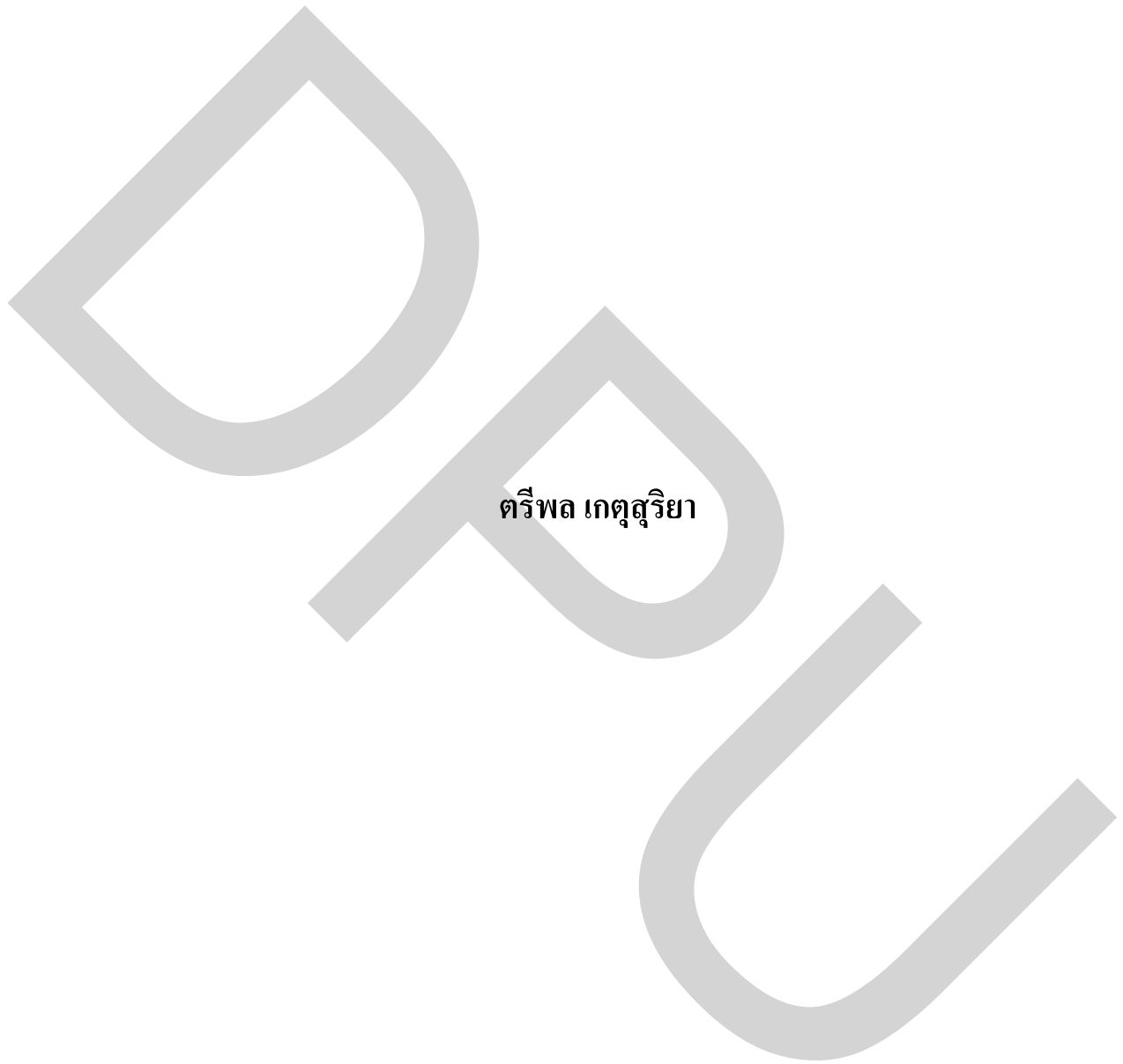


ความยินยอมของผู้เยาว์ในกฎหมายอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณี

การลักร่างกาย และการขลิบอวัยวะเพศ



ตรีพล เกตุสุริยา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2558

**Consent of the Minors in the Criminal Law: A Case Study in the case of
Tattooing and Circumcision of Genitals**



Treephol Ketsuriya

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirments
for the Degree of Master of Laws**

Department of Law

Pridi Bhanomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2015

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความยินยอมของผู้เยาว์ในกฎหมายอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีการสักร่างกายและการขลิบอวัยวะเพศ
ชื่อผู้เขียน	ตรีพล เกตุสุริยา
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2557

บทคัดย่อ

ความยินยอมของผู้เสียหาย คือ การที่ผู้เสียหายสละความคุ้มครองในทางกฎหมาย โดยเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมาย ในทางกฎหมายอาญา ซึ่งความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกาย เป็นความยินยอมที่อยู่ในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาข้อที่ 2 หากผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ความยินยอมดังกล่าวย่อมเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ แต่หลักความยินยอมมิได้บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาของไทยและยังคงมีปัญหาถกเถียงกันในทางวิชาการ

ปัจจุบันเด็กหรือเยาวชนมีค่านิยมในการสักตามร่างกายเพิ่มมากขึ้นอาจจะมีพฤติกรรมเลียนแบบผู้ที่มีชื่อเสียง โดยมีอิทธิพลจากผู้ที่มีชื่อเสียง ทั้งดารา นักกีฬาชื่อดัง ศิลปินต่างๆ จะเห็นได้ว่ามีร้านสักร่างกายอยู่ในหลายสถานที่ ไม่ว่าจะเป็นตามตลาดนัด ศูนย์การค้า รวมถึงสำนักสักร่างกายต่าง ๆ ซึ่งความสวยงามจากการสักนั้นอาจมีอันตรายที่แอบแฝงซ่อนเร้นอยู่ เนื่องจากสีที่ใช้สักอาจทำให้เกิดปฏิกิริยาต่อผิวหนังทำให้เกิดการแพ้แล้วเกิดเป็นผื่นหรือตุ่มแดง นอกจากนั้น อาจทำให้ผู้ถูกสักมีโอกาสติดเชื้อโรคจากการสักผิวหนัง เช่น เชื้อไวรัสตับอักเสบบี ซึ่งรวมถึงโรคร้ายแรงเช่น โรคเอดส์ โรคอื่น ๆ ที่ก่อให้เกิดอันตรายได้

เมื่อพิจารณาขอบเขตของการกระทำสักร่างกายให้ผู้อื่นนั้น มีองค์ประกอบภายนอก คือ มีการกระทำ และครบองค์ประกอบภายใน คือ มีเจตนาที่จะกระทำต่อผู้อื่นแล้ว ดังนั้นจึงครบองค์ประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ในโครงสร้างความรับผิดอาญาข้อที่ 1 แล้ว ซึ่งเกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายว่าด้วย ความปลอดภัยต่อร่างกาย ผู้เป็นเจ้าของสามารถให้ความยินยอมที่จะสละความคุ้มครองดังกล่าวได้ โดยความยินยอมในทางกฎหมายอาญาในความผิดต่อชีวิต ร่างกายนั้นอยู่ในโครงสร้างความรับผิดทางอาญา ข้อที่ 2 (ความผิดกฎหมาย) ในเรื่องความผิดกฎหมายแล้ว หากผู้เสียหายที่มีวุฒิภาวะเพียงพอได้ให้ความยินยอมในการสักร่างกายแล้ว การกระทำการสักร่างกายดังกล่าวย่อมไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ถือว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ไม่มีความผิดกฎหมายนั่นเอง แต่หากการสักร่างกายนั้นได้กระทำต่อ

บุคคลที่บกพร่องทางการให้ความยินยอม เช่น การสักร่างกายบนผิวหนังของเด็กหรือเยาวชนที่ไม่มีประสบการณ์มากพอ การตัดสินใจยังขาดความรอบคอบ หรืออาจเป็นบุคคลผู้ที่มีเมินมาเพราะฤทธิ์ของแอลกอฮอล์หรือยาเสพติด หรืออาจเป็นผู้มีจิตบกพร่อง หากได้รับความยินยอมจากบุคคลดังกล่าวย่อมขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ทำให้ผู้กระทำผิดไม่สามารถอ้างเป็นเหตุยกเว้นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาได้

ในส่วนของต่างประเทศบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น มลรัฐต่างๆ ประเทศอังกฤษ ออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศฟิลิปปินส์ รวมทั้งประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง มีมาตรการในการควบคุมรวมทั้งกฎเกณฑ์บทลงโทษการสักร่างกายบนผิวหนังของเด็กหรือเยาวชนอย่างชัดเจนรวมทั้งเกี่ยวข้องกับการให้ยินยอมจากผู้ปกครองหรือผู้ดูแลในการให้ผู้กระทำการสักร่างกายโดยมีหลักเกณฑ์อายุของผู้เยาว์ไว้อย่างชัดเจน

อีกการกระทำหนึ่งที่มีปัญหาในความยินยอมของผู้เยาว์ คือ กรณีการขลิบอวัยวะเพศของผู้เยาว์ หรือที่เรียกว่าการทำสูหนัด ในการขลิบอวัยวะเพศของผู้เยาว์ เมื่อพิจารณาตามโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญามาตรา 295 แล้วพบว่าการขลิบอวัยวะเพศโดยแพทย์นั้น ครอบงำประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน ตามโครงสร้างความผิดอาญาข้อที่ 1 แล้ว การกระทำของแพทย์จึงครอบงำประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 แล้ว แต่การกระทำของแพทย์นั้นได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย คือ ผู้เยาว์ที่มีความรู้ผิดชอบพอสมควรแล้ว ซึ่งการกระทำการขลิบอวัยวะเพศ เป็นการกระทำที่มหาชนให้การยอมรับ โดยเป็นไปตามหลักศาสนา และอีกเหตุผลหนึ่งคือเป็นไปเพื่อความสะอาด ลดอัตราการเกิดโรค ความยินยอมของผู้เยาว์ดังกล่าว จึงเป็นความยินยอมที่ให้การกระทำที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ทำให้แพทย์มีอำนาจกระทำได้

ดังนั้น สามารถสรุปได้ว่า ความยินยอมในทางกฎหมายอาญา คือการที่ผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมด้วยใจสมัคร โดยให้ความยินยอมก่อน หรือในขณะที่ผู้กระทำการทำความผิด โดยปราศจากการสำคัญผิด และต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีและความสงบเรียบร้อยของประชาชน ผู้ให้ความยินยอมต้องไม่ใช่ผู้ที่มีจิตบกพร่อง หรือต้องไม่ใช่ผู้ที่ให้ความยินยอมในขณะที่มีเมินมาเพราะฤทธิ์ของแอลกอฮอล์ หรือยาเสพติด จนไม่รู้สภาพและผลของการที่ให้ความยินยอมไปนั้น และการที่ผู้เสียหายจะสามารถให้ความยินยอมในทางอาญาได้นั้น จะต้องเป็นการยินยอมให้การกระทำที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน อีกทั้งถ้าเป็นความยินยอมของผู้เยาว์แล้วจะต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป ว่าผู้เยาว์ที่ให้ความยินยอม มีความสามารถเข้าใจถึงการกระทำ เข้าใจถึงวัตถุประสงค์ของการกระทำ และเข้าใจถึงผลที่จะได้รับการกระทำนั้นหรือไม่ หากผู้เยาว์มีความเข้าใจดังกล่าวแล้ว ย่อมทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้

Thesis Title	Consent of the Minors in the Criminal Law: A Case Study in the case of Tattooing and Circumcision of Genitals
Author	Treephol Ketsuriya
Thesis Advisor	Associate professor Achariya Chutinun
Department	Law
Academic Year	2014

ABSTRACT

Consent of the injured is that they waive the legal protection by waiving the legal ethics. In criminal law, the consent in the offence on battery or consent in the structure of criminal culpability Clause No. 2, if the injured party has given consent that is not against peace and moral of the people. Such the consent gives the power to the offender to do it, but the consent principle does not prescribe in the Thai criminal law and still poses a technical argument.

At present, the children or youth give more value on body tattooing, which it may be behavior copying the celebrities. The influence comes from the celebrities from movie stars, famous sportsmen and artists. It can be seen that there are many tattoo parlors in the flea markets, and shopping centers, including the tattoo studios, which the beauty from tattooing may have latent danger due to the paint used in tattooing may cause reactions to the skin and an allergy that can be developed into a rash or eruption. Moreover, it may expose the tattooed person to infection from it such as contracting hepatitis virus B, and includes severe diseases such as AIDS and other diseases that can be harmful.

When consider the scope of tattooing has external components are the performance and complete with the internal components are the intent to commit it on other people. Thus, it is completed on battery in the structure of the criminal liability Clause No. 1, which involves with the legal ethics on safety to body. The owner can give consent to waive such protection by consent in the criminal law in the offence on life, body in the structure of criminal offence Clause No. 2 (illegality) in criminality. However, if the injured party reaches the legal age to give consent on the tattooing, such the tattoo does not against the peace and good morals of the people, it is considered as causing the performer to have the power to perform it in the legal sense. Nevertheless, if such the tattoo is performed on the persons who have deficient consent such as

tattooing on the children or youth who have no sufficient experience, and the decision-making still lacks prudence, or may be intoxicated by alcohol or narcotics or mental retardation, the consent of such people may contradict the peace and good morals. It can cause the offender cannot claim it as an excuse from the offence according to the Criminal Code.

While in overseas countries, the provisions of the foreign countries, regardless of in the United States of America such as in the various states, the United Kingdom, Australia and New Zealand, France, the Philippines, including other relevant countries, have the measures in the control, including the criteria and punishment on tattooing on the skin of the children or youth clearly. It involves granting consent by the guardian or custodian to the tattooed person with the criteria on the age of consent of the minors is clear.

Another performance with a problem on giving consent by the minors is in the case of circumcision of the genitals, or so-called circumcision ceremony. In the circumcision on the minors, when considered according to the structure of the criminal liability of Section 295, it is found if performed by a physician completed with the external and internal components according to the criminal structure Clause No. 1, such the performance of the physician completes the offence on battery pursuant to Section 295, depending on the action of the physician receives consent from the injured party, or the minor has the sense of reasonable responsibility. While the circumcision is the action acceptable by the public is in compliance with the religious principle, also there are other reasons such as for cleanliness and reduction of diseases. Such the consent of the minors does not contradict the peace and good morals, so the physicians have the power to do it.

Thus, it can be summarized that the consent in the criminal law is the injured party has given prior consent voluntarily or while the perpetrator commits it by misunderstanding, but the consent may not be contrary to good morals and peace of the people. In addition, the consent giver may not have mental deficiency or under the influence of alcohol or narcotics until he cannot decide the condition and result of giving that consent. In addition, the injured party can give consent criminally, but it may not be against peace and good morals of the public. Nevertheless, the consent of the minors may be considered on a case-by-case basis that the minor who gives consent can have the ability to understand his action, its objective and results from it or not. In a situation that the minor has such the understanding, so the performer has the power to perform it.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยดีเนื่องจากได้รับความอนุเคราะห์ ความเมตตา จากรองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ายิ่งรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา วิทยานิพนธ์ให้กับผู้เขียน ซึ่งถึงแม้ว่าผู้เขียนเป็นจะคนที่เข้าใจได้ค่อนข้างช้า แต่ท่านอาจารย์ก็ได้ให้ความกรุณาในการอธิบายและให้คำแนะนำแก่ผู้เขียนอย่างอดทน ตลอดจนช่วยเหลือในการ ตรวจสอบและแก้ไขข้อบกพร่อง ตลอดจนแนวทางการศึกษาค้นคว้าในการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ด้วยดีตลอดมา ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์ เป็นอย่างสูง

ในการนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณในความกรุณาของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นกร ที่ได้กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมสอบวิทยานิพนธ์ในครั้งนี้ ตลอดจนคณะกรรมการสอบ อาจารย์ นัทธี จิตสว่าง และอาจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ายิ่งมาเป็น กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งคณะกรรมการสอบทุกท่าน ได้ให้ความเมตตาแก่ผู้เขียนในการให้ ข้อคิด คำแนะนำต่างๆ จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้นและสำเร็จลุล่วงได้ จึงขอ กราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงที่ได้ให้ความกรุณาดังกล่าวแก่ผู้เขียน

ในโอกาสนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณคณาจารย์ทุกท่านที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ ให้แก่ผู้เขียน ขอขอบคุณทุกกำลังใจจากครอบครัว เพื่อนๆ เพื่อนร่วมงาน หัวหน้างาน ที่คอย สนับสนุนในการทำวิทยานิพนธ์ และผู้เขียนขอขอบคุณเจ้าหน้าที่บัณฑิตวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตฯ ทุกๆ ท่าน ที่คอยให้ความอนุเคราะห์ ให้ความช่วยเหลือผู้เขียนในการ จัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นอย่างดียิ่งมาโดยตลอด

ผู้เขียนหวังว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนากฎหมายและวงการ นิติศาสตร์เมื่อนำไปใช้ต่อไปในอนาคต แต่หากวิทยานิพนธ์มีข้อผิดพลาดบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอกราบอภัยมา ณ โอกาสนี้ พร้อมขออน้อมรับความผิดพลาดนั้นไว้แต่เพียงผู้เดียว

ตรีพล เกตุสุริยา

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
สารบัญตาราง.....	๘
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
2. หลักความยินยอมในกฎหมายอาญา.....	8
2.1 ความยินยอมในกฎหมายอาญา.....	8
2.2 แนวคิดและหลักในการบัญญัติกฎหมายอาญา.....	18
2.3 โครงสร้างความรู้ปศิดอาญาตามระบบ civil law และ common law.....	35
2.4 วิวัฒนาการ และประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับเรื่องการสักร่างกาย และการขลิบอวัยวะเพศ.....	43
2.5 การกระทำต่อร่างกายกับการให้ความยินยอมของผู้เยาว์.....	50
3. ความยินยอมของผู้เยาว์ในการสักร่างกายและการขลิบอวัยวะเพศ ตามกฎหมายต่างประเทศ.....	52
3.1 ความยินยอมในกฎหมายอาญา.....	52
3.2 การกระทำต่อร่างกายโดยการสัก.....	53
3.3 ความสามารถในการให้ความยินยอมกับการกระทำต่อร่างกายในการสัก.....	62
3.4 บทลงโทษในการกระทำต่อร่างกายโดยการสัก.....	65
3.5 ความสามารถในการให้ความยินยอมกับการกระทำต่อร่างกาย ในการขลิบอวัยวะเพศของผู้เยาว์.....	70

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. การให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในการกระทำต่อร่างกายกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามกฎหมายอาญาของประเทศไทยกับต่างประเทศ.....	73
4.1 วิเคราะห์ปัญหาการให้ความยินยอมในการกระทำต่อร่างกาย.....	73
4.2 วิเคราะห์ปัญหาและผลกระทบอันเกิดจากการสักร่างกายและการขลิบอวัยวะเพศ.....	81
4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบการให้ความยินยอมในการสักร่างกายกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายของไทยและต่างประเทศ.....	83
4.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในการสักร่างกายกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายของประเทศไทยและต่างประเทศ.....	103
4.5 เหตุผลความจำเป็นในการคุ้มครองผู้เยาว์ในการให้ความยินยอมต่อการสักร่างกาย.....	105
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	107
5.1 บทสรุป.....	107
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	110
บรรณานุกรม.....	111
ภาคผนวก.....	117
ประวัติผู้เขียน.....	141

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
4.1 ตารางเปรียบเทียบหลักความยินยอมในกฎหมายอาญา เกี่ยวกับการสักร่างกายของไทยและต่างประเทศ.....	96
4.2 ตารางเปรียบเทียบหลักความยินยอมในกฎหมายอาญา เกี่ยวกับการขลิบอวัยวะเพศผู้เยาว์ของไทยและต่างประเทศ.....	104

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความคิดต่อชีวิต ร่างกายนั้น มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ ความปลอดภัยต่อร่างกาย เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล¹ และเป็นคุณธรรมที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของสามารถให้ความยินยอมที่จะสละความคุ้มครองดังกล่าวได้ ซึ่งความยินยอมในทางกฎหมายอาญาในความคิดต่อชีวิต ร่างกาย นั้นอยู่ในโครงสร้างความรับผิดทางอาญา ข้อที่ 2 (ความผิดกฎหมาย) อันเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ แต่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย โดยที่การกระทำที่ผู้เสียหายอาจให้ความยินยอมได้ จะต้องเป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่หากการกระทำนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีแล้ว ผู้กระทำก็ย่อมไม่สามารถอ้างความยินยอมเพื่อยกเว้นความผิดได้

การสักกลดลายบนผิวหนัง หรือการสักยันต์เป็นวัฒนธรรมอย่างหนึ่งของไทยที่มีมาช้านาน ในอดีตการสักในประเทศไทยนั้นเป็นการสักเพื่อความขลัง อยู่ยงคงกระพัน แต่ปัจจุบันลายสักหรือสักยันต์ตามความเชื่ออย่างโบราณได้รับความนิยมนลดลงเมื่อเทียบกับอดีต แต่การสักร่างกายเพื่อความสวยงามจากวัฒนธรรมต่างชาติ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นการตกแต่งเสริมความงามให้ร่างกายนั้น กำลังได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้ความหมายของคำว่า สัก คือการเอาของแหลมแทงลงด้วยวิธีการหรือเพื่อประโยชน์ต่างๆ กัน เช่น สักปลาไหล สักหาของในน้ำ สักรอยช้ำเพื่อรีดเอาเลือดที่คั่งออก ใช้เหล็กแหลมจุ่มน้ำหมึกหรือน้ำมันแทงที่ผิวหนังให้เป็นอักขระเครื่องหมาย หรือลวดลาย ถ้าใช้หมึก เรียกว่า สักหมึก แต่ถ้าใช้น้ำมัน เรียกว่า สักน้ำมัน ในสมัยก่อนการทำเครื่องหมายโดยใช้เหล็กแหลมจุ่มหมึกแทงที่ผิวหนังเพื่อแสดงเป็นหลักฐาน เช่น สักข้อมือ แสดงว่าได้ขึ้นทะเบียนเป็นชายฉกรรจ์หรือเป็นเลกมีสังกัดกรมกองแล้ว สักหน้า แสดงว่าเป็นผู้ที่ต้องโทษปาราชิก เป็นต้น

¹ จาก *กฎหมายอาญาภาคความคิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น. 117), โดย คณิต ฒ นคร, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ในปัจจุบันเด็กหรือเยาวชนมีค่านิยมในการสักตามร่างกายเพิ่มมากขึ้นอาจจะมีพฤติกรรมเลียนแบบผู้ที่มีชื่อเสียง หรือถูกชักจูงใจจากเพื่อนฝูง หรืออาจต้องการความขลัง ประกอบกับการสักในปัจจุบันเป็นสิ่งที่กระทำได้ง่าย จะเห็นได้ว่ามีร้านสักร่างกายอยู่ในหลายสถานที่ ไม่ว่าจะเป็นตามตลาดนัด ศูนย์การค้า รวมถึงสำนักสักร่างกายต่างๆ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม ในความสวยงามจากการสักนั้นอาจมีอันตรายที่แอบแฝงซ่อนเร้นอยู่ เนื่องจากสีที่ใช้สักอาจทำให้เกิดปฏิกิริยาต่อผิวหนังทำให้เกิดการแพ้แล้วเกิดเป็นผื่นหรือตุ่มแดง บางรายเกิดอาการคันในตำแหน่งของรอยสักนั้นๆ ถ้าไม่ได้รับการรักษาหรือปล่อยทิ้งไว้จะทำให้ผื่นดังกล่าวอักเสบมากขึ้นได้ นอกจากนี้สีแดงที่ใช้ในการสักอาจก่อให้เกิดการแพ้เมื่อโดนแสงแดดมากๆ หรือบ่อยครั้งได้ โดยเฉพาะในคนที่มีโรคผิวหนังอยู่เดิมอยู่แล้ว เช่น คนที่เป็นโรคสะเก็ดเงินอาจพบว่ามีผื่นของโรคสะเก็ดเงินขึ้นภายหลังการสัก นอกจากการเกิดอาการแพ้ต่อสีที่ใช้ในการสักแล้ว อันตรายที่น่ากลัวของการสักอีกประการหนึ่ง คือ อาจทำให้ผู้ถูกสักมีโอกาสติดเชื้อโรคจากการสักผิวหนัง โดยอาจเกิดจากการใช้เข็มที่ไม่สะอาดพอ หรือเข็มที่ผ่านการทำให้ปลอดเชื้อที่ไม่ได้มาตรฐานเพียงพอ เชื้อโรคที่มีโอกาสติดต่อก็ได้จากการสักได้แก่ เชื้อไวรัสตับอักเสบบี ซึ่งรวมถึงโรคร้ายแรงเช่น โรคเอดส์ ซึ่งโรคเอดส์ หมายถึง โรคที่เกิดจากภูมิคุ้มกันโรคของร่างกายบกพร่อง หรือลดต่ำลงทำให้เกิดโรคต่างๆ ที่เป็นอันตรายถึงชีวิตได้ง่ายกว่าปกติ อีกทั้งโรคเอดส์สามารถติดต่อผ่านเชื้อไวรัสโรคเอดส์ ซึ่งจะปะปนออกมาพร้อมกับของเหลวบางอย่างที่ออกมาจากร่างกายผู้ป่วย ที่มีการพิสูจน์แล้วคือ เลือด และน้ำอสุจิ ดังนั้นการติดต่อของโรคเอดส์จึงอาจเกิดขึ้นได้จากการร่วมเพศ และการร่วมเลือด เช่น การใช้เข็มฉีดยาร่วมกัน การฝังเข็ม และการสักผิวหนัง² อีกทั้งยังเกิดผลเสียในระยะยาวต่อผู้ป่วย³ และสังคมอีกด้วย³

การสักร่างกายให้กับบุคคลอื่นนั้น เมื่อพิจารณาตามโครงสร้างความรับผิดชอบมาตรฐาน 295 แล้ว พบว่า การกระทำการสักร่างกายให้ผู้อื่นนั้น มีองค์ประกอบภายนอก คือ มีการกระทำ และครบองค์ประกอบภายใน คือ มีเจตนาที่จะกระทำต่อผู้อื่นแล้ว ดังนั้นจึงครบโครงสร้างความผิดข้อที่ 1 แล้ว และเมื่อพิจารณาโครงสร้างความผิดอาญาข้อที่ 2 เรื่องความผิดกฎหมายแล้ว หากเป็นการสักร่างกายด้วยความยินยอมให้กับบุคคลทั่วไปที่บรรลุนิติภาวะ มีประสบการณ์ในชีวิตมากพอแล้ว ความยินยอมดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การสักดังกล่าว

² จาก “พฤติกรรมทางเพศของผู้ติดยาเสพติด โดยใช้เข็มฉีดยา,” ทูนิวิจัยสนับสนุนโดยองค์การอนามัยโลก โครงการวิจัยพฤติกรรมสุขภาพเพื่อพัฒนานักวิจัยรุ่นใหม่ แผนงานส่งเสริมการวิจัยพฤติกรรมสุขภาพ (รายงานผลการวิจัย) (น. 4, 8), โดย รองศาสตราจารย์ ดร.นงลักษณ์ เทพสวัสดิ์, นัทธี จิตสว่าง, สิงหาคม 2554.

³ จาก *ปลูกแพ้นัก! หมอเตือนคิดโรค*. สืบค้น 25 ธันวาคม 2557, จาก http://www.dmh.go.th/sty_lib/depression/view.asp?id=503 โดย นพ.บัณฑิต ศรีไพศาล สถาบันสุขภาพจิตเด็กและวัยรุ่นราชนครินทร์

ยอมไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เพราะปรากฏความยินยอมของผู้เสียหาย จึงถือว่าไม่มี ความผิดกฎหมายนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม หากการสักร่างกายนั้นได้กระทำต่อบุคคลที่บกพร่อง ทางด้านการให้ความยินยอม เช่น เป็นผู้เยาว์ซึ่งไม่มีประสบการณ์มากพอ การตัดสินใจยังขาด ความรอบคอบ หรืออาจเป็นผู้ที่มีเมมาเพราะฤทธิ์ของแอลกอฮอล์หรือยาเสพติด หรืออาจเป็นผู้มี จิตบกพร่อง ดังนี้ ความยินยอมของบุคคลดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการให้ความ ยินยอมต่อการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ใช่ว่า ผู้กระทำผิดจะอ้างเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้

ในเรื่องของความยินยอม จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษา เพราะทำให้ผู้ที่ได้รับ การสักเกิดการบาดเจ็บอันเป็นความผิดตามมาตรา 295 และอาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ โดยเฉพาะหากผู้ที่ให้ความยินยอมในการสักร่างกายเป็นผู้เยาว์ มีปัญหาว่าการสักร่างกายนั้นเป็น การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่ และความยินยอมของผู้เยาว์นั้นจะเป็นความยินยอมที่ ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำหรือไม่

ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ผู้เยาว์จะต้องได้รับการยินยอมจากผู้ปกครอง มีข้อจำกัดเข้มงวดภายใต้กฎหมายของรัฐฟลอริดาคนที่ห้ามผู้ใดสักให้แก่ผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 16 ปี เว้นแต่จะสักเพื่อวัตถุประสงค์ทางการแพทย์หรือทันตกรรมภายใต้บทบัญญัติกฎหมาย และผู้ใด จะสักให้แก่ผู้เยาว์ที่อายุ 16-18 ไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากพ่อแม่ หรือผู้ปกครองเป็นลาย ลักษณ์อักษร⁴ ในประเทศฝรั่งเศส อายุขั้นต่ำที่กฎหมายคือ 16 ปี ส่วนในประเทศอังกฤษห้ามสัก ร่างกายให้แก่ผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากบิดามารดา หรือผู้ปกครอง ของผู้เยาว์ ประเทศออสเตรเลียภายใต้กฎหมายส่วนที่ 4 ตามพระราชบัญญัติ ปี 1953 ผู้เยาว์ที่มีอายุ 18 ปี ก่อนที่จะได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง ย่อมไม่สามารถทำการสักได้ จะต้องแสดงบัตรติด รูปที่ถูกต้อง (ซึ่งทางร้านอาจขอถ่ายสำเนาไว้เพื่อเป็นหลักฐาน) และให้แจ้งชื่อ ที่อยู่ พร้อมลงนาม ในสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรกับทางร้าน ผู้สักรอยสักที่มีสิทธิที่จะปฏิเสธที่จะสักหากมีเหตุสงสัย ว่าบุคคลที่รับการสักอาจจะมีอายุต่ำกว่า 18 ปี และประเทศฟิลิปปินส์ หากผู้เยาว์จะทำการสัก ร่างกาย (อายุไม่เกิน 18 ปี) จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง⁶

อีกการกระทำหนึ่งที่มีปัญหาในความยินยอมของผู้เยาว์ คือ กรณีการขลิบอวัยวะเพศ ของผู้เยาว์ หรือที่เรียกว่าการทำสูหนัด เป็นกระบวนการผ่าตัดในทางการแพทย์ซึ่งเป็นที่รู้จักกันมา

⁴ คูในภาคผนวก

⁵ <http://www.preston.gov.uk/businesses/health-and-safety/skin-piercing/consent-body-art/>

⁶ AN ACT PUNISHING THE ACT OF UNDERAGE TATTOOING AND BODY PIERCING 1125 SECTION 2-3.

ยาวนานเพราะเป็นที่ปฏิบัติอย่างกว้างขวางในฐานะที่เป็นพิธีกรรมทางศาสนาอิสลามและศาสนาฮิวแต่โบราณ โดยมีหลักฐานเก่าแก่ที่สุดของการขลิบอวัยวะเพศชายสามารถย้อนหลังไปถึงสมัยอียิปต์เมื่อ 2,300 ปี ก่อนคริสตกาล สมัยหลังสงครามโลกครั้งที่สอง การขลิบอวัยวะเพศเด็กหนุ่มก็เป็นที่นิยมไปทั่วโลก⁷

การเข้าสูหนัดเป็นพิธีกรรมที่สำคัญอย่างหนึ่งของชาวมุสลิม มีความเชื่อว่าชาวมุสลิมที่แท้จริงต้องเข้าสูหนัด ถ้าไม่ทำถือว่าเป็นมุสลิมที่ไม่สมบูรณ์ การเข้าสูหนัดนั้น อาจทำเพียงคนเดียวหรือบางครั้งอาจจะนำเด็กชายซึ่งเป็นญาติกัน มาทำการขลิบพร้อมกันหลายคน เพื่อให้ให้เกิดความอุ่นใจแก่ผู้ที่จะต้องถูกทำการขลิบ

จากที่ได้กล่าวว่าการขลิบมีการปฏิบัติกันทั่วโลก ซึ่งมีไม่แต่เฉพาะในประเทศอิสลามเท่านั้น แต่ยังปฏิบัติกันในส่วนอื่นๆ ของโลกอีกด้วย เช่น ในสหรัฐอเมริกา ทารกเพศชายกว่าหนึ่งล้านคนก็ได้รับการขลิบหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศในแต่ละปี การขลิบอวัยวะเพศชายเป็นกฎของการรักษาความสะอาดข้อหนึ่งในอิสลาม วิธีการขลิบในสมัยก่อนเรียกว่า Abraham's method ทำโดยใช้ไม้หนีบหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศให้ยึดออกพอประมาณ จากนั้นใช้ของมีคมที่หาได้ตามแต่ในยุคสมัยนั้น ตัดผ่านผิวหนังหุ้มเฉพาะส่วนที่ยึดพันจากปลายขององคชาติอย่างรวดเร็ว และปล่อยให้เลือดหยุดเอง⁸ และช่วงอายุที่ทำการขลิบนั้นไม่ได้มีการบัญญัติที่เฉพาะเจาะจง แต่มีหลักฐานว่าสามารถทำได้หลายช่วงอายุ เช่น ขลิบเมื่อบรรลุนิติภาวะแล้ว (มีการเคลื่อนของอสุจิ หรือฝันเปียก) หรือทำการขลิบเมื่อมีอายุได้ 7 วัน หรือการขลิบเมื่อเข้ารับนับถือศาสนาอิสลาม⁹

ปัจจุบันการขลิบ (Circumcision) โดยบุคลากรทางการแพทย์ได้รับความนิยมนำขึ้นเนื่องจากมีความสะอาด ปลอดภัย ภาวะแทรกซ้อนน้อย และมีการดูแลหลังผ่าตัดจากเครือข่ายทางการแพทย์เช่น สถานีอนามัยและโรงพยาบาล ทำให้ได้รับการดูแลทันทีเมื่อเกิดปัญหาแทรกซ้อนต่างๆ เช่น แผลติดเชื้อหรือมีเลือดออก เป็นต้น

การขลิบอวัยวะเพศนั้นมีข้อดี คือ ช่วยลดการติดเชื้อทางเดินปัสสาวะในเด็กเล็กได้ ลดการเกิดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ การขลิบลดการเกิดโรค HIV และ HPV ในผู้ชาย และลดมะเร็งปากมดลูกในหญิงที่เป็นคู่่นอนได้ อีกทั้งการขลิบมีความสัมพันธ์ช่วยลดการเกิดมะเร็งองคชาติได้อีกด้วย

⁷ สืบค้น 28 มิถุนายน 2558, จาก <http://www.bloggang.com/viewblog.php?id=thaicirc20&group=1>

⁸ สืบค้น 28 มิถุนายน 2558, จาก <http://islamhouse.muslimthai.com/main/index.php?page=sub&category=7&id=18360>

⁹ สืบค้น 28 มิถุนายน 2558, จาก http://www.prostate-rama.com/reading_detail.php?cid=76

ในการขลิบอวัยวะเพศของผู้เยาว์ที่เจริญเติบโตพอสมควรแล้ว (มิใช่กรณีการขลิบเด็กทารก) นั้น เมื่อพิจารณาตามโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญามาตรา 295 แล้วพบว่าการขลิบอวัยวะเพศโดยแพทย์นั้น ครอบงำประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน ตามโครงสร้างความผิดอาญาข้อที่ 1 แล้ว การกระทำของแพทย์จึงครอบงำประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 แล้ว แต่การกระทำของแพทย์นั้น ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย คือ ผู้เยาว์ที่เจริญเติบโตพอสมควรแล้ว ซึ่งการกระทำการขลิบอวัยวะเพศ เป็นการกระทำที่มหาชนให้การยอมรับ โดยเป็นไปตามหลักศาสนา และอีกเหตุผลหนึ่งคือเป็นไปเพื่อความสะอาด ลดอัตราการเกิดโรค ความยินยอมของผู้เยาว์ดังกล่าว จึงเป็นความยินยอมที่ให้การกระทำที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ทำให้แพทย์มีอำนาจกระทำได้

ในส่วนกฎหมายอาญาของไทยไม่มีการบัญญัติในเรื่องความยินยอมในทางอาญาอย่างชัดเจนว่าความยินยอมเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ โดยมีหลักอยู่ประการหนึ่งที่ยอมรับกันโดยทั่วไปรวมทั้งในกฎหมายอาญาคือหลักที่ว่าความยินยอมไม่ก่อให้เกิดการละเมิด¹⁰ แต่เด็กหรือเยาวชนบางคนไม่สามารถให้ความยินยอมได้เพราะบางคนไม่สามารถหยั่งรู้ถึงการกระทำนั้นและรู้ถึงคุณค่าของการกระทำนั้นว่าดีหรือไม่ซึ่งมักจะเป็นความยินยอมที่มีน้ำหนักน้อยและไม่ค่อยจะมีเหตุผลและถือว่าเป็นความยินยอมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹¹ เพราะความยินยอมที่ผู้กระทำจะอ้างเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้นั้น จะต้องเป็นความยินยอมต่อการกระทำที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จำเป็นต้องมีการพิจารณาหลักกฎหมายและอธิบายหลักกฎหมายที่ชัดเจนยิ่งขึ้น

ในขณะที่ต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น มลรัฐต่างๆ ประเทศอังกฤษ ออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศฟิลิปปินส์ รวมทั้งประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง มีมาตรการในการควบคุมรวมทั้งกฎเกณฑ์บทลงโทษการสักร่างกายบนผิวหนังอย่างชัดเจนรวมทั้งเกี่ยวข้องกับการให้ยินยอมจากผู้ปกครองหรือผู้ดูแลในการให้ผู้กระทำการสักร่างกาย โดยมีหลักเกณฑ์อายุของผู้เยาว์ไว้อย่างชัดเจน

ดังนั้นผู้เขียนมีความต้องการศึกษาในเรื่องความยินยอมในกฎหมายอาญา ศึกษากรณีการสักร่างกายและการขลิบอวัยวะเพศ โดยเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายของไทยกับ

¹⁰ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น. 261), โดย คณิต ฅ นคร ก, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹¹ จาก *ความยินยอมในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 41-42), โดย กมลชัย รัตนสกววงศ์, 2523, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ต่างประเทศ เพราะการสักร่างกายและการขลิบอวัยวะเพศนั้นเป็นการทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 เพื่อที่จะอธิบายหลักกฎหมายที่ชัดเจนขึ้นเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายเกี่ยวกับหลักการให้ความยินยอมในกฎหมายอาญา ตลอดจนโครงสร้างความคิดทางอาญา
2. เพื่อศึกษาขอบเขตปัญหาการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในกรณีการสักร่างกายและการขลิบอวัยวะเพศ กับขอบเขตความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295
3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหา ตลอดจนผลกระทบของการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในกรณีสักร่างกายและการขลิบอวัยวะเพศ กับขอบเขตความผิดฐานทำร้ายร่างกายของประเทศไทย และต่างประเทศ
4. เพื่อศึกษาหาแนวทางในการพิจารณาความยินยอมของผู้เยาว์ที่ชัดเจน และผลทางกฎหมาย

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติขอบเขตการให้ความยินยอมของผู้เสียหาย อีกทั้งมิได้บัญญัติความยินยอมของผู้เยาว์ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เยาว์ เนื่องจากการสักร่างกายให้กับเด็กหรือผู้เยาว์จนทำให้เกิดความเสียหาย ซึ่งเป็นการใช้กำลังทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 จึงจำเป็นต้องมีการศึกษากรณีของการสักร่างกาย ซึ่งสามารถทำได้ในสถานที่ต่างๆ เช่นตามตลาดนัด ทำให้ผู้เยาว์มีโอกาสติดเชื้อโรค หรือติดเชื้อแบคทีเรีย เชื้อไวรัส เช่น เชื้อไวรัสตับอักเสบบี โรคเอดส์ เป็นต้น อีกทั้งกรณีการขลิบอวัยวะเพศผู้เยาว์นั้น ยังคงต้องมีการศึกษาเพื่อความชัดเจนในการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ต่อไป

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศ พบว่าในต่างประเทศมีการวางหลักเกณฑ์เรื่องความยินยอมของผู้เสียหายในการที่จะให้ความยินยอมได้ในกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการเปรียบเทียบหลักกฎหมายของประเทศไทย โดยสามารถอธิบายหลักกฎหมายได้ชัดเจนขึ้น อันจะเป็นประโยชน์แก่ผู้เสียหายที่ได้ให้ความยินยอมในการกระทำความผิดอาญา

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ทำการศึกษาถึง ต้องการศึกษารายละเอียดในเรื่องหลักความยินยอมในกฎหมายอาญาของผู้เยาว์ โดยมีได้ศึกษาถึงกรณีของเด็กทารก เปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายของไทยและต่างประเทศ อันพึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน อาทิเช่น

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59, 295, 297 และบทบัญญัติของกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง โดยศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศได้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ และประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนศึกษาถึงคำวินิจฉัยและคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องเพื่อใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวกับความยินยอมในทางอาญา และกรณีสักร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์กับระบบกลไกในการแก้ไขปัญหา เพื่อให้มีความสอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบัน และก่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะทำการศึกษาค้นคว้าและวิจัยแบบการวิจัยเชิงเอกสาร (document research) โดยค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลจากหนังสือ บทความ ข่าวสาร และตัวบทกฎหมายของไทย และของต่างประเทศ รวมทั้งสื่อประเภทอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด, ทฤษฎี และหลักกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความยินยอม ตลอดจนโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา
2. ทำให้ทราบถึงขอบเขตปัญหาการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในกรณีการสักร่างกายและการขลิบอวัยวะเพศ กับขอบเขตความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295
3. ทำให้ทราบถึงผลของการเปรียบเทียบปัญหา ตลอดจนผลกระทบของการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในกรณีการสักร่างกายกับการขลิบอวัยวะเพศ กับขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาของประเทศไทย และต่างประเทศ
4. ทำให้ทราบถึงหลักการในการพิจารณาหลักกฎหมายเกี่ยวกับความยินยอมในทางกฎหมายอาญาที่ชัดเจน อันเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายที่ได้ให้ความยินยอมในทางอาญา

บทที่ 2

หลักความยินยอมในกฎหมายอาญา

ความยินยอมในความผิดฐานทำร้ายร่างกายนั้น อยู่ในโครงสร้างความรับผิดทางอาญา ข้อที่ 2 (ความผิดกฎหมาย) เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ซึ่งบุคคลผู้เป็นเจ้าของสามารถให้ความยินยอมที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมาย คือ ความปลอดภัยของร่างกายได้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาหลักเกณฑ์ของความยินยอมในทางกฎหมายอาญา เพื่อเข้าใจถึงหลักความยินยอมดังกล่าว

การสักร่างกายมีทั้งการสักเพื่อความสวยงามหรือเพื่องานศิลปะ และการสักยันต์ที่มีจุดประสงค์หลักในเรื่องของความเชื่อทางไสยศาสตร์ เช่น จะทำให้มีโชค แคล้วคลาด ปลอดภัย อยู่ยงคงกระพัน และพ้นจากอันตรายต่างๆ โดยมีความเชื่อว่า รูปแบบลายสักหรือยันต์แต่ละชนิดจะให้คุณที่ต่างกัน และผู้ที่ได้รับการสักยันต์จะต้องปฏิบัติตามข้อบังคับที่แต่ละสำนักกำหนดไว้ เช่น ห้ามคำบิคา มารดา ห้ามลบหลู่ครูอาจารย์ ดังนั้นผู้เขียนจำเป็นต้องทำการศึกษาแนวคิดและวิวัฒนาการในการบัญญัติขอบเขตความรับผิดฐานการสักลายบนผิวหนังโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 ความยินยอมในกฎหมายอาญา

2.1.1 ความยินยอมของผู้เสียหาย

ในกฎหมายอาญาของไทยเราไม่มีบทบัญญัติใดๆ ที่บัญญัติให้ “ความยินยอมของผู้เสียหาย” (Einwilligung) เป็น “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” อย่างไรก็ตาม นักนิติศาสตร์ของไทยเรากล่าวว่า มีหลักอยู่ประการหนึ่งที่ยอมรับกันทั่วไปในทางกฎหมายรวมทั้งในทางกฎหมายอาญาด้วย คือหลักที่ว่า “ความยินยอมไม่ก่อให้เกิดการละเมิด” (volenti non fit iniuria) ดังนั้น ในตำรากฎหมายอาญาของไทยเราจึงยอมรับกันทั่วไปว่า “ความยินยอมของผู้เสียหาย” เป็น “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” เหตุหนึ่ง¹ ฉะนั้น เพื่อความสมบูรณ์ในทางตำราจึงจะกล่าวถึงความยินยอมของผู้เสียหายไว้ด้วย

¹ จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 7), ตอน 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6) จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (หัวข้อ 256), โดย จิตติ ดิงสภักดิ์, 2525, กรุงเทพฯ : สยามการพิมพ์.

ความยินยอมในทางอาญานั้นแตกต่างจากความยินยอมในทางแพ่ง ในทางแพ่งถือว่าความยินยอมเป็นการแสดงเจตนาเพื่อก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ จึงเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง² แต่ความยินยอมในกฎหมายอาญานั้น เป็นการที่ผู้เสียหายได้สละประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่ได้รับผลร้าย

“ความยินยอมของผู้เสียหาย” คือ การที่ผู้เสียหายสละความคุ้มครองในทางกฎหมายโดยการสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) โดยรู้ตัว กล่าวคือ ผู้เสียหายรู้ว่า จะเกิดผลอย่างไรแก่ตนในกรณีนั้น ฉะนั้น ความยินยอมของผู้เสียหายจึงเกี่ยวข้องกับ “ผลของการกระทำ” มิใช่เกี่ยวข้องกับ “ตัวการกระทำ”³

ในทางกฎหมายอาญามีความยินยอมของผู้เสียหายอยู่ 2 ลักษณะ คือ

- (1) ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ และ
- (2) ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิด⁴

ความยินยอมทั้งสองอย่างนี้มีผลในทางกฎหมายแตกต่างกัน กล่าวคือ ในการกระทำใดที่มีความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย แต่ในการกระทำใดที่มีความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดปรากฏอยู่ด้วย การกระทำนั้นก็จะเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

ตัวอย่าง

การที่ผู้รับการรักษาพยาบาลยอมให้นายแพทย์ทำการรักษาพยาบาลโดยในการรักษาพยาบาลนั้น นายแพทย์ต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของคน

(ก) ถ้ากฎหมายบัญญัติให้ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ กรณีถือว่าการกระทำของนายแพทย์ครบองค์ประกอบของความผิดฐานทำร้ายร่างกายแต่การกระทำนี้ไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

(ข) แต่ถ้ากฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ในกรณีเช่นนี้อาจถือว่าการกระทำของนายแพทย์ไม่ใช่การทำร้ายในความหมายของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เพราะการทำร้ายคือการกระทำให้เลวลง แต่การกระทำในการรักษา

² ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา (น. 24). เล่มเดิม.

³ จาก ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรบัณฑิต) (น. 3-8). โดย ประทีป ปรัชญาภรณ์, 2522, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁴ ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา (น. 54). เล่มเดิม.

พยาบาลเป็นการกระทำที่ดีขึ้น การกระทำของนายแพทย์จึงเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบของความผิดฐานทำร้ายร่างกายแต่บางกรณีการกระทำก็ไม่เป็นความผิดหากความยินยอมนั้น “ไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี” เช่น การที่คนไข้ยินยอมให้แพทย์ตัดอวัยวะเพื่อรักษาโรค แม้การกระทำของแพทย์จะครบองค์ประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่การกระทำของแพทย์ก็ไม่มี ความผิด เพราะความยินยอมของคนไข้ยกเว้นความผิดให้แก่แพทย์เนื่องจากเป็นความยินยอมที่ ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี ข้อสังเกตความยินยอมดังกล่าวนี้เป็น “เหตุยกเว้นความผิด” ซึ่ง แตกต่างกับกรณีผู้ครอบครองทรัพย์สินอนุญาตให้อาทรัพย์ไป ซึ่งเป็นความยินยอมที่ทำให้การกระทำ ไม่เป็นความผิดเพราะ “ขาดองค์ประกอบ(ภายนอก)ของความผิด”⁵

2.1.2 ความยินยอมของผู้เสียหายกับคุณธรรมทางกฎหมาย

ความยินยอมของผู้เสียหายเกี่ยวข้องโดยตรงกับการสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ของผู้เสียหาย

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) มี 2 ประเภทคือ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” (Universalrechtsgut) และ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut)⁶ การ สละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) เท่านั้น สำหรับ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” บุคคลไม่มีอำนาจที่จะ สละได้ เพราะบุคคลไม่ใช่เจ้าของ “คุณธรรมทางกฎหมาย” ประเภทนี้

การแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอมของผู้เสียหายอาจเป็นการแสดงเจตจำนงโดย ชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ แต่ต้องเป็นการแสดงเจตจำนงโดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งออกไป ภายนอก การนิ่งเฉยไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมหรือเป็นการสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)⁷

2.1.3 องค์ประกอบของความยินยอมของผู้เสียหาย

ความยินยอมของผู้เสียหายประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ ทำนองเดียวกับเหตุ ที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้อื่นๆ คือ

- (1) สถานการณ์ของความยินยอม
- (2) การกระทำในกรณีของความยินยอม และ

⁵ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 9) (น. 431), โดย เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2549. กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์.

⁶ จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 155), โดย คณิต ฌ นคร ข, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁷ แหล่งเดิม. (น. 266).

(3) การรู้เรื่องความยินยอม

1) สถานการณ์ของความยินยอม

สถานการณ์ที่จะถือว่าเป็นสถานการณ์ที่ผู้เสียหายจะยินยอมให้กระทำได้จะต้องเป็นสถานการณ์ที่ประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการที่ประกอบเข้าด้วยกัน คือ “เงื่อนไขในทางเนื้อหา” (sachliche Voraussetzung) และ “เงื่อนไขในทางส่วนตัว” (personliche Voraussetzung)

(1) เงื่อนไขในทางเนื้อหา

เงื่อนไขในทางเนื้อหา (sachliche Voraussetzung) ของสถานการณ์ของความยินยอมประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

(1) กรณีต้องเกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลสามารถสละได้

(2) กรณีต้องไม่มีข้อบกพร่องในการให้ความยินยอม และ

(3) กรณีต้องเป็นเรื่องของความยินยอมที่มีอยู่ก่อนการกระทำ

“คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) โดยทั่วไปเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ที่ผู้เสียหายสามารถที่จะสละได้ เป็นต้นว่า เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ ทรัพย์สิน

“ความปลอดภัยของร่างกาย” แม้จะเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) แต่ก็มีข้อจำกัดในการสละ กล่าวคือ เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าความยินยอมของผู้เสียหายในส่วนที่เกี่ยวกับความปลอดภัยของร่างกายที่จะเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นั้นจะต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน⁸

สำหรับ “ชีวิตมนุษย์” นั้นถือว่าเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ที่มีค่าสูงสุดสำหรับมนุษย์ แม้ในทาง “คุณธรรมทางกฎหมาย” สาระสำคัญของชีวิตมนุษย์จะเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) แต่ก็ยึดถือกันทั่วไปว่าชีวิตมนุษย์เป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” ที่ไม่สามารถสละได้

ตัวอย่าง

ใช้ปืนยิงคน โดยเชื่อว่าอยู่ยงคงกระพันอันปราศจากเหตุผล เป็นความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา⁹

ดังนั้น ไม่ว่ากรณีใดๆ การกระทำต่อชีวิตมนุษย์ผู้กระทำย่อมมีความรับผิดชอบในทางอาญาเสมอ ความรับผิดชอบในทางอาญาย่อมไม่อาจตกไปเพราะความยินยอม

⁸ จาก กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1 (พิมพ์ครั้งที่ 7), ตอน 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6), กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

⁹ ฎีกาที่ 59/2502 (น. 95).

ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นความยินยอมที่ไม่มีข้อบกพร่องใดๆ ในการแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอม ฉะนั้น ความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดจากการบังคับ บังคับหรือหลอกลวงจึงไม่เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงและเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ

ในบางสถานการณ์ที่เกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิดหน้าที่ที่จะต้องอธิบายให้ผู้ที่จะให้ความยินยอมนั้นทราบและเข้าใจถึงผลดีผลเสียของการกระทำ และผู้ที่จะให้ความยินยอมเข้าใจในผลที่จะเกิดขึ้นกับตนแล้ว กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีของความยินยอมที่เรียกว่า “ความยินยอมที่บอกกล่าว” (Informed Consent) และในกรณีเช่นนี้ “ความยินยอมที่บอกกล่าว” เท่านั้นที่จะเป็นความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมายและที่จะเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดกระทำได้ตามกฎหมาย กรณีของความยินยอมที่บอกกล่าวมานี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือกรณีระหว่างนายแพทย์กับผู้ป่วย

ความยินยอมของผู้เสียหายจะต้องเป็นความยินยอมที่มีอยู่ก่อนการกระทำหรืออย่างน้อยขณะกระทำ ความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำหรือการให้สัตยาบันกับการกระทำไม่ใช่ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด เพราะในกรณีของการให้สัตยาบันนั้นถือว่าอำนาจลงโทษของรัฐได้เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ก่อนหน้านั้นแล้ว ฉะนั้น รัฐเท่านั้นที่จะมีอำนาจลงโทษได้ เป็นต้นว่า โดยการใช้อุปกรณ์สังฆฆไม่ฟ้องโดยพนักงานอัยการ หรือโดยการอภัยโทษโดยฝ่ายบริหาร กรณีไม่อยู่ในอำนาจของผู้เสียหายอีกต่อไป

(2) เงื่อนไขในทางส่วนตัว

เงื่อนไขในทางส่วนตัวที่จะทำให้ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 2 ประการ คือ

(1) อำนาจที่จะสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) และ

(2) ความสามารถที่จะสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)

โดยทั่วไปผู้ใดเป็นเจ้าของ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ผู้นั้นเท่านั้นที่มีอำนาจที่จะสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” นั้นได้ อย่างไรก็ตามในบางกรณีผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากผู้เสียหายก็อาจมีอำนาจสละคุณธรรมทางกฎหมายแทนผู้เสียหายได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์และทรัพย์สิน

ในบางสถานการณ์อาจมีบุคคลหลายคนต่างมีอำนาจที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมาย ในกรณีเช่นนี้บุคคลใดบุคคลหนึ่งมีอำนาจสละคุณธรรมทางกฎหมายได้

ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยในคดีหนึ่งว่า

“จำเลยเข้าไปในเรือนของผู้เสียหายกลางคืนเวลา 1 นาฬิกา โดยบุตรของผู้เสียหาย ซึ่งรักใคร่กับจำเลยมาก่อนนัดให้เข้าไปและพาขึ้นเรือนนั้น นับว่าจำเลยเข้าไปโดยมีเหตุอันสมควร แม้ว่าผู้เสียหายและภรรยาไม่อนุญาตก็เป็นไปตามวิสัยของเรื่องเช่นนี้ที่ต้องปิดบัง ดังนี้ จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 364 ประกอบด้วย มาตรา 365 (2) (3)”¹⁰

กรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำของจำเลยเป็นการเข้าไปโดยไม่มีเหตุอันควร แต่กรณีต้องถือว่าบุตรของผู้เสียหายมีสิทธิเข้าบ้านร่วมด้วย บุตรของผู้เสียหายจึงมีอำนาจสละคุณธรรมทางกฎหมายได้ด้วยอีกผู้หนึ่ง โดยนัยดังกล่าวนี้จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานบุกรุก¹¹

ความสามารถในการที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เสียหายนี้แม้จะเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งแต่ก็ไม่เกี่ยวข้องกับความสามารถของบุคคลในการทำนิติกรรมตามกฎหมายแพ่ง

ความสามารถในการที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องของความสามารถในการรู้เรื่องรู้ราวและความสามารถในการตัดสินใจของบุคคลในทางความเป็นจริง กล่าวคือผู้ใดมีความรู้ความเข้าใจในความหมายและผลได้ผลเสียของเรื่องที่จะให้ความยินยอมนั้นที่เพียงพอแล้ว แม้ผู้นั้นจะยังเป็นผู้เยาว์ก็สามารถที่จะให้ความยินยอมได้และทำให้ความยินยอมนั้นเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมาย

2) การกระทำในกรณีของความยินยอม

การกระทำที่อยู่ในกรอบของความยินยอมของผู้เสียหาย คือการกระทำที่ตรงกับความประสงค์ของผู้เสียหายและตรงกับเจตจำนงของผู้เสียหาย กล่าวคือ ต้องพิจารณาลักษณะของการกระทำ วัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ ความมากน้อยของการกระทำ และในบางกรณีอาจต้องพิจารณาเวลา สถานที่ และบุคคลประกอบด้วย ซึ่งการจะถือว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่อยู่ในกรอบของความยินยอมของผู้เสียหายหรือไม่ จะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป

3) การรู้เรื่องความยินยอม

เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ทุกเหตุต้องประกอบด้วยส่วนที่เป็นอัตตะวิสัย (Subjective) รวมอยู่ด้วยเสมอ ในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายนี้ก็เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ในขณะที่กระทำจะต้องมีความยินยอมของผู้เสียหายอยู่แล้ว และผู้กระทำได้กระทำไปโดยรู้ถึงการมีอยู่ของความยินยอมของผู้เสียหาย

¹⁰ ฎีกาที่ 1353/2508 (น. 2056)

¹¹ กฎหมายอาญาภาคความผิดอาญา (น.270). เล่มเดิม.

4) ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ความยินยอมต้องไม่ฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

“ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ต้องพิจารณาที่จุดมุ่งหมายของการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย หลักการคือ “ความรู้สึกที่รับได้และถูกต้องของทุกคนในสังคม” (das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden)¹² เช่น ในเรื่องการทำร้ายหรือการฆ่ากัน เป็นกรณีที่กฎหมายไม่ยอมรับความยินยอม เพราะกฎหมายต้องการคุ้มครองบุคคลมิให้ทำร้ายหรือฆ่ากันเอง¹³ ทั้งนี้ความผิดเช่นฐานความผิดทำร้ายร่างกายมาตรา 295 มาตรา 297 และมาตรา 290 ผู้ถูกระทำจะยินยอมโดยบริสุทธิ์ใจการกระทำนั้นก็ครบองค์ประกอบความผิด¹⁴ เรื่องนี้จึงต้องพิจารณาผลประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง (Rechtsgut หรือ interest protected by law) ว่าข้อใดที่กฎหมายยอมให้สละได้ เพราะคุณธรรมทางกฎหมายมิใช่จะสละได้ทั้งหมด คุณธรรมทางกฎหมายสามารถแยกได้เป็น 2 ประเภท¹⁵ คือ¹⁶

1.1 คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยต่างๆ กฎหมายคุ้มครองแรงงาน เป็นต้น ผู้ที่เป็นเจ้าของคุณธรรมจะสละไม่ได้เพราะกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มุ่งให้เกิดความสงบแก่ส่วนรวมและความยุติธรรมในสังคม

1.2 คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนตัว (Individualrechtsgut) ได้แก่ เรื่องชีวิตร่างกาย เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ เป็นต้น ผู้เป็นเจ้าของคุณธรรมนี้อาจยอมให้ผู้ละเมิดได้ แต่ต้องดูว่ากฎหมายนั้นมุ่งคุ้มครองเอกชนโดยส่วนตัวอย่างแท้จริงหรือไม่ เช่น ในเรื่องข้อ โกงตามมาตรา 341 ยักยอกตามมาตรา 352 หรือข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก เป็นต้น ถ้ากฎหมายมิได้คุ้มครองเพียงส่วนตัวบุคคล ยังมองถึงสังคมรวมด้วยแล้ว เช่น การฉ้อโกงประชาชนตามมาตรา 343 ก็ดี การข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นต่อหน้าธารกำนัล หรือทำให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายตามมาตรา 281 ก็ดี ความยินยอมของผู้เสียหายก็ไม่ลบล้างความผิด

¹² From *Strafrecht : Allgemeiner Teil*, Band 1, 3, Auflage, Muchen 1977, & 13 Rdn 39; Harro Otter, *Grundkurs Strafrecht : Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Auflage, Berlin 2004, & Randnummer 120, S. 129.

By Vgl. Claus Roxin,

¹³ Hart, *Law, Liberty, and Morality*, (p. 31).

¹⁴ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 431). เล่มเดิม

¹⁵ จาก “ผู้เสียหายในคดีอาญา,” โดย คณิต ณ นคร ค. 2521, *วารสารอัยการ*, 1(1), น. 48.

¹⁶ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป (แก้ไขเพิ่มเติม) (พิมพ์ครั้งที่ 13) (น. 161), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ตัวอย่าง

ผู้ให้ความยินยอมเป็นผู้ที่มีความวิปริตทางเพศยอมให้คู่ขาทำร้ายเพื่อจะได้สำเร็จความ
ใคร่ ความยินยอมดังกล่าวเป็นความยินยอมที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี ไม่อาจอ้างเป็นความยินยอมได้

5) การยอมรับเอาซึ่งการกระทำ

ในกรณีใดที่องค์ประกอบภายนอกของความผิดใจวางเงื่อนไขอยู่ที่การฝ่าฝืนเจตจำนงที่
แท้จริงของผู้อื่น ในกรณีนั้นการครอบงำองค์ประกอบย่อมเกิดขึ้นไม่ได้หากผู้ถูกระทำได้ยอมรับเอา
ซึ่งการกระทำนั้น หรือการกระทำที่มี “การยอมรับเอาซึ่งการกระทำ” (Einverständnis) ของผู้เสียหาย

ตัวอย่าง

การลักทรัพย์คือการเอาไปซึ่งทรัพย์ของผู้อื่น ซึ่งหมายถึงการกระทำที่ฝ่าฝืนการ
ครอบครองของผู้อื่นและตั้งการครอบครองใหม่ นายหนึ่งต้องการลักรถยนต์นายสองและนายสอง
สังเกตเห็นการกระทำดังกล่าว นายสองยินดีที่รถโบโรทั้งจะได้พ้นไปจากตน ในกรณีนี้ย่อมไม่มีการ
ฝ่าฝืนการครอบครอง องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานลักทรัพย์ไม่สมบูรณ์ กรณีจึงเป็นเพียง
การพยายามลักทรัพย์ที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้เท่านั้น¹⁷

2.1.4 ระยะเวลาของการให้ความยินยอม

1) ความยินยอมจะต้องมีอยู่ก่อนหรืออย่างน้อยจะต้องมีอยู่ขณะกระทำและมีอยู่ตลอด
การกระทำนั้น โดยทั่วไปแล้วความยินยอมจะต้องมีอยู่ขณะกระทำไม่ว่าจะเป็นความยินยอมที่
ผู้เสียหายแสดงออกในขณะที่มีการกระทำ หรือแสดงออกก่อนการกระทำแล้วยังคงมีผลอยู่มิได้
บอกถอนเสียก่อนการกระทำนั้นจะสิ้นสุดลง

2) การบอกถอนความยินยอม ให้ความยินยอมนั้นเป็นอันสิ้นผล Dr”Johannes
Andenaes ยอมรับว่าการยินยอมให้ทำร้ายร่างกายในการชกมวยไม่ขัดต่อกฎหมายอาญา ยกตัวอย่าง
เช่นว่าในตอนแรก ก. ยอมรับคำท้าของ ข. และต่อสู้กับ ข. แต่ต่อมาเกิดเปลี่ยนใจถอนความยินยอม
ข. ยังทำร้าย ก. ข. จะอ้างคำพูดที่ว่า “a word is a word a man is a man” มาเถียงการลงโทษนั้น
ไม่ได้¹⁸ แสดงว่าเมื่อได้มีการถอนความยินยอมแล้ว ก็ถือว่าไม่มีความยินยอมจะอ้างความยินยอมแต่
แรกเริ่มมาเถียงการลงโทษนั้นไม่ได้แต่ความยินยอมครั้งก่อนก็สมบูรณ์ ตัวอย่างเช่น ก.อนุญาตให้
ข. ตัดไม้ในที่ดินของ ก. ดังนี้ ข. ย่อมไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ หรือทำให้เสียหาย หรือบุกรุก
และได้กรรมสิทธิ์ในไม้นั้นมาเป็นเจ้าของ ต่อมา ก.จะเปลี่ยนเจตนาในอดีตโดยไม่ยอมให้ ข. เป็น
เจ้าของกรรมสิทธิ์ในไม้นั้นไม่ได้ และ ก.จะเรียกคืนก็ไม่ได้และผูกพัน ก.ตามหลักทางแพ่ง

¹⁷ From *Grundkurs Strafrecht : Allgemeine Strafrechtslehre*, 7, By Vgl. Harro Otto, 2004, Auflage,
Berlin 2004, & Randnummer 124, S.130.

¹⁸ *Johannes Andenaes* (p. 185). Op. cit.

การบอกเลิกความยินยอมจะมีผลเป็นการผิดสัญญาไม่ชำระหนี้ในทางแพ่งหรือไม่ย่อมแล้วแต่ความรับผิดในทางแพ่งอีกส่วนหนึ่ง เช่นเจ้าของที่ดินยอมให้ผู้อื่นปลูกบ้านรुकล้าที่ดินผู้ปลูกบ้านรुकล้ายอมไม่มีความผิดอาญาฐานบุกรุกหรือละเมิดในทางแพ่ง แต่เจ้าของที่ดินเพิกถอนความยินยอมได้ ถ้าไม่รื้อถอนไปภายหลังที่ได้บอกเลิกความยินยอมแล้วก็เป็นละเมิดในทางแพ่ง ความยินยอมมีผลเพียงเรียกค่าเสียหายในกรณีที่ทำไปแล้วไม่ได้แต่ไม่ผูกพันถึงกับจะบอกเลิกไม่ได้¹⁹

3) ความยินยอมภายหลังการกระทำ กล่าวอีกนัยหนึ่งความยินยอมในทางอาญาไม่มีผลย้อนหลัง เช่นการยกโทษให้ ไม่ใช่สาระสำคัญของความผิดอาญา ที่จะแยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างให้พ้นจากความรับผิดทางอาญา มีผู้ให้คำอธิบายว่า การยกโทษให้หรือการให้อภัยนี้เป็นสิ่งที่มาภายหลังจากข้อเท็จจริงเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายได้ผ่านไป²⁰ ดังนั้นการให้อภัย จึงไม่มีผลอะไรต่อความผิดอาญา การยกโทษหรือการให้อภัยนี้ไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา เพราะกฎหมายอาญาถือว่าผลประโยชน์ของรัฐซึ่งดำเนินกระบวนการพิจารณากับการกระทำผิดนั้นเป็นเรื่องมหาชน²¹ มีความสำคัญกว่าการที่ปัจเจกบุคคลให้อภัยกัน ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วการที่ปัจเจกบุคคลให้อภัยกันจึงไม่เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินคดีของรัฐ เป็นต้น

2.1.5 ความยินยอมของผู้เยาว์

เกี่ยวกับความยินยอมของผู้เยาว์ โดยทั่วไปแล้วความยินยอมของบุคคลที่ยังไม่เป็นผู้ใหญ่ (adults) มักจะเป็นความยินยอมที่มีน้ำหนักน้อยและไม่ค่อยจะมีเหตุผลและถือกันว่าเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย²²

สำหรับประเทศไทยเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอมได้นั้น แม้ผู้เสียหายจะยังไม่บรรลุนิติภาวะ ถ้ายังไม่ถึงกับไร้เดียงสาแล้ว บุคคลดังกล่าวมีความสามารถตามกฎหมายที่จะให้ความยินยอมได้ เช่น หญิงอายุ 16 ปี อยู่ในความปกครองของบิดา อาจยินยอมในความผิดต่อเพศได้²³ ผู้เยาว์ยินยอมให้หมั้นประมาทได้²⁴

¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1084/2507

²⁰ Wayne R. LaFave and Austin W. Scott (p. 410). Op. cit.

²¹ คดี Combs V. Commonwealth, 283 S.W. 2d 714 (Ky.1955); People V. Gould, 70 Mich. 240, 38 N.W. 232 (1888), Ibid, n.41 kp.411.

²² กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1 (น. 810). เล่มเดิม

²³ คำพิพากษาฎีกาที่ 828/2486 (2486 ถ.754)

²⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 743/2464 (5 ธศ.536)

2.1.6 การให้ความยินยอมแทน

ในกรณีที่ผู้เยาว์ คนวิกลจริต ไม่อาจให้ความยินยอมได้²⁵ เช่น

1) ผู้ให้ความยินยอมแทน²⁶ ในกรณีที่ผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริต ซึ่งไม่อาจให้ความยินยอมได้โดยทั่วไปแล้วบิดามารดาหรือผู้ปกครองเป็นผู้ที่มีความสามารถตามกฎหมายที่จะให้ความยินยอมแทนได้²⁷ เว้นแต่ในความคิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งเป็นเรื่องส่วนตัวผู้อื่นจะมาให้ความยินยอมแทนไม่ได้ และกฎหมายคุ้มครองผู้เยาว์ไว้โดยเด็ดขาดแม้แต่ตัวผู้เยาว์เองในบางกรณี (มาตรา 277) ก็ไม่อาจให้ความยินยอมเองได้ แต่ที่จำเป็นจะต้องให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองให้ความยินยอมแทนนั้น เพราะผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริตมีความรู้สึกลึกซึ้งไม่ถึงระดับที่จะใช้ดุลพินิจให้ความยินยอมได้ ประการหนึ่ง และการกระทำบางอย่างถ้าหากไม่ได้รับความยินยอมแล้ว ผู้กระทำมีความผิดทางอาญาอีกประการหนึ่ง ดังนั้น เมื่อบิดามารดา หรือผู้ปกครองเป็นผู้ที่คอยดูแลผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริตอยู่แล้ว เป็นผู้ที่มีความสามารถตามกฎหมายที่จะให้ความยินยอมแทน อย่างไรก็ตามศาลก็มีอำนาจที่จะให้ความยินยอมแทนผู้เยาว์ได้

2) ดุลพินิจในการให้ความยินยอมแทน บิดามารดาหรือผู้ปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจให้ความยินยอมในทางที่ไม่ขัดกับผลประโยชน์หรือเป็นผลร้ายต่อผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริต อย่างไรก็ตามศาลมีอำนาจที่จะทบทวนการใช้ดุลพินิจนี้ได้เมื่อมีผู้ร้องขอจะเห็นได้จากคดีที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ

²⁵ คดี *Marry V. Vandevander*, 522 P.2d 302 (IkI.App.1974), *Ibid.* p.p. 92-93

กรณีปกติตัวบุคคลผู้นั้นเองเป็นผู้มีอำนาจเหนือตัวของเขาเอง ที่จะตัดสินใจด้วยตนเองเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคล (individual's right) แต่สำหรับผู้สูงอายุหรือบุคคลผู้พิการ อาจให้พนักงานอัยการกระทำในนามของเขาเพื่อที่จะรับการรักษาปฏิบัติทางแพทย์ และในกรณีที่บุคคลนั้นมีคำสั่งศาลว่าเป็นคนไร้ความสามารถในประเทศสหรัฐอเมริกา การให้ความยินยอมในการรับการรักษาหรือปฏิบัติทางแพทย์จะต้องได้รับจากคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเรียก "the mentally incompetent's committee" *Ibid.* p. 92.

²⁶ กฎหมายคอมมอนลอว์วินิจฉัยว่า บิดามารดาหรือผู้ปกครองตามบทกฎหมายของเด็ก มีอำนาจที่จะให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลเด็ก เดิมเคยวินิจฉัยว่า เด็กยังไม่เจริญเติบโตยังไม่มีความสามารถในการตัดสินใจได้อย่างเหมาะสม และเชื่อว่าบิดามารดาจะกระทำในสิ่งที่เป็นประโยชน์ต่อเด็กมากที่สุด และเด็กจะได้รับการคุ้มครอง แต่ก็เป็นข้อสันนิษฐานที่สามารถโต้แย้งได้บางครั้งเพราะความเชื่อทางศาสนาของบิดามารดา อาจจะไม่อนุญาตให้เด็กได้รับการรักษาพยาบาล ซึ่งสังคมเชื่อว่าการรักษาพยาบาลนี้เป็นประโยชน์ต่อเด็กมากที่สุด รัฐจึงใช้สิทธิของตนเองภายใต้ *Parents patria doctrine duty of state to protect its citizens*) เข้าแทรกแซงเพื่อคุ้มครองผู้เยาว์ *Ibid.* p. 93.

²⁷ *The Guardianship Act 1973* มาตรา 1(1) ยอมรับว่าบิดามารดามีอำนาจให้ความยินยอมแทนเด็กที่ยังเยาว์ในการผ่าตัดได้ในกรณีที่เด็กยังไม่อาจเข้าใจถึงวัตถุประสงค์ของการผ่าตัด ดู *Glanville Williams, op.cit.*

2.1.7 ความยินยอมของผู้เยาว์และบิดามารดาหรือผู้ปกครองขัดกัน

ในกรณีที่ผู้เยาว์ปฏิเสธการรักษาพยาบาลทางแพทย์ บิดามารดาจะให้ความยินยอมแทนได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากอายุของการใช้ดุลพินิจ (the age of discretion) ของผู้เยาว์ Dr. Glanville Williams มีความเห็นว่าในเรื่องจริยศาสตร์ทางแพทย์เช่น การสละอวัยวะแม้ผู้เยาว์จะอายุต่ำกว่า 16 ปี ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 8 แห่ง The Family Law Reform Act 1969²⁸ แต่มีอายุที่สูงกว่าระดับที่ใช้ดุลพินิจได้แล้ว ย่อมให้ความยินยอมได้เพราะเรื่องจริยศาสตร์ทางแพทย์มิใช่เรื่องของกฎหมายที่จะมาควบคุม²⁹ แต่ถ้าในเรื่องการผ่าตัดในกรณีที่เด็กอายุสูงกว่าระดับที่ใช้ดุลพินิจแต่ยังจะต้องให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองให้ความยินยอมแทน หากความยินยอมขัดกัน ควรให้ศาลเป็นผู้พิจารณา แต่ถ้าเด็กมีความสามารถที่จะให้ความยินยอมตามกฎหมายแล้ว การคัดค้านของบิดามารดาหรือผู้ปกครองย่อมไม่ทำให้ความยินยอมของเด็กเสียไปแต่อย่างใด เช่นกรณีที่บิดาห้ามบุตรสาวร่วมเพศกับชายยอมไม่ทำให้ชายมีความผิดฐานข่มขืน เพราะความผิดฐานข่มขืนจะต้องได้รับความยินยอมจากตัวหญิง ความไม่ยินยอมของบิดาย่อมไม่เกี่ยวข้องกับแต่อย่างใด ด้วยเหตุอย่างเดียวกันการที่เด็กยินยอมให้แพทย์ทำแท้ง³⁰ หรือทำการคุมกำเนิด บิดาไม่อาจห้ามแพทย์มิให้กระทำการดังกล่าว³¹ หรือไม่อาจห้ามแพทย์ทำการผ่าตัดเพื่อช่วยชีวิตเด็กได้ และในกรณีที่เด็กมีความสามารถตามกฎหมายที่จะให้ความยินยอมได้ หากเด็กไม่ยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัดบิดาก็ไม่อาจบังคับได้

2.2 แนวคิดและหลักในการบัญญัติกฎหมายอาญา

2.2.1 หลักความชัดเจนแน่นอนในกฎหมายอาญา

1) ข้อความทั่วไป

²⁸ ผู้เยาว์ที่อายุครบ 16 ปี สามารถให้ความยินยอมในการผ่าตัดหรือรับการรักษาพยาบาลแพทย์หรือทันตแพทย์ได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง

²⁹ *Glanville Williams* (p. 526). Op.cit.

³⁰ ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาตรา 305 ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวใน มาตรา 301 และมาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือ มาตรา 284 ผู้กระทำไม่มีความผิด

³¹ ความเห็นของคณะทำงาน The Abortion Act ของประเทศอังกฤษ

ความคิดที่จะให้มี³² “หลักประกันในกฎหมายอาญา”³³ เดิมทีเคียวหาใช้ความคิดในทางกฎหมายอาญาไม่ แต่เป็นความคิดในทางการเมืองที่ต้องการจะจำกัดอำนาจรัฐ เป็นต้นว่า รัฐธรรมนูญอเมริกันค.ศ. 1776 ได้บัญญัติถึงการห้ามออกกฎหมายย้อนหลัง³⁴ ครั้นเมื่อ “หลักนิติรัฐ” ได้รับการยอมรับกันอย่างกว้างขวางจึงได้มีการวาง “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ขึ้น และผู้ที่ได้วาง “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ขึ้นไว้ก็คือ Anselm von Feuerbach³⁵ ได้วาง “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ไว้เป็นครั้งแรกในหนังสือกฎหมายอาญาของเขาที่เขียนขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1801 โดยวางหลักไว้ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

- (1) การลงโทษต้องมีกฎหมาย
- (2) การลงโทษต้องขึ้นอยู่กับกรมืออยู่ของการกระทำ
- (3) โทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ดังกล่าวนี้นี้จึงได้รับการเรียกขานกันในภาษาละตินว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” ซึ่งต่อมา “หลักประกันในกฎหมายอาญา” นี้ได้แพร่หลายออกไปทั่วโลก และในปัจจุบันได้กลายเป็นหลักสากลไปแล้ว

สำหรับประเทศไทยเรานั้น เมื่อได้มีการปรับปรุงกฎหมายตามแบบอย่างประเทศตะวันตกและได้ประกาศใช้ “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” (พ.ศ. 2451) “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ที่ว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” นี้เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง³⁶ และหลักนี้ได้รับการยอมรับอย่างสมบูรณ์ตลอดมา

ครั้งเมื่อประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญแล้ว นอกจากจะได้บัญญัติหลักประกันนี้ไว้ใน

³² กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 79). เล่มเดิม

³³ รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เรียก “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ว่า “เอกลักษณ์ของกฎหมายอาญา” และ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 9) (น. 16), พฤษภาคม 2549, กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์.

³⁴ U.S. Constitution Section 9 (3) “No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.”

³⁵ Anselm von Feuerbach เป็นนักกฎหมายอาญาเยอรมันที่ยิ่งใหญ่มากที่สุดคนหนึ่ง เกิดเมื่อปี ค.ศ. 1775 และตายเมื่อปี ค.ศ. 1833

³⁶ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 7 บัญญัติว่า “มาตรา 7 บุคคลควรรับอาญาต่อเมื่อมันได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และอาญาที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นก็ไม่ควรใช้อาญาอย่างอื่นนอกจากอาญาที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

ประมวลกฎหมายอาญาแล้ว³⁷ ยังได้มีการบัญญัติหลักประกันนี้ลงไว้ในรัฐธรรมนูญอีกด้วย³⁸ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” จึงเป็น “หลักรัฐธรรมนูญ” ด้วย สำหรับกฎหมายอาญาเยอรมันนั้น ได้เคยละเลยต่อหลักประกันดังกล่าวนี้ไประยะหนึ่งกล่าวคือ ในสมัยที่ Adolf Hitler เติงอำนาจนั้น ได้มีการแก้ไขกฎหมายให้สามารถใช้ “กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในการลงโทษบุคคลได้ แต่หลังการแพ้สงครามในสงครามโลกครั้งที่ 2 ชาตินาซีอำนาจซึ่งยึดครองประเทศเยอรมนีก็ได้ประกาศยกเลิกกฎหมายดังกล่าวไป และเมื่อได้มีการสถาปนา “สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี” ขึ้นในเวลาต่อมาก็ได้มีการ นำหลักประกันนี้ไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย³⁹

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงเนื้อหาของหลักประกันในกฎหมายอาญา เวลาของการใช้บังคับของกฎหมายอาญา เวลากระทำความผิด กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณ และกฎหมายที่ใช้บังคับเฉพาะช่วงเวลา

2) เนื้อหาของหลักประกันในกฎหมายอาญา

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ปรากฏอยู่ในมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็น ความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

บทบัญญัติดังกล่าวนี้หมายความว่าเฉพาะ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” เท่านั้นที่สามารถกำหนดว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญาได้และเฉพาะ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” เท่านั้นเช่นกันที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งได้ และทั้งสองประการที่กล่าวมาแล้วนั้น จะต้องมียู่แล้วก่อนการกระทำนั้น และโดยที่การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ กล่าวคือ ต้องยึด “หลักความชัดเจนแน่นอน” ซึ่งข้อที่ว่ากฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอนนั้น เป็นผลที่สืบเนื่องมาจากเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวนี้เอง⁴⁰

³⁷ มาตรา 2.

³⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, มาตรา 39 วรรคหนึ่ง.

³⁹ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) มาตรา 103 (2).

⁴⁰ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 80). เล่มเดิม

บทบัญญัติอันเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” จึงครอบคลุมเนื้อหา 4 ประการ คือ

- (1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล
- (2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล
- (3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน และ
- (4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

- 1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการแรก คือ การห้ามใช้ “กฎหมายจารีตประเพณี” ในกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

พึงสังเกตว่าในบทบัญญัติดังกล่าวมานั้นกฎหมายใช้คำว่า “บัญญัติ” ซึ่งแสดงว่ากฎหมายอาญาต้องเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” ซึ่ง “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” นี้รวมถึงกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร

กฎหมายที่ตรงกันข้ามกับ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” คือ “กฎหมายจารีตประเพณี”

“กฎหมายจารีตประเพณี” เป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน⁴¹

“กฎหมายจารีตประเพณี” จึงมิได้เกิดจากการ “บัญญัติ” แต่เกิดจากการ “ปฏิบัติ” เหตุนี้จึงต้องห้ามมิให้นำ “กฎหมายจารีตประเพณี” มาใช้ในกฎหมายอาญา

“การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี” หมายความว่า จะกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดในทางอาญาหรือกำหนดการเพิ่มโทษโดย “กฎหมายจารีตประเพณี” ไม่ได้⁴²

ข้อเรียกร้องในทางกฎหมายที่ให้กฎหมายอาญาต้องเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” นั้น เป็นข้อเรียกร้องที่หนักแน่นกว่ากฎหมายอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหนักแน่นกว่ากฎหมายแพ่ง เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสองบัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณี

⁴¹ จาก *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 21), จัดพิมพ์โดยคณะกรรมการบริการทางวิชาการ, โดย ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ; *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 12) (น. 63), โดย หยุด แสงอุทัย, 2538, กรุงเทพฯ: ประกายพริก.

⁴² จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 16) (น.133), โดย หยุด แสงอุทัย, 2537, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาชญากรรมที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

ดังนั้น “กฎหมายจารีตประเพณี” หรือที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียกว่า “จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” เป็น “ที่มาของกฎหมาย” ของกฎหมายแพ่งอย่างหนึ่ง

เหตุผลของ “การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี” ในกฎหมายอาญานั้น ปรากฏอยู่ในข้อเรียกร้องที่ว่าบทบัญญัติของกฎหมายอาญาชอบที่จะต้องผ่านรัฐสภาอันเป็นสถาบันที่แสดงออกถึงเจตจำนงของประชาชน ซึ่งเหตุผลดังกล่าวนี้แท้จริงแล้วก็คือเหตุผลตามหลักประชาธิปไตยนั่นเอง

2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สอง คือ “การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในกฎหมายอาญา เนื้อหาของหลักประกันในข้อนี้เกี่ยวข้องกับการตีความกฎหมายอาญาอย่างใกล้ชิด⁴³ กล่าวคือ ตามมาตรา 2 นั้น ห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่งกำหนดหรือขยายบทกฎหมายอาญาที่มีอยู่แล้ว รวมตลอดถึงการห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางเพิ่มโทษด้วย ซึ่งหมายความว่าหากในกรณีใดที่มีกฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแล้ว ในกรณินั้นก็ต้องใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณนั้นเสมอ “การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในกฎหมายอาญาเป็นข้อเรียกร้องให้ต้องมีการบัญญัติที่หนักแน่นที่สุดเช่นเดียวกันกับข้อเรียกร้อง “การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี” ในกฎหมายอาญา

ทั้งนี้กฎหมายอาจมีช่องว่างได้ ซึ่งช่องว่างของกฎหมายนั้น อาจจะมีอยู่เดิมในกฎหมายแล้วหรืออาจจะเกิดขึ้นเนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้น ในภายหลังในกรณีที่กฎหมายมีช่องว่างนั้นหากเป็นกรณีของคดีอาญาศาลจะต้องพิพากษายกฟ้องและต้องปล่อยให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตัดสินใจ⁴⁴ แต่ถ้าเป็นกรณีของคดีแพ่งแล้วศาลจะปฏิเสธว่าไม่มีกฎหมายจะปรับ

⁴³ แหล่งเดิม. (น. 44-45).

⁴⁴ ประมวลกฎหมายอาญา (The Revised Penal Code) ของฟิลิปปินส์ มาตรา 5 บัญญัติไว้ว่าสนใจดังนี้
Article. 5. Duty of the court in connection with acts which should be repressed but which are not covered by the law, and in cases of excessive penalties.

Whenever a court has knowledge of any act which it may deem proper to repress and which is not punishable by law, it shall render the proper decision, and shall report to the Chief Executive, through the Department of Justice, the reasons which induce the court to believe that said act should be made the subject of legislation.

In the same way, the court shall submit to the Chief Executive, through the Department of Justice, such statement as may be deemed proper, without suspending the execution of the sentence, when a strict enforcement of the provisions of this Code would result in the imposition of a clearly excessive penalty, taking into consideration the degree of malice and the injury caused by the offense.

ใช้ไม่ได้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า “มาตรา 4 กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่ยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็น “ที่มาของกฎหมาย” ของกฎหมายแพ่งอย่างหนึ่ง กรณีจึงตรงข้ามกับกฎหมายอาญาที่ตามปกติกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่อาจนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้ เหตุนี้ การเอารถยนต์ของผู้อื่น ไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตก็ผิด⁴⁵ และการลักกระแสไฟฟ้าก็ผิด⁴⁶ ศาลจึงชอบที่จะพิพากษายกฟ้องและปล่อยให้เป็นที่หน้าของฝ่ายนิติบัญญัติ⁴⁷ ศาลไม่ชอบที่จะใช้อำนาจเสียเอง เพราะการพิพากษาลงโทษสองกรณีดังกล่าวนี้เป็นการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง⁴⁸

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ที่กล่าวถึง “การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในกฎหมายอาญานั้น มีเนื้อหาครอบคลุมทุกๆ ส่วนของบทบัญญัติของกฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นกฎหมายอาญา ได้แก่ ส่วนที่เป็นเรื่องของ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ส่วนที่เป็นเรื่องของ “ความผิดกฎหมาย” ส่วนที่เป็นเรื่องของ “ความชั่ว” ส่วนที่เป็นเรื่องของ “เหตุยกเว้น โดยเฉพาะตัว” ซึ่งประกอบด้วย “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” และ “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว” ส่วนที่เป็นเรื่องของ “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” และส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการบังคับทางอาญา แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึง “เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี” เช่น การร้องทุกข์ เพราะ “เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา”⁴⁹

อย่างไรก็ตาม การใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางเป็นคุณย่อมกระทำได้ เช่น การใช้บทบัญญัติของมาตรา 305 (1) กับกรณีอื่นๆ

⁴⁵ ฎีกาที่ 1212/2514 (อ้างถึงใน อัยการนิเทศ เล่ม 33 ฉบับที่ 4, 2515, น. 328; จาก “ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดฐานลักทรัพย์” *วารสารอัยการ* ปีที่ 4 ฉบับที่ 37 มกราคม 2524 (น. 82), โดย คณิต ฌ นคร ง, (2524).; จาก *ความผิดฐานลักทรัพย์ : ศึกษากรณีการเอายานพาหนะของผู้อื่น ไปใช้โดยมิชอบ* (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต), โดย อุไรวรรณ อุดมวัฒน์กุล, (2531), กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์).

⁴⁶ ฎีกาที่ 877/2501 (น. 986)

⁴⁷ ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน การเอายานพาหนะของผู้อื่น ไปใช้โดยมิชอบ (มาตรา 248 บี) และการลักกระแสไฟฟ้า (มาตรา 248 ซี) เป็นความผิดอาญา

⁴⁸ จาก “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” โดย คณิต ฌ นคร จ, 2523, *วารสารอัยการ*, 3, 25, น. 60.

⁴⁹ จาก *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 7) (น.173-188). โดย คณิต ฌ นคร ฉ, 2549, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการแรกทีกล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น ต่างเป็นข้อห้ามในกฎหมายอาญา เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สาม คือ กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สามนี้เป็นข้อเรียกร้องของกฎหมายอาญา กล่าวคือ เป็นการเรียกร้องว่าการบัญญัติความผิดอาญา ต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

การที่จำต้องเรียกร้องให้บัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนหรือเรียกร้องให้ยึด “หลักความชัดเจนแน่นอน” นั้น ก็เพราะว่าการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐ ที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถจะทำได้ตามกล่าวคือ ในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้นจะต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวมไม่แน่นอน ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และทั้งจะเป็นเครื่องป้องกันมิให้ศาลใช้กฎหมายตามใจชอบหรือตามอำเภอใจ หรือตามความรู้สึกของคน

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สามนี้ก็แสดงให้เห็นถึง “หลักนิติรัฐ” ในกฎหมายอาญาด้วยว่ามีความเข้มข้นกว่าในกฎหมายอื่นเช่นเดียวกัน ซึ่งข้อเรียกร้องในเรื่องความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้น มีความสำคัญยิ่งกว่าข้อห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเสียอีกจน Prof. Dr. Hans Welzel⁵⁰ ถึงกับกล่าวว่า อันตรายที่แท้จริงที่คุกคามหลักประกันของกฎหมายอาญาไม่ได้เกิดจากการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่เกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา

4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สี่ คือ กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังถ้อยคำในมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ที่ว่า “กฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำผิด” แสดงให้เห็นชัดถึงข้อห้ามย้อนหลังของกฎหมายอาญา “การห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง” นั้นเป็นเนื้อหาประการที่สี่ของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” หลักประกันข้อนี้แสดงให้เห็นถึง “หลักนิติรัฐ” ในกฎหมายอาญาที่ก้าวไกลกว่า “หลักนิติรัฐ” ในกฎหมายลักษณะอื่นๆ ทั้งหมด ทั้งนี้ เพราะประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคหนึ่ง จำกัดตัวเองอยู่เฉพาะในส่วนกฎหมายอาญาเท่านั้น

“การห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง” หมายความว่า ถ้าบุคคลได้กระทำการอย่างใดลง และในขณะกระทำนั้นการกระทำนั้นไม่มีโทษทางอาญาแล้ว ย่อมไม่อาจจะบัญญัติให้ย้อนหลังว่า

⁵⁰ Prof. Dr. Hans Welzel เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายเยอรมันที่อึ้งใหญ่มากผู้หนึ่ง เพิ่งจะเสียชีวิตไปเมื่อไม่นานมานี้ สุดท้ายเขาเป็นศาสตราจารย์ทางอาญา ณ มหาวิทยาลัยแห่งกรุงบอนน์

การกระทำนั้น เป็นการกระทำที่ต้องรับโทษในทางอาญาได้โดยเด็ดขาด ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยในคดีหนึ่งว่า “ออกเช็คก่อนพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2503 ลงวันล่วงหน้าไปถึงวันที่ใช้พระราชบัญญัตินั้นแล้ว นับแต่วันนั้นจำเลยไม่ได้กระทำความผิดพระราชบัญญัติดังกล่าว จำเลยย่อมไม่มีความผิด⁵¹ ดังนี้ การกระทำของจำเลยเกิดก่อนพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2503 ใช้บังคับ จำเลยจึงไม่มีความผิดเพราะขณะออกเช็คยังไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ทั้งนี้ การลงโทษหนักแก่ผู้กระทำความผิดสำหรับการกระทำนั้นก็กระทำมิได้ด้วย⁵²

อนึ่ง การห้ามย้อนหลังนี้ขยายไปถึงการเป็นผลร้ายอื่นของฐานะของผู้กระทำความผิดที่กำหนดขึ้นภายหลังด้วย เช่น ความผิดอาญาฐานใดที่เดิมเป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ดังนี้ ถ้าการกระทำความผิดฐานนั้นได้เกิดขึ้นในขณะที่ความผิดฐานนั้นยังเป็นความผิดอันยอมความได้และคดีได้ขาดอายุความร้องทุกข์แล้วกรณียอมไม่มีผลย้อนหลังแม้กฎหมายใหม่จะมีเนื้อหาเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอยู่ด้วยก็ตาม

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เคยมีปัญหาการย้อนหลังของอายุความฟ้องร้องเกิดขึ้น กล่าวคือ รัฐสภาได้บัญญัติกฎหมายฉบับหนึ่งความว่า ในความผิดฐานฆาตกรรม ไม่มีอายุความฟ้องร้อง กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อมิให้ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) ที่ได้กระทำลงในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ต้องขาดอายุความฟ้องร้องลง เพราะตามกฎหมายของเยอรมันในขณะนั้นอายุความฟ้องร้องสูงสุดคือ 15 ปี และผลของการใช้บังคับได้ของกฎหมายฉบับนี้ได้เป็นปัญหาที่ขึ้นไปสู่ศาลรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า กฎหมายว่าด้วยอายุความฉบับนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีได้หรือไม่ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของความผิดกฎหมายของการกระทำ ฉะนั้นการยืดระยะเวลาของอายุความออกไปหรือการยกเลิกอายุความจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม นักนิติศาสตร์ก็ได้วิจารณ์ความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญว่า ปัญหาของเรื่องควรอยู่ที่คำถามที่ว่า “ทำไมจึงต้องมีบทบัญญัติเรื่องอายุความ” ซึ่งคำตอบจะพุ่งไปที่ความสงสัยในความถูกต้องของคำพิพากษา และในขณะเดียวกันสภาพของผู้กระทำความผิดที่ระยะเวลาได้ผ่านไปนานมากนั้น ย่อมไม่อาจเป็นอย่างเดียวกับขณะกระทำความผิด การแก้แค้นทดแทนความไม่ถูกต้องและความชั่ว ย่อมเกี่ยวข้องกับความเป็นตัวตนของผู้กระทำความผิดโดยตรง การคิดแต่จะแก้แค้นทดแทนย่อมไม่สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงของสภาพของผู้กระทำความผิด กฎหมายว่า

⁵¹ ฎีกาที่ 1997/2500 (น.1780)

⁵² มาตรา 3.

ด้วยอายุความดังกล่าวจึงกระทบต่อ “หลักความชั่ว” และขัดต่อรัฐธรรมนูญในกรณีที่ศาลสูงได้พิพากษาเปลี่ยนแปลงหลักที่เลขวางไว้ นั่น ผลอาจย้อนหลังไปกระทบต่อผู้กระทำความผิดได้ทำนองเดียวกับการแก้ไขกฎหมายและเป็นปัญหาเรื่องกฎหมายย้อนหลัง เป็นต้นว่า เดิมศาลสูงได้วางหลักความมีนเมาที่จะต้องรับผิดไว้ ณ จำนวนแอลกอฮอล์ในระดับหนึ่ง แต่ต่อมาได้เปลี่ยนแปลงหลักความมีนเมาให้เข้มข้น ในกรณีนี้กนิติศาสตร์เห็นว่าย้อนหลังได้ เพราะข้อห้ามย้อนหลังของกฎหมายย่อมไม่ใช้กับการกระทำของอำนาจตุลาการเป็นต้น

2.2.2 หลักการตีความกฎหมายอาญา

1) ข้อความทั่วไป

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า “มาตรา 4 กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ เมื่อ ไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134 บัญญัติซ้ำอีกว่า “มาตรา 134 ไม่ว่ากรณีใดๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขอขาดคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีหรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์”

ดังนี้ ในกฎหมายแพ่งไม่มีช่องว่างของกฎหมาย ข้อนี้จึงตรงกันข้ามกับกฎหมายอาญา ซึ่งมีช่องว่างของกฎหมายอันเนื่องมาจาก “หลักประกันในกฎหมายอาญา”⁵³ ซึ่งหลักประกันในกฎหมายอาญานั้น เป็นหลักรัฐธรรมนูญด้วย⁵⁴

2) ที่มาของกฎหมายอาญา

ดังกล่าวมาแล้วว่า “ที่มาของกฎหมาย” คือ เหตุอันแสดงถึงความสมบูรณ์ใช้บังคับได้ของกฎหมาย หรือเป็นเรื่องอธิบายถึงปัญหากฎหมายว่าในลักษณะใดบ้างที่ได้รับนับถือว่าเป็นกฎหมาย ดังนั้น จึงสามารถให้ความหมายของที่มาของกฎหมายอาญาได้ว่า

ที่มาของกฎหมายอาญา หมายถึง เหตุอันแสดงถึงความสมบูรณ์ใช้บังคับได้ของกฎหมายอาญา หรือเป็นเรื่องอธิบายถึงปัญหากฎหมายว่าในรูปลักษณะใดบ้างที่ได้รับนับถือว่าเป็น

⁵³ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคหนึ่ง

⁵⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, มาตรา 39 วรรคหนึ่ง

กฎหมายอาญาในทางกฎหมายอาญามีหลักสำคัญอยู่ประการหนึ่งที่ถือว่าเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา”⁵⁵ และหลักประกันในกฎหมายอาญานี้เป็นหลักรัฐธรรมนูญที่เดียว⁵⁶

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ได้รับการเรียกขานกันในภาษาละตินว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” ซึ่งแปลได้ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” หลักประกันในกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นถึงลำดับความสำคัญของการเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” ของกฎหมายอาญาอย่างเด่นชัด

“กฎหมายอาญา” ที่เกิดจากการบัญญัติปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา และในพระราชบัญญัติอื่นๆ ที่มีโทษทางอาญ่อีกจำนวนมาก รวมทั้งประมวลกฎหมายอาญาทหารด้วย

กฎหมายที่ตรงข้ามกัน “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” คือ “กฎหมายจารีตประเพณี”

“กฎหมายจารีตประเพณี” เป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน⁵⁷ หรือเป็นข้อบังคับที่ราษฎรรู้สึกกันทั่วไปว่าเป็นกฎหมายและรัฐได้ใช้ข้อบังคับที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้เสมือนกฎหมายในรูปลักษณะเดียวกันตลอด

เกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญานั้น มีคำกล่าวที่มักจะใช้กันในการเรียนการสอนกฎหมายอาญาในประเทศไทยเรายู่อำหนึ่ง คือ คำว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด”⁵⁸

3) หลักการตีความกฎหมายอาญา

คำกล่าวเกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญาของนักนิติศาสตร์ไทยที่ว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” นั้น มีความไม่ชัดเจนในความหมายเป็นอย่างมาก เพราะนักนิติศาสตร์บางท่านได้ใช้คำว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” ในความหมายว่าห้ามใช้ “กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในทางเป็นผลร้าย ห้ามใช้ “กฎหมายจารีตประเพณี” ในทางเป็นผลร้าย และห้ามนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในทางเป็นผลร้าย⁵⁹ ซึ่งก็คือเนื้อหาของบางส่วนของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ตามมาตรา 2 นั้นเอง แต่นักนิติศาสตร์บางท่านได้กล่าวถึงถ้อยคำดังกล่าวโดยนัยแห่งความหมายของ “หลักการตีความตามตัวอักษร” (literal rule) ของระบบคอมมอนลอว์ (common law) เลยทีเดียว⁶⁰

⁵⁵ มาตรา 2 วรรคหนึ่ง

⁵⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 39 วรรคหนึ่ง

⁵⁷ กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (น. 23). เล่มเดิม

⁵⁸ กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1, ตอน 2 เล่มเดิม. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 22). เล่มเดิม.

⁵⁹ คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 ((น. 22-29). เล่มเดิม

⁶⁰ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 64-76). เล่มเดิม

การที่นักนิติศาสตร์ไทยนำ “หลักการตีความตามตัวอักษร” (literal rule) มาใช้ในการตีความกฎหมายอาญานั้น เป็นที่เข้าใจได้ในตัวเพราะนักกฎหมายไทยรุ่นแรกๆ นิยมไปศึกษากฎหมายที่ประเทศอังกฤษ⁶¹ และในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศในระบบคอมมอนลอว์ (common law) นั้น มีความผิดอาญาอยู่ 2 ประเภท คือ ความผิดอาญาตามคอมมอนลอว์ หรือ common law crime และความผิดอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือ statutory crime ซึ่งในระหว่างความผิดอาญาสองประเภทดังกล่าวมานั้น ความผิดอาญาตามคอมมอนลอว์ หรือ common law crime เป็นความผิดอาญาที่เกิดขึ้นแน่นอน ครั้งต่อมาเมื่อเกิดความผิดอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือ statutory crime ขึ้น การตีความจึงเป็นไปตามหลักที่ว่า

“กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ขัดแย้งต่อกฎหมายคอมมอนลอว์จะถูกตีความโดยเคร่งครัดและถูกยอมรับในแบบอย่างที่น่าเชื่อถือในฐานะที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้แสดงหรือปรากฏออกมา”⁶²

การเรียนการสอนกฎหมายอาญาโดยกล่าวว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” จึงมีความไม่สมบูรณ์และไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของไทยเราซึ่งเป็นระบบซีวิลลอว์ (civil law)

การตีความกฎหมายเป็นเรื่องของการตีความ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” หรือเป็นเรื่องของ “การตีความตัวบทกฎหมาย”

เมื่อกฎหมายได้รับการบัญญัติขึ้นแล้วย่อมถือว่าเจตจำนงของประชาชนได้แสดงออกทางกฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นนั้น การตีความกฎหมายจึงต้องกระทำให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่มีอยู่ในกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาล จึงต้องผูกมัดกับความหมายของตัวบทกฎหมายที่หยั่งรู้ได้โดยหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายที่ยอมรับกันทั่วไปเท่านั้นและโดยการตีความเช่นนั้นจะต้องสามารถนำไปใช้ได้กับทุกกรณีที่เหมือนกัน ความถูกต้องและความชอบธรรมของคำพิพากษาจึงอยู่ที่ความสอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่ได้แสดงออกทางบทบัญญัติของกฎหมาย แม้ว่าผู้พิพากษาจะมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีก็ตาม แต่ผู้พิพากษาก็ต้องเคารพกฎหมายหรือต้องอยู่ในอาณาเขตของกฎหมาย หน้าที่ของผู้พิพากษาในการตีความกฎหมายก็คือการหาความหมายของตัวบทกฎหมายในการวินิจฉัยคดีเฉพาะกรณี ในการตีความกฎหมายนั้น ผู้พิพากษาจึงต้องกระทำหน้าที่ให้ดีที่สุด กล่าวคือ จะต้องกระทำหน้าที่ให้ถึงขนาดจนเป็นที่คาดหมายได้ว่าในเรื่องทำนองเดียวกันผู้พิพากษาอื่นก็ต้องวินิจฉัยเช่นเดียวกันนั้น

⁶¹ จาก นิติธรรมอำพรางในนิติศาสตร์ไทย (หนังสือรวมบทความ) (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 19), โดย คณิต ฅ นคร ช, 2548, กรุงเทพฯ: วิญญชน.

⁶² ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย (น. 98). เล่มเดิม

4) วิธีการตีความกฎหมายอาญา

การตีความกฎหมายผู้ตีความชอบที่จะใช้การผสมผสานของหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายดังกล่าวมาแล้ว ทั้งนี้ โดยถือเอา “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” เป็นแกนนำ ส่วนหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอื่นๆ นั้นเป็นเพียงปัจจัยที่จะนำไปเข้ากับ ความหมายที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายเท่านั้น ในการตีความกฎหมายอาญาผู้ตีความก็ต้องปฏิบัติ ทำนองเดียวกันที่กล่าวมานี้

เกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญาเดิมที่เดียวนักนิติศาสตร์เห็นกันว่าการตีความโดย ขยายความเป็นวิธีการที่ต้องห้าม แต่การตีความโดยจำกัดความกระทำได้โดยให้เหตุผลว่ากฎหมาย อาญาเป็นกฎหมายที่เป็นผลร้ายก่อภาระที่หนักแก่บุคคลและเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้น แต่ในปัจจุบันนี้นักนิติศาสตร์ไม่เห็นกันดังกล่าวต่อไปอีกแล้ว เพราะในเรื่องของการตีความ กฎหมายนั้นไม่มีการตีความอย่างอื่นนอกจากการตีความที่ถูกต้อง

การใช้กฎหมายอาญาต้องอยู่ในกรอบหรือขอบเขตของความหมายของตัวบทกฎหมาย หากใช้กฎหมายอาญาเกินเลยกรอบหรือขอบเขตความหมายของตัวบทกฎหมายแล้วกรณีก็มิใช่การ ตีความกฎหมายอาญา แต่เป็นการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogie)⁶³ ในกฎหมายอาญาและ ถ้าการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างย้งนั้น เป็นไปในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในกฎหมายอาญา⁶⁴

5) ปัญหาการตีความกฎหมายอาญา

การกล่าวถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญา โดยแยกเป็นเรื่องหนึ่งหรือเป็นบท หนึ่งอีกต่างหากในหนังสือกฎหมายอาญาในประเทศไทยกระทำกันน้อยมาก หนังสือกฎหมายอาญา เพียงบางเล่มเท่านั้นที่กล่าวถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญาไว้เป็นการเฉพาะ⁶⁵ แต่หนังสือ กฎหมายอาญาส่วนใหญ่จะกล่าวถึงเรื่องการตีความกฎหมายอาญาไว้ในคำอธิบายมาตรา 2 และว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” ซึ่งไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศไทยเรา ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น เหตุนี้การใช้กฎหมายอาญาของนักกฎหมายไทยเราจึงเป็นการใช้กฎหมายที่

⁶³ *กฎหมายอาญาความผิด*. (น.69-78). เล่มเดิม. “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา” *วารสารอัยการ* (เล่ม 33 ฉบับที่ 25 พ.ศ. 2523) (น. 55, 60). เล่มเดิม. และคู ฎีกาที่ 3653/2526.

⁶⁴ *กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 7), *ตอน 2* (หัวข้อ 16). เล่มเดิม. (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง น. 44); และ *คู หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น. 32), โดย แสวง บุญเฉลิมวิภาส ก, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁶⁵ *กฎหมายอาญา ภาค 1* (น.43-45). เล่มเดิม. จาก *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น. 25-33). โดย แสวง บุญเฉลิมวิภาส ข, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

คดีอยู่ตัวอักษร⁶⁶ และบางครั้งก่อให้เกิดปัญหาการใช้กฎหมายอาญาต่างๆ ที่มีใช้เพราะกฎหมายอาญามีช่องว่างแต่อย่างไร

การใช้กฎหมายที่ก่อให้เกิดปัญหา เช่น ศาลฎีกาวินิจฉัยวางหลักว่า หากผู้ใดมีรายได้ปกติและไม่ปรากฏว่ารายได้ที่ได้นั้น ไม่พอดำรงชีพ หรือมีรายได้ปกติพอดำรงชีพ แม้ผู้นั้นจะแบ่งรายได้หรือรับส่วนแบ่งจากการค้าประเวณีของหญิงก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 286⁶⁷ ทั้งๆ ที่การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำในความหมายของความผิดตามมาตรา 276 เพราะผู้กระทำความผิดตามมาตรา 276 นี้ คือผู้ที่มีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับหญิงซึ่งค้าประเวณีหรือหญิงนครโสเภณี ซึ่งความสัมพันธ์ส่วนตัวดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์อันมีระยะเวลาที่เนิ่นนานตามควรและในการนี้ผู้นั้นเป็นส่วนหนึ่งของหญิงในส่วนที่เกี่ยวกับการหารายได้ในการค้าประเวณีของหญิงนั้นและทำตัวเองเป็นกาฝากขูดรีดหญิง⁶⁸

ดังกล่าวมาแล้วว่าในการค้นหาความหมายของตัวบทกฎหมายจำเป็นต้องค้นหา “คุณธรรมทางกฎหมาย” เพื่อประโยชน์ในการตีความกฎหมายอาญา⁶⁹ และแม้ว่าเรื่อง “คุณธรรมทางกฎหมาย” ในกฎหมายอาญาจะไม่ใช่ของใหม่ แต่ก็เป็นเรื่องที่เพิ่งจะมีการศึกษากัน⁷⁰ การตีความกฎหมายอาญาโดยขาดการพิจารณา “คุณธรรมทางกฎหมาย” จึงเป็นปัญหาอยู่มาก เช่น

- (1) ปัญหาการตีความกฎหมายอาญาที่ขัดต่อข้อห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 2⁷¹
- (2) ปัญหาการไม่สามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างความผิดฐานต่างๆ ที่คล้ายๆ กัน หรือใกล้เคียงกัน เช่น

⁶⁶ ฎีกาที่ 3643/2526 : เมื่อมาตรา 2517 บัญญัติว่า การวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่นเป็นความผิด จะตีความคำว่า “ทรัพย์ของผู้อื่น” ให้รวมถึงทรัพย์ที่ผู้อื่นมีส่วนเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยหาได้ไม่ เป็นการขัดต่อหลักกฎหมายใน มาตรา 2

⁶⁷ เป็นต้นว่า ฎีกาที่ 3488/2520, ฎีกาที่ 2555/2521 ฎีกาที่ 883/2522.

⁶⁸ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 461). เล่มเดิม

⁶⁹ หลักกฎหมายอาญา (น. 30). เล่มเดิม.

⁷⁰ “ผู้เสียหายในคดีอาญา” วารสารอัยการ (ประจำเดือนมกราคม 2521) (น. 48), โดย คณิต ฅ นคร ช, 2521., “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา” วารสารอัยการ (ประจำเดือนมกราคม 2523). (น. 60). เล่มเดิม.

⁷¹ “ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดฐานลักทรัพย์,” (ประจำเดือนมกราคม 2524), วารสารอัยการ (น. 82). เล่มเดิม

(1) การไม่อาจแยกแยะว่าความผิดฐานวางเพลิงตามมาตรา 217 กับความผิดฐานทำให้เสียหายตามมาตรา 358 ต่างกันอย่างไร⁷²

(2) การไม่เห็นความแตกต่างระหว่างความผิดตามมาตรา 217 กับความผิดตามมาตรา 218⁷³ และ

(3) การไม่เห็นความแตกต่างระหว่างความผิดฐานลักทรัพย์กับความผิดฐานยักยอก⁷⁴ เป็นต้น

อนึ่ง ปัญหาของการตีความกฎหมายทั้งหลายทั้งปวงที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเราเสมอๆ นั้น แท้จริงแล้วก็เพราะความสับสนของการใช้ “นิติวิธี” (juristic method) กล่าวคือ ในขณะที่ประเทศไทยเราเลือกเอาระบบซีวิลลอว์ (civil law) แต่เรากลับใช้กฎหมายอาญาตามแนวทางของระบบคอมมอนลอว์ (common law)⁷⁵

2.2.3 การตีความกฎหมายต้องมีลักษณะของ “ความเป็นภาวะวิสัย (Objektivitat) ที่สามารถตรวจสอบความถูกต้องได้

หลักประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 186 (6) บัญญัติบังคับศาลว่า “คำพิพากษาหรือคำสั่งต้องมีเหตุผลในการตัดสินทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย” ในการให้เหตุผลในคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น ศาลต้องให้เหตุผลที่ละเอียดชัดเจนที่สุดเท่าที่สามารถจะทำได้จึงจะถูกต้อง อย่างไรก็ตาม บางครั้งจะพบว่าศาลกลับไม่ได้ให้เหตุผลในการชี้ขาดตัดสินคดีเลยก็มีอยู่ ซึ่งไม่ถูกต้องเป็นอย่างยิ่ง เป็นต้นว่า กรณีการชี้ขาดตัดสินคดีเรื่องการลักกระแสนไฟฟ้านั้น เป็นต้น

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย กล่าวถึงการตีความกฎหมายอาญาว่า “การตีความในกฎหมายอาญามีหลักเช่นเดียวกับการตีความกฎหมายอื่น ๆ กล่าวคือต้องตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ (spirit)”⁷⁶

และศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้กล่าวต่อไปอีกความว่า “การตีความกฎหมายอาญาจะตีความโดยขยายความออกไปให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ แต่ตีความโดยการ

⁷² กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 588). เล่มเดิม.

⁷³ แหล่งเดิม (น. 592-594).

⁷⁴ ฎีกาที่ 1626/2500 (น. 1544) และ แหล่งเดิม (น. 312-313).

⁷⁵ จาก ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย. (น. 92-104), และ การตีความกฎหมาย (พิมพ์ครั้งที่ 2). โดย อักษราท จุฬารัตน์, 2549, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์กฎหมายไทย.

⁷⁶ กฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 43). เล่มเดิม.

ขยายความให้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิดได้ และถ้ากรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา”⁷⁷

คำกล่าวของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ดังกล่าวมานั้น ได้แสดงถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายไว้บ้างแต่ยังไม่สมบูรณ์ครบถ้วนเสียทีเดียว เพราะหากเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายที่ได้กล่าวต่อไปนี้แล้ว คำกล่าวของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เป็นการกล่าวถึงหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายเพียง 2 ประการเท่านั้น กล่าวคือ ได้กล่าวถึงเฉพาะ “การตีความตามหลักภาษา” และ “การตีความตามหลักความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” เท่านั้น⁷⁸

ดังนั้นการตีความกฎหมาย” หมายถึง การทำความเข้าใจความหมายในทางกฎหมายของตัวบทกฎหมาย เมื่อกล่าวถึงการตีความกฎหมายในทางคำรามีการกล่าวถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย 4 หลักเกณฑ์ คือ

1) การตีความตามหลักภาษา

หลักกฎหมายอาญาเกี่ยวกับ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” นั้นได้แสดงให้เห็นอย่างมั่นคงและแน่นอนว่าบุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำความผิดที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้นจุดเริ่มของการตีความกฎหมายจึงอยู่ที่ถ้อยคำของตัวบทกฎหมายอาญาดังกล่าว

“การตีความตามหลักภาษา” หมายถึง การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากความหมายของภาษาที่ใช้กันทั่วไปความหมายของตัวบทกฎหมายย่อมเป็นกรอบของการตีความกฎหมายที่สำคัญที่จะป้องกันมิให้เกิดผลร้ายแก่บุคคล

ในคดีเรื่องลัทธิกระแสไฟฟ้านั้น จำเลยต่อสู้ในคดีที่ถูกฟ้องว่าลัทธิกระแสไฟฟ้าว่า “ไฟฟ้าเป็นพลังงานไม่ใช่วัตถุมีรูปร่าง”⁷⁹

ดังนั้น กล่าวได้ว่าเป็นการที่จำเลยได้หยิบยกหลัก “การตีความตามหลักภาษา” ขึ้นเป็นเหตุผลในการต่อสู้คดีนั่นเอง ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษจำเลยเกี่ยวกับการลัทธิกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์โดยไม่วินิจฉัยว่าข้อต่อสู้ของจำเลยฟังขึ้นหรือไม่จึงไม่ถูกต้องตาม “หลักการตีความตามหลักภาษา”

“การตีความตามหลักภาษา” มีความยากตรงที่ว่า จะรู้ได้อย่างไรว่าถ้อยคำที่จะตีความนั้นมีความหมายที่ตรงกันทั้งตามที่ใช้กันทั่วไปและในทางกฎหมาย ดังนั้น ผู้ตีความกฎหมายจึงต้องดูด้วยว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้มุ่งประสงค์ให้ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายนั้นมีความหมายเป็นพิเศษอย่างไรอย่างหนึ่งหรือไม่

⁷⁷ แหล่งเดิม (น. 44).

⁷⁸ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 76). เล่มเดิม

⁷⁹ ฎีกาที่ 877/2501.

2) การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย

ในการตีความกฎหมายนั้น แม้ผู้ตีความจะต้องถือความหมายในทางกฎหมายเป็นเกณฑ์ แต่ผู้ตีความกฎหมายก็ต้องระลึกด้วยว่าภาษากฎหมายเองก็อาจแตกต่างกันได้ซึ่งความแตกต่างนี้ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย

กฎหมายอาญาเองก็มีความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ แม้กฎหมายอาญาจะได้ให้ความหมายของคำใดคำหนึ่งไว้ก็ใช้ว่ากรณีจะมีความหมายที่เหมือนกันในทุกฐานความผิด เพราะความผิดแต่ละฐานมีความสัมพันธ์กับนิยามที่แตกต่างกันได้

คำว่า “โดยทุจริต” นั้น กฎหมายให้นิยามว่า “โดยทุจริต หมายความว่า เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น”⁸⁰

นอกจากนั้นสิ่งบางสิ่งที่ไม่ได้อยู่ในกฎหมายอาญา แต่มีอยู่ในกฎหมายอื่น และเนื่องจากความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมายกรณีจึงต้องนำหลักในกฎหมายอื่นนั้นมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย เป็นต้นว่า กฎหมายอาญาไม่ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับ “ทรัพย์สิน” ไว้ แต่กฎหมายแพ่งได้ให้ความหมายของ “ทรัพย์สิน” ว่า “ทรัพย์สิน หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง”⁸¹ ดังนั้น กรณีจึงต้องนำหลักในกฎหมายแพ่งมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย ทั้งนี้ ตามหลัก “ความเป็นหนึ่งเดียวของระบบกฎหมาย” ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น

ดังนั้น ตามข้อต่อสู้ของจำเลยกล่าวได้ว่าเป็นการสที่จำเลยได้หยิบยก “หลักการตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ” ของกฎหมายขึ้นเป็นเหตุผลในการต่อสู้คดีนั่นเอง ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษจำเลยเกี่ยวกับการลักกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์จึงไม่ถูกต้อง เพราะเป็นการตีความที่ขัดกับ “หลักการตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ” ของกฎหมาย

ดังนั้นการตีความกฎหมายตาม “หลักการตีความตามหลักภาษา” เพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอที่จะทราบความหมายที่ถูกต้องของตัวบทกฎหมายได้ในการตีความกฎหมายจึงอาจต้องเพิ่มเติมด้วย “การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ” ของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กรณีก็ต้องยอมรับกันด้วยว่าในบางกรณีระบบกฎหมายเองอาจจะยังขาดความชัดเจนได้

3) การตีความประวัติความเป็นมาของกฎหมาย

“การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย” คือ การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากประวัติความเป็นมาของตัวบทกฎหมายนั้น

⁸⁰ มาตรา 1 (1)

⁸¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 137.

เกี่ยวกับประวัติความเป็นมาของความผิดฐานลักทรัพย์นั้น ในกฎหมายโรมันเรียกการลักทรัพย์ว่า “furtum” ซึ่งมีสามอย่าง คือ

(1) furtum rei คือ การลักเอาทรัพย์ไป ซึ่งก็คือความผิดฐานลักทรัพย์

(2) furtum possessionis คือ การลักเอาการครอบครองไป ซึ่งก็คือความผิดฐานโกงเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 349 และ

(3) furtum usus คือ การเอาการใช้ไป ซึ่งได้แก่การเอายานพาหนะเข้าไปใช้โดยมิชอบ⁸² ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษการลักกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์⁸³ จึงไม่ถูกต้องตามหลักการตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย เพราะกรณีไม่ต้องด้วย furtum ใดๆ เลย

สำหรับกรณี “การเอาการใช้ไป” (furtum usus) นั้น กฎหมายของไทยเราในปัจจุบันไม่ได้บัญญัติเป็นความผิด ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษ “การเอาการใช้ไป” ว่าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ โดยวินิจฉัยว่า “ผู้เสียหายฝากรถยนต์ไว้ในอู่และจ้างจำเลยซึ่งเป็นคนขับรถของผู้ที่ฝากรถไว้ในอู่เดียวกันทำความสะดวก จำเลยเอารถยนต์ของผู้เสียหายไปใช้โดยพลการ เป็นการเอารถของผู้เสียหายไปโดยทุจริต จึงมีความผิดฐานลักทรัพย์”⁸⁴

กรณีจึงไม่ถูกต้องตามหลัก “การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย” (historische Auslegung) เช่นเดียวกัน เพราะกรณีไม่ต้องด้วย furtum ใดๆ และเช่นเดียวกัน

การพิจารณาประวัติความเป็นมาของกฎหมายนั้น อาจพิจารณาจากประวัติการยกร่างและเอกสารที่เกี่ยวข้อง เช่น ต้นร่าง เหตุผลในการร่าง ตลอดจนรายงานการประชุมของสภานอกจากนี้ “เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมาย” ซึ่งมีอยู่ในระบบกฎหมายของไทยเราเป็นข้อมูลหนึ่งที่สามารถยังทราบถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายตลอดจนความหมายของตัวบทกฎหมายได้ การตีความตามวิธีนี้จะนำไปสู่ “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” ต่อไป

4) การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย

ในส่วนการตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย คือ การค้นหาความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย ทั้งนี้การตีความตามวิธีนี้ “คุณธรรมทางกฎหมาย” จะเป็นเครื่องช่วยในการตีความได้เป็นอย่างดี เป็นต้นว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” ของความผิดฐานลักทรัพย์คือ “กรรมสิทธิ์”

⁸² กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 376). เล่มเดิม; และ จาก ความผิดฐานลักทรัพย์ : ศึกษากรณีการเอายานพาหนะของผู้อื่นไปใช้โดยมิชอบ (น. 25-28). เล่มเดิม.

⁸³ ฎีกาที่ 877/2501 (หน้า 896)

⁸⁴ ฎีกาที่ 1212/2514 ใน อัยการนิเทศ เล่ม 33 ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2514 น. 238.

และ “การครอบครอง”⁸⁵ ซึ่งกรรมสิทธิ์หมายถึงสิทธิในสิ่งที่มีรูปร่าง⁸⁶ หรือสิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในไฟฟ้าจึงไม่ใช่กรรมสิทธิ์เพราะไฟฟ้าไม่ใช่ว่ามีรูปร่าง ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษการลักกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์สิน⁸⁷ จึงไม่ถูกต้องกับหลัก “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย”

ใน “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” นั้น นอกจากจำเป็นที่จะต้องค้นหา “คุณธรรมทางกฎหมาย”⁸⁸ แล้ว อาจจำเป็นต้องคำนึงถึงคุณค่าของการกระทำด้วย เป็นต้นว่า การทำให้ดีขึ้น อาทิ การกระทำต่อร่างกายในการรักษาพยาบาลย่อมไม่เป็นการ “ทำร้าย” ในความหมายของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

2.3 โครงสร้างความคิดอาญาตามระบบ civil law และ common law

2.3.1 โครงสร้างความคิดอาญาตามระบบ civil law

ก) โครงสร้างของความคิดของประเทศเยอรมนี

นักนิติศาสตร์ไทยเราที่ได้้นำเอา “โครงสร้างของความคิดอาญา (Verbrechensaufbau) ของเยอรมนีมาอธิบายกฎหมายอาญาของไทยเราเป็นคนแรกคือศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย โดยศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้เขียนบทความกฎหมายอาญาเรื่องหนึ่งขึ้นในปี พ.ศ. 2483 ในบทความนี้ ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้กล่าวถึง “โครงสร้างของความคิดอาญา” ของเยอรมนีไว้โดยตรง

และโดยที่ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย อธิบายเรื่อง “การครอบครองประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” (Tatbestandsmassigkeit) ว่าเป็นเรื่องของการกระทำที่ปรากฏภายนอกเท่านั้น ส่วนเรื่อง “ความชั่วร้ายหรือความชั่ว” (Schuld) ได้อธิบายว่า ผู้กระทำจะมีความชั่วร้ายต่อเมื่อได้กระทำโดยความรู้สึกลึกซึ้งชอบและได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาท ดังนั้น “โครงสร้างของความคิดอาญา” (Verbrechensaufbau) ที่ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย กล่าวถึงนั้น จึงเป็น “โครงสร้างของความคิดอาญา” ของ “ฝ่ายผลกำหนด” (Kausalitat) นั้นเอง

⁸⁵ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 306). เล่มเดิม

⁸⁶ จาก กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 171), โดย เสนีย์ ปราโมช, 2520, กรุงเทพฯ: อักษรศาสตร์.

⁸⁷ จาก การอภิปรายเรื่อง “การตีความกฎหมายอาญา” วารสารนิติศาสตร์ (ฉบับที่ 4 ปีที่ 18 ธันวาคม 2527) (น. 59). โดย คณิต ฌ นคร ฌ, 2527. ; และ จาก หลักกฎหมายอาญา. (น. 30). เล่มเดิม.

⁸⁸ แหล่งเดิม. (น. 59). และ จาก หลักกฎหมายอาญา (น. 30). เล่มเดิม.

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ได้กล่าวถึง “โครงสร้างของความผิดอาญา” (Verbrechensaufbau) ว่ามีส่วนสามส่วน⁸⁹ คือ

- 1) การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmassigkeit)
- 2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) และ
- 3) ความชั่วร้ายหรือความชั่ว (Schuld)

นักวิชาการเยอรมันที่กล่าวถึง “โครงสร้างของความผิดอาญา” (Verbrechensaufbau) เดิมมีแต่ “ฝ่ายผลกำหนด” (Kausalitat) ต่อมาได้มีนักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งได้เกิดขึ้น คือ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” (Finalitat) อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันความคิดของ “ฝ่ายผลกำหนด” ได้ถูกปฏิเสธ และถูกแทนที่ด้วยความคิดของ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” โดยสิ้นเชิงแล้วเมื่อปี ค.ศ. 1975 หรือเมื่อปี พ.ศ. 2518

“โครงสร้างของความผิดอาญา” (Verbrechensaufbau) ของนักคิดเยอรมันทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ ทั้ง “ฝ่ายผลกำหนด” (Kausalitat) และ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” (Finalitat) ต่างก็เห็นตรงกันว่า “โครงสร้างของความผิดอาญา” มีสามส่วน คือ “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” (Tatbestandsmassigkeit) “ความผิดกฎหมาย” (Rechtswidrigkeit) และ “ความชั่ว” (Schuld)

ความแตกต่างของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” (Verbrechensaufbau) ของนักคิดแต่ละฝ่ายอยู่ที่ว่า “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” (Finalitat) เห็นว่าเจตนาประมาทและองค์ประกอบภายในอื่นเป็นเรื่องที่อยู่ในส่วนแรกของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” กล่าวคือ อยู่ในส่วนของ “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” (Tatbestandsmassigkeit) ในขณะที่ “ฝ่ายผลกำหนด” (Kausalitat) เห็นว่าเรื่องส่วนภายในดังกล่าวอยู่ในส่วนที่สามของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” กล่าวคือ อยู่ในส่วนของ “ความชั่ว” (Schuld) เท่านั้น

ประเทศไทยเราได้รับเอาระบบซีวิลลอว์ (civil law) มาใช้ การร่างประมวลกฎหมายอาญาลับปัจจุบันนี้ อิทธิพลความคิดทางกฎหมายอาญาของเยอรมันก็น่าจะมีอยู่ไม่น้อย เพราะศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ซึ่งสำเร็จการศึกษาจากประเทศเยอรมนีเป็นผู้มีบทบาทสูงในการร่างประมวลกฎหมายอาญา⁹⁰ แต่เนื่องจากในขณะนั้นในประเทศเยอรมนีความคิดของนักกฎหมาย “ฝ่ายผลกำหนด” (Kausalitat) ยังมีอิทธิพลสูง ประมวลกฎหมายอาญาไทยของเราจึงเดินตามความคิดของ “ฝ่ายผลกำหนด” ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่อง “ความสำคัญผิดในความผิดกฎหมาย”

⁸⁹ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 115). เล่มเดิม

⁹⁰ จาก *ประมวลกฎหมายอาญา: ศึกษาทางคำพิพากษาศาลฎีกา* (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 30), โดยหยุด แสงอุทัย, 2505, กรุงเทพฯ: มงคลการพิมพ์.

ความคิดของ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” (Finalitat) นับเป็นความก้าวหน้าทางวิชาการของเยอรมันทีเดียว และต้องถือว่าการศึกษาวิจัยของนักนิติศาสตร์เยอรมันมีความสมบูรณ์ที่สุด ฉะนั้นจึงจะดำเนินการศึกษาวิจัยของนักนิติศาสตร์เยอรมัน และถือเอาความคิดของ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” เป็นเกณฑ์ เพราะเห็นว่าการศึกษาวิจัยของนักนิติศาสตร์เยอรมันเกี่ยวกับ “โครงสร้างของความคิดอาญา” (Verbrechensaufbau) นั้น เป็นการศึกษาวิจัยที่ชัดเจนจนกล่าวได้ว่าปราศจากข้อโต้แย้งเป็นต้น

การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ท่านศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร ได้อธิบายถึงองค์ประกอบความผิดว่าประกอบด้วย องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ผู้กระทำ การกระทำ, กรรมของการกระทำ, ผลของการกระทำ และความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล องค์ประกอบภายนอกอื่นๆ คุณธรรมทางกฎหมาย อีกส่วนคือองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ประมาท (ประมาทเป็นองค์ประกอบภายในอย่างหนึ่งนอกเหนือจากเจตนา)

ส่วนความผิดกฎหมายนั้น ท่านได้อธิบายว่าในความผิดแต่ละฐานมีปทัสฐานที่เป็นข้อห้ามอยู่เบื้องหลังเสมอ แต่การกระทำที่ผิดปทัสฐานมิได้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายเสมอไป เพราะในบางกรณีในการกระทำนั้นอาจมีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ปรากฏอยู่ ซึ่งทำให้การกระทำที่ผิดปทัสฐาน กลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ได้แก่ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นต้น

ส่วนความชั่วนั้น ท่านได้อธิบายว่าความชั่ว ในที่นี้ไม่ได้หมายความถึงความชั่วในเรื่องการฝ่าฝืนศีลธรรม หรือขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคม แต่เป็นการพิจารณาทางอัตตะวิสัย ซึ่งเป็นเรื่องที่สูงอยู่กับการตัดสินใจในการกระทำนั้นของผู้กระทำในขณะนั้นว่าเขาเป็นผู้ที่มีความรู้ผิดชอบ หรือรู้จักแยกแยะว่าจะอะไรผิดอะไรถูก และหากเป็นผู้ที่มีสติแล้วย่อมไม่กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมาย แต่ถ้าขาดสติและได้กระทำการอันใดเป็นการผิดกฎหมายลงไปจึงต้องถูกดำเนินจากสังคม และเป็นการที่ดำเนินได้ ดังนี้ ความชั่วจึงหมายถึงการดำเนินได้ของการกำหนดเจตจำนง⁹¹

ข) โครงสร้างของความรับผิดชอบของประเทศฝรั่งเศส⁹²

ในจำนวนกลุ่มนักกฎหมายของไทยเราที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศยุโรปภาคพื้นนั้น กล่าวได้ว่าผู้ที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศสมีบทบาทในการเรียนการสอนกฎหมายอาญา

⁹¹ จาก นิติวิธีกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต) (น. 92-94). โดย สุรเศรษฐ์ หน้างาม, 2549, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁹² กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 114). เล่มเดิม.

อย่างสูงมาก และนักกฎหมายที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศสผู้ที่ได้นำแนวความคิดในทาง
 อาญาของประเทศฝรั่งเศสมาอธิบายกฎหมายอาญาของเราที่สำคัญ คือ ศาสตราจารย์วิจิตร ลุติตา
 นนท์ อธิบายว่า ความผิดอาญามีหลักสามประการ คือ

- 1) ข้อสาระทางกฎหมาย
- 2) ข้อสาระทางเจตนา และ
- 3) ข้อสาระทางการกระทำ⁹³

สำหรับศาสตราจารย์จิตติ ดิงส์ทักท์ นั้น แม้จะมีได้สำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศส
 แต่ในการเขียนตำรากฎหมายอาญา ภาค 1 ก็ได้อ้างอิงหนังสือกฎหมายของฝรั่งเศสเป็นสำคัญ และ
 อธิบายว่า

“การกระทำความผิดอาญาต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

- 1) ต้องมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิด
- 2) ต้องมีการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้ นั้น และ
- 3) การกระทำนั้นต้องประกอบด้วยสภาพทางจิตใจ ซึ่งตามปกติก็ได้แก่เจตนากระทำ

เว้นแต่บางกรณีที่ยกเว้นไว้เป็นอย่างอื่น”⁹⁴

ซึ่งเมื่อได้วิเคราะห์คำอธิบายดังกล่าวมาแล้ว เห็นว่าความเห็นและคำอธิบายกฎหมาย
 อาญาของศาสตราจารย์จิตติ ดิงส์ทักท์ เป็นอย่างเดียวกับความเห็นและคำอธิบายกฎหมายอาญาของ
 ศาสตราจารย์วิจิตร ลุติตานนท์ นั้นเอง เพราะในการอธิบายข้อแรกนั้นทั้งศาสตราจารย์วิจิตร ลุติตา
 นนท์ และศาสตราจารย์จิตติ ดิงส์ทักท์ ต่างก็อธิบายเนื้อหาของมาตรา 2สรุปว่า “โครงสร้างของ
 ความผิดอาญา” (Verbrechensaufbau) ของฝรั่งเศสนั้น ประกอบด้วยข้อสาระสามประการดังที่
 ศาสตราจารย์วิจิตร ลุติตานนท์ ได้กล่าวมาข้างต้น

ท่านศาสตราจารย์จิตติ ดิงส์ทักท์ได้อธิบายถึงเหตุยกเว้นความผิด ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่
 นอกโครงสร้างความผิดอาญาว่าความรับผิดชอบในทางอาญาอาจไม่เกิดขึ้นหรือมีเหตุยกเว้นหรือ
 ลดหย่อนลงได้ โดยกฎหมายถือว่าการกระทำไม่เป็นความผิดหรือเป็นความผิดแต่ได้รับการยกเว้น
 หรือลดโทษ โดยเหตุผลต่างๆ กัน เหตุยกเว้นความรับผิดชอบ มีดังนี้ คือ 1) การกระทำไม่เป็นความผิด
 2) เหตุยกเว้นโทษ 3) เหตุลดหย่อนความรับผิดชอบ

⁹³ จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น. 80-85), โดย วิจิตร ลุติตานนท์, 2507, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁹⁴ *กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 7), *ตอน 2* (พิมพ์ครั้งที่ 6) (หัวข้อ 13). เล่มเดิม. และจาก *ปัญหาพิเศษในทางกฎหมายอาญา* (รวบรวมโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ดิเรก ควรสมาคม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพายัพ) (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 18-19.), โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, 2547, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

การกระทำไม่มีความผิด เป็นเหตุที่ทำให้การกระทำไม่มีความผิด ได้แก่ ผู้กระทำมีอำนาจตามกฎหมาย ความยินยอมของผู้เสียหาย การล่อให้กระทำความผิด ผู้ที่เจ้าพนักงานกันไว้เป็นพยาน⁹⁵

2.3.2 โครงสร้างความรับผิดชอบอาญาตามระบบ common law

แรกเริ่มเดิมทีนั้น แม้ประเทศไทยเราจะรับเอาระบบซีวิลลอว์ (civil) แต่ความคิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญาของคอมมอนลอว์ (common law) มีอิทธิพลต่อการเรียนการสอนในสถาบันการศึกษากฎหมายของประเทศไทยเราสูงมาก เพราะนักกฎหมายไทยที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษมีบทบาทสูงทั้งในกระบวนการยุติธรรมและในการเรียนการสอนกฎหมายนักกฎหมายไทยดังกล่าวจึงได้นำเอาหลัก mens rea มาใช้ในการอธิบายกฎหมายอาญากันอย่างเป็นนัยสำคัญ⁹⁶

หลักเกี่ยวกับ “ความผิดอาญา” (Verbrechen) ของคอมมอนลอว์ (common law) มีว่า “Actus non facit reum, nisi mens sit rea” ซึ่งหมายความว่า

“การกระทำไม่ทำให้ (ผู้กระทำของการกระทำนั้น) เป็นความผิด หากไม่มีจิตใจที่ชั่วร้าย กล่าวคือ จิตใจที่เป็นอาชญากรรม เจตนาและการกระทำทั้งสองอย่างนี้ต้องประกอบกันจึงจะทำให้เป็นความผิดอาญา”⁹⁷

ดังนั้น ความผิดอาญา (Verbrechen) ของคอมมอนลอว์ (common law) จึงประกอบด้วย ส่วนประกอบ (element) ต่างๆ ที่สำคัญ 2 ส่วน คือ

- 1) Actus reus หรือ criminal act และ
- 2) Mens rea หรือ criminal intent

นักกฎหมายของไทยเราได้เดินตามหลักนี้มานานมาก แม้ต่อมาเมื่อได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันเมื่อปี พ.ศ. 2500 ความคิดในทางกฎหมายอาญาตามแนวทางคอมมอนลอว์ (common law) ก็ยังหลงเหลืออยู่⁹⁸

⁹⁵ นิติวธิ์กับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย (น. 91-92). เล่มเดิม

⁹⁶ จาก ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี), โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส ก, 2524, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁹⁷ An act does not make (the doer of it) guilty, unless the mind be guilty; that is, unless the intention be criminal. The intent and the act must both concur to constitute the crime.

See BLACK'S LAW DICTIONARY

⁹⁸ จาก อาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 179), โดย พิพัฒน์ จักรางกูร, 2525, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพมหานคร.

พื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของคอมมอนลอว์ (common law) แตกต่างจากพื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของซีวิลลอว์ (civil law) กล่าวคือในขณะที่พื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของซีวิลลอว์ (civil law) เป็น “ความรับผิดชอบในการกระทำ” (Handlungshaftung) แต่พื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของคอมมอนลอว์ (common law) เป็น “ความรับผิดชอบในผล” (Erfolgshaftung)⁹⁹

ในกรณีการยิงศพนั้น นักกฎหมายฝ่ายคอมมอนลอว์ (common law) เห็นว่าแม้ผู้กระทำจะมี mens rea แต่ใน ส่วน actus reus ยังไม่สมบูรณ์ เพราะแม้จะมี actus แต่ไม่มี reus กล่าวคือ ผลคือความตายไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย นักกฎหมายฝ่ายคอมมอนลอว์ (common law) จึงเห็นว่ากรณีการยิงศพเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบ

แต่ในกรณีการยิงศพสำหรับนักกฎหมายฝ่ายซีวิลลอว์ (civil law) นั้น นักกฎหมายฝ่ายซีวิลลอว์ (civil law) กลับเห็นว่า การยิงศพเป็นการกระทำที่ผู้กระทำรู้ (สำคัญว่ายังมีชีวิตอยู่) ว่ากรรมของการกระทำนั้นเป็นมนุษย์ และผู้กระทำต้องการให้มนุษย์นั้นถึงแก่ความตาย เมื่อความตายไม่อาจเกิดขึ้นได้ กรณีเป็นความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นอันเป็นการพยายามกระทำที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้

หลัก mens rea นั้น ไม่มีในระบบกฎหมายของไทยเรา ฉะนั้น การที่นักนิติศาสตร์ไทยเรานำเอาหลัก mens rea มาอธิบายกฎหมายอาญาจึงไม่ถูกต้องมาตั้งแต่ต้น

2.3.3 โครงสร้างความรับผิดทางอาญาของไทย¹⁰⁰

สรุปความรับผิดในทางอาญาได้ดังต่อไปนี้

- (1) มีการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ
 - (2) การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด
 - (3) การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ
- ทั้งนี้สามารถแยกพิจารณาเป็นลำดับดังต่อไปนี้
- (1) มีการกระทำ
 - (2) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกของความคิดเรื่องนั้นๆ
 - (3) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความคิดเรื่องนั้นๆ
 - (4) ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำนั้นๆ

⁹⁹ Vgl. Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin 1988, S. 262 f.

¹⁰⁰ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (น. 25-30). เล่มเดิม

1) มีการกระทำ

การกระทำหมายถึงการเคลื่อนไหวร่างกาย หรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย โดยรู้สำนึกโดยรู้สำนึกหมายถึงอยู่ภายใต้บังคับของจิตใจอันได้แก่

- (1) มีความคิดที่จะกระทำ
- (2) ตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิดไว้
- (3) ได้กระทำตามที่ตกลงใจอันสืบเนื่องมาจากความคิด

2) การกระทำนั้นครบ “องค์ประกอบภายนอก” ของความผิดเรื่องนั้นๆ

องค์ประกอบภายนอก หมายถึง สิ่งที่อยู่ภายนอกซึ่งสามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ ซึ่งการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นองค์ประกอบภายนอกของกฎหมายต้องพิจารณาเป็นรายมาตรานั้นๆ ไป เช่น มาตรา 288 “ผู้ใดฆ่าผู้อื่นต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าถึงยี่สิบปี” องค์ประกอบภายนอกของความผิดมาตรานี้คือ

- (1) ผู้ใด
- (2) ฆ่า
- (3) ผู้อื่น

ทั้งนี้เพราะทั้ง 3 ข้อของความผิดฐานนี้สามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ และนอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากความผิดฐานต่างตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอาญาอื่นยังสามารถสรุปได้ว่าส่วนใหญ่แล้วองค์ประกอบภายนอกของกฎหมายอาญามีอยู่ด้วยกัน 3 ส่วนคือ

- (1) ผู้กระทำ
- (2) การกระทำ
- (3) วัตถุแห่งการกระทำ

(ลองพิจารณาจากมาตรา 288 ผู้ใด = ผู้กระทำ ฆ่า = การกระทำ ผู้อื่น = วัตถุแห่งการ

กระทำ เป็นต้น)

3) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความผิดเรื่องนั้นๆ

จากการพิจารณาถึงโครงสร้างความผิดอาญา การกระทำที่ครบองค์ประกอบภายนอกยังไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้แต่จะต้องมีส่วนขององค์ประกอบภายในด้วยและส่วนขององค์ประกอบภายในที่สำคัญประการหนึ่งก็คือเจตนาของผู้กระทำผิด โดยเจตนานี้จะคลุมถึงองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญาดังนั้นในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคแรก จึงบัญญัติเป็นหลักทั่วไปไว้ว่า “บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดย

ประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ไม่ได้กระทำโดยไม่เจตนา”

4) ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำนั้นๆ

นักนิติศาสตร์ได้วางเป็นทฤษฎีหลายทฤษฎี แต่ทฤษฎีที่ได้รับความนิยมในการนำมาอธิบายข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ได้แก่ ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม และทฤษฎีเงื่อนไข

ดังนั้น การวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศไทยได้รับเอาแนวคิดในการวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศตะวันตกเข้ามาทั้ง 2 ระบบ ซึ่งทำให้มีผลต่อการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย ซึ่งในปัจจุบันแบ่งแยกได้ 3 แนวคิด คือ

แนวที่ 1 แนวความคิดตามระบบคอมมอนลอว์ โดยมีอาจารย์สง่า ลีนะสมิต และอาจารย์พิพัฒน์จักรางกูร เป็นผู้นำมาอธิบาย

แนวที่ 2 แนวความคิดตามทฤษฎีระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งสามารถอธิบายได้ 2 แนวความคิด คือ

1) ตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส โดยมีศาสตราจารย์วิจิตร ลุติตานนท์, ศาสตราจารย์ ดร. โภเมน ภัทรภิรมย์ และศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ เป็นผู้นำมาอธิบาย

2) ตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน โดยมีศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร และรองศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส เป็นผู้นำมาอธิบาย

แนวที่ 3 แนวความคิดในการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสาน (ดังที่อธิบายในหัวข้อ 2.3.3) โดยมีศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ และรองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์ และรองศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล เป็นผู้นำมาอธิบาย

ตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน ท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้อธิบายโครงสร้างความรับผิดชอบว่าต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ, ความผิดกฎหมาย และความชั่ว

ซึ่งในหัวข้อความผิดกฎหมาย ท่านได้อธิบายว่าในความผิดแต่ละฐานมีปทัสฐานที่เป็นข้อห้ามอยู่เบื้องหลังเสมอ แต่การกระทำที่ผิดปทัสฐานมิได้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายเสมอไป เพราะในบางกรณีในการกระทำนั้นอาจมีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ปรากฏอยู่ ซึ่งทำให้การกระทำที่ผิดปทัสฐาน กลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ได้แก่ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย, ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย, ความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นต้น

ตามแนวความคิดการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสาน ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้อธิบายว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญาเมื่อการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด และการกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

ในส่วนของการกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ท่านอธิบายว่าเป็นการกระทำที่กฎหมายยกเว้นความผิด ได้แก่ การป้องกัน ความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นต้น

2.4 วิวัฒนาการ และประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับเรื่องการสักร่างกายและการขลิบอวัยวะเพศ

“รอยสัก” หรือ “Tattoo” หมายถึง การตีหรือการเคาะ ซึ่งเกิดจากการสักด้วยเครื่องสัก หรืออาจใช้เข็มซึ่งมีด้ายร้อยเคลือบสีอยู่ แทะผ่านตามตำแหน่งที่ต้องสักลงไปที่ผิวหนัง โดยการสักและเจาะร่างกายพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ได้ให้ความหมายของคำว่า “สัก” คือ เอาของแหลมแทงลงด้วยวิธีการหรือเพื่อประโยชน์ต่างๆ กัน เช่น สักปลาไหล สักหาของในน้ำ สักรอยช้ำเพื่อรีดเอาเลือดที่คั่งออก ใช้เหล็กแหลมจุ่มหมึกหรือน้ำมันแทงที่ผิวหนังให้เป็นอักขระเครื่องหมายหรือลวดลาย ถ้าใช้หมึก เรียกว่า สักหมึก ถ้าใช้น้ำมัน เรียกว่า สักน้ำมัน ทำเครื่องหมายโดยใช้เหล็กแหลมจุ่มหมึกแทงที่ผิวหนังเพื่อแสดงเป็นหลักฐาน¹⁰¹ และพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายเพิ่มเติมว่า การสักอาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “สักยันต์”

2.4.1 ความเป็นมาในการสัก

การสักในประเทศไทยมีมาแต่โบราณ ดังปรากฏในวรรณคดีเรื่อง ขุนช้างขุนแผน และวรรณกรรมอื่นๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้อยู่ยงคงกระพัน (ซึ่งแตกต่างจากการสักร่างกายของประเทศแถบยุโรปที่เน้นความสวยงาม แต่ปัจจุบันการสักมักมองว่ามักจะเป็นไปในด้านลบเสียมากกว่า ถูกมองว่าเป็นนักเลง เนื่องจากในอดีตนั้น รอยสักถูกใช้เป็นสัญลักษณ์ของการประณามหรือประกาศความชั่ว เช่น การสักหน้าโจรผู้ร้ายเมื่อจับตัวได้ เพื่อให้คนในสังคมได้ระมัดระวัง หรือบางครั้งพวกโจรผู้ร้ายก็เลือกจะใช้การสักยันต์ เป็นภูมิคุ้มกันความตายให้กับตัวเอง การสักในอดีตมีวัตถุประสงค์หลายประการ ดังนี้

1) การสักเพื่อป้องกันตัว

ผู้ชายที่ต้องไปออกรบเพื่อสู้รบที่บ้านเมือง เปรียบเป็นเครื่องรางของขลังอย่างหนึ่งของนักรบตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา อาจกล่าวได้ว่า ได้รับอิทธิพลมาจากขอมยวามาจนถึงสงครามโลกครั้งที่ 2 หรือแม้แต่สงครามเอเชีย-บูรพา เพราะคนเชื่อว่า ถ้าสักยันต์แล้วมนต์ตราอำนาจแห่งรอยสัก

¹⁰¹ จาก รอยสัก : จากความเชื่อ...สู่แฟชั่น (น. 2-7), โดย ชลพรพรย ดวงนภา, 2553, สำนักงานวัฒนธรรมจังหวัดตราด.

จะช่วยคุ้มครองและป้องกันภัยอันตรายจากคมมีด คมดาบ หรือลูกกระสุนได้ ดังเช่นภาพยนตร์เรื่อง จอมขมังเวทย์ หรือมหาอุตม์ ที่แสดงถึงอำนาจแห่งรอยสัก

2) การสักเพื่อแสดงความรักชาติ

ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับรอยสักของผู้ต้องขัง พบว่า ในสมัยที่ไทยมีกรณีพิพาทกับฝรั่งเศส ในปี พ.ศ. 2436 กรมหลวงชุมพรเขตอุดมศักดิ์ และทหารเรือหลายคนได้สักคำว่า “ร.ศ. 112 และ ตราด” ไว้ที่หน้าอก เพื่อเป็นเครื่องเตือนใจเมื่อชาติไทยถูกรุกรานทางทะเลจากประเทศฝรั่งเศส เกิดการรบที่ปากแม่น้ำเจ้าพระยา เหตุการณ์นี้ทำให้ประเทศไทยต้องสูญเสียดินแดนไปบางส่วน

3) การสักของข้าราชการ

ข้าราชการไทยในอดีตจะทำคำหน้าที่ข้อมือคนในบังคับ ซึ่งเป็นหน้าที่ของแผนก ทะเบียนเป็นผู้บันทึกและรวบรวมสถิติชาย และอาจคาดการณ์ได้ว่าการสักเป็นจุดเริ่มต้นของการแบ่ง ส่วนราชการของไทย หรือการสักเป็นไปตามการแบ่งส่วนราชการ การทำเครื่องหมายลงบนร่างกาย นี้อาจมีมาตั้งแต่สมัยอยุธยาตอนต้น ในรัชสมัยของสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถ (พ.ศ. 1991-2031)

4) การสักเพื่อแสดงหมูกองที่ไพร่สังกัด

มีการสักที่ข้อมือเพื่อบอกหมูกองที่สังกัด ถ้าไม่มีรอยสักเรียกว่า “พวกแขนขาว” เป็น ไพร่ที่ไม่มีสังกัด เมื่อเกิดคดีความฟ้องร้องกันขึ้นจะไม่มีผู้ใดรับรอง คนที่เข้ารับราชการกอง ประจำการต้องสักขึ้นทะเบียนที่ข้าหลวงกลาโหมประจำเมืองนั้น

5) การสักเพื่อประจานความผิด

ในสมัยรัชการที่ 4 มีการสักหน้าผากของผู้ที่กระทำความผิด เพื่อประจานความผิดเป็นการประกาศให้ผู้ได้พบเห็น ไม่ให้การสนับสนุน ช่วยเหลือ และไม่คบค้าสมาคม

6) การสักเพื่อความมีเสน่ห์ สิริมงคล และให้เกิดความเกรงขาม

มักเป็นสักเป็นอักขระ อักษรขอม เลขยันต์ โดยใช้หมึกและน้ำมัน (ใช้น้ำมันงาเชื่อว่า 10 ชนิด) การสักน้ำมันจะมีรอยให้เห็น 3 วัน แผลจึงหาย

การสักตามร่างกายเป็นความเชื่ออย่างหนึ่งของมนุษย์สมัยโบราณ เกิดขึ้นเมื่อ 5,300 กว่า ปีมาแล้ว สมัยกรีก โรมัน อียิปต์ จีน ญี่ปุ่น โดยมีความเชื่อที่แตกต่างกัน นักวิทยาศาสตร์ได้กล่าวถึง รอยสักไว้หลายคน บางคนกล่าวว่า ลายสักและความนิยมในการสักมีขึ้นในหมู่มนุษยชาติมาแล้ว ไม่นต่ำกว่า 4,000 ปี ทั้งนี้จากการค้นพบพระศพของกษัตริย์ไอคุปต์ ที่มีอายุถึง 4,000 ปีสภาพศพ อาบน้ำยาหรือ “มัมมี่” นั้น มีรอยสักสลบสีอย่างงดงาม บางคนกล่าวว่า รอยสักปรากฏในร่างกายของมัมมี่ 3,300 ปี ก่อนคริสตศักราช บางคนก็ว่ามีในร่างกายของมัมมี่ในอียิปต์และนูเบีย 2,000 ปี ก่อนคริสตศักราชความเชื่อเกี่ยวกับรอยสักของมนุษย์ในแต่ละซีก โลก ต่างก็มีความหมายที่แตกต่างกันออกไปตามวัฒนธรรมและประเพณี ชาวอียิปต์โบราณเชื่อมั่นว่า เมื่อวิญญาณออกไปจากร่างแล้ว

อีกวันหนึ่งข้างหน้าดวงวิญญาณจะกลับมาอีกครั้ง รอยสักจึงกลายเป็นสัญลักษณ์อย่างหนึ่งในความเชื่อที่บันทึกเครื่องหมายเอาไว้ในร่างกายเพื่อเป็นหลักฐานว่า ครั้งหนึ่งวิญญาณของเขานั้นเคยได้อาศัยอยู่ในร่างนี้ พวกเขาเคยใช้สัญลักษณ์ของแมลงปีกแข็งชนิดหนึ่งเป็นเครื่องหมายของการสักและเป็นที่ยกย่องในหมู่ของชาวอียิปต์โบราณว่า เป็นความคงทนถาวรที่จะมีชีวิตเป็นนิรันดร์

ในประเทศญี่ปุ่น ค้นพบการสักจากรูปปั้นดินเหนียว ซึ่งมีการเพ้นท์บนหน้าเป็นลวดลายเป็นลายสักมีอายุเก่าแก่ 5,000 ปี ก่อนคริสต์ศักราชหรือมากกว่านั้น คนเผ่าที่มีการสัก คือเผ่า Ainu มีการสักที่แสดงออกถึงความเข้มแข็งด้วยสัญลักษณ์ของรูปสัตว์ต่างๆ ที่แสดงให้เห็นถึงความมีอำนาจ มีความว่องไว กล้าหาญ เช่น ปลา มังกร สิงโต เสือ แสดงให้เห็นว่าเขาคือผู้ใหญ่ที่พร้อมจะต่อสู้โลกได้แล้วนักวิทยาศาสตร์บางคนกล่าวว่า ชาวเมารีของนิวซีแลนด์และพวกอินุของญี่ปุ่นภาคเหนือมีความเชื่อว่า การสักจะช่วยคุ้มครองความเป็นหนุ่มสาวและความกระฉับกระเฉงของพวกเขา

พวกบริตันส์ กอลส์ (ยุโรปตะวันตก ในยุคโบราณรวมทั้งทางตอนเหนือของอิตาลี ฝรั่งเศส เบลเยียม และทางใต้ของเนเธอร์แลนด์) เยอรมัน และกรีกเฮโรโดตัส (Herodotus) นักปราชญ์ชาวกรีก ซึ่งได้รับยกย่องว่าเป็นบิดาแห่งประวัติศาสตร์ ได้บันทึกไว้ว่า พวกจารบุรุษในสมัยโบราณเมื่อเข้าสืบความลับที่มีความสำคัญที่สุดของฝ่ายศัตรูได้แล้วจะโกนศีรษะแล้วสักข้อความอันเป็นความลับนั้นลงที่กลางศีรษะแล้วทิ้งให้ผมยาวดั้งเดิม จึงลอบกลับไปหาพวกของตน การสักจึงเป็นวิธีที่ช่วยให้จารบุรุษนำความลับผ่านแนวข้าศึกศัตรูได้อย่างสะดวก¹⁰²

ในส่วนของกะลาสีเรือ รอยสักเป็นที่นิยมตั้งแต่สมัยกัปตันคุก นักเดินเรือชาวอังกฤษในปีคริสต์ศักราช 1700 กว่า นับว่ารอยสักเป็นสิ่งที่ดึงดูดใจของทหารเรือมานานแล้วการสักเป็นภาพสลัปลืออย่างสวยงามนั้น ชาวญี่ปุ่นได้รับการยกย่องว่ามีฝีมือมากที่สุดแต่ชาวโลกเพิ่งจะรู้ว่า ช่างสักชาวญี่ปุ่นมีฝีมือยอดเยี่ยมที่สุดในโลกเมื่อกลางศตวรรษที่ 18 ซึ่งความจริงแล้วชาวญี่ปุ่นมีฝีมือเป็นเลิศในการสักภาพสลัปลืออย่างสวยงามมาตั้งแต่ 500 ปี ก่อนคริสตกาลเพราะก่อนหน้านั้นชนชาติญี่ปุ่นปิดประตูประเทศสำหรับชาวต่างชาติ ต่อมาเมื่อญี่ปุ่นเปิดประเทศต้อนรับชาวต่างชาติ ความเป็นผู้มีฝีมือในการสักของชาวญี่ปุ่นจึงระเบิดลือเลื่องไปทั่วโลก ถึงกับมีการเปิดร้านหุหรารสำหรับรับสักกลายเป็นลำเป็นต้น

ในประวัติศาสตร์จีน พบการสักที่หลังของ “งักสูย” แม่ทัพของจีนที่นำทัพเข้าต่อต้านกองทัพมองโกล ในสมัยราชวงศ์ซ้องเป็นรอยสักที่มีชื่อเสียงมากในประวัติศาสตร์ชาติจีน สักเป็นอักษรจีน 4 ตัว แปลว่า “ตอบแทนชาติด้วยความซื่อสัตย์”

¹⁰² สืบค้น 25 มิถุนายน 2558, จาก <http://rama4.mahidol.ac.th/ramalaser/th/knowledge/tattoo1>

ในเกาะโซโลมอน ผู้หญิงจะไม่มีโอกาสแต่งงานหากบนร่างกายของพวกเธอถ้าปราศจากรอยสัก เช่นเดียวกับผู้หญิงชาวเอสกิโมที่เชื่อว่า ผู้หญิงที่มีรอยสักแล้วเท่านั้นจึงจะแต่งงานมีครอบครัวได้

แต่สำหรับในประเทศอิรัก รอยสักเป็นสิ่งที่ยืนยันให้เห็นถึงความอดทนของผู้หญิง โดยสักในที่เปิดเผยให้เห็นเด่นชัด

รอยสักชาวฮาวาย ใช้ลวดลายจากธรรมชาติมาใช้ในการสัก เช่น ฟินปลาฉลาม ลายถักทอ เม่นทะเล มีความหมายลึกซึ้งโดดเด่นเฉพาะตัว

สำหรับประเทศเพื่อนบ้านอย่างพม่าและมาเลเซีย การสักลายของพม่าพบในสมัยพระเจ้าโพดอพญา (ค.ศ. 1143-1181) เวลาทำนาหรือออกรบผู้ชายมักจะต้องนุ่งผ้าดอกเขมร ลายสักจึงถือเป็นเครื่องแสดงความเป็นลูกผู้ชาย และถือว่าผู้มีลายสักเป็นผู้ที่มีความอดทนและกล้าหาญ ดังนั้นผู้ชายที่ไม่สักลายมักจะถูกลูแกลน และอาจไม่เป็นที่หมายปองของหญิงสาวอีกด้วย นิยมสักจากเอวจนถึงหัวเข่า สีที่ใช้สักมักจะเป็นสีดำหรือสีน้ำเงินเข้ม มีสีแดงบ้างเล็กน้อย ส่วนในประเทศมาเลเซีย พบประวัติดการสักของชนเผ่าบอร์เนียวมานานนับพันปี นิยมสักลายกราฟิก ลายดอกไม้

สำหรับคริสเตียน รอยสักกลับเป็นสิ่งต้องห้าม ในคริสต์ศักราช 787 มีข้อห้ามมิให้คริสต์ศาสนิกชนในยุโรปทำการสักอย่างเด็ดขาด โดยอ้างว่าการสักทำให้ร่างกายมัวหมองมีราศีปราศจากความบริสุทธิ์ผุดผ่อง ไม่พึงประสงค์ของพระเจ้าเป็นยุคที่การสักในยุโรปชบเซาตั้งแต่นั้นมา

2.4.2 การลงโทษประจานโดยการสัก

สมัยก่อน การลงโทษต่อเนื้อตัวร่างกายเป็นวิธีการลงโทษที่นิยมใช้กันอย่างแพร่หลาย มุ่งแก้แค้นทดแทนผู้กระทำความผิดให้สาสมกับความผิดที่ได้กระทำ เช่น การโบยตี ฆาตกรรม การตัดอวัยวะ การลงตราประทับหรือประจาน และการทรมานอื่นๆ¹⁰³

แนวคิดเรื่องการลงโทษโดยการประจาน (Branding) ทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความอับอาย โดยการสักบนใบหน้าของนักโทษเป็นวิธีหนึ่งในการประจานให้ผู้กระทำความผิดได้รับความอับอาย และเป็นการทำให้คนทั่วไปเห็นเป็นตัวอย่างว่าทำผิดแล้วจะถูกลงโทษอย่างไรด้วย

2.4.3 วัตถุประสงค์ในการลงโทษ

การลงโทษ หมายถึง การกระทำที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ที่ต้องรับโทษซึ่งอาจจะเป็นผลร้ายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือทรัพย์สิน ซึ่งการลงโทษเปรียบเสมือนเครื่องมือของการตัดสินของสาธารณะ ซึ่งประเด็นสำคัญคือ เป็นวิธีการที่เกี่ยวข้องกับความเจ็บปวดหรือการทรมานซึ่งเป็นผลจากการตัดสิน

¹⁰³ จาก *อาชญวิทยา และทัณฑวิทยา* (น. 174), โดย อัจฉริยา ชูตินันท์, 2557, กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

โดยค่านิยมบางอย่างของสังคม นอกจากนี้มีนักวิชาการหลายท่านเสนอความคิดว่า การลงโทษเป็นการกระทำตามสัญชาตญาณการแก้แค้น โดยเป็นกระบวนการที่ยุ่ยากซับซ้อน อาชญากรรมบางประเภทและการกระทำบางชนิดถูกมองว่าผิด และทำให้สังคมเสียสมดุล ทำให้เสียผลประโยชน์ของบุคคลหรือสมาชิก ปฏิบัติการลงโทษต่างๆ จึงเป็นส่วนในการทำลายความสมดุลที่เกิดขึ้น ดังนั้นการลงโทษอาจเป็นเพียงหนึ่งในปฏิบัติการหลายๆ อย่างต่อการฝ่าฝืนกฎหมาย¹⁰⁴

การบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นมา ก็เพื่อที่จะป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น วัตถุประสงค์และรูปแบบในการลงโทษได้มีวิวัฒนาการผ่านยุคต่างๆ ของสังคม ซึ่งวัตถุประสงค์และรูปแบบในการลงโทษนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะการปฏิบัติงานราชทัณฑ์จะมีประสิทธิภาพเพียงใดขึ้นอยู่กับความเข้าใจวัตถุประสงค์และรูปแบบในการลงโทษ¹⁰⁵

1) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retribution)

เป็นวัตถุประสงค์การลงโทษที่เก่าแก่ รูปแบบการลงโทษจะมีลักษณะรุนแรงป่าเถื่อน เช่น การตัดอวัยวะ การเขียนตี การทรมาน เป็นต้น วัตถุประสงค์เพื่อแก้แค้นทดแทนนี้เป็นวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชน จึงเป็นวัตถุประสงค์ที่ยังคงหลงเหลืออยู่ในปัจจุบัน วัตถุประสงค์นี้มีจุดอ่อน คือ การลงโทษแก้แค้นทดแทนนี้ไม่ได้มองถึงประโยชน์ในอนาคต ไม่ได้พิจารณาถึงการป้องกัน อีกทั้งเป็นการยากที่จะวัดขนาดความรุนแรงของโทษกับความผิดว่ามีความเท่าเทียมกันหรือไม่

2) การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence)

แนวคิดนี้เป็นผลมาจากความคิดของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม (Classical School) ซึ่งเชื่อว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นจากการที่คนไม่เกรงกลัวกฎหมาย หรือการบังคับใช้กฎหมายอ่อนแอ ทั้งนี้เพราะมนุษย์มีเหตุผลและมีเจตจำนงอิสระ การทำผิดจึงเกิดจากการเลือกกระทำของเขาเอง เนื่องจากเห็นว่าได้ประโยชน์มากกว่าจึงกล้าเสี่ยงทำผิด การลงโทษจึงควรมีขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำความผิด แต่วัตถุประสงค์นี้มีข้อจำกัดว่า การใช้โทษเป็นเครื่องมือในการยับยั้งนั้นเป็นการยับยั้งที่เกิดจากความเกรงกลัว การลงโทษไม่ได้เกิดจากจิตใจที่ติงามหรือการยับยั้งจากภายในของผู้กระทำ

3) การลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำความผิด (Incapacitation)

มีหลักการว่า อาชญากรรมย่อมไม่เกิดขึ้นถ้าไม่มีอาชญากร หรืออาชญากรไม่มีโอกาสที่จะทำผิด วัตถุประสงค์นี้คล้ายกับวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง แต่แตกต่างกันว่าตาม

¹⁰⁴ แหล่งเดิม. (น. 130).

¹⁰⁵ จาก *หลักทฤษฎีอาชญาวิทยา : หลักการวิเคราะห์ระบบงานราชทัณฑ์* (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น. 18-19, 23-42), โดย นัทธี จิตสว่าง, 2545, กรุงเทพฯ: ราชทัณฑ์.

หลักการของการลงโทษเพื่อการช่มขวัญยังมุ่งให้เกิดความเกรงกลัวที่จะไม่กระทำผิดขึ้นอีก แต่การลงโทษเพื่อตัดโอกาสมุ่งป้องกันการกระทำผิดซ้ำ โดยการทำให้เขาหมดโอกาสที่จะกระทำผิดขึ้นได้ ซึ่งอาจมีวิธีการเนรเทศผู้กระทำความผิด เช่น ประเทศไทยสมัยก่อนนิยมส่งนักโทษอุกฉกรรจ์และนักโทษการเมืองไปอยู่เกาะตะลุมเตอันห่างไกลและกันดารในภาคใต้¹⁰⁶ หรือการตัดอวัยวะเพื่อตัดโอกาสในการประกอบอาชญากรรม เช่น ตัดมือพวกลักขโมย เป็นต้น แต่สำหรับปัจจุบันเป็นการจำคุกโดยกันผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคมให้ปลอดภัย แต่ก็เป็นการแยกผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเป็นการชั่วคราว การลงโทษจำคุกเพื่อสนองวัตถุประสงค์นี้มีชีวิตที่ดีที่สุด เนื่องจากผู้กระทำความผิดต้องกลับมาอยู่ในสังคมเดิมในท้ายที่สุด และเมื่อกลับมาแล้วผู้กระทำความผิดอาจมีความโกรธแค้นสังคมมากยิ่งขึ้น

4) การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation)

เป็นแนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม (Positive School) ซึ่งเชื่อเรื่องเจตจำนงกำหนด (Determinism) กล่าวคือ การกระทำของมนุษย์ถูกกำหนดจากปัจจัยต่างๆ มนุษย์ไม่สามารถเลือกกระทำได้อย่างอิสระ แต่มนุษย์ถูกกดดันหล่อหลอมจากสิ่งแวดล้อมและปัจจัยต่างๆ จนมีบุคลิกภาพที่บกพร่องและหันไปสู่การกระทำผิด ซึ่งปัจจัยต่างๆ นี้อยู่นอกเหนือการควบคุมของมนุษย์ การลงโทษจึงไม่ควรมุ่งเน้นที่การกระทำความผิดเป็นหลัก แต่ควรพิจารณาจากสาเหตุที่ทำให้เกิดการกระทำความผิดและการแก้ไขไปที่สาเหตุนั้น แนวความคิดนี้จึงเป็นแนวคิดที่ให้โอกาสคนกลับตัว ให้โอกาสแก้ไขปรับปรุงตัว โดยการทำให้คนที่ทำผิดไม่ให้อึดอัดกลัวไปสู่การกระทำความผิดมากขึ้น โดยใช้มาตรการลงโทษที่ไม่ทำให้เกิดรอยมลทินและได้รับการขจัดเกลียดจากผู้กระทำความผิดอื่นๆ วิธีการดังกล่าวได้แก่ การรอลงอาญาโดยมีการคุมประพฤติ การใช้โทษปรับและการใช้มาตรการในชุมชนอื่นๆ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่ได้รับการยอมรับและปฏิบัติอย่างกว้างขวางโดยผสมผสานกับวัตถุประสงค์ข้ออื่นๆ

วัตถุประสงค์ในการลงโทษทั้งสี่ข้อข้างต้น ยังเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่แพร่หลายอยู่ในสังคมปัจจุบัน หากแต่จุดเน้นได้เปลี่ยนแปลงไป จากเดิมที่เน้นการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนไปสู่การลงโทษเพื่อการอบรมแก้ไข แต่การลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนก็ยังคงปรากฏอยู่ในความคาดหวังของสังคม ซึ่งจะเห็นได้จากกรณีที่รัฐต้องลงโทษเพื่อตอบสนองความรู้สึกของประชาชนในกรณีที่มีอาชญากรรมรุนแรงเกิดขึ้น ในขณะที่เดียวกันการลงโทษยังเป็นการทำให้คนทั่วไปเกิดความเกรงกลัวในการถูกลงโทษ การลงโทษจึงมุ่งเพื่อข่มขู่ยับยั้งเช่นกัน

¹⁰⁶ อาชญาวิทยา และทัณฑวิทยา (น. 175). เล่มเดิม

ดังนั้น วัตถุประสงค์ในการลงโทษทั้งสี่ข้อดังกล่าวจึงยังเป็นวัตถุประสงค์ที่ผสมผสานในการลงโทษอยู่ในปัจจุบัน

2.4.4 ความเป็นมาในการขลิบอวัยวะเพศ

การทำสุหนัต เป็นกระบวนการผ่าตัดในทางการแพทย์ซึ่งเป็นที่รู้จักกันมายาวนาน เพราะเป็นที่ปฏิบัติอย่างกว้างขวางในฐานะที่เป็นพิธีกรรมทางศาสนาอิสลามและศาสนาอื่น แต่โบราณ โดยมีหลักฐานเก่าแก่ที่สุดของการขลิบอวัยวะเพศชายสามารถย้อนหลังไปถึงสมัยอียิปต์ เมื่อ 2,300 ปี ก่อนคริสตกาล สมัยหลังสงครามโลกครั้งที่สอง การขลิบอวัยวะเพศเด็กหนุ่มก็เป็นที่นิยมไปทั่วโลก¹⁰⁷

การเข้าสุหนัตเป็นพิธีกรรมที่สำคัญอย่างหนึ่งของชาวมุสลิม มีความเชื่อว่าชาวมุสลิมที่แท้จริงต้องเข้าสุหนัต ถ้าไม่ทำถือว่าเป็นมุสลิมที่ไม่สมบูรณ์ การเข้าสุหนัตนั้น อาจทำเพียงคนเดียวหรือบางครั้งอาจจะนำเด็กชายซึ่งเป็นญาติกัน มาทำการขลิบพร้อมกันหลายคน เพื่อทำให้เกิดความอุ่นใจแก่ผู้ที่จะต้องถูกทำการขลิบ

จากที่ได้กล่าวว่าการขลิบมีการปฏิบัติกันทั่วโลก ซึ่งมีใช้แต่เฉพาะในประเทศอิสลามเท่านั้น แต่ยังปฏิบัติกันในส่วนอื่นๆของโลกอีกด้วย เช่น ในสหรัฐอเมริกา ทารกเพศชายกว่าหนึ่งล้านคนก็ได้รับการขลิบหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศในแต่ละปี การขลิบอวัยวะเพศชายเป็นกฎของการรักษาความสะอาดข้อหนึ่งในอิสลาม วิธีการขลิบในสมัยก่อนเรียกว่า Abraham's method ทำโดยการใช้ไม้หนีบหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศให้ยึดออกพอประมาณ จากนั้นใช้ของมีคมที่หาได้ตามแต่ในยุคสมัยนั้น ตัดผ่านผิวหนังหุ้มเฉพาะส่วนที่ยึดพันจากปลายขององคชาตอย่างรวดเร็ว และปล่อยให้เลือดหยุดเอง¹⁰⁸ และช่วงอายุที่ทำการขลิบนั้นไม่ได้มีการบัญญัติที่เฉพาะเจาะจง แต่มีหลักฐานว่าสามารถทำได้หลายช่วงอายุ เช่น ขลิบเมื่อบรรลุนิติภาวะแล้ว (มีการเคลื่อนของอสุจิ หรือฝันเปียก) หรือทำการขลิบเมื่อมีอายุได้ 7 วัน หรือการขลิบเมื่อเข้ารับนับถือศาสนาอิสลาม¹⁰⁹

ปัจจุบันการขลิบ (Circumcision) โดยบุคลากรทางการแพทย์ได้รับความนิยมนำมาขึ้น เนื่องจากมีความสะอาด ปลอดภัย ภาวะแทรกซ้อนน้อย และมีการดูแลหลังผ่าตัดจากเครือข่ายทางการแพทย์ เช่น สถานีอนามัยและโรงพยาบาล ทำให้ได้รับการดูแลทันทั่วถึงเมื่อเกิดปัญหาแทรกซ้อนต่างๆ เช่น แผลติดเชื้อหรือมีเลือดออก เป็นต้น

¹⁰⁷ สืบค้น 28 มิถุนายน 2558, จาก <http://www.bloggang.com/viewblog.php?id=thaicirc20&group=1>.

¹⁰⁸ สืบค้น 28 มิถุนายน 2558, จาก <http://islamhouse.muslimthai.com/main/index.php?page=sub&category=7&id=18360>

¹⁰⁹ สืบค้น 28 มิถุนายน 2558, จาก http://www.prostate-rama.com/reading_detail.php?cid=76

การขลิบอวัยวะเพศนั้น มีข้อดี คือ ช่วยลดการติดเชื้อทางเดินปัสสาวะในเด็กเล็กได้ ลดการเกิดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ การขลิบลดการเกิดโรค HIV และ HPV ในผู้ชาย และลดมะเร็งปากมดลูกในหญิงที่เป็นคู่นอนได้ อีกทั้งการขลิบมีความสัมพันธ์ช่วยลดการเกิดมะเร็งองคชาติได้ อีกด้วย

2.5 การกระทำต่อร่างกายกับการให้ความยินยอมของผู้เยาว์

2.5.1 การสักร่างกาย

ปัจจุบันการสักร่างกายกำลังได้รับความนิยมจากผู้เยาว์ โดยการสักร่างกายนั้นสามารถกระทำได้ในหลายสถานที่ เช่น ตามตลาดนัด ศูนย์การค้า เป็นต้น ซึ่งการสักร่างกายเป็นการทำให้เกิดบาดแผล เลือดออก อีกทั้งยังเกิดสิบริเวณใต้ผิวหนังในลักษณะถาวร อีกทั้งในการสักร่างกายผู้เยาว์นั้นมีโอกาสที่จะติดเชื้อ เช่น โรคไวรัสตับอักเสบบ หรือโรคร้ายแรงอย่างโรคเอดส์ได้¹¹⁰ ซึ่งมีผู้เยาว์จำนวนไม่น้อยที่สักร่างกาย โดยได้ให้ความยินยอมที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมาย ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าความยินยอมของผู้เยาว์ที่ยังไม่เข้าใจถึงสภาพของการกระทำการสักว่าการสักจะมีผลกระทบต่ออย่างไร ความยินยอมของผู้เยาว์ดังกล่าวที่ได้ให้ในการสักร่างกายนั้น ย่อมเป็นความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

2.5.2 การขลิบหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศ

การขลิบหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศ หรือที่เรียกว่าการทำสุหนัด¹¹¹ (ritual circumcision) เป็นการกระทำตามศาสนาอิสลามและยิว ปัจจุบันนิยมการขลิบหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศตั้งแต่ยังเป็นเด็กทารก¹¹² เป็นการตัดหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศของเด็กออกไป การขลิบจะลดการติดเชื้อและการอักเสบของหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศ ซึ่งจะลดการเกิดมะเร็งที่อวัยวะเพศ และการขลิบจะทำให้ทำความสะอาดปลายอวัยวะเพศได้ง่าย ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 ประมวลกฎหมายอาญา แต่ก็ไม่ขัดต่อศีลธรรม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการขลิบนั้น แม้ว่าบิดามารดาหรือ

¹¹⁰ จาก “พฤติกรรมทางเพศของผู้ติดยาเสพติดโดยใช้เข็มฉีดยา,” *ทุนวิจัยสนับสนุนโดยองค์การอนามัยโลก โครงการวิจัยพฤติกรรมสุขภาพเพื่อพัฒนานักวิจัยรุ่นใหม่ แผนงานส่งเสริมการวิจัยพฤติกรรมสุขภาพ (รายงานการวิจัย) (น. 4, 8),* โดย นงลักษณ์ เทพสวัสดิ์ และนัทธี จิตสว่าง, 2534.

¹¹¹ ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา (น. 108). เล่มเดิม

¹¹² สืบค้น 3 พฤษภาคม 2558, จาก http://www.siamhealth.net/public_html/mother_child/children/circum/circum.htm#. VUbGvUZCKSo

ตัวผู้เข่าวเองจะไม่ได้นับถือศาสนาอิสลาม หรือศาสนายิว แต่การขลิบนั้นเป็นการกระทำเพื่อความสะอาด และลดอัตราการเกิดโรคต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ ประกอบกับการขลิบนั้นถือเป็นการผ่าตัดเล็ก จะกระทำในสถานพยาบาลซึ่งมีมาตรฐานในการรักษาความสะอาดอยู่แล้ว

จะเห็นได้ว่าการสักร่างกายปัจจุบันไม่ถือว่าการลงโทษ แต่เป็นที่ยอมรับจากมติมหาชนว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับแฟชั่น สามารถที่จะทำได้ เช่นเดียวกับการทำศัลยกรรมจมูก ศัลยกรรมตาสองชั้น เจาะหู เป็นต้น ซึ่งไม่ผิดศีลธรรม แต่อย่างไรก็ตาม ความยินยอมของผู้เข่าวก็ควรได้รับความคุ้มครอง รวมไปถึงบุคคลผู้มีความบกพร่องทางจิต เช่น ผู้วิกลจริตและผู้อยู่ในอาการมึนเมา เพราะฤทธิ์ของแอลกอฮอล์ หรือยาเสพติดด้วย

บทที่ 3

ความยินยอมของผู้เยาว์ในการสร้างร่างกายและการขลิบอวัยวะเพศ ตามกฎหมายต่างประเทศ

การสร้างร่างกายให้ผู้เยาว์โดยความยินยอมจากผู้เยาว์นั้น ปัจจุบันมีการสร้างร่างกายให้แก่ผู้เยาว์อย่างกว้างขวาง ซึ่งการกระทำนั้นทำให้สังคมเดือดร้อนหรือเสียหาย แม้ว่ากฎหมายไทยจะมีได้บัญญัติเป็นความผิดไว้เป็นการเฉพาะ แต่กฎหมายของประเทศต่างๆ ทั้งระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law system) ในสกุลแองโกลแซกซอน (Anglo-Saxon) และระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law system) ในสกุลโรมานอเยอรมนิก (Romano-Germanics) ได้มีการวางกฎเกณฑ์การให้ความยินยอมทางอาญา อีกทั้งได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในการสร้างร่างกายไว้อีกด้วย และในกรณีของการขลิบอวัยวะเพศของผู้เยาว์ กฎหมายต่างประเทศก็ได้มีการถกเถียงและวางหลักกฎหมายไว้เช่นกัน

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงได้เลือกศึกษาหลักกฎหมายจากประเทศดังกล่าว ดังต่อไปนี้

3.1 ความยินยอมในกฎหมายอาญา

3.1.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ประมวลกฎหมายเยอรมัน มาตรา 226 (a) วางหลักว่า ผู้ใดทำร้ายร่างกายผู้อื่น โดยความยินยอมของผู้ถูกทำร้าย การกระทำนั้นจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นขัดต่อศีลธรรมอันดี (แม้ว่าจะมีความยินยอมก็ตาม) โดยในเนื้อหาของมาตรานี้ ครอบคลุมถึงการทำร้ายร่างกายทุกกรณี ตัวอย่างเช่น การที่ยินยอมให้ผู้อื่นทำร้ายร่างกาย หรืออันตรายที่ได้รับจากการเล่นกีฬา¹

3.1.2 ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียได้มีการเสนอร่างบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาเรื่องการให้ความยินยอมว่า การทำร้ายร่างกายด้วยความยินยอมนั้น เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็แต่เฉพาะที่เป็นอันตรายแก่ชีวิต หรือพิการ² หมายความว่า ความผิดต่อชีวิต และทำร้ายร่างกายให้ได้รับ

¹ The German Penal Code 1871 .Sec.226(a)

² ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา (น. 156). เล่มเดิม

³ Peter Brett and Peter L.Waller (pp. 322-323). Op.cit.

อันตรายสาหัส ผู้กระทำไม่สามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหายเพื่อยกเว้นความผิดได้ ส่วนการทำร้ายร่างกายธรรมดา ผู้กระทำจะอ้างความยินยอมของผู้เสียหายมาลบล้างความผิดก็ต่อเมื่อ การกระทำนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน⁴

3.2 การกระทำต่อร่างกายโดยการสัก

3.2.1 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสคำนึงถึงการมี บทบัญญัติเกี่ยวกับการสัก และเจาะร่างกาย จึงมีการออกกฎหมายจากกระทรวงสาธารณสุขเยาวชนและการกีฬาตามพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 2008-149 ของวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ปี 2008 (Décret no 2008-149 du 19 février 2008 fixant les conditions d'hygiène et de salubrité relatives aux pratiques du tatouage avec effraction cutanée et du perçage et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires) NOR: SJSP0766174D)⁵ วางเงื่อนไขของสุขอนามัยและความปลอดภัย ปฏิบัติรอยสักที่มีผิวหนังแตกและเจาะและการแก้ไขรหัสของ สุขภาพของประชาชน (ระเบียบ) NOR: SJSP0766174D⁶ เป็นการออกกฎหมายสำหรับการป้องกัน สุขภาพของประชาชนที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติของการสักเกี่ยวกับการป้องกันการติดเชื้อ ภาวะเจ็บที่เกี่ยวข้องกับร่างกาย / การเจาะผิวหนังซึ่งเป็นกิจกรรมของตัวผู้กระทำที่ไม่ใช่แพทย์ เช่นการสักเจาะ โดยปกติการดำเนินการสักลายผู้กระทำโดยทำลายผิวหนังเท่านั้นที่สามารถทำได้ ด้วยผลิตภัณฑ์ที่มีคุณภาพ⁷

กฎหมายที่กระทรวงสาธารณสุขเยาวชนและการกีฬาตามพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 2008-149 วันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2008 ได้ให้ลักษณะของการทำลายผิวหนังสักลายบนผิวหนังและ

⁴ ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา (น. 158). เล่มเดิม.

⁵ <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000018149461>.

⁶ www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Decret_2008-149_Art._R._1311-1-1312-13. Or <http://www.sante.gouv.fr/>.

⁷ AVIS DU CONSEIL SUPERIEUR D'HYGIENE PUBLIQUE DE FRANCE CONCERNANT LES REGLES DE PROPHYLAXIE DES INFECTIONS POUR LA PRATIQUE « D'ACTES CORPORELS » SANS CARACTERE MEDICAL AVEC EFFRACTION CUTANEE (TATOUAGE, PIERCING, DERMOGRAPHIE, EPILATION PAR ELECTROLYSE, RASAGE), Séance du 15 Septembre 2000

เจาะในส่วนที่ 1 เป็นลักษณะสักผิวแตกและเจาะตามร่างกาย โดยบทบัญญัติของส่วนนี้นำไปใช้กับการดำเนินการสักร่างกาย โดยเป็นการทำลายผิวหนัง รวมไปถึงเทคนิคการแต่งหน้าแบบถาวร และเจาะร่างกาย ยกเว้นเจาะใบหูและปี๋กมูกเมื่อมีการดำเนินการ โดยทางเทคนิคพิเศษเป็นต้น⁸

3.2.2 ประเทศฟิลิปปินส์

การสักในฟิลิปปินส์ได้รับการบันทึกไว้เป็นครั้งแรกโดยนักสำรวจชาวสเปนยุโรป ขณะที่พวกเขาเป็นเจ้าของที่ดินในหมู่เกาะในช่วงปลายศตวรรษที่ 16 ก่อนการสำรวจในยุโรป เป็นประเพณีที่แพร่หลายในหมู่เกาะสักถูกตั้งอยู่ท่ามกลางกลุ่มชนพื้นเมืองของฟิลิปปินส์ซึ่งบางครั้งสักเป็นสัญลักษณ์ของอันดับและอำนาจในบางชุมชน

ปัจจุบันประเทศฟิลิปปินส์ได้มีพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการสักร่างกาย⁹ ซึ่งได้ให้ความหมายของการสักร่างกายไว้ในพระราชบัญญัติว่า การทำเครื่องหมายที่ไม่สามารถลบได้ หรือสร้างรูปร่าง หรือรูปทรงใดๆ ตามร่างกายโดยการใส่เม็ดสีลงไปยังได้ผิวหนัง หรือโดยการสร้างให้เกิดรอยแผลเป็น¹⁰

การสักร่างกาย หรือเจาะร่างกายนั้นมีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อสุขภาพ ทั้งการติดเชื้อ และเกิดอาการแพ้ การติดเชื้อนั้นอาจได้รับเชื้อโรคมาจากเครื่องมือที่ไม่ได้ถูกฆ่าเชื้อ อาจติดเชื้อ เช่น เชื้อแบคทีเรีย ไวรัส เริม บาดทะยัก ดับอักเสบบ และเชื้อเอชไอวี ได้¹¹ อีกทั้งโครงสร้างทางเคมีของสีที่ใช้สำหรับสัก อาจมีการปนเปื้อนจากสิ่งสกปรกและโลหะหนัก เช่น โคบอลต์และปรอท อันส่งผลกระทบต่อสุขภาพที่เกี่ยวข้องที่อาจเกิดขึ้นกับการสักและเจาะ ซึ่งความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น ได้แก่¹²

- 1) การติดเชื้อไวรัส เช่น ไวรัสตับอักเสบบ โรคเอดส์
- 2) การติดเชื้อแบคทีเรียเช่น พูพอง บาดทะยัก แผลริมอ่อน วัณโรค และโรคเรื้อน
- 3) การติดเชื้อรา เช่น sporotrichosis และ zygomycosis
- 4) อาการแพ้เช่นการระคายเคืองและลมพิษ
- 5) ต่อมมึน

⁸ คู่มือภาคผนวก

⁹ REPUBLIC OF THE PHILIPPINES FIFTEENTH CONGRESS First Regular Session SENATE Senate Bill No. 1126

¹⁰ SENATE Senate Bill No. 1125 e) "Tattoo" means to fix an indelible mark or figure upon the body by inserting a pigment under the skin or by producing scars.

¹¹ คู่มือภาคผนวก

¹² คู่มือภาคผนวก

- 6) โรคมะเร็ง เช่น มะเร็งผิวหนัง
- 7) โรคผิวหนังอื่นๆ เช่น โรคสะเก็ดเงิน เป็นต้น

3.2.3 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษแบ่งการปกครองเป็น 4 แคว้น คือ อังกฤษ (England) เวลส์ (Wales) สก็อตแลนด์ (Scotland) และไอร์แลนด์เหนือ (Northern Ireland) ระบบกฎหมายของแต่ละแคว้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ อังกฤษและเวลส์ใช้ระบบคอมมอนลอว์เดียวกัน ในขณะที่ สก็อตแลนด์และไอร์แลนด์เหนือมีระบบกฎหมายของตนเองต่างจากระบบของอังกฤษและเวลส์

ระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษจัดอยู่ในสกุลคอมมอนลอว์ (Common Law) หรือกฎหมายแองโกลแซกซอน (Anglo-Saxon) ที่มีวิวัฒนาการขึ้นจากการใช้กฎหมายในทางวิธีพิจารณาความและรวบรวมขึ้นโดยผู้ใช้กฎหมาย เหตุที่กฎหมายอังกฤษมีอิทธิพลต่อประเทศต่างๆ มาก เป็นเพราะเมื่อประมาณสามศตวรรษที่ผ่านมา ประเทศอังกฤษเป็นประเทศมหาอำนาจทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมือง รวมถึงครอบครองอาณานิคมมากที่สุด เมื่อครอบครองหรือติดต่อกับประเทศใดที่มีชาวอังกฤษไปตั้งถิ่นฐานถาวรอยู่ในประเทศนั้น ชาวอังกฤษจึงได้นำเอาขนบธรรมเนียม ประเพณีและวัฒนธรรมไปเผยแพร่ด้วย เช่น ภาษา ศิลปะ กิริยามารยาท การแต่งกาย จารีตประเพณี แนวคิด คตินั้น จึงเกิดการผสมผสานทางวัฒนธรรมระหว่างประเทศอังกฤษกับชาวพื้นเมือง เป็นเหตุให้กฎหมายอังกฤษมีอิทธิพลต่อกฎหมายของประเทศต่างๆ โดยเฉพาะกฎหมายพาณิชย์

สำหรับความหมายของรอยสักตามพระราชบัญญัติดังกล่าว “รอยสัก” หมายถึง การแทรกเข้าสู่ผิวของส่วนประกอบของสีใดๆ ที่ออกแบบเป็นการถาวร¹³

3.2.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบด้วยมลรัฐต่างๆ 50 รัฐ เรียกว่าสหรัฐอเมริกา (United State of America) อย่างไรก็ตามบรรดารัฐทั้งปวงยังคงมีความเป็นอิสระในบางเรื่อง โดยอำนาจของมลรัฐ (State) จะแตกต่างจากอำนาจของรัฐบาลกลาง (Federal Government) ซึ่งมีอำนาจส่วนใหญ่เกี่ยวกับกรณีระหว่างมลรัฐต่อมลรัฐ และกรณีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาประเทศอื่นๆ ดังนั้นเรื่องใดที่เกี่ยวกับเหตุการณ์ภายในมลรัฐของแต่ละมลรัฐ โดยเฉพาะและไม่เกี่ยวกับมลรัฐอื่น และไม่ปรากฏจากรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายใดว่าอยู่ในอำนาจของรัฐบาลกลาง มลรัฐนั้นๆ ย่อมมีอำนาจเด็ดขาดและสูงสุด เพราะแต่ละมลรัฐ (State) มีรัฐบาลของตนเอง มีผู้ว่าการมลรัฐ (Governor) เป็นหัวหน้ารัฐบาล มีหน่วยราชการต่างๆ เป็นผู้รับผิดชอบการบริหารกิจการต่างๆ ภายในมลรัฐ แต่ละ

¹³ 3. For the purposes of this Act "tattoo" shall mean the Definition. insertion into the skin of any colouring material designed to leave a permanent mark

มลรัฐมีเมืองหลวงของมลรัฐเอง มีรัฐสภาของตนเอง มีศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ ศาลสูงสุดของมลรัฐเอง และมีการออกกฎหมายของตนเองได้ แต่ต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงไม่เป็นการแปลกประหลาดที่การกระทำในเรื่องเดียวกัน บางกรณีอาจเป็นความผิดในรัฐหนึ่งและอาจไม่เป็นความผิดในอีกรัฐหนึ่งก็ได้ ดังนั้น ระบบกฎหมายและระบบศาลของสหรัฐอเมริกาจึงมีความซับซ้อนและแตกต่างจากประเทศอื่น โดยทั่วไป

ระบบกฎหมายของอเมริกาเป็นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งมีรากฐานและแนวคิดมาจากอังกฤษ โดยได้นำส่วนที่ดีมาใช้ แต่ยังคงความเป็นเอกภาพทางศาลไว้ โดยถือหลักว่าระบบตุลาการจะต้องปลอดจากอำนาจทางการเมือง สภาคองเกรสหรือฝ่ายบริหาร

ทั้งนี้กฎหมาย คอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งมาจากคำในภาษาฝรั่งเศสโบราณว่า Comune ley หมายถึงกฎหมายที่ใช้เป็นหลักสามัญร่วมกันทั่วพระราชอาณาจักร (law Common to all English) คำสำคัญในที่นี้คือคำว่า “Common” (สามัญร่วมกัน) เพราะเป็นการสร้างความเป็นเอกภาพทางกฎหมายในอังกฤษ โดยเน้นความยุติธรรมเฉพาะคดีมากกว่าที่จะสร้างกฎเกณฑ์สำหรับใช้ในอนาคต คำพิพากษาของศาลในคดีหนึ่งจะเป็นบรรทัดฐานมัดศาลในคดีต่อไปในอนาคต โดยนำเอาหลักเกณฑ์ที่เกิดขึ้นในคดีก่อนที่เคยเกิดขึ้นแล้วมาใช้ และเน้นให้ความสำคัญในเรื่องวิธีพิจารณามากกว่าเนื้อหาในทางสารบัญญัติ เพราะเชื่อว่าความยุติธรรมส่วนใหญ่อยู่ที่ระบบวิธีการพิจารณาพิพากษาคดี จึงทำให้เกิดระบบคณะลูกขุนหรือจюри (Jury) ซึ่งเป็นราษฎรด้วยกัน นอกจากนี้ยังมีการใช้ระบบหมาย (writ) เข้ามาให้ความสะดวกแก่การดำเนินคดี กฎหมายและวิธีพิจารณาคดีเหล่านี้บางทีก็เรียกกฎหมายจารีตประเพณีหรือกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรคอมมอนลอว์ ในความหมายอย่างแคบก็คือ กฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นมาจากคำพิพากษา (Judge made law) แต่ในปัจจุบันมีความหมายกว้างขึ้นคือ หมายถึงกฎหมายทั้งหลายในระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งรวมถึงการรวมเอาหลักกฎหมายใหม่ที่เรียกว่า “เอควิตี” (Equity) และกฎหมายลายลักษณ์อักษร” (Statutory Law) เข้าไปด้วย ประเทศที่ใช้กฎหมายสกุลคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย สหภาพแอฟริกาใต้ นิวซีแลนด์ เป็นต้น

มลรัฐฟลอริดา

กรมอนามัยฟลอริดา (the Florida Department of Health)¹⁴ ดำเนินการออกรัฐบัญญัติส่วนข้อ 381.00771-ข้อ 381.00791 การปฏิบัติงานของการสัก ต้องใช้ใบอนุญาตของศิลปินรอยสัก และสถานประกอบการ นอกจากนี้ยังมีข้อจำกัด ของการสักของเด็กที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ เป็นต้น¹⁵

¹⁴ www.floridahealth.gov/%5C/...health/tattooing/index.html.

¹⁵ The 2014 Florida Statutes TITLE XXIX PUBLIC HEALTH CHAPTER 381 PUBLIC HEALTH: GENERAL PROVISIONS ข้อ 381.00771-381.00791.

ลักษณะของรอยสักปรากฏตาม รัฐบัญญัติว่าด้วยข้อบังคับสำหรับศิลปินสักและเจาะร่างกาย (The 2014 Florida Statutes TITLE XXIX PUBLIC HEALTH CHAPTER 381 PUBLIC HEALTH: GENERAL PROVISIONS) ข้อ 381.00771 Definitions of terms used in ss. 381.00771-381.00791.—As used in ss. 381.00771-381.00791, the term: (6) "สัก" หมายถึงเครื่องหมายหรือลายโดยทำบนผิวหนัง หรือได้ผิวหนังของมนุษย์โดยกระบวนการของการเจาะและฝังเม็ดสี โดยอาจจะใช้เม็ดสี, สีชอล์กหรือหมึกฝังในผิวหนัง¹⁶

ในประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายส่วนใหญ่ต้องการให้บุคคลที่ได้รับการสักจะต้องมีอายุมากกว่า 18 ปี เป็นการผิดกฎหมายในรัฐฟลอริดาหากสักร่างกายให้บุคคลใดที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี โดยไม่คำนึงว่าผู้เยาว์จะให้ความยินยอมหรือไม่ แต่หากผู้เยาว์มีอายุ 16 หรือ 17 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี บิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมายจะต้องให้การยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร จะต้องระบุสิ่งที่เป็นลายละเอียดของรอยสักที่อยู่ในร่างกายของผู้เยาว์ บิดามารดาจะต้องให้การรับรองยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร และต้องระบุชนิดของการเจาะหรือการสัก และระบุตำแหน่งบนร่างกายด้วย

ทั้งนี้ในลักษณะการกระทำผิดว่าด้วยการสักบนผิวหนังของเยาวชนอันมีลักษณะการใช้ของแหลมกระทำกับผิวหนังหรือการทำเครื่องหมายหรือการออกแบบทำในหรือได้ผิวหนังของมนุษย์โดยกระบวนการของการเจาะและการสักเป็นลวดลายโดยใช้สีชอล์กหรือหมึกในผิวหนัง (ingraining) บุคคลที่ต้องได้รับการยินยอมจากบิดามารดา คือ ผู้เยาว์ที่มีอายุตั้งแต่ 16 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี แต่หากผู้เยาว์มีอายุมากกว่า 18 ปีก็สามารถดำเนินการได้ไม่ผิดกฎหมาย¹⁷ เป็นต้น

มลรัฐโอคาโฮ

ในส่วนลักษณะของลายสักบนผิวหนัง กฎหมายมลรัฐโอคาโฮได้บัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติ THE SENATE SENATE BILL NO. 1281 มาตรา 18-1523. TATTOOING, BRANDING AND BODY PIERCING OF MINORS. ว่าการสักหมายถึงการตกแต่งร่างกายเพื่อวัตถุประสงค์

¹⁶ The 2014 Florida Statutes TITLE XXIX PUBLIC HEALTH CHAPTER 381 PUBLIC HEALTH: GENERAL PROVISIONS)ข้อ 381.00771 Definitions of terms used in ss. (6) "Tattoo" means a mark or design made on or under the skin of a human being by a process of piercing and ingraining a pigment, dye, or ink in the skin.

¹⁷ 381.00787 Tattooing prohibited; penalty.

"(1) A person may not tattoo the body of a minor child younger than 16 years of age unless the tattooing is performed for medical or dental purposes by a person licensed to practice medicine or dentistry under chapter 458, chapter 459, or chapter 466.

(2) A person may not tattoo the body of a minor child who is at least 16 years of age, but younger than 18 years of age, unless"

บางอย่างที่ไม่ใช่ทางการแพทย์ (nonmedical) โดยให้รวมไปถึงการสักร่างกายที่เป็นเครื่องหมายถาวรทำในเนื้อเยื่อของมนุษย์จากการเผาไหม้ด้วยเหล็กร้อนหรือวัตถุอื่นใดเพื่อการตกแต่งหรือเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่ทางการแพทย์¹⁸

รัฐบัญญัติของมลรัฐไอคาโฮ THE SENATE SENATE BILL NO. 1281 BY JUDICIARY AND RULES COMMITTEE AN ACT TITLE 18 CRIMES AND PUNISHMENTS CHAPTER 15 CHILDREN AND VULNERABLE ADULTS ข้อ 18-1523 เป็นกฎหมายห้ามการสักลายกับบุคคลที่ไม่รู้เท่าทัน การสักร่างกายหรือดำเนินการเจาะร่างกายในผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปีนั้น ไม่สามารถกระทำการสักร่างกายหรือดำเนินการเจาะร่างกาย ส่วนในกรณีผู้เยาว์อายุระหว่าง 14 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี การสักร่างกายหรือเจาะร่างกายในผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองของผู้เยาว์เป็นลายลักษณ์อักษร ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรานี้เป็นความผิดของความผิดทางอาญา

มลรัฐมิซูรี

Missouri Revised Statutes Chapter 324 Occupations and Professions General Provisions sections 324.520 ให้ความหมายว่า¹⁹

- 1) ทำเครื่องหมายที่ลบไม่ออกในร่างกายของบุคคลโดยการแทรกของเม็ดสีใต้ผิวหนัง
- 2) การออกแบบที่ลบไม่ออกทำในร่างกายของบุคคลอื่นโดยการผลิตของรอยแผลเป็นอื่นๆ
- 3) เครื่องหมายถาวรทำในเนื้อเยื่อของมนุษย์จากการเผาไหม้ด้วยเหล็กร้อนหรือทำสัญลักษณ์อื่นๆ

การสักลายบนผิวหนังโดยศิลปินมืออาชีพบางคนที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายโดยทั่วไปเมื่อสักลายมักเป็นเรื่องผิดกฎหมายซึ่งยังมีการลักลอบสักลายให้กับผู้เยาว์โดยบางร้านค้าจำนวนมาก ทำออกมาในที่โล่งใน ทั้งที่มลรัฐมิซูรีมีกฎหมายกำหนดให้การสักให้เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี เป็นความผิด การสักมีบางครั้งบุคคลที่สักจะทำด้วยอุปกรณ์ที่ไม่ได้มาตรฐาน ก่อให้เกิดความเสียหายโดยมีหลัก ดังนี้

¹⁸ คู่มือภาคผนวก

¹⁹ 324.520. 1. As used in sections 324.520 to 324.524, the following terms mean:

(5) "Tattoo", one or more of the following:

(a) An indelible mark made on the body of another person by the insertion of a pigment under the skin; or

(b) An indelible design made on the body of another person by production of scars other than by branding.”

- 1) ห้ามมิให้มีการสักร่างกาย หรือเจาะร่างกาย หรือเจาะร่างกายให้ผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี (บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี)
- 2) บุคคลย่อมไม่สามารถสักร่างกายหรือดำเนินการเจาะให้กับผู้ที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของสุราที่ทำให้มึนเมาหรือยาควบคุมพิเศษ
- 3) ผู้ประกอบการจะต้องแจ้งให้ลูกค้าถึงอันตรายที่อาจเกิดขึ้นในทางการแพทย์ เช่น ผู้ป่วยโรคเบาหวานหรือคนที่ป่วยเป็นโรคตับ โรคไตและการเจ็บป่วย²⁰

3.2.5 ประเทศออสเตรเลีย

เนื่องจากจารีตประเพณีที่ใช้บังคับมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ศาลจึงเป็นผู้ที่นำจารีตประเพณีมาใช้และพิจารณาพิพากษาคดีโดยอาศัยประเพณีดังกล่าว คำพิพากษาศาลได้มีการบันทึกเอาไว้เพื่อเป็นบรรทัดฐานให้ผู้พิพากษาคนต่อๆ มาใช้เป็นแบบอย่าง (Precedent) กล่าวคือ เมื่อศาลใดได้วินิจฉัยปัญหาใดไว้ครั้งหนึ่งแล้วศาลต่อๆ มาซึ่งพิจารณาคดี ซึ่งมีข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกันย่อมต้องผูกพันในอันที่จะต้องพิพากษาตามคำพิพากษาก่อนๆ ซึ่งถือเป็นแบบอย่างนั้นด้วยคำพิพากษาของศาลจึงมีลักษณะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่ง แม้ว่าศาลจะนำกฎหมายคอมมอน ลอว์ มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อให้เป็นระเบียบเดียวกันทั่วประเทศแล้วก็ตามแต่กฎหมายคอมมอน ลอว์ ก็ยังมีช่องว่างและไม่สามารถให้ความยุติธรรมได้ทุกเรื่อง อันเนื่องจากสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปและความซับซ้อนของเศรษฐกิจ คำพิพากษาของศาลที่มีอยู่ไม่อาจใช้บังคับกับข้อเท็จจริงบางเรื่องได้ส่งผลให้ไม่อาจจะนำกฎหมายคอมมอน ลอว์ มาใช้เพื่อให้เกิดความยุติธรรมได้ ครั้นต่อมาเมื่อรัฐสภาอังกฤษมีอำนาจมากขึ้น ได้มีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory Law) ขึ้นใช้บังคับอย่างแพร่หลาย โดยถือว่าเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องและเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายคอมมอน ลอว์ซึ่งเป็นหลักทั่วไป ระบบคอมมอน ลอว์ ปัจจุบันมีที่ใช้อยู่

²⁰ Definitions--tattooing, branding, body piercing, prohibited, when, penalty.

324.520. 1. As used in sections 324.520 to 324.524, the following terms mean: 2. No person shall knowingly tattoo, brand or perform body piercing on a minor unless such person obtains the prior written informed consent of the minor's parent or legal guardian. The minor's parent or legal guardian shall execute the written informed consent required pursuant to this subsection in the presence of the person performing the tattooing, branding or body piercing on the minor, or in the presence of an employee or agent of such person. Any person who fraudulently misrepresents himself or herself as a parent is guilty of a class B misdemeanor.

3. A person shall not tattoo, brand or perform body piercing on another person if the other person is under the influence of intoxicating liquor or a controlled substance.

ในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และประเทศที่เคยอยู่ในเครือจักรภพของอังกฤษ เป็นต้น

การสักลายบนผิวหนัง หมายถึงการแทรกถาวรของหมึกหรือสีอื่นๆ ที่ได้ผิวหนังโดยใช้เครื่องมือที่แหลมคมเจาะร่างกายซึ่งการสักเป็นลาย เป็นรูปแบบของศิลปะร่างกาย แต่เป็นวิธีการที่มีการดำเนินการในอดีตที่ใช้ในการทำเครื่องหมายทาสและอาชญากร ซึ่งได้รับการเติบโตเป็นที่นิยมในประเทศออสเตรเลียโดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา²¹

การเจาะตัวและการสักลายที่ก่อให้เกิดการปรับเปลี่ยนร่างกายของผู้เยาว์ถูกควบคุมตอนใต้ของประเทศออสเตรเลียภายใต้ส่วนที่ 4 ความผิดสรุปพระราชบัญญัติ 1953 (SA)²² ในขณะที่การสักของคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายในประเทศออสเตรเลีย กล่าวคือ การสร้างตราสัญลักษณ์บนผิวหนังของร่างกายหมายถึงกระบวนการที่เครื่องหมายสัญลักษณ์หรือรูปแบบที่เป็นโดยการเผาไหม้หรือทำให้แผลไหม้ด้วยความร้อนหรือสารเคมีเพื่อให้เลือดหยุดไหลหรือป้องกันการติดเชื้อ (cauterizing) นำไปใช้กับผิวหนังของคนฝั่งร่างกายหมายถึงปลูกฝังของวัตถุใต้ผิวหนัง โดยมีขั้นตอนการปรับเปลี่ยนเช่น²³

- (1) สักลายบนผิวหนัง
- (2) การสร้างตราสัญลักษณ์บนร่างกาย
- (3) การใส่วัสดุใดๆลงไปเพื่อแทนที่ได้ผิวหนังของร่างกาย
- (4) การใส่อุปกรณ์ยึดกับใบหรือดิ่งหู
- (5) การผ่าหรือแยกลิ้น
- (6) การกรีด เนื้อตามร่างกายเพื่อให้เกิดเป็นรอยแผลเป็นลวดลายต่างๆ (scarification)
- (7) ขั้นตอนอื่นๆ นอกจากที่กำหนดไว้สำหรับจุดประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

²¹ คู่มือภาคผนวก

²² South Australian legislation is available at: www.parliament.sa.gov.au/legislation

Guidelines (currently only available in hard copy) and will soon be available at: www.dhs.sa.gov.au

Information on Skin Penetration - Safe Practice for Tattooing and Body Piercing is available on www.dhs.sa.gov.au/pehs/topics/topic-body-piercing.htm.

²³ Summary Offences Act 1953 Tattooing, body piercing and body modification—Part 4 21P— Interpretation and application.

ทั้งนี้การสักรายหมายถึงการแทรกลงในหรือผ่านผิวหนังวัสดุสีใดๆ ออกแบบมาเพื่อแสดงออกเครื่องหมายอย่างถาวร พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม 2011 กลายเป็นกฎหมายในเดือนธันวาคม 2012²⁴ ภายใต้ข้อกำหนดว่าผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 18 ปี ที่ต้องได้รับการยินยอมจากผู้ปกครอง ส่วนโทษสูงสุดสำหรับการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งของขั้นตอนการถูปรับเป็น \$ 5,000 ปรับหรือจำคุก 12 เดือน ผลกระทบของข้อ จำกัด เหล่านี้เกี่ยวกับการปฏิบัติที่ผิดต่อกฎหมาย แต่มีข้อยกเว้น กรณีการสักโดยการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ทางการแพทย์ หรือการรักษาที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ²⁵

ทั้งนี้การสักและเจาะตามร่างกายนั้น มีผลกระทบ ภาวะแทรกซ้อนของเชื้อโรคซึ่งเป็นอันตรายต่อสุขภาพ กฎหมายนี้อยู่ในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจที่ดำเนินการเจาะตามร่างกาย และการสักร่างกายที่เกี่ยวกับความสะอาดและความ การติดเชื้อและโรค ความรู้ทางการแพทย์สมัยใหม่ทำให้ตระหนักถึงอันตรายที่อาจเกิดขึ้นที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนการเจาะผิวหนัง ข้อควรระวังคือ เชื้อไวรัสที่ผ่านทางเลือด เช่น ไวรัสตับอักเสบบี ไวรัสตับอักเสบบี เอชไอวี และการติดเชื้อแบคทีเรียสามารถส่งไปยังลูกค้าหรือผู้ประกอบการ โดยอุปกรณ์ที่ปนเปื้อนหรือวิธีการที่ไม่ถูกสุขลักษณะและสถานที่ความเสี่ยงจากการสัมผัสกับเชื้อไวรัสที่เกิดจากเลือดที่แตกต่างกันสำหรับลูกค้าและผู้ประกอบการ เข็มและเครื่องมือที่มีไวรัสตับอักเสบบี (HCV) ส่วนใหญ่จะถูกส่งผ่านการสัมผัสเลือดของการฉีดอุปกรณ์โดยการฉีดผู้ใช้ยาเสพ²⁶

²⁴ The Parliament of South Australia enacts as follows: Part 1—Preliminary

1—Short title

This Act may be cited as the Summary Offences Act 1953.

4—Interpretation

(1) In this Act, unless the contrary intention appears

“to tattoo ”means to insert into or through the skin any colouring material designed to leave a permanent mark”

“minor ”means a person under the age of 18 years ”

²⁵ คู่มือภาคผนวก

²⁶ คู่มือภาคผนวก

3.3 ความสามารถในการให้ความยินยอมกับการกระทำต่อร่างกายในการสัก

3.3.1 ประเทศฝรั่งเศส

ผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะจะได้รับการสักร่างกาย แต่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองถ้าเป็นผู้เยาว์หรือเยาวชน ทั้งนี้การสักสามารถดำเนินการได้อายุขั้นต่ำที่กฎหมายคือ 16 ปี²⁷ ในประเทศฝรั่งเศส²⁸

3.3.2 ประเทศฟิลิปปินส์

ก) กรณีการสักร่างกายให้แก่ผู้เยาว์

ตามกฎหมายประเทศฟิลิปปินส์แล้ว จะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรของพ่อแม่หรือผู้ปกครองหรือผู้ดูแลแต่ละบุคคล²⁹

ข) กรณีการสักร่างกายให้แก่บุคคลที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของฤทธิ์แอลกอฮอล์หรือยาเสพติด หรือบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิต

กฎหมายประเทศฟิลิปปินส์ห้ามบุคคลสักร่างกายให้แก่บุคคลที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของยาเสพติดหรือแอลกอฮอล์ บุคคลใดที่มีสภาพผิวไม่เหมาะสม และบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมเนื่องจากการไร้ความสามารถทางจิตด้วย³⁰

3.3.3 ประเทศอังกฤษ

หากทำการสักลายบนผิวหนังแก่เยาวชนที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง³¹ หากเป็นการสักลายบนหัวนมและเจาะอวัยวะจะเป็นสิ่งต้องห้ามในผู้เยาว์ โดยไม่คำนึงถึงความยินยอมจากผู้ปกครอง ในเรื่องสุขภาพของลูก้าและความเหมาะสมของการรักษา ควรจะกล่าวก่อนที่จะมีการกระทำการสักร่างกายใดๆ ให้แก่ผู้เยาว์³²

²⁷ <http://www.kgbanswers.co.uk/what-is-the-legal-minimum-age-to-have-a-tattoo-in-france/>
18913307.

²⁸ คู่มือในภาคผนวก

²⁹ คู่มือในภาคผนวก

³⁰ คู่มือในภาคผนวก

³¹ คู่มือในภาคผนวก

³² It shall be an offence to tattoo a person under the age of Prohibition eighteen except when the tattoo is performed for medical reasons by of tattooing a duly qualified medical practitioner or by a person working under of minors. his direction, but it shall be a defence for a person charged to show that at the time the tattoo was performed he had reasonable cause to believe that the person tattooed was of or over the age of eighteen and did in fact so believe.

ธุรกิจที่ดำเนินการสักถาวรและการเจาะหูนั้น จะต้องลงทะเบียนตามพระราชบัญญัติ ปี 1969 นอกจากนี้ยังมีเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นควบคุมร้านและธุรกิจอื่นๆ ที่ดำเนินการเจาะตามร่างกายและเทคนิคผิวสีถาวรดังกล่าว ถังถาวรแต่งหน้าหรือสักลายชั่วคราว เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการตรวจสอบสถานที่ใดๆ ที่ดำเนินการเจาะหรือสักและให้แน่ใจว่าพวกเขาจะปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสุขอนามัยของสถานที่ของพวกเขา ทั้งนี้ลักษณะของการกระทำความผิดโดยมีข้อห้ามของการสักของผู้เยาว์จะเป็นความผิดสักคนที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี แต่มีข้อยกเว้น คือ การสักที่มีวัตถุประสงค์ทางการแพทย์โดยผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ที่มีคุณสมบัติถูกต้องหรือโดยบุคคลที่อยู่ภายใต้การควบคุมของแพทย์ ข้อยกเว้นอีกประการหนึ่งก็คือ กฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างข้อต่อสู้ว่าในขณะที่สักมีเหตุอันสมควรเชื่อได้ว่าผู้ที่ได้รับการสักร่างกายมีอายุเกิน 18 ปี และกระทำไปเพราะความเชื่อเช่นนั้น³³

3.3.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐฟลอริดา

กฎระเบียบใหม่ต้องศิลปินรอยสักและร้านสตูดีโอ (แต่งหน้าถาวรจะถือเป็นสัก) ที่จะได้รับอนุญาตจากกรมอนามัยฟลอริดา (the Florida Department of Health) ซึ่งเรียกว่าการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับเชื้อโรคในเลือดจะต้องได้รับหรือต่ออายุใบอนุญาต สักทั้งหมดจะต้องทำในสิ่งอำนวยความสะดวกที่ได้รับอนุญาตสำหรับศิลปินรอยสักโดยกรมอนามัยของรัฐฟลอริดา the Florida Department of Health (FDOH) กฎหมายใหม่ยังจำกัดว่าไม่ให้มีบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ดำเนินการสักลายบนผิวหนัง ยกเว้นเหตุผลทางการแพทย์โดยแพทย์หรือทันตแพทย์ และกรณีที่บุคคลที่มีอายุมากกว่า 16 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี จะได้รับรอยสักก็ต่อเมื่อมาพร้อมกับผู้ปกครองผู้ดูแลของพวกเขา โดยมีเงื่อนไขคือ

- 1) ต้องมาพร้อมกับพ่อแม่หรือผู้ปกครองของผู้เยาว์ตามกฎหมาย
- 2) บิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายต้องส่งหลักฐานบัตรประจำตัวพ่อแม่หรือผู้ปกครองตามกฎหมายเพื่อรับรองการยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร

³³ Tattooing of Minors Act 1969 CH. 24 ELIZABETH II” Prohibition of tattooing of minors. It shall be an offence to tattoo a person under the age of eighteen except when the tattoo is performed for medical reasons by a duly qualified medical practitioner or by a person working under his direction, but it shall be a defence for a person charged to show that at the time the tattoo was performed he had reasonable cause to believe that the person tattooed was of or over the age of eighteen and did in fact so believe.”

3) พ่อแม่หรือผู้ปกครองตามกฎหมายส่งหลักฐานของการเป็นพ่อแม่หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย³⁴

มลรัฐไอดาโฮ

กฎหมายมลรัฐไอดาโฮห้ามสักลายบนผิวหนังให้กับผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 14 ปี ไม่เกิน 18 ปี เว้นแต่บุคคลดังกล่าวได้รับก่อนที่ยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ปกครองของผู้เยาว์หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย ผู้ปกครองของผู้เยาว์หรือผู้ปกครองตามกฎหมายจะดำเนินการยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรที่ต้องการปรากฏตามรัฐบัญญัติ เว้นแต่ผู้เยาว์จะพ้นสภาพเป็นผู้เยาว์โดยการแต่งงานหรือร้องขอศาลเป็นต้น³⁵

มลรัฐมิซซูรี

การสักลายถูกควบคุมภายใต้ชื่อของรัฐมิซซูรีภายใต้กฎหมายรัฐบัญญัติ³⁶ Missouri Revised Statutes Chapter 324 Occupations and Professions General Provisions sections 324.520-324.524 เมื่อผู้เยาว์มีอายุครบ 18 ปี สามารถเป็นคนที่ได้รับรอยสักได้ แต่บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ปกครองของพวกเขา หรือผู้ปกครองตามกฎหมายในการรับการสักร่างกาย³⁷

3.3.5 ประเทศออสเตรเลีย

ก) กรณีการสักร่างกายให้แก่ผู้เยาว์

ความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครอง โดยการยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรตามกฎหมายเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการอนุญาตให้มีการสักลายที่สามารถดำเนินการได้สำหรับผู้ที่อยู่

³⁴ คู่มือภาคผนวก

³⁵ THE SENATE SENATE BILL NO. 1281 มาตรา 18-1523. TATTOOING, BRANDING AND BODY PIERCING OF MINORS. (1) As used in this section: (3) No person shall knowingly tattoo, brand or perform body piercing on a minor between the ages of fourteen (14) and eighteen (18) years unless such person obtains the prior written informed consent of the minor's parent or legal guardian. The minor's parent or legal guardian shall execute the written informed consent required pursuant to this subsection in the presence of the person performing the tattooing, branding or body piercing on the minor, or in the presence of an employee or agent of such person.

³⁶ Tattoo or Not to. Thomas J. Berger, Ph.D., Former Human Development & Family Studies Specialist College of Human Environmental Sciences University of Missouri-Columbia
<http://missourifamilies.org/features/adolescentsarticles/adolesfeature6.htm>.

³⁷ คู่มือภาคผนวก

ต่ำกว่า 18 ปี³⁸ หากเป็นความมั่นใจที่จะทราบว่าบุคคลดื่มสุรายาเสพติด จะไม่ถือว่าเป็นความสามารถในการให้ความยินยอม³⁹ ทั้งนี้จะต้องมีการทำสัญญาโดยผู้เข้าใช้บริการสักลายบนผิวหนังหรือดำเนินการในด้านอื่นๆ⁴⁰ (South Australia Summary Offences Act 1953)

ข) กรณีการสักร่างกายให้แก่บุคคลที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของฤทธิ์แอลกอฮอล์หรือยาเสพติด หรือบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิต

กฎหมายออสเตรเลียห้ามทำการสักร่างกายให้แก่บุคคลดังกล่าว⁴¹

3.4 บทลงโทษในการกระทำต่อร่างกายโดยการสัก

3.4.1 ประเทศฝรั่งเศส

การสักลายที่เกี่ยวกับผู้เยาว์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองหรือผู้ดูแลปรากฏตามพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 2008-149 ของ 19 กุมภาพันธ์ 2008⁴² โดยวางเงื่อนไขของสุขอนามัยและความปลอดภัยปฏิบัติรอยสักที่มีผิวหนังแตกและเจาะ (Décret no 2008-149 du 19 février 2008 fixant les conditions d'hygiène et de salubrité relatives aux pratiques du tatouage avec effraction cutanée et du perçage, et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires) NOR: SJSP0766174D) ผู้กระทำอาจมีความผิดทางอาญาตามมาตรา 121-2 ของความผิดประมวลกฎหมายอาญา⁴³ โดยมีบทลงโทษที่ใช้กับผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย กล่าวคือ⁴⁴

1. ปรับตามมาตรา 131-41 ของประมวลกฎหมายอาญา⁴⁵
2. ยึดสิ่งที่ถูกนำมาใช้หรือตั้งใจกระทำความผิดหรือสิ่งซึ่งซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์ที่สักลายบนผิวหนัง เป็นต้น

³⁸ คู่มือภาคผนวก

³⁹ 21S—Pre-conditions to performing certain procedures” (3) A person cannot give consent under subsection (1)(b)(ii) if the person is intoxicated (whether by alcohol or by any other substance or combination of substances).

(4) In subsection (1)(b)(i)— ”

⁴⁰ คู่มือภาคผนวก

⁴¹ คู่มือภาคผนวก

⁴² www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Decret_2008-149 ข้อ Section 3 Dispositions communes Art. R. 1312-

11-12.

⁴³ คู่มือภาคผนวก

⁴⁴ คู่มือภาคผนวก

⁴⁵ คู่มือภาคผนวก

3.4.2 ประเทศฟิลิปปินส์

กฎหมายประเทศฟิลิปปินส์พยายามลงโทษผู้ที่สกร่างกายให้ผู้เยาว์ที่ไม่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากบิดามารดา หรือผู้ปกครอง⁴⁶ หรือสกร่างกายให้กับผู้เฒ่า หรืออยู่ภายใต้อิทธิพลของยาเสพติด หรือแอลกอฮอล์ ผู้หญิงที่ตั้งครรภ์ บุคคลที่มีสภาพผิวที่ไม่เหมาะสม และบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้เพราะการไร้ความสามารถทางจิต⁴⁷

นอกจากนี้ผู้ที่สกร่างกายให้ผู้เยาว์ยังต้องมีการเก็บรักษาเอกสารแสดงการให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ปกครอง ในกรณีที่ได้รับสกร่างกายเป็นผู้เยาว์ และต้องแนะนำอธิบายถึงภาวะแทรกซ้อนที่อาจเกิดขึ้นได้จากการสกร่างกายดังกล่าว⁴⁸

ผู้ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะต้องได้รับการลงโทษโดยมีโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่น้อยกว่า 1 แสนเปโซ หรือทั้งจำทั้งปรับ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล⁴⁹

3.4.3 ประเทศอังกฤษ

ผู้ใดกระทำความผิดดังกล่าวต้องระวางโทษโดยจะต้องถูกปรับไม่เกิน 50 ปอนด์ หรือในกรณีที่มีการกระทำผิดอีกครั้งที่สองต้องถูกลงโทษปรับไม่เกิน 100 ปอนด์⁵⁰

3.4.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐฟลอริดา

รัฐบัญญัติว่าด้วยรัฐบัญญัติและข้อบังคับสำหรับศิลปินสักและเจาะร่างกาย (The 2014 Florida Statutes TITLE XXIX PUBLIC HEALTH CHAPTER 381 PUBLIC HEALTH: GENERAL PROVISIONS) บัญญัติขึ้นเพื่อที่จะปกป้องผู้บริโภคในมลรัฐฟลอริดา เนื่องจากความกังวลเกี่ยวกับการรักษาความสะอาด โดยอาจทำให้ผู้ที่ได้รับการสกร่างกายติดเชื้อเอชไอวี ทั้งผู้ทำการ

⁴⁶ SENATE Senate Bill No. 1125 SECTION 5. Person Liable-

a) The person who performed or offered to perform a body piercing or tattooing to the minor; and

b) The owner or operator of a business in which a violation occurs.

SECTION 6. Penalty.-Any person guilty of violating this Act shall suffer the penalty of two (2) years to six (6) years imprisonment and a fine of not less than P20,000.00.

⁴⁷ SENATE Senate Bill No. 1126 Tattoo Patrons Protection Act of 2010 Section 10.

⁴⁸ SENATE Senate Bill No. 1126 Tattoo Patrons Protection Act of 2010 Section 5.

⁴⁹ SENATE Senate Bill No. 1126 Tattoo Patrons Protection Act of 2010 Section 11.

⁵⁰ Any person committing such an offence shall be liable on Penalties, summary conviction to a fine not exceeding fifty pounds, or, in the case of a second or subsequent conviction, to a fine not exceeding one hundred pounds.

สักร่างกายจะต้องลงทะเบียนและได้รับใบอนุญาตจากกรมอนามัยฟลอริดา The Florida Department of Health (FDOH) ซึ่งผู้ที่ทำการสักร่างกายให้ผู้อื่นจะต้องได้รับการอบรมเกี่ยวกับความสะอาด และใบอนุญาตจะต้องได้รับการต่ออายุด้วย การสักร่างกายต้องกระทำในสถานที่ที่จัดเตรียมไว้โดยเฉพาะ และได้รับอนุญาตจากกรมอนามัยของรัฐฟลอริดา The Florida Department of Health (FDOH) กฎหมายใหม่ของรัฐฟลอริดากำหนดว่าบุคคลอายุขั้นต่ำกว่า 16 ปี อายุอาจจะสักขยเว้นเหตุผลการแพทย์โดยแพทย์หรือทันตแพทย์ และกรณีที่บุคคลที่มีอายุมากกว่า 16 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี หากได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรจากบิดามารดา หรือผู้ปกครอง ก็สามารถที่จะสักร่างกายได้ หากผู้ใดหรือผู้ทำการสักลายดำเนินการสักลายกับเด็กหรือผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 18 ปี ที่ได้รับรอยสักที่จะต้องมาพร้อมกับผู้ปกครองผู้ดูแลของพวกเขา มีความผิดทางอาญาปรากฏตาม (The 2014 Florida Statutes TITLE XXIX PUBLIC HEALTH CHAPTER 381 PUBLIC HEALTH: GENERAL PROVISIONS) ข้อ 381.00787 Tattooing prohibited penalty ในโทษลำดับที่ 2 คือ จำคุกไม่เกิน 15 ปี⁵¹ และอาจถูกตัดสินให้จ่ายค่าปรับไม่เกิน \$10,000⁵² แต่คนที่รอยสักร่างกายของบุตรผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ไม่มีความผิดในส่วนนี้ ถ้า

- (1) บุคคลได้ตรวจสอบอย่างรอบคอบถึงบัตรประจำตัวของผู้เยาว์ที่แสดงถึงว่าผู้เยาว์มีอายุ 18 ปี
- (2) ผู้เยาว์แอบอ้างว่าตนมีอายุ 18 ปี หรือมากกว่า 18 ปี และได้หลอกลวงให้ผู้อื่นสักร่างกายให้

มลรัฐไอดาโฮ

การประชุมแห่งชาติของรัฐ (The National Conference of State legislatures) รายงานว่าอย่างน้อย 39 รัฐมีการออกกฎหมายในสถานที่ห้ามผู้เยาว์จากการได้รับรอยสัก ในไอดาโฮ สัก หรือเจาะร่างกายของผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี เป็นสิ่งต้องห้าม ผู้ที่มีอายุระหว่าง 14 และ 18 ปีจะต้อง

⁵¹ คูในภาคผนวก

⁵² 775.083 Fines.

(1) A person who has been convicted of an offense other than a capital felony may be sentenced to pay a fine in addition to any punishment described in s. 775.082; when specifically authorized by statute, he or she may be sentenced to pay a fine in lieu of any punishment described in s. 775.082. A person who has been convicted of a noncriminal violation may be sentenced to pay a fine. Fines for designated crimes and for noncriminal violations shall not exceed:

- (a) \$15,000, when the conviction is of a life felony.
- (b) \$10,000, when the conviction is of a felony of the first or second degree

ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายของพวกเขา ก่อนที่จะได้รับรอยสัก ได้รับความยินยอมนี้จะต้อง “ดำเนินการในการแสดงตนของบุคคลที่ ดำเนินการกระทำหรือถูกจ้างหรือตัวแทนของบุคคลหากศิลปินมืออาชีพสักลายที่ไม่ปฏิบัติตาม กฎหมายดังกล่าวจะพบความผิดของความผิดทางอาญาปรับสูงถึง \$ 500 สามารถเพิ่มค่าปรับถึง \$ 1,000 ถ้าการละเมิดเกิดขึ้นต่อไปใน 1 ปี⁵³

มลรัฐมิซูรี

ผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัติใดๆ ของ Missouri Revised Statutes Chapter 324 Occupations and Professions General Provisions sections 324.520 sections 324.520-324.526 เป็นความผิดทาง อาญาและต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าร้อยดอลลาร์ หากมีการละเมิดตามภายในหนึ่งปีของการ ละเมิดเริ่มต้นของบุคคลดังกล่าวต้องระวางโทษปรับไม่น้อยกว่าห้าร้อยดอลลาร์หรือมากกว่าหนึ่ง พันดอลลาร์⁵⁴

3.4.5 ประเทศออสเตรเลีย

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเจาะร่างกายแตกต่างกันในแต่ละรัฐหรือมณฑล ในบางส่วนของ ประเทศออสเตรเลีย (รวมถึง Victoria) มันเป็นเรื่องผิดกฎหมายสำหรับ ที่จะดำเนินการ เจาะ ร่างกายสักลายหรือทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของร่างกายทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีต้องได้รับความ ยินยอม ได้รับ ซึ่งรวมถึงการเจาะอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือหัวนม เป็นต้น

ทั้งนี้หากมีการกระทำการสักลายบนผิวหนังที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของร่างกาย ความผิดปฏิบัติตามขั้นตอนการปรับเปลี่ยนร่างกายหรือเจาะตามร่างกายเกี่ยวกับบุคคลที่มีอายุ

⁵³ THE SENATE SENATE BILL NO. 1281 มาตรา 18-1523. TATTOOING, BRANDING AND BODY PIERCING OF MINORS. 4) A person who violates this section is guilty of a misdemeanor and shall be fined not more than five hundred dollars (\$500). If there is a subsequent violation of this section within one (1) year of the initial violation, such person shall be fined not less than five hundred dollars (\$500) and not more than one thousand dollars (\$1,000).

⁵⁴ 324.520. Definitions--tattooing, branding, body piercing, prohibited, when, penalty.

“4. A person who violates any provisions of sections 324.520 to 324.526 is guilty of a misdemeanor and shall be fined not more than five hundred dollars. If there is a subsequent violation within one year of the initial violation, such person shall be fined not less than five hundred dollars or more than one thousand dollars.

5. No person under the age of eighteen shall tattoo, brand or perform body piercing on another person”

ต่ำกว่า 18 ปีที่ผ่านมา มีโทษสูงสุดปรับ 5,000 ดอลลาร์หรือ 12 จำคุกเดือน⁵⁵ หากเป็นการกระทำต่อผู้ที่ไม่สามารถควบคุมตัวเองเช่นเมาสุรายาเสพติดต้องระวางโทษตามกฎหมาย⁵⁶

แต่ทั้งนี้ผู้ที่ได้รับการสักร่างกายจะต้องไม่แจ้งข้อความเท็จ หรือทำหลักฐานเท็จ เพื่อให้ผู้สักทำการสักร่างกายให้ โดยห้ามแจ้งเท็จเกี่ยวกับ

(1) อายุของผู้เยาว์ หรือ

(2) ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองของผู้เยาว์เพื่อประสิทธิภาพการทำงานของงานเจาะร่างกายหรือ ขั้นตอนการปรับเปลี่ยนร่างกายต้องได้รับโทษสูงสุดปรับ \$ 2,500⁵⁷

การเรียกเก็บราคาค่าดำเนินการสักลายบนผิวหนังหรือกระทำการเปลี่ยนแปลงบนผิวหนังของผู้รับบริการต้องแสดง ณ วันเวลาขณะดำเนินการ⁵⁸ โดยมีการเก็บบันทึกการดำเนินการของบุคคลที่ทำการสักลายเจาะร่างกายหรือก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงร่างกายไว้อย่างน้อย 2 ปี⁵⁹ นอกจากนั้นการดำเนินการใดๆ ของร่างกายอื่นๆ ที่เจาะกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปีโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองของผู้เยาว์หรือในการเขียนในรูปแบบที่กำหนดและตรวจสอบโดยการประกาศตามกฎหมายสูงสุดโทษปรับ 5,000 ดอลลาร์หรือ 12 เดือนจำคุก เป็นต้น

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากกฎหมายต่างประเทศแล้ว พบว่าในหลายประเทศได้มีการวางหลักเพื่อคุ้มครองผู้เสียหาย และบัญญัติหลักความยินยอมของผู้เสียหายในทางอาญาไว้ อีกทั้งยังได้มีการบัญญัติในเรื่องของความยินยอมของผู้เยาว์โดยกำหนดอายุขั้นต่ำเอาไว้ และยังคงได้รับความยินยอมจากบิดา มารดา หรือผู้แทน โดยชอบธรรมเป็นลายลักษณ์อักษร และบัญญัติคุ้มครองความยินยอมของผู้ที่มีความบกพร่องทางจิต รวมถึงการบัญญัติโทษของผู้ฝ่าฝืนไว้อีกด้วย

⁵⁵ คูในภาคผนวก

⁵⁶ คูในภาคผนวก

⁵⁷ คูในภาคผนวก

⁵⁸ “21U—Display of information

A person who offers, for fee or reward, to perform body piercing or body modification procedures must display prescribed information at the premises where the procedures are offered. Maximum penalty: \$1 250. Expiation fee: \$160”

⁵⁹ 21V—Record keeping

(1) A person must keep records in accordance with the regulations for the purposes of this Part. Maximum penalty: \$1 250.

Expiation fee: \$160.

(2) A record required to be kept by a person under this section must be kept for a period of 2 years.

Maximum penalty: \$1 250. Expiation fee: \$160.”

3.5 ความสามารถในการให้ความยินยอมกับการกระทำต่อร่างกายในการขลิบอวัยวะเพศของผู้เยาว์

3.5.1 ประเทศเยอรมัน

ในเดือนตุลาคมปี ค.ศ. 2006 ชาวตุรกีที่ทำการขลิบอวัยวะเพศให้บุตรชาย 7 คน ถูกตัดสินลงโทษฐานก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกาย โดยศาลของรัฐใน Düsseldorf และในเดือนกันยายน ค.ศ. 2007 ศาลอุทธรณ์ Frankfurt am Main ตัดสินว่าการขลิบอวัยวะเพศให้เด็กอายุ 11 ปี โดยปราศจากความยินยอมของเด็ก เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย โดยในคดีนี้เด็กได้ฟ้องบิดาที่บังคับให้เขาขลิบ เรียกค่าเสียหายเป็นเงินจำนวน 10,000 ยูโร⁶⁰

ในเดือนพฤษภาคมปี ค.ศ. 2012 ศาลอุทธรณ์แห่งเมืองโคโลญ วินิจฉัยว่าการขลิบอวัยวะเพศทางศาสนาของเด็กผู้ชายในพื้นที่ภายใต้เขตอำนาจของศาล เป็นความผิดทางอาญา หากการขลิบนั้นไม่ใช่การรักษา⁶¹ ทั้งนี้ ศาลแห่งเมืองโคโลญตัดสินโดยการประยุกต์ใช้หลักสิทธิมนุษยชน อันเป็นบทบัญญัติพื้นฐานส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่งและบางส่วนของประมวลกฎหมายอาญา นำมาซึ่งการแสดงความคิดเห็นเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าเป็นแบบอย่างทางกฎหมายในทางปฏิบัติ ในขณะที่กลุ่มชาวยิวและชาวมุสลิมเห็นว่าเป็นเหยียบย่ำเสรีภาพในการนับถือศาสนาอย่างมีนัยสำคัญ

ทูตประเทศเยอรมันชี้แจงว่า แนวทางนี้ไม่ได้นำไปใช้ในระดับชาติ แต่เป็นเพียงการใช้อำนาจในท้องถิ่นของศาลในเมืองโคโลญเท่านั้น เพื่อแก้ปัญหาเฉพาะกรณี จะเห็นได้ว่าการพิจารณาคดีนี้ ชี้ให้เห็นความแตกต่างระหว่าง สิทธิขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับเสรีภาพในการนับถือศาสนา และความเป็นอยู่ของเด็ก โดยผู้พิพากษาคดีนี้ไม่ได้มีความเชื่อในเรื่องศาสนาแต่อย่างใด

หนังสือพิมพ์นิวยอร์กไทมส์ รายงานว่า สมาคมการแพทย์เยอรมัน ประณามการขลิบเด็กที่มีความเสี่ยง โดยมีใช่เป็นการกระทำของแพทย์ และชี้ให้เห็นว่าการขลิบด้วยเหตุผลทางศาสนา อาจขัดต่ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มาตรา 24.3 ที่วางหลักให้รัฐภาคีจะต้องใช้มาตรการที่มีประสิทธิภาพและเหมาะสมต่อสุขภาพของเด็ก โดยอาจยกเลิกการปฏิบัติแบบดั้งเดิม⁶²

⁶⁰ Breaking News– JTA, Jewish & Israel News Oberlandesgericht Frankfurt 21 August 2007 4 W 12/07

⁶¹ Jewish groups condemn court's definition of circumcision as grievous bodily harm. " London: The Daily Telegraph, 27 June 2012, Retrieved 27 June 2012.

⁶² สืบค้น 28 มิถุนายน, จาก https://en.wikipedia.org/wiki/Circucision_and_law#cite_note-58

เมื่อวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 2012 มีกฎหมายที่ชัดเจน อนุญาตให้ทำการขลิบที่ไม่ใช่ เป็นไปเพื่อการรักษา สามารถที่จะดำเนินการได้ภายใต้เงื่อนไขบางอย่าง มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 28 ธันวาคม ค.ศ. 2012 โดยบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ข้อที่ 1631(d)⁶³

3.5.2 ประเทศอังกฤษ

การขลิบอวัยวะเพศชายได้รับการสนับสนุนว่าเป็นประเพณีที่ถูกต้องตามกฎหมาย ภายใต้กฎหมายอังกฤษ⁶⁴ แต่มีผู้โต้แย้งว่าไม่มีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนสำหรับมุมมองนี้ในกฎหมาย อังกฤษ⁶⁵ กฎหมายสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 นำไปสู่การพิจารณาการขลิบของผู้เยาว์ที่ยังไม่มีความ ชัดเจน⁶⁶

กรณีคดี ค.ศ. 1999 รี "เจ" (กรณีศึกษาเรื่องศาสนาและการขลิบของผู้เยาว์)⁶⁷ กล่าวว่า การขลิบในสหราชอาณาจักรต้องได้รับความยินยอมของทุกคนที่มีอำนาจปกครอง หรือได้รับ อนุญาตจากศาล เพื่อรักษาผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของเด็ก และออกคำสั่งห้ามทำการขลิบของ เด็กผู้ชายที่ไม่ได้อยู่ในความดูแลของบิดาที่เป็นมุสลิมและไม่ใช่มารดาที่นับถือศาสนาคริสต์ เหตุผล เนื่องจากการขลิบมีความเสี่ยงทางการแพทย์ กล่าวคือ นอกจากเด็กอาจจะถูกเยาะเย้ยจากเพื่อนของ เขาแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อเส้นประสาทประสาทสัมผัสทางเพศอย่างถาวร

กรณีสมมุติของแม่ของชาวยิว ลูกหลานทุกคนโดยข้อตกลงต้องได้รับการขลิบเป็น ทารกตามกฎหมายยิว แต่หากบิดามารดา มีลูกชายอีกคนหนึ่งที่เกิดมาหลังจากที่พวกเขาได้หย่ากัน หากมารดาของเขามีความประสงค์ที่จะให้ขลิบ แต่บิดาของเขาปฏิเสธ ในกรณีเช่นนี้ เด็กควรจะมี โอกาสในการตัดสินใจ

แต่ก็ยังมึนนักวิชาการประเทศอังกฤษที่แสดงความเห็นที่ไม่สามารถให้ความยินยอม สำหรับการขลิบที่ไม่ใช่การรักษาได้⁶⁸ เนื่องจากไม่มีอำนาจตามกฎหมาย

⁶³ สืบค้น 28 มิถุนายน 2558, จาก <https://www.dur.ac.uk/ilm/news/?itemno=16355>

⁶⁴ Poulter, Sebastian. (1986). *English Criminal Law and Ethnic Minority Customs*. Butter worths, London. ISBN 0-406-18000-8. "no amount of parental agreement or support can legitimise the circumcision, excision or infibulation of a young girl in this country, unless the operation is for therapeutic purposes."

⁶⁵ Christopher Price M.A.(Oxon), *Male Circumcision: An Ethical and Legal Affront*, 1997 <http://www.cirp.org/library/legal/price/#n18>

⁶⁶ Circumcision After the Human Rights Act 1998 <http://www.cirp.org/library/legal/edge1/>

⁶⁷ Re J (child's religious upbringing and circumcision) http://www.cirp.org/library/legal/Re_J/

⁶⁸ M. Fox, M. Thomson. A covenant with the status quo? Male circumcision and the new BMA guidance to doctors. *JOURNAL OF MEDICAL ETHICS (U.K.)*, 31,463-469.

ในปี ค.ศ. 2005 ชายมุสลิมได้ให้บุตรชายของเขาขลิบ โดยปราศจากความยินยอมของมารดาที่เป็นผู้ปกครอง เสียงส่วนใหญ่ในการตัดสินใจของคณะลูกขุน ไม่พบว่าชายผู้นั้นมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย⁶⁹

3.5.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

การขลิบของผู้ใหญ่ที่ให้ความยินยอมไม่เป็นปัญหาและถูกต้องตามกฎหมาย⁷⁰ ในประเทศสหรัฐอเมริกา การขลิบที่ไม่ใช่เพื่อการรักษาของเด็กผู้ชาย ได้รับการสันนิษฐานว่าจะเป็น การถูกต้องตามกฎหมายต่อเมื่อผู้ปกครองให้ความยินยอมแทน มีนักวิชาการที่ยืนยันความถูกต้องของสมมติฐานนี้⁷¹ เช่นเดียวกับทุกประเทศ ที่แพทย์จะทำการขลิบอวัยวะเพศเด็กได้ จะต้องแน่ใจว่าได้รับความยินยอม โดยกระทำการด้วยความปลอดภัย และทำโดยความเหมาะสมแก่กรณี⁷²

ในขณะที่กลุ่มต่อต้าน ได้เสนอการออกกฎหมายห้ามการขลิบเด็กที่ไม่ใช่การรักษา แต่ยังไม่ได้รับการสนับสนุนในสภานิติบัญญัติของอเมริกา⁷³

⁶⁹ Tapsfield, James (3 May 2005). "Muslim Accused of Assaulting Son Through Circumcision."

Edinburgh: *The Scotsman*. Archived from the original on 23 May 2005. Retrieved 5 June 2011.

⁷⁰ สืบค้น 28 มิถุนายน 2558, จาก https://en.wikipedia.org/wiki/Circumcision_and_law#cite_note-22

⁷¹ Peter W. Adler. Is Circumcision Legal? 16(3) Richmond J. L. & Pub. Int. 439 (2013).

⁷² J. Steven Svoboda, Robert S. Van Howe, James G. Dwyer, Informed Consent for Neonatal Circumcision: An Ethical and Legal Conundrum. 17 J Contemporary Health Law Policy 61 (2000)

⁷³ Colb, Sherry (8 April 2005). "A proposed bill to ban male circumcision". CNN.

บทที่ 4

การให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในการกระทำต่อร่างกายกับความผิดฐาน ทำร้ายร่างกายตามกฎหมายอาญาของประเทศไทยกับต่างประเทศ

ความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นเหตุยกเว้นความผิดที่อยู่ในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาข้อที่ 2 เป็นเหตุที่ผู้กระทำสามารถอ้างเพื่อยกเว้นความผิดได้ แต่ปัจจุบันพบว่ายังมีปัญหาในกรณีการสักร่างกายให้ผู้เยาว์อยู่ ซึ่งการสักสามารถกระทำได้แทบทุกที่ และกรณีการขลิบอวัยวะเพศของผู้เยาว์ยังคงมีปัญหาดกเถียงกันอยู่ แต่กฎหมายของประเทศไทยยังไม่ได้ถูกบัญญัติแก้ไขให้สอดคล้องกับค่านิยมใหม่ของสังคมและสถานการณ์ปัจจุบัน ดังนั้นจึงจำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องดังกล่าวอีกครั้ง

4.1 วิเคราะห์ปัญหาการให้ความยินยอมในการกระทำต่อร่างกาย

4.1.1 วิเคราะห์เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของการให้ความยินยอม

จากสุภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า ความยินยอมทำให้ไม่เสียหาย (volent in fit injuria: to him who is willing, no injury is done) การให้ความยินยอม โดยปกติแล้วไม่มีผลต่อกฎหมายอาญาเพราะกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชน การกระทำความผิดย่อมเป็นส่วนได้เสียของส่วนรวม บุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่อาจจะให้ความยินยอมได้ แม้การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญา และไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรยกเว้นความรับผิดในทางอาญาก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการกระทำตามบริบทของสังคมไทยในปัจจุบันแล้ว การกระทำความผิดไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น การขลิบหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศ หรือการสักร่างกาย ความยินยอมในการกระทำที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงเป็นเหตุที่จะยกเว้นความรับผิดในทางอาญาของผู้กระทำตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาข้อที่ 2 ได้

ความยินยอมให้กับการกระทำที่ไม่ขัดต่อสำนึกในทางศีลธรรมของประชาชน จะทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ซึ่งศีลธรรมอันดีของประชาชนหมายถึง ธรรมเนียมประเพณีที่ดีงามของสังคมที่ประชาชนถือปฏิบัติเพื่อให้เกิดความสงบสุขในสังคม¹ โดยต้องพิจารณาจากหลักทาง

¹ จาก หลักกฎหมายแห่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ (พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม), โดย จิตติ ดิงศภัทย์, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ศาสนาของประชาชน อีกทั้งพิจารณาบริบทของวัฒนธรรม ประเพณีของแต่ละสังคม ซึ่งกรอบแห่งศีลธรรมนั้นสามารถเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย

ความชอบด้วยกฎหมายของการให้ความยินยอมมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

1. คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนตัว

ส่วนการกระทำใดจะเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือไม่² คงต้องดูความรู้สึกรับรู้ของบุคคลทั่วไปในท้องถิ่นในเวลาที่เกิดการกระทำนั้น เช่น ในเรื่องการทำร้ายหรือการฆ่ากันเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายไม่ยอมรับความยินยอม เพราะกฎหมายต้องการคุ้มครองบุคคลมิให้ทำร้ายหรือฆ่ากันเอง³ เรื่องนี้จึงต้องพิจารณาผลประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง (Rechtsgut หรือ interest protected by law) ว่าข้อใดที่กฎหมายยอมให้สละได้ เพราะคุณธรรมทางกฎหมายมิใช่จะสละได้ทั้งหมด คุณธรรมทางกฎหมายสามารถแยกได้เป็น 2 ประเภท⁴ คือ

1.1 คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนตัว (Individualrechtsgut) ได้แก่ เรื่องชีวิต

ร่างกาย เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ เป็นต้น ผู้เป็นเจ้าของคุณธรรมนี้อาจยอมให้ผู้ละเมิดได้ แต่ต้องดูว่ากฎหมายนั้นมุ่งคุ้มครองเอกชนโดยส่วนตัวอย่างแท้จริงหรือไม่ เช่น ในเรื่องข้อโกงตามมาตรา 341 ยักยอกตามมาตรา 352 หรือข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก เป็นต้น ถ้ากฎหมายมิได้คุ้มครองเพียงส่วนตัวบุคคล ยังมองถึงสังคมรวมด้วยแล้ว เช่น การข้อโกงประชาชนตามมาตรา 343 ก็ดี การข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นต่อหน้าธารกำนัล หรือทำให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายตามมาตรา 281 ก็ดี ความยินยอมของผู้เสียหายก็ไม่ลบล้างความผิด

1.2 คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยต่างๆ กฎหมายคุ้มครองแรงงาน เป็นต้น ผู้ที่เป็นเจ้าของคุณธรรมจะสละไม่ได้เพราะกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มุ่งให้เกิดความสงบแก่ส่วนรวมและความยุติธรรมในสังคม

2. เจตจำนงอิสระ โดยเสรีภาพและชัดเจนปราศจากการข่มขู่ ล่อลวงหรือสำคัญผิด⁵ ในข้อนี้ก็ยังคงมีปัญหาต่อไปอีกว่า ผู้ยินยอมจะต้องมีความรู้ความเข้าใจแค่ไหนจึงจะเรียกว่ามีการยินยอมโดยบริสุทธิ์ใจ กล่าวคือผู้กระทำจะต้องมีความเข้าใจถึงเนื้อหาสาระในการยินยอมของตน คือเข้าใจว่าเมื่อตนยินยอมให้เขาทำอะไรแก่ตนแล้วผลจะเป็นอย่างไร เช่น แพทย์จะต้องผ่าตัดคนไข้

² คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 (ประชุมใหญ่) น. 2089

³ กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1 พินัยครั้งที่ 7 ตอน 2 พินัยครั้งที่ 6 (น. 813). เล่มเดิม

⁴ ผู้เสียหายในคดีอาญา (น. 48). เล่มเดิม

⁵ Bossiouni (p. 447), supra note 10.

ต้องอธิบายให้คนไข้เข้าใจถึงผลเสียของการผ่าตัดนั้นที่จะมีขึ้นแก่คนไข้เอง หากอธิบายแล้วไม่เข้าใจก็ดี หรืออธิบายไม่ตรงกับความจริงเพื่อให้เขายินยอมก็ดี จะถือว่าเขายินยอมโดยบริสุทธิ์ใจไม่ได้หรือคนวิกลจริตยอมให้เขากระทำชำเรา ผู้กระทำจะอ้างว่าได้รับความยินยอมจากหญิงนั้นไม่ได้เพราะเขาไม่เข้าใจเนื้อหาสาระของการที่ได้รับการกระทำดังกล่าว

3. ความยินยอมนั้นจะต้องมีอยู่ก่อนจนตลอดการกระทำความคิด เช่น ก.จ้าง ข.ตัดผมก่อนที่ ข.จะตัดผม ก.เสร็จลง ไม่ว่าช่วงใดในขณะนั้น ก.อาจจะไม่ยอมให้ ข.ตัดผมต่อไปก็ได้ การที่ ข.ตัดผม ก.ในขณะที ก.ยินยอมนั้น หากจะถือเป็นการทำร้าย ก็เป็นการกระทำโดยความยินยอมตามจารีตประเพณีและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ข.ไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่ไม่ว่าในขณะใดเมื่อ ก.ไม่ยินยอมให้ ข.ตัดผมต่อไปแล้ว หาก ข.ขึ้นทำต่อไป ข.ย่อมมีความผิดจะอ้างความยินยอมอีกไม่ได้ ทั้งนี้หากกระทำการที่มีใช้การรักษาเช่นการผ่าตัดเพื่อความสวยงามได้กลายเป็นที่นิยมกันเป็นปกติจึงไม่ควรเป็นความผิดโดยเป็นการกระทำอันถูกต้องตามประเพณีที่ยกเว้นความผิดได้⁶ ความยินยอมที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำจึงไม่ใช่ความยินยอม เป็นเพียงการให้อภัยหรือยกโทษให้ซึ่งไม่ทำให้ผู้กระทำพ้นความผิดการยกยเป็นส่วนตัวจึงไม่ลบล้างความผิดอาญาที่ได้กระทำไปแล้ว

4. ความสามารถในการให้ความยินยอมและความรุนแรงของการกระทำ เกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอมได้นั้น แม้ผู้เสียหายจะอายุน้อยไม่บรรลุนิติภาวะ ถ้าไม่ถึงกับไร้เดียงสา กฎหมายยอมรับว่าเป็นความยินยอมที่ยกเว้นความผิดได้ เช่น หญิง อายุ 16 ปี อยู่ในปกครองของบิดาอาจยินยอมในความผิดต่อเพศได้ ผู้เยาว์ยินยอมให้หมั้นประมาทได้⁷

ดังนั้นความยินยอมที่จะยกเว้นความผิด ต้องเป็นความยินยอมที่มีอยู่ในขณะกระทำความคิด จะเป็นความยินยอมที่ผู้เสียหายแสดงออกในขณะที่มีการกระทำผิด หรือแสดงออกก่อนและยังคงเป็นความยินยอมอยู่ในขณะกระทำ แต่ในบางกรณีถือว่าผู้กระทำมีอำนาจทำได้ เพราะผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้ว โดยปกติได้แก่ ความผิดต่อชีวิตร่างกาย เช่น การเล่นกีฬา การผ่าตัดของแพทย์ ดังนี้ความยินยอมย่อมอยู่ใน โครงสร้างของความผิดอาญาข้อสอง (Rechtswidrigkeit) ความยินยอมจะอยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาในเรื่ององค์ประกอบ (Tatbestand) และเรื่องความผิด (Rechtswidrigkeit) ในกรณีที่กฎหมายยอมรับความยินยอมของผู้เสียหายเป็นข้ออ้าง การกระทำนั้นไม่เพียงแต่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญา แต่เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย การแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอมของผู้เสียหายอาจเป็นการแสดงเจตจำนงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ แต่ต้องเป็นการแสดงเจตจำนงโดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งออกไปภายนอก การนิ่งเฉยไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมหรือไม่ถือว่าเป็นการสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)

⁶ กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1 (พิมพ์ครั้งที่ 7), ตอน 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6) (น. 822). เล่มเดิม

⁷ แหล่งเดิม. (น. 810).

การกระทำใดที่มีความยินยอมของผู้เสียหายอันเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ การกระทำจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีและไม่ขัดต่อมติมหาชน⁹ แต่เมื่อพิจารณากรณีการสักร่างกายให้ผู้เยาว์ โดยผู้เยาว์ให้ความยินยอมแต่เพียงผู้เดียวนั้น การกระทำดังกล่าวย่อมขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น ผู้กระทำจึงไม่สามารถอ้างเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้

แต่หากการกระทำใดไม่ขัดต่อศีลธรรมแล้ว ผู้กระทำความผิดก็สามารถอ้างเหตุยกเว้นความผิดได้ตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือที่เรียกว่าประเพณีนั่นเอง¹⁰ ทั้งนี้ก็โดยนัยที่ว่าพฤติการณ์ที่กฎหมายยอมให้อ้างเป็นข้อยกเว้นความผิดอาญานั้น ไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในตัวของกฎหมายอาญาเท่านั้น อาจเป็นบทบัญญัติของกฎหมายอื่นเช่น กฎหมายแพ่งก็ได้ เป็นต้นว่า อำนาจของผู้ปกครองในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็เมื่อกฎหมายแพ่งไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเสมอไปตามบทบัญญัติในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จริตประเพณีแห่งท้องถิ่นหรือหลักกฎหมายทั่วไปก็ย่อมมีน้ำหนักเป็นกฎหมายได้ เช่นเดียวกัน หลักกฎหมายแพ่งที่ยอมรับรองกันทั่วไปมีอยู่ว่าเจตนาหรือความยินยอมของบุคคลซึ่งไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายรับรู้ เช่น ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 เป็นอาทิ ฉะนั้นพฤติการณ์เช่นนี้ ย่อมเป็นข้อยกเว้นความผิดในทางอาญาได้ เฉพาะกรณีที่จะลงโทษบุคคลในทางอาญาเท่านั้นที่ต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง แต่ในการยกเว้นความผิดในทางอาญานั้นหากจำเป็นต้องมีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยไม¹¹

⁸ คูในภาคผนวก

⁹ ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา. (น. 54). เล่มเดิม. “ มติมหาชน การกระทำใดที่มีมติมหาชนไม่ยอมรับหรือขัดต่อมติมหาชน ถ้าร้ายแรงถึงขนาด โดยปกติมักจะถือว่าเป็นความผิดอาญา แต่ถ้ามติมหาชนเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ชอบโดยไม่ได้ดำเนินการกระทำนั้นแต่ประการใด ก็ไม่ควรถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา เช่น การชกมวยที่มีไซ้เกิดจากการทะเลาะวิวาทแม้จะเห็นว่ากระทำเช่นนั้นเป็นการทำร้ายร่างกายมติมหาชนก็ไม่ได้ดำเนินการกระทำนั้นแต่อย่างใด การแปลงเพศหรือการทำสัลยกรรมตกแต่งของร่างกายแม้จะกระทำโดยไม่เกี่ยวกับการรักษาพยาบาลก็ตาม บางครั้งการกระทำดังกล่าวอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพด้วย แต่มติมหาชนก็ไม่ได้ดำเนินการกระทำเช่นนั้น เป็นต้น”

¹⁰ ฎีกาที่ 787/2483 24 ธส.1140

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 การใด มีวัตถุประสงค์ เป็นการ ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการ พันวิสัย หรือ เป็นการ ขัดต่อ ความสงบเรียบร้อย หรือ ศีลธรรมอันดี ของประชาชน การนั้น เป็นโมฆะ

แต่การกระทำสักร่างกายต่อเด็กหรือผู้เยาว์ความเห็นทั่วไปแล้วผู้เสียหายไม่อาจให้ความยินยอมในการทำร้ายร่างกายได้ กล่าวคือ การสักร่างกายถือว่าเป็นการกระทำต่อร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์ “ความปลอดภัยของร่างกาย” แม้จะเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” อาจจะมีการสละคุณธรรมทางกฎหมายคือ ให้ความยินยอมให้สามารถสักร่างกายบนผิวหนังของเด็กหรือผู้เยาว์ได้ กฎหมายบัญญัติคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล และบุคคลผู้มีส่วนได้เสียที่ได้สละการคุ้มครองนั้นเสียเช่นเด็กหรือผู้เยาว์ที่ยินยอมให้สักร่างกายบนผิวหนังก็ตาม เช่น การให้ความยินยอมต่อการกระทำของผู้อื่น แต่ก็มีข้อจำกัดในการสละ โดยมีข้อยอมรับกันทั่วไปว่าหากความยินยอมของผู้เสียหายในส่วนที่เกี่ยวกับความปลอดภัยของร่างกายที่จะเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นั้นจะต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน¹²

ตัวอย่าง

การที่จำเลยใช้ปืนยิงผู้ตายโดยเชื่อว่าอยู่คงกระพัน อันปราศจากเหตุผล เป็นความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา¹³

เกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอมได้นั้น แม้ผู้เสียหายที่เป็นเด็กหรือผู้เยาว์จะอายุน้อยไม่บรรลุนิติภาวะถ้าไม่ถึงกับไร้เดียงสาซึ่งจัดเข้าในประเภทความยินยอมโดยไม่รู้พฤติการณ์ดังกล่าวมาแล้วความสามารถในการที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องของความสามารถในการรู้เรื่องราวและความสามารถในการตัดสินใจของบุคคลในทางความเป็นจริง กล่าวคือผู้ใดมีความรู้ความเข้าใจในความหมายและผลได้ผลเสียของเรื่องที่จะให้ความยินยอมนั้นที่เพียงพอแล้ว แม้ผู้นั้นจะยังเป็นผู้เยาว์ก็สามารถที่จะให้ความยินยอมได้และทำให้ความยินยอมนั้นเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายโดยกฎหมายต่างก็ยอมรับว่าเป็นความยินยอมที่ขกเว้นความผิดได้ก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามความยินยอมนั้นจะต้องไม่ฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ต้องพิจารณาที่ความรู้สึกที่รับได้และถูกต้องของทุกคนในสังคม¹⁴ ดังนั้น ผู้กระทำการสักร่างกายบนผิวหนังเด็กหรือผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ให้ความยินยอมจึงมีความผิดอาญาทำร้ายร่างกายตาม มาตรา 295 หรือความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 297 หากการกระทำนั้นการสักร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์ได้รับอันตรายสาหัสรักษาเกิน 20 วัน เป็นต้น

ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ความยินยอมของผู้เสียหายอยู่ในโครงสร้างความคิดทางอาญาข้อที่ 2 ทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิด แต่ในกรณีความยินยอมของผู้เยาว์นั้น กฎหมายไทยมิได้มีการบัญญัติเอาไว้ ซึ่งมีความเห็นของศาลฎีกาและนักวิชาการ ดังนี้

¹² กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1 (พิมพ์ครั้งที่ 7), ตอน 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6) (หัวข้อ 262). เล่มเดิม

¹³ อุฎฎีกาที่ 59/2502

¹⁴ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 239). เล่มเดิม

1. ศาลฎีกาของไทยนั้นเห็นว่า แม้ผู้เสียหายจะมีอายุน้อยยังไม่บรรลุนิติภาวะ ถ้าไม่ถึงกับไร้เดียงสา ก็ให้ความยินยอมได้¹⁵

2. อ.กมลชัย รัตนสกาววงศ์ เห็นว่า ในเรื่องอายุนั้น ผู้ให้ความยินยอมจะต้องไม่ไร้เดียงสา และเป็นผู้ใหญ่พอสมควร ไม่จำเป็นต้องบรรลุนิติภาวะ ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 (เดิม)¹⁶ ยอมรับว่าบุคคลที่อายุไม่ต่ำกว่า 14 ปี มีความรู้ผิดชอบได้แล้ว จึงเห็นว่าในเรื่องอายุของผู้ที่จะให้ความยินยอมได้นั้น ก็ควรจะมีอายุไม่ต่ำกว่า 14 ปี เป็นมาตรฐานทั่วไป เว้นแต่บทบัญญัติภาคความผิดจะกำหนดอายุไว้เป็นการเฉพาะ

ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อการสักร่างกายเป็นการทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 แล้ว การที่จะพิจารณาว่าผู้เยาว์มีความสามารถในการให้ความยินยอม อันเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดกระทำหรือไม่นั้น ควรต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป โดยเทียบเคียงจาก “ความสามารถในการทำชั่ว” การกระทำที่บุคคลได้กระทำลงไปโดยบุคคลนั้นไม่มีความสามารถในการทำชั่ว การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ไม่สามารถถูก “ตำหนิ” ได้ เนื่องจากบุคคลไม่สามารถแยกแยะความผิดถูกของการกระทำของตนได้¹⁷ ดังนั้น ผู้เยาว์ที่สามารถแยกแยะความผิดถูกได้ สามารถเข้าใจถึงสาระสำคัญของการสัก และเข้าใจถึงผลกระทบของการสักร่างกายแล้ว ถือว่ามีความสามารถในการให้ความยินยอมให้กับการสักร่างกาย

ประเด็นปัญหาเรื่องความยินยอมทางอาญาอีกประการหนึ่ง คือ กรณีการขลิบหนัอง หุ้มปลายอวัยวะเพศของผู้เยาว์ หรือที่เรียกว่าการทำสูหนัด เป็นพิธีกรรมทางศาสนาของศาสนาอิสลามและศาสนาฮินดู อาจกล่าวได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการปฏิบัติตามศาสนา¹⁸ อีกทั้งเป็นการทำเพื่อลดการติดเชื่อและการอักเสบของหนัองหุ้มปลายอวัยวะเพศ ซึ่งจะลดการเกิดมะเร็งที่อวัยวะเพศ และการขลิบจะทำให้ทำความสะอาดปลายอวัยวะเพศได้ง่าย ซึ่งแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นการทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 แต่การกระทำดังกล่าวก็ไม่ขัดต่อศีลธรรมเนื่องจากเหตุผลทางศาสนา และสุขอนามัยดังกล่าว อีกทั้งผู้เขียนยังเห็นว่า การขลิบนั้น โดยปกติแล้วไม่ใช่เป็นการรักษาโรค เพราะการขลิบมักจะกระทำเนื่องจากศาสนา หรือเพื่อต้องการรักษาความสะอาด ซึ่งแม้ว่าบิดามารดาหรือตัวผู้เยาว์เองจะไม่ได้นับถือศาสนาอิสลาม หรือศาสนาฮินดู แต่การขลิบนั้นเป็นการ

¹⁵ ฎีกาที่ 828/2586 และฎีกาที่ 743/25464

¹⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 (เดิม) บัญญัติว่า เต็ดอายุกว่า 7 ปี แต่ยังไม่เกิน 14 ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ

¹⁷ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 287). เล่มเดิม

¹⁸ จาก ความยินยอมในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น.108), โดย กมลชัย รัตนสกาววงศ์, 2523, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

กระทำเพื่อความสะอาด และลดอัตราการเกิดโรคต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ ประกอบกับการขลิบนั้นถือเป็นการผ่าตัดเล็ก จะกระทำในสถานพยาบาลซึ่งมีมาตรฐานในการรักษาความสะอาดอยู่แล้ว ดังนั้นผู้เยาว์จึงสามารถที่จะให้ความยินยอมในการขลิบอวัยวะเพศได้

4.1.2 การให้ความยินยอมของผู้ที่มีความบกพร่องทางจิต

หลักของบุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญาเมื่อบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาเมื่อ

1) การกระทำครบ องค์ประกอบ ที่กฎหมายบัญญัติ เช่นองค์ประกอบภายนอก (1) ทำร้ายร่างกาย (2) ผู้อื่น (3) จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่น และองค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

2) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

3) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

ในการพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่ ประการแรกต้องดูว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบ องค์ประกอบ ที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ หากครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้วก็ต้องดูต่อไปว่าการกระทำมีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ก็ต้องดูต่อไปว่ามีกฎหมายยกเว้นโทษหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษก็หมายความว่า บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา¹⁹

บุคคลที่มีจิตบกพร่องนั้น หมายถึง ผู้ที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน²⁰ และผู้ที่อยู่ในอาการมึนเมาเพราะเสพยาสุรา หรือสิ่งเมาอย่างอื่น²¹

หากพิจารณาการกระทำการสักร่างกายให้แก่ผู้ที่ไม่สามารถควบคุมตัวเองได้ อันเนื่องมาจากการใช้สารเสพติดหรือพิการไม่สมประกอบเข้าองค์ประกอบทั้งภายนอกในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบความผิดในภายนอก เช่น (1) ทำร้าย (2) ผู้อื่น(3) จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่น และองค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดาจึงเป็นความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295²² โดยปกติความผิดต่อร่างกาย หมายถึง ความผิดฐานทำให้มนุษย์ได้รับความทุกข์ทางกายหรือจิตใจ คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดต่อร่างกายนี้ คือ ความปลอดภัยทางกาย แม้คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดต่อร่างกายนี้มีลักษณะเป็นเอกชนแต่ก็มีใช้ว่าปัจเจกบุคคลจะให้ความยินยอมได้เช่นเดียวกับความผิดที่กระทำต่อกรรมสิทธิ์หรือการครอบครอง

¹⁹ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป (น. 86). เล่มเดิม

²⁰ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 65.

²¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 66.

²² คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ (น. 239). เล่มเดิม

แท้จริงแล้วบทบัญญัติในเรื่องนี้มีได้คุ้มครองปัจเจกบุคคลเพียงอย่างเดียว หากแต่ยังคุ้มครองป้องกันมิให้ความชั่วร้ายที่จะมีต่อสังคมโดยรวม²³ ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานในการควบคุมความประพฤติของมนุษย์ สังคมจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายและรับภาระจากการกระทำนั้น กล่าวคือ สังคมจะต้องสูญเสียการรับใช้บริการจากผู้ที่ได้รับบาดเจ็บ และผู้ที่ได้รับบาดเจ็บซึ่งเดิมมีสุขภาพสมบูรณ์ จะต้องมาเป็นภาระแก่สังคมในทางเศรษฐกิจ ซึ่งสังคมจะต้องทำการรักษาพยาบาลผู้บาดเจ็บนั้นอย่างไม่ควรเลย มีปัญหาต้องพิจารณาว่าผู้สร้างกายมีเจตนาการทำร้ายร่างกายหรือไม่ การกระทำของผู้สังเคราะห์ต่อร่างกายของมนุษย์ในทุกกรณีอาจมองว่าเป็นการทำร้ายร่างกายเพราะกระทำในขณะที่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดและประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล²⁴ ซึ่งมีใช้บุคคลผู้มีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน ในขณะที่กระทำความผิดเป็นผู้ที่ไม่มีความรู้ผิดชอบ แต่การกระทำของบุคคลดังกล่าวไม่เป็นความผิดอาญา เพราะมีเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดเนื่องจากความยินยอมของบุคคลทั่วไปที่ไม่ใช่ผู้เยาว์นั้น เป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะเป็นผู้ที่มีประสบการณ์ในชีวิตมากพอแล้ว แต่หากผู้ที่ยินยอมให้สร้างกายนั้นเป็นบุคคลที่ไม่สามารถควบคุมตัวเองได้อันเนื่องมาจากมีเมามาเพราะฤทธิ์ของแอลกอฮอล์, การใช้สารเสพติดหรือพิการไม่สมประกอบแล้ว ความยินยอมของบุคคลดังกล่าวย่อมเป็นความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และมติมหาชนย่อมไม่ให้การยอมรับอย่างแน่นอน ดังนั้น จึงไม่สามารถเป็นเหตุที่ผู้กระทำอ้างเพื่อปฏิเสธความผิดทางอาญามาตรา 295 ได้

ทั้งนี้หากพิจารณาเกี่ยวกับผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอม ผู้ให้ความยินยอมจะต้องสามารถเข้าใจถึงรู้ถึงการกระทำนั้น (Reasonable)²⁵ และรู้คุณค่าของการกระทำนั้นว่าดีหรือไม่ เข้าใจถึงธรรมชาติของการกระทำ และผลที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นได้ และจะต้องรู้ถึงคุณค่าของการกระทำนั้นโดยประสบการณ์ของตนเอง กล่าวคือจะต้องเป็นผู้ใหญ่พอสมควร (maturity) และจะมีจิตปกติไม่เป็นผู้วิกลจริตจึงไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้เสียหายจะได้รับความยินยอมในการกระทำนั้นหรือไม่ ซึ่งความยินยอมของผู้วิกลจริต บุคคลที่มีความผิดปกติทางสมองไม่ว่าจะเป็นจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน ซึ่งไม่อาจรู้ผิดชอบได้

²³ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 83). เล่มเดิม

²⁴ การกระทำโดยเจตนา ปอ. มาตรา 59 วรรค 2 “การกระทำโดยเจตนา ได้แก่การกระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำ และขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำ”

²⁵ From *Traite de Droit Penal et de Criminologie* (p.284.). By Pierre Bouzat et Jean Pinatel, 1963. Paris Libraire Dalloz.

ไม่มีความสามารถตามกฎหมายที่จะให้ความยินยอมได้²⁶ ดังนั้นผู้กระทำจึงมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295หรือมาตรา 297 แล้วแต่กรณีโดยไม่สามารถอ้างบทบัญญัติหรือข้อยกเว้นอื่นๆ ทางกฎหมายยกเว้นความผิดได้เช่นกัน

4.2 วิเคราะห์ปัญหาและผลกระทบอันเกิดจากการสักร่างกายและการฉีดยาพิษ

การสักร่างกายให้กับผู้เยาว์ในปัจจุบัน สามารถกระทำได้ง่าย เนื่องจากร้านรับสักร่างกายนั้นตั้งอยู่แทบทุกที่ ไม่ว่าจะเป็นตามตลาด ศูนย์การค้า ริมนน รวมถึงสำนักสักร่างกายต่างๆ ซึ่งการสักร่างกายเป็นการนำสีเข้าสู่ในผิวหนังโดยผ่านการใช้เข็มสัก ซึ่งอาจทำให้เกิดการแพ้แล้วเกิดเป็นผื่นหรือตุ่มแดง ถ้าไม่ได้รับการรักษาหรือปล่อยทิ้งไว้อาจทำให้ผื่นดังกล่าวอักเสบมากขึ้นได้ นอกจากนี้สีแดงที่ใช้ในการสักอาจก่อให้เกิดการแพ้เมื่อโดนแสงแดดมากๆ หรือบ่อยครั้งได้ โดยเฉพาะในคนที่มีความไวต่อผิวหนังอยู่เดิมอยู่แล้ว เช่น คนที่เป็นโรคสะเก็ดเงินอาจพบว่ามีผื่นของโรคสะเก็ดเงินขึ้นภายหลังการสัก นอกจากนี้ถ้าผู้ทำการสักไม่มีความชำนาญ หรืออุปกรณ์การสักไม่สะอาด อาจทำให้ผู้ถูกสักมีโอกาสติดเชื้อโรคจากการสักผิวหนัง ได้แก่ เชื้อไวรัสตับอักเสบบี ซึ่งรวมถึงโรคร้ายแรงเช่น โรคเอดส์ ซึ่งการติดต่อของโรคเอดส์จึงอาจเกิดขึ้นได้จากการร่วมเลือด เช่น การใช้เข็มฉีดยาร่วมกัน การฝังเข็ม และการสักผิวหนัง²⁷

สาระสำคัญของการกระทำสักร่างกายเด็กหรือผู้เยาว์นั้นกฎหมายไทยยังไม่มีบทบัญญัติอันมีผลบังคับและเป็นความผิด แต่หากพิจารณาสาระสำคัญของการกระทำสักร่างกายแก่เด็กหรือผู้เยาว์สามารถพิจารณาการกระทำความผิดฐานมีสาระสำคัญ ดังนี้

- 1) การตีหรือการเคาะซึ่งเกิดจากการสักด้วยเครื่องสัก หรืออาจใช้เข็มซึ่งมีด้ายร้อยเคลือบสีอยู่
- 2) ผู้กระทำ คือ มนุษย์ซึ่งไม่จำกัดว่าจะเป็นใครก็ได้ที่มีความสามารถในเรื่องดังกล่าว
- 3) กระทำโดยทางผ่านตามตำแหน่งที่ต้องสักลงไปทีผิวหนัง โดยใช้กำลังกระทำต่อผิวหนังมนุษย์ผู้อื่น
- 4) กรรมของการกระทำ หรือ “ผู้ถูกกระทำได้รับลายสักบนผิวหนัง” คือ มนุษย์ผู้อื่นเฉพาะเด็กหรือผู้เยาว์

²⁶ ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา (น. 41-43). เล่มเดิม

²⁷ “พฤติกรรมทางเพศของผู้ติดยาเสพติดโดยใช้เข็มฉีดยา” ทุนวิจัยสนับสนุน โดยองค์การอนามัยโลก โครงการวิจัยพฤติกรรมสุขภาพเพื่อพัฒนานักวิจัยรุ่นใหม่ แผนงานส่งเสริมการวิจัยพฤติกรรมสุขภาพ (น. 4, 8). เล่มเดิม

สำหรับ “การกระทำ” ของความผิดฐานทำร้ายร่างกายนั้นแม้กฎหมายจะใช้คำว่า “ใช้กำลังทำ” ซึ่งดูคล้ายกับว่าหมายถึงการใช้กำลังกายโดยแท้โดยไม่มีสิ่งอื่นภายนอกเป็นเครื่องมือ เช่น ใช้เท้าเตะและตีบ แต่แท้จริงก็คือการ “ทำให้เกิดลายบนผิวหนัง” ในความหมายของการกระทำการสักร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์ นั่นเอง

สาระสำคัญที่การกระทำผิดกฎหมายต้องมี คือ เจตนาทำร้ายผู้อื่น โดยใช้หรือไม่ใช้กำลังย่อมอาจเกิดขึ้นได้ กฎหมายอาญานั้นจะลงโทษการกระทำของมนุษย์ที่เป็นเรื่องของการกระทำโดยเจตนาเท่านั้น กล่าวคือเจตนาความผิดตามมาตรา 59 นี้มีเพียงเจตนากระทำผิด criminal intention โดยมีองค์ประกอบ 1) การกระทำโดยรู้สำนึก และในขณะเดียวกันผู้กระทำ 2) ประสงค์ต่อผล 3) และย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น²⁸ การใช้บังคับกฎหมายอาญานั้น จะบัญญัติการกระทำที่เป็นความผิดโดยเจตนา แม้การกระทำว่าด้วยการสักร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์แม้ไม่มีบทบัญญัติเป็นกฎหมายโดยตรงกฎหมายย่อมถือว่าเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 แล้ว

ผู้ที่ให้ความยินยอมในการสักร่างกาย จะต้องเป็นบุคคลที่มีวุฒิภาวะเพียงพอ หากผู้เยาว์ให้ความยินยอมในการสักร่างกาย ก็จะต้องเป็นผู้เยาว์ที่มีความสามารถในการเข้าใจในการทำร้ายร่างกายหรือไม่ และเข้าใจสภาพของการกระทำการสักร่างกายว่าจะมีผลกระทบอย่างไรบ้าง

กรณีการขลิบอวัยวะเพศผู้เยาว์ การขลิบเป็นการกระทำเนื่องจากความเชื่อทางศาสนาหรือเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ทางสุขอนามัย โดยการกระทำเป็นการกระทำโดยแพทย์ ซึ่งการกระทำของแพทย์ต่อร่างกายมนุษย์อาจแบ่งเป็นความเห็นได้ 2 ความเห็น ดังนี้

ความเห็นแรก เห็นว่า การกระทำของแพทย์ต่อร่างกายของมนุษย์ในทุกกรณีเป็นการทำร้ายร่างกาย เพราะว่าแพทย์กระทำในขณะที่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย และประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผล แต่การกระทำของแพทย์จะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายได้ จะต้องมิเหตุที่ทำให้แพทย์มีอำนาจกระทำได้ เช่น ความยินยอมของผู้เสียหาย

ความเห็นที่สอง เห็นว่า การกระทำของแพทย์ต่อร่างกายของบุคคลไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย โดยจุดประสงค์ของความผิดฐานทำร้ายร่างกายก็เพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบขึ้น และต้องมีองค์ประกอบในเรื่องความโมโห ความเกลียดชังหรือความเป็นศัตรูกัน หรือเจตนาที่ทำให้บาดเจ็บด้วยการทำร้าย ผู้กระทำต้องกระทำด้วยเจตนาที่ชั่วร้าย (mens rea) แต่การกระทำของแพทย์ต่อร่างกายของมนุษย์ที่เป็นการตรวจป้องกันและการบำบัดโรค จึงไม่มีเจตนาชั่วร้าย ไม่ใช่การทำร้ายร่างกาย²⁹

²⁸ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 78). เล่มเดิม

²⁹ จาก ความยินยอมในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น.96). โดย กมลชัย รัตนสากววงศ์, 2523, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ในประเทศที่ไม่ใช้ประมวลกฎหมาย (common law) จะพิจารณาความผิดอาญาว่า ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาร้าย (mens rea) ดังนั้น ในความเห็นที่สองที่บอกว่าเมื่อเจตนาของแพทย์มิใช่เจตนาร้ายย่อมถือว่าแพทย์ไม่มีความผิดทางอาญาน่าจะเป็นแนวความคิดของประเทศที่ไม่ใช้ประมวลกฎหมาย ซึ่งในประเทศไทยที่เป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายไม่ได้นำหลักเจตนาร้ายมาใช้แต่อย่างใด ความเห็นของฝ่ายแรกที่มองว่าการกระทำของแพทย์ต่อร่างกายของมนุษย์เป็นการทำร้ายร่างกายจึงน่าจะเป็นความเห็นที่ใช้ได้ในกฎหมายไทย

การขลิบอวัยวะเพศโดยแพทย์จึงเป็นการทำร้ายร่างกายตามเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้น แต่การขลิบอวัยวะเพศเป็นสิ่งที่มหาชนให้การยอมรับ โดยเป็นการกระทำตามความเชื่อของศาสนาอิสลามและยิว³⁰ ส่วนในศาสนาพุทธแล้วไม่มีความเชื่อเรื่องดังกล่าว แต่ขลิบเพราะเหตุผลทางการแพทย์ที่ต้องการรักษาความสะอาด ดังนั้น เมื่อการขลิบอวัยวะเพศมิได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ผู้เยาว์จึงสามารถให้ความยินยอมในการขลิบอวัยวะเพศ ทำให้แพทย์มีอำนาจกระทำได้

4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในการสักร่างกาย กับความผิดฐานทำร้ายร่างกายของประเทศไทยและต่างประเทศ

เกณฑ์พิจารณาโครงสร้างความรับผิดทางอาญาที่จะทำให้การกระทำนั้นเป็นความผิดประการแรกนั้น พิจารณาจากการกระทำ ว่าการกระทำที่ปรากฏภายนอกนั้นจะต้องเข้าเกณฑ์ที่บัญญัติว่าเป็นความผิด ซึ่งเป็นหลักที่ว่า การกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอาญาทั้งปวง ซึ่งประกอบด้วยโครงสร้าง 3 ประการ คือ

- 1.1 การกระทำที่กฎหมายบัญญัติหรือ “องค์ประกอบ”
- 1.2 การกระทำนั้นเป็น “ความผิด” กล่าวคือไม่มีเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจทำได้
- 1.3 ผู้กระทำความผิดมี “ความชั่ว”

1.1 การกระทำที่กฎหมายบัญญัติหรือ “องค์ประกอบ” ซึ่งเป็นองค์ประกอบของความผิดอาญาที่เป็นอิสระ โดยไม่ได้วินิจฉัยว่า การกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญาแล้วหรือยัง พิจารณาจากตัวบทบัญญัติที่มีใช้เป็นการกระทำโดยประมาทโดยทั่วไปแล้วมีอยู่ 2 ประเภท กล่าวคือ องค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายนอก คือบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในภาคความผิด ซึ่งจะกล่าวถึง

1) ผู้กระทำความผิด ในส่วนที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดโดยทั่วไปกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” โดยปกติจะไม่จำกัดว่าผู้กระทำความผิดเป็นใคร

³⁰ แหล่งเดิม. (น.108).

2) การกระทำ คือการกระทำต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายมาตรานั้นๆ เช่น การทำให้ตาย การทำร้ายร่างกายหมายถึงต้องเป็นการทำให้สภาพของร่างกายของผู้ถูกระทำนั้นเลวลง ทำให้เสียสุขภาพอนามัย มาตรา 295 297 ถือว่าเป็นการกระทำโดยนัยแห่งกฎหมายอาญาว่าด้วยเจตนาตามมาตรา 59³¹

3) ผลของการกระทำ ความผิดอาญาบางฐานเป็นความผิดที่ต้องการผล (Delist materials) เช่น ทำให้เจ็บป่วย หรือ ได้รับความเจ็บ ตามมาตรา 295 297 หรือ ความผิดฐานทำร้ายร่างกายที่ไม่เป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้ถูกระทำตามมาตรา 391 ซึ่งจะต้องพิจารณาผลที่เกิดขึ้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำ เป็นต้น

องค์ประกอบภายในที่สำคัญ คือ เจตนา และมูลเหตุชกุงใจ เจตนา ผู้กระทำจะต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดและผู้กระทำต้องประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

1.2 การกระทำนั้นเป็น “ความผิด” (Rechtswidrigkeit) กล่าวคือ ไม่มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจทำได้ ถ้ามีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจทำได้แล้ว การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิด

1.3 ผู้กระทำมี “ความชั่ว” (Schuld) ความชั่วโดยทั่วไปเป็นเรื่องความรู้ผิดชอบ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงทางอัตตวิสัย (Subjective) ในกรณีที่ไม่อาจตำหนิตัวผู้กระทำผิดได้ (blameworthiness of the perpetrator) กฎหมายก็ยกเว้นโทษให้ การยกเว้นโทษนี้ไม่มีผลต่อการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงแต่ทำให้การตำหนิตัว (personel blameworthiness) เปลี่ยนไปและจะได้รับการยกเว้นโทษก็ต่อเมื่อผู้กระทำได้กระทำภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

จะเห็นได้ว่าถึงแม้องค์ประกอบของความผิดที่กฎหมายบัญญัติหากพิจารณาการกระทำ สักร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์องค์ประกอบภายนอก คือ การที่บุคคลทำร้ายโดยใช้กำลังทำร้ายทำให้เกิดลายบนผิวหนังของ มนุษย์ผู้อื่น “ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร “กรรมของการกระทำ” หรือ “ผู้ถูกระทำ” คือ มนุษย์ผู้อื่นที่ได้รับความเสียหายจากการโดนเข็มสักร่างกาย ถือว่าเป็น การกระทำ ของความผิดฐานนี้นั้นแม้กฎหมายจะใช้คำว่า “ใช้กำลังทำร้าย” ซึ่งคล้ายกับว่าหมายถึงการใช้กำลังกายโดยแท้โดยไม่มีสิ่งอื่นภายนอกเป็นเครื่องมือ เช่น ใช้เท้าเตะและถีบ แต่แท้จริงก็คือการ “ทำร้าย” ในความหมายของความผิดต่อร่างกายในฐานอื่นๆ และองค์ประกอบภายในคือเจตนาธรรมดา นั้นเองรวมไปถึงความหมายของความผิดต่อร่างกายเป็นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ “การทำมิชอบต่อกาย” และ “การทำให้เสียสุขภาพอนามัยหมายความว่าเสี่ยงต่อโรคติดต่อเพราะการสักร่างกายนั้นจะใช้เข็มที่มเข้าไปในร่างกายทำให้มีเลือดออกซึ่งหากไม่

³¹ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 119). เล่มเดิม.

ระมัดระวังก็อาจจะกลายเป็นพาหะนำโรคร้ายได้เช่น เช่น ไวรัสตับอักเสบบี เอชไอวีหรือเอดส์³² ตลอดจนเชื้อแบคทีเรียและเชื้อรา เป็นต้น”

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าการสร้างร่างกายอาจจะเป็นการกระทำมิชอบต่อกาย คือ การทำมิชอบทั้งปวงต่อร่างกาย ทั้งนี้ โดยจะเกิดความเจ็บปวดหรือไม่ไม่สำคัญการทำให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตามมาตรา 295 ต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์การกระทำของจำเลย และบาดแผลของผู้เสียหาย ประกอบกันด้วย

ในส่วนองค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนาทำร้าย (ใช้กำลังทำร้าย) คำว่า “เจตนาทำร้าย” คือ การที่ผู้กระทำได้กระทำไปโดยรู้ว่าการกระทำเป็นมนุษย์และผู้กระทำต้องการทำร้ายมนุษย์ผู้นั้น จะเห็นว่าในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จากนิยามของ “กระทำโดยเจตนา” ที่ผู้เขียนได้ร้อยเรียงเสียใหม่ดังกล่าวมานั้น จะเห็นได้ว่า “กระทำโดยเจตนา” ประกอบด้วย ส่วนประกอบ (Element) 2 ส่วน คือ “ส่วนรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด” หรืออาจเรียกสั้นๆ ว่า “ส่วนรู้” กับ “ส่วนประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล” หรืออาจเรียกสั้นๆ ว่า “ส่วนต้องการ” ที่ว่า “ประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล” เป็น “ส่วนต้องการ” ของการ “กระทำโดยเจตนา” นั้น ก็เพราะว่ากรณีเป็นความต้องการของผู้กระทำความคิดจะให้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้นเกิดขึ้นจริง ซึ่งความต้องการนี้อาจเป็นความต้องการโดยตรงหรือที่กฎหมายเรียกว่า “ประสงค์ต่อผล” หรือเป็นความต้องการโดยอ้อมหรือที่กฎหมายเรียกว่า “ยอมเล็งเห็นผล” อย่างใดอย่างหนึ่ง การที่ผู้สัักเป็นผู้กระทำต่อเด็กหรือผู้เยาว์ ซึ่งผู้ถูกกระทำก็ยังเป็นผู้เยาว์หรือเด็กเท่านั้น³³ ได้กระทำต่อเด็กหรือผู้เยาว์ ผู้กระทำนั้นได้มี การกระทำครบองค์ประกอบทั้ง องค์ประกอบภายนอกที่มี 1) ทำร้าย 2) ผู้อื่น 3) จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ และ มีองค์ประกอบภายใน คือเจตนาฆรรณดาเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องพิจารณาเรื่องเจตนาร้าย (mens rea or vicious will) ในการทำร้ายร่างกายเป็นองค์ประกอบความผิดที่สำคัญของระบบกฎหมาย common Law ซึ่งคำว่า³⁴ ความชั่ว (Schuld) ในที่นี้ไม่ได้หมายถึง ความชั่วในความหมายทั่วไป กล่าวคือ ไม่ได้หมายถึงสภาพความไม่ดีไม่งามอันเกิดจากการฝ่าฝืนศีลธรรมหรือขนบธรรมเนียมประเพณี

³² “พฤติกรรมทางเพศของผู้ติดยาเสพติดโดยใช้เข็มฉีดยา,” ทุนวิจัยสนับสนุนโดยองค์การอนามัยโลก โครงการวิจัยพฤติกรรมสุขภาพเพื่อพัฒนานักวิจัยหน้าใหม่ แผนงานส่งเสริมการวิจัยพฤติกรรมสุขภาพ. (หน้าเต็ม)

³³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19 ได้บัญญัติไว้ว่า “บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์” และตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 20 ได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้เยาว์ย่อมบรรลุนิติภาวะเมื่อสมรส หากการสมรสนั้นได้ทำตามบทบัญญัติมาตรา 1448”

³⁴ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 276-278). เล่มเดิม.

ของสังคม ความชั่วในความหมายทั่วไป ดังกล่าวเป็นคนละเรื่องกับ ความชั่ว ในทางกฎหมายอาญา ความชั่ว (Schuld) ในทางกฎหมายอาญาแตกต่างจาก ความชั่วในความหมายทั่วไป ในแง่ของสิ่ง หรือ วัตถุ (Objekt) ที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาหาความหมาย กล่าวคือ สิ่งหรือ วัตถุ ที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาหาความหมายของ ความชั่วในความหมายทั่วไป คือ ตัวศีลธรรมหรือขนบธรรมเนียม ประเพณี แต่สิ่งที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาหาความหมายของ ความชั่ว ในทางกฎหมายอาญา คือ การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติที่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย การกระทำใดการกระทำหนึ่งที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายจะเป็นการกระทำที่ชั่วหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจกระทำในการกระทำนั้นของผู้กระทำความผิด ในขณะที่กระทำนั้น ผู้ที่มีความรู้ผิดชอบหรือผู้ที่รู้จักแยะแยะว่าอะไรผิดว่าอะไรถูกและเป็นผู้ที่มีสติ ย่อมจะไม่กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมาย แต่ถ้าผู้ใดขาดสติและได้กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมายลงไป ผู้นั้นก็ย่อมจะเป็นบุคคลที่จะต้องถูกดำเนินจากสังคม และการกระทำนั้นของผู้นั้น ย่อมเป็นการกระทำที่ดำเนินได้และด้วยเหตุนี้เองที่ในทางกฎหมายอาญาถือว่าผู้กระทำนั้นได้กระทำ ชั่ว ดังนั้น จึงอาจให้ความหมายของ ความชั่ว (Schuld) ได้ว่า การพิจารณาเรื่อง ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) ของการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นเพียงการพิจารณาว่าเมื่อใดการกระทำใด การกระทำหนึ่งนั้นจะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย กล่าวคือ การพิจารณา ความผิดกฎหมาย เป็น การพิจารณาเฉพาะการกระทำกับ ข้อห้ามไม่ให้กระทำ (Verbotnorm) หรือกับ ข้อบังคับให้กระทำ (Gebotnorm) ที่กำหนดในความผิดฐานต่างๆ เท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณาต่อไปว่าในการกระทำใด การกระทำหนึ่งนั้น ผู้กระทำความผิดอยู่ในวิสัยที่จะสามารถแยกแยะความผิดถูกของการกระทำของตนได้หรือไม่ การพิจารณาต่อไปถึงความสามารถของบุคคลในอันที่จะแยกแยะความผิดถูกของการกระทำของเขาได้หรือไม่ นั่นคือ การพิจารณาเรื่อง ความชั่ว (Schuld) การพิจารณาความชั่ว (Schuld) หรือ การดำเนินได้ (Vorwerfbarkeit) ของการกระทำ ว่ามีอยู่หรือไม่นั้น ไม่ได้พิจารณาที่ตัวผู้กระทำ ในฐานะปัจเจกบุคคล แต่พิจารณาตามมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นผู้กระทำความผิด ความชั่ว (Schuld) นั้น มีอยู่ทั้งในความผิดที่กระทำโดยเจตนา และในความผิดที่กระทำโดยประมาท ที่จะทำร้ายร่างกายเด็กหรือเยาวชน

ดังนั้นเมื่อพิจารณาองค์ประกอบความผิดตามระบบกฎหมาย Civil LAW ของประเทศไทยแล้วนั้นจะเห็นว่า ผู้สักระทำกับร่างกายโดยมีการกระทำการสักบนร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์ โดยมีผลลัพธ์สำเร็จตรงตามเจตนาธรรมดาต่อผิวหนังของเด็กหรือผู้เยาว์แล้วตามกฎหมายย่อมถือว่าการครบองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 หรือมาตรา 297 แล้วแต่กรณี หาได้พิจารณาไปถึงเจตนาชั่วร้ายเพื่อให้ครบองค์ประกอบความผิดไม่

จะเห็นได้ว่าการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการสักร่างกายบนผิวหนังของเด็กและผู้เยาว์หากพิจารณาความผิดยอมเข้าเงื่อนไขความผิดที่ปรากฏตามความผิดที่กระทำต่อร่างกายของไทยซึ่งมีความสัมพันธ์กับการกระทำ เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย มาตรา 295³⁵ หากเป็นความผิดเทียบเคียงกับฐานทำร้ายร่างกาย มาตรา 295 หรือฐานความผิดสาหัส ตามมาตรา 297 เพราะการกระทำ เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายสำเร็จแล้ว แต่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักตามผลที่เกิดขึ้นในภายหลัง ซึ่งถือเป็น เงื่อนไขของโทษทางภาวะวิสัย เพราะการลงโทษเป็นไปตามผลที่เกิดขึ้น โดยผู้กระทำไม่ต้องมีเจตนาจะให้ผลเกิดขึ้นเช่นนั้น ถ้าผลอันตรายสาหัสได้เกิดขึ้นแล้ว ผู้กระทำต้องรับผิดชอบซึ่งเป็นความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดที่ต้องการผล หากผลอันตรายสาหัสไม่เกิดขึ้น ผู้กระทำก็ไม่มี ความผิดฐานพยายามทำร้ายร่างกายสาหัส อย่างไรก็ตามจะถือว่าเป็น “อันตรายแก่กายหรือจิตใจ” เป็นเรื่องที่ยังมีปัญหาค้าง เพราะความรับผิดชอบฐานนี้ในบางกรณีแขวนอยู่กับความรู้สึของผู้ใช้กฎหมายได้ บทบัญญัติมาตรา 295 จึงมีข้อน่าคิดว่าจะขัดกับหลัก “ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย”³⁶ (nulla poena sine lege) ในข้อที่ว่า กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนหรือไม่ การทำร้ายแก่ไหนจึงจะถือว่าเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 295 หรือไม่นั้น ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยวางหลักว่า จำต้องพิจารณาถึงการกระทำของจำเลยและบาดแผลที่ผู้เสียหายได้รับประกอบกัน ตัวอย่าง เช่น การทำร้ายแก่ไหนจะถือว่าเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 295 หรือไม่นั้น ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยวางหลักว่า จำต้องพิจารณาถึงการกระทำของจำเลยและบาดแผลที่ผู้เสียหายได้รับประกอบกัน จำเลยเพียงแต่ใช้เท้าเตะและใช้มือตบผู้เสียหาย มิได้ใช้อาวุธทำร้ายผู้เสียหายได้รับบาดแผล ผู้เสียหายได้รับบาดแผลเพียงฟกช้ำเท่านั้น และรักษาเพียง 5 วันก็หายยังถือไม่ได้ว่าเป็นอันตรายแก่กายมาตรา 295 คงเป็นความผิดตามมาตรา 391 เท่านั้น

การบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนแน่นอนกว่านี้ย่อมกระทำได้และดีกว่าการที่จะแก้ไขโดยการตีความคำว่า อันตรายแก่กายหรือจิตใจ โดยใช้กฎหมายดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ข้อนี้ชอบที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะได้ช่วยพิจารณา ว่า ฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 หรือทำร้ายร่างกายโดยทำให้

³⁵ คู่มือกฎหมายอาญา

³⁶ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 128). เล่มเดิม.

สาหัส มาตรา 297³⁷ กล่าวคือ แม้การกระทำของผู้ที่กระทำการสักร่างกายหนึ่งจะเข้าองค์ประกอบตามมาตรา 295 มาตรา 295 “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ”

อนึ่งในความเห็นของผู้เขียน การกระทำการสักร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์ จะเห็นได้ว่าหากพิจารณาการกระทำการสักร่างกายของเด็กหรือเยาวชนในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบความผิดในภายนอก เช่น (1) ทำร้าย (2) ผู้อื่น (3) จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่น องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ถือว่าเข้าองค์ประกอบภายในที่มีเจตนาธรรมดา ที่มีหมายถึงการมีเจตนาทำร้ายร่างกายของมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นเด็กหรือผู้เยาว์จึงเป็นการผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 โดยหาได้พิจารณาเจตนาที่เป็นเจตนาชั่วหรือเจตนาร้าย (mens rea or vicious will) ในการทำร้ายร่างกายเป็นองค์ประกอบความผิดที่สำคัญของระบบกฎหมาย common Law ความมุ่งหมายของความผิดฐานทำร้ายร่างกายเพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบขึ้น หากขาดเจตนาร้ายระบบกฎหมาย common Law หรือขาดเจตนาที่จะทำให้บาดเจ็บด้วยการทำร้ายผู้กระทำจะต้องกระทำด้วยเจตนาชั่วร้าย (evil intention) ซึ่งเป็นที่เข้าใจว่าทำให้ความปลอดภัยในร่างกายลดลงถือว่าขาดองค์ประกอบตามระบบกฎหมาย common Law หาได้เป็นความผิดไม่ ส่วนในระบบประมวลกฎหมาย (the civil law system) นั้น การกระทำทางอาญาได้รวมเอาส่วนของจิตใจเข้าไว้ด้วยเมื่อมีเจตนาในการกระทำของผู้สักร่างกายแก่เด็กหรือผู้เยาว์ก็ย่อมถือว่ามีความผิดทางอาญาตามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 หรือมาตรา 297 แล้วแต่กรณี

³⁷ มาตรา 297 ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จนเป็นเหตุให้ ผู้ถูกกระทำร้ายรับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี

อันตรายสาหัสนั้น คือ

- (1) ตาบอด หูหนวก ลิ่นขาด หรือเสียมานประสาท
- (2) เสียอวัยวะสืบพันธุ์ หรือความสามารถสืบพันธุ์
- (3) เสียแขน ขา มือ เท้า นิ้วหรืออวัยวะอื่นใด
- (4) หน้าที่เสียโฉมอย่างติดตัว
- (5) แท้งลูก
- (6) จิตพิการอย่างติดตัว
- (7) ทูพพลภาพ หรือป่วยเจ็บเรื้อรังซึ่งอาจถึงตลอดชีวิต
- (8) ทูพพลภาพหรือป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่า ยี่สิบวัน หรือจนประกอบกรณีกิจ

ตามปกติไม่ได้เกินกว่ายี่สิบวัน

และในกรณีของการสักร่างกายให้แก่บุคคลที่มีความบกพร่องทางจิต ไม่ว่าจะเป็นผลมาจากความมีเมตตาเพราะฤทธิ์ของแอลกอฮอล์ หรือจิตบกพร่องก็ตาม ผู้กระทำมีความผิดตามมาตรา 295 เนื่องจากมีการกระทำครบองค์ประกอบแล้ว

เปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศฝรั่งเศส

ก) บทบัญญัติการให้ความยินยอม

มีการออกกฎหมายจากกระทรวงสาธารณสุขและการกีฬาตามพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 2008-149 ของวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ปี 2008 มีการจำกัดอายุที่กำหนดโดยกฎหมาย คือ ผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะจะได้รับการสักร่างกาย แต่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองถ้าเป็นผู้เยาว์หรือเยาวชน ทั้งนี้การสักร่างกายสามารถดำเนินการได้อายุขั้นต่ำที่กฎหมายคือ 16 ปี³⁸ ในประเทศฝรั่งเศส³⁹

ข) บทลงโทษ

การสักร่างกายที่เกี่ยวกับผู้เยาว์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองหรือผู้ดูแลปรากฏตามพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 2008-149 ของ 19 กุมภาพันธ์ 2008⁴⁰ ผู้กระทำอาจมีความผิดทางอาญาตามมาตรา 121-2 ของความผิดประมวลกฎหมายอาญา⁴¹ โดยมีบทลงโทษที่ใช้กับผู้กระทำ ความผิดตามกฎหมาย กล่าวคือ⁴²

1. ปรับตามมาตรา 131-41 ของประมวลกฎหมายอาญา⁴³
2. ยึดสิ่งที่ถูกนำมาใช้หรือตั้งใจทำความผิดหรือสิ่งซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์ที่สักบน

ผิวหนัง เป็นต้น

เปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศฟิลิปปินส์

ปัจจุบันประเทศฟิลิปปินส์ได้มีพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการสักร่างกาย⁴⁴ โดยมีทั้งกรณีที่กำหนดความยินยอมของผู้เยาว์ และบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิตด้วย

³⁸ <http://www.kgbanswers.co.uk/what-is-the-legal-minimum-age-to-have-a-tattoo-in-france/>

18913307.

³⁹ คู่มือภาคผนวก

⁴⁰ www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Decret_2008-149 ข้อ Section 3 Dispositions communes Art. R. 1312-11-12.

⁴¹ คู่มือภาคผนวก

⁴² คู่มือภาคผนวก

⁴³ คู่มือภาคผนวก

⁴⁴ REPUBLIC OF THE PHILIPPINES FIFTEENTH CONGRESS First Regular Session SENATE

ก) บทบัญญัติการให้ความยินยอม

1) กรณีการสักร่างกายให้แก่ผู้เยาว์ จะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรของพ่อแม่หรือผู้ปกครองหรือผู้ดูแลแต่ละบุคคล⁴⁵

2) กรณีการสักร่างกายให้แก่บุคคลที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของฤทธิ์แอลกอฮอล์หรือยาเสพติด หรือบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิต กฎหมายประเทศฟิลิปปินส์ห้ามบุคคลสักร่างกายให้แก่บุคคลดังกล่าว⁴⁶ แม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะให้ความยินยอมก็ตาม

ข) บทลงโทษ

ผู้ที่สักร่างกายให้ผู้เยาว์ที่ไม่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง⁴⁷ หรือสักร่างกายให้กับผู้ที่เมาหรืออยู่ภายใต้อิทธิพลของยาเสพติด หรือแอลกอฮอล์ ผู้หญิงที่ตั้งครรภ์ บุคคลที่มีสภาพผิวที่ไม่เหมาะสม และบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้เพราะการไร้ความสามารถทางจิต⁴⁸ ผู้ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะต้องได้รับการลงโทษโดยมีโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่น้อยกว่า 1 แสนเปโซ หรือทั้งจำทั้งปรับ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล⁴⁹

เปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศอังกฤษ

ก) บทบัญญัติการให้ความยินยอม

ตามพระราชบัญญัติการสักร่างกายของผู้เยาว์ ปี 1969 หากทำการสักร่างกายแก่เยาวชนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา หรือผู้ปกครอง⁵⁰ เว้นแต่เป็นการสักด้วยเหตุผลทางการแพทย์โดยผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ แต่ผู้ที่สักร่างกายให้ผู้เยาว์สามารถ

⁴⁵ SENATE Senate Bill No. 1125 AN ACT PUNISHING THE ACT OF UNDERAGE TATTOOING AND BODY PIERCING

b) "Consent of a minor's parent or legal guardian" means the presence of a parent or legal guardian during the performance of body piercing or tattooing upon the minor after the parent or legal guardian has provided reasonable proof of personal identity and familial relationship

⁴⁶ คู่มือภาคผนวก

⁴⁷ คู่มือภาคผนวก

⁴⁸ SENATE Senate Bill No. 1126 Tattoo Patrons Protection Act of 2010 Section 10.

⁴⁹ SENATE Senate Bill No. 1126 Tattoo Patrons Protection Act of 2010 Section 11.

⁵⁰ คู่มือภาคผนวก

อ้างข้อต่อสู้ได้ว่ามีเหตุที่ควรเชื่อได้ว่าผู้เยาว์มีอายุเกิน 18 ปี และได้กระทำไปเพราะความเชื่อเช่นนั้น⁵¹

ข) บทลงโทษ

ผู้ที่สักร่างกายให้ผู้เยาว์โดยปราศจากยินยอมของบิดามารดา หรือผู้ปกครองต้องระวางโทษโดยจะต้องถูกปรับไม่เกิน 50 ปอนด์ หรือในกรณีที่มีการกระทำผิดอีกครั้งที่สองต้องถูกลงโทษปรับไม่เกิน 100 ปอนด์⁵²

เปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐฟลอริดา

ก) บทบัญญัติการให้ความยินยอม

กฎระเบียบใหม่ต้องศิลปินรอยสักและร้านสตูดิโอ (แต่หน้าถาวรจะถือเป็นสัก) ที่จะได้รับอนุญาตจากกรมอนามัยฟลอริดา (the Florida Department of Health) ซึ่งเรียกว่าการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับเชื้อโรคในเลือดจะต้องได้รับหรือต่ออายุใบอนุญาต สักทั้งหมดจะต้องทำในสิ่งอำนวยความสะดวกที่ได้รับอนุญาตสำหรับศิลปินรอยสักโดยกรมอนามัยของรัฐฟลอริดา the Florida Department of Health (FDOH) กฎหมายใหม่ยังจำกัดว่าไม่ให้มีบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ดำเนินการสักร่างกาย ยกเว้นเหตุผลทางการแพทย์โดยแพทย์หรือทันตแพทย์ และกรณีที่บุคคลที่มีอายุมากกว่า 16 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี จะได้รับรอยสักก็ต่อเมื่อมาพร้อมกับผู้ปกครองผู้ดูแลของพวกเขา โดยมีเงื่อนไขคือ

- 1) ต้องมาพร้อมกับพ่อแม่หรือผู้ปกครองของผู้เยาว์ตามกฎหมาย
- 2) บิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายต้องส่งหลักฐานบัตรประจำตัวพ่อแม่หรือผู้ปกครองตามกฎหมายเพื่อรับรองการยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร

⁵¹ Tattooing of Minors Act 1969 CH. 24 ELIZABETH II” Prohibition of tattooing of minors. It shall be an offence to tattoo a person under the age of eighteen except when the tattoo is performed for medical reasons by a duly qualified medical practitioner or by a person working under his direction, but it shall be a defence for a person charged to show that at the time the tattoo was performed he had reasonable cause to believe that the person tattooed was of or over the age of eighteen and did in fact so believe. ”

⁵² Any person committing such an offence shall be liable on Penalties, summary conviction to a fine not exceeding fifty pounds, or, in the case of a second or subsequent conviction, to a fine not exceeding one hundred pounds.

3) พ่อแม่หรือผู้ปกครองตามกฎหมายส่งหลักฐานของการเป็นพ่อแม่หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย⁵³

ข) บทลงโทษ

หากผู้ใดหรือผู้ทำการสักร่างกายดำเนินการสักให้กับเด็กหรือผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 18 ปีที่ได้รับรอยสักที่จะต้องมาพร้อมกับผู้ปกครองผู้ดูแลของพวกเขา มีความผิดทางอาญาปรากฏตาม (The 2014 Florida Statutes TITLE XXIX PUBLIC HEALTH CHAPTER 381 PUBLIC HEALTH: GENERAL PROVISIONS) ข้อ 381.00787 Tattooing prohibited penalty คือ จำคุกไม่เกิน 15 ปี⁵⁴ และอาจถูกตัดสินให้จ่ายค่าปรับไม่เกิน \$10,000⁵⁵ แต่คนที่สักร่างกายของบุตรผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์ไม่มีความผิดในส่วนนี้ ถ้า

(1) บุคคลได้ตรวจสอบอย่างรอบคอบถึงบัตรประจำตัวของผู้เยาว์ที่แสดงถึงว่าผู้เยาว์มีอายุ 18 ปี

(2) ผู้เยาว์แอบอ้างว่าตนมีอายุ 18 ปีหรือ มากกว่า 18 ปี และได้หลอกลวงให้ผู้อื่นสักร่างกายให้

มลรัฐไอดาโฮ

ก) บทบัญญัติการให้ความยินยอม

กฎหมายมลรัฐไอดาโฮห้ามสักผิวหนังให้กับผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 14 ปี ไม่เกิน 18 ปี เว้นแต่บุคคลดังกล่าวได้รับก่อนที่ยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ปกครองของผู้เยาว์หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย ผู้ปกครองของผู้เยาว์หรือผู้ปกครองตามกฎหมายจะดำเนินการยินยอมเป็นลายลักษณ์

⁵³ คู่มือภาคผนวก

⁵⁴ คู่มือภาคผนวก

⁵⁵ 775.083 Fines.

(1) A person who has been convicted of an offense other than a capital felony may be sentenced to pay a fine in addition to any punishment described in s. 775.082; when specifically authorized by statute, he or she may be sentenced to pay a fine in lieu of any punishment described in s. 775.082. A person who has been convicted of a noncriminal violation may be sentenced to pay a fine. Fines for designated crimes and for noncriminal violations shall not exceed:

(a) \$15,000, when the conviction is of a life felony.

(b) \$10,000, when the conviction is of a felony of the first or second degree

อักษรที่ต้องการปรากฏตามรัฐบัญญัติ เว้นแต่ผู้เยาว์จะฟื้นสภาพเป็นผู้เยาว์โดยการแต่งงานหรือร้องขอศาลเป็นต้น⁵⁶

ข) บทลงโทษ

การประชุมแห่งชาติของรัฐ (The National Conference of State legislatures) รายงานว่าอย่างน้อย 39 รัฐมีการออกกฎหมายในสถานที่ห้ามผู้เยาว์จากการได้รับรอยสัก ในไอดาโฮ สัก หรือเจาะร่างกายของผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี เป็นสิ่งต้องห้าม ผู้ที่มีอายุระหว่าง 14 และ 18 ปี จะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายของพวกเขา ก่อนที่จะได้รับรอยสัก ได้รับความยินยอมนี้จะต้อง ดำเนินการในการแสดงตนของบุคคลที่ดำเนินการกระทำหรือลูกจ้างหรือตัวแทนของบุคคลหากศิลปินมีอาชีพสักร่างกายที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวจะพบความผิดของความผิดทางอาญา โดยมีโทษปรับ 500 ดอลลาร์ และสามารถเพิ่มค่าปรับถึง 1,000 ดอลลาร์ ถ้าการละเมิดเกิดขึ้นต่อไปใน 1 ปี⁵⁷

มลรัฐมิซซูรี

ก) บทบัญญัติการให้ความยินยอม

1) การสักร่างกายให้แก่ผู้เยาว์

การสักร่างกายถูกควบคุมภายใต้ชื่อของรัฐมิซซูรีภายใต้กฎหมายรัฐบัญญัติ⁵⁸ Missouri Revised Statutes Chapter 324 Occupations and Professions General Provisions sections 324.520 -

⁵⁶ THE SENATE SENATE BILL NO. 1281 มาตรา 18-1523.TATTOOIN BRANDING AND BODY PIERCING OF MINORS. (1) As used in this section: (3) No person shall knowingly tattoo, brand or perform body piercing on a minor between the ages of fourteen (14) and eighteen (18) years unless such person obtains the prior written informed consent of the minor's parent or legal guardian. The minor's parent or legal guardian shall execute the written informed consent required pursuant to this subsection in the presence of the person performing the tattooing, branding or body piercing on the minor, or in the presence of an employee or agent of such person.

⁵⁷ THE SENATE SENATE BILL NO. 1281 มาตรา 18-1523. TATTOOING, BRANDING AND BODY PIERCING OF MINORS. 4) A person who violates this section is guilty of a misdemeanor and shall be fined not more than five hundred dollars (\$500). If there is a subsequent violation of this section within one (1) year of the initial violation, such person shall be fined not less than five hundred dollars (\$500) and not more than one thousand dollars (\$1,000).

⁵⁸ Tattoo or Not to.Thomas J. Berger, Ph.D., Former Human Development & Family Studies Specialist College of Human Environmental Sciences University of Missouri-Columbia <http://missourifamilies.org/features/adolescentsarticles/adolesfeature6.htm>.

324.524 เมื่อผู้เยาว์มีอายุครบ 18 ปี สามารถเป็นคนที่ได้รับรอยสักได้ แต่บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ปกครองของพวกเขา หรือผู้ปกครองตามกฎหมายในการรับการสักร่างกาย⁵⁹

2) การสักร่างกายให้แก่ผู้บกพร่องทางจิต

กฎหมายรัฐมิซูรีบัญญัติว่า บุคคลย่อมไม่สามารถสักร่างกายหรือดำเนินการเจาะให้กับผู้ที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของสุราที่ทำให้มีเมฆหรือยาควบคุมพิเศษ⁶⁰

ข) บทลงโทษ

ผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัติใดๆ ของ Missouri Revised Statutes Chapter 324 Occupations and Professions General Provisions sections 324.520 sections 324.520-324.526 เป็นความผิดทางอาญาและต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าร้อยดอลลาร์ หากมีการละเมิดตามมาภายในหนึ่งปีของการละเมิดเริ่มต้นของบุคคลดังกล่าวต้องระวางโทษปรับไม่น้อยกว่าห้าร้อยดอลลาร์หรือมากกว่าหนึ่งพันดอลลาร์⁶¹

เปรียบเทียบกฎหมายประเทศออสเตรเลีย

ก) บทบัญญัติการให้ความยินยอม

1) การให้ความยินยอมของผู้เยาว์

ความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครอง โดยการยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรตามกฎหมายเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการอนุญาตให้มีการสักร่างกายที่สามารถดำเนินการได้สำหรับผู้ที่ยังต่ำกว่า 18 ปี⁶² หากเป็นความมั่นใจที่จะทราบว่าบุคคลดื่มสุรายาเสพติด จะไม่ถือว่าเป็น

⁵⁹ คู่มือภาคผนวก

⁶⁰ คู่มือภาคผนวก

⁶¹ 324.520. *Definitions--tattooing, branding, body piercing, prohibited, when, penalty.*

“4. A person who violates any provisions of sections 324.520 to 324.526 is guilty of a misdemeanor and shall be fined not more than five hundred dollars. If there is a subsequent violation within one year of the initial violation, such person shall be fined not less than five hundred dollars or more than one thousand dollars.

5. No person under the age of eighteen shall tattoo, brand or perform body piercing on another person”

⁶² คู่มือภาคผนวก

ความสามารถในการให้ความยินยอม⁶³ ทั้งนี้จะต้องมีการทำสัญญาโดยผู้เข้าใช้บริการสักร่างกายบนผิวหนังหรือดำเนินการในด้านอื่นๆ⁶⁴ (South Australia Summary Offences Act 1953)

2) กรณีการสักร่างกายให้แก่บุคคลที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของฤทธิ์แอลกอฮอล์หรือยาเสพติด หรือบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิต

กฎหมายออสเตรเลียห้ามทำการสักร่างกายให้แก่บุคคลดังกล่าว⁶⁵

ข) บทลงโทษ

หากมีการกระทำการสักร่างกายบนผิวหนังกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี มีโทษสูงสุดปรับ 5,000 ดอลลาร์หรือ 12 จำคุกเดือน⁶⁶ หากเป็นการกระทำต่อผู้ที่ไม่สามารถควบคุมตัวเองเช่น เมาส์รายาเสพติดต้องระวางโทษตามกฎหมาย⁶⁷

แต่ทั้งนี้ผู้ที่ได้รับการสักร่างกายจะต้องไม่แจ้งข้อความเท็จ หรือทำหลักฐานเท็จ เพื่อให้ผู้สักทำการสักร่างกายให้ โดยห้ามแจ้งเท็จเกี่ยวกับ

(1) อายุของผู้เยาว์ หรือ

(2) ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองของผู้เยาว์เพื่อประสิทธิภาพการทำงานของเครื่องสำอางหรือ ขั้นตอนการปรับเปลี่ยนร่างกายต้องได้รับโทษสูงสุดปรับ \$ 2,500⁶⁸

⁶³ 21S—Pre-conditions to performing certain procedures” (3) A person cannot give consent under subsection (1)(b)(ii) if the person is intoxicated (whether by alcohol or by any other substance or combination of substances).

(4) In subsection (1)(b)(i)— ”

⁶⁴ คู่มือกฎหมาย

⁶⁵ 21Q—Performance of body modification procedures on intoxicated persons prohibited

(1) A person must not perform a body piercing or body modification procedure on a person who is intoxicated (whether by alcohol or by any other substance or combination of substances). Maximum penalty: \$5 000 or imprisonment for 12 months.

⁶⁶ คู่มือกฎหมาย

⁶⁷ “21Q—Performance of body modification procedures on intoxicated persons prohibited

(1) A person must not perform a body piercing or body modification procedure on a person who is intoxicated (whether by alcohol or by any other substance or combination of substances). Maximum penalty: \$5 000 or imprisonment for 12 months.

(2) It is a defence to a charge of an offence against subsection (1) for the defendant to prove that he or she believed on reasonable grounds that the person on whom the procedure was performed was not intoxicated. ”

⁶⁸ คู่มือกฎหมาย

ดังนั้นจะทำให้เห็นได้ว่า ต่างประเทศถือว่าการกระทำความผิดฐานสักร่างกายแก่เด็ก หรือผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ให้ความยินยอมนั้น หากกระทำให้แก่ผู้เยาว์สำเร็จเรียบร้อยแล้วโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบิดามารดา หรือผู้ปกครอง ย่อมถือว่ามี ความผิดสำเร็จตามกฎหมายของประเทศนั้น รวมถึงกรณีที่สักร่างกายให้กับบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิต เช่น มีนเมาเพราะฤทธิ์ของ แอลกอฮอล์ ยาเสพติด หรือจิตบกพร่องด้วย แต่กฎหมายของประเทศไทยนั้นไม่ได้กำหนดขอบเขต ความหมายของความยินยอมในทางกฎหมายอาญา แต่มีหลักพิจารณาว่าหากความยินยอมของผู้เยาว์ ได้ให้การกระทำที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ผู้กระทำ ก็สามารถที่จะมีอำนาจกระทำได้ เป็นต้น

ตารางที่ 4.1 ตารางเปรียบเทียบหลักความยินยอมในกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการสักร่างกายของไทย และต่างประเทศ

ประเทศ	หลักความยินยอมในกฎหมายอาญา เกี่ยวกับการสักร่างกาย	อัตราโทษ
สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน	ผู้ใดทำร้ายร่างกายผู้อื่น โดยความยินยอมของผู้ถูกทำร้าย การกระทำนั้นจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นขัดต่อศีลธรรมอันดี	-
ฝรั่งเศส	การสักร่างกายสามารถดำเนินการได้ อายุขั้นต่ำที่กฎหมายคือ 16 ปี	1. ปรับตามมาตรา 131-41 ของประมวลกฎหมายอาญา 2. ยึดสิ่งที่ถูกนำมาใช้หรือตั้งใจกระทำความผิดหรือสิ่งซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์ที่สักบนผิวหนัง เป็นต้น

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเทศ	หลักความยินยอมในกฎหมาย เกี่ยวกับการสักร่างกาย	อัตราโทษ
ฟิลิปปินส์	<ol style="list-style-type: none"> กรณีผู้เยาว์ จะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรของพ่อแม่หรือผู้ปกครองหรือผู้ดูแลแต่ละบุคคล กรณีบุคคลที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของฤทธิ์แอลกอฮอล์หรือยาเสพติด หรือบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิต ห้ามสักร่างกายให้แก่บุคคลดังกล่าว แม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะให้ความยินยอมก็ตาม 	จำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่น้อยกว่า 1 แสนเปโซ หรือทั้งจำทั้งปรับ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล
อังกฤษ	เยาวชนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา หรือผู้ปกครอง เว้นแต่เป็นการสักด้วยเหตุผลทางการแพทย์ โดยผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์	ปรับไม่เกิน 50 ปอนด์ หรือในกรณีของมีการกระทำผิดอีกครั้งที่สองต้องถูกลงโทษปรับไม่เกิน 100 ปอนด์
สหรัฐอเมริกา รัฐฟลอริดา	<ol style="list-style-type: none"> ห้ามสักให้กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ยกเว้นเหตุผลทางการแพทย์ กรณีบุคคลที่มีอายุมากกว่า 16 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี จะได้รับรอยสักก็ต่อเมื่อมาพร้อมกับผู้ปกครองผู้ดูแล และได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร 	จำคุกไม่เกิน 15 ปี และอาจถูกตัดสินให้จ่ายค่าปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์
สหรัฐอเมริกา รัฐไอดาโฮ	ห้ามสักผิวหนังให้กับผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 14 ปี ไม่เกิน 18 ปี เว้นแต่บุคคลดังกล่าวได้รับก่อนที่ยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ปกครองของผู้เยาว์หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย	โทษปรับ 500 ดอลลาร์ และสามารถเพิ่มค่าปรับถึง 1,000 ดอลลาร์ ถ้าการละเมิด เกิดขึ้นต่อไปใน 1 ปี

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเทศ	หลักความยินยอมในกฎหมายอาญา เกี่ยวกับการสักร่างกาย	อัตราโทษ
สหรัฐอเมริกา รัฐมิซูรี	<ol style="list-style-type: none"> 1. เมื่อผู้เยาว์มีอายุครบ 18 ปี สามารถเป็นคนที่ได้รับรอยสักได้ แต่บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ปกครองของเขา หรือผู้ปกครองตามกฎหมายในการรับการสักร่างกาย 2) การสักร่างกายให้แก่ผู้บกพร่องทางจิต บุคคลย่อมไม่สามารถสักร่างกายให้กับผู้ที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของสุราที่ทำให้มึนเมา 	ปรับไม่เกินห้าร้อยดอลลาร์ หากมีการละเมิดตามมา ภายในหนึ่งปีของการละเมิด เริ่มต้นของบุคคลดังกล่าว ต้องระวางโทษปรับไม่น้อยกว่าห้าร้อยดอลลาร์หรือมากกว่าหนึ่งพันดอลลาร์
ออสเตรเลีย	<ol style="list-style-type: none"> 1. การให้ความยินยอมของผู้เยาว์ ผู้ที่อายุต่ำกว่า 18 ปีต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครอง เป็นลายลักษณ์อักษรตามกฎหมาย (บุคคลอยู่ในอาการมึนเมาเพราะฤทธิ์แอลกอฮอล์หรือยาเสพติด จะไม่ถือว่าเป็นความสามารถในการให้ความยินยอม) 2. กรณีการสักร่างกายให้แก่บุคคลที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของฤทธิ์แอลกอฮอล์หรือยาเสพติด หรือบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิต ห้ามทำการสักร่างกายให้แก่บุคคลดังกล่าว 	ปรับ 5,000 ดอลลาร์ หรือจำคุก 12 เดือน

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ประเทศ	หลักความยินยอมในกฎหมายอาญา เกี่ยวกับการลักทรัพย์	อัตราโทษ
ประเทศไทย	ประเทศไทยไม่ได้บัญญัติในส่วนของความยินยอมไว้ในกฎหมายอาญา แต่ได้นำหลักความยินยอมมาใช้ ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 ที่วางหลักว่าถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้วความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้กระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้	-

ในส่วนของอัตราโทษนั้น ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นนั้น นักนิติศาสตร์ไทยหลายท่านเห็นว่าเป็นความผิดเฉพาะฐานหนึ่ง โดยให้เหตุผลว่าการทำร้ายจำกัลดเฉพาะการใช้กำลังทำร้าย กรณีจึงเป็นความผิดที่แยกออกต่างหากจากความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทยจึงจะยึดที่ถ้อยคำในคัตวบทเท่านั้น หากไม่มีบทบัญญัติตามกฎหมายย่อมถือว่าเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา” ได้รับการเรียกขานกันในภาษาละตินว่า “nulum crimen, nulla poena sine lege” ซึ่งแปลได้ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” หลักประกันในกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นถึงลำดับความสำคัญของการเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” ของกฎหมายอาญาอย่างเด่นชัด

อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่า “การที่ผู้ลักได้กระทำต่อเด็กหรือผู้เยาว์โดยใช้เข็มทิ่มลงไปบนผิวหนังของเด็กหรือผู้เยาว์หาได้ไม่มีเจตนาหรือขาดเจตนาที่จะใช้กำลังทำร้ายไม่” หากพิจารณาตามกฎหมายอาญาก็คือการทำร้ายนั่นเองเพราะการ “ทำร้ายผู้อื่น” โดยไม่ใช่ “กำลัง” ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ กฎหมายอาญานั้นจะลงโทษการกระทำของมนุษย์ที่เป็นเรื่องของการกระทำเท่านั้น กล่าวคือ ลงโทษเฉพาะการกระทำที่เป็นกรยืนยันเจตจำนงออกมาภายนอกแล้วเท่านั้น⁶⁹ เหตุนี้จึงเห็นว่าความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นนี้เป็นความผิดพื้นฐานของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

⁶⁹ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 326). เล่มเดิม.

ทั้งหลายในโครงสร้างความผิดทางอาญาข้อสอง แห่งประมวลกฎหมายอาญา ฉะนั้น ในกรณีที่ถูกทำร้ายได้รับอันตรายไม่ว่าจะเป็น “อันตรายแก่กายหรือจิตใจ” อันตรายสาหัส” หรือ “ถึงแก่ความตาย” ผู้กระทำก็ต้องรับโทษตามมาตรา 295 มาตรา 297 หรือมาตรา 290 แล้วแต่กรณี กล่าวคือ ผู้เขียนเห็นว่าความผิดตามมาตรา 295 เป็นพื้นฐานความรับผิดของมาตรา 297 และมาตรา 290 เป็น “ความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผล” ที่มีความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นนี้เป็นความผิดพื้นฐาน

อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าในประมวลกฎหมายอาญาของไทยแม้จะมีได้ลำดับถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือโครงสร้างความผิดอาญาไว้แต่ก็สามารถอธิบายถึงลำดับของการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือโครงสร้างความผิดอาญาจากประมวลกฎหมายอาญาได้ดังนี้

1) องค์ประกอบของความผิด เพราะองค์ประกอบของความผิดเป็นเรื่องของการบัญญัติถึงการกระทำที่กฎหมายเห็นว่าเป็นความผิดและประสงค์จะลงโทษ กล่าวคือเป็นการบัญญัติให้เห็นว่าความไม่ถูกต้องที่สมควรลงโทษนั้นต้องบัญญัติลงไว้เป็นกฎหมาย

2) ความผิดกฎหมาย เพราะความผิดกฎหมาย เป็นเรื่องที่พิจารณาว่าการกระทำที่ผู้กระทำไปนั้นมีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้อยู่หรือไม่ ซึ่งหากมีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ปรากฏอยู่ก็จะทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย กล่าวคือ ทำให้การกระทำนั้นกลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากปรากฏว่า ไม่มีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ปรากฏอยู่ก็จะทำให้การกระทำนั้นผิดกฎหมาย แต่จะลงโทษการกระทำนั้นได้หรือไม่ต้องไปพิจารณาความน่าตำหนิของการกระทำด้วย

ดังนั้น เหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ ที่ทำให้การกระทำนั้นกลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนี้เรียกว่า เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้

3) ความน่าตำหนิ เพราะความน่าตำหนิ เป็นเรื่องการพิจารณาความรับผิดในทางอาญา กล่าวคือ ความน่าตำหนิเป็นเรื่องของการกระทำที่ยังผิดกฎหมายอยู่ เพียงแต่สามารถจะตำหนิผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากการกระทำของเขานั้น ได้หรือไม่เท่านั้น หากตำหนิได้การกระทำเป็นความผิดอาญาและต้องรับโทษ หากตำหนิไม่ได้การกระทำไม่เป็นความผิดอาญากฎหมายจึงยกเว้นโทษให้สำหรับการกระทำนั้นจึงพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ควบองค์ประกอบความผิดอันเกี่ยวกับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผิวหนังของเด็กหรือเยาวชนในบทบัญญัติของความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 ซึ่งบัญญัติว่า “มาตรา 295 ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ทั้งนี้ ความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายตามมาตรา 295 จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้ทำร้ายซึ่งจะมีความผิดดังกล่าว จะต้องมีความเจตนาจะกระทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะกระทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด เป็นความผิดเฉพาะฐานหนึ่ง ความผิดฐานนี้ก็จะมีความผิดพื้นฐานของการทำร้ายร่างกาย แต่สำหรับผู้เขียนเองนั้นเห็นว่าความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นตามมาตรา 391 เป็นความผิดพื้นฐานของการทำร้ายร่างกายของมาตรา 295 หรือ 297 ตามลำดับความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่มีชื่อเรียกขานเป็นการเฉพาะในต้วบทกฎหมาย และเห็นว่าความผิดฐานนี้เป็น “ความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผลของการกระทำหากได้รับความเสียหายแก่กายหรือจิตใจเกิน 20 วันขึ้นไป อาจจะปรับเข้ากับความผิดตามมาตรา 295 หรือ 297 ประกอบกับมาตรา 59 อันมีความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่น เป็นความผิดพื้นฐาน ซึ่งมีคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut / legal interest) ของความผิดฐานนี้คือ “ความปลอดภัยของร่างกาย” “ความปลอดภัยของร่างกาย” ในความผิดฐานนี้และต่อๆ ไป เป็นความปลอดภัยของร่างกายที่เห็นได้ชัดเจน⁷⁰

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการแรก คือ การห้ามใช้ “กฎหมายจารีตประเพณี” ในกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

พึงสังเกตว่าในบทบัญญัติดังกล่าวมานั้นกฎหมายใช้คำว่า “บัญญัติ” ซึ่งแสดงว่ากฎหมายอาญาต้องเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” ซึ่ง “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” นี้รวมถึงกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกด้วย

กฎหมายที่ตรงกันข้ามกับ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” คือ “กฎหมายจารีตประเพณี”

“กฎหมายจารีตประเพณี” เป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน⁷¹

“กฎหมายจารีตประเพณี” จึงมิได้เกิดจากการ “บัญญัติ” แต่เกิดจากการ “ปฏิบัติ” เหตุนี้จึงต้องห้ามมิให้นำ “กฎหมายจารีตประเพณี” มาใช้ในกฎหมายอาญา

⁷⁰ จาก “หลักประกันในกฎหมายอาญา,” โดย คณิต ณ นคร ญ, 2524, วารสารอัยการ, 4, 38, น. 50..

⁷¹ กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (น. 21). เล่มเดิม และ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 12) (น. 63.), โดย หุศต แสงอุทัย, 2538, กรุงเทพฯ: ประกายพริก.

“การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี” หมายความว่า จะกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดในทางอาญาหรือกำหนดการเพิ่มโทษโดย “กฎหมายจารีตประเพณี” ไม่ได้⁷²

จะเห็นได้ว่าการกระทำโดยการสังกร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์ที่กระทำสำเร็จตรงตามเจตนาของผู้กระทำต่อเด็กหรือผู้เยาว์แล้วนั้นแม้ไม่มีบทบัญญัติเป็นความผิดโดยตรงซึ่งเป็นเนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ในกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

แต่ในส่วนการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานสังกร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์ที่ให้ความยินยอมโดยตรงตามความหมายของเนื้อหาในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งอยู่ในโครงสร้างความผิดอาญาข้อสองโดยเกี่ยวข้องกับความยินยอมที่กล่าวมาแล้วนั้น ในทางทฤษฎีหากมีการพิจารณาว่าหากมีการกระทำความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเด็กหรือผู้เยาว์หากได้กระทำอันก่อให้เกิด “ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย” ได้รับความเสียหายในความผิดตามมาตรา 295 ซึ่งบัญญัติว่า “มาตรา 295 ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ฉะนั้นข้อเรียกร้องในทางกฎหมายที่ให้กฎหมายอาญาต้องเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” นั้น เป็นข้อเรียกร้องที่หนักแน่นกว่ากฎหมายอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหนักแน่นกว่าประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีบทบัญญัติว่าด้วย “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ตามมาตรา 2 ประการแรก คือ การห้ามใช้ “กฎหมายจารีตประเพณี” แต่ถ้านำจารีตประเพณีมาใช้เพื่อเป็นคุณสมบัติทำได้ เช่น จารีตประเพณียอมให้ครุฑเด็กได้ตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน การกระทำนั้นย่อมไม่มีความผิด⁷³ ซึ่งเมื่อพิจารณาโครงสร้างความรับผิดโดยการกระทำสังกร่างกายของเด็กหรือผู้เยาว์ที่กระทำสำเร็จตรงตามเจตนาของผู้กระทำต่อเด็กหรือผู้เยาว์ จึงเข้ากรณีบทบัญญัติในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 ความผิดต่อร่างกายมาตรา 295 “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กาย หรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ”

⁷² กฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 133). เล่มเดิม

⁷³ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 10 พฤษภาคม 2551, น. 31. เล่มเดิม (อ้างถึงใน กฎหมายอาญาพิศดาร (น.113), โดย พระยารรณการิย์นิพนธ์, 2489 และฉบับที่กฟ้ายฎีกาที่390/2483 โดย ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย).

ซึ่งตามมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมีดังนี้ 1. ประหารชีวิต 2. จำคุก 3. กักขัง 4. ปรับ 5. ริบทรัพย์สิ้น กรณีการกระทำความผิดในการทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกทำร้ายรับอันตรายด้วยอาการทุกขเวทนาไม่เกินกว่าสี่สิบวัน เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตราย เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย หรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ต้องรับโทษหนักขึ้นเพราะผลที่เกิดจากการกระทำโดยที่ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องมีเจตนาต่อผลที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น

4.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ในการขลิบอวัยวะเพศกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายของประเทศไทยและต่างประเทศ

การขลิบอวัยวะเพศของผู้เยาว์ หรือที่เรียกว่าการทำสุหนัต เป็นกระบวนการผ่าตัดในทางการแพทย์ซึ่งเป็นที่รู้จักกันมายาวนานเพราะเป็นที่ปฏิบัติอย่างกว้างขวางในฐานะที่เป็นพิธีกรรมทางศาสนาอิสลามและศาสนาฮิวเดอโบราณ โดยการขลิบมีการปฏิบัติกันทั่วโลก ซึ่งมีใช้แต่เฉพาะในประเทศอิสลามเท่านั้น แต่ยังปฏิบัติกันในส่วนอื่นๆของโลกอีกด้วย เช่น ในสหรัฐอเมริกา

เปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศเยอรมัน

มีกรณีที่ผู้เยาว์ได้ฟ้องบิดาที่บังคับให้เขาขลิบ เรียกค่าเสียหายเป็นเงินจำนวน 10,000 ยูโร โดยศาลอุทธรณ์ Frankfurt am Main ตัดสินว่าการขลิบอวัยวะเพศให้เด็กอายุ 11 ปี โดยปราศจากความยินยอมของเด็ก เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย⁷⁴ กฎหมายของประเทศเยอรมันจึงให้ความคุ้มครองผู้เยาว์ในการที่จะตัดสินใจให้ความยินยอมในกฎหมายอาญา โดยไม่คำนึงถึงความยินยอมของบิดามารดาแต่อย่างใด อีกทั้งมีการอนุญาตให้ผู้เยาว์สามารถทำการขลิบที่ไม่ใช่เป็นไปเพื่อการรักษา โดยสามารถที่จะดำเนินการได้ภายใต้เงื่อนไข มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 28 ธันวาคม ค.ศ. 2012 โดยบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ข้อที่ 1631(d)⁷⁵

เปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษยอมรับประเพณีการขลิบอวัยวะเพศของผู้เยาว์ว่าเป็นประเพณีที่ถูกต้องตามกฎหมายภายใต้กฎหมายประเทศอังกฤษ⁷⁶ และการขลิบในประเทศอังกฤษต้องได้รับความยินยอมของผู้ที่มีอำนาจปกครอง หรือได้รับอนุญาตจากศาล เพื่อรักษาผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของเด็ก

⁷⁴ Breaking News-JTA, Jewish & Israel, News Oberlandesgericht Frankfurt 21 August 2007 4 W 12/0

⁷⁵ สืบค้น 28 มิถุนายน 2558, จาก <https://www.dur.ac.uk/ilm/news/?itemno=16355>

⁷⁶ Poulter, Sebastian. (1986). *English Criminal Law and Ethnic Minority Customs*. Butterworths, London. ISBN 0-406-18000-8. “no amount of parental agreement or support can legitimise the circumcision, excision or infibulation of a young girl in this country, unless the operation is for therapeutic purposes.”

แต่ถ้าในกรณีที่ความยินยอมของบิดาและมารดาขัดกันแล้ว ให้ผู้เยาว์นั้นเป็นผู้ให้ความยินยอมในการขลิบอวัยวะเพศของตน

เปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาการขลิบอวัยวะเพศของผู้ใหญ่ที่ให้ความยินยอมไม่เป็นปัญหา และถูกต้องตามกฎหมาย⁷⁷ โดยการขลิบที่ไม่ใช่เพื่อการรักษาของเด็กผู้ชาย จะเป็นการถูกต้องตามกฎหมายต่อเมื่อผู้ปกครองได้ให้ความยินยอมแทนแล้ว⁷⁸

ดังนั้น เห็นได้ว่าในหลักกฎหมายต่างประเทศ ได้ยอมรับการขลิบอวัยวะเพศของผู้เยาว์ โดยมีเหตุผลจากความเชื่อทางศาสนา และเหตุผลทางการแพทย์เพื่อสุขอนามัยของผู้เยาว์ เช่นเดียวกับประเทศไทย โดยในประเทศเยอรมัน และประเทศอังกฤษไม่อนุญาตให้กระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เยาว์

ตารางที่ 4.2 ตารางเปรียบเทียบหลักความยินยอมในกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการขลิบอวัยวะเพศของ ไทยและต่างประเทศ

ประเทศ	หลักความยินยอมในกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการขลิบอวัยวะเพศผู้เยาว์
สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน	ประเทศเยอรมันไม่เห็นด้วยกับการขลิบอวัยวะเพศของผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่ยินยอม และประเทศเยอรมันยังยอมรับเรื่องการขลิบอวัยวะเพศว่าเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ทั้งเหตุผลทางการแพทย์และเหตุผลทางศาสนา
อังกฤษ	ประเทศอังกฤษยังคงยอมรับการขลิบอวัยวะเพศจากความเชื่อทางศาสนา และนอกกฎหมายอังกฤษยังให้ความสำคัญกับการตัดสินใจให้ความยินยอมในการขลิบของผู้เยาว์อีกด้วย

⁷⁷ สืบค้น 28 มิถุนายน 2558, จาก https://en.wikipedia.org/wiki/Circumcision_and_law#cite_note-22

⁷⁸ Peter W. Adler. Is Circumcision Legal? 16(3) Richmond J. L. & Pub. Int. 439 (2013).

ตารางที่ 4.2 (ต่อ)

ประเทศ	หลักความยินยอมในกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการขลิบอวัยวะเพศผู้เยาว์
อเมริกา	การขลิบของผู้ใหญ่ที่ให้ความยินยอมไม่เป็นปัญหา และถูกต้องตามกฎหมาย และการขลิบที่ไม่ใช่เพื่อการรักษาของผู้เยาว์ ได้รับการสนับสนุนว่าจะเป็น การถูกต้องตามกฎหมายต่อเมื่อผู้ปกครองให้ความยินยอมแทน
ประเทศไทย	การขลิบอวัยวะเพศโดยแพทย์นั้นครบองค์ประกอบ ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 แล้ว แต่การกระทำการขลิบอวัยวะเพศ เป็นการกระทำที่ มหาชนให้การยอมรับ โดยเป็นไปตามหลักศาสนา และอีกเหตุผลหนึ่งคือเป็นไปเพื่อความสะอาด การกระทำของแพทย์นั้น เมื่อได้รับความยินยอมจาก ผู้เสียหาย คือ ผู้เยาว์ที่เจริญเติบโตพอสมควรแล้ว ความยินยอมของผู้เยาว์ดังกล่าว ทำให้แพทย์มีอำนาจกระทำได้

4.5 เหตุผลความจำเป็นในการคุ้มครองผู้เยาว์ในการให้ความยินยอมต่อการสักร่างกาย

การสักร่างกายเป็นเรื่องที่มหาชนให้การยอมรับ ซึ่งในปัจจุบันการสักร่างกายเป็นที่ยอมรับ และการสักร่างกายสามารถกระทำได้แทบทุกที่ ไม่ว่าจะเป็นตามศูนย์การค้า ตลาด ริมนน รวมถึงสำนักสักร่างกายต่างๆ ซึ่งการสักอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อเนื้อตัวร่างกาย เพราะการสัก ร่างกายนั้นเป็นการทำให้เสียหาย เป็นการทำให้เสียสุขภาพอนามัย เป็นการทำให้สภาพของร่างกายของผู้ถูกกระทำเลวลง มีเลือดออก โดยอาจทำให้เกิดการติดเชื้อ และผู้เขียนเห็นว่าความยินยอมที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำสามารถยกเว้นความผิดได้ ถ้าความยินยอมดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ปัญหาอยู่ที่ว่า ความสามารถของผู้ให้ความยินยอม บางครั้งพบว่าความยินยอมมีการบกพร่อง เนื่องจากผู้ให้ความยินยอมขาดความรู้สึกผิดชอบ หรือขาดความ

สมบูรณ์ทางจิต (คือ ผู้ให้ความยินยอมเป็นผู้เยาว์ หรือเป็นบุคคลที่บกพร่องทางจิต ไม่ว่าจะเป็
เพราะความมีนเมาเพราะฤทธิ์ของแอลกอฮอล์ ยาเสพติด หรือมีความผิดปกติทางจิต) จึงมีความ
จำเป็นต้องให้ความคุ้มครองผู้ที่ให้ความยินยอมที่มีความเปราะบาง มีความบกพร่องดังกล่าว ให้ไม่
ก่อให้เกิดผลกระทบหรือความเสียหายที่จะตามมา



บทที่ 5

สรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุป

ความยินยอมของผู้เสียหาย คือ การที่ผู้เสียหายแสดงความคุ้มครองในทางกฎหมาย โดยเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมาย ในทางกฎหมายอาญา มีความยินยอมของผู้เสียหายอยู่ 2 ลักษณะ คือ

1. ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบ

ความผิด

2. ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้

โดยความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกาย เป็นความยินยอมที่อยู่ในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาข้อที่ 2 หากผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมให้กับการกระทำที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ความยินยอมดังกล่าวย่อมเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ ซึ่งในต่างประเทศ เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายเยอรมัน มาตรา 226 (a) วางหลักว่า ผู้ใดทำร้ายร่างกายผู้อื่นโดยความยินยอมของผู้ถูกทำร้าย การกระทำนั้นจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นขัดต่อศีลธรรมอันดี แม้ว่าจะมีความยินยอมก็ตาม

ประเทศไทยมิได้บัญญัติหลักการให้ความยินยอมไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่ประเทศไทยได้ยอมรับหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ อีกทั้งศาลฎีกาได้เคยนำหลักเกณฑ์เรื่องความยินยอมในกฎหมายอาญามาใช้ในการตัดสินคดีอีกด้วย

ปัจจุบันมีปัญหาเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย กรณีการสักร่างกาย ในอดีตการสักร่างกายในประเทศไทย เป็นการสักเพื่อความขลัง อยู่ยงคงกระพัน แต่เนื่องจากสังคมรับเอาวัฒนธรรมจากต่างประเทศเข้ามา เด็กหรือผู้ใหญ่ก็ได้มีค่านิยมในการสักตามร่างกายเพิ่มมากขึ้น อีกทั้งการสักร่างกายเป็นสิ่งที่กระทำได้ง่ายมาก ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีร้านสักร่างกายอยู่ในย่านต่างๆ ไม่ว่าจะไปตามตลาดนัด ห้างสรรพสินค้า สำนักอาจารย์สักร่างกายต่างๆ ก็ได้มีการเปิดรับสักร่างกายให้กับเด็กและเยาวชนด้วย ซึ่งการสักร่างกาย “โดยความยินยอมของผู้เยาว์” นี้เองจะส่งผลกระทบต่อเยาวชน ทั้งทางสังคมและทางสุขภาพลักษณะ คือ อาจไม่ได้อบรมรับให้เข้าทำงานในบางสาขาอาชีพ หรืออาจไม่ได้อบรมรับจากสังคม ทั้งกระบวนการสักร่างกาย และการลบรอยสักนั้น ผู้ให้บริการบางราย

อาจใช้เครื่องมือที่ไม่ได้มาตรฐาน หรือไม่ถูกสุขลักษณะ ทำให้มีโอกาสที่ผู้เยาว์จะได้รับเชื้อโรคเข้าสู่ร่างกายได้ ซึ่งบางโรคนั้นมีอันตรายร้ายแรง เช่น ไวรัสตับอักเสบบี โรคเอดส์ เป็นต้น

ในกฎหมายต่างประเทศในหลายประเทศมีการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เยาว์ และบทกำหนดโทษเกี่ยวกับการสักร่างกายให้ผู้เยาว์ไว้โดยเฉพาะ โดยมีการกำหนดให้ผู้เยาว์ต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา หรือผู้ปกครอง จึงจะทำการสักร่างกายได้ เช่น สหรัฐอเมริกา (มลรัฐฟลอริดา มลรัฐไอดาโฮ) ประเทศฝรั่งเศส ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย เป็นต้น

การสักร่างกายในกฎหมายไทยถือว่าเป็นการกระทำต่อร่างกาย ซึ่งกรณีการสักร่างกายนั้น ถือว่าผู้กระทำได้มีการใช้กำลังทำร้ายและมีเจตนาทำร้ายตามมาตรา 295 ครอบคลุมประกอบโครงสร้างความรับผิดชอบที่ 1 แล้ว

กฎหมายอาญาของไทยไม่มีการบัญญัติในเรื่องความยินยอมในทางอาญา ว่าความยินยอมเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ แต่การกระทำสักร่างกายแก่เด็กหรือผู้เยาว์ ตามความเห็นทั่วไปแล้วผู้เสียหายไม่อาจให้ความยินยอมในการทำร้ายร่างกายได้ เพราะผู้เยาว์นั้นยังขาดความรู้สึกผิดชอบ ความสมบูรณ์ทางจิต ไม่ทราบถึงผลกระทบของการสักร่างกาย

การสักร่างกายให้กับบุคคลที่มีวุฒิภาวะที่เหมาะสม โดยความยินยอมของเขาแล้ว ย่อมถือว่าผู้ที่ทำการสักร่างกายให้ ได้ทำร้ายร่างกายผู้อื่นตามมาตรา 295 แต่ผู้ที่ทำการสักร่างกายให้สามารถอ้างเหตุยกเว้นความผิดทางอาญาตามโครงสร้างความรับผิดชอบอาญาข้อที่ 2 ได้ เนื่องจากผู้เสียหายให้การยินยอมหรือสละคุณธรรมทางกฎหมาย เพราะการสักร่างกายให้บุคคลที่มีวุฒิภาวะเพียงพอแล้วนั้น ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน มติมหาชนยอมรับในส่วนนี้แน่นอน

แต่ในกรณีที่ผู้ทำการสักร่างกาย ได้สักบนร่างกายให้กับผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ โดยความยินยอมของผู้เยาว์นั้น ถือว่าศิลปินได้ทำร้ายร่างกายผู้อื่นตามมาตรา 295 แล้วเนื่องจากมีการกระทำและมีเจตนาครอบงำประกอบโครงสร้างความรับผิดชอบอาญาข้อที่ 1 แล้ว แต่มีข้อต้องพิจารณาว่าผู้เยาว์ที่ให้ความยินยอมนั้น เป็นบุคคลที่มีมีความเข้าใจว่าการกระทำที่เป็นการทำร้ายร่างกายคืออะไร และมีวัตถุประสงค์ของการกระทำอย่างไร อีกทั้งมีความเข้าใจถึงผลที่จะได้รับการกระทำนั้นหรือไม่ด้วย ซึ่งหากผู้เยาว์เป็นผู้ที่ยังมิได้มีความรู้ผิดชอบ ไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอที่จะตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ดังนั้น การที่ศิลปินผู้สักร่างกาย ได้ทำการสักร่างกายให้กับผู้เยาว์ด้วยความยินยอม จึงเป็นเรื่องที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ความสงบเรียบร้อยของประชาชน และขัดต่อมติมหาชนนั่นเอง ผู้ที่สักร่างกายให้กับผู้เยาว์จึงไม่สามารถอ้างเหตุความยินยอมให้ตนพ้นความผิดได้ แต่หากผู้เยาว์ที่ให้ความยินยอม เป็นบุคคลที่มีความเข้าใจถึงการทำการสักร่างกาย รู้ถึงวัตถุประสงค์ของการ

กระทำ และเข้าใจถึงผลที่จะได้รับจากการสักร่างกายแล้ว ผู้ที่สักร่างกายให้ผู้อื่นย่อมสามารถมีอำนาจกระทำได้

ปัญหาเรื่องความยินยอมทางอาญาอีกประการหนึ่ง คือ กรณีการขลิบหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศของเด็ก หรือที่เรียกว่าการทำสูหนัด เป็นการกระทำโดยแพทย์เพื่อลดการติดเชื้อและการอักเสบของหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศ ซึ่งจะลดการเกิดมะเร็งที่อวัยวะเพศ และการขลิบจะทำให้ทำความสะอาดปลายอวัยวะเพศได้ง่าย ซึ่งแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นการที่แพทย์ทำร้ายร่างกายผู้เสียหายตามมาตรา 295 แต่การกระทำดังกล่าวก็ไม่ขัดต่อศีลธรรม เนื่องจากการกระทำตามหลักศาสนา อีกทั้งยังเป็นการกระทำเพื่อความสะอาด และมหาชนให้การยอมรับ

โดยหลักกฎหมายของต่างประเทศนั้น ในประเทศเยอรมันและประเทศอังกฤษไม่อนุญาตให้กระทำการขลิบอวัยวะเพศโดยปราศจากความยินยอมของผู้เยาว์ หากกระทำการฝ่าฝืนถือว่าเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

ผู้เขียนเห็นว่า หากผู้เยาว์ได้ให้ความยินยอมให้แพทย์ขลิบอวัยวะเพศ เพราะผู้เยาว์นับถือศาสนาอิสลามและศาสนาฮิว หรือแม้ว่าผู้เยาว์จะไม่ได้นับถือศาสนาอิสลามและฮิว แต่ให้ความยินยอมให้แพทย์ขลิบอวัยวะเพศของตนแล้ว การยินยอมดังกล่าวย่อมเป็นการยินยอมให้กับการกระทำที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ทำให้แพทย์มีอำนาจกระทำการได้

ประเด็นเรื่องการกำหนดอายุของผู้ที่จะให้การยินยอมในทางอาญาในการสักร่างกายว่าควรจะมีอายุเท่าใดนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรเทียบเคียงจาก “ความสามารถในการทำชั่ว” โดยการกระทำที่บุคคลได้กระทำลงไปโดยบุคคลนั้นไม่มีความสามารถในการทำชั่ว การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ไม่สามารถถูก “ตำหนิ” ได้ เนื่องจากบุคคลไม่สามารถแยกแยะความผิดถูกของการกระทำของตนได้ เมื่อเทียบเคียงความสามารถในการทำชั่วแล้ว อาจหมายความว่าเด็กที่ยังไม่มีความสมบูรณ์ทางจิตใจมากพอที่จะตัดสินใจกระทำการที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อชีวิต ร่างกายของตนเองได้นั้น ยังไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมในทางอาญาได้

บุคคลที่มีสติไม่สมประกอบ มีความบกพร่องทางจิต รวมไปถึงบุคคลที่อยู่ในอาการมึนเมาเพราะฤทธิ์แอลกอฮอล์ ไม่ถือว่าเป็นบุคคลที่สามารถสละคุณธรรมทางกฎหมายใดๆ ได้เลย ดังนั้น จึงควรมีการคุ้มครองการให้ความยินยอมผู้ที่มีความบกพร่องทางจิตนี้ด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่การสักร่างกายให้ผู้อื่นไม่ว่าจะเป็นผู้ที่บรรลุนิติภาวะ หรือผู้เยาว์โดยความยินยอมจากบิดามารดา หรือผู้ปกครองนั้น หากการสักร่างกายทำให้ผู้ที่ได้รับการสักติดเชื้อ ได้รับความเสียหายภายหลังการสัก หรือได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 แล้ว ดังนี้ ผู้สัก

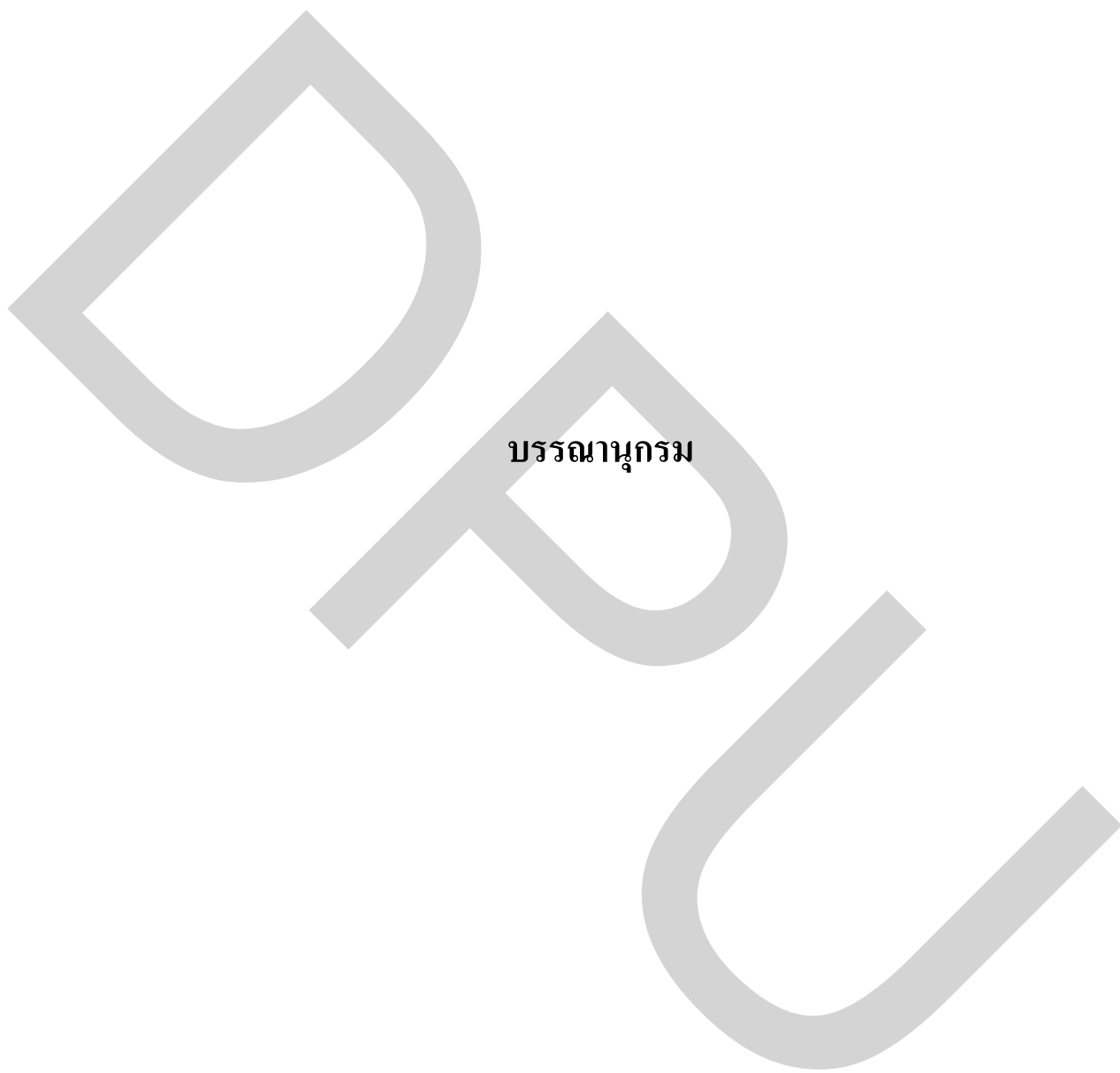
ก็อาจต้องรับผิดชอบในความประมาท หรือได้รับโทษตามมาตรา 297 ของตนได้เช่นเดียวกัน โดยไม่สามารถอ้างเหตุที่ทำให้ผู้กระทำยวเว้นความผิด (องค์ประกอบโครงสร้างอาญาข้อที่ 2) ได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

ปัจจุบันกฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย และยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เยาว์ แต่หลักการของความยินยอมคือการที่ผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมด้วยใจสมัคร โดยให้ความยินยอมก่อน หรือในขณะที่ผู้กระทำความผิด โดยปราศจากการสำคัญผิด และต้องเป็นความยินยอมต่อการกระทำที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีและความสงบเรียบร้อยของประชาชน อีกทั้งผู้ให้ความยินยอมต้องไม่ใช่ผู้ที่มีจิตบกพร่อง หรือต้องไม่ใช่ผู้ที่ให้ความยินยอมในขณะที่มีเมมาเพราะฤทธิ์ของแอลกอฮอล์ หรือยาเสพติด จนไม่รู้สภาพและผลของการที่ให้ความยินยอมไปนั้น

การที่ผู้เสียหายจะสามารถให้ความยินยอมในทางอาญาได้นั้น จะต้องเป็นการยินยอมให้กับการกระทำที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และถ้าเป็นความยินยอมของผู้เยาว์แล้วจะต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป ว่าผู้เยาว์ที่ให้ความยินยอม มีความสามารถเข้าใจถึงการกระทำ เข้าใจถึงวัตถุประสงค์ของการกระทำ และเข้าใจถึงผลที่จะได้รับจากการกระทำนั้นหรือไม่ หากผู้เยาว์มีความเข้าใจดังกล่าวแล้ว ย่อมทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ โดยไม่จำเป็นต้องบัญญัติอายุของผู้เยาว์ที่แน่นอนในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ว่าจะต้องเป็นผู้เยาว์ที่มีอายุเท่าใดที่จะมีความสามารถในการให้ความยินยอมได้ แต่กรณีดังกล่าวควรพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป ศาลควรเป็นผู้พิจารณาว่าผู้เสียหายมีความสามารถในการที่จะเข้าใจถึงการทำความร้าย วัตถุประสงค์ และผลที่จะได้รับจากการกระทำ หรือไม่

ทั้งนี้ เพื่อเป็นการอธิบายหลักกฎหมายเรื่องความหมายของความยินยอม ขอบเขตความยินยอมของผู้เสียหายที่ผู้กระทำผิดสามารถอ้างเป็นเหตุยกเว้นความผิดในโครงสร้างอาญาข้อที่ 2 อีกทั้งยังเป็นการพิจารณาหลักการให้ความยินยอมของผู้เยาว์กรณีการตั้งครรภ์และการขลิบอวัยวะเพศ ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น



ปฐ

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2523). *ความยินยอมในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต).
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- เกษม จันทร์แก้ว. (2541). *วิทยาศาสตร์สิ่งแวดล้อม*. วิทยาลัยสิ่งแวดล้อม กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
เกษตรศาสตร์.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2549). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ:
จรัสการพิมพ์.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2549). *เรียก “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ว่า “เอกลักษณ์ของ
กฎหมายอาญา” และ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ:
จรัสการพิมพ์.
- คณิต ณ นคร. (2521). “ผู้เสียหายในคดีอาญา” *วารสารอัยการ*, ประจำเดือนมกราคม, 2521, 48.
- คณิต ณ นคร. (2523). “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา” *วารสารอัยการ*,
ประจำเดือนมกราคม, 2523, 60.
- คณิต ณ นคร. (2523). “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา” *วารสารอัยการ* เล่ม 33
ฉบับที่ 25, 55, 60.
- คณิต ณ นคร. (2524). “ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดฐานลักทรัพย์” *วารสารอัยการ*, 4, 37, 82.
- คณิต ณ นคร. (2524). “ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดฐานลักทรัพย์” *วารสารอัยการ*, น. 82.
- คณิต ณ นคร. (2527). การอภิปรายเรื่อง “การตีความกฎหมายอาญา” *วารสารนิติศาสตร์*, 4, 18, 59.
- คณิต ณ นคร. (2548). “นิติธรรมอำพรางในนิติศาสตร์ไทย” *นิติธรรมอำพรางในนิติศาสตร์ไทย*
(หนังสือรวมบทความ) (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ณ นคร. (2553). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ณ นคร. (2555). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ณ นคร. (2556). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ณ นคร. (2556). *ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ* (พิมพ์ครั้งที่
11). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ณ นคร. (มกราคม 2523). “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา” *วารสารอัยการ*,
3, 25, 60.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1084/2507

คำพิพากษาฎีกาที่ 1212/2514 ใน อัยการนิเทศ เล่ม 33 ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2515 น. 328

คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508

คำพิพากษาฎีกาที่ 1626/2500

คำพิพากษาฎีกาที่ 1997/2500

คำพิพากษาฎีกาที่ 2555/2521

คำพิพากษาฎีกาที่ 3488/2520

คำพิพากษาฎีกาที่ 3643/2526

คำพิพากษาฎีกาที่ 3653/2526

คำพิพากษาฎีกาที่ 59/2502

คำพิพากษาฎีกาที่ 743/2464 (5 ธศ.536)

คำพิพากษาฎีกาที่ 828/2486 (2486 ฎ.754)

คำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501

คำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501.

คำพิพากษาฎีกาที่ 883/2522.

จิตติ ดิงศรัทีย. (2525). *กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 7), *ตอน 2* (พิมพ์ครั้งที่ 6).

กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

ชลพรรษ ดวงนภา. (2553). *รอยสัก : จากความเชื่อ...สู่แฟชั่น*, นักวิชาการวัฒนธรรมชำนาญการ

สำนักงานวัฒนธรรมจังหวัดตราด.

ดิเรก ควรสมาคม. (ม.ป.ป.). *คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพายัพ* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ:

วิญญูชน.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2554). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป แก้ไขเพิ่มเติม* (พิมพ์ครั้งที่ 13).

กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ธุรกิจสักลายบนผิวหนัง. สืบค้น 5 มีนาคม 2558, จาก

<http://www.thaifranchisecenter.com/shop/show.php?mId=1923>

นงลักษณ์ เทพสวัสดิ์ และ นัทธี จิตสว่าง. (สิงหาคม 2554). “พฤติกรรมทางเพศของผู้ติดยาเสพติด

โดยใช้เข็มฉีดยา,” *ทุนวิจัยสนับสนุนโดยองค์การอนามัยโลก โครงการวิจัยพฤติกรรม*

สุขภาพเพื่อพัฒนานักวิจัยรุ่นใหม่ แผนงานส่งเสริมการวิจัยพฤติกรรมสุขภาพ.

(รายงานผลการวิจัย)

นันทิ จิตสว่าง. (2545). *หลักทัณฑ์วิทยา : หลักการวิเคราะห์ระบบงานราชทัณฑ์* (พิมพ์ครั้งที่ 3).
กรุงเทพฯ: ราชทัณฑ์.

ประพัฒน์ ประชญาภรณ์. (2522). *ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา*
(วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายอาญา

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2546). *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ:
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์.

ปลูกแพชชั่นสัก! หมอเตือนติดโรค. สืบค้น 25 ธันวาคม 2557, จาก

http://www.dmh.go.th/sty_lib/depression/view.asp?id=503 นพ.บัณฑิต ศรีไพศาล.
สถาบันสุขภาพจิตเด็กและวัยรุ่นราชนครินทร์

พิพัฒน์ จักรางกูร. (2525). *อาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครพิมพ์.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

วิจิตร ลุลิตานนท์. (2507). *กฎหมายอาญา (ภาค 1)* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์.

สักลายตามร่างกาย...เท่าไรหรือดีบ่อนาคด. สืบค้น 20 กุมภาพันธ์ 2558, จาก

<http://www.coj.go.th/sakjc/userfiles/file/botkhwam3.pdf>

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2547). *ปัญหาพิเศษในทางกฎหมายอาญา*.

สุรเศรษฐ์ หน้างาม. (2549). *นิติวิธีกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

เสนีย์ ปราโมช. (2520). *กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: อักษรศาสตร์.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2524). *ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี).
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2546). *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2546). *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

หยุด แสงอุทัย. (2505). *ประมวลกฎหมายอาญา : ศึกษาทางคำพิพากษาศาลฎีกา* (พิมพ์ครั้งที่ 1).
กรุงเทพฯ: มงคลการพิมพ์.

หยุด แสงอุทัย. (2537). *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์.

หยุด แสงอุทัย. (2538). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ:
ประกายพริก.

อัคราทร จุฬารัตน์. (2549). *การตีความกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: กฎหมายไทย.

อัจฉริยา ชูตินันท์. (2557). *อาชญาวิทยา และทัณฑวิทยา*. กรุงเทพฯ: วิญญชน.

อุไรวรรณ อุดมวัฒนกุล. (2531). *ความผิดฐานลักทรัพย์ : ศึกษากรณีการเอายานพาหนะของผู้อื่น
ไปใช้โดยมิชอบ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์.

ภาษาต่างประเทศ

AVIS DU CONSEIL SUPERIEUR D'HYGIENE PUBLIQUE DE FRANCE CONCERNANT
LES REGLES

Demosthenes Papameletiou, Alexandre Zenié and Dieter Schwela Version 1 D r a f t – 05.05.03

Dissemination date: 16 May 2003 Final date for submission of comments: 9 June
2003. p 26.

DE PROPHYLAXIE DES INFECTIONS POUR LA PRATIQUE « D'ACTES CORPORELS »
SANS CARACTERE MEDICAL AVEC EFFRACTION CUTANEE

FIFTEENTH CONGRESS OF THE REPUBLIC OF THE PHILIPPINES First Regular Session
Senate Bill No. 1125.

Hart. *Law, Liberty, and Morality*. p. 31.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000018149461>.

<http://www.preston.gov.uk/businesses/health-and-safety/skin-piercing/consent-body-art/>

[http://www.kgbanswers.co.uk/what-is-the-legal-minimum-age-to-have-a-tattoo-in-
france/18913307](http://www.kgbanswers.co.uk/what-is-the-legal-minimum-age-to-have-a-tattoo-in-france/18913307).

Missouri Revised Statutes Chapter 324 Occupations and Professions General Provisions sections
324.520.

Missouri Revised Statutes Chapter 324 Occupations and Professions General Provisions sections
324.520 - 324.524.

Pierre Bouzat et Jean Pinatel. (1963). *Traite de Droit Penal at de Criminologie*, (Paris Libraire Dalloz)

PENAL CODE ARTICLE 121-2

REPUBLIC OF THE PHILIPPINES FIFTEENTH CONGRESS First Regular Session SENATE
Senate Bill No. 1126.

South Australia Summary Offences Act 1953 Tattooing, body piercing and body modification—
Part 4

The Revised Penal Code of the Philippines

The Guardianship Act 1973

(TATOUAGE, PIERCING, DERMOGRAPHIE, EPILATION PAR ELECTROLYSE,
RASAGE), Séance du 15 Septembre 2000

Tattooing of Minors Act 1969 CH. 24 ELIZABETH II

The 2014 Florida Statutes TITLE XXIX PUBLIC HEALTH CHAPTER 381 PUBLIC HEALTH:
GENERAL PROVISIONS THE SENATE SENATE BILL NO. 1281 Section 18-
1523. TATTOOING, BRANDING AND BODY PIERCING OF MINORS.

The 2014 Florida Statutes TITLE XXIX PUBLIC HEALTH CHAPTER 381 PUBLIC HEALTH:
GENERAL PROVISIONS 381.00771-381.00791

U.S. Constitution Section 9 (3) “No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.”

Vgl. Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin
1988, S. 262 f.

Vgl. Claus Roxin, Strafrecht : Allgemeiner Teil, Band 1, 3. Auflage, Munchen 1977, & 13 Rdn 39;
Harro Otter, Grundkurs Strafrecht : Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, Berlin
2004, & Randnummer 120, S. 129

Vgl. Harro Otto, Grundkurs Strafrecht : Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, Berlin 2004, &
Randnummer 124, S.130

Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, op.cit. p. 410.

www.floridahealth.gov/%5C/...health/tattooing/index.html.

[www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Decret_2008-149 Art. R. 1311-1- 1312-13](http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Decret_2008-149_Art._R._1311-1-1312-13.pdf). Or

<http://www.sante.gouv.fr/>.

[www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Decret_2008-149 Section 3 Dispositions communes Art. R.
1312-11-12](http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Decret_2008-149_Section_3_Dispositions_communes_Art._R._1312-11-12.pdf).



ภาคผนวก



เชิงอรรถที่ 4 ของบทที่ 1

381.00787 Tattooing prohibited; penalty.

(1) A person may not tattoo the body of a minor child younger than 16 years of age unless the tattooing is performed for medical or dental purposes by a person licensed to practice medicine or dentistry under chapter 458, chapter 459, or chapter 466.

(2) A person may not tattoo the body of a minor child who is at least 16 years of age, but younger than 18 years of age, unless:

(a) The minor child is accompanied by his or her parent or legal guardian;

(b) The minor child and his or her parent or legal guardian each submit proof of his or her identity by producing a government-issued photo identification;

(c) The parent or legal guardian submits his or her written notarized consent in the format prescribed by the department;

(d) The parent or legal guardian submits proof that he or she is the parent or legal guardian of the minor child; and

(e) The tattooing is performed by a tattoo artist or guest tattoo artist licensed under ss.381.00771-381.00791 or a person licensed to practice medicine or dentistry under chapter 458, chapter 459, or chapter 466.

(3) A person who violates this section commits a misdemeanor of the second degree, punishable as provided in s. 75.082 or s. 775.083. However, a person who tattoos the body of a minor child younger than 18 years of age does not violate this section, if:

(a) The person carefully inspects what appears to be a government-issued photo identification that represents that the minor child is 18 years of age or older.

(b) The minor child falsely represents himself or herself as being 18 years of age or older and presents a fraudulent identification.

(c) A reasonable person of average intelligence would believe that the minor child is 18 years of age or older and that the photo identification is genuine, was issued to the minor child, and truthfully represents the minor child's age.

เชิงอรรถที่ 8 ของบทที่ 3

CHAPTER I "Tattoo dermal breaking and drilling

"Section 1" Tattoo by broken skin and body piercing Tattoo by broken skin and body piercing

"Art. R. 1311-1. - The provisions of this section apply to the implementation of technical Tattoo by breaking the skin, including the technique of permanent makeup and body piercing in except drilling the pinna and the wing of the nose when it is performed by the technical gun earwig.

"Art. R. 1311-2. - People who implement the techniques mentioned in Article R. 1311-1 report this activity to the prefect of the department of the place of performance of this activity. The cessation of the activity is declared with the same authority. The terms of these statements are established by order of Minister for Health.

"Art. R. 1311-3. - People who implement the techniques mentioned in Article R. 1311-1 must be trained in hygiene and health conditions laid down in Article R. 1311-4. An order of Minister for Health determines the categories of institutions and organizations authorized by the State representative in the region to deliver this training, and the contents thereof and diplomas accepted by the equity method.

"Art. R. 1311-4. - The implementation of the techniques mentioned in Article R. 1311-1 is exercised in the general rules of hygiene and sanitation. In particular, observe the following: "- The material penetrating the skin barrier, coming into contact with the skin or mucosa and the customer direct substrates of this material are either single use, sterile or sterilized before each use;

เชิงอรรถที่ 11 ของบทที่ 3

"SECTION 2. Definition of terms.- As used herein, the following shall mean:

a) "Body piercing" means the creation of an opening in the body, excluding the ear, for the purpose of inserting jewelry or other decoration.

b) "Consent of a minor's parent or legal guardian" means the presence of a parent or legal guardian during the performance of body piercing or tattooing upon the minor after the

parent or legal guardian has provided reasonable proof of personal identity and familial relationship.

c) "Minor" means a person younger than 18 years of age.

d) "Personal identification" means valid driver's license or other picture identification card that expressly states that the person is 18 years of age or older"

e) "Tattoo" means to fix an indelible mark or figure upon the body by inserting a pigment under the skin or by producing scars.

เชิงอรรถที่ 12 ของบทที่ 3

FIFTEENTH CONGRESS OF THE REPUBLIC OF THE PHILIPPINES First Regular Session Senate Bill No. 1125“ INTRODUCED BY SEN. MANNY VILLAR EXPLANATORY NOTE There are numerous health impacts and risks associated with tattooing and piercing, therefore, they have to be regulated by the government. The origin and chemical structure of coloring agents used for tattooing are hardly known. Pigments are mainly industrial organic pigments with high microbiological and impurities and a load of metals such as cobalt and mercury. The observed health effects, which are potentially associated with tattooing and piercing, include

- 1) Viral infections such as hepatitis, AIDS and cutaneous infections;
- 2) Bacterial infections such as impetigo, toxic shock syndrome, tetanus, chancroid, tuberculosis and leprosy;
- 3) Fungal infections such as sporotrichosis and zygomycosis;
- 4) Allergic reactions such as cutaneous irritation and urticaria;
- 5) Granulomatous/lichenoid reactions;
- 6) Pseudo-lymphomas;
- 7) Lymphadenopathy;
- 8) Sarcoidosis;
- 9) Malignant lesions such as melanoma and skin cancer;
- 10) Behavioral changes
- 11) Other skin diseases such as psoriasis, photosensitization, phototoxicity and photogenotoxicity”

เชิงอรรถที่ 18 ของบทที่ 3

18-1523. TATTOOING, BRANDING AND BODY PIERCING OF MINORS. (1) As used in this section:

(a) "Body piercing" means the perforation of any human body part other than an earlobe for the purpose of inserting jewelry or other decoration or for some other nonmedical purpose;

(b) "Branding" means a permanent mark made on human tissue by burning with a hot iron or other instrument for the purpose of decoration or for some other nonmedical purpose;

(c) "Minor" means a person under the age of eighteen (18) years but does not include a person who is an emancipated minor; and

(d) "Tattoo" means one (1) or more of the following but does not include any mark or design done for a medical purpose:

(i) An indelible mark made on the body of another person by the insertion of a pigment under the skin; or

(ii) An indelible design made on the body of another person by production of scars other than by branding.

เชิงอรรถที่ 21 ของบทที่ 3

Summary Offences Act 1953 Tattooing, body piercing and body modification—Part 4

“Part 4—Tattooing, body piercing and body modification

21P—Interpretation and application

(1) In this Part, unless the contrary intention appears—

body branding means the process by which a mark, symbol or pattern is, by burning or cauterizing, applied to a person's skin;

body implantation means the implanting of an object beneath the skin; body modification procedure means—

(a) tattooing; and

(b) body branding; and

(c) body implantation; and

(d) earlobe stretching; and

- (e) tongue splitting; and
- (f) body scarification; and
- (g) any other procedure prescribed for the purposes of this paragraph;”

เชิงอรรถที่ 25 ของบทที่ 3

Regulation of Infection Control in the Body Art Industry in Australia and New Zealand A Summary National Public Health Partnership January 2002. p. 8“ SOUTH AUSTRALIA In South Australia, the following legislation relates to Body Art industry:

- 1) Summary Offences Act 1953; and
- 2) Public and Environmental Health Act 1987.

Age of Consent – It is an offence to tattoo a minor (under 18) under S21A of the Summary Offences Act 1953. A Private Member's Bill is currently before Parliament to extend that to cover other body piercing of children.

Sections 15 & 17 of the Public and Environmental Health Act 1987 give local councils powers to remedy insanitary conditions or activities giving rise to a risk to health. Guidelines have been issued to assist councils and persons engaging in skin penetration activities in proper infection control procedures. They could form the basis for a notice under those sections if an operator in the industry has inadequate procedures. SA Health Commission Guidelines on the Safe and Hygienic Practice of Skin Penetration were issued in November 1995. They cover:

- 1) aseptic or "non-touch" procedures;
- 2) cleaning disinfection & sterilisation of equipment;
- 3) disinfectants;
- 4) hand washing and personal hygiene;
- 5) skin preparation;
- 6) needle stick injuries and cleaning of wounds;
- 7) general hygiene;
- 8) waste disposal;
- 9) disposal of sharps; and
- 10) storage & safe handling of chemicals.

A review of the guidelines has just commenced involving industry, local council, Environmental Health Officers (EHOs) and other professionals.”

เชิงอรรถที่ 26 ของบทที่ 3

Healthy Body Art Body Piercing Infection and Injury Research Report Southern Primary Health – Noarlunga October 2006 “Blood Borne Viruses

Modern medical knowledge has made us aware of the potential dangers associated with skin penetration procedures. If precautions are not taken, blood-borne viruses such as Hepatitis B, Hepatitis C, HIV and a range of bacterial infections can be transmitted to clients or operators by contaminated equipment or unhygienic procedures and premises.

The risk of exposure to a blood-borne virus varies for clients and operators. The larger the population who have a blood-borne virus and are involved in skin penetration procedures, the higher the risk that someone else can be exposed during body piercing, unless the needles and instruments are sterile.

The Hepatitis C virus (HCV) is primarily transmitted through blood-to-blood contact. The most common means of transmission in Australia is the sharing of injecting equipment by injecting drug users [Department of Health and Aged Care, National Hepatitis C Strategy 2005-2008].

Approximately 90% of people with newly acquired Hepatitis C infection report a history of injecting drug use. In addition, 10% of infections result from other risk behaviours involving blood to blood contact such as body piercing with contaminated equipment, needlestick injuries and vertical transmission from mother to baby [Australian Institute for Primary Care, National Hepatitis C Resource Manual].

The total number of people living with Hepatitis C will continue to increase as long as treatment levels and general awareness of the behaviours which place people at risk remain low [Department of Health and Aged Care, National Hepatitis C Strategy 2005-2008]. ”

เชิงอรรถที่ 28 ของบทที่ 3

"Section 3" Common Provisions

"Art. R. 1311-10. - A tattoo by breaking the skin can only be achieved with products tattoo respecting the provisions of Articles L. 513-10-1 to L. 513-10-4.

"The rods used during an initial piercing until healing and stems are used after healing comply with the provisions of Article R. 5132-45 and regulations relating to nickel adopted for its application.

"Art. R. 1311-11. - It is forbidden to practice the techniques mentioned in Articles R. 1311-1 and R. 1311-6 on a minor without the written consent of a holder of parental authority or guardian. Those making these practices on a minor must be able, for three years, to present evidence of consent to the supervisory

เชิงอรรถที่ 29 ของบทที่ 3

SENATE Senate Bill No. 1125 AN ACT PUNISHING THE ACT OF UNDERAGE TATTOOING AND BODY PIERCING

b) "Consent of a minor's parent or legal guardian" means the presence of a parent or legal guardian during the performance of body piercing or tattooing upon the minor after the parent or legal guardian has provided reasonable proof of personal identity and familial relationship

เชิงอรรถที่ 30 ของบทที่ 3

REPUBLIC OF THE PHILIPPINES FIFTEENTH CONGRESS First Regular Session
SENATE Senate Bill No. 1126 "Under the proposed measure, the owner of a tattoo studio or tattoo artist shall have the duty to discuss with the patron or person intending to be tattooed the health risks involved in the tattoo requested, including the potential that a tattoo may interfere with the clinical reading of a magnetic resonance imaging study, should the patron ever encounter a medical need for such a study. The owner of a tattoo studio or tattoo artist is also mandated to advise the patron of all the possible complications that may arise in receiving a tattoo.

The proposed bill also seeks to penalize any person who shall perform tattoo work on a minor without the written consent of the latter's parents or guardian; any person who is

intoxicated or under the influence of drugs or alcohol; pregnant or nursing women; any person with contraindicated skin condition; and any person incapable of giving consent due to mental incapacity”

เชิงอรรถที่ 31 ของบทที่ 3

<http://www.preston.gov.uk/businesses/health-and-safety/skin-piercing/consent-body-art/>

“Tattooing Owing to the permanence of a tattoo, the Tattooing of Minors Act 1969 Imposes an age limit of 18 years on persons to be tattooed. A tattoo artist cannot tattoo an under 18 even if they gain parental permission. It is strongly recommended that a tattoo artist asks for identification such as a passport or driving licence and makes a record of that identification, in case they are queried in the future.”

เชิงอรรถที่ 34 ของบทที่ 3

381.00787 Tattooing prohibited; penalty.

“381.00787 Tattooing prohibited; penalty.—

(1) A person may not tattoo the body of a minor child younger than 16 years of age unless the tattooing is performed for medical or dental purposes by a person licensed to practice medicine or dentistry under chapter 458, chapter 459, or chapter 466.

(2) A person may not tattoo the body of a minor child who is at least 16 years of age, but younger than 18 years of age, unless:

- (a) The minor child is accompanied by his or her parent or legal guardian;
- (b) The minor child and his or her parent or legal guardian each submit proof of his or her identity by producing a government-issued photo identification;
- (c) The parent or legal guardian submits his or her written notarized consent in the format prescribed by the department;
- (d) The parent or legal guardian submits proof that he or she is the parent or legal guardian of the minor child; and

(e) The tattooing is performed by a tattoo artist or guest tattoo artist licensed under ss. 381.00771-381.00791 or a person licensed to practice medicine or dentistry under chapter 458, chapter 459, or chapter 466”

เชิงอรรถที่ 37 ของบทที่ 3

Missouri Revised Statutes Chapter 324 Occupations and Professions General Provisions sections 324.520

“2. No person shall knowingly tattoo, brand or perform body piercing on a minor unless such person obtains the prior written informed consent of the minor's parent or legal guardian. The minor's parent or legal guardian shall execute the written informed consent required pursuant to this subsection in the presence of the person performing the tattooing, branding or body piercing on the minor, or in the presence of an employee or agent of such person. Any person who fraudulently misrepresents himself or herself as a parent is guilty of a class B misdemeanor”

เชิงอรรถที่ 38 ของบทที่ 3

Summary Offences Act 1953 Tattooing, body piercing and body modification—Part 4 21R—Performance of certain procedures on minors prohibited

(1) A person must not perform a body modification procedure on a minor. Maximum penalty: \$5 000 or imprisonment for 12 months.

(2) A person must not perform—

(a) an intimate body piercing on a minor; or

(b) any other body piercing on a minor without the consent of the minor's guardian given in accordance with section 21S. Maximum penalty: \$5 000 or imprisonment for 12 months.

(3) Subsection (2)(b) does not apply if the minor on whom the body piercing is to be performed is at least 16 years old.

(4) It is a defence to a charge of an offence against this section to prove that—

(a) the defendant, or some person acting on behalf of the defendant, required the minor, or another person, to produce evidence of a kind required by the regulations of

(i) his or her age; or
 (ii) the consent of his or her guardian to the carrying out of the relevant procedure, as the case requires; and

(b) the minor, or another person, made a false statement, or produced false evidence in response to that requirement; and

(c) in consequence, the defendant reasonably believed that—

(i) the minor was of or above the requisite age; or

(ii) the guardian consented to the carrying out of the relevant procedure, as the case requires.

(5) A person who seeks to rely on the defence in subsection (4) must, in order to rely on the defence, produce the identifying details, or a copy, of the evidence offered at the time of the alleged offence.

เชิงอรรถที่ 40 ของบทที่ 3

“21S—Pre-conditions to performing certain procedures

(1) A person must not perform a body piercing or body modification procedure on another person unless—

(a) the person who is to perform the procedure (the service provider) (or a person acting on behalf of the service provider) and the person on whom the procedure is to be performed (the customer) enter into a written agreement containing the prescribed information as to the nature of the procedure and the manner in which it is to be carried out; and

(b) when the agreement is entered into—

(i) the customer is given free of charge a copy of the agreement and the prescribed information; and

(ii) if the customer is less than 16 years of age and the procedure is a body piercing to which section 21R(2)(b) applies—the consent of the customer's guardian to the procedure is given—

(A) in person; or

(B) in the prescribed form and verified by statutory declaration. Maximum penalty: \$5 000. Expiation fee: \$315.

(2) Subsection (1) does not apply to an earlobe piercing performed on a person who is at least 16 years old.”

เชิงอรรถที่ 41 ของบทที่ 3

21Q—Performance of body modification procedures on intoxicated persons prohibited

(1) A person must not perform a body piercing or body modification procedure on a person who is intoxicated (whether by alcohol or by any other substance or combination of substances). Maximum penalty: \$5 000 or imprisonment for 12 months.

เชิงอรรถที่ 43 ของบทที่ 3

PENAL CODE ARTICLE 121-2

Legal persons, with the exception of the State, are criminally liable for the offences committed on their account by their organs or representatives, according to the distinctions set out in articles 121-4 and 121-7.

However, local public authorities and their associations incur criminal liability only for offences committed in the course of their activities which may be exercised through public service delegation conventions.

The criminal liability of legal persons does not exclude that of any natural persons who are perpetrators or accomplices to the same act, subject to the provisions of the fourth paragraph of article 121-3.

เชิงอรรถที่ 44 ของบทที่ 3

MINISTRY OF HEALTH, YOUTH AND SPORTS Decree No. 2008-149 of 19 February 2008 laying down the conditions of hygiene and safety for the tattoo practice with broken skin and piercing, and amending the code of the public health (regulations) NOR: SJSP0766174D “Legal persons may incur criminal liability in the accordance with Article 121-2 of the Criminal Code offense under this chapter.

"The penalties incurred by legal persons are:

"1. a fine, in accordance with Article 131-41 of the Criminal Code;

"2 The penalty of confiscation of the thing which was used or intended to commit the offense or of the thing which is the product.

"Art. R. 1312-13. - The occurrence of violations under Articles R. 1312-9 and R. 1312-10 is punished in accordance with Articles 132-11 and 132-15 of the Penal Code. »"

เชิงอรรถที่ 45 ของบทที่ 3

PENAL CODE Subsection 2 Penalties for petty offences Articles 131-40 to 131-44
ARTICLE 131-40

The penalties incurred by legal persons for petty offences are:

1. a fine;
2. the penalties entailing forfeiture or restriction of rights set out under article 131-42. These penalties do not preclude the imposition of one or more of the additional penalties set out under article 131-43

เชิงอรรถที่ 51 ของบทที่ 3

381.00787 Tattooing prohibited; penalty

“(3) A person who violates this section commits a misdemeanor of the second degree, punishable as provided in s. 775.082_(Penalties; applicability of sentencing structures; mandatory minimum sentences for certain reoffenders previously released from prison.)(d) For a felony of the second degree, by a term of imprisonment not exceeding 15 years.) or s. 775.083 (b)\$10,000, when the conviction is of a felony of the first or second degree) However, a person who tattoos the body of a minor child younger than 18 years of age does not violate this section, if:

(a) The person carefully inspects what appears to be a government-issued photo identification that represents that the minor child is 18 years of age or older.

(b) The minor child falsely represents himself or herself as being 18 years of age or older and presents a fraudulent identification.

(c) A reasonable person of average intelligence would believe that the minor child is 18 years of age or older and that the photo identification is genuine, was issued to the minor child, and truthfully represents the minor child’s age. ”

เชิงอรรถที่ 55 ของบทที่ 3

Summary Offences Act 1953

Part 4—Tattooing, body piercing and body modification

“21R—Performance of certain procedures on minors prohibited

(1) A person must not perform a body modification procedure on a minor. Maximum penalty: \$5 000 or imprisonment for 12 months.

(2) A person must not perform—

(a) an intimate body piercing on a minor; or

(b) any other body piercing on a minor without the consent of the minor's guardian given in accordance with section 21S.

Maximum penalty: \$5 000 or imprisonment for 12 months.

(3) Subsection (2)(b) does not apply if the minor on whom the body piercing is to be performed is at least 16 years old.

(4) It is a defence to a charge of an offence against this section to prove that—

(a) the defendant, or some person acting on behalf of the defendant, required the minor, or another person, to produce evidence of a kind required by the regulations of—

(i) his or her age; or

(ii) the consent of his or her guardian to the carrying out of the relevant procedure, as the case requires; and

(b) the minor, or another person, made a false statement, or produced false evidence in response to that requirement; and

(c) in consequence, the defendant reasonably believed that—

(i) the minor was of or above the requisite age; or

(ii) the guardian consented to the carrying out of the relevant procedure, as the case requires.

(5) A person who seeks to rely on the defence in subsection (4) must, in order to rely on the defence, produce the identifying details, or a copy, of the evidence offered at the time of the alleged offence”

เชิงอรรถที่ 56 ของบทที่ 3

“21Q—Performance of body modification procedures on intoxicated persons prohibited

(1) A person must not perform a body piercing or body modification procedure on a person who is intoxicated (whether by alcohol or by any other substance or combination of substances). Maximum penalty: \$5 000 or imprisonment for 12 months.

(2) It is a defence to a charge of an offence against subsection (1) for the defendant to prove that he or she believed on reasonable grounds that the person on whom the procedure was performed was not intoxicated.”

เชิงอรรถที่ 57 ของบทที่ 3

“21W—Offence to make false statement or produce false evidence

A person must not make a false statement or produce false evidence to a person who offers body piercing or body modification procedures in respect of—

(a) the age of a minor; or

(b) the consent of a minor's guardian to the performance of a body piercing or body modification procedure.

Maximum penalty: \$2,500”

เชิงอรรถที่ 8 ของบทที่ 4

ก่อนเกิดเหตุ จำเลยกับผู้เสียหายมีปากเสียงกัน เกี่ยวกับเรื่องที่คุณเสียหายมาต่อว่ากรณีสั่งเปลี่ยนแปลง จากนั้นจำเลยกับผู้เสียหายก็ตกลงชกต่อยกัน การสมัครงใจชกต่อยกันดังกล่าว จึงมาจากทั้งสองฝ่ายมีสาเหตุโกรธเคืองกัน และตกลงใช้กำลังประทุษร้ายร่างกายต่อกัน อันเป็นการขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน จำเลยไม่อาจอ้างว่าผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยทำร้ายร่างกายแก่ตัวเพื่อให้พ้นผิดได้ เมื่อพยานหลักฐานฟังได้ว่าจำเลยกับผู้เสียหายมีปากเสียงกัน จากนั้นได้สมัครงใจทำร้ายร่างกายกัน การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นบันดาลโทษฎีกาของจำเลยฟังไม่ขึ้น ข้อเท็จจริงได้ความว่า...จำเลยเป็นหัวหน้างาน ได้มีคำสั่งเปลี่ยนแปลงให้ผู้เสียหายไปขับรถขนขยะ ทำให้ผู้เสียหายเกิดความไม่พอใจ จึงได้ไปต่อว่าแล้วเกิดโต้เถียงกัน และได้ทำกันชกต่อยตัวต่อตัว จำเลยกับผู้เสียหาย ได้ชกต่อยเป็นเหตุให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บกระดูกสันหลังหัก ได้รับอันตรายสาหัส ต้องป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาและจนประกอบกรณีกิจตามปกติไม่ได้

เกินกว่าสี่สิบวัน ศาลชั้นต้นพิพากษาลงโทษจำคุก 1 ปี และศาลอุทธรณ์พิพากษาแก้เป็นว่าลดโทษให้หนึ่งในสาม คงจำคุก 8 เดือน จำเลยฎีกา โดยต่อสู้ว่าผู้เสียหายยินยอมให้ทำร้ายร่างกายเอง และกระทำไปเพราะบันดาลโทสะข้ออ้างของจำเลยจึงฟังไม่ขึ้นดังกล่าวข้างต้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9029/2551)

เชิงอรรถที่ 35 ของบทที่ 4

ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

มาตรา 295 ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้ที่กระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ

การทำร้าย (injury) หมายถึง การกระทำต่อร่างกายหรือจิตใจอันมีผลให้บาดเจ็บเสียหาย การทำร้ายนั้นไม่จำกัดวิธี จะทำร้ายด้วยวิธีใดก็ได้ แต่ต้องเป็นทำร้ายนั้นต้องเหตุให้เกิดอันตรายแก่หรือจิตใจของผู้อื่น เช่น มีบาดแผล เจ็บป่วย หัวแตก เลือดออก บวมช้ำ และถึงแม้ว่าการกระทำนั้นจะไม่ได้ถูกตัวผู้ถูกกระทำเลย เช่น แกล้งให้ตกใจจนเป็นเหตุให้เสียดสี หรือเอายาสลบให้กินหรือทาจนสิ้นสติ

จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ คือ ผลของการทำร้ายซึ่งต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำ หมายความว่าผลที่เกิดขึ้นจากการทำร้ายนั้นต้องเป็นผลธรรมดา ตาม ม.63 “ถ้าผลของการกระทำความผิดใดทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ผลของการกระทำความผิดนั้นต้องเป็นผลที่ตามธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้” เช่น โคนขวกจนฟันหัก ฟันหักต้องเป็นผลธรรมดาที่เกิดขึ้นได้จากการถูกขวก เป็นต้น

อันตรายแก่กาย หมายถึง เกิดการบาดเจ็บทางร่างกาย ไม่ว่าจะเกิดจากการถูกเนื้อต้องตัวหรือไม่ แต่มีปัญหาในการวินิจฉัยว่าแค่ไหนที่ถือว่าได้รับอันตรายแก่กายแล้ว ซึ่งมีหลักการพิจารณาว่าบาดแผลใดเป็นอันตรายแก่กายหรือไม่ดังนี้

ต้องพิจารณาจากพฤติการณ์แห่งการทำร้ายว่าร้ายแรงขนาดใดและบาดแผลมากน้อยเพียงใด

- (1) จากพฤติการณ์แห่งการทำร้าย
- (2) จากบาดแผล

เชิงอรรถที่ 39 ของบทที่ 4

"Section 3"Common Provisions

"Art. R. 1311-10. - A tattoo by breaking the skin can only be achieved with products tattoo respecting the provisions of Articles L. 513-10-1 to L. 513-10-4.

"The rods used during an initial piercing until healing and stems are used after healing comply with the provisions of Article R. 5132-45 and regulations relating to nickel adopted for its application.

"Art. R. 1311-11. - It is forbidden to practice the techniques mentioned in Articles R. 1311-1 and R. 1311-6 on a minor without the written consent of a holder of parental authority or guardian. Those making these practices on a minor must be able, for three years, to present evidence of consent to the supervisory

เชิงอรรถที่ 41 ของบทที่ 4

PENAL CODE ARTICLE 121-2

Legal persons, with the exception of the State, are criminally liable for the offences committed on their account by their organs or representatives, according to the distinctions set out in articles 121-4 and 121-7.

However, local public authorities and their associations incur criminal liability only for offences committed in the course of their activities which may be exercised through public service delegation conventions.

The criminal liability of legal persons does not exclude that of any natural persons who are perpetrators or accomplices to the same act, subject to the provisions of the fourth paragraph of article 121-3.

เชิงอรรถที่ 42 ของบทที่ 4

MINISTRY OF HEALTH, YOUTH AND SPORTS Decree No. 2008-149 of 19 February 2008 laying down the conditions of hygiene and safety for

the tattoo practice with broken skin and piercing, and amending the code of the public health (regulations) NOR: SJSP0766174D "Legal persons may incur criminal liability in the accordance with Article 121-2 of the Criminal Code offense under this chapter.

"The penalties incurred by legal persons are:

"1. a fine, in accordance with Article 131-41 of the Criminal Code;

"2 The penalty of confiscation of the thing which was used or intended to commit the offense or of the thing which is the product.

"Art. R. 1312-13. - The occurrence of violations under Articles R. 1312-9 and R. 1312-10 is punished in accordance with Articles 132-11 and 132-15 of the Penal Code. »”

เชิงอรรถที่ 43 ของบทที่ 4

PENAL CODE Subsection 2 Penalties for petty offences Articles 131-40 to 131-44

ARTICLE 131-40

The penalties incurred by legal persons for petty offences are:

1. a fine;

2. the penalties entailing forfeiture or restriction of rights set out under article 131-

42. These penalties do not preclude the imposition of one or more of the additional penalties set out under article 131-43

เชิงอรรถที่ 46 ของบทที่ 4

REPUBLIC OF THE PHILIPPINES FIFTEENTH CONGRESS First Regular Session
SENATE Senate Bill No. 1126 “Under the proposed measure, the owner of a tattoo studio or tattoo artist shall have the duty to discuss with the patron or person intending to be tattooed the health risks involved in the tattoo requested, including the potential that a tattoo may interfere with the clinical reading of a magnetic resonance imaging study, should the patron ever encounter a medical need for such a study. The owner of a tattoo studio or tattoo artist is also mandated to advise the patron of all the possible complications that may arise in receiving a tattoo.

The proposed bill also seeks to penalize any person who shall perform tattoo work on a minor without the written consent of the latter's parents or guardian; any person who is intoxicated or under the influence of drugs or alcohol; pregnant or nursing women; any person with contraindicated skin condition; and any person incapable of giving consent due to mental incapacity”

เชิงอรรถที่ 47 ของบทที่ 4

SENATE Senate Bill No. 1125 SECTION 5. Person Liable-

a) The person who performed or offered to perform a body piercing or tattooing to the minor; and

b) The owner or operator of a business in which a violation occurs.

SECTION 6, Penalty.-Any person guilty of violating this Act shall suffer the penalty of two (2) years to six (6) years imprisonment and a fine of not less than P20,000.00.

เชิงอรรถที่ 50 ของบทที่ 4

<http://www.preston.gov.uk/businesses/health-and-safety/skin-piercing/consent-body-art/>

“Tattooing Owing to the permanence of a tattoo, the Tattooing of Minors Act 1969 Imposes an age limit of 18 years on persons to be tattooed. A tattoo artist cannot tattoo an under 18 even if they gain parental permission. It is strongly recommended that a tattoo artist asks for identification such as a passport or driving licence and makes a record of that identification, in case they are queried in the future.”

เชิงอรรถที่ 53 ของบทที่ 4

381.00787 *Tattooing prohibited; penalty.*

“381.00787 Tattooing prohibited; penalty.—

(1) A person may not tattoo the body of a minor child younger than 16 years of age unless the tattooing is performed for medical or dental purposes by a person licensed to practice medicine or dentistry under chapter 458, chapter 459, or chapter 466.

(2) A person may not tattoo the body of a minor child who is at least 16 years of age, but younger than 18 years of age, unless:

(a) The minor child is accompanied by his or her parent or legal guardian;

(b) The minor child and his or her parent or legal guardian each submit proof of his or her identity by producing a government-issued photo identification;

(c) The parent or legal guardian submits his or her written notarized consent in the format prescribed by the department;

(d) The parent or legal guardian submits proof that he or she is the parent or legal guardian of the minor child; and

(e) The tattooing is performed by a tattoo artist or guest tattoo artist licensed under ss. 381.00771-381.00791 or a person licensed to practice medicine or dentistry under chapter 458, chapter 459, or chapter 466”

เชิงอรรถที่ 54 ของบทที่ 4

381.00787 Tattooing prohibited; penalty

”(3) A person who violates this section commits a misdemeanor of the second degree, punishable as provided in s. 775.082_(Penalties; applicability of sentencing structures; mandatory minimum sentences for certain reoffenders previously released from prison.)(d) For a felony of the second degree, by a term of imprisonment not exceeding 15 years.) or s. 775.083 (b)\$10,000, when the conviction is of a felony of the first or second degree) However, a person who tattoos the body of a minor child younger than 18 years of age does not violate this section, if:

(a) The person carefully inspects what appears to be a government-issued photo identification that represents that the minor child is 18 years of age or older.

(b) The minor child falsely represents himself or herself as being 18 years of age or older and presents a fraudulent identification.

(c) A reasonable person of average intelligence would believe that the minor child is 18 years of age or older and that the photo identification is genuine, was issued to the minor child, and truthfully represents the minor child’s age.”

เชิงอรรถที่ 59 ของบทที่ 4

Missouri Revised Statutes Chapter 324 Occupations and Professions General Provisions sections 324.520

“2. No person shall knowingly tattoo, brand or perform body piercing on a minor unless such person obtains the prior written informed consent of the minor's parent or legal guardian. The minor's parent or legal guardian shall execute the written informed consent required pursuant to this subsection in the presence of the person performing the tattooing, branding or body piercing on the minor, or in the presence of an employee or agent of such

person. Any person who fraudulently misrepresents himself or herself as a parent is guilty of a class B misdemeanor”

เชิงอรรถที่ 60 ของบทที่ 4

Definitions--tattooing, branding, body piercing, prohibited, when, penalty.

324.520. 1. As used in sections 324.520 to 324.524, the following terms mean: 2. No person shall knowingly tattoo, brand or perform body piercing on a minor unless such person obtains the prior written informed consent of the minor's parent or legal guardian. The minor's parent or legal guardian shall execute the written informed consent required pursuant to this subsection in the presence of the person performing the tattooing, branding or body piercing on the minor, or in the presence of an employee or agent of such person. Any person who fraudulently misrepresents himself or herself as a parent is guilty of a class B misdemeanor.

3. A person shall not tattoo, brand or perform body piercing on another person if the other person is under the influence of intoxicating liquor or a controlled substance.

เชิงอรรถที่ 62 ของบทที่ 4

Summary Offences Act 1953 Tattooing, body piercing and body modification—Part 421R—Performance of certain procedures on minors prohibited

(1) A person must not perform a body modification procedure on a minor. Maximum penalty: \$5 000 or imprisonment for 12 months.

(2) A person must not perform—

(a) an intimate body piercing on a minor; or

(b) any other body piercing on a minor without the consent of the minor's guardian given in accordance with section 21S. Maximum penalty: \$5 000 or imprisonment for 12 months.

(3) Subsection (2)(b) does not apply if the minor on whom the body piercing is to be performed is at least 16 years old.

(4) It is a defence to a charge of an offence against this section to prove that—

(a) the defendant, or some person acting on behalf of the defendant, required the minor, or another person, to produce evidence of a kind required by the regulations of

(i) his or her age; or
 (ii) the consent of his or her guardian to the carrying out of the relevant procedure, as the case requires; and

(b) the minor, or another person, made a false statement, or produced false evidence in response to that requirement; and

(c) in consequence, the defendant reasonably believed that—

(i) the minor was of or above the requisite age; or

(ii) the guardian consented to the carrying out of the relevant procedure, as the case requires.

(5) A person who seeks to rely on the defence in subsection (4) must, in order to rely on the defence, produce the identifying details, or a copy, of the evidence offered at the time of the alleged offence.

เชิงอรรถที่ 64 ของบทที่ 4

“21S—Pre-conditions to performing certain procedures

(1) A person must not perform a body piercing or body modification procedure on another person unless—

(a) the person who is to perform the procedure (the service provider) (or a person acting on behalf of the service provider) and the person on whom the procedure is to be performed (the customer) enter into a written agreement containing the prescribed information as to the nature of the procedure and the manner in which it is to be carried out; and

(b) when the agreement is entered into—

(i) the customer is given free of charge a copy of the agreement and the prescribed information; and

(ii) if the customer is less than 16 years of age and the procedure is a body piercing to which section 21R(2)(b) applies—the consent of the customer's guardian to the procedure is given—

(A) in person; or

(B) in the prescribed form and verified by statutory declaration. Maximum penalty: \$5 000. Expiation fee: \$315.

(2) Subsection (1) does not apply to an earlobe piercing performed on a person who is at least 16 years old. ”

เชิงอรรถที่ 66 ของบทที่ 4

Summary Offences Act 1953

Part 4—Tattooing, body piercing and body modification

“21R—Performance of certain procedures on minors prohibited

(1) A person must not perform a body modification procedure on a minor. Maximum penalty: \$5 000 or imprisonment for 12 months.

(2) A person must not perform—

(a) an intimate body piercing on a minor; or

(b) any other body piercing on a minor without the consent of the minor's guardian given in accordance with section 21S.

Maximum penalty: \$5 000 or imprisonment for 12 months.

(3) Subsection (2)(b) does not apply if the minor on whom the body piercing is to be performed is at least 16 years old.

(4) It is a defence to a charge of an offence against this section to prove that—

(a) the defendant, or some person acting on behalf of the defendant, required the minor, or another person, to produce evidence of a kind required by the regulations of—

(i) his or her age; or

(ii) the consent of his or her guardian to the carrying out of the relevant procedure, as the case requires; and

(b) the minor, or another person, made a false statement, or produced false evidence

in response to that requirement; and

(c) in consequence, the defendant reasonably believed that—

(i) the minor was of or above the requisite age; or

(ii) the guardian consented to the carrying out of the relevant procedure, as the case requires.

(5) A person who seeks to rely on the defence in subsection (4) must, in order to rely on the defence, produce the identifying details, or a copy, of the evidence offered at the time of the alleged offence”

เชิงอรรถที่ 68 ของบทที่ 4

“21W—Offence to make false statement or produce false evidence

A person must not make a false statement or produce false evidence to a person who offers body piercing or body modification procedures in respect of—

(a) the age of a minor; or

(b) the consent of a minor's guardian to the performance of a body piercing or body modification procedure. Maximum penalty: \$2,500”

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

นายตรีพล เกตุสุริยา

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2551 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

ฝ่ายประνομหนั้นครหลวง ธนาคารกรุงเทพฯ จำกัด
มหาชน