

ความสัมพันธ์ระหว่างอาชญากรรมและโทษศึกษากรณี:

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 276 วรรคแรก

และมาตรา 277 วรรคแรก

กชาพัฒน์ บุญเงิน

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2560

**Relationships between Crime and Punishment : Case Study of
Offences According to Paragraph 1 Section 276
and Section 277 of the Penal Code**

Kachapat Boonngern

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Bhanomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2017



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ความสัมพันธ์ระหว่างอาชญากรรมและโทษ ศึกษากรณี : ความผิดทางเพศ
ตามมาตรา 276 วรรคแรกและมาตรา 277 วรรคแรก

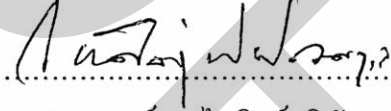
เสนอโดย นายคชาพัฒน์ บุญเงิน

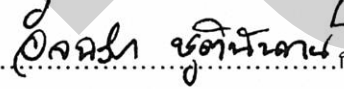
สาขาวิชา นิติศาสตร์

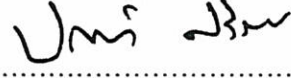
หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

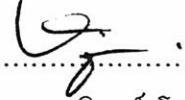
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว


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


.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์)


.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ป๋อ ป๋อง ศรีสิน)


.....กรรมการ
(อาจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน)

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ รับรองแล้ว


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนชื้อสกุล)

วันที่ ๑๐ เดือน พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๖๐

ชื่อหัวข้อวิทยานิพนธ์	ความสัมพันธ์ระหว่างอาชญากรรมและโทษศึกษากรณีความผิดทางเพศตามกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคแรกกับมาตรา 277 วรรคแรก
ชื่อผู้เขียน	กชาพัฒน์ บุญเงิน
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อจรรย์ยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2559

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างความร้ายแรงของอาชญากรรมและโทษกรณีความผิดทางเพศตามกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคแรก กรณีข่มขืนผู้ใหญ่ที่มีอายุกว่าสิบห้าปี กับมาตรา 277 วรรคแรกกรณีข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุกว่าสิบสามปีแต่ไม่เกินสิบห้าปี ว่าอาชญากรรมใดมีความร้ายแรงสูงกว่า และความเหมาะสมสัมพันธ์กันกับอัตราโทษที่บัญญัติไว้แล้วหรือไม่

จากการศึกษาแนวคิด ทฤษฎีและมาตรการคุ้มครองต่างๆที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทางเพศ ประกอบกับแนวคิด ทฤษฎีเรื่องโทษพบว่า การกระทำความผิดกับเด็กเป็นอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงมากกว่าอาชญากรรมที่เกิดกับผู้ใหญ่ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องสภาพของเด็กทางกายภาพ ซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและการพัฒนาทางด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ การศึกษาอบรม ประสบการณ์ความรู้สึกลึกซึ้ง สติปัญญา ยังไม่ดีเพียงพอที่จะป้องกันตนเองได้ อาจทำให้ตกเป็นเหยื่อของการก่ออาชญากรรมได้ง่าย อีกทั้งผลที่เกิดจากการกระทำข่มขืนกระทบต่อสภาพจิตใจและร่างกายของเด็กที่ยังไม่เติบโตเต็มที่ ข่มขืนเกิดความเสียหายที่รุนแรงมากกว่าแต่เมื่อพิจารณาจากอัตราโทษที่กำหนดไว้ให้มีอัตราโทษที่เท่ากัน ทั้งสองมาตราดังกล่าวจึงไม่มีความสัมพันธ์ความสัมพันธ์ระหว่างความร้ายแรงของอาชญากรรมและโทษ

เมื่อศึกษาถึงกฎหมายอาญาของต่างประเทศ ทั้งที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร อย่างเช่นประเทศฝรั่งเศส และแบบที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีอย่างเช่นประเทศอังกฤษพบว่า ได้

ให้การกระทำความผิดทางเพศกับเด็กเป็นอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงมากกว่าและได้กำหนดโทษหรือบทลงโทษที่สูงกว่าการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อผู้ใหญ่ หากย้อนดูกฎหมายอาญาของประเทศไทยในอดีต ก็เคยกำหนดโทษให้มีความสัมพันธ์ระหว่างความร้ายแรงของอาชญากรรม

ดังนั้น ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ จึงเสนอให้มีการพิจารณากฎหมายอาญาในความผิดทางเพศ โดยพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายว่ามุ่งคุ้มครองสิ่งใด มุ่งคุ้มครองสังคมซึ่งเป็นมหาชนหรือมุ่งคุ้มครองเอกชน สิ่งใดมีความสำคัญมากกว่า และกำหนดมาตรการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกันในความผิดทางเพศที่บัญญัติในมาตรา 277วรรคแรก กับความผิดในมาตรา 276 วรรคแรก โดยแก้ไขเพิ่มเติมโทษให้มีความสัมพันธ์กันกับความร้ายแรงของอาชญากรรม อันจะทำให้กฎหมายอาญาจะมีประสิทธิผลในการคุ้มครองป้องกัน และเกิดผลข่มขู่หรือยับยั้งการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทางเพศ ได้ดียิ่งขึ้น

Thesis Title	Relationships between Crime and Punishment : Case Study of Offences According to Paragraph 1 Section 276 and Section 277 of the Penal Code
Author	Kachapat Boonngern
Thesis Advisor	Asst. Professor Ajchareeya Chutinan
Department	Law
Academic Year	2016

ABSTRACT

The objectives of this study were to find out the relationship between crime and punishment according to Criminal Law, Section 276, Paragraph One on rape against the adult of age more than fifteen years old and Section 277, Paragraph One on rape against child of age more than thirteen years, but not more than fifteen years and to determine which crime is considered as more violent and properness of the relation between the violence and imposed penalty.

According to conceptual and theoretical studies, the study on protective measures relevant to sex crime as well as theoretical concepts on penalty, it was found that sex offense against child is more violent than sex offense against adult in terms of physical conditions of child with lower development and growth in physical, mental, educational, experience, emotional and intellectual aspects for self-protection. These lower capabilities can easily bring the child become victim of crime. Furthermore, the effects from sex offense on physical and mental condition of the child will be more violent, while same penalties were imposed. Therefore, it was found that for these two Sections, the violence and penalty of sex crime are not related.

According to the internationally criminal laws, like civil law in France and common law in England, the sex crime against child is considered more violent than against adult, therefore,

stronger penalties have been imposed. In the past, for Thailand law, penalties were imposed, relatively to violence of the crime.

This study was then aimed at proposing for review of criminal law on sex offence, based on legal virtue, focusing on which one, between public and private, the protection of law is for, which one is more substantial and the proper penalty against sex offence prescribed in Section 277, Paragraph One and Section 276, Paragraph One and amendment with more penalty imposed related with violence of the crime. This proposal was meant for efficient protection, threatening and inhibition outcomes against sex crime.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความรู้และอนุเคราะห์อย่างยิ่งจาก รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่ให้ความเมตตาเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยได้สละเวลาอันมีค่ายิ่ง ช่วยชี้แนะให้ความรู้ คำแนะนำตั้งแต่ผู้เขียนเริ่มทำวิทยานิพนธ์ จวบจนสำเร็จสมบูรณ์ จึงขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูง ที่ให้ความเมตตากรุณาแก่ผู้เขียนตลอดเวลา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่กรุณาเป็นประธาน กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท และอาจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน ที่กรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งอาจารย์ทุก ๆ ท่าน ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่า ยิ่งทำการตรวจพิจารณาให้ความรู้ คำแนะนำในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์นี้ให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบคุณในความช่วยเหลือและกำลังใจจากเพื่อน ๆ ทุกท่าน ที่คอยเป็นกำลังใจอันสำคัญในการเขียนวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบุคคลที่สำคัญอย่างยิ่งคือคุณพ่อ คุณแม่ ของผู้เขียนที่ได้ให้กำลังใจและสนับสนุนผู้เขียนมาโดยตลอด

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีคุณค่าและประโยชน์ต่อการศึกษา ผู้เขียนขอขอบความดีทั้งหมด ให้แก่บิดา มารดา และครูบาอาจารย์ทุกคน ตลอดจนผู้แต่งตำราทุกท่านที่ผู้เขียนใช้อ้างอิงใน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แต่หากมีความผิดพลาดและความข้อบกพร่องอันเกิดจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

กชาพัฒน์ บุญเงิน

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	4
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 วิธีการดำเนินการ.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
2. อาชญากรรมทางเพศและการลงโทษตามกฎหมายอาญา.....	7
2.1 มาตรการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกระทำความผิดทางเพศ.....	7
2.2 ความผิดทางเพศ.....	14
2.3 อาชญากรรมและการลงโทษตามกฎหมายอาญา.....	26
2.4 แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับโทษ.....	40
2.5 แนวความคิดเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายและการกำหนดโทษใน กฎหมายอาญาไทย.....	50
2.6 วิวัฒนาการกฎหมายอาญาของประเทศไทยในความผิดทางเพศ.....	53
3. อาชญากรรมทางเพศตามกฎหมายต่างประเทศ.....	63
3.1 ความผิดทางเพศตามกฎหมายประเทศอังกฤษ(Common Law).....	63
3.2 ความผิดทางเพศตามกฎหมายประเทศฝรั่งเศส (Civil Law)	66

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์ความร้ายแรงของการกระทำผิด และโทษเปรียบเทียบกันระหว่าง	
มาตรา 276 กับ มาตรา 277.....	69
4.1 วิเคราะห์ความร้ายแรงของความผิดทางเพศตามกฎหมายอาญา มาตรา 276	
และมาตรา 277.....	69
4.2 เปรียบเทียบความผิดและอัตราโทษกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคหนึ่งและ	
มาตรา 277วรรคหนึ่ง กับกฎหมายต่างประเทศ.....	72
4.3 เหตุผลและแนวทางในการเพิ่มโทษในมาตรา 277วรรคหนึ่งกรณีกระทำชำเรา	
เด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปีโดยเด็กไม่ยินยอม.....	74
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	81
5.1 บทสรุป.....	81
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	84
บรรณานุกรม.....	87
ประวัติผู้เขียน.....	91

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

อาชญากรรม คือ การกระทำความผิดหรือการกระทำอันฝ่าฝืนต่อกฎหมายซึ่งกระทำโดยปราศจากข้ออ้างหรือ มีเหตุอันสมควร แม้กฎหมายอาญาจะมีบทบัญญัติแน่นอนหรือความถูกต้อง แต่ความผิดในทางศีลธรรมทั้งหมดก็มิได้เป็นความผิดอาญา ในทางกลับกันความผิดทางอาญาก็ไม่จำเป็นต้องเป็นความผิดทางศีลธรรมเสมอไป ทุกสังคมล้วนมีอาชญากรรม อาชญากรรมยังเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นมาเป็นเวลานาน ไม่เคยหายจากสังคม¹ และยังคงมีเพิ่มขึ้นอีกด้วย

เมื่อมีการกระทำความผิดย่อมมีการลงโทษ หากผิดศีลธรรมอาจไม่มีโทษทางอาญาแต่อาจถูกลงโทษทางสังคม แต่หากเป็นอาชญากรรมที่กระทำผิดทางกฎหมายอาญาย่อมต้องถูกลงโทษตามกฎหมายอาญาที่ได้บัญญัติไว้ ซึ่งสังคมคาดหวังว่า การลงโทษจะมีผลเป็นการควบคุมสังคม และควบคุมอาชญากรรมโดยเฉพาะตามทฤษฎีลงโทษเพื่อยับยั้งข่มขู่ (Utilitarian or Reductive Justification) ซึ่งมีเหตุผลว่า การลงโทษมีผลทำให้อาชญากรรมลดลงได้ การลงโทษที่รุนแรงจะเป็นการยับยั้งการกระทำผิด หรือมีผลป้องกันอาชญากรรม (Deterrence) เพราะในการอธิบายปรากฏการณ์อาชญากรรมตามแนวทฤษฎีป้องกันนั้น นักอาชญาวิทยามักจะนำเสนอหลักการของทฤษฎีแนวนี้อย่างแบ่งแยกเป็น 2 รูปแบบ รูปแบบที่หนึ่งเรียกว่า “การป้องกันทั่วไป” (General Deterrence) ซึ่งหมายถึงอิทธิพลของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่ทำให้บุคคลทั่วไปเกรงกลัวและไม่กล้าที่จะประกอบอาชญากรรม ทั้งนี้เนื่องมาจากความเกรงกลัวต่อการถูกจับ ถูกตัดสินว่ากระทำผิดและถูกลงโทษอย่างรุนแรง ซึ่งหากไม่มีกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมนี้แล้ว บุคคลทั่วไปก็จะเลือกประกอบอาชญากรรมโดยไม่เกรงกลัว สำหรับการป้องกันอีกรูปแบบหนึ่งคือ “การป้องกันเฉพาะ” (Specific Deterrence) ซึ่งหมายถึง อิทธิพลของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่ทำให้บุคคลที่เคยถูกลงโทษมาแล้วไม่ประกอบอาชญากรรม เนื่องจากบุคคลดังกล่าวเกรงกลัวว่าจะถูกลงโทษซ้ำอีก

¹ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, (ม.ป.ท: ม.ปพ, 2559), น. 15.

เมื่อกล่าวถึงอาชญากรรมที่มีความรุนแรงและมีอัตราการเกิดอาชญากรรมเพิ่มสูงขึ้นเรื่อยๆ ในสภาพสังคมไทยในปัจจุบันยังประสบกับปัญหาอาชญากรรม โดยเฉพาะในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งยังคงมีอาชญากรรมสูงขึ้น

ความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น เป็นความผิดที่มีความเป็นอาชญากรรมสูงเนื่องจากมีผลกระทบต่อร่างกาย และจิตใจของผู้ถูกระทำเพราะเป็นการข่มขืนใจและบังคับ เป็นการทำลายสิ่งที่ผู้หญิงหวงแหนและรักษาไว้ หากผู้ใดถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่ยินยอมข่มขืนจะเป็นความเสียหายที่ติดตัวไปตลอดทั้งในความทรงจำของตนเอง และยังอาจถูกสังคมรอบข้างประณามได้อีกด้านหนึ่ง เช่นนี้ย่อมทำให้ผู้ถูกระทำนั้นเกิดความทุกข์ทรมานที่จะดำรงชีวิตอยู่ในสังคมร่วมกับผู้อื่น หรือไม่อาจมีชีวิตอยู่ต่อไป ความผิดฐานดังกล่าวก่อปัญหาแก่สังคมโดยรวมเป็นอย่างมาก

โดยเฉพาะอาชญากรรมดังกล่าวผู้กระทำความผิดสามารถกระทำกับเหยื่อที่เป็นเด็กได้ง่ายมากกว่า และเด็กที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราอาจเกรงกลัวต่อผู้กระทำผิด อันเนื่องมาจากอิทธิพลถูกประทุษร้าย หรืออาจจะถูกข่มขู่ อาจถูกข่มขู่ฆ่า ทำร้าย หรือกลัวที่จะบอกพ่อ แม่ พี่ น้อง หรือญาติ เนื่องจากอาจกลัวว่าจะถูกว่ากล่าวหรือทำโทษ ให้เสียใจขึ้นไปอีกหรือ จะได้รับความอับอาย หากรับรู้ถึงในสังคมทั่วไปก็กลัวจะถูกรังเกียจ ถูกประณาม ด้วยเหตุนี้จึงเป็นอีกหนึ่งสาเหตุที่ทำให้ผู้กระทำผิดไม่เกรงกลัวเนื่องจากเมื่อกระทำผิดแล้วไม่มีใครเอาผิดหรือนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ ก็อาจกระทำความผิดนั้นซ้ำอีกเรื่อยๆ โดยไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย

ในความผิดเกี่ยวกับเพศ กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์ในอันที่จะคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายคือ เสรีภาพ ในการที่จะกระทำการในเรื่องทางเพศซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองเสรีภาพหรือความสมัครใจในแต่ละบุคคลเป็นเสรีภาพทางเพศ แต่ก็รวมไปถึงกรณีจะคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องของศีลธรรมทางเพศอีกด้วย ดังเห็นได้จากความผิดเกี่ยวกับเพศของมาตราที่บัญญัติให้ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลที่ไม่สมัครใจเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น.....” องค์ประกอบที่สำคัญคือ การบังคับข่มขืนใจกระทำต่อผู้อื่นโดยผู้อื่นไม่สมัครใจหรือไม่ยินยอมร่วมประเวณีด้วย การกระทำนั้นจึงเป็นความผิด แต่ในกฎหมายอาญาในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศบางมาตราก็บัญญัติให้การกระทำเป็นความผิดทันทีแม้จะมีความยินยอม ซึ่งกฎหมายมุ่งเน้นคุ้มครองในเรื่องศีลธรรมทางเพศร่วมกับเรื่องเสรีภาพทางเพศ อันได้แก่ความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กโดยกฎหมายจะกำหนดช่วงอายุของความป็นเด็กไว้ชัดเจน ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็ก...โดยเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม กรณีนี้หากมีการกระทำชำเราเด็ก แม้เด็กจะยินยอมผู้กระทำความผิดทันที

กฎหมายอาญา ยังได้คำนึงถึงความรุนแรงของอาชญากรรมในความผิดเกี่ยวกับเพศที่ได้กระทำต่อบุคคลบางประเภทไว้โดยเฉพาะ เช่นการกระทำผิดทางเพศต่อเด็ก โดยจะกำหนดอัตราโทษไว้สูงกว่าความผิดที่กระทำต่อบุคคลทั่วไป

ยกตัวอย่างกรณีกฎหมายคุ้มครองไว้เป็นพิเศษ เช่น

1. มาตรา 277 วรรคหนึ่ง กระทำชำเราเด็กอายุกว่า 13 แต่ยังไม่เกิน 15 ปี
2. มาตรา 277 วรรคสาม กระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี

ซึ่งผู้วิจัยศึกษากรณีที่มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำต่อเด็กและผู้ใหญ่ ดังในกฎหมายอาญา มาตรา 276 คุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลซึ่งเป็นผู้ใหญ่ดังที่บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น.....” องค์ประกอบก็ต้องมีการข่มขืน คือการบังคับขู่เข็ญโดยปราศจากความยินยอม แต่หากผู้ถูกกระทำยินยอมเท่ากับเป็นการละคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งตามมาตราดังกล่าวสามารถละคุณธรรมทางกฎหมายได้ เมื่อละคุณธรรมทางกฎหมายแล้วผู้กระทำก็ไม่มี ความผิดฐานข่มขืนตามกฎหมายอาญา มาตรา 276 นี้ อีกทั้งรัฐยังบัญญัติให้ความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่ยอมความกันได้ แต่หากพิจารณาในกฎหมายอาญา มาตรา 277 บัญญัติขึ้น มีวัตถุประสงค์จะคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษโดยมุ่งคุ้มครองให้สูงกว่าบุคคลธรรมดา คุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองส่วนบุคคลคือ เสรีภาพทางเพศ และยังมีคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองศีลธรรมทางเพศของบุคคลในสังคมส่วนรวมอยู่ด้วย ดังที่บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี.....โดยเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม....”จะเห็นว่ารัฐมุ่งคุ้มครองเด็กจากการถูกกระทำชำเราอย่างเด็ดขาด โดยเด็กไม่สามารถละคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองเรื่องศีลธรรมนี้ได้ และถูกกำหนดให้เป็นความรับผิดโดยเคร่งครัดซึ่งไม่สามารถยอมความกันได้อย่างในกฎหมายอาญามาตรา 276 ซึ่งสามารถมองได้ว่าคุณธรรมทางกฎหมายของกฎหมายอาญา มาตรา 277 นั้นสูงกว่ากฎหมายอาญา มาตรา 276 หรืออีกนัยหนึ่งก็คือคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองเด็กสูงกว่า เนื่องจากเป็นอาชญากรรมที่มีความรุนแรงมากกว่า

ยังมีข้อสังเกตอีกว่า ความผิดทางเพศนั้นเป็นความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพรวมกับความผิดเกี่ยวกับร่างกาย ดังนั้น ความผิดทางเพศที่ร้ายแรงคือการกระทำผิดทางเพศต่อเด็ก ซึ่งกฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองการกระทำความผิดต่อเด็กเป็นพิเศษ มีปัญหาที่จะพิจารณาว่า ในสังคมไทยเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยเฉพาะกว่า 13 แต่ไม่เกิน 15 ปี ยังเป็นผู้ไร้เดียงสาในเรื่องเกี่ยวกับเพศ ยังไม่สามารถปกป้องตนเองจากการถูกประทุษร้าย หรือใช้วิจารณญาณในการตัดสินใจยินยอมหรือสมัครในการประกอบกิจกรรมทางเพศ จึงอาจตกเป็นเหยื่อจากการกระทำผิดได้โดยง่าย ดังนั้น เพื่อให้เกิดผลเป็นการป้องปรามแก่ผู้ที่กระทำความผิดต่อเด็ก โดยอาศัยความอ่อนวัยของเด็กหญิงไม่ว่าจะทางร่างกายและจิตใจโดยหลอกลวงหรือ ใช้กำลังข่มขู่จึงควรลงโทษให้สูงกว่าการกระทำผิดต่อผู้ใหญ่หรือไม่

ควรจะมีการแก้ไขบทบัญญัติหรือเพิ่มเติมโทษ แม้ว่ากฎหมายอาญาระบบปัจจุบันซึ่งพัฒนามาจากกฎหมายอาญาอดีต ได้ปรับปรุงเรื่องโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศไว้หลายครั้ง โดยใช้ทฤษฎีในการป้องปราม ดังที่กล่าวมาข้างต้น แต่ไม่ได้แก้ไขเพิ่มบทบัญญัติและโทษเกี่ยวกับเด็กที่ถูกกระทำชำเรา โดยขู่เชลย ใช้กำลังประทุษร้าย ทำให้ไม่สามารถขัดขืนได้หรือทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่นไว้สูงกว่าเป็นพิเศษ

แต่เมื่อพิจารณาจากกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศในปัจจุบัน อัตราโทษที่กฎหมายบัญญัติในความผิดทางเพศที่กระทำต่อบุคคลอายุกว่า 15 ตามมาตรา 276² “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ระวังโทษจำคุก 4-20 ปี และปรับ...” เปรียบเทียบกับความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี ตามมาตรา 277 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ระวังโทษจำคุก 4-20 ปี และปรับ...” จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติระวังโทษไว้เท่ากันแต่เมื่อพิจารณาถึงความรุนแรงของอาชญากรรมแล้ว การกระทำความผิดที่กระทำต่อเด็กย่อมมีความรุนแรงหรือร้ายแรงมากกว่า อัตราโทษในการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กจึงควรมีโทษที่สูงกว่า จึงเห็นว่ากฎหมายทั้งสองมาตราดังกล่าวยังไม่มีความสัมพันธ์กันระหว่างความรุนแรงของอาชญากรรมและโทษที่บัญญัติไว้ตามกฎหมาย

เมื่อกฎหมายมีความบกพร่องจึงควรแก้ไข ซึ่งจะทำให้ผู้ถูกบังคับใช้กฎหมายได้รับโทษจากการกระทำความผิดอาญาอย่างเหมาะสมและเป็นธรรมแก่เด็กผู้ที่ได้รับผลร้าย

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงทฤษฎีการเกิดอาชญากรรม และวัตถุประสงค์ของการลงโทษ
2. ศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างความรุนแรงของอาชญากรรมและโทษ ศึกษากรณีความผิดเกี่ยวกับเพศในฐานะความผิด ข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายอาญาปัจจุบัน
3. ศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กและต่อผู้ใหญ่และเหตุที่ต้องกำหนดโทษในความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กสูงกว่าความผิดทางเพศที่กระทำต่อผู้ใหญ่ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

² มาตรา 276 วรรคแรก ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เชลยด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

³ มาตรา 277 วรรคแรก ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภรรยาหรือสามีของตน โดยเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

4. ศึกษาและหาแนวทางการปรับปรุงบทบัญญัติในกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศให้มีความสัมพันธ์ระหว่างความรุนแรงของอาชญากรรมและโทษ กรณีความผิดเกี่ยวกับเพศในความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กและต่อผู้ใหญ่

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

อาชญากรรมทางเพศนั้นบัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญาในประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 9 เรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองเสรีภาพภาพในการประกอบกิจกรรมทางเพศได้อย่างอิสระ แต่หากเป็นการประกอบกิจกรรมทางเพศที่กระทำกับเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปีนั้น รัฐถือว่าเป็นสิ่งต้องห้ามกระทำเนื่องจากสาเหตุหลายประการเช่นเป็นการขัดกับหลักศีลธรรมอันดี อีก คุณธรรมทางกฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองเห็นได้ว่า นอกจากจะเป็นฐานความผิดซึ่งมีคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองส่วนบุคคลคือ เสรีภาพทางเพศ และยังมีคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสังคมส่วน รวมอยู่ด้วยคือเด็กอายุต่ำกว่านั้นรัฐเห็นว่ายังไม่เหมาะที่จะมีเพศสัมพันธ์ การห้ามมิเพศสัมพันธ์กับเด็กก่อนวัยอันควร เป็นการคุ้มครองความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็ก ความอ่อนแอทางเสรีภาพของเด็ก ซึ่งง่ายต่อการตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดทางเพศ อีกทั้งยังขาดความรู้ความเข้าใจ ขาดประสบการณ์จึงไม่สามารถคิดและตัดสินใจได้ดีพอที่จะดูแลตนเองได้ เมื่อพิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมายจะเห็นว่าคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสังคมหรือส่วนรวมเป็นคุณธรรมที่สูงกว่าคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองส่วนบุคคล

จากการศึกษาด้วยทฤษฎีบทกฎหมาย คุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองผู้เขียนมีความเห็นว่าความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กนั้นมีความร้ายแรงของอาชญากรรมที่สูงกว่าอาชญากรรมทางเพศที่กระทำต่อผู้ใหญ่เนื่องจากเด็กอายุระหว่าง 13 - 15 ปี โดยให้เหตุผลว่าส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการด้านต่าง ๆ เช่นร่างกาย จิตใจ ความคิด สติปัญญา การตัดสินใจ การศึกษาอบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอที่จะรู้หรือเข้าใจในเรื่องเพศ เมื่อการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กในกฎหมายอาญา มาตรา 277 มีความร้ายแรงของอาชญากรรมมากกว่าการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายอาญา มาตรา 276 มาตราการทางกฎหมายหรือโทษก็ควรจะได้สัดส่วนกับความของอาชญากรรม แต่เมื่อพิจารณากลับพบว่าทั้งสองมาตราดังกล่าวมีมาตรการลงโทษไว้ในอัตราที่เท่ากันคือ ระวังโทษสี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาทซึ่งผู้เขียนเห็นว่า สัดส่วนของความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นไม่สัมพันธ์กับโทษดังนั้นบทลงโทษของความผิดในกฎหมายอาญามาตรา 277 จึงต้องกำหนดโทษไว้สูงกว่ากฎหมายอาญา มาตรา 276

1.4 วิธีการศึกษา

ศึกษาจากตัวบทกฎหมาย และทฤษฎีต่างๆที่เกี่ยวข้องรวมทั้ง หนังสือ บทความ วารสาร วิทยานิพนธ์ ข้อมูลต่างทางอินเทอร์เน็ต โดยนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบ

1.5 ขอบเขตการศึกษา

ศึกษาหลักเกณฑ์ แนวคิด ทฤษฎีของการเกิดอาชญากรรม ทฤษฎีการลงโทษ และศึกษา สัดส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างความร้ายแรงของอาชญากรรมและโทษ โดยเน้นศึกษากรณี ความผิดเกี่ยวกับเพศในฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเรา เปรียบเทียบระหว่างการกระทำผิดต่อเด็ก และ ต่อผู้ใหญ่เพื่อวิเคราะห์ระหว่างร้ายแรงของอาชญากรรมและโทษถึงเพื่อศึกษาหาความเหมาะสมของโทษ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎีของการเกิดอาชญากรรม และวัตถุประสงค์ของการลงโทษ
2. ทำให้ทราบถึงความสัมพันธ์ระหว่างความรุนแรงของอาชญากรรมและโทษ ศึกษากรณี ความผิดเกี่ยวกับเพศในฐานความผิด ข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายอาญาปัจจุบัน
3. ทำให้ทราบถึง ผลของศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กและ ต่อผู้ใหญ่และเหตุที่ต้องกำหนดโทษในความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กสูงกว่าความผิดทางเพศที่กระทำต่อผู้ใหญ่ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ
4. ทำให้ทราบถึงแนวทางการปรับปรุงบทบัญญัติในกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศให้ มีความสัมพันธ์ระหว่างความรุนแรงของอาชญากรรมและโทษ กรณีความผิดเกี่ยวกับเพศใน ความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กและต่อผู้ใหญ่ ให้สอดคล้องกับสถานการณ์ของสภาพสังคมไทยใน ปัจจุบัน

บทที่ 2

อาชญากรรมทางเพศและการลงโทษตามกฎหมายอาญา

2.1 มาตรการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกระทำความผิดทางเพศ

ปัญหาความผิดที่เกี่ยวกับเพศ เป็นปัญหาที่รุนแรงเนื่องจากมีผลเสียหายกระทบต่อทั้งร่างกาย จิตใจ เป็นการล่วงละเมิดเสรีภาพทางเพศของเหยื่อ และมีแนวโน้มที่จะทวีความรุนแรงมากขึ้น สตรีและเด็กมักตกเป็นเหยื่อของอาชญากร ความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในทุกสังคมทุกประเทศ โดยทุกประเทศให้ความสนใจและเสนอให้มีการร่วมกันป้องกัน และแก้ไขปัญหาโดยออกมาตรการเพื่อคุ้มครองในระดับสากล ซึ่งเรียกว่าสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาพหุภาคี กล่าวคือ เป็นสนธิสัญญาที่มีรัฐมากกว่าสองรัฐขึ้นไปเข้าเป็นภาคีสถิติสนธิสัญญา การเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาก่อให้เกิดพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับสนธิสัญญา สำหรับความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับสตรีที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสถิติสนธิสัญญา มี 2 ฉบับได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ และปฏิญญาว่าด้วยการจัดการใช้ความรุนแรงต่อสตรี¹

2.1.1 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ เป็นอนุสัญญาที่จัดทำขึ้นโดยสหประชาชาติและได้รับความรับรองจากที่ประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติ สมัยที่ 34 เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2522 อนุสัญญานี้ให้ความหมายของคำว่า “เลือกปฏิบัติต่อสตรี” หมายถึง การแบ่งแยกกีดกัน หรือการจำกัดใด ๆ เพราะเหตุแห่งเพศ หรือมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับ การได้อุปโภคหรือใช้สิทธิโดยสตรี โดยไม่คำนึงถึงสถานภาพด้านการสมรสบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษหรือสตรีของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทุกด้าน ทั้งด้านสังคม วัฒนธรรม การเมือง และเศรษฐกิจ ได้แก่ สิทธิในการเลือกตั้ง การมีส่วนร่วมในการวางแผนนโยบายของรัฐบาล การรับตำแหน่งราชการทุกระดับ การเข้าร่วมเป็นสมาชิกในองค์กรอิสระ การได้มาซึ่งสัญชาติ ด้านการศึกษา การประกอบอาชีพ หลักประกันสุขภาพ การจ้างงาน การถูกปลดออกจากงาน

¹ ถิรลด วัฒนศักดิ์, เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285, (มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2558), น. 16.

โดยมีสาเหตุมาจากการตั้งครรภ์ การเข้าถึงความยุติธรรมในด้านกฎหมาย โดยการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของสตรี โดยศาลจะต้องให้ความยุติธรรมต่อสตรีให้เท่าเทียมกับบุรุษ ไม่มีการเลือกปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่และสถาบันของรัฐ² ในกรณีที่มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ อันเป็นการสร้างความเสียหายแก่สตรีทั้งทางร่างกายและจิตใจ หากต้องเข้าสู่ระบบกระบวนการยุติธรรม อนุสัญญาฉบับนี้ได้สร้างหลักประกันให้แก่สตรีว่า รัฐภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้จะไม่มีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ สตรีจะได้รับความยุติธรรมเช่นเดียวกับบุรุษจากศาล แม้รัฐต้องมีการออกกฎหมายภายในเพื่อให้มีการคุ้มครองสตรีโดยเฉพาะ

2.1.2 ปฏิญญาว่าด้วยการขจัดความรุนแรงต่อสตรี

ปฏิญญาว่าด้วยการขจัดความรุนแรงต่อสตรี จากมติที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ วันที่ 20 ธันวาคม พ.ศ.2536 โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ตระหนักถึงความจำเป็นเร่งด่วนในการยอมรับหลักการระดับสากล เพื่อเป็นประโยชน์ต่อสตรีในเรื่องสิทธิ และหลักการที่คำนึงถึงความเสมอภาค ความมั่นคงปลอดภัย เสรีภาพ และความเป็นหนึ่งเดียวอันแบ่งแยกมิได้ และศักดิ์ศรีแห่งมนุษย์ทั้งปวง ทั้งนี้เนื่องจากสิทธิและหลักการต่าง ๆ เหล่านี้เป็นหลักการอันสำคัญของกติกาสากล ประกอบด้วย ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ และอนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทารุณกรรม การกระทำโหดร้ายต่างๆ อันไ้มนุษยธรรม การลงโทษและการปฏิบัติอันเลวทราม

ตามปฏิญญาฉบับนี้ ได้ยืนยันว่าความรุนแรงต่อสตรีเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของสตรี และทำให้ประโยชน์ที่สตรีจะได้รับจากสิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นต้องถูกทำลายหรือลดน้อยลง และคำนึงถึงความล้มเหลวที่เคยเป็นมาในการปกป้อง และส่งเสริมสิทธิเหล่านี้และเสรีภาพเมื่อเกิดกรณีความรุนแรงต่อสตรี

องค์การสหประชาชาติ ได้ให้ความหมายของ “ความรุนแรงต่อสตรี” ในปฏิญญาสากลว่าด้วยการขจัดความรุนแรงต่อสตรี หมายถึง “การกระทำใด ๆ ที่เป็นความรุนแรงที่เกิดจากอคติทางเพศซึ่ง

² ธีรเดช วัฒนศักดิ์, เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285, (มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2558), น. 17.

เป็นผลทำให้เกิดความทุกข์ทรมานแก่สตรี รวมทั้งการขู่ขู่คุกคาม กีดกันเสรีภาพทั้งในที่สาธารณะ และในชีวิตส่วนตัว นอกจากนี้ยังให้รวมถึงความรุนแรงต่อไปนี้

1) ความรุนแรงต่อร่างกาย ทางเพศและจิตใจที่เกิดขึ้นในครอบครัว รวมทั้งการทุบตีการทารุณกรรมทางเพศต่อเด็กและสตรีในบ้าน ความรุนแรงอันมีเหตุมาจากของหมิ่นที่ฝ่ายหญิงให้กับครอบครัวสามี การข่มขืนโดยคู่สมรส การขลิบอวัยวะเพศสตรี และข้อปฏิบัติตามประเพณีต่าง ๆ อันเป็นอันตรายต่อสตรี ความรุนแรงที่ไม่ได้เกิดจากคู่สมรส และความรุนแรงที่เป็นการหาประโยชน์จากสตรี

2) ความรุนแรงต่อร่างกาย เพศ และจิตใจที่เกิดขึ้นภายในชุมชนทั่วไป รวมถึงการข่มขืนทารุณกรรมทางเพศ การลวนลามทางเพศ การข่มขืนในสถานที่ทำงาน ในสถาบันการศึกษา และสถานที่ต่างๆ การค้าหญิงและการบังคับค้าประเวณี

3) ความเพิกเฉยของรัฐต่อความรุนแรง ไม่ว่าจะเป็นความรุนแรงที่เกิดทางร่างกาย ทางเพศ และจิตใจ

2.1.3 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child =CRC)

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมีหลักการที่สำคัญว่า เด็กทุกคนมีสิทธิต่างๆ ติดตัวมาตั้งแต่เกิด และประเทศสมาชิกของอนุสัญญานับนี้ต้องดำเนินมาตรการต่างๆ ติดตัวมาตั้งแต่เกิดและประเทศสมาชิกของอนุสัญญานับนี้ต้องดำเนินมาตรการต่างๆ เพื่อให้การปกป้องคุ้มครองและส่งเสริมการใช้สิทธิของเด็กอย่างเต็มที่และอย่างน้อยต้องเป็นไปตามมาตรฐานของอนุสัญญา ซึ่งได้รับการยอมรับทั่วโลกว่าข้อกำหนดต่างๆ ในอนุสัญญาฯ เป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการดูแลคุ้มครองเด็ก

สิทธิเด็กเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชนแต่เด็กเป็นกลุ่มคนที่ต้องการการปกป้องคุ้มครองมากกว่าคนทั่วไปเนื่องจากความสามารถของสภาวะทางร่างกายและสติปัญญาของเด็กเองที่ไม่เท่าเทียมกับผู้ใหญ่จึงต้องได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษเพื่อให้พัฒนาการและเจริญเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่เป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าต่อสังคม ในประชาคมระหว่างประเทศเห็นความสำคัญในการปกป้องคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นอย่างยิ่งดังนั้นในปี พ.ศ. 1924/2467 องค์การสันนิบาตชาติได้ประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กหรือที่เรียกว่าเจนีวา(the Declaration of Geneva 1924) เมื่อมีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติได้มีการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (the Universal Declaration of Human Rights) เมื่อปี 1948/2491 แล้ว ต่อมาในปี 1959/2502 องค์การสหประชาชาติได้พัฒนาและประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก (the United Nations Declaration on the Rights of the Child 1959) แต่ปฏิญญาไม่มีผลผูกพันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ต่อมาจนถึงปี 1989/2532 สหประชาชาติ

จึงได้พัฒนาการคุ้มครองเด็กให้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศในรูปของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child 1989) ซึ่งอยู่ในรูปแบบปัจจุบันในปี 2000/2533 องค์การสหประชาชาติได้จัดทำตราสารทางกฎหมายระหว่างประเทศอีก 2 ฉบับในรูปแบบของพิธีสารต่อท้ายอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก คือ พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก คือ พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่องความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ (Optional Protocol on the involvement of children in Armed Conflict) และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก (Optional Protocol on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography) ในการเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้นเป็นประโยชน์โดยตรงต่อประเทศภาคสมาชิก เพราะเป็นการกำหนดมาตรฐานในการคุ้มครองเด็กขั้นต่ำที่ประเทศเหล่านั้นจะต้องยกมาตรฐานของตนเองขึ้นให้เท่ากับที่กำหนดในอนุสัญญาฯ หรือสูงกว่า ส่วนประเทศที่มีการคุ้มครองที่สูงกว่าที่อนุสัญญาฯ กำหนดไว้จะได้รับการยกย่องและกระตุ้นให้พัฒนาการคุ้มครองเด็กให้สูงยิ่งขึ้น เหตุที่เป็นประโยชน์โดยตรงต่อประเทศภาคสมาชิก เพราะการคุ้มครองเด็กอย่างน้อยตามมาตรฐานขั้นต่ำของอนุสัญญาฯ เป็นการรับประกันว่าเด็กทุกคนที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้นจะได้มีอัตราการอยู่รอดที่สูง ได้รับการพัฒนาทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจในระดับที่เด็กจะเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีความสามารถและมีสุขภาพแข็งแรงและมีสุขภาพจิตดี เด็กต้องถูกนำไปใช้แรงงานก่อนวัยอันควรซึ่งขัดขวางการพัฒนาการทางการศึกษาของเด็กและต้องไม่ถูกนำไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบไม่ว่าในการค้าประเวณี ในการใช้ประโยชน์ทางเพศหรือทางด้านอื่นๆ อันเป็นการทำลายชีวิตและอนาคตของเด็กโดยตรง และให้เด็กได้มีส่วนร่วมตามระดับความสามารถซึ่งเป็นการพัฒนาเด็กให้เป็นผู้ใหญ่ที่ดีต่อไป เนื่องจากเด็กเป็นทรัพยากรมนุษย์ของประเทศในอนาคต การพัฒนาเด็กซึ่งเป็นสิ่งที่มีค่าที่สุดของประเทศให้เจริญเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ดีมีความสามารถ เป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าและทำประโยชน์ให้ต่อประเทศชาติทั้งทางเศรษฐกิจและสังคม เป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งต่อความเจริญก้าวหน้าของประเทศนั้น ๆ และจำเป็นอย่างยิ่งต่อการแข่งขันทั้งทางด้านเศรษฐกิจและสังคม ในสังคมโลกทุกวันนี้ที่ประชากรทุกคนในประเทศต้องมีส่วนร่วมในการร่วมกันพัฒนาและรับผิดชอบในการแข่งขันด้วยการทำหน้าที่ของแต่ละคนให้ดีที่สุดหากเด็กไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรฐานที่ดีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เด็กจะเติบโตขึ้นอย่างไรคุณภาพแทนที่จะเติบโตเป็นทรัพยากรที่มีคุณค่าของสังคม กรณีเหล่านี้จะทำให้ไม่สามารถพัฒนาประเทศได้อย่างเต็มที่และจะทำให้สังคมและทรัพยากรของประเทศนั้นอ่อนแอและตกเป็นรองประเทศอื่นๆ ในการแข่งขันเพื่อความอยู่รอด และการพัฒนาของประเทศนั้นเองคำว่า “เด็ก” ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในตราสารทาง

กฎหมายระหว่างประเทศต่างๆว่า หมายความว่าถึงบุคคลทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กให้คำนิยาม “เด็ก” ไว้ในข้อ 1 ว่า “เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ เด็กหมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านี้ตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น” จากคำนิยามดังกล่าวมนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี อยู่ในความหมายของคำว่าเด็กทั้งสิ้น เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายของแต่ละประเทศที่ใช้อยู่ เช่น ในกรณีของประเทศไทยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 ว่าด้วยบุคคล มาตรา 19 กำหนดว่า บุคคลจะบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ แต่หากคนนั้นได้ทำการสมรสก่อนอายุครบ 20 ปี บริบูรณ์โดยผู้เยาว์ฝ่ายชายมีอายุ 17 ปี บริบูรณ์ และฝ่ายหญิงมีอายุ 15 ปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 20 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บุคคลนั้นเป็นผู้บรรลุนิติภาวะตามกฎหมาย ดังนั้น หากเด็กที่อายุยังไม่เกิน 18 ปี แต่ได้ทำการสมรสก่อนและเข้าเงื่อนไขตามกฎหมายที่ถือว่าเด็กนั้นพ้นจากสถานะความเป็นเด็กและบรรลุนิติภาวะตามกฎหมาย จะไม่อยู่ในความคุ้มครองของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กอีกต่อไป และดังได้กล่าวแล้วอนุสัญญานี้เป็นสัญญาที่มีประเทศเข้าเป็นภาคีสมาชิกมากที่สุดในโลก คือ 195 ประเทศ และข้อผูกพันในการเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญา คือการยอมรับที่จะปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศฉบับนี้ ดังนั้น คำจำกัดความ “เด็ก” ในกฎหมายของทั้ง 195 ประเทศ จะต้องมีความหมายเช่นเดียวกับอนุสัญญานี้ทำให้ความหมายของคำว่าเด็กนั้นเป็นความหายสากลที่ต้องเหมือนกันทั่วโลก อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กทุกคนในโลกโดยได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ (ซึ่งหมายความว่าประเทศอาจกำหนดสิทธิและการคุ้มครองสูงกว่าที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ได้ แต่จะต่ำกว่าที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาไม่ได้)

อนุสัญญาฯ กำหนดพันธกรณีให้ประเทศภาคีสมาชิกคุ้มครองสิทธิเด็ก โดยแยกเป็นประเภทใหญ่ ๆ ได้ 4 ประเภท

1) สิทธิในชีวิตและการอยู่รอด

สิทธิในการมีชีวิตและการอยู่รอด คือ สิทธิของเด็กที่คลอดออกมาแล้วจะต้องมีชีวิตอยู่รอดอย่างปลอดภัย อนุสัญญาฯ กำหนดว่ารัฐภาคีรับรองว่าเด็กทุกคนมีสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดที่จะมีชีวิตและรัฐภาคีต้องประกันอย่างเต็มที่เท่าที่จะทำได้ให้มีการอยู่รอดและการพัฒนาของเด็ก

2) สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง

เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง ในทุกรูปแบบที่จะเป็นอันตรายต่อเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองจากการถูกทำร้ายทั้งทางร่างกาย จิตใจและทางเพศ ซึ่งรวมทั้งการล่วงละเมิดทางเพศกับหรือการแสวงหาผลประโยชน์ในรูปแบบต่างๆ จากเด็ก เช่น การค้าประเวณีเด็ก การขายเด็ก การนำ

เด็กไปใช้ขอทาน ไม่ว่าโดยบิดา มารดา ผู้ปกครองเด็กหรือโดยบุคคลอื่น เด็กที่ลี้ภัยจากอันตรายเข้ามาในประเทศของรัฐบาลก็จะต้องได้รับการคุ้มครองและช่วยเหลือ เด็กพิการทั้งทางร่างกายและจิตใจมีสิทธิได้ใช้ชีวิตที่ดีอย่างมีศักดิ์ศรีและได้รับการส่งเสริมให้พึ่งพาตนเองกับมีส่วนร่วมในชุมชน เด็กมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากโรกภัยต่างๆ ตามมาตรฐานสาธารณสุขที่ดีที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ จะต้องไม่มีเด็กถูกตัดออกจากการได้รับการบริการสาธารณสุข เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการใช้แรงงานโดยห้ามการใช้แรงงานเด็กที่อายุต่ำกว่าอายุขั้นต่ำที่ทำให้ทำงานได้ ซึ่งปัจจุบันกฎหมายแรงงานของไทยกำหนดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานห้ามเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี บริบูรณ์ทำงาน ส่วนเด็กที่อายุเกิน 15 ปีและทำงานได้การทำงานของเด็กต้องไม่เป็นงานที่อันตราย ต้องไม่ขัดขวางการศึกษาของเด็กหรือเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกาย จิตใจ ศีลธรรม หรือพัฒนาการทางสังคมของเด็ก ในส่วนของยาเสพติดเด็กมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากการใช้ยาเสพติดในทุกรูปแบบและมีสิทธิได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการถูกใช้ในการผลิตหรือในการค้ายาเสพติด เด็กมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากรัฐและสังคมจากการถูกนำไปใช้ประโยชน์ทางเพศหรือการล่วงละเมิดทางเพศในทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการชักชวนหรือข่มขู่ให้เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ การค้าประเวณี หรือการเข้าร่วมไปมีส่วนในสื่อลามกเด็ก การลักพาตัว การค้าเด็กในทุกรูปแบบ เด็กมีสิทธิได้รับการปกป้อง คุ้มครองจากการถูกนำไปใช้ในการสู้รบด้วยกำลังอาวุธ ซึ่งแต่เดิมอนุสัญญาได้กำหนดอายุขั้นต่ำไว้ที่ 15 ปี แต่ต่อมาได้กำหนดในพิธีสารของอนุสัญญานี้ได้ขยายอายุขั้นต่ำเป็น 18 ปี เด็กที่ตกเป็นผู้ต้องหามีสิทธิหลายประการคือ เด็กจะต้องไม่ถูกลงโทษด้วยความทารุณโหดร้าย หรือไรมนุษยธรรม และเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องไม่ถูกลงโทษด้วยการประหารชีวิต หรือด้วยการจำคุกตลอดชีวิตโดยไม่มีโอกาสได้รับการปล่อยตัว เด็กที่ถูกจับกุม คမ်းขัง จะต้องถูกควบคุมตัวหรือขังแยกผู้ใหญ่เพื่อป้องกันการเรียนรู้ถ่ายทอดพฤติกรรมจากผู้ต้องขังหรือนักโทษที่เป็นผู้ใหญ่และเป็นการป้องกันมิให้เด็กถูกข่มเหง รังแก บังคับ จิตใจ หรือตกอยู่ในอิทธิพลของผู้ต้องขังที่เป็นผู้ใหญ่ นอกจากนั้นสถานคุมขังผู้ใหญ่ นอกจากนั้นสถานคุมขังผู้ใหญ่อาจไม่เหมาะสมกับเด็กและเด็กที่ถูกจับกุมคุมขังมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายและทางอื่นโดยเร็ว นอกจากนั้นเด็กที่เป็นผู้ถูกกระทำจากการถูกทอดทิ้ง การหาประโยชน์โดนมิชอบ หรือทำร้ายและการล่วงละเมิด การทรมานหรือการลงโทษโดยโหดร้าย ทารุณหรือโดยไรมนุษยธรรม มีสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือฟื้นฟูสภาพร่างกายจิตใจและให้กลับคืนสู่สังคมที่ดีได้อีกด้วย

3) สิทธิในการพัฒนา

สิทธิในการพัฒนาตนเองของเด็กเน้นทั้งด้านการพัฒนาทางร่างกายและสติปัญญาการพัฒนาทางด้านร่างกาย อนุสัญญาฯ เน้นที่การเลี้ยงดูเด็กโดยพ่อแม่หรือในบางกรณีโดยรัฐและระบุแต่

เด็กมีสิทธิที่จะมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่เพียงพอต่อการพัฒนาการของเด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา ศิลธรรมและทางสังคม เด็กมีสิทธิได้รับการบริการสาธารณสุขและการตรวจรักษาเพื่อให้เด็กพ้นจากโรคภัยที่ป้องกันรักษาได้และไม่ให้โรคภัยดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อพัฒนาการของเด็ก เด็กมีสิทธิที่ได้ และที่สำคัญอย่างยิ่งคือสิทธิของเด็กที่จะได้รับการศึกษา อันเป็นพื้นฐานและมาตรการที่จำเป็นต่อการพัฒนาการของเด็ก

4) สิทธิในการมีส่วนร่วม

สิทธิในการมีส่วนร่วมของเด็กในรูปแบบต่างๆ เป็นปัญหามากสำหรับประเทศทางตะวันออกที่มีแนวปฏิบัติในการไม่เปิดโอกาสให้เด็กแสดงความคิดเห็นมากนัก อนุสัญญาฯ เน้นถึงสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของเด็กโดยเสรีในทุกเรื่องที่มีผลกระทบต่อเด็กและรัฐภาคีต้องดำเนินการให้เด็กได้แสดงความคิดเห็นทั้งต้องให้น้ำหนักต่อความคิดเห็นนั้นตามควรแก่อายุและวุฒิภาวะของเด็กโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการทางศาลและทางการบริการที่จะมีผลกระทบต่อเด็กเด็กต้องได้รับโอกาสที่จะแสดงความเห็นต่อการดำเนินการนั้นตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดและสิทธิในการแสดงออกของเด็กรวมถึงอิสระในการแสวงหาได้รับหรือส่งต่อข้อมูลและความคิดในทุกรูปแบบและในสื่อทุกประเภท เด็กมีสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิในการมีส่วนร่วมนี้รวมทั้งสิทธิของเด็กที่จะสมาคมกัน โดยสงบ เด็กมีสิทธิที่จะเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร โดยเฉพาะที่มีความมุ่งหมายเพื่อส่งเสริมเด็กในด้านต่างๆ

จะเห็นว่ามาตรการต่างๆ และการคุ้มครองเด็กในด้านต่างๆ ที่แยกออกเป็นกลุ่มใหญ่ ๆ 4 กลุ่มนั้น ไม่ได้แยกจากกันโดยเด็ดขาด แต่มาตรการส่วนมากมีจุดมุ่งหมายในการคุ้มครองเด็กมากกว่า 1 ด้าน และส่งเสริมซึ่งกันและกัน การคุ้มครองเด็กในด้านต่างๆ นอกจากเพื่อปกป้องกันเด็กจากอันตรายแล้ว ยังส่งเสริมการพัฒนาการของเด็กโดยเฉพาะด้านการศึกษาด้วย เพื่อไม่ให้อันตรายต่างๆ มาเป็นอุปสรรคต่อการศึกษาและพัฒนาของเด็ก และเพื่อไม่ทำให้พัฒนาการของเด็กหยุดชะงัก

การกระทำผิดกฎหมาย ที่กระทำผิดทางเพศต่อผู้อื่น โดยผู้กระทำผิดอาจกระทำตามลำพังหรือร่วมกัน กระทำผิดต่อชายหรือหญิงหรือเด็ก โดยผู้ถูกกระทำนั้นไม่ยินยอม การข่มขืนเป็นรูปแบบหนึ่งของการทำร้าย ซึ่งคนหนึ่งได้ใช้กำลังบังคับอีกคนหนึ่งให้มีเพศสัมพันธ์ด้วย ซึ่งขัดกับความต้องการ เนื่องมาจากการทำให้เสียอิสรภาพ นับเป็นอาชญากรรมอย่างหนึ่งที่มีความร้ายแรงที่สุด³

³ อาทิตย์ ไกรบุตร, “ปัญหาอาชญากรรมทางเพศ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2560, จาก

อาชญากรรมและการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ เป็นปัญหาอาชญากรรมที่มีระดับความร้ายแรง จะแตกต่างกันบ้างขึ้นอยู่กับพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะการกระทำที่มีความรุนแรงหรือก้าวร้าว ประมวลกฎหมายอาญา ได้จำแนกประเภทความผิดไว้ในลักษณะ 9 ตั้งแต่มาตรา 276 ถึง 282 ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กระทำอนาจาร ล่อลวงหญิง ค้ำประกันด้วยรายได้จากหญิงซึ่งค่าประเวณีและสิ่งลามกอนาจาร ความผิดในลักษณะนี้มีอัตราโทษตามลักษณะการกระทำ ตั้งแต่ความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจารซึ่งกำหนดโทษจำคุกไว้ไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 282) และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งมีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงสองหมื่นบาทจนถึงการกระทำความผิดที่มีเหตุฉกรรจ์ ซึ่งกฎหมายกำหนดบทลงโทษขึ้นสูงถึงประหารชีวิต (มาตรา 276, 277, 277 ทวิ, 277 ตร.) อย่างไรก็ตามการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร ซึ่งมีลักษณะไม่ร้ายแรงกฎหมายยังได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ (มาตรา 281)

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายได้กำหนดโทษ สำหรับการกระทำในลักษณะความผิดอันเกี่ยวกับเพศนี้ตามพฤติกรรม และเหตุแวดล้อมในการกระทำความผิดลดหลั่นกันตามความร้ายแรงและภัยอันตรายที่เกิดขึ้น

นอกจากนั้นประมวลกฎหมายอาญายังได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในภาค 3 (ลหุโทษ) มาตรา 388 ห้ามการกระทำอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล ได้แก่

- (1) เปลือยกาย
- (2) เปิดเผยร่างกายเฉพาะที่อวัยวะที่ควรปกปิด และ
- (3) การกระทำลามกอย่างอื่น

โดยกำหนดโทษปรับไว้ไม่เกิน 500 บาท สำหรับความผิดนี้ แม้กฎหมายจะได้บัญญัติห้ามความประพฤติดังกล่าวนี้ แต่กำหนดโทษไว้เพียงสถานเบา เนื่องจากเห็นว่าการกระทำความผิดดังกล่าวไม่ร้ายแรง และไม่ใช่อันตรายต่อสังคม แต่เป็นความผิดซึ่งมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนขัดแย้งกับค่านิยมและวัฒนธรรมอันดีงามของประชาชนเท่านั้น

2.2 ความผิดทางเพศ

2.2.1 ลักษณะความผิดทางเพศ

ในสังคมปัจจุบันพฤติกรรมที่เป็นอันตรายต่อสังคมมีมากมายหลายประเภทและเป็นการยากที่เราจะวินิจฉัยได้ว่า การประพฤติดังกล่าวเป็นบรรทัดฐานของสังคมอย่างไรจะก่อให้เกิดการกระตุ้นต่อ

ปฏิกิริยาตอบสนองของสังคมได้มากที่สุด และความประพฤติหรือการกระทำอย่างใดที่ทุกคนเห็นว่าเป็นภัยคุกคามสังคม

กล่าวโดยทั่วไปการกระทำผิดทางเพศได้ก่อให้เกิดความหวั่นไหวต่อสาธารณชนมากกว่ายาเสพติดให้โทษและยาเสพติดสร้างความหวั่นมากกว่าสุราและเครื่องดองของเมาซึ่งในที่นี้จะเรียกว่า แอลกอฮอล์

ทัศนคติของประชาชนซึ่งมีต่อความผิดทั้ง 3 ประเภท ดังกล่าวนี้นี้มิได้มีส่วนสัมพันธ์กับผลร้ายหรือสาเหตุของการกระทำผิดแต่ขึ้นอยู่กับการกระทำหรือพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดได้กระตุ้นความสนใจของประชาชนมากหรือน้อยกว่ากัน อย่างไรก็ตามยาเสพติดและแอลกอฮอล์ อาจนำไปสู่การประกอบอาชญากรรมร้ายแรงได้ด้วย

จากการศึกษาสถิติอาชญากรรมทั่วไปเป็นที่สันนิษฐานได้ว่าแอลกอฮอล์ เป็นสาเหตุหรือมีส่วนที่ทำให้เกิดการกระทำผิดมากที่สุด ยาเสพติดเป็นสาเหตุแห่งอาชญากรรมน้อยกว่าแอลกอฮอล์และความผิดปกติทางเพศเป็นสาเหตุของอาชญากรรมน้อยกว่าความผิดทั้งสองประเภทที่กล่าวมาแล้ว

ความผิดปกติทางเพศมิได้ก่อให้เกิดผลหรือการเปลี่ยนแปลงด้านสรีระและจิตใจ เช่นเดียวกับแอลกอฮอล์และยาเสพติดแต่เป็นการการแสดงออกทางเพศ ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายเป็นการแสดงออกของความผิดปกติเนื่องจากการพัฒนาการของบุคคลในวัยเยาว์ ส่วนแอลกอฮอล์และยาเสพติดเป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามเพราะเป็นการแสวงหาของบุคคลในภายหลัง

ความผิดเกี่ยวกับเพศ ถ้าพิจารณาในแง่ของจิตวิทยามักจะถือว่าการแสดงออกทางเพศของบุคคลซึ่งผิดปกติ ความผิดปกตินี้เชื่อกันว่ามีความสัมพันธ์กับความบกพร่องของการพัฒนาทางเพศ และจิตใจของบุคคล โดยความผิดปกติทางเพศที่ร้ายแรงจะเป็นการกระทำของเพศชายต่อเพศหญิง ในที่นี้กล่าวถึงความผิดเกี่ยวกับเพศ 2 พวก ได้แก่ พวกหนึ่งเป็นความผิดลหุโทษซึ่งเป็นการรบกวนความเป็นระเบียบและศีลธรรมอันดีของประชาชนและความผิดทางเพศที่ร้ายแรงซึ่งเป็นอันตรายต่อสังคม

2.2.1.1 ความผิดทางเพศที่ไม่ร้ายแรง

ความผิดเหล่านี้ได้แก่ การกระทำอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล (Indecent Exposure) หรือนักจิตวิทยาเรียกว่า Exhibitionism ผู้กระทำมีเจตนาเปิดเผยร่างกายเปลือยกายหรือกระทำการลามกอย่างอื่น ๆ ต่อหน้าธารกำนัล กฎหมายอังกฤษให้คำนิยามการกระทำนี้ใน Vagrancy Act ปี ค.ศ.1824 ว่า “การเปลือยร่างกายของบุคคลโดยมีเจตนาดูหมิ่นต่อสตรี” ซึ่งเป็นข้อกล่าวหาต่อผู้กระทำผิดเสมอๆ อย่างไรก็ตามสถานะทางด้านจิตใจของผู้กระทำความผิดมักจะมีผลสลบซับช้อนมากกว่าการนิยามการกระทำ

นั้นตามกฎหมายผู้กระทำความผิดฐานนี้โดยทั่วไปจะมีอายุระหว่าง 21 ถึง 50 ปี สถานที่กระทำความผิด ได้แก่ สาธารณะสถานเช่น ถนนหนทางสวนสาธารณะ เป็นต้น ผู้ตกเป็นเป้าหมายของการกระทำความผิดประเภทนี้ส่วนมากเป็นหญิงสาวและผู้กระทำความผิดจะไม่มีพฤติกรรมทางเพศที่รุนแรงมากไปกว่าการเปิดเผยอวัยวะทางเพศ

อย่างไรก็ตามเนื่องจากผู้กระทำความผิดมีปัญหาทางด้านความผิดปกติของจิตใจและผู้กระทำความผิดอาจก่ออาชญากรรมร้ายแรงขึ้นได้เนื่องจากความผิดปกติของเขา ดังนั้นจึงก่อให้เกิดปัญหาทางด้านการป้องกันสังคมและสิทธิตามกฎหมายของผู้กระทำความผิดขึ้นได้

วิลเลียม เอช นาเกล (Willem H. Nagel) นักกฎหมายและอาชญาวิทยาชาวดัชท์ ได้กล่าวถึงความร่วมมือและความขัดแย้งระหว่างจิตแพทย์และนักกฎหมายทางด้านอาชญากรรมและผู้กระทำความผิดว่าการแสวงหาข้อสรุปของนักกฎหมายและจิตแพทย์อาศัยการค้นหาสาเหตุ (diagnostic) อย่างเดียวกันความเห็นของนักกฎหมายมักจะอาศัยแนวคำพิพากษาหรือการยืนยันจากศาล หมายความว่า การดำเนินคดีทางกฎหมายได้ยุติลง ในสายตาของนักกฎหมายอาชญากรรม และการกระทำความผิดเป็นเรื่องของความขัดแย้งระหว่างบุคคลกับระเบียบแห่งกฎหมาย (Individual and legal order) ซึ่งในการพิจารณาคดีจะพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ของบุคคลตามกฎหมาย การปล่อยผู้กระทำความผิดยอมกระทำได้อาศัยขอบข่ายกฎหมาย เช่น พยานหลักฐานที่ไม่เพียงพอหรือได้มาโดยมิชอบ

ในทางตรงกันข้ามสำหรับนายแพทย์ซึ่งมีความสนใจอาชญากรรมและการกระทำความผิด การปลดปล่อยผู้กระทำความผิดในกระบวนการยุติธรรม มิได้ทำให้ปัญหาในคดีนั้นสิ้นสุดลงแต่การปล่อยตัวผู้กระทำความผิดในบางกรณีกลับเป็นสิ่งสำคัญรับค้อนในการแก้ไขปัญหาคือควรจะทำอย่างไรในกรณีที่ทราบว่าผู้กระทำความผิดมีอาการผิดปกติทางด้านอารมณ์และจิตใจเพราะนายแพทย์ทราบว่าคนไข้มีสิทธิที่จะเจ็บป่วยได้และความเจ็บป่วยนั้นอาจเป็นอันตรายต่อบุคคลและสังคม ซึ่งนักกฎหมายอาจไม่คิดเช่นนั้น

ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนในเรื่องนี้ ได้แก่ การกระทำความผิดอันควรขายหน้า ต่อธารกำนัล ซึ่งกฎหมายบัญญัติโทษปรับเกิน 500 บาท ในสายตาของนักกฎหมายย่อมเห็นว่าเป็นความผิดไม่ร้ายแรง การควบคุมผู้กระทำความผิดตามกฎหมายย่อมไม่อาจกระทำได้แต่ในสายตาของจิตแพทย์ผู้กระทำความผิดฐานนี้เป็นเรื่องของความผิดปกติที่รุนแรงและจำเป็นจะต้องได้รับการบำบัดรักษา (รวมทั้งคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลถ้าจำเป็น)

สมมติว่ามีผู้กระทำความผิดอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล โดยอวดของลับต่อเพศตรงข้าม และชอบเปลือยกายอวดผู้อื่นเขาเคยถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุมตัวหลายครั้งและใช้วิธีการว่ากล่าว

ดักเตือนบ้างและลงโทษปรับบ้างแล้วปล่อยตัวไปอยู่เสมอ ต่อมาเขาได้ฆ่าหญิงสาววัยรุ่นถึงแก่ความตายเนื่องจากเกิดอารมณ์ทางเพศ จิตแพทย์อ้างว่าผู้กระทำความผิดควรได้รับการบำบัดรักษานานแล้วก่อนที่จะได้ฆ่าคนตาย

จากการพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้นๆว่ามีกฎหมายใดบ้างที่สามารถใช้บังคับบุคคลที่ชอบเปลือยกายหรือเปิดเผยส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายและเป็นบุคคลที่คาดว่าจะป็นอันตรายต่อผู้อื่น ถ้าจะบังคับให้เขาต้องเข้ารับการบำบัดอาการทางจิตภายในระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง โดยผู้นั้นไม่ยินยอมจะทำได้หรือไม่ ดังนั้นจึงเกิดปัญหาว่าควรจะมีบทบัญญัติกฎหมายบังคับให้ผู้กระทำความผิดบางประเภท เช่น วิปริตทางเพศและยาเสพติดต้องเข้ารักษาตัว ในสถานพยาบาลที่กำหนดให้หรือไม่ และควรกำหนดระยะเวลารักษานานเท่าใด

2.2.1.2 ความผิดทางเพศที่ร้ายแรง

ความผิดทางเพศที่ร้ายแรง ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้กำลังขู่เชือดหรือใช้อาวุธ และในบางกรณีประกอบด้วยเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้เสียหายถึงแก่บาดเจ็บ หรือความตายเนื่องจากการกระทำความผิดนั้น อย่างไรก็ตามความรู้ที่เป็นระบบเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดทางเพศอย่างรุนแรงมีไม่มากนัก ผู้กระทำความผิดทางเพศร้ายแรงจะมีจำนวนน้อยมาก ในกลุ่มผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศทั้งหมด แต่เนื่องจากการกระทำเป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงทางสังคมสะท้อนขวัญ และกระทบกระเทือนต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน คดีประเภทนี้จึงมีการเสนอข่าวอย่างแพร่หลายในสื่อสารมวลชนต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กเพราะความอ่อนแอทางชีวภาพของเด็ก ทำให้ง่ายต่อการตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดในทุกประเภท รวมถึงการตกเป็นเหยื่อเกี่ยวกับทางเพศด้วย ซึ่งส่วนการกระทำความผิดต่อผู้เสียหายที่เป็นเด็กนั้นอยู่ในอัตราที่เพิ่มขึ้นสูงทุกขณะ กลุ่มที่มีความเสี่ยงสูงต่อการตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมทางเพศคดีข่มขืนในไทย คือ เด็กหญิงแรกเริ่ม อายุระหว่าง 11 – 15 ปี เด็กหญิงที่อายุน้อยที่สุดที่ถูกข่มขืน คือ เด็กหญิงอายุ 2 ปี อันเป็นการกระทำผิดต่อทั้งเด็กและเด็กชาย ซึ่งเมื่อมีการกระทำความผิดต่อเด็กเกิดขึ้นแล้ว ผลกระทบที่มีต่อตัวเด็กทางร่างกายจะเกิดขึ้นในทันทีและมีผลกระทบทางจิตใจต่อไปในระยะยาว อันทำให้คุณภาพชีวิตของทรัพยากรบุคคลในรัฐได้รับผลกระทบตามมา และพวกเขาเหล่านั้นยังด้อยประสิทธิภาพที่จะช่วยเหลือตนเองหรือการกระทำอื่นใด เพื่อปกป้องสิทธิของตนเองเมื่อตกเป็นเหยื่อในคดีความผิดทางเพศ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศก็เป็นการบัญญัติขึ้นมาเพื่อคุ้มครองบุคคลทุกเพศ ทุกวัย ในการ มีเสรีภาพในทางเพศ และยังมีคุ้มครองคุ้มครองบุคคลบางประเภทไว้ เป็นการ

เฉพาะโดยดูความร้ายแรงของอาชญากรรมหรือการกระทำผิด ซึ่งหากเป็นความผิดที่มีความร้ายแรง อัตราโทษก็จะสูงขึ้น โดยเฉพาะอาชญากรรมทางเพศที่กระทำต่อเด็ก

2.2.2 เหตุปัจจัยและการตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมทางเพศ

ปัจจัยที่มีผลต่ออาชญากรรมทางเพศ⁴

1. ความบกพร่องของสถาบันครอบครัวในปัจจุบัน โดยที่รูปแบบของครอบครัวไทย ปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปมาก สาเหตุหนึ่งอาจเนื่องมาจากภาวะเศรษฐกิจที่ทำให้ทั้งบิดามารดาต้องทำงานเพื่อหารายได้ เพื่อให้เพียงพอต่อครอบครัว จึงไม่มีเวลาดูแลบุตรธิดาของตนได้อย่างเต็มที่

2. ความเสื่อมโทรมทางสังคม ได้แก่ความเสื่อมทางวัฒนธรรมและศีลธรรมจรรยา ซึ่งมีผลทำให้จิตใจทรามลง คิดถึงส่วนรวมน้อยลง เห็นแก่ตัวมากขึ้น อันเกิดมาจากอารยธรรมตะวันตกโดยมิได้แยกแยะ โดยเฉพาะในเรื่องเพศเกิดความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ หรือเกิดการเรียนแบบ หรืออยากลอง โดยเฉพาะวัยรุ่น เช่น การสำส่อนทางเพศของวัยรุ่นตามสถานที่ต่าง ๆ จังหวะเต้นรำที่เร้าร้อน หรือ มักจะมีการเสียดสีอวัยวะเพศเนื่องต้องตัวกันเป็นการปลุกเร้าอารมณ์ทางเพศได้ง่าย ซึ่งหาทางระบายในลักษณะที่ถูกต้องไม่ได้ก็อาจก่ออาชญากรรมทางเพศได้ถ้ามีโอกาส โดยเฉพาะผู้มีรายได้น้อยก็อาจก่ออาชญากรรมทางเพศระบายอารมณ์ โดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ หรือเพียงอารมณ์ชั่ววูบ

3. สื่อมวลชนต่าง ๆ ในภาวะปัจจุบันสื่อมวลชนมีบทบาทอย่างมากในการสื่อสารต่าง ๆ เป็นแหล่งแสดงความคิดเห็น แหล่งความรู้ ในขณะที่เดียวกันก็มีสื่อมวลชนบางกลุ่มไม่ได้ทำหน้าที่ตามที่ ถูกที่ควร แต่กลับอาศัยความมีอิทธิฤทธิ์ของสื่อมวลชนเป็นแหล่งค้าหาเงินในกรณีต่าง ๆ เช่น หนังสือ ประเภทยั่วยุอารมณ์ทางเพศ หรือที่เรียกว่าหนังสือปกขาว ภาพยนตร์ลามกประเภท 8 มม. หรือ ภาพยนตร์ X หรือหนังสือพิมพ์ที่เสนอข่าวในรูปแบบต่าง ๆ ที่อาจให้ผู้อ่านรู้สึกอยากลอง หรือการตอบ ปัญหาโดยไม่ถูกต้องตามหลักวิชา แต่เป็นการยั่วยุอารมณ์มากกว่าสื่อต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนแล้วแต่สามารถ ทำให้เห็นว่าเรื่องเพศเป็นสิ่งสำคัญในชีวิตที่ขาดเสียไม่ได้เป็นการเสนอทัศนะต่าง ๆ อันล้วนแต่เป็นภัย ต่อเด็กเยาวชนและผู้หญิงทั่วไป

4. แหล่งเสื่อมโทรม ในสังคมไทยเฉพาะกรุงเทพมหานครจะเห็นแหล่งเสื่อมโทรม โดยทั่วไปบางท่านอาจเรียกว่าสลัมหรือบางท่านอาจเรียกชื่ออย่างไพบระว่าชุมชนแออัด แต่อย่างไรก็ตาม แหล่งเสื่อมโทรมดังกล่าวเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่ง เนื่องจากมีสภาพแวดล้อมที่กำหนดเฉพาะ

⁴ สุทัศน์ มาลโรจน์ 2552ปัจจัยที่เกี่ยวข้องในการกระทำผิดทางเพศของผู้ต้องขังมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ น.

มีสภาพที่คนจำนวนมาก ๆ อยู่ในที่แออัดรวมกัน โดยเฉพาะเป็นงานที่อาศัยของชาวชนบทที่อพยพมาทำงานในเมืองเป็นจำนวนมาก แต่ก็ประสบปัญหาการว่างงานและอาศัยอยู่ร่วมกันไป วันหนึ่ง ๆ จนเป็นแหล่งรวมของอบายมุขต่าง ๆ ตั้งแต่ยาเสพติด การพนัน โสเภณี อีกประการหนึ่ง สภาพพื้นที่ที่แออัดทำให้พ่อแม่ต้องอยู่ร่วมกัน รวมทั้งลูก ๆ ด้วย เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เด็กได้เห็นพฤติกรรมทางเพศของพ่อแม่ อาจขาดความเข้าใจเกิดการอยากรู้อยากลองหรือเกิดความเข้าใจผิด ทำให้ได้รับรู้ประสบการณ์ทางเพศที่ไม่ถูกต้อง เมื่อเติบโตอาจฝังใจไปจนโตและก่อปรกกับสภาพแวดล้อมที่มีแต่สถานเริงรมย์ บาร์ อบายอนวด อยู่กลางเกลื่อนทั่วไป อาจก่อให้เกิดอารมณ์ทางเพศได้ เมื่อไม่สามารถมีเงินเข้าสถานที่ตั้งกล่าว ก็อาจก่ออาชญากรรมทางเพศอีกประการหนึ่ง สภาพแวดล้อมดังกล่าวง่ายต่อการกระตุ้นด้วยสุรา ยาเสพติดต่าง ๆ ซึ่งอาจชักนำไปสู่ปัญหาได้ง่ายขึ้น

5. ปัจจัยทางครอบครัวและการอบรมเลี้ยงดูปลูกฝังความรู้เรื่องเพศศึกษา ปัจจุบันทางครอบครัวและการอบรมเลี้ยงดูปลูกฝังความรู้เรื่องเพศศึกษามีความสำคัญมากในสังคมปัจจุบัน โดยเฉพาะค่านิยมต่าง ๆ ทางเรื่องเพศทำให้ขาดความรู้ความเข้าใจ และไม่สามารถป้องกันหรือควบคุมตนเองได้ โดยเฉพาะลูกผู้หญิงส่วนมากจะถูกเลี้ยงดูมาให้เรียบร้อยอยู่ในกรอบประเพณีโดยเคร่งครัดทั้งแนวความคิดเดิมมีความคิดว่าเรื่องเพศเป็นเรื่องสกปรกเฉพาะคนสองคน จึงควบคุมปกปิดถึงเวลาที่รู้เอง ไม่จำเป็นต้องไปสั่งสอนอะไร จึงทำให้ไม่เข้าใจเรื่องเพศอย่างแท้จริงและยังเป็นการสะสมปัญหาต่าง ๆ ที่อยากรู้ (แต่ไม่มีใครอยากอธิบาย) เพราะการไม่เข้าใจเรื่องเพศศึกษาอันเป็นปกติ จึงทำให้ขาดความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับธรรมชาติของกามารมณ์ ไม่สามารถแยกแยะได้ว่าความประพฤติดังกล่าวทางเพศแบบใดที่เรียกว่าปกติหรือไม่ปกติ และจะหาทางป้องกันได้อย่างไร เมื่อไม่ทราบก็ไม่สามารถตระหนักถึงอันตรายที่เกิดจากความผิดปกติดังกล่าวได้ว่าจะมีอันตรายแก่ตนและครอบครัวอย่างไร หรือเมื่อมีการชักชวนหรือล่อลวงให้ประพฤติดังกล่าวทางเพศก็ไม่สามารถรู้และป้องกันตนเองได้ เช่น อาจถูกหลอกไปข่มขืน หรือถูกหลอกให้ลองอยากกระตุ้นทางเพศต่าง ๆ ซึ่งอาจเป็นอันตรายได้

6. ปัจจัยทางเศรษฐกิจ ปัญหาความตึงเครียดของสถานะเศรษฐกิจในสังคมปัจจุบันได้สร้างภาระอย่างหนักแก่ประชาชนทั่วไป ราคาดินค้าหรือค่าครองชีพสูงขึ้น ระบบเศรษฐกิจปัจจุบันมีช่องว่างอย่างมากระหว่างคนรวยกับคนจน ปัจจัยทางเศรษฐกิจดังกล่าวผลักดันให้ผู้หญิงต้องออกทำงานนอกบ้านมากขึ้นเพื่อเพิ่มรายได้แก่ครอบครัว และอาจทำงานพิเศษต้องทำงานดึกดื่น อันอาจเป็นการสร้างโอกาสให้เกิดอาชญากรรมทางเพศที่หาเหยื่ออยู่ได้ประกอบอาชญากรรมโดยเฉพาะหากบ้านอยู่บริเวณที่เปลี่ยว หรือต้องผ่านทางเปลี่ยวและอาจไม่มีไฟส่องทาง

7. ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับผู้หญิงเองและโอกาสของอาชญากร สำหรับกรณีอาชญากรรมทางเพศ รูปแบบของการข่มขืนนั้น มีบุคคลจำนวนไม่น้อยที่มีความเห็นว่าปัจจัยที่ตัวผู้หญิงก็เป็นสาเหตุหนึ่งของปัญหา โดยเกิดจากการที่หญิงแต่งกายไม่ระมัดระวังนำไปในลักษณะชั่ววน เป็นที่สะดุดตาแก่ผู้พบเห็นก็มีความเห็นแย้งว่าหากพิจารณากันอย่างลึกซึ้งแล้วจะเห็นว่าการแต่งกายเป็นเพียงภาวะภายนอกที่มีผลต่อความคิดของอาชญากร เรื่องโอกาสก็เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้การก่ออาชญากรรมนั้น บรรลุผลซึ่งหมายถึงเวลาและสถานที่ที่อำนวยให้ก่ออาชญากรรมทางเพศได้ เช่น สถานที่เปลี่ยวตามตรอก ซอย เวลายามวิกาลซึ่งอาชญากรจะใช้โอกาสเหล่านี้ในการกระทำผิด แต่ในขณะเดียวกันก็ยังพบว่า อาชญากรรมทางเพศเกิดขึ้นได้ตลอดเวลา ทุกสถานที่ เช่น ห้องน้ำ โรงภาพยนตร์ ตามถนนที่เปลี่ยว การลวนลามบนรถประจำทาง ในลิฟต์ เป็นต้น

8. ปัญหากฎหมายและกระบวนการยุติธรรม กฎหมายจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับปัญหาต่าง ๆ ก็ต่อเมื่อมีเหตุคดีเกิดขึ้น ประชาชนก็จะขอพึ่งรับเป็นอันดับแรก และผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องโดยตรงคือตำรวจ ซึ่งเป็นผู้รักษากฎหมาย แต่ในขณะเดียวกันประชาชนทั่วไปมักเกิดความรู้สึกว่ากลไกต่าง ๆ ของรัฐบนทอนกำลังใจผู้ประสบเคราะห์กรรม และเปิดช่องโอกาสให้อาชญากรรอดตัวไป ปล่อยปละละเลยไม่เอาใจใส่ติดตามคดี อีกทั้งการติดตามจับกุมอาชญากรรมมาลงโทษก็ขึ้นอยู่กับว่าทางราชการจะเอาใจใส่ต่อปัญหามากน้อยเพียงไร เพียงพอหรือไม่ พอคนอือฮาให้ความสนใจต่อปัญหาด้วยสายตาที่ไม่เป็นธรรมแฝงไว้ด้วยการดูหมิ่น ไม่เข้าใจถึงผลกระทบต่องิตใจและร่างกายของผู้เสียหายทั้งกฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนก็ครอบคลุมเฉพาะร่างกาย มิได้คำนึงถึงสภาพจิตใจ ตลอดจนการพิจารณาการเปิดช่องว่างให้อาชญากร และตัวบทแห่งกฎหมายก็อนุญาตให้มีการยอมความกันได้ เช่น เรื่องพยานรู้เห็นที่เกิดเหตุ การซักถามในคดีความที่มีลักษณะเหมือนกับการประจานให้เสียหายมากขึ้นให้อับอายมากขึ้น ทำให้ญาติพี่น้องไม่ให้ความร่วมมือในการที่จะรายงานให้ตำรวจได้รับรู้ เพราะเกรงว่าผู้เสียหายจะได้รับเคราะห์กรรมมากขึ้น จากความอับอาย ทั้งทางฝ่ายแพทย์และศาลก็ยังไม่ประสานงานกันเท่าที่ควร โดยเฉพาะในกรณีที่มีปัญหายุ่งยากในการชี้ชัดลงไปว่าอาชญากรเป็นผู้ป่วยทางจิตหรือไม่ในทางศาลเองก็ยังขาดวิธีพิจารณาที่เหมาะสม ทำให้ผู้เคราะห์ร้ายไม่อาจพึ่งกฎหมายและรัฐได้ ทำให้อาชญากรรมทางเพศลอยนวลอยู่ได้ โดยเฉพาะในคาบของผู้ร้ายผู้ดีซึ่งมีอยู่มากในสังคมปัจจุบัน

9. ความกดดันทางอารมณ์ ในปัจจุบันปัญหาด้านจิตใจและอารมณ์ได้ปรากฏชัดเจนขึ้นจากรายงานของแพทย์ตามโรงพยาบาลต่าง ๆ และพบความจริงไม่น้อยที่ว่าอาชญากรรมทางเพศมีส่วนเกี่ยวข้องกับสภาพจิตใจ และความกดดันทางอารมณ์ ในขณะที่กระทำผิดและอาจเป็นปัจจัยนำไปสู่ความรุนแรงของพฤติกรรมจนถึงแก่ชีวิต โดยเกิดจากความบีบคั้นทางจิตใจตั้งแต่เยาว์วัย ที่ขาดความรู้

ความเข้าใจเรื่องเพศศึกษา หรือมีประสบการณ์ในทางลบเกี่ยวกับเพศ ทำให้เที่ยวผู้หญิงและทำร้ายผู้หญิงทุกคน หรือเป็นสภาวะทางจิตใจที่ไม่สามารถควบคุมตนเองได้ หรืออาจได้รับการกระตุ้นทางเพศจากที่อื่น ๆ เช่น จากสุรา ยาเสพติด และโอกาสอันวญ เลยก่ออาชญากรรมทางเพศ หรืออาจเกิดจากความผิดปกติทางจิตหรือความแค้นจากอารมณ์ชั่ววูบ การต่อต้าน หรือเกลียดเปิดเปิง เด็กในวัยนี้ไม่น้อยที่จะหนีเตลิดออกจากบ้าน และจำนวนไม่น้อยที่ก่ออาชญากรรม หรือปัญหาต่าง ๆ ให้กับครอบครัว สังคม ประเทศชาติ ยังเห็นได้ว่าช่วงนี้เป็นช่วงหัวเลี้ยวหัวต่อของชีวิต⁵

ซิกมันด์ ฟรอยด์ มีแนวคิดถึงสาเหตุของการกระทำผิดทางเพศไว้สองทฤษฎีคือ

ทฤษฎีจิตวิเคราะห์ที่เกี่ยวกับแรงจูงใจ (Psychoanalytic theory of Motivation)⁶

โดยทฤษฎีนี้ ฟรอยด์ได้กล่าวเน้นเรื่องที่สำคัญสองเรื่องคือ เรื่องเพศและความก้าวร้าว เป็นทฤษฎีความต้องการที่มุ่งไปในทางสร้างสรรค์และการทำลาย

Freud กล่าวไว้ว่า sex เป็นแรงขับเบื้องต้น ซึ่งเป็นพลังทางจิต (Psychic energy) ที่เป็นตัวทำให้เกิดพลังขับเรียกว่า ลิบิโด (Libido) ซึ่งอยู่ในรูปต่าง ๆ กันตามวัย เช่น Self love มีในวัยทารก Oedipus complex มีในวัยเด็ก Homosexual มีในวัยรุ่น และ Heterosexual มีในวัยผู้ใหญ่ พลังขับเหล่านี้ถ้าไม่ได้แสดงออกจะถูกเก็บกดไว้ในจิตไร้สำนึก และเมื่อมีกำลังแรงสูงก็จะเป็นตัวผลักดันให้เกิดพฤติกรรมรูปแบบต่าง ๆ ออกมา

ส่วนความก้าวร้าวนี้เป็นตัวที่เกิดจากสัญชาตญาณ หรือแรงขับที่ได้จากสัญชาตญาณ ซึ่งความก้าวร้าวนี้เป็นสัญลักษณ์ของความป่าเถื่อนในบางคราว ฟรอยด์ ได้เปรียบเทียบว่า sex เปรียบได้กับสัญชาตญาณแห่งการดำรงชีพ (Life instinct) และเปรียบเทียบ Aggression ว่าเป็นสัญชาตญาณแห่งความตาย (Death Instinct) แต่คนทั่วไปมักเรียกแรงขับประการนี้ว่า sex และ Aggression เป็นส่วนมากซึ่งตรงกับที่ Heusman และคณะพบว่าวัยรุ่นที่ก้าวร้าวที่มีอายุ 22 ปีขึ้นไป โดยศึกษาพร้อมกับพ่อแม่ รวมจำนวนกลุ่มตัวอย่าง 600 ราย พบว่า ความก้าวร้าวเป็นตัวการนำไปสู่การมีพฤติกรรมต่อต้านสังคม รวมถึงการมีพฤติกรรมที่ขัดต่อระเบียบข้อบังคับของสังคม การประกอบอาชญากรรม การทุบตีคู่สมรส และการกระทำผิดกฎหมาย ฯลฯ นอกจากนี้ ฟรอยด์ ได้พยายามศึกษาและอธิบายอารมณ์ของมนุษย์

⁵ เพ็งอ้าง, น. 18-21.

⁶ เพ็งอ้าง, น. 9.

ฟรอยด์ ถือว่าอารมณ์พอใจที่ทารกได้รับมีพื้นฐานคลุกเคล้ากับอารมณ์ทางเพศทั้งสิ้น และสัญชาตญาณทางเพศของมนุษย์จะมีความเจริญคลี่คลายเป็นระยะ ๆ นับแต่วัยทารกจนถึงวัยผู้ใหญ่⁷

ทฤษฎีจิตวิเคราะห์เกี่ยวกับสัญชาตญาณและเซ็กซ์ ฟรอยด์ ได้สรุปว่า พฤติกรรมแทบทุกอย่างของมนุษย์มีสาเหตุจากแรงจูงใจทางเพศหรือแรงผลักดันทางเพศทั้งสิ้น ส่วนความก้าวร้าว นั้น ก็จะเกิดขึ้นควบคู่กับแรงผลักดันทางเพศตลอดเวลา

การอบรมหรือการเรียนรู้เกี่ยวกับเพศก็เป็นส่วนที่จะทำให้เด็กได้รู้จักการควบคุม เพื่อรู้จักแสดงออกพฤติกรรมทางเพศได้อย่างเหมาะสม เกิดความรู้เรื่องสรีระทางร่างกาย มีทัศนคติที่ดีในเรื่องเพศ รู้จักการเคารพยกย่องเพศตรงข้าม เมื่อเติบโตขึ้นเป็นผู้ใหญ่ก็สามารถมีความสุขในเรื่องเพศได้ตามปกติวิสัยของมนุษย์ชาติมีพฤติกรรมที่ดีในเรื่องเพศ ในขณะที่ด้วยกันถ้าสังคมใดไม่อนุญาตให้คนในสังคมได้รับความรู้ที่ไม่ถูกต้องในเรื่องเพศ มีทัศนคติที่ถูกต้อง พฤติกรรมทางเพศของคนในสังคมนั้นจะเป็นไปอย่างถูกต้อง พฤติกรรมทางเพศส่วนใหญ่มาจากการเลี้ยงดูที่ผิดแบบแผนของครอบครัว ซึ่งโดยปกติแล้วเพศชายจะมีพฤติกรรมทางเพศในรูปแบบแปลกมากกว่าหญิง อาจเป็นเพราะผู้ชายมีความสนใจ หรือมีแรงขับทางเพศมากกว่าผู้หญิง

ทฤษฎีจิตวิเคราะห์เกี่ยวกับสัญชาตญาณและเซ็กซ์

ฟรอยด์ เชื่อว่าเราสามารถทำความเข้าใจกับสัญชาตญาณของมนุษย์ได้ดีที่สุดโดยการวิเคราะห์ธรรมชาติของเซ็กซ์ ใน Three Essay on the Theory Sexaulity (1905) ฟรอยด์ ได้นำเอาข้อมูลจากคนไข้ และจากการสังเกตพฤติกรรมของเด็กทารกและวัยรุ่นมาอธิบายโน้ตส์เรื่องสัญชาตญาณและเซ็กซ์ ซึ่งฟรอยด์ เรียกว่า สัญชาตญาณทางเซ็กซ์ (sexual instinct)

ฟรอยด์เชื่อว่าสัญชาตญาณทางเซ็กซ์เป็นสิ่งที่มนุษย์มีอยู่ตั้งแต่เกิด และพัฒนาขึ้นพร้อมกับกระบวนการเรียนรู้ทางสังคม ฟรอยด์ ยังได้แบ่งแยกระหว่าง “เป้าหมายทางเซ็กซ์” (sexual objects) กับ “จุดมุ่งหมายทางเซ็กซ์” (sexual aims) เป้าหมายทางเซ็กซ์ หรือเป้าหมายของความปรารถนาทางเซ็กซ์ อาจจะเป็นใครสักคน ทั้งเพศชายและเพศหญิง ผู้ชายคนหนึ่งอาจปรารถนาที่จะมีความสัมพันธ์กับผู้ชายอีกคนหนึ่ง ซึ่งเป็นเป้าหมายทางเซ็กซ์ของเขา ผู้หญิงก็เช่นเดียวกันเป้าหมายทางเซ็กซ์จึงอาจเป็นได้ทั้งชายและหญิง ไม่จำกัดเพศและอายุ ส่วนจุดมุ่งหมายทางเซ็กซ์ หมายถึงพฤติกรรมหรือการกระทำเช่น การสัมผัสเล้าโลม กอดจูบ การมองดู จนกระทั่งการสมสู่(ทั้งที่อวัยวะเพศและทวารหนัก)

⁷ เพ็งอ้วน, น. 9.

⁸ เพ็งอ้วน, น. 11.

รวมทั้งการกระทำที่ซาดีสติกและมาโซซิสติก ซึ่งซาดีสติกหรือซาดีสม์ (sadism) คือความพึงพอใจ (ทางเซ็กส์) ที่ได้รับจากการทำทารุณกรรมต่อบุคคลอื่น ซึ่งอาจเป็นเพศเดียวกัน หรือเพศตรงข้ามหรือสัตว์ ในทางตรงกันข้ามมาโซซิสติก หรือมาโซซิสม์ (masochism) คือการได้รับความพึงพอใจทางเซ็กส์โดยการทรมานตนเองหรือยอมให้ผู้อื่นทำทารุณกรรมต่อตน ดังนั้นมโนทัศน์เรื่องเซ็กส์ในทฤษฎีจิตวิเคราะห์ของฟรอยด์ มีความหมายที่แตกต่างออกไปจากคำว่าเซ็กส์ที่ใช้กันอยู่ในชีวิตประจำวันโดยสิ้นเชิง โดยทั่วไปแล้วคนส่วนใหญ่มักใช้คำว่าเซ็กส์โดยหมายถึงและจำกัดแต่เฉพาะพฤติกรรมทางเซ็กส์ หรือการร่วมรักระหว่างชายและหญิง (Heterosexual) แต่ตามทฤษฎีจิตวิเคราะห์ของฟรอยด์เซ็กส์ มีความหมายที่กว้างกว่าการร่วมรักระหว่างชายและหญิงและครอบคลุมไปถึงสัญชาตญาณ และพฤติกรรมของเด็กทารก วัยรุ่น และผู้ใหญ่ ความพึงพอใจทางเซ็กส์มีหลายรูปแบบ เช่น การแสวงหาความพึงพอใจทางปาก (oral) ทางทวารหนัก (voyeurism) พวกชอบโชว์ (exhibitionism) พวกซาดีสม์ มาโซดีสม์ จนกระทั่งการร่วมรักทางปาก ทางทวารหนัก และอวัยวะสืบพันธุ์ เป้าหมายทางเซ็กส์ก็มีรูปแบบและลักษณะที่หลากหลายออกไปเช่นเดียวกัน คนบางคนอาจชอบร่วมรักกับเพศเดียวกัน คนบางคนอาจชอบคนต่างเพศ บางคนชอบคู่รักที่อายุน้อยกว่า บางคนชอบคู่รักที่อายุมากกว่า บางคนชอบร่วมรักกับสัตว์หรือวัตถุสิ่งของอื่น ๆ (fetishism) เป็นต้น

ฟรอยด์ได้ชี้ให้เราเห็นว่า มนุษย์พยายามแสวงหาความสุขความพึงพอใจให้แก่ตนเองอยู่เสมอ พยายามดิ้นรนขวนขวายเพื่อสร้างสภาวะแวดล้อมที่เอื้ออำนวยความสุขสบายให้แก่ตน การดิ้นรนแสวงหาและการกระทำของมนุษย์นั้นมาจากสัญชาตญาณทางเซ็กส์ที่เติบโตมาพร้อมกับเด็กทารก นั่นคือการแสวงหาความพึงพอใจทางร่างกายและในขณะเดียวกันมนุษย์ก็พยายามหลีกเลี่ยงความรู้สึกผิด (guilt) และการลงโทษ (punishment) ซึ่งฟรอยด์เขียนในปี ค.ศ. 1908 ได้แยกแยะระบบศีลธรรมของสังคมต่างๆ ออกเป็นสามประเภทด้วยกัน และได้พูดถึงผลกระทบที่ระบบศีลธรรมประเภทต่าง ๆ มีต่อสมาชิกสังคมอีกด้วย ระบบศีลธรรมทั้งสามประเภทนี้ได้แก่

1. ระบบศีลธรรม ที่เปิดโอกาสให้สมาชิกสังคมมีเสรีภาพทางเซ็กส์ได้อย่างเต็มที่ สัญชาตญาณทางเซ็กส์ได้รับการปลดปล่อยเป็นอิสระโดยปราศจากความรู้สึกผิดและความห่วงกังวลต่อการตั้งครรภ์ บุคคลทุกคนมีโอกาสเลือกคู่รักของตนได้ตามอำเภอใจโดยไม่จำกัดเพศและ วัยมีสิทธิที่จะตกตวงความสุขทางร่างกายได้อย่างเต็มที่ ระบบศีลธรรมประเภทนี้ยังไม่มีแนวคิดเรื่องครอบครัวและชีวิตคู่

2. ระบบศีลธรรมซึ่งสอนให้มนุษย์เก็บกดสัญชาตญาณทางเซ็กส์เอาไว้ เซ็กส์มีหน้าที่เพียงเพื่อการแพร่ขยายเผ่าพันธุ์เท่านั้น

3.ระบบศีลธรรมแบบคิวไลซ์ ซึ่งศีลธรรมประเภทนี้ เช็กส์ถูกเก็บกดมากยิ่งขึ้นไปอีก ถูกจำกัดอยู่ในแต่ละหว่างชายหญิงที่เป็นคู่สมรสกันเท่านั้น ชายและหญิงใช้ชีวิตร่วมกันตลอดไป และความสัมพันธ์นอกสมรสทุกรูปแบบถือว่าเป็นสิ่งผิดศีลธรรม

ฟรอยด์ ตั้งข้อสังเกตว่ามนุษย์เราทุกคนเกิดมาพร้อม ๆ กับความสามารถในการ “แปลง” สัญชาตญาณเช็กส์ไปเป็นกิจกรรมประเภทอื่น ๆ คนบางคนมีความสามารถมากกว่าคนอื่น ๆ ในการเก็บกดสัญชาตญาณของตนเองไว้ และแปลงความต้องการทางเช็กส์ออกไปเป็นกิจกรรมในรูปแบบอื่น ๆ ที่วัฒนธรรมกำหนดหรือให้ทางเลือกเอาไว้ เช่น งานทางด้านศิลปะ วรรณกรรม หรืองานสร้างสรรค์อื่น ๆ ที่คำนึงถึงทางสังคมยอมรับยกย่อง ฟรอยด์ เรียกกระบวนการซึ่งสัญชาตญาณทางเช็กส์ถูกเก็บกดและแปลงไปเป็นพฤติกรรมในรูปแบบอื่นว่า sublimation

นอกจากนั้น ประสบการณ์จากการบำบัดรักษาผู้ป่วยทำให้ฟรอยด์ค้นพบว่า คนบางคนมีความต้องการทางเช็กส์ที่รุนแรงกว่าคนอื่น และบางครั้งความต้องการนี้รุนแรงเกินกว่าที่ตัวเองจะแปลงความต้องการนั้นไปสู่พฤติกรรมที่สังคมยอมรับได้และถูกต้อง คนประเภทนี้อาจยอมผ่อนตามความต้องการหรือสัญชาตญาณทางเช็กส์ที่รุนแรงของตน และฝ่าฝืนกฎเกณฑ์จารีตประเพณีที่สังคมกำหนดเอาไว้ ฟรอยด์เชื่อว่ากลุ่มคนบางกลุ่มที่ถูกสังคมตีตราว่าเป็นพวกวิปริตผิดปกติ เช่น พวกรักร่วมเพศ เป็นที่ผู้ที่ยอมโอนอ่อนผ่อนตามสัญชาตญาณทางเช็กส์ของตนและฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ทางศาสนา ครอบครัว หรือแม้กระทั่งกฎหมาย เพื่อประพฤติปฏิบัติตามความพึงพอใจตนเอง

ฟรอยด์เชื่อว่า ผู้ที่มีสัญชาตญาณทางเช็กส์ที่รุนแรงแต่เก็บกดความต้องการของตนไว้ และปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของสังคม มักจะกลายเป็นผู้ที่มีอาการป่วยทางจิต ซึ่งฟรอยด์เรียกว่า นิวโรติส (neurosis หรือ psychoneurosis) ผู้ที่ป่วยหรือมีอาการทางจิตเหล่านี้ (sublimate) คือคนที่ยึดถือปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ระบบศีลธรรม กำหนดเอาไว้แต่การยึดถือปฏิบัติตามกรอบของจารีตประเพณีและระบบศีลธรรมนั้นทำให้คนเหล่านั้นต้องจ่ายค่าชดใช้ไปอย่างมากทีเดียว ผู้ป่วยประเภทนี้มักเป็นผู้มีสัญชาตญาณทางเช็กส์รุนแรง และไม่มีความสามารถพอที่จะแปลงสัญชาตญาณของตนไปสู่กิจกรรมประเภทอื่น ๆ เช่น กีฬา การค้นคว้าทดลอง หรืองานศิลปะและดนตรีได้⁹

กาญจนา แก้วเทพ ได้กล่าวถึงสาเหตุที่นำไปสู่การตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมทางเพศ มี 4 ปัจจัย คือ

⁹ เพิ่งอ้าง, น. 11-13.

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

2.ปัจจัยทางด้านสังคม(Social Factors) เป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่ทำให้ผู้หญิงตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดทางเพศ โดยมีปัจจัยทางสังคมอื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น ครอบครัว กลุ่มเพื่อความไม่เท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง สื่อมวลชน

3.ปัจจัยทางจิต (Mental Factors) เนื่องจากพฤติกรรมของมนุษย์หรือการปฏิบัติต่อมนุษย์ด้วยกันของบุคคลแต่ละคน จะสามารถเข้าใจได้ด้วยการทราบประวัติความเป็นมาของการเจริญเติบโต และการเลี้ยงดูตั้งแต่อดีต เนื่องจากประสบการณ์และสภาพแวดล้อม ที่มนุษย์ได้รับจะสร้างให้มีลักษณะนิสัย และความประพฤติที่แตกต่างกัน นักจิตวิทยาส่วนใหญ่จะพิจารณาพฤติกรรมของมนุษย์ว่ามีสาเหตุมาจากความผิดปกติทางจิตใจ หรือความไม่สมประกอบทางบุคลิกภาพ

4.ปัจจัยโอกาสในการกระทำความผิด (Opportunity Factors) โดยเฉพาะเพื่อผู้กระทำความผิดรู้ว่าตนเองมีโอกาสที่รอดพ้นจากการกระทำความผิดหรือถูกจับกุมก็มักจะมีผู้ก่อเหตุขึ้นซ้ำซาก แต่หากสามารถตัดช่วงโอกาสนั้นได้ ปัญหาการถูกละเมิดทางเพศก็จะลดน้อยลง การป้องกันจึงต้องตัดช่วงโอกาสดังกล่าวให้มากที่สุด

กล่าวโดยสรุป สาเหตุของการกระทำความผิดและการถูกละเมิดทางเพศของผู้หญิงเกิดจากโครงสร้างทางสังคม ซึ่งเป็นผลมาจากประวัติศาสตร์ที่ว่า ผู้ชายมีอำนาจเหนือกว่าผู้หญิง เพราะผู้หญิงถูกมองว่าเป็นเพศที่อ่อนแอกว่า ผู้หญิงเป็นเพียงวัตถุทางเพศและมีหน้าที่ในการปรนนิบัติดูแลครอบครัวเท่านั้น¹⁰

รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ให้ความหมายของเหยื่ออาชญากรรมไว้ว่า หมายถึง “บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการก่ออาชญากรรมของผู้กระทำผิด ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน รวมทั้งเสรีภาพหรือสิทธิอื่นใด” โดยสามารถแบ่งประเภทของเหยื่ออาชญากรรมได้ 7 ประเภทดังต่อไปนี้

1.เหยื่อที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรม เหยื่อประเภทนี้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับใด ๆ กับอาชญากร เป็นเพียงผู้รับเคราะห์จากอาชญากรเท่านั้น

¹⁰ กาญจนา แก้วเทพ, ม่านแห่งอคติ: ความสัมพันธ์ระหว่างสตรีกับสถาบันสังคม, (กรุงเทพมหานคร: เชนเดอร์เพรส, 2542), น. 13.

2.ผู้เป็นเหยื่อของตนเอง หมายถึง ตนเองคืออาชญากร หรือเรียกการกระทำของเหยื่อแบบนี้ว่า อาชญากรที่ปราศจากเหยื่อ เช่น โสเภณี นักการพนัน คนติดยาเสพติด เป็นต้น

3.เหยื่อที่กระตุ้นให้เกิดอาชญากรรม เหยื่อประเภทนี้มักทำการบางสิ่งบางอย่างเป็นที่ขัดใจ อาชญากรการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นตัวกระตุ้นทำให้อาชญากรทำร้ายเหยื่อ

4.เหยื่อที่จงใจให้เกิดอาชญากรรม เช่น การเดินทางในที่เปลี่ยวตามลำพัง อาจทำให้ถูกชิงทรัพย์หรือกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศได้

5.เหยื่อที่มีความอ่อนแอทางชีวภาพ เช่น คนแก่ เด็ก ผู้หญิง คนเจ็บป่วยทางจิต เหยื่อถือว่าเป็นบุคคลที่มีความอ่อนแอทางชีวภาพ แม้จะไม่เกี่ยวข้องกับอาชญากรก็ตาม แต่นับว่าง่ายต่อการตกเป็นเหยื่อของอาชญากร

6.เหยื่อที่มีความอ่อนแอทางสังคม เป็นบุคคลที่ไม่อยู่ในฐานะเท่าเทียมกับบุคคลอื่นในสังคม และอยู่ในฐานะที่ถูกเอารัดเอาเปรียบจากอาชญากรเมื่อใดก็ได้

7.เหยื่อการเมือง เป็นบุคคลที่ถูกฝ่ายมีอำนาจทางการเมือง เจาะจงว่าเป็นผู้กระทำความผิดหรืออาชญากร โดยอาศัยกฎหมายอาญาที่มีอยู่เป็นหลักในการกล่าวหา¹¹

เฮนตีก (Hen Von Hwntig)¹² ได้แบ่งเหยื่ออาชญากรรมออกเป็น 13 ประเภท ได้แก่ ผู้เยาว์ ผู้หญิง บุคคลสูงอายุ ผู้เป็นโรคจิต คนต่างด้าว กลุ่มคนน้อย พวกโง่ทึม พวกที่มีแนวโน้มไปทางต่ำ พวกโลกมาก พวกเซเพล พวกเปล่าเปลี่ยวและออกหัก พวกอยู่ในฐานะถูกทรมาณ และพวกถูกตัดโอกาส

2.3 อาชญากรรมและการลงโทษตามกฎหมายอาญา

2.3.1 ความหมายของอาชญากรรม

อาชญากรรม คือ การกระทำหรือละเว้นการกระทำอันฝ่าฝืนต่อกฎหมายซึ่งกระทำโดยปราศจากข้ออ้างหรือ มีเหตุอันสมควร แม้กฎหมายอาญาจะมีบทบัญญัติแน่นอนหรือความถูกต้อง แต่ความผิดในทางศีลธรรมทั้งหมดก็ได้เป็นความผิดอาญา ในทางกลับกันความผิดทางอาญาก็ไม่จำเป็นต้องเป็นความผิดทางศีลธรรมเสมอไป ทุกสังคมล้วนมีอาชญากรรม อาชญากรรมยังเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นมาเป็นเวลานาน ไม่เคยหายจากสังคม แม้ในประเทศที่ได้ชื่อว่ามีความผิดน้อยที่สุดก็ยังปรากฏ

¹¹ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและพัฒนาวิทยา, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555) ,น. 58-62.

¹² ดิเรล วัตสันสคัตต์, เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2558)

ให้เห็นว่ามีอาชญากรรม¹³ การกระทำความผิดอาญาที่เรียกว่าเป็นอาชญากรรมนั้น ได้มีความพยายามตั้งแต่อดีตที่จะกำหนดนิยามความหมายของอาชญากรรมขึ้น เพื่อที่จะให้ได้มาซึ่งแนวทางและความเข้าใจที่ตรงกัน แต่จนกระทั่งปัจจุบันการนิยามความหมายของอาชญากรรมก็มีความเห็นที่แตกต่างกันไป โดยที่ผู้เขียนจะนำเสนอความหมายของคำว่าอาชญากรรม ซึ่งจะแบ่งเป็นกลุ่ม ๆ ได้ดังนี้ อาชญากรรมตามความหมายของกฎหมาย อาชญากรรมตามความหมายของสังคม อาชญากรรมตามความหมายของศาสนา

2.3.1.1 อาชญากรรมตามความหมายของกฎหมาย

โดยทั่วไปคำนิยามอาชญากรรมโดยกฎหมายจะมีลักษณะคล้ายคลึงกับในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ เพราะกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา เป็นกฎหมายที่ว่าด้วยลักษณะความผิด การดำเนินคดี และการลงโทษผู้กระทำความผิด ดังนั้น อาชญากรรมจึงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งเป็นความผิดต่อรัฐอันเป็นผลให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษตามกฎหมาย ในขณะที่พิจารณการกระทำความผิดหรือฝ่าฝืนกฎหมายมักจะเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลผู้เสียหาย ซึ่งบุคคลนั้นก็จะมีความอำนาจในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในคดีแพ่งได้อีกด้วย¹⁴ ซึ่งจากลักษณะดังที่ได้กล่าวมานี้ก็ได้มีผู้ที่ได้ให้ความหมายของอาชญากรรมตามความหมายของกฎหมายไว้ดังนี้

ซีซาร์ เบคคาเรีย (Cesare Beccaria) กล่าวว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันภายใต้

กฎหมาย ดังนั้นไม่ว่าผู้ใดกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันก็ต้องรับโทษเช่นเดียวกัน นอกจากนั้นเพื่อที่จะให้บุคคลทราบว่าพฤติกรรมประเภทใดเป็นความผิดและมีบทลงโทษ ด้วยบทกฎหมายจำเป็นจะต้องเขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรให้แจ้งชัดพอที่บุคคลโดยทั่วไปจะเข้าใจได้

เจโรมี ไมเคิล (Jerome Michael) และ มอร์ติเมอร์ เจ. แอดเลอร์ (Mortimer J. Adler) กล่าวว่า ถ้าอาชญากรรมเป็นเพียงตัวอย่างของการกระทำที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายอาญาแล้ว สิ่งที่มาตามก็คือ กฎหมายอาญาเป็นบ่อเกิดของอาชญากรรม แต่ไม่ได้หมายความว่ากฎหมายทำให้เกิดพฤติกรรมที่กฎหมายห้าม ถึงแม้จะเห็นว่าการบังคับใช้กฎหมายอาจเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีอิทธิพลต่อพฤติกรรมของมนุษย์ แท้ที่จริงกฎหมายอาญาเป็นเพียงการให้คำจำกัดความของพฤติกรรมว่าเป็นอาชญากรรมเท่านั้น

¹³ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาขั้นสูง, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2559), น. 15.

¹⁴ ประธาน วัฒนาวณิชย์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาญาวิทยา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2546), น. 16.

พอล แท็ปปัน (Pual Tappan) กล่าวว่า อาชญากรรมหมายถึง พฤติกรรมที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายอาญา และผ่านการพิจารณาคดีแล้วว่าเป็นความผิดจริง ดังนั้นคนที่จะถือว่าเป็นอาชญากรในทัศนะของแท็ปปัน ก็คือผู้ที่ถูกจับกุมดำเนินคดีและถูกพิพากษาลงโทษแล้วเท่านั้น¹⁵

กล่าวโดยสรุปของความหมายของอาชญากรรมในทางกฎหมายก็มีว่า สิ่งใดที่จะเป็นอาชญากรรมได้นั้นจะต้องมีการบัญญัติออกมาในรูปของบทบัญญัติกฎหมายเท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่า “ไม่มีกฎหมายอาญาก็ไม่มีอาชญากรรม”

2.3.1.2 อาชญากรรมตามความหมายทางสังคม

นักอาชญาวิทยาที่ใช้แนวทางการศึกษาแบบสังคมวิทยานั้น จะให้ความสนใจในการศึกษาสาเหตุของอาชญากรรมและพฤติกรรมของอาชญากรรม นอกจากนั้นยังให้ความสนใจต่อการให้ความหมายของอาชญากรรมตามนัยทางสังคม ได้แก่

ทอร์สเตน เซลลิน (Thorsten Sellin) ได้ให้ความหมายของอาชญากรรมว่าเป็นพฤติกรรมที่ละเมิดบรรทัดฐานความประพฤติ มิใช่ละเมิดกฎหมาย บรรทัดฐานความประพฤตินี้จะพบได้ในทุกสังคมอย่างเป็นสากล ซึ่งไม่เป็นบรรทัดฐานที่สร้างขึ้นเพื่อกลุ่มหรือสังคมใดสังคมหนึ่ง และไม่อยู่ในขอบเขตทางการเมือง และไม่จำเป็นต้องปรากฏอยู่ในกฎหมาย¹⁶

วิลเลม อาเดรียน บอนเกอร์ (Willem Adriaan Bonger) ได้ให้ความหมายของอาชญากรรมว่า อาชญากรรมเป็นพฤติกรรมต่อต้านสังคม อาชญากรรมเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในกลุ่มของบุคคลที่รวมกันเป็นสังคม และเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อคนโดยส่วนรวม หรือผู้มีอำนาจในสังคม อันเป็นผลให้ผู้ประกอบอาชญากรรมต้องถูกลงโทษโดยกลุ่ม หรือโดยเครื่องมือลงทัณฑ์ซึ่งมีความรุนแรงมากกว่ามาตรการทางศีลธรรม¹⁷

2.3.1.3 อาชญากรรมตามความหมายทางศาสนา

ศาสนาทุกศาสนาย่อมที่จะมีจุดมุ่งหมายเดียวกันในการสอนให้คนทุกคนทำแต่กรรมดี และเว้นการกระทำในสิ่งที่ผิด เพื่อให้คนอยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างปกติสุข และจากความเชื่อในคำสอนของศาสนานี้ก็จะเป็นผลให้ผู้คนรู้จักความรับผิดชอบในพฤติกรรมของตนเอง รู้ว่าอะไรควรทำ อะไรไม่ควรทำ ซึ่งจะเห็นได้ว่าอาชญากรรมกับศาสนามีความเกี่ยวข้องกันอย่างใกล้ชิด ในสังคมดั้งเดิมซึ่งไม่มี

¹⁵ เพ็งฮ้าง, น. 7.

¹⁶ เพ็งฮ้าง, น. 9.

¹⁷ เพ็งฮ้าง, น. 9.

กำหนดให้คนในสังคมประพฤติตาม ศาสนาทุกศาสนาจะอบรมสั่งสอนให้คนในศาสนามีความละอายใจ และเกรงกลัวต่อบาป กลัวต่อการทำชั่ว สอนให้คนมีความเมตตา กรุณา มีจริยธรรม ศีลธรรม ไม่คิดที่จะเบียดเบียนผู้อื่น ซึ่งจะเห็นได้ชัดในหลักคำสอนของพุทธศาสนา อันได้แก่ ศีล 5¹⁸ ซึ่งจัดได้ว่าเป็นข้อห้ามของทางพุทธศาสนา ในการที่จะระงับ การกระทำที่สร้างความเดือดร้อนให้แก่ตนเองและผู้อื่น ซึ่งก็หมายถึงการระงับอาชญากรรมนั่นเอง

จากการนิยามความหมายของคำว่าอาชญากรรมของทั้งสามกลุ่มดังกล่าวนี้พอที่จะสรุปเป็นภาพรวมได้ว่า อาชญากรรม คือพฤติกรรมที่กระทบต่อบุคคลในสังคม เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายและเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรม เป็นผลให้บุคคลโดยส่วนรวมในสังคมได้รับความเดือดร้อน ด้วยเหตุนี้ผู้ที่กระทำความผิดดังกล่าวก็ต้องที่จะได้รับโทษในสิ่งที่ตนได้กระทำลงไป เมื่อทราบถึงอาชญากรรมว่ามีความหมายอย่างไรแล้วนั้นก็มีความจำเป็นที่จะต้องทราบถึงประเภทของอาชญากรรมว่ามีการจัดเป็นหมวดหมู่อย่างไร โดยดูจากสิ่งต่าง ๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมของมนุษย์ อันได้แก่วิธีการดำเนินชีวิตของมนุษย์ในสังคมหรือวิถีประชา (Folkways) กฎระเบียบต่าง ๆ ที่สังคมเป็นผู้กำหนดให้สมาชิกในสังคมปฏิบัติตาม (laws) และศีลธรรม (mores) ซึ่งนักอาชญาวิทยา ลาร์รี ซีเกล (Larry Siegel) ได้กระทำการแบ่งประเภทอาชญากรรมโดยจัดกลุ่มดังนี้¹⁹

1) อาชญากรรมรุนแรง (violent crimes) เช่น การฆ่า การข่มขืน การประทุษร้ายต่อร่างกาย ซิงทรัพย์ อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียด (hate crime) หรืออาชญากรรมที่เกิดจากความลำเอียง (bias crime) อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดความลำเอียง ถือว่าเป็นอาชญากรรมที่มีความรุนแรงในปัจจุบัน เช่น กรณีคนผิวขาวเกลียดคนผิวสีเหลือง เพราะเข้าใจว่า คนผิวเหลืองเข้ามาแย่งอาชีพจึงทำร้ายทุกคนที่ผิวเหลืองโดยไม่ต้องโกรธแค้นกันมาก่อน นอกจากนี้อาชญากรรมรุนแรงยังกำหนดให้อาชญากรรมที่เป็นผลจากความขัดแย้งทางการเมือง หรือความรุนแรงทางการเมืองอยู่ในประเภทนี้ เช่น ผู้ก่อการร้ายเกิดจากกลุ่มของคนที่อยู่คนละฝ่ายกับนักการเมืองหรือรัฐบาล ใช้วิธีรุนแรงกับคนบริสุทธิ์เพื่อบังคับให้รัฐบาลยอมตกลงกับเงื่อนไขที่ตนได้เสนอ นอกจากนี้ยังมีพวกกองโจรป่าที่มักจะอยู่นอกเมืองคอยข่มขู่ทำร้ายเจ้าหน้าที่ตำรวจ ทหาร หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อเรียกร้องสิ่งที่ต้องการ เป็นต้น

2) อาชญากรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์ (property crimes) เช่น การลักขโมยสามารถแบ่งลักษณะของอาชญากรรมประเภทนี้ออกได้เป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ

¹⁸ เพิ่งอ้าง, น. 13 - 14.

¹⁹ เพิ่งอ้าง, น. 23 - 30.

(1) อาชญากรครั้งคราว (occasional criminals) มักเป็นผู้กระทำความผิดที่ส่วน ใหญ่ ไม่มีการวางแผนมาก่อน เป็นมือสมัครเล่น ทำเพื่อความสนุก ทำหายกฎหมาย เช่น การขโมยของใน ห้างสรรพสินค้า อาชญากรรมประเภทนี้จะกระทำเมื่อมีโอกาสที่เหมาะสม

(2) อาชญากรอาชีพ (professional criminals) อาชญากรกลุ่มนี้จะพัฒนาทักษะ

ในการกระทำความผิด มองว่าการกระทำของตนไม่ได้ทำให้ใครเดือดร้อน เป็นการแบ่งกัน ใช้ ประกอบอาชญากรรมเหมือนคนสุจริตประกอบอาชีพสุจริต

ซัทเทอร์แลนด์ (Sutherland) อธิบายว่าอาชญากรอาชีพมี 2 มิติ ²⁰ ดังนี้

มิติที่ 1 รูปแบบของอาชญากรรมยกตัวอย่างเช่น ล้วงกระเป๋าขโมยของจากที่ต่าง ๆ ปล้นธนาคาร ต้ม ตุ่นหลอกลวง ขักขอกทรัพย์ การพนัน เป็นต้น

มิติที่ 2 พฤติกรรมการกระทำผิด โดยใช้ความฉลาด ไหวพริบ ทักษะ ความชำนาญ ความสามารถเฉพาะตัวโดยไม่ได้ให้ความสำคัญกับความรวดเร็วและการใช้กำลังในการทำงาน นอกจากนี้ยังมีเส้นสายหรือผู้มีอำนาจคอยให้การสนับสนุน การแต่งตัวและมารยาททางสังคมเพื่อเป็น การติดตามไม่ให้เป็นที่ยกย่อง

3) อาชญากรรมคอปกขาว อาชญากรรมองค์กร และอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ เอเดิล เอิร์ดซ์ (Edleherzt) อธิบายว่า อาชญากรรมดังกล่าว เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือผิดจรรยาบรรณ หรือจริยธรรมของการทำงาน เป็นการกระทำโดยคน ๆ หนึ่งหรือกลุ่มองค์กรในขณะปฏิบัติหน้าที่ใน ความรับผิดชอบของตน เป็นผู้มีสถานภาพทางสังคมสูง หรือได้รับการยกย่องนับถือจากสังคม โดย อาชญากรรมในลักษณะนี้จะออกมาในรูปของการโกง หรือการฉ้อฉลในลักษณะต่าง ๆ เป็นการก่อ อาชญากรรมโดยใช้ปัญญาเพื่อที่จะหลอกลวงให้ผู้อื่นหลงเชื่อ จะไม่มีการใช้กำลังเหมือนอาชญากรรม ธรรมดา เช่น การคอร์รัปชัน การฉ้อราษฎร์บังหลวง ความผิดเกี่ยวกับการทุจริตภายในองค์กร ความผิด เกี่ยวกับการเงินการธนาคาร ความผิดเกี่ยวกับสิทธิบัตรการค้าและเครื่องหมายการค้า ความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงประชาชน อาทิเช่น การผูกขาดการซื้อขายสินค้า การกักตุนสินค้า การฉ้อโกงประชาชนใน การกู้ยืมเงิน

4) อาชญากรรมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม (public order crimes) สังคมได้กำหนดขอบเขตพฤติกรรมที่ขัดแย้งต่อบรรทัดฐานของสังคม ขนบธรรมเนียม ค่านิยม

²⁰ เพ็งฮ้าง, น. 25.

ว่าเป็นพฤติกรรมอาชญากรรมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม หรืออาชญากรรมปราศจากเหยื่อ หรืออาชญากรรมเหยื่อหรืออาชญากรรมไร้เหยื่อ (victimless crimes) พฤติกรรมเหล่านี้ได้แก่

พวกรักร่วมเพศ (homosexuality) คือ การมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกัน ตามคำสอนของศาสนาคริสต์ถือว่าเป็นบาป ด้วยเหตุนี้คนบางกลุ่มจึงเกลียดคนกลุ่มนี้มากทำให้เกิดอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียด

โสเภณี (prostitution) คือบุคคลที่เสนอร่างกายตนเองเพื่อแลกกับทรัพย์สิน สาเหตุของการเกิดโสเภณีมักเกิดจากการเติบโตในชุมชนที่เสื่อมโทรม ถูกเลี้ยงจากครอบครัวที่แตกแยก มีความพ้อฝันในเรื่องเงินและความสำเร็จแบบง่าย ๆ พบตัวอย่างโสเภณีในชุมชนที่ตนอาศัยอยู่จนกลายเป็นโสเภณีในที่สุด

การถ่ายภาพโป๊ ภาพยนตร์โป๊ (pornography) มีการให้ความเห็นไปในทางเดียวกันว่าการดูภาพโป๊ มีอิทธิพลต่อการก่อให้เกิดอาชญากรรม โดยการแสดงความทารุณทางเพศต่อหญิงโดยสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ทำให้เกิดการเลียนแบบอย่างก้าวร้าว รุนแรง และกระทำต่อหญิงหรือเหยื่อต่อไป

การใช้ยาเสพติด (substance abuse) คนที่ใช้ยาเสพติดนอกจากจะทำลายสุขภาพของตนเองแล้ว ยังทำให้คนอื่นในสังคมเกิดความกลัว และรังเกียจคนติดยาเสพติดด้วย นอกจากนี้ยังเป็นการสร้างความเสียหายและภาระให้แก่สังคม เป็นหนทางนำไปสู่อาชญากรรมประเภทอื่น ๆ ที่ติดตามมาเช่น อยากรยาเสพติดมากจนคลุ้มคลั่งฆ่าผู้อื่นเพราะไม่มีเงินไปซื้อยาเสพติด เป็นต้น

อาชญากรรมเป็นผลผลิตจากบุคคลในสังคม เพราะมนุษย์เป็นสัตว์สังคมไม่สามารถอยู่ด้วยตัวเองแต่เพียงผู้เดียวได้ มนุษย์ต้องอาศัยการพึ่งพาอาศัยกัน ดังนั้นการอยู่ร่วมกันในสังคม ย่อมที่จะเกิดการกระทบกระทั่งกันได้เป็นเรื่องปกติ โดยการกระทบกระทั่งกันดังกล่าวนั้นในบางครั้งก็รุนแรงจนถึงขนาดเป็นอาชญากรรมตามที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้น แต่อย่างไรก็ตามการที่จะควบคุมคนในสังคมก็จะต้องควบคุมโดยบทบัญญัติของกฎหมายที่บุคคลในสังคมให้การเคารพ โดยที่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวเรียกว่า กฎหมายอาญา ดังนั้นผู้ที่กระทำความผิดก็จะต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้

2.3.2 กฎหมายอาญา

ลักษณะของกฎหมายอาญา

ความประพฤตินี้ฝ่าฝืนกฎหมายเท่านั้นจึงจะเป็นความผิดและต้องรับโทษ โดยที่ความประพฤตินี้ได้กระทำไปในแนวทางที่ขาดศีลธรรม ขาดสติ ในแง่ของกฎหมายจะไม่นับเป็นอาชญากรรม

เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติห้ามการกระทำนั้น²¹ ดังนั้น จึงสามารถที่จะกล่าวได้ว่ากฎหมายอาญานั้นแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายอาญา คือความผิดอาญา (crime) และส่วนที่ว่าด้วยผลทางกฎหมาย ในกฎหมายอาญาเรียกว่า มาตรการบังคับทางอาญา (sancion)²²

กฎหมายอาญา คือ บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษวิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับอื่น และเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่นนั้น²³

กฎหมายอาญามีหลักสำคัญประการหนึ่งที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ก็คือหลักไม่มีความผิด และไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ซึ่งมาจากภาษิตที่ว่า Nullum crimen, nulla poena, sine lege หรือเรียกย่อ ๆ ว่า หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย Nulla poena, sine lege²⁴ หลักนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายอาญามีหลักสำคัญมาจากการบัญญัติกฎหมาย การบัญญัติกฎหมายอาญามีผลมาจากอำนาจในการลงโทษของรัฐ และรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายเพราะถ้ารัฐไม่มีกฎหมายแล้วการอยู่ร่วมกันของคนในรัฐจะถูกกระทบกระเทือนได้โดยง่าย ดังนั้นรัฐจึงต้องเป็นผู้ที่รับผิดชอบ หากผู้ใดกระทำความผิดอาญาผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษโดยรัฐ และรัฐเท่านั้นที่เป็นผู้มีอำนาจลงโทษอาญาแก่บุคคล ด้วยเหตุนี้กฎหมายอาญาจึงเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน กฎหมายอาญาจึงเป็นกฎหมายมหาชน²⁵

ลักษณะสำคัญของหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย สามารถที่จะจำแนกรายละเอียดได้ว่ากฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจน ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีมาลงโทษทางอาญาแก่บุคคลห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล และกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง โดยจะอธิบายเป็นลำดับไปดังนี้²⁶

1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติว่า “บุคคลต้องได้รับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้” คำว่า “บัญญัติ” ในกฎหมายนั้นแสดงว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เกิดจากการ

²¹ ประธาน วัฒนาวณิชย์, *เพ็ญอ้าง*, น. 46.

²² คณิศ ฌ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2554), น. 30.

²³ *เพ็ญอ้าง*, น. 30.

²⁴ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *หลักกฎหมายอาญา*, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2546), น. 17.

²⁵ คณิศ ฌ นคร ก, *เพ็ญอ้าง*, น. 35 - 36.

²⁶ คณิศ ฌ นคร จ, *ประมวลกฎหมายอาญา หลักและพื้นฐานการเข้าใจ*, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2559), น. 267.

บัญญัติ ดังนั้น กฎหมายจารีตประเพณีเป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอ เป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน²⁷ โดยที่กฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้เกิดจากการบัญญัติ แต่เกิดจากการปฏิบัติจึงต้องห้ามมิให้นำมาใช้ในกฎหมายอาญา แต่อย่างไรก็ตาม การห้ามใช้กฎหมาย จารีตประเพณีครอบคลุมเพียงในเรื่องการกระทำที่เป็นความผิดอาญา และในเรื่องการกระทำที่ต้องรับ โทษหนักขึ้นเท่านั้น คือห้ามใช้ในทางที่เป็นโทษ แต่ในทางที่เป็นคุณย่อมสามารถนำหลักจารีตประเพณี มาปรับใช้ในทางอาญาได้

2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา กล่าวคือ การห้ามใช้กฎหมายที่ เกินขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงพาได้จากการตีความกฎหมาย กฎหมายอาญาจึงแตกต่างจากกฎหมาย แพ่ง คือ ในกฎหมายแพ่งมีหลักอยู่ว่าจะปฏิเสธว่าไม่มีกฎหมายมาปรับไม่ได้²⁸ แต่ในกฎหมายอาญานั้น จะอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง²⁹ ในทางที่เป็นโทษไม่ได้ แต่ในทางที่เป็นคุณยอมทำได้

3) กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจน กล่าวคือ จากที่กล่าวมาแล้วว่าหลักไม่มีโทษ

โดยไม่มีกฎหมายเป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ฉะนั้น การบัญญัติ กฎหมายต้องมีความชัดเจน เพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปทราบว่าการกระทำใดบ้างที่เข้าข่ายที่มีความผิด ต่อกฎหมายและต้องรับโทษ Professor Hans Welzel ได้กล่าวไว้ว่า ภัยที่คุกคามหลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย แท้จริงแล้วไม่ใช่การใช้หลักกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่คือความไม่ชัดเจน แน่นนอนในกฎหมายอาญา³⁰

4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง จากถ้อยคำในมาตรา 2 ที่ว่า “กฎหมายที่ใช้ในขณะ กระทำ” นั้นแสดงให้เห็นถึงข้อห้ามย้อนหลังของกฎหมายอาญา การกระทำที่บุคคลจักต้องรับโทษต้อง เป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญา ตามกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้น ถ้าในขณะกระทำยังไม่มี กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด แต่ต่อมามีการบัญญัติเป็นความผิดอาญาไม่ได้ กล่าวคือ กฎหมายอาญา

²⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2525), น. 21.

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรค 2 “เมื่อไม่มีกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ให้วินิจฉัยคดี นั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมาย ที่ ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

²⁹ การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หมายถึง การใช้เหตุผลโดยอ้างความ คล้ายคลึงกัน

³⁰ คณิศ ณ นคร จ., “หลักประกันในกฎหมายอาญา,” วารสารอัยการ, เล่ม 4, ปีที่ 38, น. 81 (มกราคม 2524).

จะมีผลใช้บังคับในปัจจุบันและอนาคตเท่านั้น ไม่มีผลย้อนหลังไปในอดีต เว้นแต่กฎหมายที่ใช้ขณะกระทำความผิดแตกต่างกับกฎหมายที่ใช้ภายหลังการกระทำความผิด กฎหมายให้ใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ให้ใช้กฎหมายที่จะลงโทษผู้กระทำให้เบาที่สุดนั่นเอง

กฎหมายอาญามีภารกิจอยู่ 3 ประการดังนี้³¹

1) ภารกิจในการคุ้มครองสังคม กล่าวคือ มนุษย์นั้นเป็นสัตว์สังคมการกระทบกระทั่งกันไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่งย่อมที่จะเกิดขึ้นได้ อย่างไรก็ตามมนุษย์นั้นก็ยังมี “ระเบียบของสังคม” อยู่แต่เพียงแต่ระเบียบของสังคมนั้นในบางเวลาไม่สามารถที่จะแก้ไขปัญหาของสังคมได้อย่างเด็ดขาด ดังนั้นสังคมจำเป็นต้องมีกฎหมายไว้คอยควบคุมอีกชั้นหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายอาญานั้นมีภารกิจในการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมควบคู่ไปกับระเบียบของสังคม แต่อย่างไรก็ตามการใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการควบคุมสังคมต้องใช้อย่างจำเป็นเท่านั้น เพราะกฎหมายอาญานั้นเป็นกฎหมายที่กระทบถึงสิทธิส่วนบุคคลของคนในสังคมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งอาจที่จะเป็นหนทางที่ขัดกับหลักประชาธิปไตยได้

2) ภารกิจในการปราบปรามและในการป้องกันกระทำความผิด กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดขึ้น ผู้ที่กระทำความผิดก็ต้องได้รับโทษตามกฎหมายก็เท่ากับว่าเป็นการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามผู้ที่กระทำความผิด และในการปราบปรามดังกล่าวนี้ยังที่จะได้ผลโดยอ้อมกล่าวคือเมื่อบุคคลโดยทั่วไปเห็นว่ากระทำความผิดดังกล่าวนั้นมีความผิดและต้องรับโทษตามกฎหมาย ผู้ที่จะลงมือกระทำความผิดนั้นก็จะเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิด ซึ่งก็จัดได้ว่าเป็นการป้องกันการกระทำความผิดได้ และยังเป็นการทำลายเพื่อที่จะไม่ให้ผู้ที่กระทำความผิดมาครั้งหนึ่งแล้วกลับมากระทำความผิดอีก

3) ภารกิจในการคุ้มครองคุณค่าทางกฎหมาย กล่าวคือ คุณค่าทางกฎหมายเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ แต่คุณค่าทางกฎหมายนั้นไม่สามารถรับรู้ด้วยประสาทสัมผัสที่มนุษย์มีอยู่แต่เป็นสิ่งที่ฝังอยู่ในจิตวิญญาณของความเป็นมนุษย์ว่า สิ่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่ควรที่จะรักษาไว้ และเป็นสิ่งที่ไม่ควรที่จะไปกระทบต่อคุณค่าของผู้อื่น ดังนั้นกฎหมายถึงมีหน้าที่ในการที่จะแสดงสิ่งที่คุณธรรมนั้นคอยที่จะคุ้มครองอยู่ออกมาให้ประจักษ์แก่ผู้คนในสังคม และคอยควบคุมไม่ให้ผู้ใดในสังคมนั้นมาทำลายคุณค่าทางกฎหมายนั้น เช่นชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งที่พึงหวงแหนการทำลายชีวิตเป็นสิ่งที่กระทบต่อคุณค่าที่กฎหมายต้องการรับรองคุ้มครอง ดังนั้นผู้ใดมาผู้อื่น ผู้นั้นก็ต้องรับโทษตามกฎหมาย

³¹ คณิศ ฌ นกร ก, เพิ่งอ้าง, น. 40 – 46.

การแบ่งประเภทของความผิดอาญา

สังคมมนุษย์มีความผิดที่แตกต่างความร้ายแรงที่หลากหลาย ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการแบ่งแยกความผิดออกเป็นประเภท ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งความเข้าใจ และเข้าถึงความผิดในแต่ละลักษณะว่ามีความแตกต่างกันอย่างไรให้ได้มาซึ่งมาตรการที่เข้ามาควบคุมการกระทำความผิดในแต่ละลักษณะได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยการแบ่งแยกประเภทความผิดอาญามีหลายลักษณะด้วยกันดังต่อไปนี้

1) การแบ่งตามความร้ายแรงของการกระทำความผิด

การแบ่งประเภทตามความร้ายแรงของการกระทำความผิดนี้ แบ่งออกเป็น 3 ประเภท

1.1 ความผิดฐานเป็นกบฏ (Treason) ตามกฎหมาย Common Law เดิมของอังกฤษความผิดประเภทนี้แบ่งออกเป็น 2 ประเภท

(ก) High Treason คือ การกระทำความผิดต่อพระมหากษัตริย์ (การกบฏ)

(ข) Petit Treason คือ การฆาตกรรมผู้ปกครองหรือผู้อยู่เหนือโดยผู้อยู่

ใต้อำนาจ เช่น ภรรยาฆ่าสามี บ่าวฆ่านาย ในปัจจุบันความผิดฐานนี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว โดยถูกเปลี่ยนมาเป็นความผิดฐานฆ่าคนตาย

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ความผิดที่กระทำต่อเบื้องสูง (Treason) เป็นความผิดฐานกระทำการอันเป็นปรปักษ์ต่อประเทศ หรือความผิดฐานกบฏ

1.2 ความผิดร้ายแรง (Felonies) เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงเป็นอันดับ

รองลงมาจากความผิดฐานเป็นกบฏ และความผิดประเภทนี้มีโทษปานกลางจนถึงรุนแรง

เดิมภายใต้กฎหมายคอมมอนลอว์ ความผิดประเภทร้ายแรงเป็นความผิดที่มีโทษประหารชีวิต ยกเว้น การกระทำความผิดที่เป็นการประทุษร้ายโดยเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส หรือเป็นความผิดเล็กน้อย ให้ลงโทษผู้กระทำความผิดโดยการโบยหรือจำคุก แต่ต่อมาก็มีการเปลี่ยนแปลงบทลงโทษในหลายยุคหลายสมัย และมีการเพิ่มบทลงโทษด้วยลงโทษปรับ ความผิดร้ายแรงเช่น การฆ่าผู้อื่นให้ถึงแก่ความตาย การวางเพลิง การข่มขืนกระทำชำเรา การลักทรัพย์ เป็นต้น

1.3 ความผิดลหุโทษ (Misdemeanors) เป็นความผิดที่มีความรุนแรงน้อย โดยเป็นความผิดที่มีความรุนแรงน้อยกว่าความผิดฐานกบฏ (Treason) และความผิดประเภทร้ายแรง (Felonies) ลงมาเป็นความผิดที่มีโทษปานกลางจนถึงโทษเบา โดยส่วนใหญ่แล้วจะไม่มีโทษจำคุกหรือหากมีโทษจำคุก จะเป็นโทษจำคุกในสถานที่กักกันตัวหรือในห้องขังไม่ใช่ในเรือนจำ และระยะเวลาการจำคุกน้อยกว่า 1 ปี ในบางประเทศมองว่าความผิดลหุโทษนี้ไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาแต่มีลักษณะ

เป็นความผิดทางแพ่ง โดยกำหนดบทลงโทษเป็นโทษปรับ หรือใช้วิธีหักคะแนนความประพฤติ โดยไม่มีการแบ่งแยกความผิดที่มีลักษณะที่เบากว่าความผิดหลัโทษออกเป็นอีกประเภทซึ่งเรียกชื่อต่าง ๆ กันออกไป เช่น Minor offences, Petty offences, Public Torts, Infractions, Violation เป็นต้น อย่างไรก็ตามในการแบ่งประเภทความผิดอาญาของสหรัฐอเมริกาตามต้นแบบประมวลกฎหมายอาญา (Model Penal Code) ได้แบ่งประเภทความผิดอาญาออกเป็น 4 กลุ่ม คือ กลุ่มที่ 1 ความผิดประเวณีร้ายแรง (Felony) กลุ่มที่ 2 ส่วผิดหลัโทษ (Misdemeanors) กลุ่มที่ 3 ความผิดเล็กน้อย (Petty Misdemeanors) กลุ่มที่ 4 ความผิดที่ละเมิดต่อกฎหมาย (Violation) จากการแบ่งออกเป็น 4 กลุ่มดังกล่าว โดยบัญญัติให้ความผิดกลุ่มที่ 1 – 3 เป็นความผิดอาญา ส่วนในกลุ่มที่ 4 ไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาแต่เป็นความผิดทางแพ่งมีบทบังคับโทษในทางแพ่ง

2) การแบ่งตามขั้นตอนการดำเนินคดี

การแบ่งประเภทความผิดอาญาในลักษณะนี้ เป็นการสะท้อนถึงการแบ่งประเภทความผิดอาญาตามความร้ายแรงของการกระทำผิด ในอีกลักษณะหนึ่งซึ่งในกระบวนการในการดำเนินคดีที่มีลักษณะต่างกันเป็นจำแนก เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษได้มีการแบ่งประเภทความผิดอาญา ตามวิธีการดำเนินคดีออกเป็น 3 ประเภท³²

2.1 ความผิดที่ต้องพิจารณาโดยวิธียื่นฟ้องต่อศาล (Offences triable only indictment) ได้แก่ ความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ที่มีอัตราโทษสูง การพิจารณาคดีต้องกระทำโดยใช้ลูกขุน ได้แก่ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดฐานปล้นทรัพย์ เป็นต้น

2.2 ความผิดที่ต้องพิจารณาโดยวิธีรวบรัด (Offences triable only Summary) ได้แก่ ความผิดอาญาที่มีโทษเล็กน้อย ๆ โดยความผิดประเภทนี้พิจารณาได้โดยไม่ต้องมีคำฟ้อง และในความผิดเล็กน้อยถ้าเป็นเพียงโทษปรับหรือจำคุกไม่เกิน 3 เดือน หากผู้กระทำความผิดยอมรับสารภาพศาลจะพิจารณาลงโทษจำเลยโดยที่จำเลยไม่ต้องมาศาลก็ได้ เช่น ความผิดเกี่ยวกับกฎหมายจราจร เป็นต้น

2.3 ความผิดที่อาจเลือกพิจารณาโดยวิธียื่นคำฟ้องต่อศาลหรือวิธีรวบรัดวิธีใดวิธีหนึ่ง โดยที่ความผิดประเภทนี้ ก่อนที่จะเริ่มเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีจะมาพิจารณาว่าจะดำเนินคดีแบบใดจึงจะเหมาะสมที่สุด โดยจะสอบถามจากโจทก์จำเลย พิจารณาจากลักษณะของความผิดก่อน เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ เป็นต้น

³² สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2531), น. 177 – 178.

3) การแบ่งประเภทความผิดตามภัยอันตรายต่อสังคม

การแบ่งประเภทความผิดตามวิธีการนี้เป็นผลมาจาก การนำการกระทำความผิดอาญา มาเป็นเกณฑ์ในการจำแนกเป็นกลุ่ม และเมื่อเกิดการกระทำความผิดขึ้นก็จะสามารถที่จะแยกการกระทำ ความผิดนั้นได้ว่าอยู่ในกลุ่มความผิดประเภทใด เช่น ความผิดต่อบุคคล ความผิดที่อยู่อาศัย ความผิด ต่อทรัพย์สิน ความผิดต่อความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ เป็นต้น ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ได้มีการแบ่งประเภทความผิดอาญาออกเป็นกลุ่มเช่นกัน ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่ง ราชอาณาจักร ความผิดเกี่ยวกับศาสนา ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่ประชาชน ความผิด เกี่ยวกับชีวิตร่างกาย เป็นต้น

1. การแบ่งตามความชั่วร้ายแห่งศีลธรรม

การแบ่งแยกความผิดประเภทนี้ถือว่าเป็นการแบ่งแยกลักษณะของความผิดอาญาในยุค แรกเริ่ม ซึ่งเป็นผลที่ได้รับมาจากในเรื่องของความเชื่อทางศาสนา โดยความผิดส่วนใหญ่มีที่มาจาก ศีลธรรมหรือเป็นความผิดในตัวเอง และก็มี ความผิดในอีกลักษณะหนึ่งซึ่งถูกมองว่าเป็นความผิดในทาง เทคนิก³³ หรือที่เราเรียกว่าเป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติขึ้น โดยที่ความผิดที่กฎหมายบัญญัติขึ้นนี้ ส่วนใหญ่ก็จะเป็นในเรื่องของการรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของคนโดยส่วนรวมเป็นหลัก เช่นกฎหมาย รวบรวมโรงงานอุตสาหกรรมต่าง ๆ ไม่ให้ปล่อยสารพิษมาเป็นอันตรายแก่ชุมชน ซึ่งผู้ที่กระทำความผิด ดังกล่าวก็ต้องรับผิด แม้มิได้กระทำโดยเจตนา (strict liability)³⁴ ซึ่งผู้เขียนขอที่จะกล่าวเป็นลำดับต่อไป ดังนี้

1) ความผิดในตัวเอง (mala in se)

“mala in se” จัดได้เป็นความผิดอาญาที่เป็นความผิดในตัวเอง หรือที่มีความชั่วร้ายตาม ธรรมชาติ (inherently evil) Black’s Law Dictionary ได้ให้ความหมายว่า เป็นการกระทำความผิดใน ตัวเอง การกระทำผิดที่ผิดศีลธรรม และการกระทำที่ละเมิดต่อความรู้สึกลึกซึ้งของชาวดี mala in se ถือว่า เป็นความผิดที่มีอยู่ตามธรรมชาติซึ่งมนุษย์สามารถรับรู้ได้ด้วยตนเองว่าการกระทำการใดเป็นความผิด เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เป็นต้น ความผิดประเภทนี้เวลาบัญญัติ

³³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ช, กฎหมายอาญา หลักและปัญหา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2549), น. 3.

³⁴ เพิ่งอ้าง, น. 3.

กฎหมายไม่ต้องบัญญัติบังคับให้กระทำหรือห้ามมิให้กระทำเสียก่อนแล้วจึงจะบัญญัติจะบัญญัติว่าถ้าฝ่าฝืนแล้วมีความผิด แต่จะบัญญัติลงไปเลยว่าการกระทำอย่างนี้มีความผิด³⁵

2) ความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม (mala Prohibita)

“mala Prohibita” ไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาที่เป็นความชั่วร้ายตามธรรมชาติ แต่ถือว่าเป็นความผิดก็เพราะเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติของกฎหมาย Black’s Law Dictionary ได้ให้ความหมายไว้ว่า เป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดเพราะมีข้อห้าม หรือการกระทำที่เป็นความผิดเพราะมีกฎหมายบัญญัติขึ้น การกำหนดความผิดมีลักษณะเป็นข้อตกลงไม่ใช่เป็นความผิดโดยธรรมชาติ ความผิดประเภทนี้ไม่ได้บัญญัติจากเรื่องที่เกี่ยวข้องศีลธรรมเลย แต่ที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดเท่านั้น โดยมองไม่เห็นความชั่วของผู้กระทำความผิดได้โดยตนเอง เช่น การมีอาวุธโดยไม่ได้รับอนุญาต การนำของต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักร เป็นต้น ความผิดประเภทนี้เวลาบัญญัติกฎหมายจะต้องบัญญัติบังคับให้กระทำหรือห้ามมิให้กระทำก่อนแล้วจึงจะบัญญัติว่าถ้าฝ่าฝืนจะมีความผิด³⁶

เมื่อสังคมมีการพัฒนาขึ้น พฤติกรรมของมนุษย์ก็ย่อมที่จะเปลี่ยนแปลงไป ส่งผลให้แนวความคิดแบบดั้งเดิมที่แบ่งประเภทความผิดอาญาเป็นความผิดในตัวเอง กับความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามไว้จึงเปลี่ยนแปลงไป เพราะนักกฎหมายคอมมอนลอว์มองว่าการแบ่งแยกความผิดอาญาแบบดั้งเดิมนั้นไม่สามารถแบ่งแยกได้อย่างชัดเจน เป็นผลให้มีการแบ่งประเภทของความผิดอาญาเสียใหม่ โดยแยกแยะเพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นและมีประสิทธิภาพกับโลกในปัจจุบัน โดยแบ่งความผิดอาญาออกเป็น ความผิดอาญา โดยแท้ (Real crime) และความผิดเพราะละเมิดต่อระเบียบ

สาธารณะ (Public Torts)

การละเมิดสาธารณะ (Public Torts) เป็นการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับความปลอดภัย สุขภาพ และอนามัยของประชาชน รวมทั้งเศรษฐกิจและความมั่นคงทางการเงินของรัฐ เช่น การขายเหล้าแก่ผู้ซื้อซึ่งเมาอยู่แล้ว การขายยาอันตรายแก่ประชาชน การทำให้สิ่งแวดล้อมเป็นพิษ เป็นต้น³⁷ โดยกฎหมายที่เข้ามาควบคุมการกระทำความผิดในลักษณะนี้ คือกฎหมายที่เกี่ยวกับการรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสาธารณะ (Public Welfare Offence) หรือกฎหมายที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ

³⁵ สง่า สีนะสมิต, กฎหมายอาญา เล่ม 2, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2514), น. 22.

³⁶ เพ็ญอ้าง, น. 22 – 23

³⁷ อำนาจ เนตยสุภา, “หลักความรับผิดชอบเด็ดขาดของความผิดสุโทษภายใต้ประมวลกฎหมายอาญา,” บทบันทึกคดี, เล่ม 62, ปีที่ 2, น. 120 (2549, มิถุนายน).

ส่วนประเทศเยอรมันก็มีการกล่าวถึงการกระทำผิดในลักษณะนี้เช่นเดียวกัน โดยมองว่าการกระทำผิดในลักษณะดังกล่าวเป็นลักษณะของการก่อให้เกิดความรำคาญแก่สังคม (Social Nuisance) เช่นการก่อให้เกิดเสียงดังเกินควรก่อความรำคาญแก่

สาธารณะ ซึ่งโดยรวมแล้วการกระทำดังกล่าวไม่ได้แสดงออกถึงการเป็นความผิดอาญาที่แท้จริง สามารถจัดการได้ในทางปกครองด้วยกระบวนการอื่นที่มีใช้กระบวนการทางอาญา ส่วนใหญ่ประเทศเยอรมันจะบัญญัติความผิดเหล่านี้ไว้ในกฎหมายที่มีชื่อว่า “OWIG” หรือ “Ordnungswidrigkeitengesetz” ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายทางการ ปกครองเกี่ยวกับการละเมิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยของชุมชน³⁸ การกระทำผิดดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการประทุษร้ายต่อรัฐ รัฐจึงมีอำนาจที่จะฟ้องร้องผู้กระทำผิดให้รับโทษได้ แต่มาตรการลงโทษสำหรับการกระทำผิดในลักษณะนี้อาจออกมาในรูปของ โทษปรับ ริบทรัพย์สิน หรือการลงโทษทางแพ่งอื่น ๆ โดยที่การกระทำความผิดส่วนใหญ่ก็จะเป็นการกระทำความผิด 3 ชนิด คือ การประทุษร้ายต่อทรัพย์สินสาธารณะ การก่อความรำคาญแก่สาธารณะ และการละเมิดระเบียบตำรวจ³⁹ ลักษณะความผิดประเภทนี้เป็นความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ไม่ร้ายแรงถึงขั้นเป็นอาชญากรรมที่รุนแรง จึงเป็นการไม่สมควรที่จะนำมาตราการลงโทษทางอาญามาใช้กับการกระทำความผิดในลักษณะนี้⁴⁰

จากที่กล่าวไปข้างต้นนี้เป็นการกระทำความผิดที่เป็นการละเมิดสาธารณะส่วนการกระทำผิดใดที่เป็นลักษณะของความผิดอาญาโดยแท้ นั้น ศาสตราจารย์กอสวิตซ์ (Gausewitz) ได้เสนอหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการวินิจฉัยว่าการกระทำผิดนั้น ๆ จะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ไว้ 3 ประการ ดังนี้

(1) ถ้าความผิดนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ความผิดนั้นเป็นความผิดอาญา ยกเว้นที่เป็นความผิดที่ก่อความรำคาญแก่สาธารณะซึ่งถือว่าเป็นความผิดอาญา แต่เพียงรูปแบบเท่านั้น แต่เนื้อหาสาระที่เกิดขึ้นเป็นเพียงกระบวนการทางแพ่งเท่านั้น

³⁸ เพิ่งอ้าง, น. 122.

³⁹ วิภาพร เนติจิรโชติ, การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2548), น. 79.

⁴⁰ เกษมวดี สุภิญญาไพวงศ์, การปรับเปลี่ยนความผิดลหุโทษที่ไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญา โดยแท้เป็นความผิดต่อกฎระเบียบของสังคม: ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษในประมวลกฎหมายอาญา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2549), น. 38.

(2) ถ้าการกระทำความผิดนั้นมีลักษณะในเบื้องต้นชี้ให้เห็นว่าเป็นอันตรายการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา

(3) ถ้าการกระทำความผิดนั้นตามความเห็นโดยทั่วไปของประชาชนเห็นว่า เป็นสิ่งที่น่าลงโทษ หรือเห็นว่าเป็นสิ่งที่เลวทราม การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดอาญา

ดังนั้น ถ้าการกระทำความผิดใดไม่เข้าหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการนี้ การกระทำความผิดดังกล่าวก็ไม่ใช่ความผิดอาญาโดยแท้ แต่เป็นความผิดประเภทละเมิดสาธารณะ อย่างไรก็ตามความผิดบางอย่างอาจเป็นความผิดอาญาโดยแท้ หรือเป็นความผิดที่เป็นการละเมิดสาธารณะอย่างชัดเจน แต่ก็มีกรกระทำบางอย่างที่ไม่สามารถจะบอกได้ว่าเป็นความผิดประเภทใดได้ ศาสตราจารย์ Rollin M. Perkins เห็นว่าแม้ความผิดอาญากับความผิดสาธารณะจะไม่ได้เป็นสิ่งเดียวกัน แต่ก็ไม่จำเป็นที่ความผิดทั้งสองนี้จะต้องแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด การปล่อยให้ความผิดทั้งสองนี้มีส่วนที่ซ้อนกันอยู่จะก่อให้เกิดผลดีในการบังคับใช้กฎหมายได้กว้างขึ้นเช่นกัน

2.4 แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับโทษ

ในสังคมมนุษย์สิ่งหนึ่งที่ถือเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้บุคคลในสังคมสามารถอยู่ร่วมกันได้โดยสงบสุข นั่นก็คือ มาตรการทางสังคม ที่เรียกว่ากฎหมาย ข้อบังคับ หรือกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายอาญา ดังนั้น เมื่อมีการละเมิดกฎหมายเกิดขึ้นผู้ฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายก็จะต้องได้รับการลงโทษ การลงโทษผู้กระทำความผิดจึงถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของกฎหมายอาญา หมายความว่า ผู้ประพฤติดำเนินกฎหมายจะลงโทษโดยรัฐ⁴¹ โทษจึงเป็นเครื่องมือในการข่มขู่เพื่อมิให้บุคคลทำการละเมิดต่อกฎหมาย

2.4.1 ความหมายของคำว่า “โทษ”

ผู้ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์ ได้ให้ความหมายของโทษทางอาญาเอาไว้ ดังนี้

Grotius ได้ให้ความหมายของคำว่า “โทษ” ไว้ว่า เป็นผลร้ายที่ผู้กระทำได้รับเนื่องจากผลร้ายที่เขาได้ก่อให้เกิดขึ้น จากคำจำกัดความนี้ Sir. Water Moberly ได้ให้ข้อสังเกตไว้ 5 ประการ ดังนี้

- 1) ผลร้ายที่ผู้กระทำได้รับจะต้องเป็นสิ่งที่ไม่พึงพอใจ (Unpleasant)

⁴¹ ประธาน วัฒนาวณิช, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2546), น. 48.

2) ต้องเป็นผลจากการกระทำของเขาที่ผ่านมาแล้ว และผู้มีอำนาจลงโทษไม่อนุญาตให้กระทำ

3) จะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างโทษกับการทำความผิด อย่างน้อยที่สุดผลร้ายที่ผู้ต้องโทษได้รับจากการถูกลงโทษจะต้องเป็นการสนองตอบต่อการที่ผู้ต้องโทษก่อให้เกิดความเสียหายหรือต่อสังคม

4) โทษเป็นการตอบแทนการกระทำโดยสมัครใจที่ต้องการฝ่าฝืนกฎหมาย

5) การลงโทษต้องกระทำแก่ผู้กระทำความผิด (Criminal) หรือแก่บุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้กระทำความผิดนั้น ด้วยเหตุนี้การที่ผู้เสียหายแก้แค้นต่อบุคคลทุกคนนี้ โดยไม่เลือกหน้าจึงไม่ถือเป็นการลงโทษ

ศาสตราจารย์ H.L.A.Hart ได้ให้ความหมายของโทษทางอาญาว่า จะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 5 ประการ

1) โทษจะต้องก่อให้เกิดความเจ็บปวด (Pain) หรือผลอย่างอื่นที่ก่อให้เกิดความไม่พอใจ (Unpleasant)

2) โทษต้องใช้ตอบแทนความผิด

3) โทษจะต้องลงแก่ผู้กระทำความผิดหรือสงสัยว่าเป็นผู้กระทำความผิด

4) โทษจะต้องเป็นวิธีการซึ่งบุคคลนั้น นอกจากผู้กระทำความผิดนำมาใช้

5) ผู้กำหนดโทษต้องเป็นเจ้าพนักงานที่กฎหมายให้อำนาจลงโทษเพื่อตอบแทนการกระทำผิดทางอาญา

นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายอีกท่านหนึ่งคือ Herbert L. Packer ได้วิเคราะห์ความผิดของนักปราชญ์ในอดีตจำนวนมากและได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “โทษ” ไว้ว่า หมายถึง การใช้กฎหมายที่ทำให้ผู้ที่ต้องรับโทษต้องประสบความยากลำบากหรือเหตุการณ์ในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นสถานะที่ไม่พึงปรารถนา ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามผลแห่งการกระทำความผิดซึ่งได้ถูกกำหนดให้เป็นความผิดโดยกฎหมาย

2.4.2 แนวความคิดเรื่องโทษ

โดยศึกษาจากแนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาต่าง ๆ ดังนี้

1) แนวคิดของสำนักคลาสสิก (Classical School)

สำนักคลาสสิกได้พัฒนาขึ้นในราวศตวรรษที่ 18 ซึ่งในระบอบเวลานั้นในยุโรป มีการลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างรุนแรง ศาลได้ใช้โทษประหารชีวิตในความผิดฐานต่าง ๆ มากมายจนได้รับฉายาว่า

กฎหมายเลือด เพราะมีบทบัญญัติในการลงโทษที่รุนแรงที่สุดในประวัติศาสตร์ เช่น การตัดต้นไม้บนถนน การเผาไร่ข้าวโพด การเข้าร่วมการจลาจล หรือแม้แต่การยิงกระต่ายก็มีบทลงโทษถึงขั้นประหารชีวิต⁴² และอันตรายนี้นี้วัดได้จากขีดแห่งความเสียหายอันเกิดจากการกระทำความผิดและมีผลทำให้ประชาชนทั้งหลายเกิดความเกรงกลัว⁴³ ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวปรากฏอยู่ในหนังสือที่ Beccaria เขียนเรียงความเรื่อง อาชญากรรมกับการลงโทษ (Essay on Crimes and Punishment) ซึ่งหนังสือเล่มดังกล่าวนี้ ก่อให้เกิดความสนใจแก่วงการยุติธรรม และนักศึกษาในด้านอาชญวิทยาในสมัยนั้นเป็นอันมาก

ผู้นำของสำนักคลาสสิกอีกคนหนึ่งก็คือ Jeremy Bentham ซึ่งเป็นนักกฎหมาย และนักปรัชญาชาวอังกฤษ ได้เสนอแนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษโดยการตั้งสมมติฐานว่า มนุษย์เป็นผู้มีเหตุผล มีจิตสำนึกที่จะเลือกสิ่งที่ดีตนพอใจและหลีกเลี่ยงความเจ็บปวด ดังนั้น การลงโทษกฎหมายจึงควรกำหนดโทษให้สมกับความผิดหรือมากกว่า เพื่อที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดไม่กล้าประกอบอาชญากรรมขึ้นอีก แนวคิดของสำนักคลาสสิก ได้มีอิทธิพลอยู่เหนือกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส เช่นประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1791

ดังนั้น โดยสรุป ตามหลักการของแนวคิดของสำนักนี้ค่อนข้างเป็นไปได้ในด้านนามธรรม (Abstract) ซึ่งเป็นความคิดที่วาดขึ้นในสมอง (Metaphysical Philosophy) เสียเป็นส่วนใหญ่ไม่ค่อยจะได้คำนึงถึงความเป็นจริง (Reality) เท่าใดนัก“ ก็จะนำไปใช้ได้เฉพาะในสังคมที่ทุกคนมีผลประโยชน์ที่เท่าเทียมกันและเหมือนกัน ดังนั้น การพยายามใช้กฎหมายโดยไม่พิจารณาถึงเหตุแวดล้อมต่าง ๆ ทำให้ศาลต้องประสบปัญหาในการกำหนดโทษที่เท่าเทียมกันต่อผู้กระทำความผิดครั้งแรก และกับผู้ที่กระทำผิดซ้ำ

2) แนวคิดตามสำนักนีโอคลาสสิก (Neo – classical School)

สำนักนีโอ คลาสสิก พัฒนาขึ้นในราวศตวรรษที่ 19 มีแนวความคิดหลัก ๆ ในเรื่องของการลงโทษ เช่นเดียวกับสำนักคลาสสิก แต่เห็นว่า แนวความคิดในการลงโทษของสำนักคลาสสิกค่อนข้าง

⁴² ประธาน วัฒนวาณิชย์, กฎหมายอาญา 1, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2521), น. 94.

⁴³ อุทัย อาทิวะ, “ดุลพินิจและการกำหนดโทษตามกฎหมายฝรั่งเศส,” ใน เอกสารประกอบการบรรยายวิชา นโยบายทางอาญา, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549), น. 1.

⁴⁴ หาย เสวกุล, อาชญวิทยาและทัณฑวิทยา, (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), น. 192 – 196.

รุนแรงและครอบงำจิตใจของมนุษย์มากเกินไป แนวความคิดของสำนักนี้ยอมรับว่ามนุษย์มีความสามารถและความรับผิดชอบไม่เท่าเทียมกัน จึงไม่ควรได้รับโทษเท่ากัน การลงโทษผู้กระทำผิดจึงควรพิจารณาในด้านอายุ สภาพจิตใจ และเหตุบรรเทาโทษอื่น ๆ ประกอบด้วย และควรคำนึงถึงการแก้ไขผู้กระทำผิดให้มากขึ้นด้วย แนวคิดของสำนักนี้มีความคิดโน้มเอียงไปในทางที่จะใช้โทษเป็นเครื่องเยี่ยวยาให้ผู้กระทำผิดเป็นคนดีขึ้น⁴⁵

3) แนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาแบบปฏิฐานนิยม (Positive School)

แนวความคิดของสำนักนี้ได้คัดค้านแนวความคิดของ 2 สำนักแรก โดยเชื่อว่ามนุษย์ประกอบอาชญากรรมหรือกระทำผิดกฎหมายเนื่องมาจาก เหตุทางธรรมชาติโดยเฉพาะอย่างยิ่งสาเหตุหรือปัจจัยทางชีววิทยา (Biological Factor) การลงโทษจึงควรให้เหมาะสมกับประเภท

ของอาชญากร⁴⁶ บุคคลที่สำคัญของสำนักนี้ได้แก่ Cesare Lombroso, Raffaele Garafalo และ Enrico Ferri โดยทั้ง 3 คน เป็นชาวอิตาลีคนทั้งหมด

แนวความคิดของสำนักนี้ได้หันเหจากแนวความคิดของสำนักคลาสสิก และสำนักนีโอคลาสสิก และไม่เห็นด้วยและคัดค้านกับหลักเดิม ๆ อยู่หลายประการอาทิเช่น⁴⁷

(1) ไม่เห็นด้วยกับการลงโทษ โดยเหตุผลเพื่อการตอบแทนผู้กระทำผิดให้สาสม (Retribution) แต่สำนักนี้เชื่อว่า การลงโทษนั้น ควรจะกระทำโดยความมุ่งหมายที่จะแก้ไขสาเหตุของการกระทำผิด จึงจะเป็นการถูกต้องเหมาะสมและเกิดประโยชน์

(2) สำนักนี้ไม่เห็นด้วยกับการลงโทษผู้กระทำผิด เพื่อให้คนทั้งหลายเกิดความหวาดหวั่น ไม่กล้าประกอบอาชญากรรม เพราะสำนักนี้เห็นว่า บางคนไม่มีความสามารถที่จะรู้ผิดชอบเช่นเดียวกับคนปกติ ฉะนั้น คนประเภทนี้ก็จะไม่หวาดหวั่นตามที่คาดหมาย การลงโทษจึงไม่ใช่เป็นการป้องกันอาชญากรรม

(3) การแก้ไขความประพฤติของผู้กระทำผิด (Reformation) นั้น สำนักนี้เห็นว่า ควรจะเลือกปฏิบัติต่อคนบางคนเท่านั้น บางคนอาจกลับตัวได้ แต่บางคนก็อาจกลับตัวไม่ได้ แม้จะได้ใช้วิธีการหรือความพยายามใด ๆ ก็ตามก็เป็นการเสียเวลาเปล่า ๆ

ต่อมาทฤษฎีของสำนักนี้ได้ถูกวิจารณ์อย่างมาก เช่น การลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำผิด แต่มีการแบ่งประเภทของอาชญากรเพียงไม่กี่ประเภทเท่านั้น ไม่ได้วางวิธีการลงโทษให้เหมาะสม

⁴⁵ วิจิตร ลุคิตานนท์, กฎหมายอาญาภาค 1, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), น. 30.

⁴⁶ ชาย เสวีกุล, เพ็ญอ้าง, น. 206 – 215.

⁴⁷ เพ็ญอ้าง, น. 199 – 200.

กับผู้กระทำผิดเป็นรายคนไป นอกจากนี้ทฤษฎีนี้เชื่อว่า การเกิดมาโดยได้รับลักษณะของร่างกายและจิตใจถ่ายทอดมาทางพันธุกรรมนั้น เป็นสาเหตุโดยตรงให้คนเราประกอบอาชญากรรมซึ่งเป็นการไม่ถูกต้อง

จากแนวความคิดของสำนักต่าง ๆ ที่กล่าวมาล้วนเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงวิวัฒนาการและการสังเกตกระบวนการในการลงโทษ อันอาจกล่าวได้ว่ายังคง เป็นรากฐานในการกำหนดโทษหรือการลงโทษในระบบปัจจุบัน

2.4.3 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

จากการที่ได้ศึกษาหาสาเหตุที่มาแห่งอาชญากรรม และแนวความคิดทฤษฎีที่เกี่ยวกับการลงโทษแล้ว สิ่งที่มีบทบาทสำคัญอีกประการหนึ่ง นั่นก็คือ ผลของการลงโทษได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมและส่วนรวม อย่างไรบ้างหรือที่เรียกว่านโยบายทางอาญา (Criminal Policy) ซึ่งปัจจุบันมีทฤษฎีหลัก ๆ อยู่ 4 ทฤษฎี คือ⁴⁸

1) การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้น (Retribution) การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนี้เป็นวัตถุประสงค์ดั้งเดิมซึ่งเป็นที่แพร่หลายในสมัยโบราณ และถือได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่เก่าแก่ที่สุด แม้กระทั่งในปัจจุบันเป็นมรดกตกทอดมาจากวิธีการตอบสนองต่อพฤติกรรมเบี่ยงเบนในสมัยโบราณ นั่นคือ แนวความคิดเรื่อง Lex Talionis ตัวอย่างที่เห็นได้ชัด คือกฎหมายสมัยอัมบูราบี แบบการลงโทษตาต่อตา ฟันต่อฟัน หมายความว่า ผู้กระทำผิดได้กระทำผิดในเรื่องใดก็ต้องได้รับผลตอบแทนอย่างเดียวกันที่เขาได้กระทำ เพื่อให้สาสมกับความผิดที่ได้กระทำขึ้น

แต่อย่างไรก็ตาม แนวความคิดนี้ก็ยังยอมรับ การทดแทนความผิดโดยมีขอบเขตจำกัด หรือความแตกต่างระหว่างบุคคลได้ตามหลักผู้สมควรได้รับโทษ (Distributive Justice) ตามสถานะของบุคคล หรือความชั่ว เป็นต้น ดังนั้นกฎหมายอาญาจึงบัญญัติโทษขั้นสูง ขั้นต่ำ ซึ่งทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่น และสามารถใช้ดุลยพินิจกำหนดโทษได้ตามความเหมาะสมหรือตามสมควร⁴⁹

2) การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่หรือป้องกันอาชญากรรม (Punishment as a Deterrence) เริ่มมีขึ้นในศตวรรษที่ 18 ตามแนวความคิดของสำนักคลาสสิก โดย Beccaria ได้กล่าวว่า เจตนาของการลงโทษไม่ควรจะเป็นการทรมานผู้กระทำความผิดหรือชดเชยความผิด แต่ควรจะเป็นการป้องกันบุคคลอื่นมิให้กระทำความผิดเช่นเดียวกัน และการลงโทษที่ยุติธรรมควรมีอัตราความรุนแรงพอเพียงที่จะยับยั้งคนอื่น

⁴⁸ อรรถ สุวรรณบุบผา, หลักอาชญาวิทยา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2518), น. 139 – 148.

⁴⁹ ประธาน วัฒนาพานิชย์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 360 – 361.

นอกจากนี้ยังมีนิติศาสตร์อีกท่านหนึ่งชื่อ Aschaffeburg⁵⁰ กล่าวไว้ว่า “ผลของการข่มขู่ควรจะทำให้ประชาชนทั่วไปรู้สึกเป็นการป้องกันและเป็นการเตือนแต่ละบุคคลไม่ให้กระทำความผิดขึ้นอีก”

กล่าวโดยสรุป ตามทฤษฎีนี้มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดก็เพื่อประโยชน์ 2 ประการ คือ

(1) เพื่อเป็นตัวอย่างให้คนทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับโทษเช่นนี้ เมื่อคนทั่วไปทราบจะได้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดขึ้น

(2) เพื่อให้มีผลแก่ตัวผู้กระทำความผิดเอง คือ ทำให้ผู้กระทำความผิดซึ่งถูกลงโทษมีความเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำความผิดขึ้นอีก

สมมติฐานภายใต้แนวความคิดนี้มีอยู่ว่า ถ้าสังคมไม่สามารถจะนำตัวผู้กระทำความผิดมาสู่ระบบยุติธรรม และลงโทษผู้กระทำความผิดตามความผิดของเขาแล้วก็เท่ากับสังคมส่งเสริมอาชญากรรม อาชญากรรมก็จะมากขึ้น ฉะนั้น การลงโทษตามทฤษฎีนี้จึงมีลักษณะมองไปในอนาคตเพื่อต้องการข่มขู่ไม่ให้บุคคลทั่วไปไปกระทำความผิด และไม่ให้คนที่กระทำความผิดขึ้นแล้วกระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก

3) การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิด (Punishment as a Means of Reformation)

ทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขนี้เป็นทฤษฎีเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่ใหม่ที่สุด เกิดขึ้นเมื่อมีการใช้โทษจำคุกอย่างกว้างขวาง กล่าวคือ ประสงค์ที่จะให้ผู้ที่ได้กระทำความผิดไม่กล้าที่จะกระทำความผิดอีก โดยพยายามหาทางให้ผู้ที่ได้กระทำความผิดแล้วเกิดวัตถุประสงค์ที่จะยับยั้งไม่กระทำความผิดอีก แล้วยังต้องให้ผู้นั้นเกิดความสามารถที่จะยับยั้งเช่นนั้นด้วย⁵¹ ด้วยเหตุดังกล่าว จึงก่อให้เกิดหลัก (Individualization)⁵² ขึ้น ซึ่งเป็นการลงโทษและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล วิธีการลงโทษผู้กระทำความผิดจึงเน้นหนักไปในทางบำบัด (Treatment) มากกว่าการลงโทษให้ได้รับความเจ็บปวด (Pain) ตามแนวทฤษฎีดังกล่าว จึงได้ก่อให้เกิดวิธีการปฏิบัติในแบบต่าง ๆ แก่ผู้ต้องขังนักโทษในเรือนจำที่ต้องจำคุกอยู่ อาทิเช่น การฝึกวิชาชีพ ให้การศึกษาและให้การบำบัดทางการแพทย์หรือจิตวิทยา⁵³

⁵⁰ อุทิศ แส่นโกติก, กฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการกองวิชาการ กรมอัยการ, 2525), น. 24.

⁵¹ อุทิศ แส่นโกติก, เพิ่งอ้าง, น. 33.

⁵² ณรงค์ ใจหาญ, กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2543), น. 32.

⁵³ อรรถ สุวรรณบุบผา, เพิ่งอ้าง, น. 141.

ฉะนั้น จึงเห็นได้ว่าการลงโทษมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนหรือข่มขู่เท่านั้น แต่การลงโทษควรมีการแก้ไขผู้กระทำความผิดและเตรียมการให้บุคคลเหล่านั้นเข้าสู่สังคมได้เป็นปกติอีกด้วย

4) การลงโทษเพื่อเป็นการกักขัง (Punishment as an Incapacitation)

ทฤษฎีนี้เห็นว่า การลงโทษควรมีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษมีโอกาสกระทำความผิดซ้ำอีก การลงโทษตามทฤษฎีนี้คล้ายกับทฤษฎีข่มขู่และทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขในข้อที่ว่า มุ่งหมายจะไม่ให้ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดซ้ำอีก แต่ต่างกันที่ว่าทฤษฎีข่มขู่มุ่งให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดขึ้นอีก แต่ตามทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขมุ่งอบรมให้ผู้กระทำความผิดไม่กระทำความผิดอีกโดยสมัครใจ โดยปรับปรุงแก้ไขให้ตัวเขาสามารถเว้นกระทำความผิดได้ แต่ตามทฤษฎีกักขังสังคมนี้มุ่งป้องกันการกระทำความผิดซ้ำอีก โดยทำให้เขาหมดโอกาสที่จะกระทำความผิดได้อีก⁵⁴ การลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันสังคมเริ่มเกิดขึ้นเมื่อมีการนำเอาวิธีการลงโทษจำคุกมาใช้ เพราะโทษจำคุกย่อมทำให้ผู้ที่ถูกจำคุกอยู่ไม่สามารถออกไปประกอบอาชญากรรมหรือความเดือดร้อนให้สังคมได้อีก อย่างน้อยก็เป็นการชั่วคราวระหว่างที่ถูกจำคุก การลงโทษจำคุกจึงเป็นวิธีการที่จำกัดอิสรภาพและการเคลื่อนไหวของผู้กระทำความผิด ซึ่ง Openheimer เรียกวิธีการนี้ว่า “ทฤษฎีลดความสามารถ” (Theory of Disablement) และได้นำวิธีการนี้มาใช้กับผู้กระทำความผิดเกี่ยวทุกประเภท ตั้งแต่โทษจำคุกระยะสั้นไปจนถึงจำคุกตลอดชีวิต วิธีการลงโทษที่จะป้องกันสังคมนี้ได้ถูกนำไปใช้กับอาชญากรที่กระทำความผิดเป็นสันดาน (Habitual Offenders) และกับอาชญากรวิกลจริต (Abnormal Offenders) ด้วย

2.4.4 หลักความได้สัดส่วนของการกระทำและโทษ

Beccaria ได้กล่าวว่า “ขนาดของอาชญากรรมคือความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม” ดังนั้นตามแนวความคิดของ Beccaria หากอาชญากรสร้างความเสียหายมากก็ควรถูกลงโทษหนัก ตรงกันข้ามหากอาชญากรสร้างความเสียหายไม่มากก็ควรลงโทษเบา⁵⁵ ปัญหาเกี่ยวกับระบบการลงโทษ ในความเป็นจริงทางสังคม การลงโทษจะประสพผลสำเร็จอย่างไรหรือไม่ ผู้ที่เห็นว่าเรือนจำไม่ประสพความสำเร็จในการแก้ไขผู้กระทำความผิดมักจะเห็นด้วยกับวัตถุประสงค์ ในการลงโทษเพื่อเป็นการทดแทนความผิด (Retribution) “การลงโทษให้เหมาะสมกับความผิด” หรือ “ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็น

⁵⁴ อุทิศ แสนโกสิก, *เพิ่งอ้าง*, น. 33.

⁵⁵ ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง*, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2559), น. 51.

จะต้องได้รับการแก้ไขบำบัด” หรือการลงโทษเพื่อ “ผดุงความเป็นธรรม” ดังนั้นการลงโทษผู้กระทำความผิด จึงเป็นการทำให้ผู้กระทำความผิดนั้น ไม่สามารถจะกระทำความผิดได้ในชั่วระยะเวลาหนึ่ง หรือ แม้แต่การตัดออกไปจากสังคม (Incapacitation) ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ รัฐจึงจำเป็นต้องควบคุมผู้กระทำความผิดไว้ในเรือนจำ เพื่อมิให้บุคคลนั้นทำอันตรายต่อสังคมได้อีกต่อไป อย่างไรก็ตามระบบความยุติธรรมและมาตรการทางกฎหมายของประเทศต่าง ๆ มิได้มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดเพียงอย่างเดียว แต่ยังมีจุดมุ่งหมายอื่นๆ อยู่ด้วย หรือมีจุดมุ่งหมายหลายประการพร้อมๆ กัน เช่น การลงโทษเพื่อเป็นการทดแทน และในขณะเดียวกันก็มีผลในการยับยั้งด้วย เป็นต้น⁵⁶

กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดและจำแนกอาชญากรที่เป็นอันตรายต่อสังคมหรือเป็นผู้กระทำความผิดชนิดนิสัยหรือกระทำผิดซ้ำ จะบัญญัติลักษณะของบุคคลและการกระทำความผิดไว้ในกฎหมายโดยเฉพาะ จุดมุ่งหมายของมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวก็เพื่อคุ้มครองสังคม โดยใช้วิธีแยกผู้กระทำความผิดออกจากสังคมอย่างยาวนาน ซึ่งแนวคิดของกฎหมายนี้มีรากฐานมาจากการพิจารณาเงื่อนไขเกี่ยวกับการกระทำความผิด ประเภท ความร้ายแรง อายุ และสถานะทางด้านจิตใจ

การลงโทษทางอาญาในกฎหมายไทยนั้น มีหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 ซึ่งกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดไว้ 5 ลักษณะ คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน แต่จะลงโทษในอัตราใดจะต้องพิจารณาจากความผิดในแต่ละฐาน ซึ่งได้จัดเรียงไว้เป็นหมวดหมู่ตามลักษณะของการกระทำ ความร้ายแรงของความผิด ซึ่งการจัดเรียงเช่นว่านี้ เป็นการยึดถือเอาตามลักษณะของการกระทำเป็นสำคัญ เมื่อได้พิจารณาถึงระดับของโทษในแต่ละฐานความผิดแล้วจะพบว่า อัตราโทษในความผิดต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายอาญามีความหลากหลายแตกต่างกัน ทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ อันเนื่องมาจากการพิจารณาทั้งลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิดหรือความเป็นอันตรายของความผิดให้เหมาะสมที่ผู้กระทำได้กระทำความผิด โดยมีเหตุผลส่วนใหญ่มาจากการลงโทษให้เช็ดหลาบ หรือหลาบจำ ไม่กล้ากระทำความผิดอีก ซึ่งระดับของโทษนั้น จะช่วยสะท้อนให้เห็นถึงระดับความ

⁵⁶ ประธาน วัฒนาวณิชย์, “บทบาทของกระบวนการยุติธรรมในการควบคุมอาชญากรรม,” รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์, น. 135.

รุนแรงของอาชญากรรมที่รัฐและสังคมให้ความสำคัญ และจะต้องมีความยืดหยุ่นต่อการนำไปปรับใช้ เพื่อให้เหมาะสมแก่พฤติการณ์และความเสียหายที่เกิดขึ้น

หลักการกำหนดโทษตามสัดส่วนของการกระทำความผิดนี้ มีวัตถุประสงค์หลัก คือ เป็นการเลือกบทลงโทษที่มีความเหมาะสมกับระดับความหนักเบาของความผิด ซึ่งหากระบบลงโทษการกระทำความผิดทุกกรณีเหมือนกันหมด อาจทำให้ดำเนินระบบดังกล่าวได้ว่าเป็นการกำหนดอัตราโทษที่หยาบจนเกินไป การจะนำไปปรับใช้ให้เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมนั้นจะเป็นสิ่งสำคัญยิ่งขึ้น ด้วยเหตุที่การกระทำความผิดแต่ละลักษณะในประมวลกฎหมายอาญานั้นจะมี ความสลับซับซ้อนและแตกต่างกันออกไป อาทิ ความผิดต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน ซึ่งแต่ละลักษณะนั้นย่อมมีความรุนแรงแตกต่างกันไป เมื่อมีการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ก็จะต้องมีการจัดระดับชั้นของข้อเท็จจริงที่จะเข้าสู่การพิจารณาของผู้พิพากษา และระดับโทษ ซึ่งโทษบางอย่างอาจจะง่ายที่จะจัดระดับ แต่โทษบางกรณีก็จัดระดับยาก ยกตัวอย่างเช่น การให้ทำงานบำเพ็ญประโยชน์สาธารณะ 120 ชั่วโมงนั้น นักหรือเบากว่าการรอลงโทษ โดยผู้พิพากษากำหนดเงื่อนไขการคุมประพฤติ (sursis probatoire) และโดยเฉพาะการเปรียบเทียบระหว่างโทษจำคุกที่อยู่ในระดับที่เหนือกว่าโทษปรับ แต่ในความรู้สึกของคนทั่วไปแล้ว โทษปรับ 10,000 ฟรังก์ ที่มีการบังคับทันทันนั้น น้อยกว่าโทษจำคุก 2 เดือน แต่ศาลให้รอลงอาญา ดังนั้น ในทางความเป็นจริงปัญหาจึงอยู่ที่ความหนักเบาของโทษต้องกำหนดโดยหลักการ (in abstracto) ในขณะที่แต่ละคนมักจะพิจารณาตามสภาพความเป็นจริง (in concreto) จากผลกระทบที่มีต่อชีวิตทางสังคมของตน การถูกลงโทษยึดใบขับขี่ 1 ปี สำหรับผู้ประกอบอาชีพมอเตอร์ไซค์รับจ้างเป็นโทษหนักมากเมื่อเทียบกับโทษจำคุก 1 ปี แต่ศาลให้รอลงอาญาโทษปรับสถานหนัก สำหรับผู้ประกอบอาชีพวิศวกรกับกรรมกรมีผลต่างกันมาก ระยะเวลา 3 เดือน สำหรับคนหนุ่มอายุ 25 ปี กับคนชราอายุ 85 ปี ก็มีความหมายต่างกันมาก⁵⁷

ความได้สัดส่วน อาจมีผลต่อความรู้สึกหนักเบาของโทษ ซึ่งอาจแตกต่างกันในบางบุคคล พิจารณาได้จากลักษณะทางสุขภาพกายและจิตใจ ลักษณะทางวัฒนธรรม อุปนิสัย ระดับศีลธรรม การ

⁵⁷ พิษณุ ลีวนิชกิจ, บทบาทของพนักงานอัยการต่อการใช้ดุลยพินิจของศาลในการกำหนดโทษ, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2551), น. 7.

นับถือศาสนา ความมีมนุษยสัมพันธ์ การงานอาชีพตามปกติ ฐานะทางเศรษฐกิจ เพศ อายุ พื้นเพเดิมทางครอบครัว ฐานะทางสังคม ระดับการศึกษา ที่อยู่ จนถึงการปกครองของบ้านเมือง

บางบุคคลอาจมองว่าเป็นเรื่องที่ยุติธรรมหากมีการลงโทษผู้กระทำความผิดสองคนที่มีความชั่วระดับเดียวกันด้วยโทษอย่างเดียวกัน โดยอ้างถึงหลักความได้สัดส่วนของการลงโทษ แต่จะมิยุติธรรมที่จะเดินตามแนวทางนี้ ถ้าโดยบุคลิกภาพของผู้กระทำความผิดทั้งสองคนได้รับผลในเชิงความรู้สึกต่อการลงโทษที่แตกต่างกัน เพราะการลงโทษที่เหมือนกันอาจส่งผลกระทบต่อบุคคลที่ถูกลงโทษได้ในสัดส่วนต่างกัน

2.4.5 เหตุเพิ่มโทษเนื่องจากเหตุฉกรรจ์

เนื่องจากเหตุฉกรรจ์ หมายถึง เหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นในประมวลกฎหมายอาญาของไทย เราได้บัญญัติความผิดที่ประกอบด้วยเหตุฉกรรจ์ไว้ในความผิดลักษณะต่าง ๆ ไว้หลายลักษณะซึ่งพอสรุปได้ว่าลักษณะหรือเหตุฉกรรจ์อาจจะแบ่งออกได้เป็นหลายลักษณะ

คณิต ณ นคร ได้แบ่งเหตุฉกรรจ์ออกเป็น 2 ประเภท คือ

1. เหตุฉกรรจ์ที่เป็นจุกม่งหมายทางอาชญากรรม และ
2. เหตุฉกรรจ์ที่เกี่ยวกับลักษณะของการกระทำ

จะเห็นได้ว่า เหตุฉกรรจ์ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นนั้นอาจจะขึ้นอยู่กับลักษณะของบุคคลที่ถูกประทุษร้าย ซึ่งจะขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของลักษณะของการกระทำ หรือผลของการกระทำ และขึ้นอยู่กับจิตใจของผู้กระทำ การบัญญัติเหตุฉกรรจ์โดยอาศัยองค์ประกอบเช่นนี้ เป็นการแสดงให้เห็นว่า แนวความคิดในการลงโทษเนื่องจากเหตุฉกรรจ์นั้นได้ยึดถือหลักของการลงโทษที่มีลักษณะเป็นการตอบแทนความร้ายแรงของการกระทำความผิดตามแนวความคิดของสำนักคลาสสิกซึ่งถือว่าความหนักเบาของการลงโทษจะต้องกำหนดตามความร้ายแรงแห่งอันตรายของผู้กระทำความผิดแต่ละคน และอันตรายนี้วัดได้จากขีดแห่งความเสียหาย อันเกิดจากการกระทำ ความผิดนั้น โดย เบคคาเรีย กล่าวว่ากฎหมายที่จะนำมาใช้เพื่อป้องกันการกระทำความผิด จะต้องรุนแรงขึ้นตามขีดที่การนั้นได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เบคคาเรีย เห็นว่าสิ่งที่ต้องให้ผู้กระทำ

ความผิดประกอบเหตุการณ์จ้ต้องรับโทษหนักขึ้นก็เพื่อประโยชน์ของสังคมโดยยึดมั่นในหลักของความยุติธรรม⁵⁸

2.5 แนวความคิดเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายและการกำหนดโทษในกฎหมายอาญาของไทย

จากการที่ได้ศึกษาถึงสาเหตุแห่งการก่ออาชญากรรมพร้อมทั้งแนวความคิดและทฤษฎีในเรื่องการลงโทษของสำนักต่าง ๆ แล้ว สิ่งที่จะศึกษาต่อไปก็คือ แนวความคิดในการบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ และทฤษฎีในการกำหนดโทษในกฎหมายอาญาของไทย

2.5.1 แนวคิดที่ทำให้การบัญญัติกฎหมายอาญาชอบด้วยเหตุผล⁵⁹

ในการบัญญัติกฎหมายนั้น มิได้คำนึงแต่เพียงว่า ถ้าเป็นรัฐมีอำนาจออกกฎหมายได้แล้วก็ออกกฎหมายได้ตามใจชอบ ตรงกันข้ามยังต้องคำนึงว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นนั้นชอบด้วยเหตุผลหรือไม่ โดยเหตุนี้กฎหมายอาญาจึงต้องหาเหตุผลอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อที่จะทำให้กฎหมายที่บัญญัติถึงความผิดและกำหนดโทษไว้เป็นกฎหมายที่ชอบด้วยเหตุและผล สำหรับปัญหานี้มีทฤษฎีหลายทฤษฎี แต่พอจะแยกออกได้เป็น 2 ทฤษฎีใหญ่ ๆ คือ ทฤษฎีเด็ดขาด กับทฤษฎีไม่เด็ดขาด หรือทฤษฎีสัมพัทธ์

1) ทฤษฎีเด็ดขาด (Absolute Theory)

ถือว่าการกระทำผิดเป็นเหตุอันเดียวแห่งการลงโทษ การที่มีการลงโทษก็เพราะมีการกระทำผิด การลงโทษจึงเป็นการตอบแทนแก่แค้นอันเที่ยงธรรม โดยทฤษฎีนี้มีผู้ให้ความเห็นอยู่หลายคน เช่น Kant, Stahl เป็นต้น

Kant เห็นว่า การตอบแทนแก่แค้นเป็นการจำเป็นสำหรับกฎหมายที่ชอบด้วยธรรมเนียม ประเพณี Kant ได้ยกตัวอย่างเปรียบเทียบไว้ว่า ถ้าโดยเหตุใดเหตุหนึ่งฝูงชนทั้งฝูงจะต้องอพยพออกไปจากเกาะ ก็จำเป็นต้องประหารนักโทษในเกาะนั้นที่ถูกต้องพิพากษาให้ประหารชีวิตเสียก่อนเพื่อเป็นการตอบแทนแก่แค้นที่เป็นธรรม ถึงแม้ว่าการปล่อยนักโทษนั้นไว้ที่เกาะจะไม่เป็นอันตรายต่อฝูงชนนั้นอีกต่อไป เพราะฝูงชนนั้นจะไม่กลับมาอยู่ในเกาะนั้นอีกก็ดี

Stahl เห็นว่า โทษนั้นจำเป็นต้องมีเพื่อทำให้ระเบียบแห่งพระเจ้าในโลกนี้คงกินเป็นอย่างเดิม

⁵⁸ คณิศ ณ นคร, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), น. 13-14.

⁵⁹ หุตุ แสงอุทัย, “การกำหนดโทษสำหรับความผิดในประมวลกฎหมายอาญา,” จุลพาฬ 7, เล่ม 3, น. 33 (กรกฎาคม 2503).

ทฤษฎีเด็ดขาดนี้ นักกฎหมายบางท่านเรียกว่า ทฤษฎีแห่งความยุติธรรม หมายความว่า ทำอย่างไรก็ได้รับชดเชยนั้นกลับ

2) ทฤษฎีไม่เด็ดขาด (Relative Theory)

ทฤษฎีนี้ไม่พิจารณาในแง่การกระทำความผิด แต่ได้พิจารณาในแง่จุดประสงค์ของการลงโทษ กล่าวคือ ที่มีการลงโทษก็เพราะคำนึงถึงตัวบุคคลผู้กระทำความผิดอาญาและเพื่อนมนุษย์อื่น ๆ โดยโทษอาญาควรจะมีผลเป็นการทำให้มนุษย์เกรงกลัวเป็นการทำให้มนุษย์ประพฤติตัวดีขึ้น และเป็นการประกันว่าความผิดจะไม่เกิดขึ้นอีก ทฤษฎีไม่เด็ดขาดนี้มีมากมาย แต่พอจะจัดแบ่งออกได้เป็น 2 ประการคือ

(1) ทฤษฎีที่ถือว่า การลงโทษเป็นการป้องกันทั่วไป

โดยการบัญญัติไว้ในกฎหมายล่วงหน้าว่า ถ้าทำผิดจะมีการลงโทษ และมีการลงโทษจริง ๆ เมื่อมีการกระทำความผิดขึ้นก็เพื่อจะทำให้บุคคลทุก ๆ คน เกรงกลัวต่อการกระทำความผิด ไม่กล้ากระทำความผิดอย่างเดียวกันขึ้นอีก

(2) ทฤษฎีที่ถือว่า การลงโทษเป็นการป้องกันพิเศษ

ถือว่าการป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดนั้นเองกระทำความผิดซ้ำ หรือป้องกันสังคมมิให้ถูกรบกวน โดยผู้กระทำความผิด ทฤษฎีที่ถือว่า การลงโทษเป็นการป้องกันทั่วไป ต่างกับทฤษฎีที่ถือว่า การลงโทษเป็นการป้องกันพิเศษในข้อที่ว่า การป้องกันทั่วไปไม่ได้มุ่งที่จะให้การลงโทษทำให้บุคคลทุก ๆ คนเกรงกลัวอาญาไม่กล้ากระทำความผิด แต่การป้องกันพิเศษนั้นจะจงลงไปที่ตัวผู้กระทำความผิดนั้นเอง เพื่อไม่ให้กระทำความผิดซ้ำอีก

2.5.2 แนวคิดสำหรับการกำหนดโทษในกฎหมายอาญาของไทย

แนวคิดในการกำหนดโทษในกฎหมายอาญาของไทยนั้น จะเน้นหนักไปในทางที่กำหนดโทษผู้กระทำความผิดให้ได้สัดส่วนกับการกระทำ โดยมีแนวคิดที่สำคัญในการที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดอยู่ 3 ประการ ดังนี้

1) แนวคิดที่คำนึงถึงผลของการกระทำ

ถ้าผลของการกระทำที่เกิดขึ้นร้ายแรงมาก การลงโทษก็จะหนักขึ้นตามส่วนของผลที่กระทำ แต่ในทางตรงกันข้าม ถ้าการกระทำนั้นเกิดขึ้นเป็นผลเล็กน้อย การลงโทษก็น้อยลงตามสัดส่วน⁶⁰ เช่น ความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่น ตามมาตรา 217 ผู้ใดกระทำความผิดอาญาโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน – 7

⁶⁰ หยุด แสงอุทัย, เพิ่งอ้าง, น. 931.

ปี และปรับตั้งแต่ 1,000 - 4,000 บาท แต่หากการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับอันตรายสาหัส ตาม มาตรา 224 วรรคสอง ผู้นั้นก็ต้องรับโทษหนักขึ้น คือ ต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่ 10 - 20 ปี และหากการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตาม มาตรา 224 วรรคแรก ผู้นั้นก็ต้องรับโทษหนักกว่าเดิมอีก คือ ต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต นี่คือนัยยะของบทลงโทษที่คำนึงถึงผลของการกระทำ

2) แนวคิดที่คำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำ

ถ้าผู้กระทำความผิดมีจิตใจชั่วร้ายมาก ประมวลกฎหมายอาญาก็จะกำหนดโทษมากตามส่วนของความชั่วของจิตใจ คือคนที่เจตนาของผู้กระทำผิดว่ามีเจตนาให้เกิดผลร้ายมากน้อยเพียงใด ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญาบางมาตราที่แม้ว่าการกระทำผิดดังกล่าวจะเหมือนกัน แต่โทษที่กำหนดให้ได้รับกลับแตกต่างกัน เนื่องจากเจตนาของผู้กระทำผิดไม่เหมือนกัน⁶¹ เช่น กรณีการทำร้ายร่างกายผู้อื่น ตามมาตรา 295 ถึงแม้จะเป็นการทำร้ายร่างกายบุคคลเหมือนกัน แต่ถ้าหากการทำร้ายนั้นได้กระทำต่อบุพการี ผู้นั้นก็ต้องได้รับโทษหนักขึ้น ตามมาตรา 296 เนื่องจากกฎหมายได้คำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำผิด นี่คือนัยยะหนึ่งของการลงโทษโดยคำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำว่า มีจิตใจชั่วร้ายแค่ไหน

3) แนวคิดที่คำนึงถึงภัยอันใกล้จะเกิดขึ้น

แนวคิดที่คำนึงถึงภัยอันใกล้จะเกิดขึ้น หมายถึง เป็นการคำนึงถึงผลที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตแม้ว่าเจตนาของผู้กระทำผิดจะไม่มีเช่นนั้นก็ตาม แต่ผลของการกระทำความผิดอาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยมักใช้คำว่า “มีลักษณะอันน่าจะเป็นอันตราย” เช่น ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน อาทิเช่น มาตรา 233 บัญญัติว่า “ผู้ใดใช้ยานพาหนะรับจ้างขนส่งคนโดยสาร เมื่อยานพาหนะนั้นมีลักษณะหรือมีการบรรทุกเกินน้ำหนักจะเป็นอันตรายแก่บุคคลในยานพาหนะนั้น ...” จะเห็นได้ว่า แม้ผลของการกระทำหรือการบรรทุกเกินจะยังไม่เกิดขึ้น แต่กฎหมายก็คำนึงถึงภัยที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตจึงกำหนดความผิดฐานนี้ขึ้น นี่คือนัยยะหนึ่งของการลงโทษที่คำนึงถึงภัยอันใกล้จะถึง

ประเทศไทยเห็นว่าโทษจำคุกเป็นโทษที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดที่จะทำให้ผู้กระทำผิดหรือผู้ต้องโทษกลับตนเป็นคนดีได้ เพราะทำให้เจ้าพนักงานราชทัณฑ์มีโอกาสพิจารณาผู้ต้องโทษเป็นรายบุคคลว่า การปฏิบัติ(treatment) ในเรือนจำหรือสถานที่กักขังได้ทำให้ผู้ต้องโทษกลับตนได้หรือไม่

⁶¹ เพิ่งอ้าง, น. 933.

เพียงใด ทั้งนี้โดยถือหลักที่ว่า จะต้องพิจารณาผลปฏิบัติจากนักโทษเป็นคณๆ ไป ส่วนการที่จะปฏิบัติแก่ผู้ต้องโทษอย่างไรจึงจะเป็นผลทำให้ผู้ต้องโทษกลับตนเป็นคนดีเข้าสู่สังคมได้อย่างเดิมเป็นเรื่องของทัณฑวิทยา โทษจำคุกนอกจากจะทำให้เจ้าพนักงานเรือนมีโอกาสดูแลปฏิบัติถูกต้องตามหลักวิชา เช่น ให้เรียนหนังสือและให้ฝึกหัดอาชีพจนรู้คุณค่าของการทำงานแล้ว ยังเป็นโทษที่ทำให้ผู้ต้องโทษรู้สึกหวาดกลัว เพราะได้รับทุกข์ทรมานเนื่องจากการจากบ้านซึ่งเคยอยู่อาศัยและจากครอบครัวซึ่งเป็นที่รัก ฉะนั้นจึงมีหลักว่า ไม่ควรจะจำคุกจำเลยในระยะเวลาอันสั้น⁶²โทษจำคุกสูงสุดตามที่บัญญัติตามกฎหมายอาญาของไทยเดิมคือ 20 ปี⁶³ ใช้พื้นฐานอย่างเดียวกับประเทศออสเตรเลีย ก่อให้เกิดผลดีในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด ด้วยเหตุที่ว่าผู้นั้นมีความหวังที่จะกลับตัวเป็นคนดีได้แม้จะได้กระทำความผิดเพียงใด อย่างไรก็ตามปัจจุบันมีการปรับเปลี่ยนให้ในบางกรณีให้สามารถรับโทษทางอาญาให้จำคุกได้ถึง 50 ปี ทำให้ประมวลกฎหมายอาญาที่เคยทันสมัยเป็นสากล กลับเป็นกฎหมายอาญาที่ล้าสมัยไป⁶⁴ เพราะการลงโทษเป็นเวลานานเกินไปย่อมเป็นการขัดต่อสภาพทางชีววิทยาของมนุษย์และอาจทำให้เกิดความเป็นไปไม่ได้ในการลงโทษในทางปฏิบัติเช่น หากผู้กระทำความผิดขณะอายุ 40 ปีถูกลงโทษให้จำคุก 30 ปีหรือ 50 ปี ผู้กระทำความผิดไม่มีโอกาสที่จะกลับตัวเป็นคนดีเข้าสู่สังคมอาจแก่ชราและถึงแก่ความตายในคุกซึ่งขัดต่อทฤษฎีการลงโทษทางทัณฑวิทยา

2.6 วิวัฒนาการกฎหมายอาญาของประเทศไทยในความผิดเกี่ยวกับเพศ

วิวัฒนาการกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยผู้เขียนมุ่งศึกษาสัดส่วนอาชญากรรมและโทษ โดยเปรียบเทียบกันระหว่างมาตรา 276 และมาตรา 277

2.6.1 พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499⁶⁵

ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ

⁶² หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, (ม.ป.ท: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544).

⁶³ คณิต ฌ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา หลักและพื้นฐานการเข้าใจ, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2548), น. 389.

⁶⁴ เพ็ญอ้าง, น. 389.

⁶⁵ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 73/ตอนที่ 95/ฉบับพิเศษ หน้า 1/15 พฤศจิกายน 2499

มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบสองปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึง สองหมื่นสี่พันบาท

วิเคราะห์ ตามพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 นี้ มุ่งคุ้มครองเฉพาะเพศหญิง โดยแบ่งอายุของเพศหญิงออกเป็น 2 ช่วง คือ

ตามมาตรา 276 มุ่งคุ้มครองเพศหญิงที่มีอายุ 13 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป

ตามมาตรา 277 มุ่งคุ้มครองเพศหญิงที่มีอายุยังไม่เกิน 13 ปี และเป็นหลักความ รับผิดชอบโดยเคร่งครัดไม่ว่าจะยินยอมหรือไม่ยินยอมให้กระทำชำเรากก็ตาม

พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499

มาตรา 276 ข่มขืน กระทำชำเรา	เพศหญิง	อายุกว่า 13 ปี	ไม่ยินยอมโดย	ระวางโทษจำคุก 1 – 10 ปี และปรับ.
มาตรา 277 กระทำชำเรา	เพศหญิง	อายุไม่เกิน 13 ปี	ยินยอม หรือไม่ ยินยอม	ระวางโทษจำคุก 2 – 12 ปีและปรับ.

เมื่อเปรียบเทียบกันเห็นว่ามุ่งคุ้มครองความผิดที่กระทำต่อเด็ก ซึ่งเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงกว่าจึงกำหนดโทษไว้สูงกว่า

2.6.2 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน 2514

ประกาศของคณะปฏิวัติ⁶⁶

ฉบับที่ 11

ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน 2514

โดยที่คณะปฏิวัติมีความปรารถนาจะให้ประชาชนได้รับความสงบสุขและปลอดภัยจากอาชญากรรม ในการนี้คณะปฏิวัติเห็นว่า อัตราโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดบางประเภทตามประมวลกฎหมายอาญายังไม่เพียงพอแก่การป้องกันและปราบปราม สมควรแก้ไขให้สูงขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน คณะปฏิวัติจึงมีคำสั่งดังต่อไปนี้...

“มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ซึ่งมีใช้ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนี้ย ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี

“มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบสองปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นสี่พันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนี้ยและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี”

ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11

ได้เพิ่มเติม มาตรา 276 เดิมโดยเพิ่มวรรคสอง และมาตรา 277 เดิมโดยเพิ่มวรรคสอง โดยไม่ได้แก้ไขมาตรา 276 วรรคแรก และมาตรา 277 วรรคแรก

วิเคราะห์ส่วนที่เพิ่มเติมวรรคสองของทั้งสองมาตรา ดังนี้

⁶⁶ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 92/ตอน 32/ฉบับพิเศษ, หน้า 1/12 กุมภาพันธ์ 2518.

วรรคสองของมาตรา 276 มุ่งบัญญัติพื้นฐานความผิดที่มีลักษณะโทรมหญิง

- หรือกระทำโดยใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด และเป็นหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดไม่ว่าจะยอมหรือไม่ยอมให้โทรมก็ตาม

- หรือกระทำโดยใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด

มาตรา 276 วรรคสอง	เพศหญิง	อายุกว่า 13 ปี	ลักษณะ โทรม	ไม่ยินยอมโดย มีปืน หรือวัตถุ ระเบิด	โทษจำคุก 10 – 20 ปี หรือจำคุกตลอดชีวิต
มาตรา 277 วรรคสอง	เพศหญิง	อายุ ไม่เกิน 13 ปี	มี ลักษณะ โทรม	ไม่ยินยอมโดย มีปืน หรือวัตถุ ระเบิด	โทษจำคุก 15 – 20 ปี หรือจำคุกตลอดชีวิต
				หรือยินยอม	

เมื่อเปรียบเทียบกับกันจะเห็นว่า มุ่งคุ้มครองความผิดที่กระทำต่อเด็ก ซึ่งเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรง จึงกำหนดโทษไว้สูงกว่า

2.6.3 พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2525

พระราชบัญญัติ⁶⁷

แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5)

พ.ศ. 2525

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ในปัจจุบันอาชญากรรมบางประเภทโดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดต่อเสรีภาพได้ทวีความรุนแรงและความผิดฐานลักทรัพย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทรัพย์ที่เป็นพระพุทธรูป และโคหรือกระบือของผู้มีอาชีพกสิกรรมมีเพิ่มมากขึ้น ซึ่งความผิดเหล่านี้ในบางกรณีได้มีการเพิ่มอัตราโทษ มาครั้งหนึ่งแล้ว

⁶⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 99/ตอน 108/ฉบับพิเศษ, หน้า 5/6 สิงหาคม 2525.

ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน 2514 ในการนี้สมควรเพิ่มอัตราโทษสำหรับผู้กระทำความผิดให้สูงขึ้น เพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 3 ให้ยกเลิกความในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 และมาตรา 280 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน 2514 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาท ถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามความวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กหญิงนั้น จะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามความวรรคแรกได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 มิได้ มีการแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องความผิด แต่แก้ไขเพิ่มเติมโทษให้สูงจากเดิม ในมาตรา 276 และมาตรา 277 เพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด

มาตรา 276 วรรคหนึ่ง	เพศหญิง	อายุกว่า 13 ปี	ไม่ยินยอมโดย...	โทษจำคุก 4 – 20 ปี และปรับ
มาตรา 277 วรรคหนึ่ง	เพศหญิง	อายุไม่เกิน 13 ปี	ยินยอมหรือ ไม่ยินยอม	โทษจำคุก 7 – 20 ปี และปรับ...
มาตรา 276 วรรคสอง	เพศหญิง	อายุกว่า 13 ปี	ไม่ยินยอมให้ โทรมหรือกระทำ โดยมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด	โทษจำคุก 15 – 20 ปี และปรับหรือ จำคุกตลอดชีวิต
มาตรา 277 วรรคสอง	เพศหญิง	อายุไม่เกิน 13 ปี	ยินยอมให้โทรม หรือไม่ยินยอมให้ โทรม หรือมีอาวุธ ปืนหรือมีวัตถุ ระเบิด	โทษจำคุกตลอด ชีวิต

เมื่อเปรียบเทียบกับระหว่างมาตรา 276 มาตรา 277 ทั้งสองวรรคจะเห็นว่า มุ่งคุ้มครองเด็กที่ถูกกระทำผิด ซึ่งเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงกว่า และกำหนดโทษไว้สูงกว่า

2.6.4 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2530

พระราชบัญญัติ⁶⁸

แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8)

พ.ศ. 2530

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 กำหนดอายุเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมาย จากการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ การกระทำความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ และการกระทำทารุณต่อเด็กไว้เพียงอายุไม่เกิน สิบสามปีเท่านั้น ผู้กระทำความผิดตามบทมาตราดังกล่าวจึงสามารถอ้างความยินยอมของเด็กอายุกว่าสิบสามปีขึ้นไปเป็น

⁶⁸ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 104/ตอน 173/ฉบับพิเศษ, หน้า 4/1 กันยายน 2530.

เหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้ นับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กอายุระหว่างสิบสามปีถึงสิบห้าปี ซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอได้

มาตรา 3 ให้ยกเลิกความในมาตรา 277 มาตรา 277ทวิ และมาตรา 277ตรี แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามความวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามความวรรคแรกหรือวรรคสองได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 277 เดิม โดยเห็นว่าเด็กหญิงอายุระหว่าง 13 – 15 ปีนั้นส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ และปัญญา การศึกษาและประสบการณ์ยังต่ำ ซึ่งอาจถูกชักจูงล่อลวงให้ร่วมประเวณีซึ่งเป็นผลทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างความยินยอมของเด็กนั้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้ จึงเป็นการแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบ

การแก้ไขนี้เป็นการเพิ่มความคุ้มครองเด็กโดยเพิ่มอายุของเด็ก ซึ่งจากเดิมนั้นใช้หลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดกับเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี โดยแก้ไขเพิ่มเติมเป็นอายุ 13 ปีแต่ไม่เกิน 15 ปี โดยนำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดมาใช้ไม่ว่าเด็กอายุ 13 ปีแต่ไม่เกิน 15 ปีจะยินยอมให้กระทำชำเรากี่ตาม

ผู้กระทำชำเราก็มีความผิด แต่การกำหนดโทษนั้นใช้ระวางโทษเช่นเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 เปรียบเทียบได้ดังนี้

มาตรา 276	ข่มขืนกระทำชำเรา	หญิงที่มีใช้ ภริยาของตน	อายุกว่า 15 ปี	ยินยอมหรือ ไม่ยินยอม	โทษจำคุก 4 – 20 ปี และปรับ
มาตรา 277	กระทำชำเรา	หญิงที่มีใช้ มิใช่ภริยาตน	อายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี	ยินยอมหรือ ไม่ยินยอม	โทษจำคุก 4 – 20 ปี และปรับ

เมื่อเปรียบเทียบกันระหว่าง มาตรา 277 และมาตรา 276 จะเห็นว่า อาชญากรรมที่เกิดตามมาตรา 277 มีความร้ายแรงมากกว่าอาชญากรรมที่เกิดตามมาตรา 276 เนื่องจากการกระทำความผิดต่อเด็ก แต่เมื่อพิจารณาอัตราโทษที่บัญญัติให้มีระวางโทษเท่ากันคือ 4-20 ปี จึงเป็นอัตราโทษที่ไม่สัมพันธ์กับความร้ายแรงของอาชญากรรม

2.6.5 พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550

พระราชบัญญัติ⁶⁹

แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19)

พ.ศ. 2550

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครอง ตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่บทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 286 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ สมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อ

⁶⁹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124/56 ก / หน้า 1/19. กันยายน 2550.

บุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 3 ให้ยกเลิกความในมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 และมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุพร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้นั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่งหมายความว่ากระทำการเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช่วัยยะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยการร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่าให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกินสิบสามปีต้องระวางโทษจำคุกเจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน และเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยการใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป”

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2550 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมโดยเพิ่มความคุ้มครองบุคคลทุกเพศทุกวัย โดยให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิงโดยมิได้แก้ไขเพิ่มเติมโทษแต่อย่างใด

บทที่ 3

อาชญากรรมทางเพศตามกฎหมายต่างประเทศ

3.1 ความผิดทางเพศตามกฎหมายต่างประเทศ

กฎหมายที่ประเทศส่วนใหญ่ใช้ปกครองนั้นมีสองระบบที่สำคัญคือที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี และระบบลายลักษณ์อักษร ซึ่งทั้งสองระบบมีการบัญญัติเรื่องความผิดทางเพศ ความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กและบดทอนโหยงไว้ทั้งสิ้น อาจแตกต่างกันที่ลักษณะความผิด อายุของเด็กซึ่งเป็นไปตามลักษณะของสังคมที่มีความแตกต่างกัน แต่สิ่งที่เหมือนกันคือเรื่องความผิดทางเพศที่กระทำกับเด็กนั้นถูกกำหนดเป็นความผิดที่มีความรุนแรงกว่าปกติ ดังนี้

3.1.1 ความผิดทางเพศตามกฎหมายประเทศอังกฤษ

แม้ประเทศอังกฤษจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี แต่ปัจจุบันกฎหมายอังกฤษกำหนดความผิดไว้โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory Offences) โดยมีกฎหมายบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาโดยเฉพาะ¹ในเรื่องความผิดทางเพศอังกฤษได้บัญญัติเรื่องความผิดทางเพศไว้ในพระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003(The Sexual Offences Act 2003) กำหนดเรื่องอายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้กล่าวไว้ให้อายุที่อายุต่ำกว่า 13 ปีเป็นเด็ก และอายุกว่า 13 ปีเป็นผู้ใหญ่ โดยแบ่งออกเป็นสองมาตราคือ ข่มขืนกระทำชำเราตาม มาตรา1 และกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า13ปีตามมาตรา5 และกำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดบดทอนโหยงที่ผู้กระทำความผิดอาญาไว้ในพระราชบัญญัติความยุติธรรมแห่งอาญา 2003 มาตรา 224 โดยอธิบายได้ดังนี้

¹ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. รายงานการศึกษาระดับสมบูรณัโครงการวิจัยเรื่อง “ศึกษาความเป็นไปได้ ในการกำหนดชั้นโหยง และการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา,” มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2549, น 63.

พระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 มาตรา 1² การข่มขืนกระทำชำเรา

(1) ผู้ใด

(a) มีเจตนาสอดใส่อวัยวะเพศของเขาเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวาร หรือปากของบุคคล

อื่น

(b) โดยบุคคลอื่นไม่ยินยอมให้กระทำการสอดใส่และ

(c) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่ายินยอมให้มีการกระทำเช่นนั้น

(2) เหตุอันเชื่อว่าผู้ถูกกระทำยินยอมหรือไม่นั้นต้องพิจารณาจากสภาพแวดล้อมที่เกิดขึ้นซึ่งรวมทุกขั้นตอนที่ผู้กระทำเชื่อว่าผู้ถูกกระทำให้ความยินยอม

(3) นำมาตรา 75 และมาตรา 76 มาใช้กับมาตรานี้

(4) ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องระวางโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิต

² The Sexual Offences Act 2003

1 Rape

(1) A person (A) commits an offence if—

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,

(b) B does not consent to the penetration, and

(c) A does not reasonably believe that B consents.

(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.

(4) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

พระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 มาตรา 5³ การกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

(1) ผู้ใด

(a) มีเจตนาสอดใส่อวัยวะเพศของเขาเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวาร หรือปากของบุคคล

อื่น

(b) กระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี

(2) ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องระวางโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิต

ในประเทศอังกฤษ ความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดร้ายแรง โดยกำหนดโทษขั้นสูงเอาไว้คือโทษจำคุกตลอดชีวิต เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการกำหนดด้วย ที่เรียกว่ากระบวนการกำหนดโทษ⁴ (Sentencing process) โดยศาลจะกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิดและสภาพของผู้กระทำผิด และเพื่อให้การใช้ดุลยพินิจในการลงโทษมีความเสมอภาคเป็นธรรม ยุติธรรมเป็นแนวทางเดียวกันทั่วประเทศ อังกฤษจึงจัดทำแนวทางการกำหนดโทษให้ศาลในอังกฤษและเวลส์ใช้⁵ อังกฤษได้จัดทำคู่มือแนวทางการกำหนดโทษ ในความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual Offences Definitive Guideline)⁶ โดยแนวทางการกำหนดโทษ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ที่มีการกำหนดโทษขั้นสูงในกฎหมายให้จำคุกตลอดชีวิต คู่มือแนวทางการกำหนดโทษวางแนวทางให้ลงโทษจำคุก

³ The Sexual Offences Act 2003

5 Rape of a child under 13

(1) A person commits an offence if—

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person with his penis, and

(b) the other person is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

⁴ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. รายงานการศึกษาลบับสมบูรณ์
โครงการวิจัยเรื่อง “ศึกษาความเป็นไปได้ ในการกำหนดชั้นโทษ และการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา”,
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2549, น. 64.

⁵ เพิ่งอ้าง, น.100.

⁶ สืบค้นเมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2560, จาก <https://www.sentencingcouncil.org.uk/publications/item/sexual-offences-definitive-guideline/>

ระหว่าง 4-19 ปี⁷ ส่วนในฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ที่มีการกำหนดโทษขึ้นสูงในกฎหมายให้จำคุกตลอดชีวิต คู่มือแนวทางกำหนดโทษวางแนวทางให้ลงโทษจำคุกระหว่าง 6-19 ปี⁸

3.2 ความผิดทางเพศตามกฎหมายประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่นเดียวกับประเทศไทย อีกทั้งยังได้กำหนดเรื่องอายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความผิดทางเพศโดยกำหนดให้บุคคลที่อายุต่ำกว่า 15 ปี นั้นเป็นเด็กและอายุกว่า 15 ปี เป็นผู้ใหญ่และยังเป็นประเทศที่ต้นแบบที่ใช้เป็นพื้นฐานในการร่างกฎหมายของประเทศไทยในอดีตอีกด้วย

ประเทศฝรั่งเศสได้จัดให้ความผิดเกี่ยวทางเพศอยู่ในความผิดขั้นสูงหรือขั้นร้ายแรงเพราะถือว่าความผิดประเภทนี้ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมอย่างรุนแรง อีกทั้งยังเป็นความผิดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ความผิดประเภทนี้จึงมีอัตราโทษสูง โดยประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติในเรื่องความผิดทางเพศไว้ในกฎหมายอาญาส่วนที่ 3 ว่าด้วยการกระทำผิดทางเพศ มาตรา 222-22 ถึงมาตรา 222-33 โดยกล่าวถึงเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราไว้ โดยเฉพาะในมาตรา 222-23 ถึง มาตรา 222-26

มีใจความว่าดังนี้

มาตรา 222-23⁹

การล่วงละเมิดทางเพศนั้นไม่ว่าจะด้วยวิธีใด, โดยวิธีตามธรรมชาติ, การกระทำด้วยความรุนแรง, บังคับ ข่มขู่, และทำให้ตกใจกลัว เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา

⁷ เพิ่งอ้าง, น. 9.

⁸ เพิ่งอ้าง, น. 27.

⁹ 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.

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ระวังโทษจำคุก 15 ปี

ซึ่งความหมายของคำว่าข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายอาญา มาตรา 222-23 มีคำอธิบาย ดังนี้

- pénétration sexuelle : c'est ce qui distingue le viol des autres agressions sexuelles ;
- de quelque nature qu'il soit : ceci désigne toute pénétration sexuelle, qu'elle soit vaginale, anale (sodomie) ou orale (fellation), ou pénétration sexuelle par la main ou des objets ;
- commis sur la personne d'autrui : ceci désigne soit une femme, soit un homme, soit un enfant – fille ou garçon – que la victime soit connue ou inconnue de l'agresseur ; ce dernier peut être extérieur à la famille ou lui appartenir (viol incestueux, viol conjugal) ;
- par violence, contrainte, menace ou surprise : ceci désigne les moyens employés par l'agresseur pour imposer sa volonté, au mépris du refus ou de l'âge de la victime ; c'est le non-consentement ou l'abus de minorité qui caractérisent le viol.

Les autres agressions sexuelles sont des délits¹⁰

มีใจความว่าดังนี้

- ต้องมีการล่วงล้ำทางเพศโดยวิธีทางธรรมชาติคือการร่วมประเวณีตามปกติตามธรรมชาติ
- การล่วงล้ำทางเพศไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด ในทวารหนัก หรือปาก ด้วยอวัยวะเพศ ด้วยมือ หรือด้วยวัตถุอื่นๆ
- การกระทำกับบุคคลอื่น ในที่นี้หมายถึงทั้งผู้หญิง หรือผู้ชาย หรือเด็กผู้ชาย หรือเด็กผู้หญิง
- เหลือที่รู้จักหรือไม่รู้จัก รวมทั้งการข่มขืนคู่สมรส

เมื่อได้ศึกษาคำอธิบายจะเป็นว่าองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศฝรั่งเศส เหมือนกับองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยที่ได้แก้ไขใหม่

อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศฝรั่งเศสจะกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดทางเพศ ที่ความผิดขั้นร้ายแรงสูงแล้ว แต่ประเทศฝรั่งเศสยังได้บัญญัติความผิดทางเพศที่มีความรุนแรงกว่าปกติ อาจทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นในมาตรา 222-24(2) ดังนี้

¹⁰ สืบค้นเมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2560, จาก <http://teledebout.org/textes-legaux/>

มาตรา 222-24¹¹

การข่มขืนต่อไปนี้ระวางโทษจำคุก 20 ปี ..

2. ข่มขืนกระทำชำเราต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี

จะเห็นว่าประเทศฝรั่งเศสได้ให้ความสำคัญต่อการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเป็นอย่างมาก เนื่องจากความอ่อนแอของเด็กจึงอาจตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมทางเพศได้ง่ายจึงต้องหาทางคุ้มครองเป็นพิเศษ เห็นได้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี ผู้ที่กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกสูงถึง 20 ปี ซึ่งมีโทษจำคุกสูงกว่าการข่มขืนบุคคลในมาตรา 222-23 ถึง 5 ปี ทั้งนี้จะเห็นว่า ตามกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสนั้นพิจารณาถึงอายุของผู้กระทำ ดังนั้นหากศาลพิจารณาคดีแล้วพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบุคคลอายุต่ำกว่า 15 ปี ต้องระวางโทษจำคุก 20 ปี ไม่ได้พิจารณาว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

¹¹ ARTICLE 222-24

(Act no. 1998-468 of 17 June 1998 Article 13 Official Journal of 18 June 1998)

(Inserted by Act no. 2003-239 of 18 March 2003 Article 49 Official Journal of 19 March 2003)

Rape is punished by twenty years' criminal imprisonment

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

บทที่ 4

วิเคราะห์ความร้ายแรงของการกระทำผิด และโทษเปรียบเทียบกัน

ระหว่างมาตรา 276 กับ มาตรา 277

ตามประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้ในปัจจุบันในลักษณะ 9 เรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งวิเคราะห์ในฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเราตาม มาตรา 276 กับ มาตรา 277

4.1 วิเคราะห์ความร้ายแรงของความผิดทางเพศตามกฎหมายอาญา มาตรา 276 และมาตรา 277

กฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคหนึ่ง

ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้น เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นถึงสี่แสนบาท

แยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้คือ

ข่มขืนกระทำชำเรา หมายความว่า บุคคลกระทำการข่มขืนใจบุคคลอื่น คือได้กระทำชำเราผู้อื่นโดยผู้อื่นมิได้ยินยอมหรือสมัครใจ

ผู้อื่น หมายความว่า บุคคลอื่นที่ถูกกระทำ ผู้ถูกกระทำต้องมีสภาพบุคคลอยู่ในขณะที่ถูกกระทำ คือต้องมีชีวิตอยู่ ไม่ใช่ศพ

ก) ขู่เข็ญด้วยประการใดๆ การขู่เข็ญให้เกิดความกลัวว่าจะถูกกระทำให้เป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน สิทธิ หรือให้เกิดความกลัวอย่างอื่นๆ ก็ได้ และไม่จำกัดว่าการขู่เข็ญจะให้เกิดอันตรายนั้นต้องเกิดแก่ผู้อื่น ผู้ที่ถูกขู่เท่านั้น ดังนั้นจึงขู่เข็ญให้เป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นก็ได้ แต่การขู่เข็ญต้องถึงขนาดทำให้ผู้อื่นกลัวจนต้องยอม โดยพิจารณาระดับความรุนแรงของการขู่เข็ญที่มีผลเป็นการบังคับผู้อื่น ให้หมดอิสระในการเลือกโดยตนเอง เช่น ถ้าไม่ยอมให้ร่วมประเวณีจะไม่เลื่อนขั้นตำแหน่งให้ กรณีนี้ผู้ถูกขู่ไม่จำเป็นต้องยอมให้ร่วมประเวณีก็ได้

ข) ใช้กำลังประทุษร้าย ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคล

โดยอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ ไม่ว่าจะโดยใช่ยาทำให้มีเมามา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใด อันคล้ายคลึงกันตามความหมายที่นิยามไว้ในมาตรา 1(6) แต่การใช้กำลังประทุษร้ายมีเฉพาะร่างกายและจิตใจเท่านั้น ไม่รวมถึงเสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สินด้วย

โดยผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ ผู้อื่นอยู่ในภาวะจำยอมโดยไม่สมัครใจ เป็นสภาพที่ไม่สามารถคืนรนต่อสู้ได้ หรือขัดขึ้นได้ เช่นผู้อื่นไม่รู้สีกตัว มีเมามา วิกลจริต ซึ่งภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้นั้นจะเกิดขึ้นเองหรือผู้ใดกระทำไม่สำคัญ หรือแม้กระทั่ง จำเลยไม่ได้พูดอะไรถ้าพฤติการณ์ผู้เสียหายกลัว หรือตกอยู่ในบังคับอำนาจของจำเลย อยู่ในภาวะจำยอม จะถือว่าผู้เสียหายยินยอมไม่ได้ จำเลยจึงมีความผิด

ทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลที่ผู้อื่นเต็มใจร่วมประเวณีด้วย เป็นการสำคัญผิดในตัวบุคคล เช่น ทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าเป็นสามีของตน จึงร่วมประเวณีด้วย เช่นนี้จะถือว่าหญิงยินยอมโดยสมัครใจไม่ได้ เพราะเป็นการเข้าใจผิดในตัวบุคคลที่ตนได้กระทำขึ้น แต่ถ้าเป็นการสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลเช่นหญิงยอมร่วมประเวณีกับชายโดยสำคัญผิดจากการที่ชายหลอกว่าได้ทำการสมรสโดยถูกต้องตามกฎหมายแล้ว เช่นนี้ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายนี้

ผู้กระทำความผิดในการกระทำชำเรา กล่าวคือ กระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำและผู้กระทำ ประสงค์ต่อผลหรือยอมเสี่ยงเห็นผลของการกระทำนั้น

ความยินยอม ถือเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะการจะเรียกว่าข่มขืนกระทำชำเรา ได้นั้นต้องเป็นการกระทำที่ปราศจากความยินยอม โดยต้องสังเกตจากกริยาวาจาของหญิงและพฤติการณ์ทั้งหลายประกอบกัน

ดังนั้น “ข่มขืน” จึงหมายถึง การบังคับ ขืนใจ หรือกระทำโดยผู้ถูกข่มขืนไม่ยินยอม ดังนั้น ถ้าหญิงยินยอมก็ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืน

ความยินยอมของผู้เสียหายคือการที่ผู้เสียหายสละความคุ้มครองตามกฎหมายโดยการสละคุณธรรมทางกฎหมายโดยรู้ตัว กล่าวคือ ผู้เสียหายรู้ว่าอะไรจะเกิดขึ้นในกรณีนั้น ฉะนั้นความยินยอมของผู้เสียหายจึงเกี่ยวข้องกับ “ผลของการกระทำ” มิใช่เกี่ยวข้องกับ “ตัวการกระทำ” การกระทำที่อยู่ในกรอบของการยินยอมของผู้เสียหาย คือ การกระทำที่ตรงกับความประสงค์ของผู้เสียหายและตรงกับเจตจำนงของผู้เสียหายกล่าวคือต้องพิจารณาลักษณะของการกระทำ วัตถุประสงค์เกี่ยวกับการกระทำ และในบางกรณีอาจต้องพิจารณาเวลา สถานที่ และบุคคลประกอบด้วย ซึ่งการจะถือว่าการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นการกระทำที่อยู่ในกรอบของความยินยอมของผู้เสียหายหรือไม่

มาตรา 276 นี้ เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองคือ บุคคลที่มีอายุกว่า 15 ปี ขึ้นไป โดยเน้นที่เสรีภาพของบุคคล ในความผิดทางอาญา ลักษณะ 9 เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ คุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองจึงเป็นเรื่องเสรีภาพในทางเพศ ซึ่งเป็นคุณธรรมที่เป็นส่วนบุคคล โดยแท้ โดยทั่วไปคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ผู้เป็นเจ้าของสามารถสละได้

กฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก

ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

แยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้ คือ

กระทำชำเรา หมายความว่า การที่ชายร่วมประเวณีกับเด็กซึ่งการกระทำชำเราเด็กนั้น จะกระทำด้วยประการใดก็ตาม และมีความหมายเช่นเดียวกับกระทำชำเราตามมาตรา 276 ที่กล่าวมาแล้ว

เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีหมายความว่า ความถึง การจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ต้องเป็นการกระทำชำเราต่อเด็กซึ่งกฎหมายจำกัดอายุไว้ว่าไม่เกิน 15 ปีบริบูรณ์ การพิสูจน์เรื่องอายุนี้นี้พิสูจน์ได้จากวันเดือนปีเกิดจากสูติบัตร ทะเบียนบ้าน ทะเบียนนักเรียน หรือพยานบุคคลเช่นพ่อแม่ เมื่อไม่มีพยานเอกสาร และหากเป็นการพ้นวิสัย ที่จะรู้วันเกิดก็ต้องนับอายุตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 16

โดยเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม หมายความว่า การกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี นั้นจะเป็นความผิดเสมอไปไม่ต้องคำนึงว่าเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

การกำหนดความรับผิดตามมาตรา 277 เป็นความผิดทันทีเมื่อมีการกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี โดยตามกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดแม้เด็กนั้นจะยินยอมก็ตาม เป็นหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด ซึ่งเป็นแนวคิดของสำนักอรรถประโยชน์(Utilitarianism) ซึ่งเน้นประโยชน์ส่วนรวมยิ่งกว่าประโยชน์ส่วนบุคคลสนับสนุนให้รัฐเข้าแทรกแซงออกกฎหมายคุ้มครองสาธารณสุขและกำหนดความรับผิดในบางกรณีอย่างเคร่งครัด โดยที่การฝ่าฝืนมาตรฐานความประพฤติที่รัฐกำหนดขึ้นโดยกฎหมายเรียกทั่วไปว่า “ความรับผิดโดยเคร่งครัด” (Strict Liability) ซึ่งไม่ต้องคำนึงว่าผู้กระทำจะมีความผิดหรือไม่ ก็ต้องรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งอันตรายที่เกิดจากการกระทำนั้นมีผลกระทบกระเทือนต่อบุคคลทั่วไปจึงจำเป็นต้องคุ้มครองสวัสดิภาพของสาธารณสุขโดยกำหนดเป็นความรับผิดที่ไม่คำนึงถึงเจตนาหรือประมาทในการวินิจฉัยความรับผิด หรืออาจกล่าวได้ว่าความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ไม่ต้องคำนึงถึงความผิด(Fault) หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่าเป็นความผิดโดยไม่มี ความผิด (Liability Without Fault) หรือความรับผิดโดยปราศจากเงื่อนไข(Absolute Liability)

ผู้เขียนมุ่งเน้นศึกษามาตรา 277 ในวรรคแรกกรณีการกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี โดยเด็กไม่ยินยอม เปรียบเทียบกับการข่มขืนผู้อื่น ตาม มาตรา 276 วรรคแรก ทั้งสองมาตรามีองค์ประกอบของการละเมิดเสรีภาพทางเพศอย่างเดียวกัน กฎหมายกำหนดให้ต้องรับโทษเท่ากัน แต่ความรุนแรงของอาชญากรรมที่เกิดกับเด็กนั้นย่อมรุนแรงกว่า เห็นได้ว่าตามมาตรา 277 วรรคแรกมีคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองส่วนบุคคลคือ เสรีภาพทางเพศ และยังมีคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสังคมส่วนรวมอยู่ด้วย คือการห้ามมิเพศสัมพันธ์กับเด็ก เป็นการคุ้มครองความอ่อนแอทางกายภาพ และทางเสรีภาพของเด็ก ซึ่งง่ายต่อการตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดทางเพศ ซึ่งเมื่อมีการกระทำความผิดต่อเด็กเกิดขึ้นแล้ว ผลกระทบที่มีต่อตัวเด็กทางร่างกายอาจเกิดขึ้นในทันที และมีผลกระทบต่อจิตใจต่อไปในระยะยาว ซึ่งส่งผลกระทบต่อสังคมทำให้คุณภาพชีวิตของทรัพยากรบุคคลได้รับผลกระทบตามมา ดังนั้น การกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมสละคุณธรรมทางกฎหมายก็ตาม รัฐจึงมีหน้าที่ต้องป้องกันเนื่องจากพวกเขาเหล่านั้นยังด้อยประสบการณ์ในการตัดสินใจในการช่วยเหลือตนเอง เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า การกระทำชำเราเด็ก โดยเด็กไม่ยินยอมนั้น เป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงกว่าการข่มขืนกระทำชำเราผู้ใหญ่

4.2 เปรียบเทียบความผิดและอัตราโทษกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคหนึ่งและมาตรา 277 วรรคหนึ่ง กับกฎหมายต่างประเทศ

ก. เปรียบเทียบกฎหมายประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษกำหนดเรื่องอายุแบ่งระหว่างความเป็นเด็กและผู้ใหญ่ หากบุคคลมีอายุต่ำกว่า 13 ปีเป็นเด็ก ซึ่งประเทศอังกฤษกำหนดความผิดทางเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยบัญญัติความผิดไว้สองมาตราโดยเป็นการกระทำต่อผู้ใหญ่และต่อเด็กดังนี้

พระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 มาตรา 1 การข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องระวางโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิตและพระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 มาตรา 5 การกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องระวางโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิตทั้งสองมาตรากำหนดโทษไว้เท่ากันคือระวางโทษไม่เกินจำคุกตลอดชีวิต

ซึ่งทั้งสองมาตราดังกล่าวมีลักษณะและองค์ประกอบความผิดเหมือนกับกฎหมายอาญาของประเทศไทยคือ

มาตรา 276 วรรคแรก ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น.. ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท และมาตรา 277 วรรคแรก ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้า

ปี.. ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท ทั้งสองมาตรากำหนดโทษไว้เท่ากันคือระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท ประเทศต่างกันว่าประเทศไทยกำหนดเรื่องอายุแบ่งระหว่างความเป็นเด็กและผู้ใหญ่ไว้ หากมีอายุต่ำกว่า 15 ปี เป็นเด็ก

เห็นว่าทั้งกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายประเทศอังกฤษมีการกำหนดความผิดที่กระทำต่อผู้ใหญ่และที่กระทำต่อเด็กให้แยกกันเป็นสองมาตรา และทั้งสองมาตรากำหนดโทษไว้เท่ากัน

แต่มีความแตกต่างกันอันเป็นนัยสำคัญของวิทยานิพนธ์คือ ตามกฎหมายอาญาประเทศไทย หากมีข้อเท็จจริงในการกระทำความผิดว่า มีผู้กระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราบุคคลที่เป็นเด็กช่วงอายุ 13-15 ปี โดยเด็กไม่ยินยอมแล้วนั้น ตามกฎหมายอาญาของประเทศไทย จะต้องปรับใช้กฎหมายมาตรา 277 วรรคแรก ซึ่งต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท ซึ่งเป็นอัตราโทษเช่นเดียวกับมาตรา 276 วรรคแรก

เมื่อพิจารณาตามกำหนดโทษประเทศอังกฤษ หากมีผู้กระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราบุคคลที่เป็นเด็กโดยเด็กไม่ยินยอมแล้วนั้น พิจารณาโดยใช้พระราชบัญญัติความยุติธรรมแห่งอาญา 2003 จะปรับใช้มาตรา 1 และมาตรา 5 คือ มาตรา 1 มีการข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องระวางโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิตและ มาตรา 5 การกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี โดยเด็กไม่ยินยอม นั้นผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องระวางโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิตทั้งสองมาตรากำหนดโทษขึ้นสูงไว้เท่ากันคือระวางโทษไม่เกินจำคุกตลอดชีวิตเพื่อให้ผู้พิพากษาได้ใช้ดุลยพินิจในการลงโทษ อังกฤษได้จัดทำคู่มือแนวทางการกำหนดโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual Offences Definitive Guideline) ดังที่อธิบายในบทที่ 3 โดยแนวทางการกำหนดโทษ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ที่มีการกำหนดโทษขึ้นสูงในกฎหมายให้จำคุกตลอดชีวิต คู่มือแนวทางการกำหนดโทษวางแนวทางให้ลงโทษจำคุกระหว่าง 4-19 ปี ส่วนในฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ที่มีการกำหนดโทษขึ้นสูงในกฎหมายให้จำคุกตลอดชีวิต คู่มือแนวทางการกำหนดโทษวางแนวทางให้ลงโทษจำคุกระหว่าง 6-19 ปี เห็นได้ว่าโทษที่กำหนดให้ผู้พิพากษาใช้ดุลยพินิจลงโทษผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี สูงกว่าคือลงโทษจำคุกขั้นต่ำ 6 ปี

ข. เปรียบเทียบกฎหมายประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสกำหนดเรื่องอายุระหว่างความเป็นเด็กและผู้ใหญ่ไว้ หากมีอายุต่ำกว่า 15 ปี เป็นเด็กเหมือนกับประเทศไทย โดยประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายกำหนดความผิดทางเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยบัญญัติความผิดไว้สองมาตราโดยเป็นการกระทำต่อผู้ใหญ่และต่อเด็กดังนี้

มาตรา 222-23 การล่วงละเมิดทางเพศนั้นไม่ว่าจะด้วยวิธีใด, โดยวิธีตามธรรมชาติ, การกระทำใช้ความรุนแรง, บังคับ ข่มขู่, และทำให้ตกใจกลัว เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ระวังโทษจำคุก 15 ปี

มาตรา 224-24 การข่มขืนต่อไปนี้จะระวังโทษจำคุก 20 ปี ..

1. ข่มขืนกระทำชำเราต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี

ประเทศฝรั่งเศสได้ให้ความสำคัญต่อการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเป็นอย่างมาก เห็นได้จากการบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราบุคคล ระวังโทษจำคุก 15 ปี แต่การข่มขืนกระทำชำเราเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี ผู้ที่กระทำความผิดต้องระวังโทษจำคุกสูงถึง 20 ปี ซึ่งมีโทษจำคุกสูงกว่าการข่มขืนบุคคลในมาตรา 222-23 ถึง 5 ปี

ซึ่งทั้งสองมาตราดังกล่าวมีลักษณะความผิดแตกต่างกับกฎหมายอาญาของประเทศไทยคือ มาตรา 276 วรรคหนึ่ง และมาตรา 277 วรรคหนึ่ง ทั้งสองมาตรากำหนดโทษไว้เท่ากันคือ ระวังโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

จึงเห็นได้ว่าหากมีหากมีข้อเท็จจริงในการกระทำผิดว่า มีผู้กระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราบุคคลที่เป็นเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี ตามกฎหมายอาญาของประเทศไทย จะต้องปรับใช้กฎหมายมาตรา 277 วรรคแรก ซึ่งต้องระวังโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท ซึ่งเป็นอัตราโทษเดียวกับมาตรา 276 วรรคแรก แต่หากพิจารณาตามกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสนั้น พิจารณาถึงอายุของผู้กระทำตามมาตรา 224-24 ซึ่งต้องระวังโทษจำคุก 20 ปี ซึ่งเป็นอัตราที่สูงกว่า การข่มขืนกระทำชำเราผู้ใหญ่ตามมาตรา 222-23 ซึ่งต้องระวังโทษจำคุก 15 ปี ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายของประเทศไทย

4.3 เหตุผลและแนวทางในการเพิ่มโทษในมาตรา 277 วรรคหนึ่งกรณีกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี โดยเด็กไม่ยินยอม

จากการศึกษาวิวัฒนาการกฎหมายอาญาในอดีตในบทที่ 3 ที่ผ่านมาจะทำให้เห็นวิวัฒนาการความสัมพันธ์ระหว่างอาชญากรรมและโทษนั้นมีความสัมพันธ์กัน ดังตารางข้างล่างนี้

พรบ.ให้ใช้ ประมวล กฎหมาย อาญา พ.ศ.2499	ม.276	ข่มขืนกระทำ ชำเรา	อายุกว่า 13	ไม่ยินยอม	ระวางโทษจำคุก 1 - 10 ปีและปรับ
	ม.277	กระทำชำเรา	อายุไม่เกิน 13	ยินยอมหรือไม่ก็ ตาม	ระวางโทษจำคุก 2 – 12 ปีและปรับ
ประกาศ คณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11	ม.276	กระทำชำเรา	อายุกว่า 13	ไม่ยินยอม	ระวางโทษจำคุก 1 – 12 ปีและปรับ..
	ม.277	กระทำชำเรา	อายุไม่เกิน 13	ยินยอมหรือไม่ก็ ตาม	ระวางโทษจำคุก 2 – 12 ปีและปรับ..
พรบ.แก้ไข เพิ่ม เติม ประมวล กฎหมาย อาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2525	ม.276	ข่มขืนกระทำ ชำเรา	อายุกว่า 13	ไม่ยินยอม	ระวางโทษจำคุก 4 – 20 ปีและปรับ..
	ม.277	กระทำชำเรา	อายุไม่เกิน 13	ยินยอมหรือไม่ก็ ไม่ก็ตาม	ระวางโทษจำคุก 7 – 20 ปีและปรับ..
พรบ.แก้ไข เพิ่ม เติม ประมวล กฎหมาย อาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2530	ม.276	ข่มขืนกระทำ ชำเรา	อายุกว่า 15	ไม่ยินยอม	ระวางโทษจำคุก 4 - 2 0 ปีและปรับ..
	ม.277	กระทำชำเรา	อายุกว่า 13 แต่ ไม่เกิน 15	ยินยอมหรื ไม่ยินยอม	ระวางโทษจำคุก 4 - 2 0 ปีและปรับ

พรบ.แก้ไข เพิ่มเติม ประมวล กฎหมาย อาญา (ฉบับ ที่ 19) พ.ศ. 2550	ม.276	กระทำชำเรา	อายุกว่า 15	ไม่ยินยอม	ระวางโทษจำคุก 4 – 20 ปีและปรับ
	ม.277	กระทำชำเรา	อายุกว่า 13 แต่ ไม่เกิน 15	ยินยอมหรือ ไม่ยินยอม	ระวางโทษจำคุก 4 – 20 ปีและปรับ

จะเห็นว่าการกำหนดโทษความผิดที่กระทำต่อเด็กตามกฎหมายอาญาในอดีตเห็นว่าการกระทำผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กร้ายแรงกว่ากระทำผิดทางเพศกับผู้ใหญ่ จึงกำหนดอัตราโทษสูงกว่าซึ่งเป็นไปตามความแรงของอาชญากรรม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสัดส่วนระหว่างความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นสัมพันธ์กับโทษ จนกระทั่งมีการแก้ไขเพิ่มเติม ตามพระราชบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2530 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีอัตราโทษเหมือนกับกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันต่างกันเพียงฉบับที่แก้ไข พ.ศ. 2530 มุ่งคุ้มครองเฉพาะเพศหญิงแต่กฎหมายอาญาที่บัญญัติขึ้นใหม่นั้นมุ่งเด็กอายุระหว่าง ซึ่งวัตถุประสงค์ของการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ให้เหตุผลว่า ช่วงอายุดังกล่าวยังไม่เติบโตทั้งร่างกาย จิตใจ และประสบการณ์ จึงมุ่งคุ้มครองเป็นพิเศษ แต่อัตราโทษที่บัญญัติขึ้นไม่ได้มีการบัญญัติขึ้นใหม่โดยใช้โทษเท่ากันกับมาตรา 276 ผู้เขียนเห็นว่า เริ่มไม่สอดคล้องกัน เนื่องจาก เมื่อเทียบความรุนแรงอาชญากรรม ระหว่างการข่มขืนผู้ใหญ่ ตามมาตรา 276 กับ การกระทำชำเราเด็กหญิงอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นไม่ยินยอม นั้น เป็นอาชญากรรมรุนแรงกว่า แต่บัญญัติระวางโทษไว้เท่ากันกับการข่มขืนผู้ใหญ่ ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการระวางโทษที่ไม่ได้สอดคล้องกับความรุนแรงของการกระทำผิด ส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและการพัฒนาการด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอที่จะรู้หรือเข้าใจในเรื่องเพศ อีกทั้งยังเป็นมาตราที่ไม่สามารถยอมความกันได้ โดยรัฐเป็นผู้เสียหาย ซึ่งเป็นมาตราที่มุ่งคุ้มครองสังคม เป็นอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงและมุ่งประกันสังคม เป็นความผิดทางศีลธรรมอันดีของประชาชน มาตรา 277 ดังกล่าวกำหนดให้เป็นฐานความผิดที่ไม่สามารถยอมความได้ โดยต่างจากมาตรา 276 ที่สามารถยอมความกันได้ ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 281 การกระทำผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก และมาตรา 278 นั้น ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้

ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลดังระบุไว้ในมาตรา 285 เป็นความผิดอันยอมความได้ ซึ่งความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตาม มาตรา 277 รัฐซึ่งเป็นผู้เสียหายทันที และไม่ว่าตัวเด็กนั้นจะสละคุณธรรมทางกฎหมาย คือยินยอมให้กระทำชำเราก็คตาม

การที่จะทำให้อาชญากรรมสัมฤทธิ์ผลนั้น ต้องมีมาตรการการลงโทษที่สัมพันธ์กันด้วย เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบความผิด ตัวผู้เสียหายและคุณธรรมทางกฎหมายจะเห็นว่า การกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงมากกว่าการข่มขืนกระทำชำเรามาตรา 276 ตามหลักสัดส่วนของการลงโทษ และตามทฤษฎีเหยื่อของอาชญากรรม แต่การบัญญัติโทษนั้นไม่ได้กระทำให้สอดคล้องกับความรุนแรงของอาชญากรรมซึ่งเมื่อเทียบกับความผิดที่กระทำต่อผู้ใหญ่ตามมาตรา 276 ผู้เขียนเห็นว่า จึงควรกำหนดให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโทษใน มาตรา 277 วรรคหนึ่ง ให้มีอัตราโทษที่สูงกว่าหรืออย่างน้อยที่สุด ควรให้มีอัตราโทษขั้นต่ำที่สูงกว่า มาตรา 276 เพื่อให้มีความสัมพันธ์กันระหว่างความร้ายแรงของอาชญากรรมและโทษ เพื่อส่งผลให้การลงโทษเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่มีลักษณะแก้แค้น เป็นการยับยั้งและป้องปรามผู้กระทำผิดให้ได้ผล ซึ่งจะทำให้อาชญากรรมทางเพศต่อเด็กลดลงด้วย

ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขความผิดและโทษในมาตรา 277 ให้มีความเหมาะสมและสัมพันธ์กับความร้ายแรงของการทำความผิด ดังนี้

มาตรา 277 วรรคแรก ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภรรยาหรือสามีของตนต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นถึงสี่แสนบาท

วรรคสอง ถ้าการทำความผิดตามวรรคแรกมีลักษณะข่มขืนกระทำชำเราโดยขู่เจิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้ผู้นั้นเข้าใจผิดว่าตน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

วรรคสาม การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

วรรคสี่ ถ้าการทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปีต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

วรรคห้า ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันหรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

วรรคหก ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำความผิดโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็ก ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก หรือจะอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกันโดยกำหนดเงื่อนไขให้ต้องดำเนินการภายหลังการสมรสก็ได้และเมื่อศาลได้พิจารณามีคำสั่งอย่างใดแล้ว ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ในการพิจารณาของศาลให้คำนึงถึงอายุ ประวัติความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรมสุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกกระทำด้วย

จะมีความสัมพันธ์กันระหว่างความร้ายแรงของอาชญากรรมและโทษตามตารางดังนี้

ม.276 วรรค แรก	ข่มขืนกระทำ ชำเรา	อายุกว่า 15	ไม่ยินยอม	ระวางโทษจำคุก 4 –20 ปีและปรับ..
ม.277 วรรคแรก	กระทำชำเรา	เด็กอายุไม่เกิน 15 (กว่า 13 ไม่เกิน 15)	ยินยอม	ระวางโทษจำคุก 4-20 ปีและปรับ..
ม.277 วรรคสอง	ข่มขืน กระทำชำเรา	เด็กอายุไม่เกิน 15 (กว่า 13 ไม่เกิน 15)	ไม่ยินยอม	ระวางโทษจำคุก 7-20 ปี หรือจำคุก ตลอดชีวิตและ ปรับ..

ม.277 วรรคสี่	กระทำชำเรา	เด็กอายุไม่เกิน 13	ยินยอมหรือ ไม่ยินยอม	ระวางโทษจำคุก 10-20 ปี หรือ จำคุกตลอดชีวิต และปรับ..
------------------	------------	--------------------	-------------------------	---

เมื่อแก้ไขโทษดังกล่าวแล้ว การแก้ไขดังกล่าวจะกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสองเรื่องคือ

1) เมื่อผู้กระทำผิดให้การรับสารภาพในชั้นพิจารณา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 176 บัญญัติว่า “ในชั้นพิจารณา ถ้าจำเลยให้การรับสารภาพตามฟ้อง ศาลจะพิพากษาไปโดยไม่สืบพยานต่อไปก็ได้ เว้นแต่คดีที่มีข้อหาในความผิดซึ่งจำเลยรับสารภาพนั้น กฎหมายกำหนดอัตราโทษอย่างต่ำไว้ให้จำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไปหรือโทษที่หนักกว่านั้น ศาลต้องฟังพยานโจทก์จนกว่าจะพอใจว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง”

การสืบพยานประกอบคำรับสารภาพนั้น กฎหมายกำหนดเงื่อนไขที่สำคัญคือพิจารณาอัตราโทษขั้นต่ำในข้อหาที่จำเลยรับสารภาพว่า ให้จำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไป ต้องสืบพยานโจทก์จนศาลเชื่อว่าจำเลยกระทำความผิดจริง เนื่องจากความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไปเป็นความผิดที่เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงมีความเป็นอาชญากรรมสูง ศาลจำเป็นต้องมั่นใจว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริงดังนั้นเมื่อแก้ไขโทษในความผิดที่ข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุกว่าสิบสามปีแต่ไม่เกินสิบห้าปีให้มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท เมื่อจำเลยให้การรับสารภาพในชั้นพิจารณา ต้องสืบพยานโจทก์จนศาลเชื่อว่าจำเลยกระทำความผิดจริงซึ่งต่างจากกฎหมายที่ใช้ในปัจจุบันที่กำหนดโทษขั้นต่ำไว้ที่สี่ปี หากจำเลยรับสารภาพก็ไม่จำเป็นต้องสืบพยานโจทก์ประกอบคำรับสารภาพ

2) การรอกการลงโทษตามกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญา มาตรา 56 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุกหรือปรับ และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินห้าปีไม่ว่าจะลงโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตามหรือลงโทษปรับ ถ้าปรากฏว่าผู้นั้น...”

การรอกการกำหนดโทษ และการรอกการลงโทษกฎหมายเป็นกรณีกฎหมายเห็นว่ามีความเหตุอันควรปราณีโดยจะคำนึงถึงในเรื่อง อายุ ประวัติ สติปัญญา เหตุและลักษณะแห่งความผิดของตัวผู้กระทำผิด และยังเป็นเครื่องเตือนสติให้ผู้กระทำความผิดไม่กระทำความผิดซ้ำอีก โดยกฎหมายกำหนดเงื่อนไขในการรอกการ

กำหนดโทษ หรือรอกการลงโทษในกรณีที่ศาลลงโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือคดีที่ไม่มีความรุนแรงของอาชญากรรมมาก แต่เมื่อแก้ไขโทษในความผิดที่ข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุกว่าสิบสามปีแต่ไม่เกินสิบห้าปีให้มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท เมื่อศาลลงโทษจำคุกในอัตราขั้นต่ำที่กำหนดไว้เจ็ดปี ส่งผลให้ไม่สามารถ รอกการกำหนดโทษหรือการรอกการลงโทษได้อีกต่อไป ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ามีความเหมาะสมแล้วเนื่องจากเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงมีความเป็นอาชญากรรมสูงการรอกการลงโทษ อาจทำให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวกฎหมาย อันทำให้ไม่ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ลงโทษที่ต้องการให้เป็นการป้องกันหรือป้องปรามไม่ให้เกิดการกระทำผิด

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

กฎหมายอาญาหมายถึงกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความปลอดภัยของประชาชน ของเอกชนทั้งหลายรวมถึงเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ของสังคม ดังนั้นลักษณะที่สำคัญคือ มุ่งหมายคุ้มครองสังคมประโยชน์ในการอยู่ร่วมกันในสังคม โดยรัฐจะเป็นผู้กำหนดว่าการกระทำใด เป็นการกระทำที่ต้องห้ามเมื่อกระทำแล้วเป็นความผิด เมื่อบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดก็จะ กำหนดมาตรการบังคับ เป็นโทษ เพื่อลงโทษแก่ผู้กระทำนั้น กฎหมายอาญาจึงประกอบไปด้วยสองส่วน

ส่วนแรก คือส่วนที่เป็นเงื่อนไขว่าการกระทำอย่างไรจึงเป็นความผิด หรือที่เรียกว่า องค์ประกอบของความผิด บทบัญญัติจะมีลักษณะสั้นแต่รวบรวมสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองไว้ครบถ้วน ที่เราเรียกว่า คุณธรรมทางกฎหมาย คุณธรรมทางกฎหมายแบ่งเป็นประเภทใหญ่ๆได้สองประเภท คือ คุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม เพื่อควบคุมสังคมให้สงบสุข โดยไม่สามารถ สละได้ รัฐจะเป็นผู้เสียหายทันที กับอีกประเภทหนึ่งคือ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล คุณธรรมประเภทนี้มุ่งคุ้มครองเฉพาะบุคคล คุณธรรมประเภทนี้สามารถสละกันได้

องค์ประกอบส่วนที่สองของกฎหมายอาญาคือ ส่วนที่เรียกว่าผลทางกฎหมาย เป็นมาตรการ ทางกฎหมาย หรือ เป็นบทลงโทษ โดยการลงโทษในกฎหมายอาญาเป็นการกระทำต่อผู้ที่กระทำผิด อย่างมีวัตถุประสงค์ ดังนี้

1)การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้น (Retribution)

การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนี้ เป็นวัตถุประสงค์ที่เก่าแก่ที่สุด แม้กระทั่งใน ปัจจุบันเป็นมรดกตกทอดมาจากวิธีการตอบสนองต่อพฤติกรรมเบี่ยงเบนในสมัยโบราณ นั่นคือ แนวความคิด แบบการลงโทษตาต่อตา ฟันต่อฟัน หมายความว่า ผู้กระทำผิดได้กระทำผิดในเรื่องใดก็ ต้องได้รับผลตอบแทนอย่างเดียวกับที่เขาได้กระทำ เพื่อชดเชย ทดแทน และให้สาสมกับความผิดที่ได้ กระทำขึ้น

2) การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่หรือป้องกันอาชญากรรม (Punishment as a Deterrence) การลงโทษ แต่ควรจะป้องกันบุคคลอื่นมิให้กระทำความผิดเช่นเดียวกัน และการลงโทษที่ยุติธรรมควรจะมีอัตราความรุนแรงพอเพียงที่จะยับยั้งคนอื่น

ตามทฤษฎีนี้ มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดก็เพื่อประโยชน์ 2 ประการ คือ

(1) เพื่อเป็นตัวอย่างให้คนทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับโทษเช่นนี้ เมื่อคนทั่วไปทราบจะได้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดขึ้น

(2) เพื่อให้มีผลแก่ตัวผู้กระทำความผิดเอง คือ ทำให้ผู้กระทำความผิดซึ่งถูกลงโทษมีความเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำความผิดขึ้นอีก

3) การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิด (Punishment as a Means of Reformation)

ทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขนี้เป็นทฤษฎีเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่ใหม่ที่สุด เกิดขึ้นเมื่อมีการใช้โทษจำคุกอย่างกว้างขวาง กล่าวคือ ประสงค์ที่จะให้ผู้ที่ได้กระทำความผิดไม่กล้าที่จะกระทำความผิดอีก โดยพยายามหาทางให้ผู้ที่ได้กระทำความผิดมาแล้วเกิดวัตถุประสงค์ที่จะยับยั้งไม่กระทำความผิดอีก แล้วยังต้องให้ผู้นั้นเกิดความสามารถที่จะยับยั้งเช่นนั้นด้วย¹ ด้วยเหตุดังกล่าว จึงก่อให้เกิดหลัก (Individualization)² ขึ้น ซึ่งเป็นการลงโทษและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล วิธีการลงโทษผู้กระทำความผิดจึงเน้นหนักไปในทางบำบัด (Treatment) มากกว่าการลงโทษให้ได้รับความเจ็บปวด (Pain) ตามแนวทฤษฎีดังกล่าว จึงได้ก่อให้เกิดวิธีการปฏิบัติในแบบต่าง ๆ แก่ผู้ต้องขังนักโทษในเรือนจำที่ต้องจำคุกอยู่ อาทิเช่น การฝึกวิชาชีพ ให้การศึกษาและให้การบำบัดทางการแพทย์หรือจิตวิทยา³

4) การลงโทษเพื่อเป็นการกักคุมหรือ incapacitation (Punishment as an Incapacitation)

ทฤษฎีนี้เห็นว่า การลงโทษควรมีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษมีโอกาสกระทำความผิดซ้ำอีก การลงโทษตามทฤษฎีนี้คล้ายกับทฤษฎีข่มขู่และทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขในข้อที่ว่า มุ่งหมายจะไม่ให้ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดซ้ำอีก แต่ต่างกันที่ว่าทฤษฎีข่มขู่มุ่งให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดขึ้นอีก แต่ตามทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขมุ่งอบรมให้ผู้กระทำความผิดไม่กระทำความผิดอีกโดยสมัครใจ โดยปรับปรุงแก้ไขให้ตัวเขาสามารถงดเว้นกระทำความผิดได้ แต่

¹ อุทิศ แส่นโกติก, *เพ็ญอ้อ*, น. 33.

² ณรงค์ ใจหาญ, *กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น. 32.

³ อรุณ แส่นโกติก, *เพ็ญอ้อ*, น. 141.

ตามทฤษฎีคุ้มครองสังคมนี้มุ่งป้องกันการกระทำผิดซ้ำอีก โดยทำให้เขาหมดโอกาสที่จะกระทำผิดได้อีก⁴ การลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันสังคมเริ่มเกิดขึ้นเมื่อมีการนำเอาวิธีการลงโทษจำคุกมาใช้ เพราะโทษจำคุกยอมทำให้ผู้ที่ถูกจำคุกอยู่ไม่สามารถออกไปประกอบอาชญากรรมหรือความเดือดร้อนให้สังคมได้อีก อย่างน้อยก็เป็นการชั่วคราวระหว่างที่ถูกจำคุก การลงโทษจำคุกจึงเป็นวิธีการที่จำกัดอิสรภาพและการเคลื่อนไหวของผู้กระทำผิด

จากวัตถุประสงค์ของการลงโทษแสดงให้เห็นว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีมาตรการลงโทษที่มีผลกระทบต่อเสรีภาพของบุคคลของผู้กระทำผิดอย่างร้ายแรงโดยมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน แต่การจะทำให้การลงโทษนั้นบรรลุผลนั้น โทษทางอาญาดึงสัมพันธ์กันในส่วนที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นด้วย

ในสังคมปัจจุบันมีอาชญากรรมที่ร้ายแรงเกิดขึ้นมากมาย หนึ่งในอาชญากรรมที่มีความรุนแรงและเกิดขึ้นบ่อย คืออาชญากรรมทางเพศ โดยเฉพาะอาชญากรรมทางเพศที่เกิดขึ้นกับเด็ก

อาชญากรรมทางเพศนั้นบัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญาในประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 9 เรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองเสรีภาพภาพในการประกอบกิจกรรมทางเพศได้อย่างอิสระ แต่หากเป็นการประกอบกิจกรรมทางเพศที่กระทำกับเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปีนั้น รัฐถือว่าเป็นสิ่งต้องห้ามกระทำเนื่องจากสาเหตุหลายประการเช่นเป็นการขัดกับหลักศีลธรรมอันดี อีก คุณธรรมทางกฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองเห็นได้ว่า นอกจากจะเป็นฐานความผิดซึ่งมีคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองส่วนบุคคลคือ เสรีภาพทางเพศ และยังมีคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสังคมส่วนรวมอยู่ด้วยคือเด็กอายุต่ำกว่านั้นรัฐเห็นว่ายังไม่เหมาะที่จะมีเพศสัมพันธ์ การห้ามมีเพศสัมพันธ์กับเด็กก่อนวัยอันควร เป็นการคุ้มครองความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็ก ความอ่อนแอทางเสรีภาพของเด็ก ซึ่งง่ายต่อการตกเป็นเหยื่อของการกระทำผิดทางเพศ อีกทั้งยังขาดความรู้ความเข้าใจ ขาดประสบการณ์จึงไม่สามารถคิดและตัดสินใจได้ดีพอที่จะดูแลตนเองได้ เมื่อพิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมายจะเห็นว่าคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสังคมหรือส่วนรวมเป็นคุณธรรมที่สูงกว่าคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองส่วนบุคคล

ดังเห็นได้จาก มาตรา 276 คุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลดังที่บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น.....” องค์ประกอบก็ต้องมีการข่มขืนคือการบังคับโดยปราศจากความยินยอม แต่หากผู้ถูกกระทำยินยอมเท่ากับเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งตามมาตรา

⁴ อุทิศ แส่นโกติก, เพิ่งอ้าง, น. 33.

ดังกล่าวสามารถสะท้อนคุณธรรมทางกฎหมายได้ เมื่อสะท้อนคุณธรรมทางกฎหมายแล้วผู้กระทำก็ไม่มี ความผิดฐานข่มขืนตามมาตรา 276 นี้ อีกทั้งรัฐยังบัญญัติให้ความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่ยอมความกัน ได้ แต่หากพิจารณาในมาตรา 277 คุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองส่วนบุคคลคือ เสรีภาพทางเพศ และยังมีคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสังคมส่วนรวมอยู่ด้วย ดังที่บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็ก อายุไม่เกินสิบห้าปี.....โดยเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม....”จะเห็นว่ารัฐมุ่งคุ้มครองเด็กจากการถูกกระทำ ชำเราอย่างเด็ดขาด โดยเด็กไม่สามารถสะท้อนคุณธรรมทางกฎหมายนี้ได้ และถูกกำหนดให้เป็นความรับ ผิดโดยเคร่งครัดซึ่งไม่สามารถยอมความกันได้อย่างในมาตรา 276

จากการศึกษาตัวบทกฎหมาย คุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองผู้เขียนมีความเห็นว่าการ กระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กในมาตรา 277มีความร้ายแรงของอาชญากรรมมากกว่าการ กระทำความผิดทางเพศตามมาตรา 276 มาตราทางกฎหมายหรือโทษก็ควรจะได้สัดส่วนกับความ ร้ายแรงของอาชญากรรมคือบทลงโทษของความผิดในมาตรา 277น่าจะกำหนดโทษไว้สูงกว่ามาตรา 276

แต่เมื่อพิจารณากลับพบว่าทั้งสองมาตราดังกล่าวมีมาตรการลงโทษไว้ในอัตราที่เท่ากันคือ ระวังโทษสี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาทซึ่งผู้เขียนเห็นว่า สัดส่วนของความ ร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นไม่สัมพันธ์กับโทษกล่าวคือความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กนั้นมีความ ร้ายแรงของอาชญากรรมที่มากกว่าควรมีอัตราโทษที่สูงกว่าซึ่งก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2530 นั้นมุ่งคุ้มครองเด็กโดยกำหนดความผิดทางเพศที่ กระทำต่อเด็กไว้สูงกว่าผู้ใหญ่

ฉบับที่แก้ไข พ.ศ. 2530 เห็นความสำคัญและมุ่งคุ้มครองเด็กอายุระหว่าง 13 - 15 ปี โดยให้ เหตุผลว่าส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอที่จะรู้หรือเข้าใจในเรื่องเพศ อีกทั้งยังเป็นมาตราที่ไม่ สามารถยอมความกันได้ โดยรัฐเป็นผู้เสียหาย ซึ่งเป็นมาตราที่มุ่งคุ้มครองสังคม แต่การบัญญัติโทษ นั้นไม่ได้กระทำให้สอดคล้องกับความรุนแรงของอาชญากรรมโดยฉบับที่แก้ไข พ.ศ. 2530 ซึ่งเป็น บทบัญญัติที่มีอัตราโทษเหมือนกับกฎหมายอาญฉบับปัจจุบัน

5.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนมีความเห็นให้มีการจัดเรียงลำดับความรุนแรงของอาชญากรรมในประมวลกฎหมาย อาญฉบับปัจจุบัน โดยพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายว่ามุ่งคุ้มครองสิ่งใด มุ่งคุ้มครองสังคมซึ่งเป็น

มหาชนหรือมุ่งคุ้มครองเอกชน สิ่งใดมีความสำคัญมากกว่าและกำหนดมาตรการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกัน โดยเฉพาะความผิดทางเพศที่ได้ทำการศึกษามานี้ ผู้เขียนเห็นว่าความผิดในมาตรา 277 วรรคแรก นั้นร้ายแรงกว่าความผิดในมาตรา 276 จึงมีความเห็นควรให้มีการแก้ไขบทลงโทษให้สูงขึ้น ดังนี้

จากในปัจจุบันที่ใช้อยู่บัญญัติไว้

มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ต่อไปนี้ไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภรรยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท

ควรแก้ไขเพิ่มเติมโทษให้เป็นอย่างนี้

มาตรา 277 วรรคแรก ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ต่อไปนี้ไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภรรยาหรือสามีของตนต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นถึงสี่แสนบาท

วรรคสอง ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกมีลักษณะข่มขืนกระทำความผิดโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

วรรคสาม การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

วรรคสี่ ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปีต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

วรรคห้า ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันหรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

วรรคหก ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็ก ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก หรือจะอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกันโดยกำหนดเงื่อนไขให้ต้องดำเนินการภายหลังการสมรสก็ได้และเมื่อ

ศาลได้พิจารณามีคำสั่งอย่างใดแล้ว ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ในการพิจารณาของศาลให้คำนึงถึงอายุ ประวัติความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรมสุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกระทำได้ด้วย

เมื่อแก้ไขแล้วผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายอาญาจะมีประสิทธิผลในการคุ้มครองป้องกันอาชญากรรมทางเพศ โดยเฉพาะอาชญากรรมทางเพศที่กระทำต่อเด็กที่กำหนดโทษไว้สูงกว่ายอมเกิดผลข่มขู่หรือยับยั้งการกระทำความผิดได้ดียิ่งขึ้น



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กัลยาณี สุกเนียม. “ปัญหาทางกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549.

เกษมาวดี ศุภกัญญาพงศ์. การปรับเปลี่ยนความผิดหลัโทษที่ไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้ เป็นความผิดต่ออรรถระเบียขของสังคม : ศึกษาเฉพาะความผิดหลัโทษในประมวลกฎหมายอาญา. ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2549.

ชัตติยาพร ครอบงุมการ “ความผิดอันยอมความได้: ศึกษากรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547.

คณิต ฌ นกร. ประมวลกฎหมายอาญา หลักและพื้นฐานการเข้าใจ. ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2548.

คณิต ฌ นกร. “หลักประกันในกฎหมายอาญา.” วารสารอัยการ. เล่ม4. (มกราคม 2524).

ชาย เสวกุล. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514.

ณรงค์ ใจหาญ. กฎหมายอาญาวาดด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.

ธีรศล วัฒนศักดิ์. “เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2558.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษ. กฎหมายอาญาหลักและปัญหา. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ, 2547.

ทรงพล สงวนจิตร์ “ความผิดคาบเกี่ยวในความผิดฐานข่มขืน พยายามข่มขืน และกระทำอนาจาร.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2549.

นภสร เพชรพลอย. “การกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2558.

ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

ประธาน วัฒนาวณิชย์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอาชญาวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 1.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ ประกายพริก, 2546.

ประธาน วัฒนวานิชย์. กฎหมายอาญา 1. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2521.

ปรีดิย์ เกษมทรัพย์. กฎหมายแพ่ง: หลักกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ, 2526.

ประธาน วัฒนวานิชย์. “บทบาทของกระบวนการยุติธรรมในการควบคุมอาชญากร.”

รวมบทความครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดิย์ เกษมทรัพย์.

ประสิทธิ์ พัฒนอมร. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534.

พิชญ์ ลีอวนิจกิจ. บทบาทของพนักงานอัยการต่อการใช้ดุลยพินิจของศาลในการกำหนดโทษ. 2421.

มานพ เขารัตน์. “ขอบเขตความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546.

วรวิทย์ รัตนกร. “การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดทางเพศ (ศึกษาเฉพาะกรณีการแก้ไข มาตรา 282 มาตรา 283 และมาตรา 284).”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2543.

วิจิตร ลุตติยานนท์. กฎหมายอาญากฎ 1. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525.

วิภาพร เนติจิรโชติ. การบัญญัติความผิดหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป, ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2548.

วิชา มหาคุณ. “สิทธิเด็กกับกระบวนการยุติธรรมเกี่ยวกับเด็ก.” บทบัญญัติ. เล่ม 53. ตอน 4. (ธันวาคม 2540).

สาวิตรี ภูไชยแสง. “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย: ศึกษาอายุผู้เสียหายที่เป็นเด็กในความผิดเกี่ยวกับเพศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552.

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษ และการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา. 2549.

สุทัศน์ มวลโรจน์. “ปัจจัยที่เกี่ยวข้องในการกระทำผิดทางเพศของผู้ต้องขัง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525.

สุนัย มโนมัยอุดม. ระบบกฎหมายอังกฤษ. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ, 2531.

สง่า ลีนะสมิต. กฎหมายอาญาล่ม 2. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ, 2514.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. หลักกฎหมายอาญา. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ, 2546.

หยุด แสงอุทัย. “การกำหนดโทษสำหรับความผิดในประมวลกฎหมายอาญา.” คฤพาห. เล่ม 7.
(กรกฎาคม 2503).

อุททิศ แสนโกศิก. กฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2521.

อรัญ สุวรรณบุบผา. หลักอาชญาวิทยา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ ไทยวัฒนาพานิช, 2518.

อำนาจ เนตยสุภา. ภาสพงษ์ เรณูมาศ. “มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดเหตุการณ์
ในความผิดฐาน “ทำร้ายร่างกาย.” บทบัญญัติ. เล่ม 64. ตอน 1. (มีนาคม 2551).

อาทิตย์ ไกรบุตร. “ปัญหาอาชญากรรมทางเพศ.” <https://www.l3nr.org/posts/337346>,
22 กุมภาพันธ์ 2560.

อุทัย อาทิวะ. “ดุลพินิจและการกำหนดโทษตามกฎหมายฝรั่งเศส.” ใน เอกสารประกอบการบรรยาย
วิชา นโยบายทางอาญา. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล

กชาพัฒน์ บุญเงิน

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2548 นิติศาสตร์บัณฑิต

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

พ.ศ. 2551 เนติบัณฑิต

สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

พ.ศ. 2552 หลักสูตรวิชาว่าความ

สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสหภาพความ

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

นิติกรผู้ช่วยพนักงานอัยการ สำนักงานอัยการ

คุ้มครองและช่วยเหลือทางกฎหมาย 3 สำนักงาน

อัยการสูงสุด