



การกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและบทเพิ่มโทษในความผิด
ฐานกระทำชำเราเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277

จิวัวร์ อุตมวุฒิกำจร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ปีการศึกษา 2565

THE CRITERIA DETERMINATION FOR CHILD VICTIM AGE AND
ADDITIONAL PENALTIES OF THE SEXUAL INTERCOURSE WITH A CHILD
UNDER THE CRIMINAL CODE SECTION 277

JIRAWAT UTAMAWUTTIKUMJORN

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements For the
Degree of Master of Laws, Department of Law
Pridi Banomyong Faculty of Law,
Dhurakij Pundit University
Academic Year 2022




ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ การกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและบทเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก
ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277
เสนอโดย จิรวรรุ อุตมวุฒิกำจร
สาขาวิชา นิติศาสตร์
หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์


ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว


.....ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสินท์)


.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์)


.....กรรมการ
(อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตน์เชื้อสกุล)
วันที่ 26 เดือน กรกฎาคม พ.ศ. 2566

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและบทเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277
ชื่อผู้เขียน	จิรวรรุ อุดมวุฒิกำจร
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ อัจฉรียา ชูตินันท์
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2565

บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาการกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและบทเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก เนื่องจากการกำหนดอายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กของประเทศไทยยังไม่ได้บัญญัติให้ครอบคลุมถึงการคุ้มครองเด็กทุกช่วงวัย และยังไม่มียกเว้นบทบัญญัติเพิ่มโทษกรณีเด็กถูกข่มขืนใจหรือถูกกระทำชำเราโดยใช้กำลังประทุษร้าย จึงทำให้เด็กบางช่วงอายุไม่ได้รับความคุ้มครองตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่แท้จริง

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ซึ่งประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคี ได้ให้คำนิยามไว้ว่า “เด็ก หมายถึง บุคคลทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น” ในการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับเด็ก สิ่งที่สำคัญที่สุดคือต้องยึดถือหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กและเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง จากการกระทำในทุกรูปแบบที่อาจเป็นอันตรายต่อเด็ก รวมถึงการแสวงหาประโยชน์ในทางเพศหรือการล่วงละเมิดทางเพศ รัฐภาคีจึงมีหน้าที่ต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็กในเรื่องนี้อย่างชัดเจน แต่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้บัญญัติบทนิยามคำว่า “เด็ก” ไว้เฉพาะ โดยความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตาม มาตรา 277 กำหนดอายุของเด็กไว้ไม่เกินสิบห้าปี ทำให้การกระทำชำเราเด็กที่มีอายุเกินสิบห้าปีขึ้นไป แต่ยังไม่เกินสิบแปดปี รวมอยู่กับกรณีข่มขืนกระทำชำเราบุคคลซึ่งเป็นผู้ใหญ่แล้วตามมาตรา 276 จึงไม่ได้ให้ความคุ้มครองไว้เป็นพิเศษเหมือนกรณีมาตรา 277 ที่ไม่ว่าเด็กจะยินยอมด้วยหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำก็มีความผิดเสมอ ทั้ง ๆ ที่บุคคลในวัยดังกล่าวยังเป็นเด็ก วิทยุคดีและวุฒิปากะยังไม่สามารถตัดสินใจให้ความยินยอมเรื่องทางเพศได้และอาจถูกล่วงให้ยินยอมได้โดยง่าย อีกทั้ง ๆ การบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราเด็กวัยดังกล่าวยังได้รับความคุ้มครองไม่เท่ากับความผิดเกี่ยวกับ

เพศประเภทอื่น เช่น ความผิดฐานพาไปเพื่อการอนาจาร ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ นอกจากนี้ ยังไม่มีบทบัญญัติเพิ่มโทษกรณีที่เด็กไม่ยินยอม และถูกข่มขืนใจหรือถูกกระทำชำเราโดยใช้กำลังประทุษร้าย ทั้ง ๆ ที่การกระทำดังกล่าวเป็นเหตุให้เด็กที่ตกเป็นเหยื่อได้รับอันตรายแก่กายและส่งผลกระทบต่อจิตใจมากกว่ากรณีที่เด็กยินยอมด้วย ผู้กระทำผิดจึงต้องได้รับโทษที่สูงกว่าเนื่องจากการกระทำที่รุนแรงกว่า ศาลจึงต้องลงโทษผู้กระทำผิดในอัตราโทษที่แตกต่างกันเพื่อให้ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เหยื่อได้รับตามหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ และกรณีที่เด็กกับเด็กกระทำชำเรากันโดยทั้งสองฝ่ายยินยอม เป็นการกระทำที่ปราศจากความชั่วร้ายและไม่มีผลกระทบต่อสังคมเด็กจึงไม่ควรถูกโทษทางอาญา

คำสำคัญ: กระทำชำเราเด็ก, บทเพิ่มโทษ, คุ้มครองเด็ก

.....
ด. อธิษฐาน ชลาชนาน

Thesis Title	THE CRITERIA DETERMINATION FOR CHILD VICTIM AGE AND ADDITIONAL PENALTIES OF THE SEXUAL INTERCOURSE WITH A CHILD UNDER THE CRIMINAL CODE SECTION 277
Author	Jirawat Utamawuttikumjorn
Thesis Advisor	Associate professor Achariya Chutinun
Program	Master of Laws
Academic Year	2022

ABSTRAC

The objective of this research is to study the criteria for determining the age of child victims and additional penalties for cases of sexual intercourse with a child under the Thai Criminal Code. Currently, Thailand does not have legislation that provides protection for children of all age groups who are victims of sexual assault, and there are no specific provisions for additional penalties in cases of forced sexual acts involving violent acts. As a result, certain age groups of children are not adequately protected according to the spirit of the law.

According to the Convention on the Rights of the Child of 1989, which Thailand has ratified, “a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier”. In situations involving children, the most important aspect is to prioritize the best interests of the child and ensure that children have protection from any form of possible harm, including protection from sexual exploitation or sexual abuse. The state parties, therefore, have the responsibility to enact laws to ensure and protect the rights of children in this matter clearly. However, in the Thai Criminal Code, there is no definition of the term "child" specifically stipulated. Section 277 of the Criminal Code specifies the age of a child

as not exceeding fifteen years old for the offense of child sexual assault. This means that acts of sexual intercourse with a child who is over fifteen years old but not exceeding eighteen years old are considered together with cases of sexual assault

committed against adults under Section 276; therefore, they do not receive the same special protection as cases under Section 277 where the consent of the child is irrelevant and the offender is always considered guilty. Individuals in the aforementioned age group are still considered children and may not have an adequate level of maturity to make decisions regarding sexual consent; they can easily be deceived to coerce into giving consent. Moreover, victims of sexual assault against children in this age group are not adequately protected compared to other cases relating to sexuality against children, such as committing an indecent act, seducing or taking away for an incident act, disseminating obscene material, and solicitation of minors. Additionally, there are no specific provisions to increase penalties in cases where children are non-consenting victims or victims of forced sexual acts, even though such acts result in greater physical and psychological harm to the child victims compared to cases where the child consents. Therefore, offenders should receive higher penalties due to the more severe nature of these acts. The court must impose different penalties in proportion to the harm suffered by the victim, based on the principle of proportionate punishment. Additionally, in cases where children are engaged in mutual consent for sexual intercourse, it is considered unmalicious and does not have any social impact. Therefore, the children should not be criminally punished.

Keywords: Sexual assault against children, Additional penalties, Child protection

.....
Achariya Chutinun.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จเรียบร้อยด้วยความช่วยเหลือ ความเมตตาและความอนุเคราะห์อย่างยิ่งจากบุคคลหลายท่าน ซึ่งผู้เขียนขอขอบคุณไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ ได้ให้คำแนะนำอันมีค่า ตลอดจนความปรารถนาดีในการทำวิทยานิพนธ์ต่อผู้เขียน และขอกราบขอบพระคุณ ท่านรองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่ให้ความกรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และได้เสียสละเวลาอันมีค่าเพื่อให้คำปรึกษา และให้คำแนะนำตั้งแต่การนำเสนอหัวข้อ การค้นคว้าข้อมูล และให้ความเห็นต่าง ๆ รวมทั้งตรวจแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วยความเอาใจใส่เป็นอย่างยิ่ง และขอกราบขอบพระคุณ ท่านอาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์ ที่ให้ความกรุณาได้รับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำในการแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์ผู้ประสิทธิประสาทศาสตร์ทุกท่าน ที่ได้ถ่ายทอดวิชาความรู้ให้กับผู้เขียน จนเป็นพื้นฐานสำคัญสำหรับการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และขอบคุณเธอคนสำคัญที่ช่วยเหลือและให้กำลังใจผู้เขียนอยู่ตลอด จึงสามารถทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนเสร็จสมบูรณ์ สุดท้ายนี้ขอขอบคุณคุณพ่อ คุณแม่ และครอบครัวของผู้เขียนที่คอยเป็นกำลังใจและผลักดันเป็นพลังสนับสนุนผู้เขียน

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและเป็นประโยชน์ในทางวิชาการ ผู้เขียนขอเทิดพระคุณคณาจารย์ผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชาการ และมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ที่ได้ให้โอกาสทางการศึกษาแก่ผู้เขียนมา ณ โอกาสนี้ด้วย และสุดท้ายนี้ หากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้เพียงผู้เดียว

จิรวีร์ อุตมวุฒิกำจร

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
สารบัญ.....	ณ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	7
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
2. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและ การเพิ่มเติมโทษในกรณีที่เด็กไม่ยินยอมในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก	8
2.1 วิวัฒนาการในการคุ้มครองเด็ก.....	8
2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็ก.....	13
2.3 ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำผิดของเด็กและการคุ้มครองสิทธิของเด็ก.....	18
2.4 หลักการ แนวคิดและทฤษฎีการลงโทษ.....	27
2.5 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิในประเทศไทย.....	33
2.6 วิวัฒนาการและหลักกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ของกฎหมายไทย	40
3. หลักกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานกระทำชำเราในต่างประเทศ.....	54
3.1 ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law).....	54
3.2 ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law).....	61

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดอายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและ.....	70
บทเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามกฎหมายประเทศไทยและต่างประเทศ	
4.1 วิเคราะห์ปัญหาและผลกระทบเกี่ยวกับการกำหนดเกณฑ์อายุของผู้เสียหาย.....	70
ที่เป็นเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามกฎหมายประเทศไทย	
4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดเกณฑ์อายุของผู้เสียหายที่เป็นเด็กใน.....	74
ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามกฎหมายประเทศไทยและต่างประเทศ	
4.3 เหตุผลและความจำเป็นในการขยายเกณฑ์อายุผู้เสียหายที่เป็นเด็กในความผิด.....	85
ฐานกระทำชำเราเด็กตามกฎหมายประเทศไทยจากอายุไม่เกิน 15 ปี	
เป็นไม่เกิน 18 ปีและการเพิ่มเติมโทษกรณีที่ได้เด็กไม่ยินยอม	
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	92
5.1 บทสรุป.....	92
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	97
บรรณานุกรม.....	100
ภาคผนวก.....	106
ประวัติผู้เขียน.....	124

บทที่ 1 บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

“จะต้องไม่มีกฎหมายที่ไม่จำเป็น เพราะกฎหมายที่ไม่จำเป็นจะทำให้กฎหมายที่จำเป็นอ่อนแอ และทำลายความแน่นอน ความศักดิ์สิทธิ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ”¹

“อาชญากรรม” (Crime) เป็นนิยามที่สังคมกำหนดและเกิดขึ้นมาอย่างยาวนาน โดยไม่มีท่าทีจะหายไปจากสังคม แม้ในประเทศที่ได้ชื่อว่าอาชญากรรมน้อยที่สุด ก็ยังปรากฏให้เห็นว่ายังคงมีอาชญากรรมอยู่² แล้วอาชญากรรมประเภทหนึ่งที่ยังคงเกิดขึ้นและมีการกระทำอยู่บ่อยครั้ง คือ การกระทำชำเรา ไม่ว่าจะเป็อาชญากรในรูปแบบผู้ชายกระทำต่อผู้หญิง หรือ ผู้หญิงกระทำต่อผู้ชาย หรือเพศเดียวกัน กระทำต่อกันก็ตาม ซึ่งที่ผ่านมาแม้จะมีการเพิ่มบทลงโทษ ทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกเกรงกลัวต่อโทษที่สูงขึ้น³ แต่ในทางกลับกัน หากเพิ่มโอกาสในการถูกลงโทษ กล่าวคือ โอกาสในการถูกจับกุม และโอกาสที่จะถูกดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม จะส่งผลให้ผู้กระทำความผิด หรือผู้ที่คิดจะกระทำความผิด จะมีความยังคิดยังทำในการจะทำความผิดของตน อาจทำให้ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดได้หยุดคิดที่จะกระทำในสิ่งที่เป็ความผิดได้เลยทีเดียว

การที่จะบังคับใช้กฎหมายใด ข้อกฎหมายนั้นจะต้องมีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย และการบัญญัติกฎหมายนั้นต้องมีเนื้อหาสาระสำคัญและขอบเขตของการใช้บังคับชัดเจน แน่แน่นอน และสามารถเข้าใจได้ง่าย เพื่อให้ประชาชนสามารถปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้อง⁴ และต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนในการใช้หรือการตีความกฎหมาย โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของบุคคลที่ต้องถูกกฎหมายบังคับใช้ โดยเฉพาะประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการนำมาใช้บังคับในการลงโทษบุคคล การบัญญัติกฎหมายจะต้องมีความทันสมัย มีการปรับปรุงแก้ไข เพื่อที่จะเปลี่ยนแปลงให้ทันกับยุคสมัย สภาพความเป็นอยู่ และเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคม อีกทั้ง ต้องสอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายแต่ละเรื่องขึ้นมา

¹ ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563) 21.

² เฟิงอ้าง.

³ เฟิงอ้าง, 114.

⁴ เพลินตา ตันรังสรรค์, ‘สรุปการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องหลักการและเหตุผลของร่างกฎหมาย (2562) 3 จุลนิติ 63.

ผู้เขียนมุ่งหมายและให้ความสนใจถึงการคุ้มครองเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ซึ่งทั้งในประเทศไทยและในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก ต่างให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเด็กเป็นอย่างมาก เพราะเด็กนั้นเป็นบุคคลที่จะเติบโตมาเป็นบุคลากรสำคัญของประเทศนั้น ๆ โดยอาจกล่าวได้ว่า อนาคตของประเทศจะเป็นไปในทิศทางใดย่อมขึ้นอยู่กับว่าประเทศนั้นจะให้ความสำคัญกับเด็กมากน้อยเพียงใด เด็กนั้นเปรียบเสมือนผ้าขาวที่ยังอ่อนต่อโลกและขาดประสบการณ์ในการใช้ชีวิต จึงต้องมีการเรียนรู้ และต้องได้รับการอบรมสั่งสอนจากผู้ใหญ่ว่าไม่ว่าจะเป็นทั้งคนในครอบครัว ครูอาจารย์ ผู้ใหญ่และบุคคลรอบตัวเด็กที่เด็กจะต้องพบเจอ เป็นการให้คำสอนต่าง ๆ ที่จะเป็นรากฐานสำคัญที่จะทำให้เด็กสามารถเติบโตขึ้นมาเป็นผู้ใหญ่ในอนาคตที่จะมาสอนเด็กในรุ่นถัดไปได้

ในวัยเด็กของมนุษย์นั้นนับเป็นก้าวแรกและก้าวสำคัญของเด็กในการกำหนดทัศนคติและการดำเนินชีวิตของเด็กในอนาคต การจัดสรรและเสริมสร้างสิ่งต่าง ๆ ให้เหมาะสมกับเด็กจึงเป็นเรื่องสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่ง ไม่ว่าจะเป็นการบัญญัติกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองเด็ก การเสริมสร้างสิ่งแวดล้อมและการดูแลสุขภาพแวดล้อมในสังคม เพื่อช่วยดูแล ปกป้อง คุ้มครองเด็กให้เติบโตขึ้นอย่างมีคุณภาพและอยู่ในสังคมอย่างมีความสุขและปลอดภัย สิ่งเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นส่วนสำคัญในเสริมสร้างพัฒนาการทางจิตใจและการเติบโตของเด็ก และเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้เด็กมีแนวคิดและความประพฤติต่อสังคมอย่างไรต่อไป

ตามที่ได้เขียนได้กล่าวมาข้างต้น ประเทศต่าง ๆ ต่างให้ความสนใจและมุ่งมั่นในการดูแลและคุ้มครองเด็กเป็นอย่างมาก จึงได้มีการเข้าร่วมกันและตกลงที่จะเป็นภาคีสมาชิกเพื่อที่จะคุ้มครองเด็ก และปกป้องเด็ก คือ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก(Convention on the Rights of the Child)⁵ ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่กำหนดขึ้นมาตามหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติที่ว่าด้วยศักดิ์ศรี และคุณค่าของมนุษย์ที่เท่าเทียมกัน โดยระลึกว่าเด็กมีสิทธิพิเศษที่จะได้รับการดูแลช่วยเหลือและคุ้มครอง ทั้งในสภาพแวดล้อมของครอบครัวและการเลี้ยงดูอื่น ๆ บนพื้นฐานทางประเพณี และค่านิยมทางวัฒนธรรมของชาติพันธุ์ และสังคม ตามที่ได้มีการประกาศรับรองโดยองค์การสหประชาชาติในปีพุทธศักราช 2532 โดยอนุสัญญานี้ ได้บัญญัติให้คุ้มครองสิทธิของเด็กโดยมีเนื้อหาหลักที่สำคัญอยู่ 4 ประการ ⁶ คือ

- 1 สิทธิในการอยู่รอด (Survival rights)
- 2 สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Protection rights)
- 3 สิทธิในการพัฒนา (Development rights)
- 4 สิทธิในการมีส่วนร่วม (Participation rights)

โดยประเทศไทยได้ลงนามเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้ เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ พุทธศักราช 2535 และอนุสัญญามีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 26 เมษายน พุทธศักราช 2535 ซึ่งประเทศที่เข้าร่วม

⁵ UNCRC 1989

⁶ วิชา มหาคุณ, ศาลเยาวชนและครอบครัวตามแนวคิดสากล (พิมพ์ครั้งที่ 5, ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง 2543) 17-18.

เป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น ต่างให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของเด็กเป็นอย่างมาก และได้ปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าวด้วยการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสิทธิของเด็ก

เมื่อประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาที่มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจน เพื่อให้ตรงตามเจตนารมณ์กับสากลโลกที่เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกฯ ต้องให้ความสำคัญกับการไม่เลือกปฏิบัติและประโยชน์สูงสุดของเด็ก มุ่งหมาย คุ้มครองบุคคลที่เป็นเด็ก ซึ่งตามอนุสัญญาได้ให้นิยามคำว่า เด็ก คือ บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่บรรลุนิติภาวะเสียก่อนตามกฎหมายในประเทศนั้น ๆ โดยในประเทศไทยได้มีกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาให้ตรงตามเจตนารมณ์การคุ้มครองเด็ก คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พุทธศักราช 2546 ซึ่งได้กำหนดนิยามคำว่า เด็ก หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส และด้วยการบัญญัตินิยามและการกำหนดคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กด้วยแล้วนั้น การให้นิยามคำว่าเด็กในกฎหมายฉบับอื่นนั้น ก็จะต้องสอดคล้องซึ่งกันและกัน เพื่อที่จะคุ้มครองเด็กได้ตามช่วงอายุ

ปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันในกฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กนั้น คือ การที่เด็กซึ่งควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย กลับต้องเสียสิทธิที่ตนควรได้รับ ซึ่งสิ่งที่ผู้เขียนมีความประสงค์และให้ความสนใจศึกษา คือ การกำหนดเกณฑ์อายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก และการเพิ่มเติมโทษผู้กระทำความผิดในกรณีผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กไม่ยินยอม และการยกเว้นโทษกรณีการกระทำชำเราเกิดระหว่างเด็กด้วยกัน

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำความชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม...”⁷

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวทั้งสองมาตรา จะเห็นได้ว่า มาตรา 277 บัญญัติขึ้นมาเพื่อคุ้มครองเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีโดยเฉพาะ กล่าวคือ หากเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีถูกกระทำชำเรา แม้ตัวเด็กจะยินยอม ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดอยู่ ส่วน มาตรา 276 นั้น เป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลทั่วไป คือ บุคคลที่มีอายุตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไป ผู้กระทำจะมีความผิดตามบทบัญญัติมาตรานี้ก็ต่อเมื่อได้ข่มขืนกระทำชำเราโดยบุคคลที่เป็นผู้เสียหายนั้นไม่ยินยอม

ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายเช่นนี้ ย่อมทำให้ การกระทำชำเราเด็กที่มีอายุกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี ต้องถูกพิจารณาอย่างบุคคลทั่วไปที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งจะทำให้เด็กในอายุกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี ไม่ได้รับความคุ้มครองให้ต้องตามเจตนารมณ์ของการคุ้มครองเด็ก

จากบทบัญญัติดังกล่าวในสิทธิของบุคคลทั่วไปมาประกอบควบคู่กันกับสิทธิของเด็กแล้ว จะเห็นได้ว่า หากผู้เสียหายยินยอมกับการกระทำชำเรา ผู้กระทำก็จะไม่มีผิดแต่อย่างใด แตกต่างกับมาตรา 277 ที่

⁷ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

บัญญัติขึ้นมาคุ้มครองเด็กโดยเฉพาะ เพราะแม้เด็กจะยินยอม ผู้กระทำความผิดก็ยังคงมีความผิดที่ต้องรับโทษอยู่ เพราะกฎหมายมุ่งหมายที่จะคุ้มครองเด็กเป็นการเฉพาะ ตามมาตรา 277 บัญญัติไว้ว่า “โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม...” เมื่อเปรียบเทียบกันแล้ว ทำให้เด็กที่มีอายุกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี เสี่ยงสิทธิและยังไม่ได้รับการคุ้มครองตามสากลที่เด็กทั่วไปควรมี

ปัญหาของเด็กที่ถูกกระทำชำเรา เป็นปัญหาสำคัญในสังคมในประเทศไทย ซึ่งเด็กในวัยนี้ เป็นช่วงในวัยเรียนในชั้นมัธยมศึกษา อยู่ในช่วงที่ยังต้องเล่าเรียน กำลังพัฒนาและเจริญเติบโต ด้อยประสบการณ์ในการดำเนินชีวิต และเป็นวัยที่ถูกล่อลวงหรือถูกบุคคลอื่นโน้มน้าวให้ยินยอมได้โดยง่าย เป็นวัยที่มีความอยากรู้อยากลองในเรื่องทางเพศ หรือจะเรียกตามสุภาษิตที่ว่า วัยหัวเลี้ยวหัวต่อ⁸ ซึ่งความคิดเพียงชั่ววูบของเด็กในวัยนี้อาจทำลายชีวิตของเด็กผู้นั้นเองไปตลอดชีวิต ช่วงวัยเด็กจึงเป็นวัยสำคัญเป็นอย่างมาก เพราะหากมีความผิดพลาดหรือบกพร่องบางอย่างในชีวิต อาจจะทำให้ชีวิตภายหลังจากที่ผ่านช่วงวัยเด็กเข้าสู่วัยผู้ใหญ่มีปัญหาและก่อให้เกิดเป็นปัญหาต่อสังคมตามมาได้เป็นอย่างมาก เช่น ปัญหาการตั้งครรภ์ก่อนวัย ตั้งครรภ์โดยอยู่ในช่วงวัยที่ยังไม่มีวุฒิภาวะในการดูแลหรือยังไม่มีรายได้ที่จะเลี้ยงดูตัวเอง ไม่ว่าจะด้วยทั้งความรู้ ทรัพยากร ปัจจัยแวดล้อม หรือ ปัญหาที่จะต้องหยุดการศึกษาก่อนวัยปกติอย่างเด็กทั่วไปที่ยังจำเป็นต้องศึกษาอยู่ แต่ต้องออกมาทำงานเลี้ยงชีพด้วยตนเอง และการที่ยังไม่จบการศึกษาย่อมทำให้ไม่อาจได้งานที่มีค่าแรงสูง และจำต้องยอมทำงานที่มีรายได้ต่ำไม่เพียงพอต่อการเลี้ยงชีพของครอบครัว เป็นต้น ทั้งนี้ ยังรวมถึงการก่อให้เกิดปัญหาความรุนแรงต่าง ๆ หรือการก่ออาชญากรรมที่ย่อมส่งผลต่อสังคม เศรษฐกิจหรือวัฒนธรรมของประเทศ

ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรที่จะพิจารณาแก้ไขกฎหมายในเรื่องการกระทำชำเราเด็กเพื่อคุ้มครองเด็กในช่วงอายุกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี ให้ได้รับความคุ้มครองในลักษณะเดียวกันกับเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ด้วย

นอกจากนี้ ปัญหาที่สืบเนื่องจากปัญหาแรกที่ผู้เขียนได้กล่าวมา หากในกรณีที่แม้กฎหมายจะได้มีการแก้ไขตามที่ผู้เขียนมุ่งหมายแล้วก็ตาม แต่ด้วยช่วงวัยของเด็กนั้น ย่อมอาจเกิดการกระทำความผิดขึ้นได้อยู่แล้ว เพราะอยู่ในวัยอยากรู้อยากลอง หรือ เด็กมีความรักต่อกันและกัน เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 277 วรรคห้า ในส่วนของผู้กระทำความผิดนั้น การคุ้มครองของเด็กโดยใช้เกณฑ์อายุดังกล่าว ย่อมเป็นการคุ้มครองถึงผู้กระทำความผิดตามความมุ่งหมายในการคุ้มครองเด็กอยู่แล้ว โดยเป็นการกำหนดอายุให้ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กได้มีโอกาสในการปรับปรุงแก้ไขและรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเพื่อคุ้มครองสิทธิของเด็กมากกว่าผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลทั่วไป แต่เดิมตามผู้เขียนได้ศึกษามาในกฎหมายของประเทศไทยที่ได้มีการแก้ไขกฎหมายเพิ่มเติมเนื้อหาในส่วนนี้เพื่อเป็นการให้โอกาสแก่ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กขึ้นมา⁹ แต่ด้วยความไม่เท่าเทียมกันในทางเพศ จึงได้มีการแก้ไขอีกครั้ง¹⁰ อีกทั้ง ได้ให้ศาลมีอำนาจกำหนดโทษให้น้อย

⁸ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้นิยาม หัวเลี้ยวหัวต่อ หมายความว่า ภาวะหรือเหตุการณ์ที่อยู่ในระยะต่อกันถือว่าเป็นตอนสำคัญที่จะเปลี่ยนแปลงสภาพหรือความคิดเป็นต้น

⁹ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) 2530.

¹⁰ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) 2550.

กว่าที่กฎหมายกำหนดเพียงใดก็ได้ และได้มีการเพิ่มวรรคของมาตรา¹¹ ได้ให้ศาลมีอำนาจกำหนดโทษให้น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดเพียงใดก็ได้ และได้มีการเพิ่มวรรคของมาตรา ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน จึงเห็นได้ว่าการแก้ไขเพียงความเท่าเทียมกันในทางเพศและอื่น ๆ แต่ไม่ได้มีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองอายุของเด็กอย่างครบถ้วน และในส่วนเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหาย ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติให้เด็กซึ่งเป็นผู้เสียหาย ที่ยินยอมกระทำชำเรากับบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี ไว้ว่า อายุเกินสิบสามปีแต่ไม่เกินสิบห้าปี ประกอบกับเหตุผลที่ได้กล่าวมาถึงการบัญญัติแก้ไขมาหลายฉบับและการเปลี่ยนแปลงเรื่องอายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กในความคิดฐานกระทำชำเรา การจะทำให้สอดคล้องกับการแก้ไขอายุของเด็กที่ผู้เขียนมีความประสงค์จะเปลี่ยนแปลงเพื่อคุ้มครองเด็กที่มีช่วงอายุกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี และนอกจากนี้การแก้ไขเรื่องการยกเว้นโทษของผู้กระทำความผิด ก็มีความสำคัญไม่ต่างกัน เนื่องจากในปัจจุบันหากมีการกระทำชำเราระหว่างผู้กระทำความผิดที่อายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำชำเราผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กโดยยินยอม ให้ศาลใช้ดุลพินิจในการยกเว้นโทษผู้กระทำความผิดนั้น โดยกระบวนการในชั้นสอบสวนและในชั้นพนักงานอัยการก่อนที่ศาลจะได้ใช้ดุลพินิจนั้น ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเด็กก็ต้องไปอยู่ในกระบวนการตามกฎหมาย ที่อาจต้องอยู่ในสถานพินิจทำให้เสียโอกาสในชีวิตช่วงวัยเด็ก ฉะนั้น เพื่อเป็นการเคารพสิทธิของเด็กและให้อิสระในการตัดสินใจของเด็ก โดยอยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมาย

นอกจากนี้เมื่อมีกรณีที่เด็กยินยอมในการกระทำชำเราเด็กเพื่อเป็นการยกเว้นโทษแล้ว ก็ย่อมต้องมีกรณีที่เด็กไม่ยินยอม ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาในความคิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 นั้น ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ยินยอม ก็เพียงรับโทษเท่ากัน ทำให้ไม่มีความแตกต่างในเรื่องการลงโทษ เพราะการที่เด็กไม่ยินยอม ผู้กระทำความผิดก็ควรได้รับโทษหนักขึ้นด้วย หากได้มีการใช้กำลังประทุษร้ายให้เด็กจำต้องยอมต่อการกระทำชำเรา เนื่องจากเมื่อเทียบสัดส่วนแล้วความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กในกรณีที่ไม่ยินยอมกระทำชำเรา ย่อมต้องหนักกว่ากรณีที่ผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กยินยอมกระทำชำเรา อันเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดตามสัดส่วนของการกระทำที่ผู้กระทำได้ทำความผิดไป

1.2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1. เพื่อศึกษาหลักการและทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและบทเพิ่มโทษ ที่ควรได้รับการคุ้มครองในความคิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ของประเทศไทย และเพื่อให้ต้องตามเจตนารมณ์สากลที่มุ่งหมายจะให้เด็กได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่

1.2.2. เพื่อศึกษาผลกระทบในการกำหนดเกณฑ์อายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กในความคิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ของประเทศไทยในปัจจุบัน ที่มีปัญหาต่อบุคคลอายุกว่า 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี และความเหมาะสมของโทษทางอาญาในกรณีเด็กยินยอมและไม่ยินยอม

¹¹ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) 2558.

1.2.3. เพื่อศึกษาปัญหาและวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายในการกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและบทเพิ่มโทษ ตามที่กฎหมายของต่างประเทศได้บัญญัติขึ้นมาเพื่อกำหนดคุ้มครองเด็ก ไม่ให้สิทธิของเด็กนั้นถูกลิดรอนไป โดยเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ของประเทศไทยในปัจจุบัน

1.2.4. เพื่อศึกษาแนวทางที่เหมาะสมในการปรับปรุงและนำข้อสันนิษฐานมาประมวลผลในการผลักดันให้มีการกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและบทเพิ่มโทษ เพื่อให้มีการคุ้มครองและรับรองทั้งยังให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการที่เด็กนั้นจะได้รับการปกป้องและดูแลอย่างเต็มที่ในฐานะของเด็ก ในการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 เพื่อเด็กนั้น จะได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ควรพึงมีและเพิ่มโอกาสในการเติบโตของเด็กอย่างเต็มที่

1.3. สมมติฐานของการศึกษา

การกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบัน ยังคงกำหนดอายุของเด็กที่เป็นผู้เสียหายไว้ “ไม่เกินสิบห้าปี” ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของเด็กที่ประเทศไทยได้เป็นภาคีสมาชิกอยู่ การกำหนดอายุของเด็กในประเทศไทยมีช่วงอายุของเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหาย น้อยกว่าที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของเด็กให้นิยามไว้ การที่กำหนดอายุน้อยกว่าการคุ้มครองสิทธิของเด็กตามเจตนารมณ์ของสากล ทำให้เด็กถูกรอนสิทธิที่พึงมีในฐานะเด็ก การที่เด็กไม่ได้รับการคุ้มครองให้ต้องตามเจตนารมณ์ ย่อมส่งผลให้เกิดช่วงวัยของเด็กบางช่วงที่ไม่ได้รับการปกป้องให้ต้องตามวัตถุประสงค์ของการคุ้มครอง และยังส่งผลให้เกิดปัญหาทางสังคมในหลายด้าน เช่น การตั้งครรภ์ก่อนวัยอันควร หรือการที่บุตรของเด็กเติบโตมาในสภาพแวดล้อมที่พ่อแม่ที่เป็นเด็กไม่พร้อมที่จะสั่งสอน หรือจะสามารถส่งเสียเลี้ยงดูได้ตามมาตรฐานอย่างบุตรคนอื่น เป็นต้น นอกจากนี้ ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก บัญญัติไว้ว่า ไม่ว่าจะเด็กจะยินยอมหรือไม่ยินยอมในการกระทำชำเรา ก็เป็นความผิด ซึ่งต้องรับโทษเท่ากัน โดยไม่มีความแตกต่างแต่อย่างใดระหว่างความยินยอมและความไม่ยินยอมของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็ก ทั้งที่ความเป็นจริงแล้ว กรณีที่เด็กไม่ยินยอมย่อมควรต้องมีบทลงโทษที่หนักกว่าการที่ยินยอม เนื่องจากในกรณีที่ไม่ยินยอม ผู้กระทำความผิดอาจมีการใช้กำลังประทุษร้ายให้เด็กจำต้องยอมต่อการกระทำชำเราได้

ผู้เขียนจึงอยากเสนอแนะการแก้ไขอายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก จากเดิม “ไม่เกินสิบห้าปี” เป็น “ไม่เกินสิบแปดปี” และในส่วนยกเว้นโทษ ที่ผู้กระทำความผิดอายุต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำต่อผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กยินยอม โดยแก้ไขอายุของผู้เสียหายจากเดิมกว่าสิบสามปีแต่ “ไม่เกินสิบห้าปี” เป็น “ไม่เกินสิบแปดปี” และแก้ไขการใช้ดุลพินิจในการยกเว้นโทษผู้กระทำความผิดในกรณีที่เด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายยินยอม ให้เป็นยกเว้นโทษ นอกจากนี้จะมีการเพิ่มวรรคความผิดเพื่อให้เห็นถึงความแตกต่างในบทลงโทษ กล่าวคือ กรณีผู้กระทำความผิดใช้กำลังประทุษร้ายต่อผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็ก โดยเด็กไม่ยินยอมในการกระทำชำเรา ต้องได้รับโทษหนักขึ้น ทั้งนี้ การแก้ไขและเพิ่มเติมบทกฎหมายจะทำให้เป็นการยกระดับความคุ้มครองเด็กมากยิ่งขึ้น และเพื่อให้ต้องตามเจตนารมณ์การคุ้มครองเด็กได้อย่างเต็มที่ตามช่วงอายุของเด็ก และให้เด็กได้เรียนรู้และเติบโตตามช่วงวัย เพื่อให้เด็กมีพัฒนาการอย่างเหมาะสม

1.4. ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาที่มา แนวคิด ทฤษฎีและหลักกฎหมาย ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเกณฑ์อายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและบทเพิ่มเติมโทษ ไม่ว่าจะจากหนังสือ บทความ แนวคิด ทฤษฎี หลักกฎหมาย รวมทั้งระเบียบในทางปฏิบัติไม่ว่าจากประเทศไทยหรือต่างประเทศ

1.5. วิธีดำเนินการศึกษา

ใช้วิธีการศึกษาจากตำราทางกฎหมาย บทความ ข้อมูลสารสนเทศ ข้อมูลทางสื่อออนไลน์ วิทยานิพนธ์ และเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง อันเป็นประโยชน์ต่อการศึกษา ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ที่เกี่ยวกับแนวความคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเกณฑ์อายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและบทเพิ่มเติมโทษ

1.6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1. ทำให้ทราบแนวคิดและทฤษฎีรวมทั้งหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและบทเพิ่มเติมโทษ ที่ควรได้รับการคุ้มครองในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ของประเทศไทย และให้เด็กได้รับการคุ้มครองตามเจตนารมณ์ของสากล

1.6.2. ทำให้ทราบปัญหาและผลกระทบที่สามารถนำไปใช้ในการกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและบทเพิ่มเติมโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 และเป็นการยกระดับการคุ้มครองผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กให้มีมากยิ่งขึ้น

1.6.3. ทำให้ทราบปัญหาและวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายในการกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและบทเพิ่มเติมโทษ ตามที่กฎหมายของต่างประเทศได้บัญญัติขึ้นมาเพื่อกำหนดคุ้มครองอายุของเด็กไม่ให้สิทธิของเด็กนั้นถูกลิดรอนไป โดยเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 ของประเทศไทย

1.6.4. ทำให้สามารถกำหนดเกณฑ์อายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและบทเพิ่มเติมโทษให้มีการคุ้มครองตามเจตนารมณ์อย่างเต็มที่ โดยเด็กนั้นจะได้รับการปกป้องและดูแลในฐานะของเด็ก ในการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 เพื่อเด็กนั้นจะได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ควรมีและเพิ่มโอกาสในการเรียนรู้และการเติบโตของ

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและ การเพิ่มเติมโทษในกรณีที่เด็กไม่ยินยอมในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

ในบทนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงแนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กและทฤษฎีการลงโทษทั้งในระดับสากลและในกฎหมายไทย โดยจะนำเสนอแนวคิด ทฤษฎี วิทยาการ ทั้งในระดับสากลและในกฎหมายไทย เพื่อศึกษาและนำไปใช้ในการวิเคราะห์ปรับใช้เพื่อคุ้มครองเด็กโดยการกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและการเพิ่มเติมโทษในกรณีที่เด็กไม่ยินยอมในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

2.1. วิทยาการในการคุ้มครองเด็ก

2.1.1. พัฒนาการของแนวคิดเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของเด็กตามหลักสิทธิมนุษยชน

แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิเด็กมีที่มาจากหลักสิทธิมนุษยชน โดยในช่วงศตวรรษที่ 19 กฎหมายระหว่างประเทศได้พัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับความชอบธรรมในการแทรกแซงเสรีภาพของรัฐที่จะกระทำการใด ๆ ต่อประชาชนภายในประเทศของตนได้ โดยยกเหตุผลด้านมนุษยธรรมขึ้นมากล่าวอ้าง ซึ่งเป็นการยกเว้นเสรีภาพของรัฐ อันเป็นข้อยกเว้นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่อาจถูกแทรกแซงได้ ต่อมาในปี ค.ศ. 1814 ได้ปรากฏข้อความอันแสดงถึงการต่อต้านการค้าทาสขึ้นเป็นครั้งแรกในสนธิสัญญาปารีส และในปี ค.ศ. 1926 องค์การสันนิบาตชาติได้รับรองอนุสัญญากำจัดการค้าทาสและการมีทาส รวมถึงอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการปกป้องผู้ตกเป็นเหยื่อของสงครามและการปฏิบัติต่อนักโทษสงคราม และนับจากต้นศตวรรษที่ 20 ได้มีการให้ความคุ้มครอง “คุณค่าอันเท่าเทียมกันของมนุษย์” หรือ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” โดยมีการก่อตั้งสันนิบาตชาติและศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หรือศาลโลก (International Court of Justice: ICJ) ที่มีบทบาทในการคุ้มครองสันติภาพ ความมั่นคง และแก้ปัญหาด้านมนุษยธรรมขึ้น ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 มีการตื่นตัวเรื่องสิทธิสตรีและสิทธิเด็กจนมีคำประกาศเรื่องสิทธิสตรีและปฏิญญาเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1926¹² การยอมรับหลักสิทธิมนุษยชนในทางระหว่างประเทศได้เริ่มขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยมีสาเหตุมาจากการสูญเสียเพื่อนมนุษย์จำนวนมากจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ของฮิตเลอร์ อันเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงเป็นจุดเริ่มต้นของการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน

¹² มาตาลักษณ์ เสธเมชากุล, *โครงการวิจัย เรื่อง หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562) 10.

หลักการพื้นฐานที่สำคัญ 3 ประการ ของแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน คือ¹³

1 หลักการว่าด้วยสิทธิที่มีอยู่แล้วแต่ดั้งเดิม (Principle of Universal Inherence) มีหลัก คือสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่มีมาตั้งแต่ดั้งเดิม ไม่ใช่สิทธิที่ผู้ปกครอง สังคม หรือครอบครัวกำหนดให้ ไม่ใช่สิทธิที่ได้มาจากการซื้อหรือกระทำการให้เข้าเงื่อนไขแห่งการได้สิทธิ และมนุษย์ทุกคนที่เกิดมามีสิทธิมนุษยชนติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด

2 สิทธิแห่งความเป็นมนุษย์นี้ไม่อาจโอนให้กันได้ (Principle of Inalienability) ไม่อาจถูกพรากไปโดยผู้ปกครองหรือคำสั่งใด ๆ ซึ่งแม้แต่ผู้ทรงสิทธิเองก็ไม่อาจโอนให้ผู้อื่นได้

3 หลักนิติธรรม (Rule of Law) เป็นหลักที่สะท้อนให้เห็นถึงกฎหมายและวิธีการพิจารณาความที่เป็นธรรม ซึ่งจะถูกนำมาใช้หากมีการกระทบกระทั่งกันระหว่างสิทธิของมนุษย์ที่อาศัยร่วมกันในสังคม เพื่อแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดขึ้นอย่างเป็นธรรม

หลักการทั้งสามประการนี้ปรากฏในคำประกาศอิสรภาพของประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1766 และคำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองของฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 ซึ่งได้กลายเป็นพื้นฐานของแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนในระดับสากล ต่อมาแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนได้มีการพัฒนาสู่การยอมรับในฐานะของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยนำไปสู่การก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ (United Nation) ในที่สุด เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติได้มีมติให้การรับรอง “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน” (The Universal Declaration of Human Rights) โดยมีมุ่งหมายที่จะให้เป็นมาตรฐานร่วมกันในการส่งเสริมและเคารพต่อสิทธิเสรีภาพอย่างสากล เป็นการประกาศเจตนารมณ์ในการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ และเป็นเอกสารหลักด้านสิทธิมนุษยชนฉบับแรก¹⁴ โดยถือเป็นข้อความรากฐานในประวัติศาสตร์สิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง และเป็นเอกสารที่ทั่วโลกตกลงใช้ร่วมกันเป็นแนวทางไปสู่เสรีภาพและความเท่าเทียม โดยการปกป้องสิทธิมนุษยชนของทุกคนในทุกแห่งหน นับเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ที่นานาประเทศเห็นพ้องกันว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการปกป้องเพื่อให้มนุษย์สามารถมีชีวิตอยู่ได้อย่างเสรี เท่าเทียม และมีศักดิ์ศรี แม้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย แต่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ โดยในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีหลักการสำคัญในข้อ 1 บัญญัติไว้ว่า “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาอิสระเสรี และเท่าเทียมกันทั้งศักดิ์ศรีและสิทธิ...”¹⁵ และในข้อ 2 บัญญัติว่า “บุคคลชอบที่จะมีสิทธิและเสรีภาพ... ทั้งนี้ โดยไม่แบ่งแยกความแตกต่างในเรื่องใด ๆ ไม่ว่าจะ เป็นความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรืออื่นใด...”¹⁶ หลักการทั้งสองข้อนี้ได้กลายเป็นหลักสำคัญที่เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายของนานาประเทศทั่วโลก

¹³ นพนิธิ สุริยะ, *สิทธิมนุษยชน* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2537) 47.

¹⁴ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, *ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน*, (สำนักงาน 2550) 3.

¹⁵ UDHR Article 1

¹⁶ UDHR Article 2

สาระสำคัญในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน แบ่งออกเป็น 2 ส่วนสำคัญ

1. สิทธิของพลเมืองและการเมือง (Civil and Political Rights)
2. สิทธิด้านเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (Economic, Social and Cultural Rights)

เรเน่ แคสซิ่ง (Rene Samuel Cassin) ผู้ที่ได้รับการยกย่องให้เป็นบิดาของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือ “บิดาแห่งสิทธิมนุษยชน” ได้เปรียบเทียบไว้ว่า “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เปรียบเสมือนหน้าจั่วสามเหลี่ยมของวิหารที่ตั้งอยู่บนเสาหลัก 4 ต้น”¹⁷ กล่าวคือ

เสาหลักแรก คือ สิทธิส่วนบุคคล หมายถึง สิทธิความเสมอภาค สิทธิในชีวิต อิสระภาพและความมั่นคง ฯลฯ

เสาหลักที่สอง คือ สิทธิที่เป็นปัจเจกบุคคลในความสัมพันธ์ของเขากับกลุ่มสังคมที่ตนเข้าไปมีส่วนร่วม เช่น สิทธิความเป็นส่วนตัวในชีวิตครอบครัวและในการแต่งงาน สิทธิและเสรีภาพในการเคลื่อนไหวภายในรัฐชาติหรือนอกรัฐ และสิทธิในการปฏิบัติกิจทางศาสนา ฯลฯ

เสาหลักที่สาม คือ อิสระภาพของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการรวมกลุ่มกันของบุคคล สิทธิในการลงคะแนนเสียงและรับสมัครเลือกตั้ง ฯลฯ

เสาหลักที่สี่ คือ สิทธิที่เกี่ยวกับด้านเศรษฐกิจและสังคม เช่น สิทธิที่จะแสดงออกเกี่ยวกับเรื่องแรงงาน สิทธิในการทำงานและการประกันสังคม สิทธิในการได้ค่าจ้างที่เท่าเทียม สิทธิในการได้รับเงื่อนไขเกี่ยวกับการทำงานที่เป็นธรรม ฯลฯ

หลักการและเนื้อหาสาระของปฏิญญาฉบับนี้เป็นพื้นฐานสำคัญของสิทธิมนุษยชนที่มีอิทธิพลกับสนธิสัญญาต่าง ๆ ตลอดจนเป็นแกนกลางของรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ปี พ.ศ. 2493 เป็นต้นมา¹⁸

ประเทศไทยซึ่งเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติและเป็นประเทศผู้ลงนามในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงมีพันธกรณีในการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนในประเทศให้อยู่ในระดับเดียวกับที่มีการกำหนดไว้ในมาตรฐานสากล นอกจากนี้ ยังมีอนุสัญญาอื่น ๆ ที่คุ้มครองสิทธิดังกล่าว อาทิ อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women : CEDAW) และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้นของแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็ก

2.1.2 พัฒนาการของสิทธิเด็ก : จากเด็กในฐานะของวัตถุแห่งสิทธิสู่เด็กในฐานะของประธานแห่งสิทธิ

การคุ้มครองสิทธิเด็กในเริ่มแรกมีการบัญญัติแทรกไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน แต่ยังไม่เพียงพอต่อการให้ความคุ้มครองเด็ก ต่อมาภายหลังการปฏิวัติอุตสาหกรรมและการรณรงค์เรื่องสิทธิสตรี การคุ้มครองสิทธิเด็กเริ่มได้รับความสนใจจากสังคม ในปี ค.ศ. 1924 สันนิบาตชาติได้มีการออกมติรับรอง “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก” โดยเน้นเรื่องการปกป้องเด็กจากความอดอยากหิวโหยและความต้องการทางวัตถุ แต่การคุ้มครองดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมผลประโยชน์หรือสิทธิต่าง ๆ ของเด็กได้อย่างมีประสิทธิภาพ ต่อมาในปี

¹⁷ มาตาลักษณ์ เสธเมธากุล (เชิงอรรถ 12) 20-21.

¹⁸ นพนิธิ สุริยะ (เชิงอรรถที่ 13) 9.

ค.ศ. 1959 สหประชาชาติมีมติรับรอง “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก” ฉบับใหม่ ต่อมารัฐบาลโปแลนด์ได้เสนอร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก จนคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติได้เข้ามารับผิดชอบ ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 1990 ปัจจุบัน ประเทศที่เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติมากกว่า 180 ประเทศได้ให้สัตยาบันรับรองอนุสัญญาฉบับนี้แล้ว และรัฐภาคีของอนุสัญญานี้ต่างก็หาวิถีทางที่จะปฏิบัติตามอนุสัญญาโดยถือว่าเด็กจะต้องได้รับการดูแลปกป้องจากรัฐและให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเด็กในสถาบันครอบครัวด้วย¹⁹

มุมมองเกี่ยวกับความเป็นเด็กของนักปรัชญาคนสำคัญในยุคแห่งการพัฒนาสิทธิเด็กที่น่าสนใจ มีดังนี้

จอร์จ ล็อก (John Locke) เห็นว่า เด็กมีสิทธิตามธรรมชาติที่จะต้องได้รับการคุ้มครอง (need to be protected)²⁰ และเชื่อว่าเด็กไม่ใช่ทรัพย์สินของบิดามารดา แต่เป็นทรัพย์สินของพระเจ้า โดยเด็กถูกกำหนดให้อยู่ในกฎของศีลธรรมและกฎของสังคมเป็นรายบุคคล ในขณะที่บิดามารดาของเด็กเหล่านั้นมีหน้าที่เลี้ยงดูบุตรของตนภายใต้กรอบและการดูแลของรัฐ²¹ โดยเด็กนั้นเป็นกระดานชนวนที่ว่างเปล่า กล่าวคือ ไม่มีดีและไม่เลว เด็กจึงต้องการการศึกษาเพื่อพัฒนาตนเองไปในแนวทางที่ถูกต้องและเหมาะสมกับสภาพสังคมที่ตนอาศัย²²

ฌอร์ฌ ซัก รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) เห็นว่า โดยพื้นฐานแล้ว เด็กเป็นผู้บริสุทธิ์ (pure) แต่ถูกทำให้ไม่บริสุทธิ์โดยสภาพแวดล้อมทางสังคม²³ ซึ่งมาจากคำกล่าวที่ว่า “พระเจ้าได้สร้างทุกอย่างให้ดี แต่คนเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับสิ่งนั้น จึงทำให้คนกลายเป็นปีศาจ (evil)”²⁴

สถานะทางกฎหมายและทางสังคมของเด็กก็มีการเปลี่ยนแปลงไปในช่วงศตวรรษแรกของสาธารณรัฐใหม่ โดย “หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ปรากฏให้เห็นชัดเจนที่สุดในพัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม (adoption law) ในสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นช่วงเวลาของการเคลื่อนไหวเกี่ยวกับการปฏิรูปของโปรเตสแตนต์²⁵ จึงส่งผลให้ “มาตรฐานของหลักประโยชน์สูงสุด” กลายเป็นกรอบในเรื่องเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมของสหรัฐอเมริกา แนวคิดการรับบุตรบุญธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น

¹⁹ มาตาลักษณ์ เสธเมธากุล (เชิงอรธ 12).

²⁰ John Locke, *Two Treatises of Government*, (1960) 330. (citing specifically *The Second Treatise* 67).

²¹ Claire Breen, ‘*The Standard of the Best Interests of the Child: A Western Tradition in International and Comparative Law*’ (Martinus Nijhoff c2002) 69.

²² เพิ่งอ้าง 36-37.

²³ เพิ่งอ้าง 38.

²⁴ Ibid, (citing Jean Jacques Rousseau, *Émile* 5 (B. Foxley trans., J. M. Dent 1963)).

²⁵ Stephen G. Post, ‘Adoption Theologically Considered’ (Spring 1997) 25 *The Journal of Religious Ethic* 151.

ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ“หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก” กล่าวคือ การรับบุตรบุญธรรมเป็นเรื่องเกี่ยวกับการหาครอบครัวให้กับเด็กมากกว่าการหาเด็กให้กับครอบครัว²⁶

ส่วนประเทศอังกฤษมี Chancellor Lord Talfourd ที่สนับสนุนหลักการ “Tender Years” กล่าวคือ ให้มีการกำหนดอำนาจปกครองเฉพาะในกรณีที่เป็นเด็กที่อายุน้อย²⁷ แต่แนวความคิดเกี่ยวกับหลักอรรถประโยชน์นิยมก็ยังคงมีอิทธิพลอย่างต่อเนื่องในกฎหมายครอบครัวของอังกฤษ ในปี ค.ศ. 1840 เจเรมี เบนแทม (Jeremy Bentham) ได้พยายามที่จะจัดระเบียบกฎหมายของประเทศอังกฤษ โดยกำหนดให้ “ศีลธรรมพื้นฐานอันดี” (the general good) อยู่เหนือปัจเจกชน ซึ่งส่งผลให้อิทธิพลนี้เหนือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเด็กด้วย เบนแทมเน้นย้ำว่า การปฏิรูปที่อยู่บนพื้นฐานของความปกติสุข (the common good) นั้น ย่อมหมายถึงการแสดงให้เห็นว่าเด็กต้องการการคุ้มครองอย่างต่อเนื่อง เพราะการเจริญเติบโตจนสมบูรณ์ทางร่างกายของเด็กต้องใช้เวลาหลายปี การทำงานของสติปัญญาก็ยังล่าช้า รวมถึงเด็กมักจะมีไหวพริบแรงกระตุ้นและมักกระทำการใด ๆ โดยประมาทเนื่องจากขาดประสบการณ์ชีวิต²⁸

ในศตวรรษที่ 20 หลักมาตรฐานเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กได้แพร่หลายไปในระดับนานาชาติ โดยปี ค.ศ.1924 สิทธิของเด็กถูกยกขึ้นกล่าวถึงเป็นครั้งแรกในแม่บทที่ยอมรับกันในระดับสากล เมื่อสภาสันนิบาตแห่งชาติได้ผ่านข้อมติเพื่อรับรองคำประกาศว่าด้วยสิทธิเด็ก (the Declaration of the Rights of the Child) จะเห็นได้ว่า จารีตประเพณีของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นเกิดขึ้นในกฎหมายตะวันตก แต่กลับได้รับการเผยแพร่ไปในระดับสากลโดยผ่านอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก จึงถือได้ว่าเป็นชัยชนะของแนวคิดอันเป็นเอกลักษณ์เฉพาะของอเมริกาที่สังคมโลกนำไปใช้เพื่อสวัสดิภาพของเด็ก หลักการดังกล่าวไม่เพียงแต่มีผลกระทบไปทั่วโลก แต่ยังกระทบต่อวิวัฒนาการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเรื่องต่าง ๆ ของตัวเด็กและอนาคตของเด็กอีกด้วย ดังนั้น จึงมีการสร้างพื้นที่ใหม่ขึ้นสำหรับหลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเด็ก (children’s rights) ในที่สุด²⁹

ประเทศไทยได้ให้การรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและร่วมเป็นภาคีในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ อันเป็นมาตรฐานกลางสำหรับประเทศสมาชิกที่จะนำหลักการดังกล่าวไปปฏิบัติ

²⁶ Wardle & Nolan, “This primary focus on the welfare of children without families distinguished American adoption from the classic Roman, civilian, and common law approaches, and set the standard which the world now follows. Thus, the heart of this child-centered model of adoption was the creation of family relationships that imitated and were intended to replicate the relationship that exists between parents and child(ren) in a birth (natural) family.” Id.

²⁷ Joan B. Kelly, ‘The Determination of Child Custody’ (1994) 121 *Future Child* <http://www.futureofchildren.org/usr_doc/vol4no1ART8.pdf> accessed 25 January 2023.

²⁸ Jeremy Bentham, *Theory of Legislation*, (Vol. I, 248 (Weeks, Jordan, & Co. 1840).

²⁹ Claire Breen, ‘The Standard of the Best Interests of the Child: A Western Tradition in International and Comparative Law’ (2002) 16.

อย่างจริงจังในประเทศของตน³⁰ เนื่องจากการตระหนักว่าเด็กเป็นทรัพยากรอันมีค่าของสังคม จึงควรให้เด็กได้มีการพัฒนาศักยภาพอย่างเต็มที่ ได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานและได้รับการคุ้มครองจากการเอาเปรียบของสังคม ในปัจจุบัน สิทธิเด็กได้กลายเป็นจุดที่ทุกภาคส่วนของสังคมรวมถึงภาครัฐให้ความสำคัญด้วย โดยเน้นไปที่การให้ความคุ้มครองเด็กจากปัญหาต่าง ๆ เช่น ปัญหาด้านโภชนาการ ปัญหาจากการถูกทอดทิ้ง ปัญหาทางด้านอนามัย และรวมถึงปัญหาทางด้านกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วย อย่างไรก็ตาม หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กซึ่งมีความเป็นสากลนั้น เมื่อได้มีการนำไปปรับใช้ในทางปฏิบัติแล้วก็ย่อมจะต้องมีการปรับเปลี่ยนไปตามบริบทและสภาพปัญหาของแต่ละสังคม เช่น คำว่า “เด็ก” ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก หมายความว่า “มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น”³¹ ซึ่งหากมีการนำนิยามดังกล่าวมาปรับใช้กับกฎหมายไทยก็จะพบว่า มีบางกรณี que เด็กอาจจะบรรลุนิติภาวะก่อนมีอายุครบ 18 ปีก็ได้ เช่น มีการสมรสโดยได้รับความยินยอมจากศาล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 เป็นต้น³²

2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็ก

การพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเด็ก ได้เริ่มมาตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 20 โดยได้มีการพัฒนาไปพร้อม ๆ กับการพัฒนาของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยตราสารระหว่างประเทศที่เป็นเครื่องมือของสิทธิมนุษยชนที่ให้การคุ้มครองสิทธิเด็ก สามารถจำแนกได้ตามวิวัฒนาการของแนวคิดในการจัดทำตราสารระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กได้ดังนี้

2.2.1 ปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1924 (The Geneva Declaration of the Rights of the Child 4291)

ปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1924 ถือว่าเป็นก้าวแรกที่มีความสำคัญต่อการจัดทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็ก เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศหรือตราสารระหว่างประเทศฉบับแรกที่ทำให้การคุ้มครองสิทธิเด็ก ซึ่งสันนิบาตแห่งชาติ (The Assembly of the League of Nations) ได้มีมติรับรองปฏิญญาดังกล่าวเมื่อวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1924³³ โดยปฏิญญาได้กำหนดว่า³⁴ “มนุษยชาติจะต้องให้สิ่งที่ดีที่สุดกับเด็ก” และวางหลักสำคัญในการพัฒนาเด็กไว้ 5 ประการ คือ 1) การพัฒนาด้านร่างกายและจิตใจ อาหาร การรักษา 2) การช่วยเหลือเมื่อด้อยโอกาส 3) การแก้ไขปรับปรุงตนเมื่อกระทำ ความผิด 4) การช่วยเหลือเป็นกลุ่มแรกเมื่ออยู่ในภาวะยากลำบาก 5) การปกป้องจากการแสวงหาประโยชน์จากเด็กทุกรูปแบบ จะเห็นได้ว่า หลักการพื้นฐานเหล่านี้เป็นสิ่งจำเป็นต่อร่างกายและการเจริญเติบโตของเด็ก

³⁰ กุลพล พลวัน, *พัฒนาการสิทธิมนุษยชน*, (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2538) 123, 154.

³¹ UNCRC Article 1

³² มาตราลักษณ์ เสธเมธากุล (เชิงอรรถ 5) 43-44.

³³ จีราวัฒน์ แซ่มชัยพร, ‘การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 6-7.

³⁴ The Geneva Declaration of the Rights of the Child 1924.

ตามสภาวะปกติเท่านั้น แต่มีได้กล่าวถึงความต้องการของเด็กเป็นพิเศษไว้แต่อย่างใด นอกจากนี้ ข้อความในปฏิญญาดังกล่าวใช้คำว่า “เด็กจะต้องได้รับ...” (The child must be given...) ซึ่งเท่ากับว่าเด็กเป็นบุคคลที่ต้องถูกคุ้มครอง (Object) มิใช่บุคคลผู้ทรงสิทธิโดยตัวของตัวเอง (Subject)³⁵ การให้ความคุ้มครองเด็กจึงมีขอบเขตที่จำกัด อีกทั้งยังไม่มีกรกล่าวถึงภาระหน้าที่ของรัฐที่ต้องปฏิบัติเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิแก่เด็กแต่อย่างใด

2.2.2 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นเอกสารระหว่างประเทศที่เชิดชูสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ ถือเป็นเอกสารประวัติศาสตร์ในการวางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับแรกของโลกและเป็นพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนทุกฉบับ จัดทำขึ้นภายหลังเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 โดยมีการผลักดันให้เกิดการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติ (The United Nation) ในปี ค.ศ. 1940 เพื่อกำหนดแนวทางในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยที่ประชุมใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติได้มีมติรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และประกาศใช้ในวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948³⁶ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนถือเป็นมาตรฐานที่ประเทศสมาชิกสหประชาชาติได้ร่วมกันจัดทำเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนทั่วโลก โดยมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ไม่สามารถสละหรือโอนให้แก่กันได้ ซึ่งได้กำหนดหลักการที่สำคัญ คือ หลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ หลักเรื่องสิทธิเสรีภาพความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองของบุคคล รวมถึงคุ้มครองสิทธิในสถาบันครอบครัวและสิทธิเด็กด้วย

2.2.3 ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1948 (The Declaration of the Rights of the Child 1948)

ภายหลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 สันนิบาตแห่งชาติได้ถูกยกเลิก ส่งผลให้ปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1924 ไม่มีผลเช่นกัน ต่อมาได้มีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้นและได้มีการนำเอาปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1924 มาพิจารณาใหม่และได้ทำการยกร่างปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้นในปี ค.ศ. 1948³⁷ โดยมีวัตถุประสงค์ในการให้การคุ้มครองและช่วยเหลือเด็กเป็นสำคัญ โดยในปฏิญญาดังกล่าวได้กำหนดหลักการไว้ 7 ประการ ได้แก่³⁸

- 1 เด็กจะต้องได้รับความคุ้มครองโดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สัญชาติ หรือข้อบัญญัติทางศาสนา
- 2 เด็กจะต้องได้รับการดูแลเอาใจใส่ที่เหมาะสมจากครอบครัว
- 3 เด็กจะต้องได้รับวิธีการที่จำเป็นสำหรับการพัฒนาตามปกติ ทางกาย ศิลธรรม และศาสนา

³⁵ อิงอร จินตนาเลิศ, ‘กลไกระหว่างประเทศเพื่อการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2541) 15.

³⁶ ปัทมาภรณ์ รอดอนันต์, ‘มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครอง ป้องกันและฟื้นฟูเด็กที่ถูกกระทำรุนแรงในครอบครัว’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2550) 31.

³⁷ อิงอร จินตนาเลิศ (เชิงอรธ 35) 16.

³⁸ The Declaration of the Rights of the Child 1948.

4 เด็กที่หิวโหยจะต้องได้รับอาหาร เด็กที่ป่วยจะต้องได้รับการรักษาพยาบาล เด็กที่บกพร่องทางกายหรือจิตใจจะต้องได้รับการช่วยเหลือ เด็กที่ปรับตัวต่อสภาวะแวดล้อมไม่ได้ จะต้องได้รับการศึกษาใหม่ เด็กกำพร้าและเด็กที่ถูกทิ้งจะต้องได้รับที่พำนักและการช่วยเหลือ

5 เด็กจะต้องเป็นกลุ่มแรกที่ได้รับการช่วยเหลืออย่างทันที่ในภาวะยากลำบาก

6 เด็กจะต้องได้รับความช่วยเหลืออย่างเต็มที่จากโครงการของรัฐ สวัสดิการสังคม และความช่วยเหลือจากรัฐ เด็กจะต้องได้รับการฝึกฝนที่จะสามารถกระทำได้ตามเวลาที่เหมาะสมแก่การดำรงชีวิต และต้องได้รับการปกป้องจากการแสวงหาประโยชน์ทุกรูปแบบ

7 เด็กจะต้องได้รับการเลี้ยงดูโดยตระหนักว่าพรสวรรค์ของเด็กจะต้องได้รับการช่วยเหลือจากมนุษยชาติ

2.2.4 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 (The Declaration of the Right of the Child 1959)

เนื่องจากปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1948 ยังไม่มีหลักการที่ให้ความสำคัญแก่สิทธิของเด็กอย่างครอบคลุมเพียงพอ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติจึงได้ทำการยกร่างและพิจารณารับฟังความคิดเห็นจากรัฐบาลประเทศต่าง ๆ และที่ประชุมใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติได้มีมติรับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 ในวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ. 1959 ในฐานะเป็นปฏิญญาดั้งแรกที่รับรองสิทธิเด็กให้มีสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเป็นฉบับแรก³⁹ นอกจากนี้ยังได้ปรากฏหลักการสำคัญในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กอีกสองประการ คือ หลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อเด็ก (Non-discrimination) โดยหลักการดังกล่าวถือว่าเป็นเครื่องมือในการพิจารณาการกระทำของรัฐที่นอกจากจะรัฐจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อประชาชนแล้ว ยังต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อเด็กทุกคนด้วย และหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่จะต้องได้รับการพิจารณาว่ามีความสำคัญสูงสุด (the best interests of the child shall be the paramount consideration) แม้ปฏิญญาดั้งกล่าวว่าจะไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย เป็นเพียงแนวปฏิบัติให้รัฐสมาชิกในการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อให้หลักประกันในการคุ้มครองเด็ก แต่ปฏิญญาดั้งนี้ส่งผลให้ประเทศต่าง ๆ หันมาให้ความสำคัญกับการอนุรักษ์ให้กฎหมายของตนสอดคล้องกับหลักการและเจตนารมณ์ในเรื่องนี้มากยิ่งขึ้น

2.2.5 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (Convention on the Rights of the Child 1989 หรือ UNCRC)

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 นี้ เป็นกฎหมายระหว่างประเทศฉบับแรกที่มีผลบังคับให้รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตามในการให้ความคุ้มครองและส่งเสริมเด็กในขั้นพื้นฐานอย่างแท้จริง และเป็นการกำหนดมาตรฐานสากลทางกฎหมายที่นานาประเทศได้ร่วมตกลงกันเพื่อคุ้มครองและส่งเสริมเด็ก เนื่องจากการคุ้มครองเด็กในปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1924 ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1948 และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 นั้นเป็นเพียงถ้อยแถลงในส่วนหลักการทั่วไปเท่านั้น จึงเป็นเพียงข้อผูกพันทางศีลธรรมและทางการเมือง แต่ไม่มีผลผูกพันในทางกฎหมายให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติตาม⁴⁰ จึงมีความ

³⁹ จีราวัฒน์ แซ่มชัยพร (เชิงอรรด 33) 14.

⁴⁰ เฟิงอ่าง 11.

พยายามในการร่างและจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเพื่อให้มีผลบังคับและผูกพันให้ประเทศต่าง ๆ ที่รับรองปฏิบัติตาม การจัดทำมีจุดเริ่มต้นเมื่อ ค.ศ. 1978 โดยประเทศโปแลนด์ได้นำเสนอต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติให้มีการปรับแก้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 ให้มีสถานะเป็นอนุสัญญาเพื่อให้มีผลบังคับและผูกพันให้รัฐภาคีปฏิบัติตาม เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างแท้จริง จึงมีการเริ่มต้นยกร่างอนุสัญญาตามข้อเสนอของประเทศโปแลนด์ในปี ค.ศ. 1979 จนแล้วเสร็จ⁴¹ ที่ประชุมใหญ่สมัชชาแห่งองค์การสหประชาชาติได้มีมติเป็นเอกฉันท์ในการรับรอง และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 1990 ประเทศไทยได้ทำการลงนามภาคยานุวัติ ในวันที่ 12 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992⁴²

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นการยกระดับการให้ความคุ้มครองแก่เด็กในฐานะเป็นสิทธิเด็ดขาดอันไม่สามารถจำกัดเพื่อละเมิดสิทธิของเด็กได้ โดยวางหลักให้การกระทำใดที่เกี่ยวข้องกับเด็กจะต้องพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นพื้นฐาน รวมทั้งกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำแก่รัฐภาคีในการจัดมาตรการคุ้มครองเด็กให้เทียบเท่าหรือดีกว่ามาตรฐานที่กำหนดไว้ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่เด็กและเพื่อให้การกระทำของรัฐสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาดังกล่าว⁴³

มีหลักการสำคัญ 2 ประการ คือ⁴⁴

1. สิทธิของเด็กไม่ใช่เรื่องของรัฐหรือใครให้กับเด็ก แต่เป็นสิทธิของเด็กทุกคนที่มีติดตัวมาตั้งแต่เกิด อนุสัญญาใช้คำว่า “สิทธิติดตัว” (inherent rights) ดังนั้น จึงไม่มีผู้ใดสามารถไปตัดทอนหรือจำกัดการใช้สิทธิอันชอบธรรมของเด็กหรือละเมิดสิทธิของเด็กได้

2. ในการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับเด็กจะต้องคำนึงถึงสิทธิเด็กและที่สำคัญที่สุดคือต้องยึดถือหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child) เป็นข้อพิจารณาในการดำเนินการ

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในตราสารทางกฎหมายระหว่างประเทศว่า “เด็ก” หมายความว่าถึงบุคคลทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยบัญญัติไว้ชัดเจนในข้อ 1 Definition of child as “every human being below the age of eighteen years”, unless the national law considers majority attained at an earlier age. “เด็ก หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้น ตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น” ดังนั้น มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ย่อมอยู่ในความหมายของคำว่าเด็ก

⁴¹ Tara M. Collins, ‘It’s Time for the United States to Ratify the Convention on the Rights of the Child’ (Carnegie Council for Ethics in International Affairs July 7, 2014) < <https://shorturl.asia/t1TWU> > accessed 25 January 2023.

⁴² สำนักคณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ สำนักนายกรัฐมนตรี, รายงานการดำเนินงานของประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (ฉบับที่ 1) เสนอต่อคณะกรรมการสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ (โรงพิมพ์การศาสนา 2541) 1.

⁴³ มาตาลักษณะ เสธเมธากุล (เชิงอรรถ 12) 52.

⁴⁴ วันชัย รุจนวงศ์, มาตรฐานการปฏิบัติงานในสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ตามมาตรฐานขององค์การสหประชาชาติกับประสิทธิภาพ ประสิทธิผล ในการดำเนินงานและการปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำผิด (กรมคุมประพฤติ 2549). 2-3.

ทั้งสิ้น เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายของแต่ละประเทศที่ใช้อยู่ และข้อ 2⁴⁵ กำหนดว่า สิทธิที่ได้รับการคุ้มครองในอนุสัญญาจะต้องได้รับการประกันโดยไม่มีทางเลือกปฏิบัติใด ๆ ดังนั้น รัฐภาคีจะต้องเคารพและคุ้มครองสิทธิเด็กทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติไม่ว่าจะด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความทุพพลภาพ โดยการไม่เลือกปฏิบัตินี้ไม่ได้หมายความว่า รัฐจะต้องปฏิบัติต่อเด็กทุกคนเหมือนกันหมด หากเด็กกลุ่มใดไม่สามารถใช้สิทธิเช่นเดียวกับเด็กคนอื่นเนื่องมาจากสภาวะทางร่างกาย จิตใจ หรือสังคม เช่น เด็กพิการทางร่างกายหรือทางสมอง ยากจน เป็นต้น รัฐอาจจัดบริการให้เด็กเหล่านี้เป็นกรณีพิเศษเพื่อช่วยให้เด็กกลุ่มนี้ได้เข้าถึงการใช้สิทธิต่าง ๆ อย่างเท่าเทียมกับเด็กอื่น ๆ และข้อ 3⁴⁶ ได้กำหนดหลักการที่สำคัญไว้ คือ หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยกำหนดว่า ในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก ให้ถือหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก อีกทั้งได้กำหนดพันธกรณีให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องดำเนินการคุ้มครองสิทธิเด็ก โดยจำแนกเป็น 4 ประการ ดังนี้⁴⁷

1. สิทธิในการมีชีวิตและการอยู่รอด (Right of Survival)

สิทธิของเด็กที่คลอดออกมาแล้วจะต้องมีชีวิตอยู่รอดอย่างปลอดภัย (Article 6 Every child has the inherent right to life) ซึ่งข้อ 6 กำหนดว่า รัฐภาคีรับรองว่าเด็กทุกคนมีสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดที่จะมีชีวิตและต้องประกันอย่างเต็มที่เท่าที่จะทำได้ให้มีการอยู่รอดและการพัฒนาของเด็กทุกคน โดยกำหนดว่าเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูไม่ว่าจากบิดา มารดา ญาติพี่น้อง หรือรัฐ เพื่อให้อยู่รอดและเจริญเติบโตและมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดีเพียงพอตามฐานะ หากครอบครัวไม่สามารถจะดำเนินการได้ตามมาตรฐานขั้นต่ำ รัฐต้องเข้าไปให้การช่วยเหลือ และในข้อ 7 (Article 7 The child has the right to a name, to acquire a nationality and to know and be cared for by its parents) กำหนดไว้ว่า เด็กจะได้รับการจดทะเบียนทันทีหลังเกิดและมีสิทธิที่จะมีชื่อนับแต่เกิดและสิทธิที่จะได้สัญชาติ รวมถึงมีสิทธิที่จะรู้จักและได้รับการดูแลเลี้ยงดูจากบิดามารดาของตน เด็กจะต้องไม่ถูกแยกจากบิดามารดาโดยขัดกับความประสงค์ของบิดามารดา เว้นแต่การแยกเด็กนั้นจะเป็นไปตามกฎหมายและเป็นกรณีจำเป็นที่จะต้องแยกเด็กออกมาเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กเอง

2. สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Right of Protection)

เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการกระทำในทุกรูปแบบที่อาจเป็นอันตรายต่อเด็ก โดยไม่เลือกปฏิบัติ โดยเด็กมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากโรคภัยต่าง ๆ ตามมาตรฐานสาธารณสุขที่ดีที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เด็กมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากการเข้าไปเกี่ยวข้องกับยาเสพติดในทุกรูปแบบ (Article 33 The child shall be protected from illicit use of narcotic drugs.) รวมถึงการแสวงหาประโยชน์ทางเพศหรือการล่วงละเมิดทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการชักชวนหรือข่มขู่ให้เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ การค้าประเวณีหรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในสื่อลามกเด็ก (Article 34 The child shall be protected from all forms of sexual

⁴⁵ UNCRC Article 2

⁴⁶ UNCRC Article 3

⁴⁷ Unicef. 'What is the Convention on the Rights of the Child? Child rights we should all know' <<https://www.unicef.org>> accessed 20 December 2022.

exploitation and sexual abuse, the use of children in prostitution or other unlawful sexual practices, in pornographic performances and materials.) การลักพาตัว และเด็กที่ตกเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาต้องได้รับการคุ้มครองในเรื่องต่าง ๆ เช่น เด็กจะต้องไม่ถูกลงโทษด้วยความทารุณ โหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม เด็กจะต้องไม่ถูกลงโทษด้วยการประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต⁴⁸

3. สิทธิในการพัฒนา (Right of Development)

สิทธิในการพัฒนาตนเองของเด็กทั้งทางร่างกายและสติปัญญา ทั้งนี้ การพัฒนาทางด้านร่างกายนั้น มุ่งไปที่การเลี้ยงดูเด็กโดยพ่อแม่หรือรัฐในบางกรณี โดยเด็กมีสิทธิที่จะมีความเป็นอยู่ที่ดีและมีมาตรฐานเพียงพอต่อการพัฒนาการของเด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา ศิลธรรมและทางสังคม เด็กมีสิทธิได้รับการบริการสาธารณสุขและการตรวจรักษาเพื่อให้เด็กพ้นจากโรคร้าย เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการศึกษาอันเป็นพื้นฐานและมาตรการที่จำเป็นต่อการพัฒนาของเด็ก เพื่อให้เด็กได้พัฒนาบุคลิกภาพ ความสามารถพิเศษ ทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจของเด็กให้เต็มศักยภาพของเด็กแต่ละคน⁴⁹

4. สิทธิในการมีส่วนร่วม (Right of Participation)

สิทธิในการมีส่วนร่วมของเด็ก เน้นถึงสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของเด็กโดยเสรีในทุกเรื่องที่มีผลกระทบต่อเด็ก โดยรัฐภาคีต้องดำเนินการให้เด็กได้แสดงความคิดเห็นและต้องให้น้ำหนักต่อความคิดเห็นนั้นตามควรแก่อายุและวุฒิภาวะของเด็กด้วยโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการทางศาล ซึ่งเด็กต้องได้รับโอกาสที่จะแสดงความคิดเห็นต่อการดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด รวมถึงมีสิทธิในการแสวงหา ได้รับหรือส่งต่อข้อมูลและความคิดในทุกรูปแบบและในสื่อทุกประเภท เด็กมีสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม ศาสนา และสิทธิในการมีส่วนร่วมนี้รวมถึงสิทธิที่จะสมาคมกันโดยสงบด้วย⁵⁰

2.3 ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำผิดของเด็กและการคุ้มครองเด็ก

2.3.1 ทฤษฎีจิตวิเคราะห์ (Psychoanalysis Theory)

ทฤษฎีจิตวิเคราะห์เป็นทฤษฎีที่อธิบายถึงการจัดระเบียบบุคลิกภาพและการเปลี่ยนแปลงของการพัฒนาบุคลิกภาพที่เป็นแนวทางในการวิเคราะห์ทางจิต ซึ่งเป็นวิธีการทางคลินิกสำหรับการรักษาทางจิตเวช ผู้ให้กำเนิดทฤษฎีนี้คือ ซิกมันด์ ฟรอยด์ (Sigmund Freud) จึงพบว่ามีนักจิตวิทยา บางท่านเรียก ทฤษฎีนี้ว่า “Freudian Theory” ทฤษฎีนี้กำเนิดขึ้นครั้งแรกในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ฟรอยด์อธิบายว่า พฤติกรรมต่าง ๆ ของมนุษย์ ความรู้สึกนึกคิด อารมณ์และการกระทำต่าง ๆ ทั้งที่ปกติและไม่ปกติเกิดจากแรงผลักดันจากความต้องการตามสัญชาตญาณ (Sexual drive) และสัญชาตญาณความก้าวร้าว (Aggressive drive) แต่การแสดงออกนี้ถูกขัดขวางโดยสภาพแวดล้อมของสังคมมนุษย์ จึงต้องแสดงออกซึ่งความต้องการเหล่านี้ด้วยวิธีที่เป็นที่ยอมรับของสังคม การปรับตัวนี้จะทำให้เกิดความขัดแย้ง (Conflict) ขึ้นในใจ ซึ่งจำเป็นจะต้องหา

⁴⁸ UNCRC Article 37 and 40

⁴⁹ UNCRC Article 28 and 29

⁵⁰ UNCRC Article 12 13 14 and 15.

วิธีแก้ไขโดยการใช้กลไกทางจิต⁵¹ โดย فروยด์ ได้กล่าวถึงวิธีการจัดระบบของบุคลิกภาพว่า ขึ้นอยู่กับระดับการรู้ตัว (Levels of Consciousness) และได้แบ่งระดับการรู้ตัวของบุคคลออกเป็น 3 ระดับ⁵² คือ

ระดับที่ 1 จิตสำนึกหรือจิตรู้สำนึก (Conscious) คือ ภาวะจิตที่รู้ตัวอยู่ ส่วนที่เป็นความรู้สึกและการรู้ตัวอยู่ตลอดเวลา เช่น ความคิด การรับรู้ และความรู้สึก การแสดงพฤติกรรมเพื่อให้สอดคล้องกับหลักแห่งความเป็นจริง หรือกล่าวได้ว่าเป็นส่วนที่มนุษย์มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ในการแสดงพฤติกรรม ซึ่งอาจเกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาสั้น แล้วเก็บลงสู่ส่วนที่เป็นจิตใต้สำนึกหรือจิตไร้สำนึก ขึ้นอยู่กับความตั้งใจของบุคคลซึ่งเปลี่ยนไปตามสิ่งเร้า

ระดับที่ 2 จิตกึ่งรู้สำนึก (Preconscious) เป็นส่วนของประสบการณ์ที่สะสมไว้แต่มีลักษณะเลื่อนราง ไม่อยู่ในความรู้สึก แต่เมื่อถูกสภาวะหรือสิ่งกระตุ้นที่เหมาะสม หรือเมื่อบุคคลต้องการนำกลับมาใช้ใหม่ก็สามารถระลึกได้ และสามารถนำกลับมาใช้ในระดับจิตสำนึกได้ และเป็นส่วนที่อยู่ใกล้ชิดกับจิตรู้สำนึกมากกว่าจิตไร้สำนึก เป็นส่วนที่สามารถจะนำขึ้นมาสู่ระดับจิตสำนึกโดยอัตโนมัติ หรือเมื่อมีสิ่งกระตุ้นเพียงเล็กน้อย เช่น เหตุการณ์ที่ผ่านไปเมื่อเช้านี้ อาหารที่ชอบ หรือความจำต่าง ๆ ที่เราเก็บไว้

ระดับที่ 3 จิตไร้สำนึก หรือจิตใต้สำนึก (Unconscious) เป็นภาวะจิตที่ไม่อยู่ในภาวะที่รู้ตัว ระลึกถึงไม่ได้ เป็นระดับความรู้ตัวที่ลึกที่สุดของบุคคล เป็นสภาพที่บุคคลไม่รู้ตัว และเป็นระดับที่มีปริมาณมาก พฤติกรรมของบุคคลได้รับอิทธิพลจากจิตไร้สำนึกด้วย จิตไร้สำนึกเป็นสิ่งที่ฝังลึกอยู่ในจิตใจ มีการเก็บกด (Repression) เอาไว้อาจเป็นเพราะถูกบังคับ หรือไม่สามารถแสดงอาการโต้ตอบได้ในขณะนั้นในที่สุดก็จะฝังแน่นเข้าไปจนเจ้าตัวลืมไปชั่วขณะ จะแสดงออกมาในลักษณะการพลั้งเผลอ เช่น พลั้งปากเอ่ยชื่อ คนรักเก่าต่อหน้าคนรักใหม่ เป็นต้น สิ่งที่มีอิทธิพลจงใจพฤติกรรมและการดำเนินชีวิตของคนเรามากที่สุดคือ ส่วนที่เป็นจิตใต้สำนึกและสิ่งที่คุณเรามากจะเก็บกดลงไปที่ยังจิตใต้สำนึกก็คือ ความต้องการก้าวร้าว กับความต้องการทางเพศ ซึ่งจะมีแรงผลักดัน فروยด์จึงได้นำบทบาทของจิตไร้สำนึกหรือจิตใต้สำนึกมาวิเคราะห์พฤติกรรมของบุคคล

กลไกในการป้องกันตัว (Defense Mechanism)⁵³ เป็นกระบวนการที่เกิดจากการเรียนรู้ เกิดขึ้นจากจิตไร้สำนึกหรือจิตใต้สำนึก เมื่อบุคคลเกิดความวิตกกังวลก็จะนำกลไกป้องกันตัวที่ตนเคยใช้มาใช้เพื่อช่วยให้หลุดพ้นจากความวิตกกังวลไปชั่วขณะ ทำให้รู้สึกสบายใจ ลดความตึงเครียดทางจิต ประกอบด้วย⁵⁴

1. การเก็บกด (Repression) หมายถึง การเก็บกดความรู้สึกไม่สบายใจ หรือความรู้สึกผิดหวัง ความคับข้องใจไว้ในจิตใต้สำนึกจนกระทั่งลืม กลไกป้องกันตัวประเภทนี้มีอันตราย เพราะถ้าเก็บกดความรู้สึกไว้มากจะมีความวิตกกังวลใจมาก และอาจทำให้เป็นโรคประสาทได้

⁵¹ ธิติ ทศนชัยกุล, 'ปัจจัยที่เป็นสาเหตุการข่มขืนกระทำชำเราของเยาวชน : ศึกษาเฉพาะกรณี ศาลจังหวัดนนทบุรี แผนกคดีเยาวชนและครอบครัว' (สารนิพนธ์ ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553) 6.

⁵² 'Psychoanalysis Theory' วิกีพีเดีย สารานุกรมเสรี, <https://en.wikipedia.org/wiki/Psychoanalytic_theory> สืบค้นวันที่ 25 ธันวาคม 2565.

⁵³ 'Defense Mechanism' วิกีพีเดีย สารานุกรมเสรี, <https://en.wikipedia.org/wiki/Defence_mechanism> สืบค้นวันที่ 25 ธันวาคม 2565.

⁵⁴ Sharf, Richard S., *Theories of Psychotherapy and counseling Concept and Cases* (5th end, Wadsworth/Thomson Learning, 2012). 33-35.

2. การหาเหตุผลเข้าข้างตนเอง (Rationalization) หมายถึง การปรับตัว โดยการหาเหตุผลเข้าข้างตนเอง โดยให้คำอธิบายที่เป็นที่ยอมรับสำหรับคนอื่น
3. การถดถอย (Regression) หมายถึง การหนีกลับไปอยู่ในสภาพอดีตที่เคยทำให้มีความสุข
4. การแสดงปฏิบัติที่ตรงข้ามกับความปรารถนาที่แท้จริง (Reaction Formation) หมายถึง การแสดงพฤติกรรมตรงข้ามกับความรู้สึกของตนเอง ที่ตนเองคิดว่าเป็นสิ่งที่สังคม อาจจะไม่ยอมรับ
5. การสร้างวิมานในอากาศ หรือการฝันกลางวัน (Fantasy หรือ Day dreaming) เป็นการสร้างจินตนาการ หรือมโนภาพ เกี่ยวกับสิ่งที่ตนมีความต้องการ แต่เป็นไปไม่ได้
6. การแยกตัว (Isolation) หมายถึง การแยกตนให้พ้นจากสถานการณ์ที่นำความคับข้องใจมาให้ โดยการแยกตนออกไปอยู่ตามลำพัง ตัวอย่างเช่น เด็กที่คิดว่าพ่อแม่ไม่รัก อาจจะไม่ยอมคบกับเพื่อนคนเดียว
7. การหาสิ่งมาแทนที่ (Displacement) เป็นการระบายอารมณ์โกรธ หรือคับข้องใจต่อคน หรือสิ่งของที่ไม่ได้เป็นต้นเหตุของความคับข้องใจ
8. การเลียนแบบ (Identification) หมายถึง การปรับตัวโดยการเลียนแบบบุคคลที่ตนนิยมยกย่อง เพื่อให้ตนเป็นที่ยอมรับและเพิ่มคุณค่าให้ตัวเอง ทำให้รู้สึกอบอุ่นและสบายใจ เช่น เด็กชายจะพยายามทำตัวให้เหมือนพ่อ เด็กหญิงจะทำตัวเหมือนแม่ เป็นต้น

กลไกการป้องกันตนเองเป็นหนทางในการจัดการกับกระบวนการของจิตใต้สำนึกที่ได้รับในวัยเด็ก การใช้กลไกป้องกันตนเองจะขึ้นอยู่กับขั้นพัฒนาการทางบุคลิกภาพ⁵⁵

โครงสร้างบุคลิกภาพ (Anatomy of Personality) ฟรอยด์ อธิบายว่า โครงสร้างทางบุคลิกภาพประกอบด้วย 3 ส่วน คือ Id Ego และ Superego ซึ่งเป็นตัวกำหนดบุคลิกภาพของมนุษย์ที่มีองค์ประกอบทั้งสามที่แตกต่างกัน หน้าที่ของมันผสมผสานกันแทนที่จะทำงานแต่ละส่วนในบุคคล ๆ หนึ่ง หน้าที่ของบุคลิกภาพจะทำงานรวมกัน 3 ส่วน⁵⁶ ดังนี้

ส่วนที่ 1 อิด (The Id) เป็นส่วนที่เป็นชีวภาพของร่างกาย ซึ่งได้รับการถ่ายทอดมาตั้งแต่กำเนิด และฝังแน่นในแต่ละบุคคล เป็นส่วนที่ไม่ได้รับการขัดเกลา ไม่เป็นระเบียบกฎเกณฑ์ ปราศจากความยับยั้งชั่งใจ และ “Id” จะแสดงออกเมื่อความต้องการทางชีวภาพของบุคคลถูกกักเก็บ ทำให้เกิดความตึงเครียดที่ฟรอยด์เรียกว่า “Pleasure Principle” และ “Id” จะทำตามแรงขับนี้โดยไม่มีสำนึกในเรื่องของความกลัวหรือความวิตกกังวล “Id” แบ่งเป็น 2 ส่วน คือ ความอยาก (Desire) และสัญชาตญาณ (Instincts) โดยสัญชาตญาณยังแบ่งเป็น 2 ส่วน คือ Life Instincts คือ ส่วนของแรงขับที่นำไปใช้เพื่อกระบวนการมีชีวิตอยู่และการสืบทอดเผ่าพันธุ์ Death Instincts คือ ส่วนของแรงขับที่เกี่ยวกับความก้าวร้าว ดุร้าย ทำลาย กลไก 2 แบบที่ “Id” ใช้ในการลดความตึงเครียด คือ

1.1 Reflex Action เป็นการตอบสนองต่อสิ่งเร้าโดยอัตโนมัติ เกิดทันทีที่มีการกระตุ้น เช่น การไอ จาม กระทบตา เป็นต้น

⁵⁵ ต้องรัก จิตรบรรเทา, ‘บุคลิกภาพตามทฤษฎีจิตวิเคราะห์’ (พฤษภาคม - สิงหาคม 2560) 2 วารสารสังคมศาสตร์ วิชาการ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย, 284.

⁵⁶ เฟ็งอั้ง 277.

1.2 Primary Process เป็นปรากฏการณ์ทางด้านจิตใจ บุคคลจะลดความตึงเครียดโดยการนึกถึงสิ่งที่ทำให้เขาเกิดความพึงพอใจ โดยบุคคลจะไม่สามารถยับยั้งแรงขับนั้น และไม่สามารถแยกความแตกต่างได้ว่าอะไรคือความจริง อะไรคือความต้องการ เช่น คนที่อยากมีอำนาจคิดว่าตนเองเป็นเทวดา คนที่กำลังหิวคิดว่าตนเองกำลังได้รับประทานอาหารที่อร่อย เป็นต้น กระบวนการเช่นนี้มักพบได้ในผู้ป่วยประสาทหลอนหรือในความฝัน

ส่วนที่ 2 อีโก้ (The Ego) ทำหน้าที่หาทางออกและทำความพึงพอใจให้กับ “อิด” ในวิถีทางที่เหมาะสมโดย การปรับความต้องการภายในกับสิ่งแวดล้อมภายนอกให้สอดคล้องกัน และทำให้บุคคลรู้จักตัดสินใจและวางแผนในการตอบสนองความต้องการอย่างมีเหตุผล สามารถระบายแรงขับที่มีอยู่อย่างสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ทางสังคม ซึ่งกระบวนการปรับความต้องการของ “อิด” และ “Ego” ได้อย่างเหมาะสมเรียกว่า “Secondary Process” เช่น คนที่กำลังหิวและเห็นอาหารของผู้อื่นวางอยู่จะสามารถควบคุมความต้องการรับประทานอาหารด้วยการใช้เวลาเดินไปซื้ออาหาร หรือประกอบอาหารรับประทานเอง โดยไม่ขโมยอาหารที่วางอยู่มารับประทาน เป็นต้น Ego สามารถทนต่อความเครียดและพัฒนาได้ตามความสามารถทางปัญญา

ส่วนที่ 3 ซุปเปอร์อีโก้ (The Superego) ทำหน้าที่บอกเตือนเกี่ยวกับเรื่องศีลธรรม จรรยา วัฒนธรรม ค่านิยมและกฎเกณฑ์ของสังคมที่บุคคลดำรงชีวิตอยู่ ซึ่งจะต้องเรียนรู้ผ่านกระบวนการสังคมประกิต (Socialization)⁵⁷ และเกิดเมื่อบุคคลสามารถแยกความแตกต่างระหว่างความดี-เลว ความถูก-ผิด บุญ-บาป “ซุปเปอร์อีโก้” จะพัฒนาเต็มที่เมื่อบุคคลสามารถควบคุมตนเอง (Self - Control) ไปในวิถีทางที่เหมาะสม การแสดงออกของบุคลิกภาพเป็นผลจากการทำงานของโครงสร้างบุคลิกภาพกับระดับความรู้สึก โดยจะเห็นได้ว่า Id อยู่ในระดับ Unconscious ในขณะที่ Ego และ Superego อยู่ทั้งในระดับ Unconscious, Preconscious และ Conscious พฤติกรรมของบุคคลถูกกระตุ้นโดยแรงผลักดันของสัญชาตญาณ (Instincts) เพื่อลดความตึงเครียด (Tension) ซึ่งเป็นไปตามขั้นตอนที่ฟรอยด์เรียกว่า Psychosexual Development โดยแต่ละระยะถูกกำหนดโดยการพัฒนาผ่านอวัยวะในร่างกาย (Erogenous Zone) และเกี่ยวข้องกับสรีระ การปรับตัวได้หรือไม่ได้ของบุคคล ความพึงพอใจหรือไม่พึงพอใจ ทำให้ลักษณะเหล่านี้ติดตัวบุคคลไปด้วยและรวมเป็นบุคลิกภาพของบุคคลนั้น

ฟรอยด์มีแนวคิดว่าการกระทำของมนุษย์มุ่งเน้นเรื่องเพศ ดังนั้น พัฒนาการของมนุษย์จึงแบ่งออกเป็นระยะตามแนวที่ก่อให้เกิดความพอใจทางเพศ แบ่งระยะการพัฒนาเป็น 5 ระยะ⁵⁸ คือ

ระยะที่ 1 ความพึงพอใจอยู่ที่ปาก (The Oral Stage) อายุแรกเกิดถึง 1 ขวบ ทารกจะต้องพึ่งพาผู้อื่นจึงจะมีชีวิตรอด และการตอบสนองความพึงพอใจก็จะต้องได้รับการช่วยเหลือเช่นเดียวกัน ปากเป็นอวัยวะที่ใช้บ่อยที่สุดในการตอบสนองความต้องการและลดความตึงเครียด ไม่ว่าจะเป็นการตอบสนองความต้องการทางร่างกาย เช่น การดูดนม ตัมน้ำ รับประทานอาหาร และใช้ติดต่อกับสังคมและสิ่งแวดล้อมด้วยการส่งเสียงอ้ออ เมื่อมีความพึงพอใจ และส่งเสียงร้องเมื่อรู้สึกไม่สุขสบาย เป็นต้น ถ้าการตอบสนองความต้องการ

⁵⁷ Edwin P. Hollander. *Social Psychology* (3rd edn, Oxford University Press 1976) 119.

⁵⁸ ธิติ ทศนชัยกุล (เชิงอรธ 51) 7.

ของทารกในระยะนี้ไม่เหมาะสม อาจจะตอบสนองมากหรือน้อยกว่าความต้องการ จะทำให้พัฒนาบุคลิกภาพแบบพึ่งพาผู้อื่นไม่เหมาะสม มองโลกในแง่ร้าย เยาะเย้ยถากถาง แสดงอำนาจเหนือบุคคลอื่น ตีตบหู สู้รา หรือสิ่งเสพติดอื่น ๆ

ระยะที่ 2 ความพึงพอใจอยู่ที่ทวารหนัก (The Anal Stage) อายุ 1 - 3 ขวบ ความพึงพอใจจะย้ายไปอยู่บริเวณอวัยวะที่เกี่ยวข้องกับการขับถ่าย เด็กจะเรียนรู้วิธีที่จะกลั้นและถ่ายเมื่อถึงเวลาที่เหมาะสม ถึงแม้การควบคุมการถ่ายอุจจาระและปัสสาวะจะเป็นหน้าที่ของระบบกล้ามเนื้อและประสาท (Neuromuscular) แต่วิธีการฝึกการขับถ่ายจะมีผลต่อเด็กไม่น้อย การฝึกแบบบังคับและลงโทษจะทำให้เด็กพัฒนาบุคลิกภาพแบบย้ำคิดย้ำทำ ตื้อรั้น ตระหนี่ รักษาความสะอาดมากเกินไป หรือ สกปรก ไม่มีระเบียบ มุ่งร้าย ทำลาย

ระยะที่ 3 ความพึงพอใจอยู่ที่อวัยวะเพศ (The Phallic Stage) อายุ 3 - 5 ขวบ ความพึงพอใจของเด็กจะย้ายไปอยู่ที่บริเวณอวัยวะสืบพันธุ์ เด็กจะชอบจับต้องและสำรวจอวัยวะเพศของตนเอง ทราบความแตกต่างระหว่างเพศชายและเพศหญิง ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในระยะนี้ คือการเกิด Oedipus Complex ในเด็กชาย และ Electra Complex ในเด็กหญิง ซึ่งความขัดแย้งนี้ทำให้เด็กเลียนแบบบิดามารดาที่เป็นเพศเดียวกับตน Oedipus Complex เกิดเมื่อเด็กชายมีความรักและหลงใหลมารดา เห็นว่าบิดาเป็นคู่แข่งที่คอยขัดขวางความสุข และกลัวบิดาจะลงโทษและตัดอวัยวะเพศของตน ความกลัวนี้เรียก Castration Anxiety ความขัดแย้งนี้จะหมดไปเมื่อเด็กหันไปเลียนแบบบทบาทจากบิดาซึ่งแสดงถึงเอกลักษณ์ทางเพศ สำหรับ Electra Complex เกิดเมื่อเด็กหญิงทราบความแตกต่างของตนเองกับบิดาหรือพี่ชาย น้องชาย เนื่องจากตนไม่มีอวัยวะเพศชาย (Penis) จึงเกิดความรู้สึกอิจฉา ความรู้สึกนี้เรียกว่า Penis envy เด็กหญิงจะเลียนแบบบทบาทจากมารดาเพื่อลดความขัดแย้งนี้ การลดความขัดแย้งของเด็กหญิงและเด็กชายนี้เป็นขั้นตอนการพัฒนาบุคลิกภาพให้เหมาะสมกับเพศของบุคคล ถ้าเกิดความล้มเหลวในการเลือกเลียนแบบที่เหมาะสมกับเพศ จะทำให้บุคคลสับสนในบทบาททางเพศ

ระยะที่ 4 ระยะแอบแฝง (The Latency Stage) อายุ 6 - 12 ปี เด็กจะไม่สนใจอวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายเป็นพิเศษ แต่จะสนใจและแสวงหาความพึงพอใจจากสิ่งแวดล้อมรอบตัว เช่น การเรียน กีฬา กิจกรรมเสริมทักษะต่าง ๆ และการคบเพื่อนเป็นการเตรียมบุคคลเข้าสู่วัยรุ่น เป็นต้น

ระยะที่ 5 ระยะวุฒิภาวะทางเพศ (The Genital Stage) อายุ 12 ปี ขึ้นไป บุคคลจะเข้าสู่วัยรุ่น มีการเปลี่ยนแปลงของร่างกายทั้งทางด้านชีวภาพและสรีระ การทำงานของฮอร์โมนเพศ ทำให้อวัยวะที่แสดงถึงเอกลักษณ์ทางเพศสมบูรณ์ขึ้น การเปลี่ยนแปลงเหล่านี้เพิ่มการตื่นตัวทางเพศ เริ่มสนใจและรู้จักการสร้างสัมพันธ์ภาพกับเพศตรงข้าม เป็นระยะที่บุคคลต้องการอิสระ แต่ก็ขัดแย้งกับความเป็นจริงที่ยังต้องพึ่งพาบิดามารดา พัฒนาการทางบุคลิกภาพในทัศนะของ فروยด์ เชื่อว่า ในแต่ละระยะของพัฒนาการทางบุคลิกภาพนั้น ถ้าบุคคลไม่ได้รับการตอบสนองความต้องการหรือไม่สามารถระบายความตึงเครียด (Tension) ได้อย่างเหมาะสมจะทำให้พัฒนาการนั้นเกิดการยึดติด (Fixation) ซึ่งนำไปสู่การใช้กลไกทางจิตในรูปแบบต่าง ๆ และถ้ามีการใช้มาก ๆ จะทำให้เกิดพยาธิสภาพทางจิตได้

2.3.2 ทฤษฎีการเลียนแบบ (Imitation Theory)

ทฤษฎีการเลียนแบบ (Imitation Theory) ของ ซอง กาเบรียล ทาร์ด (Jean-Gabriel De Tarde) ได้เสนอแนวคิดด้านจิตวิทยาเกี่ยวกับการเลียนแบบ มีกฎการเลียนแบบอยู่ 3 กฎ ที่ทำให้คนกลายเป็นอาชญากรคือ⁵⁹

1. คนที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันจะเลียนแบบพฤติกรรมกัน
2. การเลียนแบบ ผู้เลียนแบบมักจะเอาอย่างคนที่สถานะเหนือกว่าตน เช่น เด็กจะเลียนแบบผู้ใหญ่ คนชั้นต่ำจะเลียนแบบคนชั้นกลาง เป็นต้น
3. ทาร์ดเสนอ “กฎของการแทรกแทน” (Law of Insertion) ซึ่งว่า การมีพฤติกรรมใหม่จะทดแทนพฤติกรรมเก่า เช่น การใช้ยาเสพติดในกลุ่มวัยรุ่น เดิม นาย ก. จะดื่มเหล้าเพียงอย่างเดียวต่อมาเข้ากลุ่มเพื่อนที่เสพยาบ้า นายก. จึงดื่มเหล้าและเสพยาบ้า เป็นต้น

ทาร์ดเชื่อว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลและการเฝ้าสังเกตพฤติกรรมนั้นจะมีผลทำให้บุคคลสามารถเลียนแบบพฤติกรรมกันได้ อาทิ ในภาพยนตร์ โทรทัศน์ หรือสื่อ หนังสือพิมพ์ต่างก็มีอิทธิพลต่อพฤติกรรมอาชญากรได้ทั้งสิ้น แนวคิดของ ซอง กาเบรียล ทาร์ด สอดคล้องกับแนวคิดของ Erik Erikson (1963, pp. 247-251) โดยอิริคสัน (Erik Erikson) ได้ให้ความหมายของการพัฒนาว่าเป็นกระบวนการของสภาพทางชีวะ จิตใจ และสังคม ทุกคนต้องมีการพัฒนาการโดยการที่แรงขับจากภายในร่างกายและการได้รับอิทธิพลจากวัฒนธรรมรอบ ๆ ตัวเขา ทำให้แต่ละคนมีพัฒนาแตกต่างกัน

พัฒนาการของบุคคลเฉพาะที่เกี่ยวกับการเลียนแบบตามแนวคิดของอิริคสันช่วงอายุระหว่าง 13-17 ปี (Sense of Identify) เป็นขั้นของสำนึกแห่งการเลียนแบบอายุช่วงนี้วัยรุ่นจะมีจิตใจสับสน วุ่นวาย หงุดหงิด ลังเลในการตัดสินใจระหว่างการเลียนแบบเพื่อน ๆ และการเชื่อฟังบิดา มารดา วัยนี้จะมีความคิดสองจิตสองใจจะยอมรับหรือปฏิเสธ แต่อิทธิพลจากเพื่อนก็มีระดับสูงมากกว่าวัยอื่น ในการเลียนแบบผู้อื่นเด็กวัยรุ่นจะเลือกเอาบุคคลหรือกลุ่มเพื่อนซึ่งมาจากปัจจัยของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลว่าพบกันบ่อยครั้งและนานแค่ไหน ซึ่งเป็นไปในทางเดียวกับกาเบรียล ทาร์ด โดยอิริคสัน ได้เปรียบเทียบระยะวัยนี้ว่าคล้าย ๆ เป็นระยะที่เปิดโอกาสให้เด็กได้ทดลองคิด การปรับตัว การเลือกปฏิบัติหรือการเลียนแบบเช่น การดื่มสุรา การสูบบุหรี่ การเล่นสนุกเกอร์ การเล่นพนันฟุตบอล การดูลิปอนาจาร และที่รุนแรงกว่านั้นคือการเสพยาเสพติด ดังนั้น วัยรุ่นจะมีธรรมชาติการรวมกลุ่มกัน และจะเลียนแบบเพื่อนโดยเฉพาะวัยรุ่นที่มีความสนใจฟุ้งที่เรื่องเพศกิจกรรมที่ทำร่วมกันเกี่ยวกับเรื่องเพศจึงตามมาในรูปแบบต่าง

2.3.3 ทฤษฎีติดตรา (Labeling Theory)

ทฤษฎีติดตรา (Labeling Theory)⁶⁰ เป็นทฤษฎีที่ศึกษาแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสาเหตุของพฤติกรรมอาชญากรรมว่าเกิดจากกระบวนการที่ปัจเจกชนได้ให้ความหมายหรือความสร้างสำนึกแก่ตนเองว่าเป็นอาชญากร ซึ่งเป็นผลสะท้อนมาจากการถูกติดตราหรือถูกประณามจากบุคคลอื่นในสังคม ทฤษฎีนี้ถูกคิดค้นโดย

⁵⁹ เฟ็งอั้ง 8.

⁶⁰ Charlotte Nickerson, Labeling Theory Of Deviance In Sociology: Definitions & Examples' Simplypsychology (10 May 2023) <<https://www.simplypsychology.org/labeling-theory.html>> สืบค้นเมื่อ 11 เมษายน 2566.

โฮเวิร์ด ซอล เบคเคอร์ (Howard Saul Becker, 1963, p. 255) ซึ่งอธิบายว่า การเบี่ยงเบนบรรทัดฐานทางสังคมไม่เกี่ยวกับคุณภาพของพฤติกรรม แต่เกี่ยวข้องกับผลจากปฏิกิริยาตอบโต้ทางสังคม บุคคลทุกคนในสังคมไม่ว่าเวลาใดก็อาจถูกตีตราว่าเป็นผู้เบี่ยงเบนได้ กลุ่มทางสังคมเป็นตัวการสำคัญในการสร้างพฤติกรรมเบี่ยงเบน โดยการสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมา ทำให้ผู้ที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์นั้นต้องกลายเป็นผู้มีพฤติกรรมเบี่ยงเบน

ต่อมา จอห์น เบรทเวท (John Braithwaite) ได้พัฒนาทฤษฎีตีตรา⁶¹ โดยอธิบายว่า พฤติกรรมอาชญากรรมของบุคคลมีสาเหตุมาจากปัจจัยภายนอกหลายประการ เมื่อสังคมดำเนินการลงโทษจึงเป็นการทำให้บุคคลต้องโทษเกิดความละอาย ส่งผลให้บุคคลเกิดความรู้สึกในตนเองถึงการเป็นอาชญากร และการมีพฤติกรรมดังกล่าวอีกต่อไปในอนาคต ซึ่งเรียกกระบวนการลงโทษทางสังคมในลักษณะนี้ว่า เป็นการตีตราหรือทำให้บุคคลเสียหน้า เท่ากับเป็นการปิดโอกาสให้บุคคลดังกล่าวเปลี่ยนพฤติกรรม ทฤษฎีตีตราได้เสนอวิธีการทำให้บุคคลที่กระทำผิดกฎหมายกลับเป็นบุคคลที่เคารพกฎระเบียบของสังคม โดยวิธีการให้อภัย หรือทำให้บุคคลไม่รู้สึกอับอาย โดยเสนอว่า หากสังคมใดเลือกใช้กระบวนการดังกล่าวต่อบุคคลที่กระทำผิดกฎหมาย มีแนวโน้มสถิติอาชญากรรมจะต่ำลง ซึ่งในทางตรงกันข้าม หากสังคมใดเลือกการลงโทษที่ทำให้อาชญากรรู้สึกอับอายและถูกกีดกันออกจากสังคม จะส่งผลให้อาชญากรเกิดการรวมตัวกันและก่ออาชญากรรมต่อไป โดยพฤติกรรมการก่ออาชญากรรมของบุคคลจะลดลงหรือเพิ่มขึ้นขึ้นอยู่กับกลไกควบคุมทางสังคมที่มีกระบวนการตราหน้า หรือทำให้บุคคลได้รับความอับอาย บุคคลเหล่านี้จะมีพฤติกรรมทางอาชญากรรมมากขึ้นจนไม่สามารถแก้ไขได้ ขณะเดียวกันในทางตรงข้าม หากบุคคลได้กระทำผิดและถูกดำเนินการโดยกระบวนการให้อภัยและยินดีรับบุคคลดังกล่าวกลับเข้ามาในสังคม หรือที่เรียกว่า กระบวนการทำให้บุคคลไม่รู้สึกอับอาย บุคคลนั้นจะสำนึกผิดและเกิดการเปลี่ยนแปลง โดยงดเว้นหรือเลิกพฤติกรรมการก่ออาชญากรรมนั้นลง

ทฤษฎีตีตราเป็นการอธิบายปัญหาอาชญากรรมที่เกิดจากการตีตราประทับตรา หรือตราหน้าผู้ที่กระทำความผิดต่อกฎหมายที่สังคมนั้นบัญญัติ จนกลายเป็นผู้ที่มีตราบาป เป็นผู้มีมลทิน เป็นผู้ถูกรังเกียจ และถูกกีดกันให้ออกห่างขาดการยอมรับจากสังคม เพราะเป็นผู้ที่เคยกระทำความผิดจากบรรทัดฐานที่สังคมกำหนดไว้ ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นผู้ที่ถูกสังคมตีตราว่าเป็นผู้ที่ไม่เป็นที่ยอมรับจากสังคมนั้นจะหมดหนทางที่จะอยู่ร่วมกันกับคนในสังคม หมดโอกาสที่จะประกอบอาชีพเลี้ยงตนเอง ตลอดจนครอบครัว และคนรอบตัว เนื่องจากสังคมไม่ยอมรับและเป็นที่ไม่ไว้วางใจ เมื่อคนที่ถูกตีตราถูกบีบคั้นจนหมดหนทางที่จะอยู่ร่วมกับคนในสังคมจนถึงที่สุด จึงต้องเข้าร่วมรวมตัวกันกับบุคคลกลุ่มเดียวกันที่ถูกสังคมนั้นตีตรา และทำให้บุคคลที่ถูกกลุ่มสังคมตีตราว่าเป็นอาชญากรนั้นกลับมาก่ออาชญากรรมขึ้นอีก

2.3.4 หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The best interests of the child)

แนวคิดเกี่ยวกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กได้พัฒนาอย่างต่อเนื่องเรื่อยมาทั้งกฎหมายภายในของรัฐและกฎหมายระหว่างประเทศ โดยปรากฏแนวคิดรากฐานที่สำคัญขึ้นในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1924 ที่วางหลักไว้ว่า “มนุษยชาติจะต้องให้สิ่งที่ดีที่สุดกับเด็ก...” ซึ่งต่อมาปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 ได้ปรากฏถ้อยคำ “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ขึ้นเป็นครั้งแรก โดยกำหนดให้ต้องพิจารณาประโยชน์

⁶¹ John Braithwaite, *Crime Shame and Reintegration* (Cambridge University Press 1989) 323-344.

สูงสุดของเด็กในฐานะเป็น “สิ่งที่มีความสำคัญสูงสุด” (Paramount Consideration)⁶² นอกจากนี้ หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กยังปรากฏในตราสารระหว่างประเทศอื่น ๆ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ค.ศ. 1979 และกฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิและสวัสดิภาพของเด็ก เป็นต้น ต่อมา อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ได้ปรากฏหลักการว่าด้วยประโยชน์สูงสุดของเด็กในมาตรา 3⁶³ ซึ่งวางหลักไว้ว่า การดำเนินการใด ๆ จะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเป็นลำดับแรก (Primary Consideration) โดยรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาต้องรับประกันว่าจะให้ความคุ้มครองและดูแลเด็กเท่าที่จำเป็นต่อความผาสุกของเด็ก โดยพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายประกอบกันเสมอ ซึ่งแนวทางของหลักประโยชน์สูงสุดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 นี้ แตกต่างกับแนวทางที่เคยวางไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 โดยเดิมการบัญญัติหลักการในการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กใช้คำว่า “สิ่งที่มีความสำคัญสูงสุด” (Paramount Consideration) ได้เปลี่ยนมาเป็น “สิ่งที่มีความสำคัญเป็นลำดับแรก” (Primary Consideration) โดยเจตนารมณ์ในการร่างอนุสัญญาฉบับนี้ คือ ต้องการให้คำดังกล่าวมีความหมายอย่างกว้าง อันจะส่งผลให้สามารถนำไปปรับใช้ได้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่แปรผันไปตามเวลาและสถานที่ของแต่ละประเทศภาคีสมาชิก อนุสัญญาฉบับดังกล่าวยังกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการพิจารณาและการปฏิบัติต่อกันเป็นสิ่งที่รัฐภาคีจะต้องยอมรับและนำไปปฏิบัติตามอย่างเป็นรูปธรรม โดยรัฐภาคีแต่ละรัฐอาจกำหนดค่านิยมของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่แน่นอนไว้ในรูปแบบของการบัญญัติเป็นกฎหมาย หรือไม่มีการกำหนดนิยามที่ชัดเจนแน่นอนไว้ แต่ได้ยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติเท่านั้นก็ได้

นักวิชาการด้านนิติศาสตร์และจิตวิทยาสังคมในต่างประเทศได้ให้คำจำกัดความแก่คำว่า “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้ เช่น

Benjamin D. Garber⁶⁴ กล่าวว่า ประโยชน์สูงสุดของเด็ก หมายถึง ประโยชน์ในการพัฒนาขั้นพื้นฐาน เช่น ประโยชน์ทางร่างกาย อารมณ์ จิตวิทยาและสติปัญญาของเด็ก เป็นต้น

Jean Zermatten⁶⁵ อธิบายว่า ประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลักการพื้นฐานที่มีความสำคัญในทางกฎหมาย โดยการปรับใช้หลักการนี้ ผู้ใหญ่ที่มีหน้าที่ดำเนินการตัดสินใจในฐานะตัวแทนของเด็กจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือความผาสุกของเด็กเป็นสำคัญ

⁶² Tara Collins and Senator Landon Pearson, ‘What does the Best Interests of the Child Mean ?,’ (Canada : Office of the Honorable Landon Pearson Personal Representative of the Prime Minister to the UN Special Session on Children Advisor on Children’s Rights to the Minister of Foreign Affair, 2012) 1–2.

⁶³ UNCRC Article 3.

⁶⁴ Benjamin D. Garber, *Developmental Psychology for family law Professionals : Theory, Application and the Best Interests of the Child* (Springer Publishing Company 2010) 141–142.

⁶⁵ Jean Zermatten, ‘The Best Interests of the Child Principle : Literal Analysis and Function and Implementation’ Institut International Des Droits De L’efant, (2010) 6.

Adiva Sifris⁶⁶ อธิบายว่า ประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลักการที่ศาลจะนำไปใช้ในการพิจารณาคดี โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมและโอกาสที่ดีที่สุดต่อคุณภาพชีวิตของเด็ก โดยนำมาปรับใช้ได้อย่างยืดหยุ่นและหลากหลายตามแต่กรณีที่เกิดขึ้น

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่า “หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก” หมายถึง การคำนึงถึงประโยชน์ ความผาสุก และสวัสดิภาพ รวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่เด็กควรได้รับการปกป้องคุ้มครองเป็นสำคัญ และขอบเขตของ “ประโยชน์สูงสุด” ส่วนใหญ่จะเน้นการกำหนดสาระสำคัญไปในทางทำนองเดียวกัน คือ มองว่าเด็กมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองอันจะก่อให้เกิดประโยชน์ทางด้านร่างกาย จิตใจ อารมณ์ สังคม ซึ่งจะมีผลต่อพัฒนาการของเด็กให้เจริญเติบโตอย่างมีคุณภาพ

การรับรองหลักการพื้นฐานในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ได้แก่⁶⁷

1) การพรากเด็กจากความดูแลของบิดามารดา (separation from parent) อนุสัญญา ข้อ 9.1 กำหนดให้รัฐภาคีต้องให้หลักประกันว่า เด็กจะไม่ถูกแยกจากบิดามารดาโดยขัดกับความประสงค์ของบิดามารดา เว้นแต่ในกรณีที่เป็นกรกระทำของหน่วยงานที่มีอำนาจ ซึ่งต้องได้รับการตรวจสอบจากศาลว่าการแยกนี้จำเป็นเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก เช่น ในกรณีที่เด็กถูกรักษาโดยมิชอบหรือถูกทอดทิ้งละเลยโดยบิดามารดา หรือในกรณีที่บิดามารดาอยู่แยกกันและต้องมีการตัดสินว่าเด็กจะอาศัยอยู่ ณ ที่ใด⁶⁸

2) การกำหนดความรับผิดชอบในการเลี้ยงดูและการพัฒนาเด็ก (parental responsibilities) อนุสัญญา ข้อ 18.1 กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องใช้ความพยายามอย่างที่สุดเพื่อประกันให้มีการยอมรับหลักการว่า ทั้งบิดาและมารดามีความรับผิดชอบร่วมกันในการเลี้ยงดูและพัฒนาเด็ก โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นพื้นฐาน⁶⁹

3) การให้ความคุ้มครอง และความช่วยเหลือพิเศษแก่เด็กที่ถูกพรากจากครอบครัว (Children deprived of a family environment) อนุสัญญา ข้อ 20.1 กำหนดว่า เด็กที่ถูกพรากจากครอบครัว ไม่ว่าจะโดยถาวรหรือชั่วคราวจะได้รับการคุ้มครองและได้รับความช่วยเหลือพิเศษที่จัดให้โดยรัฐ⁷⁰

4) การรับบุตรบุญธรรม (Adoption) อนุสัญญา ข้อ 21.1 กำหนดให้รัฐภาคีซึ่งยอมรับหรือยอมให้มีระบบการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมจะให้หลักประกันว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุด⁷¹

5) การปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกีดรอนเสรีภาพ (Children deprived of their liberty) อนุสัญญา ข้อที่ 37 (C) กำหนดให้รัฐภาคีต้องให้หลักประกันว่า เด็กทุกคนที่ถูกกีดรอนเสรีภาพจะได้รับการปฏิบัติด้วย

⁶⁶ Adiva Sifris, ‘Submission to the Family Law Council Regarding the Inquiry into Relocation of Children on Family Law’ Castan Centre for Human Rights Law (Law School, Monash University 2007) 5.

⁶⁷ มาตาลักษณ์ เสธเมธากุล (เชิงอรรถ 12) 260-263.

⁶⁸ UNCRC Article 9.1

⁶⁹ UNCRC Article 18 1

⁷⁰ UNCRC Article 20.1 1

⁷¹ UNCRC Article 21

มนุษยธรรม และด้วยความเคารพในศักดิ์ศรีแต่กำเนิดของมนุษย์ รวมถึงการปฏิบัติต่อเด็กจะต้องคำนึงถึงความต้องการของบุคคลในวัยนั้นเป็นสำคัญ⁷²

6) การบริหารงานยุติธรรมแก่ผู้เยาว์ (Administration of juvenile justice) ในอนุสัญญา ข้อ 40 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมแก่ผู้เยาว์ไว้ โดยมีการรับรองหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในข้อ 2(B)(iii) ของอนุสัญญาว่า เด็กที่ถูกดำเนินคดีมีสิทธิที่จะได้รับการตัดสินโดยไม่ชักช้าโดยหน่วยงานหรือองค์กรทางตุลาการที่มีอำนาจเป็นอิสระและเป็นกลางในการพิจารณาความอย่างยุติธรรมตามกฎหมาย โดยรัฐต้องจัดให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่นที่เหมาะสมแก่เด็ก⁷³

2.4 หลักการ แนวคิดและทฤษฎีการลงโทษ

2.4.1 หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ (Principle of proportionality)

ต้นกำเนิดของหลักการลงโทษที่ได้สัดส่วนคือแนวคิดที่ว่า “อาชญากรควรได้รับการลงโทษเสมือนกับความเสียหายที่ได้ก่อให้เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย” หลักการดังกล่าวนำมาใช้เป็นจุดเริ่มต้นของแนวคิดการกำหนดสัดส่วนการลงโทษผู้กระทำความผิดให้เหมาะสมกับความเสียหายที่ผู้กระทำก่อขึ้น⁷⁴

หลักการลงโทษที่ได้สัดส่วนได้รับการรับรองในกฎหมายระหว่างประเทศและหลักการพื้นฐานสากลโดยปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Universal Declaration of Human Rights) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิการเมืองได้รับรองสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษในกติยาเสพติดไว้หลายเรื่อง (International Covenant on Civil and Political Rights) ส่วนในประเทศไทยหลักการนี้สะท้อนให้เห็นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลายฉบับ

การกำหนดบทลงโทษในประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นสอดคล้องกับหลักการกำหนดโทษบทลงโทษในกฎหมายอาญาทั่วโลก ในความผิดที่ลงโทษหนักขึ้นเพราะลักษณะการกระทำ ประมวลกฎหมายอาญากำหนดโทษที่สูงขึ้นโดยคำนึงถึงการกระทำที่รุนแรงขึ้น ซึ่งสร้างความเสียหายที่มากขึ้นให้กับสังคม เช่นเดียวกับความผิดที่กฎหมายลงโทษหนักขึ้นเพราะผลของการกระทำ แม้เจตนาแรกเหมือนกันคือเจตนาทำร้าย แต่หากผลแห่งการกระทำเกิดขึ้นต่างกัน กฎหมายก็จะลงโทษหนักกับผลที่สร้างความเสียหายมาก และลงโทษเบากว่ากับผลที่สร้างความเสียหายน้อยกว่า ซึ่งการกำหนดโทษโดยฝ่ายนิติบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ก็เป็นเพียงการกำหนดกฎเกณฑ์กว้าง ๆ ในการลงโทษให้อยู่ในช่วงขนาดบทลงโทษที่เหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม แต่เมื่อจะใช้โทษที่อยู่ในประมวลกฎหมายอาญากับผู้กระทำความผิดแต่ละราย ศาลก็จะมีอำนาจดุลพินิจที่จะพิจารณาความเสียหายของการกระทำความผิดของจำเลยแต่ละคนในแต่ละครั้งและกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน ซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่น้อยและไม่มากเกินไปกว่ากรอบที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนด ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา (principle of legality) คำถาม

⁷² UNCRC Article 37

⁷³ UNCRC Article 2

⁷⁴ Morris J. Fish, ‘An eye for an eye: Proportionality as Moral Principle of Punishment’ (2008) 1

ประการต่อไปคือ “เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดกรอบโทษขั้นสูงขั้นต่ำให้ฝ่ายตุลาการแล้ว แล้ววัดขนาดของอาชญากรรมว่าสร้างความเสียหายเท่าใดและกำหนดโทษกับผู้กระทำความผิดให้เหมาะสมกับความเสียหายที่ผู้กระทำก่อขึ้นกับสังคม”⁷⁵

Cesare Beccaria ได้กล่าวว่า “ขนาดของอาชญากรรมคือความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม” (The true measure of crimes is... the harm done to society) หากอาชญากรรมสร้างความเสียหายมาก ก็ควรจะถูกลงโทษหนัก ตรงกันข้าม หากอาชญากรรมสร้างความเสียหายไม่มาก ก็ควรลงโทษเบา ซึ่งหากยึดทฤษฎี Beccaria ก็จะสามารถคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ (principle of proportionality)⁷⁶

ตามหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษนั้น การพิจารณาว่าโทษที่ลงกับผู้กระทำความผิดได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดหรือไม่ มีมาตรวัด 3 ประการ คือ⁷⁷

1 ความรุนแรงของการกระทำความผิด หมายถึง ให้ศาลพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดที่รุนแรงเพียงใด

2 การเปรียบเทียบกับคดีอื่น หมายถึง ให้ศาลพิจารณากำหนดโทษโดยเปรียบเทียบกับคดีอื่นว่า ในคดีอื่นมีความรุนแรงกว่าคดีที่ตัดสินนี้ ศาลลงโทษรุนแรงเพียงใด ซึ่งศาลควรจะลงโทษไม่เกินกว่าคดีที่รุนแรงกว่าคดีที่ตัดสิน

3 การเปรียบเทียบกับศาลอื่น หมายถึง ให้ศาลพิจารณาว่าในคดีแบบเดียวกันนี้ในศาลอื่นลงโทษเพียงใด ซึ่งศาลควรจะลงโทษใกล้เคียงกับที่ศาลอื่นลงโทษในคดีลักษณะเดียวกัน

2.4.2 ทฤษฎีการลงโทษ แบ่งออกเป็น 3 ทฤษฎี ได้แก่

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory)⁷⁸ มีพื้นฐานความคิดมาจากลัทธิเจตจำนงเสรีที่เรียกว่า Free Will ลัทธินี้มีความความเชื่อเป็นพื้นฐานว่า มนุษย์มีเหตุผลมีอิสระเสรีภาพที่จะคิดมีเสรีภาพที่จะกระทำการใด ๆ ภายใต้ความคิดความเชื่อและการตัดสินใจของตนเอง รวมทั้งความสามารถของบุคคลในการในการใช้เหตุผล การกระทำความผิดมนุษย์ย่อมมีเหตุผลเป็นของตนเอง ดังนั้น มนุษย์จึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเองที่ได้กระทำลงไปหากเป็นการกระทำที่ดี เขาย่อมได้รับผลตอบแทนที่ดี แต่หากเป็นการกระทำที่ไม่ดี หรือเป็นกระทำความผิดที่ฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์ของสังคม เขาย่อมสมควรได้รับการตำหนิหรือได้รับการลงโทษจากสังคมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ การที่สังคมลงโทษเขา เพราะเหตุผลที่มาจากกระทำความผิดของเขาเองหาใช่สิ่งอื่นใดไม่ เมื่อเขากระทำเขาย่อมสมควรถูกลงโทษ การลงโทษจึงเป็นการทดแทนการกระทำผิดของเขานั้นเอง

⁷⁵ ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 1) 69-71.

⁷⁶ เพิ่งอ้าง.

⁷⁷ William Hughes Mulligan, 'Cruel and Unusual Punishment: The Proportionality Rule' (1979) 47 Fordham L. Rev.639, 640.

⁷⁸ อนุรักษ์วัฒน์ สุทธิโยธิน, 'ทฤษฎีการลงโทษ' <https://www.stou.ac.th/schools/slsw/upload/41716_6.pdf> สืบค้นเมื่อ 11 เมษายน 2566.

เหตุผลของการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน แบ่งออกเป็น 2 ประการ⁷⁹ คือ

1 เหตุผลเพื่อความยุติธรรม แนวคิดนี้เห็นว่า การกระทำความผิดเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักความยุติธรรม เมื่อฝ่าฝืน ผู้กระทำความผิดจึงต้องถูกลงโทษ เพื่อที่จะดำรงรักษาความยุติธรรมไว้

2 เหตุผลเพื่อการทดแทนความผิดตามกฎหมาย แนวคิดนี้เห็นว่า เมื่อมีการกระทำความผิดกฎหมายเกิดขึ้น เราก็จะลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยเหตุเพราะเขาสมควรจะได้รับการลงโทษ เนื่องจากการกระทำความผิดกฎหมาย ไม่ใช่เพื่อความยุติธรรม ทั้งนี้ เพราะอาชญากรรม (Crime) และการลงโทษ (Punishment) เป็นของคู่กัน

หลักการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน การลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนมีความมุ่งหมายสำคัญคือ เพื่อการทดแทนการกระทำความผิด ดังนั้น ในการลงโทษผู้กระทำความผิดจึงต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์สำคัญ ดังนี้⁸⁰

- ผู้ที่กระทำความผิดเท่านั้นที่จะถูกลงโทษ
- ผู้กระทำความผิดทุกคนต้องถูกลงโทษโดยไม่มีข้อยกเว้น
- จำนวนโทษต้องพอเหมาะกับความผิด

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence)⁸¹ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อยับยั้งตั้งอยู่บนความเชื่อพื้นฐานว่า การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในสังคม เมื่อเกิดขึ้นแล้วไม่สามารถที่จะย้อนเวลากลับไปไม่ให้เกิดการกระทำนั้นเกิดขึ้นอีกได้ ดังนั้น เมื่อเกิดการกระทำความผิดเกิดขึ้น เราจึงควรหาทางป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดลักษณะนั้นเกิดขึ้นมาอีกมากกว่าที่จะแก้แค้นทดแทนผู้กระทำความผิด

การลงโทษควรจะมีไว้เพื่อเป็นการป้องกัน โดยการใช้นโยบายการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence) ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีข่มขู่ยับยั้งจึงแบ่งออกเป็น 2 ประการ คือ

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

2 การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งโดยทั่วไปหรือป้องกันโดยทั่วไป (General Deterrence) เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นตัวอย่างให้สังคมทั่วไปเห็น เพื่อที่จะได้เกรงกลัวโทษจากการกระทำความผิดและไม่คิดที่จะกระทำความผิดขึ้นอีก อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการป้องกันโดยทั่วไป (General Prevention)

การลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งมิได้คำนึงถึงประโยชน์แต่เฉพาะการลงโทษเพื่อยับยั้งตัวผู้กระทำความผิดเท่านั้น แต่คำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนและสังคมโดยรวมอีกด้วย การลงโทษตามทฤษฎีนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “ทฤษฎีอรรถประโยชน์” (Utilitarian Theory) ตามแนวคิดของ จอห์น สจ๊วต

⁷⁹ สหชน รัตนไพจิตร, ‘ความประสงค์ของการลงโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2527) 33-34.

⁸⁰ เพิ่งอ้าง 38-42.

⁸¹ ธีรรัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน (เชิงอรธ 78) 20.

มิลล์ (J.S. Mill) และ “ทฤษฎีเจตจำนงเสรี” (Free will) ทฤษฎีอรรถประโยชน์มีแนวคิดว่าการที่จะตัดสินว่าการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น เป็นการกระทำที่ถูกต้องชอบธรรมหรือไม่ จะต้องดูจากผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อสังคมโดยรวมเป็นสำคัญ หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อสังคมโดยรวม ก็จะถือว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องชอบธรรม

ซีซาร์ เบ็คคาเรีย ได้รับการยกย่องว่าเป็นบิดาแห่ง “ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง” (Deterrence Theory) เบ็คคาเรียได้วางแนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งไว้เป็นแนวคิดและหลักการพื้นฐานในการลงโทษ (Beccaria’s Concept of Deterrence) ว่าการลงโทษที่สามารถข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำผิดได้ ควรจะต้องมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ (Three Key Elements of Punishment) ดังนี้ คือ⁸²

1 การลงโทษต้องทำด้วยความรวดเร็ว (Swiftess of punishment) การลงโทษด้วยความรวดเร็ว ว่องไว และความใกล้ชิดกับการประกอบอาชญากรรมจะเกิดประโยชน์มากกว่า

2 ความแน่นอนในการลงโทษ (Certainty of punishment) เบ็คคาเรียกล่าวว่า "แม้กระทั่งความชั่วร้ายที่น้อยที่สุด แต่เมื่อผู้กระทำผิดได้รับโทษที่แน่นอน ย่อมจะมีผลในการสร้างความเกรงขามในจิตใจคนได้ดียิ่ง.."

3 ความเคร่งครัดหรือความรุนแรงในการลงโทษ (Severity of punishment) เบ็คคาเรียเน้นว่าการลงโทษที่มีประสิทธิผล โทษที่เป็นไปได้มันจะต้องมากเกินไปกว่าประโยชน์ที่ผู้กระทำผิดจะได้รับจากการประกอบอาชญากรรม

วิธีการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง มีหลักการดังนี้⁸³

1. หลักปริมาณโทษ ถือว่าเป็นเครื่องมือในการข่มขู่ยับยั้งมิให้บุคคลกระทำความผิด ตามทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence) การกำหนดปริมาณโทษมีแนวทางดังนี้

1) ปริมาณโทษตามแนวคิดเดิม

- จำนวนโทษต้องมากกว่าผลที่จะได้รับจากการกระทำความผิด
- เพิ่มโทษชดเชยความไม่แน่นอนของการไม่ได้รับโทษ
- เพิ่มโทษการกระทำความผิดที่เกิดจากนิสัย

2) ปริมาณโทษตามแนวคิดใหม่

- ปริมาณโทษต้องมากพอที่จะทำให้บรรลุผลในการป้องกัน
- ปริมาณโทษต้องไม่มากเกินไปกว่าความจำเป็นในการบรรลุผลในการป้องกัน

2. หลักความแน่นอนและความรวดเร็วของการลงโทษ

- เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นต้องจับตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษให้ได้
- การลงโทษผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำด้วยความรวดเร็วทันต่อเหตุการณ์

3. หลักการใช้การลงโทษเป็นเครื่องมือข่มขู่ผู้อื่นให้กลัวโทษ

⁸² Tibbetts, Stephen G. and Hemmens, *Criminological Theory: A Text/Reader* (Sage Publishing 2010) 58-60.

⁸³ สหธน รัตนไพจิตร (เชิงอรรถ 79) 48-53

- การลงโทษต้องทำโดยเปิดเผย
- การลงโทษใช้วิธีการที่รุนแรง

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitative Theory) ทฤษฎีนี้เชื่อว่า การลงโทษควรมีเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดให้กลับตัวเป็นคนดี เพื่อไม่ให้ผู้กระทำผิดกลับมากระทำผิดซ้ำ รวมทั้งพยายามที่จะช่วยให้ผู้กระทำผิดกลับคืนสู่สังคมได้ตามปกติ จึงต้องมีการให้การเรียนรู้ การอบรมให้เพียงพอที่เขาจะใช้ในการดำเนินชีวิตได้ เช่น การฝึกอาชีพ รวมทั้งการพยายามช่วยให้ผู้กระทำผิดไม่รู้สึกรังเกียจจากการที่ได้รับการลงโทษไปแล้ว

84

การลงโทษตามทฤษฎีนี้มุ่งที่จะศึกษาทำความเข้าใจสาเหตุแห่งการกระทำผิด โดยเน้นตัวบุคคลผู้กระทำผิด และสภาพแวดล้อม เพื่อที่จะหาทางแก้ไขผู้กระทำผิดมากกว่าที่จะลงโทษรวมทั้งพิจารณาไปถึงการทำให้ผู้กระทำผิดกลับไปสู่สังคมของตนเองได้ และมีชีวิตร่วมกับบุคคลอื่นในสังคมอย่างเป็นปกติสุข

การลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู มีวัตถุประสงค์ดังนี้⁸⁵

- 1) มุ่งที่จะศึกษาทำความเข้าใจสาเหตุแห่งการกระทำผิด โดยเน้นตัวบุคคลผู้กระทำผิด และสภาพแวดล้อม
- 2) เพื่อที่จะหาทางแก้ไขผู้กระทำผิด มากกว่าที่จะลงโทษ
- 3) การทำให้ผู้กระทำผิดกลับไปสู่สังคมของตนเองได้ และมีชีวิตร่วมกับบุคคลอื่นในสังคมอย่างเป็นปกติสุข

การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูมีหลักการสำคัญ 5 ประการ ดังนี้⁸⁶

- 1 พยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำผิดประสบกับสิ่งที่ทำลายคุณลักษณะประจำตัวเขา
- 2 ให้ใช้วิธีการอื่นแทนการลงโทษจำคุกระยะสั้นโดยหันมาใช้วิธีการอย่างอื่นแทนโทษจำคุก เช่น การกักขังแทนค่าปรับ การรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษ การคุมประพฤติ เป็นต้น
- 3 การลงโทษต้องเหมาะสมกับการกระทำผิดเป็นรายบุคคล
- 4 เมื่อผู้กระทำผิดแก้ไขดีตั้งเดิมแล้วให้หยุดการลงโทษ โดยวิธีการที่นำมาใช้อาจเป็นการพักโทษ
- 5 ให้มีการปรับปรุงการลงโทษระหว่างที่มีการคุมขัง ในระหว่างที่มีการลงโทษ ควรมีการฝึกอาชีพให้ความรู้ในเรื่องที่จำเป็นต้องนำไปใช้ในสังคม เมื่อพ้นโทษไปแล้วจะสามารถเลี้ยงตัวเองได้ ทำให้ไม่กลับมากระทำผิดซ้ำอีก

2.4.3 หลักความเป็นมาตรการสุดท้ายของกฎหมายอาญา

การบังคับใช้กฎหมายมีต้นทุนสูงต่อสังคมและต่อผู้กระทำความผิด หากเปรียบเทียบกับ การบังคับใช้กฎหมายอื่น เช่น กฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครอง ในการกระทำที่สมควรเป็นอาญา การบังคับใช้กฎหมายอาญาเป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องลงทุน ในขณะที่การกระทำที่ไม่สมควรเป็นอาญา หากเลือกบังคับใช้

⁸⁴ ธีรวัชรวัฒน์ สุทธิโยธิน (เชิงอรธ 78) 31.

⁸⁵ เฟื่องอ้าง 32.

⁸⁶ อุทิศ แสนโกศิก, *กฎหมายอาญามาตรา 1* (ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ 2525) 34.

กฎหมายรูปแบบอื่นและก่อให้เกิดความสงบของสังคมได้ การบังคับใช้กฎหมายรูปแบบอื่นที่มีใช้ทางอาญาย่อมก่อให้เกิดประโยชน์กับสังคมมากกว่า⁸⁷

อาจารย์รณกรณ์ บุญมี ได้ศึกษาหลักความเป็นมาตรการสุดท้ายของกฎหมายอาญา (ultima ratio) ไว้อย่างน่าสนใจ ซึ่งหลักดังกล่าวน่าจะสะท้อนจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนฝรั่งเศส ค.ศ.1789 และนักกฎหมายหลายคนไม่ว่าจะเป็นทางคอมมอนลอว์หรือซีวิลลอว์ได้ต่อยอดหลักการดังกล่าว

ความเป็นมาตรการสุดท้ายของกฎหมายอาญา แยกออกได้ 2 ประการ⁸⁸ คือ

1 กฎหมายอาญาควรนำมาใช้เป็นมาตรการสุดท้าย

หากสามารถบังคับใช้ด้วยกฎหมายรูปแบบอื่นได้ ควรใช้กฎหมายอื่นไปก่อนเพราะการใช้กฎหมายอาญาในทุกเรื่อง จะมีผลทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายอาญา การบังคับใช้กฎหมายอาญาในทุกเรื่อง เปลืองงบประมาณของรัฐในการดำเนินคดีอาญา เพราะการดำเนินคดีอาญาตั้งแต่ขั้นตำรวจ อัยการ ศาล รวมถึงราชทัณฑ์ คุมประพณี ล้วนก่อให้เกิดต้นทุนกับรัฐอย่างมาก และท้ายที่สุด กฎหมายอาญาควรเป็นมาตรการสุดท้ายเพราะเปลืองทรัพยากรมนุษย์ เพราะในความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรง ผู้กระทำความผิดจะถูกบันทึกประวัติอาชญากร (criminal record) และเสียโอกาสในการประกอบอาชีพ

2 โทษจำคุกควรนำมาใช้เป็นมาตรการสุดท้าย

แม้จะให้เหตุผลได้แล้วว่า การกระทำหนึ่งสมควรจะถูกกำหนดเป็นความผิดทางอาญา แต่เมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลแล้ว โทษจำคุกควรจะถูกนำมาใช้เป็นมาตรการสุดท้าย หากศาลลงโทษปรับหรือโทษอาญาอื่นแล้ว ก่อให้เกิดผลในการคุ้มครองสังคมได้ดีเหมือนกับโทษจำคุก การจำคุกจะเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็น เพราะเหตุว่าเปลืองงบประมาณรัฐในการควบคุมผู้ต้องขัง และเปลืองค่าเสียโอกาสของมนุษย์ในการเพิ่มผลผลิตด้วยการทำงาน

2.4.4 หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด (Individualization of punishment)⁸⁹

หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด หลักการนี้ คือ การลงโทษต้องให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล (Individualization of punishment) ไม่ใช่ลงโทษโดยตัดเทียบกันตามลักษณะของการกระทำความผิดนั้น (Punishment to fit the criminal) เนื่องจากต้องพิจารณาถึงความเป็นจริงที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความสามารถ รู้ผิดชอบไม่เท่าเทียมกัน หรืออาจมีความแตกต่างจากบุคคลทั่วไป จึงไม่สามารถกำหนดเจตจำนง อิสระได้ตัดเทียบกันกับบุคคลอื่น อาทิเช่น เด็กที่มีอายุน้อย ผู้มีจิตบกพร่อง จิตฟั่นเฟือน เป็นต้น บุคคลเหล่านี้เป็นบุคคลที่อ่อนแอเพราะบางที่รัฐควรเข้ามาปกป้องเป็นพิเศษ จึงควรได้รับการ ลดโทษหรือยกเว้นโทษแล้วแต่กรณี จะเห็นได้ว่า แนวความคิดนี้มุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง แนวคิดเรื่องหลักการลงโทษที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด มีทฤษฎีที่สนับสนุน แนวคิดและหลักการนี้ ดังนี้

⁸⁷ ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงจรธ 1) 34-35.

⁸⁸ เฟ็งอ้าง.

⁸⁹ อัจฉริยา ชูตินันท์, 'หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย' (กรกฎาคม-กันยายน 2564) 3 วารสารสุทธิปริทัศน์, 36-37.

(1) ทฤษฎีเจตจำนงประสงค์ (Determinism Theory) ทฤษฎีเจตจำนงประสงค์เป็น แนวคิด นียัตินิยมของสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม (Positive School) แนวความคิดนี้เกิดขึ้น ปลายศตวรรษที่ 19 โดยแนวคิดนียัตินิยมมักจะถูกนำมาเปรียบเทียบกับเป็นแนวคิดที่ตรงกันข้าม กับแนวคิดเรื่องเจตจำนงอิสระ (Free Will) แนวความคิดนียัตินิยมไม่เห็นด้วยการกำหนดโทษ สำหรับผู้กระทำความผิดโดยใช้เกณฑ์เดียวกัน เนื่องจากมนุษย์ทุกคนต่างอยู่ภายใต้อิทธิพลของ สิ่งแวดล้อมภายนอกจึงทำให้มนุษย์ขาดเจตจำนงอิสระในการ ตัดสินใจเลือกกระทำอย่างใด อย่างหนึ่งได้อย่างเสรีซึ่งอาจนำไปสู่พฤติกรรมที่เบี่ยงเบนหรือจำต้องกระทำโดย ความจำเป็นหรือ กระทำความผิดได้ ดังนั้น การกระทำความผิดของมนุษย์ที่ขาดเจตจำนงอิสระ สังคมควรเข้า มามี ส่วนรับผิดชอบต่อผู้กระทำความผิดนั้นด้วย

(2) ทฤษฎีความชั่ว (nulla poena sine culpa) ทฤษฎีความชั่ว หรือเรียกว่า “หลักไม่มีโทษ โดย ไม่มี ความชั่ว” หลักกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้ในภาษาลาตินเรียกว่า “nulla poena sine culpa” และเป็น หลักกฎหมายอาญาที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศออสเตรีย โดยหลักกฎหมายอาญานี้ถือว่า “ความชั่ว” เป็นพื้นฐานในการลงโทษ ความชั่ว (Schuld) ในประมวลกฎหมาย อาญาเป็นเรื่องความคิดของ นักกฎหมายเยอรมัน ศาสตราจารย์ ดร. หยุดแสงอุทัย เป็นนักนิติศาสตร์ไทยคน แรกที่กล่าวถึง ความชั่วในกฎหมายอาญา โดยศาสตราจารย์ ดร. หยุดแสงอุทัย ได้กล่าวถึงเหตุที่กฎหมาย ยกเว้น โทษให้ ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นการชั่วร้าย อาทิเช่น การที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงโดย ถูก บังคับขู่เข็ญให้กระทำ ผู้กระทำความผิดนั้นได้กระทำโดยความจำเป็น หรือผู้กระทำความผิด ได้กระทำตาม คำสั่งโดยเชื่อว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ประมวลของไทยแม้จะไม่ได้บัญญัติหลักการ ดังกล่าวไว้โดยตรงก็ตาม แต่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย เป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่ว ซึ่งพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรก ของไทยเรา คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 56 บัญญัติว่า “ถ้าเด็กอายุไม่ถึง เจ็ดขวบกระทำความผิด ท่านว่ามันยังมีรู้ผิดและชอบอย่าให้ลงอาญาแก่มันเลย” จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทยได้กล่าวถึง “ความไม่รู้ผิดและชอบ” ซึ่งประมวล กฎหมาย อาญาฉบับปัจจุบันก็ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้เช่นเดียวกันโดยเรียกว่า “ความไม่รู้ผิดชอบ” ซึ่งเป็น ข้อ สาระสำคัญของ “ความชั่ว” หรือ “ความชั่วร้าย” ประมวลกฎหมายอาญาของไทยเรา ปัจจุบันแสดงให้เห็นว่า บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่วปรากฏ ในมาตรา 73 และมาตรา 74 เป็น บทบัญญัติที่กำหนดความสามารถทำชั่วโดยพิจารณาที่อายุ ขณะกระทำความผิดตามกฎหมาย เพราะเป็นเด็ก หรือเยาวชน และมาตรา 65 เป็นบทบัญญัติ ที่กำหนดความสามารถทำชั่วโดยพิจารณาที่ความสมบูรณ์ของจิต โดยกฎหมายจะไม่ลงโทษ

2.5 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็กในประเทศไทย

2.5.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2534 มาตรา 68 บัญญัติว่า รัฐพึงสนับสนุนและส่งเสริม การพัฒนาพลเมืองของชาติโดยเฉพาะอย่างยิ่งเด็กและเยาวชนให้เป็นผู้มีความสมบูรณ์ทั้งทางร่างกาย จิตใจ

สติปัญญา คุณธรรม และจริยธรรม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 53 กำหนดให้เด็ก เยาวชนและบุคคลในครอบครัว มีสิทธิได้รับการคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 52 ได้เพิ่มเติมการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กโดยส่งเสริมสิทธิการมีชีวิตอยู่รอด การพัฒนาและการได้รับการปกป้องคุ้มครอง รวมถึงสิทธิการมีส่วนร่วมของเด็ก โดยจะแทรกแซงหรือจำกัดสิทธิดังกล่าวมิได้หากปราศจากอำนาจตามกฎหมาย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 54 ได้กำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิเด็ก โดยกำหนดให้รัฐจะต้องดำเนินการให้เด็กทุกคนได้รับการศึกษา 12 ปี โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย

2.5.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กนั้น มีปรากฏอยู่ในหลายมาตรา ซึ่งหากพิจารณาจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเด็กในแต่ละมาตราแล้ว จะพบว่าเพื่อคุ้มครองสิทธิของเด็กและเพื่อให้เด็กได้รับประโยชน์อย่างสูงสุดที่กฎหมายจะพึงรับรองไว้ในแต่ละกรณี เช่น การจำกัดประเภทของนิติกรรมที่เด็กจะพึงกระทำได้ ทั้งนี้ เนื่องจากเด็กยังมีวุฒิภาวะความสามารถในการตัดสินใจ และประสบการณ์ยังน้อย กฎหมายจึงจำกัดสิทธิในการทำนิติกรรมบางประเภทโดยบัญญัติให้อยู่ในความดูแลของบิดามารดา หรือผู้ปกครอง หากฝ่าฝืนกฎหมายก็จะส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมที่สร้างขึ้น โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดถึงหลักการของเด็กในฐานะผู้เยาว์ไว้ใน 2 ส่วน คือ บรรพ 1 ว่าด้วยบุคคล ซึ่งเป็นการกำหนดสถานะสิทธิของบุคคลโดยเฉพาะในการทำนิติกรรมสัญญาของผู้เยาว์ เพื่อไม่ให้ผู้เยาว์ถูกเอารัดเอาเปรียบโดยอาศัยความเป็นเด็ก และบรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว โดยได้วางหลักการเกี่ยวกับสถานะความเป็นบุตร บิดาและมารดา สิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร เช่น หน้าที่ในการอุปการะโดยบิดามารดามีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์และบุตรผู้ทุพพลภาพ พิกัด ส่วนบุตรมีหน้าที่อุปการะบิดามารดา เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีการกำหนดข้อห้ามบุตรฟ้องคดีอุทลุมต่อบุพการีทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญาการใช้อำนาจปกครองบุตร สิทธิในการติดต่อกับบุตร การตั้งผู้ปกครองโดยคำสั่งศาลการรับบุตรบุญธรรมและค่าอุปการะเลี้ยงดู การใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ของผู้มีอำนาจปกครองเป็นมาตรการซึ่งใช้ในการคุ้มครองเด็ก โดยให้อำนาจแก่บิดามารดาหรือผู้รับบุตรบุญธรรมซึ่งใช้อำนาจปกครองเหนือผู้เยาว์ ทำหน้าที่ในการคุ้มครองดูแลและรักษาผลประโยชน์ของเด็ก ซึ่งมีอำนาจในการกำหนดที่อยู่บุตร ทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน ให้บุตรทำงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูป และเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงมีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของบุตร โดยอำนาจปกครองของบิดามารดาจะสิ้นสุดเมื่อบุตรบรรลุนิติภาวะ หรือผู้ใช้อำนาจปกครอง ถูกเพิกถอนการใช้อำนาจปกครองโดยศาล หรือมีการจัดให้เด็กได้เป็นบุตรบุญธรรม

2.5.3 ประมวลกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาได้บัญญัติถึงกรณีที่เด็กเป็นผู้กระทำความผิดโดยกำหนดวิธีการสำหรับเด็กไว้โดยเฉพาะ โดยการกระทำของเด็กยังคงเป็นความผิดตามกฎหมาย แต่เด็กอาจได้รับการยกเว้นไม่ต้องรับโทษและดำเนินการด้วยวิธีที่แตกต่างจากกรณีที่ผู้ใหญ่เป็นผู้กระทำความผิด เช่น การคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ เด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่

เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจที่จะ
ดำเนินการ มาตรา 73 เช่น ใช้วิธีการว่ากล่าวตักเตือน ส่งตัวไปยังโรงเรียน สถานฝึกอบรม นอกจากนี้ได้มีการ
คุ้มครองสิทธิของบุคคลอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปีไว้ให้ศาลใช้ดุลพินิจในการลดมาตราส่วนโทษให้ได้
โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 75 ว่า ผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็น
ความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่พ่วงเกี่ยวกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควร
พิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็ให้จัดการตามมาตรา 74 หรือถ้าศาล
เห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่งหรือได้รับการลด
โทษตามส่วนที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น เป็นต้น ส่วนในกรณีที่เด็กเป็นผู้เสียหาย กฎหมายอาญาได้มีการ
บัญญัติฐานความผิดและกำหนดโทษไว้เป็นพิเศษแยกต่างหากจากฐานความผิดในลักษณะทั่วไปเพื่อป้องกัน
ไม่ให้บุคคลใดกระทำความผิดอาญาต่อเด็กโดยอาศัยความเป็นเด็กซึ่งอ่อนวัย ขาดประสบการณ์และวุฒิภาวะ
เช่น ความผิดฐานทอดทิ้งเด็กตามมาตรา 306 ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์มาตรา 317 ถึงมาตรา 319
ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กมาตรา 277 เป็นต้น

2.5.4 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ในคดีอาญาที่เกี่ยวข้องกับเด็กหรือเยาวชนนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้วาง
หลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนเอาไว้ ทั้งในกรณีที่เด็กหรือเยาวชนอยู่ในฐานะผู้ต้องหาว่ากระทำ
ความผิด หรือในฐานะพยาน หรือในฐานะผู้เสียหาย โดยการปฏิบัติต่อเด็กนั้นจะมีความแตกต่างไปจากการ
ปฏิบัติต่อผู้ใหญ่ทั้งในฐานะผู้ต้องหา หรือในฐานะพยาน หรือในฐานะผู้เสียหาย ทั้งนี้ กฎหมายมีเจตนารมณ์ที่
จะคุ้มครองเด็กไม่ให้เด็กได้รับผลกระทบทางร่างกายและจิตใจ โดยหากปรากฏว่ามีการปฏิบัติต่อเด็กนั้นฝ่าฝืน
ต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็อาจมีผลทำให้การดำเนินการนั้นมิชอบด้วย
กฎหมาย และถือว่าไม่มีการดำเนินการเช่นนั้นมาก่อน บทบัญญัติกฎหมายคุ้มครองเด็กตามประมวลกฎหมาย
วิธีพิจารณาความอาญา เช่น มาตรา 133 ทวิ ในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ... หรือคดีความผิดอื่นที่มีอัตราโทษ
จำคุก ซึ่งผู้เสียหายหรือพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีร้องขอ การถามปากคำผู้เสียหายหรือพยานที่เป็น
เด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี ให้พนักงานสอบสวนแยกกระทำเป็นส่วนสัดส่วนในสถานที่ที่เหมาะสมสำหรับเด็ก และให้
มีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการร่วมอยู่ด้วยในการถามปากคำ
เด็กนั้น และในกรณีที่นักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์เห็นว่าการถามปากคำเด็กคนใดหรือคำถามใด
อาจจะมีผลกระทบต่อจิตใจเด็กอย่างรุนแรง ให้พนักงานสอบสวนถามผ่านนักจิตวิทยาหรือนักสังคม
สงเคราะห์เป็นการเฉพาะตามประเด็นคำถามของพนักงานสอบสวน โดยมีให้เด็กได้ยินคำถามของพนักงาน
สอบสวนและห้ามมิให้ถามเด็กซ้ำซ้อนหลายครั้งโดยไม่มีเหตุอันสมควร ผลของการที่พนักงานสอบสวนปฏิบัติ
ไม่ถูกต้องตามมาตรา 133 ทวิ คือทำให้คำให้การของเด็กนั้นไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ตามมาตรา 226
แต่ไม่มีผลกระทบต่อผลของการสอบสวนของพนักงานสอบสวน (คำพิพากษาฎีกาที่ 5294/2549 และ คำพิพากษา
ฎีกาที่ 1273/2559) และในมาตรา 134/2 กำหนดให้นำบทบัญญัติในมาตรา 133 ทวิ ดังกล่าวมาใช้บังคับโดย
อนุโลมแก่การสอบสวนผู้ต้องหาที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีด้วย และในมาตรา 134/1 ในคดีที่มีอัตราโทษ
ประหารชีวิต หรือในคดีที่ผู้ต้องหาอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา ก่อนเริ่มถาม

คำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้ และมีผลทางกฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 134/4 วรรคท้าย คือ ถ้อยคำใด ๆ ที่ผู้ต้องหาให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนก่อนมีการแจ้งสิทธิตามมาตรา 134/4 วรรคหนึ่ง หรือก่อนที่จะดำเนินการตามมาตรา ๑๓๔/๑ มาตรา ๑๓๔/๒ และมาตรา ๑๓๔/๓ จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นไม่ได้

2.5.5 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

พระราชบัญญัติฉบับนี้ตราขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็ก เพื่อให้เกิดความเหมาะสมต่อสภาพสังคมปัจจุบัน อีกทั้งเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งกำหนดหลักการเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพที่เด็กเยาวชนและบุคคลในครอบครัวพึงได้รับการคุ้มครองจากรัฐ และสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ซึ่งประเทศไทยเข้าเป็นภาคี และต้องดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหาคู่ครองเด็กที่ยังไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมไทยในขณะนั้น โดยในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ได้ให้ความหมายของคำว่าเด็กไว้ในมาตรา 4 ว่า “เด็ก หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส” โดยพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดหลักการและขั้นตอน รวมถึงวิธีปฏิบัติต่อเด็กในสถานการณ์ต่าง ๆ ไว้อย่างละเอียด เช่น กำหนดมาตรการเพื่อสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพแก่เด็ก เป็นต้น โดยให้ความสำคัญกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก ซึ่งมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 22 ว่าการปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใด ให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม นอกจากนี้ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กยังให้ความสำคัญกับวิธีการสงเคราะห์ คุ้มครองสวัสดิภาพ และส่งเสริมความประพฤติเด็ก เพื่อให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอนและมีพัฒนาการที่เหมาะสม อันเป็นการส่งเสริมความมั่นคงของสถาบันครอบครัว รวมทั้งป้องกันไม่ให้เกิดถูกทารุณกรรม หรือตกเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบหรือถูกเลือกปฏิบัติอีกด้วยยิ่งไปกว่านั้น ในหมวดที่ 2 ยังกำหนดข้อห้ามไม่ให้กระทำการใดต่อเด็กไว้ด้วยกันหลายประการ มาตรา 26 และในกรณีที่มีการฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าวผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษทางอาญา พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 จึงเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองเด็กและเป็นการบัญญัติกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักการ รวมถึงเป็นการยกระดับการให้ความคุ้มครองเด็กในประเทศไทยให้เข้าสู่มาตรฐานสากลด้วย

2.5.6 พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553

พระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กในกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ซึ่งให้ความเป็นธรรมและเป็นการเหมาะสมแก่เด็กสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งเดิมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 มีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวในทุกจังหวัดทั่วประเทศเพื่อแยกพิจารณาคดีเด็กแยกต่างหากจากผู้ใหญ่ ไม่เคร่งครัดอย่างเช่นกฎหมายวิธีพิจารณาคดีความอาญาและมีกระบวนการที่เหมาะสมกับเด็ก

ต่อมาพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและวิธีพิจารณาคดีเยาวชน พ.ศ. 2553 ได้กำหนดเขตอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชนไว้อย่างชัดเจนเป็นระบบ และมีการปรับปรุงในส่วนเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองและสิทธิ สวัสดิภาพและวิธีปฏิบัติต่อเด็ก เยาวชน สตรี และบุคคลในครอบครัว รวมทั้งในส่วนของการพิจารณาพิพากษาของศาลเยาวชนและครอบครัว เพื่อให้สอดคล้องกับ

รัฐธรรมนูญ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ⁹⁰ โดยเริ่มจากการกำหนดนิยามว่า เด็ก คือ บุคคลอายุไม่เกิน 15 ปีบริบูรณ์ และเยาวชน คือ บุคคลอายุเกิน 15 ปีบริบูรณ์แต่ยังไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ การกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กและเยาวชนไว้ก็เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา และเพื่อไม่ให้เด็กหรือเยาวชนที่อายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กำหนดจะต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในรูปแบบเดียวกันกับการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของผู้ใหญ่⁹¹ซึ่งในคดีอาญาจะพิจารณาอายุของเด็กในวันที่การกระทำความผิดได้เกิดขึ้นซึ่งกระบวนการพิจารณาสำหรับเด็กและเยาวชนจะมีความแตกต่างจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสำหรับผู้ใหญ่ โดยมีการกำหนดให้มีสหวิชาชีพเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาคดีของเด็กและเยาวชนด้วยทุกครั้ง สำหรับคดีแพ่ง ศาลเยาวชนและครอบครัวจะมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และกรณีคำร้องขอให้ส่งบุคคลเป็นคนไร้ความสามารถ เสมือนไร้ความสามารถและการตั้งผู้อนุบาล ผู้พิทักษ์อันเกี่ยวเนื่องกับความสามารถของบุคคลตามกฎหมายแพ่ง และคดีครอบครัวที่เกี่ยวข้องถึงเด็กและเยาวชน เพื่อพิทักษ์ประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและวิธีพิจารณาคดีเยาวชน พ.ศ. 2553 ยังได้กำหนดรูปแบบของกระบวนการพิจารณาความในคดีคุ้มครองสวัสดิภาพด้วยเหตุการใช้ความรุนแรงในครอบครัวตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 และการปฏิบัติต่อเด็กโดยไม่ชอบตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ไว้อย่างชัดเจนด้วย

2.5.7 กฎหมายอื่น ๆ ที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 ได้กำหนดความผิดอาญาให้แก่บุคคลที่กระทำชำเราหรือกระทำอื่นใดเพื่อสำเร็จความใคร่ของตนหรือผู้อื่นในสถานการณ์ค้าประเวณี หรือล่อลวงเป็นธุระจัดหา ชักพาผู้อื่นไปเพื่อค้าประเวณีไม่ว่าผู้อื่นยินยอมหรือไม่หรือผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในกิจการสถานการณ์ค้าประเวณี ตามมาตรา 8 และมาตรา 9 โดยได้บัญญัติให้ความคุ้มครองกรณีเป็นการกระทำต่อบุคคลอายุยังไม่เกินสิบแปดปี ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ก็เป็นความผิด และในกรณีที่เป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีจะต้องรับโทษทางอาญาหนักขึ้น

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2540 ได้วางหลักคุ้มครองการใช้แรงงานเด็กไว้ โดยในมาตรา 44 ห้ามมิให้มีการจ้างงานเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี ส่วนเด็กอายุเกินสิบห้าปี แต่ไม่ต่ำกว่า 18 ปี กฎหมายไม่ได้ห้ามการจ้างงาน แต่ได้กำหนดมาตรการคุ้มครองเด็กไว้ในหมวด 4 การใช้แรงงานเด็ก หากเป็นการจ้างงานเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี นายจ้างจะต้องแจ้งพนักงานตรวจแรงงาน จัดทำบันทึกสภาพการจ้าง และกฎหมายได้กำหนดลักษณะของการทำงาน สถานที่ทำงานไว้ โดยห้ามมิให้นายจ้างเรียกรับหรือรับหลักประกันเพื่อการใด ๆ จากฝ่ายลูกจ้างซึ่งเป็นเด็ก และห้ามมิให้นายจ้างให้ลูกจ้างซึ่งเป็นเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปีทำงานล่วงเวลาหรือทำงานในวันหยุด โดยได้มีการกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมไว้สำหรับเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี เพื่อให้กระทบถึงพัฒนาการของเด็ก

⁹⁰ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและวิธีพิจารณาคดีเยาวชน พ.ศ. 2553.

⁹¹ ทนงศักดิ์ ดุลยกาญจน์ และพรณพิไล ดุลยกาญจน์, *คดีเกี่ยวกับเด็กและเยาวชน (แพ่ง-อาญา)* (พิมพ์ครั้งที่ 4, แสงจันทร์การพิมพ์ 2557) 17.

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ได้ให้การคุ้มครองบุคคลในครอบครัวซึ่งรวมถึงเด็กในฐานะที่เป็นบุตรจากการใช้ความรุนแรงภายในครอบครัว โดยได้รับมาตรการช่วยเหลือทางด้านกฎหมาย การคุ้มครองสวัสดิภาพ มาตรการช่วยเหลือครอบครัว และการปรับปรุงแก้ไขความสัมพันธ์เพื่อรักษาความสัมพันธ์อันดีของบุคคลภายในครอบครัว

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 6(2) ได้กำหนดไว้ว่า ผู้ใดเป็นธุระจัดหา ซื้อมา จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยวกักขัง จัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ซึ่งเด็ก ถ้าการกระทำนั้นได้กระทำโดยมีความมุ่งหมายเพื่อเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ ซึ่งคำว่า เด็ก ตามพระราชบัญญัตินี้ได้ให้นิยามไว้ในมาตรา 4 ว่า “เด็ก” หมายความว่า บุคคลผู้มีอายุไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์ ส่วนการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ หมายความว่า การแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีการผลิตหรือเผยแพร่วัตถุหรือสื่อลามก การแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่นการเอาคนลงเป็นทาสหรือให้มีฐานะคล้ายทาส การนำคนมาขอตาน การตัดอวัยวะเพื่อการค้า การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ หรือการอื่นใดที่คล้ายคลึงกันอันเป็นการขูดรีดบุคคล ไม่ว่าบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ก็เป็นความผิด

หากพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็กแล้ว กฎหมายในประเทศไทยได้มีการให้คำนิยาม คำว่า “เด็ก” ไว้แตกต่างกัน มีทั้งกฎหมายที่ได้กำหนดคำนิยามไว้ชัดเจน และบางกฎหมายก็ไม่ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า เด็ก ไว้อย่างชัดเจน แต่สามารถตีความได้จากตัวบทมาตรา เนื้อหา บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ทั้งในประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา ประกาศ และระเบียบต่าง ๆ ดังนี้

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน

“เด็ก” หมายถึง⁹²

(๑) น. คนที่มีอายุยังน้อย.

(๒) ว. ยังเล็ก.

(๓) ว. อ่อนวัยกว่า ในคำว่า เด็กกว่า

ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้ให้นิยามของคำว่า “เด็ก” ไว้เป็นการเฉพาะ แต่ได้มีการบัญญัติคำว่า เด็กอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายหลายมาตรา เช่น ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กมีการบัญญัติให้คำนิยามไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 1(17) ว่าหมายถึงเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี และมีการบัญญัติเหตุยกเว้นโทษกรณีเด็กอายุยังไม่เกินสิบปี⁹³, และเด็กอายุกว่าสิบสองปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปีเป็นผู้กระทำความผิด⁹⁴ และเหตุลดโทษกรณีเด็กอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปีเป็นผู้กระทำความผิด⁹⁵ สำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณี

⁹² สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 <<https://dictionary.orst.go.th/>> สืบค้นเมื่อ 5 มกราคม 2566.

⁹³ มาตรา 73

⁹⁴ มาตรา 74

⁹⁵ มาตรา 75

กระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีและไม่เกินสิบสามปี⁹⁶ ความผิดฐานอนาจารเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีและเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี⁹⁷ ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารบุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีและเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี⁹⁸ ความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี และความผิดฐานพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปี⁹⁹ เป็นต้น

หากพิจารณาจากพระราชบัญญัติต่าง ๆ จะพบว่า พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 ได้ให้นิยามคำว่า เด็ก หมายถึงบุคคลอายุยังไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์¹⁰⁰ พระราชบัญญัติภาคบังคับ พ.ศ.2545 ได้ให้นิยามคำว่าเด็ก หมายความว่า เด็กซึ่งมีอายุย่างเข้าปีที่เจ็ดจนถึงย่างเข้าปีที่สิบหก¹⁰¹ ส่วนพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546¹⁰² พระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ.2540¹⁰³ และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551¹⁰⁴ ได้ให้นิยามคำว่า เด็ก ไว้เหมือนกันคือ เด็ก หมายถึง บุคคลผู้มีอายุไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์ เช่นเดียวกับที่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 294 (27 พฤศจิกายน 2515) เรื่องเด็กประพฤติน่าสมควรแก้ไข¹⁰⁵ ได้ให้นิยามไว้

หากพิจารณาอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “เด็ก” ไว้อย่างชัดเจนในข้อ 1 ว่า “เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ เด็ก หมายถึง ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น” ซึ่งประเทศไทยนั้นได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกในปี พ.ศ. 2535 ประเทศไทยจึงควรมีการกำหนดหรือนโยบายในการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้มีความสอดคล้องเพื่อให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิก แต่เมื่อพิจารณาถึงการให้คำนิยามหรือการตีความ คำว่า “เด็ก” ของกฎหมายในประเทศไทยแล้ว การให้นิยามความหมายของแต่ละกฎหมายเหล่านั้นแสดงให้เห็นถึงการบัญญัติกฎหมายที่ขัดต่อเจตนารมณ์ของการคุ้มครองเด็ก อาศัยเพียงแค่วัตถุประสงค์ของแต่ละหน่วยงานที่บัญญัติกฎหมายให้ใช้ในการบริหารองค์กรของตนมากกว่าการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ต้องตามเจตนารมณ์

⁹⁶ มาตรา 277

⁹⁷ มาตรา 279

⁹⁸ มาตรา 282

⁹⁹ มาตรา 317 , 318 และ 319

¹⁰⁰ มาตรา 4 เด็ก หมายความว่า บุคคลอายุยังไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์ และ เยาวชน หมายความว่า บุคคลอายุเกินสิบห้าปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์

¹⁰¹ มาตรา 4 เด็ก หมายความว่า เด็กซึ่งมีอายุย่างเข้าปีที่เจ็ดจนถึงย่างเข้าปีที่สิบหก เว้นแต่เด็กที่สอบได้ปีที่เก้าของการศึกษาภาคบังคับแล้ว

¹⁰² มาตรา 4 เด็ก หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรสบุคคล

¹⁰³ มาตรา 4 เด็ก หมายความว่า บุคคลผู้มีอายุไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์

¹⁰⁴ มาตรา 4 เด็ก หมายความว่า บุคคลผู้มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

¹⁰⁵ ข้อ 1 เด็ก หมายความว่า ผู้ซึ่งอายุไม่ครบสิบแปดปีบริบูรณ์ และยังไม่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส

2.6 วิวัฒนาการความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของกฎหมายไทย

กฎหมายที่ใช้บังคับในสมัยกรุงศรีอยุธยาได้รับอิทธิพลจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ซึ่งถือว่าเป็นผลงานศักดิ์สิทธิ์ที่พระเจ้าได้ประทานมายังกษัตริย์ เพื่อใช้ในการอำนวยการความยุติธรรมให้แก่ราษฎรตามความเชื่อทางวัฒนธรรมอินเดีย¹⁰⁶ ก่อให้เกิดแนวความคิดที่ฝังรากลึกในสังคมไทยเกี่ยวกับบทบาทของผู้หญิงที่ว่าผู้หญิงเป็นเพียงผู้รับใช้ โดยบิดามีอำนาจควบคุมดูแลในขณะที่หญิงนั้นยังเยาว์วัย และเมื่อหญิงนั้นแต่งงานอำนาจควบคุมดูแลดังกล่าวจะตกแก่สามี ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดที่ว่า ผู้หญิงเปรียบได้กับวัตถุที่ขึ้นอยู่กับชายผู้เป็นเจ้าของ¹⁰⁷ ต่อมาเมื่อยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไป แนวคิดดังกล่าวก็เริ่มผ่อนคลายลงและมุ่งที่จะคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของผู้หญิงมากขึ้น เห็นได้จากการเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ปรากฏในกฎหมายที่มีการแก้ไขหลายครั้งเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมในยุคนั้น ซึ่งมีวิวัฒนาการดังนี้

2.6.1 กฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวงเป็นประมวลกฎหมายซึ่งพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชโปรดเกล้าฯ ให้ชำระและปรับปรุงแก้ไขต่อบทกฎหมายที่ใช้กันมาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา รวมทั้งได้ตรากฎหมายใหม่เพิ่มเติม เพื่อให้เกิดความยุติธรรมและสอดคล้องกับยุคสมัย¹⁰⁸ โดยความผิดเกี่ยวกับเพศถูกกำหนดอยู่ในพระอัยการลักษณะผิดเมีย มีเนื้อหาแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา และส่วนที่ว่าด้วยอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดา ส่วนบทบัญญัติว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเราจะปรากฏอยู่ในทั้งสองส่วน ซึ่งแบ่งออกเป็นหลายกรณีตามสถานภาพของชายผู้กระทำและหญิงผู้ถูกระทำ ดังนี้

1) ความผิดเกี่ยวกับเพศที่ปรากฏอยู่ในส่วนที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา แบ่งออกเป็น 4 กรณี ได้แก่¹⁰⁹

1.1 ชายข่มขืนกระทำชำเราภริยาผู้อื่น ตามมาตรา 1

1.2 ชายข่มขืนกระทำชำเราหญิง โดยที่ตนเคยอยู่กินฉันสามีภริยากับหญิงนั้น แต่ต่อมาได้อุปสมบทหรือบรรพชา ซึ่งถือว่าขาดจากการเป็นสามีภริยากันแล้ว ภายหลังได้ลาสิกขาบท โดยหญิงมิได้สมัครใจเป็นภริยาชายอีกต่อไป ตามมาตรา 38

1.3 ชายผู้เป็นเจ้าของทาสหรือพี่น้องลูกหลานของชายผู้เป็นเจ้าของทาสข่มขืนกระทำชำเราหญิงผู้เป็นทาส ตามมาตรา 46

¹⁰⁶ คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 11, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2559) 382.

¹⁰⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และ 3*, (พิมพ์ครั้งที่ 7, บริษัทศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง จำกัด 2553) 1126.

¹⁰⁸ กฤษณา บุญยสมิต, 'กฎหมายตราสามดวง' สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน (เล่มที่ 30, พิมพ์ครั้งที่ 4, บริษัท ด้านสุทธาการพิมพ์ จำกัด 2550) 104.

¹⁰⁹ 'ประมวลกฎหมาย รัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวงตรา 3 ดวง เล่ม 2' (Thammasat University Digital Collections) <https://digital.library.tu.ac.th/tu_dc/frontend/Info/item/dc:47636> สืบค้นเมื่อ 23 มกราคม 2566.

1.4 ชายข่มขืนกระทำชำเราหญิงหม้าย ตามมาตรา 71

2) ความผิดเกี่ยวกับเพศที่ปรากฏอยู่ในส่วนที่ว่าด้วยอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดา แบ่งออกเป็น 6 กรณี ได้แก่¹¹⁰

2.1 ชายข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่ตนมิได้สุขอและหญิงนั้นอาศัยอยู่กับบิดามารดา ญาติ หรือผู้ปกครอง ตามมาตรา 76

2.2 ชายที่มีภริยาแล้วข่มขืนกระทำชำเราลูกสาวหรือหลานสาวผู้อื่น ตามมาตรา 78

2.3 ชายโสดข่มขืนกระทำชำเราลูกสาวหรือหลานสาวผู้อื่น ตามมาตรา 79

2.4 ชายข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงที่ยังไม่รู้เดียงสา (หมายถึง เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 7 ปี)¹¹¹ ตามมาตรา 80

2.5 ชายข่มขืนกระทำชำเราลูกสาวหรือหลานสาวผู้อื่นที่ตนมิได้สุขอหรือภริยาผู้อื่น โดยฉุดกระชากหญิงนั้นด้วยตนเองหรือโดยพาพวกของตนไปด้วย ตามมาตรา 90

2.6 ชายข่มขืนกระทำชำเราลูกสาวหรือหลานสาวผู้อื่นซึ่งชายอื่นได้สุขอแล้ว แต่ยังมีได้หมั้น โดยฉุดกระชากหญิงนั้นด้วยตนเองหรือโดยพาพวกของตนไปด้วย ตามมาตรา 98

หากพิจารณาจากบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่า ลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเราที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะผิดเมื่อนั้น ต้องเป็นกรณีที่ชายได้กระทำต่อหญิงที่มีใช้ภริยาตน โดยหญิงนั้นมิได้ยินยอมให้กระทำชำเรา ซึ่งคำว่า “กระทำชำเรา” คงหมายถึงเฉพาะการที่ของลับชายล่วงล้ำเข้าไปในของลับหญิงอันเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ เนื่องจากการร่วมประเวณีทางช่องปากหรือทางทวารหนักปรากฏอยู่ในพระราชกำหนดใหม่ บทที่ 36 จุลศักราช 1144 ซึ่งใช้คำว่า เสพเมถุนในมุขมรรคและเวจมรรค โดยพระราชกำหนดนี้มีได้กำหนดโทษในการกระทำความดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ เพียงแต่ถือว่าผู้กระทำการดังกล่าวขาดศีลห้าในข้อ 3 และอาจถูกลงโทษได้ตามความผิดเล็กน้อย¹¹² พระอัยการลักษณะผิดเมื่อกำหนดโทษให้ปรับไหม โดยให้ผู้กระทำชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ฝ่ายที่เสียหาย เนื่องจากแนวคิดทางสังคมในขณะนั้นที่มองว่า หญิงเป็นเพียงทรัพย์สินของชายผู้เป็นบิดากรณีที่หญิงนั้นโสด หรือเป็นทรัพย์สินของชายผู้เป็นสามีกรณีที่หญิงนั้นสมรสแล้ว ดังนั้น การข่มขืนกระทำชำเราหญิงจึงถือเป็นเพียงการกระทำละเมิดต่อทรัพย์สิน โดยฝ่ายที่เสียหาย คือ ชายผู้เป็นบิดาหรือสามีของหญิงนั้น¹¹³ ดังนั้น การข่มขืนกระทำชำเราที่

¹¹⁰ เพิ่งอ้าง 41-51.

¹¹¹ ปรากฏในพระอัยการลักษณะวิวาทคดีต่างกัน มาตรา 11. พระเจ้าลูกยาเธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์, ว่าด้วยกฎหมาย พิมพ์เป็นอนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ นายแสง เตระยานนท์ (โรงพิมพ์บรรหาร 2507) 115.

¹¹² ‘ประมวลกฎหมาย รัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวงตรา 3 ดวง เล่ม 2’ (เชิงอรรถ 109) 430-435.

¹¹³ โยเนโอะ อิชิอิ, *พระธรรมนูญไทย ใน กฎหมายตราสามดวงกับสังคมไทย* (นิธิ เอียวศรีวงศ์ผู้แปล สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ 2536) 30-32.

ปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนนั้นจึงเป็นความผิดทางแพ่งมากกว่าเป็นความผิดทางอาญา และมีได้คุ้มครองสิทธิ ศักดิ์ศรี และเสรีภาพทางเพศของหญิงอย่างแท้จริง¹¹⁴

2.6.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118

ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว การปฏิรูปที่จำเป็นต้องเร่งกระทำเพื่อแก้ไขการเสียเปรียบในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต คือ การปรับปรุงกฎหมายให้เป็นไปตามรูปแบบของกฎหมายสมัยใหม่ซึ่งต้องใช้ระยะเวลานาน ประกอบกับกฎหมายที่มีอยู่เดิมนั้นไม่สามารถนำมาใช้แก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างเพียงพอ การแก้ไขปัญหานั้นในระยะแรกเป็นการประกาศใช้กฎหมายเป็นเรื่อง ๆ¹¹⁵ เนื่องจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนนั้นยังมีข้อบกพร่องที่ก่อให้เกิดข้อสงสัยเกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 9 เมษายน พ.ศ.2442 และยกเลิกบทบัญญัติในส่วนของการข่มขืนกระทำชำเราที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนทั้งหมด¹¹⁶ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณีดังกล่าวได้กำหนดฐานความผิดไว้ 2 ฐาน ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา และความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ซึ่งมีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

1. ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา ในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 มาตรา 3 มี 4 รูปแบบ ได้แก่

- 1.1 มีการขืนใจหญิง
- 1.2 หญิงมิได้ยินยอม
- 1.3 ยินยอม โดยชายขู่เข็ญว่าจะทำร้ายชีวิตและร่างกายหญิงนั้น
- 1.4 หญิงมีอายุต่ำกว่า 12 ปี ไม่ว่าหญิงจะยินยอมหรือไม่

ในส่วนของผู้ถูกกระทำนั้น แม้บทบัญญัติจะใช้คำว่า “หญิง” เท่านั้น ซึ่งอาจอนุมานได้ว่า ชายข่มขืนหญิงที่เป็นภริยาตนก็ต้องรับผิดชอบแล้ว แต่เมื่อพิจารณาชื่อของพระราชกำหนดที่ว่า “ล่วงประเวณี” นั้น การกระทำชำเราภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ถือเป็นกรล่วงประเวณี เนื่องจากมีกฎหมายรับรองให้กระทำเช่นนั้นได้¹¹⁷ ดังนั้น คำว่า “หญิง” ที่ปรากฏข้างต้นจึงหมายถึงเฉพาะหญิงที่มีใช้ภริยาตนเท่านั้น

2. ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาโลกย์ ในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 มาตรา 5 แบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ การกระทำชำเราทางทวารหนัก (เวจมรรค) และการกระทำชำเรากับสัตว์ ซึ่งแม้ผู้ถูกกระทำจะยินยอมให้กระทำชำเราดังกล่าว ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิดชอบ

¹¹⁴ ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, ‘ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2548) 24.

¹¹⁵ แสง บุญเฉลิมวิภาส และอติรุจ ตันบุญเจริญ, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*, (พิมพ์ครั้งที่ 18, วิญญูชน, 2562) 225-226.

¹¹⁶ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี รัตนโกสินทรศก 118 มาตรา 2.

¹¹⁷ ไพจิตร บุญญพันธ์, ‘หญิงกับการเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา’ (2505) 2 ตุลาคม, 165-167.

ในส่วนของโทษ ได้กำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ ๔ สถาน ได้แก่ จำคุก ให้ทำงานหนัก ปรับเป็นเงินค่าทำขวัญให้แก่หญิง และหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำชำเราได้กระทำความผิดซ้ำ ผู้นั้นต้องถูกเขียนรวมเข้ากับโทษจำคุกและโทษปรับด้วย โดยโทษที่ให้ปรับเป็นเงินค่าทำขวัญให้แก่หญิงนั้น มีลักษณะใกล้เคียงกับการปรับใหม่ในพระอัยการลักษณะผัวเมีย แต่แตกต่างกันตรงที่เดิมผู้ได้รับคดีใช้คือชายผู้เป็นบิดาหรือสามีของหญิง แต่ตามกฎหมายใหม่ผู้ที่ได้รับการคดีใช้เป็นเงินค่าทำขวัญ คือ หญิงผู้เสียหายนั่นเอง ตอนท้ายของพระราชกำหนดได้อธิบายเกี่ยวกับลักษณะการกระทำที่เป็นความผิดสำเร็จไว้ว่า “แต่เพียงชายจดถึงทวารหญิงเท่านั้นก็ให้ถือว่าถึงชำเราทีเดียว”¹¹⁸ ดังนั้น เพียงแต่ชายนำอวัยวะเพศของตนจรดที่ช่องคลอดหรือทวารหนักของหญิง ย่อมถือเป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว โดยไม่ต้องถึงขั้นล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนักของหญิง จึงแตกต่างจากนิยามคำว่ากระทำชำเราตามกฎหมายอาญาปัจจุบันที่ต้องมีการนำอวัยวะเพศสอดใส่ด้วยจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 จึงเป็นตัวอย่างของวิวัฒนาการที่สำคัญประการหนึ่งในระบบกฎหมายไทย กล่าวคือ มีการแยกความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในฐานะที่เป็นความผิดทางอาญา ออกจากพระอัยการลักษณะผัวเมียซึ่งเป็นกฎหมายแพ่งที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา และระหว่างบิดามารดากับบุตร โดยได้กำหนดองค์ประกอบความผิดให้รวมอยู่ในมาตราเดียว เพื่อให้ง่ายต่อการนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และมุ่งคุ้มครองสิทธิทางเพศของหญิงมากขึ้น โดยเพิ่มเติมการจำคุกซึ่งเป็นโทษทางอาญาสมัยใหม่ และพระราชกำหนดดังกล่าวยังกำหนดลักษณะของการกระทำชำเราสำเร็จไว้อย่างชัดเจน

2.6.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

เนื่องจากในสมัยนั้น เงื่อนไขสำคัญที่จะส่งผลให้ประเทศสยามในขณะนั้นสามารถเจรจาขอแก้ไขสนธิสัญญา เพื่อยกเลิกการเสียเปรียบในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตได้ คือ ต้องดำเนินการจัดทำประมวลกฎหมายแบบสมัยใหม่ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายขึ้น โดยมีสมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เป็นประธาน¹¹⁹ แม้ต่อมาจะมีการแก้ไขจนเสร็จสิ้น แต่ร่างกฎหมายดังกล่าวกลับมิได้ถูกหยิบยกขึ้นพิจารณา อันเนื่องมาจากความขัดแย้งทางความคิดระหว่างผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการร่างกฎหมายดังกล่าวเกี่ยวกับความเหมาะสมในการเลือกระบบกฎหมายที่จะนำมาใช้ระหว่างระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) กับ ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายขึ้นใหม่อีกชุดหนึ่ง โดยมีนายยอร์ช ปาดูซ์ (George Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามชาวฝรั่งเศสทำหน้าที่เป็นประธาน คณะกรรมการชุดของนายยอร์ช ปาดูซ์ ได้นำร่างกฎหมายอาญาที่จัดทำไว้โดยคณะกรรมการชุดก่อนมาตรวจชำระและยกร่างใหม่ให้มีลักษณะเป็นระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) เช่นเดียวกับประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป โดยนำประมวลกฎหมายอาญาของหลายประเทศมาใช้เป็นหลักในการอ้างอิง ได้แก่ ฮังการี เนเธอร์แลนด์

¹¹⁸ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี รัตนโกสินทรศก 118 คำอธิบาย.

¹¹⁹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และอดิรุจ ต้นบุญเจริญ (เชิงอรรถ 115) 42.

อิตาลี อียิปต์ อินเดีย และญี่ปุ่น โดยนำแบบอย่างส่วนใหญ่มาจากประมวลกฎหมายอาญาอิตาลีและเนเธอร์แลนด์ก็ตาม¹²⁰ และได้มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา เมื่อวันที่ 21 กันยายน พ.ศ.2451 ซึ่งมีผลเป็นการยกเลิกพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118¹²¹

ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร แบ่งออกเป็น 2 หมวด ได้แก่ หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชน และหมวดที่ 2 ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 243 และความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดา มนุษย์ ตามมาตรา 242 นั้น มีดังนี้

1) ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา ตามมาตรา 243

ในส่วนของผู้กระทำความผิด บทบัญญัติใช้คำว่า “ผู้ใด” ดังนั้น แม้หญิงจะมีได้ข่มขืนกระทำชำเรา แต่ได้ใช้กำลังทำร้าย เช่น ช่วยจับแขนขาผู้เสียหาย หญิงนั้นย่อมเป็นตัวการในความผิดฐานนี้ร่วมกับชายได้¹²²

ในส่วนของผู้ถูกกระทำ บทบัญญัติใช้คำว่า “หญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง” ดังนั้น หากชายกระทำต่อหญิงที่เป็นภริยาของตน จึงไม่ต้องรับผิด อย่างไรก็ตาม การเป็นสามีภริยากันต้องชอบด้วยกฎหมาย¹²³ ในส่วนของการกระทำ ประกอบด้วย 2 ส่วน ได้แก่

ส่วนแรก ต้องเป็นกรณีที่หญิงมิได้ยินยอม โดยลักษณะของการไม่ยินยอมแบ่งเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่

1. การถูกบังคับขืนใจโดยใช้กำลังกาย
2. การถูกบังคับขืนใจโดยใช้วาจาขู่เข็ญ

คำว่า “ขืนใจ” หมายถึง หญิงมิได้ยินยอมหรือมิได้สมัครใจ ดังนั้น การลอบทำชำเราหญิงขณะนอนหลับ ซึ่งแสดงว่าหญิงมิได้ยินยอม จึงเป็นความผิดฐานนี้

(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 234/2466)

3. การถูกใช้อุบายหลอกลวง ซึ่งหมายถึง การทำให้หญิงเข้าใจผิดที่ถึงขนาดถ้ารู้ความจริง คงไม่ยอมให้กระทำชำเรา โดยอาจอยู่ในลักษณะที่ไม่รู้ว่าเป็นการกระทำชำเรา เช่น คิดว่าเป็นไปเพื่อการรักษาทางการแพทย์ หรือในลักษณะที่เข้าใจผิดว่าเป็นผู้อื่น เช่น คิดว่าเป็นสามีของตน เป็นต้น

ส่วนที่สอง ต้องมีการกระทำชำเรา

แนวการวินิจฉัยของศาลฎีกาในขณะนั้นกำหนดให้เป็นการกระทำชำเราสำเร็จต่อเมื่อ “ของลับของชายล่วงเข้าไปในของลับของหญิง แม้เพียงเล็กน้อย” และไม่คำนึงว่าชายจะได้หลั่งน้ำอสุจิหรือไม่¹²⁴ ดังนั้น หากชายมีเจตนาที่จะกระทำชำเราแล้ว แต่อวัยวะเพศของตนเพียงถูไถปากช่องคลอดด้านนอก (คำพิพากษา

¹²⁰ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2546) 50-51.

¹²¹ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 3 (1).

¹²² หยุต แสงอุทัย, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561) 357.

¹²³ พระอินทปรีชา, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2* (โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร 2470) 1107.

¹²⁴ เพิ่งอ้าง 1102.

ศาลฎีกาที่ 874/2491) หรือเข้าไปบริเวณปากช่องคลอด แม้ปรากฏว่าชายได้หลั่งน้ำอสุจิและเยื่อพรหมจารีของหญิงฉีกขาด (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1706/2498) ชายก็ต้องรับผิดชอบพยายามข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น แต่หากเป็นกรณีที่ชายจะมีเจตนากระทำชำเรา แต่การกระทำของตนยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำชำเราได้ กล่าวคือ ยังมีได้ปลดเปลื้องเสื้อผ้าที่ปิดกั้นอวัยวะเพศทั้งของตนและของหญิง และหญิงนั้นยังอยู่ในสภาพที่สามารถขัดขืนได้¹²⁵ ศาลฎีกาถือว่าไม่เป็นการพยายามข่มขืนกระทำชำเรา จึงรับผิดเพียงฐานกระทำอนาจาร¹²⁶ เช่น เข้าไปกอดปล้ำและจับหน้าอกของหญิงในห้องนอนของหญิง โดยที่ยังมิได้ถอดเสื้อผ้าหญิงหรือตนยังมีได้เปลือยกาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 800/2456) หรือกอดปล้ำหญิงโดยใช้มือดึงกางเกงของหญิงแล้วนั่งคร่อมบนร่างของหญิง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 193/2474) หรือผลักหญิงล้มลงและปลดกระดุมกางเกงแล้วขึ้นคร่อมหน้าอกของหญิง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1740/2497)

ในการพิจารณาว่า การกระทำใดเป็นการลงมือกระทำชำเรา ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น จะเห็นได้ว่า ศาลฎีกายึดหลักความใกล้ชิดต่อผลและหลักความไม่คลุมเครือ กล่าวคือ จะเป็นการลงมือกระทำชำเราต่อเมื่อชายนำอวัยวะเพศของตนไปจรดยังบริเวณปากช่องคลอดซึ่งเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายก่อนจะล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดและการกระทำดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นอย่างชัดแจ้งในตัวเองว่า ผู้กระทำมีเจตนาที่จะข่มขืนกระทำชำเรา

2) ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์

ในส่วนของการกระทำต่อบุคคลที่ผิดธรรมดาตามนุษย์ ต้องเป็นกรณีที่ชายกระทำชำเราชาย หรือชายกระทำชำเราหญิงในทางอื่นนอกเหนือจากทางอวัยวะเพศหญิง เช่น ทางทวารหนัก¹²⁷ แต่หากเป็นกรณีที่หญิงกระทำชำเราหญิง ไม่ถือเป็นความผิดฐานนี้¹²⁸ ส่วนคำว่า “ผู้ใด” ที่ปรากฏในบทบัญญัติ ซึ่งหมายถึง ผู้ที่ต้องรับผิดชอบนั้น มิได้จำกัดเฉพาะผู้กระทำ แต่รวมถึงผู้ถูกกระทำซึ่งได้ยินยอมให้กระทำด้วย เว้นแต่ฝ่ายใดถูกบังคับจนต้องจำยอม ฝ่ายนั้นก็ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ให้ตนไม่ต้องรับผิดได้¹²⁹

อาจกล่าวได้ว่า ความผิดฐานข่มขืนทำชำเราและฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น ส่วนใหญ่ยังเป็นไปในแนวเดียวกับที่ปรากฏในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 แต่แตกต่างกันตรงที่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ขยายขอบเขตของตัวผู้กระทำในความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา กล่าวคือ หญิงอาจเป็นตัวการในความผิดฐานดังกล่าวร่วมกับชายได้ และบัญญัติถึงลักษณะของการไม่ยินยอมให้ชัดเจน รวมทั้งศาลฎีกายังได้เริ่มวางแนวการวินิจฉัยการกระทำที่

¹²⁵ รมณณ์ บุญมี, ‘พยายามข่มขืนกระทำชำเรา ปี 2553’ ใน ครอบครัวยุคใหม่ งานบริหาร อาจารย์ไพโรจน์ รวมข้อเขียนที่ระลึกในโอกาสอายุครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ, บรรณาธิการโดย สุรศักดิ์ มณีนธ์ (โรงพิมพ์เดือนตุลา 2553) 181.

¹²⁶ จิตติ ติงศกัทธิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 (พิมพ์ครั้งที่ 8, จีระวิชาการพิมพ์ 2548) 736.

¹²⁷ พระอินทปรีชา (เชิงอรรถ 123) 1099.

¹²⁸ หยุต แสงอุทัย (เชิงอรรถ 122) 45.

¹²⁹ พระอินทปรีชา (เชิงอรรถ 123) 1099.

ถือเป็นการกระทำชำเราสำเร็จและการกระทำที่ถือเป็นการลงมือกระทำชำเรา โดยยึดหลักความใกล้ชิดต่อผล และหลักความไม่คลุมเครือ¹³⁰

2.6.4 ประมวลกฎหมายอาญา

ต่อมาเกิดการเปลี่ยนแปลงของสังคมไทยส่งผลให้กฎหมายลักษณะอาญาบางมาตราไม่อาจนำมาบังคับใช้ได้เหมาะสม จึงนำไปสู่แนวคิดที่จะแก้ไขปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญาอย่างเป็นระบบในสมัยรัฐบาลพันเอกหลวงพิบูลสงคราม (แปลก พิบูลสงคราม) ได้มีการแต่งตั้งอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ.2482 ต่อมาอนุกรรมการเห็นว่า ควรยกร่างกฎหมายอาญาขึ้นใหม่ทั้งฉบับน่าจะเหมาะสมกว่า¹³¹ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2500 และให้มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา¹³² โดยประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในลักษณะ 9 ประกอบด้วยความผิดหลัก 6 ฐาน ได้แก่ ฐานข่มขืนกระทำชำเรา ฐานกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ฐานฉุดคร่าหญิง ฐานขายแมงดา และฐานค้าสิ่งลามก¹³³ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอยู่ในมาตรา 276 และมาตรา 277 ซึ่งยังคงมีบทบัญญัติลักษณะเดียวกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เดิม แต่มีหลักเกณฑ์ที่เคร่งครัดและชัดเจนขึ้นกว่าเดิม กล่าวคือ

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยา

“มาตรา 276 บัญญัติว่า ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน โดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธ ปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโหมหนิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

กรณีผู้กระทำ บทบัญญัติใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งโดยสภาพ ผู้ลงมือต้องเป็นชายเท่านั้น แต่หากหญิงได้ร่วมกระทำความผิดด้วย เช่น ช่วยจับแขนขาผู้เสียหาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2510) หรือช่วยถอดเสื้อผ้าผู้เสียหาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 59/2524) ก็เป็นตัวการในความผิดดังกล่าวได้เช่นกัน¹³⁴

กรณีผู้ถูกกระทำ บทบัญญัติใช้คำว่า “หญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน” ดังนั้น ผู้ถูกกระทำจึงหมายถึงเฉพาะผู้ที่มีเพศสภาพเป็นหญิงแต่กำเนิด¹³⁵ และผู้นั้นต้องมีได้เป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำอย่างไรก็ตาม

¹³⁰ เฟื่องอ้าง 1100.

¹³¹ คณพล จันทน์หอม, ‘วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 : ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2545) 180-182.

¹³² พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 3 และมาตรา 4.

¹³³ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 126) 733.

¹³⁴ เฟื่องอ้าง 734-735.

¹³⁵ เฟื่องอ้าง.

ส่วนของการกระทำ ได้มีการกำหนดลักษณะของการกระทำที่ถือเป็นการข่มขืนเพิ่มเติมจากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เดิม โดยยังคงบัญญัติเรื่องการขู่ขืนและการใช้กำลังประทุษร้ายไว้ และได้เพิ่มเติมลักษณะของการกระทำที่หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เช่น ป่วยเป็นโรคมึ่วร่างกายอ่อนเพลีย ทำให้ไม่สามารถขยับร่างกายได้ และแก้ไขลักษณะของการกระทำที่เป็นการใช้อุบายหลอกลวงหญิง ให้จำกัดเฉพาะการทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เนื่องจากการหลอกลวงประการอื่นจนหญิงสมัครใจให้กระทำชำเรา นั้นไม่ควรเป็นความผิดอาญา¹³⁶ และได้มีการตัดความผิดฐานกระทำชำเราอย่างผิดธรรมดาตามนุษย์ ที่มีเดิมออก เนื่องจากที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเห็นว่า ศีลธรรมของคนไทยไม่ถึงขั้นที่จะมีบทบัญญัติห้าม เป็นเรื่องความยินยอมซึ่งอาจเป็นการผิดศีลธรรม แต่ไม่เป็นการขัดต่อกฎหมาย ควรเอาผิดต่อเมื่อเป็นการใช้กำลังหรือขู่ขืนหรือทำกับเด็ก”¹³⁷ ดังนั้น หากเป็นการล่วงล้ำทางทวารหนักหรือช่องทางอื่น ผู้กระทำจึงต้องรับผิดชอบกระทำอนาจารแทน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518)

องค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา ประกอบด้วย การกระทำ 2 ส่วน ได้แก่ การข่มขืน และการกระทำชำเรา ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

การข่มขืน หมายถึง การที่ชายใช้กำลังบังคับหญิงให้ทำตามใจตัวเองโดยหญิงมิได้ยินยอมโดยสมัครใจ¹³⁸ หรือการฝืนใจหรือบังคับใจผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นความผิดต่อเสรีภาพ ตามมาตรา 309¹³⁹ ความยินยอมของหญิงจึงเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานนี้ เพราะถ้าหญิงยินยอมแล้วย่อมไม่เป็นการข่มขืน ทั้งนี้ ความยินยอมต้องเกิดจากความสมัครใจของหญิงนั่นเอง และความยินยอมต้องมีในขณะร่วมประเวณีด้วย ดังนั้น หากหญิงไม่ยินยอมในขณะที่ชายกระทำชำเราแล้ว การที่หญิงยินยอมให้ชายร่วมประเวณีด้วยในโอกาสหลังยอมไม่ลบล้างหรือกระทบกระเทือนถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งเกิดขึ้นแล้วขณะที่มีการกระทำชำเราโดยไม่ยินยอม

มาตรา 276 ได้จำแนกลักษณะของการกระทำที่ถือเป็นการฝืนใจ หรือบังคับใจของผู้ถูกกระทำ ออกเป็น 4 ลักษณะไว้โดยเฉพาะ ได้แก่

1) การขู่ขืน เป็นกรณีที่ทำให้ผู้ถูกขู่ขืนกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน โดยผู้ที่จะได้รับอันตรายไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ถูกขู่ขืน อาจเป็นบุคคลอื่นที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้ถูกขู่ขืนก็ได้¹⁴⁰ เช่น บิดา มารดา หรือบุตร ทั้งนี้ การขู่ขืนดังกล่าวต้องถึงขนาดทำให้ผู้ถูกกระทำหมดโอกาสที่จะเลือกจนยอมให้กระทำชำเรา แต่หากยังมีโอกาสเลือกโดยไม่เกิดอันตรายแก่ตนย่อมไม่เป็นการขู่ขืนตามมาตรา

2) การใช้กำลังประทุษร้าย ตามที่กำหนดค่านियมไว้ในมาตรา 1(6) กล่าวคือ เป็นการกระทำที่เพื่อให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้ถูกกระทำ ไม่รวมถึงเพื่อให้เกิดอันตรายแก่เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือ

¹³⁶ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ศึกษาทางคำพิพากษาศาลฎีกา (พิมพ์ครั้งที่ 2, โรงพิมพ์เฟื่องอักษร 2511) 1128-1129.

¹³⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 279/63/2485 (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 2485) 11.

¹³⁸ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 126) 734.

¹³⁹ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 17 แก้ไขเพิ่มเติม, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562) 201.

¹⁴⁰ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 126) 734.

ทรัพย์สิน โดยการใช้กำลังประทุษร้ายดังกล่าวต้องเป็นการกระทำที่แยกออกจากการกระทำชำเราซึ่งโดยตัวมันเองเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายเช่นกัน

3) การทำให้ผู้ถูกกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นกรณีที่ผู้ถูกกระทำจำยอมให้กระทำ โดยมีได้เกิดจากความสมัครใจ โดยอาจมีสาเหตุจากตัวผู้ถูกกระทำเอง เช่น นอนหลับ ป่วยหนัก เป็นอัมพาต ไม่รู้สึกตัว หมดสติ มึนเมา วิกลจริต หรือพิการทางร่างกาย¹⁴¹ หรือมีสาเหตุจากการกระทำของผู้กระทำ เช่น ถูกพรอคพวกของชายข่มขืนจึงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนคนที่กระทำต่อไปได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2759/2532) หลอกผู้ป่วยหญิงให้เข้าใจผิดว่าจะผ่าตัดหรือจะตรวจดูทารกในครรภ์ด้วยวิธีอัลตราซาวด์ผ่านช่องคลอด แต่กลับใช้อวัยวะเพศกระทำชำเราแทน¹⁴²

4) การทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น คือ ทำให้สำคัญผิดในตัวบุคคล มิใช่คุณสมบัติของบุคคล เช่น ทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นสามีของหญิงนั้น แต่ไม่รวมถึงกรณีที่หลอกหญิงว่าได้สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งที่จริงแล้วมิได้ทำโดยชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำชำเรา นิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” นั้น ในช่วงระยะแรกประมวลกฎหมายอาญายังมิได้มีการกำหนดนิยามของการกระทำชำเราแต่อย่างใด ในการพิจารณาว่า การกระทำใดถือเป็นการกระทำชำเราจึงอยู่ในดุลพินิจของศาลเป็นรายกรณี โดยศาลฎีกาในช่วงนั้นได้ดำเนินตามแนวการวินิจฉัยของศาลฎีกาที่มีมาตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีผลใช้บังคับ กล่าวคือ ต้องเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ โดยที่ของลับชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในของลับหญิง แม้จะเพียงเล็กน้อยราว 1 องคุลี (เท่ากับข้อปลายของนิ้วกลาง)¹⁴³ ก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509) โดยหลักฐานทางการแพทย์อย่างหนึ่งที่แสดงถึงการล่วงล้ำดังกล่าว คือ การฉีกขาดของเยื่อพรหมจารี (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 848/2548) หากชายมีเจตนากระทำชำเราและได้กระทำถึงขั้นใกล้ชิดต่อผล โดยได้ใช้อวัยวะเพศของตนจรดที่ปากช่องคลอดแล้ว แต่ไม่สามารถสอดใส่อวัยวะเพศของตนได้เนื่องจากอวัยวะเพศของหญิงซึ่งเป็นเด็กมีขนาดเล็ก ชายต้องรับผิดชอบพยายามข่มขืนกระทำชำเรา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4166/2547) แต่หากการกระทำของชายยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำชำเราได้ ยังมีได้ปลดเปลื้องเสื้อผ้าที่ปิดกั้นอวัยวะเพศทั้งของตนและของหญิง และหญิงนั้นยังอยู่ในสภาพที่สามารถจะขัดขืนได้ เช่น ชายขึ้นคร่อมเอาหัวเข่ากดต้นขาไว้แล้วก้มลงกอดที่แก้มและถลกผ้าขึ้นของหญิงขึ้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1685/2516) ชายคร่อมท้องน้อยของหญิง โดยชายและหญิงยังนั่งกางเกงในอยู่ ชายต้องรับผิดชอบฐานกระทำอนาจาร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2268/2529) อย่างไรก็ตาม มีนักวิชาการบางท่านเห็นแย้งกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ เห็นว่า หากสามารถกระทำต่อไปได้จนผลสำเร็จ โดยไม่สะดุดหยุดยั้งก็น่าจะถือว่าใกล้ชิดต่อผลแล้ว ผู้กระทำจึงต้องรับผิดชอบพยายาม โดยไม่คำนึงว่า ชายหรือหญิงได้ถอดเสื้อผ้าหรือไม่¹⁴⁴ ส่วนศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ เห็นว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราประกอบด้วย การข่มขืนใจและการกระทำชำเรา เมื่อผู้กระทำได้

¹⁴¹ เฟ็งอ้าง 740-741.

¹⁴² เฟ็งอ้าง.

¹⁴³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (เชิงอรรถ 139) 695.

¹⁴⁴ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 126) 737.

กระทำส่วนหนึ่งส่วนใด เช่น ช่มชื่นใจหรือช่วยจับแขนขาหญิง ก็น่าจะต้องถือว่าลงมือแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องรอถึงขั้นได้ปลดเปลื้องเสื้อผ้าหรือถอดกางเกงในเสียก่อน¹⁴⁵

ความผิดฐานการกระทำชำเราเด็ก ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบสองปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นสี่พันบาท

ตามบทบัญญัตินี้ยังเป็นการคุ้มครองเด็กที่มีอายุยังไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น ซึ่งถึงว่าแม้เด็กจะยินยอมให้กระทำชำเรา ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดตามมาตรา 277 นี้ แต่หากเป็นการกระทำชำเราต่อเด็กที่มีอายุเกินสิบสามปี จะต้องนำมาตรา 276 มาใช้บังคับ ซึ่งหากเด็กยินยอมแล้ว ก็จะไม่เป็นความผิดแต่อย่างใด

ต่อมาปี พ.ศ.2530 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยมีการออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ๘) พ.ศ. ๒๕๓๐ กำหนดอายุเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมายจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 277 โดยกำหนดอายุเด็กที่ได้รับการคุ้มครองไว้เฉพาะเพิ่มขึ้นจากเดิมที่กำหนดคุ้มครองไว้เพียงเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น กล่าวคือ

“มาตรา ๒๗๗ ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีโชภริยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกหรือวรรคสองได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามทั้บัญญัติไว้ในวรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป”

ซึ่งจะเห็นได้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญานี้เป็นครั้งแรกที่มีการเพิ่มเติมการคุ้มครองเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีจากการกระทำชำเราไว้เป็นการเฉพาะ โดยกำหนดอัตราโทษไว้สูงกว่าความผิดฐานช่มชื่นกระทำชำเราตามมาตรา 276 ซึ่งแม้เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีจะยินยอมให้กระทำชำเรา ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดตามมาตรา 277 นี้ แต่การคุ้มครองยังคงจำกัดอยู่เพียงเด็กหญิงที่มีโชภริยาของตนเท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำต่อเด็กชาย และมีการแก้ไขกฎหมายจึงกำหนดเหตุยกเว้นโทษไว้สำหรับกรณีการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี หากเด็กหญิงยินยอม แล้วภายหลังศาลอนุญาตให้สมรสกัน เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ซึ่งการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 277 นี้มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองเด็กจากการล่อลวงหรือโน้มน้าวให้ยินยอมมีเพศสัมพันธ์จากชายที่เป็นผู้ใหญ่แล้ว คือเจตนาเอาผิดกับชายที่เป็นผู้ใหญ่แล้วแต่มี

¹⁴⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (เชิงอรรถ 139) 456.

เพศสัมพันธ์กับเด็ก แต่ไม่ได้มุ่งหมายที่จะเอาผิดและลงโทษกรณีเด็กชายและเด็กหญิงที่เป็นคนรักกันและมีเพศสัมพันธ์กันด้วยความยินยอมทั้งสองฝ่าย แต่ที่ผ่านมาในการบังคับใช้กฎหมายมาตรานี้ ประเทศไทยได้ใช้ผิดวัตถุประสงค์ จึงทำให้เกิดปัญหาศาลฎีกาจากกรณีเด็กที่เป็นคู่รักและมีเพศสัมพันธ์กันด้วยความยินยอม

ต่อมาปี พ.ศ. 2550 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศครั้งสำคัญ โดยมีการออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ด้วยเหตุผลที่ว่า มาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 286 เป็นบทบัญญัติที่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ โดยในส่วนของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹⁴⁶ และ การกระทำชำเราเด็ก¹⁴⁷ นั้น มีการแก้ไขประเภทของผู้ถูกระทำในวรรคแรกและเพิ่มเติมนิยามของการกระทำชำเราเป็นครั้งแรกในวรรคสองของทั้งสองมาตรา ซึ่งเป็นผลให้เกิดการขยายขอบเขตของเจตนารมณ์ของความผิดฐานดังกล่าว จากที่แต่เดิมมุ่งคุ้มครองเฉพาะผู้ถูกระทำเพศหญิงซึ่งเป็นเพศที่อ่อนแอและได้รับผลกระทบที่ร้ายแรงกว่า กลายเป็นคุ้มครองเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเองแก่บุคคลทุกเพศ โดยมีรายละเอียดดังนี้

แก้ไขประเภทของผู้ถูกระทำ ตามมาตรา 276 เปลี่ยนจากคำว่า “หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน” เป็นคำว่า “ผู้อื่น” ส่วนในมาตรา 277 ได้มีการแก้ไขจากคำว่า “เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีภริยาของตน” เป็นคำว่า “เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน” เป็นผลให้ผู้ถูกระทำจะเป็นเพศใดก็ได้ รวมถึงบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศด้วย และเป็นผลให้ผู้กระทำจะเป็นเพศใดก็ได้เช่นกัน ไม่จำกัดว่าต้องเป็นเพศชายเหมือนแต่เดิม นอกจากนี้ ยังเป็นผลให้การข่มขืนกระทำชำเราสามีหรือภรรยาของตนกลายเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอีกด้วย¹⁴⁸

เพิ่มเติมนิยามของการกระทำชำเรา ไว้ในวรรคสองของมาตรา 276 และ มาตรา 277 โดยใช้คำว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ซึ่งจะเห็นได้ว่า นิยามของการกระทำชำเราข้างต้นมีขอบเขตกว้างมาก กล่าวคือนอกจากการกระทำชำเราตามธรรมชาติแล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นในการกระทำชำเรา ซึ่งการกำหนดนิยามดังกล่าวเป็นไปเพื่อให้สอดคล้องกับประเภทของผู้ถูกระทำที่ได้รับการแก้ไข ทั้งนี้ รายละเอียดของการกระทำชำเราตามนิยามดังกล่าว แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ตามวัตถุประสงค์หรือสิ่งที่ใช้กระทำ ได้แก่

1) การใช้อวัยวะเพศกระทำ

ต้องเป็นการ “กระทำต่อ” อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ซึ่งคำว่า “กระทำต่อ” นั้น ศาลฎีกายังคงยึดถือตามแนวการวินิจฉัยเดิม กล่าวคือ ต้องได้ล้วงล้ำหรือสอดใส่ (penetrate) เข้าไปในอวัยวะใดอวัยวะหนึ่งจากอวัยวะทั้งสามข้างต้น ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในส่วนของอวัยวะที่ถูกกระทำ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นที่อวัยวะเพศเท่านั้น อวัยวะที่ถูกกระทำอาจจะเป็นที่ทวารหนักหรือที่ช่องปากก็ได้ และสิ่งที่ใช้ในการกระทำ ไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเท่านั้น จะเป็นสิ่งอื่นใด

¹⁴⁶ มาตรา 276

¹⁴⁷ มาตรา 277

¹⁴⁸ วรรณกรณ์ บุญมี (เชิงอรรถ 125) 162.

ก็ได้ ดังนั้น การกระทำชำเราจึงยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดให้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ไม่ว่าจะด้วยอวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียทั้งหมด (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555)

จากแนวกรณินิจฉัยที่กำหนดให้ต้องมีการล่วงล้ำหรือสอดใส่ จึงทำให้นักวิชาการบางท่านเห็นว่า อวัยวะเพศที่ใช้ล่วงล้ำได้เฉพาะอวัยวะเพศชาย ไม่รวมอวัยวะเพศหญิง เนื่องจากการล่วงล้ำตามธรรมชาติ ต้องเป็นการสอดอวัยวะเพศเข้าไปในอวัยวะช่องใดช่องหนึ่งที่กำหนดไว้ ซึ่งอวัยวะเพศหญิงโดยลักษณะแล้วไม่สามารถกระทำเช่นนั้นกับอวัยวะเพศชายได้ ดังนั้น ในกรณีที่หญิงใช้อวัยวะเพศของตนสวมอวัยวะเพศชายจึงรับผิดชอบฐานกระทำอนาจาร เว้นแต่จะตีความขยายให้การสวมดังกล่าวเป็นการล่วงล้ำลักษณะหนึ่งด้วยด้วยเหตุนี้ การกระทำระหว่างเพศเดียวกันจึงเป็นไปได้เฉพาะชายกับชายซึ่งใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักหรือช่องปากของอีกฝ่าย ส่วนในกรณีหญิงกับหญิงนั้น ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นการกระทำชำเรา เนื่องจากคงกระทำได้มากที่สุดเพียงใช้อวัยวะเพศของตนถูกละอวัยวะช่องทางอื่นของอีกฝ่าย¹⁴⁹ ดังนั้น หากผู้กระทำมีเจตนากระทำชำเรา แต่ได้ใช้อวัยวะเพศชายของตนถูกละอวัยวะเพศหญิงผู้เสียหายเท่านั้น โดยที่ยังมิได้มีการสอดใส่ จึงเป็นการพยายามกระทำชำเรา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5448/2557) หรือหากการกระทำของผู้กระทำนั้นยังไม่อยู่ในลักษณะที่ใกล้ชิดพร้อมที่จะใช้อวัยวะเพศของตนสอดใส่ เช่น เพียงแต่ถอดกางเกงขึ้นในของหญิงออก แต่ชายยังสวมกางเกงอยู่ ชายก็ต้องรับผิดชอบฐานกระทำอนาจาร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6816/2554)

ส่วนกรณีที่เป็นการใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำในช่องปากนั้น ศาลฎีกาเห็นว่า เฉพาะกรณีที่ผู้เสียหายอมอวัยวะเพศของผู้กระทำเท่านั้นที่เป็นการกระทำชำเรา ส่วนกรณีที่ผู้เสียหายเลียอวัยวะเพศของผู้กระทำเป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจาร เนื่องจากช่องปากเป็นที่ว่างในปาก ซึ่งมีปากเป็นทางเข้าออก ต้องผ่านปากเข้าไปก่อนจึงจะถึงช่องปาก เมื่ออวัยวะเพศของผู้กระทำมิได้เข้าไปในปากของผู้เสียหาย ย่อมถือไม่ได้ว่าผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับช่องปากของผู้เสียหาย จึงไม่เป็นการกระทำชำเรา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15309/2553) และกรณีผู้กระทำผลักผู้เสียหายให้ล้มลงนอนกับพื้น แล้วขึ้นคร่อมทับหน้าอกของผู้เสียหาย พยายามบังคับให้ผู้เสียหายอมอวัยวะเพศของผู้กระทำ โดยจับใส่ปาก แต่ผู้เสียหายขัดขืนสะบัดหน้า ดังนี้ การพยายามบังคับผู้เสียหายข้างต้นถือเป็นการพยายามกระทำชำเรา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4909-4910/2555)

2) การใช้สิ่งอื่นกระทำ

การใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น สิ่งอื่นที่ใช้กระทำนั้นอาจเป็นอวัยวะอื่น นอกจากอวัยวะเพศ เช่น นิ้วมือ หรือเป็นสิ่งของ เช่น อวัยวะเพศเทียม โดยต้องกระทำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น แต่ไม่รวมช่องปาก ซึ่งคำว่า “กระทำต่อ” ต้องเป็นการสอดใส่หรือล่วงล้ำเช่นเดียวกัน¹⁵⁰

¹⁴⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (เชิงอรรถ 139) 202-203.

¹⁵⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6, บริษัทกรุงสยามพับลิชชิ่ง จำกัด 2557) 443 - 444.

ซึ่งการกระทำชำเราตามลักษณะเช่นนี้ สามารถเกิดขึ้นได้ทั้งในระหว่างชายต่อหญิง หญิงต่อชาย ชายต่อชาย หรือหญิงต่อหญิง ดังนั้น ผู้ลงมือกระทำชำเราตามลักษณะข้างต้นจึงอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้

ต่อมาในปี พ.ศ. 2562 ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศอีกครั้ง โดยมีการออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 แก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่ว่าด้วยนิยามของการกระทำชำเรา เพื่อให้เกิดความชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ¹⁵¹ โดยบัญญัติเพิ่มบทนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ใน มาตรา 1 (18) ว่า “กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” ซึ่งจะเห็นได้ว่า นิยามของคำว่า กระทำชำเรา ที่แก้ไขข้างต้นเป็นไปตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่กำหนดให้ผู้กระทำต้องใช้อวัยวะของตนล้วงล้าเข้าไปในอวัยวะของผู้ถูกระทำ ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงเป็นว่าสิ่งที่ใช้กระทำจะจำกัดเฉพาะอวัยวะเพศ โดยไม่รวมถึงวัตถุอื่น ๆ ส่วนอวัยวะที่ถูกกระทำจะแบ่งเป็นกระทำต่ออวัยวะเพศและกระทำต่อทวารหนักหรือช่องปาก

ส่วนการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นนอกจากอวัยวะเพศล้วงล้าเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่งเดิมถือเป็นการกระทำชำเราด้วยนั้น ถูกแก้ไขให้เป็นเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278 วรรคสอง เรียกว่า การกระทำอนาจารโดยการล้วงล้า ดังนั้น การที่ผู้กระทำใช้นิ้วสอดใส่อวัยวะเพศของผู้เสียหาย จากเดิมผู้กระทำเคยมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (rape) แต่ปัจจุบันผู้กระทำจะมีความผิดฐานอนาจารโดยการล้วงล้า (sexual assault by penetration) ซึ่งเป็นอนาจารที่มีเหตุเพิ่มโทษ การแก้ไขดังกล่าวคล้ายกับ ความผิดฐานอนาจารโดยการล้วงล้า (assault by penetration) ในกฎหมายอังกฤษ ความผิดฐานการกระทำอนาจารโดยการล้วงล้า ได้กำหนดให้มีระวางโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแทน ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ยังคงตระหนักว่า การล้วงล้าดังกล่าวมีลักษณะที่รุนแรงและสร้างความเสียหายได้เท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา แม้การกระทำทั้งสองอาจจะถูกประณามจากสังคมในระดับที่แตกต่างกัน¹⁵²

นอกจากนี้ ยังได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 281 ในเรื่องการกำหนดให้ความผิดบางประเภทเป็นความผิดอันยอมความได้ “ความผิดตามมาตราดังต่อไปนี้ เป็นความผิดอันยอมความได้

มาตรา 276 วรรคหนึ่ง และมาตรา 278 วรรคสอง ซึ่งเป็นการกระทำระหว่างคู่สมรส ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล หรือไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย”

โดยปกติมาตรา 276 นั้น เป็นความผิดที่ยอมความได้ แต่ได้มีการแก้ไขเป็นว่า กรณีตามมาตรา 276 ที่จะเป็นความผิดที่ยอมความได้นั้นเฉพาะกรณีที่เป็นการกระทำระหว่างคู่สมรสที่มีได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล หรือไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายเท่านั้น จึงจะยอมความกันได้ ดังนั้น หากเป็นการกระทำระหว่างบุคคลที่มีคู่สมรสกัน หรือเป็นการกระทำระหว่างผู้ใดก็ตามที่เกิดต่อหน้า

¹⁵¹ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

¹⁵² ปกป้อง ศรีสนิท, ‘การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ : ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา’ (The101.World, 19 กรกฎาคม 2562) <<https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>> สืบค้นเมื่อ 22 มกราคม 2566.

ธารกำนัล หรือเป็นการกระทำระหว่างผู้ใดก็ตามที่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย
ย่อมไม่อาจยอมความกันได้

บทที่ 3

หลักกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานกระทำชำเราในต่างประเทศ

ในบทนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ประกอบไปด้วยประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ดังต่อไปนี้

3.1 ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law)

3.1.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษมีการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ โดยมีการบัญญัติพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ หรือ **Sexual Offences Act 2003** ขึ้นมาเพื่อแทนที่ Sexual Offences Act 1956 ที่ถูกวิจารณ์ว่า ล้าสมัย ไม่สัมพันธ์กัน และเลือกปฏิบัติ และเนื่องมาจากมีกลุ่มเรียกร้องสิทธิสตรีซึ่งมีอิทธิพลอย่างมากต่อการปฏิรูปกฎหมาย โดยพระราชบัญญัติฉบับใหม่ได้ปฏิรูปเนื้อหาของความผิดดังกล่าวในหลายประการ เพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดร่วมสมัย โดย 1. การข่มขืนกระทำชำเราเป็นเรื่องเกี่ยวกับอาชญากรรมและความรุนแรง 2. การพิจารณาคดีอาญาควรมีลักษณะไปทางการค้นหาความจริงเกี่ยวกับการกระทำของผู้ถูกกล่าวหา มากกว่าที่จะมุ่งพิจารณาการกระทำและประวัติของผู้เสียหาย 3. การกระทำความผิดทางเพศควรบัญญัติให้ชัดเจนเพื่อมิให้ฝ่ายผู้กระทำความผิดนำช่องว่างของกฎหมายไปใช้ หรือนำไปตีความเพื่อเป็นประโยชน์แก่ตนเอง¹⁵³ นอกจากนี้ สาเหตุที่ได้มีการปรับปรุงกฎหมายเป็นพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ มาจาก The recommendation of a Home Office Review ในปี ค.ศ.2000 ได้เสนอเหตุผลว่า ควรมีความรับผิดชอบที่สอดคล้องกันและชัดเจนซึ่งป้องกันประชาชนจากการถูกละเมิดและการแสวงหาผลประโยชน์ และผู้ที่ละเมิดกฎหมายควรได้รับโทษที่เหมาะสม เพื่อความเป็นธรรมและไม่เลือกปฏิบัติ ให้สอดคล้องกับยุโรปตามอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนและกฎหมายสิทธิมนุษยชน 1988 ¹⁵⁴

¹⁵³ Tadros, 'Rape Without Consent' (2006) 3 Oxford Journal of Legal Studies, 516.

¹⁵⁴ Elvin J., 'The Concept of Consent under the sexual Offences Act 2003' (2008) 6 Journal of Criminal Law, 520.

โดยการบัญญัติความผิดโดยไม่จำกัดเพศ (Gender – neutral offences) และมุ่งเน้นที่ความยินยอม การคุ้มครองบุคคลที่เปราะบาง (Vulnerable) เช่น เด็กหรือบุคคลที่มีสภาวะบกพร่องทางจิตใจ รวมทั้งการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด¹⁵⁵ และเพื่อยกระดับสิทธิเด็ก โดยมีการขยายอายุของผู้เยาว์ขึ้นไปถึงอายุ 17 ปี ในกรณีถ่ายรูปรูปอนาจารสำหรับเด็กอายุดังกล่าวด้วย ทั้งรับมือกับการก่ออาชญากรรมบนอินเทอร์เน็ตและแพร่ภาพผู้เยาว์ รวมถึงการข่มขืน อนาจาร การลวนลาม หรือก่อกวนผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี ร่วมกิจกรรมทางเพศเป็นความผิดไม่ว่าจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม กฎหมายฉบับใหม่นี้จะปกป้องคุ้มครองผู้เยาว์จนกว่าจะอายุ 18 ปี¹⁵⁶

Sexual Offences Act 2003 ได้บัญญัติกำหนดลักษณะของการกระทำความผิดทางเพศ แบ่งออกเป็น 4 ประเภท ตามลำดับความรุนแรง คือ

1. การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)
2. การล่วงล้ำโดยใช้สิ่งอื่นที่ไม่ใช่วัยวะเพศ (Assault by Penetration)
3. การอนาจารโดยการสัมผัส (Sexual Assault)
4. การก่อกวนบุคคลอื่นเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ (Causing a Person to Engage in Sexual Activity Without Consent)

Sexual Offences Act 2003 ได้มีการบัญญัติโดยมีคำที่ถูกละทิ้งไปจากก่อนหน้านั้นที่ Sexual Offences Act 1956 เคยบัญญัติใช้ว่า “ชาย กับ หญิง” ได้เปลี่ยนเป็น “A” กับ “B” เพื่อให้ความคุ้มครองเท่าเทียมกันทุกเพศ

1. การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) บัญญัติไว้ใน มาตรา 1¹⁵⁷ ว่า
 - (1) “บุคคล (A) กระทำความผิด ถ้า
 - (a) บุคคลนั้นสอดใส่เข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือปากของบุคคลอื่น (B) ด้วยองคชาติของเขาโดยเจตนา
 - (b) บุคคลอื่นหรือผู้ถูกกระทำ (B) ไม่ยินยอมให้มีการการล่วงล้ำเช่นนั้น และ
 - (c) บุคคล (A) ไม่มีเหตุผลที่จะเชื่อได้ว่า ผู้ถูกกระทำ (B) ยินยอม
 ความผิดเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรานี้ เป็นการกระทำความผิดทางเพศที่มีระดับความรุนแรงสูงสุดและมีโทษสถานหนักถึงชีวิต

2. การล่วงล้ำโดยใช้สิ่งอื่นที่ไม่ใช่วัยวะเพศ (Assault by Penetration) บัญญัติไว้ในมาตรา 2¹⁵⁸ ว่า

- (1) “บุคคล (A) กระทำความผิด ถ้า

¹⁵⁵ Andrew Ashworth and Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law* (7th edn, Oxford University Press 2013) 339-341.

¹⁵⁶ Howitt Dennis and Kerry Sheldon, *Sex Offenders and the Internet* (2007) 80-81.

¹⁵⁷ Sexual Offences Act 2003. Section 1

¹⁵⁸ Section 2

(a) บุคคลนั้นสอดใส่สอดใส่เข้าไปในช่องคลอด หรือทวารหนักของบุคคลอื่น (B) ด้วยส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายของเขาหรือใช้สิ่งอื่นใด ซึ่งไม่ใช่ของคชาต

(b) โดยการสอดใส่หรือล้วงล้ำเข้าไปในลักษณะเพื่ออารมณ์ทางเพศ

(c) บุคคลอื่นหรือผู้ถูกกระทำ (B) ไม่ยินยอมให้มีการการล้วงล้ำเช่นนั้น และ

(d) บุคคล (A) ไม่มีเหตุผลที่จะเชื่อได้ว่า ผู้ถูกกระทำ (B) ยินยอม

กรณีนี้ ในมาตรา 2 ได้บัญญัติถึงความผิดกรณีมีการล้วงล้ำโดยใช้สิ่งอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศ เช่น ใช้อวัยวะส่วนอื่นของร่างกาย เช่น นิ้วมือ หรือสิ่งอื่นใดก็ตาม แม้กระทำการใช้สัตว์หรือสิ่งมีชีวิตอื่นเป็นเครื่องมือ โดยมีโทษจำคุกตลอดชีวิต¹⁵⁹

3. การอนาจารโดยการสัมผัส (Sexual Assault) ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3¹⁶⁰

(1) “บุคคล (A) กระทำความผิด ถ้า

(a) บุคคลนั้นสัมผัสบุคคลอื่น (B) โดยมีเจตนา

(b) การสัมผัสนั้นเป็นไปในลักษณะทางเพศ

(c) บุคคลอื่นหรือผู้ถูกกระทำ (B) ไม่ยินยอมให้มีการสัมผัสเช่นนั้น และ

(d) บุคคล (A) ไม่มีเหตุผลที่จะเชื่อได้ว่า ผู้ถูกกระทำ (B) ยินยอม

การสัมผัสกรณีนี้ หมายถึง การสัมผัสด้วยส่วนใด ๆ ของร่างกายด้วยสิ่งอย่างอื่นหรือโดยผ่านอะไรก็ตาม เช่น sex toy อุปกรณ์ที่ใช้กระตุ้นอารมณ์ทางเพศ เพื่อใช้ลวนลามผู้อื่น และการกระทำนั้นต้องเห็นได้ว่าเป็นไปในทางเพศ¹⁶¹

4. การก่อให้เกิดบุคคลอื่นเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ (Causing a Person to Engage in Sexual Activity Without Consent) ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4¹⁶² ว่า

(1) “บุคคล (A) กระทำความผิด ถ้า

(a) บุคคลนั้น ทำให้บุคคลอื่น (B) เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยเจตนา

(b) กิจกรรมนั้นเป็นไปในลักษณะทางเพศ

(c) บุคคลอื่นหรือผู้ถูกกระทำ (B) ไม่ยินยอมเข้าร่วมกิจกรรมนั้น และ

(d) บุคคล (A) ไม่มีเหตุผลที่จะเชื่อได้ว่า ผู้ถูกกระทำ (B) ยินยอม

(2) บุคคลนั้นต้องระวางโทษ หากกิจกรรมทางเพศนั้นเป็นการกระทำ ดังนี้

(a) สอดใส่ไปในทวารหนักหรือช่องคลอดของผู้ถูกกระทำ (B)

(b) สอดใส่ไปในปากของผู้ถูกกระทำ (B) ด้วยองคชาตของบุคคลใดก็ตาม

¹⁵⁹ Anthony Hooper, David C. Ormerod and Duncan Atkinson, Blackstone’s Criminal Practice (Oxford University Press 2012) 307.

¹⁶⁰ Section 3

¹⁶¹ Anthony Hooper, David C. Ormerod and Duncan Atkinson, Blackstone’s Criminal Practice (Oxford University Press 2012) 310.

¹⁶² Section 4

(c) สอดใส่ไปในทวารหนักหรือช่องคลอดของผู้อื่น ด้วยส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายของผู้ถูกระทำ (B) หรือ ให้ผู้ถูกระทำ (B) กระทำโดยใช้สิ่งอื่นใด

(d) สอดใส่ในปากของผู้อื่นโดยใช้องคชาติของผู้ถูกระทำ (B)

ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

บทบัญญัติมาตรา 4 นี้ ครอบคลุมและคุ้มครองสิทธิของบุคคลในเหตุการณ์ปัจจุบันมากขึ้น เพราะครอบคลุมกรณีที่ A ก่อให้ B กระทำกิจกรรมทางเพศใด ๆ โดยปราศจากความยินยอมเพื่อให้ A เพลิดเพลินทางเพศ

Sexual Offences Act 2003 ได้มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการคุ้มครองทางเพศเด็กและเยาวชนไว้ ในหมวด Rape and other offences against children under 13 และหมวด Child sex offences โดยหมวด Rape and other offences against children under 13 เป็นเรื่องการกระทำผิดทางเพศต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี บัญญัติไว้ในมาตรา 5 ถึง มาตรา 8 โดยแบ่งออกเป็น 4 ระดับเช่นเดียวกันกับที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น แต่แตกต่างกันตรงที่การกระทำผิดทางเพศต่อเด็กนั้น ไม่ว่าจะมีความยินยอมของเด็กหรือไม่ ก็เป็นความผิดเสมอ และหากมีการกระทำความผิดเข้าลักษณะเหตุฉกรรจ์ตามที่ระบุไว้ในกฎหมาย ผู้กระทำผิดจะมีระวางโทษหนักถึงชีวิต

มาตรา 5¹⁶³ ความผิดฐานการกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

(1) บุคคลกระทำความผิด ถ้า

(a) เขาจงใจสอดใส่อวัยวะเพศเข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือปากของผู้อื่น

(b) บุคคลอื่นอายุต่ำกว่า 13 ปี

(2) ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 1 นี้ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ส่วนมาตรา 6 เป็นกรณีการล่วงล้ำโดยใช้สิ่งอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศ (Assault of a child under 13 by penetration)¹⁶⁴ มาตรา 7¹⁶⁵ การล่วงละเมิดทางเพศเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี โดยการสัมผัส (Sexual assault of a child under 13) มาตรา 8¹⁶⁶ ความผิดฐานก่อให้เกิดหรือยุยงให้เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ (Causing or inciting a child under 13 to engage in sexual activity)

ส่วนในหมวด Child sex offences ได้กำหนดเรื่องการกระทำผิดทางเพศต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ไว้ ซึ่งให้ความคุ้มครองเด็กในเรื่องการทำกิจกรรมทางเพศกับเด็กและการก่อให้เกิดหรือยุยงให้เด็กเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ โดยเป็นการกระทำที่ไม่ใช่การมีเพศสัมพันธ์ตามปกติที่มีการสอดใส่อวัยวะเพศชายกับอวัยวะเพศหญิงดังเช่นมาตรา 1 และมาตรา 5 ซึ่งโดยไม่ว่าจะเด็กจะยินยอมหรือไม่ ผู้กระทำก็มีความผิดเสมอ โดยกำหนดลักษณะความผิดไว้ในมาตรา 9 และ 10 ดังนี้

¹⁶³ Section 5

¹⁶⁴ Section 6

¹⁶⁵ Section 7

¹⁶⁶ Section 8

1. การทำกิจกรรมทางเพศกับเด็ก (Sexual activity with a child) ในมาตรา 9¹⁶⁷
 - (1) บุคคลอายุ 18 ปี หรือเกินกว่า 18 ปี (A) กระทำความผิด ถ้า
 - (a) สัมผัสบุคคลอื่น (B) โดยเจตนา ด้วยส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายของเขาหรือใช้สิ่งอื่นใด ซึ่งไม่ใช่ช่องคลอด
 - (b) การสัมผัสนั้นเป็นไปในลักษณะทางเพศ และ
 - (i) เป็นเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี และไม่มีเหตุผลที่จะเชื่อได้ว่า B อายุ 16 ปี หรือเกินกว่านั้น
 - (ii) เป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี
 - (2) หากกิจกรรมทางเพศนั้นเป็นการกระทำ ดังนี้
 - (a) สอดใส่ไปในทวารหนักหรือช่องคลอดของผู้ถูกระทำ (B) โดยใช้ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายผู้กระทำ (A) หรือสิ่งอื่นใด
 - (b) สอดใส่ไปในปากของผู้ถูกระทำ (B) โดยใช้ช่องคลอดของผู้กระทำ (A)
 - (c) สอดใส่ไปในทวารหนักหรือช่องคลอดของผู้กระทำ (A) ด้วยส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายของผู้ถูกระทำ (B)
 - (d) สอดใส่ไปในปากของผู้กระทำ (A) โดยใช้ช่องคลอดของผู้ถูกระทำ (B)

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี
2. การก่อให้เกิดหรือยุยงให้เด็กเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ (Causing or inciting a child to engage in sexual activity) บัญญัติไว้ในมาตรา 10¹⁶⁸ ว่า
 - (1) “บุคคลอายุ 18 ปี หรือเกินกว่า 18 ปี (A) กระทำความผิด ถ้า
 - (a) ก่อให้เกิดหรือยุยงให้บุคคลอื่น (B) เข้าร่วมกิจกรรมโดยเจตนา
 - (b) กิจกรรมนั้นเป็นกิจกรรมเกี่ยวกับทางเพศ และ
 - (i) เป็นเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี และไม่มีเหตุผลที่จะเชื่อได้ว่า B อายุ 16 ปี หรือกว่านั้น
 - (ii) เป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี
 - (2) บุคคลนั้นต้องระวางโทษ หากกิจกรรมทางเพศนั้นเป็นการกระทำ ดังนี้
 - (a) สอดใส่ไปในทวารหนักหรือช่องคลอดของผู้ถูกระทำ (B)
 - (b) สอดใส่ไปในปากของผู้ถูกระทำ (B) โดยใช้ช่องคลอดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง
 - (c) สอดใส่ไปในทวารหนักหรือช่องคลอดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยใช้ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายของผู้ถูกระทำ (B) หรือสิ่งอื่นใดโดยผู้ถูกระทำ (B)
 - (d) สอดใส่ไปในปากของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยใช้ช่องคลอดของผู้ถูกระทำ (B) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี

¹⁶⁷ Section 9

¹⁶⁸ Section 10

จะเห็นได้ว่า Sexual Offences Act 2003 ของประเทศอังกฤษ ได้มีบทบัญญัติคุ้มครองเด็กและเยาวชนไว้อย่างหลากหลายเพื่อให้ครอบคลุมทุกการกระทำความผิดและเพื่อให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดที่มีการปรับเปลี่ยนไปในปัจจุบัน โดยในหมวด Rape and other offences against children under 13 เป็นเรื่องการกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ไม่ว่าจะมีความยินยอมของเด็กหรือไม่ ก็เป็นความผิดเสมอ และในหมวด Child sex offences ได้กำหนดเรื่องการกระทำผิดทางเพศต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ไว้ ซึ่งให้ความคุ้มครองเด็กในเรื่องการทำกิจกรรมทางเพศกับเด็กในลักษณะอื่นนอกเหนือจากการกระทำชำเราและการก่อให้เกิดหรือยุยงให้เด็กเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ โดยไม่ว่าจะเด็กจะยินยอมหรือไม่ ผู้กระทำก็มีความผิดเสมอ จึงเป็นการบัญญัติกฎหมายโดยคำนึงถึงวัยวุฒิ วุฒิภาวะ ความสามารถในการตัดสินใจของเด็ก ซึ่งอาจถูกล่อลวงได้โดยง่าย และปัญหาทางสังคมที่อาจขึ้นได้

ในส่วนบทบัญญัติเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก กรณีที่เด็กไม่ยินยอมด้วยนั้น Sexual Offences Act 2003 ของประเทศอังกฤษไม่มีบัญญัติไว้เฉพาะอย่างชัดเจน ทั้งนี้ อาจจะเนื่องมาจากบทลงโทษของความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 5 ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งเป็นระวางโทษสถานเดียวและมีอัตราโทษที่สูงมากอยู่แล้ว หรือความผิดฐานล่วงล้ำโดยใช้สิ่งอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศ (Assault of a child under 13 by penetration) ตามมาตรา 6 ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตก็เป็นอัตราโทษที่สูงมากเช่นกัน

3.1.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกามีรากฐานเดิมมาจากกฎหมายของอังกฤษ (Common Law Rape) ที่การข่มขืนต้องเกิดขึ้นระหว่างชายกับหญิงโดยใช้กำลัง ต่อมาได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายโดยการกำหนดให้ผู้กระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 10 ปี ไม่ว่าจะมีความยินยอมหรือไม่ก็ตามก็เป็นความผิด เรียกว่า Statutory Rape ต่อมาพบว่ากฎหมายล้าสมัยเกินไปที่จะยอมรับได้ ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาต้องปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราใหม่ เช่น สามีข่มขืนภรรยาเป็นความผิด และการกำหนดความผิดกรณีการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 16 ปี หรือ 17 ปี หรือ 18 ปี ก็เป็นความผิด ด้วยเหตุผลว่าวัยดังกล่าวไม่อาจให้ความยินยอมได้เพราะภาวะแห่งวัยและยังไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอในการให้ความยินยอม และเพื่อการป้องกันการตั้งครรภโดยไม่จำเป็น โดยได้มีการปฏิรูปความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร กำหนดนิยามขยายวิธีการและลักษณะการข่มขืนที่เป็นความผิดแบบใหม่ โดยรวมไปถึงการใช้อวัยวะอื่นใดเพื่อกระทำทางปากและทวารหนักด้วย¹⁶⁹ สถาบันกฎหมายสหรัฐอเมริกา (American Law Institute) ได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาตัวอย่างชื่อว่า Model Penal Code ขึ้น โดยกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีการบัญญัติเป็นความผิดไว้ในกฎหมายของรัฐบาลกลางมีเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงเท่านั้น โดยแต่ละมลรัฐจะนำกฎหมายอาญาตัวอย่างดังกล่าวไปปรับปรุงให้เหมาะสมและบัญญัติเป็นกฎหมายของแต่ละมลรัฐเองต่อไป

¹⁶⁹ Scheb, J.M., *Criminal Law and Procedure* (7th edn, Wadsworth, Cengage Learning, 2010) 156-158.

Model Penal Code ฉบับ Official Draft (Philadelphia 1962) ของประเทศสหรัฐอเมริกา บัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ใน ARTICLE 213. SEXUAL OFFENSES ซึ่งแบ่งการกระทำความผิดดังกล่าวเป็น 7 มาตรา คือ มาตรา 213.0 ถึงมาตรา 213.6 ซึ่งมีทั้งความผิดฐานกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจาร การกระทำชำเราตาม Model Penal Code แบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ

1. การข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน (Intercourse with a female not his wife) Model Penal Code ARTICLE 213.1 Rape and Related Offenses.¹⁷⁰ ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า การข่มขืนกระทำชำเราคือ การมีเพศสัมพันธ์กับหญิงอื่นที่มิใช่ภรรยาของตนในกรณีดังต่อไปนี้

1.1 หญิงไม่ได้ให้ความยินยอม ไม่ว่าจะเพราะเป็นบ้าหรือวิกลจริตทั้งที่มีลักษณะถาวรหรือชั่วคราว หรือ

1.3 หญิงได้ขัดขืน แต่ถูกชายใช้กำลังบังคับ

1.4 หญิงถูกทำให้มีเมามจนไม่สามารถทรงสติได้ หรือ

1.4 หญิงในขณะนั้นหมดสติสัมปชัญญะที่จะรับรู้ถึงการกระทำของตนหรือชายได้หลงกลวงด้วยประการใด ๆ จนหญิงเชื่อว่าเป็นสามีของตน

1.5 การกระทำแก่หญิงอายุต่ำกว่า 10 ปี จะได้รับโทษหนักขึ้น ตั้งแต่จำคุกตลอดชีวิตถึงประหารชีวิต”

2. การข่มขืนกระทำชำเราเบี่ยงเบน (Deviate sexual intercourse)

Model Penal Code ARTICLE 213.2¹⁷¹ ได้บัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราเบี่ยงเบน ซึ่งหมายถึง การกระทำชำเราทางปากหรือทางทวารหนักระหว่างบุคคลซึ่งมิใช่สามีภรรยา และหมายความรวมถึงการร่วมเพศกับสัตว์ด้วย

3. การกระทำชำเราต่อเหยื่อที่มีอายุน้อยกว่า 16 ปี

Model Penal Code ARTICLE 213.3¹⁷² ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำชำเราต่อเหยื่อที่มีอายุน้อยกว่า 16 ปี โดยบัญญัติให้ชายที่กระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนนั้น หากกระทำต่อเหยื่อที่มีอายุน้อยกว่า 16 ปี และผู้กระทำความผิดมากกว่าอย่างน้อยสี่ปี จะเป็นความผิดร้ายแรงระดับสาม (third degree felony) แต่ในกรณีที่เหยื่อมีอายุระหว่าง 10 ถึง 16 ปี และในกรณีที่เหยื่อมีอายุต่ำกว่า 10 จะเป็นความผิดทางอาญาระดับที่หนึ่งหรือระดับสอง (a first or a second degree felony) แต่หากได้กระทำต่อเหยื่อที่มีอายุต่ำกว่า 21 ปี โดยเหยื่อยินยอมเนื่องจากชายให้สัญญาว่าจะแต่งงานด้วย แต่ผู้กระทำผิดก็ไม่ได้ปฏิบัติตามสัญญา จะได้รับโทษสำหรับความผิดในคดีเล็กน้อยเท่านั้น (misdemeanor)

ในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าการความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดต่อศีลธรรมอย่างร้ายแรงเป็นความผิดขั้นร้ายแรงที่เรียกว่า ความผิดขั้น Felony ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงมักตีความองค์ประกอบ

¹⁷⁰ Section 213.1.

¹⁷¹ Section 213.2

¹⁷² Section 213.3

ความผิดอย่างกว้างขวางและถือเอาเจตนาของจำเลยเป็นสำคัญ และได้ยึดถือองค์ประกอบหลัก ๆ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ มีการร่วมประเวณี การใช้กำลัง และการขาดความยินยอม ซึ่งกรณีหากการร่วมประเวณีเกิดจากการที่ชายใช้กำลังบังคับหรือขู่เข็ญ หรือหลอกลวงหญิงจนหญิงไม่สามารถขัดขืนได้ หรือหลงเชื่อตามถูกหลอกลวง หรือชายได้ปลอมหรือแสดงตนว่าเป็นสามีของหญิงจนหญิงนั้นหลงเชื่อ หรือฉวยโอกาสขณะที่หญิงกำลังหลับ หรือทำให้หญิงเกิดอาการมึนเมาแล้วถือโอกาสมีเพศสัมพันธ์กับหญิง ย่อมถือว่าหญิงไม่ได้ให้ความยินยอมและเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้งสิ้น

ส่วนการกำหนดโทษของประเทศสหรัฐอเมริกาได้คำนึงถึงปัจจัยสำคัญ 2 มิติ คือ ระดับความรุนแรงของการกระทำความผิด และภูมิหลังหรือประวัติอาชญากรรมของผู้กระทำความผิดประกอบกัน หากกระทำความผิดร้ายแรงมากและมีประวัติการกระทำความผิดซ้ำซากโทษยิ่งสูง ถ้ากระทำความผิดร้ายแรงน้อยและมีประวัติการกระทำความผิดน้อย โทษยิ่งต่ำ โดยนับเอาปัจจัยภูมิหลังของผู้กระทำความผิดมาเป็นองค์ประกอบในการกำหนดโทษ¹⁷³

บทบัญญัติของมลรัฐอิลลินอยล์ ได้มีการกำหนดเพิ่มโทษความผิดฐานกระทำชำเราไว้ในประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยล์ว่า บุคคลที่กระทำความผิดฐานข่มขืน ต้องได้รับโทษหนักขึ้นเมื่อ¹⁷⁴

- 1) ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้นเมื่อมีการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ดังต่อไปนี้
 - (1) ชูว่าจะใช้อาวุธอันตรายหรือลักษณะการนำไปใช้ทำให้เหยื่อเชื่อเชื่อว่าเป็นอาวุธอันตราย
 - (2) มีการทำร้ายร่างกายเหยื่อ
 - (3) เหยื่อเป็นผู้สูงอายุ
 - (4) เหยื่อเป็นผู้พิการทางร่างกาย
 - (5) ถ้าการกระทำเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย
 - (6) บุคคลที่กระทำละเมิดทางเพศในระหว่างกระทำหรือพยายามกระทำความผิดอื่น
 - (7) การใช้สารเคมีใด ๆ กับเหยื่อมากกว่าวัตถุประสงค์ทางการแพทย์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเหยื่อ
- 2) ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น ถ้าเป็นการกระทำต่อเหยื่อที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และเป็นสมาชิกในครอบครัว

3.2 ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law)

3.2.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีได้พัฒนากฎหมายเพื่อยกระดับสิทธิของเพศหญิงและกำหนดให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้หนึ่งมีความชัดเจนมากขึ้น แต่ในทางปฏิบัติการพิสูจน์ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

¹⁷³ ธีรดล วัฒนศักดิ์, ‘เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต) 611.

<<https://libdoc.dpu.ac.th/thesis/161226.pdf>> สืบค้นเมื่อ 4 มิถุนายน 2566.

¹⁷⁴ เพิ่งอ้าง 609.

พนักงานอัยการจะต้องมีหลักฐานและสามารถพิสูจน์ได้อย่างเพียงพอว่าผู้กระทำผิดได้ใช้กำลังบังคับทำร้าย บังคับข่มขู่ หรือกระทำใด ๆ เพื่อการข่มขืนกระทำชำเรา¹⁷⁵ และในเรื่องของการให้ความยินยอมนั้นจะต้องเกิด จากความสามารถในการให้ความยินยอมโดยอิสระและไม่ขัดต่อกฎหมาย ผู้ให้ความยินยอมต้องมี สติสัมปชัญญะสมบูรณ์เข้าใจสภาวะสถานการณ์นั้น ๆ และรู้ถึงผลที่จะตามมาภายหลังจากการให้ความยินยอม ดังนั้น ผู้ที่จะให้ความยินยอมได้จะต้องมีวุฒิภาวะพอสมควร กฎหมายจึงได้บัญญัติจำกัดอายุไว้สำหรับผู้ที่อายุ ต่ำกว่า 14 ปี ไม่อาจให้ความยินยอมได้ แต่ในเรื่องอื่น ๆ ผู้ปกครองอาจให้ความยินยอมแทนได้ แต่กฎหมายไม่ ยินยอมให้ผู้ปกครองอนุญาตให้กระทำชำเราผู้เยาว์ได้¹⁷⁶

ความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศเยอรมนี ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 173 ถึงมาตรา 184 b ของ The German Criminal Code (Strafgesetzbuch – StGB) โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีดังนี้

1. การข่มขืนกระทำชำเรา (Sexual assault; sexual coercion; rape)

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประเทศเยอรมนี มีบทนิยามอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ของประเทศเยอรมนี มาตรา 177 (The German Criminal Code Section 177 Sexual assault; sexual coercion; rape) โดยได้มีการรวบรวมเอา sexual assault และ Rape มาไว้ด้วยกันในมาตราเดียวกัน แต่ แยกต่างกันในเรื่องการกำหนดโทษ

การข่มขืน (sexual assault) หมายถึง การกระทำทางเพศใด ๆ ที่ดำเนินการโดยคนคนหนึ่งหรือ หลายคนต่ออีกคนหนึ่งโดยปราศจากความยินยอม โดยเป็นผลมาจากการขู่ข่มขู่หรือใช้กำลังคุกคาม หรือจาก การที่ผู้ถูกรกระทำไร้ความสามารถในการป้องกันตนเอง

Rape หมายความรวมถึง การล่วงล้ำเข้าไปในทวารต่าง ๆ ของร่างกาย เช่น ปาก ช่องคลอด ทวาร หนัก ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี มาตรา 177¹⁷⁷ (The German Criminal Code Section 177 Sexual assault; sexual coercion; rape) ได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำการร่วมเพศกับบุคคล นั้นหรือให้บุคคลนั้นกระทำชำเรา หรือให้บุคคลนั้นกระทำหรือยินยอมต่อการกระทำทางเพศต่อบุคคลนั้นหรือ กระทำโดยบุคคลที่สาม ต้องระวางโทษจำคุกกระยะเวลาระหว่างหกเดือนถึงห้าปี”

2. การกระทำชำเราในเครือญาติ (Sexual intercourse between relatives)

ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี มาตรา 173¹⁷⁸ (The German Criminal Code Section 173 Sexual intercourse between relatives) ได้บัญญัติถึงความผิดฐานกระทำชำเราในเครือญาติ ไว้โดยเฉพาะ โดยกำหนดว่า

- (1) ผู้ใดมีเพศสัมพันธ์กับผู้สืบสันดานทางสายโลหิต ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับ

¹⁷⁵ Boyne, S.M., ‘Prosecutorial discretion in Germany’s Rechtsstaat: varieties of practice and pursuit of truth’ (University of Wisconsin – Madison 2007) 193-195.

¹⁷⁶ Kirchner, S, ‘Sexual Abuse of Children Abroad- A German Perspective on the Antalya Case’ (2007) 8 German Law Journal 781.

¹⁷⁷ Section 177 (1)

¹⁷⁸ Section 173

(2) ผู้ใดร่วมประเวณีกับญาติร่วมสายโลหิต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับ หากความสัมพันธ์ในครอบครัวสิ้นสุดลง พี่น้องร่วมประเวณีกันต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน

(3) ผู้สืบสันดานและพี่น้องไม่ต้องรับโทษตามบทบัญญัตินี้ หากมีอายุต่ำกว่า 18 ปีในขณะที่กระทำ

3. การล่วงละเมิดทางเพศกับผู้ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครอง (Sexual abuse of persons in one's charge) ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี มาตรา 174¹⁷⁹ (The German Criminal Code Section 174 Sexual abuse of persons in one's charge) บัญญัติไว้ว่า ผู้ใดกระทำความผิดทางเพศต่อ

(1) บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งฝากให้เลี้ยงดูหรืออุปการะเลี้ยงดู

(2) บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีซึ่งได้รับความไว้วางใจจากพวกเขาในความสัมพันธ์ด้านการจ้างงาน โดยให้การพึ่งพาที่เกี่ยวข้องหรือความสัมพันธ์ในการจ้างงานในทางที่ผิด หรือ

(3) บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งเป็นผู้สืบสันดานโดยสายโลหิตหรือบุตรบุญธรรม หรือผู้สืบสันดานทางสายโลหิตหรือบุตรบุญธรรมของคู่สมรส คู่ชีวิต หรือบุคคลที่ตนมีความสัมพันธ์ในลักษณะเสมือนสมรสด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี โดยหากผู้ใดให้บุคคลที่ตนรับผิดชอบกระทำชำเราหรือต่อหน้าบุคคลที่สาม หรือทำให้บุคคลที่สามกระทำชำเราผู้นั้น ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน

4. ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศเด็ก (Sexual abuse of children)

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี มาตรา 176 (The German Criminal Code Section 176 Sexual abuse of children) โดยกำหนดอายุเด็กไว้ต่ำกว่า 14 ปี ดังนี้¹⁸⁰

(1) ผู้ใด

1. กระทำชำเราบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี (เด็ก) หรือให้เด็กกระทำ

2. ทำให้เด็กกระทำชำเรากับบุคคลที่สามหรือให้บุคคลที่สามกระทำชำเราต่อเด็ก

3. เสนอหรือสัญญาว่าจะจัดหาเด็กให้สำหรับความผิดตามข้อ.1 หรือ 2.

ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป

(2) ในกรณีตามอนุมาตรา (1) ศาลอาจยกเลิกการกำหนดบทลงโทษตามบทบัญญัตินี้ หากการกระทำทางเพศระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กนั้นเกิดจากความยินยอมและความแตกต่างทั้งในด้านอายุและระดับของพัฒนาการและวุฒิภาวะมีน้อย เว้นแต่ผู้กระทำความผิดจะหาประโยชน์จากความบกพร่องของเด็ก ความสามารถในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 178¹⁸¹ บัญญัติถึงบทลงโทษที่หนักขึ้น หากผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตายจากการกระทำในมาตรา 177 โดยบัญญัติว่า ถ้าการกระทำชำเรา บังคับขืนใจ หรือข่มขืน (มาตรา 177) ทำให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตายโดยประมาทอย่างน้อยต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกอย่างต่ำ 10 ปี

¹⁷⁹ Section 173 (1)

¹⁸⁰ Section 176

¹⁸¹ Section 178

จะเห็นได้ว่า กฎหมายของประเทศเยอรมนีได้กำหนดเรื่องความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศเด็ก (Sexual abuse of children) ไว้โดยเฉพาะ โดยได้กำหนดอายุเด็กไว้ที่อายุต่ำกว่า 14 ปี ซึ่งแม้เด็กจะเต็มใจ หรือได้ให้ความยินยอมให้กระทำได้อีกก็เป็นความผิด เนื่องจากกฎหมายของประเทศเยอรมันได้คำนึงถึงอายุ วุฒิ ภาวะ และความสามารถในการตัดสินใจของเด็กด้วย โดยเห็นว่าผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีสติสัมปชัญญะ สมบูรณ์เข้าใจสภาวะสถานการณ์นั้น ๆ และรู้ถึงผลที่จะตามมาหลังจากการให้ความยินยอม ดังนั้น ผู้ที่จะ ให้ความยินยอมได้จะต้องมีวุฒิภาวะพอสมควร ซึ่งหากยังเป็นผู้เยาว์หรือเด็กที่มีอายุน้อย ถึงแม้ว่าเด็กจะ ยินยอม แต่เมื่อพิจารณาจากสภาพ วุฒิภาวะ ความสามารถในการตัดสินใจของเด็กในวัยนั้นแล้ว เห็นว่าอยู่ใน วัยที่ยังอาจถูกหลอกลวงให้ยินยอมได้ หรือหากผู้กระทำความผิดเจตนาจะหาประโยชน์จากความบกพร่องของ เด็ก และความสามารถในการตัดสินใจของเด็ก จึงต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กที่อาจบกพร่องในเรื่อง ของวุฒิภาวะและยังขาดความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเองด้วย

หลักเกณฑ์การลงโทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมายของประเทศเยอรมนีนั้น จะพิจารณาจาก ความชั่วของผู้กระทำความผิดเป็นพื้นฐานในการกำหนดโทษ ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาถึงผลซึ่งเกิดจากโทษที่ กำหนดนี้ว่าจะกระทบถึงการดำเนินชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิดในอนาคต โดยศาลจะชั่งน้ำหนักจาก ข้อเท็จจริง มูลเหตุของการกระทำความผิด เป้าหมายของผู้กระทำความผิด ความรู้สึกนึกคิดซึ่งเห็นได้จากการ กระทำ จิตใจที่มีอยู่ในการกระทำ ความร้ายแรงของการกระทำผิด ลักษณะการกระทำความผิด และผลที่ สะท้อนให้เห็นถึงความชั่วของการกระทำความผิด ประวัติของผู้กระทำความผิด ความประพฤติภายหลังการ กระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งความพยายามที่จะเยียวยาความเสียหายแก่ผู้เสียหาย¹⁸²

ส่วนการเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดนั้น กฎหมายของประเทศเยอรมนีได้กำหนดในกรณี

1) การข่มขืนกระทำชำเราในเครือญาติ (Sexual intercourse between relatives) ตามมาตรา 173 ซึ่งกำหนดให้ผู้ซึ่งกระทำชำเรากับผู้สืบสันดานซึ่งมีความสัมพันธ์ทางสายเลือด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน สามปี ส่วนกรณีเป็นญาติหรือพี่น้องกันต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี แต่หากขณะกระทำความผิด ผู้สืบสันดานหรือพี่น้องอายุต่ำกว่า 18 ปี ก็ไม่ต้องรับโทษตามบทบัญญัตินี้

2) การข่มขืนกระทำชำเราผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง (Sexual abuse of persons in one's charge) ตามมาตรา 174

3) การกระทำความผิดโดยใช้ประโยชน์จากตำแหน่งหน้าที่การงาน 4) การกระทำความผิดโดยใช้ประโยชน์ จากการได้รับความไว้วางใจในการให้คำปรึกษา การรักษา หรือดูแลอื่นใด เช่น ผู้ป่วย

4) การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี¹⁸³

3.2.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส (droit pénal) ได้กำหนดบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการ กระทำรุนแรงในทางเพศไว้ในส่วนที่ 3 ตั้งแต่มาตรา 222-22 ถึงมาตรา 222-30 (SECTION III SEXUAL

¹⁸² ธีรดล วัฒนศักดิ์ (เชิงจรธร 173) 611-612.

¹⁸³ เติ้งอ่าง 610.

AGGRESSIONS - COMMON PROVISIONS Articles 222-22 to 222-30) โดยเพิ่งมีการแก้ไขหมวดความผิดเกี่ยวกับการกระทำความรุนแรงในทางเพศ เมื่อปี 2021 เนื่องจากก่อนหน้านี้กฎหมายของฝรั่งเศสไม่เคยกำหนดอายุความยินยอมเลย แต่ต้องเผชิญกับปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศและร่วมประเวณีในเครือญาติของเด็กที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะจำนวนมาก การที่ไม่ได้กำหนดอายุความยินยอมของฝรั่งเศส ทำให้การล่วงละเมิดต้องการการพิสูจน์ทุกครั้งว่าเป็นการล่วงละเมิดจริง และทำให้เหยื่อต้องพิสูจน์ว่าตนขัดขืน มีการใช้ความรุนแรง การบังคับหรือข่มขู่เพื่อพิสูจน์ต่อศาลว่าเป็นคดีข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็กอย่างมาก เช่น ในกรณีของเด็กซึ่งถูกนักดับเพลิงกว่า 20 รายข่มขืนตั้งแต่อายุ 13 และถูกศาลตัดสินว่าเป็นคดีล่วงละเมิดทางเพศ ไม่ใช่คดีข่มขืนซึ่งมีโทษหนักกว่า เพราะไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าขัดขืนหรือไม่¹⁸⁴

การกระทำความรุนแรงในทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส ได้แก่ การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศโดยใช้ความรุนแรง โดยการบังคับ โดยการข่มขู่หรือทำให้ตื่นตกใจ ซึ่งอาจจะเป็นการกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) หรือกระทำความผิดอื่นนอกจากการข่มขืนกระทำชำเราก็ได้

ประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส มาตรา 222-22¹⁸⁵ (SECTION III SEXUAL AGGRESSIONS - COMMON PROVISIONS Articles 222-22) ที่แก้ไขใหม่ ได้บัญญัติไว้ว่า

“การล่วงละเมิดทางเพศใด ๆ ที่กระทำด้วยความรุนแรง การบีบบังคับ การขู่เข็ญ หรือการทำให้ตื่นตกใจ หรือในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้ การกระทำต่อผู้เยาว์โดยผู้ใหญ่

การข่มขืนและการข่มขืนกระทำชำเราอื่น ๆ เกิดขึ้นเมื่อกระทำต่อเหยื่อในสถานการณ์ที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้ โดยไม่คำนึงถึงลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและเหยื่อ รวมถึงไม่ว่าพวกเขาจะผูกพันกันโดยการแต่งงานหรือไม่

ในกรณีที่มีการล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้เยาว์ในต่างประเทศโดยชาวฝรั่งเศสหรือบุคคลธรรมดา ผู้พำนักในฝรั่งเศส กฎหมายฝรั่งเศสมีผลบังคับใช้กับบุคคลนั้นด้วย”

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (Rape) ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 222-23 ถึง 222-26 โดยในมาตรา 222-23¹⁸⁶ บัญญัติไว้ว่า

“การกระทำใด ๆ ก็ตามที่เป็นการสอดใส่ทางเพศ ไม่ว่าโดยธรรมชาติใด ๆ ก็ตาม หรือการกระทำใด ๆ ที่บริเวณอวัยวะเพศที่กระทำต่อบุคคลของบุคคลอื่นหรือต่อบุคคลของผู้กระทำความผิดด้วยความรุนแรง การบีบบังคับ การขู่เข็ญ หรือการทำให้ประหลาดใจถือเป็นการข่มขืน การข่มขืนมีโทษจำคุกสิบห้าปี”

ดังนั้น การกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นการสอดใส่ล่วงล้ำในทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในลักษณะใด หรือจะเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยด้วยความรุนแรง โดยการบังคับ ข่มขู่ หรือทำให้ตื่นตกใจ ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว

¹⁸⁴ พระจันทร์ เอี่ยมชื่น, ‘อายุเท่าไรถึงจะมีเซ็กซ์ได้อย่าง ‘ถูกต้อง’? กรณีศึกษาเมื่อญี่ปุ่นเสนอเลื่อน ‘อายุความยินยอม’ จาก 13 เป็น 16 ปี และถูกส.ส.คัดค้าน’, The attention. <<https://www.brandthink.me/content/age-of-consent>> สืบค้นเมื่อ 5 มิถุนายน 2566.

¹⁸⁵ ARTICLE 222-22

¹⁸⁶ ARTICLE 222-23 .

ประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสได้บัญญัติเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นไว้อย่างชัดเจน คือ หากการข่มขืนกระทำชำเรา มีลักษณะดังต่อไปนี้ ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น โดยถูกระวางโทษจำคุกยี่สิบปี ตามมาตรา 222-24¹⁸⁷ โดยบัญญัติว่า “การข่มขืนที่กำหนดไว้ในมาตรา 222-23 มีโทษจำคุกยี่สิบปี:

1. เมื่อมันส่งผลให้พิการถาวรหรือทุพพลภาพ;
2. เมื่อกระทำต่อผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี
3. เมื่อกระทำต่อบุคคลซึ่งผู้กระทำความผิดมีความเปราะบางเนื่องจากอายุ ความเจ็บป่วย ความพิการ ความบกพร่องทางร่างกายและจิตใจ หรือการตั้งครรภ์

3 ทวิ เมื่อกระทำต่อบุคคลซึ่งผู้กระทำความผิดเห็นหรือทราบความเปราะบางหรือภาวะพึ่งพิงอันเป็นผลมาจากสถานการณ์ทางเศรษฐกิจหรือสังคมที่ไม่มั่นคงของบุคคลนั้น

4. เมื่อกระทำโดยผู้มีอำนาจหรือบุคคลอื่นใดที่มีอำนาจตามกฎหมายหรือโดยพฤตินัยเหนือเหยื่อ
5. เมื่อมีการกระทำโดยบุคคลที่ใช้อำนาจในทางที่ผิดที่ได้รับจากหน้าที่ของเขา
6. เมื่อมีการกระทำโดยบุคคลหลายคนที่ทำหน้าที่ร่วมกันหรือมีผู้สมรู้ร่วมคิด
7. เมื่อมีการกระทำโดยใช้หรือขู่ใช้อาวุธ
8. เมื่อเหยื่อได้รับการติดต่อกับผู้กระทำความผิดผ่านเครือข่ายการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อเผยแพร่ข้อความไปยังสาธารณะที่ไม่ระบุรายละเอียด

9. (ยกเลิก)

10. เมื่อมีการกระทำร่วมกับการข่มขืนอื่นหนึ่งครั้งหรือมากกว่าที่กระทำต่อเหยื่อรายอื่น
11. เมื่อมีการกระทำโดยคู่สมรสหรือผู้อยู่กินร่วมกันของเหยื่อหรือหุ้นส่วนที่เชื่อมโยงกับเหยื่อโดยข้อตกลงทางแพ่ง

12. เมื่อกระทำโดยบุคคลที่มีอาการเมินเมาอย่างเห็นได้ชัดหรืออยู่ภายใต้อิทธิพลของสารเสพติดอย่างชัดเจน

13. เมื่อการกระทำดังกล่าวกระทำต่อบุคคลที่มีส่วนร่วมในการค้าประเวณี รวมทั้งในบางโอกาส
 14. เมื่อผู้เยาว์อยู่ในเวลาของกิจกรรมและเข้าร่วม
 15. เมื่อมีการให้สารแก่เหยื่อโดยที่เขาไม่รู้ตัว เพื่อเปลี่ยนการรับรู้หรือควบคุมการกระทำของเขา
- หากกรณีที่มีการข่มขืนกระทำชำเราเป็นเหตุให้เหยื่อเสียชีวิต ผู้กระทำความผิดมีโทษหนักขึ้น คือ จำคุกสามสิบปี ตามมาตรา 222-25¹⁸⁸ และการข่มขืนกระทำชำเรา หากมีการทรมานหรือกระทำการใด ๆ เกิดขึ้นก่อน เกิดขึ้นพร้อมกันหรือตามมาด้วยความป่าเถื่อน ผู้กระทำความผิดมีโทษจำคุกตลอดชีวิต ตามมาตรา 222-26¹⁸⁹ แต่หากเป็นการล่วงละเมิดทางเพศประเภทอื่นนอกจากการข่มขืนกระทำชำเรา มีระวางโทษจำคุก 5 ปี และ

¹⁸⁷ ARTICLE 222-24

¹⁸⁸ ARTICLE 222-25

¹⁸⁹ ARTICLE 222-26

ปรับ 75,000 ยูโร ตามมาตรา 222-27¹⁹⁰ และหากเป็นการล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบห้าปี มี
ระวางโทษจำคุก 7 ปี และปรับ 100,000 ยูโร¹⁹¹

จะเห็นได้ว่า ประเทศฝรั่งเศสมีการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศโดยคุ้มครอง
ผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปีไว้เป็นสำคัญ โดยให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 222-24 ข้อ 2
หากการข่มขืนกระทำชำเราได้กระทำต่อผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบห้าปี และได้ระบุไว้ในมาตรา 222-22 อย่าง
ชัดเจน ห้ามการกระทำต่อผู้เยาว์โดยผู้ใหญ่ หมายถึงการห้ามผู้ใหญ่กระทำชำเราหรือล่วงละเมิดทางเพศผู้เยาว์
และหากเป็นการล่วงละเมิดทางเพศประเภทอื่นนอกจากการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งได้กระทำต่อผู้เยาว์อายุต่ำ
กว่าสิบห้าปี ต้องระวางโทษจำคุก 7 ปี และปรับ 100,000 ยูโร ซึ่งเป็นอัตราโทษที่สูงกว่ากรณีเป็นการล่วง
ละเมิดทางเพศกับบุคคลทั่วไป

การกำหนดโทษของประเทศฝรั่งเศสนั้น ได้แบ่งระดับโทษออกเป็น 3 ระดับ คือ โทษระดับลหุโทษ
(Contravention) ระดับกลาง (Delit) และระดับสูงสุด (Crime) และลักษณะเฉพาะตัวที่อาจมีผลต่อการ
กำหนดโทษ ได้แก่ 1) การยอมรับสารภาพ ถ้ารับสารภาพว่ากระทำความผิด ศาลก็จะลดโทษให้ครึ่งหนึ่ง 2)
ปัจจัยทางสังคมที่มีผลต่อการกระทำ เช่น ครอบครัวหย่าร้าง สถานะทางครอบครัว 3) ปัญหาด้านจิตวิทยา 4)
การกระทำความผิดติดนิสัยย่อมต้องได้รับโทษหนักขึ้น¹⁹² ส่วนการเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดนั้นได้กำหนดไว้
อย่างชัดเจน ซึ่งมีลักษณะที่ผู้กระทำผิดได้ใช้กำลังประทุษร้าย มีอาวุธ หรือกระทำต่อเหยื่อด้วยความรุนแรง
และกระทำต่อบุคคลที่มีลักษณะพิเศษ ได้แก่ เด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี กลุ่มคนเปราะบาง เช่น คนพิการ คนป่วย
คนชรา เป็นต้น บุคคลที่อยู่ในความดูแล หรือกระทำโดยใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ หรือร่วมกันกระทำความผิด
หลายคน ผู้กระทำผิดย่อมต้องได้รับโทษหนักขึ้น

3.2.3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศญี่ปุ่น

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น (Penal Code of Japan) ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับ
เพศไว้ในบทที่ 22 อาชญากรรมเกี่ยวกับการกระทำลามกอนาจาร การบังคับมีเพศสัมพันธ์ และการมีภรรยา
หรือสามีสองคนในขณะเดียวกัน (การกระทำอนาจารในที่สาธารณะ) (Chapter XXII Crimes of Obscenity,
Forcible Sexual Intercourse, and Bigamy)

โดยประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น ได้กำหนดความผิดฐานกระทำอนาจารไว้ 3
ประเภท คือ

1. การกระทำอนาจารต่อหน้าสาธารณชน มีโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน ปรับไม่เกิน 300,000 เยน
กักขังหรือปรับลหุโทษ ตามมาตรา 174¹⁹³

¹⁹⁰ ARTICLE 222-27

¹⁹¹ ARTICLE 222-28

¹⁹² ธีรดล วัฒนศักดิ์ (เชิงจรธร 173) 610-612.

¹⁹³ Article 174

2. การกระทำอนาจารโดยการเผยแพร่หรือแสดงในวัตถุลามกอนาจารในที่สาธารณะ มีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี ปรับไม่เกิน 2,500,000 เยน หรือปรับลหุโทษ หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 175(1)¹⁹⁴

3. การบังคับกระทำอนาจารด้วยการทำร้ายหรือขู่เข็ญผู้อื่นซึ่งมีอายุไม่น้อยกว่าสิบสามปี ต้องระวางโทษ จำคุกไม่น้อยกว่าหกเดือน แต่ไม่เกิน 10 ปี เช่นเดียวกับบุคคลที่กระทำอนาจารแก่ผู้อื่นที่มีอายุต่ำกว่าสิบสามปี ตามมาตรา 176¹⁹⁵

สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือการบังคับมีเพศสัมพันธ์ (Rape) ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 177¹⁹⁶ โดยบัญญัติไว้ว่า “บุคคลซึ่งถูกประทุษร้ายหรือข่มขู่โดยบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ทางช่องคลอด การมีเพศสัมพันธ์ทางทวารหนักหรือการมีเพศสัมพันธ์ทางปาก (ต่อไปนี้จะเรียกว่า "การมีเพศสัมพันธ์") กับบุคคลอื่นที่มีอายุไม่น้อยกว่าสิบสามปี มีความผิดฐานบังคับมีเพศสัมพันธ์ (บังคับประเวณี) และมีโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี เช่นเดียวกับบุคคลที่มีเพศสัมพันธ์กับบุคคลอื่นที่มีอายุต่ำกว่าสิบสามปี” แสดงว่าการมีเพศสัมพันธ์หรือกระทำชำเราบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบสามปี ไม่ว่าจะยินยอมหรือไม่ ก็เป็นความผิดและมีโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี นอกจากนี้ ตามมาตรา 178¹⁹⁷ ได้ให้ความคุ้มครองการกระทำต่อบุคคลที่ไร้สติหรือถูกทำให้ไร้สติด้วย โดยได้กำหนดไว้ว่า “(1) ผู้ใดกระทำอนาจารต่อบุคคลอื่นโดยอาศัยความไร้สติหรือไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นหมดสติหรือไม่สามารถขัดขืนได้ ต้องระวางโทษ เช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในมาตรา 176

ผู้ใดร่วมประเวณีกับผู้อื่นโดยถือประโยชน์จากภาวะหมดสติหรือขัดขืนไม่ได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นหมดสติหรือขัดขืนไม่ได้ ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในบทความก่อนหน้านี้” คือต้องรับโทษ เช่นเดียวกับความผิดฐานบังคับมีเพศสัมพันธ์ ตามมาตรา 177

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นยังได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่ถูกล่วงละเมิดโดยอาศัยอิทธิพลจากการมีอำนาจปกครองไว้ โดยหากเป็นการอนาจารโดยผู้มีอำนาจปกครองกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือการบังคับมีเพศสัมพันธ์โดยผู้มีอำนาจปกครองกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี ย่อมมีความผิดตามมาตรา 179¹⁹⁸

(1) ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอื่นซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี โดยอาศัยอิทธิพลอันเกิดจากการมีอำนาจปกครองผู้นั้น ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในมาตรา 176

(2) บุคคลที่ร่วมประเวณี ฯลฯ กับบุคคลอื่นที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี โดยอาศัยอิทธิพลอันเกิดจากการเข้าปกครองของบุคคลนั้น ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในมาตรา 177

¹⁹⁴ Article 175

¹⁹⁵ Article 176

¹⁹⁶ Article 177

¹⁹⁷ Article 178

¹⁹⁸ Article 179

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัติเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดในหมวดนี้ไว้ โดยกำหนดให้การพยายามกระทำความผิดในหมวดนี้เป็นความผิดด้วย โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 180¹⁹⁹ ว่า “ความพยายามใด ๆ ที่จะก่ออาชญากรรมที่กำหนดไว้ในมาตรา 176 ถึงมาตราก่อนหน้านี้อาจลงโทษ” และหากการกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ หรือความพยายามที่จะกระทำความผิดใด ๆ ดังกล่าวข้างต้น เป็นเหตุให้มีผู้เสียชีวิตหรือได้รับบาดเจ็บ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกหนักขึ้น ตามมาตรา 181²⁰⁰

จะเห็นได้ว่า กฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศได้บัญญัติให้ความคุ้มครอง ในความผิดฐานบังคับมีเพศสัมพันธ์โดยผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นผู้ใหญ่แล้วหรือบุคคลที่ยังเป็นเด็กและเยาวชน โดยในมาตรา 177 ซึ่งเป็นบทหลัก ได้กำหนดโทษจำคุกอย่างเด็ดขาดไม่น้อยกว่า 5 ปี และได้บัญญัติคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ไว้ หากกระทำชำเราบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบสามปี ไม่ว่าจะยินยอมหรือไม่ ก็เป็นความผิดและมีโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี แต่หากเป็นการบังคับกระทำอนาจารด้วยการทำร้ายหรือขู่เข็ญผู้อื่นซึ่งมีอายุไม่น้อยกว่าสิบสามปี โดยผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหกเดือน แต่ไม่เกิน 10 ปี ตามมาตรา 176 ดังนั้น หากเป็นการกระทำต่อบุคคลที่ไม่ได้อยู่ในวัยเด็กแล้ว กฎหมายกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำที่ศาลจะต้องลงโทษไว้ต่ำกว่ากรณีกระทำต่อบุคคลที่มีอายุน้อยกว่าสิบสามปี

ส่วนเหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น ได้แก่กรณีกระทำความผิดโดยอาศัยความไร้สติหรือไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นหมดสติหรือไม่สามารถขัดขืนได้ หรือการกระทำโดยอาศัยอิทธิพลจากการมีอำนาจปกครองและกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี และหากการกระทำผิดเป็นเหตุให้มีผู้เสียชีวิตหรือได้รับบาดเจ็บ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกหนักขึ้น

¹⁹⁹ Article 180

²⁰⁰ Article 181

บทที่ 4

วิเคราะห์เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดอายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กบทเพิ่มโทษ ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามกฎหมายประเทศไทยและต่างประเทศ

ในบทนี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็ก และหลักกฎหมายเรื่องการกระทำชำเราของประเทศไทยและต่างประเทศที่ได้นำเสนอมา เพื่อศึกษาและหาหลักเกณฑ์ในการกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและบทเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำชำเราที่เหมาะสมกับสภาพสังคมของประเทศไทย เพื่อแก้ไขปัญหาทางสังคมที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต

4.1 วิเคราะห์ปัญหาและผลกระทบเกี่ยวกับการกำหนดเกณฑ์อายุของผู้เสียหายที่เป็นเด็ก และบทเพิ่มโทษ ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามกฎหมายของประเทศไทย

หากพิจารณาตามหลักการและแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กแล้ว จะเห็นได้ว่า ตามมุมมองเกี่ยวกับความเป็นเด็กของนักปรัชญาคนสำคัญในยุค คือ จอห์น ล็อก (John Locke) ซึ่งเห็นว่า เด็กมีสิทธิตามธรรมชาติที่จะต้องได้รับการคุ้มครอง โดยเด็กนั้นเป็นกระดานชนวนที่ว่างเปล่า กล่าวคือ ไม้ดีและไม่เลว เด็กจึงต้องการการศึกษาเพื่อพัฒนาตนเองไปในแนวทางที่ถูกต้องและเหมาะสมกับสภาพสังคมที่ตนอาศัย ส่วนฌอง-ฌัก รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) เห็นว่า โดยพื้นฐานแล้ว เด็กเป็นผู้บริสุทธิ์ (pure) แต่ถูกทำให้ไม่บริสุทธิ์โดยสภาพแวดล้อมทางสังคม จุดเริ่มต้นของการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิเด็กเกิดขึ้นภายหลังสงครามโลก ได้มีการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนอย่างจริงจัง แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนได้มีการพัฒนาสู่การยอมรับในฐานะของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยนำไปสู่การก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ (United Nation) ในที่สุด สมัชชาสหประชาชาติได้มีมติรับเอา “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน” (The Universal Declaration of Human Rights) โดยมุ่งหมายที่จะให้เป็นมาตรฐานร่วมกันในการส่งเสริมและเคารพต่อสิทธิเสรีภาพอย่างสากลและเป็นผลในสังคม และยังมีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (the United Nations Convention on the Rights of the Child)

ซึ่งมีหลักมาตรฐานเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กปรากฏอยู่ด้วย โดยนำไปใช้เพื่อสวัสดิภาพของเด็ก หลักการส่งผลกระทบต่อวิวัฒนาการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับตัวเด็กและอนาคตของเด็กอีกด้วย จึงมีการสร้างหลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเด็ก (children's rights) ในที่สุด อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ถือได้ว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศฉบับแรกที่มีผลบังคับให้รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตามในการให้ความคุ้มครองและส่งเสริมเด็กในขั้นพื้นฐานได้อย่างแท้จริง และเป็นกำหนดมาตรฐานสากลทางกฎหมายที่นานาประเทศได้ร่วมตกลงกันเพื่อคุ้มครองและส่งเสริมเด็ก โดยเป็นการยกระดับการให้ความคุ้มครองแก่เด็กในฐานะเป็นสิทธิเด็ดขาด อันไม่สามารถจำกัดเพื่อละเมิดสิทธิของเด็กได้ โดยวางหลักให้การกระทำใดอันเกี่ยวข้องกับเด็กจะต้องพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นพื้นฐานเบื้องต้น รวมถึงกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำให้แก่รัฐภาคีในการจัดมาตรการคุ้มครองเด็กให้มีมาตรฐานเทียบเท่าหรือดีกว่า เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่เด็ก และเพื่อให้การกระทำใด ๆ ของรัฐเป็นไปอย่างสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาดังกล่าว ประเทศไทยได้ให้การรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและร่วมเป็นภาคีในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ปัจจุบัน สิทธิเด็กได้รับการให้ความสำคัญโดยเน้นไปที่การให้ความคุ้มครองเด็กจากปัญหาต่าง ๆ เช่น ปัญหาในด้านโภชนาการ ปัญหาจากการถูกทอดทิ้ง รวมถึงปัญหาทางด้านกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วย หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กซึ่งมีความเป็นสากลนั้น เมื่อได้มีการนำไปปรับใช้ในทางปฏิบัติแล้วก็ย่อมจะต้องมีการปรับเปลี่ยนไปตามบริบทและสภาพปัญหาของแต่ละสังคม

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ได้กำหนดพันธกรณีให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องดำเนินการคุ้มครองสิทธิเด็กในหลายประการ ในการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับเด็กจะต้องคำนึงถึงสิทธิเด็กและที่สำคัญที่สุดคือต้องยึดถือหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child) เป็นข้อพิจารณาในการดำเนินการ ซึ่งคำว่า “เด็ก” ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในตราสารทางกฎหมายระหว่างประเทศว่า หมายความว่า บุคคลทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี โดย ข้อ 1. ให้คำนิยาม “เด็ก”²⁰¹ ไว้ว่า “เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ เด็กหมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น” ซึ่งจากคำนิยามดังกล่าวส่งผลให้มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี อยู่ในความหมายของคำว่าเด็กทั้งสิ้น เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายของแต่ละประเทศที่ใช้อยู่

สิทธิที่สำคัญที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่จะต้องนำมาวิเคราะห์คือ สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Right of Protection) เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการกระทำในทุกรูปแบบที่อาจเป็นอันตรายต่อเด็ก โดยรัฐภาคีจะต้องให้การส่งเสริม สนับสนุนและช่วยเหลือเด็กทุกคนอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกันโดยไม่เลือกปฏิบัติ รวมถึงการแสวงหาประโยชน์ทางเพศหรือการล่วงละเมิดทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการชักชวนหรือข่มขู่ให้เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ การค้าประเวณีหรือการเข้าไปมีส่วนในสื่อลามกเด็ก ซึ่งปรากฏอย่างชัดเจนในมาตรา 34 ของอนุสัญญา²⁰² ดังนั้น มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ย่อมต้องได้รับการ

²⁰¹ UNCRC Article 1

²⁰² UNCRC Article 34

คุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์ในทางเพศหรือการล่วงละเมิดทางเพศ รวมถึงการถูกล่อลวงหรือชักจูงให้เข้าร่วมกิจกรรมในทางเพศ รัฐภาคีจึงมีหน้าที่ต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็กในกรณีนี้ อย่างชัดเจน และอาจคุ้มครองสิทธิเด็กให้ได้มากกว่ามาตรฐานตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กดังกล่าวด้วย

นอกจากนี้ หากพิจารณาตามทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำผิดของเด็กและการคุ้มครองเด็ก จะเห็นได้ว่า ซิกมันด์ ฟรอยด์ (Sigmund Freud) ผู้คิดทฤษฎีจิตวิเคราะห์ ได้อธิบายว่า พฤติกรรมต่าง ๆ ของมนุษย์ ความรู้สึกนึกคิด อารมณ์และการกระทำต่าง ๆ ทั้งที่ปกติและไม่ปกติ เกิดจากแรงผลักดันจากความต้องการตามสัญชาตญาณ (Sexual drive) และสัญชาตญาณความก้าวร้าว (Aggressive drive) โดยหากบุคคลอยู่ในภาวะระดับที่ 3 จิตไร้สำนึก หรือจิตใต้สำนึก (Unconscious) ซึ่งเป็นภาวะจิตที่ไม่อยู่ในภาวะที่รู้ตัว เป็นสภาพที่บุคคลไม่รู้ตัวและเป็นระดับที่มีปริมาณมาก พฤติกรรมของบุคคลได้รับอิทธิพลจากจิตไร้สำนึกด้วย สิ่งที่มีอิทธิพลจูงใจพฤติกรรมและการดำเนินชีวิตของคนเรามากที่สุดก็คือ ส่วนที่เป็นจิตใต้สำนึกและสิ่งที่คนเรามักจะเก็บกดลงไปที่ยจิตใต้สำนึก ก็คือความต้องการก้าวร้าวกับความต้องการทางเพศ ซึ่งจะมีแรงผลักดัน จะก่อให้เกิดกลไกในการป้องกันตัว โดยจะเกิดการเก็บกด การหาเหตุผลเข้าข้างตนเองเพื่อให้คนอื่นยอมรับ การถอยหนีกลับไปหาสิ่งที่มีความสุข การแยกตัว การหาสิ่งมาแทนที่เพื่อระบายความคับข้องใจความไม่พอใจ การเลียนแบบบุคคลที่ตนยกย่องหรือใกล้ชิด และการกระทำของมนุษย์มุ่งเน้นเรื่องเพศ มนุษย์จะมีพัฒนาการตามแนวที่ก่อให้เกิดความพอใจทางเพศ โดยในระยะวุฒิภาวะทางเพศ (The Genital Stage) เมื่ออายุ 12 ปีขึ้นไป บุคคลจะเข้าสู่วัยรุ่น มีการเปลี่ยนแปลงของร่างกายทั้งทางด้านชีวภาพและสรีระ การทำงานของฮอร์โมนเพศ ทำให้อวัยวะที่แสดงถึงเอกลักษณ์ทางเพศสมบูรณ์ขึ้น การเปลี่ยนแปลงเหล่านี้เพิ่มการตื่นตัวทางเพศ เริ่มสนใจและรู้จักการสร้างสัมพันธ์ภาพกับเพศตรงข้าม เป็นระยะที่บุคคลต้องการอิสระ แต่ก็ขัดแย้งกับความเป็นจริงที่ยังต้องพึ่งพาบิดามารดา นอกจากนี้ ตามทฤษฎีการเลียนแบบ (Imitation Theory) ของ กาบเรียม ทาร์ด (Jean-Gabriel De Tarde) กฎการเลียนแบบอยู่ 3 กฎ ที่ทำให้คนกลายเป็นอาชญากรคือ

1. คนที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันจะเลียนแบบพฤติกรรมกัน เช่น เลียนแบบเพื่อน
2. การเลียนแบบคนที่สถานะเหนือกว่าตน เช่น เด็กเลียนแบบผู้ใหญ่
3. การมีพฤติกรรมใหม่จะทดแทนพฤติกรรมเก่า เช่น เดิมดื่มแต่เหล้า

ต่อมามีการใช้ยาเสพติดร่วมด้วย ทาร์ดเชื่อว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลและการเฝ้าสังเกตพฤติกรรมนั้นจะมีผลทำให้บุคคลสามารถเลียนแบบพฤติกรรมกันได้ ตัวอย่างในภาพยนตร์ โทรทัศน์ หรือสื่อหนังสือพิมพ์ต่างก็มีอิทธิพลต่อพฤติกรรมอาชญากรได้ทั้งสิ้น ดังนั้น เด็กที่มีอายุยังไม่ถึง 18 ปี จึงมีแนวโน้มที่จะเลียนแบบพฤติกรรมที่เคยพบเห็น เช่น เลียนแบบเพื่อน เพื่อให้ได้รับการยอมรับ เลียนแบบภาพที่เห็นในภาพยนตร์โทรทัศน์ การแต่งกายตามดารา นักแสดง นักร้องที่ชื่นชอบ เป็นต้น ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดของอีริคสัน เรื่องการพัฒนาการของบุคคลเฉพาะที่เกี่ยวกับการเลียนแบบช่วงอายุระหว่าง 13-17 ปี (Sense of Identity) เป็นขั้นของสำนึกแห่งการเลียนแบบอายุช่วงนี้วัยรุ่นจะมีจิตใจสับสน วุ่นวาย หงุดหงิด ลังเลในการตัดสินใจระหว่างการเลียนแบบเพื่อน ๆ และการเชื่อฟังบิดา มารดา พวกเขามีความคิดสองจิตสองใจจะยอมรับหรือปฏิเสธ แต่อิทธิพลจากเพื่อนก็มีระดับสูงมากกว่าวัยอื่นจึงเลียนแบบกลุ่มเพื่อน เช่น การดื่มสุรา การสูบบุหรี่ การเล่นสนุกเกอร์ การเล่นพนันฟุตบอล การดูคลิ๊ปอนาจาร และที่รุนแรงกว่านั้นคือ การเสพยาเสพติด

ดังนั้น วัยรุ่นจะมีธรรมชาติการรวมกลุ่มกัน และจะเลียนแบบเพื่อนโดยเฉพาะวัยรุ่นที่มีความสนใจฟังที่เรื่องเพศ กิจกรรมที่ทำร่วมกันเกี่ยวกับเรื่องเพศจึงตามมาในรูปแบบต่าง ๆ ดังนั้น ไม่ว่าจะพิจารณาในมุมมองของผู้กระทำ ความผิดซึ่งเป็นเด็ก หรือในมุมมองของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กนั้น ล้วนแต่มีแนวโน้มที่จะมีพฤติกรรมตามแนวคิดและ ทฤษฎีดังกล่าวได้ทั้งสิ้น ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นว่า พฤติกรรมหรือการกระทำของเด็กซึ่งเป็นวัยรุ่นในช่วง อายุ 13-18 ปี คือช่วงชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 1 ถึง ปีที่ 6 นั้น มีความสอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีดังกล่าว วุฒิ ภาวะและความสามารถในการตัดสินใจของเด็กในช่วงอายุ 13-18 ปี จึงยังไม่คงที่ และยังไม่ได้รับการพัฒนา อย่างเหมาะสมเพียงพอที่จะทำการตัดสินใจหรือให้ความยินยอมในเรื่องทางเพศหรือเรื่องเกี่ยวกับชีวิตของตนที่ อาจมีผลกระทบต่อตัวเองในอนาคต จึงอาจถูกล่อลวงหรืออาจถูกชักจูงให้มีเพศสัมพันธ์ได้ง่ายและไม่อาจ รับผิดชอบต่อการตัดสินใจของตนที่อาจเกิดผลเสียหรือปัญหาในระยะยาวต่อตนเองและต่อสังคมในอนาคตได้ เด็กในช่วงอายุดังกล่าวจึงควรที่จะได้รับการคุ้มครองเกี่ยวกับการตัดสินใจในเรื่องทางเพศของตน

แต่หากพิจารณาบทบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก แล้ว จะเห็นได้ว่า มีการให้ความ คุ้มครองเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี และเด็กอายุไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น ทำให้การกระทำชำเราเด็กที่มีอายุเกินสิบ ห้าปีขึ้นไป แต่ยังไม่เกินสิบแปด รวมอยู่กับกรณีการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลซึ่งเป็นผู้ใหญ่แล้ว จึงไม่ได้ให้ ความคุ้มครองไว้เป็นพิเศษเหมือนกรณีมาตรา 277 ที่การกระทำชำเราเด็กนั้น ไม่ว่าจะเด็กจะยินยอมด้วยหรือไม่ก็ ตาม ผู้กระทำก็มีความผิดเสมอ ทั้ง ๆ ที่หากพิจารณาตามทฤษฎีที่เกี่ยวกับพฤติกรรมของมนุษย์ในแต่ละวัยและ ข้อเท็จจริงที่ปรากฏอย่างชัดเจนในสังคมไทยนั้น จะเห็นได้ว่า บุคคลอายุเกินกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี นั้นยังเป็นเด็กและอยู่ในวัยของการเรียนในระดับเพียงชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายเท่านั้น ยังขาดประสบการณ์ ชีวิต ยังไม่สามารถหาเลี้ยงชีพด้วยตนเองได้ วัยวุฒิและวุฒิภาวะยังไม่สามารถตัดสินใจให้ความยินยอมเรื่องทาง เพศได้ โดยเป็นวัยที่มักจะใช้อารมณ์มากกว่าเหตุผล จึงอาจถูกล่อลวงหรือถูกโน้มน้าวให้ยินยอมได้โดยง่าย โดยเฉพาะจากวัยที่เป็นผู้ใหญ่แล้วที่อาจจะล่อลวงเด็กที่เริ่มเป็นวัยรุ่นหรือให้เงินตอบแทนเพื่อให้เด็กยินยอมจน ตกเป็นเหยื่อและอาจทำให้เด็กเสียอนาคตได้ การกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราจึงไม่ เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ไม่ได้ให้ความคุ้มครองเด็กอย่างครอบคลุม และไม่สอดคล้องกับกฎหมาย อื่น ๆ ของไทยด้วย

ส่วนปัญหาเรื่องการเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก หากพิจารณาประมวลกฎหมาย อาญาของไทยจะพบว่า ยังไม่มีบทบัญญัติเพิ่มโทษกรณีที่เด็กไม่ยินยอมและถูกข่มขืนใจหรือถูกกระทำชำเรา โดยใช้กำลังประทุษร้าย ทั้ง ๆ ที่การกระทำดังกล่าว เป็นเหตุให้เด็กที่ตกเป็นเหยื่อได้รับอันตรายแก่ร่างกายและ ส่งผลกระทบต่อจิตใจมากกว่ากรณีที่เด็กยินยอมด้วย เนื่องจากเมื่อเด็กไม่ยินยอมแล้ว ผู้กระทำความผิดมักจะ ใช้วิธีการใช้กำลังบังคับ ทำร้าย ชูเชิญ วางยาให้สลบ ทำให้เด็กอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือหลอกลวง ให้เด็กเข้าใจว่าเป็นคนอื่นเพื่อให้เด็กยินยอม ซึ่งผลของการใช้กำลังประทุษร้ายและวิธีการต่าง ๆ เหล่านี้ ล้วน แต่ส่งผลให้เด็กได้รับอันตรายแก่กายและมีผลกระทบทางจิตใจมากกว่ากรณีที่เด็กให้ความยินยอมด้วยตนเอง ซึ่งหากไม่มีการกำหนดบทบัญญัติเพิ่มเติมโทษแก่ผู้กระทำผิดในส่วนนี้ย่อมทำให้เด็กอาจไม่ได้รับความยุติธรรม หรือผู้กระทำผิดถูกกำหนดโทษโดยไม่ได้คำนึงถึงความรุนแรงของการกระทำและความเสียหายที่เด็กได้รับ

ในเรื่องปัญหากรณีการกระทำเราเด็กตามมาตรา 277 ซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กด้วยกัน ปัจจุบันยังคงมีการกำหนดให้เป็นความผิดและเด็กซึ่งเป็นผู้กระทำผิดก็ยังคงต้องได้รับโทษตามกฎหมายโดยถูกดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว ยกเว้นแต่เข้ากรณีมาตรา 277 วรรคห้า และวรรคหก กรณีกระทำต่อเด็กอายุกว่าสิบสามปี แต่ไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กทั้งสองฝ่ายต่างยินยอม ศาลเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษ ซึ่งในความเป็นจริง บุคคลอายุยังไม่เกินสิบแปดปีก็เป็นเพียงเด็กเหมือนกันกับเด็กที่เป็นผู้เสียหาย การที่เด็กทั้งสองฝ่ายต่างยินยอมมีเพศสัมพันธ์กันด้วยความเต็มใจทั้งคู่ เนื่องจากเป็นคนรักกัน ย่อมเกิดจากความบริสุทธิ์ใจ ปราศจากอิทธิพลหรืออำนาจใดครอบงำให้กระทำ จึงไม่ควรจะมีฝ่ายใดต้องรับโทษตามกฎหมาย เนื่องจากเด็กทั้งสองฝ่ายต่างเป็นเหยื่อด้วยกันทั้งคู่ และไม่ควรมานำโทษทางอาญามาเป็นเครื่องมือในการบังคับ เช่น ตำรวจ อัยการ ศาล สถานพินิจ เป็นต้น

4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดเกณฑ์อายุของผู้เสียหายที่เป็นเด็กและบทเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามกฎหมายประเทศไทยและต่างประเทศ

4.2.1 การแก้ไขอายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กจากอายุไม่เกิน 15 ปี เป็นอายุไม่เกิน 18 ปี

4.2.1.1. ข้อมูลที่สนับสนุนในการแก้ไขอายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กจากอายุไม่เกิน 15 ปี เป็นอายุไม่เกิน 18 ปี

จากการศึกษาแนวคิดเรื่องความเป็นเด็กของนักคิดนักปรัชญาต่าง ๆ ที่ได้รับการยอมรับ อาทิ จอห์น ล็อก (John Locke) ซึ่งเห็นว่า เด็กมีสิทธิตามธรรมชาติที่จะต้องได้รับการคุ้มครอง โดยเด็กนั้นเป็นกระดานชนวนที่ว่างเปล่า กล่าวคือ ไม่ดีและไม่เลว เด็กจึงต้องการการศึกษาเพื่อพัฒนาตนเองไปในแนวทางที่ถูกต้องและเหมาะสมกับสภาพสังคมที่ตนอาศัย ส่วนฌอร์ฌ ซัก รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) เห็นว่า โดยพื้นฐานแล้ว เด็กเป็นผู้บริสุทธิ์ แต่ถูกทำให้ไม่บริสุทธิ์โดยสภาพแวดล้อมทางสังคม และจากการศึกษาทฤษฎีต่าง ๆ เกี่ยวกับพฤติกรรมมนุษย์ในวัยต่าง ๆ ได้แก่ ทฤษฎีจิตวิเคราะห์ของซิกมันด์ ฟรอยด์ (Sigmund Freud) ทฤษฎีการเลียนแบบ (Imitation Theory) ของ ชอง กาเบรียล ทาร์ด (Jean-Gabriel De Tarde) แนวคิดของ อีริก อีริกสัน (Erik Erikson) จะพบว่ามีความสอดคล้องกันถึงลักษณะและพฤติกรรมตามธรรมชาติของเด็กกว่า โดยพื้นฐานแล้วเด็กเหมือนกระดานชนวนที่ว่างเปล่าที่ต้องการการศึกษาเพื่อพัฒนาตนเองไปในทางที่เหมาะสมและถูกต้อง โดยเด็กจะเปลี่ยนไปตามสภาพแวดล้อมทางสังคม เด็กจึงมีสิทธิตามธรรมชาติที่ต้องได้รับการคุ้มครอง โดยเมื่ออายุ 12 ปี ขึ้นไป บุคคลจะเข้าสู่วัยรุ่น มีการเปลี่ยนแปลงของร่างกายทั้งทางด้านชีวภาพและสรีระ การทำงานของฮอร์โมนเพศ ทำให้อวัยวะที่แสดงถึงเอกลักษณ์ทางเพศสมบูรณ์ขึ้น การเปลี่ยนแปลงเหล่านี้เพิ่มการตื่นตัวทางเพศ เริ่มสนใจและรู้จักการสร้างสัมพันธ์ภาพกับเพศตรงข้าม และเด็กที่มีอายุยังไม่ถึง 18 ปี จึงมีแนวโน้มที่จะเลียนแบบพฤติกรรมที่เคยพบเห็น เช่น เลียนแบบเพื่อน เพื่อให้ได้รับการยอมรับ เลียนแบบภาพที่เห็นในภาพยนตร์ ในช่วงอายุระหว่าง 13-17 ปี อายุช่วงนี้วัยรุ่นจะมีจิตใจสับสน วุ่นวาย หงุดหงิด ลังเลในการตัดสินใจระหว่างการเล่นแบบเพื่อน ๆ และการเชื่อฟังบิดา มารดา วัยรุ่นจะมีธรรมชาติ

การรวมกลุ่มกัน และจะเลียนแบบเพื่อนโดยเฉพาะวัยรุ่นที่มีความสนใจฟังที่เรื่องเพศ มีกิจกรรมที่ทำร่วมกันเกี่ยวกับเรื่องเพศ หรือ การดื่มสุรา การสูบบุหรี่ การเล่นพนันฟุตบอล การดูคลิปอนาจาร หรือการเสพยาเสพติด ดังนั้น วุฒิภาวะและความสามารถในการตัดสินใจของเด็กในช่วงอายุ 13-18 ปี จึงยังไม่คงที่ และยังไม่ได้รับการพัฒนาอย่างเหมาะสมเพียงพอที่จะทำการตัดสินใจอย่างมีเหตุผล เด็กในช่วงอายุดังกล่าวจึงควรที่จะได้รับการคุ้มครอง นอกจากนี้ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กซึ่งไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกได้กำหนดพันธกรณีให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องดำเนินการคุ้มครองสิทธิเด็กในหลายประการ โดยในการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับเด็ก สิ่งสำคัญที่สุดคือต้องยึดถือหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นข้อพิจารณาในการดำเนินการ โดย ข้อ 1. ให้คำนิยาม “เด็ก” ไว้ชัดเจนว่า หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ดังนั้น มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ย่อมอยู่ในความหมายของคำว่าเด็กทั้งสิ้น เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายของแต่ละประเทศที่ใช้อยู่ โดยอนุสัญญาสิทธิเด็ก ค.ศ.1989ได้กำหนดให้เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการกระทำในทุก รูปแบบที่อาจเป็นอันตรายต่อเด็ก และในข้อ 34 เด็กย่อมได้รับการคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ หรือการล่วงละเมิดทางเพศทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการชักชวนหรือข่มขู่ให้เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ การค้าประเวณีหรือการเข้าไปมีส่วนในสื่อลามกเด็ก รัฐภาคีจึงมีหน้าที่ต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็กอย่างชัดเจน

หากพิจารณาในเรื่องของการบัญญัติหลักกฎหมายอื่นของไทยที่เกี่ยวข้องกับเด็ก จะเห็นได้ว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเด็กในแต่ละมาตราแล้ว จะพบว่าเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิของเด็กและเพื่อให้เด็กได้รับประโยชน์อย่างสูงสุดที่กฎหมายจะพึงรับรองไว้ในแต่ละกรณี อาทิ การกำหนดให้บุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ หรืออาจบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสได้ ซึ่งในระหว่างที่ยังเป็นผู้เยาว์ไม่บรรลุนิติภาวะนั้น กฎหมายได้จำกัดประเภทของนิติกรรมที่เด็กจะพึงกระทำได้ ทั้งนี้ เนื่องจากเด็กยังมีวุฒิภาวะ ความสามารถในการตัดสินใจ และประสบการณ์ยังน้อย กฎหมายจึงจำกัดสิทธิในการทำนิติกรรมบางประเภท โดยบัญญัติให้อยู่ในความดูแลของบิดามารดา หรือผู้ปกครอง เพื่อไม่ให้ผู้เยาว์ถูกเอารัดเอาเปรียบโดยอาศัยความเป็นเด็ก หากฝ่าฝืนกฎหมายก็จะส่งผลต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมที่สร้างขึ้น นอกจากนี้ ในระหว่างเป็นผู้เยาว์ ยังถูกกำหนดสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตรไว้อย่างชัดเจน เช่น หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรของบิดามารดา โดยบิดามารดามีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์และบุตรผู้ทุพพลภาพ การตั้งผู้ปกครองโดยคำสั่งศาล การรับบุตรบุญธรรมและค่าอุปการะเลี้ยงดู การใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ของผู้มีอำนาจปกครอง เป็นมาตรการซึ่งใช้ในการคุ้มครองเด็ก โดยให้อำนาจแก่บิดามารดาหรือผู้รับบุตรบุญธรรมซึ่งใช้อำนาจปกครองเหนือผู้เยาว์ ทำหน้าที่ในการคุ้มครองดูแลและรักษาผลประโยชน์ของเด็ก จะเห็นได้ว่า ในทางกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมีการให้ความคุ้มครองเด็กอย่างมาก โดยให้ความคุ้มครองจนถึงอายุ 20 ปีบริบูรณ์

ในส่วนของกฎหมายวิธีพิจารณาความก็ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กในกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ทั้งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว โดยในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้วางหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนเอาไว้เป็นพิเศษโดยเฉพาะในเรื่องการสอบสวนเด็กที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี ทั้งใน

กรณีของเด็กหรือเยาวชนอยู่ในฐานะผู้เสียหาย ฐานะพยาน หรือในฐานะผู้ต้องหา ซึ่งในการสอบสวนเด็กจะต้องจัดให้เด็กอยู่ในสถานที่ที่เป็นสัดส่วนที่เหมาะสมสำหรับเด็ก มีสหวิชาชีพและบุคคลที่เด็กร้องขอเข้าร่วมในการสอบสวนด้วย ซึ่งมาตรา 134/2 ได้กำหนดให้นำมาตรา 133 ทวิ มาใช้บังคับกับกรณีถามปากคำผู้ต้องหาซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปีด้วย และได้กำหนดถึงสิทธิในการมีทนายของเด็กที่เป็นผู้ต้องหาไว้ จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดให้ความคุ้มครองเด็กไว้อย่างชัดเจน โดยการปฏิบัติต่อเด็กนั้นจะมีการให้ความคุ้มครองต่อเด็กมากกว่าผู้ใหญ่ ทั้งนี้ กฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองเด็ก ไม่ให้เด็กที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี ได้รับผลกระทบทางร่างกายและจิตใจ โดยหากปรากฏว่ามีการปฏิบัติต่อเด็กนั้นฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็อาจมีผลทำให้การดำเนินการนั้นมีข้อบกพร่องกฎหมาย และทำให้คำให้การของเด็กนั้นไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดได้ ส่วนในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวทั้งฉบับเดิมและฉบับปัจจุบัน ได้บัญญัติไว้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยมีการจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวในทุกจังหวัดเพื่อแยกพิจารณาคดีเด็กแยกต่างหากจากผู้ใหญ่ ซึ่งจะไม่ใช้วิธีพิจารณาคดีโดยเคร่งครัดดังเช่นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและมีกระบวนการที่เหมาะสมกับเด็ก โดยมีการกำหนดนิยามว่า เด็ก คือ บุคคลอายุไม่เกิน 15 ปีบริบูรณ์ และเยาวชน คือ บุคคลอายุเกิน 15 ปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ การกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กและเยาวชนไว้ก็เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา และเพื่อไม่ให้เด็กหรือเยาวชนที่อายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กำหนดจะต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในรูปแบบเดียวกันกับการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของผู้ใหญ่ ซึ่งแม้จะมีการกำหนดนิยามแยกอายุระหว่างเด็กและเยาวชนไว้ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ยังคงมีการให้ความคุ้มครองบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปี ในวันที่การกระทำความผิดได้เกิดขึ้น ซึ่งหากถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดยังคงได้รับการพิจารณาคดีแยกต่างหากจากผู้ใหญ่ และใช้กระบวนการที่เหมาะสมสำหรับเด็ก รวมถึงการกำหนดโทษของศาลก็แตกต่างจากการพิจารณาคดีกรณีผู้ใหญ่กระทำความผิดด้วย

ส่วนในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ได้ให้ความหมายของคำว่า เด็ก²⁰³ ไว้ ซึ่งสอดคล้องกับนิยามคำว่า “เด็ก” ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 โดยพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดหลักการและขั้นตอน รวมถึงวิธีปฏิบัติต่อเด็กในสถานการณ์ต่าง ๆ ไว้อย่างละเอียด เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็ก เพื่อให้เกิดความเหมาะสมต่อสภาพสังคมปัจจุบัน อีกทั้งเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งกำหนดหลักการเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพที่เด็กเยาวชนและบุคคลในครอบครัวพึงได้รับการคุ้มครองจากรัฐ โดยให้ความสำคัญกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก ทั้งในมาตรา 26 ได้กำหนดข้อห้ามไม่ให้กระทำการใดต่อเด็กไว้ด้วยกันหลายประการ และในกรณีที่มีการฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าวผู้กระทำความผิดย่อมได้รับโทษทางอาญา

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติอื่น ๆ นั้น จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 ได้กำหนดคุ้มครองบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปี คือ หากมีการกระทำชำเราหรือกระทำ

²⁰³ มาตรา 4 เด็ก คือ บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส.

อื่นใดเพื่อสำเร็จความใคร่ของตนหรือผู้อื่นในสถานการณ์ค้าประเวณี²⁰⁴ หรือมีการล่อลวง เป็นธุระจัดหา ซักพาไป เพื่อค้าประเวณีในสถานการณ์ค้าประเวณี ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ ก็เป็นความผิด²⁰⁵ ส่วนพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ได้ให้นิยามคำว่า เด็ก²⁰⁶ ไว้อย่างชัดเจนว่า หมายถึง บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ได้กำหนดความผิดกรณีกระทำกับเหยื่อซึ่งเป็นเด็กโดยมีความมุ่งหมายเพื่อแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณี จากการทำสื่อลามกอนาจาร หรือแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ก็เป็นความผิดฐานค้ามนุษย์²⁰⁷ ส่วนพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2540 ได้กำหนดห้ามจ้างงานเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีเท่านั้น²⁰⁸ ไม่ได้ห้ามการจ้างงานเด็กอายุเกิน 15 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี แต่กฎหมายแรงงานได้กำหนดมาตรการคุ้มครองเด็กไว้ในหมวด 4 การใช้แรงงานเด็ก โดยกำหนดให้นายจ้างจะต้องจัดทำบันทึกสภาพการจ้างและกฎหมายได้กำหนดควบคุมประเภทของงานที่เหมาะสมสำหรับเด็ก ลักษณะสถานที่ทำงานและระยะเวลาที่เหมาะสมไว้เพื่อไม่ให้กระทบถึงพัฒนาการของเด็ก และกำหนดห้ามมิให้ลูกจ้างซึ่งเป็นเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปีทำงานล่วงเวลาหรือทำงานในวันหยุด จะเห็นได้ว่า กฎหมายทั้งสามฉบับนี้ล้วนแล้วแต่ได้ให้ความคุ้มครองบุคคลหรือเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ไว้เป็นการเฉพาะแตกต่างจากกรณีการกระทำความผิดต่อผู้ใหญ่ทั้งสิ้น

ในส่วนของประมวลกฎหมายอาญานั้นไม่ได้ให้นิยามของคำว่า เด็ก ไว้เป็นการเฉพาะ แต่ได้มีการบัญญัติอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายหลายมาตรา บัญญัติโดยใช้คำที่แตกต่างกัน และไม่สอดคล้องกัน โดยกฎหมายอาญาส่วนที่ให้ความคุ้มครองบุคคลหรือเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีไว้เป็นพิเศษ ได้แก่ นิยามสื่อลามกอนาจารเด็กในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ความผิดฐานครอบครองและส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็ก ความผิดฐานผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อการค้า หรือทำให้แพร่หลายซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจาร หรือโดยใช้อุบายหลอกลวงฯ ความผิดฐานพาผู้อื่นไปเพื่อการอนาจาร ความผิดฐานโดยทุจริต รับไว้เป็นธุระจัดหา หรือพาไป ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ซึ่งไม่ว่าผู้ถูกกระทำหรือเหยื่อจะยินยอมกับผู้กระทำผิดด้วยหรือไม่ก็ตาม ก็เป็นความผิดเสมอ

นอกจากนี้ ในส่วนของการลงโทษหรือกำหนดโทษผู้กระทำผิดซึ่งเป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปีได้มีการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองไว้ ที่สำคัญที่สุดคือ ไม่ให้นำโทษประหารชีวิตและโทษจำคุกตลอดชีวิตซึ่งเป็นโทษสูงสุดมาใช้กับผู้กระทำความผิดในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี เพื่อให้สอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ซึ่งประเทศไทยเข้าเป็นภาคี²⁰⁹ ในส่วนของการคุ้มครองเด็กในเรื่องการลงโทษยังได้มีการบัญญัติเหตุยกเว้นโทษและเหตุผล

²⁰⁴ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 มาตรา 8.

²⁰⁵ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 มาตรา 9.

²⁰⁶ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4.

²⁰⁷ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 6 (2).

²⁰⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2540 มาตรา 44.

²⁰⁹ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องนี้ ได้บัญญัติเหตุผลไว้ว่า เนื่องจากปัจจุบันบทบัญญัติเกี่ยวกับการลงโทษประหารชีวิตและจำคุกตลอดชีวิตแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีตาม

โทษกรณีเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปีเป็นผู้กระทำความผิดไว้ในมาตรา 75²¹⁰ โดยให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาว่ามีเหตุสมควรยกเว้นโทษหรือลดโทษให้ได้ และกรณีที่มีการกระทำความผิดซ้ำ หากความผิดเดิมนั้นได้กระทำขณะมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ไมให้นำมาใช้เป็นความผิดเพื่อการเพิ่มโทษ ตามมาตรา 94²¹¹ แสดงให้เห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติมองว่าความผิดที่กระทำขณะมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีนั้น ผู้กระทำยังคงเป็นเด็กอยู่ ยังไม่ได้คิดให้รอบคอบถี่ถ้วนหรือมีวุฒิภาวะเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ ซึ่งเทียบได้กับกรณีความผิดฐานประมาทซึ่งเกิดจากการขาดความระมัดระวัง แต่ไม่ได้ตั้งใจให้เกิดขึ้น และความผิดเหตุโทษซึ่งเป็นความผิดเล็กน้อย จึงกำหนดมิให้นำมาพิจารณาเป็นความผิดเพื่อการเพิ่มโทษและเพื่อให้โอกาสแก่ผู้กระทำความผิดอีกครั้ง นอกจากนี้ ได้มีการกำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำแทนการลงโทษก็ได้ กรณีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี หากผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีและมีลักษณะเป็นคนรักกัน ยินยอมมีเพศสัมพันธ์กัน ตามมาตรา 277 วรรคห้าและวรรคท้าย ซึ่งหากดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพสำเร็จจะทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษจำคุก

จะเห็นได้ว่า กฎหมายอาญาของไทยได้ให้ความคุ้มครองบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีไว้ในหลายเรื่อง โดยอาจใช้คำแตกต่างกัน บางมาตราใช้คำว่า “บุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี” บางมาตราใช้คำว่า “ผู้เยาว์” บางมาตราใช้คำว่า “เด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี” ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายอื่นของไทยที่บัญญัติให้ความคุ้มครองบุคคลที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยใช้คำว่า “เด็ก” เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ซึ่งประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีด้วย ซึ่งไม่ว่าจะใช้คำว่า “บุคคล” หรือ “ผู้เยาว์” หรือ “เด็ก” ก็ล้วนแล้วแต่มีวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองบุคคลหรือเด็กที่มีอายุยังไม่เกินสิบแปดปีทั้งสิ้น จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายอาญาของไทยก็มีเจตนารมณ์ที่จะให้ความคุ้มครองบุคคลหรือเด็กที่มีอายุยังไม่เกินสิบแปดปีไว้เป็นพิเศษให้แตกต่างจากบุคคลในวัยอื่น

4.2.1.2. ข้อมูลโต้แย้งที่ไม่สนับสนุนในการแก้ไขอายุของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กจากอายุไม่เกิน 15 ปี เป็นอายุไม่เกิน 18 ปี

จากการศึกษาหลักกฎหมายเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยกับกฎหมายต่างประเทศซึ่งผู้เขียนได้นำเสนอในบทที่ 3 นั้น พบว่ามีความใกล้เคียงกัน กล่าวคือประเทศในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้แก่ ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา ในประเทศอังกฤษนั้น มี Sexual Offences Act 2003 ซึ่งได้บัญญัติคุ้มครองเด็กและเยาวชนไว้อย่างหลากหลาย เพื่อให้ครอบคลุมทุกการกระทำความผิดและเพื่อให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดที่มีการปรับเปลี่ยนไปใน

ประมวลกฎหมายอาญายังไม่สอดคล้องกับข้อ 6 วรรคห้า แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ที่กำหนดว่า บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีที่กระทำความผิดจะถูกพิพากษาประหารชีวิตมิได้ และข้อ 37 ก) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ที่กำหนดว่า จะไม่มีเด็กคนใดได้รับการทรมาน หรือถูกปฏิบัติหรือลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้า จะไม่มีการลงโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิตที่ไม่มีโอกาสจะได้รับการปล่อยตัวสำหรับความผิดที่กระทำโดยบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีซึ่งประเทศไทยเข้าเป็นภาคี จึงต้องมีการแก้ไขกฎหมายอาญาในมาตรา 18 นี้

²¹⁰ มาตรา 75

²¹¹ มาตรา 94

ปัจจุบัน โดยในหมวด Rape and other offences against children under 13 มาตรา 5 เป็นเรื่องการกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ไม่ว่าจะมีความยินยอมของเด็กหรือไม่ ก็เป็นความผิดเสมอ และผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งถือว่าเป็นอัตราโทษที่สูงมากและมีเพียงสถานเดียว นอกจากนี้ในหมวดนี้ยังมีการกำหนดความผิดไว้ในมาตรา 6 ถึง 8 กรณีการล่วงล้ำโดยใช้สิ่งอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศ การล่วงละเมิดทางเพศเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี โดยการสัมผัส และความผิดฐานก่อให้เกิดหรือยุยงให้เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ ซึ่งไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ ก็เป็นความผิดเช่นกัน จึงเป็นการให้ความคุ้มครองแก่เด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ในหลากหลายการกระทำความผิดมากกว่าประเทศไทย โดยในประเทศไทยการล่วงล้ำโดยใช้สิ่งอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศและการล่วงละเมิดทางเพศเด็กโดยการสัมผัส คงรวมอยู่ในความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กเท่านั้น ส่วนความผิดฐานก่อให้เกิดหรือยุยงให้เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ ประมวลกฎหมายอาญาของไทยยังไม่มีบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ส่วนในหมวด Child sex offences มาตรา 9 และมาตรา 10 ได้กำหนดเรื่องการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ไว้ โดยเป็นการกระทำที่ไม่ใช่การมีเพศสัมพันธ์ตามปกติที่มีการสอดใส่อวัยวะเพศชายกับอวัยวะเพศหญิง แต่ให้ความคุ้มครองเด็กในเรื่องการทำกิจกรรมทางเพศกับเด็กและการก่อให้เกิดหรือยุยงให้เด็กเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ โดยไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ ผู้กระทำก็มีความผิดเสมอ โดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี จะเห็นได้ว่า ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ประเทศอังกฤษให้ความคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี เป็นสำคัญ ส่วนในความผิดเกี่ยวกับเพศประเภทอื่นได้ให้การคุ้มครองไว้หลากหลายประเภท ทั้งนี้ เพื่อให้ครอบคลุมทุกการกระทำความผิดที่อาจเกิดขึ้นได้และให้เข้ากับยุคสมัยที่มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบลักษณะการกระทำความผิดไปในหลายลักษณะและกำหนดคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี กรณีความผิดเกี่ยวกับเพศประเภทอื่น

ในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดต่อศีลธรรมอย่างร้ายแรงเป็นความผิดขั้นร้ายแรงที่เรียกว่า ความผิดขั้น Felony ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงมักตีความองค์ประกอบความผิดอย่างกว้างขวางและถือเอาเจตนาของจำเลยเป็นสำคัญ สถาบันกฎหมายสหรัฐอเมริกา (American Law Institute) ได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาตัวอย่างชื่อว่า Model Penal Code ขึ้น โดยแต่ละมลรัฐจะนำกฎหมายอาญาตัวอย่างดังกล่าวไปปรับปรุงให้เหมาะสมและบัญญัติเป็นกฎหมายของแต่ละมลรัฐเองต่อไป ซึ่งใน Model Penal Code ARTICLE 213.3 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำชำเราต่อเหยื่อที่มีอายุน้อยกว่า 16 ปี โดยบัญญัติให้ชายที่กระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนนั้น หากกระทำต่อเหยื่อที่มีอายุน้อยกว่า 16 ปี และผู้กระทำมีอายุมากกว่าอย่างน้อยสี่ปี จะเป็นความผิดร้ายแรงระดับสาม (third degree felony) ส่วนการกำหนดความผิดกรณีการกระทำชำเราเด็กอายุน้อยกว่า 16 ปี ก็เป็นความผิด ด้วยเหตุผลว่าวัยดังกล่าวไม่อาจให้ความยินยอมได้ เพราะภาวะแห่งวัยและยังไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอในการให้ความยินยอม และเพื่อการป้องกันการตั้งครรภ์โดยไม่จำเป็น แต่ในกรณีที่เหยื่อมีอายุระหว่าง 10 ถึง 16 ปี และในกรณีที่เหยื่อมีอายุต่ำกว่า 10 จะเป็นความผิดทางอาญาระดับที่หนึ่งหรือระดับสอง (a first or a second degree felony) แต่หากได้กระทำต่อเหยื่อที่มีอายุต่ำกว่า 21 ปี โดยเหยื่อยินยอมเนื่องจากชายให้สัญญาว่าจะแต่งงานด้วย แต่ผู้กระทำความผิดก็ไม่ได้ปฏิบัติตามสัญญา จะได้รับโทษสำหรับความผิดในคดีเล็กน้อยเท่านั้น (misdemeanor) จะเห็นได้ว่า Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น มีการกำหนดคุ้มครองเด็กไว้ในหลายช่วงอายุ และแบ่ง

ระดับความร้ายแรงของความผิดตั้งแต่ระดับลหุโทษ ระดับหนึ่งจนถึงระดับสาม โดยยิ่งเด็กมีอายุน้อยย่อมเป็นความผิดร้ายแรงระดับหนึ่ง ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้ความคุ้มครองเด็กหรือเหยื่อที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปีเป็นสำคัญ โดยไม่ว่าจะเด็กจะยินยอมหรือไม่ ผู้กระทำก็มีความผิดเสมอ จึงเป็นการบัญญัติกฎหมายให้ความคุ้มครองเด็กหรือเหยื่อที่มากกว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ของประเทศไทย

ส่วนประเทศในระบบซีวิลลอว์ที่ศึกษาได้แก่ ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น ในกฎหมายของประเทศเยอรมันได้กำหนดเรื่องความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศเด็ก (Sexual abuse of children) ไว้โดยเฉพาะในมาตรา 176 โดยได้กำหนดว่าการกระทำชำเราบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี (เด็ก) หรือให้เด็กกระทำ หรือทำให้เด็กกระทำชำเราบุคคลที่สามหรือให้บุคคลที่สามกระทำชำเราเด็ก ซึ่งแม้เด็กจะยินยอม ก็เป็นความผิดเสมอ โดยกฎหมายของประเทศเยอรมันได้คำนึงถึงอายุ วุฒิภาวะ และความสามารถในการตัดสินใจของเด็กด้วย โดยเห็นว่าผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์เข้าใจสถานะสถานการณ์นั้น ๆ และรู้ถึงผลที่จะตามมาภายหลังจากการให้ความยินยอม ดังนั้น ผู้ที่จะให้ความยินยอมได้จะต้องมีวุฒิภาวะพอสมควร ซึ่งหากยังเป็นผู้เยาว์หรือเด็กที่มีอายุน้อย ถึงแม้ว่าเด็กจะยินยอม แต่เมื่อพิจารณาจากสภาพวุฒิภาวะ ความสามารถในการตัดสินใจของเด็กในวัยนั้นแล้ว เห็นว่าอยู่ในวัยที่ยังอาจถูกหลอกลวงให้ยินยอมได้ หรือหากผู้กระทำความผิดเจตนาจะหาประโยชน์จากความบกพร่องของเด็ก และความสามารถในการตัดสินใจของเด็ก จึงต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กที่อาจบกพร่องในเรื่องของวุฒิภาวะและยังขาดความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเองด้วย แต่หากกรณีเป็นการล่วงละเมิดทางเพศกับผู้ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครอง ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี มาตรา 174 ได้กำหนดอายุบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองไว้เฉพาะ คือ บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งอาจเป็นบุคคลที่ได้รับการฝากให้เลี้ยงดูหรืออุปการะเลี้ยงดู หรือบุคคลซึ่งได้รับความไว้วางใจจากพวกเขาในความสัมพันธ์ด้านการจ้างงาน โดยใช้การพึ่งพาที่เกี่ยวข้องหรือความสัมพันธ์ในการจ้างงานในทางที่ผิด หรือบุคคลซึ่งเป็นผู้สืบสันดานโดยสายโลหิตหรือบุตรบุญธรรม หรือผู้สืบสันดานทางสายโลหิตหรือบุตรบุญธรรมของคู่สมรส คู่ชีวิต หรือบุคคลที่ตนมีความสัมพันธ์ในลักษณะเสมือนสมรสด้วย

ประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส (droit pénal) มีการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยบัญญัติให้การกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นการสอดใส่ล่วงล้ำในทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในลักษณะใด หรือจะเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยด้วยความรุนแรง โดยการบังคับ ช่มชู้ หรือทำให้ตื่นตกใจ ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว โดยในมาตรา 222-22 ห้ามกระทำต่อผู้เยาว์โดยผู้ใหญ่ เป็นการบัญญัติห้ามเด็ดขาดไม่ให้ผู้ใหญ่กระทำชำเราหรือล่วงละเมิดทางเพศผู้เยาว์ และบัญญัติให้ความคุ้มครองผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปีไว้เป็นสำคัญ โดยให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 222-24 ข้อ 2 หากการข่มขืนกระทำชำเราได้กระทำต่อผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบห้าปี ต้องระวางโทษจำคุก 20 ปี และ นอกจากนี้ หากเป็นการล่วงละเมิดทางเพศประเภทอื่นนอกจากการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งได้กระทำต่อผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบห้าปี ต้องระวางโทษจำคุก 7 ปี และปรับ 100,000 ยูโร ซึ่งเป็นอัตราโทษที่สูงกว่ากรณีเป็นการล่วงละเมิดทางเพศกับบุคคลทั่วไป

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น (Penal Code of Japan) ในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศได้บัญญัติให้ความคุ้มครองในความผิดฐานบังคับมีเพศสัมพันธ์โดยผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะจะเป็นบุคคลที่อยู่ในวัยผู้ใหญ่แล้วหรือบุคคลที่ยังเป็นเด็กและเยาวชน โดยในมาตรา 177 ซึ่งเป็นบทหลัก ได้

กำหนดว่า บุคคลซึ่งถูกประทุษร้ายหรือข่มขู่โดยบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ทางช่องคลอด ทางทวารหนัก หรือทางปาก กับบุคคลอื่นที่มีอายุไม่น้อยกว่าสิบสามปี มีความผิดฐานบังคับมีเพศสัมพันธ์ มีโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี เช่นเดียวกับบุคคลที่มีเพศสัมพันธ์กับบุคคลอื่นที่มีอายุต่ำกว่าสิบสามปี แสดงว่าการมีเพศสัมพันธ์หรือกระทำชำเราบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบสามปี ไม่ว่าจะยินยอมหรือไม่ ก็เป็นความผิดและมีโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี แต่หากเป็นการบังคับกระทำอนาจารด้วยการทำร้ายหรือขู่เข็ญผู้อื่นซึ่งมีอายุไม่น้อยกว่าสิบสามปี โดยผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหกเดือน แต่ไม่เกิน 10 ปี ตามมาตรา 176 ดังนั้น หากเป็นการกระทำต่อบุคคลที่ไม่ได้อยู่ในวัยเด็กแล้ว กฎหมายกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำที่ศาลจะต้องลงโทษไว้ต่ำกว่ากรณีกระทำต่อบุคคลที่มีอายุน้อยกว่าสิบสามปี แต่ที่สำคัญคือ ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่ถูกล่วงละเมิดโดยอาศัยอิทธิพลจากการมีอำนาจปกครองไว้เหมือนกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี โดยหากเป็นการอนาจารโดยผู้มีอำนาจปกครองกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือการบังคับมีเพศสัมพันธ์โดยผู้มีอำนาจปกครองกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี ย่อมมีความผิด จึงอาจกล่าวได้ว่า หากเปรียบเทียบเกณฑ์การกำหนดอายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับเพศและการข่มขืนกระทำชำเราของประเทศในระบบซีวิลลอว์คือ ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่นที่กล่าวมาข้างต้นกับประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้น กฎหมายอาญาของไทยได้ให้ความคุ้มครองเด็กที่มากกว่ากฎหมายของประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ดังกล่าว เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคหนึ่ง ได้ให้ความคุ้มครองกรณีการกระทำชำเราเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ ผู้กระทำก็มีความผิด ดังตารางเปรียบเทียบนี้

ประเทศ	เกณฑ์อายุของเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานกระทำชำเรา
ไทย	ไม่เกิน 15 ปี
ญี่ปุ่น	ต่ำกว่า 13 ปี
อังกฤษ	ต่ำกว่า 13 ปี
เยอรมัน	ต่ำกว่า 14 ปี
ฝรั่งเศส	ต่ำกว่า 15 ปี
อเมริกา	น้อยกว่า 16 ปี

4.2.2. การเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดที่ใช้กำลังประทุษร้าย กรณีที่เด็กไม่ยินยอม

สำหรับการเพิ่มโทษกรณีกระทำชำเราเด็กโดยเด็กไม่ยินยอมนั้น ต้องพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ (Principle of proportionality) ซึ่งเป็นหลักการลงโทษที่ได้รับการรับรองในกฎหมายระหว่างประเทศและควรนำมาใช้ในการบัญญัติกฎหมายอาญาของไทยเพื่อเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำผิด หลักการดังกล่าวมีแนวคิดที่ว่า “อาชญากรควรได้รับการลงโทษเสมือนกับความเสียหายที่ได้ก่อให้เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย”

และ “หากอาชญากรรมสร้างความเสียหายมากก็ควรจะถูกลงโทษหนัก ตรงกันข้าม หากอาชญากรรมสร้างความเสียหายไม่มาก ก็ควรลงโทษเบา” ในการพิจารณาโทษผู้กระทำความผิดให้หนักขึ้นหรือเบาขึ้น จึงขึ้นอยู่กับลักษณะการกระทำของผู้กระทำความผิด ความรุนแรงของการกระทำ และความเสียหายที่เหยื่อได้รับ ดังนั้น กรณีเด็กถูกระทำชำเราโดยไม่ยินยอม ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษในอัตราที่สูงกว่ากรณีของเด็กให้ความยินยอม เนื่องจากเมื่อเด็กไม่ยินยอมแล้ว ผู้กระทำมักจะใช้วิธีการที่รุนแรงกว่าปกติกระทำต่อเด็ก เช่น การใช้วิธีการใช้กำลังบังคับ ทำร้าย วางยาให้สลบ หรือหลอกลวงให้เด็กเข้าใจว่าเป็นคนอื่น ซึ่งวิธีการต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนแต่ส่งผลให้เด็กได้รับความเสียหายและเป็นอันตรายแก่ร่างกายและมีผลกระทบทางจิตใจมากกว่า กรณีที่เด็กให้ความยินยอมด้วยตนเอง และกรณีเช่นนี้ ศาลก็ย่อมต้องลงโทษผู้กระทำผิดในอัตราโทษที่แตกต่างกัน โดยลงโทษผู้กระทำผิดกรณีเด็กไม่ยินยอมให้สูงกว่ากรณีเด็กยินยอมด้วย เพื่อให้ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เด็กซึ่งเป็นเหยื่อได้รับ อีกทั้ง ยังเป็นการลงโทษเพื่อยับยั้งมิให้ผู้กระทำความผิดซ้ำอีก ประกอบกับหากพิจารณาตามกฎหมายต่างประเทศที่ได้นำเสนอมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในหลายประเทศได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดไว้หลายกรณี โดยในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ที่มีการกำหนดเพิ่มโทษความผิดฐานกระทำชำเราไว้ เช่น กรณีผู้กระทำความผิดจะใช้อาวุธอันตรายหรือลักษณะการนำไปใช้ทำให้เหยื่อเชื่อว่าเป็นอาวุธอันตราย มีการทำร้ายร่างกายเหยื่อ เหยื่อเป็นผู้สูงอายุ เหยื่อเป็นผู้พิการทางร่างกาย หรือมีการใช้สารเคมีใด ๆ กับเหยื่อ และกรณีเป็นการกระทำต่อเหยื่อที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และเป็นสมาชิกในครอบครัว เป็นต้น ส่วนประเทศเยอรมนี การเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดนั้นได้กำหนดไว้ อาทิ การข่มขืนกระทำชำเราในเครื่องบิน การข่มขืนกระทำชำเราผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง การกระทำความผิดโดยใช้ประโยชน์จากตำแหน่งหน้าที่การงาน การกระทำความผิดโดยใช้ประโยชน์จากการได้รับความไว้วางใจในการให้คำปรึกษา การรักษา หรือดูแลอื่นใด เช่น ผู้ป่วย เป็นต้น ประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 222-24 ซึ่งมีลักษณะที่ผู้กระทำความผิดได้ใช้กำลังประทุษร้าย มีอาวุธ หรือกระทำต่อเหยื่อด้วยความรุนแรง และกระทำต่อบุคคลที่มีลักษณะพิเศษ ได้แก่ บุพการี ผู้สืบสันดาน เด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี คนพิการ คนป่วย คนชรา หญิงตั้งครรภ์ บุคคลที่อยู่ในความดูแลหรือกระทำโดยใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ หรือร่วมกันกระทำความผิดหลายคน และหากมีการทรมานหรือกระทำการใด ๆ เกิดขึ้นก่อน เกิดขึ้นพร้อมกันหรือตามมาด้วยความป่าเถื่อน ผู้กระทำความผิดมีโทษจำคุกตลอดชีวิต ส่วนประเทศญี่ปุ่น เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น ได้แก่ กรณีกระทำความผิดโดยอาศัยความรู้สดีหรือไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นหมดสติหรือไม่สามารถขัดขืนได้ หรือการกระทำโดยอาศัยอิทธิพลจากการมีอำนาจปกครองและกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี และหากการกระทำความผิดเป็นเหตุให้มีผู้เสียชีวิตหรือได้รับบาดเจ็บ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกหนักขึ้น ซึ่งจะเห็นได้ว่า ประเทศส่วนใหญ่ทั้งประเทศในระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ล้วนแต่มีการบัญญัติเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดกรณีเหยื่อไม่ยินยอมไว้ โดยอาจเพราะเหตุสถานะของบุคคล สภาพของบุคคลที่เปราะบางกว่า และการกระทำต่อเหยื่อด้วยความรุนแรง ส่วนประเทศอังกฤษ ใน Sexual Offences Act 2003 ไม่มีบทบัญญัติเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดกรณีที่ไม่ยินยอมไว้เฉพาะดังเช่นประเทศอื่น ทั้งนี้ อาจจะเป็นเนื่องจากบทลงโทษของความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 5 ได้บัญญัติให้

ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งเป็นระวางโทษสถานเดียวและมีอัตราโทษที่สูงมากอยู่แล้ว หรือความผิดฐานล่วงล้ำโดยใช้สิ่งอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศ (Assault of a child under 13 by penetration) ตามมาตรา 6 ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตก็เป็นอัตราโทษที่สูงมากเช่นกัน

4.2.3. การยกเว้นโทษผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเด็ก กรณีที่เด็กยินยอม

สำหรับประเด็นเรื่องการคุ้มครองเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 นั้น เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาของไทย ในส่วนของ การลงโทษหรือกำหนดโทษผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปี พบว่า ได้มีการบัญญัติกฎหมาย คุ้มครองไว้หลายประการ โดยที่สำคัญคือ ไม่ให้นำโทษประหารชีวิตและโทษจำคุกตลอดชีวิตซึ่งเป็นโทษสูงสุด มาใช้กับผู้กระทำความผิดในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี โดยเหตุที่มีการแก้ไขมาตรา 18 นี้เพื่อให้สอดคล้อง กับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก ในส่วนของการคุ้มครองเด็กในเรื่องการลงโทษยังได้มีการบัญญัติ เหตุยกเว้นโทษและเหตุผลโทษกรณีเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปีเป็นผู้กระทำความผิดไว้ในมาตรา 75 โดยให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาว่ามีเหตุสมควรยกเว้นโทษหรือมีเหตุผลโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดได้ และ กรณีที่มีการกระทำความผิดซ้ำ หากความผิดเดิมนั้นได้กระทำขณะมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ไม่ให้นำมาใช้เป็น ความผิดเพื่อการเพิ่มโทษ ตามมาตรา 94 แสดงให้เห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติมองว่าความผิดที่กระทำขณะมีอายุต่ำ กว่าสิบแปดปีนั้น ผู้กระทำยังคงเป็นเด็กอยู่ ยังไม่ได้คิดให้รอบคอบถ่วงถ่วงหรือมีวุฒิภาวะเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ ซึ่ง เทียบได้กับกรณีความผิดฐานประมาทซึ่งเกิดจากการขาดความระมัดระวัง แต่ไม่ได้ตั้งใจให้เกิดขึ้น และ ความผิดลหุโทษซึ่งเป็นความผิดเล็กน้อย จึงกำหนดมิให้นำมาพิจารณาเป็นความผิดเพื่อการเพิ่มโทษและเพื่อให้ โอกาสแก่ผู้กระทำความผิดอีกครั้ง นอกจากนี้ ได้มีการกำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวพิจารณาให้มีการ คุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำแทนการลงโทษก็ได้ กรณีความผิดฐาน กระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี หากผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีและมีลักษณะเป็นคนที่รักกัน ยินยอมมีเพศสัมพันธ์กัน ตามมาตรา 277 วรรคห้าและวรรคท้าย ซึ่งหากดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพสำเร็จ จะทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษจำคุก ดังนั้น หากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 จาก ผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีแล้ว ซึ่งเป็นการแก้ไขโดยมุ่งหมายที่จะ ยับยั้งป้องกันการกระทำความผิดของบุคคลที่มีอายุแล้วมาหลอกลวง โน้มน้าว หรือจูงใจเด็กอายุไม่เกินสิบแปด ปีให้ยินยอมมีเพศสัมพันธ์ด้วย แต่หากเป็นกรณีผู้กระทำความผิดเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็ก อายุเกินสิบสามปีด้วยกัน โดยเด็กไม่ยินยอมหากยังคงเป็นไปตามกฎหมายปัจจุบัน ยังคงมีการกำหนดให้เป็น ความผิดและเด็กซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดก็ยังคงต้องได้รับโทษตามกฎหมายโดยถูกดำเนินคดีในศาลเยาวชนและ ครอบครัว แต่หากเป็นกรณีที่เด็กยินยอม จะเข้ากรณีมาตรา 277 วรรคห้าและวรรคหก กรณีกระทำต่อเด็ก อายุต่ำกว่าสิบสามปี โดยเด็กทั้งสองฝ่ายต่างยินยอม ศาลเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครอง สวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ แต่หากพิจารณาจากความเป็นจริงแล้ว ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลอายุยังไม่เกินสิบแปดปีก็เป็นเพียงเด็ก เหมือนกันกับเด็กที่เป็นผู้เสียหาย การที่เด็กทั้งสองฝ่ายต่างยินยอมมีเพศสัมพันธ์กันด้วยความเต็มใจทั้งคู่

เนื่องจากเป็นกรรณกรกัน ย่อมเกิดจากความบริสุทธิ์ใจ ปราศจากอิทธิพลหรืออำนาจใดครอบงำให้กระทำ จึงไม่ควรมีฝ่ายใดต้องรับโทษตามกฎหมาย เนื่องจากเด็กทั้งสองฝ่ายต่างเป็นเหยื่อด้วยกันทั้งคู่ ไม่สมควรเป็นคดีอาญาและไม่ควรนำโทษทางอาญามาเป็นเครื่องมือในการบังคับ ไม่ควรต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาจนไปถึงในชั้นศาล ซึ่งทำให้เด็กเสียเวลาและเสียโอกาสในเรื่องต่าง ๆ ไป และเมื่อพิจารณาตามหลักความเป็นมาตรการสุดท้ายของกฎหมายอาญา การบังคับใช้กฎหมายอาญามีต้นทุนสูงต่อสังคมและต่อผู้กระทำความผิด หากเปรียบเทียบกับกรรณกรอื่น การกระทำที่ไม่สมควรเป็นคดีอาญา หากเลือกบังคับใช้กฎหมายรูปแบบอื่นและก่อให้เกิดความสงบของสังคมได้ การบังคับใช้กฎหมายรูปแบบอื่นที่มีโทษทางอาญาย่อมก่อให้เกิดประโยชน์กับสังคมมากกว่า ดังนั้น กฎหมายอาญาควรนำมาใช้เป็นมาตรการสุดท้าย²¹² หากยังสามารถบังคับใช้ด้วยกฎหมายรูปแบบอื่นได้ ควรใช้กฎหมายอื่นไปก่อน เพราะการดำเนินคดีอาญาตั้งแต่ชั้นตำรวจ อัยการ ศาล รวมถึงราชทัณฑ์ คุมประพฤติ ล้วนก่อให้เกิดต้นทุนกับรัฐอย่างมาก และกฎหมายอาญาควรเป็นมาตรการสุดท้ายเพราะเปลืองทรัพยากรมนุษย์ เพราะในความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรง ผู้กระทำความผิดจะถูกบันทึกประวัติอาชญากร (criminal record) และเสียโอกาสในการประกอบอาชีพ นอกจากนี้ หากพิจารณาจากกฎหมายต่างประเทศ จะพบว่า ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีได้มีการกำหนดเหตุยกเว้นโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ ได้แก่ มาตรา 173 ได้บัญญัติถึงความผิดฐานกระทำชำเราในเครือญาติไว้โดยเฉพาะว่า ผู้ใดมีเพศสัมพันธ์กับผู้สืบสันดานทางสายโลหิต หรือญาติร่วมสายโลหิต หรือพี่น้องร่วมประเวณีกัน มีความผิดและต้องรับโทษ แต่ได้มีการกำหนดยกเว้นโทษไว้ในมาตรา 173(3) ว่า ผู้สืบสันดานและพี่น้องไม่ต้องรับโทษตามบทบัญญัตินี้ หากมีอายุต่ำกว่า 18 ปีในขณะที่กระทำ และในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี ตามมาตรา 176 ได้มีการบัญญัติเหตุยกเว้นโทษไว้ในมาตรา 176(2) ว่า “ในกรณีตามอนุมาตรา (1) ศาลอาจยกเลิกการกำหนดบทลงโทษตามบทบัญญัตินี้ หากการกระทำทางเพศระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กนั้นเกิดจากความยินยอมและความแตกต่างทั้งในด้านอายุและระดับของพัฒนาการและวุฒิภาวะมีน้อย เว้นแต่ผู้กระทำความผิดจะหาประโยชน์จากความบกพร่องของเด็ก ความสามารถในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง” โดยกำหนดให้ศาลมีดุลพินิจในการพิจารณาได้ว่าหากเป็นการกระทำทางเพศโดยเด็กยินยอมและความแตกต่างของอายุและระดับพัฒนาการมีน้อย ศาลจะยกเลิกการกำหนดบทลงโทษได้ คือศาลจะไม่ลงโทษก็ได้ จะเห็นได้ว่า กฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันให้ความสำคัญกับการพิจารณาอายุ พัฒนาการ และวุฒิภาวะของเด็กที่จะให้ความยินยอมด้วย ซึ่งหากเป็นกรณีผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำยินยอม และมีอายุ พัฒนาการและวุฒิภาวะใกล้เคียงกัน ก็เป็นเหตุให้ศาลยกเว้นโทษได้ ตามหลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด ในทฤษฎีความชั่วหรือหลักไม่มีโทษ โดยไม่มีความชั่ว²¹³ เพราะกรณีที่เกิดกับเด็กกระทำชำเรากันโดยทั้งสองฝ่ายยินยอม เป็นการกระทำที่ปราศจากความชั่วร้ายและไม่มีผลกระทบต่อสังคม เด็กจึงไม่ควรถูกโทษทางอาญา

²¹² ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 1) 34-35.

²¹³ อัจฉริยา ชูตินันท์ (เชิงอรรถ 97) 36-37.

4.3 เหตุผลและความจำเป็นในการขยายเกณฑ์อายุผู้เสียหายที่เป็นเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามกฎหมายประเทศไทย จากไม่เกิน 15 ปี เป็นไม่เกิน 18 ปี และบทเพิ่มโทษ

จากแนวความเห็นและข้อสนับสนุนที่แตกต่างกันเรื่องความเหมาะสมของการกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายที่เป็นเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ของไทย ระหว่างการกำหนดอายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี กับการแก้ไขอายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กเป็นอายุไม่เกิน 18 ปี ดังที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการแก้ไขโดยขยายเกณฑ์อายุผู้เสียหายที่เป็นเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กจากเดิมอายุไม่เกิน 15 ปี เป็นอายุไม่เกิน 18 ปี เนื่องจากเมื่อพิจารณาตามแนวคิดเรื่องความเป็นเด็กของนักคิดนักปรัชญาต่าง ๆ ที่ได้รับการยอมรับ และตามทฤษฎีต่าง ๆ เกี่ยวกับพฤติกรรมมนุษย์ พบว่ามีความสอดคล้องกันถึงลักษณะและพฤติกรรมตามธรรมชาติของเด็กกว่า โดยพื้นฐานแล้วเด็กเหมือนผ้าขาวที่ต้องการการศึกษาเพื่อพัฒนาตนเองไปในทางที่เหมาะสมและถูกต้อง โดยมีปัจจัยสำคัญคือ ครอบครัวและสภาพแวดล้อมทางสังคม และเด็กมีสิทธิตามธรรมชาติที่ต้องได้รับการคุ้มครอง เมื่ออยู่ในวัยช่วงอายุ 13-17 ปี จะมีการเปลี่ยนแปลงทางเพศ เริ่มต้นตัวทางเพศ เริ่มสนใจและรู้จักการสร้างสัมพันธ์ภาพกับเพศตรงข้าม และมีแนวโน้มที่จะเลียนแบบพฤติกรรมที่เคยพบเห็น มีความสับสนวุ่นวาย ลังเล และมีธรรมชาติการรวมกลุ่มกัน มีความสนใจฟุ้งที่เรื่องเพศ มีกิจกรรมที่ทำร่วมกันเกี่ยวกับเรื่องเพศ ดังนั้น วุฒิภาวะและความสามารถในการตัดสินใจของเด็กในช่วงอายุ 13-18 ปี จึงยังไม่คงที่ ยังขาดประสบการณ์ชีวิต และยังไม่ได้รับการพัฒนาอย่างเหมาะสมเพียงพอที่จะทำการตัดสินใจอย่างมีเหตุผลโดยคำนึงถึงอนาคตของตนเอง เด็กในช่วงอายุดังกล่าวจึงควรที่จะได้รับการคุ้มครอง อีกทั้ง การที่ไทยเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีให้ต้องดำเนินการคุ้มครองสิทธิเด็กในหลายประการ ซึ่งต้องยึดถือหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นข้อสำคัญ ดังนั้น มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ย่อมอยู่ในความหมายของคำว่าเด็กและมีสิทธิได้จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการกระทำที่อาจเป็นอันตรายต่อได้ 9ก รวมทั้งในข้อ 34 ก็กำหนดไว้ชัดเจนว่า เด็กย่อมได้รับการคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศหรือการล่วงละเมิดทางเพศทุกรูปแบบ การค้าประเวณีหรือการเข้าไปมีส่วนในสื่อลามกเด็ก และเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิดังกล่าวของเด็ก และเมื่อพิจารณาในเรื่องของการบัญญัติหลักกฎหมายอื่นของไทยที่เกี่ยวข้องกับเด็กจะพบว่าส่วนใหญ่แล้วได้มีการบัญญัติคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ไว้หลายฉบับหลายมาตรา โดยอาจจะใช้คำที่ต่างกันได้แก่ “บุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี” หรือ “ผู้เยาว์” หรือ “เด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี” ซึ่งไม่ว่าจะใช้คำว่า “บุคคล” หรือ “ผู้เยาว์” หรือ “เด็ก” ก็ล้วนแล้วแต่มีวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองบุคคลหรือเด็กที่มีอายุยังไม่เกินสิบแปดปีเป็นพิเศษให้แตกต่างจากบุคคลในวัยอื่น อาทิ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ระหว่างที่ยังเป็นผู้เยาว์ไม่บรรลุนิติภาวะคือ อายุยังไม่ถึง 20 ปี นั้น กฎหมายได้จำกัดประเภทของนิติกรรมที่เด็กจะพึงกระทำไว้ เนื่องจากเห็นว่าเด็กยังมีวุฒิภาวะ ความสามารถในการตัดสินใจไม่เพียงพอและมีประสบการณ์น้อย จึงให้อยู่ในความดูแลของบิดามารดา หรือผู้ปกครอง เพื่อไม่ให้ผู้เยาว์ถูกเอารัดเอาเปรียบโดยอาศัยความเป็นเด็ก จึงเป็นการให้ความคุ้มครองเด็กอย่างมาก โดยให้ความคุ้มครองจนถึงอายุ 20 ปี ส่วนกฎหมายวิธีพิจารณาความก็ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กในกระบวนการยุติธรรม โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้วางหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนเอาไว้เป็นพิเศษ

โดยเฉพาะในเรื่องการสอบสวนเด็กที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะอยู่ในฐานะผู้เสียหาย พยาน หรือผู้ต้องหา และหากเด็กถูกดำเนินคดีก็ต้องได้รับการพิจารณาที่ศาลเยาวชนและครอบครัวซึ่งจะมีวิธีพิจารณาคดีและการลงโทษของศาลที่เหมาะสมสำหรับเด็กและแตกต่างจากกรณีผู้ใหญ่อย่างชัดเจน เนื่องจากมีเจตนาธรรมที่จะคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี ไม่ให้ได้รับผลกระทบทางร่างกายและจิตใจ ส่วนในกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศและการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ เช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 รวมถึงความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติคุ้มครองบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปี ไว้อย่างชัดเจน นอกจากนี้ ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจาร ความผิดฐานพาผู้อื่นไปเพื่อการอนาจาร ความผิดฐานโดยทุจริต รับไว้เป็นธุระจัดหา หรือพาไป และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ยังได้กำหนดความผิดกรณีกระทำต่อบุคคลอายุเกิน 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี ไว้ด้วยทั้งสิ้น ซึ่งไม่ว่าผู้ถูกกระทำหรือเหยื่อจะยินยอมกับผู้กระทำผิดด้วยหรือไม่ก็ตาม ก็เป็นความผิดเสมอ ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 34 จึงมีเพียงความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 เท่านั้น ที่ไม่มีการบัญญัติคุ้มครองเด็กหรือบุคคลอายุเกิน 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี ไว้เป็นพิเศษเหมือนในความผิดเกี่ยวกับเพศมาตราอื่น จึงทำให้ต้องไปใช้มาตรา 276 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่แล้วซึ่งไม่เหมาะสม จึงไม่ได้มีการกำหนดให้ความคุ้มครองแก่บุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ไม่เกินสิบแปดปีที่ถูกกระทำชำเราโดยยินยอมด้วยไว้เฉพาะดังเช่นเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีและเด็กอายุไม่เกินสิบสามปีแต่อย่างใด ทั้ง ๆ ที่บุคคลอายุเกินกว่าสิบห้าปีแต่ไม่เกินสิบแปดปีในสังคมไทยนั้น ยังเป็นเด็กที่อยู่ในวัยของการศึกษาเล่าเรียนและยังคงเรียนอยู่เพียงชั้นมัธยมเท่านั้น ยังไม่เข้าสู่การศึกษาระดับอุดมศึกษาแต่อย่างใด ยังขาดประสบการณ์ชีวิต อีกทั้ง วัชวุฒิและวุฒิภาวะยังไม่อยู่ในภาวะที่จะสามารถตัดสินใจในเรื่องนี้ได้โดยมีเหตุผลเพียงพอ แต่จะใช้อารมณ์มากกว่าเหตุผล จึงเป็นวัยที่อาจถูกล่อลวงหรือถูกโน้มน้าวให้ยินยอมได้โดยง่าย โดยเฉพาะจากบุคคลที่มีอายุมากกว่าที่ต้องการจะหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กวัยรุ่น จึงอาจใช้ถ้อยคำหลอกลวง จูงใจ หรือให้ค่าตอบแทนใด ๆ แก่เด็กเพื่อให้เด็กให้ความยินยอม ด้วยเหตุดังกล่าว การบัญญัติกฎหมายกำหนดเกณฑ์อายุของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีจึงยังได้รับความคุ้มครองไม่เท่ากับความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่น ทำให้ไม่ใช่การคุ้มครองเด็กอย่างแท้จริง ไม่เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศประเภทอื่น แม้ตามหลักกฎหมายต่างประเทศทั้งประเทศในระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์ที่ได้นำเสนอมาข้างต้นนั้น จะกำหนดเกณฑ์อายุเด็กไว้ต่ำกว่าประเทศไทย โดยมีเพียง Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนดคุ้มครองเด็กไว้สูงกว่า โดยกำหนดคุ้มครองเด็กอายุน้อยกว่า 16 ปี ทั้งนี้ อาจเนื่องมาจากแนวคิด วัฒนธรรม และมีทัศนคติเปิดกว้างในเรื่องการมีเพศสัมพันธ์ในสังคมของต่างชาติมีมากกว่าประเทศไทย อีกทั้ง การเลี้ยงดูเด็กในครอบครัวของคนต่างชาติที่มีความแตกต่างจากประเทศไทย โดยในต่างประเทศจะให้อิสระและให้เด็กเรียนรู้ที่จะเติบโตด้วยตนเอง เรียนรู้จากเพื่อนจากสังคมจากสื่อต่าง ๆ และเริ่มทำงานหาเงินด้วยตนเองตั้งแต่ยังเรียนชั้นมัธยม (high school) ในขณะที่ครอบครัวของคนไทยนั้นยังคงเลี้ยงดูลูกจนกระทั่งเข้ามหาวิทยาลัย เด็กบางคนจึงจะเริ่มทำงานพิเศษหาเงินเรียนหรือเงินค่าใช้จ่ายส่วนตัวด้วยตนเอง และยังมีเด็กอีกจำนวนมากที่ครอบครัวมีฐานะเพียงพอที่จะไม่

ต้องให้ลูกไปทำงานพิเศษ พ่อแม่ก็สามารถส่งเสียให้เรียนได้จนจบมหาวิทยาลัย ปัจจัยเหล่านี้มีผลทำให้เด็กต่างชาตินั้นเติบโตและเรียนรู้ด้วยตนเองอย่างรวดเร็วและมีประสบการณ์ชีวิตมากกว่าเด็กไทยในวัยเดียวกัน จึงเป็นเหตุให้แต่ละประเทศมีการกำหนดเกณฑ์อายุเด็กไว้แตกต่างกัน โดยขึ้นอยู่กับสภาพสังคม วัฒนธรรม และความมุ่งหมายต้องการที่จะแก้ไขปัญหาสังคมที่มีในขณะนั้น ต่างประเทศจึงมีการกำหนดเกณฑ์อายุในการคุ้มครองเด็กไว้ต่ำกว่าประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่า หลักการและแนวคิดในเรื่องการต้องให้ความคุ้มครองการให้ความยินยอมเด็กของประเทศเยอรมนีนั้นเป็นแนวคิดที่น่าสนใจและควรนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทย ที่เห็นว่าการให้ความคุ้มครองจะต้องคำนึงถึงอายุ วุฒิภาวะ และความสามารถในการตัดสินใจของเด็กด้วย โดยผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์เข้าใจสถานะการณ์นั้น ๆ และรู้ถึงผลที่จะตามมาภายหลังจากการให้ความยินยอม ดังนั้น ผู้ที่จะให้ความยินยอมได้จะต้องมีวุฒิภาวะพอสมควร ซึ่งหากยังเป็นผู้เยาว์หรือเด็กที่มีอายุน้อย ถึงแม้ว่าเด็กจะยินยอม แต่เมื่อพิจารณาจากสภาพ วุฒิภาวะ ความสามารถในการตัดสินใจของเด็กในวัยนั้นแล้ว เห็นว่าอยู่ในวัยที่ยังอาจถูกหลอกลวงให้ยินยอมได้ หรือหากผู้กระทำความผิดเจตนาจะหาประโยชน์จากความบกพร่องของเด็ก และความสามารถในการตัดสินใจของเด็ก จึงต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กที่อาจบกพร่องในเรื่องของวุฒิภาวะและยังขาดความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเองด้วย หากพิจารณาจากสภาพสังคมไทยที่ปรากฏคดีทางเพศเป็นจำนวนมากขึ้น และเป็นการกระทำต่อเด็กที่มีอายุน้อย และเด็กวัยรุ่นเป็นส่วนใหญ่ ทั้งการล่อลวง หลอกลวงให้หลงรักและยอมมีเพศสัมพันธ์ด้วย หรือการใช้กำลังบังคับ ยกตัวอย่างเช่น หากนางสาวเอ อายุ 16 ปี เรียนอยู่ชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 4 ได้พบกับนายบี อายุ 30 ปี และนายบีพยายามตามจีบนางสาวเอหลงรัก นายบีจึงได้นัดให้นางสาวเอมีเพศสัมพันธ์ด้วย นายบีไปรับนางสาวเอจากที่โรงเรียน แล้วพาไปที่บ้านของนายบีเพื่อมีเพศสัมพันธ์กันโดยนางสาวเอยินยอม ระหว่างมีเพศสัมพันธ์กัน นายบีได้ถ่ายภาพการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างตนกับนางสาวเอไว้ แล้วนำไปขายที่เว็บไซต์หนึ่งเพื่อเอการค้า กรณีนี้ความรับผิดชอบของนายบี คือ ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ตามมาตรา 319 และความผิดฐานพาบุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเพื่อการอนาจาร โดยผู้ผู้นั้นยินยอม ตามมาตรา 283 ทวิ และมีความผิดฐานทำ ผิด และเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อการค้า ตามมาตรา มาตรา 287/2 (1) เท่านั้น แต่ไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด เนื่องจากนางสาวเอมีอายุเกิน 15 ปีแล้ว และยินยอมมีเพศสัมพันธ์ด้วย โดยไม่รู้ว่าจะมีการแอบถ่ายภาพแล้วนำไปเผยแพร่ดังกล่าว ซึ่งหากนางสาวเอรู้ก็คงไม่ยินยอมมีเพศสัมพันธ์ด้วยตั้งแต่แรก ผู้เขียนจึงเห็นว่า การคุ้มครองเด็กที่อายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีจึงเป็นเรื่องสำคัญ เนื่องจากเป็นวัยของการเรียนรู้ กำลังพัฒนาตัวเองและเติบโตเข้าสู่สังคม บุคคลในวัยนี้ยังเป็นผู้เยาว์หรือเด็กที่มีอายุน้อยและอยู่ในวัยเรียน ถึงแม้ว่าเด็กจะยินยอม แต่เมื่อพิจารณาจากสภาพ วุฒิภาวะ ความสามารถในการตัดสินใจของเด็กในวัยนี้แล้ว เห็นว่า ยังบกพร่องในเรื่องของวุฒิภาวะและยังขาดความสามารถในการตัดสินใจด้วยตนเอง ยังอยู่ในวัยที่ยังอาจถูกหลอกลวงให้ยินยอมได้ หรือหากผู้กระทำความผิดเจตนาจะหาประโยชน์จากความบกพร่องและความสามารถในการตัดสินใจของเด็กในวัยนี้ เด็กในวัยนี้ย่อมอาจถูกหลอกลวงหรือเชื่อบุคคลอื่นได้โดยง่ายและไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้ จึงควรจะต้องแก้ไขเพิ่มเติม

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 เพื่อคุ้มครองเด็กหรือบุคคลซึ่งอยู่ในช่วงอายุเกินสิบห้าปีแต่ไม่เกินสิบแปดปี โดยแก้ไขอายุเด็กจากเดิม “เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี” เป็น “เด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี”

สำหรับการเพิ่มโทษกรณีกระทำชำเราเด็กโดยเด็กไม่ยินยอมและได้มีการใช้กำลังประทุษร้ายนั้น กรณีที่เด็กถูกระทำชำเราโดยไม่ยินยอมนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมโทษผู้กระทำผิดที่กระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยเด็กไม่ยินยอม เนื่องจากเมื่อเด็กไม่ยินยอม ผู้กระทำผิดมักจะกระทำโดยใช้กำลังบังคับและใช้วิธีการในลักษณะตามที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และมาตรา 278 บัญญัติไว้ คือ โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น จึงควรนำบทบัญญัติในส่วนดังกล่าวมาปรับใช้กับกรณีที่เด็กไม่ยินยอมด้วย และเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำผิด ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ (Principle of proportionality) ที่ว่า หากอาชญากรรมสร้างความเสียหายมากก็ควรจะถูกลงโทษหนัก หากอาชญากรรมสร้างความเสียหายไม่มาก ก็ควรลงโทษเบา ดังนั้น ในการพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดให้หนักขึ้นหรือเบาขึ้น จึงขึ้นอยู่กับลักษณะการกระทำของผู้กระทำความผิด ความรุนแรงของการกระทำ และความเสียหายที่เหยื่อได้รับ ด้วยเหตุดังกล่าว กรณีเด็กถูกระทำชำเราโดยไม่ยินยอม ผู้กระทำผิดย่อมต้องได้รับโทษในอัตราที่สูงกว่ากรณีที่เด็กให้ความยินยอม เนื่องจากเป็นการกระทำที่รุนแรงกว่าและส่งผลให้เด็กได้รับความเสียหายและเป็นอันตรายแก่ร่างกายและมีผลกระทบทางจิตใจมากกว่ากรณีที่เด็กให้ความยินยอม และศาลต้องลงโทษผู้กระทำผิดสูงกว่ากรณีที่เด็กยินยอมด้วย เพื่อให้ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เด็กซึ่งเป็นเหยื่อได้รับ ดังจะเห็นได้ว่า ประเทศส่วนใหญ่ทั้งประเทศในระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ที่ได้นำเสนอมาช้างต้นล้วนแต่มีการบัญญัติเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดกรณีที่เหยื่อไม่ยินยอมไว้ โดยอาจเพราะเหตุสถานะของบุคคล สภาพของบุคคลที่เปราะบางกว่า และการกระทำต่อเหยื่อด้วยความรุนแรง เช่น ประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศญี่ปุ่น ก็ได้มีการกำหนดเหตุเพิ่มโทษความผิดฐานกระทำชำเราไว้ในหลายกรณีรวมถึงการใช้กำลังประทุษร้ายต่อเหยื่อด้วย ด้วยเหตุผลดังกล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรแก้ไขเพิ่มเติมโทษให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้นกรณีกระทำชำเราโดยเด็กไม่ยินยอม โดยนำเอาลักษณะการกระทำของผู้กระทำผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่งมาปรับใช้เป็นเหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น

สำหรับประเด็นเรื่องการยกเว้นโทษผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 นั้น ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาของไทยในส่วนของ การลงโทษหรือกำหนดโทษผู้กระทำผิดซึ่งเป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปีได้มีการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองไว้หลายประการ รวมทั้งในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กได้มีการกำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดและผู้ถูกระทำแทนการลงโทษก็ได้ กรณีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี หากผู้กระทำผิดเป็นบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีและมีลักษณะเป็นคนที่รักกัน ยินยอมมีเพศสัมพันธ์กัน ตามมาตรา 277 วรรคห้าและวรรคท้าย ซึ่งหากดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพสำเร็จจะทำให้ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ผู้เขียนเห็นว่า หากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 จากผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีแล้ว หากเป็นกรณีเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี

กระทำต่อเด็กอายุกว่าสิบสามปีโดยเด็กยินยอม จะเข้ากรณีที่ทำให้ศาลเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ แต่กระบวนการดังกล่าวก็ยังคงเข้าสู่กระบวนการพิจารณาจนไปถึงในชั้นศาล ซึ่งทำให้เด็กเสียเวลาและเสียโอกาสในเรื่องต่าง ๆ ไป ทั้ง ๆ ที่การที่เด็กทั้งสองฝ่ายต่างยินยอมมีเพศสัมพันธ์กันด้วยความเต็มใจทั้งคู่เนื่องจากเป็นคนรักกัน ปราศจากอิทธิพลหรืออำนาจใดครอบงำให้กระทำ จึงไม่ควรมีฝ่ายใดต้องรับโทษตามกฎหมายและไม่สมควรเป็นคดีอาญา เนื่องจากเด็กทั้งสองฝ่ายต่างเป็นเหยื่อด้วยกันทั้งคู่ ดังนั้น จึงควรนำหลักความเป็นมาตรการสุดท้ายของกฎหมายอาญามาใช้ โดยการกระทำที่ไม่สมควรเป็นคดีอาญา หากเลือกบังคับใช้กฎหมายรูปแบบอื่นและก่อให้เกิดความสงบของสังคมได้ การบังคับใช้กฎหมายรูปแบบอื่นที่มีใชทางอาญาย่อมก่อให้เกิดประโยชน์กับสังคมมากกว่า ดังนั้น กฎหมายอาญาควรนำมาใช้เป็นมาตรการสุดท้าย หากยังสามารถบังคับใช้ด้วยกฎหมายรูปแบบอื่นได้ ควรใช้กฎหมายอื่นไปก่อน นอกจากนี้ ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีก็ได้มีการกำหนดเหตุยกเว้นโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ โดยในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี ตามมาตรา 176 ได้มีการบัญญัติเหตุยกเว้นโทษไว้ในมาตรา 176(2) โดยให้ศาลใช้ดุลพินิจพิจารณาจากพฤติการณ์ว่า หากเป็นกรณีการกระทำทางเพศนั้นผู้กระทำความผิดและผู้ถูกระทำยินยอม และมีอายุ พัฒนาการและวุฒิภาวะใกล้เคียงกัน ก็เป็นเหตุให้ศาลยกเว้นโทษได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด ในทฤษฎีความชั่วหรือหลักไม่มีโทษ โดยไม่มี ความชั่ว เพราะกรณีที่เด็กกับเด็กมีเพศสัมพันธ์กันโดยทั้งสองฝ่ายยินยอม เป็นการกระทำที่ปราศจากความชั่วร้ายและไม่มีผลกระทบต่อสังคม เด็กจึงไม่ควรถูกโทษทางอาญา ผู้เขียนจึงเห็นว่า กรณีบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำชำเราเด็กอายุเกิน 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี โดยเด็กยินยอมนั้น ผู้กระทำความผิดควรจะได้รับยกเว้นโทษคือไม่ต้องรับโทษตามกฎหมาย และไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการทางศาล ไม่ต้องรอให้ศาลพิจารณาก่อนจึงจะได้รับ การยกเว้นโทษ โดยเมื่อมีการร้องทุกข์หรือกล่าวโทษควรให้พนักงานสอบสวนเป็นคนตรวจสอบข้อเท็จจริงโดยการสอบปากคำเบื้องต้น และเมื่อพบว่าทั้งสองฝ่ายยินยอมโดยสมัครใจ ย่อมเข้าเหตุยกเว้นโทษและพนักงานสอบสวนจะพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(7) สิทธินำคดีอาญามาฟ้องย่อม ระวังไปเพราะเหตุมีกฎหมายยกเว้นโทษ และทำสำนวนโดยมีความเห็นควรสั่งไม่ฟ้องคดี แล้วต้องส่งสำนวนให้ พนักงานอัยการพิจารณาตามกฎหมาย พนักงานอัยการจะมีคำสั่งยุติการดำเนินคดีเพราะสิทธินำคดีอาญามา ฟ้องระวัง เนื่องจากเมื่อมีกฎหมายยกเว้นโทษ ตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญา ของพนักงานอัยการ พ.ศ.2563 ข้อ 48(8)²¹⁴ และคดีเป็นอันเสร็จสิ้นไป ทำให้ไม่ต้องมีการนำคดีขึ้นสู่ศาล

ผู้เขียนจึงขอเสนอว่า ควรจะต้องแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 277 เพื่อคุ้มครองเด็กหรือบุคคลซึ่งอยู่ในช่วงอายุเกินสิบห้าปีแต่ไม่เกินสิบแปดปีด้วย และเพื่อให้ต้องตามเจตนารมณ์ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 โดยควรให้ความคุ้มครองทั้งกรณีที่เกิดเป็นผู้เสียหายและเป็นผู้กระทำความผิด โดยแก้ไขอายุเด็ก

²¹⁴ ข้อ 48 การออกคำสั่งกรณีสิทธิฟ้องคดีอาญาระงับ...ในการพิจารณาสำนวนการสอบสวน ให้พนักงานอัยการพิจารณาเรื่องเงื่อนไขระงับคดีก่อน และพนักงานอัยการพึงระมัดระวังในเรื่องเงื่อนไขระงับคดีตลอดเวลาการดำเนินคดีเงื่อนไขระงับคดี ได้แก่ ... (๘) เมื่อมีกฎหมายยกเว้นโทษ

จากเดิม เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี เป็น เด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปี และบัญญัติเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดกรณีกระทำชำเราโดยเด็กไม่ยินยอม โดยนำเอาลักษณะการกระทำของผู้กระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่งมาปรับใช้เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น และแก้ไขโดยกำหนดให้ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี โดยเด็กนั้นยินยอม ผู้กระทำความผิด แต่ไม่ต้องรับโทษ โดยเปรียบเทียบกันได้ดังนี้

	มาตรา 277 (เดิม)	มาตรา 277 (ใหม่)
วรรคแรก	ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีโชภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม	ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปี ซึ่งมีโชภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม
วรรคสอง	ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี	ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี
วรรคสาม	ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด...	<i>ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น...</i>
วรรคสี่	ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน	ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด...

	มาตรา 277 (เดิม)	มาตรา 277 (ใหม่)
วรรคห้า	<p>ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อ<u>เด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว จะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของ ผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกระทำด้วย</u></p>	<p>ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอัน<u>มีลักษณะเป็นการโทรมเด็ก...</u></p>
วรรคหก	<p><u>ในกรณีที่ได้มีการดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำ ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแล้ว ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ แต่ถ้าการคุ้มครองสวัสดิภาพดังกล่าวไม่สำเร็จ ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงเหตุตามวรรคห้าด้วย</u></p>	<p>ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดย<u>บุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี</u> โดยเด็กนั้นยินยอม <u>ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ</u></p>

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี วิวัฒนาการที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กและการกระทำความผิดของเด็ก ทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ซึ่งถือเป็นพันธกรณีให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องดำเนินการคุ้มครองสิทธิเด็ก และในกฎหมายไทย และหลักกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ทั้งในกฎหมายอาญาของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศญี่ปุ่น และกฎหมายอาญาของประเทศไทย เพื่อนำไปใช้ในการวิเคราะห์เปรียบเทียบและนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองเด็กโดยการกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กในประมวลกฎหมายอาญาของไทยให้เหมาะสมกับสภาพสังคมของประเทศไทยและเพื่อแก้ไขปัญหาทางสังคมที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต พบว่า พฤติกรรมหรือการกระทำของเด็กซึ่งเป็นวัยรุ่นในช่วงอายุ 13-18 ปี มีความสอดคล้องกับแนวคิดของทฤษฎีจิตวิเคราะห์ ทฤษฎีเลียนแบบ และแนวคิดของอิริค อีริคสัน ดังนั้น วุฒิภาวะและความสามารถในการตัดสินใจของเด็กในช่วงอายุ 13-18 ปี จึงยังไม่คงที่ และยังไม่ได้รับการพัฒนาอย่างเหมาะสมเพียงพอที่จะทำการตัดสินใจหรือให้ความยินยอมในเรื่องทางเพศหรือเรื่องเกี่ยวกับชีวิตของตนที่อาจมีผลกระทบต่อตัวเองในอนาคต และไม่อาจรับผิดชอบต่อการตัดสินใจของตนที่อาจเกิดผลเสียหรือปัญหาในระยะยาวต่อตนเองและต่อสังคมในอนาคตได้ เด็กในช่วงอายุดังกล่าวจึงควรที่จะได้รับการคุ้มครองเกี่ยวกับการตัดสินใจในเรื่องกิจกรรมทางเพศของตน

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ได้ให้นิยามไว้ว่า “เด็ก หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น” ในการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับเด็กจะต้องคำนึงถึงสิทธิเด็กและที่สำคัญที่สุดคือต้องยึดถือหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child) และเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Right of Protection) จากการกระทำในทุกรูปแบบที่อาจเป็นอันตรายต่อเด็ก ดังนั้น มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ย่อมต้องได้รับการคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์ในทางเพศหรือการล่วงละเมิดทางเพศ รวมถึงการถูกล่อลวงหรือชักจูงให้เข้าร่วมกิจกรรมในทางเพศ รัฐภาคีจึงมีหน้าที่ต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็กในกรณีดังกล่าวนี้อย่างชัดเจน และอาจคุ้มครองสิทธิเด็กให้ได้มากกว่ามาตรฐานตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

ซึ่งประเทศไทยได้มีการออกกฎหมายหลายฉบับมาเพื่อให้ความรับรองและคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปี ทั้งในกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ เช่น กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2540 เป็นต้น

ส่วนหลักกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กในกฎหมายอาญาของต่างประเทศนั้น พบว่า มีเจตนารมณ์อย่างเดียวกัน คือ เพื่อคุ้มครองเด็กซึ่งเป็นเหยื่อในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อันเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่นอกจากเป็นความผิดที่ร้ายแรงแล้วยังส่งผลกระทบต่อร่างกาย สภาพจิตใจ และอนาคตของเด็ก โดยทุกประเทศมีแนวทางบัญญัติกฎหมายในลักษณะเดียวกัน คือ จะกำหนดให้การกระทำชำเราเด็กมีอัตราโทษที่สูงกว่าการกระทำชำเราบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่แล้ว และกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่ต้องการจะให้ความคุ้มครองไว้เป็นพิเศษ แต่มีการกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดเกี่ยวกับเพศประเภทอื่นไว้แตกต่างกันไปตามแนวคิด สภาพสังคม วัฒนธรรมและนโยบายของแต่ละประเทศ กล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) พบว่า Sexual Offences Act 2003 ของประเทศอังกฤษมีบทบัญญัติคุ้มครองเด็กและเยาวชนไว้อย่างหลากหลายเพื่อให้ครอบคลุมทุกลักษณะการกระทำผิด โดยการกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ไม่ว่าจะเด็กจะยินยอมหรือไม่ ก็เป็นความผิดเสมอ และได้กำหนดเรื่องการทำผิดทางเพศที่ไม่ใช่ลักษณะของการกระทำชำเราต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ไว้ ซึ่งให้ความคุ้มครองเด็กในเรื่องการทำกิจกรรมทางเพศกับเด็กและการก่อให้เกิดหรือยุยงให้เด็กเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ โดยไม่ว่าจะเด็กจะยินยอมหรือไม่ ผู้กระทำก็มีความผิดเสมอ ส่วน Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ได้ให้ความคุ้มครองเด็กหรือเหยื่อที่มีอายุน้อยกว่า 16 ปีเป็นสำคัญ โดยไม่ว่าจะเด็กจะยินยอมหรือไม่ ผู้กระทำก็มีความผิดเสมอ ด้วยเหตุผลว่าวัยดังกล่าวไม่อาจให้ความยินยอมได้ เพราะภาวะแห่งวัยและยังไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอในการให้ความยินยอม และเพื่อการป้องกันการตั้งครรภโดยไม่จำเป็น แต่หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องมีอายุระหว่าง 10 ถึง 16 ปี และในกรณีที่เหยื่อมีอายุต่ำกว่า 10 จะเป็นความผิดทางอาญาระดับที่หนึ่งหรือระดับสองซึ่งร้ายแรงกว่า

ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) กฎหมายของประเทศเยอรมัน ได้กำหนดเรื่องความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศเด็ก (Sexual abuse of children) ไว้โดยเฉพาะ โดยได้กำหนดอายุเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายไว้ที่อายุต่ำกว่า 14 ปี ซึ่งการกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี ไม่ว่าจะเด็กจะเต็มใจหรือได้ให้ความยินยอมให้กระทำ ก็เป็นความผิดเสมอ ทั้งนี้ ได้กำหนดนิยามไว้ดังนี้ “เด็ก”(Youth) หมายถึง บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 14 ปี แต่ยังไม่ถึง 18 ปี แต่หากกรณีเป็นการล่วงละเมิดทางเพศกับผู้ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครอง ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี มาตรา 174 ได้กำหนดอายุบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองไว้เฉพาะ คือ บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี ส่วนกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส มีการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองในความผิดเกี่ยวกับเพศโดยบัญญัติให้การกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นการสอดใส่ลวงล้ำในทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในลักษณะใด หรือจะเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยด้วยความรุนแรง โดยการบังคับ ช่มชู้ หรือทำให้ตื่นตกใจ ก็เป็นความผิดฐาน

ข่มขืนกระทำชำเราแล้ว และได้ให้ความคุ้มครองผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปีไว้เป็นสำคัญ โดยให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้น หากการข่มขืนกระทำชำเราได้กระทำต่อผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบห้าปี ส่วนกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองในความผิดฐานบังคับมีเพศสัมพันธ์โดยผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมเป็นสำคัญ และคุ้มครองกรณีกระทำชำเราบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบสามปี ไม่ว่าจะยินยอมหรือไม่ ก็เป็นความผิด และมีโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี นอกจากนี้ ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่ถูกล่วงละเมิดโดยอาศัยอิทธิพลจากการมีอำนาจปกครองไว้ โดยหากเป็นการรอนาจารโดยผู้ที่มีอำนาจปกครองกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือการบังคับมีเพศสัมพันธ์โดยผู้ที่มีอำนาจปกครองกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี ย่อมมีความผิด

แม้ในกฎหมายต่างประเทศจะกำหนดอายุในการคุ้มครองเด็กไว้ต่ำกว่าอายุสิบแปดปี โดยอาจมีทั้งประเทศที่กำหนดอายุเด็กที่ให้ความคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะเหมือนกับที่ประเทศไทยบัญญัติไว้ในปัจจุบัน คืออายุไม่เกินสิบห้าปี หรือกำหนดคุ้มครองอายุเด็กที่มากกว่าและน้อยกว่าที่ประเทศไทยบัญญัติคุ้มครองไว้เพียงไม่กี่ปี แต่ด้วยสภาพสังคม วัฒนธรรม จารีตประเพณี ความเชื่อทางศาสนาและทัศนคติการเปิดกว้างในเรื่องของการมีเพศสัมพันธ์ของต่างประเทศกับประเทศไทยนั้นแตกต่างกันเป็นอย่างมาก อีกทั้งรัฐสวัสดิการของต่างประเทศยังส่งเสริมต่อการมีบุตรและการเติบโตของเด็กจนถึงอายุ 18 ปี และอาจถึง 25 ปี หากมีการศึกษาในชั้นอุดมศึกษาต่อ และเด็กในต่างประเทศสามารถทำงานหาเลี้ยงชีพโดยไม่ต้องพึ่งพาบิดามารดาในเรื่องค่าใช้จ่ายที่จะสามารถรับผิดชอบต่อชีวิตในการตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ได้แล้ว ทำให้สภาพสังคมและบริบทแตกต่างกัน จึงเป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้การบัญญัติกฎหมายคุ้มครองเด็กเกี่ยวกับความผิดทางเพศและการล่วงละเมิดทางเพศนั้นมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ

ส่วนในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ได้มีการบัญญัติคุ้มครองบุคคลหรือเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีไว้ในหลายเรื่องหลายมาตรา ทั้งให้ดุลพินิจแก่ศาลในเรื่องการพิจารณากำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลหรือเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี แตกต่างจากกรณีผู้ใหญ่กระทำความผิด และคุ้มครองผู้เสียหายซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในความผิดเกี่ยวกับเพศ เช่น ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตาม มาตรา 287/1 และ มาตรา 287/2 ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการรอนาจารตามมาตรา 282 วรรคสอง และมาตรา 283 วรรคสอง ความผิดฐานพาผู้อื่นไปเพื่อการรอนาจารตามมาตรา 283 ทวิ ความผิดฐานโดยทุจริต รับไว้เป็นธุระจัดหา หรือพาไป ตามมาตรา 312 ตริ และ ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 319 ซึ่งไม่ว่าผู้ถูกกระทำหรือเหยื่อจะยินยอมกับผู้กระทำผิดด้วยหรือไม่ก็ตาม ก็เป็นความผิดเสมอ จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาของไทยได้ให้ความคุ้มครองบุคคลหรือเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีไว้ในหลายเรื่องโดยอาจใช้คำแตกต่างกัน ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายอื่นของไทยที่บัญญัติให้ความคุ้มครองบุคคลที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปี

แต่ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ได้ให้ความคุ้มครองเฉพาะกรณีการกระทำชำเราเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปี และเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบสามปี ซึ่งไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ ผู้กระทำก็มีความผิด ส่วนเด็กที่อยู่ในช่วงที่มีอายุเกินสิบห้าปีขึ้นไป แต่ไม่เกินสิบแปดปี กลับถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 276 รวมอยู่กับกรณีการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่แล้ว ไม่ได้มีการให้ความคุ้มครองไว้เป็นพิเศษเหมือนมาตรา 277 แต่อย่างใด ทั้ง ๆ ที่บุคคลอายุเกินกว่าสิบห้าปีแต่ไม่เกินสิบแปดปีนั้นยังเป็นเด็ก

และยังอยู่ในวัยของการศึกษาเล่าเรียนเพียงชั้นมัธยมปลายเท่านั้น ยังไม่เข้าสู่การศึกษาระดับอุดมศึกษาแต่อย่างใด ยังขาดประสบการณ์ชีวิต อีกทั้ง วิทยุฒิและวุฒิภาวะยังไม่อยู่ในภาวะที่จะสามารถตัดสินใจให้ความยินยอมเรื่องทางเพศได้โดยมีเหตุผลเพียงพอ แต่จะใช้อารมณ์มากกว่าเหตุผล อีกทั้ง การบัญญัติกฎหมายกำหนดเกณฑ์อายุของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ไม่เกินสิบแปดปีจึงยังได้รับความคุ้มครองไม่เท่ากับความผิดเกี่ยวกับเพศประเภทอื่น เช่น ความผิดฐานพาไปเพื่อการอนาจาร ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจาร และความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ และไม่สอดคล้องกัน

การกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กเพื่อคุ้มครองสิทธิของเด็กในความผิดฐานกระทำชำเรา จึงต้องกำหนดให้ต้องตามวัตถุประสงค์ในการรับรองสิทธิของเด็ก โดยปกติแล้ว การที่บุคคลใดจะให้ความยินยอมได้นั้น ผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีวิทยุฒิ วุฒิภาวะ มีความสามารถในการตัดสินใจ มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์เข้าใจสถานะสถานการณ์นั้น ๆ และรู้ถึงผลที่จะตามมาหลังจากการให้ความยินยอมและสามารถรับผิดชอบต่อผลจากการตัดสินใจของตนที่จะเกิดขึ้นได้ แต่เนื่องจากวุฒิภาวะและความสามารถในการตัดสินใจของเด็กในช่วงอายุ 13-18 ปี ยังไม่ได้รับการพัฒนาอย่างเหมาะสมเพียงพอที่จะทำการตัดสินใจหรือให้ความยินยอมในเรื่องทางเพศหรือเรื่องเกี่ยวกับชีวิตของตนที่อาจมีผลกระทบต่อตัวเองในอนาคต และไม่อาจรับผิดชอบต่อการตัดสินใจของตนที่อาจเกิดผลเสียหรือปัญหาในระยะยาวต่อตนเองได้ นอกจากนี้ เด็กในช่วงอายุนี้นั้นเป็นวัยที่กำลังอยากรู้อยากลอง จึงอาจถูกล่อลวงหรือโน้มน้าวให้ยินยอมได้โดยง่าย หรือหากผู้กระทำความผิดเจตนาจะหาประโยชน์จากความบกพร่องและความสามารถในการตัดสินใจของเด็กในวัยนี้ ก็ย่อมอาจถูกหลอกลวงหรือเชื่อบุคคลอื่นได้โดยง่ายและไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้ เด็กในช่วงอายุดังกล่าวจึงควรที่จะได้รับการคุ้มครองเกี่ยวกับการตัดสินใจในเรื่องกิจกรรมทางเพศของตน ดังนั้น กฎหมายไทยจึงควรให้ความคุ้มครองเด็กในวัยดังกล่าว แม้การกำหนดคุ้มครองเด็กจะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของเด็กในการตัดสินใจในการมีเพศสัมพันธ์ของตนเองแต่หากคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กแล้ว การแก้ไขกฎหมายเพื่อให้เด็กได้เติบโตและเรียนรู้ตามวัยอันสมควร ให้มีพัฒนาการได้อย่างเต็มตามอายุของเด็ก และเพื่อคุ้มครองเด็กก็เป็นความเหมาะสมที่ควรค่าแก่การจำกัดสิทธิ เพื่อให้เด็กได้พัฒนาตนเองอย่างมีความรู้ มีวิทยุฒิ วุฒิภาวะ ความพร้อม และความสามารถในการตัดสินใจเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ของตนได้มากยิ่งขึ้น และเพื่อป้องกันไม่ให้เด็กถูกล่อลวงหรือถูกนำไปแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และเพื่อเป็นการยับยั้งป้องกันปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยเรียน หรือเด็กที่เป็นแม่เมื่ออายุน้อย หรือปัญหาการทอดทิ้งเด็กทารกตั้งแต่แรกเกิด และปัญหาที่ไม่สามารถเลี้ยงดูบุตรให้เหมาะสมได้จนกลายเป็นปัญหาสังคมต่อไป

สำหรับกรณีที่เด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายไม่ยินยอมในการกระทำชำเรา แต่ผู้กระทำความผิดได้ใช้กำลังประทุษร้ายบังคับให้เด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายจำต้องยอมต่อการกระทำชำเรานั้น ควรจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมโทษผู้กระทำความผิดที่กระทำชำเราเด็ก โดยเด็กไม่ยินยอม เนื่องจากเมื่อเด็กไม่ยินยอม ผู้กระทำความผิดมักจะกระทำโดยใช้กำลังทำร้าย วางยาให้สลบ ทำให้เด็กอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือหลอกลวงให้เด็กเข้าใจว่าเป็นคนอื่น จึงควรเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ (Principle of proportionality) ซึ่งมีแนวคิดที่ว่า “อาชญากรควรได้รับการลงโทษเสมือนกับความเสียหายที่ได้ก่อให้เกิดขึ้นกับ

ผู้เสียหาย” ดังนั้น หากอาชญากรรมสร้างความเสียหายมากก็ควรจะถูกลงโทษหนัก ตรงกันข้าม หากอาชญากรรมสร้างความเสียหายไม่มาก ก็ควรลงโทษเบา ดังนั้น ในการพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดให้หนักขึ้นหรือเบาขึ้น จึงขึ้นอยู่กับลักษณะการกระทำของผู้กระทำความผิด ความรุนแรงของการกระทำ และความเสียหายที่เหยื่อได้รับ ฉะนั้น กรณีเด็กถูกกระทำชำเราโดยไม่ยินยอม ผู้กระทำผิดย่อมต้องได้รับโทษในอัตราที่สูงกว่ากรณีที่ได้ยินยอม เนื่องจากเป็นการกระทำที่รุนแรงกว่า และส่งผลให้เด็กได้รับความอันตรายแก่กายและมีผลกระทบทางจิตใจมากกว่ากรณีที่ได้ยินยอมด้วยตนเอง ศาลย่อมต้องลงโทษผู้กระทำผิดในอัตราโทษที่แตกต่างกัน โดยลงโทษผู้กระทำผิดกรณีที่ได้ยินยอมให้สูงกว่ากรณีที่ได้ยินยอมด้วย เพื่อให้ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เด็กซึ่งเป็นเหยื่อได้รับ อีกทั้งยังเป็นการลงโทษเพื่อยับยั้งมิให้ผู้กระทำผิดกระทำความผิดซ้ำอีก ประกอบกับกฎหมายอาญาของต่างประเทศก็ได้มีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้นไว้อย่างหลากหลายรวมถึงกรณีที่มีการใช้ความรุนแรงต่อผู้ถูกกระทำด้วย เพื่อให้เหมาะสมกับการกระทำของผู้กระทำผิดและความเสียหายที่เหยื่อได้รับ

กรณีการคุ้มครองผู้กระทำผิดซึ่งอายุยังไม่เกินสิบแปดปี หากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 จากผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีแล้ว ซึ่งเป็นการแก้ไขโดยมุ่งหมายที่จะยับยั้งป้องกันการกระทำความผิดของบุคคลที่มีอายุแล้วมาหลอกลวง โน้มน้าว หรือจูงใจเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีให้ยินยอมมีเพศสัมพันธ์ด้วย แต่หากเป็นกรณีผู้กระทำความผิดเป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กอายุเกินสิบสามปีด้วยกัน โดยเด็กยินยอมทั้งสองฝ่าย เนื่องจากเป็นคนรักกัน หากพิจารณาจากความเป็นจริงแล้ว ผู้กระทำผิดก็เป็นเพียงเด็กเหมือนกันกับเด็กที่เป็นผู้เสียหาย การที่เด็กทั้งสองฝ่ายต่างยินยอมมีเพศสัมพันธ์กันด้วยความเต็มใจทั้งคู่เนื่องจากเป็นคนรักกัน ย่อมเกิดจากความบริสุทธิ์ใจ ปราศจากอิทธิพลหรืออำนาจใดครอบงำให้กระทำ จึงไม่ควรมีฝ่ายใดต้องรับโทษตามกฎหมาย และควรมองว่าเด็กทั้งสองฝ่ายต่างเป็นเหยื่อด้วยกันทั้งคู่ จึงไม่ควรเป็นคดีอาญา ไม่ควรนำโทษทางอาญามาใช้กับกรณีนี้ และไม่ควรถูกต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาจนถึงในชั้นศาล ซึ่งจะ让孩子เสียเวลาและเสียโอกาสในเรื่องต่าง ๆ ไป ทั้งนี้ ตามหลักความเป็นมาตรฐานสุดท้ายของกฎหมายอาญาและหลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด ที่ว่า การกระทำที่ไม่สมควรเป็นคดีอาญา หากเลือกบังคับใช้กฎหมายรูปแบบอื่นและก่อให้เกิดความสงบของสังคมได้ การบังคับใช้กฎหมายรูปแบบอื่นที่มีโทษทางอาญาย่อมก่อให้เกิดประโยชน์กับสังคมมากกว่า และการเด็กกับเด็กกระทำชำเรากันโดยทั้งสองฝ่ายยินยอม เป็นการกระทำที่ปราศจากความชั่วร้ายและไม่มีผลกระทบต่อสังคม เด็กจึงไม่ควรถูกโทษทางอาญา ดังนั้น กฎหมายอาญาควรนำมาใช้เป็นมาตรฐานสุดท้าย เพราะในความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรง ผู้กระทำความผิดจะถูกบันทึกประวัติอาชญากร และเสียโอกาสในการประกอบอาชีพ ประกอบกับ ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีได้มีการกำหนดเหตุยกเว้นโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ ได้แก่ กรณีกระทำชำเราในเครือญาติ หากขณะกระทำความผิดผู้สืบสันดานและพี่น้องมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ไม่ต้องรับโทษ และในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี กำหนดให้ศาลมีดุลพินิจในการพิจารณาได้ว่า หากเป็นการกระทำทางเพศโดยเด็กยินยอมและความแตกต่างของอายุและระดับพัฒนาการมีน้อย ศาลจะยกเลิกการกำหนดบทลงโทษได้ คือศาลจะไม่ลงโทษก็ได้ ดังนั้น

กรณีบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำชำเราเด็กอายุเกินสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี โดยเด็กยินยอมนั้น ผู้กระทำผิดควรจะได้รับการยกเว้นโทษ คือยังคงมีความผิดอยู่ แต่ไม่ต้องรับโทษตามกฎหมาย

จึงควรจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 เพื่อคุ้มครองเด็กหรือบุคคลซึ่งอยู่ในช่วงอายุเกินสิบห้าปีแต่ไม่เกินสิบแปดปีด้วย ให้ตรงตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 โดยควรให้ความคุ้มครองทั้งกรณีที่ได้เป็นผู้เสียหายและเป็นผู้กระทำความผิด โดยแก้ไขอายุเด็กจากเดิม “เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี” เป็น “เด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปี” และบัญญัติเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดกรณีกระทำชำเราโดยเด็กไม่ยินยอมและมีการใช้กำลังประทุษร้าย และแก้ไขให้การกระทำผิดโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี โดยเด็กนั้นยินยอม ได้รับการยกเว้นโทษ

5.2 ข้อเสนอแนะ

การกำหนดเกณฑ์อายุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก มีลักษณะเป็นการยกระดับการปกป้องเด็ก ให้มีช่วงอายุที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายมากยิ่งขึ้นกว่าเดิม โดยเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กที่จะได้เติบโตและเรียนรู้ตามพัฒนาการของเด็กตามช่วงอายุอย่างเหมาะสม นอกจากนี้บุคคลที่จะกระทำชำเราเด็กโดยเด็กไม่ยินยอมก็จะมีโทษทางอาญาที่รุนแรงขึ้น แต่หากเกิดจากความยินยอมของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดเป็นเด็กทั้งสองฝ่าย ก็มีการกำหนดให้ผู้กระทำผิดได้รับการยกเว้นโทษ ผู้เขียนจึงขอเสนอแก้ไขและเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ในปัจจุบัน ดังต่อไปนี้

1. ผู้เขียนขอเสนอให้แก้ไขการกำหนดอายุของเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ในมาตรา 277 วรรคหนึ่ง จากเดิมที่บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม” แก้ไขเป็น “**ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม**”

2. ผู้เขียนขอเสนอให้บัญญัติเพิ่มเติมโทษแก่ผู้กระทำความผิดที่กระทำชำเราเด็ก โดยเด็กไม่ยินยอม โดยบัญญัติเพิ่มเติมเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น เป็นวรรคสามขึ้นมาใหม่ โดยนำลักษณะการกระทำผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง และมาตรา 278 มาใช้เพื่อให้สอดคล้องกัน โดยบัญญัติเป็นมาตรา 277 วรรคสาม ว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น...” ส่วนวรรคสามเดิมให้แก้ไขเป็นวรรคสี่

3. ผู้เขียนขอเสนอให้แก้ไขบทบัญญัติที่ให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษ กรณีบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำชำเราเด็กอายุเกินสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม โดยขอเสนอให้แก้ไขจากเดิมที่บัญญัติว่า “ ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกกระทำ

หรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้...” แก่ไขเป็น “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี โดยเด็กนั้นยินยอม ผู้กระทำมีความผิด แต่ไม่ต้องรับโทษ”

โดยผู้เขียนจะเปรียบเทียบระหว่างบทบัญญัติเดิมและบทบัญญัติใหม่ของผู้เขียนได้แก้ไขและเพิ่มเติมเป็นร่างบทบัญญัติ ดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ปัจจุบัน ที่ยังคงบังคับใช้อยู่

วรรคหนึ่ง “ ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม...”

วรรคสอง “ ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี...”

วรรคสาม “ ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด...”

วรรคสี่ “ ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน...”

วรรคห้า “ ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำ ความผิดและเด็กผู้ถูกกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกกระทำด้วย ”

วรรคหก “ในกรณีที่ได้มีการดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแล้ว ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ แต่ถ้าการคุ้มครองสวัสดิภาพดังกล่าวไม่สำเร็จ ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงเหตุตามวรรคห้าด้วย...”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ที่ผู้เขียนเสนอแก้ไขและเพิ่มเติมใหม่ ดังนี้

วรรคแรก “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม...”

วรรคสอง “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี...”

วรรคสาม “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น... ”

วรรคสี่ “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด...”

วรรคห้า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็ก...”

วรรคหก “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี โดยเด็กนั้นยินยอม ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ”

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- กฤษฎา บุญยสมิต, 'กฎหมายตราสามดวง', สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน (เล่มที่ 30 พิมพ์ครั้งที่ 4, บริษัท
ด้านสุทธาการพิมพ์ จำกัด 2550).
- กิตติศักดิ์ ปรกติ, 'ตำนานรักร่วมเพศ(ในเชิงกฎหมาย)' (2528) 2 วารสารนิติศาสตร์.
- กิติพัฒน์ นนทปัทมคุณ, 'ปัญหาการทารุณกรรมและการปล่อยปละละเลยเด็ก : แนวความคิดและความ
ตระหนักต่อปัญหาของนักวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง' (วิทยานิพนธ์ สังคมสงเคราะห์ศาสตร์มหาบัณฑิต คณะ
สังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2528).
- กุลพล พลวัน, *พัฒนาการสิทธิมนุษยชน*, (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2538).
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6, บริษัทกรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด
2557).
- คนพล จันทน์หอม, 'วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 : ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและ
ประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย 2545).
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, *ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน*, (สำนักงาน 2550).
- คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 11, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2559).
- จิตติ ดิงศภัทัย, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2* (พิมพ์ครั้งที่ 8, บริษัทศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง จำกัด
2553).
- จิตติ ดิงศภัทัย, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 8, จีระวิชาการพิมพ์ 2548).
- จิราวัฒน์ แซ่มชัยพร, 'การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญา
ว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์ 2551).
- ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, 'ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวง
ถึงประมวลกฎหมายอาญา' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย 2548).
- ดวงกมล จันทร์รัตน์มณี, 'การปฏิบัติที่เหมาะสมต่อเด็กและเยาวชนซึ่งกระทำผิดฐานกระทำชำเราเด็ก'
(วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2555).
- ต้องรัก จิตรบรรเทา, 'บุคลิกภาพตามทฤษฎีจิตวิเคราะห์' (2560) 2 สังคมศาสตร์วิชาการ.
- ถิรตล วัฒนศักดิ์, 'เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา
มาตรา 285' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2558).
- ทรงศักดิ์ ดุลยกาญจน์ และพรรณพิไล ดุลยกาญจน์, *คดีเกี่ยวกับเด็กและเยาวชน (แพ่ง-อาญา)* (พิมพ์ครั้งที่ 4,
แสงจันทร์การพิมพ์ 2557).

บรรณานุกรม (ต่อ)

- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ* (พิมพ์ครั้งที่ 17 แก้ไขเพิ่มเติม, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562).
- ธิดิ ทศนชัยกุล, 'ปัจจัยที่เป็นสาเหตุการข่มขืนกระทำชำเราของเยาวชน : ศึกษาเฉพาะกรณีศาลจังหวัดนนทบุรี แผนกคดีเยาวชนและครอบครัว' (สารนิพนธ์ ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553).
- นพนิธิ สุริยะ, *สิทธิมนุษยชน* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2537).
- บุญเพราะ แสงเทียน, *คำบรรยายกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน* (สำนักพิมพ์วิญญูชน ม.ป.ป.).
- ปกป้อง ศรีสนิท, 'การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ : ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา' (The101.World, 19 กรกฎาคม 2562) <<https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>> สืบค้นเมื่อ 22 มกราคม 2566.
- ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563).
- ประเทือง ธนิยพล, *กฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน และวิธีพิจารณาคดีครอบครัว* (มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2549).
- ประธาน วัฒนวานิชย์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา* (ประกายพริก 2546).
- ประสพสุข บุญเดช, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 20 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2556).
- ปัทมาภรณ์ รอดอนันต์, 'มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครอง ป้องกันและฟื้นฟูเด็กที่ถูกกระทำรุนแรงในครอบครัว' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2550).
- พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, *พระราชบัญญัติในปดจุบัน* (เล่ม 1 โรงพิมพ์กองทัพอากาศ 2445).
- พระเจ้าลูกยาเธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์, *ว่าด้วยกฎหมาย พิมพ์เป็นอนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ นายแสวง เตระยานนท์* (โรงพิมพ์บรรหาร 2507).
- พระอินทปรีชา, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2* (โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร 2470).
- เพลินตา ตันรังสรรค์, 'สรุปการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องหลักการและเหตุผลของร่างกฎหมาย' (2562) 3 จุลินิติ 63.
- ไพจิตร บุญญพันธ์, 'หญิงกับการเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา' (2505) 2 ดุลพาห.
- 'ประมวลกฎหมาย รัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวงตรา 3 ดวง เล่ม 2' (Thammasat University Digital Collections) <https://digital.library.tu.ac.th/tu_dc/frontend/Info/item/dc:47636> สืบค้นเมื่อ 23 มกราคม 2566.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- มาตาลักษณ์ เสธเมธากุล, *โครงการวิจัย เรื่อง หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562).
- มาลี พุกษ์พงศาวิลี, *ย้อนรอยสิทธิความเป็นคนของผู้หญิง* (ออฟเซ็ท 2551).
- โยเนโอะ อิชิติ, *พระธรรมสาตราไทย ใน กฎหมายตราสามดวงกับสังคมไทย* (นิธิ เอียวศรีวงศ์ผู้แปล สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ 2536).
- รณกรณ์ บุญมี, “พยายามข่มขืนกระทำชำเรา ปี 2553” ใน *ครอบครัว งานบริหาร อาจารย์ไพโรจน์* รวมข้อเขียนที่ระลึกในโอกาสอายุครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ, บรรณาธิการโดย สุรศักดิ์ มณีศรี, (โรงพิมพ์เดือนตุลา 2553).
- แลงการ์ด, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย* (เล่ม 1, ไทยวัฒนาพานิช, 2526)
- วันชัย รุจนวงศ์, *มาตรฐานการปฏิบัติงานในสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ตามมาตรฐานขององค์การสหประชาชาติกับประสิทธิภาพ ประสิทธิผล ในการดำเนินงานและการปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำผิด* (กรมคุมประพฤติ 2549).
- วิชา มหาคุณ, *ศาลเยาวชนและครอบครัวตามแนวคิดสากล* (พิมพ์ครั้งที่ 5, ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง 2543).
- ศิริชัย จันทร์สว่าง, ‘การปรับปรุงและพัฒนาทางเลือกของศาลในการแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำผิด’ (วิทยานิพนธ์ ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2544).
- สรรพลสิทธิ์ คุ้มประพันธ์, ‘แนวทางการป้องกันแก้ไขการละเมิดสิทธิเด็กในประเทศไทย’ รายงานการเสวนาทางวิชาการ รัฐบาลจะให้การคุ้มครองสิทธิเด็กอย่างเป็นรูปธรรมอย่างไร, (นิติธรรม 2539).
- สทนต์ รัตนไพจิตร, ‘ความประสงค์ของการลงโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2527).
- สำนักคณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ สำนักนายกรัฐมนตรี, *รายงานการดำเนินงานของประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (ฉบับที่ 1) เสนอต่อคณะกรรมการสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ* (โรงพิมพ์การศาสนา 2541).
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 279/63/2485* (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 2485).
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และปกป้อง ศรีสนิท, ‘การศึกษาเพื่อพัฒนาแนวทางการลงโทษ: หลักการลงโทษที่ได้สัดส่วน กรณีคดียาเสพติดให้โทษ’ (2560) 4 วารสารนิติศาสตร์.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2546).

บรรณานุกรม (ต่อ)

- แสวง บุญเฉลิมวิภาส และอดิรุจ ต้นบุญเจริญ, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 18, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562).
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2551).
- หยุด แสงอุทัย, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561).
- อัจฉริยา ชูตินันท์, ‘หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย’ (2564) 3.วารสารสุทธิปริทัศน์.
- อิงอร จินตนาเลิศ, ‘กลไกระหว่างประเทศเพื่อการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2541).
- อุทิศ แสนโกติก, *กฎหมายอาญาภาค 1* (ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ 2525).
- Adiva Sifris, Sarah Middleton, Ross Hyams and Vicky Kirmos, Submission to the Family Law Council Regarding the Inquiry into Relocation of Children on Family Law,’Castan Centre for Human Rights Law, (Law School, Monash University 2007).
- Andrew Ashworth and Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law*, (7th edn, Oxford University Press 2013).
- Benjamin D.Garber, *Developmental Psychology for family law Professionals : Theory, Application and the Best Interests of the Child* (Springer Publishing Company 2010).
- ‘Blackstone’s Criminal Practice 2012’ (Oxford University Press 2012).
- Boyne, S.M., *Prosecutorial discretion in Germany’s Rechtsstaat: varieties of practice and pursuit of truth* (University of Wisconsin—Madison 2007).
- Claire Breen, *The Standard of the Best Interests of the Child: A Western Tradition in International and Comparative Law* (Springer Netherlands 2002).
- C.S. Lewis, *The Abolition of Man* (Samizdat university Press 1943).
- Dennis Howitt and Kerry Sheldon, *Sex Offenders and the Internet* (John Wiley and Sons 2007).
- Edwin P. Hollander. *Social Psychology* (3rd edn, Oxford University Press 1976).
- Jean Zermatten, ‘The Best Interests of the Child Principle : Literal Analysis and Function and Implementation’ (2010) 4 The International Journal of Children s Rights.
- Jeremy Bentham, *Theory of Legislation*, (Vol. I Weeks, Jordan, & Co. 1840).

บรรณานุกรม (ต่อ)

- Jesse Elvin, 'The Concept of Consent under the sexual Offences Act 2003' (2008) 6 Journal of Criminal Law.
- Joan B. Kelly, 'The Determination of Child Custody' (1994) 1 Children and Divorce, 121.
- John Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration* (Cambridge University Press 1989).
- John Locke, *Two Treatises of Government* (Cambridge University Press 1960).
- John M. Scheb and John M. Scheb II, *Criminal Law and Procedure* (7th edn, Cengage Learning 2010).
- Jonathan Todress, Emerging Limitations on the Rights of the Child: The U.N. Convention on the Rights of the Child and Its Early Case Law," *Columbia Human Rights Law Review*, 30, 159 (Fall 1988) (Lexis November 2006).
- Shawn Boyne, *Prosecutorial discretion in Germany's Rechtsstaat: varieties of practice and pursuit of truth* (University of Wisconsin—Madison 2007).
- Victor Tadros, 'Rape Without Consent' (2006) 3 Oxford Journal of Legal Studies.
- Rebecca Rios-Kohn, 'The Convention on the Rights of Child : Progress the challenges' (Summer 1998) 2 Georgetown Journal on Fighting Proverty.
- Stefan Kirchner, 'Sexual Abuse of Children Abroad- A German Perspective on the Antalya Case' (2007) 7 German Law Journal.
- Sharf, Richard S., *Theories of Psychotherapy and counseling Concept and Cases*.(5th edn, Belmont, California: Wadsworth/Thomson Learning 2012).
- Stefan Kirchner, 'Sexual Abuse of Children Abroad- A German Perspective on the Antalya Case' (2007) 7 German Law Journal.
- Stephen G. Post, 'Adoption Theologically Considered' (Spring 1997) 1 The Journal of Religious Ethics.
- Tara Collins and Senator Landon Pearson, What does the Best Interests of the Child Mean?, (Canada : Office of the Honorable Landon Pearson Personal Representative of the Prime Minister to the UN Special Session on Children Advisor on Children's Rights to the Minister of Foreign Affairs 2012).
- Tara M. Collins, It's Time for the United States to Ratify the Convention on the Rights of the Child, (Carnegie Council for Ethics in International Affairs 2014).

ภาคผนวก

กฎหมายในประเทศไทย

ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 1 (17) สื่อลามกอนาจารเด็ก หมายความว่า วัตถุหรือสิ่งทีแสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้

มาตรา 73 เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ

ให้พนักงานสอบสวนส่งตัวเด็กตามวรรคหนึ่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก เพื่อดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

มาตรา 74 เด็กอายุกว่าสิบสองปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ

มาตรา 75 ผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาดังความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่ปวงเกี่ยวกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็ให้จัดการตามมาตรา 74 หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่ง

มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้นั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ระวังโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหรึงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวังโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้น จะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมี ลักษณะเป็นการโหมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน และเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำ โดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อ เด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่าย สมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิด นั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป

มาตรา 279 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีโดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปีหรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 282 ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปด ปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสามแสนบาท

มาตรา 317 ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรางเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสาม แสนบาท

มาตรา 318 ผู้ใดพรางผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาท

มาตรา 319 ผู้ใดพรางผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วยต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงสองแสนบาท

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553

มาตรา 26 ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการ ดังต่อไปนี้

- (1) กระทำหรือละเว้นการกระทำอันเป็นการทารุณกรรมต่อร่างกายหรือจิตใจของเด็ก
- (2) จงใจหรือละเลยไม่ทำให้สิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีวิตหรือรักษาพยาบาลแก่เด็กที่อยู่ในความดูแลของตน จนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของเด็ก
- (3) บังคับ ชู่เชื้อญ ชักจูง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควรหรือน่าจะทำให้เด็กมีความประพฤติดีเสี่ยงต่อการกระทำผิด
- (4) โฆษณาทางสื่อมวลชนหรือเผยแพร่ด้วยประการใด เพื่อรับเด็กหรือยกเด็กให้แก่บุคคลอื่นที่มีใ้ญาติของเด็ก เว้นแต่เป็นการกระทำของทางราชการหรือได้รับอนุญาตจากทางราชการแล้ว
- (5) บังคับ ชู่เชื้อญ ชักจูง ส่งเสริม ยินยอม หรือกระทำด้วยประการใดให้เด็กไปเป็นขอทาน เด็กเร่ร่อน หรือใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการขอทานหรือการกระทำผิด หรือกระทำด้วยประการใดอันเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็ก
- (6) ใช้ จ้าง หรือวานเด็กให้ทำงานหรือกระทำการอันอาจเป็นอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจมีผลกระทบต่อการศึกษาเติบโต หรือขัดขวางต่อพัฒนาการของเด็ก
- (7) บังคับ ชู่เชื้อญ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กเล่นกีฬาหรือให้กระทำการใดเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้าอันมีลักษณะเป็นการขัดขวางต่อการเจริญเติบโตหรือพัฒนาการของเด็กหรือมีลักษณะเป็นการทารุณกรรมต่อเด็ก
- (8) ใช้หรือยินยอมให้เด็กเล่นการพนันไม่ว่าชนิดใดหรือเข้าไปในสถานที่เล่นการพนันสถานค้าประเวณี หรือสถานที่ที่ห้ามมิให้เด็กเข้า
- (9) บังคับ ชู่เชื้อญ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดงหรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจาร ไม่ว่าจะเข้าไปเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทนหรือเพื่อการใด
- (10) จำหน่าย แลกเปลี่ยน หรือให้สุราหรือบุหรี่แก่เด็ก เว้นแต่การปฏิบัติทางการแพทย์

กฎหมายในต่างประเทศ

Universal Declaration of Human Rights 1948

Article 1 All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.

Article 2 Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty.

“(B)(iii) To have the matter determined without delay by a competent, independent and impartial authority or judicial body in a fair hearing according to law, in the presence of legal or other appropriate assistance and, unless it is considered not to be in the best interest of the child, in particular, taking into account his or her age or situation, his or her parents or legal guardians.”

The Geneva Declaration of the Rights of the Child 1924

Article 2 The rights safeguarded in the Convention shall be ensured without any discrimination of any kind.

Article 3 In all actions concerning children the best interest of the child shall be of primary consideration.

1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her

parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.

3. States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision.

Article 12 The child has the right to express views on all matters affecting him/her and the child's views should be given due weight.

Article 13 The child has the right to freedom of expression, including the right to seek, receive and impart information and ideas of all kind.

Article 14 The right of the child to freedom of thought, conscience and religion shall be respected.

Article 15 The child has the right to freedom of association and peaceful assembly.

Article 18 1 Convention on the Rights of the Child

“States Parties shall use their best efforts to ensure recognition of the principle that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child. Parents or, as the case may be, legal guardians, have the primary responsibility for the upbringing and development of the child. The best interests of the child will be their basic concern.”

Article 20.1 1 Convention on the Rights of the Child

“A child temporarily or permanently deprived of his or her family environment, or in whose own best interests cannot be allowed to remain in that environment, shall be entitled to special protection and assistance provided by the State.”

Article 21 Convention on the Rights of the Child

“States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration...”

Article 27 The child has the right to a standard of living which will allow physical, mental, spiritual, moral and social development

Articles 28 and 29 The child has the right to education. The State shall make primary education compulsory and available and free to all and encourage the development of different forms of secondary education, make them available to every child. School discipline shall be administered in a manner consistent with the child's dignity. Education

should be directed to the development of the child's personality, talents and abilities, the respect for human rights and fundamental freedoms, responsible life in a free society in the spirit of peace, friendship, understanding, tolerance and equality, the development of respect for the natural environment.

Article 37 Convention on the Rights of the Child

“(c) Every child deprived of liberty shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner which takes into account the needs of persons of his or her age. In particular, every child deprived of liberty shall be separated from adults unless it is considered in the child's best interest not to do so and shall have the right to maintain contact with his or her family through correspondence and visits, save in exceptional circumstances.”

Article 37 and Article 40 Every child accused of having committed an offence or crime should be guaranteed to be presumed innocent until proven guilty, to have legal assistance in presenting his/her case, not to be compelled to give testimony or to confess guilt, to have his/her privacy fully respected, to be dealt with in a manner appropriate to their age, circumstances and well-being. Neither capital punishment nor life imprisonment without possibility of release shall be imposed for offences committed by children below the age of 18.

By the present Declaration of the Rights of the Child, commonly known as "Declaration of Geneva," men and women of all nations, recognizing that mankind owes to the Child the best that it has to give, declare and accept it as their duty that, beyond and above all considerations of race, nationality or creed:

- The child must be given the means requisite for its normal development, both materially and spiritually;
- The child that is hungry must be fed; the child that is sick must be nursed; the child that is backward must be helped; the delinquent child must be reclaimed; and the orphan and the waif must be sheltered and succored;
- The child must be the first to receive relief in times of distress;
- The child must be put in a position to earn a livelihood, and must be protected against every form of exploitation;
- The child must be brought up in the consciousness that its talents must be devoted to the service of fellow men.

กฎหมายประเทศอังกฤษ

Sexual Offences Act 2003.

Section 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.

Section 2 *Assault by penetration*

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

(a) he intentionally penetrates the vagina or anus of another person (B) with a part of his body or anything else,

(b) the penetration is sexual,

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

(d) 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.

Section 3 *Sexual assault*

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

(a) he intentionally touches another person (B),

(b) the touching is sexual,

(c) B does not consent to the touching, and

(d) 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—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years.

Section 4 Causing a person to engage in sexual activity without consent

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

(a) he intentionally causes another person (B) to engage in an activity,

(b) the activity is sexual,

(c) B does not consent to engaging in the activity, and

(d) 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, if the activity caused involved—

(a) penetration of B's anus or vagina,

(b) penetration of B's mouth with a person's penis,

(c) penetration of a person's anus or vagina with a part of B's body or by B with anything else, or

(d) penetration of a person's mouth with B's penis, is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

(5) Unless subsection (4) applies, a person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or to a fine not exceeding the statutory maximum or both;

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years.

Section 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.

Section 6 Assault of a child under 13 by penetration

(1) A person commits an offence if—

(a) he intentionally penetrates the vagina or anus of another person with a part of his body or anything else,

(b) the penetration is sexual, and

(c) 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.

Section 7 Sexual assault of a child under 13

(1) A person commits an offence if—

(a) he intentionally touches another person,

(b) the touching is sexual, and

(c) the other person is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

Section 8 Causing or inciting a child under 13 to engage in sexual activity

(1) A person commits an offence if—

(a) he intentionally causes or incites another person (B) to engage in an activity,

(b) the activity is sexual, and

(c) B is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section, if the activity caused or incited involved—

(a) penetration of B's anus or vagina,

(b) penetration of B's mouth with a person's penis,

(c) penetration of a person's anus or vagina with a part of B's body or by B with anything else, or

(d) penetration of a person's mouth with B's penis, is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

(3) Unless subsection (2) applies, a person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or to a fine not exceeding the statutory maximum or both;

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

Section 9 Sexual activity with a child

(1) A person aged 18 or over (A) commits an offence if—

(a) he intentionally touches another person (B),

(b) the touching is sexual, and

(c) either—

(i) B is under 16 and A does not reasonably believe that B is 16 or over, or

(ii) B is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section, if the touching involved—

(a) penetration of B's anus or vagina with a part of A's body or anything else,

(b) penetration of B's mouth with A's penis,

(c) penetration of A's anus or vagina with a part of B's body, or

(d) penetration of A's mouth with B's penis, is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

(3) Unless subsection (2) applies, a person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or to a fine not exceeding the statutory maximum or both;

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

Section 10 Causing or inciting a child to engage in sexual activity

(1) A person aged 18 or over (A) commits an offence if—

(a) he intentionally causes or incites another person (B) to engage in an activity,

(b) the activity is sexual, and (c) either—

(i) B is under 16 and A does not reasonably believe that B is 16 or over, or

(ii) B is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section, if the activity caused or incited involved—

(a) penetration of B's anus or vagina,

(b) penetration of B's mouth with a person's penis,
(c) penetration of a person's anus or vagina with a part of B's body or by B with anything else, or

(d) penetration of a person's mouth with B's penis, is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

(3) Unless subsection (2) applies, a person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or to a fine not exceeding the statutory maximum or both;

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

Model Penal Code

Section 213.1. Rape and Related Offenses.

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

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

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

(c) the female is unconscious; or

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

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

Model Penal Code Section 213.2

reaches conduct previously punished as sodomy or a related offense. Deviate sexual intercourse is defined in Section 213.0 as intercourse per os or per anum between human beings who are not husband and wife, as well as any form of sexual intercourse with

an animal. The proscribed conduct is defined in language that parallels the provisions of Section 213.1, the major difference being that Section 213.2 contains no offense graded at the first degree felony level.

Model Penal Code Section 213.3

punishes as a third degree felony cases of consensual intercourse, other than between husband and wife, where the victim is less than 16 years old and the actor is at least 4 years older than the victim. The offense of statutory rape is thus graded as a lesser felony in cases where the victim is between the ages of 10 and 16, and as either a first or a second degree felony in cases where the victim is under 10. Section 213.3 also punishes as a misdemeanor cases of consensual intercourse where the victim is under 21 and the actor is a guardian or other person responsible for the victim's welfare; where the victim is in a custodial institution and the actor has supervisory or disciplinary authority over him; and where the victim is a female who is induced to participate by a promise of marriage that the actor does not mean to perform.

กฎหมายประเทศเยอรมนี

The German Criminal Code Section 177 (1) Whoever, against a person's discernible will, performs sexual acts on that person or has that person perform sexual acts on them, or causes that person to perform or acquiesce to sexual acts being performed on or by a third person incurs a penalty of imprisonment for a term of between six months and five years.

The German Criminal Code Section 173

(1) Whoever has sexual intercourse with a descendant by blood incurs a penalty of imprisonment for a term not exceeding three years or a fine.

(2) Whoever has sexual intercourse with a blood relative in the ascending line incurs a penalty of imprisonment for a term not exceeding two years or a fine; this also applies if the familial relationship has ceased to exist. Natural siblings who have sexual intercourse with each other incur the same penalty.

(3) Descendants and siblings do not incur a penalty under this provision if they were under 18 years of age at the time of the act.

The German Criminal Code Section 173 (1) Whoever performs sexual acts

1. on a person under 18 years of age who is entrusted to them for upbringing or care,
2. on a person under 18 years of age who is entrusted to them within a training, service or employment relationship, by abusing the dependence associated with the training, service or employment relationship or
3. on a person under 18 years of age who is their biological or adopted descendant or the biological or adopted descendant of their spouse, life partner or a person with whom they live in a quasi-marital relationship or quasi-life partnership or has the person in their charge perform sexual acts on them incurs a penalty of imprisonment for a term of between three months and five years. Whoever, under the conditions of sentence 1, causes the person in their charge to perform sexual acts on or in the presence of a third person or causes a third person to perform sexual acts on them incurs the same penalty.

The German Criminal Code section 176 (Sexual abuse of children)

(1) Whoever

1. performs sexual acts on a person under 14 years of age (child) or has the child perform sexual acts on them,
 2. causes a child to perform sexual acts on a third person or to have a third person perform sexual acts on them,
 3. offers or promises to supply a child for an offence under no. 1 or no. 2
- incurs a penalty of imprisonment for a term of at least one year.

(2) In the cases under subsection (1) no. 1, the court may dispense with imposing a penalty in accordance with this provision if the sexual act between the offender and the child was consensual and the difference both in age and level of development and maturity is small, unless the offender is exploiting the child's lack of capacity for sexual self-determination.

The German Criminal Code section 178 (Sexual assault, sexual coercion and rape resulting in death) If, by committing sexual assault, sexual coercion or rape (section 177), the offender causes the victim's death at least recklessly, the penalty is imprisonment for life or imprisonment for a term of at least 10 years.

กฎหมายประเทศฝรั่งเศส

French Penal Code ARTICLE 222-22

Constitutes a sexual assault any sexual attack committed with violence, coercion, threat or surprise or, in the cases provided for by law, committed on a minor by an adult. Rape and other sexual assaults are constituted when they have been imposed on the victim in the circumstances provided for in this section, regardless of the nature of the relationship between the aggressor and his victim, including whether they are united by the bonds of marriage.

When sexual assaults are committed abroad against a minor by a Frenchman or by a person usually residing on French territory, French law is applicable by derogation from the second paragraph of article 113-6 and the provisions of the second sentence of article 113-8 are not applicable.

French Penal Code ARTICLE 222-23

Any act of sexual penetration, of whatever nature, or any bucco-genital act committed on the person of another person or on the person of the author by violence, constraint, threat or surprise is rape. Rape is punishable by fifteen years' imprisonment.

French Penal Code ARTICLE 222-24 Rape defined in article 222-23 is punishable by twenty years' criminal imprisonment:

1° When it has resulted in mutilation or permanent disability;

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

3° When it is committed against a person whose particular vulnerability, due to age, illness, disability, physical or mental deficiency or pregnancy, is apparent or known to the perpetrator;

3° bis When it is committed against a person whose particular vulnerability or dependence resulting from the precariousness of his economic or social situation is apparent or known to the perpetrator;

4° When it is committed by an ascendant or by any other person having legal or de facto authority over the victim;

5° When it is committed by a person who abuses the authority conferred on him by his functions;

6° When it is committed by several persons acting as author or accomplice;

7° When it is committed with the use or threat of a weapon;

8° When the victim has been put in contact with the perpetrator through the use, for the dissemination of messages to an unspecified public, of an electronic communication network;

9° (repealed)

10° When it is committed in conjunction with one or more other rapes committed against other victims;

11° When it is committed by the spouse or cohabitant of the victim or the partner linked to the victim by a civil pact of solidarity;

12° When it is committed by a person acting in a state of obvious intoxication or under the obvious influence of narcotics;

13° When it is committed, in the exercise of this activity, on a person who engages in prostitution, including on an occasional basis;

14° When a minor was present at the time of the events and attended;

15° When a substance has been administered to the victim, without his knowledge, in order to alter his discernment or the control of his actions.

French Penal Code ARTICLE 222-25

Rape defined in Articles 222-23, 222-23-1 and 222-23-2 is punishable by thirty years' criminal imprisonment when it results in the death of the victim. The first two paragraphs of article 132-23 relating to the safety period are applicable to the offense provided for in this article.

French Penal Code ARTICLE 222-26

Rape defined in Articles 222-23, 222-23-1 and 222-23-2 is punishable by life imprisonment when it is preceded, accompanied or followed by torture or acts of barbarism. The first two paragraphs of article 132-23 relating to the safety period are applicable to the offense provided for in this article.

French Penal Code ARTICLE 222-27

Sexual aggressions other than rape are punished by five years' imprisonment and a fine of €75,000.

French Penal Code ARTICLE 222-28

Sexual aggressions other than rape are punished by seven years' imprisonment and a fine of €100,000 where they are committed against:

1° a minor under the age of fifteen years;

2° a person whose particular vulnerability due to age, sickness, infirmity, to a physical or psychological disability or to pregnancy, is apparent or known to the perpetrator.

กฎหมายประเทศญี่ปุ่น

Penal Code of Japan Article 174

A person who commits an indecent act in public is punished by imprisonment for not more than 6 months, a fine of not more than 300,000 yen, penal detention or a petty fine.

Penal Code of Japan Article 175 (1)

A person who distributes or displays in public obscene objects such as documents, drawings or recording media contained in electronic or magnetic records is punished by imprisonment for not more than 2 years, a fine of not more than 2,500,000 yen or a petty fine, or both imprisonment and a fine. The same applies to a person who distributes obscene records including electronic or magnetic records through the transmission of telecommunications.

Penal Code of Japan Article 176

A person who forcibly commits an indecent act through assault or intimidation upon another person of not less than thirteen years of age is punished by imprisonment for not less than 6 months but not more than 10 years. The same applies to a person who commits an indecent act upon another person under thirteen years of age.

Penal Code of Japan Article 177

A person who, through assault or intimidation forcibly engages in vaginal intercourse, anal intercourse or oral intercourse (hereinafter referred to as "sexual intercourse") with another person of not less than thirteen years of age is guilty of the crime of forcible sexual intercourse, and is punished by imprisonment for a definite term of not less than 5 years. The

same applies to a person who engages in sexual intercourse against another person under thirteen years of age.

Penal Code of Japan Article 178

(1) A person who engages in an indecent act upon another person by taking advantage of their unconscious state or inability to resist, or by causing the person to lose consciousness or have the inability to resist, is punished in the same manner as prescribed for in Article 176.

(2) A person who engages in sexual intercourse with another person by taking advantage of their unconscious state or inability to resist, or by causing the person to lose consciousness or have the inability to resist, is punished in the same manner as prescribed in the preceding Article.

Penal Code of Japan Article 179

(1) A person who commits an indecent act upon another person under eighteen years of age by taking advantage of the influence arising from the fact of having custody of that person is punished in the same manner as prescribed in Article 176.

(2) A person who engages in sexual intercourse, etc. with another person under eighteen years of age by taking advantage of the influence arising from the fact of having custody of that person is punished in the same manner as prescribed in Article 177.

Penal Code of Japan Article 180

Any attempt to commit the crimes prescribed in Articles 176 through the preceding Article is punished.

Penal Code of Japan Article 181

(1) A person who commits a crime prescribed under Article 176, paragraph (1) of Article 178, paragraph (1) of Article 179, or any attempt to commit the crimes mentioned above, and thereby causes the death or injury of another person is punished by imprisonment for life or for a definite term of not less than 3 years.

(2) A person who commits a crime prescribed under Article 177, paragraph (2) of Article 178, paragraph (2) of Article 179, or any attempt to commit the crimes mentioned above, and thereby causes the death or injury of another person is punished by imprisonment for life or for a definite term of not less than 6 years.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล	จิรวรรษ์ อุดมวุฒิกำจร
ประวัติการศึกษา	
พ.ศ.2560	นิติศาสตรบัณฑิต (น.บ.) เกียรตินิยมอันดับสอง มหาวิทยาลัยราชภัฏบ้านสมเด็จเจ้าพระยา
พ.ศ.2561	เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 71 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา
พ.ศ.2562	ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ รุ่น 50 สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความ