

การกำหนดความรับผิดชอบและโทษทางอาญา : ศึกษาเฉพาะการทำร้ายร่างกายเด็ก

กนกศักดิ์ มะณี

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2565

CRIMINAL LIABILITY AND PUNISHMENT: A STUDY ON CHILD ABUSE

KANOCSAK MAI



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurukij pudit University

2022

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาศึกษากรณี: การทำร้ายร่างกายเด็ก
ชื่อผู้เขียน	กนกศักดิ์ มะณี
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2564

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิดและเหตุผลในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญากรณีทำร้ายร่างกายเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยในอดีตจนถึงปัจจุบัน รวมทั้งศึกษาแนวคิด และเนื้อหาความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็กของต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบและเสนอแนะแนวทางในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญากรณีทำร้ายร่างกายเด็กให้มีความเหมาะสมกับประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่า ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้มีการกำหนดความผิดและโทษที่เป็นการคุ้มครองร่างกายเด็กเป็นกรณีพิเศษ ตามมาตรา 391 มาตรา 295 และการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายเด็กที่ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำด้วยวิธีการที่ร้ายแรง อันมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดรับผิดชอบเพียงฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่น ส่งผลให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อบทลงโทษและมีโอกาสในการลงมือกระทำความผิดต่อเด็กได้ง่ายโดยไม่การยับยั้งชั่งใจก่อนลงมือ เมื่อบทลงโทษไม่มีความรุนแรงมากพอที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดสำนึกในการกระทำของตน จึงอาจนำไปสู่การกระทำความผิดซ้ำซ้อนจนติดเป็นนิสัย เมื่อพิจารณาจากบทกฎหมายของต่างประเทศพบว่า ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน ได้กำหนดความผิดและโทษกรณีทำร้ายร่างกายเด็กเอาไว้อย่างชัดเจน ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนวิทยานิพนธ์จึงเสนอการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายเด็กขึ้นเป็นอีกหนึ่งมาตราแยกออกจากการทำร้ายร่างกายบุคคลทั่วไป โดยรวบรวมความผิดเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายตามมาตรา 391 มาตรา 295 มาอยู่ในมาตราเดียวกันและเพิ่มเหตุฉกรรจ์การทำร้ายร่างกายเด็กที่มีลักษณะของวิธีการกระทำที่ร้ายแรงและมีความเป็นอันตราย ได้แก่ การใช้อาวุธปืน วัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน เพื่อคุ้มครองสังคมและเป็นหลักประกันการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม อีกทั้งเพื่อข่มขู่ ยับยั้งการกระทำความผิดต่อเด็ก

Thesis Title Criminal liability and punishment a study on child abuse
Author Kanoksak ma-i
Thesis Advisor Associate Professor Achariya Chutinun
Department Law
Academic Year 2021

ABSTRACT

This thesis aims to study the concepts and reasons for defining the offenses and penalties when assaults a child's body. Under the Thai Criminal Code in the past to the present, including studying the concept and the content the offense when assaults a child's body of foreign countries to analyze, compare and suggest for the defining the of offenses and penalties when assault a child's body to be appropriate for Thailand.

From studying found that under Thai criminal code, there are not special the defining offenses and penalties for special protection the child's body under Sections 391, Section 295. The defining serious incidents for the offense when assaults a child no cover about serious actions which results with the offender being liable for only others assaults to as a result the offenders are not afraid of the penalties and have opportunity crime easily with children without restraint before taking action. When punishment is not enough severe to cause the offender to be remorseful for his or her actions, therefore it may lead to repeated the offenses until become habitual. When considering from the laws of foreign found that England, France, Germany defined the offenses and penalties assaulting a child was clearly. From the reasons mentioned, an author of thesis proposed an enactment about the assaulting a child's body which separated from the assaulting general people by combining the offenses about the assaulting under section 391, section 295, into the same section and add serious incidents about the assaulting a child with serious action and dangerous, example the use of firearms, explosives and using weapons or committing the offenses together to protect and it is a guarantee for the coexistence in society to intimidate and deter the crimes against children. of a law relating to child abuse as a separate section from the act of physical harm to the general public. By combining the offenses relating to physical harm under Section 391, Section 295 into the same section and adding serious incidents of physical harm to a child with the nature of a

serious and dangerous act. This includes the use of firearms, explosives, or by using weapons. or by committing an offense together to protect society and is a guarantee for the coexistence of people in society also to intimidate deter crimes against children



กิตติกรรมประกาศ

ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้รับความเมตตาและความกรุณาอย่างสูงจาก รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่กรุณาให้คำปรึกษาและแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ พร้อมทั้งให้ ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์จนกระทั่งวิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี ผู้เขียนขอกราบ ขอบพระคุณเป็นอย่างสูง ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท ในฐานะประธาน กรรมการสอบ อาจารย์ ดร. จิรวุฒิ ลิปิพันธ์ ในฐานะกรรมการสอบที่ได้ร่วมเป็นกรรมการสอบ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งได้ให้คำแนะนำและให้ข้อคิดเห็นต่างๆ อันเป็นประโยชน์ต่อการจัดทำและ การปรับปรุงเนื้อหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

อีกทั้ง ขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ของบัณฑิตวิทยาลัยทุกท่านที่ให้ความช่วยเหลือ รวมทั้ง อำนวยความสะดวก ตลอดระยะเวลาที่ผู้เขียนศึกษาในมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา และทุกคนในครอบครัวที่เป็นกำลังใจ ส่วนสำคัญที่สุด ซึ่งได้ให้การสนับสนุนในทุกๆ ด้าน และเป็นแรงผลักดันให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้ สำเร็จได้ด้วยดี

กนกศักดิ์ มะอิ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	๘
กิตติกรรมประกาศ.....	๙
สารบัญตาราง	๑๑
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	4
1.3 สมมุติฐานการศึกษา.....	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	5
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	5
2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบและโทษทางอาญา กรณีการทำร้ายร่างกายเด็ก	6
2.1 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับเด็ก	6
2.2 แนวความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบทางอาญา	14
2.3 แนวคิดในการกำหนดเหตุฉกรรจ์.....	37
2.4 หลักคุณธรรมทางกฎหมาย	43
2.5 ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย.....	45
3. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดความผิดและ โทษทางอาญากรณีทำร้ายร่างกาย เด็กของต่างประเทศเปรียบเทียบกับประเทศไทย	57
3.1 ประเทศอังกฤษ	57
3.2 ประเทศฝรั่งเศส.....	63
3.3 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	69
3.4 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546.....	72
3.5 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550.....	74

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4. บทวิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ.....	77
4.1 วิเคราะห์การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาในความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็กไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ.....	77
4.2 วิเคราะห์การกำหนดเหตุฉกรรจ์เกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายเด็กที่ยังไม่ครอบคลุมถึงวิธีการที่ร้ายแรง	89
4.3 เปรียบเทียบความผิดและโทษกรณีใช้กำลังทำร้ายร่างกายเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยกับต่างประเทศ	92
4.4 เหตุผลความจำเป็นที่ควรกำหนดความผิดและเพิ่มโทษเกี่ยวกับความปลอดภัยในร่างกายเด็ก.....	97
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	102
5.1 บทสรุป	102
5.2 ข้อเสนอแนะ	105
บรรณานุกรม	108
ประวัติผู้เขียน	114

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
3.1 ตารางแสดงการเปรียบเทียบความผิดและโทษฐานทำร้ายร่างกายบุคคลทั่วไปกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็กของต่างประเทศ	72
4.1 ตารางการวิเคราะห์ลักษณะความผิดตามมาตรา 391 และมาตรา 295.....	89
4.2 ตารางเปรียบเทียบการกำหนดความผิดและโทษ กรณีทำร้ายร่างกายเด็กตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ	96



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

จากอดีตจนถึงปัจจุบันการละเมิดสิทธิในร่างกายของเด็กเกิดขึ้นอยู่บ่อยครั้งในสังคมไทย ซึ่งเด็กอาจถูกละเมิดสิทธิ หรือถูกแสวงหาผลประโยชน์ในด้านต่าง ๆ ได้จากบุคคลในครอบครัวของเด็กเองหรือจากบุคคลภายนอก ซึ่งการกระทำดังกล่าวส่งผลเสียต่อทั้งร่างกายและจิตใจของเด็กเป็นอย่างมาก ปัญหาดังกล่าวยังพบอยู่เสมอในสังคมไทย การละเมิดสิทธิของเด็กนั้นเกิดขึ้นได้กับเด็กทุกเพศ ทุกวัย ทุกชนชั้น การกระทำดังกล่าวไม่มีการแบ่งชนชั้นฐานะของเด็กว่าเด็กอยู่ในครอบครัวที่ร่ำรวยหรือยากจน ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อเด็กเกิดปัญหาทางด้านอารมณ์ เช่น เกิดความเกียจคร้าน เกิดความสับสนทางด้านอารมณ์ และอาจทำให้เด็กรู้สึกกังวลใจและเกิดความกลัว จนส่งผลให้เด็กไม่สามารถปรับตัวเข้ากับสังคมได้หรืออาจทำให้เด็กเข้าสังคมได้ยาก และทำให้เด็กมีพฤติกรรมที่ชอบเก็บตัว ไม่อยากที่พบปะกับเพื่อนในรุ่นเดียวกัน ซึ่งเด็กที่ถูกกระทำเป็นระยะเวลาานอาจจะส่งผลต่อการรับรู้ และทัศนคติต่อการทำร้ายร่างกายว่าเป็นพฤติกรรมปกติธรรมดาในสังคม เมื่อเด็กที่เริ่มเข้าสู่วัยรุ่นเด็กจะเริ่มมีพฤติกรรมก้าวร้าวที่ชัดเจน สำหรับเด็กบางรายอาจมีปัญหาทางด้านจิตใจที่อาจก่อให้เกิดความรู้สึกหดหู่ เศร้า สิ้นหวัง อ่อนล้าและรู้สึกเหนื่อย ขาดแรงบันดาลใจในการใช้ชีวิตและอาจนำไปสู่โรคซึมเศร้าได้ พฤติกรรมดังกล่าวอาจนำไปสู่ปัญหาต่าง ๆ อาทิ โรคประสาท โรคจิต และการฆ่าตัวตาย เป็นต้น

เด็กและเยาวชนถือว่าเป็นประชาชนที่มีความสำคัญ บุคคลากรเหล่านี้จะเติบโตไปในทางที่ดีหรือไม่ขึ้นอยู่กับ การได้รับความคุ้มครองในวัยเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งไม่ใช่หน้าที่ที่กฎหมายหรือรัฐที่จะต้องคุ้มครองตัวเด็กเท่านั้น แต่ครอบครัวและคนที่เกี่ยวข้องกับเด็กต้องเอาใจใส่ดูแลเด็ก โดยต้องช่วยกันคุ้มครองสิทธิของเด็กให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ทั้งนี้ กฎหมายได้บัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กไว้มากมาย ไม่ว่าจะแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กและประโยชน์ที่เด็กควรได้รับ หากพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาของไทยเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายเด็ก มิได้มีการบัญญัติให้บุคคลที่กระทำต่อเด็กได้รับโทษสูงขึ้นกว่าการทำความผิดอาญาต่อบุคคลทั่วไปแต่อย่างใด ทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต่อเด็กไม่เกรงกลัวต่อบทลงโทษ หรือผลของกฎหมาย

หากพิจารณาถึงความปลอดภัยของร่างกายนั้นเป็นสิ่งที่มีความสำคัญและจำเป็นต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมและในครอบครัว เห็นได้จากปฏิกิริยาของศาลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้กำหนดรับรองไว้ว่ามนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิในความมั่นคงแห่งบุคคล หรือแม้แต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปี พ.ศ.2560 ก็ได้บัญญัติรับรองถึงสิทธิในร่างกายไว้ในมาตรา 28 อีกทั้งความปลอดภัยของร่างกายเป็นสมบัติที่ได้รับการยกระดับขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในกฎหมายอาญาด้วย ซึ่งความผิดฐานทำร้ายร่างกายนั้นเป็นความผิดพื้นฐานที่กระทำต่อ “ความปลอดภัยของร่างกาย” และความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายบุคคลอื่นตามมาตรา 391 ซึ่งอยู่ในภาคลหุโทษ นี้มีความใกล้เคียงกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายในตามมาตรา 295 เนื่องจากความผิดทั้ง 2 มาตรานั้นมีคุณธรรมทางกฎหมายอย่างเดียวกันคือ ความปลอดภัยของร่างกาย และอาศัยองค์ประกอบภายในจิตใจคือเจตนาทำร้ายร่างกายเช่นเดียวกัน แตกต่างเพียงผลของการกระทำของมาตรา 391 มีความรุนแรงน้อยกว่า เมื่อแยกความผิดของมาตรา 391 และ 295 ให้อยู่ในภาคความผิดที่ต่างกันอาจก่อให้เกิดปัญหาในสังคมที่ทำให้ไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาที่จะต้องคำนึงถึงความได้สัดส่วนของบทลงโทษและพฤติการณ์ของการกระทำความผิดที่น่าตำหนิ เนื่องจากการพยายามกระทำความผิดไม่ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 105 และผู้สนับสนุนการกระทำความผิดไม่ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 106 ประกอบกับอายุความในการฟ้องคดีของมาตรา 391 มีอายุความที่น้อยกว่ามาตรา 295 ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ได้รับการลงโทษทำให้เกิดข้อตำหนิของประชาชนในสังคมเกี่ยวกับการลงโทษที่ไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมกับผู้เสียหาย หากพิจารณาจากสิ่งที่ผู้ถูกกระทำได้รับ ยิ่งกรณีการใช้ความรุนแรงนั้นเกิดขึ้นกับเด็กที่ถือได้ว่าเป็นบุคคลที่มีความเปราะบางทั้งทางร่างกายและจิตใจ เนื่องจากไม่สามารถจะจัดการกับอันตรายที่เกิดขึ้นได้ หรือมีความสามารถในการปกป้องร่างกายน้อยกว่าผู้ใหญ่ หากมิได้รับการเยียวยาโดยกระบวนการยุติธรรมตามสมควร และรัฐไม่สามารถดำเนินการกับผู้กระทำความผิดได้ย่อมไม่สามารถลดการกระทำความผิดซ้ำ ประกอบกับอาจทำให้เกิดการการใช้ความรุนแรงกับเด็กขึ้นอีก ยกตัวอย่างเช่น กรณีของเด็กที่ถูกมารดาใช้เชือกมัดคอและบันทึกภาพเคลื่อนไหวเพื่อประชดสามี หรือกรณีของครูจุ่ม ครูพี่เลี้ยงโรงเรียนสาธิตสาสน์วิเทศ ที่ใช้กำลังทำร้ายร่างกายลูกศิษย์ชั้นอนุบาล โดยการกระชาก จิกหัว ผลักจนล้ม ซึ่งมีผู้เสียหายที่เป็นเด็กทั้งหมดจำนวน 7 ราย แม้พี่เลี้ยงเด็กคนอื่นที่อยู่ในเหตุการณ์จะเห็นการกระทำดังกล่าวแต่ก็ไม่ได้ทำการช่วยเหลือเด็กจากความรุนแรงนั้นแต่อย่างใด ตามที่ปรากฏในสื่อต่างๆที่เด็กไทยมักจะถูกกระทำจากผู้ใหญ่อยู่บ่อยครั้ง ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้กรณีดังกล่าวเด็กจะไม่ได้รับบาดเจ็บหรือมีแผลถลอกและช้ำบวมเล็กน้อย หรือมีอาการช้ดยอกบาดแผลรักษาเพียง 7 วันก็หาย หรือกรณีที่เกิดจากการชก ตะเตะ หรือใช้ค้อนฟันทำร้าย ขอบตาฟกช้ำ แขนขาช้ดยอกรักษา 5 วันหาย หรือการใช้เท้าเตะ ถีบ ทำให้เกิดบาดแผล ถลอก ฟกช้ำ รักษา 2 วันหาย หรือ 5 วันหาย กรณีดังกล่าวนี้ไม่เป็น

อันตรายแก่กายไม่ผิดตามมาตรา 295 แต่ผิดตามมาตรา 391 แต่หากพิจารณาถึงเจตนาในการ “ใช้กำลังทำร้าย” ก็คือการ “ทำร้าย” นั่นเอง เพราะการ “ทำร้ายผู้อื่น” โดยไม่ใช้ “กำลัง” ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ กฎหมายอาญานั้นจะลงโทษการกระทำของมนุษย์ที่เป็นเรื่องของการกระทำเท่านั้น กล่าวคือ ลงโทษเฉพาะการกระทำที่เป็นการยื่นยันเจตจำนงออกมาภายนอกแล้วเท่านั้น ซึ่งความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายนี้เป็นความผิดพื้นฐานของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย การที่ผู้ถูกทำร้ายได้รับอันตรายสาหัสไม่ว่าจะเป็น “อันตรายแก่กายหรือจิตใจ” “อันตรายสาหัส” หรือ “ถึงแก่ความตาย” ผู้กระทำต้องรับโทษตามมาตรา 295 มาตรา 296 มาตรา 297 หรือมาตรา 290 แล้วแต่กรณี กล่าวคือ ความผิดตามมาตรา 295 มาตรา 296 มาตรา 297 หรือมาตรา 290 เป็นความผิดที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผลที่มีความผิดจากฐานใช้กำลังทำร้ายนี้เป็นความผิดพื้นฐาน ฉะนั้น จึงเป็นหน้าที่ของกระบวนการยุติธรรมที่สมควรเข้ามามีบทบาทในการกำหนดความผิดและบทลงโทษให้สูงขึ้นสำหรับผู้กระทำความผิดต่อเด็กไม่ว่าในฐานะใดก็ตาม

จากที่ได้กล่าวมาเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 391 ซึ่งมีสถานะเป็นความผิดลหุโทษ ยังมีการกำหนดขอบเขตและตีความอย่างแคบไม่เหมาะสมเพียงพอ และไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบันที่นับวันจะมีการกระทำความผิดอาญาในลักษณะทำร้ายเด็กเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าควร แก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391 มาผนวกไว้ในภาค 2 ลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หมวด 2 ความผิดต่อร่างกาย โดยการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายเด็กขึ้นเป็นอีกหนึ่งมาตราแยกออกจากการทำร้ายร่างกายบุคคลทั่วไปในกรณีใช้กำลังทำร้ายเด็กเป็นกรณีพิเศษ โดยเพิ่มบทบัญญัติเหตุฉกรรจ์เกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายเด็กที่มีลักษณะของการกระทำที่ร้ายแรงและมีความเป็นอันตรายให้มีการลงโทษที่หนักขึ้น เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กจากบุคคลภายนอกและจากการกระทำความผิดต่อเด็กของบุคคลในครอบครัว ตามหลักแนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์ที่เด็กควรได้รับการคุ้มครองจากรัฐและเป็นแนวทางที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความยับยั้งและซังใจก่อนที่จะลงมือกระทำความผิดทุกครั้งเพราะเกรงกลัวต่อบทลงโทษ หรือโทษทางกฎหมายอาญาที่หนักขึ้น ประกอบผู้ที่สนับสนุนการกระทำความผิดก็จะไม่กล้าที่จะช่วยเหลือผู้กระทำความผิด อันเป็นการยับยั้งซังใจและมุ่งประสงค์ที่จะปราบปรามการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในร่างกายของเด็ก และช่วยลดช่องว่างของกฎหมายในการกระทำความผิดแก่เด็กได้เป็นอย่างดี จึงเป็นที่มาที่ผู้ศึกษาสนใจที่จะทำการศึกษา “ปัญหาการกำหนดความรับผิดและโทษทางอาญาศึกษากรณี การทำร้ายร่างกายเด็ก” ในครั้งนี้

เพื่อให้ตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิในร่างกายเด็กของสังคมไทย วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเห็นควรศึกษาปัญหาที่เกิดขึ้นเพื่อนำมากำหนดเป็นความผิดและอัตราโทษเกี่ยวกับความความฐาน

ทำร้ายร่างกายเด็ก โดยคำนึงถึงปัจจัยด้านต่างๆ ทั้งจะได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการทำร้ายร่างกายเด็ก

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึง แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบและโทษทางอาญาที่เหมาะสม และมีประสิทธิภาพกรณีการทำร้ายร่างกายเด็ก และการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายเด็กให้ครอบคลุมถึงการกระทำด้วยวิธีการที่ร้ายแรง

2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาของประมวลกฎหมายอาญาของไทยเกี่ยวกับความผิดทำร้ายร่างกายที่ยังไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองกรณีเด็กถูกทำร้ายอย่างเพียงพอจากรัฐ จึงทำให้เด็กตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมที่ใช้ความรุนแรงได้ง่ายและบ่อยครั้งกว่าผู้ใหญ่ รัฐจึงควรปกป้องเด็กที่ถูกทำร้ายเป็นพิเศษ

3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดชอบและโทษทางอาญาในกรณีทำร้ายร่างกายเด็กของไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ

4. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์หาแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมในการกำหนดความผิดและโทษกรณีทำร้ายร่างกายเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป และการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายเด็กให้ครอบคลุมถึงการกระทำด้วยวิธีการที่ร้ายแรง

1.3 สมมุติฐานการศึกษา

ความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 391 เป็นความผิดที่มีโทษเล็กน้อย แต่เกิดจากการกระทำที่แสดงถึงความรุนแรงของการกระทำและมีผลกระทบต่อสังคมหรือต่อความสงบสุขของสังคม ยิ่งกรณีที่เป็นการกระทำต่อเด็กที่เป็นกลุ่มบอบบางที่เสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่อหรือผู้เสียหายจากการกระทำความคิดได้ง่าย เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กซึ่งเป็นลักษณะสิทธิขั้นพื้นฐานที่จำเป็นตามรัฐธรรมนูญที่รัฐต้องให้ความคุ้มครองเด็กจากการใช้ความรุนแรง

ดังนั้น จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทย โดยกำหนดความผิดและโทษกรณีใช้กำลังทำร้ายร่างกายเด็กเป็นกรณีเฉพาะที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น และเพิ่มเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายเด็กให้ครอบคลุมถึงการกระทำด้วยวิธีการที่ร้ายแรง

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์เล่มนี้จะศึกษาถึงการกระทำความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายเด็กจนเป็นเหตุไม่ให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ และกรณีเป็นเหตุให้เด็กได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ และศึกษาถึงกรณีเหตุลกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายเด็กที่มีลักษณะของการกระทำด้วยวิธีการที่ร้ายแรง และเป็นอันตรายต่อเด็ก เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดให้เหมาะสมและเป็นธรรม โดยผู้ศึกษามุ่งศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็ก แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดความผิดและโทษกรณีทำร้ายร่างกายเด็ก ตลอดจนการพิจารณาถึงความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายร่างกายเด็กที่ยังมีข้อบกพร่องที่สมควรได้รับการปรับปรุงแก้ไข โดยจำกัดขอบเขตความรับผิดชอบและบทกำหนดโทษในความผิดทำร้ายร่างกายเด็กตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศเพื่อรวบรวมข้อมูลแล้วนำมาวิเคราะห์ปัญหาข้อสรุปและเสนอแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของไทย ทั้งนี้ จะไม่ได้ศึกษาไปถึงการใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยความผิดแต่อย่างใด

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

ศึกษาวิจัยในเชิงเอกสาร(Documentary Research) โดยการศึกษาค้นคว้ารวบรวมจากหนังสือ วารสาร บทความทางวิชาการ งานวิจัยต่างๆ คำพิพากษาศาลฎีกาและข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศแล้วนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์ เพื่อเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาคือ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อทราบถึงแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบและโทษทางอาญาที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพกรณีทำร้ายร่างกายเด็ก และการกำหนดเหตุลกรรจ์ที่เป็นการกระทำด้วยวิธีการที่ร้ายแรงต่อเด็ก
2. เพื่อทราบถึงปัญหาของประมวลกฎหมายอาญาของไทยเกี่ยวกับความผิดทำร้ายร่างกายที่ยังไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองกรณีเด็กถูกทำร้ายอย่างเพียงพอจากรัฐ จึงทำให้เด็กตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมที่ใช้ความรุนแรงได้ง่ายและบ่อยครั้งกว่าผู้ใหญ่ รัฐจึงควรปกป้องเด็กที่ถูกทำร้ายเป็นพิเศษ
3. เพื่อทราบถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดชอบและโทษทางอาญาในกรณีทำร้ายร่างกายเด็กของไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ
4. เพื่อทราบถึงแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมในการกำหนดความผิดและโทษกรณีทำร้ายร่างกายเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป และการกำหนดเหตุลกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายเด็กให้ครอบคลุมถึงการกระทำด้วยวิธีการที่ร้ายแรง

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบและโทษทางอาญา

กรณีการทำร้ายร่างกายเด็ก

นับแต่อดีตมานุษย์ทุกคนล้วนมีความกลัวอยู่ในสัญชาตญาณอันเกิดจากปมด้อยทางด้าน สรีระและมีความกังวลในเรื่องความปลอดภัยในร่างกาย มนุษย์จึงต้องการแหล่งพึ่งพิงในการคุ้มครอง สวัสดิภาพเพื่อสร้างความรู้สึกลดภัยให้แก่ตนเอง โดยสิทธิในชีวิตและร่างกายเป็นสิทธิที่สำคัญ ประการแรกอันเป็นหลักการสำคัญของปัจเจกและเป็นสิ่งที่ทำให้นุษย์สามารถดำรงชีวิตอยู่ต่อไปได้ และเพื่อคุ้มครองเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ให้ปลอดภัยจากภัยอันตราย จึงจำเป็นต้องมีหลักประกันในชีวิต และร่างกาย ในบทที่ 2 จะกล่าวถึงแนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดชอบและโทษ ทางอาญา กรณีใช้กำลังร้ายร่างกายเด็ก ซึ่งผู้ศึกษาจะทำการศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับ การกระทำความผิดต่อเด็ก การตีความหมายของการทำร้ายร่างกาย แนวคิดในการกำหนดโทษและการ ลงโทษทางอาญา แนวความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบในทางอาญา แนวความคิดในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการศึกษาที่จะสามารถรักษาไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายต่อไป

2.1 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับเด็ก

1) “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” (The Best Interest of the Child) หมายถึง การคำนึงถึง ประโยชน์ ความผาสุกและสวัสดิภาพ รวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่เด็กควรได้รับการปกป้องคุ้มครอง เป็นสำคัญ

2) “เด็ก” (Child) หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส

3) “การคุ้มครอง” (Protection) หมายถึง การกระทำใด ๆ เพื่อให้ ความคุ้มครองแก่เด็กที่ ตกเป็นเหยื่อของการใช้ความรุนแรง ทั้งในขณะ และหลังจากที่ได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น

4) “การป้องกัน” (Prevention) หมายถึง มาตรการใด ๆ ที่นำมาใช้เพื่อป้องกันมิให้เกิด การกระทำความผิดขึ้นมาใหม่ หรือลดความเสี่ยงในการกระทำความผิดซ้ำ

5) “แก้ไข”(Correction)¹ หมายถึงการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งทางแพ่งและทางอาญา เพื่อให้เกิดการชดใช้หรือทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการกระทำดังกล่าวอย่างเหมาะสม รวมถึงการกำหนดมาตรการใด ๆ เพื่อฟื้นฟูและแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็ก เพื่อให้มีโอกาสกลับคืนสู่สังคมและดำรงชีวิตอย่างปกติสุขต่อไป

2.1.1 หลักการทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก

เมื่อเด็กได้กำเนิดขึ้นมาย่อมเป็นสมาชิกของสถาบันครอบครัวอันเป็นสถาบันแรกที่ทำให้การเลี้ยงดูและเอาใจใส่ทั้งทางร่างกาย จิตใจ อารมณ์ รวมถึงการมอบความรักให้แก่เด็ก สถาบันครอบครัวจึงมีอิทธิพลโดยตรงต่อทัศนคติและพัฒนาการของเด็ก เนื่องจากตามปกติเด็กย่อมมีความผูกพันใกล้ชิดกับบิดามารดาและพี่น้องของตน ดังนั้นการกระทำหรือสิ่งอื่นใดที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสถาบันครอบครัวย่อมส่งผลกระทบต่อเด็กอีกด้วย ด้วยเหตุดังกล่าวการคุ้มครองเด็กจึงกระทำควบคู่ไปกับการให้ความคุ้มครองสถาบันครอบครัว ดังนั้น การคุ้มครองเด็กและสถาบันครอบครัวจึงเป็นสิ่งสำคัญที่ควรตระหนักถึงและได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ

2.1.1.1 แนวคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเด็ก

เมื่อเวลาผ่านไปแนวคิดเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเด็กย่อมแปรเปลี่ยนไปตามกาลเวลาและแปรผันไปตามปัจจัยในการดำรงชีพ จริยธรรม สภาพเศรษฐกิจและสังคม ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงที่เป็นพลวัต อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติต่อเด็กยังคงอยู่บนพื้นฐานของการตอบสนองความต้องการและพัฒนาการของเด็กในแต่ละช่วงวัย ซึ่งเมื่อพิจารณาจากการใช้อำนาจปกครองประกอบกับความสัมพันธ์ระหว่างบุตรและบิดามารดาจะสามารถแบ่งแนวคิดเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเด็กออกได้ 3 แนวคิด โดยพิจารณาวิวัฒนาการเกี่ยวกับสถานะของเด็กในบริบทต่าง ๆ ทางสังคม ดังนี้

1) แนวคิดเด็กเป็นสมบัติของบิดามารดา

แนวคิดการมองว่าเด็กเป็นเพียงสมบัติของบิดามารดานั้นมีมาตั้งแต่แรกเริ่มและปรากฏขึ้นเป็นแนวความคิดขั้นพื้นฐานที่ยังคงฝังรากลึกอยู่ในพื้นฐานการดำเนินชีวิตของทุกสังคมตลอดมา แนวคิดนี้จึงมีอิทธิพลในฐานะที่เป็นแนวคิดกระแสหลักต่อทัศนคติในการปฏิบัติต่อเด็กในบริบทของครอบครัว โดยมีบิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดและเป็นเจ้าของชีวิตเหนือเด็กซึ่งเป็นบุตร เด็กจึงอาจถูกกระทำเสมือนเป็นวัตถุหรือสิ่งของ และถูกมองว่าไม่มีสถานะบุคคลด้วยเหตุนี้บิดามารดาจึงมีสิทธิเด็ดขาดที่จะกระทำการใด ๆ กับบุตรของตนได้โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงความเป็นมนุษย์ของเด็ก แม้ว่าการกระทำนั้นจะขัดต่อสัญญาดีญาณความเป็นบิดามารดาก็ตาม รัฐก็จะไม่

¹ มาดาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์, กฎหมายเบื้องต้นเกี่ยวกับการกระทำความผิดทาง อาญาของเด็กและเยาวชน, (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน), (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.5.

เข้ามายุ่งเกี่ยวหรือแทรกแซง ดังเช่นในยุคโรมันซึ่งกฎหมายครอบครัวให้อำนาจแก่ชายผู้มีอาวุโสสูงสุดเป็นหัวหน้าครอบครัว (pater familias) เพียงผู้เดียว โดยมีอำนาจซึ่งเป็นชี้อายเหนือภริยาบุตรหลานหรือเหลนรวมถึงทาสในฐานะที่เป็นทรัพย์สินในเงื้อมมือ² รวมถึงมีอำนาจเพียงแต่ผู้เดียวในการดำเนินการเกี่ยวกับบุตรซึ่งเกิดใหม่ โดยกฎหมายให้อำนาจแก่หัวหน้าครอบครัวในการทิ้งบุตรฆ่ากักขัง เขียนตีหรืออานาบุตรไปขายก็ได้ตามกฎหมายโต๊ะที่ 4 ว่าด้วยบิดากับบุตร³ ดังนั้น อำนาจของหัวหน้าครอบครัวจึงสูงสุดและเด็ดขาดต่อสมาชิกในครอบครัว⁴ ทั้งนี้กฎหมายโรมันมิได้ให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองเด็ก แต่มุ่งคุ้มครองเพียงประโยชน์ของหัวหน้าครอบครัวเท่านั้น เช่นเดียวกันกับประเทศไทยในยุคกรุงศรีอยุธยาและต้นรัตนโกสินทร์ที่ได้ปรากฏแนวความคิดเชิงอำนาจในสถาบันครอบครัวซึ่งยึดหลักอำนาจอิสระของบิดามารดาเหนือบุตร และอำนาจอิสระของสามีเหนือภริยา โดยพบได้จากประวัติศาสตร์ กฎหมาย วัฒนธรรม จารีตประเพณีของสังคมไทยในอดีต โดยเฉพาะในการเลี้ยงดูและปฏิบัติต่อเด็ก นอกจากนี้ยังพบแนวคิดนี้ในความเชื่อทางศาสนา เช่น พุทธภิกษุว่า "พรหมชาติ มาตาปิโตร" หรือแปลว่า บิดามารดาเป็นพรหมของบุตร กล่าวคือ บิดาและมารดาเป็นผู้ให้กำเนิดและสามารถกำหนดคติชีวิตรวมถึงอนาคตของบุตรได้ ดังนั้น การที่บิดามารดาจะปฏิบัติต่อเด็กซึ่งเป็นบุตรอย่างไรจึงเป็นสิทธิเด็ดขาดและฐานะของเด็กซึ่งเป็นบุตรในอดีตจึงเปรียบเสมือนทรัพย์สินของบิดามารดาเท่านั้น

2) แนวคิดเด็กเป็นสมบัติของรัฐ

พลเมืองเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการดำรงอยู่ซึ่งสภาพของความเป็นรัฐ ดังนั้น เพื่อให้รัฐมีความมั่นคงและพัฒนาก้าวหน้าจึงต้องมุ่งเน้นจากการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์โดยเฉพาะเด็กซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของปัจจัยที่จะนำไปสู่การพัฒนาเสถียรภาพของรัฐในอนาคต จึงเกิดแนวความคิดว่า เด็กเป็นสมบัติของรัฐด้วยแนวคิดนี้ เด็กจึงสมควรได้รับการเลี้ยงดูที่ได้มาตรฐานและได้รับการคุ้มครองตามนโยบายที่รัฐกำหนด เช่นนี้นอกจากเด็กจะเป็นสมาชิกในครอบครัวแล้วยังมีฐานะเป็นพลเมืองอันเป็นสมาชิกของรัฐที่จะทำประโยชน์และพัฒนาความก้าวหน้าทางสังคมในอนาคตอีกด้วย แนวคิดดังกล่าวอาจไม่ตัดอำนาจในการเลี้ยงดูและปกครองของบิดามารดาอย่าง

² สมเกียรติ วรรณานันต์, หลักเกณฑ์ว่าด้วยหัวหน้าครอบครัว (pater familias) ตามหลักกฎหมายโรมัน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553), น. 22-29.

³ หลวงสุทริวาทนฤพุดิ, ประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท, (กรุงเทพมหานคร : ศรีสมบัติการพิมพ์, 2529), น. 32.

⁴ สนั่นทর্ণ์ โสคติพันธุ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น. 89 -91.

⁵ สมลักษณ์ ขนอม, “การคุ้มครองเด็กในประเทศไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีเด็กถูกทารุณในครอบครัว,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น. 67-68.

เด็ดขาดเสมอไป เพียงแต่การใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาบางประการอาจถูกจำกัดลงบางส่วน หรือหรือถูกทำให้หมดไปในบางกรณี ทำให้บิดามารดาไม่ได้มีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดอีกต่อไป โดยรัฐจะมีมาตรการเพื่อแทรกแซงหรือใช้อำนาจปกครองเหนือเด็กเพื่อประโยชน์ของรัฐอันเป็นประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ โดยประโยชน์ของครอบครัวถือเป็นประโยชน์ส่วนน้อยที่พึงเสียสละ ดังนั้นจึงเป็นการกิจของรัฐในการอบรมสั่งสอนเด็กให้เป็นพลเมืองที่ดี ดังเช่นในนครรัฐสปาร์ตา (Sparta) ซึ่งเป็นนครรัฐหนึ่งในกรีก (Greek ที่ให้ความสำคัญกับสังคมส่วนรวมมากกว่าครอบครัว เนื่องจากครอบครัวไม่อาจดำรงอยู่รอดปลอดภัยได้หากปราศจากความมั่นคงของรัฐ ดังนั้นเพื่อรักษาความมั่นคงของนครรัฐสปาร์ตาจึงจำเป็นต้องมีกองทัพที่ยิ่งใหญ่และมีศักยภาพในการทำสงคราม รัฐจึงคัดเลือกเด็กที่มีร่างกายแข็งแรง จิตใจเข้มแข็งและพร้อมเป็นกำลังสำคัญให้แก่รัฐ โดยจัดอบรม เลี้ยงดูและฝึกทหารให้แก่พลเมืองตั้งแต่วัยเด็ก ดังนั้น ความผูกพันระหว่างเด็กกับครอบครัวจึงประบางเมื่อเทียบกับภารกิจอันยิ่งใหญ่เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ⁶

3) แนวคิดการปฏิบัติต่อเด็กในฐานะปัจเจกชน

แนวความคิดปัจเจกชนนิยมหรือมนุษย์นิยม (Individualism) เริ่มก่อตัวขึ้นเมื่อยุโรปเข้าสู่ยุคฟื้นฟูศิลปวิทยา (Renaissance) ในช่วงศตวรรษที่ 14-16 เป็นแนวคิดที่อยู่บนหลักของกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่ซึ่งวางหลักการไว้ว่า ธรรมชาติของมนุษย์มีสติปัญญาหรือเหตุผลและมนุษย์แต่ละคนเป็นหน่วยหนึ่ง ในแต่ละหน่วยล้วนมีคุณค่าและความมุ่งหมายในตัวเอง⁷ ดังนั้นจึงมีการเคารพความเป็นตัวตนในการสร้างอัตลักษณ์ มีอิสรภาพในการแสดงออกทางด้านการกระทำและความคิด สามารถพึ่งพาตนเองได้ ซึ่งมีความแตกต่างจากแนวความคิดของการจำยอมหรือสวามิภักดิ์ต่อรัฐที่ตนเป็นพลเมือง โดยให้ความสำคัญและตระหนักถึงความเป็นมนุษย์ที่เด็กแต่ละคนมีแนวคิดนี้จึงมองว่าเด็กมีคุณค่าของความเป็นมนุษย์ มิใช่เป็นเพียงสิ่งของหรือทรัพย์สินของบิดามารดาหรือรัฐ เด็กจึงมีอำนาจและเสรีภาพส่วนบุคคลในตนเอง ภายใต้การปกครองดูแลของบิดามารดาซึ่งอยู่ในฐานะผู้ให้กำเนิด ผู้อบรมเลี้ยงดู ผู้ใช้อำนาจปกครอง โดยบิดามารดาจะต้องไม่กระทำการใด ๆ ฐานะเป็นพลเมืองอันเป็นสมาชิกของรัฐที่จะทำประโยชน์และพัฒนาความก้าวหน้าทางสังคมในอนาคตอีกด้วย แนวคิดดังกล่าวอาจไม่ตัดอำนาจในการเลี้ยงดูและปกครองของบิดามารดาอย่างเด็ดขาดเสมอไป เพียงแต่การใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาบางประการอาจถูกจำกัดลงบางส่วน หรือหรือถูกทำให้หมดไปในบางกรณี ทำให้บิดามารดาไม่ได้มีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดอีกต่อไป โดย

⁶ กิติพัฒน์ นนทปัทมคุลย์, “ปัญหาการทารุณกรรมและการปล่อยปละละเลยเด็ก : แนวความคิดและความตระหนักต่อปัญหาของนักวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), น.31.

⁷ สมยศ เรือไทย, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2556), น. 93 - 95.

รัฐจะมีมาตรการเพื่อแทรกแซงหรือใช้อำนาจปกครองเหนือเด็กเพื่อประโยชน์ของรัฐอันเป็นประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ โดยประโยชน์ของครอบครัวถือเป็นประโยชน์ส่วนน้อยที่พึงเสียสละ ดังนั้นจึงเป็นภารกิจของรัฐในการอบรมสั่งสอนเด็กให้เป็นพลเมืองที่ดี ดังเช่นในนครรัฐสปาร์ตา (Sparta) ซึ่งเป็นนครรัฐหนึ่งในกรีก (Greek) ที่ให้ความสำคัญกับสังคมส่วนรวมมากกว่าครอบครัว เนื่องจากครอบครัวไม่อาจดำรงอยู่รอดปลอดภัยได้หากปราศจากความมั่นคงของรัฐ ดังนั้นเพื่อรักษาความมั่นคงของนครรัฐสปาร์ตาจึงจำเป็นต้องมีกองทัพที่ยิ่งใหญ่และมีศักยภาพในการทำสงคราม รัฐจึงคัดเลือกเด็กที่มีร่างกายแข็งแรง จิตใจเข้มแข็งและพร้อมเป็นกำลังสำคัญให้แก่รัฐ โดยจัดอบรม เลี้ยงดูและฝึกทหารให้แก่พลเมืองตั้งแต่วัยเด็ก ดังนั้น ความผูกพันระหว่างเด็กกับครอบครัวจึงเปราะบางเมื่อเทียบกับภารกิจอันยิ่งใหญ่เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ⁸

2.1.2 แนวความคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก

แนวคิดนี้แสดงให้เห็นว่าการที่เด็กทุกคนเป็นบุคคลที่มีคุณค่าและมีพัฒนาการที่สมบูรณ์พร้อมได้นั้นขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์และการเลี้ยงดูจากครอบครัว การบัญญัติกฎหมายถือเป็นเพียงการรับรองและยืนยันหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กให้ปรากฏอย่างเป็นรูปธรรมเท่านั้น⁹ อย่างไรก็ตาม การทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กถือเป็นสิ่งสำคัญ

1) ความเป็นมาของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมีจุดเริ่มต้นจากอังกฤษราวศตวรรษที่ 13 กล่าวคือในยุคต้นกฎหมายของอังกฤษมีหลักการ “โง่เง่าตามธรรมชาติ” (Natural Fools and Idots) โดยใช้เพื่อปกป้องบุคคลผู้มีปัญหาด้านสติปัญญาและไม่สามารถปกป้องหรือช่วยเหลือตนเองได้ ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมันที่ให้ถือบิดาเป็นใหญ่และเด็กเป็นเพียงสมบัติของบิดา ซึ่งศาลในยุคต้นมักจะไม่เข้าไปก้าวท้าวสิทธิของบิดาและไม่ปรากฏเรื่องอำนาจปกครองของมารดาแต่อย่างใด

ต่อมาในปี ค.ศ.1660 จากการออกกฎหมายว่าด้วยการยกเลิกการเลี้ยงดู (The Tenure Abolition Act) มีผลทำให้บิดาสามารถโอนอำนาจปกครองบุตรได้แม้ในขณะที่มีชีวิตอยู่หรือภายหลังจากเสียชีวิตไปแล้ว ในกรณีที่บิดาเสียชีวิตไปโดยมิได้โอนสิทธิการเลี้ยงดู ศาลมีอำนาจตั้งผู้ปกครองได้โดยพิจารณาบนพื้นฐานของประโยชน์ของทารกเป็นสำคัญ (Benefit of the Infant) ส่วนการพิจารณาอำนาจปกครองโดยศาลจะอยู่บนพื้นฐานการเปรียบเทียบว่าสิ่งใดหรืออย่างไรเหมาะสมกับเด็ก และในคดี Blisset's ค.ศ.1744 ปรากฏข้อเท็จจริงว่า บิดาของเด็กประสบปัญหาล้มละลาย เลี้ยงดูครอบครัวต่อไปไม่ได้ ประกอบกับมีพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมแก่การเลี้ยงดูบุตร

⁸ กิติพัฒน์ นนทปัทมณกุลย์, *อ้าวแล้ว เจริญรอดที่ 6*, น.31.

⁹ มาตลักษ์ณ์ ออรุ่งโรจน์, *การคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก*, (รายงานวิจัย), (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น.90.

ศาลจึงพิพากษาให้เด็กอยู่ในอำนาจปกครองของมารดาเพียงฝ่ายเดียว โดยเป็นการพิจารณาประโยชน์ของเด็กมาก่อนสิทธิของบิดา ซึ่งคดีดังกล่าวเป็นแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาที่มีการปรับใช้อย่างต่อเนื่องเรื่อยมา¹⁰

ในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 เข้าสู่ยุค Tender Years Doctrine ซึ่งมีแนวคิดให้บิดามารดาใช้อำนาจปกครองร่วมกัน โดยแบ่งตามเกณฑ์อายุของบุตร กล่าวคือ บุตรอายุต่ำกว่า 3 ปี (หรือ 7 ปีในบางแหล่งข้อมูล จะให้อำนาจปกครองแก่มารดา ส่วนบุตรที่มีอายุมากกว่า 3 ปี (หรือ 7 ปี) ให้บิดามีอำนาจปกครองบุตร¹¹ ทั้งนี้ เนื่องจากในศตวรรษที่ 19 ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดสตรีนิยมจากการปฏิวัติอุตสาหกรรมและเคลื่อนไหวทางด้านสิทธิสตรีและวิทยาการใหม่ทางด้านจิตวิทยา กฎหมายจึงได้ให้มารดามีอำนาจในการปกครองบุตรเท่าเทียมกับบิดา และต่อมาในศตวรรษที่ 20 ได้มีการนำหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ในการพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจปกครองเด็กอย่างจริงจัง เนื่องจากอังกฤษมีการขยายจำนวนมาก ประกอบกับแนวคิดเรื่องระบบสวัสดิการซึ่งแต่เดิมศาลจะพิจารณาประโยชน์ของเด็กต่อเมื่อบิดานั้นเสียชีวิตหรือไม่มีความสามารถในการปกครองบุตรทุกกรณี แต่ปัจจุบันศาลของอังกฤษได้ยึดหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กโดยใช้คำว่า “สวัสดิภาพของเด็ก” (Welfare of the Child) โดยปรากฏในกฎหมายว่าด้วยเด็ก (Children Act 1989)¹²

ทั้งนี้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กได้มีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องเรื่อยมา ทั้งในกฎหมายภายในของรัฐและกฎหมายระหว่างประเทศ โดยปรากฏแนวคิดรากฐานขึ้นในปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1924 ซึ่งวางหลักการให้ผู้ใหญ่มีความรับผิดชอบในการจัดประโยชน์สูงสุดให้แก่เด็ก ซึ่งต่อมาปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1959 ได้ปรากฏถ้อยคำ “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” เป็นครั้งแรก โดยกำหนดให้จะต้องพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด (Paramount Consideration)¹³ นอกจากนี้ ยังปรากฏหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในตราสารระหว่างประเทศอื่น ๆ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ค.ศ.1979 และกฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิและสวัสดิภาพของเด็ก เป็นต้น

¹⁰ Seema Shah, “Does Research with Children Violate the best Interest Standard? An Empirical and Conceptual Analysis,” *Northwestern Journal of Law and social policy*, Vol.8.2, p.137-145, (2013).

¹¹ Erin Bajackson, “Best Interest of the child-A Legislative journey Still in Motion,” *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyer*, Vol. 25, p. 312- 313 (2013)

¹² Godsglory Ifezue and Maria Rajabali, “Protecting the Interest of the Child,” *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol.2 (1), p. 78 (2013).

¹³ 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), p. 1-2.

2) ความหมายของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 ได้ปรากฏหลักการว่าด้วยประโยชน์สูงสุดของเด็กในมาตรา 3 ข้อ 1¹⁴ ซึ่งวางหลักให้การกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวกับเด็กไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสวัสดิการสังคมของรัฐหรือเอกชน ศาล ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นพื้นฐานเบื้องต้น (Primary Consideration)

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติ มาตรา 3 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแล้วพบว่าเป็นการกำหนดหลักการทั่วไปในการพิจารณาถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก เพื่อให้สามารถปรับใช้กับสถานการณ์ บริบทหรือปัจจัยที่แตกต่างตามแต่กรณีของรัฐภาคีได้อย่างยืดหยุ่น โดยมีได้มีการกำหนดนิยามไว้เป็นการเฉพาะ และเป็นการกำหนดในลักษณะของมาตรฐานขั้นต่ำในการพิจารณาและการปฏิบัติต่อเด็กอันเป็นสิ่งที่รัฐภาคีจะต้องยอมรับและนำไปปฏิบัติตามอย่างเป็นรูปธรรม¹⁵ โดยรัฐภาคีแต่ละรัฐอาจกำหนดคำนิยามของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่แน่นอนไว้ในรูปแบบของการบัญญัติเป็นกฎหมาย หรือรายงานของคณะกรรมการที่ดำเนินงานเกี่ยวข้องกับสิทธิเด็กในรัฐนั้น หรือแม้ไม่มีการกำหนดนิยามที่ชัดเจนแน่นอน แต่รัฐภาคีสามารถกำหนดเป็นปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ ทั้งนี้เพื่อให้เป็นถ้อยคำที่มีความยืดหยุ่นสามารถนำไปใช้ได้ และแปรผันไปตามเวลาและสถานที่ (Time and Space) ของประเทศภาคีสมาชิกแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตามมีนักวิชาการทั้งทางด้านนิติศาสตร์ รวมถึงนักวิชาการด้านจิตวิทยาสังคมและเด็กได้ให้คำนิยาม

ความหมายของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ตามทัศนะที่ต่างกันไป

Benjamin D. Garber¹⁶ ให้นิยามของประโยชน์สูงสุดของเด็กว่า ประโยชน์ในการพัฒนาขั้นพื้นฐาน เช่น ประโยชน์ทางร่างกาย อารมณ์ จิตวิทยาและสติปัญญาของเด็ก มิให้เด็กต้องได้รับความสูญเสียจนกระทั่งเขาได้เติบโตเป็นผู้ใหญ่

Robert H. Mnookin ได้ให้ความหมายว่าประโยชน์สูงสุดของเด็ก หมายถึงสิ่งที่เป็นผลร้ายต่อเด็กต่ำที่สุด อันเป็นการกำหนดมาตรฐานและยังคงเป็นปัญหาถึงความเป็นไปได้และการ

¹⁴ Convention on the Right of the Child Article 3

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.

¹⁵ Fatma Hassan Beshir, Article 3 of the Convention on the Rights of the Child: The Best Interests of the Child, UNICEF Innocenti Research Centre, p. 3.

¹⁶ Benjamin D. Garber, Developmental Psychology for family law Professionals: Theory, Application and the Best Interests of the Child, (New York : Springer Publishing Company, 2010), p.141-142 .

ตัดสินใจในวงกว้าง¹⁷ นอกจากนี้ยังได้แสดงความเห็นถึงมาตรฐานของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นเป็นเรื่องที่ยากแก่การตีความเนื่องจากประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นเรื่องคาดเดาอนาคตถึงผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นกับเด็กว่าจะประกอบด้วยสิ่งใดบ้าง โดยสภาพสังคมได้มีความเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาศาลเองจึงต้องมีหลักในการพิจารณาว่า คุณค่าใดในสังคมที่จะส่งเสริมให้เด็กเติบโตและมีชีวิตที่ดี หรือชีวิตที่ดีที่สุด และไม่มีแนวทางที่ชัดเจนที่จะกระทำดังกล่าวได้ เนื่องจาก สังคมมีความหลากหลายดังนั้น การพิจารณาว่าอะไรคือประโยชน์สูงสุดของเด็กจึงเป็นเรื่องยากที่จะเห็นได้อย่างชัดเจน¹⁸

Jean Zermatten¹⁹ ได้อธิบายถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กว่า เป็นหลักการพื้นฐานที่มีความสำคัญในทางกฎหมายโดยการตีความและปรับใช้เพื่อจำกัดการขยายอำนาจของผู้ใหญ่ที่มีเหนือเด็ก ซึ่งตั้งอยู่บนฐานของความคิดว่าผู้ใหญ่เท่านั้นที่มีหน้าที่ดำเนินการตัดสินใจในฐานะตัวแทนของเด็ก เพราะเด็กนั้นยังคงขาดประสบการณ์และการตัดสินใจที่ดี โดยการทำหน้าที่ของผู้ใหญ่จะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือความสุขของเด็ก

Joan B. Kelly²⁰ ได้อธิบายถึงนิยามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก หมายถึง สิ่งที่มีองค์ประกอบหลายประการอันพึงประสงค์ของเด็กในอำนาจปกครองหรือในสถานการณ์ใด ๆ ที่ทำให้เด็กมีการปรับตัวและพัฒนาตนเองได้อย่างยั่งยืน และประโยชน์สูงสุดของเด็กในภาวะที่เผชิญกับปัญหาการหย่าร้างกันของบิดาและมารดา หมายถึง สิ่งที่ประกอบด้วยปัจจัยหลายประการที่เด็กพึงประสงค์ในการปรับปรุงความสามารถในการปรับตัวและการพัฒนาตนเองในอนาคตของเด็ก

วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล²¹ ได้ให้ความหมายของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก หมายถึง สิทธิประโยชน์ของเด็กทั้งปวงที่พึงมีพึงได้ในฐานที่เกิดมาและมีชีวิตอยู่รอดอยู่ภายในกรอบอนุสัญญาให้การรับรองหรือโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปย่อมเห็นได้ว่าเป็นสิทธิประโยชน์ของเด็ก

¹⁷ Robert H. Mnookin, "Child-Custody Adjudication : Judicial Function in the Face of Indeterminacy," *Law and Contemporary Problems*, Vol.39, No.3, p. 230 (1975).

¹⁸ *Ibid*, p. 260-261.

¹⁹ Jean Zermatten, "The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function and Implementation," *Institut International Des Droits De L'efant*, p. 6 (2010).

²⁰ Joan B. Kelly, "The Best Interest of the Child A Concept in Search of Meaning," *Family and Conciliation courts review*. Vol.35, No.4, p. 378 (October, 1997).

²¹ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, "มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก," *ตุลพาท*, เล่มที่ 5, ปีที่ 41, น. 19 (กันยายน-ตุลาคม, 2537).

จากนิยามของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่นักวิชาการได้ให้ความหมายไว้ข้างต้นจะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดนิยามในลักษณะที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละมุมมองของบุคคลเพื่อมุ่งคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กให้เหมาะสมต่อสถานการณ์ต่าง ๆ โดยมีลักษณะเป็นนามธรรมและไม่ได้เป็นการวางหลักเกณฑ์เฉพาะเจาะจง อย่างไรก็ตามปัจจุบันยังไม่มีคำนิยามใดที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการ

นอกจากนี้ ในบทบัญญัติของกฎหมายไทยได้มีการบัญญัติรองรับหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 มาตรา 22 และปรากฏแนวคิดของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในบทบัญญัติของกฎหมายและคำพิพากษาของศาลฎีกาด้วยถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไป เช่น ความผาสุกและประโยชน์ของบุตร ความเหมาะสมแก่สวัสดิภาพและความอบอุ่นในครอบครัว²² ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่าคำพิพากษาเกี่ยวกับการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กเป็นจำนวนมากมิได้ให้คำจำกัดความคำว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด

2.2 แนวความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบทางอาญา

2.2.1 ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา

แนวความคิดในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา มี 3 ทฤษฎี คือ²³

1) ทฤษฎีความรับผิดชอบที่ต้องอาศัยทั้งการกระทำและความผิดของจิตใจ ทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญในเรื่องความรู้สึกนึกคิดในจิตใจของผู้กระทำ โดยถือว่าความรู้สึกในทางที่ผิดของจิตใจเป็นปัจจัยสำคัญในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาดังนั้นในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาจึงต้องคำนึงถึงปัจจัย 2 ประการ คือ การกระทำซึ่งเป็นอันตรายต่อสังคม และสภาวะของจิตใจที่มีลักษณะควรแก่การลงโทษ ซึ่งสภาวะของจิตใจก็คือ เจตนา (คือต้องรู้ถึงการกระทำของตนและขณะเดียวกันก็ต้องประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น หรือประมาท (คือไม่คิดถึงหรือไม่นึกถึงอันตรายที่จะเกิดจากการกระทำของตน หรือเพิกเฉยไม่แยแสต่อผลร้ายที่จะเกิดจากการกระทำนั้น) ความรับผิดชอบตามทฤษฎีนี้จึงแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

- (1) ความรับผิดชอบทางอาญาเมื่อกระทำโดยเจตนา
- (2) ความรับผิดชอบทางอาญาเมื่อกระทำโดยประมาท

ความรับผิดชอบทางอาญาโดยเจตนาเป็นหลักทั่วไปของของความรับผิดชอบทางอาญา ส่วนความรับผิดชอบเมื่อกระทำโดยประมาทเป็นข้อยกเว้นประเทศต่าง ๆ ได้กำหนดความรับผิดชอบอาญาโดยอาศัยทฤษฎีนี้โดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดอาญาจะมีความผิดก็ต่อเมื่อได้กระทำความผิดโดยมี

²² คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 17825/2555

²³ วิสาร พันธนะ, สาระสำคัญของประมวลกฎหมายอาญา, น.346 - 353.

สภาวะจิตใจที่สมควรแก่การลงโทษ เช่นในประเทศอังกฤษที่ใช้กฎหมายระบบ Common Law มีหลักว่า “การกระทำไม่ก่อให้เกิดเป็นความผิดเว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้นมีเจตนาที่ชั่วร้าย ในขณะที่กระทำความผิด” (the act does not constitute guilt unless the mine be guilty) ตั้งนั้นจึงได้นำหลักดังกล่าวมากำหนดเป็นโครงสร้างความรับผิดอาญาว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาได้ จะต้องประกอบไปด้วย การกระทำที่แสดงออกภายนอกนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus) และผู้กระทำได้กระทำโดยจิตใจที่ชั่วร้าย (mens rea) หรือในประเทศเยอรมันการกระทำที่จะเป็นความผิดอาญาได้นั้นผู้กระทำจะต้องมีความชั่ว (schuld) ซึ่งหมายถึงการตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง การกระทำใดจะเป็นการกระทำที่มีความชั่วหรือไม่ขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจในการกระทำของผู้กระทำความผิดในขณะที่กระทำความผิดนั้น คือผู้ที่มีความรู้สึกผิดชอบ รู้จักแยกแยะว่าอะไรผิดอะไรถูกและเป็นผู้ที่มีสติยอมไม่กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมาย แต่ถ้าผู้ใดขาดสติและได้กระทำการอันเป็นการผิดกฎหมายลงไปผู้นั้นยอมเป็นบุคคลที่จะต้องถูกตำหนิจากสังคมและการกระทำของเขายอมเป็นการกระทำที่ถูกตำหนิได้ หรือเป็นการกระทำที่มีความชั่ว²⁴

2) ทฤษฎีความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ทฤษฎีนี้กำหนดความรับผิดทางอาญาโดยถือเอาการกระทำเพียงอย่างเดียว ไม่คำนึงถึงสภาวะของจิตใจ เนื่องจากทฤษฎีความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้ไม่คำนึงถึงสภาวะของจิต ดังนั้นจึงไม่คำนึงถึงเฉพาะเจตนาของผู้กระทำเท่านั้นคือแม้กระทำโดยไม่มีเจตนาที่ต้องรับผิดทางอาญา (ความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้ไม่รวมถึงกรณีประมาท เพราะถ้ากระทำโดยไม่ประมาทก็ไม่ต้องรับผิด) ทฤษฎีความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้มีความคิดเห็นอยู่ 2 แนว คือ

(1) ฝ่ายที่สนับสนุนทฤษฎีนี้ เห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องมีความรับผิดโดยเคร่งครัด เพราะความผิดอาญาบางประเภทการที่จะพิสูจน์ถึงเจตนาในการกระทำความผิดกระทำได้ยาก ดังนั้นจึงจำเป็นต้องบังคับให้บุคคลต้องรับผิดแม้ไม่มีเจตนา นอกจากนี้ยังเห็นว่าหากการกระทำนั้นอาจเป็นอันตรายต่อสังคมอยู่บ้างหรือคาดว่ากระทำนั้นจะเกิดเป็นคดีที่ต้องฟ้องร้องจำนวนมากจึงเห็นสมควรให้ผู้กระทำต้องรับผิด แม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนาเพื่อมิให้โจทก์ต้องมีการพิสูจน์เจตนาของจำเลยอีก ซึ่งความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้มักใช้กับกรณีความผิดเล็กๆ น้อยๆ ซึ่งไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกลงโทษเสื่อมเสียชื่อเสียงแต่อย่างใด²⁵

(2) ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีความรับผิดโดยเคร่งครัด คำนว่าการลงโทษที่ถือเอาเพียงแต่การกระทำอย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงสภาวะจิตใจของผู้กระทำด้วยนั้นเป็นสิ่งที่ไม่เกิดประโยชน์เพราะการลงโทษโดยที่ผู้กระทำไม่รู้สึกว่าตนเองได้กระทำความผิดนั้นจะไม่มีผลเป็นการ

²⁴ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น.193-194.

²⁵ Granville Williams, Criminal Law, (London: Steven & sons, 1978), p. 912.

ยับยั้งผู้กระทำหรือบุคคลอื่นมิให้กระทำเช่นนั้นอีกในอนาคต ทั้งการกระทำนั้นก็ไม่ได้แสดงว่าผู้กระทำเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคมที่สมควรจะต้องลงโทษหรือแก้ไขเขา และนอกจากนี้ยังเห็นว่าการลงโทษตามทฤษฎีนี้ไม่ยุติธรรมเพราะผู้กระทำต้องถูกตราหน้าว่าเป็นอาชญากรโดยปราศจากความผิดในแง่ของศีลธรรม

3) ทฤษฎีความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น (Vicarious Liability) ทฤษฎีนี้ไม่คำนึงถึงทั้งการกระทำ ความผิดและสภาวะทางจิตใจของผู้ที่ต้องรับผิดชอบ ความรับผิดชอบตามทฤษฎีนี้เป็นการบังคับให้บุคคลต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น แม้ว่าบุคคลนั้นจะไม่ได้กระทำความผิดด้วยตนเองเลย ซึ่งทฤษฎีนี้เหมาะสมถ้านำมาใช้ในกฎหมายแพ่งโดยเฉพาะกฎหมายลักษณะละเมิด การนำทฤษฎีนี้มาใช้ในกฎหมายอาญา (เช่นการบัญญัติให้นายจ้างต้องรับผิดชอบทางอาญาในความผิดที่ลูกจ้างได้กระทำ ตามพระราชบัญญัติมาตราซึ่งดวงวัด พ.ศ. 2466 มาตรา 33) นั้นมีความเห็นอยู่ 2 ความเห็น คือ

(1) ฝ่ายที่เห็นด้วยกับทฤษฎีนี้เห็นว่าในบางกรณีการที่จะพิสูจน์ถึงเจตนาหรือการรู้เห็นของผู้กระทำความผิดทำได้ยากต่อการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด ดังนั้นเพื่อเป็นการตัดปัญหาให้โจทก์ต้องพิสูจน์ถึงการรู้เห็นเป็นใจของผู้ที่จะต้องรับผิดชอบ จึงบัญญัติให้รับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น ซึ่งการบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่นเช่นนี้เป็นการบังคับให้ผู้ที่ต้องรับผิดชอบ เช่น นายจ้าง หรือผู้แทนนิติบุคคล เอาใจใส่ดูแลการทำงานของลูกจ้าง

(2) ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น เห็นว่าความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่นนั้นขัดกับหลักความผิดทางอาญาในกฎหมายอาญา เพราะโดยหลักแล้วบุคคลย่อมไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของบุคคลอื่น เว้นแต่บุคคลนั้นจะได้บงการหรือช่วยเหลือให้บุคคลอื่นกระทำความผิด

ทฤษฎีความรับผิดชอบในทางอาญา ในการลงโทษทางอาญานั้น มีข้อควรพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดสมควรจะได้รับการลงโทษเนื่องจากเหตุที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำความผิดหรือจากความเสียหายที่เกิดขึ้น เพื่อค้นหาแนวทางกำหนดบทลงโทษอาญาจึงได้เกิดความเห็นในทางทฤษฎีแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ

1) ทฤษฎีอัตวิสัย

ฝ่ายอัตวิสัย (Subjective) เห็นว่าการลงโทษทางอาญาควรพิจารณาถึงจิตใจของผู้กระทำ เป็นสำคัญว่ามีเจตนาเช่นไร หากเจตนาผู้นั้นชั่วร้ายมากก็ต้องลงโทษให้หนักตามเจตนา แต่หากจิตใจผู้นั้นชั่วร้ายน้อยก็ลงโทษเบา โดยที่การลงโทษหนักเบาไม่ได้ขึ้นอยู่กับผลของการกระทำนั้นจะเป็นเช่นไร ไม่ว่าผลของการกระทำนั้นจะเกิดขึ้นหรือไม่ แต่เมื่อจิตใจของผู้นั้นชั่วร้ายแล้วก็สมควรถูกลงโทษ

2) ทฤษฎีทวิสัย

ฝ่ายทวิสัย (Objective) เห็นว่าการลงโทษบุคคลควรพิจารณาถึงความเสียหายที่ผู้กระทำได้ก่อให้เกิดขึ้น หากได้กระทำให้เกิดความเสียหายมากเขาก็ต้องถูกลงโทษหนัก แต่หากความเสียหายเกิดขึ้นน้อยหรือไม่เกิดขึ้นเลยเขาก็ไม่ควรถูกลงโทษ แนวความคิดของฝ่ายนี้ที่เห็นได้ชัดเจนที่สุดคือ การลงโทษฐานพยายามกระทำความผิดที่ลงโทษผู้ที่พยายามกระทำความผิดเพียงสองในสามส่วนของโทษฐานนั้น ๆ ทั้งนี้หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่า เจตนาของการพยายามกระทำความผิดเป็นเช่นเดียวกับความผิดสำเร็จ

2.2.2 การกิจของกฎหมายอาญา²⁶

กฎหมายอาญามีภารกิจที่สำคัญ 3 ประการ คือ

1) ภารกิจในการคุ้มครองสังคม กฎหมายอาญามีหน้าที่ในการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม เพราะกฎหมายอาญามีสภาพบังคับมากกว่าระเบียบของสังคม แต่การใช้กฎหมายอาญาเพื่อคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมต้องกระทำเฉพาะเท่าที่จำเป็นและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น เพราะหากมีการบัญญัติกฎหมายอาญาอย่างพร่ำเพรื่อแล้วสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอาจถูกกระทบกระเทือนจนเกินความจำเป็นดังนั้นกฎหมายอาญาจึงไม่เพียงแต่จะมุ่งจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น แต่กฎหมายอาญาจะต้องใช้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย

2) ภารกิจในการปราบปรามและในการป้องกันการกระทำความผิด เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นก็จะต้องใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น ซึ่งในการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดนั้นยังเป็นการป้องกันมิให้ความผิดนั้นเกิดขึ้นในอนาคตอีกด้วย การลงโทษหรือการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดจะต้องกระทำเพื่อให้เกิดความรู้สึกทั้งต่อผู้กระทำความผิดและบุคคลทั่วไป ก็จะต้องทำให้ผู้กระทำความผิดเห็นว่าสังคมไม่ยอมรับการกระทำของเขา และต้องทำเพื่อเตือนบุคคลทั่วไปว่าถ้ามีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นจะต้อง

3) ภารกิจในการคุ้มครองคุณธรรมในทางกฎหมาย สิ่งที่หล่อหลอมให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปโดยปกติสุขเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง เป็นสิ่งที่ไม่อาจสัมผัสได้โดยใช้ประสาทสัมผัส แต่เป็นสิ่งที่เป็น “คุณค่า” (Wert หรือ Value) และเป็นคุณค่าที่จำเป็นที่เป็นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิ เป็นต้น ซึ่งคุณค่าพื้นฐานเหล่านี้ไม่เพียงแต่ได้รับการรับรองและคุ้มครองในทางแพ่งเท่านั้น (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420) ในทางอาญาก็มีการรับรองและคุ้มครองชีวิตมนุษย์ ปลอดภัย

²⁶ คณิต ฒ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24, น.31.

ของร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดด้วย โดยการบัญญัติความผิดต่อชีวิต ความผิดต่อร่างกาย ความผิดต่อเสรีภาพความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ โดยการรับเอาคุณค่าเหล่านี้เข้าไปใน กรอบแห่งการคุ้มครองของกฎหมาย ทำให้ชีวิตมนุษย์ ความปลอดภัยของร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดนั้นกลายเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย (rechtsgut หรือ legal interest)

บทบัญญัติของกฎหมายอาญาของความผิดฐานต่าง ๆ เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเพื่อ คุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันใดอันหนึ่งหรือหลายอัน กฎหมายอาญาจึงมีภารกิจที่จะต้อง คุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายไม่ให้เป็นอันตรายหรือไม่ให้ถูกคุกคามให้ตกอยู่ในอันตราย แต่ อย่างไม่รู้ก็ตามปัญหาที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวกับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมนั้นมีอยู่มากมาย ซึ่งจะใช้ กฎหมายอาญาเข้าจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นทุกปัญหานั้นเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้อง เพราะปัญหาบาง ปัญหาเป็นปัญหาที่เล็กน้อยไม่สมควรหรือไม่มีความจำเป็นที่ต้องใช้กฎหมายอาญาลงโทษ หรือไม่ จำเป็นต้องใช้กฎหมายอาญาเข้าจัดการกับปัญหาเหล่านั้น กล่าวคือ กฎหมายอาญาควรจำกัดอยู่แค่ การคุ้มครองคุณค่าพื้นฐานของระเบียบทางสังคมเท่านั้น เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด²⁷

2.2.3 วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ 5 ประการ คือ²⁸

1) การแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation) คือ กฎหมายอาญาควรใช้บังคับโดยมีความมุ่งหมาย ในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด ถ้าสังคมนำกฎหมายอาญาไปใช้เพื่อปรับปรุงความประพฤติ ของผู้กระทำความผิดก็จะทำให้บุคคลนั้นสามารถกลับตัวเป็นพลเมืองดีที่เคารพกฎหมายได้

2) การเหนี่ยวรั้ง (Restraint) คือ กฎหมายอาญามีความมุ่งหมายที่จะเหนี่ยวรั้งบุคคลมิให้ ผ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งวัตถุประสงค์ในข้อนี้ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด และ ไม่จำเป็นที่จะต้องลงโทษผู้กระทำความผิด แต่มีความมุ่งหมายที่จะควบคุมผู้กระทำความผิด มากกว่า

3) การข่มขู่ หรือยับยั้ง (Deterrence) เหตุผลที่สำคัญที่สุดในการบังคับใช้กฎหมายอาญา ก็คือ การใช้กฎหมายอาญาเพื่อยับยั้งไม่ให้บุคคลอื่นเอาเยี่ยงอย่างโดยการกระทำความผิด เช่นเดียวกับผู้ที่ถูกลงโทษ

²⁷ เห่งอ้าง, น.31.

²⁸ ประธาน วัฒนวานิชย์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2546), น.51-53.

4) การเป็นสัญลักษณ์ (Symbolism) การบังคับใช้กฎหมายอาญาเป็นการยืนยันสิ่งที่สังคมยอมรับ และสิ่งที่สังคมคัดค้านหรือต่อต้าน บุคคลปกติย่อมทราบว่ากฎหมายเป็นสัญลักษณ์ของสังคมและทราบว่า จะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษหากฝ่าฝืนกฎหมาย

5) การแก้แค้นทดแทน (Retribution) ปัจจุบันวัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องนี้ได้รับการสนับสนุนจากการศึกษาวิจัยและนักวิชาการน้อยมาก เพราะเห็นว่าไม่ได้ผลในทางปฏิบัติ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายอาญาก็ยังมีความมุ่งหมายในเรื่องการแก้แค้นทดแทนอยู่เพราะความต้องการแก้แค้นนั้นเป็นเรื่องสามัญสำนึกโดยทั่ว ๆ ไป หรือโดยปกติในเรื่องของความเป็นธรรม

2.2.4 แนวคิดเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกาย

คำว่า “ทำร้าย” หมายความว่า ทำให้บาดเจ็บหรือเสียหาย ส่วนคำว่า “ทำร้าย ร่างกาย” หมายความว่า เป็นฐานความผิดอาญาที่ผู้กระทำความผิดทำร้ายผู้อื่นจน เป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้ผู้นั้น²⁹

เมื่อเทียบเคียงกับคำในภาษาอังกฤษแล้ว คำว่า “ทำร้ายร่างกาย” ได้เป็น คำว่า “Bodily harm” มีการอธิบายความหมายของการทำร้ายร่างกายในทางกฎหมายอาญาไว้ว่า บาดแผลทางกาย ความเจ็บป่วยหรือการสูญเสียสมรรถภาพทางกาย³⁰

ผลของการทำร้ายร่างกายมักจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้เสียหาย เป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาเช่นเดียวกัน ตามที่ปรากฏในกฎหมายอาญามีทั้งอันตรายและอันตรายสาหัส เพื่อการนี้จึงต้องทราบความหมายให้เข้าใจไปในทางเดียวกัน

คำว่า “อันตราย” หมายความว่า เหตุที่อาจทำให้ถึงแก่ความตายหรือพินาศ และ คำว่า “สาหัส” หมายความว่า ร้ายแรง เช่น บาดเจ็บสาหัส, รุนแรงเกินควร เช่น ถูกลงโทษอย่าง สาหัส

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ได้วางหลักเรื่องการทำร้ายร่างกาย แต่ไม่ได้มีการอธิบายถึงความหมายของอันตรายต่อร่างกายและจิตใจอย่างชัดเจน เพื่อที่จะทราบความหมายของอันตรายนอกจากจะต้องพิจารณาจากมาตรา 295 แล้วยังต้องพิจารณาควบคู่ไปกับมาตรา 391 เพราะมาตรา 391 วางหลักความผิดฐานทำร้ายร่างกายที่ไม่เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ส่วนมาตรา 295 เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจ

แม้บทบัญญัติมาตรา 295 จะใช้คำว่า “ทำร้าย” แต่มาตรา 391 เป็นคำว่า “ใช้กำลังทำร้าย” ก็ตามความหมายของทั้งสองคำนี้ก็ไปในทางเดียวกัน การใช้กำลังทำร้ายจะแสดงออกถึงการใช้กำลังกายโดยแท้ไม่มีสิ่งอื่นภายนอกกายเป็นเครื่องมือ เช่น ตะ ธิบ แต่แท้ที่จริงก็เป็นการทำ

²⁹ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, “ทำร้ายร่างกาย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 26 มีนาคม 2565, จาก <http://www.royin.go.th/dictionary/>

³⁰ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 9 ed. (Minnesota Thomson Reuters, 2009), p. 784.

ร้าย³¹ เพราะมีการใช้กำลังกายเช่นเดียวกัน ในความหมายของความผิดต่อร่างกาย “ทำร้าย” เป็นการทำให้สภาพของร่างกายของผู้ถูกระทำเลวลง ฉะนั้นการทำให้สภาพร่างกายดีขึ้น เช่น การบำบัดรักษาของแพทย์ที่ได้กระทำโดยผู้ป่วยยินยอมจึงไม่ใช่การทำร้ายในความหมายนี้³² คำว่า “ทำร้ายผู้อื่น” หมายความว่า การกระทำต่อร่างกายหรือจิตใจของผู้อื่นในทางให้เจ็บหรือแตกหักเสียหาย โดยจะมีอาวุธหรือไม่ก็ตาม และไม่ว่าจะกระทำโดยถูกต้องเนื้อตัวของผู้เสียหายหรือไม่ก็ตาม³³ การทำร้ายนั้นอาจเป็นการกระทำไม่ว่าจะเป็นการทำมิชอบต่อกาย คือ การทำมิชอบทั้งปวงต่อกายโดยจะเกิดความเจ็บปวดหรือไม่ก็ตาม เช่น การตัดผมหรือการโกนหนวดของผู้อื่นโดยมิชอบ ซึ่งแตกต่างจากการเอามือลูบศีรษะผู้อื่นอันเป็นเพียงการปฏิบัติมิชอบต่อบุคคลเท่านั้น หรือการทำให้เสียสุขภาพอนามัย คือ การก่อหรือเร่งสภาวะอันผิดปกติทางกายหรือจิตใจแม้จะเป็นเพียงชั่วคราว เช่น ทำให้หมดสติหรือมีเนื้องอกจนถึงการนำเชื้อโรคมายังผู้อื่นก็ได้³⁴

เมื่อพิจารณาถึงถ้อยคำของมาตรา 391 ที่ว่า “โดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ” หมายความว่า การใช้กำลังร้ายผู้อื่นนั้นจะต้องไม่ถึงขั้นที่ผู้ถูกทำร้ายเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ อาทิ การแตะต้องเนื้อตัวบุคคลโดยไม่มีอำนาจ หรือการใช้กำลังผลึกในการทะเลาะวิวาทกันไม่ว่าจะเป็นการต่อย ตบ ตะ แทะ ขว้างด้วยถ้วยแก้ว การสาธิตเหล่าใส่หน้า³⁵ หรือต่อหน้าผู้อื่นทำให้มีบาดแผลถลอกและซ้ำววมเล็กน้อย การใช้เท้าจะถีบผู้อื่น เป็นคำในตัวเองที่แสดงถึงลักษณะการบาดเจ็บที่ไม่เป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ³⁶ การกระทำของความผิดฐานนี้จึงหนักไปในทางของการทำมิชอบต่อกาย³⁷ เสียมากกว่า

ส่วนมาตรา 295 นอกจากการกระทำจากการทำร้ายยังระบุถึงอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ซึ่งเป็นผลมาจากการทำร้าย โดยกายกับจิตใจเป็นคนละส่วนกัน กาย หมายถึง ร่างกายของมนุษย์เนื้อ

³¹ คณิต ฒ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24*, น.120.

³² *เพิ่งอ้าง*, น.125.

³³ หยุต แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 2-3*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.203.

³⁴ คณิต ฒ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24*, น.121.

³⁵ คำพิพากษาฎีกา 9244/2553

³⁶ ศักดิ์สิทธิ์ พันธุ์ข้าวเหนียว, *ขอบเขตของความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่จิตใจ*, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต, 2561), น.3.

³⁷ คณิต ฒ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคความผิด*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), น.121.

หนังสือสาวยยะทุกส่วนทุกชิ้นภายในร่างกายของมนุษย์“อันตรายแก่กาย” หมายความว่า การทำให้ร่างกายเกิดการบาดเจ็บแตกหักเสียหายแก่ร่างกาย³⁸ การเกิดพยาธิแก่กาย³⁹ เช่น บาดแผลฟกช้ำ จิตใจ หมายความว่า ความรู้สึกนึกคิด เซวณปัญญา ความสำนึก ความมีสติและความคิดก็เป็นองค์ประกอบของจิตใจที่สามารถกำกับและควบคุมได้อย่างชัดเจน จิตใจจะมีความสัมพันธ์กับร่างกาย โดยเมื่อใดที่ร่างกายเกิดภาวะความตึงเครียด จะทำให้ระบบประสาทอัตโนมัติซิมพาเทติกทำงานมากขึ้น และส่งผลให้เกิดความดันโลหิตสูง หัวใจเต้นเร็วเลือดก็จะไหลเวียนมาเลี้ยงผิวหนังลดลง ระบบประสาทที่สมองสั่งงานว่าเป็นความรู้สึกเจ็บปวดและไม่สามารถมองเห็นและสัมผัสได้⁴⁰ “อันตรายแก่จิตใจ” หมายความว่า การมีอาการผิดปกติทางจิตใจ เช่น ทำให้ประสาทเสีย จิตตั่นตงใจ⁴¹ มีอาการทางจิตประสาทแสดงความรู้สึกโศกเศร้าเสียใจ กระวนกระวาย เหม่อลอย และซึมเศร้าจนกินไม่ได้นอนไม่หลับ เป็นต้น⁴² แต่ความรู้สึกว่าถูกเหยียดหยาม เจ็บใจ แค้นใจ เป็นอารมณ์ทำให้อันตรายแก่จิตใจไม่⁴³

มาตรา 295 และมาตรา 391 นอกจากจะมีถ้อยคำ “ทำร้ายร่างกาย” ยังมีคำว่า “อันตราย” ที่ปรากฏในบทบัญญัติทั้งสองมาตราที่กล่าวมาข้างต้น สำหรับอันตรายที่มีความรุนแรงว่าระดับของอันตรายแก่กายหรือจิตใจเป็นผลมาจากการทำร้ายร่างกายมีปรากฏตามมาตรา 297 ที่ได้วางหลักเรื่องอันตรายสาหัสอันเป็นการให้ความหมายและระบุถึงประเภทของอันตรายสาหัสไว้ด้วยกัน 8 ประเภท ดังต่อไปนี้

1. ตาบอด หมายความว่า ดวงตาไม่อาจรับภาพได้เลย ตาที่มองไม่เห็น ไม่รวมถึงตาพร่าตามัว แม้จะเป็นเพียงข้างเดียวก็ถือว่าตาบอด โดยต้องเป็นการสูญเสียการมองเห็นอย่างถาวรหูหนวก หมายความว่า หูที่ไม่สามารถฟังเสียงได้ตลอดไป หูไม่ได้ยิน แม้จะฟังไม่ได้ข้างเดียวก็เป็นหูหนวก แต่ไม่รวมถึงการได้ยินเสียงเบาลง ลึนขาด หมายความว่า การที่ส่วนใดส่วนหนึ่งของลิ้นขาดหายไป หรือ ขาดหายไปทั้งลิ้น ความขาดหายจะมากน้อยเพียงใดไม่สำคัญ เสียฆานประสาท หมายความว่า เสียความสามารถในการดมกลิ่น ซึ่งต้องเป็นการเสียโดยสิ้นเชิงทำนองเดียวกับตาบอด หูหนวก

³⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: วิญญชน, 2559), น.250.

³⁹ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 37, น.127.

⁴⁰ ศักดิ์สิทธิ์ พันธุ์ข้าวเหนียว, ขอบเขตของความคิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่จิตใจ, (ม.ป.ท.: ม.ป.พ.), น.3.

⁴¹ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 37, น.127.

⁴² ศักดิ์สิทธิ์ พันธุ์ข้าวเหนียว, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 40, น.3.

⁴³ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 37, น.127.

2. เสียอวัยวะสืบพันธุ์ หมายถึง เสียอวัยวะที่ใช้ในการสืบพันธุ์ไม่ว่าของชายหรือหญิง ทั้งอวัยวะภายนอกและภายใน รวมถึงการที่ไม่ถึงกับเสียไปทั้งหมด แต่ที่มีอยู่นั้นไม่สามารถใช้การไม่ได้ เช่น ทำให้หมัดลูกเสียไปแพทย์ต้องตัดออก ก็ถือว่าเสียอวัยวะสืบพันธุ์หากเป็นการที่แพทย์ทำให้ไม่เกิดบุตรเจ้าตัวอนุญาตถือว่าไม่ผิด เป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณี หรือเสียความสามารถในการสืบพันธุ์ หมายถึง ทำให้ชายหญิงไม่สามารถสืบพันธุ์ได้ แม้อวัยวะสืบพันธุ์จะยังคงอยู่หรือจะยังสามารถร่วมประเวณีได้ก็ตาม การทำหมันในชายหรือหญิงก็เป็นการทำให้เสียความสามารถในการสืบพันธุ์

3. เสียแขน ขา มือ เท้า นิ้วหรืออวัยวะอื่นใดเสีย หมายถึง ใช้การไม่ได้เหมือนเดิม ไม่ได้หมายความว่าเฉพาะขาดหายไปเท่านั้น แต่หมายความถึงทำให้ใช้อย่างอวัยวะนั้น ๆ ไม่ได้ด้วย เช่น แขนหรือขาเป็นอัมพาต ไม่ได้หมายความว่าต้องถึงกับขาดไปทั้งแขนหรือขาอวัยวะอื่นใด หมายถึง อวัยวะอื่นที่มีความสำคัญเทียบเท่าแขน ขา มือ เท้า นิ้ว แล้วยอมทำให้ผู้ได้รับอันตรายกลายเป็นคนพิการ และรวมถึงอวัยวะภายในด้วย แต่ไม่รวมถึงอวัยวะที่แยกออกจากร่างกายได้โดยไม่เป็นอันตราย เช่น ผม ฟัน หนัง เล็บ เลือด

4. หน้าเสียโฉมอย่างคิดตัว หมายถึง การเสียความงามบนใบหน้าจนน่าเกลียดอย่างคิดตัว กล่าวคือ มีความเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญของรูปพรรณของใบหน้าเมื่อมองจากภายนอก⁴⁴ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกิดจากบาดแผลหรือรอยแผลเป็น⁴⁵ ใช้ความรู้สึกของคนธรรมดาามาพิจารณาถ้าเป็นเพียงแผลเป็นที่หน้า แต่ไม่ต้องถึงกับเปลี่ยนรูปหรือผิดรูปไป เช่น ปากแหว่ง จมูกวิน

5. แท้งลูก หมายถึง ทำให้ทารกที่อยู่ในครรภ์ตายก่อนที่จะคลอดออกมา หากคลอดออกมาอย่างมีชีวิต แม้มีชีวิตอยู่เพียงไม่นานก็ตาย ไม่ถือว่าแท้งลูก และรวมถึงการทำให้หญิงคลอดก่อนกำหนดในลักษณะที่ทารกที่ออกจากครรภ์ก่อนกำหนดนั้น ไม่อาจมีชีวิตรอดได้ด้วย⁴⁶

6. จิตพิการอย่างคิดตัว หมายถึง การสั่งการของสมองผิดปกติมีลักษณะเป็นการถาวรในลักษณะนี้แสดงว่าไม่อาจหายได้ ไม่ได้หมายความว่าต้องคิดตัวไปตลอดชีวิต

7. ทูพพลภาพ หรือป่วยเจ็บเรื้อรังซึ่งอาจถึงตลอดชีวิตทูพพลภาพ หมายถึง ความพิการและคำว่า ป่วยเจ็บเรื้อรังซึ่งอาจถึงตลอดชีวิต เป็นคำขยายความพิการอันมีลักษณะของความพิการในระยะยาวที่กระทบต่อคุณภาพชีวิตอย่างชัดเจนเนื่องจากในบางกรณีความพิการสามารถรักษาให้หายขาดได้ เช่น การพูดไม่ได้⁴⁷

⁴⁴ คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 37*, น.136.

⁴⁵ *เพ็ญอ้าง*, น.136.

⁴⁶ *เพ็ญอ้าง*, น.136.

⁴⁷ *เพ็ญอ้าง*, น.137

8. ทูพพลภาพ หรือป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่ายี่สิบวัน หรือจนประกอบกรณีกิจตามปกติไม่ได้เกินกว่ายี่สิบวัน ทูพพลภาพ หมายถึง ความพิการชั่วคราวระยะเวลา ส่วนป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่ายี่สิบวัน หรือจนประกอบกรณีกิจตามปกติไม่ได้เกินกว่ายี่สิบวันเป็นคำอธิบายคำว่าทูพพลภาพ กฎหมายกำหนดให้ดูอาชีพปัจจุบันของผู้ถูกระทำร้าย กฎหมายไม่ได้คำนึงถึงผลร้ายแรง เนื่องจากบาดแผลลักษณะเดียวกันความสาหัสขึ้นอยู่กับแต่ละอาชีพปกติของผู้ถูกระทำร้าย

2.2.5 แนวคิดในการกำหนดความผิดทางอาญา

หลักประกันในกฎหมายอาญา ที่เรียกว่า“หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” ภาษาลาตินเรียกหลักกฎหมายอาญานี้ว่า “Nullum crimen, nulla poena sine lege”⁴⁸ โดย 3⁴⁹ ประการดังนี้ ประการแรก การลงโทษต้องมีกฎหมาย ประการที่สอง การลงโทษต้องขึ้นกับการมีอยู่ของการกระทำ และประการที่สาม โทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ดังนั้นหลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย จึงเป็นประกันที่สำคัญในกฎหมายอาญาของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law system) ที่ยืนยันว่า รัฐจะลงโทษบุคคลโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะกระทำความผิดนั้นไม่ได้⁵⁰ ซึ่งถือว่าเป็นหลักได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องโดยเป็นหลักกฎหมายอาญาที่พัฒนามาจาก “หลักนิติรัฐ” (Legal State) ซึ่งเป็นแนวคิดทางการเมืองที่ต้องการจำกัดอำนาจรัฐ

“หลักนิติรัฐ” (Legal State) นี้เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า “Rechtsstaat” โดยหลักนิติรัฐ⁵¹ มีต้นกำเนิดมาจากประเทศเยอรมนีซึ่งพัฒนามาจากกฎหมายโรมัน กล่าวคือ ในการปกครองประเทศ รัฐถือกฎหมายเป็นใหญ่ ต่อมานักกฎหมายอาญาเยอรมัน คือ Anselm von Feuerbach จึงได้กำหนดเรื่อง “หลักประกันในกฎหมายอาญา” โดยอธิบายถึงเนื้อหาของหลักประกันในกฎหมายอาญามีหลักสำคัญ โดย 3 ประการ⁵² ดังนี้ (1) การลงโทษต้องมีกฎหมาย (2) การลงโทษต้องขึ้นกับการมีอยู่ของการกระทำ (3) โทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ใน

⁴⁸ ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), น. 34.

⁴⁹ คณิต ฌ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น.85.

⁵⁰ อัจฉริยา ชูตินันท์, “การกำหนดเหตุกรรจ์เกี่ยวกับการกระทำที่ใช้วิธีการที่ร้ายแรงและเป็นอันตรายกว่าทำร้ายร่างกายผู้อื่นกรณีธรรมดาให้ต้องระวางโทษหนักขึ้น,” *วารสารสุทธิปริทัศน์*, ฉบับที่ 1, ปีที่ 35, น. 5 (มกราคม-มีนาคม 2564).

⁵¹ หลักของ “หลักนิติรัฐ” ภาษาเยอรมัน เรียกว่า Rechtsstaat หรือภาษาอังกฤษ เรียกว่า Legal State “หลักนิติรัฐ (Legal State) กับ “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) จะพบว่า ทั้งสองหลักการมีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมนีเป็นต้นกำเนิดของหลักนิติรัฐ และประเทศอังกฤษต้นกำเนิดหลักนิติธรรม.

⁵² คณิต ฌ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 49*, น. 87.

กฎหมาย หลักประกันในกฎหมายอาญานี้จึงถือว่าเป็น “หลักรัฐธรรมนูญ” ด้วย หนึ่ง เนื้อหาของหลักประกันในกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ในมาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” จากบทบัญญัติมาตรา 2 แสดงให้เห็นว่า “กฎหมายอาญาต้องเกิดจากการบัญญัติ” เท่านั้น ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงหลักสำคัญอยู่ 2 ประการ ดังนี้ (1) กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่สามารถกำหนดให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นความผิด (*nullum crimen sine lege*) (2) กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่ง โดยเฉพาะ (*nulla poena sine lege*) ซึ่งหลักการทั้งสองประการต้องมีอยู่ก่อนการกระทำนั้น และเมื่อการลงโทษเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดที่รัฐใช้กับประชาชนในรัฐ รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ คือ การบัญญัติกฎหมายอาญารัฐจึงต้องยึดหลัก “ความชัดเจนแน่นอน” ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองและเกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชน ผู้เขียนจะกล่าวถึงหลักประกันในกฎหมายอาญาว่าประกอบด้วยหลักสำคัญ 4 ประการ ดังนี้

1) หลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติโดยพิจารณาจากบทบัญญัติ มาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 2 ใช้คำว่า “บัญญัติ” แสดงให้เห็นว่า กฎหมายอาญาต้องเป็น “กฎหมายเกิดจากการบัญญัติ” ดังนั้น “กฎหมายจารีตประเพณี” ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกันนั้น จึงเกิดจากการปฏิบัติแต่ไม่ได้เกิดจากการบัญญัติ กฎหมายจารีตประเพณีจึงนำมาใช้ในกฎหมายอาญาไม่ได้ หมายความว่ากฎหมายจารีตประเพณีจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาไม่ได้ หรือนำกฎหมายจารีตประเพณีมาเพิ่มโทษทางอาญาก็ไม่ได้ (*nullum poena sine lege scripta*) หลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา คือ กฎหมายอาญาต้องเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติจึงเป็นหลักประกันที่สำคัญและมีความหนักแน่นกว่ากฎหมายอื่น โดยเฉพาะกฎหมายแพ่งเพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรค 2 บัญญัติให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายแพ่งได้เมื่อไม่มีกฎหมายใดที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้น ในกฎหมายแพ่งนั้นกฎหมายจารีตประเพณีจึงถือว่าเป็นที่มาของกฎหมายแพ่งอย่างหนึ่งด้วย ดังนั้น กฎหมายอาญานั้นต้องเป็น

กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้น ซึ่งแสดงให้เห็นถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญาทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 2 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายอาญา

2) หลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติแสดงให้เห็นจากบทบัญญัติมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่ว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้...” ดังนั้น เมื่อกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ การบัญญัติกฎหมายอาญาจึงต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน ที่สุดเป็นไปตาม “หลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา” (nullum crimen sine lege certa)

3) หลักการห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล เป็นหลักกฎหมายอาญาที่ห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกินเลยขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากการตีความกฎหมาย การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคลมีความเกี่ยวข้องกับตีความกฎหมายอาญาอย่างใกล้ชิด หมายถึง ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 กฎหมายห้ามใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งกำหนด หรือขยายบทกฎหมายอาญาที่มีอยู่แล้วในทางที่เป็นโทษ รวมตลอดถึงห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางเพิ่มโทษทางอาญา คือ หากกรณีใดที่มีกฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแล้ว ในกรณีนั้นก็ควรใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณเสมอ

4) หลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในมาตรา 2 วรรคหนึ่งที่ว่า “กฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิด” แสดงให้เห็นชัดถึงข้อห้ามย้อนหลังของกฎหมายอาญา หลักประกันข้อนี้แสดงให้เห็นถึง “หลักนิติรัฐ” “การห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง” หมายความว่า ถ้าบุคคลได้กระทำการอย่างใดลงและในขณะกระทำนั้นการกระทำนั้นไม่มีโทษทางอาญาแล้ว ย่อมไม่อาจจะบัญญัติให้ย้อนหลังว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ต้องรับโทษในทางอาญาได้โดยเด็ดขาด หลักกฎหมายที่ว่ากฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง ไม่รวมถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยศาลฎีกาเคยกล่าวตรงกันว่า “หลักกฎหมายที่ว่ากฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง ไม่ใช่ในกรณีที่เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ”

2.2.6 แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษ

เมื่อมีการกระทำความผิดที่ก่อให้เกิดความไม่สงบขึ้นภายในสังคม เพื่อมิให้เกิดเหตุการณ์อันอาจสร้างความหวาดระแวงและเป็นการรักษาสวัสดิภาพของประชาชน สังคมจะต้องมีมาตรการหรือการจัดการต่อผู้กระทำความผิด อันจะเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้คนในสังคมไม่ยอมรับต่อการกระทำนั้น โดยการกำหนดบทลงโทษอันมีวิวัฒนาการผันแปรไปตามแต่ละยุคสมัยประกอบกับสถานการณ์ในขณะนั้น เรื่องความเชื่อของสังคมเกี่ยวกับสาเหตุของการกระทำความผิดและเหตุผลที่จะต้องจัดการหรือปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดขึ้นอยู่กับแต่ละสมัยซึ่งจะมีวิธีการที่แตกต่าง

กันออกไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษ นับแต่อดีตจนถึงปัจจุบันปรากฏทฤษฎีการลงโทษอยู่ 4 ทฤษฎี คือ 1.ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน 2.ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ ยับยั้ง 3.ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการตัดความสามารถในการกระทำความผิด 4.ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) ทฤษฎีนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากระบบการเมืองการปกครอง ศาสนา และระบบสังคมในสมัยอดีตที่ผู้มีอำนาจปกครองจะใช้วิธีการลงโทษเพื่อการตอบแทนผู้กระทำความผิดให้ได้รับโทษ⁵³ เริ่มต้นมาตั้งแต่ในสมัยโบราณซึ่งปรากฏให้เห็นจากหลัก “ตาต่อตาและฟันต่อฟัน” (an eye for an eye and a tooth for a tooth) ภายใต้หลักนี้บุคคลผู้กระทำความผิดหรือฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของสังคมจะต้องได้รับการปฏิบัติในทำนองเดียวกันกับที่บุคคลนั้นได้กระทำต่อผู้เคราะห์ร้าย ทั้งนี้เนื่องจากสัญชาตญาณแห่งการแก้แค้นของมนุษย์และสัตว์ซึ่งมีมาแต่ครั้งดึกดำบรรพ์ประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่งมาจากความคิดที่ว่าจะเป็นการไม่ยุติธรรมเลยหากว่าผู้กระทำความผิดจะไม่ได้รับผลร้ายอันเนื่องมาจากการที่ตนกระทำความผิดนั้น โดยรูปแบบการลงโทษนั้นมีการใช้วิธีการที่รุนแรง เช่น การประหารชีวิต การลงทัณฑ์หรือการทรมานด้วยรูปแบบต่าง ๆ เป็นต้น⁵⁴ ผู้ใดกระทำความผิดจึงต้องรับผลแห่งการกระทำความเสียหายต่อบุคคลอื่น อีกทั้งการลงโทษให้เจ็บทรมานเพื่อทดแทนความเสียหายให้สาสมกับการกระทำนั้น ซึ่งการแก้แค้นทดแทน (retribution) เป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษดั้งเดิมที่เกิดขึ้นในสมัยที่ยังไม่มีระบบรัฐที่ทันสมัย กฎหมาย Lex Talionis หรือ Talion Law ได้จัดระเบียบการแก้แค้นให้ได้สัดส่วน โดยกำหนดว่า “อาชญากรควรได้รับการลงโทษเสมอกับการบาดเจ็บและความเสียหายที่อาชญากรก่อขึ้นให้กับผู้เสียหาย” กฎเกณฑ์ดังกล่าวต่อมาถูกเรียกว่าเป็น “กฎตาต่อตา” (an eye for an eye principle) ซึ่งความเข้าใจในปัจจุบันอาจมองว่าเป็นกฎแห่งการตอบโต้ที่รุนแรง แต่แท้จริงแล้วกฎเกณฑ์นี้เป็นที่มาแห่งหลักได้สัดส่วน (proportionality principle) ที่ยังปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายในปัจจุบัน และทำให้การแก้แค้นไม่เกินไปกว่าความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ⁵⁵

วัตถุประสงค์ จะเน้นการลงโทษสาสมกับการกระทำความผิด รูปแบบการลงโทษจึงมีลักษณะรุนแรง ป่าเถื่อน เช่น การเข็ญ การแขวนคอ การทรมาน การประหารชีวิต เป็นต้น มีการตอบโต้ลักษณะเดียวกับสิ่งที่ผู้เสียหายได้รับ

⁵³ ฉวีรัฐวัฒน์ สุทธิโชชิน, ทฤษฎีการลงโทษ กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราชา, 2557), น.12.

⁵⁴ สมพงษ์ เตชะสมุทรณ์, มาตรการเสริมแทนโทษปรับในคดีอุทธรณ์ (หลักสูตร วปอ. รุ่นที่ 60, การเมือง วิทยาลัยป้องกันอาญาจักร, 2561), น.7.

⁵⁵ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), น.203.

หลักการ ถ้าการกระทำมีความผิดร้ายแรงเพียงใด โทษที่ผู้กระทำผิดจะได้รับก็จะรุนแรงเช่นกัน เป็นการลงโทษที่มีวัตถุประสงค์สอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชน โดยทั่วไปที่ต้องการจะเห็นคนที่ทำร้ายผู้อื่นได้รับผลร้ายเช่นกัน อันเป็นลักษณะเดียวกับการกระทำต่อตน

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) ตั้งอยู่บนพื้นฐานความเชื่อที่ว่า การกระทำผิดที่เกิดขึ้นในสังคม เมื่อเกิดขึ้นแล้วไม่สามารถที่จะย้อนเวลากลับไปไม่ให้เกิดการกระทำนั้นเกิดขึ้นอีกได้ ดังนั้น เมื่อเกิดการกระทำผิดขึ้น จึงควรหาทางที่จะป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดลักษณะนั้นเกิดขึ้นซ้ำอีกแทนที่จะแก้แค้นผู้กระทำผิด⁶⁶ นอกจากนั้นการป้องกันไม่ให้เกิดอาชญากรรมขึ้นก็ช่วยปกป้องผู้คนในสังคมได้ดีกว่าการแก้ไขในภายหลัง โดยทฤษฎีนี้เป็นไปตามแนวคิดของซีซาร์ ลอมโบรโซจากการศึกษาหาทางป้องกันสังคมผ่านลักษณะของผู้กระทำผิด หากทราบว่าผู้นั้นมีลักษณะอย่างไร ก็สามารถที่จะหาทางป้องกันได้โดยใช้วิธีการที่เหมาะสมต่อบุคคลประเภทนั้น ๆ ไม่ให้กระทำอันตรายต่อสังคมได้ การลงโทษสามารถข่มขู่และยับยั้งตัวผู้กระทำผิดที่ได้รับโทษและบุคคลอื่นที่เห็นตัวอย่างทำให้เกิดความเกรงกลัวโทษจนไม่กล้ากระทำความผิดขึ้นอีก เป็นการป้องกันอาชญากรรมผ่านวิธีการลงโทษที่รุนแรงเพื่อระงับมิให้เกิดการกระทำผิดขึ้นและเป็นการปลูกฝังศีลธรรมให้แก่บุคคลในสังคมไปพร้อม ๆ กัน

วัตถุประสงค์ เพื่อยับยั้งตัวผู้กระทำผิดที่ถูกลงโทษไม่ให้กระทำผิดซ้ำอีกเพราะเกิดความเกรงกลัวในโทษที่ได้รับ อันเป็นผลให้ตัดโอกาสที่จะกระทำความผิดขึ้นอีกซึ่งสามารถระงับอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคตเรียกว่าการป้องกันโดยเฉพาะและการป้องกันโดยทั่วไป เพื่อยับยั้งบุคคลอื่นมิให้กระทำความผิดริเริ่มที่จะกระทำความผิด เนื่องจากได้เห็นผลร้ายของการกระทำผิดและการได้รับโทษจนไม่อยากกระทำผิดเพราะเกรงกลัวในโทษ และเป็นการลงโทษเพื่อสร้างประโยชน์สังคม (social benefits) เพราะการลงโทษใดสามารถยับยั้งผู้กระทำผิดมิให้กลับไปทำผิดอีกได้ และยับยั้งมิให้ผู้อื่นเลียนแบบการกระทำผิดได้ การลงโทษนั้นจะเกิดประโยชน์สอดคล้องกับแนวคิด อรรถประโยชน์นิยม (utilitarianism)⁶⁷

หลักการ การลงโทษต้องทำด้วยความรวดเร็ว ความแน่นอนในการลงโทษและความเคร่งครัดหรือความรุนแรงในการลงโทษ

⁶⁶ ฌ็องว์ฌันน์ สุกทโยธิน, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 53*, น.20.

⁶⁷ ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 55*, น.204.

ข้อดี เหมาะสำหรับความผิดที่กฎหมายบัญญัติขึ้น เนื่องจากผู้กระทำความผิดมีเวลาไตร่ตรองมาก สามารถทบทวนสัดส่วนความผิดที่ตนจะกระทำลงกับบทลงโทษ ซึ่งจะสามารถช่วยป้องกันอันตรายที่เกิดต่อสังคมได้ทั้งในปัจจุบันและอนาคต

ข้อเสีย ไม่สามารถนำไปใช้กับความผิดที่กระทำโดยประมาทได้ เพราะผู้กระทำไม่ได้คาดคิดมาก่อนว่าจะเกิดเหตุเช่นนั้น เมื่อนำไปใช้กับความผิดฐานประมาทจึงอาจไม่ได้ผล

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการตัดความสามารถในการกระทำความผิด

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการตัดความสามารถในการกระทำความผิด (Incapacitation Theory) แม้จะมีวัตถุประสงค์ที่มีความคล้ายคลึงกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งในแง่ที่ว่าปรารถนาจะไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับมากระทำความผิด แต่ต่างกันที่วัตถุประสงค์เพื่อการข่มขู่หรือยับยั้งมุ่งให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดขึ้นอีก⁵⁸ ไม่ใช่สมรรถใจด้วยตัวเองที่จะไม่กระทำความผิดขึ้นอีก

วัตถุประสงค์ เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษมีโอกาสกระทำความผิดซ้ำอีก โดยมุ่งอบรมให้ผู้กระทำความผิดไม่กระทำความผิดอีกโดยสมรรถใจและปรับปรุงแก้ไขให้ตัวเขาสามารถงดเว้นการกระทำความผิดได้

หลักการ การลงโทษมักจะมุ่งไปทางข่มขู่มากกว่ามุ่งไปในการตัดโอกาสอย่างแท้จริง ไม่ได้ตั้งไว้โดยประสงค์จะตัดผู้กระทำความผิดไม่ให้มีโอกาสกระทำความผิดขึ้นอีกโดยแท้จริง

ข้อดี เป็นการกำจัดผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคมเพื่อเป็นการคุ้มครองสังคม เช่นโทษจำคุก ผู้กระทำความผิดข่มขู่ไม่สามารถจะออกไปก่ออาชญากรรมหรือความเดือดร้อนให้แก่สังคมได้อีก อย่างน้อยชั่วคราวในระหว่างถูกจำคุก นอกจากนี้การจำคุกเป็นระยะเวลาอันนานเป็นมาตรการป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสอยู่ร่วมกับคู่สมรสอันอาจก่อให้เกิดผู้สืบสันดานได้⁵⁹

ข้อเสีย การเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดหลายครั้งไม่เจ็ดหลายก็อาจจะมุ่งไปในทางข่มขู่ไว้ว่าถ้ากระทำความผิดขึ้นอีกจะถูกควบคุมตัวไว้นาน การที่ได้ผลเป็นการทำให้ผู้นั้นไม่มีโอกาสกระทำความผิดไปอีกนานจะเป็นเพียงผลพลอยได้เท่านั้นและไม่เหมาะสมกับการนำไปใช้กับโทษปรับ เมื่อผู้กระทำความผิดชำระเงินค่าปรับแล้วก็พ้นโทษในทันที ส่วนกรณีที่ต้องโทษปรับเป็นผู้มีฐานะยากจน การลงโทษปรับอาจจะเป็นการตัดโอกาสไม่ให้กระทำความผิดในลักษณะ

⁵⁸ สมหมาย ใจซื่อ, “มาตรการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุมประพฤติ พ.ศ.2559 กับผู้กระทำความผิดเงื่อนไขการคุมประพฤติ: ศึกษาอำนาจหน้าที่ของพนักงานคุมประพฤติในการจับกุม พกพาอาวุธ การตรวจค้นและยึดสิ่งของผิดกฎหมาย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2560), น.14.

⁵⁹ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา ภาค 1: ภาคบทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2534), น.177.

ชั่วคราวเนื่องจากการลงโทษปรับมีมาตรการให้กักขังแทนค่าปรับได้หากปรากฏว่าบุคคลนั้นไม่มีเงินหรือทรัพย์สินที่สามารถยึดมาชำระค่าปรับได้⁶⁰ แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำอาจไม่เจตนาหลบและกลับมาก่อทำความผิดซ้ำได้เพราะไม่ได้มีลักษณะการตัดโอกาสจากสังคมอย่างถาวร

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitative Theory) มีการให้การเรียนรู้ การอบรม การฝึกอาชีพให้เพียงพอที่จะใช้สำหรับการดำเนินชีวิตได้ รวมทั้งการพยายามช่วยให้ผู้กระทำผิดไม่รู้สึกรับผิดชอบต่อจากการที่ได้รับการลงโทษไปแล้ว

วัตถุประสงค์ การลงโทษควรมีเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดให้กลับตัวเป็นคนดี ไม่ให้กลับมาก่อทำความผิดซ้ำ รวมทั้งให้โอกาสผู้กระทำผิดได้ปรับปรุงตัวและกลับคืนสู่สังคมได้ โดยการส่งเสริมการเรียนรู้ การอบรม การฝึกอาชีพ ซึ่งมีความสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนมากที่สุด และหากการฟื้นฟูสำเร็จก็จะได้ประโยชน์จากการลงโทษดังกล่าว เพราะผู้กระทำผิดจะไม่หวนกลับไปทำผิดอีก⁶¹

หลักการ

- 1) หลีกเลียงไม่ให้ผู้กระทำผิดต้องประสบกับสิ่งที่ทำลายคุณลักษณะประจำตัวของเขา โดยให้ใช้วิธีการอื่นแทนการลงโทษจำคุกระยะสั้น
- 2) การลงโทษต้องเหมาะสมกับการกระทำผิดเป็นรายบุคคล
- 3) เมื่อผู้กระทำผิดได้แก้ไขดีดั้งเดิมแล้วให้หยุดการลงโทษ และให้มีการปรับปรุงการลงโทษระหว่างที่มีการคุมขัง

ข้อดี ทรัพยากรด้านแรงงานมนุษย์ถูกนำไปใช้ต่อการพัฒนาประเทศชาติได้ประโยชน์สูงสุด แทนที่จะนำบุคคลเหล่านี้ไปลงโทษที่ก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายจำนวนมหาศาลเทียบกับผลประโยชน์ที่ได้รับจำนวนน้อยกลับคืนมาสู่สังคม

ข้อเสีย ขัดกับความรู้สึกของคนในสังคม และการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดไม่อาจนำมาบังคับใช้ได้กับผู้กระทำผิดทุกประเภท

จากวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำผิดทางอาญาตามที่กล่าวมาทั้งสี่ทฤษฎีการลงโทษ เริ่มต้นที่การลงโทษมีวัตถุประสงค์หลักไปในทางแก้แค้นทดแทน การลงโทษในระยะแรกจึงเป็นการลงโทษอย่างโหดร้ายรุนแรง ในลักษณะที่ผู้กระทำผิดต้องได้รับการลงโทษเช่นเดียวกับการกระทำที่ได้กระทำต่อผู้เสียหายโดยไม่คำนึงถึงปัจจัยด้านอื่นประกอบด้วย ซึ่งก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดีต่อสังคม ต่อมารัฐจึงเข้ามาควบคุมการลงโทษ ไม่ให้ประชาชนแก้

⁶⁰ สมหมาย ใจชื่อ, *อ้าวแล้ว เจริญธรรม* ที่ 58, น.14.

⁶¹ ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้าวแล้ว เจริญธรรม* ที่ 55, น.205.

แก่นกันเอง เพื่อสร้างระเบียบให้กับสังคม ทฤษฎีการลงโทษในยุคถัดมาจึงมุ่งเน้นไปในทางข่มขู่ และเป็นการลงโทษเพื่อตัดโอกาสการกระทำความผิดตามลำดับ โดยการลงโทษเป็นไปเพื่อป้องกันสังคม ผู้กระทำความผิดไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำรวมทั้งผู้ที่กำลังจะกระทำความผิดเกิดความหวาดกลัวต่อบทลงโทษจนยับยั้งการลงมือกระทำความผิด ต่อมาการลงโทษทางอาญาก็ได้มีการพัฒนาโดยได้มองถึงแนวความคิดเพื่อประโยชน์ในอนาคตในด้านการปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟูเพื่อให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับตนเป็นคนดี ทำให้แนวคิดในการลงโทษเริ่มเปลี่ยนแปลงไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดและเป็นการป้องกันสังคมแทน ซึ่งจะทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับเข้าสู่สังคมได้และทำให้คนในสังคมอยู่ร่วมกันได้อย่างปกติสุข ปัจจุบันทั้งสี่ทฤษฎีการลงโทษยังมีปรากฏให้เห็นขึ้นอยู่กับความผิดแต่ละประเภทที่จะนำไปปรับใช้ เพราะแต่ละทฤษฎีต่างก็มีข้อดีข้อเสียอันจะเหมาะสมกับแต่ละฐานความผิดแตกต่างกันออกไป แนวคิดการลงโทษนั้นจึงแปรเปลี่ยนไปตามยุคสมัยและลักษณะของความผิด จากเดิมที่ลงโทษอย่างรุนแรงก็ปรับเปลี่ยนมาข่มขู่เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นเสียก่อน รวมถึงการตัดโอกาสการกระทำความผิดในเชิงป้องกันสังคมอย่างถาวรภายหลังจากการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว มาสู่การค้นหาสาเหตุที่แท้จริงของการก่ออาชญากรรมเพื่อหาแนวทางแก้ไขช่วยกันฟื้นฟูผู้กระทำความผิด โดยการลงโทษให้เหมาะสมกับแต่ละบุคคล อันเป็นการป้องกันสังคมในภายภาคหน้าให้ดียิ่งขึ้น

2.2.7 การลงโทษทางอาญาตามหลักความได้สัดส่วน

โทษทางอาญาเป็นผลร้ายซึ่งผู้กระทำความผิดได้รับแล้วเกิดความไม่พึงพอใจหรือเกิดความทุกข์ เพื่อตอบแทนการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายและดำนิว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมควร ดังนั้นโทษทางอาญาที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับจะต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำที่ได้ก่อขึ้น ข้อสำคัญของการกำหนดโทษจึงต้องเป็นไปตาม “หลักความได้สัดส่วน” เพื่อให้สอดคล้องกับความยุติธรรมขั้นพื้นฐาน และเพื่อให้ประชาชนในสังคมรู้สึกพึงพอใจต่อการลงโทษนั้นและไม่คิดที่จะแก้แค้นด้วยตนเอง⁶² และในขณะเดียวกันก็นำมาใช้เพื่อจำกัดการลงโทษที่ไม่ถูกต้องและเพื่อรักษาไว้ซึ่งความชอบธรรมด้วยกฎหมายของระบบการกำหนดโทษ

จากแนวความคิดที่ว่าอาชญากรควรได้รับการลงโทษเสมือนความเสียหายที่ได้ก่อให้เกิดแก่ผู้เสียหาย ทำให้การลงโทษมีลักษณะที่ทารุณโหดร้าย ต่อมาในปี ค.ศ. 1689 ประเทศอังกฤษได้มีการประกาศใช้ Bill of Rights of 1689 ที่กำหนดห้ามไม่ให้มีการลงโทษที่ทารุณโหดร้ายและไม่จำเป็นอีกต่อไป ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวถือได้ว่าเป็นที่มาของหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษตามกฎหมายอังกฤษ กระทั่งในช่วงปลายศตวรรษที่ 18 เกิดแนวความคิดเสรี

⁶² Joel Goh, “Proportionality-an Unattainable Ideal in the Criminal Justice System,”

นิยมประชาธิปไตยขึ้น จึงได้มีการต่อต้านการลงโทษที่มีความทารุณ โหดร้าย และเปลี่ยนแนวความคิดมาเป็นการลงโทษให้หนักเบาตามสัดส่วนการกระทำผิด เพื่อให้การกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดเป็นไปอย่างยุติธรรมและไม่เป็นไปตามอำเภอใจของผู้ตัดสินคดี⁶³

สำหรับหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษทางอาญาสะท้อนให้เห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 ที่รับรองให้รัฐสามารถจำกัดสิทธิได้ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายและเป็นกรณีที่จำเป็นเท่านั้น จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ และมาตรา 28 ที่รับรองสิทธิในชีวิตและร่างกาย และสิทธิที่จะไม่ถูกรทรมาน รวมไปถึงมาตรา 77 ที่ให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น⁶⁴ ฉะนั้นการกำหนดโทษทางอาญาจึงต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนซึ่งได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ เพื่อรักษาความชอบธรรมของระบบการกำหนดโทษ

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการพื้นฐานในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างสิ่งหนึ่งกับอีกสิ่งหนึ่ง หากทั้งสองสิ่งมีความสัมพันธ์ที่ได้สัดส่วนกัน ผลคือทำให้เกิดความเหมาะสมและความเป็นธรรมขึ้น หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นพื้นฐานที่ถูกนำไปใช้ในกฎหมายหลากหลายสาขา ทั้งกฎหมายปกครอง กฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายอาญา เนื่องจากเป็นหลักการที่เป็นเครื่องมือในการควบคุมการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่ง กฎ ข้อบังคับทางกฎหมาย ทำให้หลักความได้สัดส่วนเป็น หลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจ⁶⁵ ลักษณะของหลักความได้สัดส่วนในการกำหนดโทษในกฎหมายอาญา จะต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างสัดส่วนของบทลงโทษกับพฤติการณ์ของการกระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นวิธีการที่ผู้กระทำความผิดใช้ในการกระทำความผิด ความรุนแรงของการกระทำ รวมไปถึงระดับความร้ายแรงของความเสียหาย⁶⁶ หลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้วัดระดับความร้ายแรงของการกระทำ

⁶³ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และปกป้อง ศรีสนิท, “การศึกษาเพื่อพัฒนาแนวทางการลงโทษ: หลักการลงโทษที่ได้สัดส่วน กรณีคดียาเสพติดให้โทษ,” *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 46, ฉบับที่ 4, น.907 (ธันวาคม 2560).

⁶⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 วรรคแรก
รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์..

⁶⁵ วุฒิชัย จิตตานุ, “การบังคับใช้หลักการสัดส่วน (Principle of Proportionality) ในการคุ้มครองสิทธิปัจเจก,” *วารสาร ศาลรัฐธรรมนูญ*, ปีที่ 8, ฉบับที่ 22 น.41-42 (มกราคม- เมษายน 2549).

⁶⁶ Keng Siong Kow, *Sentencing Principles in Singapore* (Singapore: Academy Publishing, 2009), p. 272.

ความผิด จำแนกออกเป็น 2 ประการ ได้แก่ (1) ภัยอันตรายที่ผู้กระทำผิดก่อขึ้น (Harm) และ (2) ความน่าตำหนิของผู้กระทำ (Culpability)⁶⁷ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) ภัยอันตรายที่ผู้กระทำผิดก่อขึ้น (Harm)

ผู้ศึกษาแบ่งประเด็นที่เกี่ยวข้องกับภัยอันตรายหรือความเสียหาย (Harm) ออกเป็น 3 ประเด็น ได้แก่ ความหมายของคำว่า “ภัยอันตราย” หลักเกณฑ์ที่นำมาใช้วัดระดับของภัยอันตราย และสาเหตุที่ต้องนำหลักภัยอันตรายมาพิจารณาประกอบกับหลักความน่าตำหนิของผู้กระทำ

ประเด็นที่ 1 : ความหมายของคำว่า “ภัยอันตราย”

แนวความคิดเกี่ยวกับภัยอันตราย (Harm Principle) ถูกนำเสนอเป็นครั้งแรกโดย John Stewart Mill ในงานเขียน Liberty กล่าวว่าเหตุผลในการใช้อำนาจเหนือบุคคลในสังคมที่เจริญแล้ว มีอยู่เพียงประการเดียว คือ เพื่อป้องกันภัยอันตรายที่จะเกิดแก่บุคคลอื่น ต่อมาหลักภัยอันตราย ได้รับการพัฒนาโดย Joel Feinberg และได้ให้นิยามคำว่า “ภัยอันตราย” (Harm) ว่าหมายถึง สภาวะที่ผลประโยชน์ถูกลดทอนลง (Setback Interest) อันเป็นผลมาจากการกระทำที่ไม่ถูกต้องหรือจากการงดเว้น ดังนั้นการก่อให้เกิดภัยอันตรายจึงเป็นเรื่องของการกระทำต่อผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้อื่น การบังคับใช้กฎหมายจึงเป็นไปเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อบุคคลอื่นในสังคม⁶⁸

ประเด็นที่ 2 : หลักเกณฑ์ที่นำมาใช้วัดระดับของภัยอันตราย

Von Hirsch & Jareborg ได้เสนอให้วัดระดับความร้ายแรงของภัยอันตรายจากมาตรฐานความเป็นอยู่ (Living Standard) ที่ถูกกระทบ กล่าวคือ พิจารณาว่าผลประโยชน์ที่ลดน้อยถอยลง (Setback Interest) มีความสำคัญต่อการดำรงชีวิตเพียงใด โดยจำแนกผล “ประโยชน์หรือคุณค่า” (Interest) ออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่ (1) กายภาพ (2) ทรัพย์สินและสิ่งอำนวยความสะดวก (3) เกียรติยศชื่อเสียง (4) ความเป็นส่วนตัวและการมีอิสรภาพ และจำแนก “มาตรฐานความเป็นอยู่” (Living Standard) ออกเป็น 4 ระดับ ระดับแรกเพื่อให้มีชีวิตอยู่รอด ระดับที่สองและสามเป็นความสะดวกสบาย และเกียรติยศศักดิ์ศรีและระดับสุดท้ายคือ การยกระดับคุณภาพของชีวิตให้ดีขึ้น⁶⁹

⁶⁷ Hyman Gross and Andrew von Hirsch, *Sentencing* (New York: Oxford University Press, 1981), p. 248.

⁶⁸ Dersolegn Yeneabat Mekonen, “The Principle of Proportionality of Punishment in Criminal Law: An Appraisal of the Ethiopian Anti-Terrorism Law,” *Journal of Law, Policy and Globalization* 48 (2016), p. 97-98.

⁶⁹ Mirko Bagaric, “Proportionality in Sentencing: Its Justification, Meaning and Role,” *Current Issue in Criminal Justice* 12,2, (November, 2000), p. 147.

ประโยชน์หรือคุณค่าประเภทกายภาพอยู่ในมาตรฐานความเป็นอยู่ทั้งสี่ระดับ ในขณะที่คุณค่าประเภทอื่น เช่น ความเป็นส่วนตัวและการมีอิสรภาพจะถูกจำกัดไว้ให้มีเฉพาะในมาตรฐานว่าด้วยเรื่องความสะดวกสบาย และเกียรติยศศักดิ์ศรีเท่านั้น ทำให้การกระทำคามผิดอาญาที่กระทบต่อมาตรฐานระดับที่หนึ่งว่าด้วยเรื่องการค้ารงชีวิตมีความร้ายแรงมากที่สุด ในขณะที่การฝ่าฝืนมาตรฐานระดับที่สองว่าด้วยเรื่องการยกระดับความเป็นอยู่มีความร้ายแรงน้อยที่สุด ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นเป็นการทำลายคุณค่าทางกายภาพ ทำให้กระทบมาตรฐานขั้นแรกในเรื่องการค้ารงชีวิต ในขณะที่ความผิดฐานหมิ่นประมาทเป็นการลดทอนคุณค่าประเภทชื่อเสียง ซึ่งกระทบมาตรฐานขั้นที่สามว่าด้วยเกียรติยศชื่อเสียง ทำให้ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นมีความร้ายแรงมากกว่าความผิดฐานหมิ่นประมาท

ดังนั้นการวัดระดับภัยอันตรายจึงต้องพิจารณาว่าการกระทำคามผิดอาญาที่เกิดขึ้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อคุณค่าหรือผลประโยชน์ประเภทใด ((1) กายภาพ (2) ทรัพย์สินและสิ่งอำนวยความสะดวก (3) เกียรติยศชื่อเสียง (4) ความเป็นส่วนตัวและการมีอิสรภาพ) และผลประโยชน์ที่ทำลายกระทบต่อมาตรฐานความเป็นอยู่ขั้นใด เพื่อนำมาประเมินความร้ายแรงของการกระทำดังกล่าว

เมื่อได้ระดับความร้ายแรงของภัยอันตรายแล้ว ก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่าการกระทำคามผิดนั้นก่อให้เกิดภัยอันตรายแล้วหรือไม่ หากเป็นภัยอันตรายที่ยังห่างไกลหรือที่ยังไม่เกิดขึ้น และเป็นภัยอันตรายเพียงเล็กน้อย (remote and minimal harm) เช่น การวางแผน การเตรียมการ การสมคบ หรือการพยายามกระทำคามผิด ความร้ายแรงของการกระทำก็จะน้อยกว่าการกระทำคามผิดสำเร็จ การประเมินภัยอันตรายของการกระทำจึงต้องดูความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือความเสี่ยงจากการกระทำคามผิดประเภทนั้น ๆ ด้วย

ประเด็นที่ 3 : สาเหตุที่ต้องนำหลักความภัยอันตรายมาพิจารณาประกอบกับหลักความนำคำนิยามของผู้กระทำ

สาเหตุที่ต้องนำขนาดของภัยอันตรายหรือความเสียหายมาวัดระดับความร้ายแรงของการกระทำแทนที่จะพิจารณาเฉพาะความนำคำนิยามของผู้กระทำ เนื่องจากว่าในการกระทำที่มีเจตนา เช่นเดียวกันอาจก่อให้เกิดความเสียหายที่แตกต่างกันออกไป เช่น ระหว่างการกระทำคามผิดฐานเดียวกันในชั้นพยายามกับชั้นคามผิดสำเร็จ ความผิดในชั้นพยายามย่อมมีความเสียหายน้อยกว่าคามผิดในชั้นสำเร็จ⁷⁰ หรือการกระทำคามผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน เช่น การลักทรัพย์ระหว่างการลักทรัพย์ที่มีมูลค่าน้อยกว่าทรัพย์ที่มีมูลค่าสูง แม้บุคคลสองคนจะมีเจตนาที่จะพวกรกรรมสิทธิ์จาก

⁷⁰ Dersolegn Yeneabat Mekonen, "The Principle of Proportionality of Punishment in Criminal Law: An Appraisal of the Ethiopian Anti-Terrorism Law," *Journal of Law, Policy and Globalization*, 98.

เจ้าของเหมือนกัน แต่การกระทำต่อทรัพย์สินที่มีมูลค่าสูงย่อมมีความเสียหายมากกว่า หรือการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินเป็นเหตุให้ผู้เสียหายได้รับความเดือดร้อนลำบากทางการเงิน แม้ว่าโดย ลักษณะของความผิดจะต้องทำให้ทรัพย์สินลดน้อยถอยลงอยู่แล้ว แต่เมื่อถึงขนาดที่ก่อให้เกิดความ ยากลำบากทางการเงินย่อมเป็นความเสียหายที่ร้ายแรงกว่า⁷¹ เช่นนี้แล้วการพิจารณาเฉพาะความน่า ต่ำห็นหรือ เจตนาของผู้กระทำความผิดย่อมไม่เพียงพอ จึงต้องนำเอาขนาดของความเสียหายมา พิจารณาประกอบด้วย เนื่องจากการกำหนดให้การกระทำที่มีความเสียหายร้ายแรงต้องรับโทษหนัก ขึ้นเป็นการพิจารณาจากเหตุทางภาววิสัยที่ช่วยให้กฎหมายมีความมั่นคงและเป็นเอกภาพ การ บัญญัติกฎหมายของรัฐจึงไม่สามารถพิจารณาเฉพาะหลักความน่าต่ำห็นของผู้กระทำแต่ต้องอยู่บน พื้นฐานของหลักความเป็นกษัตริย์ด้วย

(2) ความน่าต่ำห็นของผู้กระทำ (Culpability)

ผู้ศึกษาได้แบ่งประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความน่าต่ำห็นของผู้กระทำ (Culpability) ออกเป็น 2 ประเด็น ได้แก่ หลักเกณฑ์ที่นำมาใช้วัดความน่าต่ำห็น และสาเหตุที่ต้องนำหลักความน่า ต่ำห็นของผู้กระทำมาพิจารณาประกอบหลักกษัตริย์ โดยมียรายละเอียดดังนี้

ประเด็นที่ 1 : หลักเกณฑ์ที่นำมาใช้วัดระดับความน่าต่ำห็นของผู้กระทำความผิด

ความน่าต่ำห็นของผู้กระทำความผิด (Culpability) ขึ้นอยู่กับเจตนา มูลเหตุจูงใจ และ พฤติการณ์อื่นที่จะตัดสินว่าผู้กระทำความผิดสมควรที่จะรับผิดในการกระทำหรือไม่⁷² เป็นการ พิจารณาจากองค์ประกอบภายในจิตใจของผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ หากมีจิตใจที่ชั่วร้ายน่า ต่ำห็นมาก ผู้กระทำความผิดก็สมควรต้องรับโทษหนักขึ้น ดังนั้น ความเสียหายในลักษณะอย่าง เดียวกันอาจทำให้บุคคลได้รับโทษแตกต่างกันออกไปตามความชั่วร้ายในจิตใจของผู้กระทำ⁷³ หลักเกณฑ์ที่จะนำมาพิจารณาความน่าต่ำห็นของผู้กระทำความผิด ตัวอย่างเช่น

1. มูลเหตุจูงใจของผู้กระทำความผิด พิจารณาว่าเป็นการกระทำโดยเจตนา หรือโดย ประมาท หรือเป็นความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด (Strict Liability)⁷⁴

⁷¹ Sentencing Council, "Aggravating and Mitigating Factors," Accessed: 10 June 2022. Available from: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/explanatory-material/magistrates-court/item/aggravating-and-mitigating-factors>

⁷² Dersolegn Yeneabat Mekonen, "The Principle of Proportionality of Punishment in Criminal Law: An Appraisal of the Ethiopian Anti-Terrorism Law," *Journal of Law, Policy and Globalization* 99.

⁷³ หยุด แสงอุทัย, "การกำหนดโทษสำหรับความผิดในประมวลกฎหมายอาญา," *จุลพาท*, ฉบับที่ 8, เล่มที่ 7, น.931-935 (สิงหาคม 2503).

⁷⁴ Hirsch, Sentencing, p.249.

หากเป็นการกระทำโดยเจตนา จะต้องพิจารณาต่อไปว่ามีเจตนาพิเศษที่เป็นมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดหรือไม่ ตัวอย่างมูลเหตุจูงใจที่มีความน่าตำหนิมากขึ้น เช่น เป็นการกระทำเพราะความเกลียดชังซึ่งเกิดจากความมีอคติต่อผู้เสียหายอันเนื่องมาจากเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ เพศ หรือลักษณะอื่น ๆ หรือเป็นการเลือกกระทำต่อผู้เสียหายที่เป็นผู้เปราะบาง หรือเป็นการกระทำเพื่อมุ่งหวังผลประโยชน์ทางการเงิน โดยองค์ประกอบของความผิดไม่ได้เกี่ยวข้องกับการเงินโดยตรง หรือ เป็นการกระทำเพื่อขัดขวางกระบวนการยุติธรรมด้วยการปกปิดหรือทำลายพยานหลักฐานจากการกระทำความผิดของตนเองในครั้งก่อน หากผู้กระทำมีมูลเหตุจูงใจเช่นว่านี้ย่อมมีความน่าตำหนิมากสมควรที่จะได้รับโทษหนักขึ้น

2. การวางแผนเตรียมการกระทำความผิด เป็นการพิจารณาว่าการกระทำนั้นเกิดขึ้นโดยทันทีทันใด หรือมีการวางแผนมาก่อนล่วงหน้า หากมีการวางแผนย่อมมีความชั่วร้ายมากกว่ากระทำโดยทันทีเพราะได้ผ่านการไตร่ตรองมาอย่างดีแล้วสมควรที่จะได้รับโทษหนักขึ้น

3. อาศัยตำแหน่งหน้าที่ที่ตนได้รับความไว้วางใจหรือทักษะพิเศษทางวิชาชีพในการกระทำความผิด เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างลูกจ้างกับนายจ้าง อาจารย์กับศิษย์ในความปกครอง หรือความไว้วางใจกับลูกความ เนื่องจากการกระทำที่ทำลายความไว้วางใจ (Breach of Trust) ผู้กระทำจึงมีความน่าตำหนิมากกว่าปกติ หรือการกระทำโดยอาศัยตำแหน่งเจ้าพนักงาน หรือผู้มีวิชาชีพก็มีความน่าตำหนิมากกว่ากรณีปกติเช่นกัน เนื่องจากผู้กระทำสามารถใช้ความรู้ความสามารถที่ตนมีเพื่อความสะดวกในการกระทำความผิดทั้งยังสามารถปกปิดและทำลายหลักฐานได้โดยง่าย จึงสมควรลงโทษให้หนักขึ้น⁷⁵

4. ใช้วิธีการที่รุนแรงในการใช้กระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นการใช้วิธีการที่ทารุณโหดร้ายหรือมีการใช้อาวุธและอุปกรณ์ที่เป็นอันตราย เช่น การมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดในการกระทำความผิด⁷⁶ เหตุที่มีความน่าตำหนิมากกว่า เนื่องจากอาวุธปืนและวัตถุระเบิดมีอำนาจร้ายแรงสามารถทำอันตรายแก่บุคคลและทรัพย์สินได้โดยง่าย จึงสมควรลงโทษให้หนักขึ้น

5. พฤติกรรมของผู้กระทำความผิด หากเคยกระทำความผิดมาก่อนแล้ว⁷⁷ เช่น เป็นการกระทำมากกว่าหนึ่งครั้ง เป็นการกระทำในลักษณะต่อเนื่องกันไป หรือมีลักษณะของการกระทำ

⁷⁵ U.S. Sentencing Commission Section 3B1.3

⁷⁶ U.S. Sentencing Commission Section 5K2.6

⁷⁷ Sentencing Council, "Aggravating and Mitigating Factors," [Online] Accessed: 10 June 2022.

ความผิดเป็นปกติฐระ ผู้กระทำย่อมมีความน่าตำหนิมากขึ้น เพราะเป็นการกระทำโดยไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายและไม่สำนึกในการทำความผิดของตนเอง สมควรลงโทษให้หนักขึ้น

ประเด็นที่ 2 : เหตุที่ต้องนำหลักความน่าตำหนิของผู้กระทำมาพิจารณาประกอบกับหลักกษัตริย์

หากพิจารณาเฉพาะความน่าตำหนิของผู้กระทำจะทำให้การกำหนดความผิดอาญามากเกินความจำเป็น ความน่าตำหนิที่จะถูกกำหนดให้เป็นความผิดจึงต้องสอดคล้องกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้น⁷⁸ การที่ผู้กระทำประสงค์หรือเล็งเห็นผลได้ว่าการกระทำของตนจะก่อให้เกิดความเสียหายหรือกษัตริย์ขึ้นยังไม่เพียงพอที่จะบอกได้ว่าผู้กระทำสมควรที่จะถูกตำหนิหรือไม่ แต่จะต้องดูด้วยว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือไม่ ตัวอย่างเช่น ผู้ป่วยโรคจิตที่กระทำเพราะจิตหลอน หรือการกระทำของผู้เยาว์ที่ยังไม่โตพอที่จะตระหนักรู้ถึงการกระทำของตน แม้การกระทำของบุคคลเหล่านี้จะก่อให้เกิดความเสียหายแต่ไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำที่มีความน่า

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การลงโทษทางอาญาตามหลักความได้สัดส่วน ควรคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างสัดส่วนของบทลงโทษกับพฤติการณ์ของการทำความผิด ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ถูกนำมาใช้วัดระดับความร้ายแรงของการกระทำ ได้แก่ กษัตริย์ที่ผู้กระทำผิดก่อขึ้น (Harm) และความน่าตำหนิของผู้กระทำ (Culpability) ซึ่งจะต้องพิจารณาประกอบกันเสมอ เมื่อได้ความว่าเป็นการทำความผิดที่ร้ายแรงอัตราโทษก็ต้องหนักขึ้นตามกัน

2.2.8 การลงโทษทางอาญาให้เหมาะสมกับบุคคล

การลงโทษทางอาญาโดยอาศัยหลักความได้สัดส่วน เป็นการลงโทษโดยคำนึงถึงเหตุทาง ภาววิสัยที่ทำให้กฎหมายเกิดความมั่นคงและเป็นเอกภาพ แต่ยังคงการคำนึงถึงเหตุปัจจัยส่วนตัวของผู้กระทำผิดแต่ละราย ซึ่งเป็นเหตุทางอัตวิสัย การลงโทษจึงต้องพิจารณาเหตุส่วนตัวอื่น ๆ ประกอบด้วย ซึ่งหลักการลงโทษทางอาญาให้เหมาะสมกับบุคคล (Individualization) เกิดขึ้นครั้งแรกในสาธารณรัฐฝรั่งเศส เนื่องจากในยุคก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 การกำหนดโทษยังมีลักษณะเป็นการลงโทษตามอำเภอใจ ไม่มีหลักเกณฑ์การกำหนดโทษที่แน่นอน แต่ต่อมาในช่วงหลังการปฏิวัติฝรั่งเศสมีการจัดทำประมวลกฎหมายขึ้น ซึ่งได้บัญญัติอัตราโทษไว้อย่างเคร่งครัด ทำให้ผู้พิพากษาต้องลงโทษภายในกรอบของกฎหมายเท่านั้น จะใช้ดุลพินิจเป็นอย่างอื่นไม่ได้ นำมาสู่การปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมาย โดยการกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำไว้เพื่อให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจได้ อย่างเหมาะสมและเป็นไปตามหลักการลงโทษทางอาญาให้เหมาะสมกับบุคคล (Individualization)⁷⁹

⁷⁸ John Deigh, "Punishment and Proportionality: Part 2," *Criminal Justice Ethics*. p.24-25.

⁷⁹ สมพงษ์ เตชะสมบุรณ์, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 54*, น.24.

การลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคลเป็นการกำหนดโทษโดยคำนึงถึงลักษณะของความผิดและอุปนิสัยผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ ไม่ใช่การลงโทษที่คำนึงถึงเฉพาะความเสียหายเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการลงโทษ และสามารถแก้ไขปรับปรุงพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดได้ การลงโทษให้เหมาะสมกับความผิดและผู้กระทำความผิด (Punishment to Fit the Criminal) อยู่บนแนวความคิดพื้นฐานที่ว่ามนุษย์แต่ละคนมีความสามารถในการรับผิดชอบที่ไม่เท่าเทียมกัน อันเนื่องมาจากลักษณะอุปนิสัย ตลอดจนพฤติกรรมภายนอกของผู้กระทำความผิด ทำให้การกระทำความผิดในฐานเดียวกัน แต่ผู้กระทำความผิดมีลักษณะนิสัยและพฤติกรรมภายนอกที่ไม่เหมือนกัน นำไปสู่การกำหนดโทษที่แตกต่างกันได้ ซึ่งหลักการลงโทษให้เหมาะสมกับบุคคลถูกนำมาใช้ในการกำหนดโทษของศาล (Judicial Individualization) โดยในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) ศาลจะพิจารณาถึงข้อสำคัญ 2 ประการ ประการแรก บรรทัดฐานคำพิพากษาในคดีก่อน และประการที่สอง ปัจจัยที่เป็นเหตุเพิ่มโทษหรือลดโทษ (Aggravating and Mitigating Factors) สำหรับเหตุเพิ่มโทษ ตัวอย่างเช่น การสมรู้ร่วมคิด การไตร่ตรองล่วงหน้า ความผิดที่มีการวางแผน ความผิดที่กระทำในลักษณะขององค์กรอาชญากรรม หรือ เป็นการกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือความไว้วางใจ

อย่างไรก็ดี หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับบุคคลไม่ใช่หลักการที่นำมาใช้เฉพาะการกำหนดโทษของศาล (Judicial Individualization) เท่านั้น แต่ยังถูกนำมาใช้ในระบบการบริหารเรือนจำ (Administrative Individualization) ด้วย โดยการพิจารณาพักการลงโทษหรือลดวันต้องโทษของผู้ต้องขัง ทั้งยังเป็นหลักการที่ถูกนำมาใช้ในระบบการตรากฎหมาย (Legal Individualization) โดยการกำหนด “เหตุยกเว้นโทษ” (Excuse) “เหตุลดโทษ” (Mitigating Circumstances) หรือ “เหตุเพิ่มโทษ” (Aggravating Circumstances) ไว้ในบทบัญญัติกฎหมายอันเป็นรูปแบบหนึ่งของการลงโทษผู้กระทำความผิดให้เหมาะสมด้วยการกำหนดโทษไว้ล่วงหน้าโดยฝ่ายนิติบัญญัติ⁸⁰ ซึ่ง “เหตุเพิ่มโทษ” (Aggravating Circumstances) ที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นมารวมถึง “เหตุฉกรรจ์” ด้วย นั่นเอง

2.3 แนวคิดในการกำหนดเหตุฉกรรจ์

แนวคิดในการกำหนดเหตุฉกรรจ์แนวคิดและหลักการลงโทษทางอาญาก็เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและประกันผลประโยชน์ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม ในแต่ละฐานความผิดย่อมมีบทลงโทษที่มีความรุนแรงแตกต่างกันไปซึ่งขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำหรือผลของการกระทำดังนั้น สัดส่วนของโทษจึงมีความเกี่ยวข้องกับเหตุฉกรรจ์หรือพฤติกรรม

⁸⁰ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และปกป้อง ศรีสนิท, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 63*, น.912.

ของการกระทำที่ทำให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้น หนึ่ง เหตุฉกรรจ์ไม่ได้มีบัญญัติบทนิยาม ความหมายไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เมื่อพิจารณากฎหมายอาญาของต่างประเทศก็ไม่ได้นิยาม ความหมายคำว่า “เหตุฉกรรจ์” ไว้เช่นเดียวกัน แต่มีความหมายตามพจนานุกรม Black's Law ได้ อธิบายว่า “เหตุฉกรรจ์”⁸¹ หมายถึง พฤติการณ์ประกอบการกระทำความผิดอาญาอันมีผลทำให้ ความผิดหรือความเสียหายมีความร้ายแรงมากขึ้น⁸² เมื่อประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้ บัญญัติความหมายไว้เป็นการเฉพาะและในกฎหมายอื่นก็ไม่ได้บัญญัติไว้เช่นเดียวกัน ดังนั้น ในการ ตีความคำว่า “เหตุฉกรรจ์” ในกฎหมายอาญาจึงต้องนำความหมายตามพจนานุกรม ราชบัณฑิตยสถานของไทยมาอธิบาย⁸³ ว่า “เหตุฉกรรจ์” หมายถึง คุร้ายหรือรุนแรงอาจถึงตายได้⁸⁴ อย่างไรก็ดี นักนิติศาสตร์ไทยศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ “เหตุฉกรรจ์” ว่าหมายถึงเหตุที่ทำให้รับ โทษหนักขึ้น⁸⁵ หนึ่ง แนวความคิดในการรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์เป็นแนวคิดในการรับ โทษหนักขึ้นตามพฤติการณ์หรือเหตุจูงใจ⁸⁶ เหตุฉกรรจ์จึงไม่ใช่บทเพิ่มโทษแต่เป็นเหตุที่ทำให้ ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นจากบทบัญญัติพื้นฐาน ซึ่งแนวคิดนี้ความหนักเบาของโทษจะกำหนด ตามความร้ายแรงของอันตรายของการกระทำความผิด อันเป็นแนวคิดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้แค้น ช่มชู้และเพื่อยับยั้งอาชญากรรมอันเป็นการตอบแทนความร้ายแรงของการกระทำความผิดตาม

⁸¹ From Blackes Law Dictionary (6th ed.) (p. 65), by Henry Campbell Black, 1990, ST. Paul Minn: West. Copyright 1990 by West.

⁸² Aggravation. Any circumstance attending the commission of a crime or tort which increases its guilt or enormity or adds to its injurious consequences, but which is above and beyond the essential constituents of the crime or tort itself. People v. Robinson, 416 N.E.2d793, 799. See e.g. Aggravated assault. "Aggravated assault". A person is guilty of aggravated assault if he: attempts to cause serious bodily injury to another, or causes such injury purposely, knowingly or recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life; or, attempts to cause or purposely or knowingly causes bodily injury to another with a deadly weapon. Model Penal Code, E 211.1(2). In all jurisdictions statutes punish such aggravated assaults as assault with intent to murder (or rob or kill or rape) and assault with a dangerous (or deadly) weapon more severely than "simple" assaults. See also Assault.

⁸³ อัจฉริยา ชูตินันท์, “การกำหนดเหตุฉกรรจ์เกี่ยวกับการกระทำที่ใช้วิธีการที่ร้ายแรงและเป็นอันตราย กว่าทำร้ายร่างกายผู้อื่นกรณีธรรมดาให้ต้องระวางโทษหนักขึ้น,” วารสารสุทธิปริทัศน์, น. 251.

⁸⁴ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน, (กรุงเทพมหานคร: อักษร เจริญทัศน์, 2525), น. 246.

⁸⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ม.ป.ป.), น.2085.

⁸⁶ เพิ่งอ้าง, น. 2203.

แนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม⁸⁷ (Classical School of Criminology) อย่างไรก็ดี แม้ปัจจุบัน การลงโทษจะมุ่งไปแนวทางเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าความรู้สึกของคนส่วนใหญ่ในสังคมต้องการให้อาชญากรได้รับโทษหนักเท่ากับความร้ายแรงของอาชญากรรม กฎหมายจึงไม่อาจจะละเลยวัตถุประสงค์ของ

การแก้แค้น และการข่มขู่เพื่อยับยั้งและป้องกันอาชญากรรมลงได้โดยจะใช้มาตรการต่าง ๆ ควบคู่กันไปอย่างเหมาะสม ประกอบกับในสภาวะการณ์ของสังคมไทยปัจจุบัน สถิติการก่ออาชญากรรมมีแนวโน้มสูงขึ้นและทวีความรุนแรงในรูปแบบที่หลากหลายมากขึ้น จึงมีความจำเป็นที่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะต้องกำหนดให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุผลกรรจ์ อันเป็นแนวคิดหลักของกฎหมายอาญาอันเป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยและหลักประกันการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม

2.3.1 เหตุผลและความเป็นมาในการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุกรรจ์

เหตุผลและความเป็นมาในการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุกรรจ์ การกำหนดให้ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุกรรจ์นั้นมีที่มาจากแนวความคิดทางอาชญาวิทยาและแนวคิดในวัตถุประสงค์ของการลงโทษ โดยจะเห็นได้จากการลงโทษนั้นมีวิธีที่แตกต่างและมีวิวัฒนาการไปตามยุคสมัยของแต่ละสังคม อีกทั้งการกำหนดโทษนั้นจะต้องเป็นการกำหนดโทษที่ได้สัดส่วนกับความผิดเพราะสภาพแห่งความผิดอีกด้วย เนื่องจากความผิดแต่ละประเภทนั้นอาจมีความร้ายแรงที่ต่างกันไป จึงทำให้หากมีการกำหนดโทษที่ตามตัวในความผิดแต่ละฐาน โดยไม่ได้กำหนดโทษหนักขึ้นในกรณี ที่พฤติการณ์ของการกระทำมีความร้ายแรงก็อาจทำให้ผู้กระทำความผิดนั้นไม่เกรงกลัวที่จะกระทำความผิดซ้ำก็เป็นได้ ในส่วนของกฎหมายอาญานั้นได้มีการกำหนดให้มีการรับโทษหนักขึ้นอันเนื่องมาจากเหตุกรรจ์มาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยมีการแบ่งความผิดออกเป็นหลายระดับซึ่งมีทั้งความผิดที่มีความร้ายแรงและไม่ร้ายแรง โดยความผิดที่มีความร้ายแรงนั้นสามารถพิจารณาได้จากความเสียหายหรืออันตรายที่สังคมได้รับ ยกตัวอย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการแบ่งระดับความผิดออกเป็นความผิดอุกกรรจ์อันเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงโดยกำหนดโทษไว้ในชั้นประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต และความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรง โดยกำหนดโทษในลักษณะของการปรับหรือคุมประพฤติรวมถึงการจำคุกในระยะสั้น ซึ่งความผิดสองประเภทนี้ยังแบ่งออกเป็นระดับต่างๆ ตามความร้ายแรงอีกด้วย ในส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ก็ได้มีการแบ่งระดับชั้นความผิดตามความร้ายแรงเช่นกันเช่น ความผิดชั้นอุกฤษฏ์ ความผิดชั้นมัธยม และความผิดชั้นลหุ ซึ่งการกำหนดโทษ

⁸⁷ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), น. 108.

ที่เพิ่มขึ้นตามระดับความร้ายแรงของความผิดนั้นขึ้นอยู่กับพฤติกรรมของการกระทำความผิดว่า ก่อให้เกิดความเสียหายหรืออันตรายเพียงใดแนวคิดในการ กำหนดให้ต้องรับโทษหนักขึ้นได้ ปรากฏขึ้นครั้งแรกในกฎหมายโรมันโดยปรากฏว่าที่ โด๊ะ ว่าด้วยการละเมิด โดยการนำเอาช่วงเวลา ในการลักทรัพย์ที่แตกต่างกันมากำหนดโทษให้ได้รับโทษในอัตราที่ต่างกัน ทั้งนี้ยังมีการกำหนด เหตุที่ต้องให้รับโทษหนักขึ้นจากปัจจัยต่างๆไม่ว่าที่ โด๊ะ 8 จะเป็นจากการกระทำที่มีเจตนาของ ความสำคัญหรือลักษณะของผู้ถูกระทำมาเป็นเหตุเพิ่ม โทษอีกด้วย ยกตัวอย่างประเทศ สหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดให้ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น โดยใช้สารเคมีหรือการฆ่าบุคคลสำคัญ เช่น พนักงานอัยการหรือผู้พิพากษาจะต้องได้รับโทษหนักขึ้น หรืออย่างในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ก็ได้มี การนำเอาช่วงอายุของผู้ถูกระทำหรือความสามารถของผู้ถูกระทำมาเป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิด ฐานฆ่าผู้อื่นหรือทำร้ายผู้อื่นเช่นกัน ซึ่งสำหรับประเทศไทยนั้นได้มีการกำหนดถึงเหตุจรรยาที่ จะต้องได้รับโทษหนักขึ้นไว้ตั้งแต่ในกฎหมายลักษณะการทำร้ายร่างกายทั้งบิดามารดา อีกทั้งยัง กำหนดไว้ในเรื่องของการละเมิดการกำหนดจำนวนเบี้ยปรับ โทษที่มีความสูงต่ำที่แตกต่างกันไป ตามศักดิ์นาโดยการรับ โทษในลักษณะนี้จึงถือว่าเป็นการรับโทษเพิ่มขึ้นหรือหนักขึ้นตาม พฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งการกำหนดเหตุจรรยาดังกล่าวนี้ล้วนมีเจตนารมณ์ของการ ลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนและข่มขู่ยับยั้งอาชญากรรมตามหลักกฎหมายอาญาที่กลายมาเป็น เครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมในปัจจุบันจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ในการ ลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนนั้นมีข้อบกพร่องปรากฏขึ้นเนื่องจากเมื่อมีการลงโทษสาสมแล้วและ ผู้กระทำความผิดได้รับการปล่อยตัวออกมาสู่สังคม ก็ยังกลับมาก่อความเสียหายและอันตรายใน สังคมอีกครั้ง อีกทั้งแนวทางในการกำหนดโทษในปัจจุบันนั้นมีแนวโน้มในการกำหนดขึ้นเพื่อ แก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งในบางครั้งเป็นการลงโทษที่สวนกระแสความรู้สึกนึก คิดของประชาชนในสังคมที่ขังคงต้องการให้ผู้กระทำความผิดได้รับผลร้ายจากการกระทำที่ได้ทำ ลงไปโดยจะต้องได้รับโทษหนักพอกับความร้ายแรงที่เกิดขึ้น จึงเป็นการทำให้กฎหมายไม่อาจจะ ละทิ้งวัตถุประสงค์ในการแก้แค้นทดแทนหรือการลงโทษเพื่อข่มขู่ป้องปราบอาชญากรรมได้ จึง ต้องมีการกำหนดมาตรการต่างๆมาใช้ควบคู่กัน ไปเพื่อความเหมาะสม จึงอาจสรุปได้ว่าสถานการณ์ ในสังคมไทยในปัจจุบันที่มีสถิติของการกระทำความผิดสูงขึ้น⁸⁸ อีกทั้งลักษณะของการกระทำ ความผิดซึ่งมีความรุนแรงที่เพิ่มขึ้นในหลากหลายรูปแบบจึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นอย่าง

⁸⁸ สำนักบริหารการสาธารณสุข สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข, “สถิติการถูกทำร้ายในเด็กและสตรีที่มารับบริการในศูนย์พึ่งได้ ตั้งแต่ปี พ.ศ.2554 - พ.ศ.2556,” น.1-2 (2557).

ซึ่งที่ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยจะต้องกำหนดให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษหนักขึ้น อันเนื่องมาจากเหตุฉกรรจ์ด้วย⁸⁹

2.3.2 ปัจจัยในการกำหนดเหตุฉกรรจ์

การกำหนดเหตุฉกรรจ์ตามประมวลกฎหมายไทยได้มีปัจจัยของการกำหนดให้เหตุฉกรรจ์นั้นมีหลากหลายประการที่นำมาพิจารณา ซึ่งปัจจัยดังกล่าวนั้นล้วนเป็นเหตุอันมีลักษณะของพฤติการณ์ที่มีความร้ายแรงของการกระทำ โดยอาจแบ่งปัจจัยของการกระทำที่เป็นเหตุของการกำหนดเหตุฉกรรจ์ได้ดังต่อไปนี้

1) ความชั่วร้ายของจิตใจ

ความชั่วร้ายของจิตใจนั้นเป็นการกำหนดโทษ โดยคำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก โดยพิจารณาในส่วนของผู้ที่ชั่วร้ายหรือการมีจิตใจที่ชั่วร้ายมากกว่าปกติย่อมเป็นเหตุแห่งการได้รับโทษหนักขึ้น ดังนั้น แม้การกระทำที่มีลักษณะเดียวกันแต่มีความชั่วร้ายในจิตใจของผู้ทำ ความผิดที่แตกต่างกันย่อมได้รับโทษหนักเบาที่แตกต่างกันตามไปด้วย ทั้งนี้หลักการดังกล่าวจะนำมาใช้เฉพาะในกรณีของการกระทำความผิดโดยเจตนาธรรมดาและเจตนาพิเศษเท่านั้น แต่มิได้นำมาบังคับใช้กับการกระทำความผิดโดยประมาท

2) ตัวผู้กระทำความผิด

การกำหนดเหตุฉกรรจ์ ที่พิจารณาจากตัวผู้กระทำความผิดนั้นสามารถแบ่งออกได้โดยพิจารณาจากตัวผู้กระทำความผิด โดยดูที่บทบาทของผู้กระทำซึ่งขึ้นอยู่กับความสำคัญของบทบาทนั้น และดูจากลักษณะของการกระทำว่ามีความร้ายแรงมากกว่าปกติหรือมีลักษณะกระทำที่เป็นการอุกอาจหรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น การกระทำโดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายย่อมได้รับโทษหนักขึ้น เป็นต้น

3) ตัวผู้ถูกกระทำความผิดหรือตัวทรัพย์สินที่ถูกกระทำ

การกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยพิจารณาจากตัวผู้ถูกกระทำความผิด กล่าวคือหากผู้นั้นเป็นผู้อ่อนแอ มีกำลังน้อย ไม่สามารถเพียงพอที่จะป้องกันหรือต่อสู้กับผู้กระทำความผิดได้ การกระทำต่อบุคคลดังกล่าวย่อมเป็นเหตุพิจารณาในการกำหนดให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้น นอกจากนี้ตัวทรัพย์สินที่ถูกกระทำนั้นก็เป็นอีกหนึ่งปัจจัยในการกำหนดเหตุฉกรรจ์เช่นกัน โดยพิจารณาจากความสำคัญของทรัพย์สินที่ถูกกระทำว่าทรัพย์สินดังกล่าวมีไว้ใช้เพื่อเหตุส่วนตัวหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ ถ้ามีไว้ใช้หรือมีไว้เป็นสาธารณสถานผู้กระทำย่อมได้รับโทษหนักเช่นกัน

4) เหตุจูงใจหรือจุดมุ่งหมายในการก่อให้เกิดการกระทำความผิด

⁸⁹ ทวีพร คงแก้ว, “เหตุฉกรรจ์ในความคิดฐานทำร้ายร่างกาย,” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), น.19-21.

การพิจารณาเหตุจูงใจหรือจุดมุ่งหมายในการก่อให้เกิดการกระทำความผิดเพื่อกำหนด เหตุการณ์นั้นเป็นการพิจารณาในส่วนของจิตใจผู้กระทำเป็นหลักในการกำหนดให้รับโทษหนักขึ้น

5) ลักษณะของการกระทำความผิด

การกำหนดเหตุการณ์ ตามลักษณะความผิดนั้นพิจารณาถึงเหตุอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดว่ามีรูปแบบหรือวิธีการที่แตกต่างกันอย่างไร ซึ่งรูปแบบและวิธีการกระทำ ความผิดบางอย่างนั้นอาจแสดงถึงความรุนแรงที่จะเกิดขึ้นแตกต่างกันก็ได้ ดังนั้น การลงโทษต่อ ความผิดที่มีลักษณะแตกต่างกันย่อมมีความหนักเบาของโทษที่แตกต่างกันไปด้วยโดยพิจารณาจาก ลักษณะของการกระทำความผิดว่าเป็นการกระทำความผิดที่ก่อให้เกิดความรุนแรงหรือความ อันตรายมากน้อยเพียงไร เป็นการกระทำที่มีความรุนแรงไม่ว่าจะส่งผลกระทบต่อ เรื่องของความเสียหายหรือความรู้สึกของบุคคลในสังคมก็จะต้องได้รับโทษหนักขึ้น

6) สถานที่

สถานที่ในการกระทำความผิดถือเป็นอีกหนึ่งปัจจัยที่จะนำมาพิจารณาในการกำหนดให้ ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้น เนื่องจากสถานที่แต่ละแห่งนั้นมีความสำคัญที่ต่างกัน จึงเป็นเหตุ ให้กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามความสำคัญของสถานที่ที่ได้ ลงมือกระทำผิดด้วย

7) โอกาสในการกระทำความผิด

โอกาสในการกระทำเป็นปัจจัยหนึ่งในการกำหนดเหตุการณ์เนื่องจากโอกาสถือเป็น สิ่งหนึ่งในการเอื้ออำนวยต่อการกระทำผิด โดยจะเป็นการทำให้การกระทำผิดนั้นมีความ สะดวกสบายและมีโอกาสในความสำเร็จมากยิ่งขึ้นไม่ว่าโอกาสดังกล่าวจะเกิดขึ้นจากผู้เสียหายขาด ความระมัดระวังเองหรือตกอยู่ในสภาวะตื่นตระหนกตกใจก็ตาม หากผู้กระทำผิดได้เลือก กระทำผิดในช่วงเวลาดังกล่าวย่อมได้รับโทษหนักขึ้น เนื่องจากการกระทำดังกล่าวนอกจากจะ เป็นการฉวยโอกาสจากการที่ผู้เสียหายไม่อยู่ในภาวะที่จะระมัดระวังตัวแล้วนั้นยังเป็นการกระทำ ความผิดที่ซ้ำเติมผู้เสียหายอีกประการหนึ่งด้วย

8) ความผิดที่เกิดขึ้นบ่อยๆ

การกำหนดโทษให้มีความรุนแรงขึ้นตามกรณีดังกล่าวนี้มีแนวคิดมาจากวัตถุประสงค์ ของการลงโทษเพื่อขยับยั้งหรือข่มขู่เนื่องจากการลงโทษตามปกติทั่วไปไม่สามารถที่จะป้องกันและ ปรามปรามการกระทำผิดที่เกิดขึ้นได้ เนื่องจากผู้กระทำผิดไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายที่ได้ กำหนดขึ้นเป็นการทั่วไป ดังนั้น การกำหนดโทษให้สูงกว่าเดิมจึงเป็นวิธีการที่สามารถทำให้

ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวต่อกฎหมายได้ ตลอดจนส่งผลต่อการลดปริมาณการกระทำความผิดในสังคมได้อีกด้วย⁹⁰

หากพิจารณาจากปัจจัยในการกำหนดเหตุจรรยาตามปัจจัยต่างๆ แล้วนั้นไม่ว่าจะเป็นความชั่วร้ายของจิตใจ, ตัวผู้กระทำความผิด, ตัวผู้ถูกระทำความผิด, เหตุจูงใจหรือจุดมุ่งหมายในการกระทำความผิดและลักษณะของการกระทำความผิดแล้ว เป็นการแสดงให้เห็นว่าการทำร้ายร่างกายเด็กนั้นเป็นการกระทำความผิดที่เข้ากับหลักปัจจัยแห่งการกำหนดเหตุจรรยาเป็นอย่างมาก โดยเป็นการแสดงให้เห็นถึงความสมเหตุสมผลและความเหมาะสมในการกำหนดให้การกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดที่ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษหนักขึ้น โดยกำหนดให้การทำร้ายร่างกายเด็กนั้นเป็นเหตุจรรยาขึ้นเป็นการเฉพาะ

2.4 หลักคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมาย เป็นหลักที่ประเทศเยอรมันใช้ในการกำหนดความผิดอาญา คือ ประโยชน์ หรือเป็นสิ่งที่เป็คุณค่าในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง⁹¹ คุณธรรมทางกฎหมาย "ไม่ใช่สิ่งที่เป็นรูปธรรมที่สามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่เป็ "ภาพในทางความคิด" ซึ่งเป็นนามธรรม กล่าวโดยเฉพาะ "คุณธรรมทางกฎหมาย" เป็นสิ่งที่เป็ "ประโยชน์" (Interest) หรือเป็นสิ่งที่เป็ "คุณค่า" (Value) ในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมในการที่จะให้ออยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมมีความเป็นปกติสุขนั้น มนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิด "ประโยชน์" หรือ "คุณค่า" ของการอยู่ร่วมกัน การละเมิด "ประโยชน์" หรือ "คุณค่า" ของการอยู่ร่วมกันจึงเป็นการละเมิด "คุณธรรมทางกฎหมาย" ฉะนั้นจึงสามารถให้ความหมายของ "คุณธรรมทางกฎหมาย" ได้ว่า

2.4.1 ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย⁹²

คุณธรรมทางกฎหมาย หมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง หรือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง จึงกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า "คุณธรรมทางกฎหมาย" คือ ผลของการกำหนดความผิดอาญา "คุณธรรมทางกฎหมาย" กับ "กรรมของการกระทำ" (Object of protection) เป็นคนละอย่างและแตกต่างกัน ในขณะที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นคุณค่าในทาง

⁹⁰ ทวีพร คงแก้ว, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 89*, น.22-27.

⁹¹ Markus D Dubber, *Policing Morality : Constitutional Law and Criminalization of Incest*, The University Press, 2016. P.106.

⁹² คณิต ฒ นคร, "คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา," *วารสารอัยการ*, น.132-133 (มกราคม 2523).

อุดมคติที่อยู่เบื้องหลังของความผิดฐานต่าง ๆ แต่กรรมของการกระทำเป็นวัตถุที่ถูกกระทบจากการกระทำที่ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย

ภารกิจของกฎหมายอาญาประการหนึ่ง คือ การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายไม่ให้ เป็นอันตรายหรือถูกคุกคามให้ตกอยู่ในอันตราย แต่ในบางกรณีที่เป็นกรณีเฉพาะอาจมีความเห็นที่ แตกต่างกันได้ว่าในกรณีนั้นเป็นการกระทำละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายแล้วหรือไม่ และการ ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น กรณีเกิดเพลิงไหม้บ้านพัก อาศัย หากพนักงานดับเพลิงสามารถที่จะช่วยเด็กที่ติดอยู่ท่ามกลางเพลิงไหม้ให้รอดพ้นจากความ ตาย แต่กลับโยนเด็กลงบนผ้าใบรองรับเท่านั้น แม้พนักงานดับเพลิงจะสังเกตเห็นอันตรายของการ โยนเด็กลงไปในนั้นได้ว่า หากเด็กตกลงไปผิดท่าเด็กก็อาจเป็นอันตรายถึงแก่ชีวิตได้ แต่พนักงาน ดับเพลิงก็จำต้องเสี่ยง และผลปรากฏว่าอันตรายดังกล่าวก็ได้เกิดขึ้นจริง ๆ กล่าวคือ เด็กถึงแก่ความ ตาย กรณีนี้นักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่า การกระทำของพนักงานดับเพลิงไม่เป็นการละเมิด “คุณธรรมทางกฎหมาย” แต่ประการใด กรณีจึงไม่เป็นการกระทำที่ผู้อื่นถึงแก่ความตายตาม ความหมายของความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามมาตรา 288 กล่าวคือ กรณีเป็นการขาดองค์ประกอบที่ กฎหมายบัญญัติ แต่นักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่า การกระทำของพนักงานดับเพลิงดังกล่าวเป็นการ ละเมิด “คุณธรรมทางกฎหมาย” กรณีจึงเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว แต่การกระทำของพนักงานดับเพลิงไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

2.4.2 ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมาย แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

- (1) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (individual legal interest) เช่น ชีวิตความ ปลอดภัยของร่างกาย ทรัพย์สิน เป็นต้น และ
- (2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนร่วม (universal legal interest) เช่น ความปลอดภัย ในการจราจร ความมั่นคงเชื่อถือ และการชำระหนี้ได้ของเงินตรา ความเด็ดขาดแห่งอำนาจรัฐ ความ คงอยู่ของดินแดน หรือความเป็นเอกภาพของดินแดน เป็นต้น

ในส่วนที่เกี่ยวกับ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” นั้น ยังอาจแบ่งแยกย่อย ออกไปเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ เช่น เกียรติ ปลอดภัยของร่างกาย เป็นต้น แต่การแบ่งเช่นนี้เป็นเพียงการพยายามแยกแยะให้เห็นเด่นชัดที่อาจมี ประโยชน์ในทาง วิชาการบ้างเท่านั้น เช่น ในการบัญญัติความผิดอันยอมความได้ เป็นต้น โดยทั่วไปคุณธรรมทาง กฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ผู้เป็นเจ้าของสามารถละความคุ้มครองได้

แต่สำหรับชีวิตมนุษย์นั้นแม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลแต่ผู้เป็นเจ้าของก็ไม่อาจ
 ไล่ความคุ้มครองได้⁹³

2.5 ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย

2.5.1 ประวัติศาสตร์กฎหมายอาญาของประเทศไทย

กฎหมายอาญาของไทยแต่เดิมนั้นได้รับอิทธิพลมาจากอินเดีย ดังนั้นส่วนใหญ่ของ
 กฎหมายในประเทศไทยจึงอาศัยหลักในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของมโนสารจารย์กฎหมายอาญามีได้
 อยู่ในรูปของประมวลกฎหมายอย่างในปัจจุบันแต่มีกฎหมายว่าด้วยความผิดเฉพาะเรื่องเรียกว่า
 “ลักษณะ” เช่น ลักษณะอาญาหลวง ลักษณะอาญาราชฎูร์ ลักษณะโจร ลักษณะขบถศึก ลักษณะ
 วิวาท ลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ลักษณะหมิ่นประมาท ลักษณะฉ้อ เป็นต้น

ต่อมาในสมัยรัชการพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าฯ ได้มีการจัดทำกฎหมายอาญาใน
 รูปประมวลกฎหมายขึ้น คือรวบรวมบทบัญญัติในเรื่องเดียวกันที่กระจัดกระจายกันอยู่เอามา
 ปรับปรุงให้เป็นหมวดหมู่ วางหลักเกณฑ์ให้เป็นระเบียบเรียบร้อยและมีข้อความเท่าถึงกัน ซึ่งจัดทำ
 เสร็จและประกาศออกใช้เมื่อวันที่ 22 กันยายน 2451 เรียกว่า กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งถือ
 ว่าเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทย และเมื่อได้ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.
 ศ. 127 แล้วกฎหมายเก่าที่มีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาก็ได้ถูกยกเลิกไปทั้งสิ้น เพราะเหตุที่ได้มีการ
 ร่างกฎหมายลักษณะอาญานั้นก็เพราะกฎหมายเก่าที่มีอยู่มีข้อบกพร่องเนื่องจากการบัญญัติ
 ความผิดอาญาเป็นกรณี ๆ ไปคือเมื่อมีเรื่องเกิดขึ้นพระมหากษัตริย์ก็ตรากฎหมายขึ้นทีหนึ่ง ดังนั้น
 จึงมีกฎหมายมากมายซับซ้อน จนเกิดความลำบากในการพิจารณาคดีเพราะกฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้
 นอกจากจะยากแก่การค้นหาล้วนบางกรณีก็ขัดกันเอง และเหตุผลอีกประการหนึ่งในการร่าง
 กฎหมายลักษณะอาญาก็คือ ในสมัยนั้นมีศาลกงสุลต่างประเทศซึ่งมีอำนาจชำระความของคนที่อยู่
 ได้บังคับของศาลนั้น ๆ ดังนั้นการที่คนต่างประเทศอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายต่าง ๆ กันทำให้
 เกิดความยากลำบากแก่การปกครองบ้านเมืองมาก ประกอบกับประเทศญี่ปุ่นได้ทำสัญญา
 ต่างประเทศเลิกศาลกงสุลได้โดยการนำกฎหมายที่จัดทำเป็นรูปแบบประมวลกฎหมายขึ้น ดังนั้น
 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าฯ จึงทรงพระกรุณาให้โปรดเกล้าฯ ให้จัดหาชาวต่างประเทศที่มี
 ความชำนาญในทางกฎหมายมาร่างกฎหมายร่วมกับประเทศไทย

ในการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ผู้ร่างได้เทียบเคียงประมวลกฎหมายอาญา
 ของประเทศต่าง ๆ ดังนี้

1. ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1810

⁹³ คณิศ ฌ นคร, คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา, (ม.ป.ท.: ม.ป.พ., ม.ป.ป.), น.134.

2. ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1870
3. ประมวลกฎหมายอาญาอังการี ค.ศ. 1879
4. ประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1881
5. ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี ค.ศ. 1889
6. ประมวลกฎหมายอาญาอียิปต์ ค.ศ. 1904
7. ประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ค.ศ. 1860
8. ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น ค.ศ. 1907

โดยได้เทียบเคียงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาอิตาลีและเนเธอร์แลนด์มาใช้มากที่สุด⁹⁴

กฎหมายลักษณะอาญามีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 21 กันยายน 2452 และในระหว่างนั้นได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง จนถึง พ.ศ. 2500 จึงได้ถูกยกเลิกไป และประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันแทน คือประมวลกฎหมายอาญามีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2500 เป็นต้นมา เหตุที่มีการร่างประมวลกฎหมายอาญาเพราะกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้ใช้มานานแล้วและได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายแห่งกระจัดกระจายกันอยู่จึงเป็นการสมควรที่จะได้ชำระสะสางและนำเข้าสู่ประมวลกฎหมายอาญาเสียในฉบับเดียวกัน นอกจากนี้ปรากฏว่าหลักการบางอย่างและวิธีการลงโทษบางอย่างควรจะได้รับปรับปรุงให้สมกับกาลสมัยและแนวความคิดของนานาประเทศในสมัยปัจจุบัน

ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีลักษณะเป็นการแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญาเป็นมาตรา ๆ แต่ได้ร่างขึ้นใหม่ทั้งฉบับ ทั้งนี้เพราะการแก้ไขเป็นมาตราจะต้องรักษาโครงสร้างของกฎหมายลักษณะอาญาเดิมซึ่งยากที่จะแก้ไขได้ นอกจากนี้ยังมีเรื่องต่าง ๆ อีกหลายเรื่องซึ่งไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญาเดิม เช่น วิธีการเพื่อความปลอดภัย จึงเป็นการยากที่จะนำมาปรับเข้าไว้ในกฎหมายลักษณะอาญาจึงได้ยกร่างขึ้นใหม่ทั้งฉบับเลย แต่อย่างไรก็ตามการดำเนินการร่างได้ตรวจสอบกฎหมายลักษณะอาญาว่ามีข้อบกพร่องหรือไม่ถ้ามีข้อบกพร่องควรแก้ไขอย่างไร และเปรียบเทียบประมวลกฎหมายอาญาต่างประเทศว่ามีบทบัญญัติใหม่ ๆ อย่างไรซึ่งควรเทียบเคียงนำมาบัญญัติไว้ตามความเหมาะสมในสภาพของสังคมไทย⁹⁵

⁹⁴ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), น. 59 - 63.

⁹⁵ หยุด แสงอุทัย, คำบรรยายประมวลกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : รุ่งเรืองการพิมพ์, 2514), น.27.

แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาจะเป็นการร่างขึ้นใหม่ทั้งฉบับแต่ประมวลกฎหมายอาญาก็ไม่ได้ละทิ้งหลักการในกฎหมายลักษณะอาญาไปเสียทั้งหมด หลักการสำคัญบางอย่างในกฎหมายลักษณะอาญาก็ยังคงนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เพียงแต่ได้แก้ไขถ้อยคำให้ชัดเจนมากขึ้นกว่าของเดิม หรือนำมาจัดหมวดหมู่ให้เป็นระเบียบขึ้น เช่น การกระทำโดยเจตนา หรือประมาท เป็นต้น ปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาได้ใช้บังคับมาเป็นเวลากว่า 40 ปีแล้ว และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง ประมวลกฎหมายอาญามีตัวบทมาตราทั้งสิ้น 398 มาตรา (ไม่รวมพวกมาตราวิ และตรีที่เพิ่มเติมภายหลัง) โดยแบ่งออกเป็น 3 ภาค ดังนี้

ภาค 1 ว่าด้วยบทบัญญัติทั่วไป หรือหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยการใช้กฎหมายอาญา ความรับผิดชอบและโทษทางอาญา ซึ่งใช้บังคับแก่ความผิดทั่วไป ทั้งความผิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาและความผิดตามกฎหมายอื่น ๆ ที่มีโทษทางอาญาด้วย ภาคนี้มีบทมาตราจากมาตรา 1 ถึงมาตรา 106

ภาค 2 ว่าด้วยความผิด เป็นการให้ความหมายคำจำกัดความของแต่ละฐานความผิด กล่าวคือ บัญญัติว่าการกระทำหรือการละเว้นการกระทำอย่างไรเป็นความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ภาค 2 นี้มีบทมาตรามากที่สุด คือ เริ่มตั้งแต่มาตรา 107 ถึงมาตรา 366

ภาค 3 ว่าด้วยความผิดลหุโทษ ซึ่งความจริงภาคนี้เป็นภาคความผิดนั่นเอง แต่ว่าภาค 3 นี้เป็นความผิดเล็ก ๆ น้อย และมีหลักเกณฑ์บางอย่างแตกต่างจากความผิดในภาค 2 อยู่บ้างบางประการเท่านั้น ภาคนี้มีบทมาตราตั้งแต่มาตรา 367 ถึงมาตรา 398

โดยภาพรวมแล้วโครงสร้างของประมวลกฎหมายอาญาโดยสาระสำคัญแล้วมี 2 ภาคใหญ่ ๆ คือ ภาคบทบัญญัติทั่วไปและภาคความผิด แต่โดยที่กฎหมายอาญาได้แก่ กฎหมายที่ว่าด้วยความผิดและมาตรการบังคับทางอาญาหรือโทษ ดังนั้นความผิดอาญาจึงไม่ได้หมายความว่าเฉพาะประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่ได้บัญญัติความผิดและโทษไว้ด้วย เช่น พ.ร.บ.คุ้มครองเด็ก พ.ร.บ. คุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว ฯลฯ และมาตรา 17 แห่งประมวลกฎหมายอาญาก็ได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติในภาค 1 ของประมวลกฎหมายอาญาไปใช้ในกรณีแห่งความผิดตามกฎหมายอื่นด้วยเว้นแต่กฎหมายนั้น ๆ จะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติความผิดฐานทำร้ายร่างกายไว้ในภาค 2 ภาค ความผิด โดยเกี่ยวข้องกับโทษและความรับผิดชอบตั้งแต่มาตรา 295 ถึงมาตรา 300⁶ และในภาค 3 ภาคลหุโทษ ตั้งแต่มาตรา 390 ถึงมาตรา 391 จัดแบ่งออกได้เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายและเหตุฉกรรจ์ของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย (มาตรา 295 ถึงมาตรา 296) ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จนเป็นเหตุให้

⁶ ทวีพร คงแก้ว, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 89*, น.54.

ผู้ถูกระทำร้ายรับอันตรายสาหัสและเหตุการณ์ของความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำร้ายรับอันตรายสาหัส (มาตรา 297 ถึงมาตรา 298) ความผิดฐานเข้าร่วมข่มขู่ต่อผู้กัน และมีบุคคลอื่นได้รับอันตรายสาหัส (มาตรา 299) ความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส (มาตรา 300)⁹⁷ ความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยประมาท (มาตรา 390) และความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายร่างกาย (มาตรา 391) ซึ่งผู้เขียนจะศึกษาเฉพาะในกรณีของบทบัญญัติ ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 ความผิดฐานทำร้ายร่างกายให้ได้รับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 296 และความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายร่างกายตามมาตรา 391 เท่านั้น

2.5.2 บทบัญญัติความผิดและเหตุการณ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็ก

ความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่น

มาตรา 391 “ผู้ใดใช้กำลังทำร้ายผู้อื่น โดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิด อันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ” องค์ประกอบของฐานความผิดนี้ประกอบไปด้วย⁹⁸ องค์ประกอบภายนอก

ผู้กระทำ คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร กรรมของการกระทำ คือ มนุษย์ผู้อื่น การกระทำ คือ ใช้กำลังทำร้าย

องค์ประกอบภายใน

เจตนาทำร้าย (ใช้กำลังทำร้าย) คือ การที่ผู้กระทำได้กระทำไปโดยรู้ว่ากรรมของการกระทำเป็นมนุษย์ผู้อื่นและผู้กระทำต้องการทำร้ายมนุษย์ผู้นั้น⁹⁹ และไม่ต้องมีผลถึงเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ความปลอดภัยทางร่างกาย มาตรา 391 เป็นความผิดลหุโทษแม้ว่าจะเกี่ยวข้องกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายก็ตาม ด้วยโทษจำคุกน้อยเพียงจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ทั้งที่ลักษณะการกระทำความผิดประกอบกับองค์ประกอบเป็นไปในรูปแบบเดียวกันกับภาคความผิด ไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำร้ายรับอันตรายสาหัส สร้างความเข้าใจผิดต่อบุคคลทั่วไปถึงการกระทำประเภทใดที่จะเข้าข่ายความผิดลหุโทษหรือความผิดทั่วไป และส่งผลกระทบต่อมาถึงความเข้าใจในเรื่องการเปรียบเทียบปรับไปจนความผิดที่สร้างความสับสนต่อการยอมความระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิด

⁹⁷ เพิ่งอ้าง, น.54.

⁹⁸ คณิต ฒ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 37, น.120.

⁹⁹ เพิ่งอ้าง, น.121.

การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายในทางเสื่อมเสียต่อตัวผู้เสียหาย บุคคลนั้นควรได้รับการเยียวยาอย่างเหมาะสม ขณะที่ผู้กระทำความผิดต้องเจ็ดหลายไม่กลับมาก่อทำความผิดซ้ำ การลงโทษที่ก่อให้เกิดความยุติธรรมต่อทั้งสองฝ่าย โทษจำคุกช่วยตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำความผิดได้ก่ออาชญากรรมประเภทนี้ขึ้นมาอีก แต่โทษปรับซึ่งเป็นจำนวนเงินที่ผู้กระทำความผิดต้องชำระจำนวนเงินดังกล่าวชำระให้แก่รัฐซึ่งละลายการฟื้นฟูแก่ผู้เสียหาย แท้จริงแล้วกฎหมายอาญาควรมุ่งไปที่การป้องกันอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นและช่วยแก้ไขความสูญเสียที่มีอย่างเต็มที่ที่สุดมากกว่าแก้ปัญหาที่ปลายเหตุ

ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

มาตรา 295 “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กาย หรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้ที่กระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือ ปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

องค์ประกอบของฐานความผิดนี้ประกอบไปด้วย¹⁰⁰

1. องค์ประกอบภายนอก คือ

ผู้กระทำ คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นผู้ใด กรรมของการกระทำ คือ มนุษย์ผู้อื่น ผู้อื่น ต้องหมายถึง บุคคลธรรมดา มีชีวิต¹⁰¹

การกระทำ คือ การทำร้าย คำว่า “ทำร้าย” ไม่ได้หมายความถึง “ใช้กำลังประทุษร้าย” ตามมาตรา 1 (6) แต่หมายถึง ผู้กระทำผิดมีเจตนาทำให้เสียหาย เป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ไม่ว่าจะเป็นการทำร้ายโดยใช้กำลังหรือไม่ก็ตาม เช่น ล้อหลอกให้เขาตกบันไดบ้าน จนเกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ส่วนใหญ่เป็นการกระทำโดยแรงกายภาพ เช่น การชก ต่อย ทบ ตี ถีบ ตะ กระทุบ ผลัก เหวี่ยง หรือด้วยอาวุธ เช่น ปืน มีด หอก ดาบ ไม้หรืออื่น ๆ ที่สามารถใช้ทำร้าย ให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ รวมทั้งการใช้ยาพิษหรือยาอื่นใดที่สามารถก่อให้เกิดอันตรายแก่กาย หรือจิตใจ¹⁰² เช่น เอาข้าวร้ายมาแจ้งแก่คนที่ เป็นโรคหัวใจการทำร้ายจึงมีความหมายกว้าง ไม่จำกัด วิธีการกระทำจะเป็นการกระทำหรือดเว้นการกระทำด้วยประการใดซึ่งก่อให้เกิดผลเป็นอันตรายแก่ผู้อื่น¹⁰³

2. องค์ประกอบภายใน

¹⁰⁰ เพิ่งอ้าง, น.124.

¹⁰¹ จิตติ ดิงสภักดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2545), น.184.

¹⁰² คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 37, น.125.

¹⁰³ เข็มชัย ชูติวงศ์, เอกสารประกอบการเรียนการสอนวิชากฎหมายอาญา 3 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.41-43

เจตนาทำร้าย คือ การที่ผู้กระทำได้กระทำไปโดยรู้ว่ากรรมของการกระทำเป็น มนุษย์
ผู้อื่นและผู้กระทำต้องการทำร้ายมนุษย์ผู้นั้น¹⁰⁴

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ความปลอดภัยทางร่างกายซึ่งเห็นได้
ชัดเจน เนื่องจากการกระทำที่ยิ่งกว่าการทำมิชอบต่อกายจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือ
จิตใจ เป็นการทำร้ายถึงขั้นเกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้ถูกทำร้าย อันตรายแก่กาย หมายความว่า
ร่างกายได้รับอันตรายเป็นบาดแผล ปราบกฏภายนอกหรือภายในก็ได้ บาดแผลจะมีโลหิตไหล
หรือไม่ก็ได้ ส่วนอันตรายต่อจิตใจ หมายความว่า สมองได้รับความกระทบกระเทือนทำให้จิตใจ
แปรปรวนไปจากปกติ แม้จะไม่ถึงขั้นวิกลจริตก็ตามทั้งนี้การเสียความรู้สึกทางด้านอารมณ์ไม่ถือว่าเป็น
อันตรายต่อจิตใจ¹⁰⁵ แต่ถ้าผลของการกระทำนั้น รุนแรงจนถึงขั้นเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ
ถึงสาหัสก็จะเป็นความผิดในมาตรา 297

ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายนั้น ความผิดฐานนี้มีลักษณะพิเศษที่เป็น
ข้อยกเว้นจากหลักกรรมดา กล่าวคือ เป็นกรณีที่เจตนาของผู้กระทำไม่จำเป็นต้องคลุมถึงผล และถ้าผล
ของการกระทำไม่เกิดขึ้นความผิดก็ไม่สำเร็จ ความผิดฐานนี้จึงอาจมีการพยายามกระทำความผิด
ตามความหมายของมาตรา 80¹⁰⁶ ได้ โดยพิจารณาว่าผู้กระทำมีเจตนาที่จะให้เกิดอันตรายแก่กายหรือ
จิตใจจากการกระทำร้ายของตนหรือไม่ ถ้าผู้กระทำมีเจตนาให้อันตรายเกิดขึ้น แต่กระทำไปไม่
ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผล ผู้กระทำก็มีความผิดฐานพยายามกระทำความผิดฐาน
ทำร้ายร่างกาย ในกรณีที่ผู้กระทำมีอำนาจทำได้ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีต
ประเพณี ผู้กระทำก็ไม่มีผิดตามมาตรานี้ เช่น นายแพทย์ฉีดยาเนื้อร้ายออกจากร่างกายของ
คนไข้โดยคนไข้ยินยอม ส่วนกรณีที่ผู้กระทำมีเจตนาฆ่า ไม่ว่าจะโดยประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล แม้
ผลจะเกิดเป็นอันตรายต่อกายหรือจิตใจ ผู้กระทำไม่ผิดฐานทำร้ายร่างกายแต่ผิดฐานพยายามฆ่าคน
ตาย¹⁰⁷ ด้วยเจตนาที่รุนแรงจึงทำให้ได้รับบทลงโทษที่หนักกว่าความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

¹⁰⁴ คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 37*, น.125.

¹⁰⁵ ทวีพร คงแก้ว, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 89*, น.56.

¹⁰⁶ มาตรา 80 บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล
ผู้นั้นพยายามกระทำ ความผิด

ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับ
ความผิดนั้น”

¹⁰⁷ ทวีพร คงแก้ว, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 89*, น. 56-57.

เหตุกรรจ์ตามมาตรา 296

มาตรา 296 “ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ถ้าความผิดนั้นมีลักษณะประการหนึ่งประการใดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 289 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

การกระทำความผิดตามบทบัญญัติมาตรา 296 มีองค์ประกอบสองประการ คือ
ประการแรก การกระทำจะต้องเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่น ให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 295

ประการที่สอง การกระทำต้องมีลักษณะประการหนึ่งประการใดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 289

ฉะนั้นการกระทำความผิดตามมาตรา 296 นอกจากการกระทำต้องครบองค์ประกอบภายนอกและครบองค์ประกอบภายในเป็นความผิดมาตรา 295 ครบถ้วนทุกประการแล้วผู้กระทำจะต้องกระทำโดยปรากฏพฤติการณ์หรือมูลชักจูงใจประการใดประการหนึ่งหรือหลายประการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 289 ด้วย ซึ่งผู้กระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 จะต้องรับโทษหนักขึ้นกว่ามาตราดังกล่าวบัญญัติไว้ โดยจะต้องเป็นการรับโทษตามมาตรา 296 แทน

สำหรับเหตุกรรจ์ในการกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 นั้น บทบัญญัติในมาตรา 296 ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ โดยได้บัญญัติให้นำเอาเหตุกรรจ์ในการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 289 มาใช้บังคับ โดยอนุโลม ซึ่งเหตุกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น

มาตรา 289 ผู้ใด

(1) ฆ่าบุพการี

(2) ฆ่าเจ้าพนักงาน ซึ่งกระทำการตามหน้าที่หรือเพราะเหตุที่จะกระทำหรือได้กระทำการตามหน้าที่

(3) ฆ่าผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงานในการที่เจ้าพนักงานนั้นกระทำตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่บุคคลนั้นจะช่วยหรือได้ช่วยเจ้าพนักงาน ดังกล่าวแล้ว

(4) ฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

(5) ฆ่าผู้อื่นโดยทรนินหรือโดยกระทำทารุณโหดร้าย

(6) ฆ่าผู้อื่นเพื่อเตรียมการ หรือเพื่อความสะดวกในการที่จะกระทำความผิดอย่างอื่น หรือ

(7) ฆ่าผู้อื่นเพื่อจะเอาหรือเอาไว้ซึ่งผลประโยชน์อันเกิดแต่การที่ตนได้กระทำความผิดอื่นเพื่อปกปิดความผิดอื่นของตนหรือเพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นอาญาในความผิดที่ตนได้กระทำไว้

มาตรา 289 เป็นมาตราที่กำหนดถึงเหตุฉกรรจ์ของความผิดฐานฆ่าผู้อื่น แต่นำเหตุฉกรรจ์ดังกล่าวมาใช้กับการกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายด้วยตามหลักในมาตรา 290 วรรคสอง, มาตรา 296 และมาตรา 298 ซึ่งความตามมาตรา 289 นั้นเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้น ได้มีการแบ่งเหตุฉกรรจ์ได้เป็นหลายลักษณะ¹⁰⁸ เช่น

แนวความคิดที่ 1 เป็นการแบ่งเหตุฉกรรจ์ออกเป็น 2 ประเภท คือ เหตุฉกรรจ์ที่เป็นจุดมุ่งหมายของอาชญากรรม และเหตุฉกรรจ์ที่เกี่ยวข้องกับลักษณะของการกระทำ

แนวความคิดที่ 2 ได้แบ่งเหตุฉกรรจ์ออกเป็น 4 ประเภท คือ เหตุฉกรรจ์ที่คำนึงถึงบุคคลที่ถูกประทุษร้าย, เหตุฉกรรจ์ที่คำนึงถึงลักษณะพิเศษของเจตนา, เหตุฉกรรจ์ที่คำนึงความร้ายแรงของลักษณะวิธีการกระทำ และเหตุฉกรรจ์ที่คำนึงเจตนาพิเศษ

แนวความคิดที่ 3 ได้แบ่งเหตุฉกรรจ์ออกเป็น 4 ประเภท คือ เหตุฉกรรจ์เกี่ยวกับลักษณะของผู้ถูกระทำ, เหตุฉกรรจ์เกี่ยวกับเจตนาของผู้กระทำ, เหตุฉกรรจ์เกี่ยวกับวิธีที่กระทำ และเหตุฉกรรจ์เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจ

จะเห็นได้ว่า เหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นสามารถที่จะแบ่งออกได้หลายประเภทแตกต่างกันไป ซึ่งการบัญญัติเหตุฉกรรจ์โดยอาศัยองค์ประกอบดังกล่าวเป็นการแสดงให้เห็นว่า แนวคิดในการลงโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์นั้นเป็นการลงโทษที่ยึดหลักการลงโทษแบบตาต่อตาฟันต่อฟันที่มุ่งเน้นในเรื่องของการตอบแทนความร้ายแรงของการกระทำความผิดตามแนวความคิดของสำนักอาชญาวิทยาแบบดั้งเดิม ซึ่งถือว่าความหนักเบาของการลงโทษนั้นจะต้องกำหนดตามความร้ายแรงของอันตรายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดของผู้กระทำแต่ละบุคคล โดยอันตรายดังกล่าวที่เกิดขึ้นนั้นสามารถวัดได้จากจิตความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น โดยซีซาร์ แบคคาเรียได้กล่าวไว้ว่า กฎหมายที่จะพึงนำมาใช้เพื่อป้องกันการกระทำความผิดนั้นจะต้องมีความรุนแรงตามระดับของจิตจำกัดที่การกระทำนั้นได้ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยแบคคาเรียเห็นว่า การรับโทษหนักขึ้นตามเหตุฉกรรจ์นั้นเป็นการลงโทษเพื่อประโยชน์ของสังคมที่ยึดมั่นในหลักของความยุติธรรม

จากที่กล่าวมาข้างต้นเป็นการแสดงให้เห็นว่า แนวคิดในเรื่องของเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษหนักขึ้นนั้นถือเป็นการลงโทษตามวัตถุประสงค์ในการลงโทษแบบแก้แค้นทดแทนการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น โดยนำเอาหลักในเรื่องขององค์ประกอบต่างๆมาประกอบการกำหนดโทษหนักขึ้นด้วย แต่ทั้งนี้หากพิจารณาถึงในเรื่องของการกระทำผิดที่กระทำต่อผู้ที่มีความเปราะบางและอ่อนแออย่างการทำร้ายร่างกายต่อเด็กผู้ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความอ่อนแอ

¹⁰⁸ คณิต ฒ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 37*, น.128-12.

ทั้งทางสภาพร่างกายและอายุนั้นก็ถือเป็นการกระทำความผิดอย่างหนึ่งที่มีความโหดร้ายและรุนแรงเป็นอย่างมาก แต่กลับมิได้มีการกำหนดให้การกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวเป็นเหตุจรรยาที่ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นแต่อย่างใด ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกำหนดเหตุจรรยาที่แม้จะมีการนำเอาลักษณะของผู้ถูกกระทำมาเป็นองค์ประกอบในการกำหนดโทษให้หนักขึ้นนั้นแต่การกำหนดเหตุจรรยาดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมอีกหลายกรณีที่มีลักษณะของการกระทำที่ทำร้ายแรงและมีความเป็นอันตรายได้แก่ การใช้อาวุธ หรือวัตถุที่ก่อให้เกิดอันตรายประการอื่น¹⁰⁹ และมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะคุ้มครองและป้องกันสิทธิของผู้ถูกกระทำที่เป็นเด็ก

2.5.3 บทบัญญัติกำหนดความผิดและเหตุจรรยาในความผิดที่กระทำต่อเด็ก

บทบัญญัติและเจตนารมณ์ของความผิดที่กระทำต่อเด็กตามกฎหมายอาญานั้น มีกำหนดไว้อย่างชัดเจนและครอบคลุมในฐานะความผิดเกี่ยวกับเพศ เรื่องการกระทำชำเราเด็กที่ได้มีการกำหนดให้มีการกระทำต่อเด็ก, การกระทำโดยใช้อาวุธ การกระทำต่อผู้สืบสันดาน และผู้อยู่ในความปกครองเป็นการกระทำที่จะทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น โดยมีหลักการสำคัญดังต่อไปนี้

การกระทำชำเราเด็ก

มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

¹⁰⁹ อัจฉริยา ชูตินันท์, “การกำหนดเหตุจรรยาเกี่ยวกับการกระทำที่ใช้วิธีการที่ร้ายแรงและเป็นอันตรายกว่าทำร้ายร่างกายผู้อื่นกรณีธรรมดาให้ต้องระวางโทษหนักขึ้น,” วารสารสุทธิปริทัศน์, ฉบับที่ 1, ปีที่ 35, น.14 (มกราคม-มีนาคม 2564).

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม ศาลที่มีอำนาจพิจารณา คดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกระทำความผิดด้วย

ในกรณีที่ได้มีการดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแล้ว ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ แต่ถ้าการคุ้มครองสวัสดิภาพดังกล่าวไม่สำเร็จ ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงเหตุตามวรรคห้าด้วย

บทบัญญัติตามมาตรา 277 เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงความผิดไว้ 2 ฐานคือ ความผิดฐานกระทำชำเราต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี และความผิดฐานกระทำชำเราต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี¹¹⁰ โดยมีหลักการดังนี้

1) การกระทำชำเราต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี เป็นความผิดตามมาตรา 277 วรรคแรกโดยมี คุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งเน้นในการคุ้มครองสิทธิในความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็ก ซึ่งองค์ประกอบของความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติในมาตราดังกล่าว มีดังนี้¹¹¹

(1) องค์ประกอบภายนอกโดยองค์ประกอบภายนอกตามมาตรา¹¹²นี้คือ การที่บุคคลได้กระทำชำเราต่อเด็กที่มีอายุยังไม่เกิน 15 ปี และเด็กนั้นก็ไม่ใช่ภรรยาของตน การคุ้มครองเด็กตามมาตรา¹¹³นี้เป็นแนวความคิดใหม่ที่ได้นำหลักเรื่องของการไม่ ควรอ้างความยินยอมไม่ยินยอมของเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปีขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุบรรเทาโทษ เนื่องจากการตัดสินใจของเด็กนั้นยังน้อยและอำนาจในการให้ความยินยอมที่ไม่บริบูรณ์เพราะ ด้วยอายุที่น้อยเกินไปและยังมีวุฒิภาวะที่ไม่เพียงพอที่จะตัดสินใจว่าจะยอมหรือไม่ยอมเรื่อง อะไร ดังนั้น ความยินยอมของเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี จึงไม่ใช่ข้อสำคัญและแม้การกระทำชำเราเด็กนั้นจะได้รับความยินยอม การกระทำดังกล่าวก็เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาตามมาตรา 277 อยู่ดี ซึ่งสามารถสรุปได้ว่าอายุของเด็กถือเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา¹¹⁴นี้ด้วย

(2) องค์ประกอบภายใน สำหรับองค์ประกอบภายในตามมาตรา¹¹⁵นี้ คือ การกระทำโดยมีเจตนาที่จะกระทำชำเราต่อเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี การกระทำโดยเจตนา¹¹⁶นั้นเป็นการกระทำโดยรู้

¹¹⁰ คณิต ฒ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรม*ที่ 37, น.531 - 532.

¹¹¹ *เพิ่งอ้าง*, น.533 - 534.

ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และการกระทำดังกล่าวยังต้องเป็นการกระทำที่ผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมถึงเห็นผลด้วย ดังนั้น การกระทำโดยมีเจตนากระทำชำเราต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีจึงหมายความว่า การที่ผู้กระทำรู้ว่าได้กระทำชำเราต่อเด็ก และเด็กนั้นไม่ใช่ภรรยาของตน รวมถึงผู้นั้นต้องประสงค์กระทำชำเราแก่เด็กด้วย จึงสามารถสรุปได้ว่า ผู้กระทำจำต้องรู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุของเด็กด้วย เนื่องจากอายุของเด็กถือเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิด

2) การกระทำชำเราต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี เป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 วรรคสอง โดยมีองค์ประกอบของความผิดดังนี้¹¹²

(1) องค์ประกอบภายนอก สำหรับองค์ประกอบภายนอกมาตรา 277 วรรคสองนี้คือ การที่บุคคลได้กระทำชำเราต่อเด็กอายุยังไม่เกิน 13 ปี โดยมีอายุของเด็กเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด อีกทั้งยังใช้หลักการเกี่ยวกับการกระทำชำเราต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีในเรื่องของการที่เด็กจะยินยอมหรือไม่ยินยอมให้กระทำชำเราต่อตนด้วย จึงทำให้ผู้กระทำผิดจะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 277 วรรคสองนี้ด้วยแม้เด็กจะให้ความยินยอมก็ตาม

(2) องค์ประกอบภายใน มาตรา 277 วรรคสองนี้มีองค์ประกอบภายในคือ การกระทำโดยเจตนา โดยหมายถึงการที่ผู้กระทำได้รับรู้ว่าเด็กที่ตนกระทำชำเรามีอายุไม่เกิน 13 ปี และเด็กนั้นไม่ใช่ภรรยาของตน รวมถึงผู้กระทำต้องประสงค์กระทำชำเราแก่เด็กด้วย

จะเห็นได้ว่า การกระทำชำเราต่อเด็กนั้นเป็นการกระทำที่ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นกว่าการกระทำชำเราต่อบุคคลโดยทั่วไป โดยมีความมุ่งเน้นในการคุ้มครองสิทธิเด็กให้ได้รับการป้องกันและดูแลอย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งในมาตราดังกล่าวยังมีการแบ่งช่วงอายุโดยคำนึงถึงพัฒนาการและความพร้อมทั้งทางร่างกายและจิตใจของเด็กที่ได้รับความเสียหายว่าการที่ช่วงอายุของเด็กต่างกันนั้นเด็กย่อมได้รับความเสียหายที่มากน้อยแตกต่างกัน จึงเป็นเหตุให้มีการกำหนดให้การกระทำชำเราต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีและอายุไม่เกิน 13 ปีนั้นผู้กระทำผิดจะต้องได้รับโทษที่แตกต่างกัน อีกทั้งยังมีการกำหนดในเรื่องของการไม่นำเอาความยินยอมของเด็กมาอ้างให้ผู้กระทำได้รับการยกเว้นโทษหรือได้รับการบรรเทาโทษ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงการตระหนักถึงสิทธิและความคุ้มครองที่เด็กควรจะได้รับ

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการกระทำชำเราเด็กกับการทำร้ายร่างกายเด็กจะเห็นได้ว่า การกระทำผิดต่อเด็กทั้งสองความผิดนี้เป็นการกระทำที่ได้กระทำในลักษณะเป็นการทำร้ายต่อเด็กเช่นกัน จึงทำให้ผู้ตีความเห็นว่า การกำหนดความผิดและเหตุฉกรรจ์ในกรณีการทำร้ายร่างกายเด็กตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ควรที่จะนำเอาเจตนารมณ์ และหลักการตามมาตรา 277 มาปรับใช้ใน

¹¹² คณิต ฅ นคร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 37*, น.537 – 538.

การกำหนดหลักการสาระสำคัญและเงื่อนไขต่างๆที่ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นจากการทำร้ายร่างกายเด็ก ซึ่งจะเป็นการทำให้การกำหนดความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็กนั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น¹¹³



¹¹³ นภาพรณ ปานศรีแก้ว, “เหตุการณ์ที่กระทำต่อเด็กและเยาวชนการทำร้ายร่างกายเด็ก,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2560), น.50-25.

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดความผิดและโทษทางอาญากรณีทำ ร้ายร่างกายเด็กของต่างประเทศเปรียบเทียบกับประเทศไทย

ในบทนี้จะศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดความผิดและโทษทางอาญากรณีทำร้ายร่างกายเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้กำหนดความผิดและโทษทางอาญากรณีทำร้ายร่างกายเด็กเป็นกรณีพิเศษแตกต่างไปจากกลุ่มบุคคลทั่วไป ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกลุ่มต่างประเทศแล้ว บทกฎหมายต่างประเทศได้กำหนดคุ้มครองเด็กในกรณีทำร้ายร่างกายเด็กไว้เป็นกรณีพิเศษแตกต่างจากกลุ่มบุคคลทั่วไป ดังนั้นผู้ศึกษาจึงมีความประสงค์ทำการเปรียบเทียบกฎหมายในการกระทำความผิดและโทษทางอาญากรณีทำร้ายร่างกายเด็กโดยนำบทกฎหมายของประเทศไทยไปทำการเปรียบเทียบกับบทกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อให้เห็นความแตกต่างในด้านกฎหมายอาญา และเพื่อเป็นเหตุผลในการพัฒนาประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ยังไม่ได้มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง เกี่ยวกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็กให้เกิดความเหมาะสมทัดเทียมเท่าทันกับนานาประเทศเพื่อเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม

3.1 ประเทศอังกฤษ

ความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็กของประเทศไทยที่ใช้ระบบ Common Law ระบบคอมมอนลอว์มักจะหมายถึงกฎหมายที่มีเนื้อหา หรือมีที่มาจากคำพิพากษา ซึ่งเรียกว่ากฎหมายจากคดีพิพากษา (Case law) เพื่อแสดงความแตกต่างจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory law) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ แม้ประเทศในระบบคอมมอนลอว์จะไม่ได้ยึดถือที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นลำดับแรก แต่ปฏิเสธไม่ได้เลยว่าอิทธิพลของตัวบทกฎหมายนั้นมีความสำคัญต่อการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาล เป็นเหตุให้บางเรื่องต้องมีการบัญญัติเป็นประมวลกฎหมายหรือพระราชบัญญัติ อย่างไรก็ตาม ความผิดตามคอมมอนลอว์ (Common law) ก็แทบจะไม่มีปรากฏให้เห็น เนื่องจากความพยายามของรัฐสภาที่ออกกฎหมายรวมเอาความผิดตามกฎหมายคอมมอนลอว์เดิมมารวบรวมไว้ในตัวบทแทน เพื่อความ

สะดวกในการปรับใช้สำหรับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปให้มีความครอบคลุม ครอบคลุม ครอบคลุมในรายละเอียด อุดช่องว่างของกฎหมายและสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ พระบอมนลอร์วี่มักจะหมายถึงกฎหมายที่มีเนื้อหา หรือมีที่มาจากคำพิพากษา ซึ่งเรียกว่ากฎหมายจากคดีพิพาท (Case law) เพื่อแสดงความแตกต่างจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory law) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ แม้ประเทศในระบบคอมมอนลอร์วี่จะไม่ได้ยึดถือที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นลำดับแรก แต่ปฏิเสธไม่ได้เลยว่าอิทธิพลของตัวบทกฎหมายนั้นมีความสำคัญต่อการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาล เป็นเหตุให้บางเรื่องต้องมีการบัญญัติเป็นประมวลกฎหมายหรือพระราชบัญญัติ อย่างไรก็ตาม ความผิดตามคอมมอนลอร์วี่ (Common law) ก็แทบจะไม่มีปรากฏให้เห็น เนื่องจากความพยายามของรัฐสภาที่ออกกฎหมายรวมเอาความผิดตามกฎหมายคอมมอนลอร์วี่เดิมมารวบรวมไว้ในตัวบทแทน¹¹⁴ เพื่อความสะดวกในการปรับใช้สำหรับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปให้มีความครอบคลุม ครอบคลุม ครอบคลุมในรายละเอียด อุดช่องว่างของกฎหมายและสามารถบังคับใช้ได้ อย่างมีประสิทธิภาพ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ยึดถือคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก นำมาใช้เป็นแนวทางในการตัดสินคดีโดยเฉพาะเรื่องสำคัญ ทำให้มีการตราเป็นพระราชบัญญัติดังเช่นเรื่องทำร้ายร่างกาย ซึ่งปรากฏในพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 1988 และพระราชบัญญัติความผิดต่อบุคคล ค.ศ. 1861 ฉบับบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นแบ่งออกเป็นสามระดับ คือ ระดับที่หนึ่ง การทำร้ายร่างกายธรรมดา (assault and battery) ตามมาตรา 39 ของพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 1988 ระดับที่สองเป็นการทำร้ายร่างกายให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ (assault occasioning actual bodily harm) ตามมาตรา 47 ของพระราชบัญญัติความผิดต่อบุคคล ค.ศ. 1861 และระดับที่สามเป็นการทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้เกิดบาดแผลหรือได้รับอันตรายสาหัส (wounding and grievous bodily harm)¹¹⁵ ของพระราชบัญญัติความผิดต่อบุคคล ค.ศ. 1861 ตามมาตรา 18 และมาตรา 20

ความผิดต่อร่างกายตามแนวคิดทางกฎหมาย มีการแบ่งประเภท¹¹⁶ จากคำว่า Assault เดิมเป็นคำมาจากภาษาละติน คือ Ad + Saltare ความหมายทั่วไป หมายถึง การทำร้ายร่างกาย ส่วน

¹¹⁴ อากัสรา ศิริวัฒนา, “ขอบเขตของอันตรายแก่กายหรือจิตใจในความผิดต่อร่างกาย,” (วิทยานิพนธ์ มหาลัยมหิดล คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), น.29.

¹¹⁵ ทวีพร คงแก้ว, “เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย,” (วิทยานิพนธ์ มหาลัยมหิดล คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), น.79.

¹¹⁶ อากัสรา ศิริวัฒนา, *อ้าวแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น.30.

ความหมายเฉพาะกลับมีความหมายถึงการขู่ว่าจะใช้กำลังทำร้ายร่างกายผู้อื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะมีการทำร้ายหรือการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายเกิดขึ้นจริงหรือไม่ ไม่ใช่เรื่องสำคัญ แต่ลักษณะการข่มขู่ต้องถึงขนาดที่ผู้ถูกข่มขู่เกิดความกลัวว่าจะมีการใช้กำลังทำร้ายร่างกายต่อตนในขณะนั้นในความหมายใหม่แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ Psychic Assault กับ Physical Assault

Psychic Assault คือ การขู่ว่าจะใช้กำลังทำร้ายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในทันทีทันใดนั้น อาจกระทำโดยเจตนาหรือประมาทก็ได้ ความหมายของ Psychic Assault ยังคงความหมายลักษณะเดิม ไม่ว่าจะเป็นการกระทำหรือคำพูดก็อาจเป็นการข่มขู่ว่าจะใช้กำลังทำร้าย โดยไม่ต้องพิจารณาไปถึงว่ามีเหตุการณ์เกิดขึ้นหรือไม่ แต่การข่มขู่ต้องปรากฏขึ้นในเวลาหรือสถานะที่ผู้ถูกขู่รู้ถึงการข่มขู่ และเชื่อว่าจะถูกทำร้ายร่างกายในทันทีทันใดนั้นจนเกิดความหวาดกลัวนอกจากนั้นในการขู่ว่าจะใช้กำลังทำร้าย ผู้ขู่จะต้องอยู่ในระยะที่ทำให้ผู้ถูกขู่เชื่อว่าจะสามารถทำร้ายได้ด้วย เช่นเดียวกับการขู่ว่าจะทำร้ายในอนาคตก็ไม่ถือเป็นความผิดตามการข่มขู่นี้ กรณี ใช้คำพูดเพื่อข่มขู่คำพูดต้องถึงระดับด้วย¹¹⁷

Psychic Assault ตามคำอธิบายทางตำราสมัยเก่าให้รวมถึงการพยายามทำร้ายร่างกายไปด้วย อย่างไรก็ตามความผิดทั้งสองประเภทเป็นความผิดคนละฐานกัน เนื่องจาก Psychic Assault มีเพียงเจตนาขู่ให้ผู้ถูกขู่เกิดความหวาดกลัว แต่ไม่ได้ต้องการทำร้าย แต่การพยายามทำร้ายร่างกายมีการกระทำเกิดขึ้นแต่ผลยังไม่สำเร็จ โดยที่ผู้ถูกกระทำไม่ได้หวาดกลัวหรือรับรู้ถึงอันตรายที่เกิดขึ้นเลย¹¹⁸

ส่วน Physical Assault หมายถึง การใช้กำลังทำร้ายร่างกาย อาจจะเป็นการใช้กำลังเพียงเล็กน้อยก็เพียงพอที่จะเป็นความผิด การกระทำที่แสดงออกอาจจะกระทำโดยการใช้แสงสว่าง ความร้อน ไฟฟ้าหรือก๊าซในปริมาณที่ทำให้ผู้ถูกทำร้ายเกิดความเจ็บป่วยก็ได้ รวมถึงการตีถูกเสื้อผ้าที่ผู้ถูกทำร้ายสวมใส่แม้จะเป็นเหตุเพียงให้เสื้อผ้าก็ตาม แต่การใส่ยาพิษลงไปในกาแฟให้ดื่มจนเจ็บป่วยไม่เป็นความผิดแต่อย่างใด การกระทำโดยการใช้กำลังทำร้ายร่างกายไม่จำเป็นว่าผู้ถูกกระทำจะต้องมีความกลัวหรือรู้ถึงการทำร้ายร่างกายมาก่อนเกิดขึ้นหรือไม่ ฉะนั้น การทำร้ายจากด้านหลังจึงเป็นความผิดฐานนี้ได้¹¹⁹

การใช้กำลังทำร้ายร่างกายอาจไม่จำเป็นต้องสัมผัสโดยตรงต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำ เช่น การขูดหลุมพรางให้ตกไป การปล่อยสุนัขไปกัดผู้อื่นหรือการใช้ก้อนหินขว้างมาที่

¹¹⁷ J.C. Smith and Brian Hogan, Criminal Law, (London: Williams Clowes & Sons Limited, 1978), p. 351- 352.

¹¹⁸ อากัสรา สิริวัฒนา, อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.31-32.

¹¹⁹ เพิ่งอ้าง, น.32.

ผู้อื่นที่อยู่เพื่อให้มีวาทะใจและสัดผู้้นตกลงมาก็ถือเป็นความผิด ส่วนการสัมผัสร่างกายในลักษณะธรรมดา (ordinary social contact) เช่น การทักทาย ไม่ถือว่าเป็นความผิดในกรณีที่กระทำโดยสุจริต แต่ถ้ากระทำด้วยความโกรธหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะหนักเบาเพียงใดก็เป็นความผิด¹²⁰

ประเทศอังกฤษได้แบ่งประเภทความผิดตามกระบวนการดำเนินคดีแทนการแบ่งเป็น Felonies และ Misdemeanors โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ¹²¹

(1) ความผิดอาญาประเภท Indictable Offence คือความผิดอาญาที่ต้องไต่สวนมูลฟ้องก่อนแล้วจึงจะมีการฟ้องร้องต่อศาลสูงโดยคณะลูกขุน ความผิดประเภทนี้ได้แก่ ความผิดประเภท Tresons, Felonies และ Misdemeanors

(2) ความผิดอาญาประเภท Petty Offence ปัจจุบันเรียกว่า Summary Offence คือความผิดที่ไม่ต้องไต่สวนมูลฟ้อง เป็นความผิดที่อยู่ในลำดับที่เบาที่สุดมีฐานะเป็นความผิดอาญา เช่นเดียวกับความผิดประเภท Indictable Offence

ในประเทศอังกฤษคำว่า “ความผิดอาญา” (Crime) ในความหมายอย่างกว้างมีความหมายครอบคลุมทั้งความผิดประเภท Indictable Offence และ Summary Offence แต่ในทางปฏิบัติก็ไม่มีเรียก Summary Offence ว่าเป็นความผิดอาญา เพราะเห็นว่าเป็นคำที่รุนแรงเกินกว่าที่จะนำมาใช้กับความผิดประเภทนี้ และแม้กระทั่งกับความผิดที่ร้ายแรงก็แทบจะไม่ใช้คำว่าความผิดอาญา ใช้แต่เพียงคำว่า “ความผิด” (Offence) เท่านั้น¹²²

ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ.1988¹²³

พระราชบัญญัติฉบับนี้วางหลักการการทำร้ายร่างกายธรรมดาโดย assault (common assault) และ battery (common battery) เป็นความผิดที่แยกจากกัน assault จะเป็นความผิดต่อเมื่อกระทำลงด้วยเจตนาหรือประมาทโดยรู้ตัวและเป็นเหตุให้ผู้อื่นเข้าใจว่าในทันทีทันใดนั้นผู้กระทำ ความผิดจะใช้กำลังประทุษร้ายโดยมิชอบด้วยกฎหมายต่อร่างกายของผู้อื่นส่วนความผิด battery จะหมายถึงเฉพาะการใช้กำลังโดยมิชอบด้วยกฎหมายต่อร่างกายของผู้อื่น¹²⁴เป็นไปตามมาตรา 39¹²⁵

¹²⁰ J.C. Smith and Brian Hogan, *Supra note 4*, p. 141.

¹²¹ ประเสริฐ มนูกิจ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาชญาของอังกฤษ ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร: อกรสภาการ, 2475), น.1-2.

¹²² Granville William, *Textbook of Criminal Law*, (London : Stevens and sons, 1978), p.8-9.

¹²³ Criminal Justice Act 1988

¹²⁴ ทวีพร ดวงแก้ว, *อ่างแล้ว เจริงรรถที่ 2*, น.79.

¹²⁵ Section 39: Common assault and battery to be summary offences.

ได้กำหนดความรับผิดชอบทำร้ายร่างกายบุคคลทั่วไปให้ต้องระวางโทษจำคุกสูงสุด 6 เดือน ปรับไม่เกิน 5,000 ปอนด์หรือทั้งจำทั้งปรับ อย่างไรก็ตามตามมาตรา 45¹²⁶ ได้กำหนดว่าการกระทำใดเป็นการทำร้ายร่างกายเด็กต่ำกว่า 16 ปี ให้ระวางโทษจำคุก 2 ปี ซึ่งเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษก็ได้มีการกำหนดคุ้มครองเด็กโดยกำหนดบทลงโทษในกรณีทำร้ายร่างกายเด็ก ซึ่งกฎหมายอาญา Criminal Justice Act 1988 มาตรา 45 ที่ใช้ประกอบโดยอ้างถึง The M21 children and Young Persons Act 1933 In Section 1(1)(a) ซึ่งกล่าวถึงการจงใจทำร้ายร่างกาย ละเลย ละทิ้ง ทารุณ หรือทำให้เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ถูกทำร้าย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 16 ปี¹²⁷

พระราชบัญญัติความผิดต่อบุคคล ค.ศ.1861¹²⁸

พระราชบัญญัติความผิดต่อบุคคล ค.ศ.1861 เป็นพระราชบัญญัติที่มีขึ้นโดยรัฐสภาของสหราชอาณาจักรบริเวินใหญ่และไอร์แลนด์ รวบรวมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดต่อบุคคลจากพระราชบัญญัติฉบับก่อนหน้าทั้งหมดเพื่อสะดวกต่อการบังคับใช้เป็นพระราชบัญญัตินับเดียว พระราชบัญญัติฉบับนี้รวบรวมฐานความผิดจากชั้นที่ร้ายแรงที่สุดคือฆาตกรรม ทำร้ายร่างกายรวมถึงความผิดฐานอื่นที่ไ่ระดับความร้ายแรงเริ่มต้นจากระดับที่มากที่สุดอันมีผลกระทบต่อสังคมในวงกว้าง

“(1) Common assault and battery shall be summary offences and a person guilty of either of them shall be liable to a fine not exceeding level 5 on the standard scale, to imprisonment for a term not exceeding six months, or to both.

(2) Subsection (1) is subject to section 1 of the Assaults on Emergency Workers (Offences) Act 2018 (which makes provision for increased sentencing powers for offences of common assault and battery committed against an emergency worker acting in the exercise of functions as such a worker).”

¹²⁶ Increase in maximum term of imprisonment for cruelty to children and young persons.

(1) In section 1(1)(a) of the M1Children and Young Persons Act 1933 (under which the maximum term of imprisonment for cruelty to persons under 16 is two years) and in section 12(1)(a) of the M2Children and Young Persons (Scotland) Act 1937 (which makes corresponding provision for Scotland), for “two” there shall be substituted “ten”.

(2) Nothing in subsection (1) above shall affect the punishment for an offence committed before this section comes into force.

¹²⁷ พิชวุฒิ เปี่ยมธรรมโรจน์, “การกำหนดความรับผิดชอบและโทษทางอาญา:ศึกษากฎหมายความผิดต่อชีวิตร่างกายของเด็ก,” วารสารบัณฑิตศึกษา, ปีที่ 17, ฉบับที่ 76, น.24.

¹²⁸ The Offences Against the Person Act 1861

หมวดที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายมีอยู่สองหมวดด้วยกัน คือ หมวดสอง การกระทำที่มีแนวโน้มจะก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายและอันตรายที่ถึงแก่ชีวิต กับหมวดสามเป็น เรื่องการทำร้ายร่างกาย บทบัญญัติจัดลำดับตามความร้ายแรงส่งผลกระทบต่อสังคมจากสูงสุด ลดหลั่นตามลำดับลงไป¹²⁹

ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 18¹³⁰ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต นอกจากจะมีเจตนาให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส แล้ว ต้องมีผลซึ่งเป็นอันตรายสาหัสเกิดขึ้นจากการกระทำความผิด ผู้กระทำความผิดจึงต้องรับโทษ เหตุที่เป็นความผิดประกอบไปด้วยการทำให้เกิดบาดแผลและการก่อให้เกิดอันตรายสาหัส ส่วนมาตรา 20¹³¹ ประกอบด้วยการทำให้เกิดบาดแผลและการทำร้ายจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส¹³² แม้ว่าจะเป็นการทำให้อื่นได้รับอันตรายสาหัสแต่เป็นกรณีที่มีความเสียหายนั้น เป็นไปมากกว่าความตั้งใจของผู้กระทำความผิด คือผู้กระทำความผิดมิได้มีเจตนาถึงขั้นนั้น เพราะ มาตรา 18 กล่าวไว้แล้วว่าผู้กระทำความผิดมีทั้งเจตนาและผลที่เกิดขึ้นไปตามเจตนา หรือในบางกรณีเป็นการกระทำที่มีความรุนแรงน้อยกว่ามาตรา 18 บทลงโทษจึงไม่ถึงขั้นจำคุกตลอดชีวิต เป็นเพียงการลงโทษให้ทำงานหนัก เพื่อให้สอดคล้องต่อเจตนาและความเสียหายที่เกิดขึ้น จะเห็นได้ว่าเจตนาในการกระทำความผิดของมาตรา 18 และมาตรา 20 แตกต่างกัน นอกจากนั้นการเกิดอันตรายสาหัสตาม มาตรา 18 ยังมีขอบเขตกว้างกว่ามาตรา 20 เพราะตามมาตรา 18 นั้นไม่ว่าการกระทำใด ๆ

¹²⁹ บุญยวีร์ บุญณรงค์, “การวิเคราะห์พื้นฐานความผิดฐานทำร้ายร่างกาย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562), น.79-82.

¹³⁰ The Offences Against the Person Act 1861, Acts causing or tending to cause Danger to Life or Bodily Harm, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/24-25/100/contents>.

Section 18: Shooting or attempting to shoot, or wounding with intent to do grievous bodily harm.

“Whosoever shall unlawfully and maliciously by any means whatsoever wound or cause any grievous bodily harm to any person, with intent, to do some grievous bodily harm to any person, or with intent to resist or prevent the lawful apprehension or detainer of any person, shall be guilty of felony, and being convicted thereof shall be liable to be kept in penal servitude for life.”

¹³¹ Section 20: Inflicting bodily injury, with or without weapon.

“Whosoever shall unlawfully and maliciously wound or inflict any grievous bodily harm upon any other person, either with or without any weapon or instrument, shall be guilty of a misdemeanor, and being convicted thereof shall be liable to be kept in penal servitude.”

¹³² อากัสรา ศิริวัฒนา, *อั้งแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.34.

ที่ก่อให้เกิดอันตรายสาหัสก็ถือเป็นความผิดแล้ว แต่มาตรา 20 จะต้องมีการทำร้ายจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายสาหัสจึงจะเป็นความผิด¹³³

3.2 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมีรัฐบาลส่วนกลาง แม้ว่าจะมีการกระจายอำนาจไปยังภูมิภาคที่มี 22 ภูมิภาค 95 แผนกและเทศบาล 36,000 แห่ง ซึ่งแต่ละแห่งก็สามารถได้รับประโยชน์จากรัฐบาลกลางในขณะที่ยังคงมีเอกราชจำนวนหนึ่ง¹³⁴

ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสยึดถือหลักความเป็นเอกภาพของระบบยุติธรรมทางแพ่งและทางอาญาซึ่งหมายความว่าศาลเดียวกันสามารถพิจารณาทั้งคดีอาญาและคดีแพ่ง ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสมีการพัฒนาตามยุคสมัยอย่างต่อเนื่อง เริ่มตั้งแต่ยุคก่อตั้งประเทศจนถึงศตวรรษที่ 16 เป็นยุคที่สะท้อนถึงปฏิกริยาจากเอกชน กระบวนการฟ้องร้องก็เกิดขึ้นในสมัยนี้เช่นกัน ศตวรรษที่ 16 ถือเป็นยุคสำคัญของปฏิกริยาสาธารณะ เกิดระบบการพิจารณาคดีขึ้น ซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาคดีลับ ดังนั้นการปราบปรามและความเด็ดขาดในกระบวนการยุติธรรมและกฎหมายจึงเป็นลักษณะสำคัญของระบอบการปกครองก่อนปี ค.ศ. 1789 หลังจากการปฏิวัติในปี ค.ศ. 1789 ระบบตุลาการได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยได้รับแรงบันดาลใจจากกฎหมายอังกฤษซึ่งออกกฎหมายเกี่ยวกับหลักการของความผิดและการลงโทษ

สมัยกฎหมายอาญาของจักรพรรดิปรากฏประมวลกฎหมายสองฉบับคือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาปี ค.ศ.1808 และประมวลกฎหมายอาญาของปี ค.ศ.1810 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเกิดขึ้นจากการผสมระหว่างกระบวนการสอบสวนและกระบวนการ กล่าวหา ในส่วนของประมวลกฎหมายอาญานั้นส่งผลให้เกิดการจำแนกความผิดอย่างชัดเจน

การปฏิรูปที่สำคัญเกิดขึ้นในไม่กี่ทศวรรษที่ผ่านมา ในปี ค.ศ.1958 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้เข้ามาแทนที่ประมวลกฎหมายคำสั่งทางอาญา และในวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ.1992 เสนอประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ มีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 เดือนมีนาคม ค.ศ.1994 โดยประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่นี้ยังคงหลักการของประมวลกฎหมายอาญาปี ค.ศ.1810 เรื่องการแบ่งประเภทความผิดอาญาออกเป็น 3 ระดับ คือ อุกฤษฏ์โทษ มัธยโทษและ ลหุโทษ อีกทั้งกำหนดประเด็นใหม่ เช่น ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล การพัฒนาโทษทางเลือก แทนที่การ

¹³³ J.C. Smith and Brian Hogan, *Supra note 4*, p. 340.

¹³⁴ Jacques Borricand, "World Factbook of Criminal Justice Systems," Accessed: 30 March 2022.

ลิดรอนสิทธิเสรีภาพ เพิ่มบทลงโทษมากขึ้นสำหรับอาชญากรผู้ประกอบอาชญากรรมรุนแรง รวมทั้งกำหนดอาชญากรรมประเภทใหม่ เช่น ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นอยู่ในสถานการณ์อันตราย ฐานก่อการร้ายทางระบบนิเวศ ฐานล่วงละเมิดทางเพศ รวมถึงอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ.1810¹³⁵

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ.1810 ซึ่งปัจจุบันถูกยกเลิกไปแล้วทั้งฉบับโดยการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ ค.ศ. 1994 ถ้อยคำที่แสดงถึงความผิดต่อร่างกายจะใช้คำว่า “กระทำประทุษร้าย” โดยไทยก็รับเอาถ้อยคำนี้ไปใช้สำหรับการทำร้ายร่างกาย มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายดังต่อไปนี้ คือ

1. กระทำประทุษร้ายจนเป็นเหตุให้ได้รับบาดเจ็บหรือโดนทุบตี จนเจ็บป่วยหรือไม่สามารถประกอบกรงานได้นานกว่ายี่สิบวัน ตามมาตรา 309¹³⁶ ระวังโทษด้วยการขังเดี่ยว

2. กระทำประทุษร้ายจนเป็นเหตุให้ได้รับบาดเจ็บหรือโดนทุบตี จนเจ็บป่วยหรือไม่สามารถประกอบกรงานได้นานกว่ายี่สิบวัน โดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามมาตรา 310¹³⁷ ระวังโทษใช้แรงงานหนัก

3. กระทำประทุษร้ายตามมาตรา 309 มาตรา 310 มาตรา 311 ต่อบุพการีไม่ว่าตามกฎหมายหรือตามความเป็นจริง หรือผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้แทนโดยชอบธรรมตามมาตรา 312¹³⁸ ต้องระวังโทษขังเดี่ยวหรือโทษใช้แรงงานหนักหรือใช้แรงงานหนักตลอดชีวิต

¹³⁵ France: Penal Code of 1810

¹³⁶ France: Penal Code of 1810, PENAL CODE.BOOK THE THIRD Of CRIMES and DELICT, and of their PUNISHMENT, TITLE II-Crimes and Delicts against Individuals, HAPTER I-Crimes and Delicts against the Person, SECTION I-Murder and other Capital Crimes-Threats of Bodily Injury. § II. Wilful Wounds, and Blows, not amounting to Murder, and other wilful Crimes and Delicts. (https://www.napoleonseries.org/research/government/france/penalcode/c_penalcode3b.html).

Section 309.

“Every individual, who shall have given any wounds or blows, shall be punished with solitary imprisonment, if there shall have resulted from such acts of violence, a sickness or inability to work, for more than twenty days.”

¹³⁷ Section 310. “If the crime, mentioned in the preceding article, has been committed with premeditation, or with lying in wait, the penalty shall be that of hard labour for time.

¹³⁸ Section 312.

“In the cases provided for by articles 309, 310, and 311, if the criminal has committed the crime against his father or mother, legitimate, natural, or adoptive, or other legitimate ascendants, he shall be punished as follows:

4. กระทำประทุษร้ายไม่เป็นเหตุให้เกิดความเจ็บป่วยหรือไม่สามารถประกอบการทำงานได้ตามมาตรา 311¹³⁹ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนถึงสองปีและปรับตั้งแต่สิบหกรังค์ถึงสองร้อยฟรังค์หากการกระทำความผิดนั้นได้มีการเตรียมหรือวางแผนไว้ล่วงหน้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงห้าปีและปรับตั้งแต่ห้าสิบฟรังค์ถึงห้าร้อยฟรังค์

การแบ่งความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ.1810 จัดเรียงความหนักเบาเริ่มต้นที่การวางหลักเรื่องกระทำประทุษร้ายตามมาตรา 309 โทษจะเพิ่มขึ้นเมื่อกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน เพราะแสดงถึงเจตนาร้ายในการวางแผนล่วงหน้าเพื่อกระทำความผิดมาตั้งแต่ต้นตามมาตรา 310 แต่การกระทำประทุษร้ายไม่ถึงขั้นเกิดความเจ็บป่วยจะมีระดับโทษที่น้อยกว่ากระทำประทุษร้ายจนเกิดการเจ็บป่วยตามมาตรา 311 อย่างไรก็ตาม บุคคลที่ได้รับความคุ้มครองสำหรับการกระทำประทุษร้าย คือ บุพการีไม่ว่าตามกฎหมายหรือตามความเป็นจริง หรือผู้รับบุตรบุญธรรมหรือผู้แทนโดยชอบธรรมตามมาตรา 312 ฉะนั้น หากผู้กระทำได้กระทำต่อบุคคลเหล่านี้ ผู้กระทำก็จะได้รับโทษหนักขึ้นจากเหตุจรรยาต่อการกระทำของตน

จะเห็นได้ว่าถ้อยคำ “ไม่สามารถประกอบการทำงานได้นานกว่ายี่สิบวัน” ที่ปรากฏทั้งมาตรา 309 และมาตรา 310 เป็นจำนวนวันที่ผู้ร่างกฎหมายได้นำมาพิจารณาประกอบกับประเทศอื่น ๆ ที่ายที่สุดมาตรา 256 (8) ก็ใช้ระยะเวลาคล้ายเกินกว่ายี่สิบวันเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส อันเป็นระยะเวลาที่กระดูจะกลับมาต่อกันติด

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ.1994¹⁴⁰

ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้บัญญัติไว้ใน Nouveau Code penal 1994 บทบัญญัติของประมวลกฎหมายฝรั่งเศสเป็นการกำหนด

If the article to which the case shall relate, pronounces imprisonment and fine, the guilty person shall undergo the penalty of solitary imprisonment;

If the article pronounces the penalty of solitary imprisonment, he shall undergo that of hard labour for time;

If the article pronounces the penalty of hard labour for time, he shall undergo that of perpetual hard labour.”

¹³⁹Section 311.

“When the wounds or blows shall not have occasioned any sickness, or inability to work, of the kind mentioned in article 309, the offender shall be punished with an imprisonment of from one month to two years, and a fine of from 16 to 200 francs.

If there has been premeditation, or lying in wait, the imprisonment shall be from two to five years, and the fine from 50 to 500 francs.”

¹⁴⁰ Nouveau Code Penal 1994, available URL:

https://www.legifrance.gouv.fr/search/all?tab_selection=all&searchField=ALL&query=222-11&page=1&init=true

อันตรายโดยเรียงลำดับตามความหนักเบาของความเสียหาย จากความเสียหายที่ร้ายแรงที่สุดไปย้งน้อยที่สุด ดังต่อไปนี้

การกระทำรุนแรงซึ่งก่อให้เกิดความพิการหรือทุพพลภาพอย่างถาวร โทษมีทั้งจำคุกไม่เกินสิบปีและปรับไม่เกินหนึ่งแสนห้าหมื่นยูโรตามมาตรา 222-9 นี้ ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษจำคุกมากขึ้นเมื่อการกระทำของตนได้กระทำต่อบุคคลที่บัญญัติเอาไว้เป็นพิเศษหรือกระทำมากกว่าสองคนขึ้นไป มีอาวุธหรือไตร่ตรองไว้ก่อน ซึ่งเป็นเหตุผลการต่าง ๆ ตามมาตรา 222-10 ที่ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี

ส่วนในกรณีเหตุกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น แม้จะมีได้มีการเขียนไว้เฉพาะโดยชัดแจ้งแต่ก็ได้นำบทลงโทษมาเป็นมาตรการอย่างหนึ่งในการยับยั้งและป้องกันอาชญากรรม โดยหากมีการกระทำอันเข้ากรณีเหล่านี้ ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นกว่าการทำร้ายร่างกายตามปกติ ซึ่งพอจะสรุปได้ ดังต่อไปนี้

- (1) หากเป็นการทำร้ายร่างกายเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี
 - (2) หากเป็นการทำร้ายร่างกายผู้ที่อ่อนแอ (Vulnerability) ไม่ว่าจะจากอายุ ความเจ็บป่วย ทั้งทางร่างกายหรือจิตใจ หรือความพิการ หรือเพราะเป็นหญิงมีครรภ์ โดยความอ่อนแอนี้สามารถเห็นประจักษ์และผู้กระทำความผิดรู้ข้อเท็จจริงนั้น
 - (3) หากเป็นการทำร้ายร่างกายบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือตามความเป็นจริง หรือเป็นบิดามารดาที่มาจากการรับบุตรบุญธรรม (The Adoptive Father or Mother)
 - (4) หากเป็นการทำร้ายร่างกายผู้พิพากษา อัยการ ทนายความ เจ้าหน้าที่ของรัฐตำรวจ ทหาร พนักงานศุลกากร พนักงานคุมประพฤติ เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจกระทำการหรือมีหน้าที่ตามที่รัฐกำหนด พนักงานดับเพลิงไม่ว่าจะมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือเป็นอาสาสมัครก็ตาม
 - (6) หากเป็นการทำร้ายร่างกายพนักงานขนส่งมวลชน หรือได้รับมอบหมายโดยเฉพาะ หรือผู้เชี่ยวชาญด้านสุขภาพในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ โดยผู้กระทำรู้ถึงข้อเท็จจริงนั้น
 - (7) หากเป็นการทำร้ายร่างกายพยาน ผู้เสียหาย เพื่อยับยั้งบุคคลนั้นในการเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือร้องทุกข์ต่อกระบวนการยุติธรรม หรือเพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นพยานหรือฟ้องร้อง หรือเพราะการที่บุคคลนั้นมีหน้าที่ในทางคดี
 - (8) หากเป็นการทำร้ายร่างกายคู่หมั้น หรือโดยการกระทำของบุคคลหรือผู้สมคบ (Accomplices) ตั้งแต่ 2 คน หรือเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน (Premeditation)
 - (9) หากการทำร้ายร่างกายนั้นเป็นการกระทำโดยใช้อาวุธ
- กรณีของเหตุกรรจ์จากการกระทำ มีทั้งหมด 4 ลักษณะ ดังต่อไปนี้
1. จากเพศสภาพของผู้เสียหาย

2. โดยสองคนขึ้นไปทำหน้าที่เป็นตัวการหรือผู้สนับสนุน
3. ใต้ร่องไวก่อน
4. เมื่อใช้อาวุธหรือขู่ว่าจะใช้อาวุธ

โทษจำคุกจะเพิ่มขึ้นเป็นไม่เกินสี่สิบปี หากเป็นการกระทำของบุพการีตามความเป็นจริงหรือตามกฎหมาย หรือผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองที่มีอำนาจปกครองเหนือผู้เยาว์ต่อผู้เยาว์ที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี สำหรับการกระทำความรุนแรงตามมาตรา 222-9

สำหรับการกระทำความรุนแรงจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำไม่สามารถประกอบกิจการงานเป็นเวลามากกว่าแปดวัน เป็นไปตามมาตรา 222-11 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีและปรับไม่เกินสี่หมื่นห้าพันยูโร และเหตุฉกรรจ์ของมาตรา 222-11 อยู่ในมาตรา 222-12 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีเมื่อกระทำการดังกล่าวต่อบุคคลตามที่กำหนดไว้ในเหตุฉกรรจ์ของมาตรา 222-10 นอกจากนี้ยังกำหนดเหตุฉกรรจ์เพิ่มเติม ดังต่อไปนี้

1. กระทำภายใน โรงเรียนหรือสถานศึกษาหรือเมื่อนักเรียนเข้าหรือออกจากสถาบันดังกล่าว
2. กระทำโดยผู้ใหญ่ด้วยการช่วยเหลือของผู้เยาว์
3. กระทำในขณะที่อยู่บนขนส่งสาธารณะหรืออยู่ภายในสถานที่ที่ออกแบบมาให้เข้าถึงวิธีการขนส่งดังกล่าว

ระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีและปรับไม่เกินหนึ่งแสนห้าหมื่นยูโร หากกระทำความผิดตามมาตรา 222-11 ได้กระทำต่อผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี โดยบุพการีที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือตามความเป็นจริง หรือเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม หรือบุคคลอื่นที่มีอำนาจปกครองเหนือผู้เยาว์

ระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีและปรับไม่เกินหนึ่งแสนยูโร เมื่อเป็นการกระทำความผิดสองอนุมาตราขึ้นไป ตามมาตรา 222-12

ระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีและปรับไม่เกินหนึ่งแสนห้าหมื่นยูโร เมื่อเป็นการกระทำความผิดสามอนุมาตราขึ้นไป ตามมาตรา 222-12

หากการกระทำความรุนแรงจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำความรุนแรงไม่สามารถประกอบกิจการงานเป็นระยะเวลาน้อยกว่าแปดวัน โดยต้องเป็นการกระทำต่อเหตุที่กำหนดไว้เฉพาะซึ่งจะเป็นไปตามมาตรา 222-13 ระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีและปรับไม่เกินสี่หมื่นห้าพันยูโร คือเหตุฉกรรจ์เช่นเดียวกับมาตรา 222-12¹⁴¹ ซึ่งเงื่อนไขเหล่านี้เป็นลักษณะเหตุฉกรรจ์ของประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยเป็นหลักเกณฑ์ที่ค่อนข้างจะครอบคลุมในทุกข้อเท็จจริง

¹⁴¹ บุญยวีร์ บุญณรงค์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 16*, น.103-107.

ของลักษณะการทำร้ายร่างกายตาม Nouveau Code Penal 1994 ในปัจจุบันซึ่งเมื่อพิจารณาจากตัวบทกฎหมายของ Nouveau Code Penal 1994

ในบทที่ 2 เรื่องของการกระทำความผิดทำร้ายร่างกายจะเห็นได้ว่า ได้มีการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในกรณีการทำร้ายร่างกายกรณีที่กระทำต่อเด็กไว้เช่นกัน โดยกำหนดให้เด็กนั้นหมายถึงบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี และหากผู้ใดกระทำต่อบุคคลดังกล่าวผู้นั้นจะต้องได้รับโทษเพิ่มขึ้นเป็นโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ซึ่งแต่เดิมหากเป็นการทำร้ายร่างกายบุคคลทั่วไปต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี เท่านั้น

ประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส แบ่งความผิดอาญาตามความหนักเบาของโทษโดยแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ

1) ความผิดอุกฉกรรจ์ (Les crimes) ได้แก่ความผิดที่มีบทระวางโทษตั้งแต่จำคุกตลอดชีวิต จำคุกหรือกักขังสูงสุดไม่เกิน 30 ปี จำคุกหรือกักขังไม่เกิน 20 ปี จำคุกหรือกักขังไม่เกิน 15 ปี ระยะเวลาโทษจำคุกหรือกักขังสำหรับความผิดอุกฉกรรจ์อย่างน้อย 10 ปี นอกจากนี้โทษจำคุกหรือกักขังแล้วยังมีโทษปรับและปรับอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 131-10 ด้วย

2) ความผิดมิชฌิมโทษ (Les délits) ได้แก่ความผิดที่มีโทษจำคุก ปรับ ปรับแบบระบบวัน บริการสังคม ริบทรัพย์สิน หรือจำกัดสิทธิ ซึ่งอัตราโทษจำคุกที่กำหนดไว้สำหรับความผิดมิชฌิมโทษนั้นมีโทษไม่เกินสิบปี ไม่เกินเจ็ดปี ไม่เกินห้าปี ไม่เกินสามปี ไม่เกินสองปี ไม่เกินหนึ่งปี ไม่เกินหกเดือน ไม่เกินสองเดือน

3) ความผิดลหุโทษ (Les contraventions) ความผิดลหุโทษตามกฎหมายฝรั่งเศสกำหนดขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความมีวินัยของสังคม หรือเพื่อสนับสนุนการปราบปรามการกระทำผิดที่รวดเร็วที่สุด และรักษาความมั่นคงของการบริหารราชการที่ดีของประเทศ ลักษณะสำคัญของผิดลหุโทษในกฎหมายฝรั่งเศส คือเป็นความผิดที่ไม่ต้องการเจตนา ดังนั้นหากปรากฏว่าองค์ประกอบของการกระทำความผิดครบถ้วนแล้วก็สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดลหุโทษได้ ผู้กระทำจะอ้างว่าจันไม่ได้เจตนาหรือไม่ประมาทเลินเล่อไม่ได้ แม้มีพยานหลักฐานสนับสนุนข้ออ้าง เช่น การไม่คิดป้ายต่ออายุรถยนต์¹⁴²

¹⁴² เนื้อหาของความผิดลหุโทษตามกฎหมายฝรั่งเศสนี้เรียบเรียงจากหนังสือ Le NOUVEAU DROIT PENAL, Tome 1 Droit Général, เขียนโดย Frédéric DESPORTES et Francis LE GUENHEC, Cinquième édition, 1988 และประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส code Pénal Dalioz 101^e édition, 2004. ซึ่งแปลและเรียบเรียงโดย ดร.อุทัย อาทิวรา

3.3 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการแบ่งประเภทความผิดอาญาตามความหนักเบาของความคิด โดยแบ่งประเภทความผิดอาญาออกเป็น 3 ประเภท

1) ความผิดอาญาโทษอุกฉกรรจ์ (Verbrechen) คือความผิดที่มีโทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป

2) ความผิดอาญาโทษปานกลาง (Vergehen) คือความผิดทั้งหมดที่มีระวางโทษจำคุกและปรับ

3) ความผิดลหุโทษ (Ubertretungen) คือความผิดที่มีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 สัปดาห์หรือปรับไม่เกิน 500 D.M.

ปัจจุบันประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเห็นว่าการความผิดอาญาออกเป็น 3 ประเภทดังกล่าวไม่เหมาะสมโดยมีความเห็นว่าความผิดลหุโทษ (Ubertretungen) ไม่สมควรเป็นความผิดอาญาอีกต่อไป ดังนั้นในประมวลกฎหมายเยอรมันที่ได้ปรับปรุงแก้ไขและใช้บังคับในปัจจุบันจึงไม่ได้บัญญัติความผิดลหุโทษเป็นความผิดอาญา แต่ถือว่าความผิดลหุโทษนั้นเป็นเพียง “การกระทำที่ขัดต่อความสงบ” (Ordnungswidrigkeiten) และนำออกไปบัญญัติรวมไว้ในกฎหมายว่าด้วยเรื่องนั้น โดยเฉพาะคือ Gesetz Überordnungswidrigkeiten ดังนั้นประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันปัจจุบันจึงมีความผิดอาญาเพียง 2 ประเภท คือ¹⁴³

1) ความผิดอาญาโทษอุกฉกรรจ์ (Verbrechen) คือความผิดที่มีโทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไปหรือความผิดที่ต้องระวางโทษหนักกว่านั้น

2) ความผิดอาญาโทษปานกลาง (Vergehen) คือความผิดทั้งหมดที่มีระวางโทษจำคุกและปรับ

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹⁴⁴ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (The German Penal Code 1993) ได้แบ่งเป็นสองส่วน (Par) ในส่วนแรกเป็นส่วนทั่วไป (General Par) ซึ่งจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอาญาโดยมีลักษณะคล้ายกับภาคทั่วไปของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย และในส่วนที่สองจะเป็นส่วนพิเศษ (Special Part) ซึ่งเป็นส่วนที่จะบัญญัติฐานความผิดต่างๆ ในส่วนพิเศษ (Special Par) นี้จะแบ่งความผิดทางอาญา ออกเป็นสามสิบบท (Chapter) โดยจะกำหนดความผิดเป็นประเภทต่างๆ เช่น ความผิดต่อสันติภาพและกบฏ ความผิดต่อ

¹⁴³ คณิต ฒ นคร, อัยการเยอรมันและการดำเนินคดีอาญาของอัยการเยอรมันก่อนฟ้อง, รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร, น.149.

¹⁴⁴ The German Penal Code of 1993,
available URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html

การป้องกันประเทศ ความผิดต่อการต่อต้านอำนาจรัฐ ความผิดต่อความสงบสุขของรัฐ ความผิดเกี่ยวกับเงินตราและแสตมป์ ความผิดเกี่ยวกับการเบียดเบียนเท็จ ความผิดต่อศาสนา ความผิดต่อชีวิต ความผิดต่อร่างกาย ความผิดต่อเสรีภาพ ความผิดต่อทรัพย์สิน ความผิดต่อเอกสาร ความผิดที่เป็นอันตรายต่อประชาชน และความผิดต่อสิ่งแวดล้อม เป็นต้น ความผิดต่อชีวิตและความผิดต่อร่างกายได้บัญญัติอยู่ในบทที่ 16 และบทที่ 17 โดยในบทที่ 16 มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา ไม่เจตนาและประมาท ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ความผิดฐานละทิ้งหรือทอดทิ้ง รวมทั้งความผิดเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ ส่วนในบทที่ 17 จะเป็นความผิดเกี่ยวกับฐานทำร้ายร่างกาย ทำร้ายร่างกายในลักษณะฉกรรจ์ ทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส ทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย ประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บ การทำทารุณต่อผู้อยู่ในปกครอง และความผิดฐานมีส่วนร่วมในการทะเลาะวิวาท

ความผิดฐานทำร้ายร่างกายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นได้มีการบัญญัติไว้ใน The German Penal Code of 1993 โดยบัญญัติไว้ในบทที่ 17 เรื่องความผิดต่อร่างกาย ซึ่งหากเป็นการทำร้ายร่างกายธรรมดา จะมีบัญญัติไว้ในมาตรา 223¹⁴⁵ โดยบัญญัติว่า การทำร้ายร่างกายได้รับบาดเจ็บ

(1) ผู้ใดเจตนาทำให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายผู้อื่น หรือทำให้เสื่อมเสียแก่สุขภาพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับ..."

(2) ความพยายามมีโทษ

ส่วนในเรื่องเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายจะมีการบัญญัติไว้โดยเฉพาะในมาตรา 225¹⁴⁶ และยังมีการบัญญัติในรูปแบบอื่นที่แม้จะไม่ได้อยู่ในมาตราของเหตุฉกรรจ์แต่ก็เป็นกรณีการทำร้ายร่างกายที่มีบทลงโทษหนักขึ้นกว่าการทำร้ายร่างกายทั่วไป ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

¹⁴⁵Section 223 Bodily harm

(1) Whoever physically assaults or damages the health of another person incurs a penalty of imprisonment for a term not exceeding five years or a fine.

(2) The attempt is punishable.

¹⁴⁶ Section 225 Ill-treatment of persons in one's charge

(1) Whoever tortures or roughly ill-treats or by maliciously neglecting their duty of care for a person damages the health of a person under 18 years of age or a person who is defenceless due to frailty or illness and who

1. is in their care or custody,

2. belongs to their household,

3. has been left under their control by the person who has the duty of care or

1) หากเป็นการกระทำโดยใช้อาวุธมีด หรือเครื่องมือ หรือมีผู้ร่วมกระทำมากกว่า 2 คน ระวังโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน - 10 ปี หรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ และแม้แต่พยายามกระทำผิด ก็ต้องได้รับโทษตามมาตรา 224 ด้วย

2) หากเป็นการกระทำโดยทรมาณหรือโดยทารุณ โทคร้ายต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือบุคคลที่ไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้โดยเจตนาให้ได้รับความอ่อนแอ หรือทำแก่บุคคลในครอบครัวหรือบุคคลที่ผู้นั้นต้องคอยดูแล หรือด้วยอาชีพ หรือตามสัญญา หรือผู้ในกระทำให้ได้รับอันตรายต่อสุขภาพ โดยละเลยที่จะดูแลตามหน้าที่ ผู้นั้นจะต้องได้รับโทษจำคุก 6 เดือน - 10 ปี ตาม มาตรา 225(1) หากได้กระทำโดยไม่รุนแรงจะต้องได้รับโทษจำคุก 3 เดือน - 5 ปี ตาม มาตรา 225(4)¹⁴⁷

กล่าวโดยสรุป คือ ลักษณะเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันจะมีทั้งในส่วนที่ระบุเป็นมาตราเฉพาะและไม่ได้ระบุเป็นเหตุฉกรรจ์แต่หากกระทำผู้กระทำอาจจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นแสดงให้เห็นถึงการคุ้มครองในทุกรูปแบบของความผิด โดยเอาบทลงโทษมาเป็นมาตรการอย่างหนึ่งในการควบคุมหรือขยับยั้งอาชญากรรมด้วย¹⁴⁸

จากที่กล่าวมาข้างต้นเป็นการแสดงให้เห็นว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายให้มีบทลงโทษหนักขึ้นกว่าการทำร้ายร่างกายตามปกติกับกรณีที่ถูกกระทำเป็นเด็กไว้โดยเฉพาะ ซึ่งหากเป็นการกระทำโดยทรมาณหรือโดย

4. is subordinate to them within a service or employment relationship incurs a penalty of imprisonment for a term of between six months and 10 years.

(2) The attempt is punishable.

(3) The penalty is imprisonment for a term of at least one year in the case of offenders who put the person placed in their charge in danger of

1. death or serious damage to health or

2. substantial impairment of their physical or mental development.

(4) In less serious cases under subsection (1), the penalty is imprisonment for a term of between three months and five years, in less serious cases under subsection (3) imprisonment for a term of between six months and five years.

¹⁴⁷ นกาวร ปานศรีแก้ว, “การกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดที่กระทำต่อเด็กและเยาวชน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2560), น.78-79.

¹⁴⁸ ภาสพงษ์ เรณูมาศ, “มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550), น.66-67.

ทารุณ โทษร้ายต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยผู้นั้นจะต้องได้รับโทษ 6 เดือน - 10 ปี ตามมาตรา 223(1) หากได้กระทำโดยไม่รุนแรงจะต้องได้รับโทษจำคุก 3 เดือน - 5 ปี ตามมาตรา 225(4)

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับความผิดและโทษทางอาญากรณีทำร้ายร่างกายเด็กของประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสามารถสรุปได้ตามที่ปรากฏในตารางแสดงการเปรียบเทียบความผิดฐานทำร้ายร่างกายของต่างประเทศดังต่อไปนี้

ตารางที่ 3.1 : ตารางแสดงการเปรียบเทียบความผิดและโทษฐานทำร้ายร่างกายบุคคลทั่วไปกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็กของต่างประเทศ

หลักเกณฑ์	ประเทศอังกฤษ	ประเทศฝรั่งเศส	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
กฎหมาย	Criminal Justice Act 1988	Nouveau Code Penal 1994	The German Penal Code of 1993
บทบัญญัติทำร้ายร่างกายบุคคลทั่วไป	มาตรา 39	มาตรา 222-11	มาตรา 223
อัตราโทษฐานทำร้ายร่างกายบุคคลทั่วไป	ต้องระวางโทษจำคุกสูงสุด 6 เดือน ปรับไม่เกิน 5,000 ปอนด์ หรือทั้งจำทั้งปรับ	จำคุกไม่เกิน 3 ปี	ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี
บทบัญญัติความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็ก	มาตรา 45	มาตรา 222-12	มาตรา 223
อายุของเด็ก	ต่ำกว่า 16 ปี	ต่ำกว่า 15 ปี	ต่ำกว่า 18 ปี
อัตราโทษฐานทำร้ายร่างกายเด็ก	ต้องระวางโทษจำคุก 2 ปี	จำคุกไม่เกิน 5 ปี	1. การกระทำโดยรุนแรง ผู้กระทำต้องได้รับโทษจำคุก 6 เดือนถึง 10 ปี 2. การกระทำที่ไม่รุนแรง ผู้กระทำจะต้องรับโทษจำคุก 3 เดือน - 5 ปี

3.4 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

“เด็ก” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส

มาตรา 26 ภายใต้กฎหมายไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการดังต่อไปนี้

- (1) กระทำหรือละเว้นการกระทำอันเป็นการทารุณกรรมต่อร่างกายหรือจิตใจของเด็ก
- (2) จงใจหรือละเลยไม่ให้สิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีวิตหรือรักษาพยาบาลแก่เด็กที่อยู่ในความดูแลของตนจนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของเด็ก
- (3) บังคับ ชูเชื้อ ชักจูง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควรหรือน่าจะทำให้เด็กมีความประพฤติเสี่ยงต่อการกระทำผิด
- (4) โฆษณาทางสื่อมวลชนหรือเผยแพร่ด้วยประการใด เพื่อรับเด็กหรือยกเด็กให้แก่บุคคลอื่นที่มีโชติของเด็กร เว้นแต่เป็นการกระทำของทางราชการหรือได้รับอนุญาตจากทางราชการแล้ว
- (5) บังคับ ชูเชื้อ ชักจูง ส่งเสริม ยินยอม หรือกระทำด้วยประการใดให้เด็กไปเป็นขอทาน เด็กเร่ร่อน หรือใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการขอทานหรือการกระทำผิด หรือกระทำด้วยประการใดอันเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็ก

สำหรับบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 78 โดยได้กำหนดโทษจำคุกไว้เพียงไม่เกินสามเดือนหรือโทษปรับไม่เกินสามหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับเท่านั้น เมื่อเปรียบเทียบอัตราโทษตามพระราชบัญญัติดังกล่าวกับอัตราโทษในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295 ประมวลกฎหมายอาญาจะเห็นได้ว่า อัตราโทษตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 กลับมีอัตราโทษที่ต่ำกว่าประมวลกฎหมายอาญา แม้เจตนารมณ์ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวจะมุ่งเน้นให้คุ้มครองสิทธิเด็กเป็นสำคัญ โดยให้เหตุผลว่าเด็กถือเป็นผู้มีความเปราะบางและอ่อนเยาว์ที่รัฐควรให้การคุ้มครองเป็นพิเศษ จึงทำให้การลงโทษตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งการตราพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวอย่างแท้จริงพระราชบัญญัติฉบับนี้ เป็นพระราชบัญญัติที่มีสาระสำคัญและรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการสงเคราะห์ คุ้มครองสวัสดิภาพ และส่งเสริมความประพฤติเด็ก เพื่อให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดูอบรมสั่งสอน และมีพัฒนาการที่เหมาะสม รวมทั้งป้องกันมิให้เด็กถูกทารุณกรรมตกเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ หรือถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อีกทั้งยังมีหลักการสำคัญคือ การระดมทรัพยากรทุกภาคส่วนเข้ามาร่วมดูแล ปกป้อง คุ้มครองเด็กโดยอาศัยการดำเนินงานแบบสหวิชาชีพ เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กอีกด้วย จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 นั้นเป็นพระราชบัญญัติที่มุ่งเน้นในการคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นสำคัญ แต่กลับมิได้มีการกำหนดถึงการทำร้ายร่างกายเด็กไว้เป็นความผิดแต่อย่างใด มีแต่เพียงกำหนดถึงการทารุณกรรมเด็กไว้ ซึ่งการทารุณกรรมนั้นมีลักษณะของความรุนแรงของการกระทำที่

มากกว่าการทำร้ายร่างกายโดยทั่วไป โดยผู้ศึกษามีความเห็นว่หากคุ้มครองสิทธิเด็กจากการทำร้าย เฉพาะแต่การทารุณกรรมนั้นจะทำให้การคุ้มครองสิทธิเด็กนั้นเป็นการคุ้มครองสิทธิที่แคบเกินไป และอาจจะเป็นสาเหตุให้เกิดการทำร้ายร่างกายเด็กเป็นการต่อเนื่องได้ อีกทั้งอัตราโทษตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ยังเป็นอัตราโทษที่ต่ำกว่าโทษของการทำร้ายร่างกายตาม ประมวลกฎหมายอาญาอีกด้วย¹⁴⁹ ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นควรรให้มีการกำหนดความผิดและเหตุการณ์ ในกรณีการทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 และใช้กำลังร้ายร่างกายเด็กตามมาตรา 391 ขึ้นใน ประมวลกฎหมายอาญาและปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ให้สอดคล้องกับ บริบทสังคมไทยและเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กและเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก

3.5 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550¹⁵⁰

มาตรา 4 “ผู้ใดกระทำการอันเป็นความรุนแรงในครอบครัว ผู้นั้นกระทำความผิดฐาน กระทำความรุนแรง”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติตามมาตรา 4 สามารถอธิบายความหมายหรือลักษณะของ บทกำหนดโทษฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัว ได้ 3 ลักษณะ ดังต่อไปนี้

1) พฤติการณ์ของการกระทำที่จะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานกระทำความรุนแรงใน ครอบครัวตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ผู้กระทำความผิดต้องเป็นบุคคลในครอบครัวตามความหมายในมาตรา 3 ได้แก่ คู่ สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญ ธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคลใดๆที่ต้องพึ่งพาอาศัยและ อยู่ในครัวเรือนเดียวกัน

(2) ลักษณะของการกระทำความผิด ต้องเป็นการกระทำใดๆ โดยมุ่งประสงค์ให้เกิด อันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพ หรือกระทำโดยเจตนาในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดอันตราย แก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลในครอบครัว หรือบังคับ หรือใช้อำนาจครอบงำผิดคลอง ธรรมให้บุคคลในครอบครัวต้องกระทำการ ไม่กระทำการ หรือยอมรับการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด โดยมิชอบ แต่ไม่รวมถึงการกระทำโดยประมาทตามองค์ประกอบความผิดที่กล่าวแล้ว

(3) ผู้เสียหายหรือเหยื่อจากการกระทำความผิด ต้องเป็นบุคคลในครอบครัวตาม ความหมายในมาตรา 3 ได้แก่ คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้

¹⁴⁹ นภาพรณ ปานศรีแก้ว, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 34*, น.57.

¹⁵⁰ *เพิ่งอ้าง*, น.60-61.

จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคลใดๆที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน

2) การกำหนดโทษทางอาญาความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัว มีโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหกพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ โดยศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจในมาตรการอื่นแทนการลงโทษทางอาญาได้ตามมาตรา 12 ความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัว

3) ความรุนแรงในครอบครัวเป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ไม่ลบล้างความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่น เนื่องจากการกระทำความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวนี้อาจมีความผิดทางอาญาฐานอื่นหรือกฎหมายอื่นอีกด้วย แต่ผลของการยอมความในความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวนั้นไม่มีผลกระทบต่อการดำเนินคดีอาญาซึ่งเป็นการผิดต่อแผ่นดินตามข้อหาอื่นๆ ให้ระงับไปด้วย เว้นแต่ความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวเป็นความผิดกรรมเดียวกับความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 29 ให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้ เนื่องจากความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29 เป็นความผิดอาญาแผ่นดินยอมความไม่ได้ แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มีเจตนารมณ์เพื่อรักษาความสัมพันธ์อันดีในครอบครัว จึงกำหนดให้ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 เป็นความผิดยอมความกันได้เช่นกัน

จากบทบัญญัติ มาตรา 4 กำหนดอัตราโทษความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวไว้เพียงจำคุกไม่เกินหกเดือน ปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นการกำหนดโทษในอัตราที่ต่ำ และยังให้ถือว่าเป็นความผิดอันยอมความได้อีกด้วย เนื่องจากกฎหมายมีเจตนารมณ์ให้คู่กรณีได้ประนีประนอมกันภายใต้เงื่อนไขตามมาตรา 12 วรรคหนึ่ง ได้แก่ การบำบัดฟื้นฟู การคุ้มครองประพฤติ การละเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้เกิดการใช้ความรุนแรงในครอบครัว เป็นต้นและตามที่ทั้งสองฝ่ายจะตกลงกันเพื่อชำระไว้ซึ่งสถาบันครอบครัวเป็นหลัก ทั้งนี้กฎหมายยังให้อำนาจศาลกำหนดมาตรการแทนการลงโทษตามมาตรา 12 อีกด้วย¹⁵¹

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 นั้นอาจไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้อย่างประสิทธิภาพเพียงพอเนื่องจากมาตรการบำบัดฟื้นฟูอาจก่อให้เกิดผู้กระทำความผิดเดิมซ้ำได้อีกจนมีลักษณะติดเป็นนิสัย จึงเห็นควร

¹⁵¹ กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการกระทรวงการพัฒนาสังคม และความมั่นคงของมนุษย์, คู่มือการปฏิบัติงานของหน่วยงานในการช่วยเหลือคุ้มครองผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัว, 2553, น.20-32.

ให้มีการกำหนดความผิดและเหตุยกเว้นในกรณีการทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 และใช้กำลังร้ายร่างกายเด็กตามมาตรา 391 ขึ้นในประมวลกฎหมายอาญาและปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 ให้สอดคล้องกับบริบทสังคมไทยและเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กและเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กในการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ



บทที่ 4

บทวิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามกฎหมาย ของประเทศไทยและต่างประเทศ

ในบทนี้จะวิเคราะห์บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความสอดคล้องกับการกำหนดความผิดและบทลงโทษผู้กระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็ก ซึ่งจะนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับแนวคิดและทฤษฎีต่างๆ รวมถึงวิเคราะห์การกำหนดเหตุฉกรรจ์เกี่ยวกับการทำร้ายเด็ก โดยเปรียบเทียบกับบทกฎหมายของประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่นำไปสู่การกำหนดความผิดและโทษในกรณีใช้กำลังทำร้ายเด็กของไทย เพื่อกำหนดอัตราโทษที่เหมาะสมและเกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายและนำไปสู่การแก้ไขปัญหากรณีการทำร้ายเด็กให้ทัดเทียมนานาชาติตามหลักคุณธรรมทางกฎหมายที่ทำให้เกิดประโยชน์สูงสุดกับเด็ก

4.1 วิเคราะห์การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาในความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็กไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ

การกำหนดความผิดและการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายเด็กเป็นเรื่องที่จำเป็นอย่างยิ่ง ถ้าหากมีการกำหนดความผิดและบทลงโทษผู้กระทำความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายเด็กมีความชัดเจนแน่นอนแล้วก็จะทำให้กฎหมายเกิดความเป็นธรรมในการบังคับใช้กฎหมายและป้องกันการกระทำความผิดต่อเด็ก การกำหนดความผิดและโทษต้องอาศัยองค์ประกอบหลายๆ อย่างนำมาประกอบกันเพื่อให้การกำหนดความผิดและโทษมีองค์ประกอบที่ครบถ้วนและสมบูรณ์ตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่ประเทศไทยนำเอาระบบนี้มาใช้บังคับอยู่ขณะนี้ แต่อย่างไรประเทศไทยก็ยังให้ความสำคัญกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้ตัดสินคดีเรื่องใดแล้วคดีอื่นที่มีลักษณะคล้ายกันก็ตัดสินไปทำนองเดียวกัน

มาตรา 391 มีองค์ประกอบดังนี้

- (1) ใช้กำลังทำร้ายผู้อื่น
- (2) โดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ
- (3) โดยเจตนา

องค์ประกอบข้อที่ 1 คำว่า ใช้กำลังทำร้ายผู้อื่น จะต้องเป็นการใช้แรงกายภาพทำร้ายร่างกายผู้อื่น การใช้กำลังทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นความผิดตามมาตรา 391 เช่น ชก ต่อย หรือใช้ไม้ตีผู้อื่น เป็นต้น

องค์ประกอบข้อที่ 2 โดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หมายถึง การใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นนั้นต้องไม่ถึงขั้นที่ผู้ถูกทำร้ายเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ เช่น ต่อยหน้าผู้อื่นทำให้มีบาดแผลถลอกและช้ำบวมเล็กน้อยการใช้ไม้เท้าจะตีผู้อื่น นอกจากนี้ผลของการกระทำร้ายร่างกายนั้นจะต้องไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ

องค์ประกอบข้อที่ 3 คือ เรื่องเจตนา หมายถึง ผู้กระทำต้องมีเจตนาที่จะกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสอง เพื่อจะใช้แรงกายภาพทำร้ายผู้อื่น ถ้าหากไม่เจตนาทำร้ายก็ไม่สามารถจะมีความผิดตามมาตรา 391 นี้ได้

ความผิดลหุโทษโดยทั่วไปเป็นความผิดที่ไม่ต้องการเจตนา ถึงแม้ผู้กระทำความผิดจะไม่มีเจตนากระทำก็ต้องรับผิดชอบเพราะเป็นความรับผิดชอบเด็ดขาด แต่สำหรับความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 391 ผู้กระทำต้องมีเจตนาด้วย จึงจะมีความผิดตามมาตรา 391 ยิ่งกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นกับเด็กที่ผู้กระทำความผิดอาศัยช่องทางในสถานะที่เด็กเป็นบุคคลที่อ่อนแอ ไม่สามารถโต้ตอบ หรือป้องกันตนได้ จึงทำให้กลุ่มบุคคลเหล่านี้ไม่สำนึกในการกระทำของตนและอาจนำไปสู่การกระทำความผิดซ้ำซ้อนต่อไป เนื่องจากกฎหมายที่บังคับใช้ในปัจจุบันไม่ได้กำหนดความผิดและบทลงโทษสำหรับความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายเด็กไว้เป็นการเฉพาะ เช่น ในคดีของครูจุ่ม หรือ น.ส.อรอุมา หรือทิชเชอร์จุ่ม ปลอดภัย อายุ 30 ปี ครูพี่เลี้ยง โรงเรียนสารสาสน์วิเทศราชพฤกษ์ จ.นนทบุรี ที่ทำร้ายร่างกายลูกศิษย์ชั้นอนุบาลโดยการกระชาก จิกหัว ผลักจนล้ม หรือเก็บงานข้าวทิ้งที่เด็กกำลังจะอ้าปากกิน นอกจากนี้ ยังไม่ให้เด็กกินน้ำ หรือเข้าห้องน้ำด้วย ซึ่งหากเด็กคนไหนขอเข้าห้องน้ำก็จะโดนทำโทษ ขณะที่ครูที่อยู่ในห้องอีก 2-3 คน ไม่มีใครเข้าไปช่วยเด็กหรือห้ามปรามแต่อย่างใด การกระทำดังกล่าวเป็นเหตุให้เด็กไม่ยอมเข้าห้องน้ำ และอ้วกส้วมา ไม่ร่าเริง มีอาการหวาดผวากลางดึก และแสดงอาการไม่ยอมไปโรงเรียน ซึ่งคดีนี้ผู้เสียหายที่เป็นเด็กทั้งหมดจำนวน 7 ราย¹⁵² จากกรณีดังกล่าวผู้ศึกษาเห็นว่าตาม มาตรา 391 การใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นนั้นเป็นการแสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่าต้องมีเจตนา ประกอบคำว่าทำร้าย เป็นการชัดเจนว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำต่อร่างกายหรือจิตใจของผู้อื่น ประกอบกับความผิดทำร้ายผู้อื่นตามมาตรา 391 ซึ่งอยู่ในภาคลหุโทษ¹⁵³ นี้มีความใกล้เคียงกับความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

¹⁵² ไทยรัฐออนไลน์, “สรุปข่าวร้อนครูจุ่มทำร้ายเด็กอนุบาล 1 โรงเรียนไต่ออก เจ้าตัวอ้างเครียดสะสม,” สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤษภาคม 2565, จาก <https://www.thairath.co.th/news/society/1938745>

¹⁵³ คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), น.150.

ผู้อื่นตามมาตรา 295 เนื่องจากความผิดทั้ง 2 มาตรา นั้นมีคุณธรรมทางกฎหมายอย่างเดียวกันคือ ความปลอดภัยของร่างกาย และอาศัยองค์ประกอบภายในจิตใจคือเจตนาทำร้ายร่างกายเช่นเดียวกัน แตกต่างเพียงผลของการกระทำของมาตรา 391 มีความรุนแรงน้อยกว่า เมื่อแยกความผิดของมาตรา 391 และ 295 ให้อยู่ในภาคความผิดที่ต่างกันอาจก่อให้เกิดปัญหาในสังคมที่ทำให้ไม่สามารถบรรลุ วัตถุประสงค์ของการกำหนดความรับผิดชอบและบทลงโทษทางอาญาได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากการ พยายามกระทำผิดตามมาตรา 391 ไม่ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 105 และ การสนับสนุนการทำความผิดตามมาตรา 391 ไม่ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 106 ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ได้รับการลงโทษยิ่งกรณีที่เกิดกับเด็กและ เยาวชนที่เป็นบุคลากรหรือประชากรที่สำคัญของชาติที่จะเติบโตไปในทางที่ดีหรือไม่ดีขึ้นอยู่กับ การได้รับความคุ้มครองสิทธิในวัยเด็กเป็นสำคัญ

จากที่กล่าวมาข้างต้นนั้นสามารถสรุปได้ว่าการกำหนดความผิดและโทษกรณีใช้กำลัง ทำร้ายร่างกายเด็กนั้นมีความสำคัญอย่างมากที่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยควรจะกำหนด ความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็กตามมาตรา 391 มาผนวกรวมไว้กับความผิดฐานทำร้ายร่างกายตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ในภาค 2 ลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หมวด 2 ความผิดต่อร่างกาย เนื่องจากความผิดทั้ง 2 ฐานนี้มีคุณธรรมทางกฎหมายอย่างเดียวกันคือ ความ ปลอดภัยของร่างกาย ความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายตามมาตรา 391 นั้นเป็นพื้นฐานในความผิดฐานทำ ร้ายร่างกายตามมาตรา 295 และการทำความผิดดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมในลักษณะ ที่มีความรุนแรงและโหดร้ายกว่าการทำร้ายบุคคลทั่วไป โดยเฉพาะกรณีการทำร้ายร่างกายเด็กเล็กที่ ยังไม่สามารถช่วยเหลือหรือป้องกันตนเองได้เหมือนกับผู้ใหญ่ที่จะเห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าวนี้ เป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีความชั่วร้ายในจิตใจมากกว่าปกติทั่วไป แต่ประมวลกฎหมายอาญาของ ไทยกลับมิได้มีการกำหนดความผิดและโทษทางอาญากรณีทำร้ายร่างกายเด็กตามมาตรา 391 ไว้ เป็นการเฉพาะแต่กลับยึดเพียงผลของการกระทำเท่านั้น จึงอาจทำให้เจตนาบรรณในการคุ้มครอง สิทธิในร่างกายของเด็กของไทยยังไม่บรรลุเป้าประสงค์ที่กำหนดไว้เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดที่มี พฤติกรรมอันแสดงให้เห็นถึงสภาพจิตใจอันชั่วร้ายและความรุนแรงของการกระทำที่วางไว้ตั้งแต่แรก

ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นควรมีการบัญญัติความผิดและโทษกรณีทำร้ายร่างกายเด็กตาม มาตรา 391 ไว้ในภาค 2 ลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หมวด 2 ความผิดต่อร่างกาย โดยการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายเด็กขึ้นเป็นอีกหนึ่งมาตราแยกออกจากการทำร้าย ร่างกายบุคคลทั่วไปตามมาตรา 295 เพื่อตอบสนองเจตนาบรรณในการลงโทษตามกฎหมายให้มีความ เหมาะสมมากยิ่งขึ้น โดยเป็นการบัญญัติให้ครอบคลุมไปถึงสิทธิที่รัฐควรให้ความคุ้มครอง

เป็นพิเศษอย่างเด็ดด้วย ซึ่งจะทำให้การลงโทษนั้นเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนกับการกระทำ ความผิดและสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพขึ้น

4.1.1 ผลที่เกิดขึ้นจากการที่เด็กถูกร้ายร่างกาย

ผลของการกระทำที่เกิดขึ้นกับเด็กที่ถูกผู้ใหญ่หรือผู้ปกครองทำร้ายร่างกายนั้นเป็นสิ่งที่ แสดงให้เห็นถึงความรุนแรงในการทำร้ายและเจตนาในการทำร้าย ดังนั้นผลของการกระทำที่ เกิดขึ้นจึงมีความสำคัญอย่างมากในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาในความผิดฐานใช้กำลัง ทำร้ายเด็ก ตามมาตรา 391 นั้นเป็นการแสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่าต้องมีเจตนา ประกอบคำว่า ทำร้าย เป็นการชัดเจนว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำต่อร่างกายหรือจิตใจของผู้อื่น ประกอบกับความผิดตาม มาตรา 391 ซึ่งอยู่ในภาคลหุโทษ¹⁵⁴ นี้ไม่ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 105 และ การสนับสนุนการกระทำความผิดตามมาตรา 391 ไม่ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 106 ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ได้รับการลงโทษยิ่งกรณีที่การกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นกับเด็กและ เยาวชนที่เป็นบุคลากรหรือประชากรที่สำคัญของชาติที่จะเติบโตไปในทางที่ดีหรือไม่ดีขึ้นอยู่กับ การได้รับความคุ้มครองสิทธิในวัยเด็กเป็นสำคัญ ประกอบกับความผิดลหุโทษไม่มุ่งลงโทษผู้ พยายามกระทำความผิดและผู้สนับสนุนการกระทำความผิดต่อเด็กนั้นเพราะเห็นว่าความผิดลหุโทษ เป็นความผิดเล็กน้อย และความผิดลหุโทษส่วนมากไม่ต้องการเจตนาจึงเป็นความผิดที่มีการ พยายามไม่ได้อยู่เอง กฎหมายต้องการผลสำเร็จของความผิดมากกว่า¹⁵⁵ แต่อย่างไรก็ตามความผิด ฐานใช้กำลังทำร้ายเป็นความผิดที่ต้องการเจตนาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ขณะเดียวกันลักษณะของการ กระทำก็เป็นกระทำที่มีข้อตำหนิเชิงศีลธรรมจากสังคมอย่างรุนแรง ดังนั้นการที่กฎหมายไม่ ลงโทษต่อผู้กระทำความผิดฐานพยายามและสนับสนุนการใช้กำลังทำร้ายดังกล่าวอาจเป็นการขัด ต่อความรู้สึกของคนในสังคมและอาจไม่สามารถคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเด็กตามแนวคิดประโยชน์ สูงสุดที่เด็กควรได้รับ (The best interest of the child) และเกิดความไม่เป็นธรรมตามหลักนิติธรรม ซึ่งสิทธิในร่างกายของเด็กนั้นย่อมเป็นจุดเริ่มต้นที่เด็กควรจะได้รับได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปี พ.ศ.2560 ก็ได้บัญญัติรับรองถึงสิทธิในร่างกายไว้ใน มาตรา 28 อีกทั้งความปลอดภัยของร่างกายเป็นสมบัติที่ได้รับการยกระดับขึ้นเป็นคุณธรรมทาง กฎหมายในกฎหมายอาญาด้วย¹⁵⁶

¹⁵⁴ เพิ่งอ้าง, น.150.

¹⁵⁵ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น.404.

¹⁵⁶ คณิต ฅ นคร, พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553), น.89.

การที่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้กำหนดความผิดและโทษกรณีทำร้ายร่างกายเด็กไว้เป็นกรณีพิเศษจากกลุ่มบุคคลทั่วไปย่อมทำให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อบทลงโทษและมีโอกาสในการลงมือกระทำความผิดได้โดยไม่มีการยับยั้งชั่งใจก่อนลงมือกระทำความผิด และนำไปสู่การกระทำความผิดซ้ำซ้อนซึ่งขัดต่อหลักแนวคิดการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนและการลงโทษเพื่อขูยับยั้งที่ไม่อาจยับยั้งป้องกันอาชญากรรมที่เด็กตกเป็นเหยื่อของการกระทำของผู้ใหญ่ที่กระทำต่อเด็กและยับยั้งไม่ให้ผู้กระทำผิดซ้ำอีกได้ ซึ่งปัญหาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อทั้งร่างกายและจิตใจของเด็กเป็นอย่างมาก เนื่องจากการใช้กำลังทำร้ายเด็กนั้นเกิดขึ้นได้กับเด็กทุกเพศ ทุกวัย ทุกชนชั้น ผลกระทบที่มีต่อเด็กอาจส่งผลให้เกิดปัญหาทางด้านอารมณ์ เช่น เก็บกด มีความสับสนทางด้านอารมณ์ กังวลใจ หวาดกลัว อาจมีปัญหาทางด้าน การปรับตัวเข้ากับสังคมได้ยาก ชอบเก็บตัวเงียบคนเดียว ไม่ชอบคบค้าสมาคมกับเพื่อน เด็กที่ถูกใช้ความรุนแรงอย่างต่อเนื่องจะส่งผลต่อการรับรู้ และทัศนคติต่อการใช้ความรุนแรงว่าเป็นพฤติกรรมปกติธรรมดาในสังคม เมื่อเด็กที่เริ่มเข้าสู่วัยรุ่นเด็กจะเริ่มมีพฤติกรรมก้าวร้าวและใช้ความรุนแรงชัดเจนขึ้น มีการทะเลาะวิวาทกับเพื่อน เด็กเหล่านี้มีโอกาสสูงที่จะใช้ความรุนแรงในครอบครัวต่อไป สำหรับเด็กบางรายอาจมีปัญหาทำให้เกิดความหดหู่ เศร้าหมอง ซึ่งอาจนำไปสู่โรคซึมเศร้า อันเป็นพฤติกรรมซ่อนเร้นที่อาจนำไปสู่ปัญหาต่าง ๆ อาทิโรคประสาท โรคจิต และการฆ่าตัวตาย เป็นต้น นอกจากนี้ผลกระทบโดยตรงต่อตัวเด็กและครอบครัวแล้วยังส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวมด้วย¹⁵⁷ เช่น ภาพข่าวจากสื่อต่างๆ ที่เด็กถูกใช้กำลังทำร้ายร่างกาย ยกตัวอย่างกรณีเด็ก ม.1 สอบตกและถูกครูในโรงเรียนตี แม้จากการตรวจสอบร่างกายไม่พบร่องรอยการถูกทำร้าย แต่ในที่เกิดเหตุพบกระดาษเขียนข้อความ มีใจความระบุว่า “ไปเรียนมักจะมีคนประจบสอพลอหลอกหลวง และครูตีบ่อยมากจนไม่หัด กลียดทุกคน ยกเว้นเพื่อนรัก”¹⁵⁸ หรือกรณีที่เด็กอนุบาล โรงเรียนสารสาสน์วิเทศ ที่ถูกครูจุ่มใช้กำลังทำร้ายแล้วไม่รำเริง มีอาการหวาดผวากลางดึก และแสดงอาการไม่ยอมไปโรงเรียน เป็นต้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่าผลที่เกิดขึ้นจากการที่เด็กถูกใช้กำลังทำร้ายที่เกิดขึ้นกับเด็กและเยาวชน แบ่งได้เป็น ทางด้านร่างกาย เช่น มีการเจริญเติบโตและพัฒนาการที่ผิดปกติ เป็นต้น ทางด้านจิตใจ ได้แก่ ขาดความมั่นคงทางจิตใจ รู้สึกไม่ปลอดภัย ซึมเศร้า หวาดระแวง มีปัญหาสุขภาพจิตหรือความเครียดอย่างรุนแรง จนนำไปสู่การพึ่งพายาเสพติด หรือการฆ่าตัวตาย เป็นต้น ทางด้านสังคม

¹⁵⁷ จินตนา วัชรสินธุ์, รวีวรรณ คำเงิน, ชนกพร ศรีประสารและ ณัชนันท์ ชีวานนท์, “ปัจจัยที่มีความสัมพันธ์กับความรุนแรงในครอบครัวของเด็กวัยเรียน,” วารสารเครือข่ายวิทยาลัยพยาบาลและการสาธารณสุขภาคใต้, (2561), น.191.

¹⁵⁸ ข่าวสดออนไลน์, “ม.1 เกรียดฆ่าตัว! สอบตก10 วิชา พ่อใจสลายอึ้งเจอจม.ลูกเขียน โวยครูตีจนไม่เรียนหัก,” สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤษภาคม 2565, จาก https://www.khaosod.co.th/breaking-news/news_864620

ได้แก่ ไม่มีความสุขในการดำเนินชีวิต แยกตัวออกจากสังคม ปรับตัวเข้ากับผู้อื่นไม่ได้ต่อต้านสังคม กระทำ ความรุนแรงต่อบุคคลอื่น เป็นต้น¹⁵⁹

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเด็กนั้นเป็นประชากรในกลุ่มบอบบาง ไม่ว่าจะบอบบางทางร่างกาย หรืออายุจิตใจ ทั้งยังเป็นบุคคลที่เสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมได้ง่ายกว่าผู้ใหญ่ หรือตกเป็นผู้เสียหายเกี่ยวกับร่างกายของตัวเอง ซึ่งเห็นได้จากสถิติการที่เด็กถูกทำร้ายร่างกายเพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่องจากการรวบรวมสถิติภายใน 16 ปีของสื่อ¹⁶⁰ ในประเทศไทย หากจะป้องกันการกระทำ ความผิดในร่างกายเด็ก ประมวลกฎหมายอาญาของไทยควรเพิ่มเติมต้นทุนของการกระทำ ความผิดให้สูงขึ้น กล่าวคือ ความกำหนดความผิดและบทลงโทษที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น กว่ากระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายบุคคลทั่วไป เพื่อเป็นไปตามแนวคิดการลงโทษเพื่อแก้แค้น ทดแทนและยับยั้งป้องกันอาชญากรรม โดยไม่ต้องรอให้เกิดผลของการกระทำที่เด็กต้องได้รับ อันตรายแก่กายหรือจิตใจเท่านั้นที่ต้องได้รับโทษหนักขึ้น เพื่อเป็นการตั้งรับไม่ให้เกิดผลของการ กระทำที่รุนแรงก่อนเสมอไป ทั้งนี้ในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา กรณีการทำร้าย ร่างกายเด็กย่อมต้องเป็นการบัญญัติเพื่อตอบสนองและป้องกันการกระทำ ความผิดในสังคมไทย โดยนำเหตุผล 2 ประการ คือ

(1) เหตุผลทางคุณค่าด้านศีลธรรมของสังคม ซึ่งถือเป็นการพิจารณาถึงจิตใจชั่วร้ายของผู้กระทำความผิดและความหนักเบาของผลที่เกิดจากจิตใจชั่วร้ายนั้น ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าการทำร้าย ร่างกายเด็กแม้จะไม่ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ ร้ายแรงต่อบุคคลที่มีความอ่อนแอ และผู้กระทำได้กระทำความผิดต่อเด็กได้ง่ายกว่าผู้ใหญ่ จึง ถือว่าเป็นการกระทำที่ไร้ความเมตตาปราณี ทำให้กระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของคนในสังคม ส่วนรวม และแสดงออกถึงความเสื่อมเสียของศีลธรรมภายในจิตใจของผู้กระทำความผิด

(2) เหตุผลในด้านการป้องกันยับยั้งการกระทำความผิด ผู้กระทำความผิดก่อนลงมือ กระทำความผิดย่อมมองถึงปัจจัยต่างๆว่าการกระทำต่อเด็กง่ายกว่าการกระทำต่อบุคคลทั่วไป หรือ โอกาสในการกระทำความผิดต่อเด็กได้ง่าย และโอกาสที่เด็กจะป้องกันผลของการกระทำย่อมมีได้ น้อยกว่าบุคคลทั่วไป

¹⁵⁹ ศูนย์สมเด็จพระเทพรัตน์, “ความรุนแรงในเด็กและเยาวชน ตั้งใจหรือแค่พลังผลอ,”

สืบค้นเมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม 2565, จาก <http://www.craniofacial.or.th/aggressiveness-in-youth.php>

¹⁶⁰ PPTV36HD, “สถิติ 16 ปี มีการใช้ความรุนแรงกับเด็กมากกว่า 1,300 ราย,”

สืบค้นเมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 2565, จาก

<https://www.pptvhd36.com/news/%E0%B8%AD%E0%B8%B2%E0%B8%8A%E0%B8%8D%E0%B8%B2%E0%B8%81%E0%B8%A3%E0%B8%A3%E0%B8%A1/160400>

ดังนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าควรเพิ่มต้นทุนของการกระทำความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายร่างกายเด็กแม่ไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจโดยกำหนดความผิดและโทษให้สูงขึ้นเพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กที่ไม่ต้องรอให้เกิดผลของการกระทำที่เด็กต้องได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจเท่านั้นที่ต้องได้รับโทษหนักขึ้น ซึ่งเป็นการตั้งรับไม่ให้เกิดผลของการกระทำที่รุนแรงก่อนเสมอไป

4.1.2 ความรับผิดทางอาญา กรณีทำร้ายร่างกายเด็ก

ความรับผิดทางอาญาพิจารณาจากการกระทำของผู้กระทำอันถือว่าเป็นสิ่งชั่วร้ายที่เกิดขึ้น โดยพิจารณาถึงสภาพจิตใจของผู้กระทำความผิดโดยพิจารณาจากเจตนาอันแท้จริงของบุคคลผู้กระทำความผิดว่าหวังที่จะกระทำความผิดจริงหรือไม่ อันเป็นองค์ประกอบภายในของการกระทำนั้น ๆ อันตรงกับหลักการที่เกิดขึ้นว่า การกระทำจะไม่เป็นความผิดถ้าขาดเจตนาในการกระทำความผิด (Ream linguam non facit nisi mens rea) โดยพิจารณาจากโครงสร้างความรับผิดทางอาญา 3 ส่วน ได้แก่

ส่วนที่ 1 องค์ประกอบภายนอก (Actus reus) ภาวะวิสัย กล่าวคือ การจะเข้าหลักเกณฑ์ตามองค์ประกอบภายนอกได้กฎหมายต้องบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดเสียก่อน ซึ่งจะต้องมีการกระทำโดยเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกในการกระทำของตน

ส่วนที่ 2 องค์ประกอบภายใน (Mens rea) อดวิสัย พิจารณาจากเจตนาในใจจริงของผู้กระทำความผิดโดยตรงอันเป็นภาวะจิตใจที่น่าตำหนิว่าผู้กระทำความผิดมีเจตนาในการกระทำความผิดหรือไม่ กล่าวคือรู้ข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมแห่งการกระทำเป็นองค์ประกอบความผิดอันประสงค์ต่อผล หรือเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น ซึ่งเป็นภาวะความชั่วร้ายของจิตใจผู้กระทำ¹⁶¹

ส่วนที่ 3 การกระทำนั้นต้องไม่มีเหตุยกเว้นโทษยกเว้นความผิด

ความผิด ตามมาตรา 391 กำหนดให้การใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นไม่กับได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ มีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน....

องค์ประกอบของความผิด คือ การที่บุคคลทำร้าย (ใช้กำลังทำร้าย) มนุษย์ผู้อื่นโดยเจตนาทำร้าย (ใช้กำลังทำร้าย) ความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นนี้มีความใกล้เคียงกับความผิดฐานพยายามทำร้ายร่างกายผู้อื่นตามมาตรา 295 ประกอบด้วยมาตรา 80 ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1203/2500 ใช้ดาบไล่ฟันผู้เสียหายห่าง 3 วา ผู้เสียหายหนีขึ้นเรือน มีผู้มาห้ามจำเลยฟันไม่ได้ มีความผิดฐานพยายามทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295,80

¹⁶¹ พิชวุฒิ เปี่ยมธรรมโรจน์, ณรงค์ ใจกล้าหาญ, ศิริชัย มงคงเกียรติศรี และมาตาลักษณ์ เสรมะชากุล, “การกำหนดความรับผิดและโทษทางอาญา ศึกษากรณีความผิดต่อชีวิตร่างกายของเด็ก,” วารสารบัณฑิตศึกษา, ปีที่ 17, ฉบับที่ 76, น.22 (มกราคม-มีนาคม 2563).

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 889/2507 ใช้มีดดาบแทงทำร้ายถูกชายโคง มีรอยช้ำแดงโตกลมครึ่ง เซนติเมตร รักษาประมาณ 5 วันหาย ยังถือไม่ได้ว่าเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายจึงผิดเพียงมาตรา 391

จากแนวคำพิพากษาจะเห็นว่ากรณีที่จำเลยใช้อาวุธฟันผู้เสียหายโดยเจตนาจะทำร้ายแต่ ฟันไม่ถูกมีความผิดฐานพยายามทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295,80 แต่หากใช้อาวุธฟันผู้เสียหายโดย เจตนาทำร้ายเช่นเดียวกันและฟันถูกผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บเล็กน้อยมีความผิดตามมาตรา 391 ซึ่ง เป็นความผิดลหุโทษและมีโทษเบากว่าความผิดตามมาตรา 295, 80 และมาตรา 391 นี้ หากพิจารณา ถึงความแตกต่างของลักษณะของการกระทำความผิดจะเห็นได้ว่าความผิดตามมาตรา 295 หมายความว่า “ทำร้าย” ในขณะที่ความผิดตามมาตรา 391 หมายความว่า “ใช้กำลังทำร้าย” ซึ่งในเรื่อง ของความแตกต่างกันของคำทั้งสองนี้มีความเห็นเป็น 2 ฝ่าย คือ¹⁶²

(1) ฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่าคำทั้งสองคำนี้มีความหมายอย่างเดียวกัน เช่น

1.1 อาจารย์คณิต ณ นคร เห็นว่าการกระทำความผิดตามมาตรา 391 นั้น แม้กฎหมายจะ ใช้คำว่า “ใช้กำลังทำร้าย” ซึ่งคล้ายกับว่าหมายถึงการใช้กำลังทำร้ายโดยแท้โดยไม่มีสิ่งอื่นภายนอก ภายเป็นเครื่องมือ เช่น ใช้เท้าเตะและถีบ แต่แท้ที่จริงก็คือการทำร้ายในความผิดต่อร่างกาย เพราะ การทำร้ายในความผิดต่อร่างกายอาจเป็นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ “การกระทำมิชอบต่อร่างกาย” และ “การทำให้เสียสุขภาพอนามัย” ซึ่งการกระทำมิชอบต่อร่างกายคือการกระทำ มิชอบทั้งปวงต่อร่างกายไม่ว่าจะเกิดความเจ็บปวดหรือไม่ก็ตาม เช่น การตัดผม หรือ โคนหนวดของ บุคคลอื่น โดยมิชอบเป็นการทำร้ายตามความหมายของกฎหมายแล้ว แต่การกระทำมิชอบต่อร่างกาย นี้จะแตกต่างจากการปฏิบัติมิชอบต่อบุคคล เช่น การเอามือลูบศีรษะผู้อื่นเป็นการปฏิบัติมิชอบต่อ บุคคลไม่เป็นการทำร้ายตามความหมายของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ส่วนการทำให้เสียสุขภาพ อนามัย คือการก่อหรือเร่งสภาวะอันผิดปกติทางกาย หรือจิตใจแม้จะเป็นเพียงชั่วคราว เช่น ทำให้หมด สติหรือมีเมา การนำเชื้อโรคมาสู่ผู้อื่น ซึ่งการกระทำของความผิดตามมาตรา 391 นั้นเน้นหนักไป ในทางการกระทำมิชอบต่อร่างกาย¹⁶³

1.2 อาจารย์สัญญาชัย สัจจวาณิช เห็นว่าคำว่า “ใช้กำลังทำร้ายร่างกาย” มีความหมายอย่าง เดียวกับคำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” ตามมาตรา 1 (6) จึงมีความหมายเดียวกับคำว่า “ทำร้าย” ตาม มาตรา 295 ผิดแต่ว่าผลของการใช้กำลังทำร้ายตามมาตรา 391 นั้นไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตราย แก่กายหรือจิตใจของผู้เสียหายเท่านั้น กล่าวคือความรุนแรงในการทำร้ายตามมาตรา 391 นี้ไม่ถึงขั้น

¹⁶² วิภาพร เนติจิร โชติ, “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป : ศึกษาเฉพาะความผิด ลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2548), น. 158-162.

¹⁶³ คณิต ณ นคร, *อ่างแล้ว เจริงรรถที่ 2*, น.71.

เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจเท่านั้น และเห็นว่ากรณีตามมาตรา 391 นั้นผู้กระทำความผิดมีเจตนาใช้กำลังทำร้ายผู้อื่น โดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจไม่ใช่มีเพียงเจตนาทำร้ายเท่านั้น เช่น ก เจตนาตบหน้า ข เพียงแค่ให้รู้สึกเจ็บ โดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ถ้า ก ตบไม่ถูก ก็เป็นการพยายามกระทำความผิดหลุโทษตามมาตรา 391 จะถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 ไม่ได้ คือเจตนาในมาตรา 391 เป็นเจตนาในระดับที่เบากว่าเจตนาตามมาตรา 295 หรือมาตรา 290¹⁶⁴

(2) ฝ่ายที่สองเห็นว่า “การทำร้าย” และ “การใช้กำลังทำร้าย” มีความหมายต่างกัน เช่น

2.1 อาจารย์หยุด แสงอุทัย เห็นว่า คำว่า “ทำร้าย” หมายความถึงการกระทำต่อร่างกายหรือจิตใจของผู้อื่น ในทางให้เจ็บหรือแตกหักเสียหาย โดยจะมีอาวุธหรือไม่ก็ตามและไม่ว่าจะกระทำโดยถูกเนื้อต้องตัวของผู้เสียหายหรือไม่ก็ตาม เช่น หลอกให้เขาเสียใจจนวิกลจริต ส่วนคำว่า “การใช้กำลังทำร้าย” หมายความถึงการทำร้ายโดยใช้กำลัง คือกำลังกายของผู้กระทำ ถ้าทำร้ายโดยใช้วิธีการอย่างอื่นนอกจากใช้กำลังกายแล้วไม่มีความผิดตาม มาตรา 391¹⁶⁵

2.2 อาจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ เห็นว่า “ทำร้าย” หมายความว่าทำให้เสียหายเป็นภัยแก่กายหรือจิตใจ มีความหมายเหมือนกับคำว่า “ประทุษร้าย” ซึ่งการทำร้ายทำได้โดยไม่ต้องและต้องเนื้อตัวหรือใช้กำลังเลยก็ได้ เช่น ทำให้เกิดป่วยไข้ หลอกให้ตกใจกลัว ทำร้ายโดยให้กินยาพิษ ยุสุมขให้กัด วางขวากหนามให้คนเหยียบ หรือขุดหลุมให้ตกลงไป แทงหรือผลักให้ล้มลง ส่วน “การใช้กำลังทำร้าย” เป็นการทำร้ายที่ต้องใช้กำลัง หมายถึงใช้กำลังกายโดยแท้จริง คือใช้แรงกายภาพแต่ไม่หมายความรวมถึงการใช้วิธีอื่นใดและไม่หมายความรวมถึงการใช้ยา หรือสะกดจิต¹⁶⁶

ผู้ศึกษาเห็นได้ว่าตามมาตรา 391 เป็นการแสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่าต้องมี “เจตนา” ประกอบคำว่า “ทำร้าย” เป็นการชัดเจนว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำต่อร่างกายหรือจิตใจของผู้อื่นนี้มีความใกล้เคียงกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นตามมาตรา 295 เนื่องจากความผิดทั้ง 2 มาตรา นั้นมีคุณธรรมทางกฎหมายอย่างเดียวกันคือ ความปลอดภัยของร่างกาย และอาศัยองค์ประกอบภายในจิตใจคือเจตนาทำร้ายร่างกายเช่นเดียวกัน แตกต่างเพียงผลของการกระทำของมาตรา 391 มีความ

¹⁶⁴ สัจชัย สัจจวานิช, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2528), น.43-46.

¹⁶⁵ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น.203 และ น. 379.

¹⁶⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2539), น. 1932, น. 1989 และ น. 2870.

รุนแรงน้อยกว่า เมื่อแยกความผิดของมาตรา 391 และ 295 ให้อยู่ในภาคความผิดที่ต่างกันอาจก่อให้เกิดปัญหาในสังคมที่ทำให้ไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการกำหนดความรับผิดชอบและบทลงโทษทางอาญาได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 391 ไม่ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 105 และการสนับสนุนการกระทำความผิดตามมาตรา 391 ไม่ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 106 ประกอบกับอายุความในการฟ้องคดีของมาตรา 391 มีอายุความที่น้อยกว่ามาตรา 295 ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ได้รับการลงโทษก่อให้เกิดการขัดต่อหลักความยุติธรรม

การพยายามกระทำความผิดตามหลักทั่วไป ในมาตรา 80 ประกอบไปด้วย หลักเกณฑ์ 3 ประการ ดังนี้¹⁶⁷

- (1) ผู้กระทำจะต้องมี “เจตนา” กระทำความผิด
- (2) ผู้กระทำต้องกระทำการถึงขั้นตอนของการลงมือกระทำความผิด
- (3) การกระทำของผู้กระทำต้องไม่บรรลุผล การไม่บรรลุผลในเรื่องการพยายามกระทำความผิด หมายถึง ผลไม่เกิด สมดังเจตนาของผู้กระทำ ไม่ใช่ไม่เกิดผลขึ้นเลย

หากพิจารณากรณีพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 391 ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 105 เหตุผลที่กฎหมายต้องลงโทษต่อการพยายามกระทำความผิดนั้น เนื่องจาก “การพยายามกระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำของผู้ที่มีอันตราย” กล่าวคือ เป็นการกระทำของบุคคลที่มีเจตจำนงในการประกอบอาชญากรรม¹⁶⁸ แต่การที่ความผิดลหุโทษไม่มุ่งลงโทษผู้พยายามกระทำความผิดนั้นเพราะเห็นว่าความผิดลหุโทษเป็นความผิดเล็กน้อย ประกอบกับความผิดลหุโทษส่วนมากไม่ต้องการเจตนาจึงเป็นความผิดที่มีการพยายามไม่ได้อยู่เอง กฎหมายต้องการผลสำเร็จของความผิดมากกว่า¹⁶⁹ แต่อย่างไรก็ตามความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายเป็นความผิดที่ต้องการเจตนาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ขณะเดียวกันลักษณะของการกระทำก็เป็นการกระทำที่มีข้อตำหนิเชิงศีลธรรมจากสังคมอย่างรุนแรง ดังนั้นการที่กฎหมายไม่ลงโทษต่อผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวอาจเป็นการขัดต่อความรู้สึกของคนทั่วไปในสังคมและอาจไม่สามารถคุ้มครองสังคมได้อย่างดีพอ เช่น

1) ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้การพยายามกระทำความผิดลหุโทษไม่ต้องรับโทษ ดังนั้น เมื่อนำความผิดที่สมควรจะเป็นความผิดอาญาทั่วไปมา

¹⁶⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น.540.

¹⁶⁸ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น.385.

¹⁶⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.404.

บัญญัติไว้ในภาคความผิดลหุโทษส่งผลให้ผู้พยายามกระทำความผิดดังกล่าวไม่ต้องรับโทษยังกรณี
ที่กระทำต่อเด็ก

2) ทำให้การบังคับใช้กฎหมายกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายไม่มีประสิทธิภาพ เพราะ
ไม่ได้รับความสำคัญเท่ากับความผิดอาญาทั่วไปเนื่องจากตกอยู่ภายใต้กระบวนการที่ไม่เคร่งครัด
ทั้ง ๆ ที่ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 391 มีลักษณะของความผิดและการกระทำเหมือนกับ
ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295

3) ทำให้กฎหมายอาญาไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ประสงค์ในการคุ้มครองความสงบ
เรียบร้อยของสังคม เพราะการที่จะทำให้กฎหมายอาญาสามารถควบคุมความสงบเรียบร้อยของ
สังคมได้โดยป้องกันมิให้เกิดการกระทำต่าง ๆ ที่กฎหมายห้ามได้นั้นปริมาณของโทษจะต้อง
เพียงพอหรือมากพอที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำความผิดนั้นอีก และ
สามารถข่มขู่ให้บุคคลอื่นเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดนั้น แต่การพยายามกระทำความผิดตาม
มาตรา 391 ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษตามมาตรา 105 ย่อมก่อให้เกิดความไม่สงบได้

ผู้สนับสนุนการกระทำความผิดตามมาตรา 391 ไม่ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมาย
อาญามาตรา 106 โดยหลักแล้วสาเหตุที่ต้องลงโทษผู้ที่ร่วมกระทำความผิด (Teilnahme) (ในที่นี้
หมายความรวมถึงการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด และการสนับสนุนการกระทำความผิดของผู้อื่น
ด้วย) เพราะเหตุผลที่ว่า ผู้ที่ร่วมกระทำความผิด (Teilnahme) เป็นผู้ที่ทำให้เกิดความผิดใดความผิด
หนึ่งด้วยการมีเจตนาหรือสนับสนุนด้วยการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกกับการกระทำความผิด
นั้น และตัวผู้ร่วมกระทำความผิดเองก็มีความช่วยในการก่อหรือสนับสนุนนั้นด้วยผู้หนึ่ง แต่การที่
มาตรา 391 กำหนดไว้ในเหตุลหุโทษโดยไม่มุ่งลงโทษสนับสนุนกระทำความผิดนั้น เพราะมองว่า
ลหุโทษเป็นเรื่องเล็กน้อย สองในสามของลหุโทษยิ่งเล็กน้อยลงไปอีก แต่อย่างไรก็ตามการไม่
ลงโทษต่อการกระทำดังกล่าวเพียงเพราะโทษที่มีเล็กน้อย อาจทำให้ไม่บรรลุภารกิจของกฎหมาย
อาญา ในแง่ของการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายและการคุ้มครองคุณภาพการกระทำของบุคคลได้

หากพิจารณาจากองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 391 แล้วจะเห็นได้ว่าผู้กระทำความผิดต้องมี
เจตนาที่จะกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสอง เพื่อจะใช้แรงกายภาพ
ทำร้ายผู้อื่น ถ้าหากไม่เจตนาทำร้ายก็ไม่สามารถจะมีความผิดตามมาตรา 391 ได้ ประกอบกับ
ลักษณะความผิดลหุโทษตามมาตรา 391 มีหลักเกณฑ์สำคัญที่ใช้ในการกำหนดขอบเขตหรือการ
บัญญัติความผิดลหุโทษไว้ดังนี้

1. ต้องเป็นการกระทำที่ไม่มีข้อตำหนิในทางศีลธรรมอย่างรุนแรงแต่เป็นเพียงกฎหมาย
เล็กน้อยที่ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างรุนแรง

2. เป็นความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำด้วยจิตใจชั่วร้าย

3. มีความรุนแรงหรือความก้าวร้าวของการกระทำไม่มากนัก
4. เป็นภัยอันตรายต่อบุคคลหรือสังคมไม่มาก ไม่ได้กระทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลโดยตรง
5. ปฏิกริยาตอบสนองหรือความหวาดกลัวของคนในสังคมต่อการกระทำนั้นไม่รุนแรง
6. มีคุณธรรมทางกฎหมายเกี่ยวกับผลประโยชน์ของรัฐโดยแท้ ไม่ใช่คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคล

หากพิจารณาจากข้อเท็จจริงในสังคมจะเห็นได้ว่าลักษณะความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายเด็กนั้นย่อมส่งผลต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง เช่นภาพข่าวจากสื่อต่างๆ ที่เด็กถูกรักษาโดยผู้ใหญ่หรือคนใกล้ชิดโดยผู้กระทำความผิดอาศัยช่องทางในสถานะที่เด็กเป็นบุคคลที่อ่อนแอ ไม่สามารถโต้ตอบ หรือป้องกันตนเองได้ กรณีการทำร้ายเด็กของมารดาโดยใช้เชือกมัดคอลูกของตัวเอง และบันทึกภาพเคลื่อนไหว แล้วส่งต่อไปให้สามี เพื่อประชดสามี โดยอ้างว่าสามีไม่ให้ความสนใจ แม้ว่าแม่เด็กไม่ได้มีเจตนาจะการทำร้ายร่างกายของบุตรโดยตรงก็ตาม แต่สามารถสังเกตเห็นผลได้ว่าการใช้เชือกรัดคอเด็กดังกล่าวนั้น อาจจะทำอันตรายแก่ร่างกายและจิตใจ หรือชีวิตของบุตรได้ เนื่องจากเด็กอายุไม่ถึง 2 ขวบ กระดูกและร่างกายอ่อนแอกว่าเด็กโตแม้การกระทำดังกล่าวเด็กไม่ได้รับบาดเจ็บ¹⁷⁰ พนักงานสอบสวนจะเปรียบเทียบปรับ ตาม ปอ. มาตรา 391 ผู้ใดใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่กรณีนี้เป็นการกระทำความผิดกับบุคคลซึ่งอยู่ในครอบครัว ถือเป็นคดีเกี่ยวกับการใช้ความรุนแรงในครอบครัว ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มาตรา 78 การที่บุคคลใดกระทำการอันเป็นความรุนแรงต่อครอบครัวมีอัตราโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน จากกรณีดังกล่าวหากพิจารณาจากลักษณะของความผิดจะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีเจตนาโดยสังเกตเห็นผลแล้วว่าเด็กจะรับอันตราย ซึ่งถือได้ว่าเป็นการกระทำที่มีข้อตำหนิในทางศีลธรรมอย่างรุนแรงเนื่องจากผู้กระทำความผิดมีจิตใจชั่วร้ายก่อให้เกิดภาพของความรุนแรงอันเป็นภัยอันตรายต่อเด็กโดยตรง ซึ่งขัดต่อหลักคุณธรรมทางกฎหมายในการละเมิดสิทธิในร่างกายของเด็กเอง ก่อให้เกิดข้อตำหนิต่อคนในสังคมต่อการกระทำดังกล่าวเมื่อเทียบกับความผิดและบทลงโทษที่ผู้กระทำได้รับ

¹⁷⁰ อัมรินทร์ 34 HD, “แม่สุดโหดประชดผัวจับลูกแขวนคอ เหตุไม่รับสาย บู่จะพาไปตายที่อื่น,” สืบค้นเมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม 2565, จาก <https://www.amarintv.com/news/detail/2160>

หากพิจารณาเรื่องลักษณะและเงื่อนไขที่ใช้เป็นเกณฑ์ของความผิดลหุโทษเกี่ยวกับการใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นตามมาตรา 391 กรณีใช้กำลังทำร้ายเด็กเปรียบเทียบกับมาตรา 295 ความผิดอาญาทั่วไปเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายสามารถแสดงเป็นตารางการวิเคราะห์ ได้ดังนี้

ตารางที่ 4.1 : ตารางการวิเคราะห์ลักษณะความผิดตามมาตรา 391 และมาตรา 295

ความผิด	สภาวะจิตใจที่สมควรแก่การ ลงโทษ			การมีข้อ ตำหนิ ในทาง ศีลธรรม	ความ รุนแรง ของ การ กระทำ	ความ เป็น อันตราย ต่อผู้อื่น หรือต่อ สังคม	ความ หวาดกลัว ของคนใน สังคม	คุณธรรม ทาง กฎหมาย ที่เป็น เรื่อง ส่วนตัว ของ บุคคล
	เจตนา	ประมาท	ไม่ ต้องการ เจตนา					
มาตรา 391 ใช้กำลังทำร้ายโดย ไม่ถึงเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ กายหรือจิตใจ	√			√	√	√	√	√
มาตรา 295 ทำร้ายจนเป็นเหตุให้ เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ	√			√	√	√	√	√

จากตารางจะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์สำคัญที่ใช้ในการกำหนดขอบเขตหรือการบัญญัติความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 391 และมาตรา 295 มีลักษณะของความผิดที่เหมือนกัน โดยเกิดจากเจตนาเป็นพื้นฐานในการกระทำความผิด

4.2 วิเคราะห์การกำหนดเหตุฉกรรจ์เกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายเด็กที่ยังไม่คลอบคลุมถึงวิธีการที่ร้ายแรง

เหตุฉกรรจ์เกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายเด็กนั้นมีพื้นฐานขององค์ประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นตามมาตรา 295 และเพิ่มเติมเหตุฉกรรจ์ต่างๆ อันมีผลให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 62 วรรคท้าย¹⁷¹ กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใด ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้นด้วย จึงทำให้คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นประกอบด้วยเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 296 นี้เป็นอย่างเดียวกับคุณธรรมทางกฎหมาย¹⁷²ของความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นตาม

¹⁷¹ อัจฉริยา ชูตินันท์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556), น.401.

¹⁷² กนิต ณ นคร, อ่างแล้ว เจริงรรถที่ 3, น.93.

มาตรา 295 คือ การคุ้มครองความปลอดภัยในร่างกายของบุคคล¹⁷³ อย่างไรก็ตามก็มีการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายยังไม่ครอบคลุมถึงการป้องกันสิทธิในร่างกายเด็กที่เป็นกลุ่มบุคคลที่ควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษและยังไม่ครอบคลุมถึงปัจจัยความร้ายแรงและลักษณะของกระทำที่ใช้วิธีรุนแรงและเป็นอันตรายอีกหลายประการที่แสดงถึงจิตใจที่ชั่วร้ายของผู้กระทำ ความผิดให้ต้องได้รับโทษหนักขึ้นได้ โดยผู้กระทำความผิดต่อเด็กคงรับผิดเพียงฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นธรรมดาตามมาตรา 295 เท่านั้น ทำให้โทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับนั้นไม่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำต่อเด็ก ทำให้ไม่สามารถข่มขู่ยับยั้งหรือลดอันตรายแก่สังคม แต่กลับกลายเป็นการเพิ่มอันตรายให้กับผู้เสียหายและสังคม

การกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยการนำเอาเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นตามมาตรา 296 ได้นำบทบัญญัติเรื่องเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 289 มาใช้บังคับ โดยพิจารณาจากปัจจัยหลักซึ่งแบ่งได้ 3 ประการ 1) พิจารณาจากฐานะของผู้ถูกกระทำ ได้แก่ ความเป็นบุพการี เจ้านักงาน และผู้ช่วยเจ้านักงาน 2) พิจารณาถึงลักษณะของการกระทำที่แสดงถึงความชั่วร้ายของผู้กระทำ ได้แก่ การทำร้ายโดยไตร่ตรองไว้ก่อน และการทำร้ายโดยกระทำการทรมานหรือทารุณโหดร้าย 3) พิจารณาจากจุดมุ่งหมายของการกระทำความผิด คือ การทำร้ายเพื่อเตรียมการ หรือเพื่อสะดวกในการกระทำความผิดอย่างอื่นหรือเพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้น อย่างไรก็ตามก็มีการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดเกี่ยวกับร่างกายผู้อื่นเมื่อพิจารณาถึงความชั่วร้ายของผู้กระทำ กฎหมายจำกัดเพียงเฉพาะสองกรณีเท่านั้น กรณีแรก คือ การทำร้ายโดยไตร่ตรองไว้ก่อน และกรณีที่สอง คือ การทำร้ายโดยทรมานหรือโดยกระทำทารุณโหดร้ายเท่านั้น ซึ่งไม่ครอบคลุมถึงลักษณะของการกระทำที่ร้ายแรงและมีความอันตรายให้แก่ การใช้อาวุธ หรือสารพิษ หรือสารเคมีอันตราย หรือสารเสพติด หรือการใช้ไฟหรือวัตถุที่ทำให้เกิดความร้อน หรือวัตถุที่ก่อให้เกิดอันตรายประการอื่น ลักษณะการกระทำความผิดด้วยวิธีดังกล่าวนอกจากจะส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยต่อร่างกายแล้ว ยังมีพฤติการณ์ของการกระทำที่สร้างความเสียหายต่อชีวิตและสุขภาพให้แก่ประชาชนทั่วไป อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายยังมีบางลักษณะของการกระทำที่ใช้วิธีการที่ร้ายแรงและเป็นอันตรายอันบ่งบอกถึงจิตใจชั่วร้ายของผู้กระทำความผิดและเป็นอันตรายต่อสังคม¹⁷⁴ แม้ผลที่ผู้ถูกกระทำได้รับอาจจะไม่ถึงขั้นเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจก็ตาม

¹⁷³ อัจฉริยา ชูตินันท์, *อ้างแล้ว เจริญรอกที่ 20*, น.169-170.

¹⁷⁴ อัจฉริยา ชูตินันท์, “การกำหนดเหตุฉกรรจ์เกี่ยวกับการกระทำที่ใช้วิธีการที่ร้ายแรงและเป็นอันตรายกว่าทำร้ายร่างกายผู้อื่นกรณีธรรมดาให้ต้องระวางโทษหนักขึ้น,” *วารสารสุทธิปริทัศน์*, ฉบับที่ 1, ปีที่ 35, น.12-14 (มกราคม-มีนาคม 2564).

การกำหนดเหตุจรรยาตามมาตรา 289 นั้นจะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดเหตุจรรยาที่ไม่ครอบคลุมไปถึงสิทธิของบุคคลที่รัฐควรให้การคุ้มครองเป็นพิเศษอย่างเด็กด้วย หากพิจารณาจากข้อเท็จจริงจะเห็นได้ว่าเด็กนั้นเป็นบุคคลที่มีความอ่อนเยาว์ทั้งในด้านของอายุ สมรรถภาพทางร่างกายและประสบการณ์การใช้ชีวิตที่รัฐควรให้การคุ้มครองสิทธิของเด็กเป็นพิเศษเพื่อให้สามารถใช้ชีวิตอยู่รอดและปลอดภัยจากอันตรายที่อาจจะเข้ามามากกว่าบุคคลโดยทั่วไปที่บรรลุนิติภาวะแล้วจากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า การกำหนดเหตุจรรยาขึ้นนอกจากจะเป็นการเพิ่มโทษสำหรับการกระทำความผิดในลักษณะที่เข้าเหตุตามมาตรา 289 เพื่อแก้แค้นทดแทนการกระทำความผิดตามวัตถุประสงค์ในการลงโทษแบบแก้แค้นทดแทนในลักษณะตาต่อตาฟันต่อฟัน โดยเน้นในเรื่องของการตอบแทนความร้ายแรงของการกระทำความผิดตามแนวความคิดในสำนักคิดอาชญาวิทยาแบบดั้งเดิม แต่ทั้งนี้การกำหนดเหตุจรรยาขึ้นควรที่จะเป็นการกำหนดเหตุเพิ่มโทษในลักษณะของการยับยั้งการกระทำความผิดโดยไม่ต้องรอเพื่อตั้งรับให้เกิดผลของการกระทำที่รุนแรงก่อนเสมอไป ซึ่งการกำหนดเหตุจรรยาดังกล่าวในปัจจุบันนั้นอาจจะยังไม่สามารถที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีจิตใจชั่วร้ายหรือเป็นผู้กระทำความผิดที่มีจุดมุ่งหมายของการกระทำที่มีความร้ายแรงและโหดร้ายมากกว่ากรณีการกระทำโดยปกติได้ในบางกรณี โดยเฉพาะในกรณีของการกระทำความผิดต่อบุคคลที่มีความอ่อนแออันสามารถเห็นได้ประจักษ์อย่างการกระทำต่อเด็ก

ประมวลกฎหมายอาญาบับปัจจุบันมิได้มีการบัญญัติเหตุจรรยากรณีทำร้ายร่างกายเด็กหรือการใช้กำลังทำร้ายเด็กไว้เป็นการเฉพาะจึงไม่มีการกำหนดช่วงอายุของเด็กหรือการกำหนดลักษณะของการกระทำที่ร้ายแรงและมีความอันตรายได้แก่ การใช้อาวุธ หรือสารพิษ หรือสารเคมีอันตราย หรือสารเสพติด หรือการใช้ไฟหรือวัตถุที่ทำให้เกิดความร้อน หรือวัตถุที่ก่อให้เกิดอันตรายประการอื่น หากเทียบเคียงเฉพาะตามกฎหมายอาญาของไทยในเรื่องของการกำหนดอายุเด็กและลักษณะของการกระทำที่ร้ายแรงและมีความอันตรายเช่น การกระทำความผิดโดยใช้อาวุธที่เด็กได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษนั้นจะมีก็แต่ในกรณีของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่ได้มีการบัญญัติหลักดังกล่าวไว้ อาทิ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 ที่ได้มีการกำหนดให้ “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งไม่ใช่ภริยาหรือสามีของตนโดยเด็กนั้นยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” ซึ่งมาตรา 277 ได้มีการกำหนดลักษณะของการกระทำที่ร้ายแรงและมีความอันตรายที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งมาตรา 277 วรรคสามได้กำหนดให้ “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต” ซึ่งเป็นโทษที่สูงกว่าการข่มขืนกระทำ

ซ้ำเราตามมาตรา 276 หรือความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และ มาตรา 279 เป็นต้น

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า การกำหนดช่วงอายุของเด็กที่จะได้รับความคุ้มครอง และลักษณะของการกระทำที่ร้ายแรงและมีความอันตรายได้แก่ การใช้อาวุธ หรือสารพิษ หรือ สารเคมีอันตราย หรือสารเสพติด หรือการใช้ไฟหรือวัตถุที่ทำให้เกิดความร้อน หรือวัตถุที่ก่อให้เกิด อันตรายประการอื่น ลักษณะการกระทำความผิดด้วยวิธีดังกล่าวนอกจากจะส่งผลกระทบต่อความ ไม่ปลอดภัยต่อร่างกายแล้ว ยังมีพฤติการณ์ของการกระทำที่สร้างความเสียหายต่อชีวิต ให้แก่ประชาชนทั่วไป ดังนั้นจึงมีความสำคัญอย่างมากที่ประมวลกฎหมายอาญาที่ต้องกำหนดความ ชัดเจนเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของเด็ก โดยกำหนดช่วงอายุของเด็กและลักษณะของการกระทำที่จะ ได้รับการคุ้มครองตามเหตุกรรจ์ในกรณีการใช้กำลังทำร้ายเด็กและการทำร้ายร่างกายเด็ก เพื่อเป็น การเพิ่มประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมายและคุ้มครองสิทธิเด็กนั้นเป็นไปอย่างครอบคลุม มากยิ่งขึ้น

4.3 เปรียบเทียบความผิดและโทษกรณีใช้กำลังทำร้ายร่างกายเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย กับต่างประเทศ

การกำหนดความผิดและการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายเด็กเป็นเรื่องที่ จำเป็นอย่างยิ่ง ถ้าหากมีการกำหนดความผิดและบทลงโทษผู้กระทำความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายเด็ก มีความชัดเจนแน่นอนแล้วก็จะทำให้กฎหมายเกิดความเป็นธรรมในการบังคับใช้กฎหมายและ เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาในการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดใดเกิดขึ้นจึงจำเป็นต้องใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการ กระทำความผิดเพื่อให้เกิดความรู้สึกต่อตัวผู้กระทำความผิดเองว่าสังคมไม่ยอมรับการกระทำของ เขาและขณะเดียวกันก็เพื่อเป็นการเตือนบุคคลทั่วไปว่า ถ้ามีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นอีกก็จะต้องถูก ลงโทษ

จากการศึกษาประมวลกฎหมายอาญาของไทย เห็นได้ว่ามีการกำหนดความผิดและโทษ ในความฐานใช้กำลังทำร้ายร่างกายผู้อื่นไว้ในมาตรา 391 และความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นไว้ใน มาตรา 295 เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีการกำหนดความผิด และโทษที่เป็นการคุ้มครองเด็กที่ตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย (ใช้กำลัง ทำร้าย) ไว้เป็นกรณีพิเศษที่แตกต่างจากกลุ่มบุคคลทั่วไป ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับบทกฎหมายอาญา ของต่างประเทศแล้ว บทกฎหมายอาญาของต่างประเทศได้มีการกำหนดความผิดและโทษที่เด็กตก เป็นเหยื่อของการกระทำความผิดเกี่ยวกับความปลอดภัยในร่างกายไว้เป็นกรณีพิเศษแตกต่างจาก

บุคคลทั่วไป ไม่ว่าจะได้มีการกำหนดความผิดและโทษที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น โดยอาศัยอายุของเด็กที่ถูกกระทำ หรือเหตุผลจากการเป็นบุคคลผู้อยู่ในครอบครัว หรือผู้อยู่ภายใต้การปกครอง

การกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย (ใช้กำลังทำร้ายร่างกาย) เป็นการกระทำที่ผู้กระทำความผิดมีเจตนาโดยมุ่งกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายและจิตใจของผู้อื่น โดยหากการทำร้ายร่างกายนั้นเป็นการกระทำที่มีลักษณะของการกระทำและผลของการกระทำที่แตกต่างกันย่อมเป็นเหตุอันจะทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษที่แตกต่างกันไปด้วย โดยเฉพาะถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีลักษณะของการกระทำที่วิธีรุนแรงและเป็นอันตรายก็ย่อมจะทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นตามไปด้วย โดยในกฎหมายอาญาของไทยและกฎหมายต่างประเทศได้มีการกำหนดความผิดและโทษกรณีทำร้ายร่างกายเด็กเอาไว้แตกต่างกัน ดังนี้

ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ยึดถือคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก นำมาใช้เป็นแนวทางในการตัดสินคดีโดยเฉพาะเรื่องสำคัญจึงทำให้มีการตราเป็นพระราชบัญญัติในเรื่องทำร้ายร่างกายซึ่งปรากฏในพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ.1988 (Criminal Justice Act 1988) และพระราชบัญญัติความผิดต่อบุคคล ค.ศ.1861 ที่ยังใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ประเทศอังกฤษได้มีการแบ่งความผิดฐานทำร้ายร่างกายออกเป็นสามระดับ คือ ระดับที่หนึ่ง การทำร้ายร่างกายธรรมดา (assault and battery) ตามมาตรา 39 ของพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ.1988 ที่ได้กำหนดความผิดฐานทำร้ายร่างกายบุคคลทั่วไปให้ต้องระวางโทษจำคุกสูงสุด 6 เดือน ปรับไม่เกิน 5,000 ปอนด์ ระดับที่สองเป็นการทำร้ายร่างกายให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ (assault occasioning actual bodily harm) ตามมาตรา 47 ของพระราชบัญญัติความผิดต่อบุคคล ค.ศ.1861 และระดับที่สามเป็นการทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้เกิดบาดแผลหรือได้รับอันตรายสาหัส (wounding and grievous bodily harm) ของพระราชบัญญัติความผิดต่อบุคคล ค.ศ.1861 ตามมาตรา 18 และมาตรา 20 หากพิจารณาพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ.1988 มาตรา 45 ได้มีการกำหนดความผิดและโทษกรณีทำร้ายเด็กต่ำกว่า 16 ปี ให้ระวางโทษจำคุก 2 ปี ซึ่งเป็นการกำหนดให้ผู้ใดที่กระทำต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปีนั้นจะต้องรับผิดในการกระทำที่หนักขึ้นกว่าการทำร้ายร่างกายผู้อื่นตามมาตรา 39

ประเทศฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (Nouveau Code Penal 1994) ได้มีการกำหนดความผิดและโทษกรณีทำร้ายเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี ไว้ ซึ่งการทำร้ายร่างกายเด็กในลักษณะที่เป็นการกระทำอันก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายและจิตใจเด็กอายุต่ำกว่า 15 จะต้องได้รับ

โทษตามมาตรา 222-12 ที่กำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ซึ่งเป็นโทษที่สูงกว่าการทำร้ายร่างกายผู้อื่นตามมาตรา 222-11 ที่ได้กำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (The German Penal Code 1993) ได้มีการกำหนดความผิดและโทษกรณีทำร้ายบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี ไว้และได้มีการกำหนดให้ต้องโทษหนักขึ้นตามมาตรา 225 โดยแบ่งการลงโทษออกเป็น 2 ส่วน ตามความรุนแรงของการกระทำที่ก่อขึ้น กล่าวคือ หากการกระทำเป็นการกระทำโดยรุนแรง ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษจำคุก 6 เดือนถึง 10 ปี แต่ถ้าเป็นการกระทำที่ไม่รุนแรงผู้กระทำจะต้องรับโทษจำคุก 3 เดือน – 5 ปี ซึ่งเป็นโทษที่สูงกว่าการทำร้ายร่างกายผู้อื่น ตามมาตรา 223 ที่ได้กำหนดให้การทำร้ายร่างกายผู้อื่นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี โดยประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้มีการกำหนดให้การพยายามกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็กนั้นจะต้องรับโทษเท่ากับการกระทำความผิดสำเร็จด้วย แม้การกระทำความผิดดังกล่าวนั้นจะอยู่ในขั้นของการพยายามกระทำความผิดก็ตามผู้กระทำความผิดก็ต้องรับโทษเช่นเดียวกับการกระทำความผิดที่บรรลุผลแล้ว ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้มีการกำหนดความผิดและโทษอย่างเคร่งครัดเกี่ยวกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็ก โดยเห็นได้จากการกำหนดให้กระทำความผิดฐานทำร้ายเด็กแม้จะอยู่ในขั้นพยายามกระทำความผิดก็ต้องรับโทษเช่นเดียวกับการกระทำความผิดสำเร็จ ซึ่งถือว่าเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันนำมาเป็นเงื่อนไขในการกำหนดความผิดและโทษให้ได้สัดส่วนกับพฤติการณ์ประกอบการทำอันเป็นการคุ้มครองเด็กเป็นกรณีพิเศษ เพื่อเป็นหลักของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมและทำให้เกิดความรู้สึกเกรงกลัวต่อความผิดและโทษที่จะได้รับ และประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 225 (1) ได้กำหนดว่าหากผู้ใดทำร้ายร่างกาย หรือกระทำการทรมานก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี หากบุคคลนั้นเป็นบุคคลในครอบครัวหรืออยู่ในความดูแล หรืออยู่ภายใต้หน้าที่ที่ต้องดูแล หรือภายใต้การจ้างงาน ต้องระวางโทษจำคุก 6 เดือน ถึง 10 ปี

เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีการกำหนดความผิดและโทษที่หนักขึ้นสำหรับกรณีทำร้ายร่างกายเด็กเอาไว้อย่างชัดเจน โดยไม่มีการแบ่งแยกผลที่เกิดขึ้นจากการที่เด็กถูกทำร้ายว่าจะได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือไม่ และจะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้มีการกำหนดความผิดและโทษเกี่ยวกับการทำร้ายเด็กอย่างเคร่งครัดแม้การกระทำความผิดจะอยู่ในขั้นของการพยายามกระทำความผิดก็ตามผู้กระทำความผิดก็ต้องได้รับโทษเช่นเดียวกับการกระทำความผิดที่บรรลุผลแล้ว แต่สำหรับประเทศไทยนั้นหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญานั้นยังไม่มีบัญญัติความผิดฐาน

ทำร้ายร่างกายเด็กเป็นเหตุที่ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้น ทั้งนี้หากพิจารณาถึงการกำหนดความผิดและโทษเกี่ยวกับเด็กเอาไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญาไทยโดยปรากฏในความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามมาตรา 277 ที่ได้มีการกำหนดให้ “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของตน...” ซึ่งเป็นโทษที่สูงกว่าการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276

หากพิจารณาถึงสัดส่วนในการกำหนดโทษที่แสดงถึงจิตใจของผู้ถูกกระทำความผิดให้ต้องรับโทษหนักขึ้นตามการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนที่ผู้กระทำผิดควรได้รับการลงโทษอย่างเหมาะสม และเป็นการลงโทษเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหายที่เป็นเด็กซึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ระหว่างวิวัฒนาการที่กำลังเติบโตทั้งทางด้านร่างกาย จิตใจ และวุฒิภาวะต่างๆ ซึ่งเป็นช่วงที่ยังขาดวุฒิภาวะและประสบการณ์ ในการป้องกันตนเองและเสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรม หากพิจารณาถึงการกำหนดโทษของประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการกำหนดโทษและเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักตามผลของการกระทำจะเห็นได้จากกฎหมายอาญาอังกฤษตามพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ.1988 มาตรา 45 ที่กำหนดให้การกระทำผิดต่อร่างกายเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ต้องระหว่างโทษจำคุก 2 ปี ซึ่งมีโทษที่สูงกว่าการกระทำผิดฐานทำร้ายร่างกายบุคคลทั่วไปตามมาตรา 39 ที่ต้องระหว่างโทษจำคุกสูงสุด 6 เดือน ประเทศฝรั่งเศสตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (Nouveau Code Penal 1994) กำหนดให้การกระทำผิดต่อร่างกายเด็กอายุต่ำกว่า 15 จะต้องได้รับโทษตามมาตรา 222-12 ที่กำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ซึ่งเป็นโทษที่สูงกว่าการทำร้ายร่างกายผู้อื่น ตามมาตรา 222-11 ที่ได้กำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (The German Penal Code 1993) ได้มีการกำหนดความผิดและโทษกรณีทำร้ายบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปีหากการกระทำเป็นการกระทำโดยรุนแรง ผู้กระทำต้องได้รับโทษจำคุก 6 เดือนถึง 10 ปี แต่ถ้าเป็นการกระทำที่ไม่รุนแรงผู้กระทำจะต้องรับโทษจำคุก 3 เดือน – 5 ปี ซึ่งเป็นโทษที่สูงกว่าการทำร้ายร่างกายผู้อื่น ตามมาตรา 223 ที่ได้กำหนดให้การทำร้ายร่างกายผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ดังนั้นจะเห็นได้ว่าต่างประเทศได้ให้ความสนใจในเรื่องการคุ้มครองเด็กที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมโดยกำหนดบทกฎหมายให้บุคคลที่กระทำผิดต่อเด็กต้องได้รับโทษหนักขึ้นซึ่งประเทศไทยเองควรพิจารณาแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องเท่าเทียมกับนานาประเทศเกี่ยวกับการกำหนดโทษที่ผู้กระทำผิดควรได้รับโทษหนักขึ้นแยกเป็นพิเศษออกจากการกระทำผิดต่อบุคคลทั่วไป

ผู้ศึกษาเห็นว่าสามารถนำมาตรา 277 มาเทียบเคียงเพื่อกำหนดความผิดและโทษกรณีทำร้ายร่างกายรวมถึงการใช้กำลังทำร้ายร่างกายตามมาตรา 391 เนื่องจากการกระทำผิดทางเพศและความผิดฐานทำร้ายร่างกายนั้นเป็นการกระทำผิดในลักษณะของการทำร้ายต่อเด็กซึ่งถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับความปลอดภัยในร่างกายที่เด็กควรได้รับการคุ้มครองจากรัฐ

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าการกำหนดความผิดและโทษกรณีทำร้ายเด็กนั้นมีความสำคัญอย่างมากที่ควรจะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กเพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมาย โดยผู้ศึกษาได้ทำตารางเปรียบเทียบการกำหนดความผิดและโทษตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาของไทยและของต่างประเทศ กรณีความผิดฐานทำร้ายเด็ก ดังนี้

ตารางที่ 4.2 : ตารางเปรียบเทียบการกำหนดความผิดและโทษ กรณีทำร้ายร่างกายเด็กตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

ประเทศ	กฎหมายทำร้ายร่างกายเด็ก		ความผิดทำร้ายเด็ก		การกำหนดความผิดฐาน ความสัมพันธ์ระหว่าง ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ		อัตราโทษ
	ชื่อ	บทบัญญัติ	รับรอง	อายุ	ผู้อยู่ใน ความ ปกครอง ตาม กฎหมาย	ผู้อยู่ใน ความ ปกครอง ตามความ เป็นจริง	
อังกฤษ	Criminal Justice Act 1988	มาตรา 45	✓	ไม่เกิน 16 ปี	✓	✓	จำคุก 2 ปี
ฝรั่งเศส	Nouveau Code Penal 1994	มาตรา 222-12	✓	ไม่เกิน 15 ปี	✓	✓	จำคุกไม่เกิน 5 ปี
สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	The German Penal Code of 1993	บทที่ 17 เรื่อง ความผิดต่อร่างกาย มาตรา 225	✓	ไม่เกิน 18 ปี	✓	✓	1. การกระทำโดยรุนแรง ผู้กระทำต้องได้รับโทษจำคุก 6 เดือนถึง 10 ปี 2. การกระทำที่ไม่รุนแรง ผู้กระทำจะต้องรับโทษจำคุก 3 เดือน – 5 ปี
ไทย	ประมวลกฎหมายอาญา	-	-	-	-	-	หมายเหตุ ประเทศไทย กำหนดอัตราโทษตามมาตรา 391 และมาตรา 295 ซึ่งเป็น บทกำหนดความผิด เช่นเดียวกับการทำร้ายร่างกายบุคคลทั่วไป - มาตรา 391 กำหนดโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน ปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ - มาตรา 295 กำหนดโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

จากตารางข้างต้นสามารถสรุปได้ว่าต่างประเทศให้ความสนใจและแสดงให้เห็นถึงความคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษ ตามที่ได้กำหนดความผิดและโทษกรณีทำร้ายร่างกายเด็กไว้ ซึ่งประเทศไทยเองควรพิจารณาแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องเท่าเทียมกับนานาประเทศ

ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการกระทำผิดที่เกิดขึ้นต่อร่างกายเด็กแม้เด็กจะได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือไม่ก็ตาม การกระทำดังกล่าวถือเป็นการกระทำโดยเจตนาที่จะกระทำต่อร่างกายเด็กซึ่งถือว่าการกระทำที่ต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากการทำร้ายร่างกายนั้นเป็นการก่อให้เกิดอันตราย แม้การกระทำดังกล่าวจะมีได้เกิดขึ้นด้วยความโหดร้าย ก็ถือว่าการกระทำมีความผิดที่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายแล้ว จึงเป็นการทำให้สิทธิของเด็กในกรณีความปลอดภัยในร่างกายไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเหมาะสมและเพียงพอตามหลักประโยชน์สูงสุดที่เด็กควรได้รับ จึงเป็นเหตุให้ผู้ศึกษาเห็นควรให้มีการกำหนดความผิดและโทษกรณีการทำร้ายร่างกายเด็กขึ้นในประมวลกฎหมายอาญาของไทยให้มีครอบคลุมถึงการกระทำ ความผิดที่กระทำต่อเด็กและลักษณะของการกระทำที่ร้ายแรงและมีความเป็นอันตราย ได้แก่การใช้อาวุธ หรือวัตถุที่ก่อให้เกิดอันตรายประการอื่นในทุกกรณี เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กและเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ควรได้รับที่ผู้กระทำความผิดควรได้รับโทษหนักขึ้นกว่าการทำร้ายร่างกายผู้อื่นในกรณีธรรมดา ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมและเป็นหลักประกันการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมในการข่มขู่ขังและลดการกระทำความผิดซ้ำต่อร่างกายเด็ก

4.4 เหตุผลความจำเป็นที่ควรกำหนดความผิดและเพิ่มโทษเกี่ยวกับความปลอดภัยในร่างกายเด็ก

4.4.1 อันตรายที่ผู้กระทำความผิดก่อขึ้นต่อร่างกายเด็ก

จากการศึกษาพบว่าประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดให้การกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็กเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีการกำหนดความผิดกรณีทำร้ายร่างกายเด็กไว้เป็นการเฉพาะ

การกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายนั้นเป็นการกระทำที่มุ่งกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ ยิ่งกรณีที่ถูกกระทำเป็นเด็กซึ่งเป็นบุคคลที่มีความเปราะบางทั้งทางร่างกายและจิตใจ เนื่องจากไม่สามารถจะจัดการกับอันตรายที่เกิดขึ้นได้ หรือมีความสามารถในการปกป้องร่างกายน้อยกว่าบุคคลทั่วไป ทำให้ผู้กระทำความผิดอาศัยโอกาสเช่นนี้ในการเลือกกระทำต่อเด็ก เนื่องจากกระทำความผิดได้ง่ายกว่าการทำร้ายร่างกายผู้ใหญ่ จึงส่งผลทำให้เด็กมีโอกาสที่เสี่ยงต้องตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมได้โดยง่ายกว่าผู้ใหญ่ดังจะเห็นได้จากสื่อต่างๆ ที่เด็กมักจะถูกทำร้ายจนได้รับบาดเจ็บออกมาอย่างต่อเนื่อง และผู้กระทำความรุนแรงต่อเด็กส่วนใหญ่ล้วนแล้วแต่เป็น

“ผู้ปกครอง” หรือคนในครอบครัวที่เด็กรักและไว้วางใจ นอกจากนี้ คนในสังคมที่พบว่า สงสารเด็กและมักจะเรียกร้องให้มีการลงโทษผู้กระทำความรุนแรงต่อเด็ก ก็กลับกลายเป็นอีกหนึ่ง ปัจจัยที่ช่วยรคน้ำพรวนคนให้ “เมล็ดพันธุ์ความรุนแรงต่อเด็ก” งอกเงยขึ้นในสังคมของเรา ประกอบกับสังคมไทยที่ขาดความเข้าใจเรื่อง “สิทธิเด็ก” ปฏิเสธไม่ได้ว่าทัศนคติ “ลูกเป็นสมบัติ ของพ่อแม่” ยังมีอยู่อย่างเข้มข้นในวิธีการเลี้ยงดูเด็กของสังคมไทย ซึ่งทัศนคติดังกล่าวทำให้ ครอบครัวไทยและผู้ใหญ่อจำนวนมากเลือกใช้ความรุนแรงทั้งทางร่างกายและจิตใจเพื่อควบคุม เด็ก อีกทั้งความมีอำนาจเหนือกว่าของผู้ใหญ่ก็ทำให้พวกเขาไม่เข้าใจแนวคิดเรื่อง “สิทธิในเนื้อตัว ร่างกายของเด็ก” จึงกลายเป็นปัญหาที่ซ่อนตัวอยู่หลังประตูบ้านของคนไทย แม้สังคมในตอนนี้มี ความตื่นรู้และช่วยกันจัดการดูแลปัญหาเรื่องความรุนแรงต่อเด็กมากขึ้น ทั้งการแจ้งหน่วยงานที่ เกี่ยวข้องและใช้ช่องทางออนไลน์ในการช่วยเหลือ แต่ปัญหาสำคัญคือการตอบสนองต่อปัญหา ความรุนแรงของกลไกภาครัฐ ที่ยังมีความเชื่องช้าและไม่ทันต่อความต้องการได้รับความช่วยเหลือ ของผู้ถูกระทำ “เกือบทั้งหมดเคยได้ร้องขอความช่วยเหลือแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการไปแจ้งความ บอก ครุ บอกผู้ปกครองที่ไม่ใช่คนทำร้าย แต่มันไม่เกิดระบบการช่วยเหลือตั้งแต่ต้น จากสถิติจะเห็นได้ ว่าการที่เด็กที่ถูกทำร้ายย่อมมีผลกระทบมีผลต่อสมองอย่างร้ายแรงเพราะจะไปทำลายโครงสร้าง ของการพัฒนาสมองอย่างทั่วด้าน ทำให้เกิดผลกระทบตามมานานัปการ เช่น กระบวนการเรียนรู้ หรือความสามารถในการเรียนรู้มีปัญหา, ภาวะความไม่มั่นคงทางด้านจิตใจจนเกิดความไม่มั่นคง ทางจิตใจ และความสามารถในการฟื้นตัว (Resilience) ต่ำ และมีอาการที่หลากหลาย ตั้งแต่ หวาดกลัวที่จะถูกทำร้าย เหม่อลอย ซึมเศร้า เก็บกด ขาดความไว้วางใจ สูญเสียสัมพันธภาพกับผู้อื่น มีปัญหาการปรับอารมณ์ มีอาการผิดปกติทางเพศ กระบวนการรู้คิดผิดปกติ ขาดแรงจูงใจพัฒนา ชีวิต มีพฤติกรรมก้าวร้าว ทำร้ายผู้อื่น ลึ้นหวัง ทำร้ายตนเอง บางรายอาจรุนแรงถึงฆ่าตัวตาย ที่กล่าว มานี้เป็นผลจากบาดแผลทางใจ เป็นความเสียหายในส่วนของสมอง¹⁷⁵ ที่เกิดขึ้นจากการที่เด็กถูกทำ ร้ายร่างกายจากผู้ใหญ่หรือผู้ที่เรียกตนเองว่าเป็นผู้ปกครองที่อาศัยว่าตนเองมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาด และเป็นเจ้าของชีวิตและร่างกายเด็ก

ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับบทกฎหมายของต่างประเทศแล้ว บทกฎหมายของต่างประเทศ ได้ให้มูลค่าของความเสียหายในร่างกายเด็กที่ถูกทำร้ายร่างกายโดยกำหนดอัตราโทษที่สูงกว่าบุคคล ทั่วไป ไม่ว่าจะกำหนดให้รับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยเหตุผลทางด้านอายุของเด็กเช่น กฎหมายอาญา ของประเทศอังกฤษกำหนดให้เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปีได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 45 หากบุคคลใด ทำร้ายร่างกายเด็กต้องจำคุก 2 ปีซึ่งมีอัตราโทษหนักกว่ามาตรา 39 ที่กำหนดโทษฐานทำร้ายบุคคล

¹⁷⁵ TCIJ, “พบเด็กไทยถูกรอบคิ้วลงโทษทางร่างกายรุนแรงปีละ 4.7 แสนคน,”

สืบค้นเมื่อวันที่ 12 มิถุนายน 2565, จาก <https://www.tcijthai.com/news/2019/02/scoop/9099>

ทั่วไปจำคุกไม่เกิน 6 เดือน จะเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษกำหนดอัตราโทษฐานทำร้ายร่างกายเด็กเป็น ภัยอันตรายที่ร้ายแรงกว่าการทำร้ายร่างกายบุคคลทั่วไป ซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 45 เป็นการวางบรรทัดฐานว่าความเสียหายที่กระทำต่อเด็กผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้นทำให้การลงโทษผู้กระทำความผิดมีความชัดเจนแน่นอน

ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 222-12 บุคคลใดทำร้ายร่างกายเด็กย่อมมีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ซึ่งมีอัตราโทษที่สูงกว่าการทำร้ายบุคคลทั่วไปตามมาตรา 222-11 ที่กำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี เป็นการกำหนดให้ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามความเสียหายที่ได้กระทำต่อร่างกายเด็กตามหลักความได้สัดส่วนที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษสูงขึ้นเพื่อทดแทนความเสียหายและความน่าตำหนินั้น

การที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดให้เด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 225 โดยแยกการกระทำรุนแรงต่อร่างกายเด็กต้องได้รับโทษจำคุก 6 เดือนถึง 10 ปี และการกระทำนั้นไม่รุนแรงผู้กระทำจะต้องรับโทษจำคุก 3 เดือน – 5 ปี ซึ่งมีอัตราโทษที่สูงกว่าการทำร้ายบุคคลทั่วไปตามมาตรา 223 นั้นทำให้การลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นไปตามหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญาตามระดับความร้ายแรงของภัยอันตรายที่เด็กได้รับตามหลักการลงโทษที่เหมาะสมกับบุคคลและความเสียหาย อันเป็นการข่มขู่ยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำความผิดนั้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าต่างประเทศให้ความสำคัญเรื่องการคุ้มครองเด็กโดยกำหนดบทกฎหมายให้บุคคลที่กระทำความผิดต่อเด็กในร่างกายต้องรับโทษหนักขึ้นเพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายหรือความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยเจตนาทำร้ายร่างกายเด็กให้เหมาะสมกับสัดส่วนของบทลงโทษกับพฤติกรรมการกระทำความผิดที่ผู้กระทำได้ก่อขึ้นต่อร่างกายเด็ก แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะไม่ได้มีการกำหนดความผิดและเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็ก ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าประเทศไทยเองควรพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาให้สอดคล้องกับความปลอดภัยในร่างกายของเด็กตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และเพื่อเป็นการปรับปรุงกฎหมายให้เกิดความชัดเจนอันเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่รัฐพึงต้องกระทำตาม มาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายพ.ศ. 2562 ที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่จะเกิดแก่เด็กตามหลักแนวคิดเกี่ยวกับภัยอันตราย harm principle ที่กำหนดให้ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามความเสียหายทางร่างกายและจิตใจที่เด็กควรได้รับการคุ้มครอง ตามหลักความได้สัดส่วน เนื่องจากการกระทำต่อเด็กย่อมก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่าผู้ใหญ่ทั้งทางร่างกายและการกระทำความผิดที่ทำได้ง่ายกว่าการทำร้ายร่างกายผู้ใหญ่เนื่องจากเด็กยังไม่สามารถป้องกันภัยอันตรายดังกล่าวได้เท่ากับ

ผู้ใหญ่ และยังคงแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำมีความชั่วร้ายน่าตำหนิ กฎหมายจึงต้องกำหนดอัตราโทษให้สูงขึ้นเพื่อทดแทนความเสียหายและความน่าตำหนินั้น และในขณะเดียวกันก็เป็นการกำหนดโทษที่สูงขึ้นเพื่อข่มขู่ยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำ ความผิดขึ้นกับเด็ก

4.4.2 ความน่าตำหนิของผู้กระทำ ความผิดทำร้ายร่างกายเด็ก

การพิจารณาถึงความน่าตำหนิของผู้กระทำ ความผิดทำร้ายร่างกายเด็กจะต้องประกอบไปด้วยพฤติการณ์และข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งหากพิจารณาว่าในกรณีการทำร้ายร่างกายเด็กนั้น ผู้กระทำควมผิดต้องรู้ถึงพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงอันจะเป็นเหตุจูงใจในการกระทำ ความผิดโดยผู้กระทำ ความผิดย่อมรู้และต้องมีเจตนาที่ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลที่กระทำต่อผู้เสียหายที่เป็นเด็กซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้เปราะบางทั้งทางร่างกายและจิตใจ เนื่องจากเด็กไม่สามารถจะจัดการกับอันตรายที่เกิดขึ้นได้ ความสามารถในการปกป้องร่างกายน้อยกว่าบุคคลทั่วไป ทำให้ผู้กระทำ ความผิดอาศัยโอกาสเช่นว่านี้ในการเลือกกระทำต่อผู้เปราะบาง ส่งผลทำให้ต้องตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมได้โดยง่าย ยิ่งกรณีที่ผู้กระทำ ความผิดนั้นอาศัยความไว้วางใจ เช่น ความสัมพันธ์ในครอบครัว หรือความสัมพันธ์ระหว่างอาจารย์กับลูกศิษย์ในความปกครอง ยิ่งทำให้ผู้กระทำ มีความน่าตำหนิมากกว่าปกติ เนื่องจากบุคคลเหล่านั้นอาศัยความสัมพันธ์ดังกล่าวที่สามารถอบรมสั่งสอนเด็กได้โดยการลงโทษทางร่างกายเด็กในรูปแบบของการตี การจับไล่ การเตะ หรือการเขี่ยตีนั้นเป็นที่ยอมรับทางสังคมในประเทศไทยที่ยังมีการยึดถือจารีตประเพณีและวัฒนธรรมในเรื่องของการสั่งสอนเด็กว่าเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้โดยไม่มีความผิด แต่ทั้งนี้ท่านอาจารย์จรูญ ภักดิชานกุล ได้กล่าวถึงการกระทำดังกล่าวว่า “หากจะทำการเปลี่ยนค่านิยมเดิมของสังคมไทยที่เห็นว่า เรื่องภายในครอบครัวเป็นเรื่องภายในครอบครัวหรือเป็นเรื่องที่สามารถคลี่คลายไปได้ภายในระยะเวลาสั้นๆ ซึ่งคนนอกจึงไม่ควรยุ่งนั้นถือเป็นแนวคิดที่จะคอยเกื้อกูลส่งเสริมให้ความรุนแรงภายในครอบครัวนั้นหนักมากยิ่งขึ้น จึงควรเปลี่ยนแนวคิดดังกล่าวให้ความรุนแรงในครอบครัวเป็นพฤติกรรมที่ไม่พึงประสงค์ สร้างความเสียหายเดือดร้อนในสังคม โดยแสดงให้เห็นถึงหลักดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติมาตราต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำดังกล่าวอย่างชัดเจน”¹⁷⁶

ประกอบกับปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาของไทยเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายนั้นมิได้มีการบัญญัติเหตุจรรยาบรรณการทำร้ายร่างกายเด็กหรือการใช้กำลังทำร้ายเด็กไว้เป็นการเฉพาะจึงไม่มีการกำหนดช่วงอายุของเด็กหรือการกำหนดลักษณะของการกระทำที่ร้ายแรงและมีความอันตราย

¹⁷⁶ จรูญ ภักดิชานกุล, บทสรุปโครงการนิติศาสตร์เสวนาครั้งที่ 2/2556 การสัมมนา เรื่อง บทบาทของศาลยุติธรรมกับการคุ้มครองสวัสดิภาพสตรี เด็ก และบุคคลในครอบครัวที่ถูกกระทำ ความรุนแรงในครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยและพัฒนาสังคม สำนักงานยุติธรรม, 2555), น.7.

ได้แก่ การใช้อาวุธ หรือสารพิษ หรือสารเคมีอันตราย หรือสารเสพติด หรือการใช้ไฟหรือวัตถุที่ทำให้เกิดความร้อน หรือวัตถุที่ก่อให้เกิดอันตรายประการอื่นที่ถือว่าเป็นวิธีการที่รุนแรงในการกระทำความผิดที่แสดงถึงจิตใจที่ชั่วร้ายของผู้กระทำความผิดให้ต้องได้รับโทษหนักขึ้นได้ โดยผู้กระทำความผิดต่อเด็กคงรับผิดเพียงฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 391 และมาตรา 295 เท่านั้น ทำให้โทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับนั้น ไม่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำต่อเด็ก ทำให้ไม่สามารถข่มขู่ยับยั้งหรือลดอันตรายแก่สังคม แต่กลับกลายเป็นการเพิ่มอันตรายให้กับผู้เสียหายและสังคม ซึ่งถือได้ว่าเป็นเหตุที่น่าตำหนิมาก

ผู้ศึกษาเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญาของไทยควรนำเรื่องตำหนิของผู้กระทำความผิด (culpability) มาพิจารณาประกอบ หากไม่มีการนำหลักการตำหนิที่กำหนดบทลงโทษที่หนักแก่ผู้ที่มีจิตใจชั่วร้ายนำตำหนิยอมทำให้มีการกระทำความผิดที่น่าตำหนิมากขึ้น เพราะเป็นการกระทำที่ไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายและไม่สำนึกในการกระทำความผิดของตนเอง ซึ่งการเป็นการส่งเสริมให้การกระทำความผิดในลักษณะของการทำร้ายร่างกายต่อเด็กเกิดขึ้นเป็นอย่างมากในสังคมไทยอย่างที่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวให้หมดไปจากสังคมไทยได้ ดังนั้นผู้ศึกษาเห็นควรกำหนดความผิดและเหตุจูงใจในกรณีทำร้ายร่างกายเด็กในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยการเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดให้หนักขึ้นกว่าบุคคลทั่วไป เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามกระทำความผิดต่อเด็กเข้าร่วมทั้งเป็นการข่มขู่ยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำความผิดต่อร่างกายเด็ก

ทั้งนี้ เพื่อพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป โดยเห็นควรปรับปรุงกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับความผิดภัยในร่างกายเด็ก เพื่อเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนของบทลงโทษกับพฤติการณ์ของการกระทำความผิดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 ที่รับรองให้รัฐสามารถจำกัดสิทธิได้ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายและเป็นกรณีที่น่าตำหนิ จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ และมาตรา 28 ที่รับรองสิทธิในชีวิตและร่างกาย และสิทธิที่จะไม่ถูกทรมาน รวมไปถึงมาตรา 77 ที่ให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น ประกอบพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายพ.ศ. 2562 ซึ่งมีสาระสำคัญ 3 ประการ ดังนี้ (1) เป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงและมีผลกระทบต่อส่วนรวม (2) เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผล หรือมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้ (3) ความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือที่มีโทษจำคุกและเปรียบเทียบปรับทำให้อดี้อาญระงับได้ หากโดยสภาพแล้วไม่ใช่ความผิดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในบทนี้จะทำการสรุปผลการศึกษาทั้งหมดในเรื่อง “การกำหนดความผิดและโทษทางอาญา กรณี การทำร้ายร่างกายเด็ก” ของประเทศไทยให้มีความเหมาะสมและได้สัดส่วนของบทลงโทษเกี่ยวกับพฤติกรรมกระทำความผิดที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายอาญาของต่างประเทศ ในปัจจุบันความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็กในประเทศไทยมีสถิติที่สูงขึ้นและมีความร้ายแรงที่มากยิ่งขึ้น การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายเด็กย่อมเป็นประโยชน์ในการยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น โดยการเพิ่มบทลงโทษและเพิ่มเหตุการณ์ที่ครอบคลุมถึงการกระทำด้วยวิธีการที่ร้ายแรงที่จะทำให้การลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนและความเหมาะสมกับบุคคลอันจะส่งผลให้บรรลुวัตถุประสงค์ในการลงโทษ ซึ่งข้อสรุปดังกล่าวตรงตามสมมุติฐานที่ได้กำหนดไว้ตอนต้น และสามารถสรุปผลการศึกษาและข้อเสนอแนะได้ดังต่อไปนี้

5.1 บทสรุป

เด็กเป็นกลุ่มบุคคลที่ถือว่ามีความสำคัญต่อประเทศและอนาคตของประเทศ แต่หากนับตั้งแต่เด็กคลอดออกมาแล้วอยู่รอดเป็นทารกเด็กทุกคนย่อมต้องมีวิวัฒนาการในการเจริญเติบโต ทั้งด้านร่างกาย จิตใจ และวุฒิภาวะต่างๆ เนื่องจากเด็กเป็นบุคคลที่ยังขาดวุฒิภาวะและประสบการณ์ ขาดความรู้เกี่ยวกับสิทธิ์ในร่างกายของตนเองรวมถึงขาดความสามารถที่จะกระทำการต่างๆ ได้ด้วยตนเอง จึงทำให้เด็กมีโอกาสที่จะถูกละเมิดสิทธิในด้านต่างๆ โดยเฉพาะการถูกละเมิดในสิทธิในร่างกายของตัวเด็ก ซึ่งเด็กอาจถูกกระทำได้จากบุคคลภายนอกและบุคคลแวดล้อมในครอบครัวของตัวเด็กเอง ไม่ว่าจะเป็นบุพการีของเด็ก ผู้ปกครองทางนิติบัญญัติ หรือผู้มีอำนาจปกครองในการดูแลตัวเด็กอันเป็นผู้ปกครองทางพฤตินัย ดังนั้นรัฐซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายจึงต้องใช้ความระมัดระวังและละเอียดถี่ถ้วนก่อนที่ตรากฎหมายใดๆ ก็ตามกฎหมายนั้นจะต้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของสังคม อันเป็นหนึ่งในเป้าหมายที่รัฐมุ่งหวัง การกำหนดความผิดและโทษนั้นจะต้องได้สัดส่วนและเหมาะสมกับสภาพและบริบทของสังคมไทย ซึ่งบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดทำร้ายร่างกายเด็กนั้นจำเป็นต้องมีการวิเคราะห์หารูปแบบการกำหนดกฎหมายอาญาที่

เหมาะสมเพื่อป้องกันการกระทำความผิดต่อร่างกายเด็กอันมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นต้องรับโทษหนักขึ้นเพื่อเป็นการคุ้มครองสังคม และเป็นหลักประกันการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม อีกทั้งเพื่อข่มขู่ยับยั้งและลดอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับเด็ก

จากสภาพการบังคับการใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำร้ายร่างกายเด็ก พบว่าลักษณะกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับการกระทำความผิดของผู้ใหญ่ที่เจตนาทำร้ายร่างกายเด็กเป็นกฎหมายไม่มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษ เนื่องจากการพยายามและการเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด มาตรา 391 ไม่ต้องรับโทษ แทนที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดหรือผู้ใหญ่เกรงกลัวต่อกฎหมายได้รู้สำนึกในการกระทำความผิดหลายจำ แต่ผลที่เกิดขึ้นคือกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้กระทำความผิดหรือผู้ร่วมกระทำความผิดได้โดยไม่ต้องเกรงกลัวต่อกฎหมาย ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในสังคมให้เกิดความรุนแรงมากขึ้นและพบเห็นการกระทำความผิดต่อร่างกายเด็กอยู่บ่อยครั้งในสังคมไทย ซึ่งหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่มีอยู่นั้นยังไม่มีมาตรการที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความหลายจำ เกรงกลัวต่อการกระทำความผิด และเคารพต่อสิทธิในร่างกายของเด็ก จึงก่อให้เกิดปัญหาการขาดประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อร่างกายเด็ก เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ไม่มีความครอบคลุมชัดเจน แน่นนอนและเพียงพอที่จะคุ้มครองสิทธิในร่างกายของเด็กและไม่สามารถที่จะแก้ไขปัญหการกระทำความผิดกับเด็กลงได้ ดังนั้นกฎหมายอาญาควรจะมีที่ชัดเจน ครอบคลุมเหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบัน เพื่อให้ผู้กระทำความผิดยับยั้งชั่งใจก่อนที่จะลงมือกระทำความผิดเพราะเกรงกลัวต่อความผิด หรือโทษทางกฎหมายอาญา

ปัญหาการกำหนดความผิดและโทษทางอาญากับการทำร้ายร่างกายเด็ก จะเห็นได้ว่าความผิดอาญาฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 391 มีความใกล้เคียงกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นตามมาตรา 295 เนื่องจากความผิดทั้ง 2 มาตรานั้นมีคุณธรรมทางกฎหมายอย่างเดียวกันคือความปลอดภัยของร่างกาย และอาศัยองค์ประกอบภายในคือเจตนาทำร้ายเช่นเดียวกัน แตกต่างกันที่ผลของการกระทำของมาตรา 391 มีความรุนแรงน้อยกว่า ซึ่งการแยกความผิดทั้ง 2 มาตราให้อยู่ในภาคความผิดที่ต่างกันอาจก่อให้เกิดปัญหาหากการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นกับเด็กที่เป็นบุคคลซึ่งมีความเปราะบางทั้งทางร่างกายและจิตใจ เนื่องจากไม่สามารถจะจัดการกับอันตรายที่เกิดขึ้นได้ หรือมีความสามารถในการปกป้องร่างกายน้อยกว่าบุคคลทั่วไป

ปัญหาการกำหนดเหตุฉกรรจ์เกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะเห็นได้ว่าการทำร้ายร่างกายเด็กนั้นมิได้มีการกำหนดถึงวิธีการกระทำผิดอันเหตุให้ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นจากการทำร้ายร่างกายเด็กตามเหตุหลุโทษ หรือกรณีทำร้ายร่างกายเด็กตามกฎหมายไทยแต่อย่างใด อันถือได้ว่าเป็นการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาไม่

ครอบคลุมถึงกรณีทำร้ายเด็กในทุกกรณี ดังนั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กเพื่อให้เด็กได้รับประโยชน์สูงสุด และเป็นการเพิ่มต้นทุนของการกระทำความคิดให้สูงขึ้น กล่าวคือ ควรกำหนดบทลงโทษหรืออัตราโทษให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น อันเป็นไปตามแนวคิดการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนและยับยั้งป้องกันอาชญากรรม ทั้งนี้การกำหนดบทลงโทษกรณีทำร้ายร่างกายเด็กย่อมต้องเป็นการบัญญัติเพื่อตอบสนองและป้องกันการกระทำความคิดในสังคมไทย

ปัญหาที่ควรกำหนดความผิดและเพิ่มโทษเกี่ยวกับความปลอดภัยในร่างกายเด็ก เนื่องจากเด็กนั้นเป็นบุคคลที่ไม่สามารถจัดการกับภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับตนเองได้และไม่มีความสามารถในการปกป้องผลประโยชน์ในร่างกายน้อยกว่าบุคคลทั่วไป ทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายที่ทำให้ผู้กระทำความผิดเลือกกระทำต่อเด็กเนื่องจากสามารถกระทำได้ง่ายกว่า ซึ่งการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมเป็นวงกว้าง รัฐจึงจำเป็นต้องกำหนดให้การทำร้ายร่างกายเด็กเป็นความผิดพิเศษและเพิ่มเหตุฉกรรจ์ให้ครอบคลุมถึงการกระทำด้วยวิธีการที่ร้ายแรงประการหนึ่ง เพื่อให้ผู้เสียหายประเภทนี้ได้รับการปกป้องคุ้มครองเป็นพิเศษเพื่อทดแทนความเสียหายและความน่าตำหนินั้น

สาเหตุที่ต้องนำบทบัญญัติของต่างประเทศมาพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กในกรณีที่เกิดเป็นเหยื่ออาชญากรรมไว้เป็นกรณีพิเศษที่ควรบัญญัติไว้แตกต่างจากกลุ่มบุคคลทั่วไป เนื่องจากเด็กเป็นกลุ่มที่บอบบางและควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ จึงจำเป็นต้องนำกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้และผสมผสานต่อบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็กของไทย โดยพื้นฐานความคิดมาจากความผิดฐานทำร้ายร่างกายในต่างประเทศ มีเนื้อหาดังต่อไปนี้

1. ประเทศอังกฤษ มีพระราชบัญญัติที่สำคัญที่กำหนดความผิดฐานทำร้ายร่างกาย คือ พระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ.1988 กับพระราชบัญญัติความผิดต่อบุคคล ค.ศ.1861 ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาหลายฉบับ ปรากฏเนื้อหาในหมวดสาม ว่าด้วยเรื่องการทำร้ายร่างกาย โดยบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดลักษณะความผิดฐานทำร้ายร่างกาย และได้ระบุบุคคลซึ่งเป็นเด็กให้ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากการทำร้ายร่างกาย

2. ประเทศฝรั่งเศส บทบัญญัติของฝรั่งเศสในประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ.1994 เป็นการกำหนดความหนักเบาของความเสียหาย โดยกำหนดบทเกี่ยวกับชีวิตร่างกายและจิตใจ ในบท 2 หมวดที่ 1 ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสได้คำนึงถึงการคุ้มครองการกระทำต่อร่างกายเด็กโดยกำหนดความผิดและโทษอันแตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญาของไทย

3. สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้แบ่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นสองส่วน คือส่วนแรกเป็นส่วนทั่วไป ซึ่งจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอาญามีลักษณะคล้ายกับภาคทั่วไป

ของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย และในส่วนที่สองจะเป็นส่วนพิเศษซึ่งเป็นส่วนที่จะบัญญัติฐานความผิดต่างๆ แต่จะแตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยตรงที่ประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะไม่มีความผิดประเภทโทษ กรณีความผิดฐานทำร้ายร่างกายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ได้มีการบัญญัติไว้ใน The German Penal Code of 1993 บทที่ 17 และได้กำหนดความผิดและโทษกรณีทำร้ายร่างกายเด็กที่อายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี ให้ต้องรับโทษหนักขึ้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาต่างๆ ถึงกรณีและผู้เสียหายที่เป็นเด็กซึ่งถือได้ว่าเป็นประชากรที่อยู่ในกลุ่มเปราะบางทั้งทางร่างกายและจิตใจ เนื่องจากไม่สามารถจะจัดการกับอันตรายที่เกิดขึ้นได้ หรือมีความสามารถในการปกป้องร่างกายน้อยกว่าบุคคลทั่วไป ทำให้ผู้กระทำความผิดอาศัยโอกาสเช่นนี้ในการเลือกกระทำต่อเด็กเนื่องจากกระทำความผิดได้ง่ายกว่าการทำร้ายร่างกายผู้ใหญ่ จึงส่งผลทำให้เด็กมีโอกาสที่เสี่ยงต้องตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมได้โดยง่ายกว่าผู้ใหญ่ แม้ปัจจุบันการลงโทษจะมุ่งไปแนวทางเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าความรู้สึกของคนส่วนใหญ่ในสังคมต้องการให้ความผิดทำร้ายร่างกายเด็กได้รับโทษเท่ากับความร้ายแรงของการกระทำความผิด ซึ่งการข่มขู่เพื่อยับยั้งและป้องกันการกระทำผิดได้นั้นจะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ครอบคลุมและมีมาตรการต่างๆ ควบคู่กันอย่างเหมาะสม ประกอบกับในสถานการณ์ของสังคมไทยได้มีการก่ออาชญากรรมกับเด็กมากขึ้นตามที่พบได้จากสื่อต่างๆ จึงมีความจำเป็นที่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะต้องกำหนดความผิดและโทษในกรณีทำร้ายเด็กให้ครอบคลุมและชัดเจน อันเป็นแนวคิดหลักของกฎหมายอาญาที่เป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยและหลักประกันการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม กล่าวคือ กำหนดบทลงโทษหรืออัตราโทษให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น อันเป็นไปตามแนวคิดความได้สัดส่วนของบทลงโทษเกี่ยวกับพฤติกรรมของการกระทำผิดและเพื่อยับยั้งป้องกันอาชญากรรม ซึ่งจากการศึกษาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยและจากบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศในความคิดเกี่ยวกับความปลอดภัยในร่างกายของเด็ก ผู้ศึกษาจึงเห็นควรเสนอแนะดังนี้

1) ในเรื่องของการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา กรณีใช้กำลังทำร้ายร่างกายตาม มาตรา 391 มาผนวกไว้ในภาค 2 ลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หมวด 2 ความผิดต่อร่างกาย โดยการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายเด็กขึ้นเป็นอีกหนึ่งมาตราแยกออกจากการทำร้ายร่างกายบุคคลทั่วไปตามมาตรา 295 ผู้ศึกษาเสนอให้มีการตรา มาตรา 295/1 ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งทำให้เกิดผลดี คือเป็นการส่งเสริมให้ภารกิจของกฎหมายอาญาบรรลุผล

ในแง่ของการคุ้มครองเด็กเพื่อให้เกิดคุณธรรมทางกฎหมายและการมุ่งคุ้มครองคุณภาพการกระทำของบุคคลเนื่องจาก หากนำความผิดตามมาตรา 391 มาในภาค 2 ลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หมวด 2 ความผิดต่อร่างกาย จะทำให้ผู้ที่พยายามกระทำความผิดฐานการใช้กำลังทำร้ายร่างกายเด็กและผู้ที่มีสนับสนุนการกระทำความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายร่างกายเด็กก็จะได้รับโทษในการกระทำความผิดดังกล่าว นอกจากนี้ยังสามารถใช้เหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 296 ลงโทษต่อผู้กระทำความผิดในบางกรณีให้รับโทษหนักขึ้น เช่น ใช้กำลังทำร้ายโดยไตร่ตรองไว้ก่อน การใช้กำลังทำร้ายเพื่อความสะดวกในการทำความผิดอย่างอื่น เป็นต้น

2) ในเรื่องของการทำร้ายร่างกายเด็กตามมาตรา 295 ผู้ศึกษาเห็นว่า ควรนำความผิดฐานทำร้ายร่างกายบุคคลทั่วไปนำมากำหนดความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็กที่ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ โดยเพิ่มบทบัญญัติกฎหมายในประมวลอาญา มาตรา 295/1 วรรคสอง และเพิ่มอัตราโทษให้สูงขึ้นเพื่อทดแทนความเสียหายและความน่าตำหนิ

3) การกำหนดเหตุฉกรรจ์กรณีทำร้ายเด็ก ผู้ศึกษาเห็นว่าควรเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาในภาค 2 ลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หมวด 2 ความผิดต่อร่างกาย โดยเพิ่มเหตุฉกรรจ์การทำร้ายร่างกายเด็กที่เป็นการกำหนดขอบเขตและวิธีการกระทำความผิดที่มีลักษณะของการกระทำที่ร้ายแรงและมีความเป็นอันตราย ได้แก่การใช้อาวุธปืน วัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน โดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต่อร่างกายเด็กต้องรับโทษสูงขึ้นตามตรามาตรา 295/1 วรรคสาม เนื่องจากเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 296 ยังคงนำเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 289 มาบังคับใช้ ซึ่งยังไม่ครอบคลุมลักษณะและวิธีการกระทำที่ร้ายแรงและเป็นอันตราย ได้แก่การใช้อาวุธปืน วัตถุระเบิด อาวุธ หรือกระทำความร่วมมือกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปในการกระทำความผิด ลักษณะการกระทำความผิดดังกล่าวย่อมส่งผลต่อความไม่ปลอดภัยของร่างกายและยังสร้างความสะเทือนขวัญให้เกิดความหวาดกลัวต่อประชาชน และยังแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำมีความชั่วร้ายน่าตำหนิ

ดังนั้น ควรปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาในภาค 2 ลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หมวด 2 ความผิดต่อร่างกาย โดยการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายเด็กขึ้นเป็นอีกหนึ่งมาตราแยกออกจากการทำร้ายร่างกายบุคคลทั่วไป ผู้ศึกษาเสนอให้มีการตรามาตรา 295/1 ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเด็ก โดยกำหนดอัตราโทษให้สูงขึ้นเพื่อความปลอดภัยของร่างกายเด็ก และเพื่อการลงโทษที่เหมาะสมตามสัดส่วนของการกระทำความผิดและความเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งนี้เพื่อให้ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้มีความทันสมัยทัดเทียมนานาอารยประเทศ และเพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจกำหนด

โทษได้อย่างกว้างขึ้นในการพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำที่กระทบต่อความปลอดภัยของร่างกายเด็กโดยยึดข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยศาลสามารถลงโทษผู้กระทำได้ตามความร้ายแรงเป็นกรณีๆ ได้โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 295/1 ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีข้อความดังต่อไปนี้

มาตรา 295/1 ผู้ใดทำร้ายเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ มีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของเด็กนั้น มีโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน มีโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ





บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์.

คู่มือการปฏิบัติงานของหน่วยงานในการช่วยเหลือคุ้มครองผู้กระทำด้วยความรุนแรง
ในครอบครัว. 2553.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร:
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.

กิติพัฒน์ นนทปัทมณฑล. “ปัญหาการทารุณกรรมและการปล่อยปะละเลยเด็ก : แนวความคิดและ
ความตระหนักต่อปัญหาของนักวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะสังคมสงเคราะห์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528.

เข็มชัย ชูติวงศ์. เอกสารประกอบการเรียนการสอนวิชากฎหมายอาญา 3. คณะนิติศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

คณิต ฒ นคร. พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553.

_____. กฎหมายอาญา ภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553.

_____. กฎหมายอาญา ภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.

_____. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.

_____. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.

_____. “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา.” วารสารอัยการ. (มกราคม, 2523).

จิตติ ดิงสภักดิ์. กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร:
สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2539.

จินตนา วัชรสินธุ์ รัวีวรรณ คำเงิน ชนกพร ศรีประสาร และ ณัชนันท์ ชีวานนท์.

“ปัจจัยที่มีความสัมพันธ์กับความรุนแรงในครอบครัวของเด็กกำพร้าเรียน.”

วารสารเครือข่ายวิทยาลัยพยาบาลและการสาธารณสุขภาคใต้. (2561).

ณัฐวัธน์ สุทธิโยธิน. กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาขั้นสูง. กรุงเทพมหานคร:

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2557.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร:
วิญญูชน, 2559.

_____. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร:
วิญญูชน, 2560.

- ทวีพร คงแก้ว. “เหตุจูงใจในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- นภาพร ปานศรีแก้ว. “การกำหนดเหตุจูงใจในความผิดที่กระทำต่อเด็กและเยาวชน.”
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2560.
- นิติพัฒน์ นนทปัทมกุล. “ปัญหาการทรมานและการปล่อยปละละเลยเด็ก : แนวความคิด
และความตระหนักต่อปัญหาของนักวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะสังคมสงเคราะห์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528.
- บุญยวีร์ บุญณรงค์. “การวิเคราะห์พื้นฐานความผิดฐานทำร้ายร่างกาย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562.
- ปกป้อม ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563.
- ประธาน วัฒนวานิชย์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาญาวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2546.
- ประเสริฐ มนูกิจ. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญาของอังกฤษ ภาค 1. กรุงเทพมหานคร:
อากรสภาการ, 2475.
- พิชวุฒิ เปี่ยมธรรมโรจน์ ณรงค์ ไจกล้ำหาญ ศิริชัย มงคงเกียรติศิริ มาตาลักษณ์ เสรมธากุล.
“การกำหนดความรับผิดชอบและโทษทางอาญา ศึกษากรณีความผิดต่อชีวิตร่างกายของเด็ก.”
วารสารบัณฑิตศึกษา. ปีที่ 17. ฉบับที่ 76. (มกราคม-มีนาคม, 2563).
- ภาสพงษ์ เรณูมาศ. “มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดเหตุจูงใจในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย
ตามประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550.
- มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์. การคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (รายงานวิจัย). กรุงเทพมหานคร:
โรงพิมพ์เดือนตุลาคม, 2560.
- มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์. กฎหมายเบื้องต้นเกี่ยวกับการกระทำความผิดทาง อาญาของเด็กและ
เยาวชน. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา ภาค 1:
ภาคทบทวนปฏิบัติทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร:
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2534.

วันชพร บดิการ. “การกำหนดเหตุจรรยาในความผิดฐานชกชอก.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2563.

วิภาพร เนติจิรโชติ. “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป : ศึกษาเฉพาะความผิด
ลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548.

วีรเดช บุญเพิ่ม. “ความเหมาะสมของการกำหนดความผิดอาญาอันยอมความได้ : ศึกษาความผิด
ฐานทำร้ายร่างกายที่เป็นความรุนแรงในครอบครัว.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

วัชรินทร์ ป้างเจกวิญญูสกุล. “มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตาม
อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก.” คุณาพาท. เล่มที่ 5. ปีที่ 41. (กันยายน-ตุลาคม 2537).

วุฒิชัย จิตตานุ. “การบังคับใช้หลักการสัดส่วน (Principle of Proportionality) ในการคุ้มครองสิทธิ
ปัจเจก.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. ปีที่ 8. ฉบับที่ 22. (มกราคม-เมษายน 2549).

ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน. กรุงเทพมหานคร:
วิญญูชน, 2559.

ศักดิ์สิทธิ์ พันธุ์ข้าวเหนียว. “ขอบเขตของความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้
เกิดอันตรายแก่จิตใจ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต, 2561.

สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์. หลักเกณฑ์ว่าด้วยหัวหน้าครอบครัว (pater families)
ตามหลักกฎหมายโรมัน. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553.

สมพงษ์ เตชะสมบุรณ์. มาตรการเสริมแทนโทษปรับในคดีลหุโทษ.

หลักสูตร วปอ. รุ่นที่ 60, การเมือง วิทยาลัยป้องกันอาญาจักร, 2561.

สมลักษณ์ ขนอม. “การคุ้มครองเด็กในประเทศไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีเด็กถูกทารุณในครอบครัว.”
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.

สมยศ เชื้อไทย. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.

สำนักบริหารการสาธารณสุข สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข. สถิติการถูกทำร้ายในเด็ก
และสตรีที่มารับบริการในศูนย์พึ่งได้ ตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2554 - พ.ศ. 2556

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และปกป้อง ศรีสนิท. “การศึกษาเพื่อพัฒนาแนวทางการลงโทษ:
หลักการ ลงโทษที่ได้สัดส่วน กรณีคดียาเสพติดให้โทษ.” วารสารนิติศาสตร์.
ปีที่ 46. ฉบับที่ 4. (ธันวาคม 2560).

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495.

_____. คำบรรยายประมวลกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: รุ่งเรืองการพิมพ์, 2514.

_____. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.

หลวงสุทธิ วาทนฤพติ. ประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท. กรุงเทพมหานคร:

ศรีสมบัติการพิมพ์, 2529.

อัจฉรียา ชูตินันท์. “การกำหนดเหตุฉกรรจ์เกี่ยวกับการกระทำที่ใช้วิธีการที่ร้ายแรง และเป็นอันตรายกว่าการทำร้ายร่างกายผู้อื่นกรณีธรรมดาให้ต้องระวางโทษหนักขึ้น.” วารสารสุทธิปริทัศน์. ฉบับที่ 1. ปีที่ 35. (มกราคม-มีนาคม 2564).

_____. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563.

อภัสรา ศิริวัฒนา. “ขอบเขตของอันตรายแก่กายหรือจิตใจในความผิดต่อร่างกาย.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533.

ภาษาต่างประเทศ

Benjamin D. Garber. Developmental Psychology for family law Professionals : Theory Application and the Best Interests of the Child. New York: Springer Publishing Company, 2010.

Bryan A. Garner. Black's Law Dictionary. 9 ed. Minnesota Thomson Reuters, 2009.

Fatma Hassan Beshir. Article 3 of the Convention on the Rights of the Child: The Best Interests of the Child. UNICEF Innocenti Research Centre.

Godsglory Ifezue and Maria Rajabali. "Protecting the Interest of the Child." Cambridge Journal of International and Comparative Law. Vol.2 (1).

Granville William. Textbook of Criminal Law. London: Stevens and sons, 1978.

Jean Zermatten. "The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function and Implementation." Institut International Des Droits De L'efant, 2010.

Joan B. Kelly. "The Best Interest of the Child A Concept in Search of Meaning." Family and Conciliation courts review. Vol.35. No.4. (October, 1997).

J.C. Smith and Brian Hogan. Criminal Law london: Williams Clowes & Sons Limited, 1978

Markus D Dubber. Policing Morality : Constitutional Law and Criminalization of Incest. The University Press, 2016.

Robert H. Mnookin. "Child-Custody Adjudication : Judicial Function in the Face of Indeterminacy." Law and Contemporary Problems. Vol.39, No.3.

Seema Shah. Does Research with Children Violate the best Interest Standard? An Empirical and Conceptual Analysis. Northwestern Journal of Law and social policy. Vol.8.2. 2013

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.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล

กนกศักดิ์ มะอิ

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2552 นิติศาสตรบัณฑิต

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

ทนายความ

บริษัท อีชีบาย จำกัด (มหาชน) สำนักงานใหญ่

