไป

ดังนั้นคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” มีความหมายตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ว่า “สิ่งที่เป็นผลดีหรือเป็นคุณกับประชาชนทั่วไป”

ในการสั่งไม่ฟ้องคดีโดยพิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะ อาจสรุปได้ว่า คือการไม่ฟ้องคดีเพราะเห็นว่า การฟ้องคดีจะไม่อำนวยประโยชน์ต่อสังคม เพราะคดีบางประเภทกระบวนการยุติธรรมที่มีอยู่ไม่สามารถที่จะเข้าไปช่วยแก้ไข เช่น คดีความผิดโดยประมาท ความผิดระหว่างสมาชิกในครอบครัว ความผิดที่กระทำโดยเยาวชน ความผิดที่มีโทษเพียงเล็กน้อย เป็นต้น หากมีการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างเหมาะสม และผู้เสียหายไม่ติดใจเอาความ การลงโทษผู้กระทำผิดโดยกลไกทางอาญาที่เป็นอยู่อาจไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้กระทำผิด ผู้เสียหาย และส่วนรวม การสั่งไม่ฟ้องจึงไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน

ทั้งนี้การใช้ดุลพินิจต้องไม่เป็นไปตามอำเภอใจ จะต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ในกรอบของความยุติธรรม ต้องเป็นการใช้ดุลพินิจที่โปร่งใส ศาลสูงสามารถตรวจสอบได้ การใช้ดุลพินิจในแต่ละครั้งต้องให้เหตุผลอย่างเพียงพอและชัดเจน การใช้ดุลพินิจโดยไม่ให้เหตุผลนั้นจะเป็นการทำลายระบบที่ต้องการจะวางกรอบกฎเกณฑ์ เงื่อนไขของระบบการใช้ดุลพินิจทั้งหมด เพราะหากไม่ให้เหตุผลไว้ อาจตรวจสอบไม่ได้ว่าดุลพินิจนั้นผิดหรือไม่ หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยหวังประโยชน์ส่วนตัว หรือเพื่อประโยชน์ส่วนรวม หรือเป็นการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ หรือมีเหตุผลพอเหมาะพอควรแก่กรณีหรือไม่

การสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการไม่ว่าด้วยสาเหตุใดย่อมส่งผลสำคัญติดตามมากมาย การสั่งฟ้องคดีของพนักงานอัยการเป็นการตัดสินใจแทนฝ่ายบริหารว่าผู้ต้องหา นั้นสมควรถูกลงโทษเมื่อบุคคลนั้นต้องตกเป็นจำเลยจนกว่าการดำเนินคดีจะถึงที่สุด การสั่งไม่ฟ้องคดีจะทำให้บุคคลที่ถูกกล่าวหาหลุดพ้นจากการถูกฟ้องคดีอาญา ด้วยความสำคัญของดุลพินิจของพนักงานอัยการดังกล่าวการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการจึงเป็นเรื่องที่มีความจำเป็น แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาโดยรอบคอบ เพราะในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการซึ่งเป็นเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมย่อมมีสถานะเป็น “กึ่งตุลาการ”

<sup>69</sup> ราชบัณฑิตยสถาน. (2525). พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525. หน้า 799.

<sup>70</sup> แหล่งเดิม.

(Quasi-Judicial) การปล่อยให้มีการควบคุมจนปราศจากความเป็นอิสระอาจก่อให้เกิดผลเสียหายตามมา และหากปล่อยให้มีการใช้ดุลพินิจโดยปราศจากการควบคุมก็จะทำให้เกิดการใช้อำนาจโดยไม่ชอบตามมาเช่นกัน ทั้งนี้การควบคุมการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจคงเป็นที่ยอมรับว่ากระบวนการในการดำเนินคดีอาญาทุกชั้นตอนตามปกติต้องสามารถควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจได้ เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบจากบุคคลในองค์กรในการดำเนินคดีอาญาของรัฐ

ปัจจุบันได้มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ตาม มาตรา 21 วรรค 2 โดยในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นว่า การฟ้องคดีอาญาจะไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ ให้เสนอต่ออัยการสูงสุดและอัยการสูงสุดมีอำนาจสั่งไม่ฟ้องได้ ซึ่งคำสั่งของอัยการสูงสุดดังกล่าวนี้ไม่ต้องส่งสำนวนไปยังผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ว่าราชการจังหวัด เพื่อพิจารณาว่าจะเห็นด้วยหรือแย้งกับคำสั่งหรือไม่ เนื่องจากคำสั่งไม่ฟ้องของอัยการสูงสุดเด็ดขาดทำให้การพิจารณาไม่ช้าช้อนและรวดเร็วยิ่งขึ้น เพราะหากให้มีการตรวจสอบอีกครั้งในทุกคดีจะเป็นการสร้างงานให้เกิดความช้าช้อน ทำให้การทำงานของพนักงานอัยการล่าช้า ไม่ทันต่อการอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่ประชาชน

พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ตาม มาตรา 21 ได้ให้อำนาจสั่งคดีโดยใช้ดุลพินิจแก่พนักงานอัยการ ซึ่งการใช้ดุลพินิจดังกล่าวเป็นเรื่องที่สำคัญอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหา ทั้งคำสั่งของอัยการสูงสุดดังกล่าวนี้ไม่ต้องส่งสำนวนไปยังผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ว่าราชการจังหวัด เพื่อพิจารณาว่าจะเห็นด้วยหรือแย้งกับคำสั่งหรือไม่ เนื่องจากคำสั่งไม่ฟ้องของอัยการสูงสุดเด็ดขาดทันที

ในฐานะที่พนักงานอัยการซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่กฎหมายรัฐฝ่ายบริหาร มีหน้าที่เป็นผู้คุ้มครองส่วนได้เสียของสังคม และเป็นจักรกลสำคัญในกระบวนการยุติธรรม ในการสั่งคดีจึงไม่เพียงพิจารณาในปัญหาข้อเท็จจริง ปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น แต่ยังจำเป็นต้องพิจารณาถึงการอำนวยความสะดวกต่อสังคมด้วย กล่าวคือ หากการฟ้องคดีนั้นๆ ไม่เป็นประโยชน์ต่อสังคม หรือมีแต่จะทำให้สังคมเสียหายก็ไม่ควรฟ้อง รวมทั้งการสั่งคดีพนักงานอัยการยังต้องคำนึงถึงเหตุผลทางอาชญาวิทยา กล่าวคือ การที่ผู้ต้องหาได้กระทำผิดไปด้วยสาเหตุบางประการมิใช่เพราะมีจิตใจชั่วร้าย การฟ้องคดีนอกจากจะไม่ได้ผลในทางป้องกันปราบปรามอาชญากรรมแล้ว ยังเป็นผลร้ายแก่ชีวิตของผู้กระทำผิดมากเกินไป ซึ่งไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำผิดก็ไม่สมควรฟ้อง การใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาจึงมีเจตนารมณ์ที่จะแก้ไขปัญหาสังคมโดยหวังว่าจะสามารถแก้ไขผู้กระทำผิดให้กลับกลายเป็นคนดี และเป็นไปตามปรัชญาที่ว่า การให้ความยุติธรรมที่แท้จริงนั้นสามารถที่จะให้ได้ในทุกชั้นตอนของกระบวนการยุติธรรม

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

ปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราเด็กเป็นปัญหาที่มีความละเอียดและซับซ้อนเป็นอย่างมาก ทั้งในส่วนของกรร่างกฎหมาย กฎหมายและบทกำหนดโทษ จะต้องกำหนดให้มากขึ้นเพียงใด จึงจะเหมาะสมและสามารถคุ้มครองเด็กจากปัญหาดังกล่าวได้จริง อีกทั้งยังต้องมีมาตรการในการฟื้นฟูแก้ไขสภาพจิตใจของผู้เสียหายที่เป็นเด็ก และยังจำต้องหามาตรการป้องกันมิให้ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นอีก ซึ่งโดยปกติมนุษย์อยู่ร่วมกันนั้นย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายของสังคมที่เรียกว่ากฎหมาย ดังนั้นตัวบทกฎหมายจึงมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการที่จะชี้แนะทางการปฏิบัติและป้องกันการก่ออาชญากรรม รวมทั้งมาตรการต่างๆ ที่ส่งเสริมให้ผู้กระทำผิดกลับใจประพฤติดี แต่เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบันแล้วพบว่า กฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศนั้นไม่สามารถให้การคุ้มครองเด็กได้เป็นอย่างดี ทั้งๆ ที่ประเทศไทยก็เป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ให้การคุ้มครองเด็กต่อการแสวงหาประโยชน์ทางเพศทุกรูปแบบ รวมทั้งการข่มขืนเด็กซึ่งรัฐภาคีต้องใช้มาตรการต่างๆ ที่จำเป็นในแผนงานของชาติเพื่อขัดขวางการกระทำดังกล่าว จากการศึกษาสรุปได้ดังนี้

1) ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีบทบัญญัติที่คุ้มครองเด็กต่อการถูกล่วงละเมิดทางเพศใน มาตรา 277 คือคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี มิให้ถูกล่วงละเมิดทางเพศแม้ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ผู้กระทำต้องรับผิดเสมอ มาตรานี้จะคุ้มครองทั้งเด็กชายและเด็กหญิงซึ่งมีความเหมาะสมกับสภาพการณ์ปัจจุบันเนื่องจากเด็กชายและเด็กหญิงยังมีความอ่อนแอ ขาดประสบการณ์ จึงมักจะถูกล่วงละเมิดให้เป็นเหยื่อในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่เมื่อพิจารณาต่อไปในวรรคท้ายซึ่งได้บัญญัติเหตุยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำผิดที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี ที่กระทำต่อเด็กอายุระหว่าง 13-15 ปี โดยศาลอนุญาตให้ผู้กระทำผิดและเด็กผู้เสียหายสมรสกัน หากเด็กยินยอมให้กระทำชำเรา ซึ่งในวรรคท้ายได้เปิดโอกาสให้เด็กอายุ 13-15 ปี สามารถให้ความยินยอมได้ จึงเป็นการกำหนดอายุในการให้ความยินยอมที่ขัดแย้งกับวรรคแรกที่กำหนดอายุเด็กไว้ 15 ปี และเมื่อพิจารณาเกี่ยวกับการยกเว้นโทษโดยการให้ผู้กระทำผิดกับเด็กผู้เสียหายสมรสกัน ผู้ศึกษาเห็นว่ากรร่างกฎหมายดังกล่าวไม่มีความเหมาะสมอย่างยิ่ง ซึ่งโดยทั่วไปบทบัญญัติในกฎหมายอาญาจะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดอาญาและโทษ สำหรับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง

กับเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนั้นจัดว่าเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้น ทั้งนี้เพราะตามปกติเมื่อการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญาแล้ว “ความสมควรลงโทษ” สำหรับการกระทำนั้นย่อมมีอยู่ในตัวเองในการกระทำนั้น อย่างไรก็ตามในบางกรณี แม้การกระทำจะเป็นความผิดอาญาแต่ก็อาจมีเหตุผลพิเศษที่ยังไม่สมควรลงโทษผู้กระทำความผิดผู้ใดผู้หนึ่งโดยเฉพาะได้ ในกรณีนี้กฎหมายจะบัญญัติยกเว้นโทษเป็นการเฉพาะตัวผู้นั้นไว้ ซึ่งอาจจะเป็นการยกเว้นโทษให้ทั้งหมด หรือยกเว้นโทษให้บางส่วน (ลดโทษ) ก็ได้<sup>1</sup> โดยการยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดในมาตรา 277 วรรคท้ายนั้นมาจากเหตุผลของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 91/2528 วันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2528 ดังนี้คือ หากมีการบัญญัติให้ มาตรา 277 เป็นความผิดเด็ดขาดแล้ว จะส่งผลกระทบต่อประชาชนที่ใช้กฎหมายอิสลามบังคับในเรื่องครอบครัวมรดก โดยกำหนดให้ชายเริ่มมีน้ำอสุจิและหญิงเริ่มมีประจำเดือน ซึ่งปกติจะเป็นช่วงอายุระหว่าง 12-16 ปี สมรสกันได้ ดังนั้น หากการสมรสระหว่างชายและหญิงซึ่งนับถือศาสนาอิสลามและหญิงมีอายุไม่เกิน 15 ปีเช่นนี้ ชายอาจจะมีความผิดได้โดยไม่มีข้อยกเว้น จึงได้กำหนดเหตุยกเว้นโทษขึ้นในมาตราดังกล่าว

ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าการให้เหตุผลในการยกเว้นโทษเพื่อประชาชนชาวมุสลิมใน 4 จังหวัดชายแดนใต้ ได้แก่ จังหวัดสตูล นราธิวาส ยะลา และปัตตานี ที่ใช้กฎหมายอิสลามบังคับใช้นั้นอาจมีผลประโยชน์สำหรับชาวมุสลิม 4 จังหวัดนี้เท่านั้น ซึ่งโดยทั่วไปแล้วกฎหมายจะมีผลบังคับใช้กับทุกคนในประเทศ โดยจะไม่เลือกปฏิบัติ และเมื่อมีบทบัญญัติในการยกเว้นโทษดังกล่าวก็จะมีผลใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดทุกคนในประเทศเสมือนหนึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดอาศัยช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวลงมือกระทำความผิดและกล่าวอ้างว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำชำเราหรือบีบบังคับ ช่มชู้ให้ผู้เสียหายสารภาพว่ายินยอมให้ผู้กระทำความผิดกระทำชำเรา เพื่อศาลจะได้อนุญาตให้ทั้งคู่สมรสกัน และผู้กระทำความผิดก็ไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานนี้ต่อไป และเมื่อทั้งคู่สมรสกันแล้วอาจเกิดปัญหาตามมาอีกมากมาย เช่น ปัญหาการหางานทำเพื่อเลี้ยงครอบครัว เนื่องจากทั้งคู่ยังเด็กและการศึกษายังไม่สูง การหางานทำจึงเป็นสิ่งที่ยากนัก หรือปัญหาการหย่าร้าง เนื่องจากทั้งคู่มิได้สมรสกันด้วยความยินยอมสมัครใจ อีกทั้งผู้กระทำความผิดก็ได้รับการยกเว้นโทษตามที่ตนประสงค์แล้ว จึงไม่มีเหตุผลใดที่จะใช้ชีวิตคู่กับผู้เสียหายอีกต่อไป ดังนั้นจึงเป็นการซ้ำเติมความเจ็บปวดให้แก่ผู้เสียหายมากขึ้น

2) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้ายที่บัญญัติว่า “ความผิดที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำความผิด

<sup>1</sup> คณิศ ฌ นกร ก เล่มเดิม. หน้า 113.



ไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป” ซึ่งบทบัญญัติมิได้กำหนดเพศผู้กระทำผิดและผู้เสียหายไว้แต่อย่างใด ส่งผลให้เพศเดียวกันหากกระทำต่อกันจะไม่ได้รับการยกเว้นโทษ โดยศาลจะไม่อนุญาตให้ทั้งคู่สมรสกัน เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้บุคคลเพศเดียวกันสมรสกันได้ และยังรวมถึงกรณีที่หญิงอายุไม่เกินสิบแปดปีลงมือกระทำชำเราเด็กชายก่อน และอ้างว่าเด็กชายยินยอมหญิงจึงขออนุญาตศาลสมรสกับเด็กชาย กรณีดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขัดกับวัฒนธรรมประเพณีไทยเป็นอย่างมากที่สอนให้หญิงรักษาวงศ์วงศ์ การที่หญิงจะลงมือชำเราชายก่อนนั้นเป็นสิ่งที่สังคมไทยยอมรับไม่ได้ และประเพณีการแต่งงานของไทยจะเป็นฝ่ายชายเท่านั้นที่จะไปสู่ขอฝ่ายหญิง ดังนั้นกรณีดังกล่าวจึงไม่สมควรที่จะเกิดขึ้นในสังคมไทย

3) เมื่อพิจารณาอายุของเด็กหญิงระหว่าง 13-15 ปี แล้วเห็นว่ายังไม่มีความรู้เรื่องการร่วมประเวณีและผลของการร่วมประเวณีมากนัก เพราะการที่เด็กหญิงยินยอมให้มีการร่วมประเวณีได้นั้นจะต้องรู้ว่าการร่วมประเวณีคืออะไร เด็กหญิงบางคนไม่ทราบว่าที่ชายกระทำกับตนนั้นคืออะไร อาจเพราะความเกรงใจ หรืออยากรู้ อยากเห็น เพราะไม่เคยเห็นมาก่อนก็เลยปล่อยให้ชายทำไปโดยไม่ขัดใจ หรือหากกรณีเป็นเด็กหญิงที่มีการศึกษาในเมืองก็อาจรู้เรื่องมากขึ้น ดังนั้นเด็กในช่วงวัยดังกล่าวจึงเป็นวัยที่ต้องศึกษาเล่าเรียนหาความรู้ เป็นวัยแห่งการเจริญเติบโตในทุกด้าน พัฒนาการของเด็กในวัยนี้ยังต้องพัฒนาต่อไปอีกมาก นอกจากนี้เด็กอาจยังไม่รู้ถึงผลที่จะตามมาจากการสมรส เช่นการให้กำเนิดบุตร การทำงานหาเลี้ยงครอบครัว เป็นต้น การสมรสจึงเป็นความรับผิดชอบที่ยิ่งใหญ่เกินไปสำหรับเด็กในวัยนี้

ซึ่งตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้ให้หลักประกันว่าเด็กจะได้รับการเคารพและได้รับประกันสิทธิต่างๆ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าชนิดใดๆ และรัฐจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรกในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก เพื่อให้เด็กมีความผาสุกในการใช้ชีวิตในสังคม และให้การรับรองว่าเด็กในวัยนี้เป็นวัยที่ต้องได้รับความช่วยเหลือ การดูแลเป็นพิเศษในด้านสุขภาพ การพัฒนาทางร่างกาย จิตใจ สมอง สังคม อีกทั้งให้เด็กได้รับการศึกษา เล่าเรียนเพื่อพัฒนาการด้านบุคลิกภาพ ร่างกาย จิตใจ และด้านสมอง ซึ่งจะส่งผลถึงการมีมนุษยสัมพันธ์ที่ดี มีความรับผิดชอบต่อตนเอง สังคม ทั้งนี้เพื่อเด็กจะได้เติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณภาพของประเทศ นอกจากนี้อนุสัญญาดังกล่าวยังให้การคุ้มครองและรับรองสิทธิทางเพศของเด็กในแต่ละประเทศ เพื่อคุ้มครองเด็กต่อการถูกแสวงหาประโยชน์ทางเพศในทุกรูปแบบรวมถึงการคุ้มครอง ป้องกันเด็กจากการถูกข่มขืนอีกด้วย และตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) ได้กำหนดให้ความคุ้มครองสตรีในรูปแบบต่างๆ เช่น การให้สตรี

เลือกคู่สมรสอย่างอิสระปราศจากการถูกคุกคามหรือข่มขู่ หรือในกรณีที่กำหนดให้การรับหมั้นและการแต่งงานของเด็กจะไม่มีผลทางกฎหมาย ดังนั้นการยกเว้นโทษโดยการให้สมรสกันในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กนั้น ย่อมเป็นการไม่สมควรและส่งผลทำให้การคุ้มครองเด็กต่อการถูกล่วงละเมิดทางเพศเป็นการคุ้มครองที่ไม่เด็ดขาดอีกด้วย

4) ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศในสมัยก่อนมีแนวความคิดที่เหมือนกัน กล่าวคือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดต่อผู้ที่เป็นหัวหน้าครอบครัว บิดามารดา หรือสามี โดยมุ่งคุ้มครองชื่อเสียงเกียรติยศและอำนาจในการปกครองดูแลบุตรของบิดามารดา หรือสามี แต่ต่อมาได้เปลี่ยนแนวความคิดเป็นการคุ้มครองหญิงผู้เสียหายแทน โดยมองว่าเป็นการทำให้หญิงผู้เสียหายเสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติคุณและเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของหญิง

สำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายต่างประเทศได้บัญญัติลักษณะการกระทำ ความผิดอย่างชัดเจน โดยเฉพาะกฎหมายของประเทศอังกฤษซึ่งได้บัญญัติลักษณะการล่วงละเมิดไว้ 4 แบบ คือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มี การสอดใส่ และความผิดฐานทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม นอกจากนี้ผลจากการกระทำผิดในแต่ละลักษณะจะมีโทษหนักเบาแตกต่างกันออกไปตามลักษณะของความรุนแรงของการกระทำอีกด้วย และเมื่อพิจารณาถึงอายุเด็กที่กฎหมายให้ความคุ้มครองนั้น ปรากฏว่าประเทศฝรั่งเศสกฎหมายได้กำหนดให้ผู้กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องรับโทษหนักขึ้นหากกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศเยอรมันกฎหมายให้ความคุ้มครองเด็กที่อายุไม่เกิน 14 ปี และหากปรากฏว่าเด็กให้ความยินยอมผู้กระทำผิดก็ยังคงต้องรับโทษ ส่วนในประเทศอังกฤษกฎหมายให้ความคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกิน 13 ปี จะเห็นได้ว่ากฎหมายต่างประเทศในความคิดเกี่ยวกับเพศได้ให้การคุ้มครองผู้เสียหายอย่างเด็ดขาด โดยไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติเหตุยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ไม่ว่าผู้เสียหายจะเป็นเด็ก หรือเป็นผู้ใหญ่ก็ตาม ซึ่งต่างประเทศมองว่าความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่มีความรุนแรงต่อสังคม มีผลกระทบต่อผู้เสียหายเป็นอย่างมาก ทั้งในด้านร่างกาย สุขภาพ อนามัย และจิตใจ รวมถึงการดำเนินชีวิตต่อไปในสังคมของผู้เสียหายที่จะต้องถูกสังคมมองว่าไร้ค่า ดังนั้นผู้กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงสมควรที่จะได้รับการลงโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้และไม่สมควรที่จะได้รับการยกเว้นโทษ

5) ตามตามพระราชบัญญัติองค์การอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 21 บัญญัติว่า “พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายโดยสุจริตและเที่ยงธรรม

ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่า การฟ้องคดีอาญาจะไม่ใช่ประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ ให้เสนอต่ออัยการสูงสุด และอัยการสูงสุดมีอำนาจสั่งไม่ฟ้องได้ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่สำนักงานอัยการสูงสุดกำหนด โดยความเห็นชอบของ ก.อ.<sup>2</sup>

ให้นำความในวรรคสองมาใช้บังคับกับกรณีที่พนักงานอัยการไม่ยื่นคำร้อง ไม่อุทธรณ์ ไม่ฎีกาถอนฟ้อง ถอนคำร้อง ถอนอุทธรณ์ และถอนฎีกาคำพิพากษณ์โดยอนุโลม”

จากบทบัญญัติดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่า ในกรณีที่ไม่มี มาตรา 277 วรรคท้าย แห่งประมวลกฎหมายอาญา จะส่งผลดังต่อไปนี้ พนักงานอัยการสามารถใช้ดุลพินิจตาม มาตรา 21 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีได้ ซึ่งหากได้ความว่าเด็กยินยอมที่จะร่วมประเวณีกัน เด็กมีความรักให้แก่กัน ดังนี้ถือว่าคดีไม่ใช่ประโยชน์แก่สาธารณชน ให้เสนอต่ออัยการสูงสุด และอัยการสูงสุดมีอำนาจสั่งไม่ฟ้องได้ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่สำนักงานอัยการสูงสุดกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการอัยการอาศัยอำนาจตามความใน มาตรา 21 วรรคสอง และวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ซึ่งก็จะเป็นผลดีกับเด็กที่ไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้เสื่อมเสียประวัติ และก็สามารถใช้ชีวิตวัยรุ่น เรียนได้ตามปกติ โดยไม่ต้องมีการผูกมัดจากการยกเว้นโทษให้เด็กสมรสกัน ซึ่งจะต้องรับผิดชอบในอีกหลายๆ เรื่อง หรือเป็นการตัดโอกาสเด็กที่จะต้องออกจากโรงเรียนอีกด้วย แต่ทั้งนี้ต้องมีมาตรการป้องกันมิให้เด็กร่วมประเวณีก่อนวัยอันควร เช่น สถานศึกษาควรให้ความรู้ด้านเพศศึกษา โดยบูรณาการให้เหมาะสมกับเพศและวัย โดยให้ความรู้ในการระวังรักษาตนเอง การรู้จักหลีกเลี่ยงต่อสถานการณ์ที่ล่อแหลม หรือเป็นอันตราย หรือเสี่ยงต่อการเกิดความเสียหายทางเพศ รวมทั้งการป้องกันตนเองให้ปลอดภัยจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ

อีกเหตุผลหนึ่งหากไม่มี มาตรา 277 วรรคท้าย และพนักงานอัยการเห็นว่า เด็กหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเราจริง อัยการก็สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับชายผู้กระทำผิดต่อไปได้ ทั้งนี้ทั้งนั้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจของพนักงานอัยการในการได้รับข้อเท็จจริงทั้งหมด ดังนั้นการยกเลิก มาตรา 277 วรรคท้ายแห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น จะส่งผลให้เด็กหญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรา ได้รับการคุ้มครองทางเพศอย่างแท้จริงและมากขึ้นอีกด้วย

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้ ก.อ. หมายความว่า คณะกรรมการอัยการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ.

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์หลักเพื่อปกป้องประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนมิใช่ประโยชน์ของประชาชนเพียงกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ และการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎหมายควรที่จะดำเนินการให้เหมาะสมกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งถือเป็นภารกิจที่สำคัญอย่างหนึ่งของฝ่ายนิติบัญญัติ และการจะบัญญัติให้พฤติกรรมใดเป็นความผิดอาญานั้น ต้องคำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อสังคมด้วยประการหนึ่ง

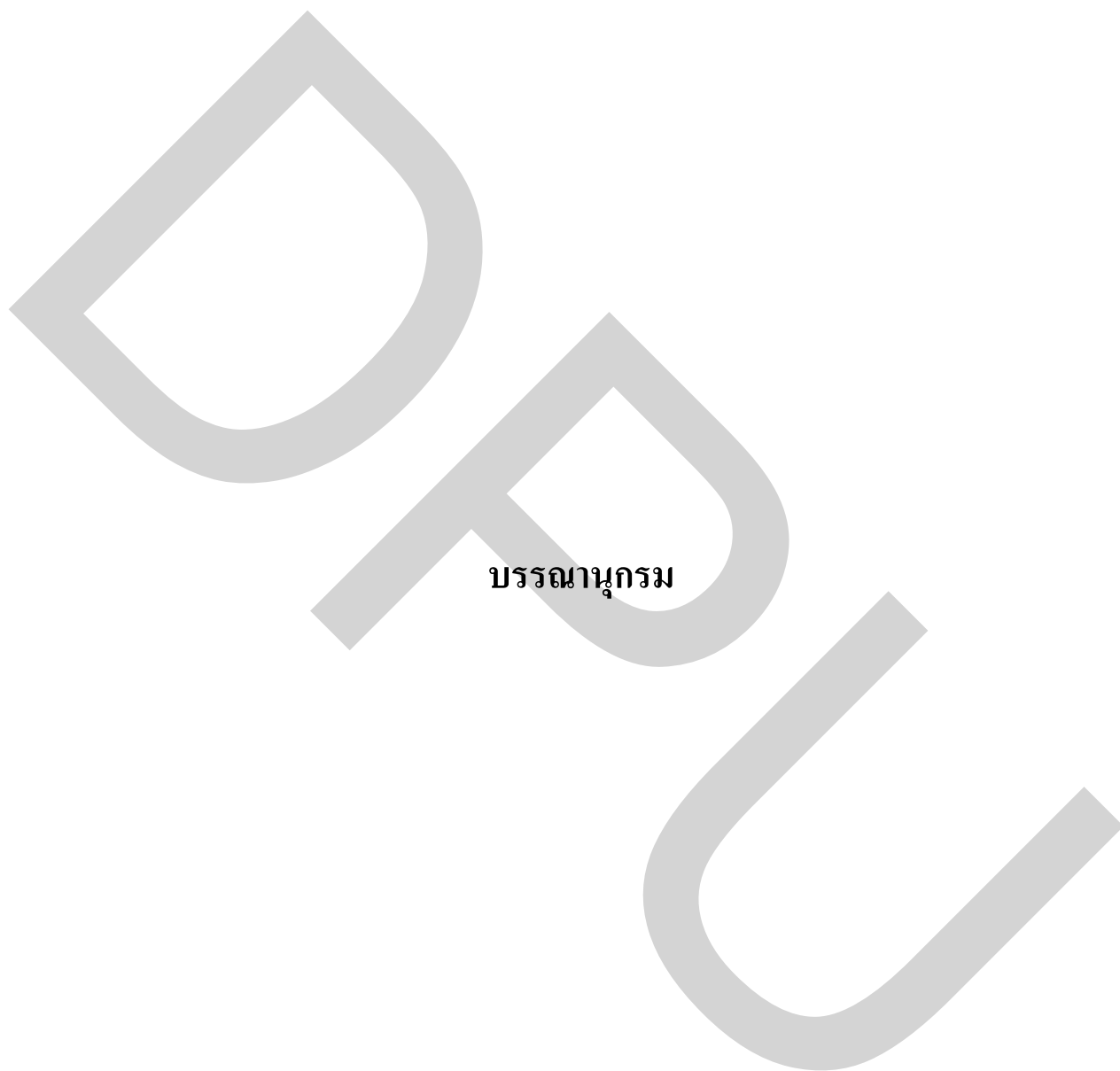
จากการศึกษาประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย ว่าด้วยการคุ้มครองเด็กต่อการถูกล่วงละเมิดทางเพศของไทยเป็นบทบัญญัติที่ไม่เด็ดขาด ซึ่งผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย ที่กำหนดให้ “ผู้กระทำผิดอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป” บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติในการคุ้มครองเด็กต่อการถูกข่มขืนกระทำชำเราที่ไม่เด็ดขาด เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำผิดมีการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กอีกทั้งเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ที่ไม่ชอบเด็กใช้เป็นช่องทางในการแสวงหาประโยชน์ได้ เช่น ชายหลงรักเด็กหญิงและต้องการสมรสกับเด็กหญิงคนดังกล่าว แต่เด็กหญิงไม่สมัครใจสมรสด้วยชายจึงใช้ช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวกระทำต่อเด็กหญิงและผลสุดท้ายชายก็ได้สมรสกับหญิงตามที่ตนประสงค์ไว้ เป็นการซ้ำเติมความทุกข์ของเด็ก ส่งผลให้เด็กไม่ได้รับการคุ้มครองทางเพศอย่างแท้จริง ดังนั้นการยกเว้นโทษให้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นจึงมีความไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง สมควรยกเลิกบทบัญญัติใน มาตรา 277 วรรคท้าย เพื่อให้การคุ้มครองเด็กต่อการถูกล่วงละเมิดทางเพศมีความเด็ดขาดสามารถคุ้มครองความรู้เพียงสาในทางเพศของเด็กได้จริง

ทั้งนี้การยกเลิกบทบัญญัตินี้สอดคล้องกับข้อกำหนดในอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) อีกด้วย ที่กำหนดให้ “รัฐภาคีเพิกถอนบทบัญญัติทางอาญาภายในทั้งปวงซึ่งก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี” ซึ่งมีผลบังคับใช้กับประเทศไทยเมื่อวันที่ 8 กันยายน 2528 (ค.ศ. 1985) และสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่กำหนดให้ “รัฐภาคีดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวงไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร หรือการอื่นใด เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาที่ให้การรับรองสิทธิเด็กไว้” โดยรัฐภาคียอมรับที่จะคุ้มครองเด็กต่อการแสวงหาประโยชน์ทางเพศทุกรูปแบบรวมถึงการคุ้มครอง ป้องกันเด็กจากการถูกข่มขืนอีกด้วย

2) ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 กำหนดให้พนักงานอัยการมีอิสระในการใช้ดุลพินิจพิจารณาสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาได้ ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีอาญาจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนให้เสนอต่ออัยการสูงสุด และอัยการสูงสุดมีอำนาจสั่งไม่ฟ้องได้ ดังนั้นหากยกเลิก มาตรา 277 วรรคท้าย แห่งประมวลกฎหมายอาญาแล้ว พนักงานอัยการก็ยังสามารถใช้ดุลพินิจในการสั่งฟ้องคดีเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมารับโทษได้ หรือสั่งไม่ฟ้องคดีได้หากว่าผู้เสียหายเต็มใจยินยอมให้กระทำชำระ

3) ปัจจุบันทั้งเพศชายและเพศหญิงสามารถตกเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ทั้งสิ้น อีกทั้งผู้ที่ตกเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานนี้ก็เป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น เพศหญิงสมควรที่จะได้รับการคุ้มครองมากกว่าเพศชาย เนื่องจากเพศหญิงเมื่อถูกข่มขืนกระทำชำเราแล้วผลที่ได้รับมีความรุนแรงกว่าเพศชายในกรณีที่เพศหญิงมีโอกาสเสี่ยงที่จะตั้งครรภ์ แต่ในขณะที่เพศชายไม่มีโอกาสตั้งครรภ์ได้ ดังนั้นการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์อาจก่อให้เกิดปัญหาหลายอย่างตามมา เช่นการทำแท้ง อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพร่างกายของหญิง หรืออาจต้องออกจากการศึกษา เป็นการตัดโอกาสในการศึกษาของหญิง หรืออาจถูกดำเนินคดีอาญาในความผิดฐานทำให้แท้งลูก เป็นต้น ซึ่งเป็นการซ้ำเติมหญิงให้ได้รับผลร้ายจากการบัญญัติกฎหมายมากขึ้น ดังนั้นจึงเห็นควรเพิ่มโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีที่เพศหญิงถูกกระทำให้มีโทษสูงกว่าในความผิดที่เพศชายถูกกระทำ และจากคำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ควรให้ความหมายที่รัดกุม ชัดเจนมากกว่านี้ เพราะคำนิยามที่แก้ไขใหม่นอกจากจะไม่คุ้มครองเพศหญิงมากขึ้นแล้ว เพศหญิงยังมีโอกาสเป็นผู้กระทำผิดมากขึ้น ดังนั้นจึงควรกำหนดให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น และลักษณะการกระทำอย่างอื่น เช่น การใช้วิธีข่มขืนกระทำชำเราด้วยทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นนั้นควรกำหนดให้เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร และกำหนดบทลงโทษให้สูงเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งนี้เพื่อเป็นการแบ่งแยกลักษณะการกระทำชำเราและลักษณะการกระทำอนาจารได้อย่างชัดเจน



**บรรณานุกรม**

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

#### หนังสือ

- เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์. (2546). **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- คณิต ณ นคร. (2553). **กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 10)**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. (2551). **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 3)**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- จิตติ ดิงศภัทย์. (2536). **กฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 9)**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษา  
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ประสพสุข บุญเดช. (2549). **ครอบครัว (พิมพ์ครั้งที่ 15)**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมาย  
แห่งเนติบัณฑิตยสภา
- ร.แสงกาต์. (2526). **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1**. กรุงเทพฯ: มูลนิธิโครงการตำรา  
สังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์.
- สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์. (2515). **คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 3 (ภาคความผิด)**.  
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- सानสัมพันธ์ (ฉบับพิเศษ). (2534). **สิทธิเด็กไทย**. กรุงเทพฯ: กองบรรณาธิการสภาองค์กรพัฒนา  
เด็กและเยาวชน.
- สุธีลา ตันชัยนันท์. (2535). **ข่มขืน: ปัญหาความรุนแรงทางเพศ**. กรุงเทพฯ: ผลึก.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2547). **ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับหัวเรื่องเรียงมาตรา แก้ไขเพิ่มเติม  
พ.ศ. 2547 (พิมพ์ครั้งที่ 2)**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- หยุด แสงอุทัย. (2516). **กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 13)**.  
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- \_\_\_\_\_. (2548). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พิมพ์ครั้งที่ 6)**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน

### บทความ

- กมลินทร์ พินิจกุล. (2540, กันยายน-ธันวาคม). “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก: สิทธิเด็กในประเทศไทย.” *บทบัญญัติ*, 53, 3-4. หน้า 101.
- กฤษฎา บุญสมิต. (2547). “บทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายตราสามดวง”. *สารานุกรมสำหรับเยาวชน*, 99, 30. หน้า 114.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2526). “ตำนานรักร่วมเพศ.” *วารสารนิติศาสตร์*, 13, 2. หน้า 90-93.
- โชค จารุจินดา. (2520). “คำบรรยาย ป.พ.พ. ว่าด้วยครอบครัวฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2519.” *วารสารกฎหมาย, พิเศษ*. หน้า 1-9.
- ณรงค์ สิงห์ประเสริฐ. (2518). “ความเห็นของแพทย์ในปัญหาการกระทำชำเราที่ผิดกฎหมาย.” *ดุลพາห*, 22, 4. หน้า 47
- พูน จักรเสน. (2501, มิถุนายน). “ความผิดเกี่ยวกับเพศ.” *ดุลพາห*, 5, 6. หน้า 397 และ หน้า 398-399.
- วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. (2537, กันยายน-ตุลาคม). “มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก.” *ดุลพาห*, 5, 41. หน้า 19.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2535, มีนาคม). “ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ.” *วารสารนิติศาสตร์*, 22, 1. หน้า 84 และ หน้า 144
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2532). “การกระทำโดยจำเป็น: เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส.” *วารสารนิติศาสตร์*, 17, 3. หน้า 144-153.

### วิทยานิพนธ์

- จิราพร ทีโน. (2547). *การคุ้มครองสิทธิหญิงผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- จิราวัฒน์ แซ่มชัยพร. (2551). *การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตาม มาตรา 3 (1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ชานนท์ ศรีสาตร์. (2545). *เหตุยกเว้นโทษในกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.



- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2524). การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้.  
 วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ:  
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- นริศรา แดงไผ่. (2541). การลงมือกระทำความผิด: ศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำชำเรา.  
 วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ:  
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ประสิทธิ์ พัฒนอมร. (2522). ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปาริฉัตร รัตนากาญจน์. (2551). การล้วงเกิน คุกคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศ ต่อสตรีในที่ทำงาน: รูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปรินดา เวทพิสัย. (2551). ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณีผู้ถูกกระทำ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สาธิต ไข่สถิตย์. (2536). การป้องกันและคุ้มครองเด็กต่อการกระทำความผิดฐานข่มขืน.  
 วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ:  
 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สุนทรี กลิ้งกระจ่าง. (2549). ความรับผิดชอบทางอาญา: ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดชอบของบิดามารดาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. (2552). ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุรเศรษฐ์ หน้างาม. (2549). นิติวิธีกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- เอก อังสนานนท์. (2529). ความรับผิดในทางอาญาของผู้สนับสนุน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

## สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

ปัญหาการมีเพศสัมพันธ์ก่อนวัยอันควร. สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2554, จาก

<http://learners.in.th/blog/socail-sex/335615>

### เอกสารอื่นๆ

เชียรไท รอดครุฑา. (2543). การคุ้มครองสิทธิเด็กที่เป็นผู้เสียหายในคดีความผิดทางเพศ  
ชั้นสอบสวนโดยพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ. สารนิพนธ์ปริญญา  
มหาบัณฑิต สาขาวิชาศิลปศาสตร. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

นวลจันทร์ ทศนชัยกุล. (2525). การศึกษาความคิดเกี่ยวกับเพศ กรณีข่มขืนกระทำชำเรา  
(รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ: คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์.

รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 91/2528  
วันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2528.

เออุต์ และเสริม วินิจฉัยกุล. (2477). คำบรรยายกฎหมายอาญา มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และ  
การเมือง พ.ศ. 2477. ม.ป.ท.

### กฎหมาย

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กและเยาวชน.

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514.

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525.

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530.

พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553.

ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุด ว่าด้วยการส่งคดีอาญาที่จะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือ  
จะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์  
อันสำคัญของประเทศ พ.ศ. 2554.

อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 (The Convention on the  
Elimination of all Forms of Discrimination Against Women: CEDAW).

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (The Convention on the Rights of the Child).

## ภาษาต่างประเทศ

## BOOKS

- Hans-Heinrich Jescheck. (1988). **Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil**, 4. Auflage: n.p.
- Rachel Hodgkin and Peter Newell. (2002). **Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child**, Full revised edition (Full revised edition). Geneva: Atar SA.
- The Sentencing Guidelines Council. (2007, April). **The Sexual Offence 2003 Definitive Guideline**. the Sentencing Guidelines Secretariat.

## ELECTRONIC SOURCES

- Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Retrieved April 8, 2012, from <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm>
- General Recommendation No.19 (1992) Violence Against Women. Retrieved April 8, 2012, from <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm>

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล	นางสาววิลาวัณย์ ชอบแต่ง
ประวัติการศึกษา	ปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม พ.ศ. 2549
สถานที่ทำงาน	ตำแหน่ง นิติกร ระดับ 4 การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค
ทุนการศึกษา	ปริญญาตรี ได้รับทุนการศึกษา (นักกีฬา) จากมหาวิทยาลัยศรีปทุม ปริญญาโท ได้รับทุนการศึกษา (นักกีฬา) จากมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์