

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดเหตุจรรยา ในการกระทำความผิดทางเพศ
ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ศึกษากรณี
เป็นการกระทำแก่สมาชิกในครอบครัว

อร จันทนาอรพินท์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2562

Legal Problems Involving the Designation of Aggravated in Circumstances
Sexual Offenses under Article 285 of the Criminal Code: A Case Study on
Acts against Family Members

Orn Jantanaorapin

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

For the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2019

ไม่มีเอกสารจากต้นฉบับ
หน้า ในบรรดงวิทยานิพนธ์

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดเหตุจรรยาในการกระทำความผิดทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ศึกษากรณีเป็นการกระทำแก่สมาชิกในครอบครัว
ชื่อผู้เขียน	อร จันทนาอรพินท์
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
สาขา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2561

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุจรรยาในการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 กรณีเป็นการกระทำแก่สมาชิกในครอบครัว ซึ่งในปัจจุบันพบว่า ยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีผู้กระทำเป็นบิดาหรือมารดาเลี้ยงที่กระทำต่อลูกเลี้ยง กรณีผู้กระทำเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงที่กระทำต่อผู้อยู่ในความปกครอง และกรณีการกระทำต่อผู้มีความสัมพันธ์เป็นเครือญาติกันซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี บริบูรณ์ ทำให้บทบัญญัติมาตราดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะยับยั้งการกระทำความผิดทางเพศที่ได้กระทำแก่สมาชิกในครอบครัวได้

ดังนั้น การกำหนดเหตุจรรยาเพื่อให้ผู้กระทำความผิดทางเพศต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 จึงควรหมายรวมถึงกรณีผู้กระทำเป็นบิดาหรือมารดาเลี้ยงได้กระทำต่อลูกเลี้ยง กรณีผู้ปกครองตามความเป็นจริง หมายถึง ผู้มีส่วนร่วมในการให้การอบรมเลี้ยงดู ให้การศึกษา หรือให้ทรัพย์สินแก่การยังชีพ ได้กระทำต่อผู้อยู่ในความปกครองและกรณีผู้มีความสัมพันธ์เป็นเครือญาติ หมายถึง พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน พี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน พี่หรือน้องของบิดา พี่หรือน้องของมารดา บุตรของพี่หรือน้องของบิดาหรือมารดา ผู้อยู่กินฉันท์สามีภรรยา กับบิดาหรือมารดา หรือบุตรของผู้อยู่กินฉันท์สามีภรรยา กับบิดาหรือมารดา ได้กระทำต่อผู้ถูกกระทำซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ด้วย

Thesis Title	Legal Problems Involving the Designation of Aggravated in Circumstances Sexual Offenses under Article 285 of the Criminal Code: A Case Study on Acts against Family Members
Author	Orn Jantanaorapin
Thesis Advisor	Asst. Professor Ajchareeya Chutinan
Department	Law
Academic Year	2018

ABSTRACT

The objective of this thesis dissertation was to explore the designation of serious incidents involving sexual harassment under Article 285 of the Criminal Code in cases involving actions taken against family members. Current findings indicate that there is no coverage for cases where step-fathers or step-mothers are the perpetrators in committing wrongdoing against step-children, cases where the perpetrator is a person who exercises the authority of a guardian in committing wrongdoing against the minors under their guardianship and cases involving wrongdoing against people who are relatives whose ages do not exceed 18 full years. Hence, the aforementioned legal code is not sufficiently effective in suppressing sexual harassment committed against family members.

Therefore, designating serious incidents to ensure that perpetrators of sexual harassment are more heavily penalize under Article 285 of the Criminal Code should include cases in which step-fathers and step-mothers are the perpetrators in committing wrongdoing against step-children. Cases where the perpetrator is a person who exercises the authority of a guardian means a person who takes part in the care and education of a minor, or gives assets to materially support a minor, commits wrongdoing against the minors under their guardianship. And cases involving relatives mean siblings with the same parents, siblings with only the same father or mother, older or younger siblings of fathers (paternal aunts and uncles), older or younger siblings of mothers (maternal aunts or uncles), children of older or younger siblings of parents (paternal or maternal cousins) who commit wrongdoing against victims whose ages do not exceed 18 full years.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณาและอนุเคราะห์อย่างยิ่งจาก รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชุตินันท์ ที่ให้ความเมตตา รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยท่าน ได้สละเวลาอันมีค่ายิ่ง ช่วยชี้แนะให้ความรู้ คำแนะนำตั้งแต่ผู้เขียนเริ่มทำวิทยานิพนธ์ จวบจนสำเร็จ สมบูรณ์ จึงขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูง ที่ให้ความเมตตา กรุณาแก่ผู้เขียนตลอดมา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่กรุณา รับเป็นประธาน กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน ที่กรุณา รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งอาจารย์ทุกๆ ท่าน ได้กรุณา สละเวลาอันมีค่ายิ่งทำการตรวจพิจารณาให้ความรู้ คำแนะนำในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์นี้ ให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบคุณในความช่วยเหลือและกำลังใจจากเพื่อนๆ ทุกคน ที่คอยเป็นกำลังใจอัน สำคัญในการเขียนวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบุคคลที่สำคัญอย่างยิ่ง คือคุณพ่อ คุณแม่ ของผู้เขียน ที่ได้ให้กำลังใจและสนับสนุนผู้เขียนมาโดยตลอด หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีคุณค่าและประโยชน์ ต่อการศึกษา ผู้เขียนขอมอบความดีทั้งหมดให้แก่บิดา มารดา และครูบาอาจารย์ทุกคน ตลอดจน ผู้แต่งตำราทุกท่านที่ผู้เขียนใช้อ้างอิงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แต่หากมีความผิดพลาดและมี ข้อบกพร่องอันเกิดจาก วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

อร จันทนาอรพินท์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
.....	
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๗
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	5
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
2. ประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดเหตุจรรยาในการ กระทำความผิดทางเพศ.....	8
2.1 ประวัติความเป็นมาของการกำหนดความผิดทางเพศและเหตุจรรยาใน ประมวลกฎหมายอาญา.....	8
2.1.1 กฎหมายตราสามดวง.....	8
2.1.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118.....	10
2.1.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127.....	11
2.1.4 ประมวลกฎหมายอาญา.....	13
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดทางเพศ.....	14
2.2.1 แนวคิดการคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดทางเพศตามหลัก สิทธิมนุษยชน.....	14
2.2.2 แนวคิดการคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดทางเพศตามหลักมาตรฐาน สากล.....	17
2.2.3 การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกระทำในความผิดเกี่ยวกับเพศตามความ ตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับสตรี.....	21

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดและโทษ.....	27
2.3.1 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ.....	27
2.3.2 แนวคิดและทฤษฎีการลงโทษ.....	31
2.3.3 แนวคิดในการบัญญัติความผิดและลงโทษทางอาญาในความผิด เกี่ยวกับเพศ.....	41
2.3.4 แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาตามหลักนิติเศรษฐศาสตร์.....	45
2.4 ทฤษฎีเกี่ยวกับเหยื่ออาชญากรรม.....	48
2.5 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดอาญา.....	49
2.5.1 ปัจจัยในการกำหนดเหตุฉกรรจ์.....	50
2.5.2 ประเภทของเหตุฉกรรจ์.....	53
2.5.3 ความรับผิดทางอาญาในเหตุฉกรรจ์.....	55
2.6 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดเหตุฉกรรจ์ ในการกระทำ ความผิดทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา.....	56
2.6.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา 276.....	56
2.6.2 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277.....	58
2.6.3 บทเพิ่มโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 277 ทวิ.....	60
2.6.4 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ตามมาตรา 277 ตรี....	60
2.6.5 ข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 278.....	60
2.6.6 ความผิดฐานอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 279.....	61
2.6.7 บทเพิ่มโทษในความผิดฐานอนาจารเด็ก ตามมาตรา 280.....	61
2.6.8 ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ตามมาตรา 282.....	61
2.6.9 ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจาร โดย หลอกลวงขู่เชี้ย ตามมาตรา 283.....	62
2.6.10 การกำหนดเหตุฉกรรจ์ ในการกระทำความผิดทางเพศตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 285.....	62

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3. มาตรการทางกฎหมาย ในการกำหนดเหตุการณ์ในกระทำความผิดทางเพศตาม กฎหมายของต่างประเทศ.....	69
3.1 มาตรการทางกฎหมาย ในการกำหนดเหตุการณ์ในกระทำความผิดทางเพศ ตามกฎหมายของประเทศไทยที่ใช้ระบบจารีตประเพณี.....	69
3.1.1 สหรัฐอเมริกา.....	69
3.1.2 ประเทศอังกฤษ.....	73
3.2 มาตรการทางกฎหมาย ในการกำหนดเหตุการณ์ในกระทำความผิดทางเพศ ตามกฎหมายของประเทศไทยที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย.....	78
3.2.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	78
4. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุการณ์ในการกระทำความผิดทางเพศ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 กรณีเป็นการกระทำแก่สมาชิกใน ครอบครัว.....	86
4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุการณ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ที่ผู้กระทำเป็นบิดาหรือมารดาเลี้ยงกระทำต่อลูกเลี้ยง.....	86
4.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุการณ์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ที่ผู้กระทำเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง.....	91
4.3 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุการณ์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ที่ผู้กระทำเป็นเครือญาติ.....	95
4.4 วิเคราะห์เหตุผลความจำเป็นในการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษตามมาตรา 285 ให้ คุ้มครองผู้ถูกล่วงละเมิดทางเพศจากบิดาเลี้ยงหรือมารดาเลี้ยง ผู้ใช้อำนาจ ปกครองตามความเป็นจริง และผู้เป็นเครือญาติ.....	98
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	101
5.1 บทสรุป.....	101
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	106
บรรณานุกรม.....	108
ประวัติผู้เขียน.....	114

612 ราย โดยพบว่าผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่มักเป็นคนที่รู้จักกับเหยื่อ รองลงมาคือเป็นญาติ และบิดาเลี้ยง ตามลำดับ³

ดังที่กล่าวแล้วว่า การล่วงละเมิดทางเพศนั้น ได้ส่งผลกระทบต่อเหยื่อ ทั้งทางร่างกายและจิตใจ ดังนั้นประมวลกฎหมายอาญาจึงได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 276 ถึงมาตรา 287/2 และเนื่องจากผู้กระทำความผิดบางรายเป็นคนที่ใกล้ชิดของเหยื่อ หรือเป็นผู้มีอิทธิพลต่อเหยื่อ หรือเป็นผู้ที่เหยื่อต้องตกอยู่ใต้อำนาจ เช่น เป็นบิดา มารดา ญาติ คนในครอบครัว ผู้บังคับบัญชา ครูบาอาจารย์ ด้วยสถานะของผู้กระทำเหล่านี้ ทำให้เหยื่อต้องอยู่ในสภาวะจำยอม ให้การล่วงละเมิดทางเพศเกิดขึ้น ประมวลกฎหมายอาญาจึงถือว่า การกระทำความผิดทางเพศต่อผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจดังกล่าวข้างต้นเป็นเหตุฉกรรจ์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 285 กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำความผิดตาม มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 หากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำแก่ (1) ผู้สืบสันดาน (2) ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล (3) ผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือ (4) ผู้ที่อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในส่วน”

อนึ่ง คำว่า “ผู้สืบสันดาน” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 นี้ มิได้มีการกำหนดความหมายไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้อธิบายความหมายของผู้สืบสันดานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5(2) โดยหมายความถึงผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง⁴ กล่าวคือ เป็นการบัญญัติความผิดในกรณีที่บิดาได้กระทำความผิดทางเพศต่อบุตรตามความเป็นจริงของตนไม่ว่าบุตรคนดังกล่าวจะเกิดจากมารดาที่จดทะเบียนสมรสกับผู้กระทำด้วยหรือไม่ก็ตาม ส่วนกรณีผู้ที่อยู่ในความปกครอง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 นั้น พบว่า มิได้ให้ความหมายเอาไว้เช่นเดียวกัน ศาลจึงได้ตีความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1017/2538 วินิจฉัยไว้ว่า “บิดามารดาทอดทิ้งผู้เสียหายไปโดยไม่ทราบว่าเป็นบิดามารดาผู้เสียหายไปอยู่ที่แห่งใด ส่วนจำเลยและภรรยาเป็นเพียงผู้รับผู้เสียหายมาอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษา อำนาจปกครองผู้เสียหายจึงยังคงอยู่กับบิดามารดาผู้เสียหายผู้เสียหายไม่ได้อยู่ในความปกครองของจำเลยและภรรยา การที่จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหาย

³ สำนักข่าวทีนิวส์, “เลวสุดบรรยาย พ่อเลี้ยงลักพาตัวและข่มขืน 2 พี่น้อง จนตั้งท้องหากติดต่อแม่จะฆ่าทิ้ง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2561, จาก <http://www.tnews.co.th/contents/394652>.

⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2557), น. 518.

จะปรับบทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 “ไม่ได้” และคำพิพากษาฎีกาที่ 6811 /2538 “การข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยง ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำแก่ผู้อยู่ในความปกครอง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 สอดคล้องกับคำพิพากษาฎีกาที่ 7795/2538 ซึ่งวินิจฉัยว่า “ผู้เสียหายเป็นบุตรชื่อนาง ป. มา แล้วนาง ป. อยู่กินเป็นสามีภริยากับจำเลย ฉะนั้นอำนาจปกครองผู้เสียหายจึงตกอยู่แก่นาง ป. มารดาตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1568 หาใช่อยู่ในความปกครองของจำเลยซึ่งเป็นบิดาเลี้ยงไม่ และคำว่า “ผู้อยู่ในความปกครอง” ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อมีกฎหมายอื่นกล่าวถึงความเป็นผู้ปกครองก็ย่อมหมายถึง ความปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ หากต้องการให้มีความหมาย นอกเหนือไปถึงความปกครองโดยพฤตินัยด้วยแล้ว ก็ย่อมจะมีระบุไว้เป็นพิเศษ ดังนั้นการที่จำเลย ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 หาต้องรับโทษหนักขึ้นเพราะเหตุกระทำแก่ผู้อยู่ในความปกครอง ตามมาตรา 285 “ไม่”

จากคำพิพากษาดังที่ผู้ศึกษาขกมา สรุปได้ว่า เหตุผลที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 นั้น สามารถนำมาบังคับใช้ได้เฉพาะกรณี ผู้กระทำความผิดทางเพศนั้น เป็นบิดาได้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศแก่บุตรของตน ซึ่งเป็นบุตรตามความเป็นจริงไม่ว่าบุตรคนดังกล่าวจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำหรือไม่ก็ตาม นอกจากนี้บทบัญญัติดังกล่าวนี้สามารถนำมาบังคับใช้กับกรณีบิดาบุญธรรมกระทำการล่วงละเมิดทางเพศแก่บุตรบุญธรรมของตนด้วย เนื่องจากได้มีการจดทะเบียนรับเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว ถือว่าบุตรผู้นั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบิดาบุญธรรม ทำให้บิดาบุญธรรมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองและบุตรย่อมเป็นผู้อยู่ในความปกครองตามนัยแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ดังกล่าว อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 285 มิได้รวมถึงบิดาเลี้ยงหรือมารดาเลี้ยงที่ได้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศแก่ลูกเลี้ยง เนื่องจากบิดาเลี้ยงหรือมารดาเลี้ยงมิได้เป็นผู้ใช้อำนาจการปกครองต่อเหยื่อ ทั้งที่สภาพการณ์ปัจจุบัน มีลูกเลี้ยงจำนวนมาก ที่ถูกบิดาเลี้ยงล่วงละเมิดทางเพศ ซึ่งปรากฏให้เห็นเป็นข่าวบ่อยครั้งกว่ากรณีของบิดาโดยแท้จริงกระทำการล่วงละเมิดทางเพศต่อบุตรผู้สืบสันดานและกรณีบิดาบุญธรรมที่กระทำการล่วงละเมิดทางเพศต่อบุตรบุญธรรม เช่น กรณีนายเอ็ม บิดาเลี้ยง ข่มขืนเด็กหญิงที่เป็น โรคออทิสติกวัย 10 ขวบ⁵ กรณีนายเอ (นามสมมุติ) บิดาเลี้ยง ก่อเหตุข่มขืน

⁵ หนังสือพิมพ์ข่าวสด, “แม่ช็อกปล่อยโฮ ผัวข่มขืนลูกสาว พ่อตัดขาด “เอ็ม” แฉเมียนับสิบขึ้นใจ ดญ. – เพยนาทีหนี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2561, จาก https://www.khaosod.co.th/special-stories/news_1181725.

นางสาวก๊อฟ (นามสมมุติ) อายุ 17 ปี ลูกเลี้ยงต่อเนื่องนานกว่า 3 ปี⁶ กรณีเด็กหญิงวัย 14 ปี ถูกบิดาเลี้ยงวัย 35 ปี ข่มขืนจนตั้งครรภ์ โดยบิดาเลี้ยงรายดังกล่าวอ้างว่า เด็กหญิงให้การยินยอมเองและมีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงเพียง 2 ครั้งเท่านั้น โดยไม่คิดว่าเด็กหญิงจะตั้งครรภ์⁷ เป็นต้น นอกจากนี้ ผู้ศึกษายังเห็นว่ากรณีที่บิดาเลี้ยงก่อเหตุล่วงละเมิดทางเพศแก่ลูกเลี้ยงนี้ ยังสมควรเป็นเหตุยกกรรมมากกว่าเหตุยกกรรมในกรณีอื่นที่กำหนดไว้ในมาตรา 285 เช่น กรณีศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ซึ่งเป็นการกระทำของครูที่กระทำต่อเด็กในขณะที่อยู่ระหว่างทำการสอน ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า ศิษย์อาจหนีไปจากสภาพอยู่ภายใต้อำนาจของครูในเวลาใดก็ได้ แต่กรณีของลูกเลี้ยง เป็นกรณีที่เด็กไม่อาจหนีไปจากสภาพการณดังกล่าวได้ เนื่องจากลูกเลี้ยงต้องอยู่กับมารดา และต้องอยู่ร่วมชายคาเดียวกันกับบิดาเลี้ยงทุกวัน ทำให้บิดาเลี้ยงหาโอกาสที่จะการล่วงละเมิดทางเพศต่อลูกเลี้ยงได้ง่าย ขณะเดียวกันในบางกรณีบิดาเลี้ยงอาจเป็นผู้ให้ทรัพย์สินเพื่อการดำรงชีพและการให้การอุปการะด้านการศึกษา ทำให้ลูกเลี้ยงต้องตกอยู่ในสภาพต้องพึ่งพาทางเศรษฐกิจจากบิดาเลี้ยง ซึ่งบิดาเลี้ยงอาจอาศัยเหตุดังกล่าวมาเป็นเงื่อนไขที่จะกระทำการล่วงละเมิดทางเพศ และในบางครอบครัว มารดาอาจรู้เห็นเป็นใจให้บิดาเลี้ยงกระทำการข่มขืนลูกเลี้ยงซึ่งเป็นบุตรของตนด้วย เช่น กรณีบิดาเลี้ยงข่มขืนลูกเลี้ยงวัย 12 ปี ซึ่งเด็กอ้างว่า มารดาไม่รู้เห็นเป็นใจกับบิดาเลี้ยงด้วย หากคนไม่ยินยอมมีความสัมพันธ์กับบิดาเลี้ยง ก็จะถูกรมารดาทำร้ายร่างกายด้วยการสาธด้วยน้ำร้อนจนเป็นแผลพุพอง⁸ เป็นต้น

นอกจากกรณีของบิดาเลี้ยงที่กระทำต่อลูกเลี้ยงแล้ว ยังพบว่า บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับเหยื่อในฐานะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงแทนบิดามารดา เช่น ในฐานะเป็นลุง ป้า น้า อา ฯลฯ หรือกรณีเป็นเครือญาติหรือเป็นบุคคลในครอบครัวอื่นๆ เช่น เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน พี่น้องร่วมบิดาหรือมารดา หรือลูกพี่ลูกน้อง ซึ่งพบว่ามีกรก่อเหตุข่มขืนกระทำชำเราแก่สมาชิกในครอบครัวเช่นเดียวกัน คนกลุ่มนี้เมื่อมีการก่อเหตุแล้วจะส่งผลกระทบต่อศีลธรรมอันดี และความสงบของประชาชนมากกว่ากลุ่มอื่น เนื่องจากสังคมย่อมคาดหวังให้ญาติ

⁶ สำนักข่าวไอเอ็นเอ็น, “รวบพ่อเลี้ยงหั่น ซินใจลูกนานกว่า 3 ปี หลังหนีกบดานในจังหวัดนครสวรรค์ แม่เด็กเครียดจนเกือบฆ่าตัวตาย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2561, จาก <https://www.sanook.com/news/6192150/>. เมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2561.

⁷ สยามข่าว 7 ลี, “พ่อเลี้ยงข่มขืนลูกเลี้ยงวัย 14 ปี จนท้อง รับทำแค่ 2 ครั้งไม่คิดว่าจะท้อง อ้างเด็กยินยอม,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2561, จาก <https://www.bugaboo.tv/watch/354729>.

⁸ หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ, “รวบแล้วพ่อเลี้ยง ข่มขืนลูกวัย 12 สลด แม่แท้ๆ รู้เห็น,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2561, จาก <https://www.thairath.co.th/content/502266>.

ในครอบครัวเป็นผู้ให้การปกป้องดูแลเด็กและเยาวชนในครอบครัว แต่กลับก่อเหตุข่มขืนกระทำชำเราต่อเด็กเองยอมเป็นการผิดวิสัย แต่บทบัญญัติแห่งมาตรา 285 ก็มีได้ครอบคลุมถึงเช่นเดียวกัน

จากที่กล่าวมาเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ซึ่งได้กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราบุคคลซึ่งอยู่ในบางสถานะให้เป็นเหตุลดโทษนั้น ยังมีการกำหนดขอบเขตและตีความอย่างแคบ ยังไม่มีความเหมาะสมเพียงพอ ไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน ที่นับวันจะมีการกระทำผิดอาญาในลักษณะดังกล่าวเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า ควรมีแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สามารถนำมาใช้คุ้มครองกรณีการล่วงละเมิดทางเพศที่บิดาเลี้ยงกระทำต่อลูกเลี้ยงหรือกรณีของมารดาเลี้ยงที่ได้กระทำต่อลูกเลี้ยง ตลอดจนผู้มีความสัมพันธ์ในฐานะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง และเครือญาติซึ่งเป็นบุคคลที่อาศัยอยู่ร่วมชายคาเดียวกันกับเหยื่อ เพื่อให้บทบัญญัติดังกล่าวสามารถนำมาใช้คุ้มครองแก่ผู้ถูกกระทำซึ่งตกเป็นเหยื่อของการกระทำ ความผิดทางเพศในกรณีดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงเป็นที่มาที่ผู้ศึกษาสนใจที่จะทำการศึกษา “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดเหตุลดโทษ ในการกระทำความผิดทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ศักยภาพในการกระทำแก่สมาชิกในครอบครัว” ในครั้งนี้

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดเหตุลดโทษในการกระทำความผิดทางเพศ

1.2.2 เพื่อศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุลดโทษในการกระทำความผิดทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 กรณีเป็นการกระทำแก่สมาชิกในครอบครัว

1.2.3 เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมาย ในการกำหนดเหตุลดโทษในการกระทำความผิดทางเพศของประเทศไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

1.2.4 เพื่อให้ได้ข้อสรุปและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดเหตุลดโทษในการกระทำความผิดทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 กรณีเป็นการกระทำแก่สมาชิกในครอบครัว ให้มีความเหมาะสม สอดคล้องกับนานาอารยประเทศ และสามารถนำมาใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ

1.3 สมมุติฐานของการศึกษา

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ซึ่งเป็นบทกำหนดเหตุลดโทษของผู้ที่กระทำความผิดทางเพศต่อผู้ที่อยู่ใต้อำนาจในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง เช่น เป็นผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือ

ในความอนุบาล แต่บทบัญญัติดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมกรณีบิดาเลี้ยงหรือมารดาเลี้ยงได้กระทำต่อลูกเลี้ยง ผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงกระทำต่อผู้อยู่ใต้การปกครอง และเครือญาติกระทำต่อบุคคลในครอบครัว

จากการศึกษาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เห็นสมควรให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ให้ครอบคลุมถึงกรณีผู้กระทำเป็นบิดาเลี้ยงหรือมารดาเลี้ยงกระทำต่อลูกเลี้ยง ผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงกระทำต่อผู้อยู่ใต้การปกครอง และเครือญาติกระทำต่อบุคคลในครอบครัวจะทำให้กฎหมายของไทยสามารถนำไปบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาเกี่ยวกับปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในการกระทำความผิดทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ศึกษากรณีเป็นการกระทำแก่สมาชิกในครอบครัว ในครั้งนี้ เป็นการศึกษาบทกฎหมายของไทย ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 โดยทำการเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อให้ได้แนวทางที่เหมาะสมในการปรับปรุงบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในการกระทำความผิดทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 กรณีเป็นการกระทำแก่สมาชิกในครอบครัว ให้มีผลบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะทำการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร ทั้งที่เป็นเอกสารภาษาไทยและต่างประเทศ โดยศึกษาทั้งบทความทางวิชาการ แนวคิดทฤษฎีต่างๆ ตัวยกกฎหมาย ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 รวมถึงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อให้ได้ข้อสรุปและข้อเสนอแนะในการแก้ไขการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในการกระทำความผิดทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 กรณีเป็นการกระทำแก่สมาชิกในครอบครัวตามกฎหมายไทยให้สามารถนำมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

1.6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดเหตุผลกรณีในการกระทำความผิดทางเพศ

1.6.2 ทำให้ทราบปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุผลกรณีในการกระทำความผิดทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 กรณีเป็นการกระทำแก่สมาชิกในครอบครัว

1.6.3 ทำให้ทราบมาตรการทางกฎหมาย ในการกำหนดเหตุผลกรณีในการกระทำความผิดทางเพศของประเทศไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

1.6.4 ทำให้ทราบข้อสรุปและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดเหตุผลกรณีในการกระทำความผิดทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 กรณีเป็นการกระทำแก่สมาชิกในครอบครัว ให้มีความเหมาะสม สอดคล้องกับนานาอารยประเทศ และสามารถนำมาใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ



บทที่ 2

ประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนด เหตุการณ์ในการกระทำคามผิดทางเพศ

ในปัจจุบันการข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นอย่างมาก จากการศึกษาของมูลนิธิหญิงชายก้าวไกล ซึ่งทำการสำรวจข่าวในหน้าหนังสือพิมพ์ทั้งหมด 14 ฉบับ ในปี พ.ศ. 2558 พบว่า มีคดีการกระทำรุนแรงทางเพศเกิดขึ้นรวมทั้งสิ้น 306 ข่าว ในจำนวนนี้เป็นกรณีการข่มขืนกระทำชำเรา รวมทั้งสิ้น 157 ข่าวหรือคิดเป็นร้อยละ 51 ในจำนวนนี้ การข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลใกล้ชิดตัวหรือบุคคลในครอบครัว คิดเป็นร้อยละ 52.8 มากกว่าการข่มขืนที่เกิดขึ้นจากการกระทำของคนแปลกหน้าหรือรู้จักกันผ่านทางสังคมออนไลน์ ซึ่งเกิดขึ้นเพียงร้อยละ 47.2¹ การข่มขืนกระทำชำเราโดยคนใกล้ชิดตัวนี้เอง ทำให้ต้องพิจารณาถึงการกำหนดเหตุการณ์ในการกระทำคามผิดทางเพศ ซึ่งมีประวัติความเป็นมา ตลอดจนแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

2.1 ประวัติความเป็นมาของการกำหนดความผิดทางเพศและเหตุการณ์ในประมวลกฎหมายอาญา

ในส่วนนี้ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาความเป็นมาของกฎหมายนับตั้งแต่กฎหมายตราสามดวง พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จนถึงประมวลกฎหมายอาญา โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1.1 กฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวงเป็นประมวลกฎหมายซึ่งตราขึ้นในสมัยของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 โดยชำระสะสางเมื่อปี พ.ศ. 2347² โดยกฎหมายฉบับนี้ เป็นการรวบรวมกฎหมายที่มีมาแต่เดิมมาจัดเรียงเป็นหมวดหมู่ ได้ 29 ลักษณะ โดยความผิดฐาน

¹ สำนักข่าวไลน์ทูเดย์, “เข้าใจภัยข่มขืนผ่านสถิติ : สำรวจเนื้อหาข่าวข่มขืนบนหน้าหนังสือพิมพ์ไทย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2561, จาก <https://today.line.me/th/pc/article/เข้าใจภัยข่มขืนผ่านสถิติ+สำรวจเนื้อหาข่าวข่มขืนบนหน้าหนังสือพิมพ์ไทย-gqr71>.

² ฆงทอง จันทรางศุ, กฎหมายไทยในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้น, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), น. 5.

ข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารพบว่ามิได้มีบัญญัติอยู่ในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา โดยปรากฏหลักฐานว่า มีการประกาศใช้มาตั้งแต่สมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) ประมาณปี พ.ศ. 1904 โดยในครั้งนั้นได้ประกาศเป็นพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการผิดเมีย³ เป็นการให้ความสำคัญกับการกระทำความผิดทางเพศที่ผู้เสียหายเป็นเด็กและผู้หญิง โดยลงโทษผู้ที่ลักพาหญิงและเด็กด้วยการปรับใหม่ ส่วนกฎหมายลักษณะฝ่าฝืน กฎหมายลงโทษผู้กระทำความผิดที่กระทำการข่มขืนหญิงและเด็ก แม้การกระทำนั้นไม่ถึงขั้นชำเราก็มีความผิด จากกฎหมายตราสามดวงเห็นว่า ผู้เสียหายที่เป็นหญิงและเด็กได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเพื่อไม่ให้มีการกระทำความผิดทางเพศ โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีการบัญญัติความผิดไว้ดังนี้

มาตรา 1 “ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเราให้ใหม่โดยประณมผิดเมียทวิคูณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเราให้ใหม่โดยประณมผิดเมีย”

มาตรา 76 “ชายใดมีเมียแล้ว ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ใหม่ชายนั้นถึงประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ใหม่ถึงชำเรา”

มาตรา 77 “ชายหาเมียมิได้ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ใหม่ชายนั้นถึงเบียชามีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนมิถึงชำเรา ให้ใหม่ถึงชำเรา”

มาตรา 78 “ชายใดข่มขืนหญิงเดกไม่รู้เดียงสา⁴ มิถึงชำเราให้ใหม่เจ้าเบียประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิดไหล ให้ใหม่เท่าเบียประณมผิดเมียทวิคูณ ถ้าตบตีหญิงทำให้บาดเจ็บด้วยท่านให้ใหม่ชายนั้นโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง”

ขณะเดียวกัน ในความผิดฐานกระทำอนาจารพบว่าได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 2 และมาตรา 75 กล่าวคือ

มาตรา 2 “ผู้ใดเข้าโลมจับมือถือนมกอดจูบเมียท่านก็ดี ฝ่ามือเข้าไปหาเมียท่านถึงในเรือนแลในสถานที่ลับไม่มีผู้ใดอยู่ด้วยเป็นค่านับก็ดี ไปหาเมียท่านถึงที่นอนในห้อง อยู่แต่สองต่อสองก็ดี ท่านให้ใหม่ชายนั้นถึงประณมผิดเมีย ถ้าผู้ใดกล่าวคำแพละ โลมเมียท่านก็ดี ลักลอบพุดจาด้วยเมียท่านก็ดี ให้ใหม่ชายนั้นถึงเบียชกมือถือนมกอดจูบ”

มาตรา 75 “บุรุษผู้ใดจับมือหยอกบุตรท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรท่านก็ดี แลลูกตลกบุตรท่านไปจูบกอดทำชั่วแลทำประการใดก็ดี ท่านว่าชายนั้นผิดให้ลงโทษโดยโทษานุโทษ”

³ ประมวลกฎหมายรัชการที่ 1 จ.ศ. 1166 เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), น. 1.

⁴ เด็กไม่รู้เดียงสา ตามความหมายของ เด็กที่ไม่รู้เดียงสา หมายถึงเด็กที่อายุต่ำกว่า 7 ปี.

จากตัวบทกฎหมาย แม้จะไม่ปรากฏคำว่ากระทำอนาจาร แต่เมื่อพิจารณาจากการกระทำต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการจับมือ ถือนม กอดจูบ เล้าโลม เห็นได้ว่าการกระทำต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศทั้งสิ้น เมื่อเทียบกับฐานความผิดเกี่ยวกับเพศในปัจจุบันแล้ว การกระทำความผิดดังกล่าวเทียบเคียงได้กับการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยขอบเขตของการกระทำอนาจารตามกฎหมายฉบับนี้กว้างกว่าการกระทำอนาจารตามกฎหมายในปัจจุบันมาก

สำหรับเหตุที่ทำให้ได้รับโทษหนักขึ้น ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง ปรากฏในมาตรา 90 คือ การกระทำที่มีลักษณะข่มขืนหญิงโสเภณีซึ่งเป็นลูกสาวหลานสาวท่านหรือหญิงภริยาของผู้อื่นไปให้ใหม่โดยพระราชกฤษฎีกาเดิม หรือปรากฏว่าข่มขืนหญิงมีบาดเจ็บให้ใหม่โดยบาดเจ็บ หรือถ้าปรากฏลักษณะของชายหลายคน โทรมหญิงให้ลงโทษด้วยลวดหนึ่งคนละ 60 และให้ใหม่ตามบันดาศักดิ์ เห็นได้ว่าการลงโทษด้วยลวดหนึ่ง จะไม่พบในการกระทำชำเราหญิงที่มีลักษณะธรรมดาทั่วไป ส่วนการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง หากปรากฏว่ามีลักษณะข่มขืนถึงชำเราโลหิตไหล ให้ใหม่เท่าเบียดประณมผิดเมียทวิคูณ ถ้าชายตีหญิงเด็กให้บาดเจ็บ ให้ใหม่โดยบาดเจ็บอีก โสดหนึ่ง⁵

2.1.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

ต่อมา ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ทรงสถาปนากระทรวงยุติธรรมขึ้น ขณะเดียวกัน กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้รับมอบหมายให้เป็นประธานในการชำระสะสางพระราชกำหนดกฎหมายไทยทั้งหมด ในยุคนั้นจึงมีการตรากฎหมายขึ้นบังคับเป็นจำนวนมาก รวมถึงพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 (พ.ศ. 2441) ด้วย โดยกฎหมายฉบับนี้กำหนดโทษผู้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงอันมิใช่ภริยาตน โดยได้บัญญัติให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงไว้ดังต่อไปนี้

มาตรา 4 ชายใดกระทำชำเราหญิงในเหตุ 4 ประการดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่าง ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิง คือ

ข้อ 1 ขืนใจหญิง

ข้อ 2 หญิงมิยินยอม

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายผู้เชื่องจะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึง

ยินยอม

⁵ ชิดชนก แผ่นสุวรรณ, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวง ถึงประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น. 25-26.

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ฤๅยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่า 12 ปี ลงมาให้ลงโทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 10 ปี ลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ฤๅมิให้ทำการหนักด้วยก็ได้แล้วจะปรับเป็นเงินทำขวัญให้แก่หญิงตั้งแต่ 1,000 บาทลงมาด้วยก็ได้

อนึ่งผู้ใดรับโทษฐานข่มขืนทำชำเราครั้งหนึ่งแล้ว ภายหลังยังกลับขึ้นกระทำความผิดลงอีกเป็นครั้งที่ 2 ที่ 3 ต่อไป จะให้ลงโทษเข็ญตั้งแต่ 60 ปี ลงมา เพิ่มเข้ากับโทษจำคุกและโทษปรับอีกด้วยก็ได้

มาตรา 6 ผู้ใดพยายามหรือจะข่มขืนทำชำเราก็ดี ซึ่งเป็นการผิดต่อมาตรา 3 มาตรา 4... พิจารณาเป็นสัตย์ให้ลงโทษจำคุก

มาตรา 7 ผู้ใดรู้เห็นเป็นใจด้วย ฤๅช่วยเหลือหนุนค้ำในการข่มขืนกระทำความชำเราก็ดี พิจารณาเป็นสัตย์ให้ลงโทษจำคุก⁷

2.1.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

เวลาต่อมา พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระองค์ทรงเลือกเอากฎหมายจากประเทศตะวันตกมาใช้ โดยทรงเลือกระบบกฎหมายที่ใกล้เคียงกับกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ พระองค์จึงทรงเลือกระบบประมวลกฎหมายมาใช้ ทรงโปรดให้ชำระและร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้นมาเป็นลำดับแรก เนื่องจากทรงเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญานั้นสามารถร่างขึ้นง่ายที่สุด ดังนั้น จึงมีประกาศใช้กฎหมายอาญาฉบับแรกขึ้นในปี พ.ศ. 2451 เรียกว่า กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ถือเป็นกฎหมายอาญาฉบับแรกของประเทศไทย⁸ กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ใน ภาค 2 ว่าด้วยลักษณะความผิด โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) มีบัญญัติไว้ในมาตรา 243 ดังนี้

“ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำชำเราหญิง ซึ่งมีใช้ภริยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไป จนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

⁶ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118, ราชกิจจานุเบกษา (9 เมษายน ร.ศ. 118), น. 11-12.

⁷ ประสทิธิ พัฒนอมร, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 18.

⁸ ชาลูนชัย แสงศักดิ์, อิทธิพลของฝรั่งเศส ในการปฏิรูปกฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539), น. 27-41.

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราซึ่งมีใจหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของนั่นเอง ท่านถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนทำชำเรา มีความผิด ต้องระวางโทษคุกกันกับที่ว่ามันนั้น ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้นมีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี และให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง⁹

ส่วนบทกฎหมายที่เป็นการเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำชำเรานั้นมีบัญญัติไว้ในมาตรา 244 246 และมาตรา 247 ดังนี้

มาตรา 244 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราด้วยเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสองขวบถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตาม หรือมิยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้นมีบาดเจ็บอย่างสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นตาย ท่านว่าผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง”

มาตรา 246 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสองขวบขึ้นไป โดยมันใช้อำนาจด้วยกำลัง หรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดๆก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง”

ส่วนมาตรา 247 บัญญัติว่า “ความอย่างใดใดที่ว่ามีมาในมาตรา 243 , 244 และ 246 นั้น ถ้าผู้กระทำเป็นบิดามารดา หรือปู่ย่า ตายาย ก็ดี ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกกระทำไว้ก็ดี เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ผู้ปกครองรักษาผู้ถูกกระทำร้ายก็ดี ท่านว่าระวางโทษของมันผู้กระทำผิดหนักกว่าที่บัญญัติไว้ใน 4 มาตราที่ว่ามันนั้น หนึ่งในสามส่วน”

ความในมาตรา 247 นี้ เทียบได้กับความในมาตรา 285 ปัจจุบันเป็นเหตุจรรยาของความผิดฐานข่มขืนทำชำเราและอนาจาร ไม่ว่าผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสองขวบจะยินยอมด้วยหรือไม่ก็ตาม โดยตัวผู้กระทำมีสถานภาพดังนี้คือ

⁹ เสถียร วิชัยลักษณ์, กฎหมายลักษณะอนาจาร ร.ศ. 127, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์นิติเวช, 2495), น. 110-111.

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

บิดามารดา ปู่ย่า ตายาย ย่อมหมายถึงบุพการีของผู้ถูกระทำซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิต โดยตรงขึ้นไป ซึ่งจำกัดอยู่ความเป็นญาติของผู้ถูกระทำเท่านั้น ไม่รวมไปถึงบิดา มารดาเลี้ยง หรือ ปู่ย่า ตายาย ที่เป็นพี่น้องของปู่ย่า ตายายของผู้ถูกระทำ และไม่รวมถึงบุคคลอื่นที่มีอำนาจในการปกครอง การบริหารและการดูแลในลักษณะอื่นด้วย

สำหรับความผิดฐานกระทำอนาจาร บัญญัติไว้ในมาตรา 245 ความว่า “ผู้ใดบังอาจ กระทำการอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสามขวบ ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ หนึ่งเดือนขึ้นไปจนถึงสามปีแลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลมันใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำความผิดเช่นว่านี้ ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงห้าปีแลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

2.1.4 ประมวลกฎหมายอาญา

นับแต่ได้มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ในพุทธศักราช 2451 เป็นต้นมา พฤติการณ์ของบ้านเมืองได้มีการเปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมาก จึงเห็นสมควรปรับปรุงกฎหมายอาญา เสียใหม่ รวมถึงความผิดฐานกระทำชำเราด้วย กล่าวคือ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีการแก้ไขในมาตรา 276 หลายครั้ง โดยมีการแก้ไขในปี พ.ศ. 2514 หนึ่งครั้ง และแก้ไขในปี 2525 อีกหนึ่งครั้ง ซึ่งเป็นการแก้ไขในส่วนของอัตราโทษ อย่างไรก็ตาม สำหรับในส่วนของพฤติการณ์ที่ กฎหมายบัญญัติกลับมิได้มีการแก้ไข โดยยังคงยึดถือหลักการที่ว่า บุคคลจะมีความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราได้ ต้องเป็นการข่มขืนหญิงที่มีชักริยาคนเท่านั้น อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 276 นี้ เพิ่งได้รับการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 โดยมีการแก้ไขข้อความที่ว่า “หญิงอื่นที่มีชักริยา” เป็น “ผู้อื่น” นั้นหมายความว่า นับตั้งแต่ที่ มีการแก้ไขบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล กฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา สามีที่ข่มขืนภริยา หญิงข่มขืนชาย หรือการข่มขืน เพศเดียวกัน ก็มีความผิดฐานนี้ด้วย นอกจากนี้ ยังมีการให้คำจำกัดความเกี่ยวกับการกระทำชำเรา ให้ขยายขอบเขตไปถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก ช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย โดยรายละเอียดจะทำการ ศึกษาต่อไปในหัวข้อ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาต่อไป

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดทางเพศ

ปัจจุบัน ปัญหาการใช้ความรุนแรงทางเพศในสังคมมีแนวโน้มมากขึ้นซึ่งต้องพิจารณาควบคู่กับวิธีการปฏิบัติที่เป็นอยู่ และโดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ “เด็กและเยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ ผู้พิการหรือทุพพลภาพ” มีสิทธิได้รับความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอย่างเหมาะสมและมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในคดีเกี่ยวกับความทารุณทางเพศ

2.2.1 แนวคิดการคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดทางเพศตามหลักสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) หมายถึง สิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์เกิดมาพร้อมกับความเท่าเทียมกันในแง่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิเพื่อดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรี โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ อายุ ภาษา ศาสนา และสถานภาพทางกาย และสุขภาพ รวมทั้ง ความเชื่อทางการเมือง หรือความเชื่ออื่นๆ ที่ขึ้นกับพื้นฐานทางสังคม สิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่ไม่สามารถถ่ายถอดหรือโอนให้แก่ผู้อื่นได้¹⁰

ภายหลังจากสหประชาชาติโดยสมาชิก 58 ประเทศ มีมติรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จากนั้นจำนวนประเทศสมาชิกจึงเพิ่มขึ้นจนมีจำนวนเกินกว่าสามเท่าของสมาชิกเดิม อิทธิพลของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็ขยายมากขึ้นจนเป็นที่ยอมรับในระดับสากล และเป็นที่อ้างอิงถึงเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศทั้งหลายทั่วโลก เมื่อพิจารณามาตราต่างๆ ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะเห็นว่า มาตราแรกแสดงถึงความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชน โดยกล่าวถึงความเท่าเทียมกันของศักดิ์ศรีและสิทธิของมนุษย์ทุกคน ส่วนมาตราที่สองกล่าวถึงความชอบที่จะมีสิทธิของบุคคล โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติใดๆ ทั้งสิ้น ส่วนหลักการขั้นพื้นฐานของสิทธิที่ประกาศไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปรากฏในคำปรารภซึ่งเริ่มด้วยข้อความที่เน้นการยอมรับ “ศักดิ์ศรีประจำตัวและสิทธิซึ่งเท่าเทียมกัน และไม่อาจโอนให้แก่กันได้ของสมาชิกทั้งมวลของครอบครัวมนุษย์”¹¹

สิทธิที่ระบุไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจำแนกออกได้อย่างกว้างๆ 2 ประเภท คือ สิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และ สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งต่อมาได้มีการแปลเจตนาและขยายข้อความให้ละเอียดยิ่งขึ้น ด้วยการร่างเป็นกติกา

¹⁰ สำนักส่งเสริมความเสมอภาคหญิงชาย, “ความหมายของสิทธิมนุษยชนสตรี,” เอกสารเผยแพร่ความรู้, (กรุงเทพมหานคร : กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, 2551), น. 2.

¹¹ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, “สิทธิมนุษยชนสากล” คู่มือหลักสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมที่พนักงานสอบสวนควรรู้, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, ม.ป.ป.), น. 3.

ระหว่างประเทศที่มีผลบังคับทางกฎหมาย และสหประชาชาติมีมติรับรอง เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1966 คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทาง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic Social and Cultural Rights – ICESCR) บรรดาประเทศที่ให้สัตยาบัน (Ratify) หรือรับรองกติการะหว่างประเทศดังกล่าว จะต้องปฏิบัติตามข้อความในกติการะหว่างประเทศด้วย ทั้งนี้เพราะกติการะหว่างประเทศ มีข้อผูกพันทางกฎหมาย ประเทศสมาชิกที่ให้สัตยาบัน ต้องส่งรายงานการปฏิบัติตามกติการะหว่าง ประเทศให้แก่สหประชาชาติเป็นประจำด้วย¹²

2.2.1.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

การคุ้มครองผู้ถูกระทำในความผิดเกี่ยวกับเพศ มีบทบัญญัติคุ้มครองใน ฐานะเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาไว้ใน ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights (UDHR)) ข้อ 8 “ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอันมีประสิทธิผล จากศาลที่มีอำนาจแห่งรัฐต่อการกระทำอันล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งตนได้รับตามรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมาย¹³” หลักสำคัญของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนบัญญัติไว้เป็นว่า “มนุษย์ ทั้งหลายเกิดมาพร้อมกับความเป็นอิสระ มีศักดิ์ศรีและสิทธิเท่าเทียมกัน” สิทธิมนุษยชนนั้นสืบ เนื่องมาจากแนวคิด ทฤษฎีเรื่องสิทธิตามธรรมชาติซึ่งมีพื้นฐานความคิดว่า มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิ บางอย่างในฐานะที่เป็นมนุษย์ สิทธิตามธรรมชาติต่างจากสิทธิที่เรามีในฐานะพลเมืองในแง่ที่เป็น สิทธิที่เกิดจากลักษณะธรรมชาติของมนุษย์ มิได้เกิดจากการที่รัฐกำหนดให้กับพลเมือง ดังนั้น ถึงแม้ไม่มีรัฐ มนุษย์ทุกคนก็ยังมีสิทธิบางอย่างอยู่ เพราะเป็นสิทธิที่ติดมากับความเป็นมนุษย์ ยิ่ง ไปกว่านั้น สิทธิตามธรรมชาติเป็นบรรทัดฐานของสิทธิที่รัฐให้กับพลเมือง เพราะเป็นสิทธิที่บอกถึง ความเป็นมนุษย์ รัฐจะต้องเคารพความเป็นมนุษย์ ดังนั้น สิทธิตามธรรมชาติจึงเป็นต้นแบบของสิทธิ ที่ให้แก่พลเมือง รัฐใดไม่ทำเช่นนี้ถือว่าผิดศีลธรรม และไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของ พลเมืองอย่างเพียงพอ¹⁴

กล่าวโดยสรุป จากแนวคิดของการคุ้มครองด้านสิทธิมนุษยชน ตามหลัก ปฏิญญาสากล ซึ่งมีพื้นฐานมาจากสิทธิตามธรรมชาติ บุคคลใดจะถูกละเมิดหรือได้รับการปฏิบัติหรือ

¹² สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, *พื้งอ้าง*, น. 3.

¹³ กรมองค์การระหว่างประเทศ, *ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน*, (กรุงเทพมหานคร : กระทรวงการ ต่างประเทศ, 2551), น. 22.

¹⁴ อุกฤษณ์ แพทย์น้อย, “ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กันยายน 2561, จาก

ลงโทษโดยวิธีการโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือหยามเกียรติมิได้ มนุษย์ทุกคนย่อมมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์และมีสิทธิเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย” ดังนั้น สำหรับผู้ที่กระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลอื่น ซึ่งถือเป็นการกระทำที่ล่วงละเมิดทั้งทางกายและทางจิตใจของผู้ถูกระทำ นอกจากจะเป็นการกระทำที่ล่วงละเมิดกฎหมายภายในประเทศแล้ว ยังละเมิดต่อแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนอันเป็นหลักพื้นฐานสากลอีกด้วย

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

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

สาระสำคัญของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ประกอบด้วยวรรคอารัมภบทและบทบัญญัติรวม 53 ข้อ วรรคอารัมภบท กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐด้านสิทธิมนุษยชนตามกฎบัตรสหประชาชาติ รวมทั้งหน้าที่ของบุคคลที่จะส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และได้รับสิทธิทั้งด้านพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน ขณะที่วรรคสองกล่าวถึงพันธกรณีของรัฐภาคีที่รับรองจะเคารพและประกันสิทธิของบุคคล รวมถึงห้ามการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ สถานะทางเศรษฐกิจ สังคม ถิ่นกำเนิด หรือสภาพอื่นใด โดยจะดำเนินการให้เกิดผลในทางปฏิบัติภายในประเทศ การประกันว่าบุคคลที่ถูกละเมิดจะได้รับการเยียวยา ไม่ว่าบุรุษหรือสตรีจะได้รับสิทธิพลเมืองและการเมืองอย่างเท่าเทียมกัน การลดรอนสิทธิในสถานการณ์ฉุกเฉิน และการห้ามการตีความกติกาในอันที่จะไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ¹⁵

¹⁵ INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS .

The States Parties to the present Covenant,

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

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

กล่าวโดยสรุป กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ถูกระงับความผิดเกี่ยวกับเพศ บัญญัติอยู่ในส่วนที่ 2 ซึ่งสอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ เป็นการให้หลักประกันแก่บุคคลว่า บุคคลที่ถูกละเมิดไม่ว่าจะอยู่ภายใต้กฎหมายใดก็ตาม จะได้รับการเยียวยาตามความเหมาะสม และจำเป็นจากรัฐ

2.2.2 แนวคิดการคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดทางเพศตามหลักมาตรฐานสากล

บทบัญญัติข้อ 1 ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนความว่า “ มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ ต่างในตนมีเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยจิตวิญญาณแห่งภราดรภาพ” แต่ในขณะที่เดียวกัน ความเป็นจริงในสังคมได้มีการก่ออาชญากรรมในลักษณะต่างๆ มากมาย รวมถึงการกระทำความคิดทางเพศด้วย ดังนั้น ไม่เพียงแต่จะมีบทบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเท่านั้น แต่บรรดาประเทศสมาชิกยังได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับสิทธินี้ไว้ในกฎหมายอื่น เพื่อสร้างหลักประกันพื้นฐานให้ประชาชนได้เกิดความมั่นใจว่าจะได้รับการคุ้มครองจากการก่ออาชญากรรมอย่างเพียงพอ ไม่ว่าจะในระดับสากลหรือในระดับรัฐ

2.2.2.1 ปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานของเหยื่ออาชญากรรมและการใช้อำนาจโดยมิชอบ

นอกเหนือไปจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อันถือเป็นแผนแม่บทของการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั่วโลกแล้ว จากบทบัญญัติดังกล่าวได้ก่อให้เกิดปฏิญญา กติกาสากล ตลอดจน อนุสัญญาอื่นๆ ตามมาอีกมากมายเพื่อให้บทบัญญัติต่างๆ ที่ได้บัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีผลบังคับใช้ในทางปฏิบัติ สำหรับกรณีของการให้ความคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรม องค์การสหประชาชาติได้มีแนวคิดในการจัดทำร่างแมกนาคาร์ตาสำหรับเหยื่อ (Magna Carta for Crime) และองค์การสหประชาชาติได้ประกาศรับรอง “ปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับเหยื่ออาชญากรรม และการใช้อำนาจโดยมิชอบ” (Declaration of Basic Principle of justice for Victims of Crime and Abuse of Power,1985) ขึ้น

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

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

ในการประชุมที่กรุงมิลาน ประเทศอิตาลี ในปี ค.ศ. 1985 และลงมติสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติรับรองสิทธิต่างๆ ของเหยื่ออาชญากรรม ดังนี้

- 1) สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติด้วยความเห็นอกเห็นใจ มีประโยชน์และแน่นอนตลอดเวลา โดยคำนึงถึงสถานภาพสิทธิและศักดิ์ศรีของบุคคล
- 2) สิทธิที่จะได้รับการแจ้งถึงวิธีการสอบสวนโดยตำรวจ (เว้นแต่การเปิดเผยจะเป็นผลเสียแก่การสอบสวน)
- 3) สิทธิที่จะได้รับแจ้งถึงคำฟ้องรวมทั้งการแก้ไขเพิ่มเติม
- 4) สิทธิที่จะได้รับโอกาสให้ถ้อยคำในตอนเริ่มแรกของการสอบสวน เกี่ยวกับความบาดเจ็บหรือความเสียหายที่ได้รับเนื่องจากการกระทำความผิดอาญานั้น คำให้การนี้จะต้องได้รับการปรับปรุงให้ทันสมัยก่อนที่จะมีการพิจารณาลงโทษจำเลย
- 5) สิทธิที่จะได้รับการอธิบายเหตุผลในการยอมรับคำให้การรับสารภาพของผู้กระทำผิดในข้อหาที่มากกว่าเดิม หรือยอมรับคำให้การรับสารภาพของผู้กระทำผิดที่สารภาพเพื่อแลกเปลี่ยนกับคำเสนอแนะให้ลดโทษหรือบรรเทาโทษจำเลยในการพิจารณาคดี
- 6) สิทธิที่จะได้รับการอธิบายเหตุผลในการถอนฟ้อง (Nolle Prosequi) หรือการสั่งไม่ฟ้อง (ดุลพินิจซึ่งจะมีผลกระทบต่อเหยื่ออาชญากรรมนั้น จะต้องได้รับการอธิบายอย่างรอบคอบและระมัดระวังเป็นพิเศษ
- 7) สิทธิที่จะได้รับทรัพย์สินที่ทางราชการยึดไว้เพื่อสอบสวน หรือใช้เป็นพยานหลักฐานคืนโดยเร็ว ซึ่งจะต้องพยายามลดความไม่สะดวกทั้งปวงแก่เหยื่ออาชญากรรมให้มากที่สุด
- 8) สิทธิที่จะได้รับการแจ้งถึงขั้นตอนการพิจารณาคดี รวมทั้งสิทธิหน้าที่ของพยาน
- 9) สิทธิที่จะได้รับการคุ้มกันมิให้พบปะกับจำเลยหรือพยานจำเลยในระหว่างการพิจารณาคดีโดยไม่จำเป็น
- 10) สิทธิที่จะปิดบังสถานที่อยู่ไว้เป็นความลับ เว้นแต่จำเป็นจะต้องเปิดเผยเนื่องในการดำเนินคดีของโจทก์หรือการต่อสู้คดีของจำเลย
- 11) สิทธิที่จะไม่ต้องปรากฏตัวในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง หรือการพิจารณาของคณะกรรมการ (Committal Proceedings) เว้นแต่เป็นความจำเป็นในการดำเนินคดีของโจทก์หรือการต่อสู้คดีของจำเลย
- 12) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคุ้มครองจากพนักงานอัยการในการพิจารณาคำร้องขอของผู้กระทำผิด ซึ่งร้องขอประกันตัว

13) สิทธิที่จะได้รับการอธิบายถึงผลของการประกันตัวผู้กระทำผิด รวมทั้งสิทธิที่จะได้รับแจ้งถึงเงื่อนไขของการให้ประกันตัว ซึ่งกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรมจากการประทุษร้ายของผู้กระทำผิดในภายหลัง

14) สิทธิที่จะให้ศาลได้รับทราบถึงผลที่ตนจะได้รับจากการกระทำผิดอาญาจากการแถลงของพนักงานอัยการหรือจากข้อความที่ปรากฏในสำนวนคดีรวมทั้งความเสียหายทางการเงินทางสังคมและทางร่างกาย ในกรณีนี้พนักงานอัยการก็ควรจะแถลงศาลถึงข้อเท็จจริงใดๆ ซึ่งจะช่วยในการกำหนดดุลพินิจของศาลรวมทั้งการแก้ไขความเสียหาย ตลอดจนจำนวนค่าชดเชยหรือค่าทดแทนซึ่งผู้เสียหายประสงค์จะได้รับด้วย

15) สิทธิที่จะได้รับการอธิบายผลของการดำเนินคดีอาญา รวมทั้งรับทราบคำพิพากษาและการบังคับตามคำพิพากษา

16) สิทธิที่จะได้รับคำอธิบายเกี่ยวกับผลของการคุมประพฤติ

17) สิทธิที่จะได้รับคำบอกกล่าวก่อนที่ผู้กระทำผิดจะถูกปล่อยตัวจากการควบคุม¹⁶

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

2.2.2.2 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เป็นสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ได้รับความนิยมเห็นชอบมากที่สุดในโลก โดยทุกประเทศในโลกได้ให้สัตยาบัน ยกเว้นประเทศโซมาเลียและสหรัฐอเมริกา ส่วนประเทศไทยได้ให้สัตยาบันอนุสัญญานี้ในปี พ.ศ.2535

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเริ่มต้นมาจากการคำนึงถึงหลักสำคัญ 5 ประการ คือ สิทธิพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม สำหรับเรื่องสวัสดิภาพและการคุ้มครอง

¹⁶ อภิรักษ์ ทิมวงศ์, “สิทธิของเหยื่ออาชญากรรมในกฎหมายระหว่างประเทศ : ผลกระทบต่อประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น. 2-3.

พิทักษ์สิทธิเด็กที่กำหนดไว้ในปฏิญญาเจนีวา ในปี พ.ศ.2466 (ค.ศ.1923) โดย “สหภาพกองทุนช่วยเหลือเด็กระหว่างประเทศ” เป็นความพยายามครั้งแรกที่จะรวบรวมเงื่อนไขต่างๆ เกี่ยวกับ สิทธิเด็กไว้ภายใต้เอกสารฉบับเดียวกัน และต่อมาได้รับการทบทวนและเพิ่มเติมในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเมื่อปี พ.ศ. 2491(ค.ศ.1948) ซึ่งได้กลายมาเป็นพื้นฐานของข้อความทั้งสิบข้อในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติได้ลงมติเป็นเอกฉันท์เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2502 (ค.ศ.1959)

ความจำเป็นต้องมีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นส่วนสำคัญของสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นสิทธิที่กำหนดไว้ภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน พ.ศ.2491 และกติกาสากลต่างๆ รวมทั้งเอกสารอื่นๆ ที่มีผลบังคับทางกฎหมาย เพื่อก่อให้เกิดการเสริมสร้างและพิทักษ์สิทธิมนุษยชนอย่างแท้จริง ดังนั้น การพิทักษ์สิทธิเด็กก็ควรจะต้องอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายที่แน่นอนเป็นที่ยอมรับโดยทั่วยุโรปด้วยภูมิหลังดังกล่าวนี้เองประเทศโปแลนด์จึงได้เสนอให้มีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้นก่อนปีเด็กสากล (พ.ศ.2522) ซึ่งความคิดริเริ่มนี้เป็น โอกาสและแรงผลักดันให้มีการตั้งค่านิยมที่ชัดเจนขึ้นเกี่ยวกับมาตรฐานสิทธิมนุษยชนสำหรับเด็ก ตลอดจนนำเอาข้อมูลที่มีอยู่แล้วมาปรับรวมเข้าด้วยกัน และลดช่องโหว่ที่มีอยู่ในข้อความต่างๆแล้วมีการประเมินผลโดยละเอียดเพื่อนำไปบรรจุไว้ในเอกสารระหว่างประเทศเพียงฉบับเดียวที่จะมีผลบังคับใช้ทางกฎหมายได้¹⁷

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดสิทธิของเด็กที่รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตาม 4 ประเภทได้แก่

1. สิทธิในการดำรงชีวิต (Survival Rights) หรือสิทธิพื้นฐานทั่วไปของเด็ก เช่น สิทธิในการมีชีวิตอยู่ สิทธิที่จะได้รับมาตรฐานสาธารณสุข สิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากการประกันสังคม สิทธิที่จะมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดีพอ และสิทธิในการมีชื่อและสัญชาติ เป็นต้น

2. สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Protection Rights) จากการถูกเอาเปรียบทางเพศ หรือถูกทำร้ายรังแกทางเพศ จากการถูกเอาเปรียบทางเศรษฐกิจ หรือจากการทำงานใดๆ ที่จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพ หรือการพัฒนาทางร่างกาย สมอง จิตใจ ศิลธรรม และสังคมของเด็ก จากการถูกใช้อย่างเอาเปรียบไม่ว่าในลักษณะใด จากการถูกรังแกหรือลงโทษ หรือการกระทำในลักษณะที่โหดร้าย จากการเข้าไปมีส่วนร่วมในสงคราม ตลอดจนการปกป้องคุ้มครองเด็กที่มีชีวิตอยู่ในภาวะที่ยากลำบาก เช่น เด็กพิการ์ , เด็กผู้ลี้ภัย , เด็กกำพร้า เป็นต้น

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

¹⁷ ภัทรานาด ธาธาธิเบสร์, “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (ตอนที่ 1),” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กันยายน 2561, จาก <http://www.l3nr.org/posts/258581>.

4. สิทธิในการมีส่วนร่วม (Participation Rights) เช่น สิทธิในการแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรีในทุกๆ เรื่อง ที่มีผลกระทบต่อตนเอง สิทธิในการแสดงออกและการแสวงหาได้รับหรือถ่ายทอดข้อมูลข่าวสาร เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปอนุสัญญาฉบับนี้ มุ่งที่จะตั้งมาตรฐานสากลเพื่อคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษ โดยกำหนดหลักการคุ้มครองร่างกาย ชีวิต เสรีภาพและสวัสดิการของเด็กไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ มุ่งคุ้มครองไม่ให้เด็กถูกข่มเหงรังแก หรือถูกละเมิดสิทธิเหนือร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ รวมทั้งสวัสดิภาพ ไม่ว่ากรณีใดๆ เช่น การถูกทำร้าย การฆ่า การล่วงละเมิดทางเพศ ขูดรีดหากำไรทางเพศ หรือค้ากำไรทางเศรษฐกิจหรือนำเด็กไปเป็นวัตถุซื้อขาย หรือปฏิบัติต่อเด็กอย่างไม่เหมาะสม เป็นเหตุให้เกิดผลเสียต่อสวัสดิภาพเด็ก รวมทั้งคุ้มครองให้มีการเยียวยาฟื้นฟูเด็ก ผู้ตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดให้กลับเข้าสู่สภาพปกติโดยเร็วที่สุด ดังที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาข้อ 19 รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งด้านนิติบัญญัติ บริหาร สังคมและการศึกษา ในอันที่จะคุ้มครองเด็กจากความรุนแรงทั้งปวง ทั้งทางร่างกายและจิตใจ เช่น การทำร้าย การทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาท การแสวงประโยชน์ รวมถึงการล่วงละเมิดทางเพศขณะอยู่ในการดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นใดซึ่งเด็กนั้นอยู่ในความดูแล โดยมาตรการคุ้มครองดังกล่าว รวมถึงแผนงานทางสังคมในการให้การสนับสนุนที่จำเป็นแก่เด็ก และบุคคลซึ่งเด็กนั้นอยู่ในความดูแล ตลอดจนกระบวนการที่มีประสิทธิผลสำหรับป้องกันในรูปแบบอื่น¹⁸

2.2.3 การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกระทำในความผิดเกี่ยวกับเพศตามความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับสตรี

สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาพหุภาคี กล่าวคือ เป็นสนธิสัญญาที่มีรัฐมากกว่าสองรัฐขึ้นไปเข้าเป็นภาคีสถิติสัญญา ซึ่งกระบวนการในการทำสนธิสัญญามีหลายขั้นตอน นับตั้งแต่การเจรจา การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนาม การให้สัตยาบัน การภาคยานุวัติ และบางรัฐอาจตั้งข้อสงวน หรือตีความสนธิสัญญา และเมื่อปฏิบัติตามขั้นตอนในการทำสัญญาครบถ้วนแล้ว ภาคีก็มีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่อไป การเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาก่อให้เกิดพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับสนธิสัญญามิฉะนั้นอาจต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ดังนั้น เมื่อประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสถิติสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน ประเทศไทยก็ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาดังกล่าว สำหรับความตกลง

¹⁸ กมลินทร์ พินิจภูวล, “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก : สิทธิเด็กในประเทศไทย,” *บทบัญญัติ*, เล่มที่ 53, น. 100-105, (ธันวาคม 2540).

ระหว่างประเทศเกี่ยวกับสตรีที่ประเทศไทยเป็นรัฐภาคี มี 2 ฉบับได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ และปฏิญญาว่าด้วยการจัดการใช้ความรุนแรงต่อสตรี ดังมีรายละเอียดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่สตรีดังต่อไปนี้

2.2.3.1 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ

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

อนุสัญญานี้ ให้ความหมายของคำว่า “เลือกปฏิบัติต่อสตรี” หมายถึง การแบ่งแยก กีดกัน หรือการจำกัดใดๆ เพราะเหตุแห่งเพศ หรือมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับ การได้อุปโภคหรือใช้สิทธิโดยสตรี โดยไม่คำนึงถึงสถานภาพด้านการสมรส บนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมของพลเมืองหรือด้านอื่นๆ

ส่วนบทบัญญัติของอนุสัญญานฉบับนี้ เป็นการให้ความคุ้มครองต่อสตรีในด้านของความเสมอภาคกับบุรุษในทุกด้าน ทั้งด้านสังคม วัฒนธรรม การเมือง และเศรษฐกิจ ได้แก่ สิทธิในการเลือกตั้ง การมีส่วนร่วมในการวางนโยบายของรัฐบาล การรับตำแหน่งราชการทุกระดับ การเข้าร่วมเป็นสมาชิกในองค์กรอิสระ การได้มาซึ่งสัญชาติ ด้านการศึกษา การประกอบอาชีพ หลักประกันสุขภาพ การจ้างงาน การถูกปลดออกจากงาน โดยมีสาเหตุมาจากการตั้งครรภ์ การเข้าถึงความยุติธรรมในด้านกฎหมาย โดยการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของสตรี โดยศาลจะต้องให้ความยุติธรรมต่อสตรีให้เท่าเทียมกับบุรุษ ไม่มีการเลือกปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่และสถาบันของรัฐ รัฐภาคีต้องมีมาตรการที่เหมาะสม ซึ่งหมายรวมถึงการออกกฎหมาย เพื่อปราบปรามการค้าสตรีและการแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีของสตรีทุกรูปแบบด้วย¹⁹

กล่าวโดยสรุป ในกรณีที่มีการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ อันเป็นการสร้างความเสียหายแก่สตรีทั้งทางร่างกายและจิตใจ หากต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม อนุสัญญานฉบับนี้ได้สร้างหลักประกันให้แก่สตรีว่า รัฐภาคีของอนุสัญญานฉบับนี้จะไม่มีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศเป็นอันขาด สตรีจะได้รับความยุติธรรมเช่นเดียวกับบุรุษ และรัฐต้องมีการออกกฎหมายภายใน

¹⁹ “อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กันยายน 2561, จาก <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/cedawt.pdf>.

เกี่ยวกับการปราบปรามการค้าสตรีและการแสวงหาผลประโยชน์จากการค้าประเวณีของสตรีด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้มีการคุ้มครองต่อสตรีโดยเฉพาะในเรื่องความเท่าเทียมกับบุรุษเพิ่มขึ้น

2.2.3.2 ปฏิญญาว่าด้วยการจัดการใช้ความรุนแรงต่อสตรี

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

ตามปฏิญญาฉบับนี้ ได้ยืนยันว่า ความรุนแรงต่อสตรีเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของสตรี และทำให้ประโยชน์ที่สตรีจะได้รับจากสิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นต้องถูกทำลายหรือลดน้อยลง และคำนึงถึงความล้มเหลวที่เคยเป็นมาในการปกป้อง และส่งเสริมสิทธิเหล่านั้นและเสรีภาพเมื่อเกิดกรณีความรุนแรงต่อสตรี

องค์การสหประชาชาติ ได้ให้ความหมายของ “ความรุนแรงต่อสตรี” ในปฏิญญาสากลว่าด้วยการจัดการความรุนแรงต่อสตรี หมายถึง “ การกระทำใด ๆ ที่เป็นความรุนแรงที่เกิดจากอคติทางเพศ ซึ่งเป็นผลให้เกิดความทุกข์ทรมานแก่สตรี รวมทั้งการขู่เข็ญ คุกคาม กีดกัน เสรีภาพทั้งในที่สาธารณะและในชีวิตส่วนตัว นอกจากนี้ยังให้ รวมถึงความรุนแรงต่อไปนี้

1) ความรุนแรงต่อร่างกาย ทางเพศและจิตใจที่เกิดขึ้นใน ครอบครัว รวมทั้ง การทุบตี การทารุณกรรมทางเพศต่อเด็กและสตรี ในบ้าน ความรุนแรงอันมีเหตุมาจากของหมิ่นที่ฝ่ายหญิงให้กับครอบครัวสามี การข่มขืน โดยคู่สมรส การขลิบอวัยวะเพศสตรี และ ข้อปฏิบัติตามประเพณีต่างๆ อันเป็นอันตรายต่อสตรี ความรุนแรงที่ไม่ได้เกิดจากคู่สมรส และความรุนแรงที่เป็น การหาประโยชน์จากสตรี

2) ความรุนแรงต่อร่างกาย เพศ และจิตใจที่เกิดขึ้นภายในชุมชนทั่วไป รวมถึงการข่มขืน การทารุณกรรมทางเพศ การลวนลามทางเพศ การข่มขู่ในสถานที่ทำงาน ในสถาบันการศึกษาและสถานที่ต่างๆ การค้าหญิงและการบังคับค้าประเวณี

3) ความเพิกเฉยของรัฐต่อความรุนแรง ไม่ว่าจะเป็ความรุนแรงที่เกิดทางร่างกาย ทางเพศ และจิตใจ²⁰

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

- 1) สิทธิในชีวิต
- 2) สิทธิแห่งความเสมอภาค
- 3) สิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของบุคคล
- 4) สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายอย่างเท่าเทียม
- 5) สิทธิที่จะเป็นอิสระจากการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบ
- 6) สิทธิที่จะสามารถบรรลุถึงความสุขกายและสุขภาพจิตที่ได้มาตรฐานสมบูรณ์
- 7) สิทธิในการมีข้อตกลงที่ยุติธรรมและพอใจในการทำงาน
- 8) สิทธิที่จะไม่ตกอยู่ในสภาพทุกข์ทรมาน หรือการกระทำที่โหดร้าย หรือการลงโทษหรือปฏิบัติที่เลวทราม ไร้มนุษยธรรม

รัฐควรประณามความรุนแรงต่อสตรี และไม่ควรอ้างชนบธรรมเนียม ประเพณี หรือศาสนาใดๆ เพื่อหลีกเลี่ยงพันธะหน้าที่ในการขจัดความรุนแรง รัฐควรติดตามนโยบายเกี่ยวกับการขจัดความรุนแรงต่อสตรีโดยวิธีที่เหมาะสมทุกประการ และโดยไม่ชักช้า และเพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายนี้ รัฐภาคีทั้งหลายของอนุสัญญาฯ นี้ ตกลงที่จะ

- 1) พิจารณาให้สัตยาบัน หรือการรับรองต่ออนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ หรือการยกเลิกข้อสงวนของอนุสัญญา
- 2) งดเว้นจากการเข้าไปมีส่วนร่วมในความรุนแรงต่อสตรี
- 3) ปฏิบัติการอย่างเข้มแข็ง โดยสอดคล้องกับกฎหมายของประเทศเพื่อป้องกันสืบสวน และลงโทษ การกระทำความรุนแรงต่อสตรีไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยบุคคลหรือโดยรัฐ

²⁰ ศูนย์ข้อมูลความรุนแรงต่อเด็ก สตรี และความรุนแรงในครอบครัว, “นโยบายและแผนขจัดความรุนแรงต่อเด็กและสตรี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กันยายน 2561, จาก <http://www.violence.in.th/publicweb/NewsDetail.aspx?id=34&type=5>.

4) พัฒนามาตรการลงโทษทางอาญา แฝง แรงงาน และการลงโทษทางการบริหารจัดการด้วยกฎหมาย ภายในประเทศ เพื่อลงโทษ และชดใช้ต่อความเลวร้ายที่เกิดกับผู้หญิงที่ประสบกับความรุนแรง สตรีผู้ถูกระทำความรุนแรงควรมีโอกาสเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม เช่น ได้รับการคุ้มครองทางด้าน กฎหมายสตรีที่ถูกทำร้ายได้รับความทุกข์ทรมานจากความรุนแรงควรได้รับการรักษาที่มีประสิทธิภาพอย่างเพียงพอ รัฐควรให้ข้อมูลแก่สตรีถึงสิทธิที่จะได้รับการชดใช้จากกลไกเหล่านั้น

5) พิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการพัฒนาแผนการปฏิบัติการแห่งชาติเพื่อสนับสนุนการคุ้มครองสตรีจาก ความรุนแรงทั้งปวง หรือข้อกำหนดเพื่อความมุ่งประสงค์ดังกล่าว ในแผนปฏิบัติการต่างๆ ที่มีอยู่ ให้พิจารณาความร่วมมือที่เหมาะสมจากองค์กรพัฒนาเอกชน โดยเฉพาะที่ทำงานเกี่ยวข้องกับปัญหาความรุนแรงต่อสตรี

6) พัฒนาวิธีการป้องกัน และมาตรการด้านต่างๆ ทั้งด้านกฎหมาย การเมือง บริหาร และวัฒนธรรม อย่างรอบด้าน เพื่อส่งเสริมการป้องกันสตรีจากความรุนแรงทุกรูปแบบ และประกันว่าการตกเป็นเหยื่อของสตรีจะไม่เกิดซ้ำอีกจากข้อบกพร่องทางกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย หรือมาตรการอื่นๆ ที่มีได้คำนึงถึงประเด็นทางเพศ

7) การปฏิบัติเพื่อรับประกันว่าสตรีผู้ถูกระทำโดยความรุนแรง และเด็กจะได้รับความช่วยเหลือ การพักผ่อน การดูแลเด็ก การบำรุง การรักษา การให้คำปรึกษา การบริการด้านสุขภาพและบริการทางสังคม สิ่งอำนวยความสะดวกและการให้การสนับสนุน และมาตรการที่เหมาะสมอื่นๆ เพื่อสนับสนุน ความปลอดภัย และการฟื้นฟูทางร่างกาย และจิตใจของสตรีเหล่านั้น ตามทรัพยากรที่มีอยู่ในขอบเขต มากที่สุดที่สามารถจัดหาได้ หรือเมื่อมีความจำเป็นต้องอาศัยแนวทางความร่วมมือระหว่างประเทศที่มีอยู่

8) ให้รัฐจัดเตรียมงบประมาณเพื่อจัดหาทรัพยากรที่เพียงพอในการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการขจัด ความรุนแรงต่อผู้หญิง

9) จัดให้มีมาตรการเพื่อรับประกันว่าเจ้าหน้าที่ด้านกฎหมาย และเจ้าหน้าที่ของรัฐรับผิดชอบหน้าที่ตาม นโยบายที่จะป้องกัน สืบสวน และลงโทษการกระทำความรุนแรงต่อสตรีได้รับการอบรมเพื่อให้ มีความเข้าใจต่อความจำเป็นของสตรี

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

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

12) นำมาตรการขจัดความรุนแรงต่อสตรีมาใช้โดยเฉพาะกับสตรีกลุ่มเสี่ยงต่อความรุนแรง

13) รวมข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องความรุนแรงต่อสตรีและมาตรการที่ได้นำไปปฏิบัติตามหลักการของปฏิญญานี้ ในรายงานที่เสนอต่อองค์การสหประชาชาติตามระเบียบที่กำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนต่างๆ

14) ส่งเสริมการพัฒนาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติการตามหลักการที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้

15) ตระหนักถึงบทบาทอันสำคัญของขบวนการสตรีและองค์กรพัฒนาเอกชนทั่วโลกในการสร้างจิตสำนึก ความตระหนักและในการบรรเทาปัญหาความรุนแรงต่อสตรี

16) อำนวยความสะดวก และส่งเสริมงาน ของขบวนการสตรีและองค์กรพัฒนาเอกชนและร่วมมือกับ องค์กรเหล่านี้ทั้งในระดับท้องถิ่น ระดับประเทศ และระดับภูมิภาค

17) ส่งเสริมองค์การความร่วมมือระหว่างประเทศในภูมิภาคที่ประเทศของตนเป็นสมาชิกให้บรรจุ การขจัดความรุนแรงต่อสตรีเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติการขององค์กรตามที่เห็นสมควร²¹

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

²¹ ปฏิญญาว่าด้วยการขจัดการใช้ความรุนแรงต่อสตรี, ข้อ 4.

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดและโทษ

กฎหมายอาญาของประเทศไทยในปัจจุบันเป็นกฎหมายอาญาบนพื้นฐานของการกระทำในบางกรณีกฎหมายได้บัญญัติโดยคำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิดด้วย และภายใต้กรอบของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานนั้นก็จะทำให้ความผิดฐานใดฐานหนึ่งนั้นมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำความผิดรวมอยู่ด้วย²²

2.3.1 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

ลี เอลลิส (Ellis) นักสังคมวิทยาได้จำแนกมุมมองของการถูกข่มขืนไว้ 3 ด้านดังนี้²³

1) ทฤษฎีการข่มขืนตามแนวคิดสตรีศาสตร์ (The feminist theory of rape)

การข่มขืนถูกมองว่าเป็นผลพวงของค่านิยมทางสังคมที่เพศชายมีอิทธิพลเหนือเพศหญิงทั้งในโครงสร้างทางอำนาจและเศรษฐกิจ โดยผู้ชายเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการข่มขืน เพราะผู้ชายทุกคนได้รับประโยชน์จากความจริงที่ว่าผู้หญิงเป็นผู้ที่ไม่มีอิสระในสังคม

กลุ่มสตรีศาสตร์ไม่ได้มองว่าความพึงพอใจทางเพศเป็นแรงจูงใจที่ทำให้เกิดการข่มขืน แต่มองว่าการข่มขืนเป็นการสร้างรากฐานหรือการคงอยู่ของความพยายามที่จะควบคุมและมีอำนาจเหนือผู้หญิงโดยผู้ชาย

2) ทฤษฎีข่มขืนตามแนวทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคม (The social learning theory of rape)

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

ถึงแม้ว่าทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคมจะคล้ายคลึงกับทฤษฎีสตรีศาสตร์ในแง่ของความเชื่อเรื่องสังคมและวัฒนธรรมเรียนรู้เป็นสิ่งที่สำคัญในการตอบสนองต่อการข่มขืนแต่ก็มีสิ่งที่แตกต่างกันอยู่ 2 ประการคือ ทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคมเห็นว่าภายใต้สาเหตุของการข่มขืนนั้น

²² คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญากฎทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น. 44.

²³ สุวิทย์ วนาสวรรณวิชและคณะ, “เหตุเพิ่มโทษของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นนักการเมือง,” (งานค้นคว้าส่วนอิสระบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ, 2554), น. 5-6.

ขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมเป็นสิ่งที่เชื่อมโยงไปสู่ความก้าวร้าวและเพศในแต่ละบุคคล และเชื่อว่าการข่มขืนเป็นเรื่องแรงจูงใจทางเพศมากกว่า

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

พฤติกรรมทางสังคมถูกสร้างขึ้นมาและพัฒนาไปการขยายเผ่าพันธุ์ สำหรับในสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมเพศผู้และเพศเมีย ถูกกำหนดให้ใช้เวลาและพลังงานไปในการรับผิตชอบในเรื่องการสืบพันธุ์แตกต่างกัน ผู้หญิงดูแลบุตรในขณะที่ผู้ชายให้ความสำคัญกับการปกป้องคุ้มครองพอๆกับการมีคู่นอนหลายคน ผู้ชายเป็นฝ่ายได้เปรียบผู้หญิงมาตั้งแต่เกิดเมื่อเปรียบเทียบกัน แนวคิดทฤษฎีนี้เชื่อว่าผู้ชายมีความแข็งแรงแกร่งกว่า จึงมีโอกาสในการเลือกที่จะมีคู่นอนได้หลายคน แทนที่จะต้องเป็นฝ่ายเลี้ยงดูบุตร การข่มขืนอาจจะเป็นผลพวงตามธรรมชาติของกฎแห่งทางเลือกนี้

2.3.1.1 สาเหตุของการกระทำผิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

สำหรับสาเหตุของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ส่วนใหญ่มีสาเหตุมาจากการใช้อำนาจในทางที่ผิด การล่วงละเมิดทางเพศมีรากเหง้ามาจากระบบสังคมวัฒนธรรมที่ผู้ชายมีอำนาจครอบงำผู้หญิง จากการศึกษาของนักวิจัยส่วนใหญ่เกี่ยวกับประเด็นการล่วงละเมิดทางเพศนั้นพบว่า สาเหตุสำคัญของการล่วงละเมิดทางเพศ มักเกิดจากการที่ผู้มีอำนาจเหนือกว่า ใช้อำนาจของตนที่มีอยู่ไปในทางที่ไม่เหมาะสม

การคุกคามทางเพศเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในสภาพที่ชายกับหญิงมีอำนาจไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายที่คุกคามจะเป็นฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิงก็ได้ โดยอาศัยอำนาจที่เหนือกว่าบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งยินยอมในเรื่องการละเมิดสิทธิทางเพศ การอยู่ใต้การบังคับบัญชาของผู้ชายในการทำงานทำให้ผู้หญิงมีสภาพการทำงานที่ปฏิเสธการล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงานได้ยาก โดยผู้หญิงต้องเลือกว่าจะยินยอมทางเพศหรือจะยอมสูญเสียสภาพการทำงาน อันมีความสัมพันธ์กับบริบทของอำนาจที่ผู้ล่วงละเมิดทางเพศเป็นผู้บังคับบัญชาที่มีตำแหน่งสูงกว่า และมีอำนาจมากกว่าผู้ถูกล่วงละเมิดทางเพศในการให้คุณให้โทษและใช้สถานภาพจากตำแหน่งหน้าที่เป็นตัวบีบบังคับสภาพทางเศรษฐกิจของผู้หญิง ทำให้ผู้หญิงต้องยอมรับอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้นอำนาจทางสถานภาพจึงเป็นตัวนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศ²⁴

²⁴ อติสร เสมเยี่ยม, “การล่วงละเมิดทางเพศในสถานที่ทำงาน” สตรีศึกษา, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น. 130.

นอกจากนี้ กาญจนา แก้วเทพ ได้ระบุว่า สาเหตุที่นำไปสู่การตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ประกอบด้วยปัจจัย 4 ประการคือ²⁵

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

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

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

4) ปัจจัยโอกาสในการกระทำความผิด (Opportunity Factors) โดยเฉพาะเมื่อผู้กระทำความผิดรู้ว่าตนเองมีโอกาที่จะรอดพ้นจากการกระทำความผิดหรือถูกจับกุมก็มักจะมีผู้ก่อเหตุขึ้นซ้ำซาก แต่หากสามารถตัดช่วงโอกาสนั้นได้ ปัญหาการถูกละเมิดทางเพศก็จะลดน้อยลง การป้องกันจึงต้องตัดช่วงโอกาสดังกล่าวให้มากที่สุด

กล่าวโดยสรุป สาเหตุของการกระทำความผิดและการถูกละเมิดทางเพศของผู้หญิง เกิดจากโครงสร้างทางสังคม ซึ่งเป็นผลมาจากประวัติศาสตร์ที่ว่า ผู้ชายมีอำนาจเหนือกว่าผู้หญิง เพราะผู้หญิงถูกมองว่าเป็นเพศที่อ่อนแอกว่า ผู้หญิงเป็นเพียงวัตถุทางเพศและมีหน้าที่ในการปรนนิบัติดูแลครอบครัวเท่านั้น

2.3.1.2 แนวคิดเกี่ยวกับการตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ให้ความหมายของเหยื่ออาชญากรรมไว้ว่า หมายถึง “ บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการก่ออาชญากรรมของผู้กระทำความผิด ไม่ว่าจะ

²⁵ กาญจนา แก้วเทพ, ม่านแห่งอคติ : ความสัมพันธ์ระหว่างสตรีกับสถาบันสังคม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2542), น. 13.

เป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน รวมทั้งเสรีภาพหรือสิทธิอื่นใด” โดยสามารถแบ่งประเภทของเหยื่ออาชญากรรมได้ 7 ประเภทดังต่อไปนี้²⁶

1) เหยื่อที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรม เหยื่อประเภทนี้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับใดๆกับอาชญากร เป็นเพียงผู้รับเคราะห์จากอาชญากรเท่านั้น

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

3) เหยื่อที่กระตุ้นให้เกิดอาชญากรรม เหยื่อประเภทนี้ มักทำการบางอย่างบางอย่างเป็นที่ขัดใจอาชญากร การกระทำดังกล่าวเป็นตัวกระตุ้นทำให้อาชญากรทำร้ายเหยื่อ

4) เหยื่อที่จงใจให้เกิดอาชญากรรม เช่น การเดินในที่เปลี่ยวตามลำพัง ทำให้อาจถูกชิงทรัพย์หรือกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศได้

5) เหยื่อที่มีความอ่อนแอทางชีวภาพ เช่น คนแก่ เด็ก ผู้หญิง คนเจ็บป่วยทางจิต เหยื่อถือว่าเป็นบุคคลที่มีความอ่อนแอทางชีวภาพ แม้จะไม่เกี่ยวข้องกับอาชญากรก็ตาม แต่นับว่าง่ายต่อการตกเป็นเหยื่อของอาชญากร

6) เหยื่อที่มีความอ่อนแอทางสังคม เป็นบุคคลที่ไม่อยู่ในฐานะเท่าเทียมกับบุคคลอื่นในสังคม และอยู่ในฐานะที่ถูกเอารัดเอาเปรียบจากอาชญากรเมื่อใดก็ได้

7) เหยื่อการเมือง เป็นบุคคลที่ถูกฝ่ายที่มีอำนาจทางการเมือง เจาะจงว่าเป็นผู้ที่กระทำความผิดหรือเป็นอาชญากร โดยอาศัยกฎหมายอาญาที่มีอยู่เป็นหลักในการกล่าวหา

นอกจากนี้ เฮนติก (Hen von Hwntig)²⁷ ได้แบ่งเหยื่ออาชญากรรมออกเป็น 13 ประเภท ได้แก่ ผู้เยาว์ ผู้หญิง บุคคลสูงอายุ ผู้เป็นโรคจิต คนต่างด้าว คนกลุ่มน้อย พวกโง่ทึม พวกที่มีแนวโน้มไปทางต่ำ พวกโกลหมาก พวกเสเพล พวกเปล่าเปลี่ยวและอกหัก พวกอยู่ในฐานะถูกทรมาณ และพวกถูกตัดโอกาส

เป็นที่น่าสังเกตว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มิได้มีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวให้ครอบคลุมเหยื่อทุกกลุ่มดังที่กล่าวมานี้แต่ประการใด

²⁶ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), น. 90.

²⁷ อัจฉริยา ชูตินันท์, เพิ่งอ้าง, น. 90.

2.3.2 แนวคิดและทฤษฎีการลงโทษ

ศาสตราจารย์ ฮาร์ท²⁸ แห่งมหาวิทยาลัยออกซ์ฟอร์ด อธิบายว่า โทษทางอาญาจะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 5 ประการ ได้แก่

1) โทษจะต้องก่อให้เกิดความทุกข์ หมายถึง ผู้ได้รับโทษจะต้องได้รับความทุกข์อย่างใดอย่างหนึ่ง อาจเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางร่างกาย การได้รับความเจ็บปวดทางกาย (pain) หรือการสูญเสียทรัพย์สินหรืออื่นๆ

2) โทษจะต้องใช้ต่อผู้กระทำผิดกฎหมาย หมายถึง ผู้กระทำผิดกฎหมายเท่านั้นที่จะต้องถูกลงโทษ จะนำบุคคลอื่นที่มีได้กระทำความผิดมารับโทษมิได้

3) โทษจะต้องมีขึ้นเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมาย หมายถึง ต้องมีการกระทำผิดกฎหมายเสียก่อนจึงจะลงโทษได้ หากไม่มีการกระทำผิดกฎหมายก็ลงโทษไม่ได้

4) โทษจะต้องเป็นวิธีการซึ่งคนใดคนหนึ่งนอกจากตัวผู้กระทำผิดนำมาใช้กับผู้กระทำผิดนั้น หากผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลนั้นเอง ไม่นับเป็นโทษทางอาญาตามนัยนี้

5) โทษจะต้องเกิดจากผู้มีอำนาจที่จะกระทำให้เกิดผลร้ายนั้นขึ้นมาได้ หมายถึง โทษนั้นต้องผ่านกระบวนการตามกฎหมาย และผู้มีอำนาจตามกฎหมายจึงจะเป็นผู้ให้ผลร้ายได้²⁹

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

1) โทษเป็นผลร้ายที่รัฐนำมาใช้กับผู้กระทำผิด ผลร้ายที่จะถือว่าเป็นโทษอาญาตามความหมายนี้จะต้องเป็นโทษที่รัฐซึ่งมีอำนาจนำมาใช้กับผู้กระทำผิด

2) โทษต้องมีขึ้นเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมาย หากไม่มีการกระทำผิดกฎหมายแล้วได้รับผลร้าย ไม่ถือว่าเป็นโทษอาญาตามความหมายนี้

3) โทษเป็นผลร้ายซึ่งต้องการตอบแทนให้ผู้กระทำผิด รู้ว่าเป็นผลร้ายที่ได้รับจากรัฐโดยตรงจากการกระทำผิด ไม่ใช่ผลร้ายที่เกิดขึ้นโดยอ้อม³⁰

²⁸ H.L.A.Hart. Punishment and Responsibility. (London: Oxford University Press, 1982) pp. 4-5 ใน สหธน รัตน์ไพจิตร, “ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), น. 6-7.

²⁹ สหธน รัตน์ไพจิตร, *เพิ่งอ้าง*, น. 4-5.

³⁰ สหธน รัตน์ไพจิตร, *เพิ่งอ้าง*, น. 6-7.

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

- 1) จะต้องเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำผิดตามกฎหมาย
- 2) จะต้องถูกกำหนดขึ้นและใช้โดยผู้มีอำนาจเท่านั้น
- 3) จะต้องเป็นผลร้ายต่อผู้กระทำผิด
- 4) จะต้องเป็นผลร้ายที่แสดงถึงการตำหนิผู้กระทำผิดว่าผู้นั้นได้กระทำการที่ไม่สมควร หากผลร้ายนั้นไม่ต้องการการตำหนิก็ไม่ถือเป็นโทษตามความหมายนี้³¹

2.3.2.1 แนวคิดในการกำหนดโทษทางอาญา

การลงโทษอาญานั้นเป็นการลงโทษที่รุนแรงและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สาสมกับความร้ายแรงของการกระทำ (Retribution) เพื่อค้ำคืนศีลของผู้กระทำความผิด (Reformation) เพื่อป้องปรามมิให้ผู้อื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่าง (Deterrent) และเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคมเป็นการชั่วคราวหรือถาวร (Incapacitation) สำหรับแนวคิดในการกำหนดโทษในทางอาญา มีดังต่อไปนี้

เซซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) ชาวอิตาลีเขียนหนังสือเล่มหนึ่งชื่อว่า “เรียงความเรื่องอาชญากรรมกับการลงโทษ” (Essay on Crimes and Punishment) เนื้อหาของหนังสือเล่มนี้โดยสรุปคือ การลงโทษต้องกระทำเพื่อความมุ่งหมายสูงสุดคือเพื่อการป้องกันอาชญากรรม มิใช่เพียงเพื่อความพอใจของคนๆ หนึ่งหรือบางกลุ่มเท่านั้น วัตถุประสงค์ของการลงโทษ เพื่อแก้แค้นทดแทน เพราะการแก้แค้นมักจะกระทำเกินเลยและไม่เกิดประโยชน์ในด้านป้องกันอาชญากรรม ดังนั้น การลงโทษผู้กระทำความผิด ควรกระทำโดยเปิดเผย รวดเร็ว และมีความหนักเบาเหมาะสมกับสัดส่วนของความร้ายแรงของอาชญากรรมส่วนเจเนมี เบ็นธัม (Jeremy Bentham) ไม่เห็นด้วยกับการลงโทษที่ทำให้ผู้นั้นได้รับความทุกข์ทรมานจนเกินความจำเป็น หรือโดยไม่มีเหตุผล และมีความเห็นว่า กฎหมายควรกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิด และควรกำหนดโทษไว้หลากหลายประเภท เพราะโทษเพียงอย่างเดียวจะเหมาะสมกับความผิดทุกอย่างนั้นเป็นไปได้³²

นักคิดทั้งสองคนดังที่กล่าวมาแล้ว ยังเป็นผู้คิดค้นทฤษฎีที่สำคัญคือ ทฤษฎี Free Will มีหลักการคือ ต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิด (Punishment to fit the crime) จึงเป็นเรื่องที่กฎหมายสันนิษฐานว่า ทุกคนมีความสามารถในการคิดไตร่ตรองได้เท่ากันหมด ดังนั้นเมื่อละเมิดกฎหมายทุกคนย่อมต้องรับโทษเท่ากัน แนวคิดดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับเท่าที่ควร

³¹ สหธน รัตนไพจิตร, *เพิ่งอ้าง*, น. 7-8.

³² อัจฉริยา ชูตินันท์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 26, น. 139-140.

โดยกลุ่มที่ไม่เห็นด้วยคัดค้านว่า มนุษย์ทุกคนแต่ละคนมีความสามารถรู้ผิดชอบ สติปัญญาไม่เท่ากัน เช่น เป็นเด็กหรือเยาวชน คนปัญญาอ่อน คนโรคจิต คนที่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลบางอย่าง หรือเป็นผู้กระทำความผิดเพราะความจำเป็นจึงควรได้รับการลดหย่อนผ่อนโทษ ในระยะเวลาต่อมา จึงทำให้นักอาชญาวิทยาหันหลังหันมาให้ความนิยมกับแนวคิดใหม่ที่ว่า ต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด (Punishment to fit the criminal) ซึ่งเห็นว่ามีเหมาะสมและคำนึงถึงความ เป็นจริงมากกว่า³³

ศาสตราจารย์ Herbert L. Packer แห่งมหาวิทยาลัยแสตนฟอร์ด เสนอ หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางไว้ดังนี้³⁴

1) คนส่วนใหญ่ในสังคมเห็นว่าการกระทำนั้นคุกคามหรือเป็นอันตรายร้ายแรงต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม โดยมีลักษณะเป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อความปลอดภัยของบุคคลและสังคม เช่น การฆ่าผู้อื่น การข่มขืน การใช้กำลังการประทุษร้าย การชิงทรัพย์ เป็นต้น

2) การลงโทษทางอาญาต้องทำให้การกระทำผิดนั้น ๆ ลดน้อยลง

3) การลงโทษอาญาต้องไม่ทำให้พฤติกรรมที่พึงประสงค์ของสังคมต้องลดน้อยลง

4) หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะสามารถบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ โดยต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพในการสืบหาและจับกุมผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ

5) กระบวนการยุติธรรมทางอาญาต้องมีประสิทธิภาพในการพิสูจน์ความผิดและลงโทษผู้กระทำความผิด โดยไม่ก่อให้เกิดภาระแก่การดำเนินกระบวนการจนเกินขอบเขตทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ

6) ไม่มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสมกว่าการลงโทษทางอาญา

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

³³ อัจฉริยา ชูตินันท์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26, น. 141.

³⁴ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, (Stanford, Cal : Stanford University Press, 1968), p.296.

สามารถแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นได้ และต้องไม่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเสียเอง

2.3.2.2 ปรัชญาและวัตถุประสงค์ในการลงโทษ

เมื่อมีการกระทำผิดขึ้นในสังคม สังคมจะต้องหาวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งในการจัดการกับคนที่ทำผิด ละเมิดกฎเกณฑ์ของสังคมเพราะหากสังคมไม่จัดการกับคนที่ทำผิดก็เท่ากับว่าสังคมยอมรับการกระทำผิดดังกล่าว การที่สังคมจะจัดการกับคนที่ทำผิดอย่างไรนั้นขึ้นอยู่กับความเชื่อของสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัยเกี่ยวกับสาเหตุของการกระทำผิดและเหตุผลที่จะต้องจัดการหรือปฏิบัติกับคนที่ทำผิด ซึ่งจะเปลี่ยนไปตามยุคตามสมัย ตามสถานการณ์ของแต่ละยุค โดยสังคมแต่ละยุคแต่ละสมัยจะมีจุดเน้นในวัตถุประสงค์และวิธีการที่จะปฏิบัติต่อคนที่ทำผิดหรือการลงโทษผู้กระทำผิดที่แตกต่างกันไป อย่างไรก็ตาม รองศาสตราจารย์ประธาน วัฒนวาณิชย์ ได้สรุปวัตถุประสงค์ของการลงโทษได้ดังนี้³⁵

1) การลงโทษเพื่อการแก้ไขและฟื้นฟู (Rehabilitation) มีผู้ตั้งข้อสันนิษฐานว่า กฎหมายควรใช้บังคับโดยมีความมุ่งหมายในการแก้ไขผู้กระทำผิด ถ้าสังคมนำกฎหมายไปใช้เพื่อปรับปรุงความประพฤติของผู้กระทำความผิดก็เป็นที่เชื่อได้ว่า บุคคลนั้นสมควรหรือสามารถกลับตนเป็นพลเมืองที่เคารพกฎหมายได้ หมายความว่าผู้กระทำควรมีสติปัญญา เพียงพอที่จะสามารถเปลี่ยนแปลงความประพฤติและรับการศึกษาอบรมได้ เหตุผลในการบังคับใช้กฎหมายตามวัตถุประสงค์นี้ มีลักษณะคล้ายคลึงกับการที่เราไม่ลงโทษบุคคลปัญญาอ่อนซึ่งสอบไล่ตก หรือประกอบการงานไม่ได้ ดังนั้น จึงไม่ควรลงโทษผู้กระทำความผิดซึ่งช่วยตัวเองไม่ได้

2) การเหนี่ยวรั้งบุคคล (Restraint) กฎหมายอาญามีความมุ่งหมายที่จะเหนี่ยวรั้งบุคคลมิให้ทำร้ายผู้อื่นด้วยเช่นเดียวกัน วัตถุประสงค์ในข้อนี้ไม่จำเป็นจะต้องแก้ไขผู้กระทำผิด ในขณะที่เดียวกันก็ไม่จำเป็นต้องลงโทษผู้กระทำความผิด แต่มีความมุ่งหมายจะควบคุมผู้กระทำความผิดมากกว่า

ปัญหาในเรื่องนี้ขึ้นอยู่กับการศึกษาความรับผิดชอบว่าควรจะใช้วิธีการอย่างไร จึงจะเหนี่ยวรั้งบุคคลมิให้ฝ่าฝืนกฎหมาย วิธีปฏิบัติที่นิยมกันได้แก่การนำตัวผู้กระทำผิดที่เป็นปกติไปควบคุมไว้ในเรือนจำ และผู้กระทำผิดวิกลจริตไปควบคุมไว้ในโรงพยาบาล โรคจิต และในปัจจุบันเรือนจำได้นำวิธีการแก้ไขบำบัดมาใช้มากขึ้น

3) การข่มขู่หรือยับยั้ง (Deterrence) เหตุผลสำคัญที่สุดในการบังคับใช้กฎหมายอาญา เหตุผลที่สำคัญที่สุดในการบังคับใช้กฎหมายอาญาได้แก่ การใช้กฎหมายเพื่อการยับ

³⁵ ประธาน วัฒนวาณิชย์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาญาวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายพริก, 2546), น. 51-53.

ยังมีให้บุคคลอื่นเอาเยี่ยงอย่างโดยการกระทำผิดเช่นเดียวกับผู้ที่ถูกลงโทษ กฎหมายสันนิษฐานว่า บุคคลปกติย่อมรู้กฎหมายและสันนิษฐานต่อไปโดยมีหลักฐานสนับสนุนว่า เมื่อผู้ประพฤติฝ่าฝืนกฎหมายถูกลงโทษยิ่งรุนแรงเท่าใด ก็จะมีผลในการยับยั้งหรือข่มขู่ผู้อื่นมิให้กระทำผิด ในกรณีที่บุคคลใดก็ตามจะกระทำความผิดอย่างเดียวกันหรือคล้ายคลึงกันผู้นั้นจะมีความยับยั้งเพราะได้รับบทเรียนจากตัวอย่างของผู้ที่ถูกลงโทษได้ประสบมาแล้ว

การพิจารณาความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดจะมีความสำคัญมาก และจะมีส่วนเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายให้มีผลในการยับยั้ง ถ้าสังคมใช้กฎหมายโดยเที่ยงธรรมและถูกต้อง เช่น ไม่ลงโทษบุคคลวิกลจริตเพราะจะไม่เกิดผลยับยั้งต่อบุคคลวิกลจริตอื่น หรือแม้แต่นักโทษที่ซึ่งยอมคิดว่าตนแตกต่างจากบุคคลที่ถูกลงโทษ อย่างไรก็ตาม นักวิชาการยังคงโต้เถียงกันมากกว่าการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งจะมีประสิทธิภาพเพียงใด แต่นักนิติศาสตร์บางคนเชื่อว่า ความมุ่งหมายในข้อนี้มีความสำคัญมาก

4) การเป็นสัญลักษณ์ (Symbolism) หน้าที่ของกฎหมายอาญาในข้อนี้ มีความสำคัญเช่นเดียวกันแต่มีกฎมองข้าม การบังคับใช้กฎหมายอาญาจะเป็นการยืนยันสิ่งที่สังคมยอมรับ และสิ่งที่สังคมคัดค้านหรือต่อต้าน การพิจารณาคดีในศาลจะเปรียบเสมือนเวทีในการแสดงออกของข้อเท็จจริงสำหรับการให้การศึกษาแก่พลเมืองในทุกสังคม ผลการพิจารณาคดีจะปรากฏแก่สาธารณชนด้วยระบบการสื่อสารมวลชนประเภทต่างๆ เช่น วิทยุ โทรทัศน์ หนังสือพิมพ์ เป็นต้น บุคคลที่เป็นปกติย่อมจะเรียนรู้ว่า กฎหมายเป็นสัญลักษณ์ของสังคมรวมทั้งทราบว่า จะได้รับผลร้ายจากการฝ่าฝืนกฎหมาย

5) การแก้แค้นทดแทน (Retribution) ความคิดเรื่องความยุติธรรมที่เก่าแก่ที่สุดได้แก่ การลงโทษที่ก่อให้เกิดความสมดุลหรือความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย โดยมีความเห็นว่า บุคคลชั่วร้ายควรถูกลงโทษ และผู้กระทำผิดควรได้รับการตอบแทนอย่างเหมาะสม แม้จะไม่ถึงขนาดตอบแทนอย่างเดียวกับที่ผู้นั้นกระทำก็ตาม ในปัจจุบันเหตุผลของกฎหมายอาญาในข้อนี้ ได้รับการสนับสนุนจากการศึกษาวิจัยและนักวิชาการน้อยมาก เพราะเห็นว่าไม่ได้ผลในทางปฏิบัติ แต่กฎหมายอาญาก็ยังมีความมุ่งหมายในเรื่องนี้ เพราะความต้องการแก้แค้นซึ่งมีอยู่ในจิตใจของมนุษย์ อันเป็นสามัญสำนึกในเรื่องความเป็นธรรมเป็นเรื่องปกติ โดยทั่วไป นักปรัชญากฎหมายบางคนกล่าวว่าการแก้แค้นหรือตอบแทนความผิด แม้จะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ใด แต่ก็ยังเป็นการผลัดความยุติธรรม โดยนัยนี้กฎหมายไม่เพียงแต่มีผลในทางปฏิบัติเท่านั้น ยังเป็นสัญลักษณ์ของสังคมเป็นการแสดงออกของศีลธรรมและหมายความว่า “ผู้กระทำความผิดซึ่งมีความรับผิดชอบในการกระทำของตนต้องถูกลงโทษ”

2.3.2.3 ทฤษฎีการลงโทษ

มุมมองเกี่ยวกับการลงโทษในยุคแรกๆ เป็นการมองการกระทำผิดว่าเป็นการแหกกฎหรือฝ่าฝืนกฎของสังคม (Rule-breaking) และมองไปถึงพฤติกรรมของอาชญากรรม โดยมุ่งเน้นเรื่องเจตจำนงอิสระ (Free Will) และความสามารถของบุคคลในการใช้เหตุผลที่จะตัดสินใจคำนึงผลสืบเนื่องอันเกิดจากจากพฤติกรรมของตน ความสามารถตามธรรมชาติของมนุษย์ที่มีอยู่แล้วในการที่จะตัดสินใจนี้ขึ้นอยู่กับความคาดหวังระหว่างต้นทุนและผลตอบแทน (Cost and Benefit) ที่จะได้รับจากการกระทำนั้น การทำความเข้าใจเกี่ยวกับความสามารถตามธรรมชาติของมนุษย์นี้จะนำไปสู่การพัฒนาแนวคิดในการลงโทษผู้กระทำผิด โดยทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษที่สำคัญประกอบด้วย 3 ทฤษฎีหลักได้แก่

1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory)

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) มีพื้นฐานความคิดมาจากลัทธิเจตจำนงเสรีที่เรียกว่า Free Will ลัทธินี้มีความเชื่อเป็นพื้นฐานว่า มนุษย์มีเหตุผล มีอิสระเสรีภาพที่จะคิด มีเสรีภาพที่จะกระทำการใดๆ ภายใต้ความคิดความเชื่อและการตัดสินใจของตนเอง รวมทั้งความสามารถของบุคคลในการใช้เหตุผล การกระทำสิ่งใดมนุษย์ย่อมมีเหตุผลเป็นของตนเอง ดังนั้น มนุษย์จึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเองที่ได้กระทำลงไป หากเป็นการกระทำที่ดี เขาย่อมได้รับผลตอบแทนที่ดี แต่หากเป็นการกระทำที่ไม่ดี หรือเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์ของสังคม เขาย่อมสมควรได้รับการตำหนิหรือได้รับการลงโทษจากสังคมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ การที่สังคมลงโทษเขา เพราะเหตุผลที่มาจากการกระทำของเขาเองหาใช้สิ่งอื่นใดไม่ เมื่อเขากระทำเขาย่อมสมควรถูกลงโทษ การลงโทษจึงเป็นการทดแทนการกระทำผิดของเขานั้นเอง

วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน มีดังนี้

- (1) เพื่อเป็นการตอบแทนการกระทำของผู้กระทำผิด เพราะเขาสมควรที่จะได้รับโทษเนื่องจากการกระทำผิดของเขา
- (2) เพื่อแสดงความรับผิดชอบต่อการกระทำของเขาที่ได้กระทำลงไป
- (3) เพื่อธำรงความยุติธรรมในสังคม
- (4) รักษากฎหมาย

สรุปได้ว่า วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน คือ เพื่อเป็นการทดแทนการกระทำผิดซึ่งผู้กระทำผิดได้กระทำลงไป เพราะผู้กระทำผิดสมควรจะได้รับการลงโทษ อันเนื่องมาจากการกระทำผิดของเขานั้นเอง

เหตุผลของการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน แบ่งออกเป็น 2 ประการคือ

(1) เหตุผลเพื่อความยุติธรรม

แนวคิดนี้เห็นว่า การกระทำความผิดเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักความยุติธรรม เมื่อฝ่าฝืนผู้กระทำความผิดจึงต้องถูกลงโทษ เพื่อที่จะธำรงรักษาความยุติธรรมไว้ บุคคลผู้ที่เป็นต้นคิดตามแนวคิดดังกล่าวนี้ คือ เอมมานูเอล ค้านท์ (Kant) เองเกล (Hegel) และฮอว์กินส์ (Hawkins)

(2) เหตุผลเพื่อการทดแทนความผิดตามกฎหมาย

แนวคิดนี้เห็นว่า เมื่อมีการกระทำความผิดกฎหมายเกิดขึ้น เราก็จะลงโทษผู้กระทำความผิด ด้วยเหตุเพราะเขาสมควรจะได้รับการลงโทษเนื่องจากการกระทำความผิดกฎหมาย ไม่ใช่เพื่อความยุติธรรม ทั้งนี้เพราะอาชญากรรม (Crime) และการลงโทษ (Punishment) เป็นของคู่กัน

กล่าวโดยสรุป ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน เป็นทฤษฎีที่เชื่อว่ามนุษย์มีอิสระที่จะคิด และมีอิสระที่จะกระทำ ตามลัทธิความเชื่อเรื่อง เจตจำนงอิสระ (Free Will) ดังนั้น เมื่อมนุษย์ตัดสินใจที่จะทำอะไรลงไปย่อมต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตน เมื่อกระทำผิดจึงต้องได้รับโทษตอบแทนจากการกระทำผิดนั้นอย่างสาสมกับความผิดที่ทำลงไป

2) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory)

ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Caesar Beccaria) นักอาชญาวิทยาชาวอิตาลีเขียนคนสำคัญที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นต้นกำเนิดของสำนักอาชญาวิทยาคลาสสิก ได้เขียนหนังสือชื่อ “อาชญากรรมและการลงโทษ” (Crime and Punishment) ความยาว 99 หน้า กล่าวถึงความทารุณแห่งโทษ ปี.ศ. 1764 สำนักอาชญาวิทยาคลาสสิก พัฒนาขึ้นมาจากปรัชญาพื้นฐาน 3 ปรัชญา ได้แก่ ปรัชญาสัญญาประชาคม (Social contract Philosophy) ปรัชญาลัทธิอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarian Philosophy) และปรัชญาฮีโดนิซึม (Hedonitic Philosophy)³⁶ เบ็คคาเรียให้ทัศนะว่า มนุษย์มีเจตจำนงอิสระ (Free Will) มีความเป็นอิสระ มีสิทธิที่จะเลือกกระทำการ หรือไม่กระทำการใดๆ นอกจากนี้มนุษย์ยังเป็นสัตว์โลกที่ “มีพร้อมด้วยเหตุผล” (being rational) ดังนั้น เมื่อมนุษย์ตัดสินใจทำอะไรลงไป ถือว่ามนุษย์สามารถชั่งน้ำหนักระหว่างการกระทำและผลที่ได้รับ เมื่อมนุษย์ใช้เหตุผลดีแล้ว และตัดสินใจทำลงไป มนุษย์จึงย่อมต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น เบ็คคาเรียเห็นว่าการกระทำผิดจะต้องได้รับการลงโทษให้สมกับลักษณะความผิดที่ได้กระทำลงไป

วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามแนวคิดเรื่องการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence)

³⁶ ฌ็องฌัก อูว์ซอง, “ทฤษฎีอาชญาวิทยา” ใน แนวทางการศึกษาอาชญาวิทยา กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา ฉบับสูง หน่วยที่ 5 สาขาวิชานิติศาสตร์, (นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553), น. 1-5.

การลงโทษควรมีไว้เพื่อเป็นการป้องกัน โดยการใช้นิวทริชเนอการช่มชู่ยับยั้ง (Deterrence) ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีช่มชู่ยับยั้งจึงแบ่งออกเป็น 2 ประการคือ

(1) การลงโทษเพื่อช่มชู่ยับยั้งโดยเฉพาะหรือป้องกันโดยเฉพาะ (Specific Deterrence) เป็นการลงโทษผู้กระทำผิดรายบุคคล เพื่อช่มชู่ยับยั้งมิให้เขากระทำผิดซ้ำ อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นการป้องกันโดยเฉพาะ (Specific Prevention)

(2) การลงโทษเพื่อช่มชู่ยับยั้งโดยทั่วไปหรือป้องกันโดยทั่วไป (General Deterrence) เป็นการลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อเป็นตัวอย่างให้สังคมทั่วไปเห็น เพื่อที่จะได้เกรงกลัวโทษจากการกระทำผิด และไม่คิดที่จะกระทำผิดขึ้นอีก อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นการป้องกันโดยทั่วไป (General Prevention)

เหตุผลในการลงโทษ

การลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อช่มชู่ยับยั้ง มิได้คำนึงถึงประโยชน์ แต่เฉพาะการลงโทษเพื่อช่มชู่ยับยั้งตัวผู้กระทำผิดเท่านั้น แต่ยังคำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนและสังคมโดยรวมอีกด้วย การลงโทษตามทฤษฎีนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “ทฤษฎีอรรถประโยชน์” (Utilitarian Theory) ตามแนวคิดของ จอห์น สจ๊วต มิลล์ (J.S. Mill) และ “ทฤษฎีเจตจำนงเสรี” (Free will) ทฤษฎีอรรถประโยชน์มีแนวคิดว่าการที่จะตัดสินว่าการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นเป็นการกระทำที่ถูกต้องชอบธรรมหรือไม่ จะต้องดูจากผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อสังคมโดยรวมเป็นสิ่งสำคัญ หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อสังคมโดยรวม ก็จะถือว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ดีถูกต้องชอบธรรม โดยมีหลักพิจารณาว่า “การกระทำนั้นก่อให้เกิดความสุขมากที่สุดต่อคนจำนวนมากที่สุด” หรือไม่ ถ้าใช่ ก็จะถือว่าการกระทำนั้นถูกต้องชอบธรรม

โดยทั่วไปแล้วตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันเห็นว่าการลงโทษเป็นสิ่งที่เลวร้าย แต่เป็นความจำเป็นที่จะต้องป้องกันสังคมจึงต้องมีการลงโทษ ดังนั้น หากจะมีการลงโทษก็ต้องเป็นไปเพื่อเหตุผลในการป้องกันสังคมเป็นหลัก มิใช่เพื่อแก้แค้นผู้กระทำผิด

ซีซาร์ เบ็คคาเรีย เสนอความคิดเกี่ยวกับการลงโทษเพื่อการช่มชู่ยับยั้ง ไว้ในหนังสือชื่อ “On Crimes and Punishments” ดังนี้

(1) การลงโทษมีความจำเป็น เนื่องจากมนุษย์ยังมีความเห็นแก่ตัว คนเราพร้อมที่จะฝ่าฝืนสัญญาประชาคม ถ้าหากสิ่งนั้นก่อให้เกิดประโยชน์ส่วนตัว สำหรับเบ็คคาเรียเห็นว่า มนุษย์ทุกคนสามารถมีพฤติกรรมอาชญากรได้เสมอ

(2) เมื่อเป็นดังนั้น การลงโทษจึงไม่ควรปฏิเสธต่อความเห็นแก่ตัวของมนุษย์ หากแต่ควรส่งเสริม “แรงจูงใจ” ไม่ให้ประโยชน์มองมนุษย์ถูกทำลายโดยกฎหมาย

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

ก. การข่มขู่ยับยั้งโดยเฉพาะ (Specific Deterrence) เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดรายบุคคลเพื่อข่มขู่ยับยั้งมิให้เขากระทำความผิดซ้ำ

ข. การข่มขู่ยับยั้งโดยทั่วไป (General Deterrence) เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นตัวอย่างให้สังคมทั่วไปเห็น

(4) เงื่อนไขของการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence) การข่มขู่ยับยั้ง ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขสองประการคือ

ก. การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับอาชญากรรม หมายถึง โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดจะต้องมีความเหมาะสมกับความหนักเบาของการกระทำความผิด

ข. สาธารณชนจะต้องได้รับรู้เข้าใจอย่างแน่ชัดเกี่ยวกับการลงโทษนั้น หมายถึง การลงโทษต้องทำในที่เปิดเผย ไม่ปิดบัง ควรจะต้องให้สาธารณชนรับรู้ เพื่อเกรงกลัวต่อโทษ

สรุปได้ว่า วัตถุประสงค์ของการลงโทษ คือการป้องกันผู้กระทำความผิดไม่ให้กระทำความผิดอีก เป็นการลงโทษโดยมีความมุ่งหมายที่จะให้ผู้กระทำความผิดที่ได้รับโทษไปแล้วเกิดความหยาบจำ เกรงกลัวโทษที่จะได้รับจนไม่กล้ากระทำความผิด และขณะเดียวกันผลของการลงโทษผู้กระทำความผิดคนหนึ่ง จะมีผลเป็นการยับยั้ง ป้องปราม บุคคลอื่นมิให้กระทำความผิด อันนับได้ว่าเป็นการป้องกันการกระทำความผิด

3) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitative Theory)

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitative Theory) เกิดขึ้นมาในยุคที่มีการตื่นตัวทางวิทยาศาสตร์ มีการศึกษาค้นคว้าโดยอาศัยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ ที่เรียกว่า ปฏิฐานนิยม (Positivist) ใช้วิธีการศึกษาเชิงประจักษ์ (Empirical method) ที่ได้จากการสังเกต การทดลอง นักอาชญาวิทยากลุ่มนี้ นำโดย ลอมโบรโซ (Lombroso) และ กาโรฟาโล (Garofalo) และเฟอร์ริ (Ferri) นักอาชญาวิทยาชาวอิตาลี และในฐานะผู้นำของสำนักอิตาลี (Italian School) ที่เห็นว่าการศึกษารื่องอาชญากรรมและการกระทำความผิด ควรใช้วิธีการทางวิทยาศาสตร์มาใช้ในการศึกษา โดยมุ่งเน้นการศึกษาเป็นรายบุคคล เพื่อค้นหาสาเหตุแห่งอาชญากรรม และนำผลที่ได้มาใช้ในการแก้ไขการกระทำความผิด รวมทั้งควรปรับปรุงวิธีการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด³⁷

การลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู มีวัตถุประสงค์ดังนี้

³⁷ ฉัตรวิวัฒน์ สุทธิโยธิน, ทฤษฎีการลงโทษ, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, 2553), น. 3-4.

- (1) มุ่งที่จะศึกษาทำความเข้าใจสาเหตุแห่งการกระทำผิด โดยเน้นตัวบุคคล ผู้กระทำผิด และสภาพแวดล้อม
- (2) เพื่อที่จะหาทางแก้ไขผู้กระทำผิด มากกว่าที่จะลงโทษ
- (3) การทำให้ผู้กระทำผิดกลับไปสู่สังคมของตนเองได้ และมีชีวิตร่วมกับบุคคลอื่นในสังคมอย่างเป็นปกติสุข

สรุปได้ว่า การลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู มีวัตถุประสงค์ที่แท้จริงคือ เพื่อเป็นการฟื้นฟูแก้ไขตัวผู้กระทำผิด ให้กลับตัวเป็นคนดี และมีให้กระทำผิดซ้ำ รวมทั้งการพยายามทำให้ผู้กระทำผิดสามารถกลับเข้าสู่สังคมของตนเอง สามารถใช้ชีวิตร่วมกับบุคคลอื่นๆ ในสังคม ได้อย่างเป็นปกติสุข

2.3.2.4 สัดส่วนของการลงโทษ

มาตรการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิด ต้องพิจารณาว่าอัตราโทษแต่ละฐานความผิดได้สัดส่วนหรือไม่อย่างไร เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการสองประการ คือ ความได้สัดส่วนในการลงโทษ และหลักการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละบุคคล อนึ่ง การลงโทษทางอาญาใดๆ ก็ตามเป็นการกระทำที่รุนแรงต่อคนหนึ่งหรือหลายคน โทษทางอาญาจึงต้องเปิดเผย ทำเท่าที่จำเป็นและใช้วิธีที่รุนแรงน้อยที่สุด การพิจารณาว่าโทษที่ผู้กระทำความผิดกระทำได้รับนั้น ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดหรือไม่ พิจารณาจาก

- 1) ความรุนแรงของการกระทำความผิด หมายถึง ให้ศาลพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดที่รุนแรงหรือไม่เพียงใด
 - 2) การเปรียบเทียบกับคดีอื่น หมายถึง ให้ศาลพิจารณากำหนดโทษเปรียบเทียบกับคดีอื่นว่าในคดีอื่นมีความรุนแรงกว่าคดีที่ตัดสินศาลลงโทษรุนแรงเพียงใด ศาลควรจะลงโทษไม่เกินกว่าคดีที่เคยตัดสิน
 - 3) การเปรียบเทียบกับศาลอื่น หมายถึง ให้ศาลพิจารณาว่าในคดีแบบเดียวกันในศาลอื่นมีการลงโทษเพียงใด โดยศาลควรลงโทษใกล้เคียงกับที่ศาลอื่นลงโทษในคดีลักษณะเดียวกัน
- อย่างไรก็ตาม นอกจากต้องพิจารณาการลงโทษตามหลักการของความได้สัดส่วนดังที่กล่าวมาแล้ว จะต้องพิจารณาความเสียหายต่อสังคมกับขนาดของบทลงโทษประกอบกันด้วย อาชญากรที่สร้างความเสียหายต่อสังคมมากต้องรับโทษหนักกว่า ส่วนอาชญากรที่สร้าง

ความเสียหายต่อสังคมน้อยกว่าก็ควรรับโทษน้อยกว่า ซึ่งหลักการดังกล่าวได้นำไปสู่การกำหนดโทษที่ชอบธรรมในการลงโทษผู้กระทำความผิด³⁸

2.3.3 แนวคิดในการบัญญัติความผิดและโทษทางอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศ

ความผิดเกี่ยวกับเพศ หมายถึง การกระทำผิดกฎหมายที่ผู้กระทำความผิดกระทำทางเพศต่อผู้อื่น โดยผู้กระทำความผิดอาจกระทำตามลำพัง หรือรวมกันเป็นกลุ่มเล็ก ๆ กระทำความผิดต่อชายหรือหญิงก็ตาม โดยผู้ถูกกระทำนั้นไม่ได้เต็มใจ ได้แก่ ข่มขืนกระทำชำเราหรือลักษณะโทรมหญิงกระทำชำเราเด็กหญิง กระทำอนาจาร เป็นธุระจัดหาเด็กหญิงหรือหญิงเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่น พาหญิงไปเพื่ออนาจาร ดำรงชีพจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณีและค้าหรือทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือ สิ่งของลามก

อาชญากรรมทางเพศ ถือเป็นภัยร้ายแรงที่คุกคามความเป็นอยู่และการดำรงชีวิตของบุคคล ดังนั้นกฎหมายจึงให้ความสำคัญและบัญญัติให้การกระทำในลักษณะต่างๆ เป็นความผิดและมีโทษตามความหนักเบาของลักษณะการทำความผิด ทั้งนี้เพื่อความปลอดภัยและความสงบสุขของสังคม

หลักกฎหมายอาญา “ไม่มีความผิด และไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (nullum crimen, nulla poena sine lege) อันเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” หรือ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” (Legality Principle) เป็นหลักที่สำคัญยิ่ง เป็นหัวใจของกฎหมายอาญาซึ่งผู้ใช้อำนาจรัฐทุกฝ่ายจะต้องถูกผูกมัดโดยหลักนี้³⁹ เป็นหลักที่มีเนื้อหาแสดงถึงขอบเขตของอำนาจรัฐที่มีต่อประชาชนในรัฐ ทั้งนี้เนื่องจากโทษทางอาญามีผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชน กฎหมายอาญาจึงต้องมีลักษณะพิเศษหรือมีเอกลักษณ์ของตนเอง⁴⁰ หลักนี้กล่าวถึงลักษณะสำคัญของกฎหมายอาญาไว้ 4 ประการดังนี้

³⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และปกป้อง ศรีสนิท, “โครงการศึกษาวิจัยการศึกษาเพื่อพัฒนาการแนวทางการลงโทษหลักการลงโทษที่ได้สัดส่วนกรณีคดียาเสพติดให้โทษ,” (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น. 12.

³⁹ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น. 250.

⁴⁰ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดจิวรัชการพิมพ์, 2549), น. 13.

- 1) กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน (Precision Principle)
 - 2) ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล (Non-activity of Custom)
 - 3) ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล (Strict Interpretation and Prohibition of Analogy)
 - 4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง (Non-retroactivity Principle)
- หลัก nullum crimen, nulla poena sine lege (No crime nor punishment without law) หรือ Legality Principle ได้แพร่หลายออกไปทั่วโลก และในปัจจุบันได้รับการยอมรับเป็นหลักสากล

2.3.3.1 การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศ

การบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศฐานต่าง ๆ จำเป็นต้องมีสิ่งทีกฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายแฝงอยู่ไม่ว่าจะเป็นฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือฐานกระทำอนาจารก็ตาม โดยกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองมิให้มีความเสียหายเกิดขึ้นทั้งต่อสังคมส่วนร่วมและคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้ที่จะได้รับความเสียหายหรือผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นการคุ้มครองส่วนตัว การศึกษาถึงคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราจะทำให้เกิดความเข้าใจในการตีความและวินิจฉัยความผิดเพิ่มมากขึ้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่สร้างความเสียหายอย่างร้ายแรงที่สุดต่อผู้ถูกกระทำ เนื่องจากการกระทำที่มีการข่มขืนใจและกระทำชำเราประกอบกัน การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แบ่งออกได้เป็น 2 ฐาน คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และมาตรา 277 ซึ่งมีคุณธรรมทางกฎหมาย ดังนี้

(1) มาตรา 276 การข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

สังคมไทยมีค่านิยมว่า การกระทำชำเราเป็นสิ่งที่น่าละอายต้องกระทำในที่มืดซิด ไม่สมควรที่จะกระทำอย่างเปิดเผยในสถานที่สาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการล่วงประเวณี ในปัจจุบันสังคมไทยก็ยังคงมีค่านิยมว่า ผู้หญิงที่ผ่านการร่วมประเวณีมาแล้วไม่ว่าจะโดยสมัครใจหรือไม่ก็ตาม จะทำให้คุณค่ารวมถึงความยอมรับนับถือในสังคมของหญิงนั้นลดลง ประกอบกับในปัจจุบันการทำกิจกรรมทางเพศ โดยไม่มีการป้องกันอาจทำให้เกิดการติดโรคทางเพศสัมพันธ์ ซึ่งนอกจากจะสร้างความเสียหายต่อสังคมแล้วยังอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายของหญิงนั้นได้ สิ่งเหล่านี้เป็นปัจจัยที่บุคคลต้องนำมาพิจารณาในการที่จะตัดสินใจยินยอมให้ผู้ใดมากระทำการทางเพศกับตน เนื่องจากบุคคลนั้นอาจต้องยอมรับผลร้ายที่อาจจะเกิดขึ้นตามมา ดังนั้น จึงเป็นการ

สมควรที่กฎหมายจะต้องคุ้มครองให้บุคคลทุกคนในสังคมมีเสรีภาพที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนได้เอง ดังนั้นคุณธรรมทางกฎหมายในความคิดฐานนี้ จึงเป็นเรื่องของเสรีภาพทางเพศ⁴¹ เสรีภาพในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง ปทัสถานมีอยู่ว่ามนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพในการตัดสินใจว่าจะประกอบกิจในทางามคุณกับใครหรือด้วยวิธีการใดก็ได้ มนุษย์จึงไม่สมควรที่จะทำให้มนุษย์ด้วยกันต้องเสียเสรีภาพในการตัดสินใจดังกล่าว คุณธรรมทางกฎหมายในความคิดตามมาตรานี้ จึงเป็นเสรีภาพในการตัดสินใจประกอบกิจตามคุณ ดังนั้นเมื่อผู้ป่วยตกลงปลงใจร่วมประเวณีกับแพทย์เอง เสรีภาพในการตัดสินใจประกอบกิจตามคุณ ไม่ถูกทำลาย จึงไม่ใช่ความคิดฐานนี้ ในขณะที่หากแพทย์หลอกว่าตนเป็นนายก.แฟนหนุ่มของผู้ป่วย ผู้ป่วยจึงร่วมประเวณีด้วย จะเห็นได้ว่าผู้ป่วยตัดสินใจจะร่วมประเวณีเฉพาะกับแฟนของตนเท่านั้น ไม่ได้ตัดสินใจจะร่วมประเวณีกับแพทย์ด้วย เมื่อแพทย์มาหลอกเช่นนั้นย่อมเป็นการฝ่าฝืนต่อเสรีภาพในการตัดสินใจดังกล่าว จึงเป็นความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

(2) มาตรา 277 การกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี

การถือเอาอายุ 15 ปี เป็นเกณฑ์ในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศคงเกี่ยวเนื่องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งแต่เดิมหญิงอายุ 15 ปี ก็สามารถสมรสได้ คือให้ความยินยอมทางเพศได้แล้วนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาความคิดฐานนี้ในสถานการณ์ปัจจุบันกฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองความไร้เดียงสาของเด็ก มิให้ต้องมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันควร เนื่องจากเด็กยังอยู่ในวัยเจริญเติบโตทั้งทางร่างกายและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น จิตใจสติปัญญา และอารมณ์ซึ่งการกระทำชำเราเด็กก่อนวัยและเวลาอันสมควรอาจขัดขวางพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ ของเด็กได้ ประกอบกับเด็กยังอยู่ในช่วงที่ต้องเข้ารับการศึกษาหาความรู้ไม่ควรหมกมุ่นอยู่กับเรื่องเพศ หากเด็กเกิดการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ขึ้นจะทำให้เด็กเสียโอกาสทางการศึกษาและอาจเกิดภาระในการเลี้ยงดูบุตร เนื่องจากเด็กยังไม่สามารถที่จะเลี้ยงดูตัวเองได้ยังต้องอยู่ในความดูแลและการอุปการะเลี้ยงดูของบิดามารดา นอกจากนั้นกฎหมายยังไม่ต้องการให้ผู้ใดอาศัยประโยชน์จากความไร้เดียงสาของเด็ก ซึ่งอาจจะยังไม่รู้จักหรือเข้าใจเกี่ยวกับการกระทำชำเรามาเป็นช่องทางในการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กอีกด้วย

เนื่องจากสังคมไทยมีค่านิยมว่าผู้หญิงที่ผ่านการร่วมประเวณีมาแล้วจะถูกลดค่ามองว่าสูญเสียความบริสุทธิ์ในทางเพศแล้ว ผู้หญิงก่อนแต่งงานจะต้องยังไม่สูญเสียความบริสุทธิ์หรือพรหมจรรย์ให้กับชายอื่นนอกจากผู้ที่จะเป็นสามีของตนในอนาคต หากหญิงผู้นั้นสูญเสียความบริสุทธิ์ไปแล้ว ก็จะถูกสังคมมองว่าเป็นผู้ที่มีมลทินติดตัว แม้แต่ตัวหญิงเองก็รู้สึก

⁴¹ คณิต ฌ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 39*, น. 421.

ตนมีตราบาปติดตัวไปจนตลอดชีวิต ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้การร่วมประเวณีที่หญิง ผู้ถูกกระทำมิได้ให้ความยินยอมเป็นความผิด เนื่องจากผู้กระทำความผิดได้ทำให้หญิงผู้นั้นต้องสูญเสียความบริสุทธิ์ไปโดยไม่ยินยอม ทำให้หญิงอาจถูกสังคมรังเกียจและมีตราบาปติดตัวไปตลอดชีวิต ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานนี้คือความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็กหญิง⁴²

2.3.3.2 การบังคับใช้เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความผิดเกี่ยวกับเพศ

มาตรา 89 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้ว่า “ถ้ามีเหตุส่วนตัวอันควรยกเว้นโทษ ลดโทษหรือเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดคนใด จะนำเหตุนั้นไปใช้แก่ผู้กระทำความผิดคนอื่นในการกระทำความผิดนั้นด้วยไม่ได้ แต่ถ้าเหตุอันควรยกเว้นโทษ ลดโทษหรือเพิ่มโทษเป็นเหตุในลักษณะคดี จึงให้ใช้แก่ผู้กระทำความผิดในการกระทำความผิดนั้นด้วยกันทุกคน”

มีข้อสังเกตเกี่ยวกับมาตรา 89 นี้ โดยมาตราดังกล่าวนี้ใช้คำว่า “เหตุส่วนตัว” ซึ่ง ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฅ นคร ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า คำว่า “เหตุส่วนตัว” นั้น สื่อไม่ชัดเจนพอ จึงใช้คำเสียใหม่ว่า “เหตุเฉพาะตัว”⁴³

เหตุตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 285 นี้ เป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว (Personliche Strafscharfungsgrund) และข้อเท็จจริงในมาตรา 285 นี้ก็คือเนื้อหาของบทบัญญัติมาตรา 89 ตอนต้นที่ว่า “ถ้ามีเหตุส่วนตัวอันควรยกเว้นโทษ ลดโทษหรือเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดคนใด จะนำเหตุนั้นไปใช้แก่ผู้กระทำความผิดคนอื่นในการกระทำความผิดนั้นด้วยไม่ได้” นั่นเอง ดังนั้นการลงโทษผู้กระทำความผิดทางเพศให้หนักขึ้นตามมาตรา 285 เป็นเรื่องเฉพาะตัว กรณีดังกล่าวจึงเป็นเรื่อง “เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว” ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา วิธีการบังคับใช้เหตุเพิ่มโทษดังกล่าวเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดจึงขึ้นอยู่กับกรณีของการมีอยู่ของเหตุดังกล่าวนั้น ฉะนั้น แม้ผู้กระทำความผิดจะไม่รู้ข้อเท็จจริงส่วนนี้ก็ลงโทษผู้กระทำความผิดได้ และโดยที่เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว เป็นกฎหมายอาญาสารบัญญัติ ฉะนั้นหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย ย่อมไม่ใช้กับกรณีของเหตุดังกล่าวด้วย นั่นหมายความว่า หากมีความไม่ชัดเจนเพียงพอในการมีอยู่ของเหตุดังกล่าวนั้น จะนำเอาการเพิ่มโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 285 นี้ มาบังคับแก่ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศมิได้

⁴² คณิต ฅ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น. 423.

⁴³ คณิต ฅ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22*, น. 112.

2.3.4 แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาตามหลักนิติเศรษฐศาสตร์

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

นิติเศรษฐศาสตร์ เป็นศาสตร์ที่ว่าด้วยการศึกษาประเด็นสำคัญทางกฎหมาย ทฤษฎีทางกฎหมาย การตีความกฎหมาย การออกแบบกฎหมาย การประเมินคุณค่าของกฎหมาย และผลกระทบของกฎหมายต่อพฤติกรรมของตัวละครที่เกี่ยวข้องและสังคม โดยใช้ระเบียบวิธีหรือวิธีวิทยา (Methodology) ทางเศรษฐศาสตร์นีโอคลาสสิก (Neoclassical Economics) เป็นกรอบและเครื่องมือมาตรฐานในการวิเคราะห์ โดยให้ความสำคัญกับมิติด้าน “ประสิทธิภาพ” (Efficiency) ของกฎหมาย ระบบกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรม มีเป้าหมายเพื่อบรรลุสวัสดิการสังคม (Social Welfare) สูงสุด โดยมองว่า กฎหมายเป็นปัจจัยเชิงสถาบัน (Institutional Factor) ซึ่งส่งผลในการกำกับพฤติกรรมของประชาชนทั่วไป รวมถึงผู้บังคับใช้กฎหมาย องค์กร และรัฐบาล กฎหมายในมุมมองนิติเศรษฐศาสตร์ จึงเป็นเครื่องมือในการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของคนในสังคมไปสู่แนวทางที่สังคมพึงปรารถนา และป้องปรามยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนาของสังคมผ่านบทลงโทษทางกฎหมาย ทั้งการลงโทษที่เป็นตัวเงิน เช่น โทษปรับหรือโทษริบทรัพย์สิน และการลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น โทษจำคุกหรือโทษประหารชีวิต⁴⁴

สำหรับความเป็นมาของหลักนิติเศรษฐศาสตร์นั้น เริ่มขึ้นก่อนหน้าทศวรรษ 1960 การศึกษาในยุคแรกเริ่มนั้น เป็นการนำระเบียบวิธีทางเศรษฐศาสตร์มาวิเคราะห์ประเด็นกฎหมายในวงจำกัด เฉพาะสาขากฎหมายเศรษฐกิจ กฎหมายธุรกิจ เนื่องจากมีความเชื่อมโยงกับคำถามทางเศรษฐศาสตร์โดยตรงเท่านั้น เช่น การนำหลักเศรษฐศาสตร์มาอธิบายกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือการแข่งขันทางการค้า กฎหมายหุ้นส่วนบริษัท กฎหมายภาษีอากร กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายสัญญา เป็นต้น ส่วนบทความทางวิชาการที่มีบทบาทสำคัญต่อการศึกษากฎหมายอาญาในมุมมองนิติเศรษฐศาสตร์คือ บทความชื่อ Crime and Punishment An Economic Approach ที่เขียนโดย Gary Becker ซึ่งเขาได้ศึกษาภายใต้สมมุติฐานที่ว่า มนุษย์เป็นสัตว์เศรษฐกิจ มีเหตุมีผลในตัวเอง ตอบสนองต่อสิ่งจูงใจ อาชญากรก็เช่นกัน ก็มีเหตุมีผลในการกระทำความผิด กล่าวคือ บุคคลจะตัดสินใจกระทำความผิด เมื่อได้มีการประเมินหรือชั่งน้ำหนักระหว่างต้นทุนที่ใช้

⁴⁴ ปกป้อง จันวิทย์, “ความรู้เบื้องต้นว่าด้วยนิติเศรษฐศาสตร์,” เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่อง การวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์. (สถาบันรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2557), น. 1-2.

ในการกระทำความคิดและผลประโยชน์ที่ได้จากการกระทำความคิด โดยทั้งต้นทุนที่ใช้ในการกระทำความคิด และผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความคิดอยู่บนพื้นฐานของความไม่แน่นอน นั่นคือ อาจจะไม่สามารถกระทำความคิดสำเร็จ อาจจะถูกจับกุมดำเนินคดี หรืออาจจะกระทำความคิดสำเร็จ และอาจไม่ถูกจับกุมก็เป็นได้ ดังนั้น ต้นทุนที่ใช้ในการกระทำความคิดจึงมีลักษณะเป็น “ต้นทุนคาดคะเน (Expects Costs) และผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความคิดจึงมีลักษณะเป็นผลประโยชน์คาดคะเน (Expected Benefits)⁴⁵

ในทางนิติเศรษฐศาสตร์ ต้นทุนคาดคะเน (Expected Coats) มีมูลค่าเท่ากับอัตราโทษปรับหรือโทษจำคุกคูณกับโอกาสที่จะถูกจับกุม ส่วนผลประโยชน์คาดคะเน (Expected Benefits) มีมูลค่าเท่ากับมูลค่าทรัพย์สินคูณกับโอกาสหรือความน่าจะเป็น (Probability) ที่จะกระทำความคิดสำเร็จ⁴⁶ ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ ต้นทุนคาดคะเนจะประกอบไปด้วย อาวุธที่ใช้เพื่อเข้าไปลักทรัพย์ โอกาสที่จะถูกจับกุมดำเนินคดี บทลงโทษที่จะได้รับ เป็นต้น ขณะที่ผลประโยชน์คาดคะเน จะประกอบไปด้วยทรัพย์สินที่ได้มาจากการลักทรัพย์ หรือสามารถนำทรัพย์สินนั้นไปขายต่อในตลาดมืด เป็นต้น

เมื่อมีการเปรียบเทียบกันระหว่างต้นทุนคาดคะเนและผลประโยชน์คาดคะเน เมื่อใดก็ตามที่ผลประโยชน์คาดคะเนสูงกว่าต้นทุนคาดคะเน บุคคลนั้นจะตัดสินใจกระทำความคิด เพราะคุ้มค่าที่จะเสี่ยง ในทางตรงกันข้าม หากประเมินแล้วพบว่า ต้นทุนคาดคะเนสูงกว่าผลประโยชน์คาดคะเน ก็จะล้มเลิกความตั้งใจที่จะกระทำความคิดเพราะไม่คุ้มค่า ตัวอย่างเช่น ในความผิดฐานลักทรัพย์ หากมีผู้ที่กำลังจะลักทรัพย์ในบ้านของผู้เสียหาย จะต้องมีการประเมินเสียก่อนว่าโอกาสลักทรัพย์สำเร็จเป็นเท่าใด จะได้ทรัพย์สินมาจำนวนมากหรือไม่ โอกาสที่จะถูกจับกุมมีมากน้อยเพียงใด และหากถูกจับกุมจะได้รับโทษเพียงใด เป็นต้น เมื่อคิดอย่างมีเหตุมีผลแล้วและพบว่าโอกาสถูกจับกุมดำเนินคดีมีสูง โอกาสในการได้รับบทลงโทษที่หนักมีสูงกว่าโอกาสที่จะได้ผลประโยชน์จากการกระทำความคิด ก็จะล้มเลิกความคิด ในทางตรงกันข้าม หากประเมินแล้วว่าโอกาสที่จะกระทำความคิดสำเร็จมีสูง โอกาสถูกดำเนินคดีมีต่ำ แม้ได้รับโทษก็เป็นอัตราที่ไม่สูง ก็จะยอมเสี่ยงกระทำความคิด

แม้หากตัดสินใจแล้วว่า จะลักทรัพย์ในบ้านของผู้เสียหาย หากยังมีได้ตัดสินใจว่าจะลงมือลักทรัพย์ในบ้านหลังใด ผู้ที่คิดจะกระทำความคิดก็ต้องประเมินว่าจะลักทรัพย์บ้านหลังใด

⁴⁵ Steven D. Levitt and Thomas J. Miles, “Empirical study of criminal punishment,” *Handbook of Law and Economic*, Volume 1, Elsevier, p.458, (2007).

⁴⁶ ชญาณี เลียบทวี, “มาตรการกำหนดโทษอาญาตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น. 58.

โดยจะประเมินถึงปัจจัยต่างๆ เช่น โอกาสในการถูกจับกุม โอกาสในการลักทรัพย์สำเร็จ จากเอกสารการวิจัยจำนวนมากมีความเห็นที่สอดคล้องว่า อาชญากรที่ยังไม่เป็นมืออาชีพมากนัก เลือกว่าจะเข้าไปลักทรัพย์บ้านหลังเล็กมากกว่าเข้าไปลักทรัพย์ในคฤหาสน์ เพราะแม้ในคฤหาสน์มี ทรัพย์สินจำนวนมาก แต่ผู้กระทำความผิดก็ต้องเผชิญกับระบบรักษาความปลอดภัยที่เข้มงวด เช่น เจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัย สัญญาณกันขโมย กล้องโทรทัศน์วงจรปิด โอกาสที่จะไม่สามารถลักทรัพย์ได้มีสูง โอกาสที่จะถูกจับกุมดำเนินคดีก็มีสูงกว่าบ้านขนาดเล็ก ที่แม้ทรัพย์สิน ไม่มาก แต่อาจไม่มีระบบรักษาความปลอดภัยใดๆ เลย โอกาสพลาดจากการกระทำความผิดแทบจะ ไม่มีและโอกาสการถูกจับกุมดำเนินคดีก็มีน้อยตามไปด้วย ซึ่งก็เป็นการคิดแบบมีเหตุมีผล⁴⁷

กล่าวโดยสรุป ในทางนิติเศรษฐศาสตร์ บุคคลจะตัดสินใจกระทำความผิด หากประเมินว่าผลประโยชน์คาดหวัง (Expects Benefits) ของการกระทำความผิดสูงกว่าต้นทุน คาดคะเน (Expected Costs) ของการกระทำความผิด ระบบการลงโทษที่เหมาะสมจึงต้องสามารถ ป้องปรามการกระทำความผิด โดยมีเป้าหมายเพื่อเพิ่มต้นทุนคาดคะเนของการกระทำความผิด และ ลดประโยชน์คาดคะเนของการกระทำความผิดได้แก่

1. การเพิ่มบทลงโทษให้สูงขึ้น ยกตัวอย่างเช่น การเพิ่มโทษปรับให้สูงขึ้น หรือเพิ่ม โทษจำคุกให้สูงขึ้น หรือแม้กระทั่งเพิ่มโทษถึงขั้นประหารชีวิต กรณีที่เป็นความผิดที่มีความร้ายแรง มาก
2. การเพิ่มโอกาสการจับกุมให้มากขึ้น ยกตัวอย่างเช่น การเพิ่มกำลังเจ้าหน้าที่ตำรวจ ในการกวาดค้นมากขึ้น ติดตั้งกล้องวงจรปิดเพิ่มขึ้น หรือใช้เทคโนโลยีขั้นสูง เพื่อติดตามคนร้าย เป็น ต้น

นอกจากนี้ ในมุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์ แม้โทษจำคุกจะมีศักยภาพในด้านการ ป้องปราม ช่มชู้ ยับยั้ง การกระทำความผิด แต่ก็มีต้นทุนต่อสังคม เพราะต้องใช้ทรัพยากรของสังคม สูง อีกทั้งยังมีค่าใช้จ่ายอื่นๆ เช่น การสร้างเรือนจำ การจ้างบุคลากรเพื่อดูแลงานด้านนี้ การบริหารจัดการ การรักษาระบบความปลอดภัย การอบรมวิชาชีพ ค่าอาหารแก่ผู้ต้องขังในเรือนจำ ฯลฯ ขณะที่ผู้ต้องขังอยู่ในเรือนจำก็จะไม่สามารถแสดงศักยภาพที่ตนมีอยู่ดีว่าเป็นการแยกนักโทษ ออกจากตลาดแรงงาน ทำให้ขาดรายได้ รวมไปถึงขาดโอกาสในการประกอบอาชีพ และตั้งต้นชีวิต ใหม่ภายหลังพ้นโทษแล้ว เพราะมีตราบาปติดตัว อีกทั้งหากผู้กระทำความผิดเป็นหัวหน้าครอบครัว ก็จะทำให้สมาชิกในครอบครัวได้รับความลำบาก อันเป็นการส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่โดยรวม ตามมา

⁴⁷ ชญาณี เลียบทวิ, เพิ่งอ้าง, น. 59.

ในทางนิติเศรษฐศาสตร์ เป็นที่ยอมรับว่า การที่นักโทษที่เพิ่งพ้นโทษจำคุกมาจะมีรายได้น้อยต่ำกว่าเดิมมาก ส่งผลให้ผู้กระทำความผิดที่เพิ่งพ้นโทษมีโอกาสตัดสินใจก่ออาชญากรรมซ้ำ เนื่องจากต้นทุนค่าเสียหายของการประกอบอาชญากรรมอยู่ในระดับต่ำ ด้วยเหตุที่กล่าวมาข้างต้นนี้เอง แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์จึงสนับสนุนให้ลงโทษเป็นตัวเงินคือค่าปรับมากกว่าโทษจำคุก โทษจำคุกจึงควรมีสถานะเพียงการป้องปรามเสริมหลังจากการใช้โทษปรับอย่างเต็มที่ถึงที่สุดแล้วเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้โทษจำคุกจะดูเสมือนว่าไม่มีความคุ้มค่าในเชิงนิติเศรษฐศาสตร์เมื่อเปรียบเทียบกับโทษปรับ แต่โทษจำคุกก็ยังคงมีความสำคัญ เพราะยังคงมีศักยภาพในการป้องปรามการก่ออาชญากรรมอย่างที่ลงโทษด้วยค่าปรับมีอาจทดแทนได้โดยสมบูรณ์ สำหรับบุคคลที่มีฐานะทางเศรษฐกิจสูงมาก การถูกลงโทษเพียงการปรับอาจไม่ส่งผลป้องปรามพฤติกรรมการกระทำ ความผิดกฎหมายของคนเหล่านี้ เช่น ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา เคยลงโทษปรับเป็นมูลค่า 5,000 ดอลลาร์ และจำคุกเป็นเวลา 18 เดือน กับผู้สื่อข่าวซึ่งเป็นผู้มีความสามารถทางการเงินที่จะชำระค่าปรับในจำนวนที่สูงกว่านั้นได้ แต่ศาลก็ใช้โทษจำคุก เหตุผลที่อยู่เบื้องหลังก็คือ ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาที่ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศ รัฐจำเป็นต้องใช้ต้นทุนในการติดตาม ค้นหาพยานหลักฐานเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษสูงกว่าความผิดปกติทั่วไป ดังนั้น ค่าปรับเพียงโทษปรับจึงยังไม่เพียงพอที่จะมาใช้กับจำเลยในคดีนี้⁴⁸

2.4 ทฤษฎีเกี่ยวกับเหยื่ออาชญากรรม

รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ให้ความหมายของเหยื่ออาชญากรรมไว้ว่า หมายถึง “บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการก่ออาชญากรรมของผู้กระทำความผิด ไม่ว่าจะได้รับความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน รวมทั้งเสรีภาพหรือสิทธิอื่นใด” โดยสามารถแบ่งประเภทของเหยื่ออาชญากรรมได้ 7 ประเภทดังต่อไปนี้⁴⁹

- 1) เหยื่อที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรม เหยื่อประเภทนี้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรม เป็นเพียงผู้รับเคราะห์จากอาชญากรรมเท่านั้น
- 2) ผู้เป็นเหยื่อของตนเอง หมายถึง ตนเองคืออาชญากรรม หรือเรียกการกระทำของเหยื่อแบบนี้ว่า อาชญากรรมที่ปราศจากเหยื่อ เช่น โสเภณี นักการพนัน คนติดยาเสพติด เป็นต้น

⁴⁸ ปกป้อง ศรีสนิท, “การวิเคราะห์โทษอาญาด้วยหลักนิติเศรษฐศาสตร์,” วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 3, ปีที่ 39, น. 521, (กันยายน 2553).

⁴⁹ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), น. 90.

3) เชื่อที่กระตุ้นให้เกิดอาชญากรรม เชื่อประเภทนี้ มักทำการบางสิ่งบางอย่างเป็นที่ชัดเจน
ใจอาชญากร การกระทำดังกล่าวเป็นตัวกระตุ้นทำให้อาชญากรทำร้ายเหยื่อ

4) เชื่อที่จงใจให้เกิดอาชญากรรม เช่น การเดินในที่เปลี่ยวตามลำพัง ทำให้อาจถูกชิงทรัพย์หรือกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศได้

5) เชื่อที่มีความอ่อนแอทางชีวภาพ เช่น คนแก่ เด็ก ผู้หญิง คนเจ็บป่วยทางจิต เชื่อถือว่าเป็นบุคคลที่มีความอ่อนแอทางชีวภาพ แม้จะไม่เกี่ยวข้องกับอาชญากรก็ตาม แต่นับว่าง่ายต่อการตกเป็นเหยื่อของอาชญากร

6) เชื่อที่มีความอ่อนแอทางสังคม เป็นบุคคลที่ไม่อยู่ในฐานะเท่าเทียมกับบุคคลอื่นในสังคม และอยู่ในฐานะที่ถูกเอารัดเอาเปรียบจากอาชญากรเมื่อใดก็ได้

7) เชื่อการเมือง เป็นบุคคลที่ถูกฝ่ายที่มีอำนาจทางการเมือง เจาะจงว่า เป็นผู้ที่กระทำความผิดหรือเป็นอาชญากร โดยอาศัยกฎหมายอาญาที่มีอยู่เป็นหลักในการกล่าวหา

นอกจากนี้ เฮนติก (Hen von Hwntig)⁵⁰ ได้แบ่งเชื่ออาชญากรรมออกเป็น 13 ประเภท ได้แก่ ผู้เยาว์ ผู้หญิง บุคคลสูงอายุ ผู้เป็นโรคจิต คนต่างด้าว คนกลุ่มน้อย พวกโง่ทึม พวกที่มีแนวโน้มไปทางต่ำ พวกโลกมาก พวกเสเพล พวกเปล่าเปลี่ยวและอกหัก พวกอยู่ในฐานะถูกทรมาณ และพวกถูกตัดโอกาส

2.5 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดเหตุกรรจ์ในความผิดอาญา

“เหตุกรรจ์” เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นหรือเพิ่มขึ้น เนื่องจากมิใช่การกระทำอย่างธรรมดาสามัญ แต่เป็นการกระทำความผิดที่มีความร้ายแรงมากขึ้น โดยประกอบด้วยพฤติการณ์และข้อเท็จจริงต่างๆ หรือลักษณะที่ร้ายแรง หรือกรรจ์ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการกระทำไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดโดยมีเจตนาร้ายแรงเป็นพิเศษ หรือมีความองอาจเก่งกล้าอย่างแรงกล้าโดยขาดความเหลียวแลต่อประชาชนส่วนรวม หรือได้กระทำความผิดโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ของส่วนรวม ถ้าพฤติการณ์หรือลักษณะของการกระทำผิดมีผลกระทบต่อประชาชนเพียงใด การกำหนดโทษก็จะสูงตามไปด้วย⁵¹ จะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันแม้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะส่งเสริมการลงโทษแบบฟื้นฟูผู้กระทำความผิด เพื่อให้ผู้กระทำความผิดกลับใจเป็นคนดี แต่สิ่งที่ปฏิเสธไม่ได้คืออาชญากรรมในปัจจุบันนับวันจะยิ่งทวีความรุนแรงขึ้นเรื่อยๆ การบัญญัติเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามพฤติการณ์จึงเป็น

⁵⁰ อัจฉริยา ชูตินันท์, เพิ่งอ้าง, น. 90.

⁵¹ ทวีพร คงแก้ว, “เหตุกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย,” (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณະนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), น. 20.

สิ่งจำเป็น อีกทั้งความรู้สึกของคนในสังคมก็ยังคงต้องการให้อาชญากรได้รับผลร้ายจากการกระทำ ความผิด โดยจะต้องได้รับโทษหนักพอกับความร้ายแรงที่ผู้กระทำได้ก่อ กฎหมายจึงมีอาชญากรรมที่ วัตถุประสงค์ในการแก้แค้นทดแทน หรือข่มขู่เพื่อป้องกันอาชญากรรมได้ แต่ทั้งนี้จะต้องใช้ มาตรการต่างๆ ควบคู่กันไปอย่างเหมาะสม

2.5.1 ปัจจัยในการกำหนดเหตุลดโทษ

การกำหนดเหตุลดโทษตามประมวลกฎหมายไทยในความผิดฐานต่างๆ มีปัจจัยหลาย ประการที่นำมาพิจารณา ซึ่งปัจจัยเหล่านี้ล้วนเป็นเหตุอันมีลักษณะพฤติการณ์ที่มีความร้ายแรงของ การกระทำ โดยอาจแบ่งปัจจัยในการกำหนดเหตุลดโทษได้ดังนี้

(1) ความชั่วร้ายของจิตใจ (Willenstrafrecht) เป็นการกำหนดโทษโดยคำนึงจิตใจ ของผู้กระทำ หากผู้กระทำมีเจตนาที่ชั่วร้าย หรือมีจิตใจที่ชั่วร้ายมากกว่าปกติ

(2) ตัวผู้กระทำความผิด โดยดูจากบทบาทของผู้กระทำความผิด ซึ่งหากผู้กระทำ ความผิดนั้นมีบทบาทที่สำคัญ เช่น เป็นหัวหน้า เป็นผู้จัดการ ในการกระทำความผิด ก็จะได้รับ โทษหนักขึ้น หรือพิจารณาจากการกระทำโดยดูจากลักษณะของการกระทำว่ามีความร้ายแรงกว่า ปกติหรือมีลักษณะของการกระทำที่ออกอาจหรือไม่ หรือกระทำโดยโหดร้ายทารุณ กระทำโดยมี อาวุธหรือวัตถุระเบิด กระทำโดยได้ตรงไว้ก่อน ข่มขืนโดยมีลักษณะเป็นการรวมโทรม เป็นต้น

(3) ตัวผู้ถูกระทำความผิด หรือตัวทรัพย์สินที่ถูกกระทำความผิด โดยถ้าผู้ถูกระทำ ความผิดนั้นเป็นผู้ที่อ่อนแอ หรือไร้ความสามารถที่จะป้องกันหรือต่อสู้กับผู้กระทำความผิดได้ หรือ ผู้กระทำความผิดอาศัยความอ่อนแอของเหยื่อในความสะดวกที่จะกระทำความผิด หรือพิจารณาจาก ความสำคัญของทรัพย์สินที่ถูกกระทำ

(4) ความสัมพันธ์ของผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกระทำความผิด ได้แก่ ความสัมพันธ์ ในฐานะที่ผู้ถูกระทำความผิดเป็นบุพการี นายจ้าง ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ใน ความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล กระทำอาศัยความไว้นิ่งเชื่อใจ โดยอาศัยความใกล้ชิดสนิทสนม หรืออาศัยอำนาจของผู้กระทำที่มี ต่อผู้ถูกระทำ

(5) เหตุฉงใจหรือจุดมุ่งหมายในการก่อให้เกิดการกระทำความผิด เป็นเรื่องทางจิตใจ ของผู้กระทำ เช่น ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ถ้าการกระทำความผิดเป็นการเตรียมการ หรือเพื่อปกปิดความผิด หรือเพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นจากความผิด

(6) ลักษณะของการกระทำความผิด ซึ่งวิธีการหรือลักษณะการกระทำความผิด บางอย่างอาจแสดงถึงความรุนแรง เช่น การกระทำความผิดโดยมีอาวุธ หรือโดยการใช้กำลัง

ประทุษร้าย หรือโดยร่วมกระทำความผิดกันหลายคน หรือก่อให้เกิดความสะดวกในการกระทำความผิด เช่น การกระทำความผิดโดยใช้ความเป็นมืออาชีพ หรือโดยการไตร่ตรองไว้ก่อน

(7) สถานที่ เพราะบางสถานที่เป็นสถานที่สำคัญ หรือเป็นสาธารณสถาน เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ในสถานที่บูชาสาธารณะ หรือสถานีรถไฟ ท่าอากาศยาน ที่จอดรถ หรือเรือสาธารณะ สถานที่ราชการ เป็นต้น

(8) โอกาสในการกระทำความผิด เพราะโอกาสนั้นถือว่าเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อการกระทำความผิด อันจะทำให้เป็นการกระทำความผิดสามารถทำได้สะดวกขึ้น หรือมีความสำเร็จมากขึ้น เช่น ลักทรัพย์ในเวลากลางคืน หรือเนื่องจากผู้เสียหายขาดความระมัดระวังหรืออาศัยโอกาสที่ประชาชนกำลังตื่นกลัวภัยอันตรายทั้งยังเป็นการซ้ำเติมความทุกข์ผู้ถูกกระทำ

นอกจากนี้นักกฎหมายไทยได้เสนอแนวความคิดเกี่ยวกับปัจจัยในการกำหนดเหตุผลกรรจ์ ได้แก่

แนวความคิดที่หนึ่ง ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้แบ่งเหตุผลกรรจ์ออกเป็น 2 ประเภท คือ

- 1) เหตุผลกรรจ์ที่เกี่ยวเนื่องกับลักษณะของการกระทำ
- 2) เหตุผลกรรจ์ที่เป็นจุดมุ่งหมายของอาชญากรรม

เหตุผลกรรจ์ที่เกี่ยวเนื่องกับลักษณะของการกระทำเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับ “ความยึดถือในทางศีลธรรมของมนุษย์” จึงมีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงภายในเกี่ยวกับผู้กระทำความผิด กรณีจึงเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายใน เช่น เหตุผลกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น โดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามมาตรา 289 (4) เป็นการฆ่าภายหลังที่ผู้กระทำ ชั่งน้ำหนักผลได้ผลเสียในการที่จะฆ่าบุคคลอื่น และได้ตัดสินใจไปในทางฆ่าและได้ฆ่าตามที่ตัดสินใจ หรือเหตุผลกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยกระทำทารุณโหดร้าย ตามมาตรา 289 (5) เป็นการฆ่าโดยวิธีโหดร้ายกว่าปกติ ทำให้ผู้ถูกฆ่าได้รับความเจ็บปวด ทุกข์ทรมาน จนถึงแก่ความตายด้วยความยากลำบาก เป็นต้น เหตุผลกรรจ์ที่เป็นจุดมุ่งหมายของอาชญากรรม เช่น เหตุผลกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นเพื่อเตรียมการเพื่อความสะดวกในการที่จะกระทำความผิดอย่างอื่น เพื่อปกปิดความผิดของตน เพื่อจะเอาหรือเอาไว้ซึ่งประโยชน์อันเกิดแต่การที่ตนได้กระทำความผิดอย่างอื่น หรือเพื่อหลีกหนีภัยให้พ้นอาญาในความผิดอื่นที่ตนได้กระทำไว้ ตามมาตรา 289 (6)(7) เป็นต้น⁵²

⁵²คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 100.

แนวความคิดที่สอง อาจารย์เสริม วินิจฉัยกุล ได้แบ่งเหตุการณ์ออกไว้เป็น 4 ประเภทคือ⁵³

- 1) เหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องด้วยลักษณะของผู้กระทำ
- 2) เหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องด้วยเจตนาของผู้กระทำ
- 3) เหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องด้วยวิธีการกระทำ
- 4) เหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องด้วยมูลเหตุจูงใจ

จึงอาจสรุปได้ว่า “เหตุการณ์” หมายถึง พฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงประกอบการกระทำ ความผิดอันเป็นมูลเหตุทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น โดยอาศัยปัจจัยต่างๆ เช่น การกระทำ ผู้กระทำ ผู้ถูกกระทำ เจตนา มูลเหตุจูงใจ เป็นต้น การที่กฎหมายกำหนดให้เหตุต่างๆ เช่นนี้เป็นเหตุการณ์ก็เพื่อแก้แค้นทดแทน และเพื่อเป็นการข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรม

หลักเกณฑ์ในการกำหนดเหตุการณ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มีอยู่ 2 ประการ ได้แก่ หลักคำนึงถึงจิต และหลักคำนึงถึงผล

2.5.1.1 หลักคำนึงถึงจิตใจ

หลักคำนึงถึงจิตใจ มีแนวความคิดในการกำหนดโทษผู้กระทำความผิดให้หนักขึ้น โดย พิจารณาจากความชั่วร้ายของจิตใจผู้กระทำกล่าวคือ แม้ว่าการกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันแต่การกำหนดโทษตามกฎหมายอาจมีความแตกต่างกัน ซึ่งขึ้นอยู่กับจิตใจของผู้กระทำว่ามีเจตนาให้ เกิดผลร้ายแรงหรือไม่เพียงใด⁵⁴ ยกตัวอย่างเช่น ถ้าผู้กระทำใช้กำลังทำร้ายผู้อื่น ผู้กระทำมีความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่น โดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 391 ซึ่งผู้กระทำต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ⁵⁵ แต่ถ้าผู้กระทำมีเจตนาต่อสู้หรือขัดขวางเจ้าพนักงานหรือผู้ต้องช่วยเจ้าพนักงานตามกฎหมายในการปฏิบัติการตามหน้าที่แล้ว ผู้กระทำมีความผิดฐานต่อสู้ขัดขวางเจ้าพนักงานตามมาตรา 138 ซึ่งผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ⁵⁶

⁵³ เสริม วินิจฉัยกุล, กฎหมายอาญาภาคปลาย, คำสอนชั้นปริญญาตรี, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2482), น. 100.

⁵⁴ เสริม วินิจฉัยกุล, เพิ่งอ้าง, น. 101.

⁵⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 21, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2551), น. 633.

⁵⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, เพิ่งอ้าง, น. 284.

จากกรณีตัวอย่างเห็นได้ว่า การกระทำความผิดในลักษณะทำร้ายผู้อื่น เหมือนกัน แต่ผู้กระทำต้องได้รับโทษตามกฎหมายแตกต่างกันกล่าวคือ การทำร้ายเจ้าพนักงานหรือผู้ต้องช่วย เจ้าพนักงานตามกฎหมายในการปฏิบัติกรตามหน้าที่นั้น เป็นการขัดขวางการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐในการทำหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยให้กับสังคม ซึ่งผู้กระทำที่ขัดขวางการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่นั้น แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำมีความชั่วร้ายในจิตใจมากกว่าการทำร้ายบุคคลทั่วไป ในขณะที่การทำร้ายบุคคลทั่วไปที่ไม่ถึงกับอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจมีความเสียหายเกิดขึ้นเช่นเดียวกัน เพียงแต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมีผลกระทบเฉพาะตัวบุคคลที่ไม่รุนแรงมากนัก ทั้งนี้ หากนำตัวอย่างทั้งสองกรณีมาเปรียบเทียบระดับความรุนแรงที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมแล้ว คงต้องถือว่าการทำร้ายบุคคลทั่วไปที่ไม่ถึงกับอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจมีความรุนแรงน้อยกว่า ดังนั้น การทำร้ายเจ้าพนักงานหรือผู้ต้องช่วยเจ้าพนักงานตามกฎหมายในการปฏิบัติกรตามหน้าที่จึงมีระวางโทษตามกฎหมายที่สูงกว่าการทำร้ายบุคคลทั่วไป

2.5.1.2 หลักค้ำึงถึงผล

หลักค้ำึงถึงผลมีพื้นฐานมาจากแนวความคิดในเรื่องการตอบแทนแก้แค้น ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น กล่าวคือ ถ้าผลที่เกิดจากการกระทำมีความร้ายแรงมาก การกำหนดโทษก็จะมากขึ้นตามส่วนของผลที่เกิดจากการกระทำ นอกจากนี้ ยังจะเห็นได้อีกว่าการพยายามกระทำความผิดมีการกำหนดโทษที่เบาว่าการกระทำความผิดสำเร็จ⁵⁷ ตัวอย่างเช่น มาตรา 277 ตรี ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคสาม หรือ มาตรา 277 วรรคสี่ เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต⁵⁸

2.5.2 ประเภทของเหตุฉกรรจ์

เหตุฉกรรจ์ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ เหตุฉกรรจ์ในเจตนาตามมาตรา 62 วรรคท้าย และเหตุฉกรรจ์ในผลตามมาตรา 63

⁵⁷ หยุด แสงอุทัย, “การกำหนดโทษสำหรับความผิดในประมวลกฎหมายอาญา,” ตุลพาห เล่ม 7, ปีที่ 8, น. 931-935, (สิงหาคม 2503).

⁵⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 55, น. 407.

2.5.2.1 เหตุผลกรรจ์ในเจตนา

เหตุผลกรรจ์ในเจตนา มีบทบัญญัติอยู่ในมาตรา 62 วรรคท้าย ซึ่งบัญญัติว่า บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น⁵⁹

ความหมายของเหตุผลกรรจ์ในเจตนาคือพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงประกอบการกระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำได้ได้รับโทษหนักขึ้น นอกจากนั้นพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงดังกล่าวถือว่าเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนั้น โดยการนำข้อเท็จจริงเช่นนี้มาใช้ลงโทษผู้กระทำให้หนักขึ้นก็ต่อเมื่อผู้กระทำได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น ในทางกลับกันถ้าผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดของเหตุผลกรรจ์แล้ว ผู้กระทำผิดก็ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นและจะถือว่ามีเจตนาในการกระทำความผิดของเหตุผลกรรจ์นั้นมิได้⁶⁰ ในการกำหนดเหตุผลกรรจ์ในเจตนา มีอยู่ 3 กรณี ได้แก่

- 1) เจื่อนใจที่พิจารณาจากตัวผู้กระทำความผิด
- 2) เจื่อนใจที่พิจารณาจากผู้ถูกกระทำความผิด
- 3) เจื่อนใจที่พิจารณาจากรูปแบบ หรือวิธีในการกระทำความผิด

1) เจื่อนใจที่พิจารณาจากตัวผู้กระทำความผิด

ตัวอย่างเช่น ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นหัวหน้า ผู้จัดการหรือผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในคณะบุคคลนั้น ผู้กระทำความผิดฐานเป็นหัวหน้า ผู้จัดการหรือผู้มีตำแหน่งหน้าที่ตามมาตรา 209 วรรคสอง ซึ่งผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีและปรับไม่เกินสองหมื่นบาท ซึ่งถือว่ามีโทษสูงกว่า ความผิดฐานเป็นอั้งยี่ตามมาตรา 209 วรรคแรก ซึ่งผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีและปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท เป็นต้น⁶¹

2) เจื่อนใจที่พิจารณาจากตัวผู้ถูกกระทำ

ตัวอย่างเช่น การข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 วรรคสาม ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท ซึ่งถือว่ามีโทษสูงกว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบุคคลตามมาตรา 276 ซึ่งผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท⁶² เป็นต้น

3) เจื่อนใจที่พิจารณาจากรูปแบบหรือวิธีในการกระทำความผิด

⁵⁹ เพิ่งอ้าง, น. 141.

⁶⁰ วีระวัฒน์ ปวราจารย์, รวมคำบรรยายภาค 1 สมัยที่ 63 เล่มที่ 15, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553), น. 246.

⁶¹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 55, น. 343.

⁶² เพิ่งอ้าง, น. 404.

ตัวอย่างเช่น การต่อสู้ขัดขวางเจ้าพนักงาน โดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ตามมาตรา 140 วรรคสาม ผู้กระทำได้ระวางโทษหนักกว่าโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้วรรคก่อนถึงหนึ่ง ซึ่งถือว่ามีโทษสูงกว่าความผิดฐานต่อสู้ขัดขวางเจ้าพนักงานตามมาตรา 138 ซึ่งผู้กระทำได้ระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ⁶³ เป็นต้น

2.5.2.2 เหตุผลกรรจ์ในผล

ความหมายของเหตุกรรจ์ในผลคือ การกระทำที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผลของการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นกับตัวผู้ถูกระทำ ซึ่งลักษณะของเหตุกรรจ์ในผลนี้ ต้องเป็นผลธรรมดาตามประมวลกฎหมายอาญาในมาตรา 63 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าผลของการกระทำความผิดใดทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้น ผลของการกระทำความผิดนั้นต้องเป็นผลที่ตามธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้”

2.5.3 ความรับผิดทางอาญาในเหตุกรรจ์

การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในเหตุกรรจ์ของผู้กระทำ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาเหตุกรรจ์ในเจตนา และการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาเหตุกรรจ์ในผล เหตุกรรจ์ในเจตนาปรากฏอยู่ในมาตรา 62 วรรคท้าย คือ บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้น โดยอาศัยข้อเท็จจริงใดบุคคลจะต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้น โดยความสำคัญของการวินิจฉัยเหตุกรรจ์ในเจตนาอยู่ที่ผู้กระทำได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนั้น ๆ ตามมาตรา 59 วรรคสาม และกระทำโดยประสงค์ต่อผลของการกระทำของตนหรือมิฉะนั้นต้องเล็งเห็นผลของการกระทำของตนตามมาตรา 59 วรรคสอง นอกจากนี้ผู้กระทำยังต้องรู้ข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำได้ได้รับโทษหนักขึ้นด้วย อันเป็นหลักการเดียวกับมาตรา 59 วรรคสาม คือ รู้เท่าใดมีเจตนาเท่านั้น ตัวอย่างเช่น แดงต้องการจะยิงดำซึ่งเป็นศัตรู เนื่องจากเป็นเวลากลางคืน แดงเห็นขาวซึ่งเป็นบิดาของตนเดินมา แดงสำคัญผิดว่าเป็นดำ แดงใช้ปืนยิงขาวตาย ความรับผิดของแดง คือแดงมีเจตนาฆ่าคน เพราะแดงรู้ว่าเป็นการฆ่าผู้อื่น และแดงประสงค์ต่อผล เพราะแดงใช้ปืนยิงไปที่อวัยวะสำคัญของคนคนนั้น เพราะฉะนั้น ถือได้ว่าแดงมีเจตนาฆ่าคนที่ถูกยิงเป็นเจตนาฆ่าประเภทประสงค์ต่อผล แดงมีเจตนาฆ่าคนที่ถูกยิง เป็นเจตนาฆ่าประเภทประสงค์ต่อผล แดงจะยก เอาความสำคัญผิดในตัวบุคคลมาเป็นข้อแก้ตัวว่าไม่มีเจตนาหาได้ไม่ ตามมาตรา 61 คือผู้ใดเจตนา กระทำต่อบุคคลหนึ่ง แต่ได้กระทำต่อบุคคลหนึ่งโดยสำคัญผิด ผู้นั้นจะยกเอาความสำคัญผิดเป็นข้อแก้ตัวว่าไม่ได้เจตนาหาได้ไม่

⁶³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 55, น. 343.

2.6 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดเหตุการณ์ ในการกระทำความผิดทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา

ความผิดเกี่ยวกับเพศ บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 276 ถึง มาตรา 287/2 โดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ของการกระทำความผิดทางเพศ ปรากฏอยู่ในมาตรา 285 ดังที่ผู้ศึกษาจะกล่าวดังต่อไปนี้

2.6.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา 276

ก่อนปี 2550 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 บัญญัติไว้ว่า "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน โดยขู่เชิญประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกสี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกสิบห้าถึงยี่สิบปี ปรับตั้งแต่สามหมื่นถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต"

ต่อมาภายหลังปี พ.ศ. 2550 ได้มีการแก้บทบัญญัติของมาตรา 276 จึงมีว่า

"ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดย การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง หรือกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้น ยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤตินั้นการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา

ต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการ ให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้"

ในการแก้ไขบทบัญญัติของมาตรา 276 ดังที่กล่าวมานี้ สถาบันบัญญัติแห่งชาติให้เหตุผลหลักของการแก้ไขว่า เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเรื่องการขจัดความแตกต่างของเพศ และความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และเมื่อเปรียบเทียบกฎหมายมาตรา 276 ดังกล่าว ระหว่างก่อนแก้ไขและหลังการแก้ไขสรุปได้ดังนี้

(1) กระทำชำเราตามมาตรา 276 เดิม หมายถึง จะต้องมีการร่วมเพศและสอดใส่ อวัยวะเพศ โดยอวัยวะเพศชายจะต้องล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิงเท่านั้น ส่วนกระทำชำเราตามมาตรา 276 แก้ไขใหม่ หมายถึง รวมการใช้วัตถุ สิ่งของอื่นแทนการใช้อวัยวะเพศชายในการข่มขืน ต่อไปความคิดฐานอนาจารก็อาจนำมาบังคับใช้ได้เพราะการกระทำอย่างใดๆ ก็สามารถอยู่ภายใต้ความหมายของกระทำชำเราได้ทั้งสิ้น เป็นการใช้กฎหมายอาญาในลักษณะหว่านแห ผิดต่อหลักการของการใช้กฎหมายอาญาเป็นอย่างมาก

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

(3) คำว่า "กระทำชำเรา" ตามมาตรา 276 เดิม หมายถึง การเอาอวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน ส่วน"กระทำชำเรา" ตามมาตรา 276 แก้ไขใหม่ ไม่จำเป็นต้องมีการล่วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศก็ได้ เพราะมาตรา 276 วรรคสองได้ใช้คำว่า "กระทำกับ" ดังนั้นหากชายใช้อวัยวะเพศของตนอยู่ปากช่องคลอดด้านนอกยังไม่ทันได้ล่วงล้ำเข้าไปก็เป็นการกระทำชำเราอันเป็นความผิดสำเร็จแล้ว ซึ่งตามกฎหมายเดิมเป็นเพียงการกระทำความผิดเพียงฐานพยายามกระทำชำเราเท่านั้น ดังนั้น เมื่อถือว่าเป็นความผิดสำเร็จ การที่ชายไม่กระทำชำเราต่อไป เพื่อให้สำเร็จความใคร่ก็ไม่ใช่การยับยั้งตามมาตรา 82 เพราะเมื่อเป็นความผิดสำเร็จแล้วก็ไม่มีการยับยั้งตามมาตรา 82 ได้เลย⁶⁴

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

(5) ประเด็นที่เพิ่มขึ้นจากบทบัญญัติของมาตรา 276 เดิม ซึ่ง ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ แต่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 276 แก้ไขใหม่ ก็กรณีที่เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้น ยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้

⁶⁴ อัจฉริยา ชูตินันท์, คำอธิบายกฎหมายอาญากฎความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556), น. 342.

เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้ ซึ่งมีประเด็นปัญหาว่า พนักงานอัยการคงต้องอาศัยมาตรา 1516 (6) เรื่องการเป็นปรปักษ์ต่อการเป็นสามีภรรยาอย่างร้ายแรงเพื่อฟ้องหย่า และเมื่อฟ้องหย่าแล้วก็ต้องมีการแบ่งสินสมรสซึ่งคงจะเป็นจุดอ่อนและกระเทือนต่อสถาบันครอบครัว และหากครอบครัวนั้นมีบุตรก็ต้องมีปัญหาเรื่องการเลี้ยงดูบุตรให้ศาลต้องวินิจฉัยตามมา อีกทั้งโดยปกติการฟ้องหย่าเป็นเรื่องทางแพ่ง ไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการ เนื่องจากพนักงานอัยการคือทนายของแผ่นดินที่มีหน้าที่ดำเนินคดีอาญาเพื่อความสุขสงบของประชาชนในบ้านเมืองโดยรวม ไม่ใช่ของเอกชนคนใดคนหนึ่ง ดังนั้นการที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติเช่นนี้ เท่ากับเป็นการผลักดันพนักงานอัยการให้ต้องทำคดีแพ่งให้แก่เอกชนด้วยหรือไม่

2.6.2 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277

มาตรา 277 ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำ ความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโหมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป

องค์ประกอบของความผิดที่แตกต่างไปจากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 คือ

(1) ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีโชภรรยาหรือสามีของผู้กระทำความผิด อายุของผู้เสียหายตามมาตรานี้ จะน้อยกว่าอายุที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276

(2) ความยินยอม ของเด็กที่ถูกกระทำตามมาตรานี้ไม่มีผลทางกฎหมายแม้การชำร่วนั้นเด็กได้สมัครใจหรือยินยอมให้กระทำชำเราก็คือเป็นความผิด สาเหตุเพราะกฎหมายเห็นว่าไม่ควรให้ผู้กระทำความผิดอ้างความยินยอมของเด็กที่มีอายุระหว่าง 13-15 นี้ เป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุบรรเทาโทษ เพื่อหาประโยชน์จากเด็กอีกต่อไป เพราะเด็กวัยนี้ส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาทางร่างกายจิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรม และประสบการณ์ไม่เพียงพอ

องค์ประกอบภายใน ของความผิดคือ เจตนา กล่าวคือ ผู้กระทำต้องรู้ว่าเด็กนั้นอายุมากกว่า 13 แต่ยังไม่เกิน 15 ปี มีโชภรรยาหรือสามีของตน และผู้กระทำการกระทำชำเรานั้น องค์ประกอบอื่นนอกจากนี้คล้ายกันกับมาตรา 276

วรรคสองเป็นคำจำกัดความของการกระทำชำเรา ว่าหมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

วรรคสาม เป็นบทเพิ่มโทษ โดยมีอายุของผู้ถูกกระทำมาเป็นองค์ประกอบของความผิดกล่าวคือ หากกระทำต่อเด็กที่อายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษสูงขึ้น

วรรคสี่ เป็นบทเพิ่มโทษ โดยมีลักษณะของการกระทำเป็นองค์ประกอบความผิดกรณีมีลักษณะเป็นการ โทรมเด็กหญิงหรือเด็กชาย และเด็กนั้น ไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยอาวุธ ต้องระวางโทษเพิ่มขึ้น

วรรคห้า เป็นบทยกเว้นโทษ หากการกระทำดังกล่าว ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กที่มีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ

กล่าวโดยสรุป องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติของความผิดฐานนี้คือ การที่บุคคลกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีโชภรรยาของตน โดยเจตนากระทำชำเราเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปี

การคุ้มครองเด็กที่อายุยังไม่เกินสิบห้าปีเป็นพิเศษเป็นแนวคิดใหม่ โดยฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่า ไม่ควรให้ผู้กระทำความผิดอ้างความยินยอมของเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษ เพราะเด็กอายุนานี้ส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรมและประสบการณ์ไม่

เพียงพอ⁶⁵ ฉะนั้นความยินยอมของเด็กหญิงอายุระหว่างนี้จึงไม่เป็นข้อสำคัญกล่าวคือ แม้เด็กจะยินยอมก็เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของเด็กหญิงเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จึงต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุเด็ก อย่างไรก็ตาม เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาคดีหนึ่งวินิจฉัยว่า การที่จำเลยไม่รู้จักผู้เสียหายมาก่อนก็ไม่มีข้อห้ามที่ไม่ให้จำเลยอ้างความสำคัญผิดมาเป็นข้อแก้ตัว⁶⁶ อย่างไรก็ตาม ศ.ดร. คณิต ฌ นคร ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาดังกล่าว โดยให้ความเห็นว่า คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ วินิจฉัยผิดหลักเกณฑ์ เพราะมาตรา 62 เป็นเรื่องสำคัญในความผิดกฎหมาย⁶⁷

2.6.3 บทเพิ่มโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 277 ทวิ

ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 277 วรรคหนึ่งหรือวรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำ

- (1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต
- (2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

2.6.4 ความผิดฐาน กระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีตามมาตรา 277 ตี

ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคสาม หรือมาตรา 277 วรรคสี่ เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำ

- (1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต
- (2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต

2.6.5 ความผิดฐานอนาจารเด็กอายุกว่า 15 ปี ตามมาตรา 278

ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁶⁵ เหตุผลที่ประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับพิเศษ) เล่ม 104 ตอนที่ 173 วันที่ 1 กันยายน 2530. หน้า 12.

⁶⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5176/2538 (สงเสริม), น.1.

⁶⁷ คณิต ฌ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 39, น. 425.

2.6.6 ความผิดฐานอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 279

ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

2.6.7 บทเพิ่มโทษในความผิดฐานอนาจารเด็ก ตามมาตรา 280

ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 278 หรือมาตรา 279 เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต

2.6.8 ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ตามมาตรา 282

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไป เพื่อการอนาจาร ซึ่งชายหรือหญิง แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสามแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี

2.6.9 ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจาร โดยหลอกลวงขู่เข็ญ

ตามมาตรา 283

มาตรา 283 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไป เพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง โดยใช้อุบายหลอกลวงขู่เข็ญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี”

องค์ประกอบภายนอก (วรรคแรก) (1) ผู้ใด (2) เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไป โดยใช้อุบายหลอกลวง ขู่เข็ญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ซึ่งชายหรือหญิง

องค์ประกอบภายใน ได้แก่ (1) เจตนา (2) เจตนาพิเศษ เพื่อการอนาจาร และ เพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น

เหตุคูณร้งตามวรรคสอง คือ การกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคลที่มีอายุเกิน 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี

เหตุคูณร้งตามวรรคสามคือ การกระทำความผิดตามวรรคแรก เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี

2.6.10 การกำหนดเหตุคูณร้งในการกระทำความผิดทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 285

เมื่อเกิดความผิดเกี่ยวกับเพศขึ้นในครอบครัวหรือบุคคลใกล้ชิด อยู่ในความดูแลกฎหมายจึงได้บัญญัติบทลงโทษที่หนักขึ้นกว่าการที่ผู้กระทำความผิดนั้นก่อความผิดกับบุคคลอื่นๆ ในสังคมไทยมองว่าบุคคลที่อยู่ใกล้ชิดกันหรืออยู่ในความดูแล เช่น ลูก หลาน เหลน หรือลูกศิษย์

และผู้ที่อยู่ในความปกครองนั้น สังคมมองว่าบุคคลเหล่านี้เป็นเหมือนพี่น้องกัน วัฒนธรรมไทยแต่เดิมก็เป็นครอบครัวขยาย มีขนาดใหญ่ ลูกหลานมีมากมาย และมีความสนิทสนมรักใคร่กันดี แม้กระทั่งสมาชิกในหมู่บ้าน หรือตำบล ก็นับถือกันเป็นญาติ เป็นครอบครัวเดียวกัน ทำให้เกิดความไว้วางใจกันมาก แต่เมื่อเกิดความผิดขึ้นกับบุคคลซึ่งเป็นผู้ใกล้ชิด ผู้กระทำความผิดจึงควรได้รับการลงโทษที่หนักกว่าบุคคลอื่นๆ ที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกันกระทำความผิด

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

จากบทบัญญัติดังกล่าว แยกเป็นองค์ประกอบภายนอกได้ดังนี้

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

(2) เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลและผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้ที่อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล

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

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย⁶⁸ อธิบายว่า ผู้สืบสันดานคือบุตรหลาน เหลน ลื้อ ที่ชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ไม่รวมถึง บุตรบุญธรรมเพราะเจตนาของบทบัญญัติของกฎหมายมาตรานี้ ซึ่งเป็นบทลงโทษเพื่อลงโทษบุพการีที่กระทำต่อบุตรซึ่งเป็นบุตรของตนตามความเป็นจริงเท่านั้น เพราะการกระทำนี้ถือเป็นการทำลายศีลธรรมอย่างร้ายแรง สอดคล้องกับความเห็นของ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์⁶⁹ อธิบายว่า ในกรณีตามมาตรา 285 นี้ การตีความให้

⁶⁸ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 179.

⁶⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด, 2536), น. 964.

รวมถึงผู้ที่ไม่ใช่ผู้สืบสันดาน โดยชอบด้วยกฎหมายจะมีผลเป็นการตีความในทางเป็นผลร้ายแก่จำนวนในคดีอาญามากขึ้นไม่ชอบด้วยหลักการตีความ ถ้าพิเคราะห์ประกอบข้อความตอนที่ว่าด้วยความปกครองของความพิทักษ์ ความอนุบาล ก็น่าจะเข้าใจว่าเป็นกรณีเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์กันตามกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 303/2497 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1526/2497 ยังให้ความหมายของคำว่าผู้สืบสันดาน หมายถึงผู้สืบสันดานตามความจริง “บุตรนอกกฎหมาย” เป็นผู้สืบสันดานตามกฎหมายมาตราดังกล่าว และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 956/2504 คำว่าผู้สืบสันดาน ตามความมาตรา 71 หมายถึง ผู้สืบสันดานตามธรรมชาติ จำนวนเป็น “บุตรบุญธรรม” ไม่ใช่ผู้สืบสันดานตามกฎหมายมาตราดังกล่าว

ศิษย์ที่อยู่ในความดูแล ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย⁷⁰ อธิบายว่าหมายถึง ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของผู้กระทำ คือไม่ใช่ผู้กระทำเป็นแต่เพียงเป็นครุมีหน้าที่สอนเฉยๆ ต้องมีหน้าที่ดูแลด้วย เช่น ดูแลนักเรียนกินนอน ส่วนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศกัณฑ์⁷¹ อธิบายว่า ความดูแลไม่ได้หมายความถึงการสอน แต่หมายความถึงการควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์ เช่นครูบาอาจารย์ที่ศิษย์กินนอนอยู่ด้วย ไม่ใช่ครูสอนแต่เพียงตามชั่วโมงของตารางสอน ขณะที่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2693/2516 มีคำวินิจฉัยว่า จำนวนเป็นครูสอนเด็กหญิงและเป็นครูใหญ่ด้วย เด็กหญิงมาเรียนหนังสือในตอนเช้าตามปกติและกลับบ้านเมื่อเลิกเรียนแล้ว การควบคุมดูแลปกป้องเด็กหญิงนั้นย่อมอยู่กับจำนวนตลอดระยะเวลาที่โรงเรียนเปิดทำการสอนอยู่ตามปกติ เมื่อจำนวนกระทำอนาจารแก่เด็กหญิงในระหว่างที่โรงเรียนเปิดทำการสอนอยู่ตามปกติ ย่อมถือได้ว่าจำนวนได้กระทำแก่ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลตามความหมายของมาตรา 285

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1759/2526 “จำนวนเป็นครูสอนวิชาพลศึกษาในโรงเรียน ซึ่งผู้เสียหายเป็นนักเรียนอยู่ จำนวนกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายขณะจำนวนทำหน้าที่สอนความรู้วิชาพลศึกษาของผู้เสียหาย ถือได้ว่าผู้เสียหายเป็นศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำนวนตามความในมาตรา 285”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1189/2531 จำนวนเป็นครูสอนวิชาคณิตศาสตร์ในสายชั้นเรียนให้แก่ผู้เสียหาย ในขณะที่เกิดเหตุผู้เสียหายจึงเป็นศิษย์อยู่ในความดูแลของจำนวนทั้งต้องเชื่อฟังจำนวนด้วย เมื่อจำนวนข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายในขณะนั้นจำนวนจึงต้องมีความผิดตามมาตรา 277 ประกอบมาตรา 285 สังเกตได้ว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1637/2500 วินิจฉัยว่า จำนวนเป็นครูสอนวิชาไม่ได้รับเลี้ยงดูนักเรียน ไม่ใช่ครูอาจารย์ตามมาตรา 247 กฎหมายลักษณะอาญา เหตุที่ศาลฎีกาวินิจฉัยดังกล่าวก็เพราะกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 247 ใช้คำว่า ครูอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกกระทำ

⁷⁰ หยุด แสงอุทัย , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 68, น. 179.

⁷¹ จิตติ ดิงศกัณฑ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 68, น. 965.

ร้ายไว้ ต่างกับมาตรา 285 ใช้คำว่า ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ดังนั้น ครูอาจารย์ที่สอนเพียงตามชั่วโมงของตารางสอน ถ้ากระทำต่อศิษย์ในขณะนั้น ก็เป็นความผิดตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1189/2531

คำพิพากษาฎีกาที่ 2353/2538 จำเลยไม่เคยสอนในชั้นที่ผู้เสียหายเรียน จำเลยสอนเด็กเล็ก ทั้งจำเลยมิได้เป็นครูใหญ่ ซึ่งโดยหน้าที่แล้วมีหน้าที่ดูแลรับผิดชอบนักเรียนทั้งโรงเรียน หรือเป็นครูเวร หรือได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่ดูแลผู้เสียหายในขณะเกิดเหตุ จึงฟังไม่ได้ว่าผู้เสียหายเป็นศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลยอันจะเป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285

คำพิพากษาฎีกาที่ 9704/2539 ขณะเกิดเหตุจำเลยรับราชการครูอยู่โรงเรียนเกาะแก้วพิทยาสรรค์ มีหน้าที่สอนวิชาพลศึกษาเฉพาะนักเรียนชายของโรงเรียนแห่งนั้นเท่านั้น จำเลยไม่มีหน้าที่สอนวิชาพลศึกษาให้แก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นนักเรียนหญิงแต่อย่างใด เมื่อจำเลยไม่มีหน้าที่สอนผู้เสียหาย ผู้เสียหายก็มีไม่ใช่ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลย และ โดยหน้าที่ของจำเลย ผู้เสียหายก็ไม่ได้เป็นผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการของจำเลย จึงลงโทษจำเลยให้หนักขึ้นตามมาตรา 285 ไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 7986/2540 ความหมายของข้อความที่ว่าศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 นั้นมิได้หมายถึงเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ในฐานะครูหรืออาจารย์ซึ่งมีหน้าที่สอนหรือเคยสอนศิษย์เท่านั้น แต่ครูหรืออาจารย์นั้นต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์และกระทำความผิด ตามที่กฎหมายบัญญัติต่อศิษย์ในระหว่างมีหน้าที่ดังกล่าวด้วย ข้อเท็จจริงได้ความว่าจำเลยไม่มีหน้าที่ดังกล่าวในขณะเกิดเหตุเพราะเหตุเกิดที่บ้าน พ. และนอกเวลาควบคุม ดูแลของจำเลย ดังนั้น แม้จำเลยกระทำอนาจารผู้เสียหายการกระทำของจำเลยก็มิใช่กระทำต่อศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล / เมื่อการกระทำของจำเลยไม่ต้องด้วยกรณีที่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 หากเป็นเพียงความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และมีได้กระทำต่อหน้าธารกำนัลไม่เป็นเหตุให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายจึงเป็นความผิดอันยอมความได้ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 281 ซึ่งผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ภายใน 3 เดือน คดีนี้เกิดเหตุเดือนธันวาคม 2537 ผู้เสียหายร้องทุกข์เมื่อวันที่ 7 เมษายน 2538 เกินเวลา 3 เดือน นับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด คดีจึงขาดอายุความตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 96 สิทธินาคดีอาญาไปฟ้องข่มขืนไปไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (6) โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง

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

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

ผู้อยู่ในความปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 282 ต้อง ตีความ โดยเคร่งครัด เมื่อกฎหมายมาตราดังกล่าว บัญญัติถึงความเป็นผู้ปกครอง หมายถึงความ ปกครองตามกฎหมาย หากต้องการให้มีความหมายนอกเหนือไปถึงความปกครองโดยพฤตินัยด้วย แล้วก็จะต้องมีบัญญัติไว้เป็นพิเศษ

คำพิพากษาฎีกาที่ 6811/2538 การข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยง ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการ กระทำแก่ผู้อยู่ในความปกครองตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 เพราะผู้อยู่ในความปกครอง ตามบทบัญญัติดังกล่าวหมายถึงผู้อยู่ในความปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 928/2502 บิดาเลี้ยง ข่มขืนกระทำชำเราบุตรเลี้ยง มีความผิดตาม มาตรา 277 แต่กรณีไม่ต้องตามมาตรา 285 เพราะอำนาจปกครองบุตรเลี้ยงตกอยู่แก่มารดาของเด็ก นั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1540 (1566) มิได้ตกอยู่ในความปกครองของ บิดาเลี้ยง คำพิพากษาฎีกาที่ 6811/2538 ตัดสินทำนองเดียวกัน คำพิพากษาฎีกาที่ 1017/2538 วินิจฉัย ว่าจำเลยกระทำชำเราเด็กอายุ 11 ปี ซึ่งมาอยู่ในความอุปการะเพราะไม่ทราบว่าเป็นบิดามารดาอยู่ที่ใด อำนาจปกครองยังคงอยู่กับบิดามารดาเดิม จึงเพิ่มโทษจำเลยตามมาตรา 285 ไม่ได้

ศาสตราจารย์ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ⁷² อธิบายว่า น่าคิดว่าพ่อแม่แท้จริงไม่รู้อยู่ที่ไหน ผู้อุปการะก็ไม่ใช่ผู้ใช้อำนาจปกครอง ในเมื่อผู้มีอำนาจปกครองไม่ได้ปกครอง ส่วนผู้ที่ปกครองตาม ความจริงไม่ใช่ผู้ใช้อำนาจปกครองแล้ว ใช้อำนาจปกครองไม่ได้หรืออย่างไร ความหมายตาม กฎหมายแพ่งจะนำมาใช้ในกฎหมายอาญา ในกรณีเช่นนี้น่าจะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของ มาตราดังกล่าว ควรต้องถือผู้อยู่ในปกครองตามความจริง เพราะเป็นเรื่องอิทธิพลต่อเด็กซึ่งไม่มีทาง หลีกเลี้ยงได้ และเป็นกรกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง ไม่ใช่กระทบเพียงสิทธิในความจริง มาตรานี้มุ่งคุ้มครองเด็กหรือเปิดโอกาสให้ผู้อุปการะเด็กกันแน่

ผู้ที่อยู่ในความพิทักษ์ หมายถึง บุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ เช่น สติเฟื่องเพื่อน และอยู่ในความพิทักษ์ของผู้พิทักษ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ ผู้พิทักษ์ในความหมายตามมาตรา นี้ หมายถึง ผู้พิทักษ์ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยคำสั่งศาลเท่านั้น

⁷² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, กฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2551), น. 194.

ผู้ที่อยู่ในความอนุบาล หมายถึง บุคคลวิกลจริตซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ และอยู่ในความอนุบาลของผู้อนุบาล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กล่าวโดยสรุป คำว่า “ผู้สืบสันดาน” มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1627 และมาตราต่อๆ ไป โดยกฎหมายมาตราดังกล่าวบัญญัติว่า บุตรนอกกฎหมาย ที่บิดาได้รับรองแล้วและบุตรบุญธรรมนั้น ให้ถือว่าเป็นผู้สืบสันดานเหมือนบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายนี้ กล่าวคือ มีสิทธิรับมรดกได้ตามมาตรา 1629 และศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ผู้สืบสันดานตามมาตรา 5 (2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หมายถึง ผู้สืบสันดานตามความจริง ไม่ต้องพิจารณาว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่⁷³ และคำพิพากษาฎีกาที่ 926/2509 วินิจฉัยว่า คำว่า ผู้สืบสันดานตาม มาตรา 71 ประมวลกฎหมายอาญา หมายความว่า ผู้สืบเชื้อสายโดยตรง บุตรบุญธรรมไม่ใช่ผู้สืบสันดานตามกฎหมายมาตราดังกล่าว และคำพิพากษาฎีกาที่ 2993/2530 ก็วินิจฉัยว่า คำว่า ผู้สืบสันดาน ตามมาตรา 285 หมายถึง ผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงเช่นเดียวกัน ซึ่งศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ และศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ก็ไม่เห็นด้วยดังกล่าวข้างต้น แต่การที่ศาลฎีกาตีความว่า ผู้สืบสันดาน หมายถึง ผู้สืบสันดานตามความจริงนั้น ก็มีเหตุผลเพราะแม้แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1627 และมาตรา 1629 ก็ยังรับรองให้มีสิทธิรับมรดกได้ทั้งเป็นความผูกพันตามธรรมชาติตามสายเลือด แต่คำว่า ผู้ที่อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์หรือในความอนุบาลนั้น เป็นกรณีที่เกิดขึ้นตามที่กฎหมายบัญญัติมิได้เกิดขึ้นตามธรรมชาติ ตามสายเลือด ดังนั้น ถ้าแปลว่าหมายถึงความปกครอง ความพิทักษ์ และความอนุบาล ตามความเป็นจริงแล้วก็จะเป็นการตีความหมายกว้างออกไปมาก อาจจะขัดกับหลักการตีความกฎหมายอาญาที่จำต้องตีความโดยเคร่งครัด และอาจเป็นปัญหาตามมากว่าแค่ไหนถือว่าอยู่ในความปกครอง อยู่ในความพิทักษ์ และอยู่ในความอนุบาลตามความเป็นจริง ฉะนั้นที่ศาลฎีกาตีความว่า ต้องเป็นผู้ปกครองตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 จึงน่าจะมีเหตุผลเพราะถึงอย่างไรจำเลยก็ต้องถูกลงโทษอันเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายอยู่แล้ว เพียงแต่เพิ่มโทษให้นักขึ้นตามมาตรานี้ไม่ได้เท่านั้น ฉะนั้นจึงต้องแปลว่าผู้ที่อยู่ในความปกครองนั้นผู้ปกครองต้องเป็นผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ส่วนคำว่า ผู้ที่อยู่ในความพิทักษ์ผู้ที่อยู่ในความอนุบาล หมายความว่า เป็นผู้อนุบาลตามมาตรา 28 และเป็นผู้พิทักษ์ตามมาตรา 32 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การกระทำความผิดอาญาไม่ว่าประเภทใด ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมโดยรวมไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่ง การลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายเป็นกลไกของรัฐวิธีหนึ่งที่ใช้ป้องกันและปราบปรามมิให้บุคคลในสังคมกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด เพื่อความ

⁷³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1384/2516, 303/2479 (สงเสริม).

สงบสุขของสังคมโดยรวม อย่างไรก็ตาม แม้รัฐได้ลงโทษผู้กระทำความผิดไปแล้ว ไม่ว่าโทษนั้นจะหนักเพียงใด แต่บุคคลบางพวกก็หวนมากระทำความผิดซ้ำอีกในปัจจุบัน การเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิด จึงเป็นมาตรการที่รัฐนำมาใช้แก่ผู้กระทำความผิดซ้ำแล้วซ้ำเล่าโดยไม่เจ็ดหลาบ

ขณะเดียวกัน บางฐานความผิดที่บัญญัติไว้ในกฎหมายไทยยังไม่มีความเหมาะสม เช่น กรณีของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากในปัจจุบันพบว่า บุคคลที่ตกเป็นเหยื่อของการถูกระทำทางเพศมักพบว่า ผู้กระทำเป็นบุคคลใกล้ชิด และมีอิทธิพลเหนือผู้ถูกระทำ ทำให้ผู้กระทำความผิดอาจขัดขืนได้ ซึ่งพบได้ในหลายกรณีเช่น กรณีเป็นผู้สืบสันดาน ศิษย์ที่อยู่ในความดูแล ผู้ที่อยู่ในความดูแลตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ผู้ที่อยู่ในความพิทักษ์ และผู้ที่มีความอนุบาล บุคคลที่ตกเป็นเหยื่อมักพบว่าต้องอยู่ในสภาวะพึ่งพิงผู้กระทำในการดำเนินชีวิต และไม่อยู่ในสถานะที่จะขัดขืนหรือไปให้พ้นจากสภาวะดังกล่าวได้

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

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมาย ในการกำหนดเหตุจรรยาในการกระทำคามผิดทางเพศ ตามกฎหมายของต่างประเทศ

ในบทนี้ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษามาตรการทางกฎหมายในการกำหนดเหตุจรรยาในการกระทำคามผิดทางเพศของต่างประเทศ โดยในส่วนของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาบทกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และในส่วนของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ผู้ศึกษาจะทำการศึกษากฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 มาตรการทางกฎหมาย ในการกำหนดเหตุจรรยาในการกระทำคามผิดทางเพศตามกฎหมาย ของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี

การศึกษามาตรการทางกฎหมายในการกำหนดเหตุจรรยาในการกระทำคามผิดทางเพศตามกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี ผู้ศึกษาทำการศึกษาบทบัญญัติของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยการศึกษากฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ และกฎหมายของประเทศอังกฤษ ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยสถาบันกฎหมายอเมริกาได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายตัวอย่าง ชื่อ Model Penal Code ขึ้นมาเป็นต้นแบบกฎหมายอาญาของมลรัฐต่างๆ ภายในประเทศได้นำไปใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติเป็นกฎหมายภายในมลรัฐ โดยมาตรา 213.1 ของ Model Penal Code บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า ชายใดกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนจะถูกกล่าวหาว่ากระทำคามผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ถ้าชายบังคับหญิงโดยใช้กำลังหรือโดยการข่มขู่ว่าจะทำอันตรายให้ถึงแก่ชีวิต หรือควบคุมหญิงโดยการใส่ยา ทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัส หรือทำให้เจ็บปวดอย่างรุนแรง ถักพาหญิง หรือทำให้บุคคลใดๆ ได้รับการทรมานหรือทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือโดยการควบคุมหญิงนั้นไว้โดยการวางยาหญิง หรือโดยการใส่ยาโดยที่หญิงไม่รู้ว่ามีกาใส่ยาหรือโดยการดื่มสุราของมึนเมาหรือโดยใช้วิธีการอื่นใด เพื่อให้หญิงไม่สามารถปกป้องตนเองได้ หรือทำให้หญิงหมดสติ หรือกระทำกับหญิง

มีอายุไม่เกินสิบปี นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเราซึ่งหมายความรวมถึง การกระทำชำเราทั้งหมด หรือบางส่วนและรวมถึงการผ่านเข้าไปเพียงเล็กน้อยโดยไม่จำเป็นต้องหลั่งน้ำอสุจิ¹

อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น มิได้ เป็นความผิดที่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายของรัฐบาลกลาง หากแต่เป็นความผิดตามกฎหมายของแต่ละรัฐ โดยการศึกษาคำนี้ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษากฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

มลรัฐอิลลินอยส์ ได้บัญญัติเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐอิลลินอยส์ 2012 (The Criminal Code Illinois 2012) โดยบัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า บุคคลกระทำความผิดทางอาญาด้านข่มขืนกระทำชำเรา เมื่อบุคคลนั้นกระทำความผิดทางเพศและ

- (1) ใช้กำลังหรือข่มขู่ว่าจะใช้กำลังบังคับ
- (2) รู้ว่าเหยื่อไม่สามารถที่จะเข้าใจลักษณะของการกระทำหรือไม่สามารถที่จะให้รู้ ว่าได้รับความยินยอมหรือไม่
- (3) ผู้กระทำเป็นสมาชิกในครอบครัวและเหยื่อมีอายุต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์
- (4) ผู้กระทำมีอายุตั้งแต่ 17 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป หรือเป็นผู้ที่เหยื่อให้ความไว้วางใจ หรือมีหน้าที่ดูแลและมีความเกี่ยวข้องกับเหยื่อ โดยเหยื่อมีอายุตั้งแต่ 13 ปีบริบูรณ์ แต่ไม่เกิน 18 ปี บริบูรณ์

¹ § 213.1. Rape and Related Offenses.

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

- (a) he compels her to submit by force or by threat of imminent death, serious bodily injury, extreme pain or kidnaping, to be inflicted on anyone; or
- (b) he has substantially impaired her power to appraise or control her conduct by administering or employing without her knowledge drugs, intoxicants or other means for the purpose of preventing resistance; or
- (c) the female is unconscious; or
- (d) the female is less than 10 years old.

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

การกระทำความผิดฐานข่มขืน เป็นการกระทำความผิดอาญาชั้นที่ 1 ยกเว้นว่า ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดในวรรคก่อน ผู้กระทำความผิดเคยกระทำความผิดและถูกตัดสินโทษ ภายใต้กฎหมายของรัฐอื่น โดยการกระทำดังกล่าวเทียบกับการกระทำความผิดฐานข่มขืน หรือการแสวงหาผลประโยชน์จากเด็กจากการกระทำความผิดทางอาญา โดยโทษที่ได้รับเป็นโทษจำคุก ไม่น้อยกว่า 30 ปี และไม่เกิน 60 ปี

อนึ่ง ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดในวรรคก่อน ผู้กระทำความผิดเคยกระทำความผิดและถูกตัดสินโทษภายใต้กฎหมายของรัฐอื่น โดยการกระทำดังกล่าวเทียบเท่ากับการกระทำความผิดในเหตุฉกรรจ์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และถูกตัดสินให้จำคุกตลอดชีวิตการกระทำความผิดตามวรรคแรก (3) (4) หรือกระทำความผิดภายใต้กฎหมายที่คล้ายกันใดๆ ของรัฐหรือของรัฐอื่น สำหรับความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่เทียบเท่าหรือรุนแรงกว่าการกระทำตาม (3) (4) เป็นความผิดอาญา ใน Class X

สำหรับในส่วนของการเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ ประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ บัญญัติไว้ว่า บุคคลที่กระทำการในความผิดฐานข่มขืนดังต่อไปนี้ต้องได้รับโทษหนักขึ้นเมื่อ²

²the criminal code illinois 2012 , chapter 720 *criminal offenses*

Aggravated criminal sexual abuse.

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

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

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

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

(4) The victim is physically disabled;

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

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

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

1) ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้นเมื่อมีการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) ขู่จะใช้อาวุธอันตรายหรือลักษณะการนำไปใช้ทำให้เหยื่อเชื่อว่าเป็นอาวุธอันตราย

(2) มีการทำร้ายร่างกายเหยื่อ

(3) เหยื่อเป็นผู้สูงอายุตั้งแต่ 60 ปีขึ้นไป

(4) เหยื่อเป็นผู้พิการทางร่างกาย ซึ่งกระทำโดยบุคคลที่ดูแลเหยื่อ

(5) ถ้าการกระทำเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย

(6) บุคคลที่กระทำละเมิดทางเพศในระหว่างกระทำหรือพยายามกระทำ ความผิดอาญาอื่น

(7) การใช้สารเคมีใดๆ กับเหยื่อ มากกว่าวัตถุประสงค์ทางการแพทย์ โดยไม่ได้รับการยินยอมจากเหยื่อ

2) ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้นถ้า เป็นการกระทำต่อเหยื่อที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และเป็นสมาชิกในครอบครัว

โดยครอบครัวหรือสมาชิกในครอบครัว³ หมายถึง คู่สมรส อดีตคู่สมรส พ่อแม่ ลูก ลูกติด และบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องทางสายโลหิต หรือโดยการแต่งงาน ผู้ซึ่งมีส่วนร่วมหรือเคยอยู่อาศัยร่วมกัน บุคคลผู้ซึ่งมีหรือถูกกล่าวหาว่ามีบุตรร่วมกัน หรือบุคคลที่มีส่วนร่วมหรือมีความสัมพันธ์ทางสายเลือด บุคคลผู้ซึ่งเคยมีความสัมพันธ์แบบคู่รัก หรือเคยหมั้น หรือเคยเป็นผู้ดูแล

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

³ Sec. 112A-3. Definitions.

(3) "Family or household members" include spouses, former spouses, parents, children, stepchildren, and other persons related by blood or by present or prior marriage, persons who share or formerly shared a common dwelling, persons who have or allegedly have a child in common, persons who share or allegedly share a blood relationship through a child, persons who have or have had a dating or engagement relationship, persons with disabilities and their personal assistants, and caregivers as defined in subsection (e) of Section 12-4.4a of the Criminal Code of 2012. For purposes of this paragraph (3), neither a casual acquaintanceship nor ordinary fraternization between 2 individuals in business or social contexts shall be deemed to constitute a dating relationship.

คนพิการ ไม่มีความสามารถ และดูแลผู้ป่วยตามที่กำหนดไว้ในอนุมาตรา (E) ของมาตรา 12-4 , 4a แห่งประมวลกฎหมายอาญา ปี ค.ศ. 2012

3.1.2 ประเทศอังกฤษ

การข่มขืน เป็นความผิดที่บัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003)

ส่วนที่ 1 ความผิดทางเพศ ได้บัญญัติให้บุคคลได้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราถ้า

(1) ตั้งใจล่วงละเมิดเข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือปากของบุคคลอื่นโดยอวัยวะเพศชายของเขา

(2) ปราศจากความยินยอมของผู้ถูกละเมิด และ

(3) ไม่มีเหตุผลอื่นที่เชื่อว่า ผู้ถูกละเมิดจะยินยอม

การจะเชื่อว่า บุคคลที่ถูกละเมิดนั้นจะยินยอมหรือไม่ ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ทั้งหมด รวมถึงขั้นตอนใดๆ ที่บุคคลนั้นได้กระทำไป โดยมาตรา 75 และ 76 ใช้บังคับกับความผิดตามมาตรา⁴ ผู้ที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีอัตราโทษสูงสุดถึงจำคุกตลอดชีวิต⁴

อนึ่ง ในกฎหมายของสหราชอาณาจักร ได้บัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีและผู้กระทำและผู้ถูกระทำมีความสัมพันธ์ในครอบครัว โดยความสัมพันธ์นี้ หมายถึง⁵

⁴ Sexual Offences Act 2003, Part 1 Sexual Offences -Rape

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

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

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

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

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

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

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

⁵ Sexual Offences Act 2003, Part 1 Sexual Offences 27 Family relationships

(1) The relation of one person (A) to another (B) is within this section if—

(a) it is within any of subsections (2) to (4), or

(b) it would be within one of those subsections but for [F] section 39 of the Adoption Act 1976 or] section 67 of the Adoption and Children Act 2002 (c. 38) (status conferred by adoption).

(2) The relation of A to B is within this subsection if—

(a) one of them is the other's parent, grandparent, brother, sister, half-brother, half-sister, aunt or uncle, or

(b) A is or has been B's foster parent.

(3) The relation of A to B is within this subsection if A and B live or have lived in the same household, or A is or has been regularly involved in caring for, training, supervising or being in sole charge of B, and—

(a) one of them is or has been the other's step-parent,

(b) A and B are cousins,

(c) one of them is or has been the other's stepbrother or stepsister, or

(d) the parent or present or former foster parent of one of them is or has been the other's foster parent.

(4) The relation of A to B is within this subsection if—

(a) A and B live in the same household, and

(b) A is regularly involved in caring for, training, supervising or being in sole charge of B.

(5) For the purposes of this section—

(a) "aunt" means the sister or half-sister of a person's parent, and "uncle" has a corresponding meaning;

(b) "cousin" means the child of an aunt or uncle;

(c) a person is a child's foster parent if

(i) he is a person with whom the child has been placed under section 22C of the Children Act 1989 in a placement falling within subsection (6)(a) or (b) of that section (placement with local authority foster parent),

(ia) he is a person with whom the child has been placed under section 59(1)(a) of that Act (placement by voluntary organisation),]

(ib) he is a person with whom the child has been placed under section 81 of the Social Services and Well-being (Wales) Act 2014 in a placement falling within subsection (6)(a) or (b) of that section (placement with a local authority foster parent),]

(ii) he fosters the child privately, within the meaning given by section 66(1)(b) of that Act;

(d) a person is another's partner (whether they are of different sexes or the same sex) if they live together as partners in an enduring family relationship;

(e) "step-parent" includes a parent's partner and "stepbrother" and "stepsister" include the child of a parent's partner.

1) ความสัมพันธ์ระหว่าง บุคคลหนึ่ง กับอีกบุคคลหนึ่ง ที่มีความสัมพันธ์กันอย่างน้อยอย่างใดตามที่กำหนดไว้ในข้อ (2) ถึง (4) ซึ่งหมายถึง บิดามารดาคนหนึ่งคนใด ปู่ย่าตายาย พี่ชายหรือน้องชาย พี่สาวหรือน้องสาว พี่ชายหรือน้องชายร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน พี่สาวหรือน้องสาวร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน ลุงหรือป้า หรือ ผู้กระทำความผิดเคยเป็นบิดามารดาอุปถัมภ์ของผู้ถูกระทำ

2) หรือตามมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรม หรือมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติการเลี้ยงเป็นลูกและเด็ก ค.ศ. 2002 (The Adoption and Children Act 2002)

3) ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกระทำได้อาศัยหรือเคยอาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน หรือ ผู้กระทำได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการดูแลและการฝึกอบรมหรืออยู่ในความดูแลของผู้ถูกระทำและ

(ก) เป็นหรือเคยเป็นผู้ปกครองเนื่องจากเป็นคู่สมรสของบิดาหรือมารดา และพี่หรือน้อง ซึ่งเป็นบุตรของกลุ่มสมรสของบิดามารดา

(ข) ผู้กระทำและผู้ถูกระทำเป็นญาติกัน

(ค) เป็นลูกพี่ลูกน้อง

(ง) เป็นผู้ปกครองหรือเป็นบิดามารดาอุปถัมภ์คนปัจจุบันหรือเคยเป็นบิดาหรือมารดาอุปถัมภ์

4) ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกระทำ โดย (ก) ผู้กระทำและผู้ถูกระทำอาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน และ ผู้กระทำมีส่วนเกี่ยวข้องอย่างสม่ำเสมอในการดูแลให้การอบรมแก่ผู้ถูกระทำหรือเป็นผู้ที่อยู่ในความดูแลของผู้ถูกระทำ

5) ความประสงค์ของมาตรานี้

(1) ป้า หมายถึง พี่สาวหรือน้องสาวของบิดาหรือมารดาคนหนึ่งคนใด และลุง หมายถึง พี่ชายหรือน้องชายของบิดาหรือมารดาคนหนึ่งคนใด

(2) ลูกพี่ลูกน้อง หมายถึง ลูกของลุงหรือป้า

(3) บุคคลที่เป็นบิดามารดาอุปการะของเด็กถ้า (1) เป็นบุคคลที่ให้การอุปการะแก่เด็กตามมาตรา 22 C แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก อนุมาตรา (6) (a) หรือ (b) การจัดพ่อแม่อุปถัมภ์ในท้องถิ่น (2) เป็นบิดามารดาอุปถัมภ์ตามมาตรา 59 (1) (a) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก (องค์กรอาสาสมัคร) (3) เป็นบิดามารดาอุปถัมภ์ ตามมาตรา 81 แห่งพระราชบัญญัติบริการสังคมและสวัสดิการ ค.ศ. 2014 (The Social Services and Well-being (Wales) Act 2014) หมวด (6) (ก) หรือ(ข) กรณีพ่อแม่อุปถัมภ์)

มาตรา 25 ได้บัญญัติถึงการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัว ตามความสัมพันธ์ในครอบครัวดังที่ผู้ศึกษากล่าวมาข้างต้น หากบุคคลหนึ่งบุคคลใด จงใจสัมผัสเด็ก โดยมีวัตถุประสงค์ในเรื่องเพศ โดยการสัมผัสดังกล่าว หมายถึง

(1) การล่วงละเมิดทางทวารหนักหรือช่องคลอดของเด็กในครอบครัว โดยส่วน หนึ่งส่วนใดของร่างกายของผู้กระทำหรือใช้สิ่งอื่นใด

(2) การล่วงละเมิดทางปากของผู้ถูกกระทำโดยอวัยวะเพศของผู้กระทำ

(3) การล่วงละเมิดทางทวารหนักหรือช่องคลอดของผู้กระทำกับส่วนหนึ่งส่วนใด ของร่างกายผู้ถูกกระทำ หรือ

(4) การล่วงละเมิดทางปากของผู้กระทำกับอวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำ⁶

ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำเป็นผู้มีความสัมพันธ์กันในครอบครัวอย่างหนึ่งอย่างใดตาม มาตรา 27 หากรู้หรือสมควรรู้ว่ามีความสัมพันธ์กับเด็กในครอบครัว โดยแบ่งได้เป็น 2 กรณีคือ (ก) เด็กมีอายุต่ำกว่า 18 ปี และผู้กระทำไม่เชื่อว่า เด็กมีอายุ 18 ปี ขึ้นไป หรือ (ข) เด็กมีอายุต่ำกว่า 13 ปี ผู้กระทำความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศแก่เด็กในครอบครัวตามลักษณะดังที่กล่าวมานี้ ผู้กระทำ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี ส่วนกรณีการกระตุนให้สมาชิกในครอบครัวที่เป็นเด็กมีส่วนร่วม

⁶ Sexual Offences Act 2003, Part 1 Sexual Offences 27 Family relationships

(6) This subsection applies where the touching involved—

- (a) penetration of B's anus or vagina with a part of A's body or anything else,
- (b) penetration of B's mouth with A's penis,
- (c) penetration of A's anus or vagina with a part of B's body, or
- (d) penetration of A's mouth with B's penis.

⁷ Sexual Offences Act 2003, 25 Sexual activity with a child family member

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

- (a) he intentionally touches another person (B),
- (b) the touching is sexual,
- (c) the relation of A to B is within section 27,
- (d) A knows or could reasonably be expected to know that his relation to B is of a description falling within that section, and
- (e) either—

- (i) B is under 18 and A does not reasonably believe that B is 18 or over, or
- (ii) B is under 13.

ในกิจกรรมทางเพศ เช่นเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเรา⁸ อย่างไรก็ตาม มีบทยกเว้นความผิด
 ในกรณีที่การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำความผิดฐานให้เด็กใน

⁸ Sexual Offences Act 2003, 26 Inciting a child family member to engage in sexual activity

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

- (a) he intentionally incites another person (B) to touch, or allow himself to be touched by, A,
- (b) the touching is sexual,
- (c) the relation of A to B is within section 27,
- (d) A knows or could reasonably be expected to know that his relation to B is of a description

falling within that section, and

(e) either—

- (i) B is under 18 and A does not reasonably believe that B is 18 or over, or
- (ii) B is under 13.

(2) Where in proceedings for an offence under this section it is proved that the other person was under 18, the defendant is to be taken not to have reasonably believed that that person was 18 or over unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he reasonably believed it.

(3) Where in proceedings for an offence under this section it is proved that the relation of the defendant to the other person was of a description falling within section 27, it is to be taken that the defendant knew or could reasonably have been expected to know that his relation to the other person was of that description unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he knew or could reasonably have been expected to know that it was.

(4) A person guilty of an offence under this section, if he was aged 18 or over at the time of the offence, is liable—

(a) where subsection (6) applies, on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding 14 years;

(b) in any other case—

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

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

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

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

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 5 years.

(6) This subsection applies where the touching to which the incitement related involved—

ครอบครัวมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศดังที่กล่าวมา ถ้าผู้ถูกระทำอายุ 16 ปีขึ้นไป และผู้กระทำและผู้ถูกระทำแต่งงานกันอย่างถูกต้องตามกฎหมาย โดยในการดำเนินคดีเกี่ยวกับความผิดนั้นผู้กระทำผิดต้องพิสูจน์ว่าผู้กระทำและผู้ถูกระทำเป็นคู่แต่งงานกันอย่างถูกต้องตามกฎหมาย⁹

3.2 มาตรการทางกฎหมาย ในการกำหนดเหตุกรรจ์ในกระทำผิดทางเพศตามกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย

สำหรับการศึกษาค้างนี้ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษากำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความผิดเกี่ยวกับเพศของระบบประมวลกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐเยอรมนี ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.2.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

การข่มขืนกระทำชำเราในเครือญาติ (Incest) มีบัญญัติไว้ในมาตรา 173¹⁰ ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน โดยกำหนดไว้ว่า

-
- (a) penetration of B's anus or vagina with a part of A's body or anything else,
 - (b) penetration of B's mouth with A's penis,
 - (c) penetration of A's anus or vagina with a part of B's body, or
 - (d) penetration of A's mouth with B's penis.

⁹ 28 Sections 25 and 26: [F4exception for spouses and civil partners]

(1) Conduct by a person (A) which would otherwise be an offence under section 25 or 26 against another person (B) is not an offence under that section if at the time—

- (a) B is 16 or over, and
- (b) A and B are lawfully married [F5or civil partners of each other].

(2) In proceedings for such an offence it is for the defendant to prove that A and B [F6were at the time lawfully married or civil partners of each other].

¹⁰Section 173 Sexual Intercourse between Relatives

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

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

1) ผู้ใดมีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้สืบสันดานต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับ

2) ผู้ใดมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุพการี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับ หรือในกรณีที่ เป็นพี่น้องร่วมสายเลือดก็ได้รับโทษเดียวกัน

3) หากผู้กระทำความผิดอายุไม่เกิน 18 ปี ขณะที่กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษตาม บทบัญญัตินี้¹¹

ขณะเดียวกัน มาตรา 174¹² ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ได้กำหนดเกี่ยวกับ ผู้กระทำความผิดทางเพศกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดดังต่อไปนี้

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

¹¹ German Criminal Code, Section 173 Incest

(1) Whosoever performs an act of sexual intercourse with a consanguine descendant shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) Whosoever performs an act of sexual intercourse with a consanguine relative in an ascending line shall be liable to imprisonment not exceeding two years or a fine; this shall also apply if the relationship as a relative has ceased to exist. Consanguine siblings who perform an act of sexual intercourse with each other shall incur the same penalty.

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

¹² Section 174 Abuse of position of trust

(1) Whoever commits sexual acts:

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

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

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

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

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

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

1) ผู้ใดที่มีส่วนร่วมในความสัมพันธ์ทางเพศ

(1) กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ที่ได้รับมอบอำนาจให้การดูแลหรือให้การศึกษ

(2) กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ที่ได้รับมอบอำนาจให้ดูแลหรือให้การศึกษ หรือเป็นผู้ได้บังคับบัญชาในการจ้างงาน หรือมีความสัมพันธ์ในการทำงานหรือการให้การศึกษ

(3) กับผู้สืบสันดานหรือบุตรบุญธรรมที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี

หรืออนุญาตให้บุคคลดังกล่าวมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับตัวเอง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนแต่ไม่เกินห้าปี¹³

2) ภายใต้ง่อนไขข้างต้น หากดำเนินกิจกรรมทางเพศต่อหน้าผู้นั้น หรือชักจูงผู้นั้น ให้เข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ เพื่อให้ได้รับความพึงพอใจทางเพศสำหรับตนเองหรือบุคคล นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับ¹⁴

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 174 ของสหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมันนี้ เป็นการ กระทำความผิดฐานกระทำมิชอบในทางเพศแก่ผู้ที่อยู่ในความดูแล ซึ่งสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะ

(3) An attempt shall be punishable.

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

¹³ Section 174. Abuse of position of trust

(1) Whosoever engages in sexual activity

1. with a person under sixteen years of age who is entrusted to him for upbringing, education or care;

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

3. with his biological or adopted child not yet eighteen years of age, or allows them to engage in sexual activities with himself, shall be liable to imprisonment from three months to five years.

¹⁴ (2) Whosoever, under the conditions of subsection (1) Nos 1 to 3 above

1. engages in sexual activity in the presence of the person; or

2. induces the person to engage in sexual activity in his presence,

in order to obtain sexual gratification for himself or the person shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

คุ้มครองตามมาตรา¹⁵ นี้ มีด้วยกัน 2 ประการคือ ประการแรก เป็นการคุ้มครองพัฒนาการทางเพศที่จะไม่ถูกรบกวนของเด็ก จากตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นผู้ที่เด็กจะต้องพึ่งพิง นอกจากนี้ เพื่อที่จะให้ภารกิจในทางสังคมของความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวดำเนินไปด้วยดี ความสัมพันธ์ในลักษณะของการอยู่ในฐานะเหนือกว่าและความสัมพันธ์ในลักษณะของการให้การดูแล จึงควรที่จะห่างไกลจากอิทธิพลใดๆ ที่เกี่ยวกับเรื่องทางเพศ จากวัตถุประสงค์สองประการดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นผลให้โดยหลักการแล้ว ไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญที่ว่าเด็กจะให้ความยินยอมในการกระทำทางเพศหรือ แม้แต่จะเป็นผู้เริ่มต้นก่อนก็ตาม ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 174 นี้ กลุ่มเด็กที่ได้รับการคุ้มครองสามารถแบ่งได้เป็น 3 กลุ่มด้วยกันได้แก่¹⁵

(1) เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ที่อยู่ในความดูแลของผู้กระทำความผิด เพื่อให้การศึกษาอบรมสั่งสอนในการดำเนินชีวิต ปัญหาคือ อย่างไรก็ตาม อย่างไรจึงจะถือว่า มีหน้าที่ที่จะต้องให้การอบรมเลี้ยงดู รวมถึงให้การศึกษา ความเห็นในทางตำราเห็นว่า ผู้กระทำความผิดจะต้องมีความรับผิดชอบร่วมด้วยในการกำหนดความเป็นตัวตน โดยรวมของเด็ก กล่าวคือ จะต้องอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าในทางความเป็นจริง ที่เด็กเข้าไปอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่าและต้องพึ่งพิงการดูแลจากผู้กระทำความผิด ด้วยเหตุนี้เอง เด็กหนีออกจากบ้านก็ถือว่าเข้าไปอยู่ในความดูแลของผู้กระทำความผิดแล้ว ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้เข้ามาดูแลเด็กจริงๆ อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องมีความสัมพันธ์ที่เหนือกว่าเป็นระยะเวลาที่นานพอสมควร ไม่ใช่เพียงช่วงเวลาสั้นๆ

(2) เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี หากว่าเด็กอยู่ในความดูแลของผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะตามนัยของวรรคแรก หรือเป็นเด็กที่อยู่ได้บังคับบัญชาของผู้กระทำความผิดจากความสัมพันธ์ที่เกิดจากหน้าที่การงานและผู้กระทำความผิดได้อาศัยโอกาสจากการที่เด็กต้องพึ่งพิงตนเองไปกระทำการมิชอบในทางเพศแก่เด็ก

(3) เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ที่เป็นลูกของผู้กระทำความผิด หรือเป็นลูกบุญธรรมของผู้กระทำความผิด

นอกจากกรณีการกระทำผิดทางเพศ กับเด็กที่อยู่ในความปกครองดังที่ผู้ศึกษากล่าวมาแล้ว ผู้กระทำความผิดยังอาจได้รับโทษเพิ่มขึ้นหากได้กระทำกับบุคคลภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

1) การใช้ตำแหน่งหน้าที่ราชการอย่างไม่เหมาะสม ในฐานะเจ้าหน้าที่รัฐผู้มีส่วนร่วมในการดำเนินคดีอาญาหรือดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดมาตรการพักฟื้นและการดูแลการควบคุมตัวหรือกักขัง โดยมีกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่ถูก

¹⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาด้วยหลักกฎหมายอาญาเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด เจริญรัฐการพิมพ์, 2558), น. 104.

ดำเนินการตามกฎหมายหรือทำให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับตัวเอง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี¹⁶

2) การมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่ได้รับมอบหมายหรือให้คำปรึกษาการรักษาหรือดูแลอันเนื่องมาจากความเจ็บป่วยทางจิตหรือความพิการ รวมถึงการเสพติดหรือความเจ็บป่วยหรือความพิการและใช้ความรุนแรง โดยให้บุคคลดังกล่าวร่วมในกิจกรรมทางเพศกับตนเองต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี¹⁷

3) การล่วงละเมิดเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบสี่ปี หรือให้เด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับตนเอง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี การล่อลวงให้เด็กร่วมกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่สามหรือให้บุคคลที่สามมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับเด็กซึ่งก็จะมีอัตราโทษเดียวกัน การดำเนินกิจกรรมทางเพศต่อหน้าเด็ก การทำให้เด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ การนำเสนอจัดหาเด็ก การให้เด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ การนำเสนอเด็กที่มีภาพประกอบหรือภาพลามกอนาจาร สื่อบันทึกเสียงที่มีเนื้อหาลามกอนาจาร หรือถ้อยคำที่ลามกอนาจาร ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี ผู้จัดหาเด็ก เพื่อการกระทำความผิดดังที่กล่าวไปข้างต้น หรือยินยอมให้ผู้อื่นกระทำการดังที่กล่าวไป ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี¹⁸

¹⁶ Section 174b , Abuse of official position

(1) Whosoever in his capacity as a public official charged with participation in criminal proceedings or proceedings with the aim of imposing a custodial measure of rehabilitation and incapacitation or detention imposed by a public authority, by abusing the dependency caused by the proceedings, engages in sexual activity with the person against whom the proceedings are directed or allows them to engage in sexual activity with himself shall be liable to imprisonment from three months to five years.

(2) The attempt shall be punishable.

¹⁷ Section 174c Abuse of a relationship of counselling, treatment or care

(1) Whosoever engages in sexual activity with a person entrusted to him for counselling, treatment or care because of a mental illness or disability including an addiction, or because of a physical illness or disability, and abuses the counselling, treatment or care relationship, or allows the person to engage in sexual activity with himself shall be liable to imprisonment from three months to five years.

(2) Whosoever engages in sexual activity with a person entrusted to him for psychotherapeutic treatment by abusing the treatment relationship or allows them to engage in sexual activity with himself shall incur the same penalty.

(3) The attempt shall be punishable.

¹⁸ Section 176 Child abuse

4) การล่วงละเมิดเด็กที่รุนแรงขึ้น เช่น การกระทำผิดร่วมกันมากกว่าหนึ่งคน ผู้กระทำความผิด ทำให้เด็กที่ตกเป็นเหยื่อได้รับบาดเจ็บสาหัส หรือมีความผิดปกติต่อพัฒนาการทั้งทางร่างกายและจิตใจ¹⁹

(1) Whosoever engages in sexual activity with a person under fourteen years of age (child) or allows the child to engage in sexual activity with himself shall be liable to imprisonment from six months to ten years.

(2) Whosoever induces a child to engage in sexual activity with a third person or to allow third persons to engage in sexual activity with the child shall incur the same penalty.

(3) In especially serious cases the penalty shall be imprisonment of not less than one year.

(4) Whosoever

1. engages in sexual activity in the presence of a child;

2. induces the child to engage in sexual activity, unless the act is punishable under subsection

(1) or subsection (2) above;

3. presents a child with written materials (section 11(3)) to induce him to engage in sexual activity with or in the presence of the offender or a third person or allow the offender or a third person to engage in sexual activity with him; or

4. presents a child with pornographic illustrations or images, audio recording media with pornographic content or pornographic speech, shall be liable to imprisonment from three months to five years.

(5) Whosoever supplies or promises to supply a child for an offence under subsections (1) to (4) above or who agrees with another to commit such an offence shall be liable to imprisonment from three months to five years.

(6) The attempt shall be punishable; this shall not apply to offences under subsection (4) Nos 3 and 4 and subsection (5) above.

¹⁹ Section 176a Aggravated child abuse

(1) The sexual abuse of children under section 176(1) and (2) shall entail a sentence of imprisonment of not less than one year if the offender was convicted of such an offence by final judgment within the previous five years.

(2) The sexual abuse of children under section 176(1) and (2) shall entail a sentence of imprisonment of not less than two years if

1. a person over eighteen years of age performs sexual intercourse or similar sexual acts with the child which include a penetration of the body, or allows them to be performed on himself by the child;

2. the offence is committed jointly by more than one person; or

5) การล่วงละเมิดเด็กเป็นเหตุให้เสียชีวิต เช่น ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 176 และมาตรา 176 a ดังที่กล่าวมาข้างต้น เป็นเหตุให้เด็กเสียชีวิตโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 10 ปี ถึงจำคุกตลอดชีวิต

6) การทำร้ายทางเพศโดยใช้กำลังหรือการคุกคาม ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี กรณีร้ายแรงต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 2 ปี เช่น การร่วมกันกระทำความผิดมากกว่าหนึ่งคน กรณีมีอาวุธหรือเครื่องมืออันตรายอื่น เพื่อให้ผู้ถูกกระทำยินยอม หรือทำให้ผู้ถูกกระทำตกอยู่ในอันตรายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัส ต้องระวางโทษไม่น้อยกว่าสามปี กรณีการใช้อาวุธหรือเครื่องมืออันตรายอื่นในระหว่างการกระทำความผิด หรือผู้กระทำทำให้เหยื่อถึงแก่ความตาย จำคุกไม่น้อยกว่าห้าปี โดยแบ่งเป็นกรณีร้ายแรงจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงห้าปี ส่วนกรณีร้ายแรงน้อยกว่า (3) (4) จำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี²⁰

3. the offender by the offence places the child in danger of serious injury or substantial impairment of his physical or emotional development.

²⁰ Section 177 Sexual assault by use of force or threats; rape

(1) Whosoever coerces another person

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

offender, to suffer sexual acts by the offender or a third person on their own person or to engage actively in sexual activity with the offender or a third person, shall be liable to imprisonment of not less than one year.

(2) In especially serious cases the penalty shall be imprisonment of not less than two years. An especially serious case typically occurs if

1. the offender performs sexual intercourse with the victim or performs similar sexual acts with the victim, or allows them to be performed on himself by the victim, especially if they degrade the victim or if they entail penetration of the body (rape); or

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

(3) The penalty shall be imprisonment of not less than three years if the offender

1. carries a weapon or another dangerous instrument;
2. otherwise carries an instrument or other means for the purpose of preventing or overcoming

the resistance of another person through force or threat of force; or

3. by the offence places the victim in danger of serious injury.

(4) The penalty shall be imprisonment of not less than five years if

7) การข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 177 โดยใช้กำลังเป็นเหตุให้
เสียชีวิต ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 10 ปี หรือตลอดชีวิต

8) การล่วงละเมิดบุคคลที่มีอาการเจ็บป่วยทางจิต พิการ หรือติดยาเสพติด
ความผิดปกติด้านสติปัญญา หรือร่างกายไม่สามารถต่อต้านการร่วมกิจกรรมทางเพศ กับบุคคลนั้น
หรือให้ตนมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี²¹

1. the offender uses a weapon or another dangerous instrument during the commission of the
offence; or if

2. the offender

- (a) seriously physically abuses the victim during the offence; or
- (b) by the offence places the victim in danger of death.

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

²¹ Section 179 Abuse of persons who are incapable of resistance

(1) Whosoever abuses another person who is incapable of resistance

1. because of a mental illness or disability including an addiction or because of a profound
consciousness disorder; or

2. is physically incapable, and by exploiting the incapability to resist engages in sexual
activity with the person or allows them actively to engage in sexual activity on his person shall be liable to
imprisonment from six months to ten years.

(2) Whosoever abuses a person incapable of resistance (subsection (1) above), by inducing the
person, under exploitation of the incapability of resistance, to engage actively in sexual activity with a third
person or to allow a third person to engage in sexual activity with them, shall incur the same penalty.

(3) In especially serious cases the penalty shall be imprisonment of not less than one year.

(4) The attempt shall be punishable.

(5) The penalty shall be imprisonment of not less than two years if

1. the offender performs sexual intercourse or similar sexual acts with the victim which
include penetration of the body, or allows them to be committed on himself by the victim;

2. the offence is committed jointly by more than one person; or

3. by the offence the offender places the victim in danger of serious injury or substantial
impairment of his physical or emotional development.

(6) In less serious cases under subsection (5) above the penalty shall be imprisonment from one to ten years.

(7) Section 177(4) No 2 and section 178 shall apply mutatis mutandis.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุจรรยาในการกระทำความผิดทางเพศ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 กรณีเป็นการกระทำแก่สมาชิก ในครอบครัว

ในปัจจุบันสถิติการก่ออาชญากรรมโดยการข่มขืนกระทำชำเรา มีจำนวนเพิ่มขึ้น และในจำนวนนี้ พบว่า ผู้ก่อเหตุมักเป็นบุคคลในครอบครัว โดยเฉพาะบิดาเลี้ยง ซึ่งได้กระทำต่อลูกเลี้ยง หนึ่ง การข่มขืนกระทำชำเรา ได้บัญญัติให้เป็นความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา และมาตรา 285 ได้กำหนดให้ผู้กระทำความผิดทางเพศ ตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 หรือมาตรา 283 หากได้กระทำกับบุคคลบางประเภท ได้แก่ ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องได้รับโทษหนักขึ้น

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า บทบัญญัติดังกล่าวยังมีข้อบกพร่องบางประการ โดยพบว่า บทบัญญัติมาตรา 285 ดังที่กล่าวมา ใช้บังคับได้เฉพาะผู้ปกครองกระทำต่อผู้อยู่ในความปกครองตามกฎหมายเท่านั้น ไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับกรณีที่ผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ปกครอง ตามความเป็นจริงได้ ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงนำมาศึกษาวิเคราะห์ เพื่อหาแนวทางการแก้ไขปัญหาดังต่อไปนี้

4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุจรรยาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ที่ผู้กระทำเป็นบิดาหรือมารดาเลี้ยงกระทำต่อลูกเลี้ยง

จากการศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการก่ออาชญากรรมทางเพศของประเทศไทย พบว่าการล่วงละเมิดทางเพศมีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้น โดยการข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่ผู้ก่อเหตุมักเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันกับเหยื่อ ซึ่งอาศัยเหตุแห่งการอยู่ร่วมบ้านชายคาเดียวกัน ทำให้มีโอกาสลงมือกระทำการข่มขืนกระทำชำเราเหยื่อ โดยเฉพาะกรณีของบิดาเลี้ยงที่ได้กระทำต่อลูกเลี้ยงพบว่าในปัจจุบันมีเหตุการณ์ในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นจำนวนมาก เช่น

กรณีชายชาวฝรั่งเศสซึ่งได้แต่งงาน โดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับหญิงชาวจีนมีบุตรด้วยกัน 2 คน คือ เด็กหญิงอายุ 7 ปี และเด็กชายอายุ 4 ปี หลังจากเลิกอยู่กับชายชาวฝรั่งเศส มารดา

ของเด็กได้แต่งงานกับสามีใหม่ชาวอังกฤษและย้ายครอบครัวเข้าไปอาศัยกับสามีใหม่ในจังหวัดชลบุรี โดยต่อมาพบว่าบิดาเลี้ยงชาวอังกฤษล่วงละเมิดทางเพศเด็กทั้งสองคนโดยแม่รู้เห็นเป็นใจ¹

กรณีบิดาเลี้ยงลักพาตัวเด็กวัย 12 และ 13 ปี ไปจากแม่แท้ๆ นานกว่า 2 ปี และข่มขืนจนทั้งสองตั้งครรภ์ ขณะที่ทั้งสองได้ติดต่อแม่ให้มาช่วยนั้นพบว่า บุตรคนโตวัย 16 ปี มีบุตรวัย 6 เดือน และคนเล็กวัย 15 ปี กำลังตั้งครรภ์ 3 เดือน²

กรณีเด็กหญิงวัย 11 ปี ถูกบิดาเลี้ยงก่อเหตุข่มขืน จนได้รับบาดเจ็บสาหัส เหตุเกิดที่อำเภอโพธิ์ทอง จังหวัดอ่างทอง³

กรณีบิดาเลี้ยงข่มขืน เด็กหญิงออทิสติกวัย 10 ปี เหตุเกิดที่อำเภอกระทุ่มแบน จังหวัดสมุทรสาคร⁴

ล่าสุดพบหญิงวัย 18 ปี เป็นนักศึกษาวิทยาลัยเทคโนโลยีแห่งหนึ่ง ถูกบิดาเลี้ยงพยายามข่มขืนแต่เนื่องจากต่อสู้ขัดขืนจึงถูกบีบคอเสียชีวิตเหตุเกิดที่เขตธนบุรี กรุงเทพมหานคร⁵ เป็นต้น

เห็นได้ว่า ในปัจจุบัน ผู้กระทำความผิดทางเพศ ซึ่งอยู่ในสถานะบิดาเลี้ยงของเหยื่อเป็นผู้ก่อเหตุปรากฏขึ้นเป็นจำนวนมาก เนื่องจากบิดาเลี้ยงเป็นผู้ที่อาศัยอยู่ร่วมชายคาเดียวกันกับลูกเลี้ยง ดังนั้น จึงมีโอกาสมากกว่าบุคคลอื่นที่ผู้กระทำความผิดทางเพศโดยทั่วไป ที่สำคัญเหยื่อซึ่งเป็นลูกเลี้ยง ไม่อาจหนีไปจากสถานการณ์อันต่อแหลมที่อาจเกิดการกระทำความผิดทางเพศได้ เนื่องจากเหยื่ออาศัยอยู่กับมารดาซึ่งเป็นผู้ปกครอง และบางกรณีพบว่า มารดามีส่วนรู้เห็นในการกระทำของบิดาเลี้ยงของเหยื่อ หรือในบางกรณีก็ไม่เชื่อว่าบิดาเลี้ยงจะสามารถลงมือก่อเหตุกับเหยื่อซึ่งเป็นบุตรของตนได้ ทั้งนี้ อาจมีสาเหตุมาจาก ตัวของมารดาเองต้องอาศัยเงินของบิดาเลี้ยงในการดูแลให้การศึกษาแก่บุตร การที่ต้องพึ่งพิงอำนาจทางเศรษฐกิจจากบิดาเลี้ยงได้ส่งผลทำให้ต้องยินยอมให้มีการกระทำความผิดทางเพศเกิดขึ้นภายในครอบครัว

¹ หนังสือพิมพ์ข่าวสด, “สลดคดีข่มขืนเด็กฝรั่งเสสที่พัทยา แม่รู้เห็นทุกครั้งที่พ่อเลี้ยงย้ายทั้งลูกสาว-ลูกชาย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กันยายน 2561, จาก https://www.khaosod.co.th/special-stories/news_431799.

² สำนักข่าวทีนิวส์, “เลวสุดบรรยาย พ่อเลี้ยงลักพาตัวและข่มขืน 2 พี่น้อง จนตั้งท้อง ชู หากติดต่อแม่จะฆ่าทิ้ง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กันยายน 2561, จาก <http://www.tnews.co.th/contents/394652>.

³ หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ, “แม่ ค.ญ. 11 ปี เหยื่อพ่อเลี้ยงหั่นศพ ลูกดิ้น ลั่นเอาเรื่องถึงที่สุด,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กันยายน 2561, จาก <https://www.thairath.co.th/content/1303032>.

⁴ สำนักพิมพ์เดลินิวส์ออนไลน์, “แม่ช็อกปล่อยโฮ พี่ข่มขืนลูกสาว พ่อตัดขาด “เอ็ม”แฉเมียนับสิบขึ้นใจ คญ. เหยนาทีหนี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กันยายน 2561, จาก https://www.khaosod.co.th/special-stories/news_1181725.

⁵ สำนักข่าวไทยพีบีเอส, “พ่อเลี้ยงสารภาพฆ่าสาว 18 หวังข่มขืน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กันยายน 2561, จาก <https://news.thaipbs.or.th/content/274467>.

ส่วนกรณีของมารดาเลี้ยง ที่กระทำการข่มขืนลูกเลี้ยง เป็นกรณีที่น่าจะเกิดขึ้นได้ยาก แต่ก็อาจเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกัน อนึ่ง มาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติเพิ่มโทษกรณีกระทำชำเราผู้อยู่ในอำนาจปกครองเอาไว้ แต่เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นความผิดอาญา ซึ่งต้องตีความโดยเคร่งครัด ประกอบกับประมวลกฎหมายอาญามีได้มีการให้คำจำกัดความ ความหมายของคำว่าผู้อยู่ในอำนาจปกครองเอาไว้ ดังนั้นจึงต้องตีความความหมายของคำว่า “ผู้อยู่ในอำนาจปกครอง” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 ความว่า “บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ ต้องอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา...” โดยบิดามารดาหมายถึงบิดามารดาทางสายโลหิตเท่านั้น ขณะเดียวกัน อำนาจปกครองเกิดขึ้นได้อีกกรณีหนึ่งคือ กรณีการรับบุตรบุญธรรม ซึ่งหากมีการยกบุตรให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้ใดแล้ว อำนาจการปกครองบุตรของบิดามารดาทางสายโลหิตจะหมดไป และบิดาหรือมารดาบุญธรรมจะเป็นผู้มีอำนาจการปกครองบุตรแทนโดยทันที ดังนั้นเมื่อพิจารณาบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 แล้วพบว่า มีการบัญญัติเพิ่มโทษกรณีผู้กระทำได้กระทำต่อผู้สืบสันดานเอาไว้ ย่อมหมายถึง ผู้กระทำเป็นบิดาทางสายโลหิตกระทำต่อบุตรของตนไม่ว่าบุตรดังกล่าวจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม และกรณีผู้อยู่ในอำนาจปกครอง ย่อมหมายถึง บิดาที่ได้อำนาจการปกครองมาโดยกฎหมาย อันหมายถึง บิดาบุญธรรมนั่นเอง บทบัญญัติดังกล่าวหาได้มีถ้อยคำใด ที่กล่าวถึงกรณีของบิดาหรือมารดาเลี้ยง ซึ่งเป็นกรณีบิดาเลี้ยงที่ได้มาอาศัยอยู่กินกับมารดาของเหยื่อ หรือกรณีมารดาเลี้ยงได้มาอาศัยอยู่กินกับบิดาของเหยื่ออันเป็นเหตุให้บิดาหรือมารดาเลี้ยงต้องมาอยู่ร่วมชายคาเดียวกันกับลูกเลี้ยง ขณะเดียวกัน ถึงแม้บิดาหรือมารดาเลี้ยงจะเป็นผู้ให้การอุปการะต่อเหยื่อตามความเป็นจริง โดยการให้เงินส่งเสียเลี้ยงดูให้การศึกษา อยู่ร่วมชายคาเดียวกันกับเหยื่อ แต่ก็มิได้เป็นผู้ใช้อำนาจการปกครองของเหยื่อ ซึ่งปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6811 /2538 “การข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยง ไม่น่าจะถือได้ว่าเป็นการกระทำแก่ผู้อยู่ในอำนาจปกครอง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7795/2538 วินิจฉัยว่า “ผู้เสียหายเป็นบุตรติดนาง ป. มาแล้วนาง ป. อยู่กินเป็นสามีภริยากับจำเลย ฉะนั้นอำนาจปกครองผู้เสียหายจึงตกอยู่กับนาง ป. มารดาตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1568 หากผู้เสียหายอยู่ในอำนาจปกครองของจำเลยซึ่งเป็นบิดาเลี้ยงไม่ และคำว่า “ผู้อยู่ในอำนาจปกครอง” ตามที่บัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อมีกฎหมายอื่นกล่าวถึงความเป็นผู้ปกครองก็ย่อมหมายถึง ความปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ หากต้องการให้มีความหมายนอกเหนือไปถึงความปกครองโดยพฤตินัยด้วยแล้ว ก็ย่อมจะมีระบุไว้เป็นพิเศษ ดังนั้นการที่จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายจึงมีความผิดตาม

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ให้อำนาจรับโทษหนักขึ้นเพราะเหตุกระทำแก่ผู้อยู่ในความปกครอง ตามมาตรา 285 ไม่”

เช่นเดียวกับคำพิพากษาฎีกาที่ 219/2554 “การข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราแก่ผู้สืบสันดานและผู้อยู่ในความปกครองตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ผู้อยู่ในความปกครองตามบทบัญญัติดังกล่าวต้องหมายถึงผู้อยู่ในความปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้เสียหายเป็นเพียงลูกเลี้ยงของจำเลยที่ 1 ซึ่งตามกฎหมายไม่ได้ผู้อยู่ในความปกครองของจำเลยที่ 1 และผู้เสียหายไม่ใช่ผู้สืบสันดานของจำเลยที่ 1 ด้วย จำเลยที่ 1 จึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแก่ผู้สืบสันดานและผู้อยู่ในความปกครองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 คงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรก (เดิม)”

เห็นได้ว่า การกำหนดเหตุจูงใจอันเป็นการทำให้ผู้กระทำความผิดทางเพศต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 นั้น มีอาจนำมาใช้บังคับกรณีบิดาหรือมารดาเลี้ยงได้กระทำต่อลูกเลี้ยงได้ กรณีจึงแตกต่างจากกฎหมายของต่างประเทศ โดยกฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ ประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า ได้กำหนดการกระทำความผิดทางเพศ ไว้ในประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ ค.ศ. 2012 (The Criminal Code Illinois 2012) และมาตรา 720 ได้กำหนดเหตุจูงใจที่คำนึงถึงลักษณะของเหยื่อไว้หลายกรณี กรณีหนึ่งที่กำหนดไว้คือผู้กระทำได้กระทำต่อเหยื่อที่อายุต่ำกว่า 18 ปี และเป็นสมาชิกในครอบครัว ขณะที่มาตรา 112A-3 ได้ให้ความหมายของคำว่า สมาชิกของครอบครัว หมายถึง สมรส อดีตคู่สมรส พ่อแม่ลูก ลูกติด และบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องทางสายโลหิต หรือ โดยการแต่งงาน ผู้ซึ่งมีส่วนร่วมหรือเคยอยู่อาศัยร่วมกัน บุคคลผู้ซึ่งมีหรือถูกกล่าวหาว่ามีบุตรร่วมกัน หรือบุคคลที่มีส่วนร่วมหรือมีความสัมพันธ์ทางสายเลือด บุคคลผู้ซึ่งเคยมีความสัมพันธ์แบบคู่รัก หรือเคยหมั้น หรือเคยเป็นผู้ดูแลคนพิการไม่มีความสามารถ และดูแลผู้ป่วยตามที่กำหนดไว้ในอนุมาตรา (E) ของมาตรา 12-4 , 4a แห่งประมวลกฎหมายอาญา ปี ค.ศ. 2012 จากบทบัญญัติดังกล่าว เห็นได้ว่า กฎหมายของประเทศไทยกำหนดเหตุจูงใจเพื่อให้มีการลงโทษผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ให้ได้รับโทษหนักขึ้นเอาไว้ และได้ให้ความหมายของคำว่าสมาชิกในครอบครัวเอาไว้อย่างกว้าง โดยหมายถึงกลุ่มบุคคลที่เข้ามาอยู่เป็นสมาชิกในครอบครัวทุกลักษณะ รวมถึงการเข้ามาเกี่ยวข้องกันโดยการแต่งงานด้วย จึงถือได้ว่า การที่บิดาหรือมารดาเลี้ยงได้แต่งงานกับบิดาหรือมารดาของลูกเลี้ยงและทำให้บิดาหรือมารดาเลี้ยงและลูกเลี้ยงต้องมาอาศัยอยู่ร่วมชายคาเดียวกัน กลายเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกัน ดังนั้นตามกฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ประเทศสหรัฐอเมริกา หากบิดาหรือมารดาเลี้ยงได้กระทำความผิดทางเพศโดยกระทำต่อลูกเลี้ยง ย่อมเป็นเหตุจูงใจให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น

ขณะเดียวกัน ภายใต้กฎหมายของประเทศอังกฤษพบว่า ได้บัญญัติเพิ่มโทษแก่ผู้ที่ก่อเหตุ ช่มชู้นกระทำชำเรากรณีผู้กระทำและผู้ถูกระทำมีความสัมพันธ์ในครอบครัวด้วยเช่นเดียวกัน โดยความสัมพันธ์ในครอบครัวนี้รวมถึง กรณีที่ผู้กระทำและผู้ถูกระทำได้อาศัยหรือเคยอาศัยอยู่ใน บ้านเดียวกัน หรือผู้กระทำได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการให้การฝึกอบรมหรือดูแลผู้ถูกระทำด้วย นอกจากนี้ ยังหมายรวมถึง บุคคลที่เป็นคู่สมรสของบิดาหรือมารดา และพี่หรือน้องซึ่งเป็นบุตรของ คู่สมรสของบิดาหรือมารดาด้วย เมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศอังกฤษดังที่กล่าวมาข้างต้น แล้วจะเห็นได้ว่า ครอบครัวถึงกรณีบิดาหรือมารดาเลี้ยงได้กระทำการช่มชู้นกระทำชำเราลูกเลี้ยง ไม่ว่าจะบิดาหรือมารดาเลี้ยงได้จดทะเบียนสมรสกับบิดาหรือมารดาของเหยื่อหรือไม่ก็ตาม หากบิดา หรือมารดาเลี้ยงและลูกเลี้ยง ได้อาศัยหรือเคยอาศัยอยู่ในบ้านเดียวกันแล้ว ย่อมอยู่ภายใต้การบังคับ ของกฎหมายมาตราดังกล่าวทั้งสิ้น

สำหรับบทกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิด ทางเพศกรณีผู้อยู่ในความปกครองไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 174 โดยบทบัญญัติ ดังกล่าวนี้ได้ให้การคุ้มครองแก่เด็ก 3 กลุ่ม คือ กลุ่มเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี และอยู่ในความดูแลของ ผู้กระทำความผิด เพื่อให้การศึกษาอบรมสั่งสอนในการดำเนินชีวิต กลุ่มเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยเด็กอยู่ในความดูแลของผู้กระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็เด็กที่อยู่ใต้การบังคับบัญชาตามหน้าที่ การงาน หรือเด็กที่ต้องให้การอบรมเลี้ยงดู และกรณีที่เด็กมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ที่เป็นบุตรของผู้กระทำความผิด หรือบุตรบุญธรรมของผู้กระทำความผิด โดยความหมายของการให้การอบรมเลี้ยงดู ดังกล่าวข้างต้นหมายถึงการให้การอบรมเลี้ยงดูตามความเป็นจริง ดังนั้น บทบัญญัติมาตรา 174 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน จึงให้ความคุ้มครองแก่เหยื่อ ทั้งกรณีที่ผู้กระทำเป็นบิดาหรือมารดา เลี้ยงซึ่งเป็นผู้ปกครองตามความเป็นจริง และบิดาโดยสายโลหิต และบิดาบุญธรรมซึ่งเป็นบิดาโดย กฎหมาย หากใช่เพียงการให้ความคุ้มครองเฉพาะกรณีผู้กระทำเป็นบิดาโดยสายโลหิตและบิดาบุญ ธรรมตามกฎหมายดังเช่น มาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่

ในปัจจุบัน ประเทศไทย มีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยอนุสัญญาสิทธิเด็กได้ให้การรับรองสิทธิของเด็กให้ได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการถูก เอาเปรียบทางเพศ หรือถูกทำร้ายรังแกทางเพศ กรณีของการช่มชู้นกระทำชำเราซึ่งเกิดขึ้น โดยบุคคลที่อาศัยอยู่ร่วมชายคาเดียวกันกระทำตอกันนั้นจะเห็นได้ว่า ด้วยเหตุที่ต้องอาศัยอยู่ร่วม ชายคาเดียวกัน หรือเหตุที่ผู้ถูกระทำตกอยู่ภายใต้อำนาจทางเศรษฐกิจของผู้กระทำที่ดี ล้วนเป็นการ สร้างโอกาสให้การก่อเหตุกระทำความผิดทางเพศสำเร็จสูงกว่าการกระทำความผิดทางเพศที่ ผู้กระทำเป็นบุคคลอื่นทั้งสิ้น แต่กฎหมายมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญายังมิได้ให้การ คุ้มครองแก่เด็กให้ได้รับความปลอดภัยจากการกระทำความผิดทางเพศอย่างเพียงพอ เนื่องจากยัง

มิได้มีความหมายครอบคลุมถึงกรณีบิดาหรือมารดาเลี้ยง ซึ่งได้กระทำต่อลูกเลี้ยง ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า การกำหนดเหตุจรรยาเพื่อให้ผู้กระทำความผิดทางเพศต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 กรณีการกระทำต่อผู้อยู่ในความปกครองจึงไม่ควรหมายความถึงเฉพาะผู้อยู่ในความปกครองตามกฎหมายซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจากการรับผู้ถูกกระทำเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น ถึงแม้จะต้องตีความอย่างเคร่งครัด แต่ก็ควรตีความอย่างกว้างโดยให้หมายความรวมถึงบิดาหรือมารดาเลี้ยง ซึ่งต้องมาอยู่ร่วมชายคากับผู้ถูกกระทำและมีโอกาสก่อเหตุอาชญากรรมทางเพศสูงกว่าปกติทั่วไปให้เป็นเหตุจรรยาเหตุหนึ่งที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้นด้วย

4.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุจรรยาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ที่ผู้กระทำเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ได้บัญญัติไว้ว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือ มาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม”

อนึ่ง ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน พบว่า นอกจากพบการกระทำความผิดทางเพศโดยบิดาเลี้ยง ได้กระทำต่อลูกเลี้ยงแล้ว ยังพบว่ามีกรกระทำทางเพศที่ผู้ก่อเหตุเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองของเหยื่อตามความเป็นจริงเกิดขึ้นหลายกรณี เช่น

กรณีลูกซึ่งเป็นลูกพี่ลูกน้องของแม่ ช่มชู้หลานนาน 5 ปี ตั้งแต่อายุ 11 ปี จนถึง 16 ปี⁶

กรณีเด็กหญิงแนน (นามสมมุติ) อายุ 14 ปี พบว่า ถูกปู่วัย 80 ปี และอาซึ่งเป็นน้องชายแท้ๆ ของบิดาอายุ 31 ปี ช่มชู้กระทำชำเรา เป็นเวลาหลายปี⁷

นอกจากนี้ยังมีปรากฏในคำพิพากษาฎีกากรณีดังกล่าวเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 8720/2549 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ผู้เสียหายเป็นบุตรของ จ. และไม่ปรากฏว่า จ. ถูกถอนอำนาจปกครองหรือมีการแต่งตั้งให้จำเลยเป็นผู้ปกครองผู้เสียหาย ดังนั้น จ. ซึ่งเป็นมารดาผู้เสียหาย จึงเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 แม้ จ. มารดาผู้เสียหายส่งผู้เสียหายมาอยู่กับจำเลยและภริยาซึ่งเป็นพี่สาวของ จ. ตั้งแต่ยังเล็ก

⁶ หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ, “รวบลุงที่นาคาเตียง จัดหน้าต่างบุกช่มชู้หลานสาวมารารอน นาน 5 ปี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2561, จาก <https://www.thairath.co.th/content/1014774>.

⁷ สำนักข่าว ไอเอ็นเอ็น, “เสื่อมหนัก ปู่-อา ช่มชู้หลานสาว ตั้งแต่ 10 ขวบ นาน 4 ปี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2561, จาก https://www.innnews.co.th/regional-news/news_116293/.

แต่อำนาจปกครองผู้เสียหายก็ยังคงอยู่กับ จ. มารดาผู้เสียหายไม่ใช่จำเลย การกระทำของจำเลยต่อผู้เสียหายจึงไม่ใช่การกระทำต่อผู้อยู่ในความปกครอง ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ปัญหาดังกล่าวเป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย แม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดฎีกา ศาลฎีกามีอำนาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัยได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 225”

เช่นเดียวกับคำพิพากษาฎีกาที่ 8825/2554 สาระสำคัญคือ “การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยใช้กำลังประทุรร้ายและพยายามข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ อันเป็นการกระทำความผิดต่อกฎหมายหลายบท

นาย ช.นำ ผู้เสียหายมาฝากไว้กับนาง ล. ภริยาของจำเลยช่วยเหลือเพื่อความสะดวกในการศึกษาของผู้เสียหาย ดังนั้น อำนาจปกครองยังคงอยู่กับนาย ช. ผู้เป็นบิดาของผู้เสียหาย การกระทำของจำเลยจึงไม่เข้าเหตุฉกรรจ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ที่จะทำให้จำเลยได้รับโทษหนักขึ้น การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสอง (เดิม)”

จากคำพิพากษาฎีกาตามที่อยู่ศึกษาได้กล่าวมานี้พบว่า ทั้งสองกรณี จำเลยซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดทางเพศ มีความสัมพันธ์กับเหยื่อโดยเป็นสามีของพี่สาวของบิดาหรือมารดาของเหยื่อ ทำให้จำเลยกับเหยื่อกลายเป็นผู้มีความสัมพันธ์เป็นเครือญาติโดยการแต่งงานของบิดา และด้วยความสัมพันธ์ทางเครือญาติดังกล่าวทำให้เหยื่อมาอาศัยอยู่ร่วมชายคาเดียวกับจำเลย จนเป็นโอกาสที่ทำให้จำเลยได้ก่อเหตุกระทำความผิดทางเพศต่อเหยื่อขึ้น ถึงแม้ในความเป็นจริง ผู้กระทำความผิดจะเป็นผู้ปกครองของเหยื่อโดยการให้การศึกษาเลี้ยงดูหรือมีส่วนให้การศึกษาเลี้ยงดูตามความเป็นจริงแก่เหยื่อแทนบิดามารดาซึ่งเป็นผู้มีอำนาจปกครอง ดังนั้น เมื่อลูกซึ่งเป็นสามีของพี่สาวของบิดาหรือมารดาของเหยื่อได้ก่อเหตุข่มขืนกระทำชำเราหลาน ซึ่งอยู่ในความปกครองตามข้อเท็จจริงของตนขึ้น แต่ลูกก็มิได้รับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 แต่ประการใด

เห็นได้ว่า บุคคลที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงนี้ มักเป็นบุคคลที่เป็นเครือญาติคือบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจจากบิดามารดาของเหยื่อให้ช่วยเหลือและระหว่างการออกไปทำงานนอกบ้าน และบางกรณีบิดามารดาของเหยื่อได้ส่งตัวเหยื่อให้ไปอยู่ในความปกครองของเครือญาติ โดยเฉพาะเพื่อโอกาสในการศึกษาเล่าเรียน ดังนั้นบุคคลเหล่านี้จึงเป็นผู้มีโอกาสดำเนินการทำความผิดทางเพศต่อเหยื่อได้มากกว่าบุคคลอื่นทั่วไป อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 285 ซึ่งได้กำหนดเหตุฉกรรจ์ ให้ผู้กระทำความผิดที่มีความสัมพันธ์กับเหยื่อในบางลักษณะต้อง

ได้รับโทษหนักขึ้น กลับมิได้มีการกำหนดให้การกระทำความผิดทางเพศที่ผู้กระทำซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285 ด้วยแต่ประการใด

เมื่อทำการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศพบว่า ประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดเหตุฉกรรจ์เพื่อให้ผู้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษเพิ่มขึ้น โดยกำหนดตามลักษณะของผู้ถูกระทำและผู้กระทำไว้ว่า ผู้ถูกระทำเป็นสมาชิกในครอบครัวและมีอายุต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์ โดยสมาชิกในครอบครัวนั้น หมายรวมถึงผู้กระทำที่เป็น “บุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกันทางสายโลหิตหรือโดยการแต่งงาน” ด้วย ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ถูกระทำหรือเหยื่อมิได้เป็นผู้สืบสันดานของผู้กระทำโดยตรง แต่หากมีความเกี่ยวข้องกันทางสายโลหิตหรือโดยการแต่งงานและเป็นเหตุให้มาอยู่ร่วมชายคาเดียวกันเป็นสมาชิกของครอบครัวแล้ว ย่อมต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามกฎหมายฉบับนี้ กฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกาซึ่งที่กล่าวมานี้จึงได้ให้ความคุ้มครองแก่เหยื่อที่ถูกกระทำทางเพศกว้างกว่าบทบัญญัติมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาก

เมื่อทำการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายของประเทศอังกฤษพบว่า ได้กำหนดเหตุฉกรรจ์ให้ผู้กระทำความผิดทางเพศต้องได้รับโทษหนักขึ้น ในกรณีผู้กระทำและเหยื่อมีความสัมพันธ์กันโดยการอาศัยหรือเคยอาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน หรือผู้กระทำได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการดูแลและการฝึกอบรมผู้ถูกระทำ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมิได้คำนึงถึงการใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้น แต่ได้บัญญัติขึ้นเพื่อนำมาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดทางเพศซึ่งได้กระทำต่อผู้อยู่ในอำนาจปกครองตามความเป็นจริงซึ่งอาศัยหรือเคยอาศัยอยู่ร่วมบ้านเดียวกัน ไม่ว่าผู้กระทำจะเกี่ยวข้องกับเหยื่อโดยเป็นเครือญาติตามสายโลหิตหรือโดยการแต่งงานก็ล้วนนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดได้ทั้งสิ้น

สำหรับบทบัญญัติของกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 174 ได้กำหนดเหตุฉกรรจ์เพื่อให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษสูงขึ้น ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำต่อ (1) ผู้มีอายุต่ำกว่า 16 ปี หรือ (2) ต่ำกว่า 18 ปี ที่ผู้กระทำได้รับมอบอำนาจให้การดูแลหรือให้การศึกษา โดย ดร. สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับมาตราดังกล่าวไว้ว่า สิ่งที่ถูกกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองตามมาตรา นี้ มีด้วยกัน 2 ประการคือ ประการแรก เป็นการคุ้มครองพัฒนาการทางเพศที่จะไม่ถูกรบกวนของเด็ก จากตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นผู้ที่เด็กจะต้องพึ่งพิง และประการที่สองเพื่อที่จะให้ภารกิจในทางสังคมของความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวดำเนินไปด้วยดี ความสัมพันธ์ในลักษณะของการอยู่ในฐานะเหนือกว่าและความสัมพันธ์ในลักษณะของการให้การดูแล จึงควรที่จะห่างไกลจากอิทธิพลใดๆ ที่เกี่ยวกับเรื่องทางเพศ

เห็นได้ว่า กฎหมายอาญาของไทยแตกต่างจากกฎหมายอาญาของสหพันธรัฐเยอรมนี โดยกฎหมายของไทยนำมาตรา 285 มาใช้บังคับกับกรณีผู้อยู่ในความปกครองเฉพาะกรณีผู้มีอำนาจปกครองตามกฎหมาย อันหมายถึงกรณีผู้ถูกกระทำเป็นบุตรบุญธรรมของผู้กระทำ ซึ่งผู้กระทำเมื่อเป็นบิดาบุญธรรมตามกฎหมายแล้ว ย่อมได้รับอำนาจปกครองมาจากบิดามารดาที่แท้จริงของเหยื่อเท่านั้น แตกต่างจากกฎหมายอาญาของสหพันธรัฐเยอรมนีที่ให้ความสำคัญกับกรณีผู้ถูกกระทำได้กระทำต่อผู้อยู่ในความปกครองตามความเป็นจริง ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นบิดาบุญธรรม หรือเครือญาติโดยสายโลหิตหรือโดยการแต่งงาน แต่หากอยู่ร่วมชายคากับเหยื่อที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และเป็นผู้ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดูแลให้การศึกษาแก่เหยื่อแล้ว ย่อมสามารถนำมาตรา 174 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาบังคับใช้ได้ทั้งสิ้น

จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่า กฎหมายของไทย ได้วางหลักไว้ว่า กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด หลักการตีความโดยเคร่งครัดดังกล่าวมีที่มาจากการตีความในระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งมีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์คือ ศาลพยายามจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายที่มีโทษทางอาญาของฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายที่มีโทษทางอาญา ศาลจึงตีความกฎหมายอย่างแคบ โดยไม่คำนึงถึงเจตนารมณ์ในการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน ศาล Common Law ได้มีการตีความที่เปลี่ยนแปลงไป โดยมีได้ตีความกฎหมายอย่างเคร่งครัดมากจนไม่คำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ดังเช่น ปรากฏในบทกฎหมายของต่างประเทศซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งผู้ศึกษาได้ยกตัวอย่างมาข้างต้น เห็นได้ว่าได้ขยายขอบเขตของการข่มขืนกระทำชำเรากรณีการกระทำต่อสมาชิกในครอบครัว มิได้ให้ความคุ้มครองแต่เพียงเฉพาะกรณีบิดาโดยการสืบสันดานหรือโดยชอบด้วยกฎหมายที่กระทำต่อเหยื่อเท่านั้น แต่ได้ครอบคลุมไปถึงการข่มขืนกระทำชำเราเหยื่อโดยบุคคลที่เป็นผู้กระทำเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกันกับเหยื่อตามความเป็นจริง ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การตีความกฎหมายตามกฎหมาย Common Law ในปัจจุบันจึงขึ้นอยู่กับว่า กฎหมายมีเจตนารมณ์ให้ตีความอย่างแคบหรืออย่างกว้าง ดังนั้น การตีความประมวลกฎหมายอาญาของไทยถึงแม้ต้องตีความอย่างเคร่งครัด แต่ก็ไม่ควรตีความในลักษณะอย่างแคบ แต่ควรตีความโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มีความประสงค์จะให้การคุ้มครองแก่เด็กที่อยู่ในความปกครอง ให้ได้รับความปลอดภัยจากการกระทำคามผิดทางเพศด้วย

ด้วยเหตุนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า การตีความ ความหมายของคำว่า ผู้อยู่ในความปกครองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ควรตีความตามความเป็นจริง เพื่อให้การคุ้มครองผู้อยู่ในความปกครองตามมาตรา 285 ครอบคลุมถึงกรณีการข่มขืนกระทำชำเราซึ่งผู้กระทำเป็นผู้มีอำนาจปกครองตามความเป็นจริงของเหยื่อด้วย

4.3 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุฉกรรจ์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ที่ผู้กระทำเป็นเครือญาติ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ได้บัญญัติไว้ว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือ มาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม”

บทบัญญัติดังกล่าวมิได้ให้บัญญัติถึงกรณีที่ผู้กระทำกับเหยื่อมีความสัมพันธ์กันในลักษณะเครือญาติ เช่น เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน หรือเป็นเครือญาติในลักษณะอื่น ดังที่เคยเกิดกรณีการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยเครือญาติ เช่น

กรณีเด็กหญิงวัย 8 ปี และ 5 ปี ถูกเด็กชายวัย 12 ปี ล่วงละเมิดทางเพศมานานกว่า 1 ปี ก่อนที่มารดาจะนำตัวเด็กหญิงทั้งสองเข้าแจ้งความ ทั้งนี้ ได้ให้การต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจว่า ครอบครัวที่อาศัยอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวใหญ่ ประกอบด้วย ครอบครัวแม่สามี ครอบครัวพี่สาวของสามี และครอบครัวของตน พักอาศัยอยู่ด้วยกัน เมื่อจะออกไปทำงาน มักจะนำลูกสาวไปฝากให้ครอบครัวของแม่สามีดูแลให้ แต่ในระยะหลังสังเกตเห็นว่า ลูกสาวของตนมีท่าทีหวาดกลัว จึงได้สอบถามจนได้ความว่าลูกบุตรชายของพี่สาวสามีวัย 12 ปี ล่วงละเมิดกระทำอนาจารมาแล้วกว่า 10 ครั้ง⁸

กรณี เด็กหญิงวัย 12 ปี ถูกพี่ชายต่างมารดาวัย 26 ปี พยายามข่มขืน ขณะที่เด็กหญิงอยู่บ้านตามลำพัง พ่อออกไปทำงาน พี่ชายต่างแม่ดื่มสุราและเสพยาเสพติดจนเมา ซึ่งเมื่อกลับบ้านเห็นว่าบิดาและมารดาเลี้ยงไม่อยู่บ้าน จึงบังคับให้น้องสาวถอดเสื้อผ้าและพยายามล่วงละเมิดทางเพศแต่ไม่สำเร็จเนื่องจากสรีระของเด็ก จนกระทั่งอาได้ยินเสียงหลานสาวร้องไห้ด้วยความเจ็บปวดจึงวิ่งมาดู เห็นว่า พี่ชายวิ่งหายเข้าไปในบ้านจึงเรียกผู้ใหญ่บ้านมาช่วย พี่ชายที่ก่อเหตุได้อาพ่อนไม้ขนาด 2 นิ้ว ยาว 2 เมตร ไล่ทุบรตผู้ใหญ่บ้านและพยายามจู่ไฟเผา พร้อมทั้งตะโกนด่าด้วยถ้อยคำที่หยาบคายโดยมีจุดประสงค์ไม่ต้องการให้บุคคลใดเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ก่อนที่ชาวบ้านจะช่วยกันจับกุมตัวได้ในที่สุด⁹

⁸ สำนักข่าวสนุกดอทคอม, “สังคมทรมาน เด็กอายุ 12 ชื่นใจน้องสาวสองคนมาแรมปี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2561, จาก <https://www.sanook.com/news/1991691/>

⁹ สำนักข่าวสนุกดอทคอม, “สลัด พี่ชายพยายามข่มขืนน้องสาวต่างแม่ วัย 12 ปี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2561, จาก <https://www.sanook.com/news/1580454/>.

นอกจากนี้ ยังมีกรณีน้องสาว วัย 12 ปี ถูกพี่ชายร่วมบิดามารดาเดียวกัน ข่มขืนกระทำชำเรา โดยพี่ชายได้ใช้มีดจี้หน้าตัวน้องสาวมาจากโรงเรียน ก่อนนำตัวไปข่มขืนที่กระท่อมป่าสวนยาง จนเวลาผ่านไปกว่า 2 ชั่วโมง จึงปล่อยตัวเด็กหญิงกลับบ้าน¹⁰

จากกรณีที่ยกตัวอย่างมานี้ เห็นได้ว่า เนื่องจากเหยื่อโดยส่วนใหญ่เป็นเด็ก ยังไม่อาจหลีกเลี่ยงหนีไปจากสถานการณ์ที่อาจถูกล่วงละเมิดทางเพศด้วยตนเองได้ ที่สำคัญเหยื่อต้องเข้าไปอยู่ร่วมชายคากับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเครือญาติ และถึงแม้บางกรณีมิได้อยู่ร่วมชายคา แต่บุคคลเหล่านี้สามารถเข้าถึงตัวเหยื่อได้ง่ายกว่าบุคคลอื่นทั่วไป อันเนื่องมาจากการบ้านเรือนอาศัยอยู่บริเวณใกล้เคียงกัน และด้วยความที่เป็นเครือญาติก็ทำให้สามารถเข้าออกในบ้านพักอาศัยของเหยื่อได้ง่าย ทำให้มีโอกาสก่อเหตุกระทำความผิดทางเพศได้ง่ายกว่าบุคคลอื่นทั่วไป เป็นต้น

เมื่อพิจารณาทบทวนกฎหมายของต่างประเทศพบว่า ได้นำเหตุฉกรรจ์มาใช้เพื่อให้ผู้กระทำความผิดทางเพศต้องได้รับโทษหนักขึ้นอย่างกว้างขวาง ดังเช่น บทกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดว่า ผู้กระทำเป็นสมาชิกในครอบครัวและเหยื่อมีอายุต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์ โดยให้คำจำกัดความของคำว่าสมาชิกในครอบครัว หมายถึง คู่สมรส อดีตคู่สมรส พ่อแม่ลูก ลูกติด และบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องทางสายโลหิต หรือ โดยการแต่งงาน ผู้ซึ่งมีส่วนร่วมหรือเคยอยู่อาศัยร่วมกัน บุคคลผู้ซึ่งมีหรือถูกกล่าวหาว่ามีบุตรร่วมกัน หรือบุคคลที่มีส่วนร่วมหรือมีความสัมพันธ์ทางสายเลือด บุคคลผู้ซึ่งเคยมีความสัมพันธ์แบบคู่อภิเษก หรือเคยหมั้น หรือเคยเป็นผู้ดูแลคนพิการไม่มีความสามารถ และดูแลผู้ป่วยตามที่กำหนดไว้ในอนุมาตรา (E) ของมาตรา 12-4, 4a แห่งประมวลกฎหมายอาญา ปี ค.ศ. 2012

ขณะที่กฎหมายของประเทศอังกฤษ ได้กำหนดให้ผู้กระทำได้กระทำต่อผู้ถูกกระทำซึ่งมีความสัมพันธ์ในครอบครัวให้เป็นเหตุฉกรรจ์ที่ผู้กระทำต้องได้รับโทษหนักขึ้นเช่นเดียวกัน โดยกำหนดความหมายของคำว่า ความสัมพันธ์ หมายถึง ความสัมพันธ์ระหว่าง บุคคลหนึ่ง กับอีกบุคคลหนึ่ง ที่มีความสัมพันธ์กันอย่างน้อยอย่างใดตามที่กำหนดไว้ในข้อ (2) ถึง (4) ซึ่งหมายถึง บิดามารดา คนหนึ่งคนใด ปู่ย่าตายาย พี่ชายหรือน้องชาย พี่สาวหรือน้องสาว พี่ชายหรือน้องชายร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน พี่สาวหรือน้องสาวร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน ลุงหรือป้า หรือผู้กระทำความผิดเคยเป็นบิดามารดาอุปถัมภ์ของผู้ถูกกระทำ หรือตามมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรม หรือมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติการเลี้ยงเป็นลูกและเด็ก ค.ศ. 2002 (The Adoption and Children Act 2002) หรือความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกกระทำได้อาศัยหรือเคยอาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน หรือ ผู้กระทำได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการดูแล

¹⁰ สำนักข่าวสนุกดอทคอม, “อัยศ พี่ชายข่มขืนน้องสาวแท้ๆ ประชด โคนพ้อค่า,” สืบค้นเมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2561, จาก <https://www.sanook.com/news/1658145/>.

การฝึกอบรมหรืออยู่ในความดูแลของผู้ถูกระทำและ (ก) เป็นหรือเคยเป็นผู้ปกครองเนื่องจากเป็น
 คู่สมรสของบิดาหรือมารดา และพี่หรือน้อง ซึ่งเป็นบุตรของคู่สมรสของบิดามารดา (ข) ผู้กระทำ
 และผู้ถูกระทำเป็นญาติกัน (ค) เป็นลูกพี่ลูกน้อง (ง) เป็นผู้ปกครองหรือเป็นบิดามารดาอุปถัมภ์คน
 ปัจจุบันหรือเคยเป็นบิดาหรือมารดาอุปถัมภ์ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกระทำ โดย (ก)
 ผู้กระทำและผู้ถูกระทำอาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน และ ผู้กระทำมีส่วนเกี่ยวข้องอย่างสม่ำเสมอใน
 การดูแลให้การอบรม แก่ผู้ถูกระทำหรือเป็นผู้ที่อยู่ในความดูแลของผู้ถูกระทำ และความประสงค์
 ของมาตรานี้ ป้า หมายถึง พี่สาวหรือน้องสาวของบิดาหรือมารดาคนหนึ่งคนใด และลูกหมายถึง
 พี่ชายหรือน้องชายของบิดาหรือมารดาคนหนึ่งคนใด ลูกพี่ลูกน้อง หมายถึงลูกของลูกหรือป้า

เห็นได้ว่า กฎหมายของประเทศอังกฤษ นอกจากให้ความสำคัญกับผู้อยู่ในความปกครอง
 อันหมายถึง การให้การเลี้ยงดู การให้การศึกษาแล้ว ยังกำหนดให้ผู้ที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะ
 เครือญาติทุกรูปแบบ โดยรวมถึงกรณีเป็นพี่น้องร่วมสายโลหิต หรือกรณีเป็นลูกพี่ลูกน้องกัน
 หากได้กระทำความผิดทางเพศแก่เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี แล้ว สามารถนำเหตุการณ์ มาลงโทษแก่
 ผู้กระทำความผิดให้ได้รับโทษหนักขึ้นได้ทั้งสิ้น

นอกจากนี้ ในส่วนของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประมวลกฎหมายอาญา
 เยอรมัน มาตรา 174 ได้กำหนดให้ผู้กระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลที่ตนให้การดูแลหรือให้
 การศึกษา เด็กต้องพึงพิงในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง เป็นความผิดอันเป็นเหตุลกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำ
 ต้องได้รับโทษหนักขึ้น เห็นได้ว่า กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มิได้กำหนดตัวของ
 ผู้กระทำเอาไว้ แต่ได้กำหนดลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและเหยื่อเอาไว้
 โดยให้ความสำคัญกับการให้การศึกษา การเลี้ยงดู การมีอำนาจเหนือเหยื่ออันเนื่องมาจากเหยื่อเป็น
 ผู้อยู่ภายใต้การดูแล

อนึ่ง ภายใต้ปรัชญาและวัตถุประสงค์ในการลงโทษ เมื่อมีการกระทำผิดขึ้นในสังคม สังคม
 จะต้องหาวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งในการจัดการกับคนที่ทำผิด ละเมิดกฎเกณฑ์ของสังคมเพราะ
 หากสังคมไม่จัดการกับคนที่ทำผิดก็เท่ากับว่าสังคมยอมรับการกระทำผิดดังกล่าว การที่สังคมจะ
 จัดการกับคนที่ทำผิดอย่างไรนั้นขึ้นอยู่กับความเชื่อของสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัยเกี่ยวกับสาเหตุ
 ของการกระทำผิดและเหตุผลที่จะต้องจัดการหรือปฏิบัติกับคนที่ทำผิด ซึ่งจะเปลี่ยนไปตามยุคตาม
 สมัย ตามสถานการณ์ของแต่ละยุค

ในอดีต ขณะที่มีการบัญญัติกฎหมายอาญา มาตรา 285 บริบทของสังคมอาจมีกรณีของการ
 กระทำความผิดทางเพศระหว่างเครือญาติค่อนข้างน้อย ทำให้ไม่เกิดเหตุผลเพียงพอที่จะบัญญัติให้
 การกระทำความผิดทางเพศระหว่างเครือญาติเป็นเหตุลกรรจ์ในความผิดอาญา อย่างไรก็ตาม
 ในปัจจุบัน การกระทำความผิดทางเพศซึ่งในเครือญาติได้กระทำระหว่างกันนั้น ได้ส่งผลกระทบ

กระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม มากกว่ากรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลอื่นซึ่งมิได้มีความเกี่ยวพันใดๆ กับเหยื่อ

ดังนั้น เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการกำหนดโทษทางอาญา ซึ่งถือว่าการกระทำความผิดทางเพศนั้น เป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อความปลอดภัยของบุคคลและสังคม ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า ควรขยายขอบเขตของการบังคับใช้มาตรา 285 ให้ครอบคลุมถึงผู้กระทำที่มีความสัมพันธ์ในครอบครัวต่อเหยื่อในลักษณะเป็นเครือญาติ โดยจำกัดความดังกล่าว ควรนำบทบัญญัติของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาเป็นแนวทาง

4.4 วิเคราะห์เหตุผลความจำเป็นในการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษตามมาตรา 285 ให้คุ้มครองผู้ถูกล่วงละเมิดทางเพศจากบิดาเลี้ยง ผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง และผู้เป็นเครือญาติ

ในปัจจุบัน การกระทำความผิดทางเพศได้เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะการกระทำความผิดทางเพศที่ผู้กระทำและเหยื่อมีความสัมพันธ์เป็นครอบครัวเดียวกันอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งความสัมพันธ์กันโดยเป็นเครือญาติตามสายโลหิต และความสัมพันธ์เป็นเครือญาติผ่านการแต่งงานของบุคคลในครอบครัว ซึ่งที่ผ่านมาพบว่า มีการกระทำความผิดทางเพศโดยการข่มขืนกระทำชำเราและการทำอนาจาร กรณีของบิดาเลี้ยงได้กระทำต่อลูกเลี้ยงเกิดขึ้นมากที่สุด และบิดาเลี้ยงดังกล่าว เป็นบิดาเลี้ยงตามความเป็นจริง หมายถึง ผู้ที่เป็นคู่ครองของมารดาของเหยื่อ และเนื่องจากเหยื่อยังต้องอาศัยอยู่กับมารดา จึงมีผลทำให้เหยื่อต้องอยู่ร่วมชายคาเดียวกันกับบิดาเลี้ยง ซึ่งบางกรณีอาจแต่งงานจดทะเบียนสมรสกับมารดาโดยถูกต้องตามกฎหมาย และบางกรณีอาจมิได้แต่งงานจดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมาย เพียงมาอาศัยอยู่กินฉันท์สามีภรรยา กับมารดา อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นสามีภรรยาที่ถูกต้องตามกฎหมายกับมารดาหรือไม่ ก็เป็นเหตุให้บิดาเลี้ยงได้เข้ามาอยู่ร่วมชายคา กับลูกเลี้ยงผ่านการเป็นคู่ครองของมารดาจึงทำให้มีโอกาสดังกล่าวกระทำความผิดทางเพศต่อเหยื่อได้มากกว่าบุคคลอื่นซึ่งมิได้เข้ามาอาศัยอยู่ร่วมชายคาเดียวกัน แต่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ซึ่งได้กำหนดเหตุกรรจ์ไว้ เพื่อให้บุคคลบางสถานะต้องได้รับโทษหนักขึ้น กลับกำหนดเพียงบิดาโดยสายโลหิตและบิดาบุญธรรมที่จดทะเบียนรับเหยื่อเป็นบุตรบุญธรรม โดยถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น มิได้ครอบคลุมถึงบุคคลที่เป็นบิดาเลี้ยงแต่ประการใด

นอกจากนี้ยังพบว่า สังคมไทยเป็นสังคมที่ให้ความสำคัญกับการศึกษา ดังนั้น บิดามารดา ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองมักส่งบุตรของตนไปอยู่ในการดูแลของบุคคลอื่นซึ่งเป็นเครือญาติ เช่น ครอบครัวของพี่ชายหรือน้องชาย พี่สาวหรือน้องสาวของบิดามารดาเอง เนื่องจากความสะดวกในการศึกษาเล่าเรียน แต่กลับพบว่า ผู้เป็นเครือญาติดังกล่าวกลับก่อเหตุข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

ซึ่งเข้ามาอยู่ในความปกครองของตน แต่เนื่องจาก กฎหมายถือเอาว่า บุคคลที่ใช้อำนาจปกครองของเด็กคือบิดามารดาของเด็ก ดังนั้น ถึงแม้บุคคลเหล่านี้จะเป็นผู้ใช้อำนาจการปกครองตามความเป็นจริง กล่าวคือ เป็นผู้ดูแล ให้การอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาแก่เหยื่อ แต่หากกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก โทษที่จะลงแก่บุคคลเหล่านี้ได้ คือบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศโดยทั่วไป ตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เท่านั้น หากได้นำมาตรา 285 ไปใช้ลงโทษเพื่อให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้นได้แต่ประการใด ทั้งนี้ การเป็นผู้ใช้อำนาจการปกครองตามความเป็นจริงนั้น มีโอกาสก่อเหตุกระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลเด็กที่อยู่ในความปกครองได้มากกว่าบุคคลอื่น ซึ่งมีได้เป็นผู้มีอิทธิพลใดๆต่อเหยื่อ

ขณะเดียวกัน จากการศึกษาพบว่า นอกจากบิดาเลี้ยง และผู้เป็นเครือญาติที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงแล้วพบว่า ยังมีบุคคลซึ่งเป็นเครือญาติ ซึ่งมีใช้บิดาเลี้ยง หรือผู้ที่ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง กระทำความผิดทางเพศต่อสมาชิกในครอบครัว เช่น กรณี พี่ชายร่วมบิดามารดาเดียวกันกระทำต่อน้องสาว กรณีพี่ชายร่วมบิดาเดียวกันได้กระทำต่อน้องสาวต่างมารดา กรณีลูกพี่ลูกน้องได้กระทำต่อญาติ ดังที่ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาวิเคราะห์มาก่อนหน้านี้ บุคคลเหล่านี้ ล้วนเป็นบุคคลที่เหยื่อไว้วางใจ และเป็นบุคคลที่มีโอกาสเข้าถึงตัวเหยื่อได้มากกว่าบุคคลอื่น ไม่ว่าจะด้วยอาศัยอยู่ร่วมชายคาเดียวกันก็ดี หรือมีบ้านเรือนอาศัยอยู่ใกล้กัน ด้วยเหตุที่มีความสัมพันธ์กับเหยื่อในฐานะเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกันดังกล่าวนี้เอง เมื่อก่อเหตุกระทำความผิดทางเพศลักษณะใดลักษณะหนึ่งต่อเหยื่อจึงส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และต่อความคาดหวังของสังคมได้มากกว่าการก่อเหตุโดยบุคคลอื่นซึ่งมิได้มีความสัมพันธ์เป็นสมาชิกในครอบครัวกับเหยื่อ

ขณะเดียวกัน ในปัจจุบันสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาโดยคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา ได้ดำเนินการตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) (ความผิดเกี่ยวกับเพศ) และเปิดรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง โดยได้มีการแก้ไขปรับปรุงมาตรา 285 ด้วย โดยให้เพิ่มการกระทำแก่บุคคลบางลักษณะเพิ่มเติมเพื่อให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น กล่าวคือ หากเป็นการกระทำแก่ “บุพการี” และ “ผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด” นอกจากนี้ ยังมีการบัญญัติมาตรา 285/2 ซึ่งเป็นบทเพิ่มโทษ หากได้มีการกระทำความผิดทางเพศต่อ “ผู้ซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองอันเนื่องมาจากทุพพลภาพ ผู้มีจิตบกพร่อง โรคนิ่ว หรือจิตฟั่นเฟือน คนป่วยเจ็บ คนชรา สตรีมีครรภ์ หรือผู้ซึ่งอยู่ในภาวะไม่สามารถรู้ผิดชอบ” ถึงแม้ว่า จะมีการบัญญัติให้การกระทำความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด ให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น แต่ถ้อยคำดังกล่าวเป็นการกำหนดไว้แต่เพียง

กว้างๆ มิได้ชัดเจนว่า ครอบคลุมถึงการกระทำที่ผู้กระทำซึ่งเป็นบิดาหรือมารดาเลี้ยงได้กระทำต่อ ลูกเลี้ยง หรือผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงได้กระทำต่อผู้อยู่ใต้การปกครอง และกรณี ผู้กระทำกับผู้ถูกกระทำเป็นเครือญาติกันหรือไม่ รวมถึง ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล กฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) (ความผิดเกี่ยวกับเพศ) ก็มีได้ให้ความหมายของคำว่า “ผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ด้วยประการอื่นใด” นั้น หมายถึงบุคคลกลุ่มใดบ้าง

ด้วยเหตุนี้เอง ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า สมควรมีการบัญญัติให้เหตุฉกรรจ์ ตามประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 285 ซึ่งจะมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดทางเพศตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 ซึ่งกระทำต่อ สมาชิกในครอบครัว ที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี บริบูรณ์ ต้องได้รับ โทษหนักขึ้น เพื่อเป็นการคุ้มครองต่อ เด็กซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี บริบูรณ์ ซึ่งถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยบุคคลที่เป็นสมาชิกใน ครอบครัว นอกจากนี้ยังเป็นการปรับปรุงบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาของไทย ให้สอดคล้องกับนานาอารยประเทศยิ่งขึ้นด้วย



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ปัจจุบัน การก่อเหตุข่มขืนกระทำชำเราเป็นอาชญากรรมประเภทหนึ่งที่น่าวันจะทวีความรุนแรงมากขึ้น โดยเฉพาะการกระทำความผิดทางเพศที่เกิดขึ้นกับเด็กและเยาวชน โดยผู้ก่อเหตุเป็นบุคคลในครอบครัว อนึ่ง เหตุการณ์ในคดีความผิดทางเพศ ซึ่งกำหนดให้ผู้กระทำต้องได้รับโทษหนักขึ้นภายใต้เงื่อนไขบางประการ บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 แต่จากการศึกษาพบว่า บทบัญญัติดังกล่าวยังมีข้อบกพร่องบางประการ ไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับกรณีของผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ปกครองของเด็กและเยาวชนตามความเป็นจริงได้ ทำให้เด็กและเยาวชนที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองจากบทบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงนำมาศึกษาวิเคราะห์ เพื่อหาแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุกรรจ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ที่ผู้กระทำเป็นบิดาหรือมารดาเลี้ยงกระทำต่อลูกเลี้ยง

เมื่อพิจารณาจากสถิติของการข่มขืนกระทำชำเรา ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันพบว่า การล่วงละเมิดทางเพศส่วนใหญ่ผู้ก่อเหตุมักเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันกับเหยื่อ ซึ่งอาศัยเหตุแห่งการอยู่ร่วมบ้านชานคาเดียวกัน ทำให้มีโอกาสลงมือกระทำการข่มขืนกระทำชำเราเหยื่อ โดยเฉพาะกรณีของบิดาเลี้ยงที่ได้กระทำต่อลูกเลี้ยงพบว่าในปัจจุบันมีเหตุการณ์ในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นจำนวนมาก ที่สำคัญเหยื่อซึ่งเป็นลูกเลี้ยง ไม่อาจหนีไปจากสถานการณ์อันล่อแหลมที่อาจเกิดการกระทำความผิดทางเพศได้ เนื่องจากเหยื่ออาศัยอยู่กับมารดาซึ่งเป็นผู้ปกครอง และบางกรณีพบว่า มารดามีส่วนรู้เห็นในการกระทำของบิดาเลี้ยงของเหยื่อ หรือในบางกรณีก็ไม่เชื่อว่าบิดาเลี้ยงจะสามารถลงมือก่อเหตุกับเหยื่อซึ่งเป็นบุตรของตนได้ ทั้งนี้ อาจมีสาเหตุมาจากตัวของมารดาเองต้องอาศัยเงินของบิดาเลี้ยงในการดูแลให้การศึกษาแก่บุตร ส่งผลทำให้ต้องยินยอมให้มีการกระทำความผิดทางเพศเกิดขึ้นภายในครอบครัว ส่วนกรณีการข่มขืนกระทำชำเราโดยผู้กระทำเป็นมารดาเลี้ยงซึ่งได้กระทำต่อลูกเลี้ยงนั้น ถึงแม้ยังไม่มีปรากฏว่าเคยเกิดในประเทศไทย แต่ก็เคยเกิดขึ้นในต่างประเทศ แม้จะเป็นกรณีที่เกิดขึ้นไม่บ่อยนักก็ตาม แต่ก็เป็นการกระทำความผิดทางเพศที่อาจเกิดขึ้นได้

อนึ่ง มาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติเพิ่มโทษกรณีกระทำชำเราผู้อยู่ในอำนาจปกครองเอาไว้ แต่เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นความผิดอาญา ซึ่งต้องตีความโดย

เคร่งครัด ประกอบกับประมวลกฎหมายอาญามีได้มีการให้คำจำกัดความคำว่า ผู้อยู่ในความปกครองเอาไว้ ดังนั้นจึงต้องตีความความหมายของคำว่า “ผู้อยู่ในความปกครอง” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 เมื่อพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 แล้วพบว่า ผู้กระทำได้กระทำต่อผู้สืบสันดาน ย่อมหมายถึง ผู้กระทำเป็นบิดาทางสายโลหิตกระทำต่อบุตรของตนไม่ว่าบุตรดังกล่าวจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และกรณีผู้อยู่ในความปกครอง ย่อมหมายถึง บิดาที่ได้อำนาจการปกครองมาโดยกฎหมาย อันหมายถึง บิดาบุญธรรมนั่นเอง บทบัญญัติดังกล่าวหาได้มีถ้อยคำใด ที่กล่าวถึงกรณีของบิดาหรือมารดาเลี้ยง ซึ่งเป็นกรณีบิดาหรือมารดาเลี้ยงได้มาอาศัยอยู่กับบิดาหรือมารดาของเหยื่อ อันเป็นเหตุให้บิดาหรือมารดาเลี้ยงต้องมาอยู่ร่วมชายคาเดียวกันกับลูกเลี้ยงซึ่งเป็นผู้ถูกระทำ

เมื่อทำการศึกษากฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ ประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า ได้กำหนดการกระทำความผิดทางเพศ โดยมาตรา 720 ได้กำหนดเหตุฉกรรจ์ที่คำนึงถึงลักษณะของเหยื่อไว้หลายกรณี กรณีหนึ่งที่กำหนดไว้คือ ผู้กระทำได้กระทำต่อเหยื่อที่อายุต่ำกว่า 18 ปี และเป็นสมาชิกในครอบครัว ขณะที่มาตรา 112A-3 ได้ให้ความหมายของคำว่า สมาชิกของครอบครัว หมายถึง สมรส อดีตคู่สมรส พ่อแม่ลูก ลูกคิด และบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องทางสายโลหิต หรือโดยการแต่งงาน ผู้ซึ่งมีส่วนร่วมหรือเคยอยู่อาศัยร่วมกัน บุคคลผู้ซึ่งมีหรือถูกกล่าวหาว่ามีบุตรร่วมกัน หรือบุคคลที่มีส่วนร่วมหรือมีความสัมพันธ์ทางสายเลือด บุคคลผู้ซึ่งเคยมีความสัมพันธ์แบบคู่รัก หรือเคยหมั้น หรือเคยเป็นผู้ดูแลคนพิการ ไม่มีความสามารถ และดูแลผู้ป่วยตามที่กำหนดไว้ในอนุมาตรา (E) ของมาตรา 12-4 , 4a แห่งประมวลกฎหมายอาญา ปี ค.ศ. 2012 จากบทบัญญัติดังกล่าว เห็นได้ว่า กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดเหตุฉกรรจ์เพื่อให้มีการลงโทษผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ให้ได้รับโทษหนักขึ้นเอาไว้ และได้ให้ความหมายของคำว่าสมาชิกในครอบครัวเอาไว้อย่างกว้าง โดยหมายถึงกลุ่มบุคคลที่เข้ามาอยู่เป็นสมาชิกในครอบครัวทุกลักษณะ รวมถึงการเข้ามาเกี่ยวข้องกัน โดยการแต่งงานด้วย จึงถือได้ว่า การที่บิดาหรือมารดาเลี้ยง ได้แต่งงานกับบิดาหรือมารดาของลูกเลี้ยงและทำให้บิดาหรือมารดาเลี้ยงและลูกเลี้ยงต้องมาอาศัยอยู่ร่วมชายคาเดียวกัน กลายเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกัน ดังนั้น ตามกฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ประเทศสหรัฐอเมริกา หากบิดาหรือมารดาเลี้ยงได้กระทำความผิดทางเพศโดยกระทำต่อลูกเลี้ยง ย่อมเป็นเหตุฉกรรจ์ให้ผู้กระทำต้องได้รับโทษหนักขึ้น

ภายใต้กฎหมายของประเทศอังกฤษพบว่า ได้บัญญัติเพิ่มโทษแก่ผู้ที่ก่อเหตุข่มขืนกระทำชำเรากรณีผู้กระทำและผู้ถูกระทำมีความสัมพันธ์ในครอบครัวด้วยเช่นเดียวกัน โดยความสัมพันธ์ในครอบครัวนี้รวมถึง กรณีที่ผู้กระทำและผู้ถูกระทำได้อาศัยหรือเคยอาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน หรือผู้กระทำได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการให้การฝึกอบรมหรือดูแลผู้ถูกระทำด้วย

นอกจากนี้ ยังหมายรวมถึง บุคคลที่เป็นคู่สมรสของบิดาหรือมารดา และพี่หรือน้องซึ่งเป็นบุตรของ คู่สมรสของบิดาหรือมารดาด้วย เมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศอังกฤษดังที่กล่าวมาข้างต้น แล้วจะเห็นได้ว่า ครอบครัวถึงกรณีบิดาหรือมารดาเลี้ยงได้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยง ไม่ว่าบิดาหรือมารดาเลี้ยงได้จดทะเบียนสมรสกับบิดาหรือมารดาของเหยื่อหรือไม่ก็ตาม หากบิดา หรือมารดาเลี้ยงและลูกเลี้ยง ได้อาศัยหรือเคยอาศัยอยู่ในบ้านเดียวกันแล้ว ย่อมอยู่ภายใต้การบังคับ ของกฎหมายมาตราดังกล่าวทั้งสิ้น

สำหรับบทกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำ ความผิดทางเพศกรณีผู้อยู่ในความปกครองไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาตรา 174 โดย บทบัญญัติดังกล่าวนี้ได้ให้การคุ้มครองแก่เด็ก 3 กลุ่ม คือ กลุ่มเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี และอยู่ใน ความดูแลของผู้กระทำความผิด เพื่อให้การศึกษาอบรมสั่งสอนในการดำเนินชีวิต กลุ่มเด็กที่มีอายุ ต่ำกว่า 18 ปี โดยเด็กอยู่ในความดูแลของผู้กระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็เด็กที่อยู่ใต้การบังคับบัญชา ตามหน้าที่การงาน หรือเด็กที่ต้องให้การอบรมเลี้ยงดู และกรณีที่เด็กมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ที่เป็นบุตร ของผู้กระทำความผิด หรือบุตรบุญธรรมของผู้กระทำความผิด โดยความหมายของการให้การ อบรมเลี้ยงดูดังกล่าวข้างต้นหมายถึงการให้การอบรมเลี้ยงดูตามความเป็นจริง ดังนั้น บทบัญญัติ มาตรา 174 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน จึงให้ความคุ้มครองแก่เหยื่อ ทั้งกรณีที่ผู้กระทำเป็น บิดาหรือมารดาเลี้ยง ซึ่งเป็นผู้ปกครองตามความเป็นจริง และบิดาโดยสายโลหิต และบิดาบุญธรรม ซึ่งเป็นบิดาโดยกฎหมาย หากใช่เพียงการให้ความคุ้มครองเฉพาะกรณีผู้กระทำเป็นบิดาโดย สายโลหิตและบิดาบุญธรรมตามกฎหมายดังเช่น มาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศ ไทยไม่

ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า การกำหนดเหตุฉกรรจ์เพื่อให้ผู้กระทำความผิดทางเพศต้องได้รับโทษ หนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 กรณีการกระทำต่อผู้อยู่ในความปกครองจึงไม่ควร หมายรวมถึงเฉพาะผู้อยู่ในความปกครองตามกฎหมาย ควรตีความอย่างกว้างโดยให้หมายความ รวมถึงบิดาหรือมารดาเลี้ยง ซึ่งต้องมาอยู่ร่วมชายคากับผู้ถูกกระทำและมีโอกาสก่อเหตุอาชญากรรม ทางเพศสูงกว่าปกติทั่วไปให้เป็นเหตุฉกรรจ์เหตุหนึ่งที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้นด้วย

2. ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุฉกรรจ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ที่ผู้กระทำเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง

ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน พบว่า นอกจากพบการกระทำความผิดทางเพศ โดยบิดาเลี้ยงได้กระทำต่อลูกเลี้ยงแล้ว ยังพบว่ามีกรกระทำทำความผิดทางเพศ ที่ผู้ก่อเหตุเป็น เกรือญาติกับเหยื่อเกิดขึ้นหลายกรณี เช่น กรณีปู่ ลุง อา ลุงเขย ฯลฯ โดยบุคคลเหล่านี้ เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงของเหยื่อ ซึ่งด้วยความจำเป็นที่บิดามารดาของเหยื่อได้ส่ง

บุตรหลานของตนไปอยู่ในความปกครองตามความเป็นจริง เพื่อสะดวกด้านการศึกษา แต่บทบัญญัติมาตรา 285 ซึ่งเป็นบทกำหนดเหตุกรรจ์ที่ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้นไม่ครอบคลุมถึงกรณีผู้กระทำเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงแต่ประการใด

เมื่อทำการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศพบว่า ประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดเหตุกรรจ์เพื่อให้ผู้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษเพิ่มขึ้น โดยกำหนดตามลักษณะของผู้ถูกระทำและผู้กระทำไว้ว่า ผู้ถูกระทำเป็นสมาชิกในครอบครัวและมีอายุต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์ โดยสมาชิกในครอบครัวนั้น หมายถึงผู้กระทำที่เป็น “บุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกันทางสายโลหิตหรือโดยการแต่งงาน” ด้วย ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ถูกระทำหรือเหยื่อมิได้เป็นผู้สืบสันดานของผู้กระทำโดยตรง แต่หากมีความเกี่ยวข้องกันทางสายโลหิตหรือโดยการแต่งงานและเป็นเหตุให้มาอยู่ร่วมชายคาเดียวกันเป็นสมาชิกของครอบครัวแล้ว ย่อมต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามกฎหมายฉบับนี้

เมื่อทำการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายของประเทศอังกฤษพบว่า ได้กำหนดเหตุกรรจ์ให้ผู้กระทำความผิดทางเพศต้องได้รับโทษหนักขึ้น ในกรณีผู้กระทำและเหยื่อมีความสัมพันธ์กันโดยการอาศัยหรือเคยอาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน หรือผู้กระทำได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการดูแลและการฝึกอบรมผู้ถูกระทำ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมิได้คำนึงถึงการใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้น แต่ได้บัญญัติขึ้นเพื่อนำมาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดทางเพศซึ่งได้กระทำต่อผู้ที่อยู่ในอำนาจปกครองตามความเป็นจริงซึ่งอาศัยหรือเคยอาศัยอยู่ร่วมบ้านเดียวกัน ไม่ว่าผู้กระทำจะเกี่ยวข้องกันกับเหยื่อโดยเป็นเครือญาติตามสายโลหิตหรือโดยการแต่งงานก็ล้วนนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดได้ทั้งสิ้น

สำหรับบทบัญญัติของกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 174 ได้กำหนดเหตุกรรจ์เพื่อให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษสูงขึ้น ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำต่อ (1) ผู้มีอายุต่ำกว่า 16 ปี หรือ (2) ต่ำกว่า 18 ปี ที่ผู้กระทำได้รับมอบอำนาจให้การดูแลหรือให้การศึกษา กฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ให้ความสำคัญกับกรณีผู้ถูกระทำได้กระทำต่อผู้อยู่ในความปกครองตามความเป็นจริง ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นบิดาบุญธรรม หรือเครือญาติโดยสายโลหิตหรือโดยการแต่งงาน แต่หากอยู่ร่วมชายคากับเหยื่อที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และเป็นผู้ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดูแลให้การศึกษแก่เหยื่อแล้ว ย่อมสามารถนำมาตรา 174 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาบังคับใช้ได้ทั้งสิ้น

ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า การตีความ ความหมายของคำว่า ผู้อยู่ในความปกครองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ควรตีความตามความเป็นจริง เพื่อให้การคุ้มครองผู้อยู่ในความปกครอง

ตามมาตรา 285 ครอบคลุมถึงกรณีการข่มขืนกระทำชำเราซึ่งผู้กระทำเป็นเครือญาติและมีอำนาจปกครองตามความเป็นจริงแก่เหยื่อด้วย

3. ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุฉกรรจ์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ที่ผู้กระทำเป็นเครือญาติ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ได้บัญญัติไว้ว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือ มาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม”

บทบัญญัติดังกล่าวมิได้ให้บัญญัติถึงกรณีที่ผู้กระทำกับเหยื่อมีความสัมพันธ์กันในลักษณะเครือญาติ เช่น เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน หรือเป็นเครือญาติในลักษณะอื่น ดังที่เคยเกิดกรณีการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยเครือญาติ เช่น กรณีเหยื่อถูกล่วงละเมิดโดยบุคคลที่เป็นลูกพี่ลูกน้องกัน บุคคลที่เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน หรือบุคคลที่เป็นพี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน

เนื่องจากเหยื่อโดยส่วนใหญ่เป็นเด็ก ยังไม่อาจหลีกเลี่ยงหนีไปจากสถานการณ์ที่อาจถูกล่วงละเมิดทางเพศด้วยตนเองได้ ที่สำคัญเหยื่อต้องเข้าไปอยู่ร่วมชายคากับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเครือญาติ และถึงแม้บางกรณีมิได้อยู่ร่วมชายคา แต่บุคคลเหล่านี้สามารถเข้าถึงตัวเหยื่อได้ง่ายกว่าบุคคลอื่นทั่วไป อันเนื่องมาจากการบ้านเรือนอาศัยอยู่บริเวณใกล้กันและด้วยความที่เป็นเครือญาติก็ทำให้สามารถเข้าออกในบ้านพักอาศัยของเหยื่อได้ง่าย ทำให้มีโอกาสก่อเหตุกระทำความผิดทางเพศได้ง่ายกว่าบุคคลอื่นทั่วไป เป็นต้น

ในอดีต ขณะที่มีการบัญญัติกฎหมายอาญา มาตรา 285 บริบทของสังคมอาจมีกรณีของการกระทำความผิดทางเพศระหว่างเครือญาติค่อนข้างน้อย ทำให้ไม่ใช่ว่าเหตุผลเพียงพอที่จะบัญญัติให้การกระทำความผิดทางเพศระหว่างเครือญาติเป็นเหตุฉกรรจ์ในความผิดอาญา อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน การกระทำความผิดทางเพศซึ่งในเครือญาติได้กระทำระหว่างกันนั้น ได้ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม มากกว่ากรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลอื่นซึ่งมิได้มีความเกี่ยวพันใดๆ กับเหยื่อ ดังนั้น เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการกำหนดโทษทางอาญา ซึ่งถือว่าการกระทำความผิดทางเพศนั้น เป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อความปลอดภัยของบุคคลและสังคม ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า ควรขยายขอบเขตของการบังคับใช้มาตรา 285 ให้ครอบคลุมถึงผู้กระทำที่มีความสัมพันธ์ในครอบครัวต่อเหยื่อในลักษณะเป็นเครือญาติ โดยคำ

จำกัดความดังกล่าว ควรนำบทบัญญัติของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาเป็นแนวทาง

4. เหตุผลความจำเป็นในการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษตามมาตรา 285 ให้คุ้มครองผู้ถูกล่วงละเมิดทางเพศจากบิดาเลี้ยงหรือมารดาเลี้ยง ผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง และผู้เป็นเครือญาติ

ในปัจจุบัน การกระทำความผิดทางเพศได้เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะการกระทำความผิดทางเพศที่ผู้กระทำและเหยื่อมีความสัมพันธ์เป็นครอบครัวเดียวกันอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งความสัมพันธ์กันโดยเป็นเครือญาติตามสายโลหิต และความสัมพันธ์เป็นเครือญาติผ่านการแต่งงานของบุคคลในครอบครัว ซึ่งที่ผ่านมาพบว่า มีการกระทำความผิดทางเพศโดยการข่มขืนกระทำชำเราและการทำอนาจาร กรณีของบิดาเลี้ยงได้กระทำต่อลูกเลี้ยง กรณีผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงกระทำต่อผู้อยู่ในความปกครอง กรณีเครือญาติเช่น เป็นลูกพี่ลูกน้อง เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน กระทำการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัว

ด้วยเหตุที่มีความสัมพันธ์กับเหยื่อในฐานะเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกันดังกล่าวนี้เอง เมื่อก่อนเหตุกระทำความผิดทางเพศลักษณะใดลักษณะหนึ่งต่อเหยื่อจึงส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน และต่อความคาดหวังของสังคมได้มากกว่าการก่อเหตุโดยบุคคลอื่นซึ่งมิได้มีความสัมพันธ์เป็นสมาชิกในครอบครัวกับเหยื่อ ด้วยเหตุนี้เอง ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า สมควรมีการบัญญัติให้เหตุฉกรรจ์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ซึ่งจะมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดทางเพศตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 ซึ่งกระทำต่อสมาชิกในครอบครัว ที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี บริบูรณ์ ต้องได้รับโทษหนักขึ้น เพื่อเป็นการคุ้มครองต่อเหยื่อซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี บริบูรณ์ ซึ่งถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยบุคคลที่เป็นสมาชิกในครอบครัว นอกจากนี้ยังเป็นการปรับปรุงบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาของไทย ให้สอดคล้องกับนานาอารยประเทศยิ่งขึ้นด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเรื่อง ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในการกระทำความผิดทางเพศ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ศึกษากรณีเป็นการกระทำแก่สมาชิกในครอบครัว ซึ่งพบว่า ยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีผู้กระทำเป็นบิดาหรือมารดาเลี้ยงที่กระทำต่อลูกเลี้ยง กรณีผู้กระทำเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงที่กระทำต่อผู้อยู่ในความปกครอง และกรณี

การกระทำต่อผู้มีความสัมพันธ์เป็นเครือญาติกันซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี บริบูรณ์ ผู้ศึกษาจึงขอเสนอให้มีการแก้ไข ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 จากเดิมบัญญัติไว้ว่า

มาตรา 285 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม”

โดยใช้ถ้อยคำต่อไปนี้แทน

มาตรา 285 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ผู้มีความสัมพันธ์เป็นเครือญาติ ซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี บริบูรณ์ ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครองตามความเป็นจริง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม

ผู้มีความสัมพันธ์เป็นเครือญาติ หมายถึง พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน พี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน พี่หรือน้องของบิดา พี่หรือน้องของมารดา บุตรของพี่หรือน้องของบิดาหรือมารดา ผู้อยู่กินฉันท์สามีภรรยา กับบิดาหรือมารดา หรือบุตรของผู้อยู่กินฉันท์สามีภรรยา กับบิดาหรือมารดา

ความปกครองตามความเป็นจริง หมายถึง การมีส่วนร่วมให้การอบรมเลี้ยงดู ให้การศึกษา หรือให้ทรัพย์สินแก่การยังชีพ”

ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการกระทำความผิดทางเพศจากบุคคลในครอบครัว หรือผู้มีความสัมพันธ์เป็นเครือญาติ โดยกำหนดให้เป็นเหตุฉกรรจ์ที่ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษหนักขึ้น



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

กรมองค์การระหว่างประเทศ. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร : กระทรวงการต่างประเทศ, 2551.

กาญจนา แก้วเทพ. ม่านแห่งอคติ : ความสัมพันธ์ระหว่างสตรีกับสถาบันสังคม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2542.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2557.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดจิรัชการพิมพ์, 2549.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. กรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงสยามพริ้นติ้งกรุ๊ป จำกัด, 2536.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. อิทธิพลของฝรั่งเศส ในการปฏิรูปกฎหมายไทย. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539.

ณัฐฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. “ทฤษฎีอาชญาวิทยา” ใน แนวการศึกษาชุดวิชา กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง หน่วยที่ 5 สาขาวิชานิติศาสตร์. นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553.

ณัฐฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. ทฤษฎีการลงโทษ. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2551.

ชงทอง จันทรางศุ. กฎหมายไทยในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้น. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529.

ประธาน วัฒนวานิชย์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2546.

ไม่ปรากฏนามผู้แต่ง. ประมวลกฎหมายรัชการที่ 1 จ.ศ. 1166 เล่ม 2. กรุงเทพมหานคร :
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.

วีระวัฒน์ ปวรอาจารย์. รวมคำบรรยายภาค 1 สมัยที่ 63 เล่มที่ 15. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรม
ศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553.

สำนักงานตำรวจแห่งชาติ. “สิทธิมนุษยชนสากล” คู่มือหลักสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรม
ที่พนักงานสอบสวนควรรู้. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, ม.ป.ป..

สหธน รัตนไพจิตร. “ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้
กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.

สำนักส่งเสริมความเสมอภาคหญิงชาย. “ความหมายของสิทธิมนุษยชนสตรี.” เอกสารเผยแพร่
ความรู้. กรุงเทพมหานคร : กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, 2551.

เสถียร วิชัยลักษณ์. กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์นิติเวช, 2495.

เสริม วินิจชัยกุล. กฎหมายอาญาภาคปลาย. คำสอนชั้นปริญญาตรี. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์และการเมือง, 2482.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และปกป้อง ศรีสนิท. “โครงการศึกษาวิจัยการศึกษาเพื่อพัฒนาการแนว
ทางการลงโทษหลักการลงโทษที่ได้สัดส่วนกรณีคดียาเสพติดให้โทษ,” คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2558.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2556.

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, 2560.

อดิศร เสมแย้ม. “การล่วงละเมิดทางเพศในสถานที่ทำงาน” สตรีศึกษา. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.

อัจฉริยา ชูตินันท์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : คณะ
นิติศาสตร์ปริทัศน์ มหวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556.

อัจฉริยา ชูตินันท์. อาชญาวิทยาและทัณฑ์วิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
วิญญูชน, 2561.

อัจฉริยา ชูตินันท์. อาชญาวิทยาและทัณฑ์วิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
วิญญูชน, 2561.

กฎหมาย

ประมวลกฎหมายอาญา

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118.ราชกิจจานุเบกษา (9 เมษายน ร.ศ. 118), น.
11-12.

วิทยานิพนธ์

ชญาณี เลียบทวิ. “มาตรการกำหนดโทษอาญาตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522,”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

ชิดชนก แผ่นสุวรรณ. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตรา
สามดวง ถึงประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, 2548.

ประสิทธิ์ พัฒนอมร. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

ทวีพร คงแก้ว. “เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะ
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.

สุวิทย์ วนาสวรรณวิชและคณะ. “เหตุเพิ่มโทษของผู้กระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่เป็น
นักการเมือง.” งานค้นคว้าส่วนอิสระบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ, 2554.

อภิรักษ์ ทิมวงศ์. “สิทธิของเหยื่ออาชญากรรมในกฎหมายระหว่างประเทศ : ผลกระทบต่อประเทศ
ไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

วารสาร

กมลินทร์ พิณีจวบดล. “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก : สิทธิเด็กในประเทศไทย.” บทบัณฑิตย์. เล่มที่
53. น. 100-105. (ธันวาคม 2540).

ปกป้อง ศรีสนธิ. “การวิเคราะห์โทษอาญาด้วยหลักนิติเศรษฐศาสตร์.” วารสารนิติศาสตร์. เล่ม 3. ปี
ที่ 39. น. 521. (กันยายน 2553).

หยุด แสงอุทัย. “การกำหนดโทษสำหรับความผิดในประมวลกฎหมายอาญา.” คุณภาพ เล่ม 7. ปีที่
8. น. 931-935. (สิงหาคม 2503).

เอกสารอื่น

ปกป้อง จันวิทย์. “ความรู้เบื้องต้นว่าด้วยนิติเศรษฐศาสตร์.” เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่อง การ
วิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์. สถาบันรพีพัฒน
ศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2557.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และปกป้อง ศรีสนธิ. โครงการศึกษาวิจัยการศึกษาเพื่อพัฒนาการแนว
ทางการลงโทษหลักการลงโทษที่ได้สัดส่วนกรณีคดียาเสพติดให้โทษ. คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์. 2558.

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

ภัทรานาด ชาติธิเบศร์. “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (ตอนที่ 1).” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กันยายน 2561.

จาก <http://www.l3nr.org/posts/258581>.

สนามข่าว 7 สี. “พ่อเลี้ยงข่มขืนลูกเลี้ยงวัย 14 ปี จนท้อง รับทำแค่ 2 ครั้งไม่คิดว่าจะท้อง อ่างเด็ก
ยินยอม.” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2561, จาก <https://www.bugaboo.tv/watch/354729>.

สำนักข่าวไลน์ทูเดย์. “เข้าใจภัยข่มขืนผ่านสถิติ : สำรวจเนื้อหาข่าวข่มขืนบนหน้าหนังสือพิมพ์
ไทย.” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2561. จาก [https://today.line.me/th/pc/article/เข้าใจภัย
ข่มขืนผ่านสถิติ+สำรวจเนื้อหาข่าวข่มขืนบนหน้าหนังสือพิมพ์ไทย-gqr71](https://today.line.me/th/pc/article/เข้าใจภัยข่มขืนผ่านสถิติ+สำรวจเนื้อหาข่าวข่มขืนบนหน้าหนังสือพิมพ์ไทย-gqr71).

สำนักข่าวไลน์ทูเดย์. “เข้าใจภัยข่มขืนผ่านสถิติ : สำรวจเนื้อหาข่าวข่มขืนบนหน้าหนังสือพิมพ์
ไทย.” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2561. จาก [https://today.line.me/th/pc/article//เข้าใจภัย
ข่มขืนผ่านสถิติ+สำรวจเนื้อหาข่าวข่มขืนบนหน้าหนังสือพิมพ์ไทย-gqr71N](https://today.line.me/th/pc/article//เข้าใจภัยข่มขืนผ่านสถิติ+สำรวจเนื้อหาข่าวข่มขืนบนหน้าหนังสือพิมพ์ไทย-gqr71N).

สำนักข่าวทีนิวส์. “เลวสุดบรรยาย พ่อเลี้ยงลักพาตัวและข่มขืน 2 พี่น้อง จนตั้งท้องหากติดต่อแม่จะ
ฆ่ายกครัว.” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2561. จาก [http://www.tnews.co.th/contents/
394652](http://www.tnews.co.th/contents/394652).

สำนักข่าวไทยพีบีเอส. “พ่อเลี้ยงสารภาพฆ่าสาว 18 หวังข่มขืน.” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2561.

จาก <https://news.thaipbs.or.th/content/274467>.

สำนักข่าวไอเอ็นเอ็น. “รวบพ่อเลี้ยงหื่น ชื่นใจลูกนานกว่า 3 ปี หลังหนีกบดานในจังหวัด นครสวรรค์ แม่เด็กเครียดจนเกือบฆ่าตัวตาย.” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2561. จาก

<https://www.sanook.com/news/6192150/>.

สำนักข่าว ไอเอ็นเอ็น. “ล้อมหนัก ปู่-อา ข่มขืนหลานสาว ตั้งแต่ 10 ขวบ นาน 4 ปี.” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2561. จาก https://www.innnews.co.th/regional-news/news_116293/.

สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ. “ผลร้ายซ้ำซ้อน “เหยื่อทางเพศ” เด็ก ยิ่งต้อง ห่วง.” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2561. จาก <http://www.thaihealth.or.th/Content/4229-0%20เหยื่อทางเพศ%20%20เด็ก%20ยิ่ง%20ต้องห่วง.html>.

หนังสือพิมพ์ข่าวสด. “แม่ช็อกปล่อยโฮ ผัวข่มขืนลูกสาว พ่อตัดขาด “เอ็ม” แฉเมียนับสิบขึ้นใจ ดญ. – เพยนาทีหนี.” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2561. จาก https://www.khaosod.co.th/special-stories/news_1181725.

หนังสือพิมพ์ข่าวสด. “สลดคดีข่มขืนเด็กฝรั่งเศสที่พญา แม่รู้เห็นทุกครั้งทีพ่อเลี้ยงข่มขืนทั้งลูกสาว- ลูกชาย.” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กันยายน 2561. จาก https://www.khaosod.co.th/special-stories/news_431799.

หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ. “รวบแล้วพ่อเลี้ยง ข่มขืนลูกวัย 12 สลด แม่แท้ๆ รู้เห็น.” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2561. จาก <https://www.thairath.co.th/content/502266>.

หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ. “แม่ ค.ญ. 11 ปี เหยื่อพ่อเลี้ยงหื่นเหย ลูกดิ้น ลั่นเอาเรื่องถึงที่สุด.” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กันยายน 2561. จาก <https://www.thairath.co.th/content/1303032>.

หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ. “รวบลุงหื่นคาเตียง งดหน้าต่างบุกข่มขืนหลานสาวมาราธอน นาน 5 ปี.” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2561. จาก <https://www.thairath.co.th/content/1014774>.

ศูนย์ข้อมูลความรุนแรงต่อเด็ก สตรี และความรุนแรงในครอบครัว. “นโยบายและแผนขจัดความรุนแรงต่อเด็กและสตรี.” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กันยายน 2561, จาก <http://www.violence.in.th/publicweb/NewsDetail.aspx?id=34&type=5>.

อุกฤษฏ์ แพทย์น้อย. “ทฤษฎีสัทธาตามธรรมชาติ.” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กันยายน 2561. จาก <http://pioneer.chula.ac.th/~pukrit/2207102/right.html>.

อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ.” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กันยายน 2561. จาก <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/cedawt.pdf>.

ต่างประเทศ

Herbert L. Packer. The Limits of the Criminal Sanction. Stanford, Cal : Stanford University Press, 1968.

Steven D. Levitt and Thomas J. Miles. "Empirical study of criminal punishment." Handbook of Law and Economic. Volume 1. Elsevier. p.458. 2007.



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาวอร จันทนอรพินท์
วันเดือนปีเกิด	9 เมษายน 2532
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2554 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสยาม
ตำแหน่ง	รอง สารวัตร กลุ่มงานนิติกรด้านสอบสวนและพิจารณา โทษ กองวินัย สำนักงานตำรวจแห่งชาติ

