



เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285

ธีรุต วัฒนศักดิ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2558

**Aggravating circumstances of Sexual offences : Focusing on appropriate
extent and additional aggravating circumstances of article 285
under Thai Criminal Code**

เลขทะเบียน.....	0242126
วันลงทะเบียน.....	- 4 ธ.ค. 2560
เลขเรียกหนังสือ.....	345.0253
	6411น
	[2556]

Thiradol Wattanasak

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

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2015



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา
มาตรา 285

เสนอโดย นายถิรศล วัฒนศักดิ์

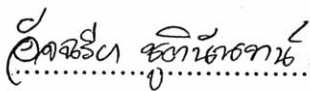
สาขาวิชา นิติศาสตร์


หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว


..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล)


..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์)


..... กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ประชาน วัฒนวานิชย์)


..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
(รองศาสตราจารย์ ดร.เจษฎ์ โทณะวณิก)

วันที่ 27 เดือน พฤษภาคม พ.ศ. 2558

หัวข้อวิทยานิพนธ์	เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285
ชื่อผู้เขียน	อิรตล วัฒนศักดิ์
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2557

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษา เกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมาย เกี่ยวกับเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในการกระทำความผิดทางเพศ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ซึ่งปัจจุบันมีการบัญญัติให้การคุ้มครองแก่บุคคล 4 กลุ่มดังต่อไปนี้คือ (1) ผู้สืบสันดาน (2) ศิษย์ ซึ่งอยู่ในความดูแล (3) ผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ (4) ผู้ที่อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรืออยู่ในความอนุบาล

เห็นได้ว่าขอบเขตความรับผิดชอบตามมาตราดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมถึงกรณี ผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของสถานพยาบาล เด็กกำพร้าในสถานสงเคราะห์ หรือผู้ที่อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล ซึ่งบุคคลเหล่านี้ล้วนมิได้อยู่ในสถานะที่จะปกป้องตนเองจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศได้ ดังนั้น หากมีกรณีการล่วงละเมิดทางเพศเกิดขึ้นกับบุคคลกลุ่มนี้แล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้ถูกระทำและครอบครัว ตลอดจนความสงบสุขของสังคมอย่างรุนแรง

ขณะเดียวกัน จากการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา บัญญัติให้การกระทำ กรณีการขู่ว่าจะใช้อาวุธอันตราย เขี่ยเป็นผู้สูงอายุตั้งแต่ 60 ปีขึ้นไป เขี่ยเป็นผู้พิการร่างกาย การใช้สารเคมีกับเหยื่อ เป็นบทเพิ่มโทษ และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีการบัญญัติให้การกระทำต่อผู้สืบสันดานหรือกระทำต่อบุพการี การกระทำต่อผู้อยู่ภายใต้การปกครอง ดูแล หรือให้การศึกษา การทำงานหรือการจ้างงาน หรือกระทำต่อนักโทษ หรือการใช้ประโยชน์จากตำแหน่งหน้าที่การงานกระทำผิดทางเพศ และกรณีแพทย์ที่กระทำต่อผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแล ที่ปรึกษากระทำต่อผู้ถูกระทำโดยใช้ประโยชน์จากการได้รับความไว้วางใจในการให้คำปรึกษา การรักษาหรือการดูแลอื่นใด การกระทำต่อคนพิการ ซึ่งรวมไปถึงผู้ป่วยโรคจิต เป็นบทเพิ่มโทษ

ดังนั้น เพื่อให้บทบัญญัติของกฎหมายไทยมีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น และสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกับกฎหมายของนานาอารยประเทศ จึงควรมีการบัญญัติเพิ่มเติมให้เหตุเพิ่มโทษ

ในการกระทำความผิดทางเพศตามมาตรา 285 ครอบคลุมถึงผู้กระทำความผิดที่อยู่ในความดูแลของสถานพยาบาลหรือกระทำต่อเด็กกำพร้า คนชราในสถานสงเคราะห์หรือกระทำต่อผู้ที่อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแลด้วย

DRPU

Thesis title	Cause of Specific Extended Punishment in connection with Committing Sexual Offence in accordance with Criminal Code's Section 285
Author	Thiradol Watthanasak
Thesis Advisor	Asst. Professor Ajchareeya Chutinan
Department	Law
Academic Year	2014

ABSTRACT

Objective of this thesis is studying legislation of law in connection with cause of specific extended punishment in committing sexual offence in accordance with Criminal Code's Section 285 which stipulates protecting four group of people from being acted against as follows: (1) descendant (2) pupil under taken oneself's care (3) person under oneself's control according to oneself's official authority (4) person under oneself's tutorship, guardianship, or courtship.

One can see that scope of responsibility in accordance with the mentioned section is not yet covering a case of patient under hospital's care, orphans in foster home, or person under taken oneself's care. All of these persons are not in status of self-protected from sexual harassment. As a result, if there is sexual harassment with these groups of persons, it will definitely severely affect victims' and their member of families' spirit as well as peace of society.

Meanwhile, based on study legislation of foreign laws, such as the United States of America's laws, the laws stipulate that such act as threatening to adopt dangerous weapons against senior victims who are 60 years old or more, victim who is disabled physically, applying chemical substances against victim, offender shall be subject to extended punishment. While Federal Republic of Germany's law stipulates that act against descendant or parent, person under oneself's tutorship, person under oneself's care, person under imparting education, job or employment, or act against prisoner, or abuse of power committing sexual offence, and cases that physician acts against patient under taken oneself's care, advisor acts against victim by exploiting the victim who trusts the advisor who offers advice, treatment or any other care, act against the disabled as well as mental disorder patient, are subject to extended punishment.

Consequently, additional legislation of extended punishment of committing sexual offence in accordance with Section 285 covers patient under hospital's care, or act against orphan, or senior citizen in foster home, or person under taken oneself's care so that legislation of Thai laws will be more suitable and coincident with internal laws.

DRU

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความรู้และความกรุณาและอนุเคราะห์อย่างยิ่งจาก รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่ให้ความเมตตาารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดย ได้สละเวลาอันมีค่ายิ่ง ช่วยชี้แนะให้ความรู้ คำแนะนำตั้งแต่ผู้เขียนเริ่มทำวิทยานิพนธ์ จวบจนสำเร็จ สมบูรณ์ จึงขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูง ที่ให้ความเมตตากรุณาแก่ผู้เขียนตลอดมา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่กรุณาารับเป็น ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ดร. ประธาน วัฒนวาณิชย์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท ที่กรุณาารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งอาจารย์ทุกๆ ท่านได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ายิ่ง ทำการตรวจพิจารณาให้ความรู้ คำแนะนำในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์นี้ให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบคุณในความช่วยเหลือและกำลังใจจากเพื่อนๆ ทุกท่าน ที่คอยเป็นกำลังใจ อันสำคัญในการเขียนวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบุคคลที่สำคัญอย่างยิ่ง คือคุณพ่อ คุณแม่ ของ ผู้เขียนที่ได้ให้กำลังใจและสนับสนุนผู้เขียนมาโดยตลอด

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีคุณค่าและประโยชน์ต่อการศึกษา ผู้เขียนขอขอบความดี ทั้งหมดให้แก่บิดา มารดา และครูบาอาจารย์ทุกคน ตลอดจนผู้แต่งตำราทุกท่านที่ผู้เขียนใช้อ้างอิงใน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แต่หากมีความผิดพลาดและมีข้อบกพร่องอันเกิดจาก วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียน ขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ถิรตล วัฒนศักดิ์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
2. แนวคิดทฤษฎีและหลักประกันพื้นฐานในการคุ้มครองผู้ถูกระงับ ในความผิดเกี่ยวกับเพศ.....	8
2.1 แนวคิดในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกระงับในความผิดเกี่ยวกับเพศ.....	8
2.1.1 การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกระงับในความผิดเกี่ยวกับเพศตามหลัก สิทธิมนุษยชน.....	8
2.1.2 การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกระงับในความผิดเกี่ยวกับเพศตาม มาตรฐานสากล.....	12
2.1.3 การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกระงับในความผิดเกี่ยวกับเพศตามความ ตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับสตรี.....	16
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในความผิด เกี่ยวกับเพศ.....	21
2.2.1 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ.....	21
2.2.2 แนวคิดและทฤษฎีการลงโทษ.....	25
2.2.3 แนวคิดในการบัญญัติความผิดและโทษอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศ.....	34
2.2.4 แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาตามหลักนิติเศรษฐศาสตร์.....	38

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
2.3 การกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความคิดเกี่ยวกับเพศ กรณีผู้ป่วย ที่อยู่ในความดูแลของสถานพยาบาล หรือกระทำต่อเด็กกำพร้า คนชรา ในสถานสงเคราะห์ หรือกระทำต่อผู้อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล.....	42
2.3.1 วิชาการของระบบกฎหมายไทยเกี่ยวกับความผิด ฐานข่มขืนกระทำชำเรา.....	43
2.3.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา.....	46
2.3.3 เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความคิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 285.....	52
3. การกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความคิดเกี่ยวกับเพศ กรณีกระทำต่อผู้ที่อ่อนแอ และต้องอยู่ในความดูแลของผู้รับดูแลเป็นพิเศษตามกฎหมายต่างประเทศ.....	59
3.1 การกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความคิดเกี่ยวกับเพศ กรณีกระทำ ต่อผู้ป่วยเด็กกำพร้า คนชราหรือผู้ที่อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล ของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี.....	59
3.1.1 การกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความคิดเกี่ยวกับเพศ กรณีกระทำต่อผู้ป่วย เด็กกำพร้า คนชรา หรือผู้ที่อยู่ในความดูแล ของผู้ที่ต้องรับดูแลของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	59
3.2 การกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความคิดเกี่ยวกับเพศ กรณีกระทำต่อผู้ป่วย เด็กกำพร้า คนชรา หรือผู้ที่อยู่ในความดูแล ของผู้ที่ต้องรับดูแลของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย.....	67
3.2.1 การกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความคิดเกี่ยวกับเพศ กรณีกระทำต่อผู้ป่วย เด็กกำพร้า คนชรา หรือผู้ที่อยู่ในความดูแล ของผู้ที่ต้องรับดูแล ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	68
3.2.2 การกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความคิดเกี่ยวกับเพศ กรณีกระทำต่อผู้ป่วย เด็กกำพร้า คนชรา หรือผู้ที่อยู่ในความดูแล ของผู้ที่ต้องรับดูแล ของประเทศฝรั่งเศส.....	75

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา และเหตุที่ต้องลงโทษหนักขึ้นในความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศไทย และต่างประเทศ.....	79
4.1 วิเคราะห์เกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดทางเพศ ต่อผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของสถานพยาบาลหรือกระทำต่อเด็กกำพร้า ในสถานสงเคราะห์ หรือกระทำต่อผู้อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล ในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา.....	79
4.1.1 วิเคราะห์ข้อจำกัดของบทบัญญัติในกฎหมายที่ขาดการกำหนด ความรับผิดชอบทางอาญาแก่ผู้ดูแลกรณีกระทำต่อผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแล ของสถานพยาบาล หรือกระทำต่อเด็กกำพร้าในสถานสงเคราะห์ หรือกระทำต่อผู้อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล.....	80
4.1.2 วิเคราะห์สัดส่วนของโทษกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด.....	82
4.2 วิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาและความเห็นทางกฎหมาย ที่เกี่ยวกับเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 285.....	86
4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาและ เหตุที่ต้องลงโทษหนักขึ้นในความผิดเกี่ยวกับเพศของต่างประเทศ และประเทศไทย.....	92
4.3.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา.....	93
4.3.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบเหตุของการเพิ่มโทษให้หนักขึ้น เกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับเพศ.....	95
4.4 เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา และเหตุที่ต้องลงโทษหนักขึ้นเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับเพศ.....	99
5. สรุปและข้อเสนอแนะ.....	102
5.1 สรุป.....	102
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	105
บรรณานุกรม.....	106
ประวัติผู้เขียน.....	111

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นเครื่องมือคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม ต้องกระทำเฉพาะเท่าที่จำเป็นและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น เพราะหากมีการบัญญัติกฎหมายอาญา ขึ้นใช้อย่างพร่ำเพรื่อแล้ว สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะถูกกระทบกระเทือนจนเกินความจำเป็น อันไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย กฎหมายอาญาจึงไม่เพียงแต่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของ บุคคลเท่านั้น แต่กฎหมายอาญาจะต้องเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย การจำกัด สิทธิและเสรีภาพของบุคคลแม้จะกระทำได้ แต่จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและ เสรีภาพมิได้¹

ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการวางหลักประกันไว้ในกฎหมายอาญา โดยมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอัน กฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” โดยหลักประกันกฎหมายอาญาดังกล่าว มีเนื้อหาครอบคลุม 4 ประการคือ (1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษอาญาแก่บุคคล (2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล (3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติ ให้ชัดเจนแน่นอน และ (4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง²

ในส่วนของหลักประกันกฎหมายอาญา ประการที่สอง คือการห้ามใช้กฎหมายที่ ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา เนื้อหาของหลักประกันข้อนี้ เกี่ยวข้องกับการตีความกฎหมาย อาญาอย่างใกล้ชิด³ กล่าวคือ ห้ามกำหนดหรือขยายบทกฎหมายอาญาที่มีอยู่แล้ว รวมตลอดถึงการ

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือน สาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

² จาก *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (น.67), โดย คณิต ณ นคร, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

³ จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1* (น. 44-45), โดย หยุต แสงอุทัย, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์.

ห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางเพิ่มโทษด้วย (nulla poena sine lege stricta) ข้อห้ามดังกล่าวนี้เป็นข้อเรียกร้องให้ต้องมีการบัญญัติที่หนักแน่นที่สุด การจะลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งนั้น ชอบที่จะให้เป็นเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติในการตัดสินใจ แต่หากยอมให้มีการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้แล้ว ผลก็จะกลายเป็นว่าการลงโทษการกระทำใดการกระทำหนึ่งหรือไม่นั้น จะขึ้นอยู่กับความรู้สึกในเรื่องผิดถูกของบุคคลจนเกินขอบเขต ซึ่งในเรื่องความรู้สึกอันเป็นเรื่องในทางอัตวิสัย (Subjective) นั้น ในทางกฎหมายแล้วเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนา และเป็นสิ่งที่ต้องหลีกเลี่ยง การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา หมายรวมถึงการห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกินเลยขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากการตีความกฎหมาย⁴

ขณะเดียวกัน กฎหมายอาญา มีภารกิจในการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม แต่เมื่อมนุษย์จำเป็นต้องอยู่ร่วมกันย่อมต้องมีเหตุให้กระทบกระทั่งกันไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่ง กฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม จึงจำเป็นต้องมีมาตรการเชิงบังคับควบคู่ไปด้วย โดยการบัญญัติเอาลักษณะของการกระทำผิดต่างๆ มาไว้ในกฎหมายอาญาและมีบทลงโทษ หากกฎหมายอาญาไม่สามารถประกันความมั่นคงและความปลอดภัยของสังคมได้เมื่อใด สถานะการจลาจลในบ้านเมืองก็จะตามมาเมื่อนั้น

ความคิดเกี่ยวกับเพศ ถือเป็นภัยอย่างหนึ่งที่คุกคามความสงบเรียบร้อยภายในสังคม รัฐจึงต้องเข้ามามีบทบาทในการควบคุมพฤติกรรมดังกล่าว โดยกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับเพศ เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 โดยบัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 276 ถึงมาตรา 287

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเป็นความผิดตามมาตรา 276 บัญญัติกรณีการกระทำชำเราบุคคลซึ่งอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ โดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น เช่น กรณีทำให้ผู้ที่ถูกกระทำชำเรานั้นเข้าใจว่าเป็นสามีตนเองจึงยอมมีเพศสัมพันธ์ด้วย เป็นต้น การกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้มีโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท การกระทำชำเราหมายถึง การกระทำเพื่อการสนองความใคร่ของผู้กระทำ ทั้งในกรณีที่ใช้อวัยวะเพศของตัวเอง กับ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกกระทำชำเรา

๕

⁴ จาก กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 และภาค 3, หัวข้อ 1421, โดย จิตติ ดิงศภทิพย์, 2548, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

⁵ มาตรา 276 วรรคแรก “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยมุ่งเจตนาด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

หรือกรณีที่ใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำซ้ำเร้าก็ตาม⁶ แต่ในกรณี ที่การกระทำซ้ำเร้านี้ เป็นการกระทำระหว่างคู่สมรส หากมีความประสงค์ที่จะอยู่กินด้วยกันฉันท์ สามีภรรยาต่อไป ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ และหากคู่สมรสฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายใดไม่ประสงค์จะอยู่กินกันฉันท์สามีภรรยาต่อไป และประสงค์จะหย่า สามารถแจ้งให้ศาลทราบ โดยศาลจะให้พนักงานอัยการดำเนินการฟ้องหย่าให้⁷

หากการกระทำความผิดดังที่ได้กล่าวมานี้ เป็นการกระทำโดยการมีหรือการใช้อาวุธปืน ระเบิด หรือเป็นการกระทำในลักษณะโทรมหญิงหรือกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษ ตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต⁸

การกระทำตามมาตรา 276 ดังที่กล่าวไปแล้ว ได้มีบัญญัติเหตุเพิ่มโทษไว้ในมาตรา 277 ทวิ และมาตรา 277 ตรี กล่าวคือ หากผู้ถูกระทำซ้ำเร้าได้รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต และ กรณีผู้ถูกระทำซ้ำเร้าถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต กรณีที่เป็นการ โทรมหญิงหรือทำกับชายในลักษณะเดียวกัน หรือมีอาวุธและเป็นเหตุให้ผู้กระทำ ได้รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต และหากผู้กระทำความผิดถึง แก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต

นอกจากนี้ ยังมีบัญญัติเป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว ในมาตรา 285 หากการกระทำ ความผิดดังที่กล่าวมา เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุม

⁶ มาตรา 276 วรรคสอง “การกระทำซ้ำเร้าตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการ ใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะหรือทวารหนักของผู้อื่น”

⁷ มาตรา 276 วรรคสี่ “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันท์สามีภรรยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันท์สามีภรรยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่าย นั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

⁸ มาตรา 276 วรรคสาม “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุ ระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

ตามหน้าที่ราชการหรืออยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำได้
ระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม⁹

มีข้อสังเกตว่า มาตรา 285 เป็นบทเพิ่มโทษที่บัญญัติขึ้นเพื่อให้การคุ้มครองแก่บุคคลที่
ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมซึ่งเป็นผู้ที่มีความอ่อนแอทางสังคม และ โอกาสที่การกระทำความผิดจะ
สำเร็จได้โดยง่ายทั้งสิ้น เช่นการเพิ่มโทษแก่บุคคลที่ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายในการกระทำ
ทางเพศต่อผู้อยู่ในอำนาจปกครอง ขณะเดียวกัน บทบัญญัติดังกล่าวกลับมิได้คุ้มครองไปถึงผู้
อยู่ในอำนาจปกครองตามความเป็นจริง ซึ่งถึงแม้กระทำต่อผู้อยู่ในความปกครองก็ไม่เข้าเหตุเพิ่มโทษ
ตามมาตรานี้ เช่น ผู้บังคับบัญชาที่ปลูกจ้าง บิดาเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยง ครูที่ไม่ได้มีหน้าที่
ในการควบคุมดูแลศิษย์ในขณะที่เกิดเหตุ หรือการเกิดเหตุอยู่นอกเวลาการควบคุมดูแล แม้มีการ
กระทำต่อศิษย์ก็ไม่ใช่เหตุเพิ่มโทษ สอดคล้องกับความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะ
กนิษฐที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่อง “ในความปกครอง” โดยยกตัวอย่างกรณีการข่มขืนกระทำชำเรา
เด็กว่า “หากไม่ถือว่าเด็กอยู่ในความปกครองของผู้ปกครอง แล้วจะถือว่าเด็กอยู่ในความปกครอง
ของใคร ในเมื่อผู้มีอำนาจปกครองไม่ได้ปกครอง ส่วนผู้ที่ปกครองตามความเป็นจริงไม่ใช่ผู้
อำนาจแล้วจะปกครองกันอย่างไร ในกรณีเช่นนี้น่าจะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย
มาตราดังกล่าวที่ต้องการคุ้มครองเด็ก โดยอาศัยข้อเท็จจริงเป็นหลัก ดังนั้น จึงควรต้องถือผู้
อยู่ในความปกครองตามความเป็นจริง¹⁰ มิใช่ผู้อยู่ในความปกครองตามกฎหมาย

นอกจากนี้ ยังมีเหตุอื่นที่ผู้ศึกษาเห็นว่า กรณีที่เหยื่อเป็นผู้ที่มีความอ่อนแอทางชีวภาพ
ซึ่งเป็นผู้ที่ง่ายต่อการตกเป็นเหยื่อของอาชญากรเช่นเดียวกัน ก็สมควรบัญญัติคุ้มครองไว้ในเหตุแห่ง
การเพิ่มโทษด้วย เช่น การข่มขืนกระทำชำเราโดยบุคลากรทางการแพทย์กระทำต่อผู้ป่วยใน
สถานพยาบาลขณะถูกวางยาสลบ เจ้าหน้าที่พยาบาลข่มขืนผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาอาการจิตเภท
ขณะถูกพันธุนาการ เด็กกำพร้า คนชราในสถานสงเคราะห์ หรือผู้ที่อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้อง
รับดูแล เป็นต้น เพราะผู้ที่อยู่ในความดูแลของบุคคลกลุ่มนี้ ไม่ได้อยู่ในสถานะที่จะสามารถ
ระมัดระวังตนเองจากการถูกคุกคามทางเพศได้ และบุคคลผู้กระทำเหล่านี้ เป็นบุคคลที่ถูกคาดหวัง
ด้านจริยธรรมสูงในฐานะผู้ดูแลบุคคลที่อยู่ในสถานะอ่อนแอและต้องได้รับการดูแลพิเศษ การ

⁹ มาตรา 285 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ
มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ใน
ความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล
ผู้กระทำได้ระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม”

¹⁰ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ (น. 206-207), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ,
2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

คุกคามทางเพศที่เกิดขึ้น ถึงแม้ได้มีการเก็บสถิติที่เกิดขึ้นอย่างเป็นทางการว่า คนกลุ่มนี้ตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมทางเพศเป็นจำนวนใด อย่างไรก็ตาม หากเกิดขึ้นแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อร่างกายและจิตใจของผู้ถูกรกระทำและครอบครัว ตลอดจนความสงบสุขของสังคมอย่างรุนแรง ดังกรณีของเด็กหญิงวัย 4 ปี ซึ่งมารดาถูกจับข้อหาเสพยาเสพติด จึงนำบุตรมาฝากไว้ในสถานสงเคราะห์เป็นเวลา 2 เดือน หลังจากพ้นโทษและมารับบุตรสาวกลับพบว่า บุตรสาวถูกเจ้าหน้าที่สถานสงเคราะห์ข่มขืนกระทำชำเรา มีเลือดออกทั้งทางอวัยวะเพศและทางทวารหนัก นอกจากนี้ มีกรณีของเจ้าหน้าที่อาสาสมัครมูลนิธิรายนึงซึ่งได้รับแจ้งเหตุให้มาช่วยเหลือหญิงสาวรายหนึ่งซึ่งหมดสติในร้านอาหารให้นำตัวส่งโรงพยาบาล แต่เจ้าหน้าที่ดังกล่าวกลับพาหญิงสาวไปข่มขืนโดยมิได้มีการนำตัวส่งโรงพยาบาลแต่อย่างใด กรณีพนักงานเอ็กเรย์ รพ.แห่งหนึ่ง ในจังหวัดนครศรีธรรมราชข่มขืนผู้ป่วยวัย 70 ปี และในกรณีของแพทย์ผู้ทำการรักษา ถึงแม้ไม่เคยปรากฏเป็นข่าวในประเทศไทย แต่มีกรณีของประเทศแคนาดา พบว่ามีแพทย์รายหนึ่งข่มขืนผู้ป่วยขณะถูกวางยาหลับในห้องผ่าตัดจำนวน 21 ราย กรณีประเทศจีน แพทย์ได้ทำการข่มขืนคนไข้ขณะนอนหมดสติอยู่บนเตียงผ่าตัด และกรณีกุมารแพทย์จากรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา ถูกนำตัวขึ้นศาลในข้อหาข่มขืนและทารุณกรรมทางเพศคนไข้ของตนเอง โดยเหยื่อ 85 รายเป็นเพศหญิงและอายุไม่เกิน 3 ปี¹¹

จากเหตุผลดังที่กล่าวมานี้ จึงเป็นที่มาของการศึกษาเกี่ยวกับ เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 เพื่อให้มีการกำหนดเหตุเพิ่มโทษให้เหมาะสมสอดคล้องกับสถานการณ์ความเป็นจริงของสังคมไทยตลอดจนเพื่อบรรลุมิติวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมายอาญาต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และความเป็นมาของระบบกฎหมายของไทย ในความผิดเกี่ยวกับเพศตลอดจนแนวทางในการคุ้มครองผู้ถูกรกระทำที่ตกเป็นเหยื่อจากความผิดเกี่ยวกับเพศ
2. เพื่อศึกษาปัญหา และวิเคราะห์ผลกระทบตลอดจนข้อบกพร่องของบทบัญญัติของกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศ มีขอบเขตความรับผิดชอบ โดยเฉพาะเหตุเพิ่มโทษยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีกระทำต่อผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของสถานพยาบาล เด็กกำพร้าในสถานสงเคราะห์ หรือผู้อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล

¹¹ ผู้จัดการออนไลน์. พ่อแม่ใจสลาย ! หมอเด็กมะกัน “ข่มขืน” คนไข้ทารก 86 ราย - ถ่ายวิดีโอเก็บไว้
 อี้อ.[Online]. สืบค้น 4 สิงหาคม 2557, จาก <http://www2.manager.co.th/Politics/ViewNews.aspx?NewsID=9540000069842>

3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตในการกำหนดความรับผิดชอบ และเหตุที่ต้องลงโทษหนักขึ้นในความคิดเกี่ยวกับเพศของประเทศไทยและต่างประเทศ

4. เพื่อศึกษาแนวทางการปรับปรุงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ในความคิดเกี่ยวกับเพศ ให้มีบทบัญญัติโดยกำหนดเป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวแก่กรณีกระทำต่อผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของสถานพยาบาล เด็กกำพร้าในสถานสงเคราะห์ หรือผู้อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล ตลอดจนเพื่อบรรลู่วัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมายอาญา และสอดคล้องกับสถานการณ์ความเป็นจริงในสังคมไทย

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 เป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวของความคิดเกี่ยวกับเพศซึ่งยังไม่มีขอบเขตความรับผิดชอบคลุมถึงกรณี ผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของสถานพยาบาล เด็กกำพร้าในสถานสงเคราะห์ หรือผู้อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล ซึ่งบุคคลเหล่านี้ไม่อยู่ในสถานะที่จะปกป้องตนเองจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศดังกล่าวได้

จากการศึกษาบทบัญญัติกฎหมายอาญาต่างประเทศ พบว่า ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายครอบคลุมถึงกรณีการกระทำของผู้ดูแลต่อผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของสถานพยาบาล เด็กกำพร้าในสถานสงเคราะห์ หรือผู้อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล ทั้งนี้ จึงควรมีการปรับปรุงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย เกี่ยวกับเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความคิดเกี่ยวกับเพศให้มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมถึงการกระทำของผู้ดูแลที่กระทำต่อผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของสถานพยาบาล เด็กกำพร้าในสถานสงเคราะห์ หรือผู้อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแลเพื่อให้บรรลู่วัตถุประสงค์ที่แท้จริงในการบังคับใช้กฎหมายอาญา และสอดคล้องกับสถานการณ์ความเป็นจริงในสังคมไทยต่อไป

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ในการศึกษาเรื่อง เหตุเพิ่มโทษในความคิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ในครั้งนี้ จะทำการศึกษา แนวคิด ทฤษฎีในการกำหนดความรับผิดชอบในทางอาญา คุณธรรมทางกฎหมายในความคิดเกี่ยวกับเพศ แนวทางการกำหนดโทษในทางอาญา ปรัชญาและวัตถุประสงค์ในการลงโทษ วิวัฒนาการของระบบกฎหมายไทยเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และเหตุเพิ่มโทษในความคิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีผู้ป่วยอยู่ในความดูแลของสถานพยาบาล หรือกระทำต่อเด็กกำพร้าในสถานสงเคราะห์ หรือกระทำต่อผู้อยู่ในความ

ดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล จึงจะทำการศึกษาคือจะทำการศึกษาเปรียบเทียบระหว่างบทบัญญัติของกฎหมายไทยและบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศ เพื่อนำผลการศึกษาที่ได้ มาใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ในการกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว เพื่อให้คุ้มครองถึง ผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของสถานพยาบาล เด็กกำพร้าในสถานสงเคราะห์ และผู้อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล เพื่อให้บทบัญญัติแห่งมาตรา 285 เหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำชำเรามีความเหมาะสมสอดคล้องกับนานาอารยประเทศต่อไป

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ เป็นการศึกษาทางเอกสาร (Documentary Research) จากเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลจากทางอินเทอร์เน็ต เช่น คู่มือ ตำบฏกฎหมาย กติกาว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หนังสือทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ บทความและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งความเห็นของนักวิชาการสาขาต่างๆ เพื่อนำข้อมูลมารวบรวม เรียบเรียง วิเคราะห์ให้เกิดองค์ความรู้ อันนำมาซึ่งข้อสรุปเกี่ยวกับแนวทางแก้ไข ปรับปรุงบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี และความเป็นมาของระบบกฎหมายของไทย ในความผิดเกี่ยวกับเพศตลอดจนแนวทางในการคุ้มครองผู้ถูกระงับที่ตกเป็นเหยื่อจากความผิดเกี่ยวกับเพศ
2. ทำให้ทราบถึงปัญหา และผลกระทบเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดชอบของกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยเฉพาะเหตุเพิ่มโทษตามมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีการกระทำของผู้ดูแลที่กระทำต่อผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของสถานพยาบาล เด็กกำพร้าในสถานสงเคราะห์ หรือผู้อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล
3. ทำให้ทราบถึงขอบเขตในการกำหนดความรับผิด และเหตุที่ต้องลงโทษหนักขึ้นในความผิดเกี่ยวกับเพศ ของต่างประเทศ
4. ทำให้ทราบถึงแนวทางการปรับปรุงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา เกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับเพศให้มีบทบัญญัติโดยกำหนดเป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวแก่ผู้กระทำต่อผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของสถานพยาบาล เด็กกำพร้าในสถานสงเคราะห์ หรือผู้อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแลตลอดจนเพื่อบรรลุมิติประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมายอาญา และสอดคล้องกับสถานการณ์ความเป็นจริงในสังคมไทย

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีและหลักประกันพื้นฐานในการคุ้มครอง ผู้ถูกระทำในความผิดเกี่ยวกับเพศ

ความรุนแรงทางเพศ เป็นปัญหาที่พบเสมอทั้งภายในครอบครัวหรือในสังคม และมีแนวโน้มที่จะทวีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อยๆ บุคคลที่อ่อนแอหรือด้อยโอกาส เช่น เด็ก สตรี คนชรา ผู้มีสติปัญญาอ่อน และคนยากจน มักจะตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงเหล่านี้ ด้วยเหตุนี้ ปัญหาความดังกล่าวจึงเป็นปัญหาที่ถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นวาระสำคัญของโลก โดยทุกประเทศให้ความสนใจและเสนอให้มีการป้องกันและแก้ไขปัญหอย่างจริงจัง โดยออกมาตรการต่างๆ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ถูกระทำทางเพศทั้งในระดับสากลและระดับประเทศ

2.1 แนวคิดในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกระทำในความผิดเกี่ยวกับเพศ

ประชาคมโลกได้ให้ความสำคัญกับเรื่องสิทธิมนุษยชนมาเป็นระยะเวลานานแล้ว การแสดงออกที่ชัดเจนในสังคมโลกอย่างหนึ่งคือการที่สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights: UDHR) ซึ่งเป็นการประกาศเจตนารมณ์ความร่วมมือระหว่างประเทศในด้านสิทธิมนุษยชน ในปี ค.ศ. 1948 (พ.ศ. 2491) และเป็นเอกสารที่มีความสำคัญมากในการวางกรอบสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน เช่น สิทธิในการมีชีวิต สิทธิในการศึกษา และสิทธิในการนับถือศาสนา เป็นต้น โดยประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่ลงมติยอมรับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนด้วย

2.1.1 การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกระทำในความผิดเกี่ยวกับเพศตามหลักสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) หมายถึง สิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์เกิดมาพร้อมกับความเท่าเทียมกันในแง่ศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ และสิทธิเพื่อดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ อายุ ภาษา ศาสนา และสถานภาพทางกาย และสุขภาพ รวมทั้ง ความเชื่อทางการเมือง หรือความเชื่ออื่นๆ ที่ขึ้นกับพื้นฐานทางสังคม สิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่ไม่สามารถถ่ายทอดหรือโอนให้แก่ผู้อื่นได้¹

¹ จาก เอกสารเผยแพร่ความรู้ (น. 2), โดย สำนักส่งเสริมความเสมอภาคหญิงชาย. ความหมายของสิทธิมนุษยชนสตรี, 2551, กรุงเทพฯ: กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์

ภายหลังจากสหประชาชาติโดยสมาชิก 58 ประเทศ มีมติรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จากนั้นจำนวนประเทศสมาชิกจึงเพิ่มขึ้นจนมีจำนวนเกินกว่าสามเท่าของสมาชิกเดิม อิทธิพลของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็ขยายมากขึ้นจนเป็นที่ยอมรับในระดับสากล และเป็นที่อ้างอิงถึงเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศทั้งหลายทั่วโลก เมื่อพิจารณามาตราต่างๆ ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะเห็นว่า มาตราแรกแสดงถึงความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชน โดยกล่าวถึงความเท่าเทียมกันของศักดิ์ศรีและสิทธิของมนุษย์ทุกคน ส่วนมาตราที่สองกล่าวถึงความชอบที่จะมีสิทธิของบุคคลโดยไม่มี การเลือกปฏิบัติใดๆ ทั้งสิ้น ส่วนหลักการขั้นพื้นฐานของสิทธิที่ประกาศไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปรากฏในคำปรารภซึ่งเริ่มด้วยข้อความที่เน้นการยอมรับ “ศักดิ์ศรีประจำตัวและสิทธิซึ่งเท่าเทียมกัน และไม่อาจโอนให้แก่กันได้ของสมาชิกทั้งหมดของครอบครัวมนุษย์”²

สิทธิที่ระบุไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจำแนกออกได้อย่างกว้างๆ 2 ประเภท คือ สิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และ สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งต่อมาได้มีการแปลเจตนาและขยายข้อความให้ละเอียดยิ่งขึ้น ด้วยการร่างเป็นกติการะหว่างประเทศที่มีผลบังคับทางกฎหมาย และสหประชาชาติมีมติรับรอง เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1966 คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic Social and Cultural Rights – ICESCR) บรรดาประเทศที่ให้สัตยาบัน (Ratify) หรือรับรองกติการะหว่างประเทศดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามข้อความในกติการะหว่างประเทศด้วย ทั้งนี้เพราะกติการะหว่างประเทศมีข้อผูกพันทางกฎหมาย ประเทศสมาชิกที่ให้สัตยาบัน มีต้องส่งรายงานการปฏิบัติตามกติการะหว่างประเทศให้แก่สหประชาชาติเป็นประจำด้วย³

2.1.1.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights (UDHR))

การคุ้มครองผู้ถูกระทำในความคิดเกี่ยวกับเพศ มีบทบาทผู้คุ้มครองในฐานะเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาไว้ใน ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 8 “ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการ

² จาก คู่มือหลักสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมที่พนักงานสอบสวนควรรู้ (น. 3), โดย สำนักงานตำรวจแห่งชาติ. สิทธิมนุษยชนสากล, กรุงเทพฯ: สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, ม.ป.ป.

³ แหล่งเดิม.

เชี่ยวชาญอันมีประสิทธิผลจากศาลที่มีอำนาจแห่งรัฐต่อการกระทำอันล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งคนได้รับตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย⁴

หลักสำคัญของปรัชญาสาขากล่าวว่าด้วยสิทธิมนุษยชนบัญญัติไว้เป็นว่า “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาพร้อมกับความเป็นอิสระ มีศักดิ์ศรี และสิทธิเท่าเทียมกัน” สิทธิมนุษยชนนั้นสืบเนื่องมาจากแนวคิด ทฤษฎีเรื่องสิทธิตามธรรมชาติซึ่งมีพื้นฐานความคิดว่า มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิบางอย่างในฐานะที่เป็นมนุษย์ สิทธิตามธรรมชาติต่างจากสิทธิที่เรามีในฐานะพลเมือง ในแง่ที่เป็นสิทธิที่เกิดจากลักษณะธรรมชาติของมนุษย์ มิได้เกิดจากการที่รัฐกำหนดให้กับพลเมือง ดังนั้น ถึงแม้ไม่มีรัฐ มนุษย์ทุกคนก็ยังคงสิทธิบางอย่างอยู่ เพราะเป็นสิทธิที่ติดมากับความเป็นมนุษย์ ยิ่งไปกว่านั้น สิทธิตามธรรมชาติเป็นบรรทัดฐานของสิทธิที่รัฐให้กับพลเมือง เพราะเป็นสิทธิที่บอกถึงความเป็นมนุษย์ รัฐจะต้องเคารพความเป็นมนุษย์ ดังนั้น สิทธิตามธรรมชาติจึงเป็นต้นแบบของสิทธิที่ให้แก่พลเมือง รัฐใดไม่ทำเช่นนี้ถือว่าผิดศีลธรรม และไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของพลเมืองอย่างเพียงพอ

กล่าวโดยสรุป จากแนวคิดของการคุ้มครองด้านสิทธิมนุษยชน ตามหลักปรัชญาสาขากล ซึ่งมีพื้นฐานมาจากสิทธิตามธรรมชาติ บุคคลใดจะทรมาณหรือได้รับการปฏิบัติหรือลงโทษโดยวิธีการโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือหยาบเกินควรมิได้ มนุษย์ทุกคนย่อมมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ และมีสิทธิเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย” ดังนั้น สำหรับผู้ที่กระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลอื่น ซึ่งถือเป็นการกระทำที่ล่วงละเมิดทั้งทางกายและทางจิตใจของผู้ถูกระทำ นอกจากจะเป็นการกระทำที่ล่วงละเมิดกฎหมายภายในประเทศแล้ว ยังละเมิดต่อแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนอันเป็นหลักพื้นฐานสาขาลี้กด้วย

2.1.1.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR)

สมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับรองกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2509 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2519 โดยประเทศไทยเข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองโดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 โดยมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 29 มกราคม 2540

⁴ จาก ปรัชญาสาขากล่าวว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (น. 22), โดย กรมองค์การระหว่างประเทศ, 2551, กรุงเทพฯ: กระทรวงการต่างประเทศ.

⁵ อุกฤษณ์ แพทย์น้อย. ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ..[Online]. สืบค้น 20 พฤษภาคม 2557, จาก <http://pioneer.chula.ac.th/~pukrit/2207102/right.html>

สาระสำคัญของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ประกอบด้วยวรรคอารัมภบทและบทบัญญัติรวม 53 ข้อ วรรคอารัมภบท กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐ ด้านสิทธิมนุษยชนตามกฎหมาย สหประชาชาติ รวมทั้งหน้าที่ของบุคคลที่จะส่งเสริมและคุ้มครอง สิทธิมนุษยชน และได้รับสิทธิทั้งด้านพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน ขณะที่วรรคสองกล่าวถึงพันธกรณีของรัฐภาคีที่รับรองจะเคารพและประกันสิทธิของบุคคล รวมถึงห้ามการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลทาง เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ สถานะทางเศรษฐกิจ สังคม ถิ่นกำเนิด หรือสภาพอื่นใด โดยจะดำเนินการให้เกิดผลในทางปฏิบัติภายในประเทศ การประกันว่าบุคคลที่ถูกละเมิดจะได้รับการเยียวยา ไม่ว่าจะบุรุษหรือสตรีจะได้รับสิทธิพลเมืองและการเมืองอย่างเท่าเทียมกัน การลิดรอนสิทธิในสถานการณ์ฉุกเฉิน และการห้ามการตีความกติกาในอันที่จะไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพอื่นๆ⁶

กล่าวโดยสรุป กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ถูกระทำในความผิดเกี่ยวกับเพศ บัญญัติอยู่ในส่วนที่ 2 ซึ่งสอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ เป็นการให้หลักประกันแก่บุคคลว่าบุคคลที่ถูกละเมิด ไม่ว่าจะถูกละเมิดภายใต้กฎหมายใดก็ตาม จะได้รับการเยียวยาตามความเหมาะสม และจำเป็นจากรัฐ

⁶ INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS .

The States Parties to the present Covenant,

Considering that, in accordance with the principles proclaimed in the Charter of the United Nations, recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world,

Recognizing that these rights derive from the inherent dignity of the human person,

Recognizing that, in accordance with the Universal Declaration of Human Rights, the ideal of free human beings enjoying civil and political freedom and freedom from fear and want can only be achieved if conditions are created whereby everyone may enjoy his civil and political rights, as well as his economic, social and cultural rights,

Considering the obligation of States under the Charter of the United Nations to promote universal respect for and observance of, human rights and freedoms,

Realizing that the individual, having duties to other individuals and to the community to which he belongs, is under a responsibility to strive for the promotion and observance of the rights recognized in the present Covenant,.

2.1.2 การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกระทำในความคิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรฐานสากล

บทบัญญัติข้อ 1 ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนความว่า “ มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ ต่างในตนมีเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยจิตวิญญูณแห่งภราดรภาพ” แต่ในขณะเดียวกัน ความเป็นจริงในสังคมได้มีการก่ออาชญากรรมในลักษณะต่างๆ มากมาย รวมถึงการกระทำความผิดทางเพศด้วย ดังนั้น ไม่เพียงแต่จะมีบทบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเท่านั้น แต่บรรดาประเทศสมาชิกยังได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับสิทธินี้ไว้ในกฎหมายอื่น เพื่อสร้างหลักประกันพื้นฐานให้ประชาชนได้เกิดความมั่นใจว่าจะได้รับการคุ้มครองจากการก่ออาชญากรรมอย่างเพียงพอ ไม่ว่าจะในระดับสากลหรือในระดับรัฐ

2.1.2.1 ปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐาน เกี่ยวอาชญากรรมและการใช้อำนาจโดยมิชอบ

นอกเหนือไปจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อันถือเป็นแผนแม่บทของการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั่วโลกแล้ว จากบทบัญญัติดังกล่าวได้ก่อให้เกิดปฏิญญา กติกาสากล ตลอดจน อนุสัญญาอื่นๆ ตามมาอีกมากมายเพื่อให้บทบัญญัติต่างๆ ที่ได้บัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีผลบังคับใช้ในทางปฏิบัติ

สำหรับกรณีของการให้ความคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรม องค์การสหประชาชาติได้มีแนวคิดในการจัดทำร่างแมกนาคาร์ตา สำหรับเหยื่อ (Magna Carta for Crime) และองค์การสหประชาชาติได้ประกาศรับรอง “ปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับเหยื่ออาชญากรรม และการใช้อำนาจโดยมิชอบ” (Declaration of Basic Principle of justice for Victims of Crime and Abuse of Power, 1985) ขึ้น ในการประชุมที่กรุงมิลาน ประเทศอิตาลี ในปี ค.ศ. 1985 และลงมติสมัชชาใหญ่ขององค์การสหประชาชาติรับรองสิทธิต่างๆ ของเหยื่ออาชญากรรม ดังนี้

- 1) สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติด้วยความเห็นอกเห็นใจ มีประโยชน์และแน่นอนตลอดเวลา โดยคำนึงถึงสถานภาพสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคล
- 2) สิทธิที่จะได้รับการแจ้งถึงวิธีการสอบสวนโดยตำรวจ (เว้นแต่การเปิดเผยจะเป็นผลเสียแก่การสอบสวน)
- 3) สิทธิที่จะได้รับแจ้งถึงคำฟ้องรวมทั้งการแก้ไขเพิ่มเติม
- 4) สิทธิที่จะได้รับโอกาสให้ถ้อยคำในตอนเริ่มแรกของการสอบสวน เกี่ยวกับความบาดเจ็บหรือความเสียหายที่ได้รับเนื่องจากการกระทำความผิดอาญานั้น คำให้การนี้จะต้องได้รับการปรับปรุงให้ทันสมัยก่อนที่จะมีการพิจารณาลงโทษจำเลย

5) สิทธิที่จะได้รับการอธิบายเหตุผลในการยอมรับคำให้การรับสารภาพของผู้กระทำผิดในข้อหาที่มากกว่าเดิม หรือยอมรับคำให้การรับสารภาพของผู้กระทำผิดที่สารภาพเพื่อแลกเปลี่ยนกับคำเสนอแนะให้ลดโทษหรือบรรเทาโทษจำเลยในการพิจารณาคดี

6) สิทธิที่จะได้รับการอธิบายเหตุผลในการถอนฟ้อง (Nolle Prosequi) หรือการสั่งไม่ฟ้อง (ดุลพินิจซึ่งจะมีผลกระทบต่อเหยื่ออาชญากรรมนั้น จะต้องได้รับการอธิบายอย่างรอบคอบและระมัดระวังเป็นพิเศษ

7) สิทธิที่จะได้รับทรัพย์สินที่ทางราชการยึดไว้เพื่อสอบสวน หรือใช้เป็นพยานหลักฐานคืนโดยเร็ว ซึ่งจะต้องพยายามลดความไม่สะดวกทั้งปวงแก่เหยื่ออาชญากรรมให้มากที่สุด

8) สิทธิที่จะได้รับการแจ้งถึงขั้นตอนการพิจารณาคดี รวมทั้งสิทธิหน้าที่ของพยาน

9) สิทธิที่จะได้รับการคุ้มกันมิให้พบปะกับจำเลยหรือพยานจำเลยในระหว่างการพิจารณาคดีโดยไม่จำเป็น

10) สิทธิที่จะปิดบังสถานที่อยู่ไว้เป็นความลับ เว้นแต่จำเป็นจะต้องเปิดเผยเนื่องในการดำเนินคดีของโจทก์หรือการต่อสู้คดีของจำเลย

11) สิทธิที่จะไม่ต้องปรากฏตัวในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง หรือการพิจารณาของคณะกรรมการ (Committal Proceedings) เว้นแต่เป็นความจำเป็นในการดำเนินคดีของโจทก์หรือการต่อสู้คดีของจำเลย

12) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคุ่มครองจากพนักงานอัยการในการพิจารณาคำร้องขอของผู้กระทำผิด ซึ่งร้องขอประกันตัว

13) สิทธิที่จะได้รับการอธิบายถึงผลของการประกันตัวผู้กระทำผิด รวมทั้งสิทธิที่จะได้รับแจ้งถึงเงื่อนไขของการให้ประกันตัว ซึ่งกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรมจากประทุษร้ายของผู้กระทำผิดในภายหลัง

14) สิทธิที่จะให้ศาลได้รับทราบถึงผลที่ตนจะได้รับจากการกระทำผิดอาญาจากการแถลงของพนักงานอัยการหรือจากข้อความที่ปรากฏในสำนวนคดีรวมทั้งความเสียหายทางการเงินทางสังคมและทางร่างกาย ในกรณีนี้พนักงานอัยการก็ควรจะแถลงศาลถึงข้อเท็จจริงใดๆ ซึ่งจะช่วยในการกำหนดดุลพินิจของศาลรวมทั้งการแก้ไขความเสียหาย ตลอดจนจำนวนค่าชดเชยหรือค่าทดแทนซึ่งผู้เสียหายประสงค์จะได้รับด้วย

15) สิทธิที่จะได้รับการอธิบายผลของการดำเนินคดีอาญา รวมทั้งรับทราบคำพิพากษาและการบังคับตามคำพิพากษา

16) สิทธิที่จะได้รับคำอธิบายเกี่ยวกับผลของการคุมประพฤติ

17) สิทธิที่จะได้รับคำบอกกล่าวก่อนที่ผู้กระทำผิดจะถูกปล่อยตัวจากการควบคุม⁷

กล่าวโดยสรุป ปฏิญญาขององค์การสหประชาชาติ ว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับเหยื่ออาชญากรรมและการใช้อำนาจโดยมิชอบ มีปรัชญาพื้นฐานที่สำคัญคือ ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมจะต้องได้รับการยอมรับ และได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิของเหยื่ออาชญากรรมได้รับการพัฒนาต่อมา และมีผลในการพัฒนาหลักกฎหมายอาญาระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในกระบวนการยุติธรรม ได้มุ่งให้ความสำคัญต่อสิทธิของเหยื่ออาชญากรรมมากขึ้น มิได้มองแค่เหยื่ออาชญากรรมเป็นเพียงพยานหลักฐาน (พยานบุคคล) ขึ้นหนึ่งเท่านั้น แต่ให้ความสำคัญต่อเหยื่ออาชญากรรมโดยมุ่งคุ้มครองประโยชน์อันสูงสุดที่เหยื่ออาชญากรรมควรจะได้รับ การเยียวยาจากกระบวนการยุติธรรมทั้งระบบ

2.1.2.2 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เป็นสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ได้รับความเห็นชอบมากที่สุดในโลก โดยทุกประเทศในโลกได้ให้สัตยาบัน ยกเว้นประเทศโซมาเลียและสหรัฐอเมริกา ส่วนประเทศไทยได้ให้สัตยาบันอนุสัญญานี้ในปี พ.ศ. 2535

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเริ่มต้นมาจากการคำนึงถึงหลักสำคัญ 5 ประการ คือ สิทธิพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม สำหรับเรื่องสวัสดิภาพและการคุ้มครองพิทักษ์สิทธิเด็กที่กำหนดไว้ในปฏิญญาเจนีวา ในปี พ.ศ. 2466 (ค.ศ. 1923) โดย “สหภาพกองทุนช่วยเหลือเด็กระหว่างประเทศ” เป็นความพยายามครั้งแรกที่จะรวบรวมเงื่อนไขต่างๆ เกี่ยวกับ สิทธิเด็กไว้ภายใต้เอกสารฉบับเดียวกัน และต่อมาได้รับการทบทวนและเพิ่มเติมในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเมื่อปี พ.ศ. 2491 (ค.ศ. 1948) ซึ่งได้กลายมาเป็นพื้นฐานของข้อความทั้งสิบข้อในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติได้ลงมติเป็นเอกฉันท์ เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2502 (ค.ศ. 1959)

ความจำเป็นต้องมีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นส่วนสำคัญของสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นสิทธิที่กำหนดไว้ภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2491 และกติกาสากลต่างๆ รวมทั้งเอกสารอื่นๆ ที่มีผลบังคับทางกฎหมาย เพื่อก่อให้มีการเสริมสร้างและพิทักษ์สิทธิมนุษยชนอย่างแท้จริง ดังนั้น การพิทักษ์สิทธิเด็กก็ควรจะต้องอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายที่แน่นอนเป็นที่ยอมรับโดยทัดเทียมกันด้วยภูมิหลังดังกล่าวนี้เองประเทศโปแลนด์จึงได้เสนอให้มีอนุสัญญาว่าด้วย

⁷ สิทธิของเหยื่ออาชญากรรมในกฎหมายระหว่างประเทศ : ผลกระทบต่อประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี). โดย อภิรักษ์ ทิมวงศ์, 2544, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

สิทธิเด็กขึ้นก่อนปีเด็กสากล (พ.ศ.2522) ซึ่งความคิดริเริ่มนี้เป็นโอกาสและแรงผลักดันให้มีการตั้ง
 คำนิยามที่ชัดเจนขึ้นเกี่ยวกับมาตรฐานสิทธิมนุษยชนสำหรับเด็ก ตลอดจนนำเอาข้อมูลที่มีอยู่แล้วมา
 ปรับรวมเข้าด้วยกัน และลดช่องโหว่ที่มีอยู่ในข้อความต่างๆแล้วมีการประเมินผลโดยละเอียด เพื่อ
 นำไปบรรจุไว้ในเอกสารระหว่างประเทศเพียงฉบับเดียวที่จะมีผลบังคับใช้ทางกฎหมายได้⁸

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดสิทธิของเด็กที่รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตาม 4 ประเภท
 ได้แก่

1. สิทธิในการดำรงชีวิต (Survival Rights) หรือสิทธิพื้นฐานทั่วไปของเด็ก เช่น สิทธิ
 ในการมีชีวิตอยู่ สิทธิที่จะได้รับมาตรฐานสาธารณสุข สิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากการ
 ประกันสังคม สิทธิที่จะมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดีพอ และสิทธิในการมีชื่อและสัญชาติ เป็นต้น

2. สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Protection Rights) จากการถูกเอาเปรียบทาง
 เพศ หรือถูกทำร้ายรังแกทางเพศ จากการถูกเอารัดเอาเปรียบทางเศรษฐกิจ หรือจากการทำงานใดๆ
 ที่จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพ หรือการพัฒนาทางร่างกาย สมอง จิตใจ ศีลธรรม และสังคมของเด็ก
 จากการถูกใช้อย่างเอาเปรียบไม่ว่าในลักษณะใด จากการถูกทรมานหรือลงโทษ หรือการกระทำใน
 ลักษณะที่โหดร้าย จากการเข้าไปมีส่วนร่วมในสงคราม ตลอดจนการปกป้องคุ้มครองเด็กที่มีชีวิต
 อยู่ในภาวะที่ยากลำบาก เช่น เด็กพิกار เด็กผู้ลี้ภัย เด็กกำพร้า เป็นต้น

3. สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา (Development Rights) เช่น สิทธิที่จะได้รับการศึกษา
 สิทธิที่จะได้รับการพักผ่อนหย่อนใจ และการทำกิจการต่างๆ เป็นต้น

4. สิทธิในการมีส่วนร่วม (Participation Rights) เช่น สิทธิในการแสดงความคิดเห็น
 ได้อย่างเสรีในทุกๆ เรื่อง ที่มีผลกระทบต่อตนเอง สิทธิในการแสดงออกและการแสวงหา ได้รับ
 หรือถ่ายทอดข้อมูลข่าวสาร เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปอนุสัญญานี้ มุ่งที่จะตั้งมาตรฐานสากลเพื่อคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษ
 โดยกำหนดหลักการคุ้มครองร่างกาย ชีวิต เสรีภาพและสวัสดิการของเด็กไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ
 มุ่งคุ้มครองไม่ให้เด็กถูกข่มเหงรังแก หรือถูกละเมิดสิทธิเหนือร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ รวมทั้ง
 สวัสดิภาพ ไม่ว่าจะกรณีใดๆ เช่น การถูกทำร้าย การฆ่า การล่วงละเมิดทางเพศ ขูดรีดหากำไรทางเพศ
 หรือค้ากำไรทางเศรษฐกิจหรือนำเด็กไปเป็นวัตถุซื้อขาย หรือปฏิบัติต่อเด็กอย่างไม่เหมาะสม เป็น
 เหตุให้เกิดผลเสียต่อสวัสดิภาพเด็ก รวมทั้งคุ้มครองให้มีการเยียวยาฟื้นฟูเด็ก ผู้ตกเป็นเหยื่อของการ
 กระทำดังกล่าวให้กลับเข้าสู่สภาพปกติโดยเร็วที่สุด ดังที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาข้อ 19 วรรค 1

⁸ ภัทธนาถ ชาติวิเศษ. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (ตอนที่ 1) [Online]. ค้นหาได้จาก

<http://www.l3nr.org/posts/258581> . ค้นเมื่อวันที่ 4 มีนาคม 2557.

จะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งด้านนิติบัญญัติ บริหาร สังคมและการศึกษา ในอันที่จะคุ้มครองเด็กจากความรุนแรงทั้งปวง ทั้งทางร่างกายและจิตใจ เช่น การทำร้าย การทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาท การแสวงประโยชน์ รวมถึงการล่วงละเมิดทางเพศขณะอยู่ในการดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นใดซึ่งเด็กนั้นอยู่ในความดูแล โดยมาตรการคุ้มครองดังกล่าว รวมถึงแผนงานทางสังคมในการให้การสนับสนุนที่จำเป็นแก่เด็ก และบุคคลซึ่งเด็กนั้นอยู่ในความดูแล ตลอดจนกระบวนการที่มีประสิทธิผลสำหรับป้องกันในรูปแบบอื่น⁹

2.1.3 การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกระทำในความผิดเกี่ยวกับเพศตามความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับสตรี

สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาพหุภาคี กล่าวคือ เป็นสนธิสัญญาที่มีรัฐมากกว่าสองรัฐขึ้นไปเข้าเป็นภาคีสถิติสัญญา ซึ่งกระบวนการในการทำสนธิสัญญามีหลายขั้นตอน นับตั้งแต่การเจรจา การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนาม การให้สัตยาบัน การภาคยานุวัติ และบางรัฐอาจตั้งข้อสงวน หรือตีความสนธิสัญญา และเมื่อปฏิบัติตามขั้นตอนในการทำสัญญาครบถ้วนแล้ว ภาคีก็มีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่อไป การเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาก่อให้เกิดพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับสนธิสัญญา มิฉะนั้นอาจต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ดังนั้น เมื่อประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสถิติสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน ประเทศไทยก็ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาดังกล่าว สำหรับความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับสตรีที่ประเทศไทยเป็นรัฐภาคี มี 2 ฉบับได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ และปฏิญญาว่าด้วยการขจัดการใช้ความรุนแรงต่อสตรี ดังมีรายละเอียดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่สตรีดังต่อไปนี้

2.1.3.1 อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ

อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ เป็นอนุสัญญาที่จัดทำขึ้น โดยสหประชาชาติและได้รับความรับรองจากที่ประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติ สมัยที่ 34 เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2522 นับจากนั้นจนถึงเดือนเมษายน 2540 ประเทศต่างๆ ให้สัตยาบัน (ratification) หรือภาคยานุวัติ (accession) อนุสัญญานี้แล้ว 156 ประเทศ สำหรับประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ โดยวิธีภาคยานุวัติ มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 8 กันยายน 2528 เป็นต้นมา

อนุสัญญานี้ ให้ความหมายของคำว่า “เลือกปฏิบัติต่อสตรี” หมายถึง การแบ่งแยก กีดกัน หรือการจำกัดใดๆ เพราะเหตุแห่งเพศ หรือมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้

⁹ จาก กมลินทร์ พินิจภูวดล. (2540, ธันวาคม). อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก : สิทธิเด็กในประเทศไทย. *บทบัณฑิตย*, 53. น. 100-105.

เสื่อมเสียการยอมรับ การได้อุปโภคหรือใช้สิทธิโดยสตรี โดยไม่คำนึงถึงสถานภาพด้านการสมรส บนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมของพลเมืองหรือด้านอื่นๆ

ส่วนบทบัญญัติของอนุสัญญาฉบับนี้ เป็นการให้ความคุ้มครองต่อสตรีในด้านของความเสมอภาคกับบุรุษในทุกด้าน ทั้งด้านสังคม วัฒนธรรม การเมือง และเศรษฐกิจ ได้แก่ สิทธิในการเลือกตั้ง การมีส่วนร่วมในการวางนโยบายของรัฐบาล การรับตำแหน่งราชการทุกระดับ การเข้าร่วมเป็นสมาชิกในองค์กรอิสระ การได้มาซึ่งสัญชาติ ด้านการศึกษา การประกอบอาชีพ หลักประกันสุขภาพ การจ้างงาน การถูกปลดออกจากงานโดยมิสาเหตุมาจากการตั้งครรภ์ การเข้าถึงความยุติธรรมในด้านกฎหมาย โดยการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของสตรี โดยศาลจะต้องให้ความยุติธรรมต่อสตรีให้เท่าเทียมกับบุรุษ ไม่มีการเลือกปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่และสถาบันของรัฐ รัฐภาคีต้องมีมาตรการที่เหมาะสม ซึ่งหมายรวมถึงการออกกฎหมาย เพื่อปราบปรามการค้าสตรีและการแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีของสตรีทุกรูปแบบด้วย¹⁰

กล่าวโดยสรุป ในกรณีที่มีการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ อันเป็นการสร้างความเสียหายแก่สตรีทั้งทางร่างกายและจิตใจ หากต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม อนุสัญญาฉบับนี้ ได้สร้างหลักประกันให้แก่สตรีว่า รัฐภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้จะไม่มีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ เป็นอันขาด สตรีจะได้รับความยุติธรรมเช่นเดียวกับบุรุษ และรัฐต้องมีการออกกฎหมายภายในเกี่ยวกับการปราบปรามการค้าสตรีและการแสวงหาผลประโยชน์จากการค้าประเวณีของสตรีด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้มีการคุ้มครองต่อสตรีโดยเฉพาะในเรื่องความเท่าเทียมกับบุรุษเพิ่มขึ้น

2.1.3.2 ปฏิญญาว่าด้วยการจัดการใช้ความรุนแรงต่อสตรี

ปฏิญญาว่าด้วยการจัดการความรุนแรงต่อสตรี จากมติที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ วันที่ 20 ธันวาคม พ.ศ. 2536 โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ตระหนักถึงความจำเป็นเร่งด่วนในการยอมรับหลักการระดับสากล เพื่อเป็นประโยชน์ต่อสตรีในเรื่องสิทธิและหลักการที่คำนึงถึงความเสมอภาค ความมั่นคงปลอดภัย เสรีภาพ และความเป็นหนึ่งเดียวอันแบ่งแยกมิได้ และศักดิ์ศรีแห่งมนุษย์ทั้งปวง ทั้งนี้เนื่องจากสิทธิและหลักการต่างๆ เหล่านี้เป็นหลักการอันสำคัญของกติกาสากล ประกอบด้วย ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ

¹⁰ อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ. [Online]. สืบค้น 4 มีนาคม 2557, จาก <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/cedawt.pdf>

และอนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทารุณกรรม การกระทำโหดร้ายต่างๆ อันไร้มนุษยธรรม การลงโทษและการปฏิบัติอันเลวทราม

ตามปฏิญญาฉบับนี้ ได้ยืนยันว่า ความรุนแรงต่อสตรีเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของสตรี และทำให้ประโยชน์ที่สตรีจะได้รับจากสิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นต้องถูกทำลายหรือลดน้อยลง และคำนึงถึงความล้มเหลวที่เคยเป็นมาในการปกป้อง และส่งเสริมสิทธิเหล่านั้นและเสรีภาพเมื่อเกิดกรณีความรุนแรงต่อสตรี

องค์การสหประชาชาติ ได้ให้ความหมายของ “ความรุนแรงต่อสตรี” ในปฏิญญาสากลว่าด้วยการขจัดความรุนแรงต่อสตรี หมายถึง “การกระทำใดๆ ที่เป็นความรุนแรงที่เกิดจากอคติทางเพศ ซึ่งเป็นผลให้เกิดความทุกข์ทรมานแก่สตรี รวมทั้งการขู่ข่มขู่ คุกคาม กีดกันเสรีภาพทั้งในที่สาธารณะและในชีวิตส่วนตัว นอกจากนี้ยังให้ รวมถึงความรุนแรงต่อไปนี้

1) ความรุนแรงต่อร่างกาย ทางเพศและจิตใจที่เกิดขึ้นใน ครอบครัว รวมทั้งการทุบตี การทารุณกรรมทางเพศต่อเด็กและสตรี ในบ้าน ความรุนแรงอันมีเหตุมาจากของหมั้นที่ฝ่ายหญิงให้กับ ครอบครัวสามี การข่มขืนโดยคู่สมรส การขลิบอวัยวะเพศสตรี และ ข้อปฏิบัติตามประเพณีต่างๆ อันเป็นอันตรายต่อสตรี ความรุนแรงที่ไม่ได้เกิดจากคู่สมรส และความรุนแรงที่เป็นการหาประโยชน์จากสตรี

2) ความรุนแรงต่อร่างกาย เพศ และจิตใจที่เกิดขึ้นภายในชุมชนทั่วไป รวมถึงการข่มขืน การทารุณกรรมทางเพศ การทรมานทางเพศ การข่มขู่ในสถานที่ทำงาน ในสถาบันการศึกษา และสถานที่ต่างๆ การค้าหญิงและการบังคับค้าประเวณี

3) ความเพิกเฉยของรัฐต่อความรุนแรง ไม่ว่าจะเป็ความ รุนแรงที่เกิดทางร่างกาย ทางเพศ และจิตใจ¹¹

นอกจากนั้นในปฏิญญาฉบับนี้ได้รับรองสิทธิของสตรีไว้ กล่าวคือ ในข้อ 3 ของปฏิญญาฯ บัญญัติว่า สตรีควรได้รับความเท่าเทียมในการรับประโยชน์และการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทุกด้าน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม พลเมือง และด้านอื่นๆ สิทธิดังกล่าวคือ

- 1) สิทธิในชีวิต
- 2) สิทธิแห่งความเสมอภาค

¹¹ ศูนย์ข้อมูลความรุนแรงต่อเด็ก สตรี และความรุนแรงในครอบครัว. นโยบายและแผนขจัดความรุนแรงต่อเด็กและสตรี. [Online]. สืบค้น 4 มีนาคม 2557, จาก <http://www.violence.in.th/publicweb/NewsDetail.aspx?id=34&type=5>

- 3) สิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของบุคคล
- 4) สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายอย่างเท่าเทียม
- 5) สิทธิที่จะเป็นอิสระจากการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบ
- 6) สิทธิที่จะสามารถบรรลุถึงความสุขกายและสุขภาพจิตที่ได้มาตรฐานสมบูรณ์
- 7) สิทธิในการมีข้อตกลงที่ยุติธรรมและพอใจในการทำงาน
- 8) สิทธิที่จะไม่ตกอยู่ในสภาพทุกข์ทรมาน หรือการกระทำที่โหดร้าย หรือการลงโทษ หรือปฏิบัติที่เลวทราม ไร้มนุษยธรรม

รัฐควรประมาณความรุนแรงต่อสตรี และไม่ควรอ้างชนบทรรมนิยมประเพณี หรือศาสนาใดๆ เพื่อหลีกเลี่ยงพันธะหน้าที่ในการขจัดความรุนแรง รัฐควรติดตามนโยบายเกี่ยวกับการขจัดความรุนแรงต่อสตรี โดยวิธีที่เหมาะสมทุกประการ และโดยไม่ชักช้า และเพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายนี้ รัฐภาคีทั้งหลายของอนุสัญญาฯ นี้ ตกลงที่จะ

- 1) พิจารณาให้สัตยาบัน หรือการรับรองต่ออนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ หรือการยกเลิกข้อสงวนของอนุสัญญา
- 2) งดเว้นจากการเข้าไปมีส่วนร่วมในความรุนแรงต่อสตรี
- 3) ปฏิบัติการอย่างเข้มแข็ง โดยสอดคล้องกับกฎหมายของประเทศเพื่อป้องกันสืบสวน และลงโทษ การกระทำความรุนแรงต่อสตรีไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยบุคคลหรือโดยรัฐ
- 4) พัฒนามาตรการลงโทษทางอาญา แพ่ง แรงงาน และการลงโทษทางการบริหารจัดการด้วยกฎหมาย ภายในประเทศ เพื่อลงโทษ และชดใช้ต่อความเลวร้ายที่เกิดกับผู้หญิงที่ประสบกับความรุนแรง สตรีผู้ถูกกระทำความรุนแรงควรมีโอกาสเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม เช่น ได้รับการคุ้มครองทางด้าน กฎหมายสตรีที่ถูกทำร้ายได้รับความทุกข์ทรมานจากความรุนแรงควรได้รับการรักษาที่มีประสิทธิภาพอย่างเพียงพอ รัฐควรให้ข้อมูลแก่สตรีถึงสิทธิที่จะได้รับการชดใช้จากกลไกเหล่านั้น
- 5) พิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการพัฒนาแผนการปฏิบัติการแห่งชาติเพื่อสนับสนุนการคุ้มครองสตรีจาก ความรุนแรงทั้งปวง หรือข้อกำหนดเพื่อความมุ่งประสงค์ดังกล่าวในแผนปฏิบัติการต่างๆ ที่มีอยู่ ให้พิจารณาความร่วมมือที่เหมาะสมจากองค์กรพัฒนาเอกชน โดยเฉพาะที่ทำงานเกี่ยวข้องกับปัญหาความรุนแรงต่อสตรี
- 6) พัฒนาวิธีการป้องกัน และมาตรการด้านต่างๆ ทั้งด้านกฎหมาย การเมืองบริหาร และวัฒนธรรม อย่างรอบด้าน เพื่อส่งเสริมการป้องกันสตรีจากความรุนแรงทุกรูปแบบ และประกันว่าการตกเป็นเหยื่อของสตรีจะไม่เกิดซ้ำอีกจากข้อบกพร่องทางกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย หรือมาตรการอื่นๆ ที่มีได้ คำนึงถึงประเด็นทางเพศ

7) การปฏิบัติเพื่อรับประกันว่าสตรีผู้ถูกระทำโดยความรุนแรง และเด็กจะได้รับความช่วยเหลือ การพักผ่อน การดูแลเด็ก การบำรุง การรักษา การให้คำปรึกษา การบริการด้านสุขภาพและบริการทางสังคม สิ่งอำนวยความสะดวกและการให้การสนับสนุน และมาตรการที่เหมาะสมอื่นๆ เพื่อสนับสนุนความปลอดภัย และการฟื้นฟูทางร่างกาย และจิตใจของสตรีเหล่านั้น ตามทรัพยากรที่มีอยู่ในขอบเขต มากที่สุดที่สามารถจัดหาได้ หรือเมื่อมีความจำเป็นต้องอาศัยแนวทางการร่วมมือระหว่างประเทศที่มีอยู่

8) ให้รัฐจัดเตรียมงบประมาณเพื่อจัดหาทรัพยากรที่เพียงพอในการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการขจัด ความรุนแรงต่อผู้หญิง

9) จัดให้มีมาตรการเพื่อรับประกันว่าเจ้าหน้าที่ด้านกฎหมาย และเจ้าหน้าที่ของรัฐรับผิดชอบหน้าที่ตาม นโยบายที่จะป้องกัน สืบสวน และลงโทษการกระทำความรุนแรงต่อสตรี ได้รับการอบรมเพื่อให้ มีความเข้าใจต่อความจำเป็นของสตรี

10) นำมาตรการทุกอย่างที่เหมาะสมมาปฏิบัติ โดยเฉพาะทางด้านการศึกษา เพื่อปรับปรุงแบบแผน ความประพฤติทางสังคม และวัฒนธรรมของบุรุษและสตรีและเพื่อขจัดอคติทางเพศ ประเพณีปฏิบัติ และข้อปฏิบัติอื่นๆ ทั้งปวง ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความคิดที่เพศใดเพศหนึ่ง จะมีความด้อยกว่า หรือความเหนือกว่าอีกเพศหนึ่ง และขจัดการจำกัดบทบาททางเพศของบุรุษและสตรี

11) สนับสนุนการวิจัย การรวบรวมข้อมูล และการเรียบเรียงสถิติ ที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบต่างๆ ของ ความรุนแรงต่อสตรี โดยเฉพาะความรุนแรงในครอบครัวและส่งเสริมการวิจัยถึงสาเหตุความรุนแรง ธรรมชาติของความรุนแรงและผลกระทบของความรุนแรงต่อสตรี และความมีประสิทธิภาพ ของมาตรการที่สามารถนำมาใช้เพื่อป้องกัน และแก้ไขความรุนแรงต่อสตรี และควรเผยแพร่ ผลงานวิจัยและสถิติต่างๆ แก่สาธารณชน

12) นำมาตรการขจัดความรุนแรงต่อสตรีมาใช้โดยเฉพาะกับสตรีกลุ่มเสี่ยงต่อความรุนแรง

13) รวมข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องความรุนแรงต่อสตรีและมาตรการที่ได้นำไปปฏิบัติตามหลักการของปฏิญญานี้ ในรายงานที่เสนอต่อองค์การสหประชาชาติตามระเบียบที่กำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนต่างๆ

14) ส่งเสริมการพัฒนาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติตามหลักการที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้

15) ตระหนักถึงบทบาทอันสำคัญของขบวนการสตรีและองค์กรพัฒนาเอกชนทั่วโลก ในการสร้างจิตสำนึก ความตระหนักและในการบรรเทาปัญหาความรุนแรงต่อสตรี

16) อำนาจความสะดวก และส่งเสริมงาน ของขบวนการสตรีและองค์กรพัฒนาเอกชน และร่วมมือกับ องค์กรเหล่านี้ทั้งในระดับท้องถิ่น ระดับประเทศ และระดับภูมิภาค

17) ส่งเสริมองค์กรความร่วมมือระหว่างประเทศในภูมิภาคที่ประเทศของตน เป็นสมาชิกให้บรรลุ การขจัด ความรุนแรงต่อสตรีเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติการขององค์กร ตามที่เห็นสมควร¹²

กล่าวโดยสรุป องค์กรสหประชาชาติ ได้ออกปฏิญญาสากลว่าด้วยการขจัดความรุนแรงต่อสตรี มาเพื่อให้การคุ้มครองแก่สตรีที่ถูกกระทำรุนแรงซึ่งเป็นผลให้เกิดความทุกข์ทรมานแก่สตรี รวมทั้งการขู่ข่มขู่ คุกคาม กีดกันเสรีภาพทั้งในที่สาธารณะและในชีวิตส่วนตัว โดยหมายรวมถึงทั้งความรุนแรงต่อร่างกาย ทางเพศและจิตใจ การข่มขืนกระทำชำเรา การทารุณกรรมทางเพศ การลวนลามทางเพศ การข่มขู่ในสถานที่ทำงาน ในสถาบันการศึกษาและสถานที่ต่างๆ การค้าหญิงและการบังคับค้าประเวณี โดยรัฐที่เป็นภาคีไม่อาจเพิกเฉยต่อความรุนแรงที่เกิดขึ้นนี้ จึงควรต้องมีมาตรการทางกฎหมายซึ่งมีผลบังคับใช้ภายในรัฐออกมาให้ความคุ้มครองต่อสตรีในกรณีที่ถูกกระทำด้วยความรุนแรงตามที่บัญญัติไว้ในปฏิญญานี้

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศ

กฎหมายอาญาของประเทศไทยในปัจจุบันเป็นกฎหมายอาญาบนพื้นฐานของการกระทำ ในบางกรณีกฎหมายได้บัญญัติโดยคำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิดด้วย และภายใต้กรอบของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานนั้นก็จะทำให้ความผิดฐานใดฐานหนึ่งนั้นมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำความผิดรวมอยู่ด้วย¹³

2.2.1 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

ลี เอลลิส (Ellis) นักสังคมวิทยาได้จำแนกมุมมองของการถูกข่มขืนไว้ 3 ด้านดังนี้¹⁴

1) ทฤษฎีการข่มขืนตามแนวคิดอิสาศตร์ (The feminist theory of rape)

การข่มขืนถูกมองว่าเป็นผลพวงของค่านิยมทางสังคมที่เพศชายมีอิทธิพลเหนือเพศหญิงทั้งในโครงสร้างทางอำนาจและเศรษฐกิจ โดยผู้ชายเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการข่มขืน เพราะผู้ชายทุกคนได้รับประโยชน์จากความจริงที่ว่าผู้หญิงเป็นผู้ที่ไม่มีอิสระในสังคม

¹² ปฏิญญาว่าด้วยการขจัดการใช้ความรุนแรงต่อสตรี ข้อ 4.

¹³ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 44), โดย คณิต ฅ นคร, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹⁴ คณิต ฅ นคร (อ้างถึงใน สุวิทย์ วนาสวรรณวิช, 2549, น. 133).

กลุ่มจิตวิทยาไม่ได้มองว่าความพึงพอใจทางเพศเป็นแรงจูงใจที่ทำให้เกิดการข่มขืน แต่มองว่าการข่มขืนเป็นการสร้างรากฐานหรือการคงอยู่ของความพยายามที่จะควบคุมและมีอำนาจเหนือผู้หญิงโดยผู้ชาย

2) ทฤษฎีข่มขืนตามแนวทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคม (The social learning theory of rape)

อัลเบิร์ต แบนดูรา (Bandura) ผู้นำทางทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคมกล่าวว่า ความก้าวร้าวเป็นสิ่งที่สามารถเรียนรู้ได้ และเป็นพื้นฐานที่จะนำไปสู่การดำเนินพฤติกรรมโดยมีความก้าวร้าวเป็นแรงเสริม คำอธิบายนี้เชื่อมโยงมาสู่เรื่องการข่มขืนกล่าวคือ ทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคมมองว่าการข่มขืนคือพฤติกรรมก้าวร้าว ซึ่งเป็นสิ่งที่สามารถเรียนรู้ได้จากการสังเกตพฤติกรรมที่เกิดขึ้นในชีวิตประจำวัน การรับรู้ข้อมูลข่าวสาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสังเกตพฤติกรรมก้าวร้าวที่ไม่ถูกลงโทษ เป็นต้น

ถึงแม้ว่าทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคมจะคล้ายคลึงกับทฤษฎีจิตวิทยาในแง่ของความเชื่อเรื่องสังคมและวัฒนธรรมการเรียนรู้เป็นสิ่งที่สำคัญในการตอบสนองต่อการข่มขืนแต่ก็มีสิ่งที่แตกต่างกันอยู่ 2 ประการคือ ทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคมเห็นว่าสาเหตุของการข่มขืนนั้น วัฒนธรรมนิยมประเพณีและวัฒนธรรมเป็นสิ่งที่เชื่อมโยงไปสู่ความก้าวร้าวและเพศในแต่ละบุคคล และเชื่อว่าการข่มขืนเป็นเรื่องแรงจูงใจทางเพศมากกว่า

3) ทฤษฎีวิวัฒนาการการข่มขืนหรือทฤษฎีการข่มขืนแนวสังคมชีววิทยา (The approach of sociobiology หรือ An evolutionary theory of rape)

พฤติกรรมทางสังคมถูกสร้างขึ้นและพัฒนาไปการขยายเผ่าพันธุ์ สำหรับในสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมเพศผู้และเพศเมีย ถูกกำหนดให้ใช้เวลาและพลังงานไปในการรับผิดชอบในเรื่องการสืบพันธุ์แตกต่างกันผู้หญิงดูแลบุตรในขณะที่ผู้ชายให้ความสำคัญกับการปกป้องคุ้มครองพอๆกับการมีคู่นอนหลายๆ คน ผู้ชายเป็นฝ่ายได้เปรียบผู้หญิงมาตั้งแต่เกิดเมื่อเปรียบเทียบกับแนวคิดทฤษฎีนี้เชื่อว่าผู้ชายมีความแข็งแรงแกร่งกว่า จึงมีโอกาสในการเลือกที่จะมีคู่นอนได้หลายคน แทนที่จะต้องเป็นฝ่ายเลี้ยงดูบุตร การข่มขืนอาจจะเป็นผลพวงตามธรรมชาติของกฎแห่งทางเลือกนี้

2.2.1.1 สาเหตุของการกระทำผิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับเพศ

สำหรับสาเหตุของการทำความเข้าใจเกี่ยวกับเพศ ส่วนใหญ่มีสาเหตุมาจากการใช้อำนาจในทางที่ผิด การล่วงละเมิดทางเพศมีรากเหง้ามาจากระบบสังคมวัฒนธรรมที่ผู้ชายมีอำนาจครอบงำผู้หญิง จากการศึกษาของนักวิจัยส่วนใหญ่เกี่ยวกับประเด็นการล่วงละเมิดทางเพศนั้นพบว่า

สาเหตุสำคัญของการล่งละเมิดทางเพศ มักเกิดจากการที่ผู้มีอำนาจเหนือกว่า ใช้อำนาจของตนที่มีอยู่ไปในทางที่ไม่เหมาะสม

การคุกคามทางเพศเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในสภาพที่ชายกับหญิงมีอำนาจไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายที่ถูกคุกคามจะเป็นฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิงก็ได้ โดยอาศัยอำนาจที่เหนือกว่าบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งยินยอมในเรื่องการละเมิดสิทธิทางเพศ การอยู่ใต้การบังคับบัญชาของผู้ชายในการทำงาน ทำให้ผู้หญิงมีสภาพการทำงานที่ปฏิเสธการล่งเกินทางเพศในที่ทำงานได้ยาก โดยผู้หญิงต้องเลือกว่าจะยินยอมทางเพศหรือจะยอมสูญเสียสภาพการจ้างงาน อันมีความสัมพันธ์กับบริบทของอำนาจที่ผู้ล่งเกินทางเพศเป็นผู้บังคับบัญชาที่มีตำแหน่งสูงกว่า และมีอำนาจมากกว่าผู้ถูกล่งละเมิดทางเพศ ในการให้คุณให้โทษและใช้สถานภาพจากตำแหน่งหน้าที่เป็นตัวบีบบังคับสภาพทางเศรษฐกิจของผู้หญิง ทำให้ผู้หญิงต้องยอมรับอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้นอำนาจทางสถานภาพจึงเป็นตัวนำไปสู่การล่งเกินทางเพศ¹⁵

นอกจากนี้ กาญจนา แก้วเทพ ได้ระบุว่า สาเหตุที่นำไปสู่การตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ประกอบด้วยปัจจัย 4 ประการคือ¹⁶

1) ปัจจัยทางด้านกายภาพ (Physical Factors) เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ผู้หญิงถูกล่งละเมิดทางเพศ เพราะอิทธิพลจากสิ่งแวดล้อมรอบๆ ตัวของมนุษย์ รวมทั้งสุขวิทยาที่มีผลกระทบต่อพฤติกรรมและความเป็นอยู่ของมนุษย์ เช่น สภาพแวดล้อมของที่อยู่อาศัย แหล่งบันเทิงเรีงรมย์ และบรรยากาศ เป็นต้น

2) ปัจจัยทางด้านสังคม (Social Factors) เป็นองค์ประกอบสำคัญที่ทำให้ผู้หญิงตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดทางเพศ โดยมีปัจจัยทางสังคมอื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น ครอบครัว กลุ่มเพื่อน ความไม่เท่าเทียมกันระหว่างชายกับหญิง สื่อมวลชน

3) ปัจจัยทางจิต (Mental Factors) เนื่องจากพฤติกรรมของมนุษย์หรือการปฏิบัติต่อมนุษย์ด้วยกันของบุคคลแต่ละคน จะสามารถเข้าใจได้ด้วยการทราบประวัติความเป็นมาของการเจริญเติบโต และการเลี้ยงดูตั้งแต่อดีต เนื่องจากประสบการณ์และสภาพแวดล้อม ที่มนุษย์ได้รับ จะสร้างให้มีลักษณะนิสัย และความประพฤติที่แตกต่างกัน นักจิตวิทยาส่วนใหญ่จะพิจารณาพฤติกรรมของมนุษย์ว่ามีสาเหตุมาจากความผิดปกติทางจิตใจ หรือความไม่สมประกอบทางบุคลิกภาพ

¹⁵ จาก การล่งละเมิดทางเพศในสถานที่ทำงาน สตรีศึกษา (น. 130), โดย อติสร เสมี่ยม, 2541, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁶ จาก ม่านแห่งอคติ : ความสัมพันธ์ระหว่างสตรีกับสถาบันสังคม (น. 13), โดย กาญจนา แก้วเทพ, 2542, กรุงเทพฯ: เจเนอรัลเพรส.

4) ปัจจัยโอกาสในการกระทำความผิด (Opportunity Factors) โดยเฉพาะเมื่อผู้กระทำความผิดคิดว่าตนเองมีโอกาสที่จะรอดพ้นจากการกระทำความผิดหรือถูกจับกุมก็มักจะมีผู้ก่อเหตุขึ้นซ้ำซาก แต่หากสามารถตัดช่วงโอกาสนั้นได้ ปัญหาการถูกละเมิดทางเพศก็จะลดน้อยลง การป้องกันจึงต้องตัดช่วงโอกาสดังกล่าวให้มากที่สุด

กล่าวโดยสรุป สาเหตุของการกระทำความผิดและการถูกละเมิดทางเพศของผู้หญิงเกิดจากโครงสร้างทางสังคม ซึ่งเป็นผลมาจากประวัติศาสตร์ที่ว่า ผู้ชายมีอำนาจเหนือกว่าผู้หญิง เพราะผู้หญิงถูกมองว่าเป็นเพศที่อ่อนแอกว่า ผู้หญิงเป็นเพียงวัตถุทางเพศและมีหน้าที่ในการปรนนิบัติดูแลครอบครัวเท่านั้น

2.2.1.2 แนวคิดเกี่ยวกับการตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ให้ความหมายของเหยื่ออาชญากรรมไว้ว่า หมายถึง “บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการก่ออาชญากรรมของผู้กระทำความผิด ไม่ว่าจะมีความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน รวมทั้งเสรีภาพหรือสิทธิอื่นใด” โดยสามารถแบ่งประเภทของเหยื่ออาชญากรรมได้ 7 ประเภทดังต่อไปนี้¹⁷

- 1) เหยื่อที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรม เหยื่อประเภทนี้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากร เป็นเพียงผู้รับเคราะห์จากอาชญากรเท่านั้น
- 2) ผู้เป็นเหยื่อของตนเอง หมายถึง ตนเองคืออาชญากร หรือเรียกการกระทำของเหยื่อแบบนี้ว่า อาชญากรที่ปราศจากเหยื่อ เช่น โสเภณี นักการพนัน คนติดยาเสพติด เป็นต้น
- 3) เหยื่อที่กระตุ้นให้เกิดอาชญากรรม เหยื่อประเภทนี้ มักทำการบางสิ่งบางอย่างเป็นที่ขัดใจอาชญากร การกระทำดังกล่าวเป็นตัวกระตุ้นทำให้อาชญากรทำร้ายเหยื่อ
- 4) เหยื่อที่จงใจให้เกิดอาชญากรรม เช่น การเดินในที่เปลี่ยวตามลำพัง ทำให้อาจถูกชิงทรัพย์หรือกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศได้
- 5) เหยื่อที่มีความอ่อนแอทางชีวภาพ เช่น คนแก่ เด็ก ผู้หญิง คนเจ็บป่วยทางจิต เหยื่อถือว่าเป็นบุคคลที่มีความอ่อนแอทางชีวภาพ แม้จะไม่เกี่ยวข้องกับอาชญากรก็ตาม แต่นับว่าง่ายต่อการตกเป็นเหยื่อของอาชญากร
- 6) เหยื่อที่มีความอ่อนแอทางสังคม เป็นบุคคลที่ไม่อยู่ในฐานะเท่าเทียมกับบุคคลอื่นในสังคม และอยู่ในฐานะที่ถูกเอารัดเอาเปรียบจากอาชญากรเมื่อใดก็ได้
- 7) เหยื่อการเมือง เป็นบุคคลที่ถูกฝ่ายที่มีอำนาจทางการเมือง เจาะจงว่า เป็นผู้ที่กระทำความผิดหรือเป็นอาชญากร โดยอาศัยกฎหมายอาญาที่มีอยู่เป็นหลักในการกล่าวหา

¹⁷ จาก *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (น. 58-62), โดย อัจฉริยา ชูตินันท์, 2555, กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

นอกจากนี้ เฮนตีก (Hen von Hwntig)¹⁸ ได้แบ่งเหยื่ออาชญากรรมออกเป็น 13 ประเภท ได้แก่ ผู้เยาว์ ผู้หญิง บุคคลสูงอายุ ผู้เป็นโรคจิต คนต่างด้าว คนกลุ่มน้อย พวกโง่ทึม พวกที่มีแนวโน้มไปทางต่ำ พวกโลภมาก พวกเสเพล พวกเปล่าเปลี่ยวและอกหัก พวกอยู่ในฐานะถูกทรมาณ และพวกถูกตัดโอกาส

เป็นที่น่าสังเกตว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มิได้มีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษ เฉพาะตัวให้ครอบคลุมเหยื่อทุกกลุ่มดังที่กล่าวมานี้แต่ประการใด

2.2.2 แนวคิดและทฤษฎีการลงโทษ

ศาสตราจารย์ ฮาร์ท¹⁹ แห่งมหาวิทยาลัยออกซ์ฟอร์ด อธิบายว่า โทษทางอาญาจะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 5 ประการ ได้แก่

- 1) โทษจะต้องก่อให้เกิดความทุกข์ หมายถึง ผู้ได้รับโทษจะต้องได้รับความทุกข์อย่างใดอย่างหนึ่ง อาจเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางร่างกาย การได้รับความเจ็บปวดทางกาย (pain) หรือการสูญเสียทรัพย์สินหรืออื่นๆ
- 2) โทษจะต้องใช้ต่อผู้กระทำผิดกฎหมาย หมายถึง ผู้กระทำผิดกฎหมายเท่านั้นที่จะต้องถูกลงโทษ จะนำบุคคลอื่นที่มีได้กระทำความผิดมารับโทษมิได้
- 3) โทษจะต้องมีขึ้นเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมาย หมายถึง ต้องมีการกระทำผิดกฎหมายเสียก่อนจึงจะลงโทษได้ หากไม่มีการกระทำผิดกฎหมายก็ลงโทษไม่ได้
- 4) โทษจะต้องเป็นวิธีการซึ่งคนใดคนหนึ่งนอกจากตัวผู้กระทำความผิดนำมาใช้กับผู้กระทำผิดนั้น หากผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลนั้นเอง ไม่นับเป็นโทษทางอาญาตามนัยนี้
- 5) โทษจะต้องเกิดจากผู้มีอำนาจที่จะกระทำให้เกิดผลร้ายนั้นขึ้นมาได้ หมายถึง โทษนั้นต้องผ่านกระบวนการตามกฎหมาย และผู้มีอำนาจตามกฎหมายจึงจะเป็นผู้ให้ผลร้ายได้²⁰

ศาสตราจารย์ โยฮันส์ แอนเดอนีส (Johannes Andenaes) อธิบายว่า โทษอาญาจะต้องประกอบด้วยลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ

¹⁸ แหล่งเดิม.

¹⁹ H.L.A.Hart. Punishment and Responsibility. (London: Oxford University Press, 1982) pp. 4-5
อ้างถึงใน สหชน รัตนไพจิตร ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต), 2527, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

²⁰ ความประสงค์ของการลงโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). โดย สหชน รัตนไพจิตร, 2527, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.

- 1) โทษเป็นผลร้ายที่รัฐนำมาใช้กับผู้กระทำผิด ผลร้ายที่จะถือว่าเป็นโทษอาญาตามความหมายนี้จะต้องเป็นโทษที่รัฐซึ่งมีอำนาจนำมาใช้กับผู้กระทำผิด
- 2) โทษต้องมีขึ้นเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมาย หากไม่มีการกระทำผิดกฎหมายแล้วได้รับผลร้าย ไม่ถือว่าเป็นโทษอาญาตามความหมายนี้
- 3) โทษเป็นผลร้ายซึ่งต้องการตอบแทนให้ผู้กระทำผิด รู้ว่าเป็นผลร้ายที่ได้รับจากรัฐโดยตรงจากการกระทำผิด ไม่ใช่ผลร้ายที่เกิดขึ้นโดยอ้อม²¹

ศาสตราจารย์รอส (ALF Ross) เห็นว่า โทษอาญา เป็น “การตอบสนองของสังคม” ซึ่งมีลักษณะสำคัญคือ

- 1) จะต้องเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำผิดตามกฎหมาย
- 2) จะต้องถูกกำหนดขึ้นและใช้โดยผู้มีอำนาจเท่านั้น
- 3) จะต้องเป็นผลร้ายต่อผู้กระทำผิด
- 4) จะต้องเป็นผลร้ายที่แสดงถึงการตำหนิผู้กระทำผิดว่าผู้นั้นได้กระทำการที่ไม่สมควร หากผลร้ายนั้นไม่ต้องการการตำหนิก็ไม่ถือเป็นโทษตามความหมายนี้²²

2.2.2.1 แนวคิดในการกำหนดโทษในทางอาญา

การลงโทษอาญานั้นเป็นการลงโทษที่รุนแรงและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของผู้กระทำผิด โดยมิวัตถุประสงค์เพื่อให้สาสมกับความร้ายแรงของการกระทำ (Retribution) เพื่อดัดนิสัยของผู้กระทำผิด (Reformation) เพื่อป้องปรามมิให้ผู้อื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่าง (Deterrent) และเพื่อตัดผู้กระทำผิดออกไปจากสังคมเป็นการชั่วคราวหรือถาวร (Incapacitation) สำหรับแนวคิดในการกำหนดโทษในทางอาญา มีดังต่อไปนี้

เซซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) ชาวอิตาลี เขียนหนังสือเล่มหนึ่งชื่อว่า “เรียงความเรื่องอาชญากรรมกับการลงโทษ” (Essay on Crimes and Punishment) เนื้อหาของหนังสือเล่มนี้โดยสรุปคือ การลงโทษต้องกระทำเพื่อความมุ่งหมายสูงสุดคือเพื่อการป้องกันอาชญากรรม มิใช่เพียงเพื่อความพอใจของคนๆ หนึ่งหรือบางกลุ่มเท่านั้น วัตถุประสงค์ของการลงโทษ เพื่อแก้แค้นทดแทน เพราะการแก้แค้นมักจะกระทำเกินเลยและไม่เกิดประโยชน์ในการป้องกันอาชญากรรม ดังนั้น การลงโทษผู้กระทำผิด ควรกระทำโดยเปิดเผย รวดเร็ว และมีความหนักเบาเหมาะสมกับสัดส่วนของความร้ายแรงของอาชญากรรมส่วนเจเนมี เบ็นธัม (Jeremy Bentham) ไม่เห็นด้วยกับการลงโทษที่ทำให้ผู้นั้นได้รับความทุกข์ทรมานจนเกินความจำเป็น หรือ

²¹ แหล่งเดิม.

²² แหล่งเดิม.

โดยไม่มีเหตุผล และมีความเห็นว่า กฎหมายควรกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิด และควรกำหนดโทษไว้หลากหลายประเภท เพราะโทษเพียงอย่างเดียวจะเหมาะสมกับความผิดทุกอย่งนั้น เป็นไปไม่ได้²³

นักคิดทั้งสองคนดังที่กล่าวมาแล้ว ยังเป็นผู้คิดค้นทฤษฎีที่สำคัญคือ ทฤษฎี Free Will มีหลักการคือ ต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิด (Punishment to fit the crime) จึงเป็นเรื่องที่กฎหมายสันนิษฐานว่า ทุกคนมีความสามารถในการคิดไตร่ตรองได้เท่ากันหมด ดังนั้น เมื่อละเมิดกฎหมายทุกคนย่อมต้องรับโทษเท่ากัน แนวคิดดังกล่าวไม่ได้ได้รับการยอมรับเท่าที่ควร โดยกลุ่มที่ไม่เห็นด้วยคัดค้านว่า มนุษย์ทุกคนแต่ละคนมีความสามารถรู้ผิดชอบ สติปัญญาไม่เท่ากัน เช่น เป็นเด็กหรือเยาวชน คนปัญญาอ่อน คนโรคจิต คนที่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลบางอย่าง หรือเป็นผู้กระทำความผิดเพราะความจำเป็นจึงควรได้รับการลดหย่อนผ่อนโทษ ในระยะเวลาต่อมา จึงทำให้นักอาชญาวิทยารุ่นหลังหันมาให้ความนิยมนับกับแนวคิดใหม่ที่ว่า ต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด (Punishment to fit the criminal) ซึ่งเห็นว่ามีเหมาะสมและคำนึงถึงความเป็นจริงมากกว่า²⁴

ศาสตราจารย์ Herbert L. Packer แห่งมหาวิทยาลัยแสตนฟอร์ด เสนอหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางไว้ดังนี้²⁵

- 1) คนส่วนใหญ่ในสังคมเห็นว่าการกระทำนั้นคุกคามหรือเป็นอันตรายร้ายแรงต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม โดยมีลักษณะเป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อความปลอดภัยของบุคคลและสังคม เช่น การฆ่าผู้อื่น การข่มขืน การใช้กำลังการประทุษร้าย การชิงทรัพย์ เป็นต้น
- 2) การลงโทษทางอาญาต้องทำให้การกระทำผิดนั้นๆ ลดน้อยลง
- 3) การลงโทษอาญาต้องไม่ทำให้พฤติกรรมที่พึงประสงค์ของสังคมต้องลดน้อยลง
- 4) หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะสามารถบังคับใช้กฎหมายอย่างสมภาคและเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ โดยต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพในการสืบหาและจับกุมผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ
- 5) กระบวนการยุติธรรมทางอาญาต้องมีประสิทธิภาพในการพิสูจน์ความผิดและลงโทษผู้กระทำความผิด โดยไม่ก่อให้เกิดภาระแก่การดำเนินกระบวนการจนเกินขอบเขตทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ

²³ อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (น. 139-140). เล่มเดิม.

²⁴ แหล่งเดิม.

²⁵ From *The Limits of the Criminal Sanction*. (p. 296). By Herbert L.Packer, (1968), (Stanford, Cal: Stanford University Press.

6) ไม่มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสมกว่าการลงโทษทางอาญา

หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาที่เสนอโดยศาสตราจารย์ Packer สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาที่เสนอโดยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายของแคนาดา (Law Reform Commission of Canada) ว่าการกระทำนั้นต้องเป็นความผิดอาญาที่แท้จริง กล่าวคือ เป็นอันตรายร้ายแรงต่อบุคคลอื่น ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Fundamental values) หรืออาจเป็นอันตรายต่อสังคม และโทษอาญาที่จะกำหนดนั้นต้องสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกระทำ นั้นได้ และต้องไม่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเสียเอง²⁶

2.2.2.2 ปรัชญาและวัตถุประสงค์ในการลงโทษ

เมื่อมีการกระทำผิดขึ้นในสังคม สังคมจะต้องหาวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งในการจัดการกับคนที่ทำผิด ละเมิดกฎเกณฑ์ของสังคมเพราะหากสังคมไม่จัดการกับคนที่ทำผิดก็เท่ากับว่าสังคมยอมรับการกระทำผิดดังกล่าว การที่สังคมจะจัดการกับคนที่ทำผิดอย่างไรนั้นขึ้นอยู่กับความเชื่อของสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัยเกี่ยวกับสาเหตุของการกระทำผิดและเหตุผลที่จะต้องจัดการหรือปฏิบัติกับคนที่ทำผิด ซึ่งจะเปลี่ยนไปตามยุคตามสมัย ตามสถานการณ์ของแต่ละยุค โดยสังคมแต่ละยุคแต่ละสมัยจะมีจุดเน้นในวัตถุประสงค์และวิธีการที่จะปฏิบัติต่อคนที่ทำผิดหรือการลงโทษผู้กระทำผิดที่แตกต่างกันไป อย่างไรก็ตาม รองศาสตราจารย์ประธาน วัฒนวาณิชย์ ได้สรุปวัตถุประสงค์ของการลงโทษได้ดังนี้²⁷

1) การลงโทษเพื่อการแก้ไขและฟื้นฟู (Rehabilitation) มีผู้ตั้งข้อสันนิษฐานว่า กฎหมายควรใช้บังคับโดยมีความมุ่งหมายในการแก้ไขผู้กระทำผิด ถ้าสังคมนำกฎหมายไปใช้เพื่อปรับปรุงความประพฤติของผู้กระทำผิดก็เป็นที่เชื่อได้ว่า บุคคลนั้นสมควรหรือสามารถกลับตนเป็นพลเมืองที่เคารพกฎหมายได้ หมายความว่าผู้กระทำผิดควรมีสติปัญญา เพียงพอที่จะสามารถเปลี่ยนแปลงความประพฤติและรับการศึกษอบรมได้ เหตุผลในการบังคับใช้กฎหมายตามวัตถุประสงค์นี้ มีลักษณะคล้ายคลึงกับการที่เราไม่ลงโทษบุคคลปัญญาอ่อนซึ่งสอบไล่ตก หรือประกอบการงานไม่ได้ ดังนั้น จึงไม่ควรลงโทษผู้กระทำผิดซึ่งช่วยตัวเองไม่ได้

²⁶ From Law Reform Commission of Canada. (1976). *Our Criminal Law, 4* (Information Canada: Ottawa, p. 33.

²⁷ จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาญาวิทยา* (น. 51-53), โดย ประธาน วัฒนวาณิชย์, 2546, กรุงเทพฯ: ประกายพริก.

2) การเหนี่ยวรั้งบุคคล (Restraint) กฎหมายอาญามีความมุ่งหมายที่จะเหนี่ยวรั้งบุคคลมิให้ทำร้ายผู้อื่นด้วยเช่นเดียวกัน วัตถุประสงค์ในข้อนี้ไม่จำเป็นจะต้องแก้ไขผู้กระทำผิด ในขณะที่เดียวกันก็ไม่จำเป็นต้องลงโทษผู้กระทำความผิด แต่มีความมุ่งหมายจะควบคุมผู้กระทำความผิดมากกว่า

ปัญหาในเรื่องนี้ขึ้นอยู่กับพิจารณาความรับผิดชอบว่าควรจะใช้วิธีการอย่างไร จึงจะเหนี่ยวรั้งบุคคลมิให้ฝ่าฝืนกฎหมาย วิธีปฏิบัติที่นิยมกันได้แก่การนำตัวผู้กระทำผิดที่เป็นปกติไปควบคุมไว้ในเรือนจำ และผู้กระทำผิดวิกลจริตไปควบคุมไว้ในโรงพยาบาลโรคจิต และในปัจจุบันเรือนจำได้นำวิธีการแก้ไขบำบัดมาใช้มากขึ้น

3) การข่มขู่หรือยับยั้ง (Deterrence) เหตุผลสำคัญที่สุดในการบังคับใช้กฎหมายอาญา เหตุผลที่สำคัญที่สุดในการบังคับใช้กฎหมายอาญาได้แก่ การใช้กฎหมายเพื่อการยับยั้งมิให้บุคคลอื่นเอาเยี่ยงอย่างโดยการกระทำผิดเช่นเดียวกับผู้ที่ถูกลงโทษ กฎหมายสันนิษฐานว่าบุคคลปกติย่อมรู้จักกฎหมายและสันนิษฐานต่อไปโดยมีหลักฐานสนับสนุนว่า เมื่อผู้ประพฤติฝ่าฝืนกฎหมายถูกลงโทษยิ่งรุนแรงเท่าใด ก็จะมีผลในการยับยั้งหรือข่มขู่ผู้อื่นมิให้กระทำผิด ในกรณีที่บุคคลใดก็ตามจะกระทำความผิดอย่างเดียวกันหรือคล้ายคลึงกันผู้นั้นจะมีความยับยั้งเพราะได้รับบทเรียนจากตัวอย่างของผู้ที่ถูกลงโทษได้ประสบมาแล้ว

การพิจารณาความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดจะมีความสำคัญมาก และจะมีส่วนเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายให้มีผลในการยับยั้ง ถ้าสังคมใช้กฎหมายโดยเที่ยงธรรมและถูกต้อง เช่น ไม่ลงโทษบุคคลวิกลจริตเพราะจะไม่เกิดผลยับยั้งต่อบุคคลวิกลจริตอื่นหรือแม้แต่มุสลิมปกติซึ่งย่อมคิดว่าตนแตกต่างจากบุคคลที่ถูกลงโทษ อย่างไรก็ตามนักวิชาการยังคงโต้เถียงกันมากกว่าการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งจะมีประสิทธิภาพเพียงใด แต่นักนิติศาสตร์บางคนเชื่อว่า ความมุ่งหมายในข้อนี้มีความสำคัญมาก

4) การเป็นสัญลักษณ์ (Symbolism) หน้าที่ของกฎหมายอาญาในข้อนี้มีความสำคัญเช่นเดียวกันแต่มีลักษณะต่าง การบังคับใช้กฎหมายอาญาจะเป็นการยืนยันสิ่งที่สังคมยอมรับ และสิ่งที่สังคมคัดค้านหรือต่อต้าน การพิจารณาคดีในศาลจะเปรียบเสมือนเวทีในการแสดงออกของข้อเท็จจริงสำหรับการให้การศึกษาแก่พลเมืองในทุกสังคม ผลการพิจารณาคดีจะปรากฏแก่สาธารณชนด้วยระบบการสื่อสารมวลชนประเภทต่างๆ เช่น วิทยุ โทรทัศน์ หนังสือพิมพ์ เป็นต้น บุคคลที่เป็นปกติย่อมจะเรียนรู้ว่า กฎหมายเป็นสัญลักษณ์ของสังคมรวมทั้งทราบว่าจะได้รับผลร้ายจากการฝ่าฝืนกฎหมาย

5) การแก้แค้นทดแทน (Retribution) ความคิดเรื่องความยุติธรรมที่เก่าแก่ที่สุดได้แก่การลงโทษที่ก่อให้เกิดความสมดุลหรือความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย โดยมีความเห็นว่า บุคคลชั่วร้าย

ควรถูกลงโทษ และผู้กระทำผิดควรได้รับการตอบแทนอย่างเหมาะสม แม้จะไม่ถึงขนาดตอบแทนอย่างเดียวกับที่ผู้นั้นกระทำก็ตาม ในปัจจุบันเหตุผลของกฎหมายอาญาในข้อนี้ ได้รับการสนับสนุนจากการศึกษาวิจัยและนักวิชาการน้อยมาก เพราะเห็นว่าไม่ได้ผลในทางปฏิบัติ แต่กฎหมายอาญาก็ยังมีความมุ่งหมายในเรื่องนี้ เพราะความต้องการแก้แค้นซึ่งมีอยู่ในจิตใจของมนุษย์ อันเป็นสามัญสำนึกในเรื่องความเป็นธรรมเป็นเรื่องปกติ โดยทั่วไป นักปรัชญากฎหมายบางคนกล่าวว่าการแก้แค้นหรือตอบแทนความผิด แม้จะไม่ง้อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ใด แต่ก็ยังเป็นการผดุงความยุติธรรม โดยนัยนี้กฎหมายไม่เพียงแต่มีผลในทางปฏิบัติเท่านั้น ยังเป็นสัญลักษณ์ของสังคม เป็นการแสดงออกของศีลธรรมและหมายความว่า “ผู้กระทำผิดซึ่งมีความรับผิดชอบในการกระทำของตนต้องถูกลงโทษ”

2.2.2.3 ทฤษฎีการลงโทษ

มุมมองเกี่ยวกับการลงโทษในยุคแรกๆ เป็นการมองการกระทำผิดว่าเป็นการแหกกฎหรือฝ่าฝืนกฎของสังคม (Rule-breaking) และมองไปถึงพฤติกรรมของอาชญากรรม โดยมุ่งเน้นเรื่องเจตจำนงอิสระ (Free Will) และความสามารถของบุคคลในการในการใช้เหตุผลที่จะตัดสินใจดำเนินผลสืบเนื่องอันเกิดจากจากพฤติกรรมของตน ความสามารถตามธรรมชาติของมนุษย์ที่มีอยู่แล้วในการที่จะตัดสินใจนี้ขึ้นอยู่กับความคาดหวังระหว่างต้นทุนและผลตอบแทน (Cost and Benefit) ที่จะได้รับการกระทำนั้น การทำความเข้าใจเกี่ยวกับความสามารถตามธรรมชาติของมนุษย์นี้จะนำไปสู่การพัฒนาแนวคิดในการลงโทษผู้กระทำผิด โดยทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษ ที่สำคัญประกอบด้วย 3 ทฤษฎีหลักได้แก่

1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory)

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) มีพื้นฐานความคิดมาจากลัทธิเจตจำนงเสรีที่เรียกว่า Free Will ลัทธินี้มีความความเชื่อเป็นพื้นฐานว่า มนุษย์มีเหตุผล มีอิสระเสรีภาพที่จะคิด มีเสรีภาพที่จะกระทำการใดๆ ภายใต้ความคิดความเชื่อและการตัดสินใจของตนเอง รวมทั้งความสามารถของบุคคลในการในการใช้เหตุผล การกระทำสิ่งใดมนุษย์ย่อมมีเหตุผลเป็นของตนเอง ดังนั้น มนุษย์จึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเองที่ได้กระทำลงไป หากเป็นการกระทำที่ดี เขาย่อมได้รับผลตอบแทนที่ดี แต่หากเป็นการกระทำที่ไม่ดี หรือเป็นกระทำการที่ฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์ของสังคม เขาย่อมสมควรได้รับการดำเนินหรือได้รับการลงโทษจากสังคมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ การที่สังคมลงโทษเขา เพราะเหตุผลที่มาจากการกระทำของเขาเอง หาใช้สิ่งอื่นใดไม่ เมื่อเขากระทำเขาย่อมสมควรถูกลงโทษ การลงโทษจึงเป็นการทดแทนการกระทำผิดของเขา

วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน มีดังนี้

- 1) เพื่อเป็นการตอบแทนการกระทำของผู้กระทำผิด เพราะเขาสมควรที่จะได้รับโทษ เนื่องจากการกระทำผิดของเขา
- 2) เพื่อแสดงความรับผิดชอบต่อการกระทำของเขาที่ได้กระทำลงไป
- 3) เพื่อธำรงความยุติธรรมในสังคม
- 4) รักษากฎหมาย

สรุปได้ว่า วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน คือ เพื่อเป็นการทดแทนการกระทำผิดซึ่งผู้กระทำผิดได้กระทำลงไป เพราะผู้กระทำผิดสมควรจะได้รับ การลงโทษ อันเนื่องมาจากการทำความผิดของเขานั้นเอง

เหตุผลของการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน แบ่งออกเป็น 2 ประการคือ

(1) เหตุผลเพื่อความยุติธรรม

แนวคิดนี้เห็นว่า การทำความผิดเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักความยุติธรรม เมื่อฝ่าฝืน ผู้กระทำผิดจึงต้องถูกลงโทษ เพื่อที่จะธำรงรักษาความยุติธรรมไว้ บุคคลผู้ที่เป็นต้นคิดตามแนวคิด ดังกล่าวนี้ คือ เอมมานูเอล ค้านท์ (Kant) เองเกล (Hegel) และฮอว์กินส์ (Hawkins)

(2) เหตุผลเพื่อการทดแทนความผิดตามกฎหมาย

แนวคิดนี้เห็นว่า เมื่อมีการกระทำผิดกฎหมายเกิดขึ้น เราก็จะลงโทษผู้กระทำผิด ด้วยเหตุเพราะเขาสมควรจะได้รับการลงโทษเนื่องจากการกระทำผิดกฎหมาย ไม่ใช่เพื่อความ ยุติธรรม ทั้งนี้เพราะอาชญากรรม (Crime) และการลงโทษ (Punishment) เป็นของคู่กัน

กล่าวโดยสรุป ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน เป็นทฤษฎีที่เชื่อว่า มนุษย์มีอิสระ ที่จะคิด และมีอิสระที่จะกระทำ ตามลัทธิความเชื่อเรื่อง เจตจำนงอิสระ (Free Will) ดังนั้น เมื่อ มนุษย์ตัดสินใจที่จะทำอะไรลงไปย่อมต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตน เมื่อกระทำผิดจึงต้อง ได้รับโทษตอบแทนจากการกระทำผิดนั้นอย่างสาสมกับความผิดที่กระทำไป

2) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory)

ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Caesar Beccaria) นักอาชญวิทยาชาวอิตาลีเคยเขียนคนสำคัญ ที่ได้รับการ ยอมรับว่าเป็นต้นกำเนิดของสำนักอาชญวิทยาคลาสสิก ได้เขียนหนังสือชื่อ “อาชญากรรมและการ ลงโทษ” (Crime and Punishment) ความยาว 99 หน้า กล่าวถึงความทารุณแห่งโทษ ป.ศ. 1764 สำนักอาชญวิทยาคลาสสิก พัฒนารูปร่างมาจากปรัชญาพื้นฐาน 3 ปรัชญา ได้แก่ ปรัชญาสัญญาประชาคม (Social contract Philosophy) ปรัชญาลัทธิอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarian Philosophy)

และปรัชญาฮีโดนิซึม (Hedonistic Philosophy)²⁸ เบ็คคาเรียให้ทัศนะว่า มนุษย์มีเจตจำนงอิสระ (Free Will) มีความเป็นอิสระ มีสิทธิที่จะเลือกกระทำการ หรือไม่กระทำการใดๆ นอกจากนี้มนุษย์ยังเป็นสัตว์โลกที่ “มีพร้อมด้วยเหตุผล” (being rational) ดังนั้น เมื่อมนุษย์ตัดสินใจทำอะไรลงไป ถือว่ามนุษย์สามารถชั่งน้ำหนักระหว่างการทำและผลที่ได้รับ เมื่อมนุษย์ใช้เหตุผลดีแล้ว และตัดสินใจทำลงไป มนุษย์จึงย่อมต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น เบ็คคาเรียเห็นว่าการกระทำผิดจะต้องได้รับการลงโทษให้สมกับลักษณะความผิดที่ได้กระทำลงไป

วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามแนวคิดเรื่องการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence)

การลงโทษควรมีไว้เพื่อเป็นการป้องกัน โดยการใช้แนวคิดเรื่องการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence) ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีข่มขู่ยับยั้งจึงแบ่งออกเป็น 2 ประการคือ

(1) การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งโดยเฉพาะหรือป้องกันโดยเฉพาะ (Specific Deterrence) เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดรายบุคคล เพื่อยับยั้งมิให้เขากระทำความผิดซ้ำ อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นการป้องกันโดยเฉพาะ (Specific Prevention)

(2) การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งโดยทั่วไปหรือป้องกันโดยทั่วไป (General Deterrence) เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นตัวอย่างให้สังคมทั่วไปเห็น เพื่อที่จะได้เกรงกลัวโทษจากการกระทำผิด และไม่คิดที่จะกระทำความผิดขึ้นอีก อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นการป้องกันโดยทั่วไป (General Prevention)

เหตุผลในการการลงโทษ

การลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง มิได้คำนึงถึงประโยชน์แต่เฉพาะการลงโทษเพื่อยับยั้งตัวผู้กระทำความผิดเท่านั้น แต่ยังคำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนและสังคมโดยรวมอีกด้วย การลงโทษตามทฤษฎีนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “ทฤษฎีอรรถประโยชน์” (Utilitarian Theory) ตามแนวคิดของ จอห์น สจิวต์ มิลล์ (J.S. Mill) และ “ทฤษฎีเจตจำนงเสรี” (Free will) ทฤษฎีอรรถประโยชน์มีแนวคิดว่าการที่จะตัดสินใจว่าควรกระทำอย่างไรอย่างหนึ่งนั้น เป็นการกระทำที่ถูกต้องชอบธรรมหรือไม่ จะต้องดูจากผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อสังคมโดยรวมเป็นสำคัญ หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อสังคมโดยรวม ก็จะถือว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องชอบธรรม โดยมีหลักพิจารณาว่า “การกระทำนั้นก่อให้เกิดความสุขมากที่สุดต่อคนจำนวนมากที่สุด” หรือไม่ ถ้าใช่ ก็จะถือว่าการกระทำนั้นถูกต้องชอบธรรม

²⁸ จาก *ทฤษฎีอาชญาวิทยา* (น. 1-5), โดย ฌ็องฌัก คาสซานโดร, 2553 ใน *แนวทางการศึกษาอาชญาวิทยา* กุญหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง หน่วยที่ 5 สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

โดยทั่วไปแล้วตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันเห็นว่าการลงโทษเป็นสิ่งที่เลวร้าย แต่เป็นความจำเป็นที่จะต้องป้องกันสังคมจึงต้องมีการลงโทษ ดังนั้น หากจะมีการลงโทษก็จะต้องเป็นไปเพื่อเหตุผลในการป้องกันสังคมเป็นหลัก มิใช่เพื่อแก้แค้นผู้กระทำผิด

ซีซาร์ เบ็คคาเรีย เสนอความคิดเกี่ยวกับการลงโทษเพื่อการยับยั้ง ไว้ในหนังสือชื่อ “On Crimes and Punishments”²⁹ ดังนี้

(1) การลงโทษมีความจำเป็น เนื่องจากมนุษย์ยังมีความเห็นแก่ตัว คนเราพร้อมที่จะฝ่าฝืนสัญญาประชาคม ถ้าหากสิ่งนั้นก่อให้เกิดประโยชน์ส่วนตัว สำหรับเบ็คคาเรียเห็นว่า มนุษย์ทุกคนสามารถมีพฤติกรรมอาชญากรได้เสมอ

(2) เมื่อเป็นดังนั้น การลงโทษจึงไม่ควรปฏิเสธต่อความเห็นแก่ตัวของมนุษย์ หากแต่ควรส่งเสริม “แรงจูงใจ” ไม่ให้ประโยชน์มองมนุษย์ถูกทำลายโดยกฎหมาย

(3) การลงโทษ ควรจะมีไว้เพื่อเป็นการป้องกัน โดยการใช้ความคิดเรื่องการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence) ซึ่งการข่มขู่ยับยั้งแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ

ก. การข่มขู่ยับยั้งโดยเฉพาะ (Specific Deterrence) เป็นการลงโทษผู้กระทำผิดรายบุคคลเพื่อยับยั้งมิให้เขากระทำผิดซ้ำ

ข. การข่มขู่ยับยั้งโดยทั่วไป (General Deterrence) เป็นการลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อเป็นตัวอย่างให้สังคมทั่วไปเห็น

(4) เงื่อนไขของการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence) การข่มขู่ยับยั้ง ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขสองประการคือ

ก. การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับอาชญากรรม หมายถึง โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดจะต้องมีความเหมาะสมกับความหนักเบาของการกระทำผิด

ข. สาธารณชนจะต้องได้รับรู้เข้าใจอย่างแน่ชัดเกี่ยวกับการลงโทษนั้น หมายถึง การลงโทษต้องทำในที่เปิดเผย ไม่ปิดบัง ควรจะต้องให้สาธารณชนรับรู้ เพื่อเกรงกลัวต่อโทษ

สรุปได้ว่า วัตถุประสงค์ของการลงโทษ คือการป้องกันผู้กระทำผิดไม่ให้กระทำผิดอีก เป็นการลงโทษโดยมีความมุ่งหมายที่จะให้ผู้กระทำผิดที่ได้รับโทษไปแล้วเกิดความหยาบใจเกรงกลัวโทษที่จะได้รับจนไม่กล้ากระทำผิด และขณะเดียวกันผลของการลงโทษผู้กระทำผิดคนหนึ่ง จะมีผลเป็นการยับยั้ง ป้องปราม บุคคลอื่นมิให้กระทำผิด อันนับได้ว่าเป็นการป้องกันการกระทำผิด

²⁹ From Cesare Beccaria. *On Crimes and Punishments, with notes and introduction by David Young* (Indianapolis, IN: Kackett, 1985). The selection here has been abridged from the original.

3) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitative Theory)

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitative Theory) เกิดขึ้นมาในยุคที่มีการตื่นตัวทางวิทยาศาสตร์ มีการศึกษาค้นคว้าโดยอาศัยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ ที่เรียกว่า ปฏิฐานนิยม (Positivist) ใช้วิธีการศึกษาเชิงประจักษ์ (Empirical method) ที่ได้จากการสังเกต การทดลอง นักอาชญาวิทยากลุ่มนี้ นำโดย ลอมโบรโซ (Lombroso) และ กาโรฟาโล (Garofalo) และเฟอรรี่ (Ferri) นักอาชญาวิทยาชาวอิตาลี และในฐานะผู้นำของสำนักอิตาลี (Italian School) ที่เห็นว่าการศึกษารื่องอาชญากรรมและการกระทำผิด ควรใช้วิธีการทางวิทยาศาสตร์มาใช้ในการศึกษา โดยมุ่งเน้นการศึกษาเป็นรายบุคคล เพื่อค้นหาสาเหตุแห่งอาชญากรรม และนำผลที่ได้มาใช้ในการแก้ไขการกระทำผิด รวมทั้งควรปรับปรุงวิธีการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำผิด³⁰

การลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู มีวัตถุประสงค์ดังนี้

(1) มุ่งที่จะศึกษาทำความเข้าใจสาเหตุแห่งการกระทำผิด โดยเน้นตัวบุคคลผู้กระทำผิด และสภาพแวดล้อม

(2) เพื่อที่จะหาทางแก้ไขผู้กระทำผิด มากกว่าที่จะลงโทษ

(3) การทำให้ผู้กระทำผิดกลับไปสู่สังคมของตนเองได้ และมีชีวิตร่วมกับบุคคลอื่นในสังคมอย่างเป็นปกติสุข

สรุปได้ว่า การลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู มีวัตถุประสงค์ที่แท้จริงคือ เพื่อเป็นการฟื้นฟูแก้ไขตัวผู้กระทำผิด ให้กลับตัวเป็นคนดี และมีให้กระทำผิดซ้ำ รวมทั้งการพยายามทำให้ผู้กระทำผิดสามารถกลับเข้าสู่สังคมของตนเอง สามารถใช้ชีวิตร่วมกับบุคคลอื่นๆ ในสังคมได้อย่างเป็นปกติสุข

2.2.3 แนวคิดในการบัญญัติความผิดและโทษทางอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศ

ความผิดเกี่ยวกับเพศ หมายถึง การกระทำผิดกฎหมายที่ผู้กระทำผิดกระทำทางเพศต่อผู้อื่น โดยผู้กระทำผิดอาจกระทำตามลำพัง หรือรวมกันเป็นกลุ่มเล็กๆ กระทำผิดต่อชายหรือหญิงก็ตาม โดยผู้ถูกกระทำนั้นไม่ได้เต็มใจ ได้แก่ ข่มขืนกระทำชำเราหรือลักษณะโทรมหญิง กระทำชำเราเด็กหญิง กระทำอนาจาร เป็นธุระจัดหาเด็กหญิงหรือหญิงเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่น พาหญิงไปเพื่ออนาจาร ดำรงชีพจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีและค้าหรือทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือ สิ่งของลามก

³⁰ จาก ทฤษฎีการลงโทษ (น. 3-4), โดย ฉัตรวิวัฒน์ สุทธิโยธิน, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

อาชญากรรมทางเพศ ถือเป็นภัยร้ายแรงที่คุกคามความเป็นอยู่และการดำรงชีวิตของบุคคล ดังนั้นกฎหมายจึงให้ความสำคัญและบัญญัติให้การกระทำในลักษณะต่างๆ เป็นความผิดและมีโทษตามความหนักเบาของลักษณะการกระทำ ความผิด ทั้งนี้เพื่อความปลอดภัยและความสงบสุขของสังคม

2.2.3.1 หลักประกันในกฎหมายอาญา

หลักกฎหมายอาญา “ไม่มีความผิด และไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (nullum crimen, nulla poena sine lege) อันเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” หรือ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” (Legality Principle) เป็นหลักที่สำคัญยิ่ง เป็นหัวใจของกฎหมายอาญาซึ่งผู้ใช้อำนาจรัฐทุกฝ่ายจะต้องถูกผูกมัดโดยหลักนี้³¹ เป็นหลักที่มีเนื้อหาแสดงถึงขอบเขตของอำนาจรัฐที่มีต่อประชาชนในรัฐ ทั้งนี้เนื่องจากโทษทางอาญามีผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชน กฎหมายอาญาจึงต้องมีลักษณะพิเศษหรือมีเอกลักษณ์ของตนเอง³² หลักนี้กล่าวถึงลักษณะสำคัญของกฎหมายอาญาไว้ 4 ประการดังนี้

- 1) กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน (Precision Principle)
- 2) ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล (Non-activity of Custom)
- 3) ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล (Strict Interpretation and Prohibition of Analogy)
- 4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง (Non-retroactivity Principle)

หลัก nullum crimen, nulla poena sine lege (No crime nor punishment without law) หรือ Legality Principle ได้แพร่หลายออกไปทั่วโลก และในปัจจุบันได้รับการยอมรับเป็นหลักสากล

2.2.3.2 การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศ

การบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศฐานต่างๆ จำเป็นต้องมีสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายแฝงอยู่ไม่ว่าจะเป็นฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือฐานกระทำอนาจารก็ตาม โดยกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองมิให้มีความเสียหายเกิดขึ้นทั้งต่อสังคมส่วนร่วมและคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้ที่จะได้รับ

³¹ จาก *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (น. 4), โดย คณิศ ฌ นคร, 2555, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³² จาก *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (น. 13), โดย เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2549, กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์.

ความเสียหายหรือผู้ถูกระทำซึ่งเป็นการคุ้มครองส่วนตัว การศึกษาถึงคุณธรรมทางกฎหมายในความคิดเกี่ยวกับเทศฐานข่มขืนกระทำชำเราจะทำให้เกิดความเข้าใจในการตีความและวินิจฉัยความคิดเพิ่มมากขึ้น ความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นความคิดเกี่ยวกับเพศที่สร้างความเสียหายอย่างร้ายแรงที่สุดต่อผู้ถูกระทำ เนื่องจากการกระทำที่มีการข่มขืนใจและกระทำชำเราประกอบกัน การกระทำความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แบ่งออกได้เป็น 2 ฐาน คือ ความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น และความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 277 ซึ่งมีคุณธรรมทางกฎหมาย ดังนี้

(1) มาตรา 276 การข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

สังคมไทยมีค่านิยมว่า การกระทำชำเราเป็นสิ่งที่น่าละอายต้องกระทำในที่มิดชิด ไม่สมควรที่จะกระทำอย่างเปิดเผยในสถานที่สาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการล่วงประเวณีในปัจจุบันสังคมไทยก็ยังคงมีค่านิยมว่า ผู้หญิงที่ผ่านการร่วมประเวณีมาแล้วไม่ว่าจะโดยสมัครใจหรือไม่ก็ตาม จะทำให้คุณค่ารวมถึงความยอมรับนับถือในสังคมของหญิงนั้นลดลง ประกอบกับในปัจจุบันการทำกิจกรรมทางเพศ โดยไม่มีการป้องกันอาจทำให้เกิดการติดโรคทางเพศสัมพันธ์ ซึ่งนอกจากจะสร้างความเสียหายต่อสังคมแล้วยังอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายของหญิงนั้นได้ สิ่งเหล่านี้เป็นปัจจัยที่บุคคลต้องนำมาพิจารณาในการที่จะตัดสินใจยินยอมให้ผู้ใดมากระทำการทางเพศกับตน เนื่องจากบุคคลนั้นอาจต้องยอมรับผลร้ายที่อาจจะเกิดขึ้นตามมา ดังนั้น จึงเป็นการสมควรที่กฎหมายจะต้องคุ้มครองให้บุคคลทุกคนในสังคมมีเสรีภาพที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนได้เอง ดังนั้นคุณธรรมทางกฎหมายในความคิดฐานนี้ จึงเป็นเรื่องของเสรีภาพทางเพศ³³ เสรีภาพในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง ปทัสถานมีอยู่ว่ามนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพในการตัดสินใจว่าจะประกอบกิจในทางกามคุณกับใครหรือด้วยวิธีการใดก็ได้ มนุษย์จึงไม่สมควรที่จะทำให้มนุษย์ด้วยกันต้องเสียเสรีภาพในการตัดสินใจดังกล่าว คุณธรรมทางกฎหมายในความคิดตามมาตรานี้ จึงเป็นเสรีภาพในการตัดสินใจ ประกอบกิจกามคุณ ดังนั้นเมื่อผู้ป่วยตกลงปลงใจร่วมประเวณีกับแพทย์เอง เสรีภาพในการตัดสินใจประกอบกิจกามคุณไม่ถูกทำลาย จึงไม่ใช่ความคิดฐานนี้ ในขณะที่หากแพทย์หลอกว่าตนเป็นนายก.แฟนหนุ่มของผู้ป่วย ผู้ป่วยจึงร่วมประเวณีด้วย จะเห็นได้ว่าผู้ป่วยตัดสินใจจะร่วมประเวณีเฉพาะกับแฟนของตนเท่านั้น ไม่ได้ตัดสินใจจะร่วมประเวณีกับแพทย์ด้วย เมื่อแพทย์หลอกเช่นนั้นย่อมเป็นการฝ่าฝืนต่อเสรีภาพในการตัดสินใจดังกล่าว จึงเป็นความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

³³ จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 421), โดย คณิต ฒ นคร, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

(2) มาตรา 277 การกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี

การถือเอาอายุ 15 ปี เป็นเกณฑ์ในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศ คงเกี่ยวเนื่องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งแต่เดิมหญิงอายุ 15 ปี ก็สามารถสมรสได้ คือให้ความยินยอมทางเพศได้แล้วนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาความผิดฐานนี้ในสถานการณ์ปัจจุบัน กฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองความรู้เดียงสาของเด็ก มิให้ต้องมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันควร เนื่องจากเด็กยังอยู่ในวัยเจริญเติบโตทั้งทางร่างกายและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น จิตใจ สติปัญญา และอารมณ์ซึ่งการกระทำชำเราเด็กก่อนวัยและเวลาอันสมควรอาจขัดขวางพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ ของเด็กได้ ประกอบกับเด็กยังอยู่ในช่วงที่ต้องเข้ารับการศึกษาหาความรู้ไม่ควรหมกมุ่นอยู่กับเรื่องเพศ หากเด็กเกิดการตั้งครครษ์โดยไม่พึงประสงค์ขึ้นจะทำให้เด็กเสียโอกาสทางการศึกษาและอาจเกิดภาวะในการเลี้ยงดูบุตร เนื่องจากเด็กยังไม่สามารถที่จะเลี้ยงดูตัวเองได้ยังต้องอยู่ในความดูแลและการอุปการะเลี้ยงดูของบิดามารดา นอกจากนั้นกฎหมายยังไม่ต้องการให้ผู้ใดอาศัยประโยชน์จากความไร้เดียงสาของเด็ก ซึ่งอาจจะยังไม่รู้จักหรือเข้าใจเกี่ยวกับการกระทำชำเรามาเป็นช่องทางในการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กอีกด้วย

เนื่องจากสังคมไทยมีค่านิยมว่าผู้หญิงที่ผ่านการร่วมประเวณีมาแล้วจะถูกสังคมมองว่าสูญเสียความบริสุทธิ์ในทางเพศแล้ว ผู้หญิงก่อนแต่งงานจะต้องยังไม่สูญเสียความบริสุทธิ์หรือพรหมจรรย์ให้กับชายอื่นนอกจากผู้ที่จะเป็นสามีของตนในอนาคต หากหญิงผู้นั้นสูญเสียความบริสุทธิ์ไปแล้ว ก็จะถูกสังคมมองว่าเป็นผู้ที่มีมลทินติดตัว แม้แต่ตัวหญิงเองก็รู้สึกว่ามีตราบาปติดตัวไปจนตลอดชีวิต ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้การร่วมประเวณีที่หญิงผู้ถูกกระทำมิได้ให้ความยินยอมเป็นความผิด เนื่องจากผู้กระทำความผิดได้ทำให้หญิงผู้นั้นต้องสูญเสียความบริสุทธิ์ไปโดยไม่ยินยอม ทำให้หญิงอาจถูกสังคมรังเกียจและมีตราบาปติดตัวไปตลอดชีวิต ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานนี้คือความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็กหญิง³⁴

2.2.3.3 การบังคับใช้เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความผิดเกี่ยวกับเพศ

มาตรา 89 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้ว่า “ถ้ามีเหตุส่วนตัวอันควรยกเว้นโทษลดโทษหรือเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดคนใด จะนำเหตุนั้นไปใช้แก่ผู้กระทำความผิดคนอื่นในการกระทำความผิดนั้นด้วยไม่ได้ แต่ถ้าเหตุอันควรยกเว้นโทษ ลดโทษหรือเพิ่มโทษเป็นเหตุในลักษณะคดี จึงให้ใช้แก่ผู้กระทำความผิดในการกระทำความผิดนั้นด้วยกันทุกคน”

³⁴ แหล่งเดิม.

มีข้อสังเกตเกี่ยวกับมาตรา 89 นี้ โดยมาตราดังกล่าวนี้ใช้คำว่า “เหตุส่วนตัว” ซึ่งศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า คำว่า “เหตุส่วนตัว” นั้น สื่อไม่ชัดเจนพอ จึงใช้คำเสียใหม่ว่า “เหตุเฉพาะตัว”³⁵

เหตุตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 285 นี้ เป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว (Personliche Strafscharfungsgrund) และข้อเท็จจริงในมาตรา 285 นี้ก็คือเนื้อหาตอนต้นของบทบัญญัติมาตรา 89 ตอนต้นที่ว่า “ถ้ามีเหตุส่วนตัวอันควรยกเว้นโทษ ลดโทษหรือเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดคนใด จะนำเหตุนั้นไปใช้แก่ผู้กระทำความผิดคนอื่นในการกระทำความผิดนั้นด้วยไม่ได้” นั่นเอง ดังนั้นการลงโทษผู้กระทำความผิดทางเพศให้หนักขึ้นตามมาตรา 285 เป็นเรื่องเฉพาะตัว กรณีดังกล่าวจึงเป็นเรื่อง “เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว” ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา วิธีการบังคับใช้เหตุเพิ่มโทษดังกล่าวเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดจึงขึ้นอยู่กับกรณีอยู่ของเหตุดังกล่าว นั้น แม้ผู้กระทำความผิดจะไม่รู้ข้อเท็จจริงส่วนนี้ก็ลงโทษผู้กระทำความผิดได้ และโดยที่เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว เป็นกฎหมายอาญาสารบัญญัติ ฉะนั้น หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย ย่อมใช้กับกรณีของเหตุดังกล่าวด้วย นั่นหมายความว่า หากมีความไม่ชัดเจนเพียงพอในการมีอยู่ของเหตุดังกล่าว นั้น จะนำเอาการเพิ่มโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 285 นี้ มาบังคับแก่ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศมิได้

2.2.4 แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาตามหลักนิติเศรษฐศาสตร์

เศรษฐศาสตร์คือ ศาสตร์ที่ว่าด้วยการจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด เพื่อให้เกิดสวัสดิการทางสังคม (Social Welfare) และมองว่ามนุษย์เป็นสัตว์ที่มีเหตุผล (Rational) ในขณะที่นิติศาสตร์คือศาสตร์ที่ว่าด้วยความเป็นธรรม ทั้งสองศาสตร์ล้วนมีส่วนที่มีความสอดคล้องและมีบางส่วนขัดแย้งกัน และมีความสัมพันธ์กันอย่างลึกซึ้ง

นิติเศรษฐศาสตร์ เป็นศาสตร์ที่ว่าด้วยการศึกษาประเด็นสำคัญทางกฎหมาย ทฤษฎีทางกฎหมาย การตีความกฎหมาย การออกแบบกฎหมาย การประเมินคุณค่าของกฎหมาย และผลกระทบของกฎหมายต่อพฤติกรรมของตัวละครที่เกี่ยวข้องและสังคม โดยใช้ระเบียบวิธีหรือวิธีวิทยา (Methodology) ทางเศรษฐศาสตร์นีโอคลาสสิก (Neoclassical Economics) เป็นกรอบและเครื่องมือมาตรฐานในการวิเคราะห์ โดยให้ความสำคัญกับมิติด้าน “ประสิทธิภาพ” (Efficiency) ของกฎหมาย ระบบกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรม มีเป้าหมายเพื่อบรรลุสวัสดิการสังคม (Social Welfare) สูงสุด โดยมองว่า กฎหมายเป็นปัจจัยเชิงสถาบัน (Institutional Factor) ซึ่งส่งผลในการกำกับพฤติกรรมของประชาชนทั่วไป รวมถึงผู้บังคับใช้กฎหมาย องค์กร และรัฐบาล

³⁵ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 112). เล่มเดิม.

กฎหมายในมุมมองนิติเศรษฐศาสตร์ จึงเป็นเครื่องมือในการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของคนในสังคม ไปสู่แนวทางที่สังคมพึงปรารถนา และป้องปรามยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนาของสังคม ผ่าน บทลงโทษทางกฎหมาย ทั้งการลงโทษที่เป็นตัวเงิน เช่น โทษปรับหรือโทษริบทรัพย์สิน และการลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น โทษจำคุกหรือโทษประหารชีวิต³⁶

สำหรับความเป็นมาของหลักนิติเศรษฐศาสตร์นั้น เริ่มขึ้นก่อนหน้าทศวรรษ 1960 การศึกษาในยุคแรกเริ่มนั้น เป็นการนำระเบียบวิธีทางเศรษฐศาสตร์มาวิเคราะห์ประเด็นกฎหมายในวงจำกัด เฉพาะสาขากฎหมายเศรษฐกิจ กฎหมายธุรกิจ เนื่องจากมีความเชื่อมโยงกับคำถามทางเศรษฐศาสตร์โดยตรงเท่านั้น เช่น การนำหลักเศรษฐศาสตร์มาอธิบายกฎหมายป้องกันการผูกขาด หรือการแข่งขันทางการค้า กฎหมายหุ้นส่วนบริษัท กฎหมายภาษีอากร กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายสัญญา เป็นต้น ส่วนบทความทางวิชาการที่มีบทบาทสำคัญต่อการศึกษากฎหมายอาญาในมุมมองนิติเศรษฐศาสตร์คือ บทความชื่อ Crime and Punishment An Economic Approach ที่เขียนโดย Gary Becker ซึ่งเขาได้ศึกษาภายใต้สมมุติฐานที่ว่า มนุษย์เป็นสัตว์เศรษฐกิจ มีเหตุมีผลในตัวเอง ตอบสนองต่อสิ่งจูงใจ อาชญากรก็เช่นกัน ก็มีเหตุมีผลในการกระทำความผิด กล่าวคือ บุคคลจะตัดสินใจกระทำความผิด เมื่อได้มีการประเมินหรือชั่งน้ำหนักระหว่างต้นทุนที่ใช้ในการกระทำความผิดและผลประโยชน์ที่ได้จากการกระทำความผิด โดยทั้งต้นทุนที่ใช้ในการกระทำความผิด และผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความผิดอยู่บนพื้นฐานของความไม่แน่นอน นั่นคือ อาจจะไม่สามารถกระทำความผิดสำเร็จ อาจจะถูกจับกุมดำเนินคดี หรืออาจจะกระทำความผิดสำเร็จ และอาจไม่ถูกจับกุมก็เป็นได้ ดังนั้น ต้นทุนที่ใช้ในการกระทำความผิดจึงมีลักษณะเป็น “ต้นทุนคาดคะเน (Expects Costs) และผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความผิดจึงมีลักษณะเป็นผลประโยชน์คาดคะเน (Expected Benefits)³⁷

ในทางนิติเศรษฐศาสตร์ ต้นทุนคาดคะเน (Expected Coats) มีมูลค่าเท่ากับอัตราโทษปรับหรือโทษจำคุกคูณกับโอกาสที่จะถูกจับกุม ส่วนผลประโยชน์คาดคะเน (Expected Benefits) มีมูลค่าเท่ากับมูลค่าทรัพย์สินคูณกับโอกาสหรือความน่าจะเป็น (Probability) ที่จะกระทำความผิด

³⁶ ความรู้เบื้องต้นว่าด้วยนิติเศรษฐศาสตร์ (น. 1-2), โดย ปกป้อง จันวิทย์, 2553, กรุงเทพฯ: สถาบันรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย โดย เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่อง การวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้านเศรษฐศาสตร์.

³⁷ Steven D. Levitt and Thomas J. Miles. (2007). Empirical study of criminal punishment in A. Mitchell Polinsky and Steven Shevell, *Handboo of Law and Economic, Volume 1, Elsevier.* p. 458.

สำเร็จ³⁸ ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ ต้นทุนคาดคะเนจะประกอบไปด้วย อาวุธที่ใช้เพื่อเข้าไปลักทรัพย์ โอกาสที่จะถูกจับกุมดำเนินคดี บทลงโทษที่จะได้รับ เป็นต้น ขณะที่ผลประโยชน์คาดคะเน จะประกอบไปด้วยทรัพย์สินที่ได้มาจากการลักทรัพย์ หรือสามารถนำทรัพย์สินนั้นไปขายต่อในตลาดมืด เป็นต้น

เมื่อมีการเปรียบเทียบกันระหว่างต้นทุนคาดคะเนและผลประโยชน์คาดคะเน เมื่อใดก็ตามที่ผลประโยชน์คาดคะเนสูงกว่าต้นทุนคาดคะเน บุคคลนั้นจะตัดสินใจกระทำผิด เพราะคุ้มค่าที่จะเสี่ยง ในทางตรงกันข้าม หากประเมินแล้วพบว่า ต้นทุนคาดคะเนสูงกว่าผลประโยชน์คาดคะเน ก็จะล้มเลิกความตั้งใจที่จะกระทำผิดเพราะไม่คุ้มค่า ตัวอย่างเช่น ในความผิดฐานลักทรัพย์ หากมีผู้ที่กำลังจะลักทรัพย์ในบ้านของผู้เสียหาย จะต้องมีการประเมินเสียก่อนว่าโอกาสลักทรัพย์สำเร็จเป็นเท่าใด จะได้ทรัพย์สินมาจำนวนมากหรือไม่ โอกาสที่จะถูกจับกุมมีมากน้อยเพียงใด และหากถูกจับกุมจะได้รับโทษเพียงใด เป็นต้น เมื่อคิดอย่างมีเหตุมีผลแล้วและพบว่าโอกาสถูกจับกุมดำเนินคดีมีสูง โอกาสในการได้รับบทลงโทษที่หนักมีสูงกว่าโอกาสที่จะได้ผลประโยชน์จากการกระทำผิด ก็จะล้มเลิกความคิด ในทางตรงกันข้าม หากประเมินแล้วว่าโอกาสที่จะกระทำผิดสำเร็จมีสูง โอกาสถูกดำเนินคดีมีต่ำ แม้ได้รับโทษก็เป็นอัตราที่ไม่สูง ก็จะยอมเสี่ยงกระทำผิด

แม้หากตัดสินใจแล้วว่า จะลักทรัพย์ในบ้านของผู้เสียหาย หากยังมีได้ตัดสินใจว่าจะลงมือลักทรัพย์ในบ้านหลังใด ผู้ที่คิดจะกระทำผิดก็ต้องประเมินว่าจะลักทรัพย์บ้านหลังใด โดยจะประเมินถึงปัจจัยต่างๆ เช่น โอกาสในการถูกจับกุม โอกาสในการลักทรัพย์สำเร็จ จากเอกสารการวิจัยจำนวนมากมีความเห็นที่สอดคล้องว่า อาชญากรที่ยังไม่มีอาชีพนานัก เลือกที่จะเข้าไปลักทรัพย์บ้านหลังเล็กมากกว่าเข้าไปลักทรัพย์ในคฤหาสน์ เพราะแม้ในคฤหาสน์มีทรัพย์สินจำนวนมาก แต่ผู้กระทำผิดก็ต้องเผชิญกับระบบรักษาความปลอดภัยที่เข้มงวด เช่น เจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัย สัญญาณกันขโมย กล้องโทรทัศน์วงจรปิด โอกาสที่จะไม่สามารถลักทรัพย์ได้มีสูง โอกาสที่จะถูกจับกุมดำเนินคดีก็มีสูงกว่าบ้านขนาดเล็ก ที่แม้ทรัพย์สินไม่มาก แต่อาจไม่มีระบบรักษาความปลอดภัยใดๆ เลย โอกาสพลาดจากการกระทำผิดแทบจะไม่มีและโอกาสการถูกจับกุมดำเนินคดีก็มีน้อยตามไปด้วย ซึ่งก็เป็นการคิดแบบมีเหตุมีผล³⁹

³⁸ มาตรการกำหนดโทษอาญาตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, โดย ชญานี เลียบทวี, 2555, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³⁹ แหล่งเดิม.

กล่าวโดยสรุป ในทางนิติเศรษฐศาสตร์ บุคคลจะตัดสินใจกระทำความผิด หากประเมินว่าผลประโยชน์คาดหวัง (Expects Benefits) ของการกระทำความผิดสูงกว่าต้นทุนคาดหวัง (Expected Costs) ของการกระทำความผิด ระบบการลงโทษที่เหมาะสมจึงต้องสามารถป้องปรามการกระทำความผิด โดยมีเป้าหมายเพื่อเพิ่มต้นทุนคาดหวังของการกระทำความผิด และลดประโยชน์คาดหวังของการกระทำความผิดได้แก่

1. การเพิ่มบทลงโทษให้สูงขึ้น ยกตัวอย่างเช่น การเพิ่มโทษปรับให้สูงขึ้น หรือเพิ่มโทษจำคุกให้สูงขึ้น หรือแม้กระทั่งเพิ่มโทษถึงขั้นประหารชีวิต กรณีที่เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงมาก

2. การเพิ่มโอกาสการจับกุมให้มากขึ้น ยกตัวอย่างเช่น การเพิ่มกำลังเจ้าหน้าที่ตำรวจในการกวาดค้นมากขึ้น ติดตั้งกล้องวงจรปิดเพิ่มขึ้น หรือใช้เทคโนโลยีขั้นสูง เพื่อติดตามคนร้าย เป็นต้น

นอกจากนี้ ในมุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์ แม้โทษจำคุกจะมีศักยภาพในการป้องปราม ช่มชู้ ยับยั้ง การกระทำความผิด แต่ก็มีต้นทุนต่อสังคม เพราะต้องใช้ทรัพยากรของสังคมสูง อีกทั้งยังมีค่าใช้จ่ายอื่นๆ เช่น การสร้างเรือนจำ การจ้างบุคลากรเพื่อดูแลงานด้านนี้ การบริหารจัดการ การรักษาระบบความปลอดภัย การอบรมวิชาชีพ ค่าอาหารแก่ผู้ต้องขังในเรือนจำ ฯลฯ ขณะที่ผู้ต้องหาอยู่ในเรือนจำก็จะไม่สามารถแสดงศักยภาพที่ตนมีอยู่ถือว่าเป็นการแยกนักโทษออกจากตลาดแรงงาน ทำให้ขาดรายได้ รวมไปถึงขาดโอกาสในการประกอบอาชีพ และตั้งต้นชีวิตใหม่ภายหลังพ้นโทษแล้ว เพราะมีตราบาปติดตัว อีกทั้งหากผู้กระทำผิดเป็นหัวหน้าครอบครัวก็จะทำให้สมาชิกในครอบครัวได้รับความลำบาก อันเป็นการส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่โดยรวมตามมา

ในทางนิติเศรษฐศาสตร์ เป็นที่ยอมรับว่า การที่นักโทษที่เพิ่งพ้นโทษจำคุกมาจะมีรายได้ต่ำกว่าเดิมมาก ส่งผลให้ผู้กระทำผิดที่เพิ่งพ้นโทษมีโอกาสตัดสินใจก่ออาชญากรรมซ้ำ เนื่องจากต้นทุนคาดหวังของการประกอบอาชญากรรมอยู่ในระดับต่ำ ด้วยเหตุที่กล่าวมาข้างต้นนี้เอง แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์จึงสนับสนุนให้ลงโทษเป็นตัวเงินคือค่าปรับมากกว่าโทษจำคุก โทษจำคุกจึงควรมีสถานะเพียงการป้องปรามเสริมหลังจากการใช้โทษปรับอย่างเต็มที่ถึงที่สุดแล้วเท่านั้น⁴⁰ อย่างไรก็ตาม แม้โทษจำคุกจะดูเสมือนว่าไม่มีความคุ้มค่าในเชิงนิติเศรษฐศาสตร์ เมื่อเปรียบเทียบกับโทษปรับ แต่โทษจำคุกก็ยังคงมีความสำคัญ เพราะยังคงมีศักยภาพในการป้องปราม

⁴⁰ From Steven Shavell. (1987, September). The optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent. *The American Law Review*. 77(4).

การก่ออาชญากรรมอย่างถึงโทษด้วยค่าปรับมีอาจทดแทนได้โดยสมบูรณ์ สำหรับบุคคลที่มีฐานะทางเศรษฐกิจสูงมาก การถูกลงโทษเพียงการปรับอาจไม่ส่งผลป้องปรามพฤติกรรมกระทำ ความผิดกฎหมายของคนเหล่านี้ เช่น ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา เคยลงโทษปรับเป็นมูลค่า 5,000 ดอลลาร์ และจำคุกเป็นเวลา 18 เดือน กับผู้สื่อข่าวซึ่งเป็นผู้มีความสามารถทางการเงินที่จะชำระค่าปรับในจำนวนที่สูงกว่านั้นได้ แต่ศาลก็ใช้โทษจำคุก เหตุผลที่อยู่เบื้องหลังก็คือ ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาที่ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศ รัฐจำเป็นต้องใช้ต้นทุนในการติดตามค้นหาพยานหลักฐานเพื่อนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษสูงกว่าความผิดปกติทั่วไป ดังนั้น ถ้าฟังเพียงโทษปรับจึงยังไม่เพียงพอที่จะมาใช้กับจำเลยในคดีนี้⁴¹

2.3 การกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของสถานพยาบาล หรือกระทำต่อเด็กกำพร้า คนชราในสถานสงเคราะห์ หรือกระทำต่อผู้อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล

การลงโทษผู้กระทำความผิดสำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศให้หนักขึ้น เพราะกรณีมี “เหตุแห่งการลงโทษเฉพาะตัว” (Personliche Strafgrund) นั้น ในทางนิติบัญญัติกระทำได้สองทางคือ โดยการบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นฐานความผิดเป็นการเฉพาะ หรือมีจะนั้นก็กระทำโดยการบัญญัติ “เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว” (Personlicher Strafscharfungsgrund) ไว้ในกฎหมาย

เกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความผิดสำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศให้หนักขึ้น เพราะกรณีมี “เหตุแห่งการลงโทษเฉพาะตัว” (Personliche Strafgrund) นี้ ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กระทำโดยการบัญญัติให้เป็นฐานความผิดเป็นการเฉพาะ แต่สำหรับประเทศไทย กระทำการโดยการบัญญัติเป็นเหตุเฉพาะตัว (Personlicher Strafscharfungsgrund)⁴² ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 285 ความว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม”

⁴¹ จาก การวิเคราะห์โทษอาญาด้วยหลักนิติเศรษฐศาสตร์, โดย ปกป้อง ศรีสนิท, 2553, *วารสารนิติศาสตร์*, 3(39), 521.

⁴² *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. (น. 120). เล่มเดิม.

2.3.1 วิวัฒนาการของระบบกฎหมายไทยเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ปรากฏเป็นครั้งแรกในกฎหมายตราสามดวง มีการบัญญัติความผิดทางเพศไว้ในพระไอยการลักษณะหัวเมีย ซึ่งเป็นการกระทำความผิดต่ออำนาจอิสระหรืออำนาจปกครองของบิดามารดากรณีที่ถูกกระทำเป็นบุตร หรือต่ออำนาจอิสระหรืออำนาจปกครองของสามี กรณีที่ถูกกระทำเป็นภรรยา⁴³ โดยความผิดโดยแยกความผิดออกเป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ ข่มขืนถึงชำเรา หมายถึง การที่ชายใช้การบังคับขืนใจด้วยวิธีใดๆ แก่หญิง โดยที่หญิงนั้นไม่ยินยอมและหญิงเป็นภรรยาผู้อื่นซึ่งเป็นทาส หญิงซึ่งเป็นหม้าย หญิงซึ่งเป็นบุตรสาวหรือหลานสาวของผู้อื่น หญิงซึ่งเป็นเด็ก และหญิงที่ชายอื่นได้ล่วงเกินจากพ่อแม่หญิงนั้นแล้ว จนได้มีการร่วมประเวณีกัน ส่วน ข่มขืนไม่ถึงชำเรา นั้นหมายความว่า ไม่ได้มีการร่วมประเวณีกัน แม้จะมีการบังคับขืนใจกันก็ตาม ซึ่งกรณีของการข่มขืนไม่ถึงชำเรา นี้ เปรียบได้กับความผิดฐานพยายามข่มขืนตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน ซึ่งการข่มขืนไม่ถึงชำเรา มีอัตราโทษที่ต่ำกว่า การข่มขืนถึงชำเรา⁴⁴

ต่อมาได้มีการบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศขึ้นมาใหม่ คือพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 โดยได้บัญญัติให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงไว้ในมาตรา 3 ชายใดกระทำชำเราหญิงในเหตุ 4 ประการดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่าง ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิง คือ

ข้อ 1 ขืนใจหญิง

ข้อ 2 หญิงมิยินยอม

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายขู่เข็ญจะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึงยินยอม

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ฤายินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่า 12 ปี ลงมาให้ลงโทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 10 ปี ลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ฤามิให้ทำการหนักด้วยก็ได้แล้วจะปรับเป็นเงินทำขวัญให้แก่หญิงตั้งแต่ 1,000 บาทลงมาด้วยก็ได้

อนึ่งผู้ใดรับโทษฐานข่มขืนทำชำเราครั้งหนึ่งแล้ว ภายหลังยังกลับขึ้นกระทำผิดลงอีกเป็นครั้งที่ 2 ที่ 3 ต่อไป จะให้ลงโทษเข็ญตั้งแต่ 60 ที่ ลงมา เพิ่มเข้ากับโทษจำคุกและโทษปรับอีกด้วยก็ได้

⁴³ จาก *ประวัติศาสตร์กฎหมาย* (น. 78), โดย ดวงจิตต์ กำประเสริฐ, 2530, กรุงเทพฯ: ประชาชน.

⁴⁴ *ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2*, น.47.

มาตรา 6 ผู้ใดพยายามหรือจะข่มขืนทำชำเราก็ดี ซึ่งเป็นกรณีผิดต่อมาตรา 3 มาตรา 4... พิจารณาเป็นสัจให้ลงโทษจำคุก

มาตรา 7 ผู้ใดรู้เห็นเป็นใจด้วย ฤๅช่วยอุดหนุนต้นเหตุในการข่มขืนกระทำชำเราก็ดี พิจารณาเป็นสัจให้ลงโทษจำคุก⁴⁵

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วง ประเวณี ร.ศ. 118 มีการแยกความผิดออกจากกันระหว่าง ความผิดฐานกระทำชำเรา กับความผิด ฐานพยายามที่จะข่มขืนกระทำชำเรา

ต่อมาประเทศไทยได้เข้าสู่ช่วงเวลาของการปฏิรูปกฎหมายครั้งใหญ่ อันสืบเนื่อง มาจากการล่าอาณานิคมของประเทศตะวันตก พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงมีพระราชดำริให้แก้ไขปรับปรุงกฎหมายของไทยให้เป็นไปตาม แบบของประเทศตะวันตกจึงทรงโปรดให้มีการตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ขึ้นมาบังคับใช้

2.3.1.1 ตามกฎหมายลักษณะอาญา

สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) มีบัญญัติไว้ในมาตรา 243 ดังนี้

“ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำชำเราหญิง ซึ่งมีใช้ภริยา ของมันเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี และให้ ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไป จนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของมันเอง ท่านถ้าแลหญิงนั้น ถึงตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนทำชำเรา มีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกกับที่ว่ามันนั้น ถ้าแลในการ กระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้นมีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิด นั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึง พันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไป จนถึงยี่สิบปี และให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง⁴⁶

⁴⁵ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี), โดย ประสัทธา พัฒนอมร, 2542, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴⁶ จาก กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (น. 110-111), โดย เสถียร วิชัยลักษณ์, 2495, กรุงเทพฯ: นิติเวช.

มีข้อพิจารณาว่า ตามกฎหมายลักษณะอาญาแล้ว พบว่า กรณีที่สามีข่มขืนภริยาไม่มีความผิดฐานข่มขืน บุคคลที่จะมีความผิดฐานข่มขืนได้ ต้องเป็นการข่มขืนบุคคลอื่นที่มีใช้ภริยาของตนเองเท่านั้น และการเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องประกอบด้วย

หนึ่ง ชายหญิงทั้งสองฝ่ายได้กินอยู่หลับนอนด้วยกัน โดยมีเจตนาเป็นสามีภริยากัน
สอง บิดามารดาหรือผู้เป็นอิสระแก่หญิง (ผู้มีอำนาจปกครองของหญิง) ยินยอมยกหญิงให้เป็นภริยาชายโดยที่หญิงนั้นยินยอมด้วย⁴⁷

ส่วนความผิดฐานกระทำชำเราที่เป็นการเพิ่มโทษ นั้นมีบัญญัติไว้ใน มาตรา 244 246 และมาตรา 247 ดังนี้

มาตรา 244 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราด้วยเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสองขวบถึงหญิงนั้น ยินยอมก็ตาม หรือมิยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไป จนถึงสิบปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้นมีบาดเจ็บอย่างสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นตาย ท่านว่าผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไป จนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง”

มาตรา 246 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสองขวบขึ้นไป โดยมันใช้อำนาจด้วยกำลัง หรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดๆ ก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง”

ส่วนมาตรา 247 บัญญัติว่า “ความอย่างไรใดใดที่วามาในมาตรา 243 244 และ 246 นั้น ถ้าผู้กระทำเป็นบิดามารดา หรือปู่ย่า ตายาย ก็ดี ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกกระทำไว้ก็ดี เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ผู้ปกครองรักษาผู้ถูกกระทำร้ายก็ดี ท่านว่าระวางโทษของมันผู้กระทำผิดหนักกว่าที่บัญญัติไว้ใน 4 มาตราที่วามานั้น หนึ่งในสามส่วน”

ความในมาตรา 247 นี้ เทียบได้กับความในมาตรา 285 ปัจจุบันเป็นเหตุจรรยาของความผิดฐานข่มขืนทำชำเราและอนาจาร ไม่ว่าผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสองขวบจะยินยอมด้วยหรือไม่ก็ตาม โดยตัวผู้กระทำมีสถานภาพดังนี้คือ

⁴⁷ จาก คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2 (น. 1102), โดย อินทร ปรีชา, 2470, กรุงเทพฯ: ไสภณพิพรรฒตชาคร.

- (1) เป็นบิดา มารดา หรือปู่ย่า ตายาย
- (2) เป็นครูบาอาจารย์
- (3) เป็นเจ้าพนักงาน

บิดามารดา ปู่ย่า ตายาย ย่อมหมายถึงบุพการีของผู้ถูกระทำซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป ซึ่งจำกัดอยู่ความเป็นญาติของผู้ถูกระทำเท่านั้น ไม่รวมไปถึงบิดา มารดาเลี้ยง หรือปู่ย่า ตายาย ที่เป็นพี่น้องของปู่ย่า ตายายของผู้ถูกระทำ และไม่รวมถึงบุคคลอื่นที่มีอำนาจในการปกครอง การบริหารและการดูแลในลักษณะอื่นด้วย

2.3.1.2 ตามประมวลกฎหมายอาญา

นับแต่ได้มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ในพุทธศักราช 2451 เป็นต้นมา พฤติการณ์ของบ้านเมืองได้มีการเปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมาก จึงเห็นสมควรปรับปรุงกฎหมายอาญาเสียใหม่ รวมถึงความผิดฐานกระทำชำเราด้วย กล่าวคือ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีการแก้ไขในมาตรา 276 หลายครั้ง โดยมีการแก้ไขในปี พ.ศ. 2514 หนึ่งครั้ง และแก้ไขในปี 2525 อีกหนึ่งครั้ง ซึ่งเป็นการแก้ไขในส่วนของอัตราโทษ อย่างไรก็ตาม สำหรับในส่วนของพฤติการณ์ที่กฎหมายบัญญัติกลับมิได้มีการแก้ไข โดยยังคงยึดถือหลักการที่ว่า บุคคลจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ ต้องเป็นการข่มขืนหญิงที่มีใช้ภริยาเท่านั้น อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 276 นี้ พังได้รับการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 โดยมีการแก้ไขข้อความที่ว่า “หญิงอื่นที่มีใช้ภริยา” เป็น “ผู้อื่น” นั้นหมายความว่า นับตั้งแต่ที่มีการแก้ไขบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา สามีที่ข่มขืนภริยา หญิงข่มขืนชาย หรือการข่มขืนเพศเดียวกัน ก็มีความผิดฐานนี้ด้วย นอกจากนี้ ยังมีการให้คำจำกัดความเกี่ยวกับการกระทำชำเราให้ขยายขอบเขตไปถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก ช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย โดยรายละเอียดจะทำการศึกษาต่อไปในหัวข้อ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาต่อไป

2.3.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา

เนื่องจากกระแสสังคมในปัจจุบันได้เรียกร้องความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 30 ก็ได้บัญญัติรับรองสิทธิไว้ว่า ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างทางเพศจะกระทำมิได้ ดังนั้นจึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา⁴⁸ เพื่อให้

⁴⁸ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงและหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และมาตรา 277 จึงมีการเปลี่ยนแปลงจากเดิมดังนี้

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตาม มาตรา 276 ประมวลกฎหมายอาญา บทบัญญัติใน ประมวลกฎหมายอาญาดั้งเดิมได้วางหลักไว้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นกรณี ชายกระทำต่อหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยไม่รวมถึงกรณีชายกระทำต่อชายอื่น หญิงกระทำต่อ หญิงอื่นหรือหญิงกระทำต่อชายอื่น จึงมีผลทำให้ชายอื่นหรือหญิงซึ่งเป็นภริยาของผู้กระทำไม่ได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ ดังนั้นกฎหมายใหม่จึงได้เปลี่ยนแปลงถ้อยคำให้ผู้กระทำหมายถึง ชายหรือหญิงกระทำต่อผู้อื่นซึ่งอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ ซึ่งจะทำให้ผู้ถูกกระทำไม่ว่าจะเป็นชาย หรือหญิงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย โดยเท่าเทียมกัน นอกจากนี้แม้ว่าผู้ถูกกระทำจะเป็น คู่สมรสของผู้กระทำก็ไม่ทำให้ผู้กระทำพ้นความรับผิดชอบแต่อย่างใด ส่วนการกระทำ ที่ถือว่าเป็นการ กระทำชำเรากฎหมายเดิมได้ให้คำจำกัดความของการกระทำดังกล่าวโดยมีแนวคำพิพากษาฎีกา วางหลักไว้ว่าหมายถึง การใช้อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง⁴⁹ แต่กฎหมายใหม่ได้ ให้คำจำกัดความของการกระทำดังกล่าวว่าหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะ เพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น รวมถึงการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของ ผู้อื่น ซึ่งเป็นการขยายความหมายของการกระทำชำเราออกไปให้ครอบคลุมถึงลักษณะการ ล่วงละเมิดทางเพศที่เกิดขึ้นใหม่ๆ ในปัจจุบันด้วย

นอกจากนี้การผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่สองคนขึ้นไปที่ถือว่าเป็นการ โทรมหญิงตามแนวคำพิพากษาฎีกาดังนั้น⁵⁰ กฎหมายใหม่ก็ได้ขยายความรวมถึงการกระทำกับชาย ในลักษณะเดียวกับการโทรมหญิงด้วย ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นการโทรมหญิงหรือการโทรมชายก็ถือว่า เป็นการกระทำผิดฐานนี้เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกฎหมายใหม่ได้วางหลักให้ผู้ข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสของ ตนมีความผิดฐานนี้จึงอาจมีผลกระทบต่อความสัมพันธ์อันดีของบุคคลในครอบครัวเดียวกัน กฎหมายใหม่จึงเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจลงโทษผู้กระทำผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใด ก็ได้หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้หากว่าคู่สมรสนั้นยังประสงค์ จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยากันต่อไป แต่ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กิน

⁴⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1048/2518

⁵⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1202/2529

ด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไปและประสงค์จะหย่าคู่สมรสฝ่ายนั้นอาจแจ้งให้ศาลทราบเพื่อให้ศาลส่งเรื่องให้พนักงานอัยการดำเนินการฟ้องหย่าให้ต่อไป

ส่วนความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 นั้นในกฎหมายเดิมได้เน้นให้ความคุ้มครองเฉพาะเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปีเท่านั้น แต่ในปัจจุบันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กมีทั้งการกระทำต่อเด็กหญิงและเด็กชาย เพื่อให้การคุ้มครองต่อเด็กหญิงและเด็กชายโดยเท่าเทียมกัน กฎหมายใหม่จึงได้เปลี่ยนหลักการใหม่โดยวางหลักให้ผู้กระทำหมายถึงชายหรือหญิงกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีซึ่งอาจเป็นเด็กหญิงหรือเด็กชายก็ได้ โดยที่การกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น โดยไม่จำเป็นต้องใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำ

อย่างไรก็ตามในกรณีที่เป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม หากในภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกันผู้กระทำผิดก็จะไม่ต้องรับโทษ และทั้งสองฝ่ายก็จะเป็นสามีภริยากันโดยถูกต้องตามกฎหมาย

เนื่องจากความผิดฐานนี้ผู้กระทำจะต้องกระทำต่อเด็กที่ไม่ใช่สามีหรือภริยาของตนด้วย จึงจะเป็นความผิด ดังนั้นการกระทำชำเราต่อสามีหรือภริยาที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีจะไม่เป็นความผิดฐานนี้ แต่หากว่าเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีซึ่งเป็นสามีหรือภริยาของผู้กระทำนั้น ไม่ยินยอมให้กระทำแล้ว ผู้กระทำก็อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ได้

2.3.2.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา 276

ก่อนปี 2550 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 บัญญัติไว้ว่า "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนโดยขู่เจ็ญประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกสี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกสิบห้าถึงยี่สิบปี ปรับตั้งแต่สามหมื่นถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต"

ต่อมาภายหลังปี พ.ศ. 2550 ได้มีการแก้บทบัญญัติของมาตรา 276 จึงมีว่า

"ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เจ็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดย การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้น ยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้"

ในการแก้ไขบทบัญญัติของมาตรา 276 ดังที่กล่าวมานี้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ให้เหตุผลหลักของการแก้ไขว่า เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเรื่องการขจัดความแตกต่างของเพศและความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และเมื่อเปรียบเทียบกฎหมายมาตรา 276 ดังกล่าวระหว่างก่อนแก้ไขและหลังการแก้ไขสรุปได้ดังนี้

(1) กระทำชำเราตามมาตรา 276 เดิม หมายถึง จะต้องมีการร่วมเพศและสอดใส่อวัยวะเพศ โดยอวัยวะเพศชายจะต้องล้วงเข้าไปในช่องคลอดของหญิงเท่านั้น ส่วนกระทำชำเราตามมาตรา 276 แก้ไขใหม่ หมายถึง รวมการใช้วัตถุ สิ่งของอื่นแทนการใช้อวัยวะเพศชายในการข่มขืนต่อไปความผิดฐานอนาจารก็อาจนำมาบังคับใช้ได้เพราะการกระทำอย่างใด ๆ ก็สามารถอยู่ภายใต้ความหมายของกระทำชำเราได้ทั้งสิ้น เป็นการใช้กฎหมายอาญาในลักษณะหว่านแห ผิดต่อหลักการของการใช้กฎหมายอาญาเป็นอย่างมาก

(2) คำว่า "ผู้อื่น" ตามมาตรา 276 แก้ไขใหม่ รวมถึง ชายกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อหญิงได้โดยตรง โดยไม่ต้องอาศัยความเป็นตัวการร่วม

(3) คำว่า "กระทำชำเรา" ตามมาตรา 276 เดิม หมายถึง การเอาอวัยวะเพศชายล้วงเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน ส่วน "กระทำชำเรา" ตามมาตรา 276 แก้ไขใหม่ ไม่จำเป็น

ต้องมีการล้วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศก็ได้ เพราะมาตรา 276 วรรคสองได้ใช้คำว่า “กระทำกับ” ดังนั้นหากชายใช้อวัยวะเพศของตนอยู่ใกล้ปากช่องคลอดด้านนอกยังไม่ทันได้ล้วงล้ำเข้าไปก็เป็นการกระทำชำเราอันเป็นความผิดสำเร็จแล้ว ซึ่งตามกฎหมายเดิมเป็นเพียงการกระทำความผิดเพียงฐานพยายามกระทำชำเราเท่านั้น ดังนั้น เมื่อถือว่าเป็นความผิดสำเร็จ การที่ชายไม่กระทำซ้ำต่อไป เพื่อให้สำเร็จความใคร่ก็ไม่ใช่การยับยั้งตามมาตรา 82 เพราะเมื่อเป็นความผิดสำเร็จแล้วก็ไม่มีการยับยั้งตามมาตรา 82 ได้เลย⁵¹

(4) มาตรา 276 เดิม บัญญัติแต่เรื่องการกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธหรือวัตถุระเบิด หรือโทรมหญิง ส่วนมาตรา 276 แก้ไข ใหม่ ได้บัญญัติถึงการกระทำอันเป็นโทรมชายลงไปเพิ่มเติมด้วย

(5) ประเด็นที่เพิ่มขึ้นจากบทบัญญัติของมาตรา 276 เดิม ซึ่งไม่ได้มีการบัญญัติไว้ แต่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 276 แก้ไขใหม่ คือกรณีที่เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้น ยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤตินั้นการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้ ซึ่งมีประเด็นปัญหาว่า พนักงานอัยการคงต้องอาศัยมาตรา 1516 (6) เรื่องการเป็นปรปักษ์ต่อการเป็นสามีภรรยาอย่างร้ายแรงเพื่อฟ้องหย่า และเมื่อฟ้องหย่าแล้วก็ต้องมีการแบ่งสินสมรสซึ่งคงจะเป็นจุดอ่อนและกระเทือนต่อสถาบันครอบครัว และหากครอบครัวนั้นมีบุตรก็ต้องมีปัญหาเรื่องการเลี้ยงดูบุตรให้ศาลต้องวินิจฉัยตามมา อีกทั้งโดยปกติการฟ้องหย่าเป็นเรื่องทางแพ่ง ไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการ เนื่องจากพนักงานอัยการคือทนายของแผ่นดินที่มีหน้าที่ดำเนินคดีอาญาเพื่อความสงบสุขของประชาชนในบ้านเมืองโดยรวม ไม่ใช่ของเอกชนคนใดคนหนึ่ง ดังนั้นการที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติเช่นนี้ เท่ากับเป็นการผลักดันพนักงานอัยการให้ต้องทำคดีแพ่งให้แก่เอกชนด้วยหรือไม่

2.3.2.2 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277

มาตรา 277 ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

⁵¹ อาชญาวិทยาและทัณฑวิทยา (น. 342). เล่มเดิม.

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปีต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป

องค์ประกอบของความผิดที่แตกต่างไปจากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 คือ

(1) ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีชำเรยาหรือสามีของผู้กระทำความผิด อายุของหญิงผู้เสียหายตามมาตรานี้ จะน้อยกว่าอายุของหญิงที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276

(2) ความยินยอม ของเด็กที่ถูกกระทำตามมาตรานี้ไม่มีผลทางกฎหมายแม้การชำเรานั้น เด็กได้สมัครใจหรือยินยอมให้กระทำชำเราก็นับเป็นความผิด สาเหตุเพราะกฎหมายเห็นว่าไม่ควรให้ผู้กระทำความผิดอ้างความยินยอมของเด็กที่มีอายุระหว่าง 13-15 นี้ เป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุบรรเทาโทษ เพื่อหาประโยชน์จากเด็กอีกต่อไป เพราะเด็กวัยนี้ส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโต และพัฒนาทางร่างกายจิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรม และประสบการณ์ไม่เพียงพอ

องค์ประกอบภายใน ของความผิดคือ เจตนา กล่าวคือ ผู้กระทำต้องรู้ว่าเด็กนั้นอายุมากกว่า 13 แต่ยังไม่เกิน 15 ปี มีชำเรยาหรือสามีของตน และผู้กระทำต้องมีการกระทำชำเรานั้น องค์ประกอบอื่นนอกจากนี้คล้ายกันกับมาตรา 276

วรรคสองเป็นคำจำกัดความของการกระทำชำเรา ว่าหมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

วรรคสาม เป็นบทเพิ่มโทษ โดยมีอายุของผู้ถูกระทำมาเป็นองค์ประกอบของความผิด กล่าวคือ หากกระทำต่อเด็กที่อายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษสูงขึ้น

วรรคสี่ เป็นบทเพิ่มโทษ โดยมีลักษณะของการกระทำเป็นองค์ประกอบความผิด กรณีมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือเด็กชาย และเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยอาวุธ ต้องระวางโทษเพิ่มขึ้น

วรรคห้า เป็นบทยกเว้นโทษ หากการกระทำดังกล่าว ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กที่มีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ

กล่าวโดยสรุป องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติของความผิดฐานนี้คือ การที่บุคคลกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีโชภรรยาของตน โดยเจตนากระทำชำเราเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปี

การคุ้มครองเด็กที่อายุยังไม่เกินสิบห้าปีเป็นพิเศษเป็นแนวคิดใหม่ โดยฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่า ไม่ควรให้ผู้กระทำความผิดอ้างความยินยอมของเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษ เพราะเด็กอายุขนาดนี้ส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอ⁵² ฉะนั้นความยินยอมของเด็กหญิงอายุระหว่างนี้จึงไม่เป็นข้อสำคัญ กล่าวคือ แม้เด็กจะยินยอมก็เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของเด็กหญิงเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จึงต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุเด็ก อย่างไรก็ตาม เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาคดีหนึ่ง วินิจฉัยว่า การที่จำเลยไม่รู้จักผู้เสียหายมาก่อนก็ไม่มีข้อห้ามที่ไม่ให้จำเลยอ้างความสำคัญผิดมาเป็นข้อแก้ตัว⁵³ อย่างไรก็ตาม ศ.ดร. คณิต ฒ นคร ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาดังกล่าว โดยให้ความเห็นว่า คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ วินิจฉัยผิดหลักเกณฑ์ เพราะมาตรา 62 เป็นเรื่องสำคัญในความผิดกฎหมาย⁵⁴

2.3.3 เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 285

เมื่อเกิดความผิดเกี่ยวกับเพศขึ้นในครอบครัวหรือบุคคลใกล้ชิด อยู่ในความดูแลกฎหมายจึงได้บัญญัติบทลงโทษที่หนักขึ้นกว่าการที่ผู้กระทำผิดนั้นก่อความผิดกับบุคคลอื่นๆ ในสังคมไทยมองว่าบุคคลที่อยู่ใกล้ชิดกันหรืออยู่ในความดูแล เช่น ลูก หลาน เหลน หรือลูกศิษย์ และผู้ที่อยู่ในความปกครองนั้น สังคมมองว่าบุคคลเหล่านี้เป็นเหมือนพี่น้องกัน วัฒนธรรมไทยแต่เดิม

⁵² เหตุผลที่ประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับพิเศษ) เล่ม 104 ตอนที่ 173 วันที่ 1 กันยายน 2530. น. 12.

⁵³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5176/2538

⁵⁴ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 425). เล่มเดิม.

ก็เป็นครอบครัวขยาย มีขนาดใหญ่ ลูกหลานมีมากมาย และมีความสนิทสนมรักใคร่กันดี แม้กระทั่งสมาชิกในหมู่บ้าน หรือตำบล ก็นับถือกันเป็นญาติ เป็นครอบครัวเดียวกัน ทำให้เกิดความไว้น้ำใจเชื่อใจกันมาก แต่เมื่อเกิดความผิดขึ้นกับบุคคลซึ่งเป็นผู้ใกล้ชิด ผู้กระทำความผิดจึงควรได้รับการลงโทษที่หนักกว่าบุคคลอื่นๆ ที่ไม่ได้มีความเกี่ยวพันกันกระทำความผิด

เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 285 บัญญัติไว้ว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือ มาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดระวางโทษหนักกว่า ที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม”

จากบทบัญญัติดังกล่าว แยกเป็นองค์ประกอบภายนอกได้ดังนี้

(1) กระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283

(2) เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลและผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้ที่อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล

คำพิพากษาฎีกาที่ 2993/2530 วินิจฉัยว่า การข่มขืนกระทำชำเราผู้สืบสันดานจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 นั้น หมายถึงกระทำแก่ผู้สืบสันดานในทางสืบสายโลหิตโดยแท้จริง เพราะบทกฎหมายมาตรานี้ไม่ได้มุ่งลงโทษหนักขึ้นเฉพาะการกระทำแก่บุตรชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงใช้คำว่า กระทำแก่ผู้สืบสันดาน ดังนั้น การที่จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมาแม้ผู้นั้นจะไม่ใช่เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของจำเลยก็ตาม ก็ถือได้ว่าจำเลยได้กระทำต่อผู้สืบสันดาน ตามความหมายมาตรา 285 นี้แล้ว

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย⁵⁵ อธิบายว่า ผู้สืบสันดานคือบุตรหลาน เหลน ลื้อ ที่ชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ไม่รวมถึง บุตรบุญธรรมเพราะเจตนาของบทบัญญัติของกฎหมายมาตรานี้ ซึ่งเป็นบทลงโทษเพื่อลงโทษบุพการีที่กระทำต่อบุตรซึ่งเป็นบุตรของตนตามความเป็นจริงเท่านั้น เพราะการกระทำนี้ถือเป็นการทำลายศีลธรรมอย่างร้ายแรง สอดคล้องกับความเห็นของ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์⁵⁶ อธิบายว่า ในกรณีตามมาตรา 285 นี้ การตีความให้รวมถึงผู้ที่ไม่ใช่ผู้สืบสันดาน โดยชอบด้วยกฎหมายจะมีผลเป็นการตีความในทางเป็นผลร้ายแก่จำเลยใน

⁵⁵ จาก กฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 179), โดย หยุด แสงอุทัย, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁵⁶ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 (น. 964), โดย จิตติ ดิงศภัทย์, 2536, กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครพลันตั้งกรุ๊ป.

คดีอาญามากขึ้น ไม่ชอบด้วยหลักการตีความ ถ้าพิจารณาประกอบข้อความตอนที่ว่าด้วยความปกครองของความพิทักษ์ ความอนุบาล ก็น่าจะเข้าใจว่าเป็นกรณีเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์กันตามกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 303/2497 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1526/2497 ยังให้ความหมายของคำว่าผู้สืบสันดาน หมายถึงผู้สืบสันดานตามความจริง “บุตรนอกกฎหมาย” เป็นผู้สืบสันดานตามกฎหมายมาตราดังกล่าว และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 956/2504 ว่า คำว่าผู้สืบสันดาน ตามความมาตรา 71 หมายถึง ผู้สืบสันดานตามธรรมชาติ จำเลยเป็น “บุตรบุญธรรม” ไม่ใช่ผู้สืบสันดานตามกฎหมายมาตราดังกล่าว

ศิษย์ที่อยู่ในความดูแล ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย⁵⁷ อธิบายว่าหมายถึง ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของผู้กระทำ คือไม่ใช่ผู้กระทำเป็นแต่เพียงเป็นครูมีหน้าที่สอนเลขๆ ต้องมีหน้าที่ดูแลด้วย เช่น ดูแลนักเรียนกินนอน ส่วนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์⁵⁸ อธิบายว่า ความดูแลไม่ได้หมายความถึงการสอน แต่หมายความถึงการควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์ เช่นครูบาอาจารย์ที่ศิษย์กินนอนอยู่ด้วย ไม่ใช่ครูสอนแต่เพียงตามชั่วโมงของตารางสอน ขณะที่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2693/2516 มีคำวินิจฉัยว่า จำเลยเป็นครูสอนเด็กหญิงและเป็นครูใหญ่ด้วย เด็กหญิงมาเรียนหนังสือในตอนเช้าตามปกติและกลับบ้านเมื่อเลิกเรียนแล้ว การควบคุมดูแลปกป้องเด็กหญิงนั้นย่อมอยู่กับจำเลยตลอดระยะเวลาที่โรงเรียนเปิดทำการสอนอยู่ตามปกติ เมื่อจำเลยกระทำอนาจารแก่เด็กหญิงในระหว่างที่โรงเรียนเปิดทำการสอนอยู่ตามปกติ ย่อมถือได้ว่าจำเลยได้กระทำแก่ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ตามความหมายของมาตรา 285

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1759/2526 “จำเลยเป็นครูสอนวิชาพลศึกษาในโรงเรียน ซึ่งผู้เสียหายเป็นนักเรียนอยู่ จำเลยกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายขณะจำเลยทำหน้าที่สอนความรู้วิชาพลศึกษาของผู้เสียหาย ถือได้ว่าผู้เสียหายเป็นศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลยตามความในมาตรา 285”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1189/2531 จำเลยเป็นครูสอนวิชาคณิตศาสตร์ในสายชั้นเรียนให้แก่ผู้เสียหาย ในขณะที่เกิดเหตุผู้เสียหายจึงเป็นศิษย์อยู่ในความดูแลของจำเลยทั้งต้องเชื่อฟังจำเลยด้วย เมื่อจำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายในขณะนั้นจำเลยจึงต้องมีความผิดตามมาตรา 277 ประกอบมาตรา 285 สังเกตได้ว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1637/2500 วินิจฉัยว่า จำเลยเป็นครูสอนวิชาไม่ได้รับเลี้ยงดูนักเรียน ไม่ใช่ครูอาจารย์ตามมาตรา 247 กฎหมายลักษณะอาญา เหตุที่ศาลฎีกาวินิจฉัยดังกล่าวก็เพราะกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 247 ใช้คำว่า ครูอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกกระทำร้ายไว้ ต่างกับ

⁵⁷ กฎหมายอาญา ภาค 1. (น. 179). เล่มเดิม

⁵⁸ คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 (น. 965). เล่มเดิม.

มาตรา 285 ใช้คำว่า ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ดังนั้น ครูอาจารย์ที่สอนเพียงตามชั่วโมงของ ตารางสอน ถ้ากระทำต่อศิษย์ในขณะนั้น ก็เป็นความผิดตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1189/2531

คำพิพากษาฎีกาที่ 2353/2538 จำเลยไม่เคยสอนในชั้นที่ผู้เสียหายเรียน จำเลยสอน เด็กเล็ก ทั้งจำเลยมิได้เป็นครูใหญ่ ซึ่งโดยหน้าที่แล้วมีหน้าที่ดูแลรับผิดชอบนักเรียนทั้งโรงเรียน หรือเป็นครูเวร หรือได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่ดูแลผู้เสียหายในขณะเกิดเหตุ จึงฟังไม่ได้ว่า ผู้เสียหายเป็นศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลยอันจะเป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้น ตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 285

คำพิพากษาฎีกาที่ 9704/2539 ขณะเกิดเหตุจำเลยรับราชการครูอยู่โรงเรียนเกาะแก้ว พิตยาธรรม มีหน้าที่สอนวิชาพลศึกษาเฉพาะนักเรียนชายของโรงเรียนแห่งนั้นเท่านั้น จำเลยไม่มี หน้าที่สอนวิชาพลศึกษาให้แก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นนักเรียนหญิงแต่อย่างใด เมื่อจำเลยไม่มีหน้าที่สอน ผู้เสียหาย ผู้เสียหายก็มีไซ้ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลย และโดยหน้าที่ของจำเลย ผู้เสียหาย ก็ไม่ได้เป็นผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการของจำเลย จึงลงโทษจำเลยให้หนักขึ้นตามมาตรา 285 ไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 7986/2540 ความหมายของข้อความที่ว่าศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลตาม ป.อ.มาตรา 285 นั้นมิได้หมายถึงเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ในฐานะครูหรืออาจารย์ซึ่งมีหน้าที่สอน หรือเคยสอนศิษย์เท่านั้น แต่ครูหรืออาจารย์นั้นต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์และ กระทำความคิด ตามที่กฎหมายบัญญัติต่อศิษย์ในระหว่างมีหน้าที่ดังกล่าวด้วย ข้อเท็จจริงได้ความ ว่าจำเลยไม่มีหน้าที่ดังกล่าวในขณะที่เกิดเหตุเพราะเหตุเกิดที่บ้าน พ. และนอกเวลาควบคุม ดูแลของ จำเลย ดังนั้น แม้จำเลยกระทำอนาจารผู้เสียหายการกระทำของจำเลยก็มีไซ้กระทำต่อศิษย์ซึ่งอยู่ใน ความดูแล / เมื่อการกระทำของจำเลยไม่ต้องด้วยกรณีที่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมาย อาญามาตรา 285 หากเป็นเพียงความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 และมีได้กระทำต่อ หน้าธารกำนัลไม่เป็นเหตุให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายจึงเป็นความผิดอัน ขอมความได้ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 281 ซึ่งผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ภายใน 3 เดือน คดีนี้ เกิดเหตุเดือนธันวาคม 2537 ผู้เสียหายร้องทุกข์เมื่อวันที่ 7 เมษายน 2538 เกินเวลา 3 เดือน นับแต่ วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด คดีจึงขาดอายุความตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 96 สิทธินาคคืออาญาฆ่าฟ้องข่มขืนไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (6) โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง

ผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (21) คำว่า “ควบคุม” หมายถึง การควบคุม หรือกักขังผู้ถูกจับ โดยพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจในระหว่างสืบสวนหรือสอบสวน

คำพิพากษาฎีกาที่ 2453/2515 จำเลยเป็นอธิบดี ผู้เสียหายเป็นหัวหน้าแผนกศาลฎีกา อธิบายว่า การกระทำของนายอำเภอผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ตามมาตรา 285 นั้น หมายถึงผู้กระทำความผิดมีหน้าที่ควบคุมตามหน้าที่ราชการ และผู้ถูกกระทำอยู่ในความควบคุม ด้วย การที่ข้าราชการชั้นผู้น้อย อยู่ในความบังคับบัญชาของอธิบดี ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการนั้น หาใช่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการตามความหมายแห่งมาตรา 285 ไม่

ผู้อยู่ในความปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 282 ต้อง ตีความโดยเคร่งครัด เมื่อกฎหมายมาตราดังกล่าว บัญญัติถึงความเป็นผู้ปกครอง หมายถึงความ ปกครองตามกฎหมาย หากต้องการให้มีความหมายนอกเหนือ ไปถึงความปกครองโดยพฤตินัยด้วย แล้วก็ย่อมจะต้องบัญญัติไว้เป็นพิเศษ

คำพิพากษาฎีกาที่ 6811/2538 การข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยง ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการ กระทำแก่ผู้อยู่ในความปกครองตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 เพราะผู้อยู่ในความปกครอง ตามบทบัญญัติดังกล่าวหมายถึงผู้อยู่ในความปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 928/2502 บิดาเลี้ยง ข่มขืนกระทำชำเราบุตรเลี้ยง มีความผิดตาม มาตรา 277 แต่กรณีไม่ต้องตามมาตรา 285 เพราะอำนาจปกครองบุตรเลี้ยงตกอยู่แก่มารดาของเด็ก นั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1540 (1566) มิได้ตกอยู่ในความปกครองของบิดา เลี้ยง คำพิพากษาฎีกาที่ 6811/2538 ตัดสินทำนองเดียวกัน คำพิพากษาฎีกาที่ 1017/2538 วินิจฉัยว่า จำเลยกระทำชำเราเด็กอายุ 11 ปี ซึ่งมาอยู่ในความอุปการะเพราะไม่ทราบว่ามีบิดามารดาอยู่ที่ใด อำนาจปกครองยังคงอยู่กับบิดามารดาเดิม จึงเพิ่มโทษจำเลยตามมาตรา 285 ไม่ได้

ศาสตราจารย์ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ⁵⁹ อธิบายว่า น่าคิดว่าพ่อแม่แท้จริงไม่รู้อยู่ที่ไหน ผู้อุปการะก็ไม่ใช่ผู้ใช้อำนาจปกครอง ในเมื่อผู้มีอำนาจปกครองไม่ได้ปกครอง ส่วนผู้ที่ปกครอง ตามความจริงไม่ใช่ผู้ใช้อำนาจปกครองแล้ว ใช้อำนาจปกครองไม่ได้หรืออย่างไร ความหมายตาม กฎหมายแพ่งจะนำมาใช้ในกฎหมายอาญา ในกรณีเช่นนี้น่าจะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของ มาตราดังกล่าว ควรต้องถือผู้อยู่ในปกครองตามความจริง เพราะเป็นเรื่องอิทธิพลต่อเด็กซึ่งไม่มีทาง หลีกเลี้ยงได้ และเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง ไม่ใช่กระทบเพียงสิทธิในความจริง มาตรานี้มุ่งคุ้มครองเด็กหรือเปิดโอกาสให้ผู้อุปการะเด็กกันแน่

⁵⁹ กฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ (น. 194), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2551, กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

ผู้ที่อยู่ในความพิทักษ์ หมายถึง บุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ เช่น สติฟั่นเพื่อน และอยู่ในความพิทักษ์ของผู้พิทักษ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ ผู้พิทักษ์ในความหมายตามมาตรานี้ หมายถึง ผู้พิทักษ์ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยคำสั่งศาลเท่านั้น

ผู้ที่อยู่ในความอนุบาล หมายถึง บุคคลวิกลจริตซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ และอยู่ในความอนุบาลของผู้อนุบาล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น ครูสอนวิชา คณิตศาสตร์ในสายชั้นเรียนผู้เสียหาย ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายเป็นศิษย์ที่อยู่ในความดูแลของจำเลย และต้องเชื่อฟังจำเลยด้วย⁶⁰

กล่าวโดยสรุป คำว่า “ผู้สืบสันดาน” มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1627 และมาตราต่อๆ ไป โดยกฎหมายมาตราดังกล่าวบัญญัติว่า บุตรนอกกฎหมายที่บิดาได้รับรองแล้วและบุตรบุญธรรมนั้น ให้ถือว่าเป็นผู้สืบสันดานเหมือนบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายนี้ กล่าวคือ มีสิทธิรับมรดกได้ตามมาตรา 1629 และศาลฎีกา วินิจฉัยว่า ผู้สืบสันดานตามมาตรา 5 (2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หมายถึง ผู้สืบสันดานตามความจริง ไม่ต้องพิจารณาว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่⁶¹ และคำพิพากษาฎีกาที่ 926/2509 วินิจฉัยว่า คำว่า ผู้สืบสันดานตาม มาตรา 71 ประมวลกฎหมายอาญาหมายความว่า ผู้สืบเชื้อสายโดยตรงบุตรบุญธรรม ไม่ใช่ผู้สืบสันดานตามกฎหมายมาตราดังกล่าวและคำพิพากษาฎีกาที่ 2993/2530 ก็วินิจฉัยว่า คำว่า ผู้สืบสันดาน ตามมาตรา 285 หมายถึงผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงเช่นเดียวกัน ซึ่งศาสตราจารย์จิตติ ติงศักดิ์ และศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ก็ไม่เห็นด้วยดังกล่าวข้างต้น แต่การที่ศาลฎีกาตีความว่า ผู้สืบสันดาน หมายถึง ผู้สืบสันดานตามความจริงนั้น ก็มีเหตุผลเพราะแม้แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1627 และมาตรา 1629 ก็ยังรับรองให้มีสิทธิรับมรดกได้ทั้งเป็นความผูกพันตามธรรมชาติตามสายเลือด แต่คำว่า ผู้อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์หรือในความอนุบาลนั้น เป็นกรณีที่เกิดขึ้นตามที่กฎหมายบัญญัติมิได้เกิดขึ้นตามธรรมชาติ ตามสายเลือด ดังนั้น ถ้าแปลว่าหมายถึงความปกครอง ความพิทักษ์ และความอนุบาล ตามความเป็นจริงแล้วก็จะเป็นการตีความหมายกว้างออกไปมาก อาจจะขัดกับหลักการตีความกฎหมายอาญาที่จำต้องตีความ โดยเคร่งครัด และอาจเป็นปัญหาตามมามาก ว่าแค่ไหนถือว่าอยู่ในความปกครอง อยู่ในความพิทักษ์ และอยู่ในความอนุบาลตามความเป็นจริง ฉะนั้นที่ศาลฎีกาตีความว่า ต้องเป็นผู้ปกครองตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 จึงน่าจะมีเหตุผลเพราะถึงอย่างไรจำเลยก็ต้องถูกลงโทษอันเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายอยู่แล้ว เพียงแต่เพิ่มโทษให้หนักขึ้นตามมาตรานี้ไม่ได้เท่านั้น ฉะนั้นจึงต้องแปลว่าผู้อยู่ในความปกครองนั้นผู้ปกครองต้องเป็นผู้ปกครอง

⁶⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 117/2534.

⁶¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1384/2516, 303/2479

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ส่วนคำว่าผู้อยู่ในความพิทักษ์ผู้อยู่ในความอนุบาล หมายความว่า เป็นผู้อนุบาลตามมาตรา 28 และเป็นผู้พิทักษ์ตามมาตรา 32 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การกระทำความผิดอาญา ไม่ว่าจะประเภทใด ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมโดยรวมไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง การลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายเป็นกลไกของรัฐวิธีหนึ่งที่ใช้ป้องกันและปราบปรามมิให้บุคคลในสังคมกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด เพื่อความสงบสุขของสังคมโดยรวม อย่างไรก็ตาม แม้รัฐได้ลงโทษผู้กระทำความผิดไปแล้ว ไม่ว่าโทษนั้นจะหนักเพียงใด แต่บุคคลบางพวกก็หวนมากระทำความผิดซ้ำอีกในปัจจุบัน การเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิด จึงเป็นมาตรการที่รัฐนำมาใช้แก่ผู้กระทำความผิดซ้ำแล้วซ้ำเล่าโดยไม่เจ็ดหลาบ

ขณะเดียวกัน บางฐานความผิดที่บัญญัติไว้ในกฎหมายไทยยังไม่มีความเหมาะสม เช่น กรณีของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากในปัจจุบันพบว่า บุคคลที่ตกเป็นเหยื่อของการถูกระทำทางเพศมักพบว่า ผู้กระทำเป็นบุคคลใกล้ชิด และมีอิทธิพลเหนือผู้ถูกระทำ ทำให้ผู้กระทำมีอาจขจัดขึ้นได้ ซึ่งพบได้ในหลายกรณีเช่น กรณีเป็นผู้สืบสันดาน ศิษย์ที่อยู่ในความดูแล ผู้ที่อยู่ในความดูแลตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ผู้ที่อยู่ในความพิทักษ์ และผู้ที่อยู่ในความอนุบาล บุคคลที่ตกเป็นเหยื่อมักพบว่าต้องอยู่ในสภาวะพึ่งพิงผู้กระทำในการดำเนินชีวิต และไม่อยู่ในสถานะที่จะขจัดขึ้นหรือไปให้พ้นจากสภาวะดังกล่าวได้

การที่ผู้กระทำความผิดได้อาศัยความอ่อนแอของเหยื่อ มาเป็นเหตุหรือช่องทางในการล่วงละเมิดทางเพศต่อเหยื่อ ย่อมส่งผลกระทบต่อสังคมมากกว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศโดยบุคคลอื่น เนื่องจากทำให้ศีลธรรมเสื่อมเสีย ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงมีการบัญญัติการเพิ่มโทษแก่บุคคลเหล่านี้ให้หนักขึ้น โดยบุคคลที่กระทำความผิดทางเพศตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 หากมีการกระทำต่อผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะมีบทบัญญัติเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุคคลใกล้ชิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 285 แล้วก็ตาม แต่บทบัญญัตินี้ยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีกระทำผิดทางเพศต่อกลุ่มบุคคลผู้อยู่ในสภาวะที่ด้อยโอกาส หรือไม่อาจป้องกันตัวเองได้ เช่น บุคคลที่เป็นผู้ป่วย คนพิการทุพพลภาพ ผู้สูงอายุ คนวิกลจริต สตรีมีครรภ์ เด็กเล็กๆ เป็นต้น ซึ่งเป็นกลุ่มที่เปราะบางและต้องอยู่ในความดูแลของผู้รับดูแล ดังนั้น จึงเห็นควรที่จะทำการแก้ไขบทบัญญัติของมาตรา 285 ให้บทบัญญัติของกฎหมายให้การคุ้มครองครอบคลุมถึงกลุ่มบุคคลดังกล่าวด้วย

บทที่ 3

การกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีกระทำต่อผู้ที่ย่อนแอ เปราะบางและต้องอยู่ในความดูแล ของผู้รับดูแลเป็นพิเศษ ตามกฎหมายต่างประเทศ

กฎหมายอาญาของต่างประเทศ มีการบัญญัติในเรื่องเหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศไว้เช่นเดียวกับกฎหมายไทย แต่มีความแตกต่างกันไปตามระบบกฎหมายและลักษณะสังคมและวัฒนธรรม ในการศึกษาคำนี้ ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษากำหนดเหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศทั้ง 2 ระบบกฎหมายกล่าวคือระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ทำการศึกษาระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ทำการศึกษาระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์รัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 การกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีกระทำต่อผู้ป่วยเด็กกำพร้า คนชราหรือผู้ที่ย่อนแอในดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล ของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี การดำเนินคดีอาญาจะเป็นระบบการค้นหาความจริงแบบต่อสู้คดีหรือระบบคู่ปรปักษ์ (Adversary System or Fight Theory) กล่าวคือ คู่ความทั้งสองฝ่ายต่างมีฐานะเท่าเทียมกันในศาล การจะได้ความจริงต้องอาศัยการโต้แย้งของคู่ความในคดีเพื่อโน้มน้าวจิตใจของคณะลูกขุน ซึ่งเป็นผู้พิจารณาข้อเท็จจริงให้คล้อยตาม โดยผู้พิพากษาเป็นเพียงผู้ควบคุมให้มีการต่อสู้ในเชิงคดีอย่างยุติธรรม¹

3.1.1 การกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีกระทำต่อผู้ป่วย เด็กกำพร้า คนชรา หรือผู้ที่ย่อนแอในดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแลของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบด้วยมลรัฐต่างๆ 50 รัฐ รวมตัวเข้าเป็นประเทศเดียวกันเรียกว่า สหรัฐอเมริกา (United State of America) อย่างไรก็ตาม บรรดามลรัฐทั้งปวงยังคงมีความเป็นอิสระในบางเรื่อง โดยอำนาจของมลรัฐ (State) จะแตกต่างจากอำนาจของรัฐบาลกลาง (Federal

¹ จาก การพิจารณาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา : ระบบพิจารณาแบบไต่สวนคู่กัน, โดย อภิรัตน์ เพชรศิริ, 2521, วารสารนิติศาสตร์, 10, 436.

Government) ซึ่งมีอำนาจส่วนใหญ่เกี่ยวกับกรณีระหว่างมลรัฐต่อมลรัฐ และกรณีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศอื่นๆ ดังนั้น เรื่องใดที่เกี่ยวกับเหตุการณ์ภายในมลรัฐของแต่ละมลรัฐ โดยเฉพาะและไม่เกี่ยวกับมลรัฐอื่น และไม่ปรากฏจากรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายใดว่าอยู่ในอำนาจของรัฐบาลกลาง มลรัฐนั้นๆ ย่อมมีอำนาจเด็ดขาดและสูงสุด เพราะแต่ละมลรัฐ (State) มีรัฐบาลของตนเอง มีผู้ว่าการมลรัฐ (Governor) เป็นหัวหน้ารัฐบาล มีหน่วยราชการต่างๆ เป็นผู้รับผิดชอบการบริหารกิจการต่างๆ ภายในมลรัฐ แต่ละมลรัฐมีเมืองหลวงของมลรัฐเอง มีรัฐสภาของตนเอง มีศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ ศาลสูงสุดของมลรัฐเอง และมีการออกกฎหมายของตนเองได้ แต่ต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงไม่เป็นการแปลกประหลาดที่การกระทำในเรื่องเดียวกัน บางกรณีอาจเป็นความผิดในรัฐหนึ่งและอาจไม่เป็นความผิดในอีกรัฐหนึ่งก็ได้ ดังนั้น ระบบกฎหมายและระบบศาลของสหรัฐอเมริกาจึงมีความซับซ้อนและแตกต่างจากประเทศอื่นโดยทั่วไป

3.1.1.1 หลักในการกำหนดความผิดและกำหนดโทษทางอาญา

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา แบ่งเป็น 2 ส่วน (Bifurcation) แต่ละส่วนจะมีกลไกอิสระอยู่ในตัวเอง โดยส่วนแรกได้แก่การพิจารณาวินิจฉัยความผิดและส่วนที่สองคือการกำหนดโทษ²

1) การพิจารณาวินิจฉัยความผิด (Guilty Stage)

เป็นการนำพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดโดยจะพิสูจน์ การกระทำ (Actus reus) และเจตนาชั่วร้าย (Mens rea) ของจำเลยว่ามีเพียงพอตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ โดยปกติผู้พิพากษาจะทำหน้าที่วินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของจำเลยในความผิดที่ไม่ร้ายแรง (Misdemeanor) แต่สำหรับความผิดร้ายแรง (Felony) หน้าที่ดังกล่าวมักเป็นของลูกขุน

2) การพิจารณากำหนดโทษ (Sentencing Stage)

จากการที่ประเทศสหรัฐอเมริกา มีระบบการปกครองแบบสหพันธรัฐ (United States) ทำให้รัฐแต่ละรัฐมีอำนาจบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้ภายในรัฐของตนได้โดยอิสระตราบท่าที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ สหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นเหตุให้กฎหมายขาดความเป็นเอกภาพ ทั้งยังส่งให้กระบวนการกำหนดโทษจำเลยคดีอาญาของรัฐแต่ละรัฐแตกต่างกันด้วย กล่าวคือ การกำหนดโทษจำเลยมิได้อยู่ในอำนาจของบุคคลหนึ่งบุคคลใด โดยเฉพาะ แต่การกำหนดโทษจำเลยจะดำเนินการอย่างเป็นทางการ โดยการเปิดโอกาสให้บุคคลหลายฝ่ายเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดโทษจำเลย ไม่ว่าจะเป็นอัยการ ทนายความ ผู้เสียหาย หรือการที่ยอมให้บุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับการกำหนดโทษ

² กระบวนการกำหนดโทษจำเลยคดีอาญา ใน: เปรียบเทียบของไทยกับต่างประเทศ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ), โดย เกียรติภูมิ แสงศศิธร, 2523, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

จำเลยโดยทางอ้อม เช่น การที่คณะลูกขุนใหญ่ (Grand Jury) ใช้อำนาจที่จะไม่ดำเนินคดีกับบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือการที่ตำรวจไม่ดำเนินคดีกับผู้ซึ่งกระทำความผิดไม่ร้ายแรง เช่น ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการขบขี้ยานพาหนะ เป็นต้น

หากพิจารณาเฉพาะองค์ประกอบหลัก อาจกล่าวได้ว่า กระบวนการกำหนดโทษจำเลยในคดีอาญา (Sentencing Process) ของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ประกอบด้วย ผู้บัญญัติกฎหมาย (Legislation) ศาล (Courts) และคณะกรรมการพักการลงโทษ (Parole Boards) โดยผู้บัญญัติกฎหมายเป็นตัวกำหนดโทษไว้สำหรับความผิดหนึ่งๆ ส่วนศาลคือผู้ทำหน้าที่กำหนดอัตราโทษที่เหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิดภายในขอบเขตของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ สำหรับคณะกรรมการพักการลงโทษเป็นผู้พิจารณาว่า ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องคำพิพากษาลงโทษสมควรจะได้กลับสู่สังคมเมื่อใด กลไกต่างๆ เหล่านี้ ต่างมีขั้นตอนความสัมพันธ์กันอย่างต่อเนื่องเป็นลำดับ

(1) ในส่วนของศาลหรือผู้พิพากษา เกี่ยวกับการกำหนดโทษนั้นเกิดขึ้นหลังจากศาลตัดสินว่า จำเลยเป็นผู้กระทำความผิด (Conviction) โดยศาลจะต้องดำเนินการกำหนดโทษจำเลยภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด หรือตามที่ศาลกำหนดหรือภายในระยะเวลาอันสมควร โดยทั่วไปหากความผิดนั้นเป็นความผิดไม่ร้ายแรง หรือเป็นความผิดเล็กน้อย การกำหนดโทษจะทำไปพร้อมกับการพิพากษาคดี แต่สำหรับความผิดร้ายแรง หรือเพื่อความเหมาะสมบางประการ เช่น กรณีศาลมีคำสั่งให้พนักงานคุมประพฤติ สืบเสาะหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลย หรือกรณีคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสงค์ที่จะเสนอข้อเท็จจริงบางอย่างเพิ่มเติม ในกรณีดังที่กล่าวมานี้ การกำหนดโทษจะทำได้ต่อเมื่อมีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด

(2) การรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยโดยการไต่สวนก่อนพิพากษา (Presentence Report) รายงานดังกล่าวได้แก่³

รายงานสืบเสาะข้อเท็จจริง ประกอบด้วยข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้ สภาพพฤติกรรมแห่งคดี ประวัติการกระทำความผิด สุขภาพทางกายและภาวะแห่งจิต ประวัติครอบครัวและภูมิหลัง สถานภาพทางการเงิน ประวัติการศึกษา นิสัยและความประพฤติ ประวัติการทำงาน ปัจจัยอื่นๆ ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อพฤติกรรมของจำเลยและสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการกำหนดโทษ หรือการปรับปรุงแก้ไขตัวจำเลยได้ ข้อเท็จจริงที่ศาลต้องการ และความเห็นของพนักงานคุมประพฤติที่มีต่อจำเลย

³ From *Criminal Justice Series : Criminal Procedure* (p.143), By William A. Ruter, 1977, (California : Harcourt Brace Jovanovich Legal and Professional Publication Inc.

รายงานการตรวจทางจิต (Presentence Examination and Report) ในบางคดีหากปรากฏว่า จำเลยป่วยเป็นโรคจิตหรือมีอาการทางจิต ศาลมีอำนาจสั่งให้บุคคลซึ่งมีความรู้เฉพาะด้าน เช่น นักจิตวิทยา เป็นผู้รวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยเพิ่มเติมในรูปของรายงานอื่นๆ ได้ เพื่อให้ศาลจะได้มีข้อมูลเพียงพอต่อการกำหนดโทษหรือการกำหนดวิธีปฏิบัติต่อจำเลย ในทางปฏิบัติหากปรากฏว่าจำเลยคนใดป่วยเป็นโรคจิต ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกาให้อำนาจศาลมีคำสั่งให้นักจิตวิทยา หรือนักจิตวิเคราะห์ทำรายงานการตรวจกายจิตเสนอต่อศาล เพื่อประโยชน์ในการกำหนดเงื่อนไขพิเศษแก่จำเลยได้

รายงานของเรือนจำ (Presentence study and report by bureau of prisons) ก่อนการพิพากษา ศาลอาจสั่งให้กรมราชทัณฑ์ หรือบุคคลอื่นใดเป็นผู้ทำรายงานเพื่อข้อมูลบางอย่างเพิ่มเติมเพื่อนำมาใช้ในการกำหนดโทษจำเลย ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่า จำเลยนั้นจะถูกตัดสินว่า กระทำความผิดร้ายแรงหรือไม่ร้ายแรง โดยปกติข้อมูลที่ศาลต้องการจะระบุไว้ในคำสั่งของศาลอย่างชัดเจน โดยข้อมูลเหล่านั้นจะ ไม่มีรายงานสืบเสาะข้อเท็จจริง และรายงานการตรวจทางจิต

(3) การกำหนดโทษ (Sentencing Hearings) กระบวนการพิจารณาชั้นกำหนดโทษถือเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาคดีที่ต้องมีการนำพยานหลักฐานมาสืบ ดังนั้น จึงอยู่ในบังคับของหลัก “การอำนวยความสะดวกตามกฎหมาย” โดยปกติการพิจารณากำหนดโทษ จะกระทำหลังศาลตัดสินว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดประมาณ 2-3 สัปดาห์ เพื่อให้ทุกฝ่ายได้เตรียมพร้อมในการหาข้อมูลเพื่อนำมาใช้ในการกำหนดโทษ เมื่อศาลตัดสินใจว่าจะลงโทษจำเลยสถานใด หรือใช้มาตรการใด ก็จะอ่านคำพิพากษาให้จำเลยทราบ

รัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกาได้ออกแนวทางการกำหนดโทษในคดีอาญา เพื่อใช้เป็นแนวทางในการลงโทษผู้กระทำความผิด ซึ่งได้มีการคำนึงถึงปัจจัยสำคัญสองมิติ คือระดับความรุนแรงของการกระทำความผิด กับภูมิหลังหรือประวัติอาชญากรรมของผู้กระทำความผิดประกอบกัน อีกนัยหนึ่งถ้ากระทำความผิดร้ายแรงมาก และมีประวัติกระทำความผิดซ้ำมากโทษก็ยิ่งสูง ถ้ากระทำความผิดที่ร้ายแรงน้อย และมีประวัติการกระทำความผิดน้อย โทษก็ยิ่งต่ำ นับเป็นการเอาปัจจัยด้านภูมิหลังของผู้กระทำความผิดเข้ามาเป็นองค์ประกอบในการกำหนดโทษอย่างชัดเจน หลักดังกล่าว เรียกว่า หลัก Just Desert เป็นพื้นฐานที่เหมาะสมของการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาทั้งหมด ซึ่งเน้นในเรื่องความได้สัดส่วนของการกำหนดโทษในแต่ละความผิด⁴

⁴ From *Proportional Punishment and Justifiable Sentence* (p.56), By Hyman Gross, 1981, (Oxford : Criminal Justice.

โทษและแนวทางการกำหนดโทษของประเทศสหรัฐอเมริกาถูกสร้างขึ้นโดยยึดหลักการ 4 ประการสำคัญคือ

1. หลักความมีเหตุมีผล (Reasoning) หมายความว่า การกำหนดโทษของผู้พิพากษาจะต้องใช้อำนาจตามกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ โดยการกำหนดโทษต้องมีเหตุผลอย่างเพียงพอและสามารถตรวจสอบได้

2. ความสอดคล้อง (Consistency) หมายถึง ในคดีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน แนวทางในการกำหนดโทษของผู้พิพากษาจะต้องมั่นคงไม่เปลี่ยนแปลงไปมา

3. หลักความได้สัดส่วน (Proportionality) หมายถึง ในการใช้ดุลยพินิจในการกำหนดโทษจะต้องคำนึงถึงความเป็นธรรม และความเหมาะสมพอควร

4. หลักความไม่มีอคติ (Indiscretionary) หมายถึง การใช้ดุลยพินิจในการกำหนดโทษจะไม่เป็นไปตามอำเภอใจของผู้มีหน้าที่กำหนดโทษ

ส่วนเหตุผลของการกำหนดโทษโดยใช้ตารางของประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา มีที่มาจากจำนวนประชากรและจำนวนมลรัฐในสหรัฐมีจำนวนมาก ความได้สัดส่วนระหว่างจำนวนผู้พิพากษากับประชากรต่างกันพอสมควร จึงได้มีการศึกษาหลักการมาวิเคราะห์ผสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยใช้ระยะเวลายาวนานจนกระทั่งสามารถคิดคำนวณออกมาใช้เป็นตารางในการกำหนดโทษ ซึ่งต่างจากประเทศในภาคพื้นยุโรปหรือพวก Civil Law ที่ระบบของประเทศเหล่านั้นระบบการพิจารณาความ จะประกอบด้วยคณะผู้พิพากษาและคณะลูกขุน ทำให้การพิจารณามีความละเอียดอ่อน เนื่องจากประชากรของประเทศเหล่านั้นมีจำนวนไม่มากนัก ดังนั้นความได้สัดส่วนระหว่างจำนวนผู้พิพากษาและประชากรว่ามีความเหมาะสมจึงทำให้ประเทศในยุโรปจึงไม่จำเป็นที่จะต้องมีการสร้างตารางการกำหนดโทษขึ้นมา

ตารางการกำหนดของคณะกรรมการกำหนดโทษตามคำพิพากษาสหรัฐอเมริกา แสดงการกำหนดโทษจำคุกเป็นเดือน โดยตารางการกำหนดโทษนี้มีที่มาจากพระราชบัญญัติการควบคุมอาชญากรรมแบบเบ็ดเสร็จ (Comprehensive Crime Control Act 1987) ต่อมาคณะกรรมการจัดทำแนวทางการกำหนดโทษได้เสนอกฎหมายฉบับใหม่เรียกว่า พระราชบัญญัติการปฏิรูปการกำหนดโทษปี 1984 (Sentencing Reform Act) โดยมีหลักการกำหนดโทษ 3 ประการคือ⁵

1. การกำหนดโทษต้องตรงต่อความเป็นจริง (Truth in Sentencing)
2. การกำหนดโทษต้องมีความเสมอภาค ปราศจากความลำเอียง (Uniformity)

⁵ From *Corrections in the 21st Century*, (p. 115), By Norman A. Carison, 1998, Belmont : An International Thomson Publishing Company.

3. การกำหนดโทษต้องได้สัดส่วนกับความผิด โดยระดับการลงโทษจะต้องมีความเหมาะสม

ตารางนี้แบ่งเป็นแนวตั้งและแนวนอน แนวตั้งหมายถึงระดับความผิด (Offense Level) ซึ่งศาลจะใช้กำหนดตามกฎหมาย หมายความว่าฐานความผิดในกฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกาได้แบ่งระดับความร้ายแรงของความผิดแต่ละฐานเอาไว้ และแนวนอนได้แก่ ประวัติอาชญากรรมของผู้กระทำความผิด ซึ่งศาลจะกำหนดให้เป็นเดือนตามความเหมาะสม ตารางนี้มีความสลับซับซ้อนและมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการกำหนดโทษ โดยทั่วไปผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องเลือกความผิดตามตารางที่ตรงกับบทบัญญัติของกฎหมายตามลักษณะของความผิด โดยเฉพาะเมื่อเลือกระดับความผิดได้แล้ว จึงพิจารณาประวัติอาชญากรรม หลังจากนั้นจึงจะกำหนดโทษตามตารางประวัติ การกระทำความผิดจะแบ่งออกเป็น 6 ระดับ ได้แก่

ระดับที่ 1 มี 0 หรือ 1 โดย 0 หมายความว่าถึง ไม่เคยกระทำความผิดมาก่อน 1 หมายความว่ากระทำความผิดมาแล้ว 1 ครั้ง

ระดับ 2 มี 2 หรือ 3 หมายถึง เคยทำผิดมาแล้ว 2 หรือ 3 ครั้ง

ระดับที่ 3,4,5,6 หมายถึงเคยทำผิดมาแล้ว 4 ครั้ง 5 ครั้ง 6 ครั้ง เป็นต้น

ยกตัวอย่างเช่น ในระดับต่ำสุด ศาลจะใช้ดุลพินิจลงโทษ 0-6 เดือน ซึ่งศาลจะรอการลงโทษก็ได้ นอกจากนั้นการลงโทษอาจใช้ร่วมกันได้ ตามตารางนี้โอกาสที่จะใช้วิธีการรอการลงโทษมีน้อยกว่าระบบการลงโทษแบบเดิม รัฐต่างๆ ในสหรัฐอเมริกาได้นำมาดราณีไปทดลองใช้ด้วยความสมัครใจ หลายแห่งบางรัฐก็สร้างตารางการกำหนดโทษของตนเอง เช่น รัฐเพนซิลวาเนีย และมินเนโซต้า เป็นต้น แต่ในการใช้ตารางในบางรัฐ ไม่อยู่มีประสิทธิภาพ ข้อดีของการใช้ตารางกำหนดโทษคือศาลสามารถใช้ได้ง่ายและประหยัด และไม่จำเป็นต้องใช้ดุลพินิจมาก ในบางรัฐศาลอาจใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงตารางการกำหนดโทษ เพราะเห็นว่าการใช้ตารางหรือไม่ใช้ตารางกำหนดโทษ ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับระบบการกำหนดโทษที่ไม่มีกำหนดเวลาแน่นอน (Indeterminate Sentencing)

3.1.1.2 ความรับผิดชอบทางอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นหรือกระทำชำเราต่อเด็ก

ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยสถาบันกฎหมายอเมริกาได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายตัวอย่าง ชื่อ Model Penal Code⁶ ขึ้นมาเป็นต้นแบบกฎหมายอาญาของมลรัฐต่างๆ ภายในประเทศได้นำไปใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติเป็นกฎหมายภายในมลรัฐ โดยมาตรา 213.1 ของ Model

⁶ From *Selected Model Penal code provisions*. By Deborah W. Denno, 2009, New York: Fordham University.

Penal Code บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า ชายใดกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนจะถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ถ้าชายบังคับหญิงโดยใช้กำลังหรือโดยการข่มขู่ว่าจะทำอันตรายให้ถึงแก่ชีวิต หรือควบคุมหญิงโดยการใส่ยา ทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัส หรือทำให้เจ็บปวดอย่างรุนแรง ลักพาหญิง หรือทำให้บุคคลใดๆ ได้รับการทรมานหรือทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือโดยการควบคุมหญิงนั้นไว้โดยการวางยาหญิง หรือโดยการใส่ยาโดยที่หญิงไม่รู้ว่ามีการใช้ยาหรือโดยการฉ้อสุราของมีนเมาหรือโดยใช้วิธีการอื่นใด เพื่อให้หญิงไม่สามารถปกป้องตนเองได้ หรือทำให้หญิงหมดสติ หรือกระทำกับหญิงมีอายุเกินสิบปี นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเรายังหมายความรวมถึง การกระทำชำเราทั้งหมดหรือบางส่วนและรวมถึงการผ่านเข้าไปเพียงเล็กน้อยโดยไม่จำเป็นต้องหลั่งน้ำอสุจิ⁷

อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น มิได้เป็นความผิดที่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายของรัฐบาลกลาง หากแต่เป็นความผิดตามกฎหมายของแต่ละรัฐ

เช่นเดียวกับ มลรัฐอิลลินอยส์ ได้บัญญัติเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐอิลลินอยส์ 2012 (The Criminal Code Illinois 2012) โดยบัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า บุคคลกระทำความผิดทางอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเรา เมื่อบุคคลนั้นกระทำความผิดทางเพศและ (1) ใช้กำลังหรือข่มขู่ว่าจะใช้กำลังบังคับ (2) รู้ว่าเหยื่อไม่สามารถที่จะเข้าใจลักษณะของการกระทำหรือไม่สามารถที่จะให้รู้ว่าได้รับความยินยอมหรือไม่ (3) ผู้กระทำเป็นสมาชิกในครอบครัวและเหยื่อมีอายุต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์ (4) ผู้กระทำมีอายุตั้งแต่ 17 ปีบริบูรณ์

⁷ § 213.1. Rape and Related Offenses.

(1) Rape. A male who has sexual intercourse with a female not his wife is guilty of rape if:

(a) he compels her to submit by force or by threat of imminent death, serious bodily injury, extreme pain or kidnaping, to be inflicted on anyone; or

(b) he has substantially impaired her power to appraise or control her conduct by administering or employing without her knowledge drugs, intoxicants or other means for the purpose of preventing resistance; or

(c) the female is unconscious; or

(d) the female is less than 10 years old.

Rape is a felony of the second degree unless (i) in the course thereof the actor inflicts serious bodily injury upon anyone, or (ii) the victim was not a voluntary social companion of the actor upon the occasion of the crime and had not previously permitted him sexual liberties, in which cases the offense is a felony of the first degree.

ขึ้นไป หรือเป็นผู้ที่เชื่อให้ความไว้วางใจ หรือมีหน้าที่ดูแลและมีความเกี่ยวข้องกับเหยื่อ โดยเหยื่อมีอายุตั้งแต่ 13 ปีบริบูรณ์ แต่ไม่เกิน 18 ปี บริบูรณ์

การกระทำความผิดฐานข่มขืน เป็นการกระทำความผิดอาญาชั้นที่ 1 ยกเว้นว่าก่อนที่จะมีการกระทำความผิดในวรรคก่อน ผู้กระทำความผิดเคยกระทำความผิดและถูกตัดสินโทษภายใต้กฎหมายของรัฐอื่น โดยการกระทำความผิดดังกล่าวเทียบกับการกระทำความผิดฐานข่มขืน หรือการแสวงหาผลประโยชน์จากเด็กจากการกระทำความผิดทางอาญา โดยโทษที่ได้รับเป็นโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 30 ปี และไม่เกิน 60 ปี

(1) ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดในวรรคก่อน ผู้กระทำความผิดเคยกระทำความผิดและถูกตัดสินโทษภายใต้กฎหมายของรัฐอื่น โดยการกระทำความผิดดังกล่าวเทียบเท่ากับการกระทำความผิดในเหตุการณ์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และถูกตัดสินให้จำคุกตลอดชีวิต

การกระทำความผิดตามวรรคแรก (3) (4) หรือกระทำความผิดภายใต้กฎหมายที่คล้ายกันใดๆ ของรัฐหรือของรัฐอื่น สำหรับความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่เทียบเท่าหรือรุนแรงกว่ากระทำตาม (3) (4) เป็นความผิดอาญา ใน Class X

3.1.1.3 เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีกระทำต่อผู้ป่วย เด็กกำพร้า คนชรา หรือผู้ที่อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล

สำหรับในส่วนของ การเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ ประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ บัญญัติไว้ว่า บุคคลที่กระทำการในความผิดฐานข่มขืนดังต่อไปนี้ต้องได้รับโทษหนักขึ้นเมื่อ⁸

⁸ *the criminal code illinois 2012 chapter 720 criminal offenses*

Aggravated criminal sexual abuse.

(A) A person commits sexual abuse, aggravated criminal is someone who commits a sexual crime and any of the circumstances, the following (i) during the offense, or (ii) for the purposes of paragraph. (7), which are part of the same course of conduct as the offense.

(1) the person uses or threatens to use. Dangerous weapon or any object fashioned or used in a manner that leads the victim, under the circumstances, there is reason to believe that the object is a dangerous weapon;

(2) A person who causes bodily harm to the victim.

(3) the victim is 60 years of age or older;

(4) The victim is physically disabled;

(5) a person who acts in a way that threatens or. Endanger the life of the victim or any other person.

1) ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้นเมื่อมีการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) ขู่ว่าจะใช้อาวุธอันตรายหรือลักษณะการนำไปใช้ทำให้เหยื่อเชื่อเชื่อว่าเป็นอาวุธอันตราย (2) มีการทำร้ายร่างกายเหยื่อ (3) เหยื่อเป็นผู้สูงอายุตั้งแต่ 60 ปีขึ้นไป (4) เหยื่อเป็นผู้พิการทางร่างกาย ซึ่งกระทำโดยบุคคลที่ดูแลเหยื่อ (5) ถ้าการกระทำเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย (6) บุคคลที่กระทำละเมิดทางเพศในระหว่างกระทำหรือพยายามกระทำความผิดอาญาอื่น (7) การใช้สารเคมีใดๆ กับเหยื่อ มากกว่าวัตถุประสงค์ทางการแพทย์ โดยไม่ได้รับการยินยอมจากเหยื่อ

2) ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้นถ้า เป็นการกระทำต่อเหยื่อที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และเป็นสมาชิกในครอบครัว

กล่าวโดยสรุป บทบัญญัติของกฎหมายอาญาของมลรัฐอิลลินอยส์ มีบทบัญญัติการเพิ่มโทษในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยหากบุคคลที่ถูกกระทำเป็นผู้พิการและถูกกระทำโดยผู้ดูแล และการกระทำต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และเป็นสมาชิกในครอบครัว ซึ่งบุคคลกลุ่มดังกล่าวถือเป็นบุคคลที่อ่อนแอ เปราะบางและต้องอยู่ในความดูแลของผู้ดูแลเป็นพิเศษ

3.2 การกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีกระทำต่อผู้ป่วย เด็กกำพร้า คนชรา หรือผู้ที่อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแลของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย

ระบบประมวลกฎหมาย (civil law) เป็นระบบกฎหมายซึ่งได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน ลักษณะพื้นฐานของระบบประมวลกฎหมายคือ เป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นระบบประมวล และมีได้ตัดสินใจตามแนวคำพิพากษาของศาล ระบบกฎหมายดังกล่าวจึงได้ยึดถือฝ่ายนิติบัญญัติเป็นบ่อเกิดหลักของกฎหมาย และระบบศาลมักจะใช้วิธีพิจารณาโดยระบบไต่สวน และศาลจะไม่ผูกพันตามคำพิพากษาในคดีก่อนๆ

(6) A person commits criminal sexual abuse. During the act or an attempt to commit any other crime; Or

(7) the sender (by injection, inhalation, ingestion, transfer of possession, or any other means) any controlled substance other than medical purposes victim without the victim's consent or by threat or deception.

(B) A person commits aggravated criminal sexual abuse if that person commits sexual conduct with a victim who is under 18 years of age and the person is a family member.

สำหรับการศึกษาคำนี้ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษากำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความคิดเกี่ยวกับเพศของระบบประมวลกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐเยอรมนีและฝรั่งเศส ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.2.1 การกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความคิดเกี่ยวกับเพศกรณีกระทำต่อผู้ป่วย เด็กกำพร้า คนชรา หรือผู้ที่อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแบ่งแยกการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย (Normverstößen) ออกเป็นสองชนิด คือ การกระทำความผิดอาญา (Straftat) และการกระทำความผิดกฎเกณฑ์ (Ordnungswidrigkeiten) ในกรณีการกระทำความผิดกฎเกณฑ์ ตัวอย่างเช่น การทำผิดกฎจราจร การขับรถเร็วเกินกำหนด การจอดรถผิดที่ หลายนครเป็นเพียงการกระทำความผิดกฎเกณฑ์ที่มีขึ้นเพื่อความสะดวกในการปกครอง ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายแต่มิใช่การกระทำความผิดอาญา การกระทำความผิดกฎเกณฑ์โดยสภาพมีผลกระทบต่อสังคมไม่มากนัก ในขณะที่ การกระทำความผิดอาญา มีผลกระทบต่อความสงบสุขของสังคมมากกว่า

3.2.1.1 หลักในการกำหนดความผิดและกำหนดโทษทางอาญา

หลักเกณฑ์การกำหนดโทษจำเลยในคดีอาญาของซีวิลส์ลอว์โดยทั่วไป จะมีรูปแบบที่ชัดเจน เป็นระบบ และไม่ซับซ้อนเหมือนคอมมอนลอว์ สำหรับประเทศเยอรมนีได้วางหลักเกณฑ์การกำหนดโทษจำเลยไว้ โดยแยกพิจารณา 3 กรณีคือ (1) พิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (St GB) แก้ไขเพิ่มเติมปี 1987 มาตรา 46 และมาตรา 47 (2) พิจารณาจากความเห็นของอัยการ และทนายจำเลย และ (3) พิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ได้รับมาระหว่างการดำเนินคดี⁹

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ได้วางหลักเกณฑ์การกำหนดโทษจำเลยในคดีอาญาไว้ อย่างชัดเจน ตามที่ปรากฏตามมาตรา 46 และมาตรา 47 ดังนี้

1) การกำหนดโทษ ตามมาตรา 46¹⁰

⁹ กระบวนการกำหนดโทษจำเลยคดีอาญา:เปรียบเทียบของไทยกับต่างประเทศ (น. 62). เล่มเดิม.

¹⁰ Section 46 Principles for Determining Punishment

(1) The guilt of the perpetrator is the foundation for determining punishment. The effects which the punishment will be expected to have on the perpetrator's future life in society shall be considered.

(2) In its determination the court shall counterbalance the circumstances which speak for and against the perpetrator. In doing so consideration shall be given in particular to: the motives and aims of the perpetrator; the state of mind reflected in the act and the willfulness involved in its commission; the extent of breach of any duties; the manner of execution and the culpable consequences of the act; the perpetrator's prior history, his personal and financial circumstances; as well as

(1) ความชั่วของผู้กระทำความผิดจะเป็นพื้นฐานในการกำหนดโทษ ทั้งนี้จะต้องพิจารณาถึงผลซึ่งเกิดจากโทษที่กำหนดนี้ว่าจะกระทบถึงการดำเนินชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิดในอนาคต

(2) ในการกำหนดโทษนี้ ศาลจะชั่งน้ำหนักจากข้อเท็จจริง ทั้งที่เป็นส่วนดีและส่วนเสียของผู้กระทำความผิด ได้แก่ มูลเหตุของการกระทำความผิด เป้าหมายของผู้กระทำความผิด ความรู้สึกนึกคิดซึ่งเห็นได้จากการกระทำ และจิตใจที่มีอยู่ในการกระทำ ความร้ายแรงของการกระทำผิดหน้าที่ ลักษณะของการกระทำความผิด และผลที่สะท้อนให้เห็นถึงความชั่วของการกระทำความผิด ประวัติของผู้กระทำความผิด สถานภาพของบุคคลทางสังคม และฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด ความประพฤติกายหลังการกระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งความพยายามที่จะเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งความพยายามของผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งความพยายามที่จะเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งความพยายามของผู้กระทำความผิดที่จะชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย

(3) พฤติการณ์ซึ่งเป็นลักษณะขององค์ประกอบความผิดไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณา

2) มาตรา 47 เรื่องหลักการกำหนดโทษทางอาญา¹¹

(1) การลงโทษจำคุกกระยะเวลาอันสั้น จะกระทำเฉพาะในกรณีข้อยกเว้นดังต่อไปนี้ ศาลจะลงโทษจำคุกในระยะต่ำกว่าหกเดือน ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงพิเศษเกี่ยวกับการกระทำ หรือลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิด และมีความจำเป็นเพื่อจะรักษาระเบียบกฎหมายของบ้านเมือง หรือเพื่อความเหมาะสมของผู้กระทำความผิด

his conduct after the act, particularly his efforts to make restitution for the harm caused as well as the perpetrator's efforts to achieve mediation with the aggrieved party.

(3) Circumstances which are already statutory elements of the offense may not be considered.

¹¹ Section 47 Short Terms of Imprisonment only in Exceptional Cases

(1) A court may impose imprisonment for less than six months only when special circumstances exist, either in the act or the personality of the perpetrator, which make the imposition of imprisonment indispensable to exert influence on the perpetrator or to defend the legal order.

(2) If the law does not provide for a fine and a term of imprisonment of six months or more has been ruled out, the court shall impose a fine if the imposition of imprisonment is not indispensable pursuant to subsection (1). If the law provides for an increased minimum term of imprisonment, the minimum fine in cases covered by sentence 1 is determined by the minimum prescribed term of imprisonment; thirty daily rates shall thus correspond to one month imprisonment.

(2) ภายในบังคับของวรรคแรก ถ้ากฎหมายไม่ได้กำหนดโทษปรับไว้ และโทษจำคุกหกเดือนไม่ใช่ข้อที่จะนำมาพิจารณา ศาลจะลงโทษปรับสถานเดียว ถ้ากฎหมายกำหนดโทษจำคุกขั้นต่ำโทษปรับจะต้องได้สัดส่วนกับอัตราโทษจำคุกขั้นต่ำ

3.2.1.2 ความรับผิดชอบทางอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

การข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 177 ของประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราไว้โดยกำหนดให้ผู้ใดข่มขืนใจหญิงให้มีการกระทำชำเรานอกสมรสกับบุคคลนั้นเองหรือกับบุคคลที่สาม โดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เข็ญว่าจะทำให้ได้รับอันตรายถึงชีวิตหรือแก่ร่างกายจะถูกลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปี และในกรณีที่ร้ายแรงต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยสองปี กรณีมีการกระทำโดยการใช้อาวุธเพื่อนำไปสู่การข่มขืนหรือความเสียหายร้ายแรงต่อสุขภาพจากการกระทำต่อเหยื่อ ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสามปี¹²

¹² Section 177 Sexual assault by use of force or threats, Rape Section 177 Sexual assault by use of face or threats, Rape

(1) Whoever coerces another person:

1. with force;
2. by a threat of imminent danger to life or limb; or
3. by exploiting a situation in which the victim is unprotected and at the mercy of the

perpetrator's influence, to suffer the commission of sexual acts of the perpetrator or a third person on himself or to commit them on the perpetrator or a third person, shall be punished with imprisonment for not less than one year.

(2) In especially serious cases the punishment shall be imprisonment for not less than two years. An especially serious case exists, as a rule, if:

1. the perpetrator completes an act of sexual intercourse with the victim or commits similar sexual acts on the victim, or allows them to be committed on himself by the victim, which especially degrade the latter, especially if they are combined with penetration of the body (rape); or

2. the act is committed jointly by more than one person.

(3) Imprisonment for not less than three years shall be imposed, if the perpetrator:

1. carries a weapon or another dangerous tool;
2. otherwise carries a tool or means in order to prevent or overcome the resistance of another

person through force or threat of force; or

3. places the victim by the act in danger of serious health damage.

(4) Imprisonment for not less than five years shall be imposed, if:

เมื่อพิจารณาการกระทำความผิดดังกล่าวจะเห็นได้ว่าองค์ประกอบความผิดที่สำคัญตามมาตรานี้คือ ต้องมีการกระทำชำเราหญิง อาจเป็นการกระทำโดยผู้ที่มีใจหึง เพื่อให้มีการกระทำกับตนเอง หรือเป็นการข่มขืนใจเพื่อให้กระทำกับบุคคลอื่น การข่มขืนใจนี้อาจกระทำโดยการใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายให้ได้รับอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกาย ซึ่งเป็นการกระทำโดยที่หญิงมิได้ยินยอม ในขณะที่เดียวกันผู้กระทำจะต้องรู้ว่าหญิงนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมในการกระทำดังกล่าว และผู้กระทำต้องรู้ด้วยว่าได้กระทำชำเรากับหญิงที่มีใจภรรยาของตน

3.2.1.3 เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีกระทำต่อผู้ป่วย เด็กกำพร้า คนชรา หรือผู้ที่อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล

1) การข่มขืนกระทำชำเราในเครือญาติ (Incest) มีบัญญัติไว้ในมาตรา 173¹³ ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน

โดยกำหนดให้ผู้ซึ่งกระทำชำเรากับผู้สืบสันดานซึ่งมีความสัมพันธ์ทางสายเลือดจะถูกลงโทษจำคุกขั้นสูงสามปีขึ้นไปหรือถูกปรับ หรือผู้ซึ่งกระทำชำเรากับบุพการีที่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดจะถูกลงโทษจำคุกขั้นสูงสองปีขึ้นไปหรือถูกปรับด้วยเช่นกัน และบทบัญญัตินี้ยังใช้อยู่แม้ความสัมพันธ์ดังกล่าวจะหายไป รวมทั้งกรณีที่เป็นการกระทำชำเราระหว่างพี่ชายหรือน้องชาย และพี่สาวหรือน้องสาวด้วย อย่างไรก็ตามการกระทำของผู้สืบสันดานหรือของพี่ชายหรือน้องชาย หรือพี่สาวหรือน้องสาว ซึ่งอายุยังไม่ถึงสิบแปดปีไม่ต้องรับโทษตามบทบัญญัตินี้

1. the perpetrator uses a weapon or another dangerous tool during the act; or

2. the perpetrator: a) seriously physically maltreats the victim through the act; or b) places the victim in danger of death through the act.

(5) In less serious cases under subsection (1), imprisonment from six months to five years shall be imposed, in less serious cases under subsections (3) and (4), imprisonment from one year to ten years.

¹³ Section 173 Sexual Intercourse between Relatives

(1) Whoever completes an act of sexual intercourse with a consanguine descendant shall be punished with imprisonment for not more than three years or a fine.

(2) Whoever completes an act of sexual intercourse with a consanguine relative in an ascending line shall be punished with imprisonment for not more than two years or a fine; this shall also apply if the relationship as a relative has ceased to exist. Consanguine siblings who complete an act of sexual intercourse with each other shall be similarly punished.

(3) Descendants and siblings shall not be punished pursuant to this provision if they were not yet eighteen years of age at the time of the act..

2) การข่มขืนกระทำชำเรากับผู้ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครอง มาตรา 174¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน

มีการบัญญัติความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครอง โดยกระทำต่อผู้ที่มีอายุไม่เกิน 16 ปี ที่อยู่ภายใต้การปกครอง การดูแลหรือให้การศึกษา หรือกระทำต่อบุคคลซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองหรือการให้การดูแลหรือให้การศึกษา หรือกระทำต่อผู้ให้การช่วยเหลือหรือสนับสนุนต่อผู้กระทำในหน้าที่การงาน การจ้างงาน โดยใช้อำนาจหน้าที่ในทางที่ผิดต่อการปกครอง ดูแล หรือให้การศึกษา การทำงาน หรือการจ้างงาน หรือเป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือถ้าบุคคลใดอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวกระทำทางเพศกับตนก็จะถูกลงโทษด้วย

3) การข่มขืนกระทำชำเราต่อนักโทษที่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของแพทย์

โดยเป็นการกระทำการโดยละเมิดต่อตำแหน่งหน้าที่ โดยกระทำละเมิดทางเพศต่อนักโทษหรือผู้ที่อยู่ในความควบคุมดูแล หรือกระทำต่อผู้ที่อยู่ในความเลี้ยงดู ให้การศึกษา หรือให้

¹⁴ Section 174 Abuse of position of trust

(1) Whoever commits sexual acts:

1. on a person under sixteen years of age who is entrusted to him for upbringing, education or care in leading his life;

2. on a person under eighteen years of age who is entrusted to him for upbringing, education or care in leading his life or who is a subordinate within the framework of an employment or a work relationship, by abusing the dependence associated with the upbringing, educational, care, employment or work relationship; or

3. on his natural or adopted child who is not yet eighteen years of age, or allows them to be committed on himself by the ward, shall be punished with imprisonment for not more than five years or a fine.

(2) Whoever, under the prerequisites of subsection (1), numbers 1 to 3:

1. commits sexual acts in front of the ward; or

2. induces the ward to commit sexual acts in front of him, in order to thereby sexually arouse himself or the ward, shall be punished with imprisonment for not more than three years or a fine.

(3) An attempt shall be punishable.

(4) In cases under subsection (1), number 1 or subsection (2) in conjunction with subsection (1), number 1, the court may dispense with punishment pursuant to this provision, if, taking into consideration the conduct of the ward, the wrongfulness of the act is slight.

การดูแล หรือผู้ใดได้กระทำละเมิดต่ออำนาจหน้าที่ของตน โดยอนุญาตให้นักโทษหรือบุคคลอื่นซึ่งอยู่ในความควบคุมกระทำการละเมิดทางเพศต่อผู้นั้น หรือในการกระทำโดยละเมิดต่อคนไข้ที่อยู่ในสถานพยาบาลเพราะเจ็บป่วย โดยใช้ประโยชน์จากความเจ็บป่วยในการกระทำความผิดทางเพศหรืออนุญาตให้ผู้ป่วยกระทำการทางเพศกับผู้นั้นก็เป็นความผิดตามมาตรา¹⁵

4) โดยใช้ประโยชน์จากตำแหน่งหน้าที่การงานกระทำความผิดทางเพศ¹⁶

โดยบัญญัติให้ผู้รับราชการซึ่งในขณะดำรงตำแหน่งในอาชีพดังกล่าว ได้จัดการหรือดำเนินการใดๆ ในทางอาญาหรือในทางคำสั่งที่เป็นมาตรฐานต่อการฟื้นฟูความปลอดภัยซึ่งเกี่ยวข้องกับ การลดถอนอิสระ หรือคำสั่งในการจับกุมซึ่งเป็นการกระทำโดยละเมิดต่อกระบวนการ ถ้าได้กระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงหรืออนุญาตให้บุคคลดังกล่าวกระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลนั้นจะถูกลงโทษจำคุกห้าปีขึ้นไปหรือถูกปรับ ความพยายามกระทำความผิดก็ต่อรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ

¹⁵ Section 174a Sexual Abuse of Prisoners, Persons in the Custody of a Public Authority, and Persons in Institutions Who are Ill or in Need of Assistance

(1) Whoever commits sexual acts on a prisoner or a person in custody upon order of a public authority, who is entrusted to him for upbringing, education, supervision or care, by abusing his position, or allows them to be committed on himself by the prisoner or person in custody, shall be punished with imprisonment for not more than five years or a fine.

(2) Whoever abuses a person who has been admitted as an in-patient to an institution for persons who are ill or in need of assistance and entrusted to him for supervision or care, in that he commits sexual acts on the person by exploiting the person's illness or need of assistance, or allows them to be committed on himself by the person, shall be similarly punished.

(3) An attempt shall be punishable.

¹⁶ Section 174b Sexual Abuse By Exploiting a Position in a Public Office

(1) Whoever, as a public official who is charged with participation in a criminal proceeding or a proceeding to order a measure of reform and prevention involving deprivation of liberty or custody imposed by a public authority, and by abusing the dependency caused by the proceedings, commits sexual acts on the person against whom the proceedings are directed, or allows them to be committed on himself by the person, shall be punished with imprisonment for not more than five years or a fine.

(2) An attempt shall be punishable.

5) โดยการใช้ประโยชน์จากการได้รับความไว้วางใจในการให้คำปรึกษา การรักษา หรือการดูแลอื่นใด แก่ผู้ป่วยหรือคนพิการ รวมไปถึงผู้ป่วยโรคจิต¹⁷

ต้องระวางโทษตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี ความพยายามที่จะกระทำความผิดตามมาตรา ดังกล่าวถือเป็นกรกระทำที่ต้องถูกลงโทษด้วย

6) การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบสี่ปีหรือผู้ใดอนุญาต ให้เด็กกระทำเช่นเดียวกันกับบุคคลนั้น หรือเป็นการกระทำโดยการชักชวนเด็กให้กระทำความผิด เกี่ยวกับเพศต่อผู้อื่นหรืออนุญาตให้ผู้อื่นกระทำเช่นเดียวกันนั้นต่อเด็ก เป็นผู้กระทำความผิดตาม มาตรา¹⁸

¹⁷ Section 174c Sexual Abuse By Exploiting a Counseling, Treatment or Care Relationship

(1) Whoever commits sexual acts on a person who is entrusted to him for counseling, treatment or care due to a mental or an emotional illness or disability including an addiction, by abusing the counseling, treatment or care relationship, or allows them to be committed on himself by the person, shall be punished with imprisonment for not more than five years or a fine.

(2) Whoever commits sexual acts on a person entrusted to him for psychotherapeutic treatment by abusing the treatment relationship, or allows them to be committed on himself by the person, shall be similarly punished.

(3) An attempt shall be punishable.

¹⁸ Section 176 Sexual Abuse of Children

(1) Whoever commits sexual acts on a person under fourteen years of age (a child), or allows them to be committed on himself by the child, shall be punished with imprisonment from six months to ten years, and in less serious cases with imprisonment for not more than five years or a fine.

(2) Whoever induces a child to commit sexual acts on a third person, or to have them committed on the child by a third person, shall be similarly punished.

(3) Whoever:

1. commits sexual acts in front of a child;
2. induces the child to commit sexual acts on his own body; or
3. exerts influence on a child by showing him pornographic illustrations or images, by playing him audio recording media with pornographic content or by corresponding speech, shall be punished with imprisonment for not more than five years or a fine.

(4) An attempt shall be punishable; this shall not apply for acts under subsection (3), number 3.

3.2.2 การกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีกระทำต่อผู้ปวย เด็กกำพร้า คนชรา หรือผู้ที่อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล ประเทศฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ได้กำหนดบทบัญญัติความผิดว่าด้วยการกระทำความรุนแรงทางเพศไว้ในส่วนที่ 3 โดยเริ่มบทบัญญัติตั้งแต่มาตรา 222-22 จนถึงมาตรา 222-30 โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.2.2.1 หลักในการกำหนดความผิดและกำหนดโทษทางอาญา

หลักการสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดโทษของประเทศฝรั่งเศสประกอบด้วยหลัก 3 ประการคือ

1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการลงโทษ เป็นหลักที่บังคับให้องค์กรที่มีอำนาจจะกำหนดโทษได้แต่เพียงโทษที่กำหนดไว้ตามกฎหมายและเพื่อวางกรอบในการใช้ดุลพินิจ และกฎหมายยังอาจกำหนดอัตราโทษที่จำกัดไว้ในกฎหมายด้วย

2) หลักความได้สัดส่วนและความเสมอภาคในการลงโทษ วัตถุประสงค์หลักของหน้าที่กำหนดโทษก็คือการเลือกบทลงโทษที่มีความเหมาะสมกับระดับความหนักเบาของความผิด

3) หลักความเสมอภาคตามกฎหมาย หลักการนี้ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายทั้งหลายเพื่อกำจัดข้อขัดข้องทั้งหลายของผู้ถูกกล่าวหาอันเนื่องมาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ฐานะทางสังคม ทางเชื้อชาติ ทางศาสนา ทางเพศ หรือทางเผ่าพันธุ์ ในชั้นของการกำหนดโทษ

กฎหมายฝรั่งเศสได้แบ่งระดับโทษออกเป็น 3 ระดับคือ โทษระดับลหุโทษ (Contravention) ระดับกลาง (Delit) และระดับสูงสุด (Crime) ซึ่งเป็นไปตามมาตรา L 111-1

กรณีเป็นความผิดร้ายแรงระดับสูงสุด (Crime) ได้แก่ การจำคุก กับเป็นความผิดทางการเมือง ระดับของโทษจำคุกแบ่งเป็น 4 ชั้น ได้แก่ (1) จำคุกไม่เกิน 15 ปี (2) จำคุกไม่เกิน 20 ปี (3) จำคุกไม่เกิน 30 ปี (4) จำคุกตลอดชีวิต โทษระดับกลาง ได้แก่ โทษจำคุก, โทษปรับ, และโทษปรับรายวัน, ทำงานเพื่อประโยชน์สาธารณะ (L131-1) โทษจำกัดสิทธิบางอย่าง (L 131-6) รวมถึงโทษประกอบ (L 131-10) ในส่วนของโทษที่เป็นลหุโทษ (L 131-3) เป็นลหุโทษซึ่งไม่มีโทษจำคุก มีแต่การปรับอย่างเดียว

ลักษณะเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิด ในประเทศฝรั่งเศส การพิจารณาคดีที่ผู้กระทำความผิดอายุไม่เกิน 21 ปี จะต้องมีการตรวจสอบข้อมูลส่วนบุคคล โดยเจ้าหน้าที่ทางสังคมสงเคราะห์ (Travailleurs Sociaux) ลักษณะเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดที่อาจมีผลต่อการกำหนดโทษ ได้แก่

1) การยอมรับสารภาพ คือถ้าสารภาพก็จะลงโทษให้ครั้งหนึ่ง

2) ปังจัยทางสังคม ซึ่งมีผลต่อการกระทำอย่างเห็นได้ชัด เช่น เป็นบุคคลที่ครอบครัวหย่าร้าง หรือเป็นบุคคลที่หย่าขาดจากภรรยา สูญเสียคนที่รัก หรือสถานะทางครอบครัวตกอยู่ในสถานการณ์ที่ลำบากทางการเงิน

3) ปังจัยทางด้านจิตวิทยา อายุของผู้กระทำผิดเป็นปังจัยสำคัญของการพิจารณาในฝรั่งเศส เห็นได้จากการควบคุมตัวผู้เยาว์ที่อายุไม่เกิน 18 ปี จะต้องอยู่ในสถานที่ควบคุมพิเศษ เช่น ความผิดที่มีการใช้ความรุนแรงหรือความผิดทางเพศ

4) การกระทำความคิดตื้นเขิน ผู้กระทำความคิดครั้งแรกอาจได้รับการให้อภัย หรือลงโทษแต่สถานเบา หรืออาจจะมีการรอกการลงโทษ แต่ผู้กระทำผิดที่กระทำผิดขึ้นใหม่อาจถือว่าเป็นผู้กระทำผิดตื้นเขิน ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดและได้รับโทษหนักขึ้นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

(1) การเป็นบุคคลต่างด้าว อาจต้องกำหนดโทษห้ามเข้ามาอยู่ในดินแดนของรัฐ นอกเหนือจากโทษอย่างอื่น ซึ่งอาจถือว่าเป็นการกำหนดโทษซ้ำสอง เพื่อให้หนักกว่าบุคคลทั่วไป ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้บุคคลเหล่านั้นกลับมากระทำความผิดอีก

(2) กระบวนการในทางศาล ในระบบศาลฝรั่งเศส ความผิดบางอย่างต้องมีการพิจารณาในชั้นไต่สวนเสียก่อน ซึ่งก็อาจจะมีผลต่อความรู้สึกสาธารณะ หรือสื่อมวลชน ผลกระทบที่มีต่อครอบครัว การที่ถูกควบคุมตัวไว้ระหว่างการพิจารณา

(3) พฤติกรรมของผู้กระทำผิดในระหว่างการพิจารณา เช่น ลักษณะทางกายภาพของผู้กระทำผิด ซึ่งปรากฏต่อศาล ก็อาจมีผลต่อการกำหนดโทษได้เช่นเดียวกัน เช่น ลักษณะการแต่งตัว ท่วงท่าการพูดจา การใช้วาจา เพื่อพิจารณาว่าจะสามารถนำไปแก้ไขได้หรือไม่อย่างไร

3.2.2.2 ความรับผิดชอบทางอาชญาฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงหรือกระทำชำเราเด็กหญิง

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ในมาตรา 222-23 ซึ่งกำหนดให้การกระทำใดๆ ซึ่งเป็นการล่วงล้ำในทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในลักษณะใด หรือจะเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยความรุนแรง โดยการบังคับ ข่มขู่ หรือทำให้ตื่นตกใจก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว¹⁹ อย่างไรก็ตาม การกระทำชำเราอาจทำให้ผู้กระทำความผิด

¹⁹ ARTICLE 222-23

Any act of sexual penetration, whatever its nature, committed against another person by violence, constraint, threat or surprise, is rape.

Rape is punished by fifteen years' criminal imprisonment.

ต้องรับโทษหนักขึ้น²⁰ ในกรณีที่การกระทำนั้น ทำให้เกิดการพิการอย่างถาวร หรือเป็นการกระทำต่อเด็กอายุสิบห้าปี หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งอยู่ในสภาพอ่อนแอไม่ว่าด้วยอายุ ความเจ็บป่วย ความพิการ ความผิดปกติทางกายหรือจิตใจ หรือในภาวะมีครรภ์ ซึ่งสภาพดังกล่าวได้ปรากฏอย่างชัดเจนหรือผู้กระทำได้รู้ถึงสภาพดังกล่าวนั้นด้วย

3.2.2.3 เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีกระทำต่อผู้ป่วย เด็กกำพร้า คนชรา หรือผู้ที่อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล

สำหรับกรณีของการกระทำทางเพศต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามกฎหมาย หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามความเป็นจริง หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีโดยการรับเป็นบุตรบุญธรรม หรือโดยบุคคลใดๆ ก็ตาม ซึ่งมีอำนาจเหนือผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรานั้น หรือเป็นการกระทำโดยบุคคลใดๆ ซึ่งใช้อำนาจโดยไม่ชอบแก่การซึ่งได้รับมอบหมายความไว้วางใจให้ดูแลผู้นั้น หรือเมื่อเป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคนร่วมกันไม่ว่าจะโดยการเป็นตัวการหรือโดยการเป็นผู้สนับสนุน หรือเป็นการกระทำโดยใช้อาวุธหรือขู่เข็ญโดยใช้อาวุธ²¹

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาทบทวนคดีของกฎหมายต่างประเทศพบว่า มีบทเพิ่มโทษเฉพาะตัว สำหรับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา บัญญัติให้การกระทำต่อบุคคลต่อไปนี้ เป็นเหตุเพิ่มโทษ กล่าวคือ กรณีการขู่ว่าจะใช้อาวุธอันตราย เขี่ยเป็นผู้สูงอายุตั้งแต่ 60 ปี ขึ้นไป เขี่ยเป็นผู้พิการร่างกาย การใช้สารเคมีกับเหยื่อ สหพันธ์สาธารณสุขเยอรมนี มี

²⁰ ARTICLE 222-24

Rape is punished by twenty years' criminal imprisonment

1° where it causes mutilation or permanent disability;

2° where it is committed against a minor under the age of fifteen years;

3° where it is committed against a person whose particular vulnerability, due to age, sickness, an infirmity, a physical or psychological disability or to pregnancy, is apparent or known to the perpetrator;

4° where it is committed by a legitimate, natural or adoptive ascendant, or by any other person having authority over the victim

5° where it is committed by a person misusing the authority conferred by his position;

6° where it is committed by two or more acting as perpetrators or accomplices;

7° where it is committed with the use or threatened use of a weapon;

8° where the victim has been brought into contact with the perpetrator of these acts through the use of a communications network, for the distribution of messages to a non-specified audience; 9° where it is committed because of the sexual orientation of the victim.

²¹ Ibid.

การบัญญัติเพิ่มโทษให้หนักขึ้นการกระทำต่อผู้สืบสันดานหรือกระทำต่อบุพการี การกระทำต่อผู้อยู่ภายใต้การปกครอง ดูแล หรือให้การศึกษา การทำงานหรือการจ้างงาน หรือกระทำต่อนักโทษ หรือการใช้ประโยชน์จากตำแหน่งหน้าที่การงานกระทำความผิดทางเพศ แล้ว ยังมีการเพิ่มโทษต่อกรณีแพทย์ที่กระทำต่อผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแล ที่ปรึกษากระทำต่อผู้ถูกกระทำโดยใช้ประโยชน์จากการได้รับความไว้วางใจในการให้คำปรึกษา การรักษาหรือการดูแลอื่นใด การกระทำต่อคนพิการ ซึ่งรวมไปถึงผู้ป่วยโรคจิต และประเทศฝรั่งเศส มีบทบัญญัติการเพิ่มโทษ กรณีการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นผู้สืบสันดานทางสายเลือด และบุพการีผู้มีความสัมพันธ์ทางสายเลือด รวมถึงกรณีการกระทำชำเรา ระหว่างพี่ชายน้องชาย และพี่สาวน้องสาวด้วย

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา และเหตุที่ต้องลงโทษหนักขึ้นในความผิดเกี่ยวกับเพศ ของประเทศไทยและต่างประเทศ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 เป็นบทบัญญัติเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่เป็นการกระทำต่อผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าราชการ หรือ ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือ ในความอนุบาลให้ต้องรับโทษเพิ่มขึ้นหนึ่งในสามของความผิดนั้นๆ แต่ในกรณีที่เป็นบุคคลที่มีความอ่อนแอและต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษ เช่น ผู้ป่วยที่กำลังถูกนำตัวส่งโรงพยาบาล ผู้ป่วยที่มีอาการจิตเภท เด็ก และผู้สูงอายุ ที่อยู่ในความดูแลของผู้รับดูแลหรืออยู่ในสถานสงเคราะห์ กลับมิได้มีการบัญญัติให้เป็นเหตุเพิ่มโทษเอาไว้ ทั้งนี้ หากมีกระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลเหล่านี้ ย่อมส่งผลกระทบต่อความรู้สึกทางศีลธรรมอันดี และอาจนำไปสู่ความเสื่อมโทรมทางด้านจริยธรรมของสังคมไทยได้

4.1 วิเคราะห์เกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดทางเพศ ต่อผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของสถานพยาบาลหรือกระทำต่อเด็กกำพร้าในสถานสงเคราะห์ หรือกระทำต่อผู้ที่มีความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแลในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาของไทย บัญญัติไว้ว่า “ถ้าการกระทำความผิดตาม มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆหนึ่งในสาม”

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ เป็นเหตุเพิ่มโทษให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าที่บัญญัติไว้ในฐานความผิดที่ได้กระทำนั้นหนึ่งในสาม โดยหากการกระทำความผิดทางเพศดังกล่าวการกระทำแก่ ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล อย่างไรก็ตาม จากการพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวพบว่า มีบุคคลอีกหลายกลุ่ม ซึ่งหากถูกล่วงละเมิดทางเพศ ย่อมส่งผลกระทบต่อความรู้สึก ความสงบเรียบร้อยของสังคม ไม่น้อยกว่ากลุ่มบุคคลที่ได้รับการบัญญัติคุ้มครองไว้ในมาตรานี้ และ

รวมถึงผู้อ่อนแอ เปราะบาง หรือต้องได้รับการพิเศษ ซึ่งอาจตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมทางเพศจากบุคคลที่รับดูแลได้

4.1.1 วิเคราะห์ข้อจำกัดของบทบัญญัติในกฎหมายที่ขาดการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาแก่ผู้ดูแลกรณีกระทำต่อผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของสถานพยาบาลหรือกระทำต่อเด็กกำพร้าในสถานสงเคราะห์ หรือกระทำต่อผู้อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล

ดังที่กล่าวว่า บทบัญญัติแห่งมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติเหตุเพิ่มโทษให้ผู้กระทำความผิดทางเพศต้องรับโทษหนักขึ้น โดยการคุ้มครองตามมาตรา นี้ ครอบคลุมบุคคลเพียง 4 กลุ่มคือ (1) ผู้สืบสันดาน (2) ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล (3) ผู้ที่อยู่ในความดูแลตามหน้าที่ราชการ และ (4) ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ และในความอนุบาล อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายอาญามีได้ มีการบัญญัติความหมายของคำเหล่านี้ไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นการให้ขอบเขตของความหมายของคำเหล่านี้ จึงต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งสรุปได้ดังนี้

(1) ผู้สืบสันดาน หมายถึง ผู้สืบสันดานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ บุตร หลาน หลาน หลาน และผู้สืบสันดานถือตามความเป็นจริง คือเป็นเลือดเนื้อเชื้อสายโดยตรง ส่วนกรณีพ่อเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยง เป็นเพียงความผิดตามมาตรา 277 ไม่ผิดตามมาตรา 285 เพราะลูกเลี้ยงไม่ใช่ผู้สืบสันดานของพ่อเลี้ยง และบุตรบุญธรรมก็ไม่ถือว่าเป็นผู้สืบสันดาน²

(2) ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล หมายถึง ครูบาอาจารย์ที่กระทำแก่ศิษย์ ซึ่งอยู่ในความพิทักษ์รักษาดูแลของตน เช่น ครูบาอาจารย์ที่ดูแลลูกศิษย์ที่กินนอนที่โรงเรียนกินนอนต่างๆ ไป แล้วอาศัยหน้าที่ของตนนั้นกระทำต่อศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของตน เป็นความผิดตามมาตรา นี้ แต่ถ้าเป็นเพียงครูบาอาจารย์ที่เพียงแต่เป็นผู้สอนวิชาให้แก่ศิษย์ประจำชั่วโมงหรือประจำวัน แต่ไม่ได้รับเลี้ยงดูศิษย์ หรือมีหน้าที่ดูแลศิษย์กระทำแก่ศิษย์ในโรงเรียนนั้น ไม่เป็นความผิดตามมาตรา นี้³ อีกกรณีหนึ่งคือ จำเลยเป็นครูสอนวิชาพลศึกษาในโรงเรียน ซึ่งผู้เสียหายเป็นนักเรียนอยู่ จำเลยกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายขณะจำเลยทำหน้าที่สอนความรู้วิชาพลศึกษาของผู้เสียหาย ถือได้ว่าผู้เสียหายเป็นศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลย ตามความหมายของมาตรา 285 แห่ง ป.อาญา 4

(3) ผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หมายถึง บุคคลที่ถูกจับขังระหว่างการควบคุมของเจ้าพนักงานชั้นจับกุม ชั้นสืบสวนหรือขังตามหมายของศาล และรวมถึงบุคคลที่ต้องโทษจำคุก ถูกควบคุมอยู่ในเรือนจำ นอกจากนี้ยังรวมถึงบุคคลซึ่งถูกส่งยังสถานที่ควบคุมอื่น

¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 2993/2530

² คำพิพากษาฎีกาที่ 303/2497 และ คำพิพากษาฎีกาที่ 1526/2497

³ คำพิพากษาฎีกาที่ 7986/2540

⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 1759/2526

เช่น สถานฝึกอาชีพด้วย แต่บุคคลผู้กระทำต่อผู้อยู่ในความควบคุมนั้นจะต้องเป็นผู้มีหน้าที่ราชการ ควบคุมผู้อยู่ในความควบคุมนั้นด้วย เช่น เป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุมหญิงและอยู่ในความควบคุม ของเจ้าหน้าที่นั้น ขณะที่อยู่ในความควบคุมอาศัยหน้าที่ข่มขืนกระทำชำเราหญิง เป็นต้น ขณะที่ ข้าราชการผู้น้อยอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของอธิบดี ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการนั้น หากผู้อยู่ใน ความควบคุมตามหน้าที่ราชการตามความหมายแห่งมาตรา 285 ไม่⁵

(4) ผู้อยู่ในความปกครอง หมายถึง ผู้อยู่ในความปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ เช่น ได้ร้องขอต่อศาลเป็นผู้ปกครองผู้เยาว์ซึ่งไม่มีบิดามารดา และศาลได้สั่งแต่งตั้งแล้ว ผู้เยาว์นั้นก็เรียกว่าผู้อยู่ในความปกครองและผู้ได้รับการแต่งตั้งจากศาลก็เรียกว่า ผู้ปกครอง ทั้งนี้ ผู้ปกครองตามความหมายของถ้อยคำในกฎหมายนี้หมายถึงผู้ปกครองที่ได้รับการแต่งตั้งโดยคำสั่ง ศาลเท่านั้น การข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำผู้อยู่ในความปกครองตาม กฎหมายอาญา ม. 285 เพราะผู้อยู่ในความปกครองตามบทบัญญัติดังกล่าวหมายถึง ผู้อยู่ในความ ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย⁶

ผู้ที่อยู่ในความพิทักษ์ หมายถึง บุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ เช่น สติฟั่นเฟือน และอยู่ในความพิทักษ์ของผู้พิทักษ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ผู้ที่อยู่ในความอนุบาล หมายถึง บุคคลวิกลจริตซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ และอยู่ในความอนุบาลของผู้อนุบาล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากบทบัญญัติดังกล่าว เห็นได้ว่ามิได้มีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวให้ครอบคลุม ถึงกรณีของบุคคลที่มีความอ่อนแอทางชีวภาพและง่ายต่อการตกเป็นเหยื่อของอาชญากรทางเพศ เช่น ผู้ป่วยในสถานพยาบาลขณะถูกวางยาสลบ ผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาอาการจิตเภทขณะถูก พันธนาการ ผู้ป่วยขณะถูกนำตัวส่งโรงพยาบาล เด็กและคนแก่ขณะอยู่ในสถานสงเคราะห์ ฯลฯ ทั้งที่บุคคลที่กระทำความผิดทางเพศต่อคนกลุ่มนี้ ส่วนใหญ่เป็นบุคลากรทางการแพทย์ เจ้าหน้าที่ มูลนิธิ เจ้าหน้าที่ของสถานสงเคราะห์ ซึ่งเป็นบุคคลที่มีสถานะทางสังคมควรแก่การได้รับความ ไว้วางใจเป็นพิเศษ และเหยื่ออาชญากรรมที่เข้าไปอยู่ภายใต้การดูแลของบุคคลกลุ่มนี้ เหยื่อสมควร ได้รับความปลอดภัยกว่าภาวะปกติ นอกจากนี้ ยังมีได้อยู่ในสถานะที่จะป้องกันตนเองจากการ ถูกคุกคามทางเพศได้ ดังนั้น การที่ผู้ดูแลซึ่งถูกคาดหวังด้านจริยธรรมสูงจากสังคม ได้กระทำการ คุกคามทางเพศต่อผู้บุคคลที่อยู่ในสภาวะอ่อนแอ เปราะบางและต้องอยู่ในการดูแลของผู้รับดูแลเป็น พิเศษ ย่อมส่งผลกระทบต่อร่างกายและจิตใจของผู้ถูกกระทำและครอบครัว ตลอดจนส่งผลกระทบต่อ

⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 2453/2515

⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 6811/2538

ต่อความสงบสุขของการอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างร้ายแรง มากกว่ากรณีการกระทำทางเพศที่เกิดขึ้นต่อบุคคลโดยทั่วไป ดังนั้น ภารกิจของกฎหมายอาญา ซึ่งต้องให้การคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม และภารกิจในการปราบปรามและป้องกันการกระทำความผิด จึงสมควรมีมาตรการในเชิงป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดก่อเหตุการณ์อื่น ไม่พึงปรารถนาขึ้นมาอีก ด้วยการเพิ่มเติมบทบัญญัติของมาตรา 285 โดยการบัญญัติให้การคุ้มครองแก่บุคคลผู้อยู่ในสภาวะอ่อนแอ เปราะบางและต้องได้รับการดูแลจากผู้รับดูแลเป็นพิเศษ ด้วยการเพิ่ม โทษแก่บุคคลที่รับดูแลที่ได้กระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลกลุ่มนี้ด้วยอีกกลุ่มหนึ่ง

4.1.2 วิเคราะห์สัดส่วนของโทษกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด

การลงโทษผู้กระทำความผิดให้มีความเหมาะสมกับความผิดและตัวผู้กระทำความผิดนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากจะส่งผลให้กฎหมายมีความศักดิ์สิทธิ์ ทำให้ผู้กระทำความผิดและบุคคลอื่นเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด อันจะทำให้เกิดปัญหาอาชญากรรมลดลงได้ระดับหนึ่ง ความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย⁷ ให้ความเห็นว่าคุณพินิจในการลงโทษผู้กระทำความผิด จะต้องใช้ทฤษฎีเด็ดขาด และทฤษฎีสัมพัทธ์ประกอบกัน และจะต้องตั้งต้นด้วยทฤษฎีเด็ดขาด คือ การลงโทษเป็นการตอบแทนการกระทำความผิด และศาลจะต้องลงโทษหนักเบาให้ได้สัดส่วนกับความชั่วของผู้กระทำ กล่าวคือ ถ้ามีความชั่วมาก ก็ควรลงโทษหนักมาก ขณะเดียวกันการลงโทษจะบรรลุจุดประสงค์ของการลงโทษทางทฤษฎีสัมพัทธ์หรือไม่นั้น เป็นเรื่องที่มีความสำคัญลำดับที่สอง เพราะการที่กฎหมายได้กำหนดให้มีโทษทางอาญาขึ้น ก็เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเองได้สำนึกตนว่าได้กระทำความชั่ว และเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิด ควรจะได้เสียใจสำนึกเอง และผู้ใดมีความชั่วมากก็ต้องรับโทษมากเป็นธรรมดา ด้วยเหตุนี้ การลงโทษจึงต้องเหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดเป็นคนๆ ไป (Individualization Punishment) เพราะผู้กระทำความผิดด้วยกัน อาจมีบางคนมีความชั่วน้อย เช่น ไม่เคยกระทำความผิดมาก่อน แต่ถูกผู้ร้ายแกวักชวนไป หรือบางคนมีความชั่วมาก เพราะประพฤติดนชักชวนผู้อื่นให้กระทำความผิดเป็นต้น

นอกจากนี้ นักอาชญาวิทยาชาวอิตาลีเลียน ซีซาร์ เบ็คคาเรีย ยังกล่าวถึงอาชญากรรมและการลงโทษ ภายใต้ทฤษฎีข่มขู่และยับยั้ง (Deterrence Theory) ว่า มนุษย์มีเจตจำนงอิสระ (Free Will) มีความเป็นอิสระ มีสิทธิที่จะเลือกกระทำการ หรือไม่กระทำการใดๆ นอกจากนี้มนุษย์ยังเป็นสัตว์โลกที่ “มีพร้อมด้วยเหตุผล” (being rational) ดังนั้น เมื่อมนุษย์ตัดสินใจทำอะไรลงไป ถือว่ามนุษย์สามารถชั่งน้ำหนักระหว่างการทำและผลที่ได้รับ เมื่อมนุษย์ใช้เหตุผลดีแล้ว และ

⁷ จาก กฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 206-208), โดย หยุด แสงอุทัย, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ตัดสินใจทำลงไป มนุษย์จึงย่อมต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น เบ็คคาเรียเห็นว่าการกระทำผิดจะต้องได้รับการลงโทษให้สมกับลักษณะความผิดที่ได้กระทำลงไป การลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง มิได้คำนึงถึงประโยชน์แต่เฉพาะการลงโทษเพื่อยับยั้งตัวผู้กระทำผิดเท่านั้น แต่คำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนและสังคมโดยรวมอีกด้วย ขณะเดียวกัน ในทางนิติเศรษฐศาสตร์ บุคคลจะตัดสินใจกระทำความผิด หากประเมินว่าผลประโยชน์ที่คาดคะเนได้ว่าจะได้รับ (Expects Benefits) จากการกระทำความผิดสูงกว่าต้นทุนคาดคะเน (Expected Costs) ระบบการลงโทษที่เหมาะสมจึงต้องสามารถป้องปรามการกระทำผิด โดยมีเป้าหมายเพื่อเพิ่มต้นทุนคาดคะเนของการกระทำผิด และลดประโยชน์คาดคะเนของการกระทำผิดได้แก่การเพิ่มบทลงโทษให้สูงขึ้น หรือการเพิ่มโอกาสการจับกุมให้มากขึ้น

ในปัจจุบัน เมื่อพิจารณาถึงการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ ต้องถือเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงมาก เพราะมิใช่เพียงทำร้ายร่างกายของผู้เป็นผู้เสียหายเท่านั้น แต่ยังทำร้ายจิตใจและตัวตนของผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้เคราะห์ร้ายด้วย ปัจจุบันในการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ มีโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท⁸ หากมีการกระทำร่วมกับการใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือการกระทำอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงหรือชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต⁹ หากเป็นการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท¹⁰ กรณีผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต¹¹ หากเป็นการกระทำอันมีลักษณะ โทรมเด็กหญิงหรือ

⁸ มาตรา 276 วรรคแรก แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

⁹ มาตรา 276 วรรคสาม แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

¹⁰ มาตรา 277 วรรคแรก แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

¹¹ มาตรา 277 วรรคสาม แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

เด็กชายในลักษณะเดียวกัน และเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต¹²

กรณีการกระทำข่มขืนกระทำชำเรา เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต¹³ และหากการกระทำนั้น เป็นเหตุให้ผู้กระทำถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต¹⁴

สำหรับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากเป็นการกระทำต่อผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรืออยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นหนึ่งในสาม¹⁵

จากการศึกษาการกำหนดโทษของศาลไทยนั้น คำพิพากษาศาลฎีกาในปัจจุบันพบว่า ส่วนใหญ่มิได้มีการระบุเหตุผลเอาไว้ จึงทำให้สรุปโดยแน่นอนไม่ได้ว่า ศาลไทยใช้วัตถุประสงค์ในการลงโทษใดมาเป็นหลักประกอบในการกำหนดโทษ อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลฎีกาที่พอจะให้เห็นเหตุผลของการกำหนดโทษเอาไว้พบว่า

1) วัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อทดแทนความผิด โดยคำพิพากษาตั้งแต่ พ.ศ. 2460-2470 มีการให้เหตุผลของการลงโทษไว้ว่า “ให้ประหารชีวิตเพื่อให้ตายตกไปตามกัน” หรือ การให้เหตุผลว่า “จำเลยได้รับโทษพอสมควรแก่เหตุหรือสมควรกับความผิดแล้ว” เป็นต้น เหตุผลดังกล่าวมานี้ แสดงให้เห็นถึงการนำเอาแนวคิดทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทนมาใช้ในการกำหนดโทษ เพราะทฤษฎีดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อทดแทนความผิด โดยการลงโทษให้เท่าเทียมกับความผิดหรือให้สมควรแก่ความผิดนั่นเอง

2) วัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อเป็นการป้องกัน อาจพิจารณาได้จากการใช้ถ้อยคำ เช่น “เพื่อมิให้คนอื่นเอาเยี่ยงอย่างในการกระทำผิดอย่างนั้นขึ้นบ้าง” หรือเป็นการปราบปรามให้เกรงขามและรักษาความสงบเรียบร้อยทั่วไป หรือ “เพื่อเพิ่มโทษมิให้กระทำความผิดซ้ำ” เป็นต้น

¹² มาตรา 277 วรรคสี่ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

¹³ มาตรา 277 ทวิ (1) แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

¹⁴ มาตรา 277 ทวิ (2) แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

¹⁵ มาตรา 285 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน 2514

3) วัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด จะพิจารณาจากเหตุผลได้ 2 ประเภทคือ คำพิพากษาที่หลีกเลี่ยงโทษจำคุกกระยะสั้น โดยใช้โทษอื่นแทน หรือยกโทษจำคุกใช้โทษปรับแทน เป็นต้น และคำพิพากษาฎีกาให้ลดโทษแก่ผู้กระทำความผิด เช่น จำเลยให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาลดโทษให้กึ่งหนึ่ง หรือจำเลยทำผิดแล้วมอบตัวไม่หลบหนี ศาลลดโทษให้หนึ่งในสาม เป็นต้น

จากการศึกษาหลักในการกำหนดโทษอาญาตามระบบกฎหมายไทยพบว่า ในปัจจุบันการลงโทษมีวัตถุประสงค์ในเชิงป้องกัน และลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดมากกว่าจะเป็นการลงโทษเพื่อการทดแทนความผิด หรือให้เท่าเทียมหรือสมควรกับความผิดที่ได้กระทำ และได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ มิให้ต้องได้รับโทษเกินกว่าที่กฎหมายได้บัญญัติเอาไว้

ดังที่กล่าวไปแล้วว่า บุคคลที่อยู่ในสถานะที่อ่อนแอ เปราะบางและต้องได้รับการดูแลจากรัฐดูแลเป็นพิเศษ ไม่ได้อยู่ในสถานะที่จะสามารถป้องกันหรือระมัดระวังตนเองตามสมควรจากการล่วงละเมิดทางเพศได้ เนื่องจากอยู่ในภาวะที่เจ็บป่วย และอ่อนแออันเกิดจากสรีระ และการที่ผู้อ่อนแอ เปราะบางและต้องได้รับการดูแลจากผู้รับดูแลเป็นพิเศษเข้าไปอยู่ภายใต้การดูแลของผู้กระทำแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ครอบครัวและสังคมคาดหวังว่า ผู้อ่อนแอ เปราะบางจะได้รับความปลอดภัยกว่าปกติ ดังนั้น หากมีการล่วงละเมิดทางเพศโดยผู้รับดูแล ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ทางการแพทย์ เจ้าหน้าที่มูลนิธิ หรือเจ้าหน้าที่สถานสงเคราะห์ โอกาสที่จะกระทำความผิดสำเร็จย่อมสูงกว่ากรณีมีเหตุการณ์ล่วงละเมิดโดยปกติ และส่งผลกระทบต่อสงบเรียบร้อยของสังคมโดยภาพรวมอย่างร้ายแรง กระทบกระเทือนต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นอาชญากรรมที่ส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของคนในสังคมได้มากกว่ากรณีอาชญากรรมทางเพศปกติที่เกิดขึ้นโดยทั่วไป ซึ่งกฎหมายอาญาควรต้องคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากอาชญากรรมดังกล่าวด้วยเช่นเดียวกัน ดังนั้น หากให้ผู้กระทำได้รับโทษเพียงที่กำหนดไว้ในฐานความผิดต่างๆ ตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 ซึ่งเป็นระดับของโทษที่ลงกับการก่ออาชญากรรมทางเพศโดยปกติทั่วไป ย่อมเป็นการกำหนดโทษที่ไม่เหมาะสมกับการกระทำของผู้กระทำที่ก่อขึ้น

ทั้งนี้ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายอาญาเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อเป็นการป้องกัน มิให้บุคคลดังกล่าวได้กระทำซ้ำอีก และเพื่อให้สังคมเกิดความรู้สึกปลอดภัยได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายอาญาอย่างเพียงพอ จึงสมควรมีการบัญญัติให้บุคคลเหล่านี้ต้องรับโทษให้สูงขึ้น โดยบัญญัติเพิ่มโทษแก่ผู้รับดูแลที่กระทำความผิดทางเพศต่อ ผู้ป่วย เด็ก

คำพริ้ว คนชรา หรือผู้ที่อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล ไว้ในบทบัญญัติแห่งการเพิ่มโทษตาม มาตรา 285 ด้วย

4.2 วิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาและความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว ในความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามมาตรา 285

มาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาของไทย บัญญัติไว้ว่า “ถ้าการกระทำความผิดตาม มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้ที่อยู่ในความควบคุม ตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิด ระวังโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆหนึ่งในสาม”

เมื่อศึกษาบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาพบว่า มิได้มีการบัญญัติความหมาย ของคำว่า ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ใน ความปกครองในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล เอาไว้แต่ประการใด ดังนั้น การจะศึกษาว่า การ กระทำกับคนกลุ่มใด จึงจะเป็นการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำให้ได้รับโทษที่หนัก ขึ้น จึงต้องทำการศึกษาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมา ซึ่งมีการให้ความหมายของคำดังกล่าว เอาไว้ดังต่อไปนี้

1) ผู้สืบสันดาน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 303/2497, 1526/2497 ให้ความหมายคำว่า “ผู้สืบสันดาน” ว่าหมายถึง ผู้สืบสันดานตามความจริง บุตรนอกกฎหมายเป็นผู้สืบสันดานตามกฎหมายมาตราดังกล่าว และศาลฎีกาได้วินิจฉัยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 956/2504 ว่า คำว่า ผู้สืบสันดาน ตามความมาตรา 71 หมายถึง ผู้สืบสันดานตามธรรมชาติ จำเลยเป็นบุตรบุญธรรม ไม่ใช่ผู้สืบสันดานตามกฎหมายมาตราดังกล่าว

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานให้คำจำกัดความผู้สืบสันดานว่าหมายถึง ผู้สืบเชื้อสายมาโดยตรงและตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1586, 1587, 1627 แสดงว่า บุตรบุญธรรมย่อมมีฐานะแตกต่างจากบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม และผู้รับบุตรบุญธรรมก็มีฐานะต่างกับบุพการีโดยตรงของบุตรบุญธรรมอยู่หลายประการ มาตรา 1586, 1627 เป็นบทบัญญัติพิเศษให้สิทธิบางประการแก่บุตรบุญธรรมในทางแพ่งเกี่ยวกับสัมพันธ์ทางครอบครัวและมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมเท่านั้น ต้องใช้โดยเคร่งครัด และการตีความถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญาที่ต้องตีความ โดยเคร่งครัด จึงหาขอบที่จะนำบทบัญญัติแห่งประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวมาใช้ตีความคำว่า ผู้สืบสันดาน ตามมาตรา 71 วรรคสองไม่ บุตรบุญธรรมจึงไม่ใช่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการีตามมาตรา 71 จึงยอมความไม่ได้¹⁶

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย¹⁷ อธิบายว่า ผู้สืบสันดานตามความหมายของบทบัญญัติแห่งมาตรา 285 หมายถึง บุตร หลาน เหลน ลื้อที่ชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะเกษิษฐ¹⁸ ให้ความหมายว่า ผู้สืบสันดาน คือ ลูก หลาน เหลน ที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือตามข้อเท็จจริง

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทัย อธิบายว่า หากการตีความให้รวมถึงผู้ที่ไม่ใช่ผู้สืบสันดานโดยชอบด้วยกฎหมายจะมีผลเป็นผลร้ายแก่จำเลยในคดีอาญามากขึ้น ไม่ชอบด้วยหลักการตีความกฎหมายอาญา ถ้าพิจารณาประกอบข้อความตอนที่ว่า ด้วยความปกครอง ความพิทักษ์ ความอนุบาล ก็น่าจะเข้าใจว่าเป็นกรณีเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์กันตามกฎหมายเท่านั้น¹⁹ จากคำพิพากษาดลอดจน จะเห็นได้ว่า ความหมายของคำว่า ผู้สืบสันดาน ตามมาตรา 285 นี้ หมายถึง บุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นบุตรที่เกิดจากบิดามารดาที่จดทะเบียนสมรสกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และบุตรในความเป็นจริง หรือหมายถึง บุตรที่เกิดมาในกรณีที่ชายและหญิงอยู่กินกันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส เด็กย่อมเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่เป็นมารดา แต่มิได้เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชาย แต่เป็นบุตรตามความเป็นจริง ทั้งนี้ มิได้รวมถึงบุตรบุญธรรม ซึ่งหากตีความให้รวมถึงบุตรบุญธรรมด้วยย่อมเป็นการไม่ชอบตามหลักการตีความกฎหมายอาญา อันมีผลเป็นผลร้ายแก่จำเลยในคดีอาญามากขึ้นได้

1) ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล

คำพิพากษาฎีกาที่ 2693/2516 จำเลยเป็นครูสอนเด็กหญิงและเป็นครูใหญ่ด้วย เด็กหญิงมาเรียนในตอนเช้าตามปกติและกลับบ้านเมื่อเลิกเรียนแล้ว การควบคุมดูแลปกป้องเด็กหญิงนั้นย่อมอยู่กับจำเลยตลอดระยะเวลาที่โรงเรียนทำการสอนอยู่ตามปกติ เมื่อจำเลยกระทำอนาจารแก่เด็ก ในระหว่างที่โรงเรียนเปิดทำการสอนอยู่ตามปกติ ย่อมถือได้ว่าจำเลยได้กระทำแก่ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลตามความหมายของมาตรา 285

๕

¹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 956/2503 ประชุมใหญ่ครั้งที่ 11/2509)

¹⁷ จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1* (น. 179), โดย หยุด แสงอุทัย, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁸ จาก *กฎหมายอาญาว่าด้วยความคิดเกี่ยวกับเพศ*. (น. 194), โดย ทวีเกียรติ มินะเกษิษฐ, 2551, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹⁹ จาก *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1*, (น. 964), โดย จิตติ ดิงศภัทัย, 2539, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1759/2526 จำเลยเป็นครูสอนวิชาพลศึกษาในโรงเรียน ซึ่งผู้เสียหาย เป็นนักเรียนอยู่ จำเลยกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหาย ขณะจำเลยทำหน้าที่สอนความรู้วิชาพลศึกษาของ ผู้เสียหาย ถือได้ว่าผู้เสียหายเป็นศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลยตามความในมาตรา 285

คำพิพากษาฎีกาที่ 1189/2531 จำเลยเป็นครูสอนวิชาคณิตศาสตร์ ในสายชั้นเรียนให้แก่ ผู้เสียหาย ในขณะที่เกิดเหตุผู้เสียหายจึงเป็นศิษย์อยู่ในความดูแลของจำเลยทั้งต้องเชื่อฟังจำเลยด้วย เมื่อจำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายในขณะนั้นจำเลยจึงต้องมีความผิดตามมาตรา 277 ประกอบ มาตรา 285

คำพิพากษาฎีกาที่ 9704/2539 วินิจฉัยว่า ขณะเกิดเหตุจำเลยรับราชการครูอยู่โรงเรียน เกาะแก้วพิทยาสรรค์ มีหน้าที่สอนวิชาพลศึกษาเฉพาะนักเรียนชายของโรงเรียนแห่งนั้นเท่านั้น จำเลยไม่มีหน้าที่สอนวิชาพลศึกษา ให้แก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นนักเรียนหญิงแต่อย่างใด เมื่อจำเลยไม่มี หน้าที่สอนผู้เสียหาย ผู้เสียหายก็ไม่ใช่ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลย และโดยหน้าที่ของจำเลย ผู้เสียหายก็ไม่ได้เป็นผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการของจำเลย จึงลงโทษจำเลยให้หนักขึ้น ตาม ม. 285 ไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 421/2546 “ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 มิได้หมายถึงเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ในฐานะครูหรืออาจารย์ซึ่งมีหน้าที่สอนศิษย์ เท่านั้นแต่ครูหรืออาจารย์นั้นต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์และกระทำความผิด ตามที่กฎหมายบัญญัติต่อศิษย์ในระหว่างมีหน้าที่ดังกล่าวด้วย เมื่อจำเลยเป็นเพียงครูหรืออาจารย์ใน การสอนกวดวิชา ซึ่งผู้สมัครเรียนชำระค่าสมัครแล้วจะไปเรียนหรือไม่ก็ได้ ขึ้นอยู่กับความสนใจที่ จะไปหาความรู้ อีกทั้งไม่ได้ความว่าสถาบันกวดวิชาของจำเลยมีระเบียบหรือข้อเคร่งครัดอย่างไร แสดงว่าจำเลยไม่มีหน้าที่รับผิดชอบควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์ตลอดระยะเวลา ที่ทำการสอน ดังนั้น แม้จำเลยจะข่มขืนกระทำชำเรา โจทก์ร่วมที่ 2 ก็มีใช้การกระทำต่อศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของ จำเลยอันจะทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 หากแต่เป็นความผิด ตามมาตรา 276 วรรคแรก และมีได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้โจทก์ร่วมที่ 2 รับอันตราย สาหัสหรือถึงแก่ความตาย จึงเป็นความผิดอันยอมความได้ตามมาตรา 281 เมื่อโจทก์ร่วมทั้งสอง ถอนคำร้องทุกข์ต่อศาลชั้นต้น แม้ศาลชั้นต้นจะมีได้สั่งคำร้องดังกล่าวแต่เมื่อพิจารณารายงาน กระบวนพิจารณาแล้ว พออนุมานได้ว่าศาลชั้นต้นอนุญาตให้โจทก์ร่วมทั้งสองถอนคำร้องทุกข์แล้ว จึงมีผลให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องในข้อหาข่มขืนกระทำชำเราระงับสิ้นไปตาม ประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญามาตรา 39(2)

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย²⁰ อธิบายว่า “ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล” หมายถึงอยู่ในความดูแลของผู้กระทำ คือ ไม่ใช่ผู้กระทำเป็นแต่เพียงเป็นครูที่มีหน้าที่สอนแต่เพียงประการเดียว แต่ต้องมีหน้าที่ดูแลด้วย เช่น ทำหน้าที่ดูแลนักเรียนกินนอน เป็นต้น

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายว่า ความดูแลไม่หมายความถึงการสอน แต่หมายความถึงการควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์ เช่นครูบาอาจารย์ที่ศิษย์กินนอนอยู่ด้วย ไม่ใช่ครูสอนแต่เพียงตามชั่วโมงของตารางสอน

กล่าวโดยสรุป สำหรับคำจำกัดความของ ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล หมายถึงศิษย์ที่อยู่ในความดูแล เช่น กรณีผู้กระทำเป็นครูใหญ่ซึ่งมีหน้าที่ดูแลเด็กทุกคนในระหว่างระยะเวลาที่โรงเรียนทำการสอนปกติ ตั้งแต่นักเรียนมาโรงเรียนในตอนเช้าและกลับบ้านเมื่อเลิกเรียนแล้ว ครูใหญ่จึงเป็นผู้ดูแลตามความหมายนี้ ส่วนครูที่ทำการสอนนักเรียนประจำวิชา หากเป็นผู้ทำการสอนการให้คะแนน ครูย่อมมีอิทธิพลเหนือนักเรียนได้ กรณีนี้ถือว่าครูคือผู้ดูแลตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาตรา 285 แต่หากครูมิได้มีหน้าที่ทำการสอน เป็นเพียงผู้สอนคนหนึ่งคนหนึ่งในโรงเรียนเท่านั้น ย่อมมิได้มีอิทธิพลเหนือนักเรียนผู้ถูกกระทำดังกล่าวแต่อย่างใด กรณีนี้ ครูผู้สอนมิใช่ผู้ดูแล ตามมาตรา 285 เช่นเดียวกับ ครูผู้สอนในโรงเรียนกวดวิชา ซึ่งถึงแม้ทำการสอนนักเรียน แต่มิได้เป็นผู้ให้คะแนน อีกทั้งมิได้มีการผูกพันในเรื่องการสอน กล่าวคือ เมื่อนักเรียนทำการชำระเงินค่าสินแล้ว นักเรียนจะมาเรียนหรือไม่มาเรียนก็ได้ ผู้ถูกกระทำไม่ได้อยู่ในสถานะที่ต้องพึ่งพาผู้กระทำความคิด ดังนั้น ครูในสถาบันกวดวิชาจึงมิใช่ ผู้ดูแลตามมาตรา 285 เช่นเดียวกัน

1) ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ

คำพิพากษาฎีกาที่ 2453/2525 จำเลยเป็นอธิบดี ผู้เสียหายเป็นหัวหน้าแผนก ศาลฎีกาอธิบายว่า การกระทำอนาจารแก่ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ตาม ม.285 นั้น หมายถึงผู้กระทำความผิดมีหน้าที่ควบคุมตามหน้าที่ราชการ และผู้ถูกกระทำอยู่ในความควบคุมด้วย การที่ข้าราชการชั้นผู้น้อยอยู่ในความบังคับบัญชาของอธิบดี ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการนั้น หากอยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการตามความหมายแห่ง ม.285 ไม่

จากการศึกษาเกี่ยวกับ คำจำกัดความของผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่พบว่า หมายถึงกรณี พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจที่คุมตัว ควบคุม ชั่งหรือกักขัง ผู้ถูกจับในระหว่างสืบสวนสอบสวน โดยเฉพาะ ผู้ถูกจับหรือควบคุมตัวชั้นจับกุม ชั้นสอบสวน หรือ ชั่ง หรือ จำคุก โดยหมายศาล หรือควบคุมตามหน้าที่ราชการในกรณีอื่นด้วย เช่น ควบคุมในฐานะอันธพาล ดังนั้น หากพัสดีเรือนจำ หรือเจ้าหน้าที่ตำรวจ ช่มขึ้นหรือกระทำอนาจารแก่ผู้ต้องขังในความรับผิดชอบของตน ต้อง

²⁰ กฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 180). เล่มเดิม.

รับโทษเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งในสามและเป็นความผิดที่ยอมความไม่ได้ แม้ตามปกติจะสามารถยอมความได้ก็ตาม

2) ผู้อยู่ในความปกครอง ความพิทักษ์หรือในความอนุบาล

คำพิพากษาฎีกาที่ 6811/2538 การข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำผู้อยู่ในความปกครองตาม กฎหมายอาญา ม. 285 เพราะผู้อยู่ในความปกครองตามบทบัญญัติดังกล่าวหมายถึง ผู้อยู่ในความปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 928/2508 บิดาเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราบุตรเลี้ยงมีความผิดตามมาตรา 277 แต่กรณีไม่ต้องตามมาตรา 285 เพราะอำนาจปกครองบุตรเลี้ยงตกอยู่แก่มารดาของเด็กนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1540 มิได้ตกอยู่ในความปกครองของบิดาเลี้ยง

ส่วนคำพิพากษาฎีกาที่ 6811/2538 ตัดสินทำนองเดียวกัน และคำพิพากษาฎีกาที่ 1017/2538 วินิจฉัยว่าจำเลยกระทำชำเราเด็กอายุ 11 ปี ซึ่งมาอยู่ในความอุปการะเพราะไม่ทราบว่าเป็นบิดามารดาอยู่ที่ใดอำนาจปกครองยังอยู่กับบิดามารดาเดิมจึงเพิ่มโทษจำเลยตามมาตรา 285 ไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 8595/2553 ผู้เสียหายมิใช่ผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงของจำเลย และคำว่า "ผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง" ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 หมายถึง ความปกครองตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิใช่ตามพฤตินัย การที่จำเลยและภริยารับผู้เสียหายมาอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษา ผู้เสียหายมิได้อยู่ในความปกครองของจำเลยตามบทบัญญัติดังกล่าว การที่จำเลยพยายามข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายซึ่งเป็นลูกเลี้ยง จึงไม่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราแก่ผู้อยู่ในความปกครองตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285

คำพิพากษาฎีกาที่ 8825/2554 ข้อเท็จจริงฟังได้เพียงว่า ร. นำผู้เสียหายมาฝากไว้กับ ส. ภริยาของจำเลยช่วยเหลือเพื่ออำนวยความสะดวกในการศึกษาของผู้เสียหาย ดังนั้น อำนาจปกครองยังคงอยู่กับ ร. ผู้เป็นบิดาของผู้เสียหายการกระทำของจำเลยจึงไม่เข้าเหตุยกเว้นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285

ศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ²¹ ให้ข้อสังเกตไว้อย่างน่าสนใจเกี่ยวกับการนำบทบัญญัติมาตรา 285 มาใช้ว่า "การใช้กฎหมายอาญามาตรา นี้ น่าจะมุ่งถึงการปกครองตามความเป็นจริง ไม่ใช่ "อำนาจปกครอง" ตามกฎหมาย เด็กถูกรุกลนลามที่โรงเรียน ยังหนีกลับบ้านหรือไม่ไปโรงเรียนอีกก็ได้ แต่หากเด็กถูกพ่อเลี้ยงที่บ้านลวนลาม ไม่รู้จะหนีไปไหนได้ กฎหมาย

²¹ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ (น. 99), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

กลับไม่ลงโทษพ่อแม่เลี้ยงให้หนักขึ้น เรื่องนี้ข้อกฎหมายไม่มีปัญหา แต่อยู่ที่การตีความว่าคุ้มครองใคร กฎหมายอาญาใช้คำว่า ผู้อยู่ “ในความปกครอง” หากไม่ถือว่าเด็กอยู่ในความปกครองของผู้ปกครอง แล้วจะถือว่าเด็กอยู่ในความปกครองของใคร ในเมื่อผู้มีอำนาจปกครองไม่ได้ปกครอง ส่วนผู้ที่ปกครองตามความจริงไม่ใช่ผู้ใช้อำนาจปกครอง แล้วจะปกครองกันอย่างไร ความหมายตามกฎหมายแพ่งจะนำมาใช้ในกฎหมายอาญาในกรณีเช่นนี้จะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของ มาตราดังกล่าวที่ต้องการคุ้มครองเด็ก โดยอาศัยข้อเท็จจริงเป็นหลัก ดังนั้น จึงควรต้องถือผู้อยู่ในความปกครองตามความเป็นจริง เพราะเป็นเรื่องอิทธิพลต่อเด็กโดยตรง ซึ่งไม่มีทางหลีกเลี่ยงได้ และเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายจริงๆ ไม่ใช่กระทบเพียงสิทธิในทางแพ่งเท่านั้น ผู้ปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง มีความใกล้ชิดและอิทธิพลยิ่งเสียดกว่าครูหรืออาจารย์ที่โรงเรียนเสียอีก เพราะต้องพียงบิดาเลี้ยงในการกินอยู่หลับนอน ไม่มีทางหนีไปไหนได้

การตีความดังกล่าวจึงกลายเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ปกครองเด็กกระทำความผิดต่อเด็ก เป็นการพิจารณาที่ปะปนกันระหว่างความปกครองตามความเป็นจริงที่มีอิทธิพลโดยตรงต่อเด็ก ในทางอาญากับอำนาจปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ส่วนความหมายของข้อความที่ว่าศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 นั้น มิได้หมายถึงเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ในฐานะครูหรืออาจารย์ ซึ่งมีหน้าที่สอนหรือ เคยสอนศิษย์เท่านั้น แต่ครูหรืออาจารย์นั้นต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแลป้องกันศิษย์และกระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติต่อศิษย์ในระหว่างมีหน้าที่ดังกล่าวด้วย ถ้าไม่มีหน้าที่ดังกล่าวในขณะที่เกิดเหตุ ทั้งนอกเวลาควบคุมดูแลแม้จะมีการกระทำต่อศิษย์ก็ไม่เพิ่มโทษ ครูใหญ่ ครูพละ อนุบาลเด็กถือว่าเป็นศิษย์ในความดูแล การพิจารณาเรื่องนี้ต้องดูตามความเป็นจริงว่า การเป็นครูมีอิทธิพลเหนือศิษย์มากกว่าคนทั่วไป เพราะให้คุณให้โทษได้ ควรต้องพิจารณาอย่างละเอียดด้วย

สำหรับผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการตามมาตรา 285 หมายถึง ผู้กระทำมีหน้าที่ควบคุมและผู้ถูกกระทำอยู่ในความควบคุมการที่ข้าราชการชั้นผู้น้อยอยู่ในบังคับบัญชาของอธิบดีในการปฏิบัติราชการนั้น หากอยู่ในความควบคุมตามความหมายแห่งมาตรานี้ กล่าวคือ ต้องอยู่ในความควบคุมโดยเด็ดขาด เช่น นักโทษกับพัศดี ตำรวจกับผู้ต้องขังบนโรงพัก จึงจะเพิ่มโทษได้ *

จากการศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาตรา 285 จากคำพิพากษาฎีกาและความเห็นของนักวิชาการในกรณีคำพิพากษาดังกล่าวแล้ว ผู้ศึกษามีความเห็นว่า การใช้บทบัญญัติแห่งมาตรา 285 นี้ เป็นการให้ความคุ้มครองแก่บุคคล 4 กลุ่ม ดังต่อไปนี้ (1) ผู้สืบสันดาน (2) ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล (3) ผู้ที่อยู่ในการควบคุมตามหน้าที่ราชการ (4) ผู้ที่อยู่ในความปกครอง ผู้อยู่ในความพิทักษ์ และผู้อยู่ในความอนุบาล การตีความโดยอาศัยคำนิยามจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่ง

เป็นการบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ในทางแพ่งของบุคคลดังกล่าว ซึ่งหากนำมาใช้ในประมวลกฎหมายอาญาจะเกิดข้อจำกัดของการคุ้มครอง ทำให้บุคคลบางกลุ่มซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจการปกครองดูแลตามหลักความเป็นจริงแต่มิได้อยู่ภายใต้การปกครองดูแลตามกฎหมาย มิได้รับการคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ ทำให้การตีความในลักษณะดังกล่าวไม่สอดคล้องกับรูปแบบของการกระทำความผิดทางเพศที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน

การตีความลักษณะดังกล่าว เป็นการตีความในลักษณะที่ไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมได้อย่างแท้จริง เช่น กรณีของบิดาเลี้ยงทำการข่มขืนลูกเลี้ยง ผู้บังคับบัญชาข่มขืนผู้ใต้บังคับบัญชา ครูที่ไม่ได้มีหน้าที่สอนหรือดูแล แต่ข่มขืนศิษย์ซึ่งเป็นนักเรียนในโรงเรียน บุคคลเหล่านี้แม้ต้องได้รับโทษในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศ แต่กลับมิต้องได้รับโทษเพิ่มขึ้น ทั้งที่มีอิทธิพลเหนือกว่าเหยื่อและอำนาจดังกล่าวอาจเป็นสาเหตุทำให้เหยื่อตกอยู่ในสถานะจำยอมให้ถูกล่วงละเมิดทางเพศได้ เช่นกรณีของบิดาเลี้ยงที่ให้การอุปการะดูแลบุตรเลี้ยง ทั้งเรื่องการอยู่อาศัย การใช้จ่ายและการศึกษา ซึ่งบุตรมีอาจจะหลีกเลี่ยงไปพึ่งพาผู้ใดได้ ผู้บังคับบัญชาสามารถให้คุณให้โทษในเรื่องหน้าที่การงานต่อผู้ใต้บังคับบัญชาได้ โดยนำเอาการล่วงละเมิดทางเพศมาเป็นเงื่อนไข ฯลฯ อีกประการหนึ่งจากการศึกษาทฤษฎีวิวัฒนาการการข่มขืนแนวสังคมชีววิทยา²²พบว่า สาเหตุของการกระทำความผิดทางเพศส่วนใหญ่มาจากการใช้อำนาจในทางที่ผิดและการล่วงละเมิดทางเพศมักเกิดจากการที่ผู้มีอำนาจเหนือกว่าแล้วใช้อำนาจของตนไปในทางที่ไม่เหมาะสม ดังนั้น การตีความกฎหมายในลักษณะที่ไม่ครอบคลุมถึงบุคคลที่กระทำความผิดทางเพศต่อผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจของตนในความเป็นจริงแต่มิใช่โดยกฎหมายดังกล่าวอาจเป็นการตีความที่ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายตามบทบัญญัตินี้

4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตในการกำหนดความรับผิดทางอาญาและเหตุของการเพิ่มโทษให้หนักขึ้นในความผิดเกี่ยวกับเพศของต่างประเทศและประเทศไทย

จากการศึกษาบทบัญญัติเกี่ยวกับขอบเขตในการกำหนดความรับผิดทางอาญาและเหตุของการเพิ่มโทษให้หนักขึ้นในความผิดเกี่ยวกับเพศของต่างประเทศเปรียบเทียบกับประเทศไทย ผลการศึกษามีดังต่อไปนี้

²² จาก เหตุเพิ่มโทษของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นนักการเมือง (น. 5-6), โดย สุวิทย์ วนาสวรรณวนิชและคณะ, 2554, สงขลา: มหาวิทยาลัยทักษิณ.

4.3.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) รัฐแต่ละรัฐมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้ภายในรัฐของตนได้โดยอิสระตราบท่าที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ สหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นเหตุให้กฎหมายขาดความเป็นเอกภาพ กระบวนการกำหนดโทษจำเลยในคดีอาญาของแต่ละรัฐแตกต่างกัน โดยดำเนินการเป็นกระบวนการ เปิดโอกาสให้บุคคลหลายฝ่ายเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดโทษจำเลย ไม่ว่าจะเป็นอัยการ ทนายความ ผู้เสียหาย โดยเริ่มจากศาลหรือผู้พิพากษา ตัดสินว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด แล้วศาลกำหนดโทษจำเลยในเวลาที่ถูกกฎหมายกำหนด หรือประมาณ 2-3 สัปดาห์หลังมีคำตัดสิน ในกรณีที่เป็นการผิดร้ายแรง ศาลจะมีคำสั่งให้พนักงานคุมประพฤติ เสาะหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลย ได้แก่ รายงานพฤติการณ์แห่งคดี ประวัติการกระทำความผิด สุขภาพกายหรือภาวะแห่งจิต ประวัติครอบครัวและภูมิหลัง สถานภาพทางการเงิน ประวัติการศึกษา นิสัยและความประพฤติ ประวัติการทำงาน ฯลฯ รายงานการตรวจทางจิต รายงานของเรือนจำ หรือคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีความประสงค์จะเสนอข้อเท็จจริงบางอย่างเพิ่มเติม การกำหนดโทษจะกระทำได้อีกเมื่อได้มีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ถูกกฎหมายกำหนดเอาไว้แล้ว

การกำหนดโทษของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้คำนึงถึงปัจจัยสำคัญสองมิติคือ ระดับความรุนแรงของการกระทำความผิด และภูมิหลังหรือประวัติอาชญากรรมของผู้กระทำความผิด ประกอบกัน หากการกระทำความผิดร้ายแรงมาก และมีประวัติการทำผิดซ้ำซากโทษยิ่งสูง ถ้าการกระทำความผิดร้ายแรงน้อย มีประวัติการกระทำความผิดน้อย โทษยิ่งต่ำ โดยนับเอาปัจจัยด้านภูมิหลังของผู้กระทำความผิดมาเป็นองค์ประกอบในการกำหนดโทษ

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) การกำหนดโทษมีรูปแบบชัดเจนไม่ซับซ้อนเหมือนประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยวางหลักเกณฑ์การกำหนดโทษไว้อย่างชัดเจน โดยพิจารณากำหนดโทษจาก (1) ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (St GB) แก้ไขเพิ่มเติมปี 1987 ว่าด้วยเรื่องหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษ กล่าวคือ พิจารณาจากความชั่วของผู้กระทำความผิดจะเป็นพื้นฐานในการกำหนดโทษ ทั้งนี้จะต้องพิจารณาถึงผลซึ่งเกิดจากโทษที่กำหนดนี้ว่าจะกระทบถึงการดำเนินชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิดในอนาคต และในการกำหนดโทษนี้ ศาลจะชั่งน้ำหนักจากข้อเท็จจริงทั้งที่เป็นส่วนดีและส่วนเสียของผู้กระทำความผิด ได้แก่ มูลเหตุของการกระทำความผิด เป้าหมายของผู้กระทำความผิด ความรู้สึกนึกคิดซึ่งเห็นได้จากการกระทำ และจิตใจที่มีอยู่ในการกระทำ ความร้ายแรงของการกระทำผิดหน้าที่ ลักษณะของการกระทำความผิด และผลที่สะท้อนให้เห็นถึงความชั่วของการกระทำความผิด ประวัติของผู้กระทำความผิด สถานภาพของบุคคลทางสังคม และ

ฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด ความประพฤติกายหลังการกระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งความพยายามที่จะเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งความพยายามของผู้กระทำความผิดที่จะชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย (2) พิจารณาจากความเห็นของอัยการ และทนายจำเลย และ (3) พิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ได้รับมาระหว่างการดำเนินคดี

ประเทศฝรั่งเศส กฎหมายฝรั่งเศสได้แบ่งระดับโทษออกเป็น 3 ระดับคือ โทษระดับลหุโทษ (Contravention) ระดับกลาง (Delit) และระดับสูงสุด (Crime) และลักษณะเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดที่อาจมีผลต่อการกำหนดโทษได้แก่ (1) การยอมรับสารภาพ คือถ้าสารภาพก็จะลงโทษให้ครึ่งหนึ่ง (2) ปัจจัยทางสังคม ซึ่งมีผลต่อการกระทำอย่างเห็นได้ชัด เช่น เป็นบุคคลที่ครอบครัวหย่าร้าง หรือเป็นบุคคลที่หย่าขาดจากภรรยา สูญเสียคนที่รัก หรือสถานะทางครอบครัวตกอยู่ในสถานการณ์ที่ลำบากทางการเงิน (3) ปัจจัยทางด้านจิตวิทยา อายุของผู้กระทำความผิดเป็นปัจจัยสำคัญของการพิจารณาในฝรั่งเศส เห็นได้จากการควบคุมตัวผู้เยาว์ที่อายุไม่เกิน 18 ปี จะต้องอยู่ในสถานที่ควบคุมพิเศษ เช่น ความผิดที่มีการใช้ความรุนแรงหรือความผิดทางเพศ (4) การกระทำความผิดติดนิสัย ผู้กระทำความผิดครั้งแรกอาจได้รับการให้อภัย หรือลงโทษแต่สถานเบา หรืออาจจะมีการรอการลงโทษ แต่ผู้กระทำความผิดที่กระทำผิดซ้ำใหม่อาจถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัย ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดและได้รับโทษหนักขึ้นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ (5) การเป็นบุคคลต่างด้าว อาจต้องกำหนดโทษห้ามเข้ามาอยู่ในดินแดนของรัฐ นอกเหนือจากโทษอย่างอื่น ซึ่งอาจถือว่าเป็นการกำหนดโทษซ้ำสอง เพื่อให้หนักกว่าบุคคลทั่วไป ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้บุคคลเหล่านั้นกลับมามีการกระทำความผิดอีก (6) กระบวนการในทางศาล ในระบบศาลฝรั่งเศส ความผิดบางอย่างต้องมีการพิจารณาในชั้นไต่สวนเสียก่อน ซึ่งก็อาจจะมีผลต่อความรู้สึกสาธารณะ หรือสื่อมวลชน ผลกระทบที่มีต่อครอบครัว การที่ถูกควบคุมตัวไว้ระหว่างการพิจารณา และ (7) พฤติกรรมของผู้กระทำความผิดในระหว่างการพิจารณา เช่น ลักษณะทางกายภาพของผู้กระทำความผิด ซึ่งปรากฏต่อศาล ก็อาจมีผลต่อการกำหนดโทษได้เช่นเดียวกัน เช่น ลักษณะการแต่งตัว ท่วงท่าการพูดจา การใช้วาจา เพื่อพิจารณาว่าจะสามารถนำไปแก้ไขได้หรือไม่อย่างไร

สำหรับกรณีการกำหนดโทษของประเทศไทย การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของผู้พิพากษาไทยนั้น ในเบื้องต้นผู้พิพากษาจะต้องใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เป็นไปตามกรอบที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ในกฎหมาย เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ได้กำหนดโทษไว้หลายประการ ผู้พิพากษาจะต้องเลือกรูปแบบหรือวิธีการลงโทษที่เหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิดในความผิดที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี เพื่อให้เหมาะสมกับความผิดและตัวผู้กระทำความผิด สำหรับอัตราโทษฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดกรอบไว้ในกฎหมาย เช่น การกำหนดเป็นโทษขั้นสูง หรือโทษขั้นสูงและโทษขั้นต่ำเป็นช่วงไว้ เพื่อให้ผู้พิพากษาเลือกใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เหมาะสมภายในกรอบที่

กฎหมายกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม ฝายนิติบัญญัติไม่ได้กำหนดแนวทางให้ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้ กล่าวคือ ไม่มีบทบัญญัติกำหนด หลักเกณฑ์ทั่วไปไว้โดยตรงให้ผู้พิพากษาควรจะต้องคำนึงถึงสิ่งใดในการกำหนดโทษเพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้ เพื่อเป็นแนวทางสำหรับผู้พิพากษานำมาใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษ

ในทางปฏิบัติ แต่ละศาลจะมีบัญชีระดับอัตราโทษหรือยึดถือ เพื่อให้ผู้พิพากษาในศาลใช้ประกอบการกำหนดโทษ เพื่อให้การลงโทษในศาลเดียวกันเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ดังนั้นผู้พิพากษายังยึดถือบัญชีระดับอัตราโทษหรือยึดถือเป็นกรอบหรือเป็นเครื่องมือในการกำหนดโทษว่าจะใช้โทษประเภทใดและจะวางโทษจำนวนเท่าใด เช่น ควรวางโทษจำคุก หรือปรับจำนวนเท่าใด หรือจะรอกการลงโทษ และควรมีการคุมประพฤติด้วยหรือไม่ ทำให้เกิดปัญหาตามมาคือผู้พิพากษาส่วนใหญ่จะยึดถือตามแนวทางที่กำหนดในบัญชีระดับอัตราโทษ โดยไม่มีการสืบหาข้อเท็จจริงมาประกอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ อาจจะเป็นเนื่องจากเห็นว่า การกำหนดโทษให้เป็นไปตามบัญชีระดับอัตราโทษ และตามกรอบที่กฎหมายกำหนดก็เพียงพอแล้วจำเป็นต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงอื่นใด เช่น ประวัติภูมิหลังของจำเลย เป็นต้น นอกจากนี้ ผู้พิพากษายังมีความเกรงกลัวข้อครหาที่ว่า การไม่กำหนดโทษตามแนวทางบัญชีระดับอัตราโทษก่อให้เกิดการทุจริตประพฤติมิชอบในการพิจารณาพิพากษาคดี จึงทำให้ผู้พิพากษายึดมั่นในบัญชีระดับอัตราโทษเป็นเกราะป้องกันตนเองจนทำให้ไม่สนใจขวนขวายค้นหาข้อเท็จจริงต่างๆ มาประกอบการพิจารณากำหนดโทษ การกำหนดโทษตามบัญชีระดับอัตราโทษทำให้ขาดความยืดหยุ่น เนื่องจากไม่สามารถกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคลได้ เพราะบัญชีระดับอัตราโทษไม่มีข้อเท็จจริงที่มีรายละเอียดเพียงพอ นอกจากนี้ ในส่วนตัวของผู้พิพากษาเองก็อาจมีทัศนคติต่อทฤษฎีการลงโทษแตกต่างกัน บางคนมีความเชื่อในแนวคิดของการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน หรือบางคนมีความเชื่อในแนวคิดของการลงโทษเพื่อการปรับปรุงแก้ไข ซึ่งอาจส่งผลให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษแตกต่างกัน

4.3.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบเหตุของการเพิ่มโทษให้หนักขึ้นในความผิดเกี่ยวกับเพศ

การลงโทษผู้กระทำความผิดสำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศให้หนักขึ้น เพราะกรณีมี “เหตุแห่งการลงโทษเฉพาะตัว” (Personliche Strafgrund) นั้น ในทางนิติบัญญัติกระทำได้สองทางคือ โดยการบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นฐานความผิดเป็นการเฉพาะ หรือมีฉะนั้นก็กระทำโดยการบัญญัติ “เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว” (Personlicher Strafscharfungsgrund) ไว้ในกฎหมาย

ประเทศสหรัฐอเมริกา การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ มิได้มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายของรัฐบาลกลาง เพียงแต่รัฐบาลกลางได้จัดทำกฎหมายแม่แบบขึ้นฉบับหนึ่ง เป็นประมวลกฎหมายตัวอย่าง ชื่อ Model Penal Code เพื่อให้แต่ละมลรัฐนำไปอ้างอิงและบัญญัติเป็นกฎหมายของตัวเองในแต่ละมลรัฐ ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ ได้บัญญัติเกี่ยวกับการเพิ่มโทษในความผิดฐานข่มขืน ไว้ในมาตรา 213 ซึ่งได้บัญญัติไว้ดังต่อไปนี้ ... “(3) ได้กระทำต่อผู้ที่อยู่ในความดูแลปกครองตามกฎหมาย หรืออยู่ในสถานควบคุมของโรงพยาบาลหรือสถานอื่นใด และผู้กระทำความผิดเป็นผู้ควบคุมดูแลหรือมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำนั้น หรือ...” โดยผู้ที่กระทำความผิดตามมาตรานี้จะได้รับโทษสำหรับความผิดในคดีเล็กน้อย (Misdemeanor) เว้นแต่ในกรณีกระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปี ผู้กระทำผิดจะต้องได้รับโทษสำหรับคดีอุกฉกรรจ์ในระดับสาม ขณะเดียวกัน บทบัญญัติของกฎหมายอาญาของมลรัฐอิลลินอยส์ มีบทบัญญัติการเพิ่มโทษในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยหากบุคคลที่ถูกกระทำเป็นผู้พิการและถูกกระทำโดยผู้ดูแล และการกระทำต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และเป็นสมาชิกในครอบครัว ซึ่งบุคคลกลุ่มดังกล่าวถือเป็นบุคคลที่อ่อนแอ เปราะบางและต้องอยู่ในความดูแลของผู้ดูแลเป็นพิเศษ

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน บัญญัติเกี่ยวกับเหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศดังนี้

1) การข่มขืนกระทำชำเราในเครือญาติ (Incest)

โดยกำหนดให้ผู้ซึ่งกระทำชำเราผู้สืบสันดานซึ่งมีความสัมพันธ์ทางสายเลือดจะถูกลงโทษจำคุกขั้นสูงสามปีขึ้นไปหรือถูกปรับ หรือผู้ซึ่งกระทำชำเราบุพการีที่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดจะถูกลงโทษจำคุกขั้นสูงสองปีขึ้นไปหรือถูกปรับด้วยเช่นกัน รวมทั้งกรณีที่เป็นการกระทำชำเราระหว่างพี่ชายหรือน้องชาย และพี่สาวหรือน้องสาวด้วย อย่างไรก็ตามการกระทำของผู้สืบสันดานหรือของพี่ชายหรือน้องชาย หรือพี่สาวหรือน้องสาว ซึ่งอายุยังไม่ถึงสิบแปดปีไม่ได้รับโทษตามบทบัญญัตินี้²³

2) การข่มขืนกระทำชำเรากับผู้ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครอง มาตรา 174 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน

ได้บัญญัติความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครอง โดยกระทำต่อผู้ที่มีอายุไม่เกิน 16 ปี ที่อยู่ภายใต้การปกครอง การดูแลหรือให้การศึกษา หรือกระทำต่อบุคคลซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองหรือการให้การดูแลหรือให้การศึกษา หรือกระทำต่อผู้ให้การช่วยเหลือหรือสนับสนุนต่อผู้กระทำในหน้าที่การงาน การจ้างงาน โดยใช้อำนาจหน้าที่ในทางที่ผิดต่อการปกครอง ดูแล หรือให้การศึกษา การทำงาน หรือการจ้างงาน หรือเป็นการกระทำ

²³ Section 173 Sexual Intercourse between Relatives.

ต่อเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือถ้าบุคคลใดอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวกระทำทางเพศกับตนก็จะถูกลงโทษด้วย²⁴

3) การข่มขืนกระทำชำเราต่อนักโทษที่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของแพทย์

โดยเป็นการกระทำการโดยละเมิดต่อตำแหน่งหน้าที่ โดยกระทำละเมิดทางเพศต่อนักโทษหรือผู้ที่อยู่ในความควบคุมดูแล หรือกระทำต่อผู้ที่อยู่ในความเลี้ยงดู ให้การศึกษา หรือให้การดูแล หรือผู้ใดได้กระทำละเมิดต่ออำนาจหน้าที่ของตนโดยอนุญาตให้นักโทษหรือบุคคลอื่นซึ่งอยู่ในความควบคุมกระทำการละเมิดทางเพศต่อผู้นั้น หรือในการกระทำโดยละเมิดต่อคนไข้ที่อยู่ในสถานพยาบาลเพราะเจ็บป่วย โดยใช้ประโยชน์จากความเจ็บป่วยในการกระทำความผิดทางเพศหรืออนุญาตให้ผู้ป่วยกระทำการทางเพศกับผู้นั้นก็เป็นความผิดตามมาตรา²⁵

4) การข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้ประโยชน์จากตำแหน่งหน้าที่การงานกระทำความผิดทางเพศ

โดยบัญญัติให้ผู้รับราชการซึ่งในขณะดำรงตำแหน่งในอาชีพดังกล่าว ได้จัดการหรือดำเนินการใดๆ ในทางอาญาหรือในทางคำสั่งที่เป็นมาตรฐานต่อการฟื้นฟูความปลอดภัย หรือคำสั่งในการจับกุมซึ่งเป็นการกระทำโดยละเมิด ถ้าได้กระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงหรืออนุญาตให้บุคคลดังกล่าวกระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลนั้นจะถูกลงโทษจำคุกห้าปีขึ้นไปหรือถูกปรับ ความพยายามกระทำความผิดก็ต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ²⁶

5) การข่มขืนกระทำชำเรา โดยการใช้ประโยชน์จากการได้รับความไว้วางใจในการให้คำปรึกษา การรักษาหรือการดูแลอื่นใด แก่ผู้ป่วยหรือคนพิการ รวมไปถึงผู้ป่วยโรคจิต

ต้องระวางโทษตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี ความพยายามที่จะกระทำความผิดตามมาตราดังกล่าวถือเป็นการกระทำที่ต้องถูกลงโทษด้วย²⁷

6) การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบสี่ปีหรือผู้ใดอนุญาตให้เด็กกระทำเช่นเดียวกันกับบุคคลนั้น หรือเป็นการกระทำโดยการชักชวนเด็กให้กระทำความผิด

²⁴ Section 174 Abuse Sexual acts

²⁵ Section 174a Sexual Abuse of Prisoners, Persons in the Custody of a Public Authority, and Persons in Institutions Who are Ill or in Need of Assist.

²⁶ Section 174b Sexual Abuse By Exploiting a Position in a Public Office.

²⁷ Section 174c Sexual Abuse By Exploiting a Counseling, Treatment or care Relationship.

เกี่ยวกับเพศต่อผู้อื่นหรืออนุญาตให้ผู้อื่นกระทำเช่นเดียวกันนั้นต่อเด็ก เป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้²⁸

ประเทศฝรั่งเศส มีการบัญญัติให้การกระทำชำเรา ที่เป็นเหตุทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ในกรณีที่การกระทำนั้น ทำให้เกิดการพิการอย่างถาวร เป็นการกระทำต่อเด็กอายุสิบห้าปี เป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งอยู่ในสภาพอ่อนแอไม่ว่าด้วยอายุ ความเจ็บป่วย ความพิการ ความผิดปกติทางกายหรือจิตใจ หรือในภาวะมีครรภ์²⁹ ซึ่งสภาพดังกล่าวได้ปรากฏอย่างชัดเจนหรือผู้กระทำได้รู้ถึงสภาพดังกล่าวนั้นด้วย กรณีของการกระทำทางเพศต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามกฎหมาย หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามความเป็นจริง เป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีโดยการรับเป็นบุตรบุญธรรมหรือโดยบุคคลใดๆ ก็ตาม ซึ่งมีอำนาจเหนือผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา นั้น กรณีเป็นการกระทำโดยบุคคลใดๆ ซึ่งใช้อำนาจโดยไม่ชอบแก่การซึ่งได้รับมอบหมายความไว้วางใจให้ดูแลผู้นั้น หรือกรณีเมื่อเป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคนร่วมกัน ไม่ว่าจะโดยการเป็นตัวการหรือโดยการเป็นผู้สนับสนุนหรือเป็นการกระทำโดยใช้อาวุธหรือขู่เข็ญโดยใช้อาวุธ

ส่วนกรณีการเพิ่มโทษเฉพาะตัวของประเทศไทย บัญญัติไว้ในมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ความว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม”

จากบทบัญญัติดังกล่าวมา เห็นได้ว่าเหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามระบบกฎหมายต่างประเทศพบว่า บทบัญญัติของกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา มีการบัญญัติครอบคลุมไปถึงกรณีการข่มขืนกระทำชำเราต่อบุคคลซึ่งอยู่ในสถานควบคุมของโรงพยาบาลหรือสถานที่อื่นใดโดยผู้กระทำความผิดเป็นผู้ควบคุมดูแลเหนือผู้ถูกระทำนั้น เป็นเหตุเพิ่มโทษ โดยมีได้คำนึงถึงการควบคุมดังกล่าวเป็นการควบคุมตามกฎหมายหรือเป็นการควบคุมตามความเป็นจริง ซึ่งคำนึงถึงอำนาจในการควบคุมซึ่งผู้กระทำมีต่อผู้ถูกระทำเป็นหลัก ทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมัน นอกจากนี้มีบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราซึ่งกระทำกับผู้สืบสันดาน บุพการี การล่วงละเมิดระหว่างเครือญาติ ผู้อยู่ภายใต้อำนาจการปกครอง การดูแลและให้การศึกษา การล่วงละเมิดต่อนักโทษที่อยู่ภายใต้การควบคุม ซึ่งเป็นบทเพิ่มโทษใกล้เคียงกับบทบัญญัติของ

²⁸ Section 176 Sexual Abuse of Children

²⁹ ARTICLE 222-24

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยแล้ว ยังมีการบัญญัติถึง กรณีการข่มขืนกระทำชำเรา ต่อบุคคลที่อยู่ภายใต้การให้ความช่วยเหลือสนับสนุนในหน้าที่การงาน การจ้างงาน ผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของแพทย์ การใช้ประโยชน์จากการได้รับความไว้วางใจในการให้คำปรึกษา การรักษาหรือการดูแลอื่นใดแก่ผู้ป่วย คนพิการ รวมไปถึงผู้ป่วยโรคจิต ให้ได้รับโทษหนักขึ้นอีกด้วย เช่นเดียวกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งบัญญัติเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษหนักขึ้นในกรณีการข่มขืนกระทำชำเรานั้น กรณีของการกระทำทางเพศต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามกฎหมายหรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามความเป็นจริง และการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีโดยการรับเป็นบุตรบุญธรรมหรือโดยบุคคลใดๆ ก็ตาม ซึ่งมีอำนาจเหนือผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรานั้น กรณีเป็นการกระทำโดยบุคคลใดๆ ซึ่งใช้อำนาจโดยไม่ชอบแก่การซึ่งได้รับมอบหมายความไว้วางใจให้ดูแลผู้หนึ่ง ซึ่งกรณีของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสนี้ มีความแตกต่างจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งไม่ได้บัญญัติครอบคลุมถึงกรณีผู้กระทำความผิดที่เป็นบุพการีที่กระทำต่อบุตรบุญธรรม และการกระทำต่อบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายความไว้วางใจให้ดูแลผู้ถูกกระทำ

ดังนั้นเพื่อให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายไทย มีความสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายของนานาอารยประเทศที่ให้การคุ้มครองผู้ป่วย เด็กกำพร้า คนชรา หรือผู้ที่อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล หากถูกล่วงละเมิดทางเพศจากบุคคลที่มีอำนาจเหนือกว่าหรือจากบุคคลที่สมควรได้รับการไว้วางใจเป็นพิเศษอันเนื่องมาจากสถานะทางสังคมของบุคคลเหล่านั้นให้เป็นผู้ดูแล หากมีการล่วงละเมิดทางเพศแก่บุคคลผู้อยู่ภายใต้อำนาจการปกครอง หรือบุคคลที่ได้รับการดูแล สมควรมีการบัญญัติให้การคุ้มครองโดยการเพิ่มโทษต่อการกระทำล่วงละเมิดทางเพศให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้น

4.4 เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาและเหตุที่ต้องลงโทษหนักขึ้นในความผิดเกี่ยวกับเพศ

การคุกคามทางเพศเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในสภาพที่มีอำนาจไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายที่คุกคามจะเป็นฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิงก็ได้ โดยอาศัยอำนาจที่เหนือกว่าบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งยินยอมในเรื่องการละเมิดสิทธิทางเพศ การอยู่ใต้การบังคับบัญชาของผู้ชายในการทำงาน ทำให้ผู้หญิงมีสภาพการทำงานที่ปฏิเสธการล่วงเกินทางเพศในที่ทำงานได้ยาก โดยผู้หญิงต้องเลือกว่าจะยินยอมทางเพศหรือจะยอมสูญเสียสภาพการจ้างงาน นอกจากนี้ ยังมีกรณีการล่วงละเมิดที่อาศัยการมีอำนาจเหนือกว่าในกรณีอื่นอีกเช่น กรณีครูกับศิษย์ ถึงแม้ครูจะมีได้เป็นผู้รับดูแลศิษย์ก็ตาม กรณีบิดาเลี้ยงกับลูกเลี้ยง รวมไปถึงกรณีบุคลากรทางการแพทย์ เจ้าหน้าที่มูลนิธิในการให้ความ

ช่วยเหลือผู้ป่วย หรือเจ้าหน้าที่สถานสงเคราะห์ ที่อาศัยสถานภาพที่สมควรได้รับความไว้วางใจจากสังคมเป็นพิเศษ เป็นตัวนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศ

จากแนวคิดของการคุ้มครองด้านสิทธิมนุษยชน ตามหลักปรัชญาสากล ซึ่งมีพื้นฐานมาจากสิทธิตามธรรมชาติ ผู้ที่กระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลอื่น ถือเป็นกรกระทำที่ล่วงละเมิดทั้งทางกายและทางจิตใจของผู้ถูกรกระทำ นอกจากนี้จะเป็นกรกระทำที่ล่วงละเมิดกฎหมายภายในประเทศแล้ว ยังละเมิดต่อแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนอันเป็นหลักพื้นฐานสากลอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ฮาร์ท³⁰ แห่งมหาวิทยาลัยออกซ์ฟอร์ดอธิบายเกี่ยวกับการลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดว่า ผู้กระทำผิดกฎหมายเท่านั้นที่จะต้องถูกลงโทษ จะนำบุคคลอื่นที่มีได้กระทำความผิดมารับโทษมิได้ โทษจะต้องมีขึ้นเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมาย หมายถึง ต้องมีการกระทำผิดกฎหมายเสียก่อนจึงจะลงโทษได้ หากไม่มีการกระทำผิดกฎหมายก็ลงโทษไม่ได้ ดังนั้นหากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิด ย่อมจะนำบุคคลที่กระทำนั้นมาลงโทษมิได้ สอดคล้องกับ มาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งบัญญัติเป็นหลักประกันกฎหมายอาญา ซึ่งได้แสดงให้เห็นอย่างมั่นคงและแน่นอนว่า บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้น หากมิได้มีการบัญญัติการกระทำใดให้เป็นความผิดเอาไว้ก่อนการกระทำนั้นจะเกิดขึ้นถือว่ากรกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิด นอกจากนี้ยังห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกำหนดหรือขยายบทกฎหมายอาญาที่มีอยู่แล้ว รวมตลอดถึงการห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในการเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดอีกด้วย นั้นหมายความว่า ถึงแม้การกระทำความผิดทางเพศ ของผู้รับดูแลที่ได้กระทำต่อบุคคลที่อ่อนแอเปราะบางและต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษจะส่งผลกระทบต่อร่างกาย และจิตใจของผู้ถูกรกระทำและครอบครัว รวมถึงได้ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมมากเพียงใดก็ตาม หากมิได้มีการบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นเหตุเพิ่มโทษเอาไว้ก่อน ก็มีอาจที่จะนำบทบัญญัติมาตรา 285 ขยายความเพิ่มโทษแก่บุคคลดังกล่าวได้

ขณะที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน หรือฝรั่งเศส ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวนี้ ครอบคลุมไว้แล้ว แต่บทบัญญัติแห่งการเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยยังไม่มีความเหมาะสม เช่นกรณีของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากในปัจจุบันพบว่า บุคคลที่ตกเป็นเหยื่อของการ

³⁰ H.L.A.Hart. Punishment and Responsibility. (London: Oxford University Press, 1982) pp. 4-5
อ้างถึงใน สหชน รัตนไพจิตร ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์), 2527, กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ถูกกระทำทางเพศมักพบว่า ผู้กระทำเป็นบุคคลใกล้ชิด และมีอิทธิพลเหนือผู้ถูกกระทำ ทำให้ผู้กระทำมีอาจขัดขึ้นได้ ซึ่งพบได้ในหลายกรณีเช่น กรณีเป็นผู้สืบสันดาน ซึ่งเหยื่อมักต้องอาศัยผู้กระทำความผิดในการดำรงชีวิตทางด้านเศรษฐกิจอยู่ หรือกรณีอื่นได้แก่ ศิษย์ที่อยู่ในความดูแล ผู้ที่อยู่ในความดูแลตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ผู้ที่อยู่ในความพิทักษ์ และผู้ที่อยู่ในความอนุบาล บุคคลที่ตกเป็นเหยื่อมักพบว่าต้องอยู่ในสภาวะพึ่งพิงผู้กระทำในการดำเนินชีวิต และไม่อยู่ในสถานะที่จะขัดขึ้นหรือไปให้พ้นจากสภาวะดังกล่าวได้

การที่ผู้กระทำความผิดได้อาศัยความอ่อนแอของเหยื่อ มาเป็นเหตุหรือช่องทางในการล่วงละเมิดทางเพศต่อเหยื่อ ย่อมส่งผลกระทบต่อสังคมมากกว่าการกระทำความผิดในความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยบุคคลอื่นหรือในสภาวะอื่น เนื่องจากทำให้ศีลธรรมเสื่อมเสีย ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงมีการบัญญัติการเพิ่มโทษแก่บุคคลเหล่านี้ให้หนักขึ้น โดยบุคคลที่กระทำความผิดทางเพศตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 หากมีการกระทำต่อผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะมีบทบัญญัติเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุคคลใกล้ชิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 285 แล้วก็ตาม แต่ยังคงจำกัดอยู่ที่เป็นผู้มีความสัมพันธ์กันตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้ บทบัญญัตินี้ยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีกระทำผิดทางเพศต่อกลุ่มบุคคลผู้อยู่ในสภาวะที่ด้อยโอกาส หรือไม่อาจป้องกันตัวเองได้ เช่น บุคคลที่เป็นผู้ป่วย คนพิการทุพพลภาพ ผู้สูงอายุ วิกลจริต สตรีมีครรภ์ และเด็ก เป็นต้น ดังนั้น จึงเห็นควรที่จะทำการแก้ไขบทบัญญัติของมาตรา 285 ให้บทบัญญัติของกฎหมายให้การคุ้มครองครอบคลุมถึงกลุ่มบุคคลดังกล่าวด้วย

บทที่ 5

สรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุป

มาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาของไทย บัญญัติไว้ว่า “ถ้าการกระทำความผิดตาม มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุม ตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิด ระวังโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆหนึ่งในสาม”

เห็นได้ว่า การคุ้มครองตามมาตรานี้ ครอบคลุมบุคคลเพียง 4 กลุ่มคือ (1) ผู้สืบสันดาน (2) ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล (3) ผู้ที่อยู่ในความดูแลตามหน้าที่ราชการ และ (4) ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ และในความอนุบาล จากบทบัญญัติดังกล่าว เห็นได้ว่ามิได้มีการบัญญัติเหตุเพิ่ม โทษให้ครอบคลุมถึงกรณีของบุคคลที่มีความอ่อนแอทางชีวภาพและง่ายต่อการตกเป็นเหยื่อของ อาชญากรทางเพศ เช่น ผู้ป่วยในสถานพยาบาลขณะถูกวางยาสลบ ผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาอาการ จิตเภทขณะถูกพันธุนาการ ผู้ป่วยขณะถูกนำตัวส่งโรงพยาบาล เด็กและคนแก่ขณะอยู่ในสถาน สงเคราะห์ ฯลฯ ทั้งที่บุคคลที่กระทำความผิดทางเพศต่อคนกลุ่มนี้ ส่วนใหญ่เป็นบุคลากรทาง การแพทย์ เจ้าหน้าที่มูลนิธิ เจ้าหน้าที่ของสถานสงเคราะห์ ซึ่งเป็นบุคคลที่มีสถานะทางสังคมควร แก่การได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ และเหยื่ออาชญากรรมที่เข้าไปอยู่ภายใต้การดูแลของบุคคล กลุ่มนี้ เหยื่อสมควรได้รับความปลอดภัย และมีได้อยู่ในสถานะที่จะป้องกันตนเองจากการถูก คุกคามทางเพศได้ ดังนั้น การที่ผู้ดูแลซึ่งถูกคาดหวังด้านจริยธรรมสูงจากสังคม ได้กระทำการ คุกคามทางเพศต่อผู้บุคคลที่อยู่ในสถานะอ่อนแอ เปราะบางและต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษ ขณะที อยู่ภายใต้การดูแล ข่มขู่ส่งผลกระทบต่อร่างกายและจิตใจของผู้ถูกระทำความผิดและครอบครัว ตลอดจน ส่งผลกระทบต่อความสงบสุขของการอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างร้ายแรง มากกว่ากรณีการกระทำทาง เพศที่เกิดขึ้นต่อบุคคลโดยทั่วไป

การลงโทษผู้กระทำความผิดให้มีความเหมาะสมกับความผิดและตัวผู้กระทำความผิด นั้นมีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากจะส่งผลให้กฎหมายมีความศักดิ์สิทธิ์ ทำให้ผู้กระทำความผิดและ บุคคลอื่นเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด อันจะทำให้เกิดปัญหาอาชญากรรมลดลงได้ระดับหนึ่ง

ดังที่กล่าวไปแล้วว่า บุคคลที่อยู่ในสถานะเป็นผู้ป่วย เด็กกำพร้า คนชรา และเป็นผู้ที่อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล ไม่ได้อยู่ในสถานะที่จะสามารถป้องกันหรือระมัดระวังตนเองตามสมควรจากการล่วงละเมิดทางเพศได้ เนื่องจากอยู่ในภาวะที่เจ็บป่วย และอ่อนแออันเกิดจากสรีระ และการที่ผู้อ่อนแอ เปรียบบางและต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษเข้าไปอยู่ภายใต้การดูแลของผู้กระทำ ย่อมเป็นสิ่งที่ครอบคร้วและสังคมคาดหวังว่า ผู้อ่อนแอ เปรียบบางและต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษจะได้รับ ความปลอดภัยกว่าภาวะปกติโดยทั่วไป ดังนั้น หากมีการล่วงละเมิดทางเพศโดยผู้รับดูแล ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ทางการแพทย์ เจ้าหน้าที่มูลนิธิ หรือเจ้าหน้าที่สถานสงเคราะห์ ย่อมส่งผลกระทบต่อถึงสงบเรียบร้อยของสังคมโดยภาพรวมอย่างร้ายแรงมากกว่ากรณีอาชญากรรมทางเพศปกติที่เกิดขึ้น โดยทั่วไป ซึ่งเป็นเรื่องที่กฎหมายอาญาควรต้องคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากอาชญากรรมดังกล่าวด้วยเช่นเดียวกัน ดังนั้น หากให้ผู้กระทำได้รับ โทษเพียงที่กำหนดไว้ในฐานความผิดต่างๆ ซึ่งเป็นระดับของโทษที่ลงกับการก่ออาชญากรรมทางเพศโดยปกติทั่วไป ย่อมเป็นการกำหนดโทษที่ไม่เหมาะสมกับการกระทำของผู้กระทำที่ก่อขึ้น

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำนิยามของกลุ่มบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 พบว่า ได้อ้างอิงคำนิยามมาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งครอบคลุมเฉพาะบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้น มิได้ครอบคลุมถึงบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจการปกครองตามข้อเท็จจริง การนำนิยามความหมายของบุคคลกลุ่มต่างๆ ตามมาตรา 285 นี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในประมวลกฎหมายอาญาในกรณีเช่นนี้ จึงไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

เมื่อศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับเหตุของการเพิ่มโทษให้หนักขึ้นเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเปรียบเทียบกับประเทศไทย พบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา มีการบัญญัติให้การกระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่ในสถานควบคุมของโรงพยาบาลหรือสถานที่อื่นใดโดยผู้กระทำความผิดเป็นผู้ควบคุมดูแลเหนือผู้ถูกกระทำนั้น เป็นเหตุเพิ่มโทษ โดยมีได้คำนึงถึงการควบคุมดังกล่าวเป็นการควบคุมตามกฎหมายหรือเป็นการควบคุมตามความเป็นจริง ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายมาตรานี้ได้ให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่ถูกควบคุมทั้งสองกรณี โดยคำนึงถึงอำนาจในการควบคุมซึ่งผู้กระทำมีต่อผู้ถูกกระทำเป็นหลัก ทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมัน บัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราซึ่งกระทำกับผู้สืบสันดาน บุพการี การล่วงละเมิดระหว่างเครือญาติ ผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจการปกครอง การดูแลและให้การศึกษาร่วมช่วยเหลือสนับสนุนในหน้าที่การงาน การจ้างงาน การล่วงละเมิดต่อนักโทษที่อยู่ภายใต้การควบคุม ผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของแพทย์ การกระทำละเมิดโดยใช้ประโยชน์จากการได้รับความไว้วางใจในการให้คำปรึกษา การรักษาหรือการดูแลอื่นใดแก่ผู้ป่วย คนพิการ รวมไปถึงผู้ป่วย

โรคจิต ต้องได้รับโทษหนักขึ้น และกรณีบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งบัญญัติเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษหนักขึ้นในกรณีการกระทำนั้น ทำให้เกิดการพิการอย่างถาวร เป็นการกระทำต่อเด็กอายุสิบห้าปี เป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งอยู่ในสภาพอ่อนแอไม่ว่าด้วยอายุ ความเจ็บป่วย ความพิการ ความผิดปกติทางกายหรือจิตใจ หรือในภาวะมีครรภ์ ซึ่งสภาพดังกล่าวได้ปรากฏอย่างชัดเจนหรือผู้กระทำได้รู้ถึงสภาพดังกล่าวนั้นด้วย กรณีของการกระทำทางเพศต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามกฎหมายหรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามความเป็นจริง เป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีโดยการรับเป็นบุตรบุญธรรมหรือโดยบุคคลใดๆ ก็ตาม ซึ่งมีอำนาจเหนือผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเราานั้น กรณีเป็นการกระทำโดยบุคคลใดๆ ซึ่งใช้อำนาจโดยไม่ชอบแก่การซึ่งได้รับมอบหมายความไว้วางใจให้ดูแลผู้นั้น หรือกรณีเมื่อเป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคนร่วมกันไม่ว่าจะโดยการเป็นตัวการหรือโดยการเป็นผู้สนับสนุนหรือเป็นการกระทำโดยใช้อาวุธหรือขู่เชิญโดยใช้อาวุธ

จากบทบัญญัติของระบบกฎหมายในต่างประเทศพบว่า ในกรณีของบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจการปกครอง จะคำนึงถึงอำนาจการปกครองที่แท้จริงมิได้จำกัดขอบเขตอยู่เพียงอำนาจการปกครองตามกฎหมาย โดยพิจารณาจากการดูแล การให้การศึกษา นอกจากนี้ ยังครอบคลุมถึงผู้ใช้อำนาจหน้าที่ในทางที่ผิดต่อการปกครอง เช่นการทำงานหรือการจ้างงาน กรณีของแพทย์และบุคลากรทางการแพทย์ซึ่งรับดูแลบุคคล ผู้ป่วย ผู้ป่วยจิตเภท คนพิการ และผู้ใช้ประโยชน์จากการได้รับความไว้วางใจในการให้คำปรึกษา การรักษา และการดูแลอื่นใดแก่ ผู้ป่วย ผู้ป่วยโรคจิต หรือคนพิการ ด้วย ขณะที่บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยมิได้มีการบัญญัติให้ครอบคลุมถึงกรณีผู้ใช้อำนาจการปกครองตามความเป็นจริง เช่น กรณีบิดาเลี้ยงกระทำการล่วงละเมิดทางเพศแก่ลูกเลี้ยงซึ่งตนมิได้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย ครูที่กระทำต่อศิษย์ โดยครูดังกล่าวมิได้หมายรวมถึง ครูที่ทำหน้าที่สอนเป็นรายชั่วโมง หรือเป็นครูที่อยู่ภายในโรงเรียนเดียวกัน แต่ไม่ได้รับเลี้ยงดูศิษย์ กรณีนายจ้างใช้อำนาจปกครองกระทำการล่วงละเมิดลูกจ้าง หรือกรณีผู้บังคับบัญชากระทำการล่วงละเมิดต่อผู้ใต้บังคับบัญชา รวมไปถึง แพทย์และบุคลากรทางการแพทย์ ได้กระทำการล่วงละเมิดต่อผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของสถานพยาบาลหรือกระทำต่อเด็กกำพร้า คนชราในสถานสงเคราะห์หรือกระทำต่อผู้ที่อยู่ในความดูแลของผู้ที่ต้องรับดูแล

ดังนั้นเพื่อให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายไทย มีความสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายของนานาอารยประเทศที่ให้การคุ้มครองแก่บุคคลกลุ่มต่างๆ หากถูกล่วงละเมิดทางเพศจากบุคคลที่มีอำนาจเหนือกว่าหรือจากบุคคลที่สมควรได้รับการไว้วางใจเป็นพิเศษอันเนื่องมาจากสถานะทางสังคมของบุคคลเหล่านั้นให้เป็นผู้ดูแล หากมีการล่วงละเมิดทางเพศแก่บุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจการ

ปกครอง หรือบุคคลที่ได้รับการดูแลสมควรมีการบัญญัติให้การคุ้มครองโดยการเพิ่มโทษต่อการกระทำล่วงละเมิดทางเพศให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ซึ่งเป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศพบว่า มีการบัญญัติให้การคุ้มครองแก่บุคคล 4 กลุ่มดังต่อไปนี้คือ (1) ผู้สืบสันดาน (2) ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล (3) ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ (4) ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรืออยู่ในความอนุบาล

เห็นได้ว่า เหตุเพิ่มโทษในความผิดเฉพาะตัวดังกล่าว มิได้ครอบคลุมถึงกรณีที่ได้รับดูแลกระทำต่อผู้ที่อ่อนแอ เปราะบาง และต้องอยู่ในความดูแลของผู้รับดูแลเป็นพิเศษ เช่น กรณีของแพทย์ เจ้าหน้าที่ทางการแพทย์ เจ้าหน้าที่มูลนิธิกุ้ย ซึ่งรับดูแลผู้ป่วยทั้งกรณีการป่วยทางกายและการป่วยทางจิต รวมไปถึงกรณีกระทำต่อผู้พิการ และเด็กในสถานสงเคราะห์ แต่ประการใด ดังนั้น เพื่อให้บทบัญญัติของมาตรา 285 ให้ความคุ้มครองถึงกลุ่มบุคคลดังที่กล่าวมา ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 จากเดิมบัญญัติไว้ว่า

“ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม”

โดยใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

“ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล หรือบุคคลที่มีความอ่อนแอและเปราะบางซึ่งต้องอยู่ในความดูแลของผู้รับดูแลด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้

- (1) เนื่องจากอายุน้อยเพราะเป็นเด็ก หรืออายุมากเพราะเป็นคนแก่หรือชรา
- (2) เนื่องจากความเจ็บป่วย
- (3) เนื่องจากความพิการทั้งทางร่างกายและจิตใจ
- (4) เนื่องจากตั้งครรภ์

ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม”

กรม
การ
การ
การ

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กมลินทร์ พินิจกุล. (2540, ธันวาคม). อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก : สิทธิเด็กในประเทศไทย.
 บทบัญญัติ 53.
- กรมองค์การระหว่างประเทศ. (2551). *ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน*. กรุงเทพฯ: กระทรวง
 การต่างประเทศ.
- กาญจนา แก้วเทพ. (2542). *ม่านแห่งอคติ : ความสัมพันธ์ระหว่างสตรีกับสถาบันสังคม*.
 กรุงเทพฯ: เจนเดอร์เพรส.
- เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2549). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม).
 กรุงเทพฯ: จีรัชการพิมพ์.
- เกียรติภูมิ แสงศิริธร. (2533). *กระบวนการกำหนดโทษจำเลยคดีอาญา:เปรียบเทียบของไทยกับ
 ต่างประเทศ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- คณิต ฌ นคร. (2555). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขปรับปรุงใหม่).
 กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2556). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- จิตติ ดิงสภักดิ์. (2548). *กฎหมายอาญา ภาค 2*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมาย
 แห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- _____. (2539). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ:
 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ชญานี เลียบทวี. (2555). *มาตรการกำหนดโทษอาญาตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522*
 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ชลิตาภรณ์ ส่งสัมพันธ์. (2538, 23 กันยายน). มุมมองความคิดเกี่ยวกับเพศ. *วารสารสมาคม
 จิตแพทย์แห่งประเทศไทย*.
- ณัฐวัฒน์ สุทธิโยชิน. (2553). *ทฤษฎีการลงโทษ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.
- _____. (2553). *ทฤษฎีอาชญาวิทยา. เอกสารกฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง
 หน่วยที่ 5*. สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.

- _____ . (2556). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ดวงจิตต์ กำประเสริฐ. (2530). ประวัติศาสตร์กฎหมาย. กรุงเทพฯ: ประชาชน.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2554). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____ . (2551). กฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ปกป้อง จันวิทย์. ความรู้เบื้องต้นว่าด้วยนิติเศรษฐศาสตร์." เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่อง การวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์. สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. สำนักงานศาลยุติธรรม มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย.
- ปกป้อง ศรีสนิท. (2553, กันยายน). การวิเคราะห์โทษอาญาด้วยหลักนิติเศรษฐศาสตร์, วารสารนิติศาสตร์, 3(39).
- ประธาน วัฒนวาณิชย์. (2546). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: ประกายพริก.
- ประภาพรรณ อุดมจรรยา. (2521). กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ประสิทธิ์ พัฒนอมร. (2542). ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สหชน รัตนไพจิตร. (2527). ความประสงค์ของการลงโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.
- สำนักงานตำรวจแห่งชาติ. (ม.ป.ป.). สิทธิมนุษยชนสากล. คู่มือหลักสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมที่พนักงานสอบสวนควรรู้. กรุงเทพฯ: สำนักงานตำรวจแห่งชาติ.
- สำนักส่งเสริมความเสมอภาคหญิงชาย. (2551). ความหมายของสิทธิมนุษยชนสตรี. เอกสารเผยแพร่ความรู้. กรุงเทพฯ: กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์.
- สุวิทย์ วนาสวรรณวนิชและคณะ. (2554). เหตุเพิ่มโทษของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นนักการเมือง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยทักษิณ.
- เสถียร วิชัยลักษณ์. (2495). กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. กรุงเทพฯ: นิติเวชช์.
- หยุด แสงอุทัย. (2556). กฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 21). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- อดิสร เสมแย้ม. (2541). *การล่องละเมิดทางเพศในสถานที่ทำงาน: สตรีศึกษา*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อภิรักษ์ ทิมวงศ์. (2544). *สิทธิของเหยื่ออาชญากรรมในกฎหมายระหว่างประเทศ : ผลกระทบต่อประเทศไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- อภิรัตน์ เพชรศิริ. (2521). *การพิจารณาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา : ระบบพิจารณาแบบไบเฟอร์เคชั่น*, *วารสารนิติศาสตร์*, 10.
- อัจฉริยา ชูตินันท์. (2555). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2557). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 5)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- อินทร ปรีชา. (2470). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2*. กรุงเทพฯ: โสภณพิพรรฒชาดกร.
- ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2.
- ดวงจิตต์ กำประเสริฐ. (2551). *ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา. บทความความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเปรียบเทียบ* [Online]. สืบค้น 4 มีนาคม 2557, จาก <http://www.oknation.net/blog/print.php?id=268309>.
- นัทธิ จิตสว่าง. *วัตถุประสงค์ในการลงโทษ* [Online]. สืบค้น 4 มีนาคม 2557, จาก <http://www.gotoknow.org/posts/454719>
- ผู้จัดการออนไลน์. *พ่อแม่ใจสลาย ! หมอเด็กมะกัน “ข่มขืน” คนไข้ทารก 86 ราย – ถ่ายวิดีโอเก็บไว้* [Online]. สืบค้น 4 สิงหาคม 2557, จาก <http://www2.manager.co.th/Politics/ViewNews.aspx?NewsID=9540000069842>.
- พชร วิเชียรสรณ์. *กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิแพ่งและสิทธิทางการเมือง (ICCPR)* [Online]. สืบค้น 3 มีนาคม 2557, จาก <http://www.l3nr.org/posts/367303>
- ภัทรานาด ธาธาธิเบสร์. *อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (ตอนที่ 1)* [Online]. สืบค้น 4 มีนาคม 2557, จาก <http://www.l3nr.org/posts/258581>
- ศูนย์ข้อมูลความรุนแรงต่อเด็ก สตรี และความรุนแรงในครอบครัว. *นโยบายและแผนขจัดความรุนแรงต่อเด็กและสตรี* [Online]. สืบค้น 4 มีนาคม 2557, จาก <http://www.violence.in.th/publicweb/NewsDetail.aspx?id=34&type=5>
- อุกฤษฏ์ แพทย์น้อย. *ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ* [Online]. สืบค้น 20 พฤษภาคม 2557, จาก <http://pioneer.chula.ac.th/~pukrit/2207102/right.html>

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ. [Online]. สืบค้น 4 มีนาคม 2557, จาก
<http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/cedawt.pdf>

ภาษาต่างประเทศ

- Deborah W. Denno. (2009). *Selected Model Penal code provisions*. New York: Fordham University.
- Herbert L. Packer. (1968). *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford, Cal : Stanford University Press.
- Hyman Gross. (1981). *Proportional Punishment and Justifiable Sentence*. (Oxford : Criminal Justice.
- Law Reform Commission of Canada. (1976). *Our Criminal Law, 4*, (Information Canada: Ottawa.
- Norman A. Carison. (1998). *Corrections in the 21st Century*. (Belmont : An International Thomson Publishing Company).
- Steven D. Levitt and Thomas J. Miles. (2007). "Empirical study of criminal punishment" in A. Mitchell Polinsky and Steven Shevell, *Handboo of Law and Economic*, Volume 1, Elsevier
- Steven Shavell. (September,1987). The optimal use of nonmonrtary sanctions as a deterrent. *The American Law. Review*,77(40).
- William A. Ruter. (1977). *Criminal Justice Series : Criminal Procedure*. (California : Harcourt Brace Jovanovich Legal and Professional Publication Inc.).

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

นายถิรศต วัฒนศักดิ์

ประวัติการศึกษา

ปีการศึกษา 2552 นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

ผู้ช่วยปฏิบัติงานด้านสิทธิมนุษยชน

กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม