

ปัญหาการกำหนดความผิดและบทลงโทษ การกระทำซ้ำเรา
เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี

จริยาภรณ์ พงษ์รัตน์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

2559

ปัญหาการกำหนดความผิดและบทลงโทษ การกระทำซ้ำเรา

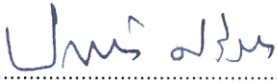
เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี

จริยาภรณ์ พงษ์รัตน์

คณะนิติศาสตร์

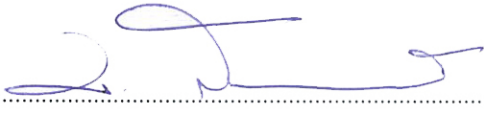
ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ดร.วริยา ลำเลิศ)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

รองศาสตราจารย์..........ประธานกรรมการ
(ดร.ปกป้อง ศรีสนิท)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........กรรมการ
(ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........กรรมการ
(ดร.วริยา ลำเลิศ)

ศาสตราจารย์..........คณบดี
(ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

มิถุนายน 2559

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	ปัญหาการกำหนดความผิดและบทลงโทษ การกระทำชำเรา เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี
ชื่อผู้เขียน	นางสาวจริยาภรณ์ พงษ์รัตน์
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2559

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงแนวความคิด เจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมาย นิยามความหมาย ของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” และ “กระทำชำเรา” สารสำคัญขององค์ประกอบความผิด และการกำหนดโทษ ในประเด็นการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี โดยการศึกษาวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบกฎหมายอาญาไทยกับกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นๆ ของต่างประเทศทั้งในระบบ Common Law คือสหรัฐอเมริกา และ Civil Law คือ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และสาธารณรัฐฝรั่งเศส

จากการศึกษาตัวบทกฎหมาย องค์ประกอบความผิด ในการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์ ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาตรา 277 นั้น ได้บัญญัติให้การกระทำชำเราเด็ก ด้วยคำว่า “ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม” ทำให้การกระทำชำเราเด็กที่มีลักษณะข่มขืนใจเด็กและฐานความผิดการกระทำชำเราเด็กโดยเด็กยินยอมรวมอยู่ในความผิดมาตราเดียวกันและการกำหนดโทษเช่นเดียวกัน ถึงแม้ว่าประมวลกฎหมายอาญฉบับปัจจุบัน พ.ศ.2558 จะมีการแก้ไขโทษในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 ก็ตาม แต่เป็นเพียงการแก้ไขในส่วนส่วนของโทษปรับเท่านั้น โดยเหตุผลของการแก้ไขโทษปรับนั้น คือการปรับไปตามอัตราค่าเงินที่เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบัน ซึ่งการแก้ไขโทษปรับนั้น รัฐเป็นผู้ได้เงินจากโทษปรับ มิใช่ผู้เสียหาย ผู้เสียหายจึงต้องฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนฐานละเมิดในทางแพ่งอีกทางหนึ่ง หรือใช้วิธีการเรียกค่าเสียหายคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องอาญาก็ตาม แต่ฐานการกำหนดโทษจำคุกยังคงเป็นไปตามเดิม กล่าวคือตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคหนึ่ง กำหนดโทษจำคุก “ตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี” ซึ่งเป็นอัตราโทษจำคุกที่เท่ากันกับมาตรา 276 วรรคหนึ่ง และตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคสาม กำหนดโทษจำคุก “ตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี” สำหรับในส่วนการกำหนดฐานความผิดให้เป็นไปตามลักษณะของการกระทำความผิดยังขาดความชัดเจนแน่นอนอยู่ กล่าวคือ ยังคงปรากฏให้เห็นในคำพิพากษาศาลต่างๆ มาเสมอว่าข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเป็นการกระทำชำเราเด็กที่อายุไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำจะถูกลงโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคหนึ่ง แต่ข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเป็นการกระทำชำเราต่อเด็กที่อายุไม่เกินสิบสามปี ผู้กระทำจะถูกลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 277 วรรคสาม และศาลจะใช้ดุลพินิจ ในการพิจารณาวินิจฉัยเพื่อพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดจากข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นว่าเด็กผู้เสียหายยินยอมเองหรือถูกข่มขืนใจด้วย เป็นกรณีๆ ไป ทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความคุ้มครองในเรื่องดังกล่าวอย่างเหมาะสม และยังทำให้การลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นไปโดยไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ดังนั้น เพื่อให้กระบวนการวินิจฉัยคดีของศาลในการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ดำเนินไปได้โดยมีประสิทธิภาพ และเพื่อให้สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ อย่างถูกต้องและเหมาะสมยิ่งขึ้น ผู้วิจัยจึงได้ศึกษาหลักทฤษฎีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับ หลักเกณฑ์การกำหนดอายุของบุคคลที่เป็น “เด็ก” วัตถุประสงค์ของการลงโทษของความผิดทางอาญา ประเภทของเหยื่ออาชญากรรม ความยินยอมกับการรับผิดทางอาญา การลงโทษในความผิดทั่วไปและความผิดที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น รวมถึงศึกษาตามแนวคิดการบัญญัติฐานความผิดและการลงโทษในประเทศต่างๆ ตลอดจนทฤษฎีหรือการอธิบายความหมายของคำว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” และ “การกระทำชำเรา” ของนักกฎหมายประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อให้ได้แนวทางที่เป็นประโยชน์และเหมาะสม ที่จะคุ้มครองผู้เสียหายให้ได้รับความสงบสุขในสังคมได้อย่างแท้จริง จากการศึกษาหลักทฤษฎีต่างๆ ของนักกฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนตัวบทกฎหมายและการกำหนดโทษของต่างประเทศ คือ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส ในเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราบททั่วไป การข่มขืนกระทำชำเราเด็ก การกระทำชำเราเด็กนั้น เห็นว่าแม้จะมีความแตกต่างในเรื่องการกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กในแต่ละประเทศ แต่ทั้งสามประเทศมีการกำหนดฐานความผิดการข่มขืนกระทำชำเราเด็กซึ่งมีโทษสูงกว่าแยกออกจากความผิดฐานกระทำชำเราเด็กซึ่งมีโทษน้อยกว่าหรือเท่ากัน เมื่อเปรียบเทียบกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบททั่วไป ซึ่งสามารถเรียงลำดับความหนักเบาของโทษตามฐานความผิด ดังนี้ ความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราเด็ก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

เนื่องจากการกระทำชำเราหรือการข่มขืนกระทำชำเราต่อเด็ก เป็นการกระทำที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายอันเป็นการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือเป็นการกระทำที่คนในสังคมเกรงว่าตนเองจะได้รับอันตราย ผู้วิจัยประสงค์ให้ตัวบทกฎหมายอาญาของไทยเป็นสิ่งที่คุ้มครองผู้เสียหาย ในเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราเด็กอันเป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อนและเป็นอันตรายต่อความรู้สึกของผู้เสียหายที่เป็นเด็กและผู้ปกครองของผู้เสียหายให้มีประสิทธิภาพ กรณีนี้สมควรที่สภานิติบัญญัติของไทยจะนำแนวคิด และเจตนารมณ์ของการกำหนดฐานความผิดและบทลงโทษในเรื่องการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก ของต่างประเทศมาปรับใช้และเป็นแนวทางในการพิจารณาวินิจฉัยประกอบข้อเท็จจริง เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหรือกระทำชำเราเด็ก แล้วแต่กรณี ซึ่งจะเป็นการนำตัวผู้ต้องหาความผิดมา ลงโทษได้อย่างเหมาะสม ตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมาย และยังจะเป็นการคุ้มครองผู้เสียหาย ให้ได้รับความปลอดภัยมากขึ้น อันจะเป็นการส่งผลให้ศาลสามารถตัดสินคดีได้ โดยบริสุทธิ์ยุติธรรมสมกับเป็นที่พึงสุดย้ายของประชาชน

ABSTRACT

Title of Thesis	Legal Measures on Determining Criminal Offenses and Punishment Regarding Rape of Child Under 15
Author	Miss Jariyaporn Phongruen
Degree	Master of Laws
Year	2016

The purpose of this thesis is to study the concepts and the ideals of the legislation, the definition of the “statutory rape by force” and “statutory rape”, the substantial matters of the criminal element, and the penal imposition of statutory rape on a child who is not older than 15 years old. The method of the study is a comparative and analytical study between Thai criminal law and foreign criminal laws or other types of foreign law in the country with common law system, which is United States, and the 2 countries with the civil law system, which are Lao People's Democratic Republic and French Republic.

The author has researched on the related provisions and elements of statutory rape on a child who is not older than 15 years old as provided in Thai Criminal Code section 277. The provision has a text written as the constituting element of the offense at the end of the offense description as “whether the child has consented or not”. This makes the statutory rape by force and the statutory rape written in the same provision and possesses a same degree of punishment. Although the current Thai Criminal Code (B.E.2558) has already amended the punishment in section 277 but the amendment of such punishment is only the increment of penal fine. The reason of the amendment is the currency modulation of the current economy.

The amendment of fine in statutory rape is beneficial to the state, not the injured. In order to acquire the compensation from the guilty, the injured has to file for the compensation in civil court or using the method of compensation request in

criminal court. However, the minimum and maximum of the sentence is still the same. Section 277 paragraph 1 provided the sentence of statutory rape with the text written as “from the minimum of 4 years to the maximum of 20 years” which is the same punishment as provided in the section 276 paragraph 1 and section 277 paragraph 3 has its own punishment written as “from the minimum of 7 years to the maximum of 20 years”.

In case of Thai provisions related to statutory rape, the types of offense are determined by the nature of the action. This is unreliable and uncertain. In many judgments, we can see that the offender of statutory rape on a child who is not older than 15 years old will meet his punishment as prescribed in section 277 paragraph 1. But the offender of statutory rape on a child who is less than 13 years old will receive his punishment as prescribed in section 277 paragraph 3 and the judicial discretion will also be applied in imposition. The consent of a child will be counted as one of the factor. This leads to the situation that the injured does not receive any appropriate protection and the punishment for the offender is ineffective for the good of the public.

Therefore, in order to make the judicial proceeding of punishment effective and to make a proper and suitable punishment for the offender, the author has studied the theories related to the age ceiling of a child in legal terms, the purpose of criminal punishment, type of criminal victim, the relation of consent and criminal punishment, the punishment in most basic offense, felonies, including the concept of offense and punishment in different countries to the theories and academic explanations of statutory rape by force or statutory rape of Thai and foreign Scholar. The purpose of this research is to make an appropriate and productive guideline for protection of the injured.

The author has studied many foreign theories, provisions, and punishments of 3 countries which are Lao People's Democratic Republic, United States of America, and French Republic by focusing on 3 types of offense; rape, statutory rape by force, statutory rape. The result showed that there are different age ceiling of a child in each studied country, but all of 3 countries have the degree of punishment of statutory rape by force higher than an usual statutory rape. The weight of the

punishment can be lined up in descending order as followed; statutory rape by force, rape, and statutory rape.

Statutory rape or statutory rape by force are the offense that causes a public harm and violate the legal moral (Rechtsgut) which the law has intended to protect. Both offenses are the types of offense which terrified the individual for the possibility of happening to them. The author has wished that Thai Criminal Code will be a reliable protection for the injured. The offense of statutory rape by force is a sensitive subject and detrimental to the mentality of the injured and the parent of the injured. The Legislation Council of Thailand should adopt the concept and ideal of foreign legislation and make the guideline for the imposition proceeding in statutory rape by force or statutory rape. This will make an appropriate punishment for the guilty, which is according to the intention of the law and make the society much safer for the injured. Importantly, this adoption will authorize the criminal court to issue a judgment with incontrovertible justice and maintain the status of true justice authority of the public.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ โดยได้รับคำปรึกษาแนะนำจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลักและกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยมีรองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท เป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์ เป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงสำหรับคำแนะนำที่ดีของคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทั้งสามท่าน อันทำให้ผู้เขียนได้นำมาปรับใช้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนเสร็จสมบูรณ์ เพื่อให้มีประสิทธิภาพมากที่สุด

กราบขอบพระคุณ ท่านนริศรา แดงไผ่ ผู้อำนวยการกองกฎหมายกระบวนกรยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่กรุณาสละเวลาให้ผู้เขียนมีโอกาสสัมภาษณ์เกี่ยวกับความคิดเห็น การกำหนดความผิดและบทลงโทษเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ทำให้ผู้เขียนได้รับความคิดเห็น และทัศนคติด้านอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง นำมาปรับใช้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้เป็นอย่างดี

ขอขอบพระคุณ คุณเชิงคำ ด้ายพิมพา และคุณคำไผ่ สีวิสัย นักศึกษาคณะนิติศาสตร์ ภาควิเศษ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และอาจารย์ผู้สอนกฎหมายในระดับปริญญาตรี ณ วิทยาลัยกฎหมาย สังกัดสถาบันยุติธรรม สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ที่กรุณาสละเวลาให้ผู้เขียนสัมภาษณ์และให้ข้อมูลทางกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นๆ รวมถึงลักษณะสภาพสังคมของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว อีกทั้ง ยังจัดหาหนังสือ เอกสาร สืบค้นข้อมูล และช่วยเหลือในการแปลกฎหมายภาษาลาวเป็นภาษาไทยให้แก่ผู้เขียนอย่างดีเยี่ยมเสมอมา

กราบขอบพระคุณคุณพ่อพิสิทธิ์ พงษ์รีน และคุณแม่ใจเด็ด สุขอนันต์ บิดามารดาผู้เป็นบุคคลสูงสุดในชีวิตของผู้เขียนที่ได้ช่วยคิดประเด็นปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหามา เป็นทั้งผู้ได้แบ่งผู้สนับสนุนในเนื้อหาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้แก่ผู้เขียน รวมไปถึงดูแลสุขภาพพลามัยของผู้เขียนให้มีความพร้อมทั้งร่างกาย จิตใจและสติปัญญา เป็นผู้สร้างทั้งกำลังใจ กำลังกายและกำลังสมองที่ดีที่สุดให้แก่ผู้เขียน ขอขอบคุณเพื่อนๆ พี่ๆ คณะนิติศาสตร์ ภาควิเศษ รุ่นที่ 5 สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่คอยเคียงบ่าเคียงไหล่ ช่วยกันค้นหาข้อมูล และการเข้าพบอาจารย์ รวมไปถึงการช่วยเหลือในทุกๆ เรื่อง รวมถึงเพื่อนสนิท เพื่อนๆ และบุคคลใกล้ชิดของผู้เขียนทุกคนที่เป็นกำลังใจและคอยช่วยเหลือผู้เขียนอย่างต่อเนื่อง ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ในที่สุด

จริยาภรณ์ พงษ์รีน

มิถุนายน 2559

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	(3)
ABSTRACT	(5)
กิตติกรรมประกาศ	(8)
สารบัญ	(9)
สารบัญตาราง	(12)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	9
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	9
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	10
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย	10
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	10
บทที่ 2 ศึกษาแนวคิด ทฤษฎีทางอาญา ว่าด้วยเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีบริบูรณ์	12
2.1 ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา	12
2.1.1 ความผิดทางกฎหมายอาญา	12
2.1.2 คุณธรรมทางกฎหมาย	20
2.2 เหยื่ออาชญากรรม (Victimology)	23
2.2.1 ความหมายของเหยื่ออาชญากรรม	23
2.2.2 ประเภทของเหยื่ออาชญากรรม	23
2.2.3 บทบาทของเหยื่ออาชญากรรมต่อการเกิดอาชญากรรม	26
2.3 การลงโทษ	27
2.3.1 ความหมายของการลงโทษ	28
2.3.2 แนวคิดเรื่องการลงโทษ	29

2.3.3	ที่มาของการลงโทษทางอาญา	31
2.3.4	วัตถุประสงค์ของการลงโทษ	31
2.3.5	รูปแบบและวิธีการลงโทษทางอาญา	39
2.3.6	หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด	41
2.4	แนวคิดทั่วไปในการคุ้มครองเด็ก	42
2.4.1	ความหมายของคำว่า “เด็ก” และเกณฑ์อายุเด็ก โดยทั่วไป	42
2.4.2	ความหมายของคำว่า “เด็ก” และเกณฑ์อายุเด็กตามกฎหมาย ต่างประเทศ	44
2.4.3	ความหมายของคำว่า “เด็ก” และเกณฑ์อายุเด็กตามกฎหมายไทย	47
2.5	ความหมายของคำว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” และ “การกระทำชำเรา”	52
2.6	ความหมายของคำว่า “ความยินยอม”	55
2.6.1	ความหมายของ “ความยินยอม”	55
2.6.2	ความยินยอมกับความรับผิดชอบในทางอาญา	57
บทที่ 3	ศึกษาแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำชำเรา เด็กอายุไม่เกิน 15 ปีบริบูรณ์ ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย เปรียบเทียบกับต่างประเทศ	58
3.1	ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตาม ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย	58
3.1.1	องค์ประกอบ สาระสำคัญ และโทษของความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276	58
3.1.2	องค์ประกอบ สาระสำคัญ และโทษของความผิดฐานกระทำตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277	63
3.2	กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำ ชำเราเด็ก	73
3.2.1	สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว	73
3.2.2	สหรัฐอเมริกา	93
3.2.3	สาธารณรัฐฝรั่งเศส	113
บทที่ 4	ผลการศึกษาและวิเคราะห์ การกำหนดความผิดและบทลงโทษความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราและกระทำชำเราเด็ก อายุไม่เกิน 15 ปีบริบูรณ์ ตามประมวล กฎหมายอาญาของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ	124
4.1	วิเคราะห์อายุของผู้ถูกกระทำชำเราที่กฎหมายถือว่าเป็น “เด็ก”	124

4.2	วิเคราะห์การกำหนดฐานความผิด	127
4.3	วิเคราะห์บทลงโทษ	129
4.3.1	วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดและโทษตามกฎหมายอาญาไทยและ กฎหมายต่างประเทศ	131
4.3.2	วิเคราะห์อัตราโทษทางอาญาที่เหมาะสม ในฐานความผิดข่มขืนกระทำ ชำเราเด็กและฐานความผิดกระทำชำเราเด็กสำหรับประเทศไทย	134
บทที่ 5	บทสรุปและข้อเสนอแนะ	144
5.1	บทสรุป	144
5.2	ข้อเสนอแนะ	145
บรรณานุกรม		151
ประวัติผู้เขียน		158

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
3.1 เปรียบเทียบฐานความผิดตามบทบัญญัติกฎหมายอาญาของประเทศไทย สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐฝรั่งเศส	122
4.1 เปรียบเทียบฐานความผิดตามบทบัญญัติกฎหมายอาญาของประเทศไทย สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐฝรั่งเศส	128

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

การข่มขืนกระทำชำเรา เป็นอาชญากรรมทางเพศที่ส่งผลกระทบโดยตรงต่อสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นการประทุษร้ายต่อร่างกายและจิตใจของผู้เสียหายเป็นอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราในรูปแบบการข่มขืนแบบตัวต่อตัว คือ ระหว่างผู้กระทำกับผู้เสียหายเท่านั้น หรือการข่มขืนที่มีผู้ร่วมกระทำความผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไป ที่ทางภาษากฎหมาย ให้นิยามว่า “เป็นการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมหนุ่หรือโหมชย” หรือภาษาพูดทั่วไปเรียกว่าเป็น “การรุมโหม” เป็นการกระทำของผู้กระทำตั้งแต่สองคนขึ้นไปในลักษณะผลัดเปลี่ยนกัน ข่มขืนกระทำชำเราต่อผู้เสียหายคนเดียวก็ตาม เมื่อเกิดกรณีข่มขืนกระทำชำเราขึ้น ย่อมสร้างความหวาดระแวงในการใช้ชีวิตของผู้คนในสังคม เจ้าหน้าที่รัฐที่มีหน้าที่ตามกฎหมายต้องทำงานอย่างหนักเพื่อติดตามและจับกุมตัวผู้กระทำความผิดมารับโทษ เพื่อสร้างความยุติธรรมให้แก่ฝ่ายผู้เสียหายรวมถึงญาติผู้เสียหาย หากเป็นกรณีผู้เสียหายเป็นชาวต่างชาติ เจ้าหน้าที่ของรัฐยังต้องทำงานหนักเพื่อกอบกู้ชื่อเสียงของประเทศ ส่วนผู้เสียหายนั้นก็ย่อมเกิดภาวะการสับสนในภาวะทางจิตใจ เกิดการตึงเครียดหวาดระแวงในการใช้ชีวิต เกรงว่าตนเองจะมีการตั้งครรภ์ เกรงว่าจะติดเชื้อโรคที่มากับการร่วมเพศ เกรงว่าจะเกิดการปองร้าย แม้กระทั่งการคิดสั้นฆ่าตัวตาย ส่งผลให้สุขภาพทั้งทางร่างกายและจิตใจทรุดโทรมอีกด้วย

ความรุนแรงของปัญหาข่มขืนกระทำชำเรานั้นได้ทวีความรุนแรงขึ้นเรื่อยๆ ไม่ใช่เพียงแต่เกิดขึ้นกับหญิงสาววัยสะพรั่งหรือวัยทำงานเท่านั้นที่จะตกเป็นเหยื่อ แต่หากยังเกิดขึ้นกับเด็กไร้เดียงสาช่วงวัยหนึ่งถึงสิบปี หรือเด็กวัยรุ่นตอนต้น ช่วงวัยสิบเอ็ดถึงสิบห้าปีที่ยังมีวุฒิภาวะทางสังคมไม่มากพอ ทั้งเด็กหญิงและเด็กชาย รวมไปถึงบุคคลวัยชราที่ไม่มีเรี่ยวแรงที่จะต่อสู้ขัดขืนได้ ก็มีโอกาสดตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมทางเพศอันน่าสะพรึงกลัวนี้ทั้งสิ้น

สาเหตุของการข่มขืนกระทำชำเรา เกิดจากมนุษย์ยังมีสัญชาตญาณที่ผูกติดกับความต้องการทางธรรมชาติ ไม่ว่าจะเป็นการ กิน นอน ขับถ่าย รวมไปถึงความต้องการทางเพศ ซึ่งถือเป็นเรื่องธรรมชาติ แต่ในความเป็นเรื่องธรรมชาติของมนุษย์ก็ต้องอยู่ภายใต้กรอบของศีลธรรมและกฎหมาย

ด้วย กล่าวคือ ต้องไม่กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อบุคคลอื่น และสร้างความเดือดร้อนในการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขของคนในสังคม

การข่มขืนกระทำชำเรา เป็นการร่วมเพศโดยฝ่าฝืนความยินยอมของผู้เสียหาย หากผู้เสียหายยินยอมจะไม่ใช่ความผิดเรื่องการข่มขืนกระทำชำเรา เป็นเพียงแค่การกระทำชำเรา แต่การร่วมเพศกับเด็กหญิงหรือเด็กชายอายุไม่เกินสิบห้าปี ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็นับเป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก เนื่องจากความยินยอมของเด็กมิได้หมายความว่าเด็กมีส่วนร่วมในการกระทำ ความผิด¹ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 นั้น มีเจตนารมณ์ที่มุ่งคุ้มครองในเรื่อง “ความบริสุทธิ์ของเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี” ที่จะถูกชำเราโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ ทุกกรณีจึงถือเป็นความผิด โดยเด็กที่อายุไม่เกินสิบห้าปี ทางสังคมก็ยังถือว่าเป็นผู้เยาว์อยู่ เพราะวุฒิภาวะทางความคิดยังมีไม่มากพอเท่ากับผู้ใหญ่ที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ดังนั้น เด็กช่วงวัยดังกล่าวจะมีการระมัดระวังตัวเองในการดำเนินชีวิตค่อนข้างน้อยมาก และทางการแพทย์ถือว่าเด็กช่วงวัยต่ำกว่าสิบห้าปีนั้น อยู่ในช่วงที่ร่างกายกำลังเจริญเติบโตทางด้านกายภาพไปสู่วัยที่สามารถมีบุตรได้ แต่ก็ยังไม่ใช่วัยที่สภาพร่างกายของเด็กพร้อม ที่จะมีบุตรได้ การมีเพศสัมพันธ์รวมไปถึงการตั้งครรภ์ของเด็กวัยนี้จะส่งผลต่อสุขภาพของตัวเด็กที่ตั้งครรภ์เอง ทั้งสภาพร่างกายและจิตใจ เช่น โรคมะเร็งปากมดลูก โรคซึมเศร้า และตัวบุตรที่จะเกิดมาของเด็กนั้นด้วย ที่อาจเกิดมาแคระแกร็นไม่สมบูรณ์ และมีปัญหาทางด้านอารมณ์เนื่องจากแม่ตั้งครรภ์ในขณะที่มีภาวะเครียด

สภาพสังคมในปัจจุบันมีอาชญากรรมทางเพศเกิดขึ้นมากมาย ดังที่ปรากฏเป็นข่าวในหน้าหนังสือพิมพ์อย่างครึกโครม ยกตัวอย่างข่าวที่เกิดขึ้น ดังต่อไปนี้

“รวบแล้ว ‘ไอ้หนู’ คนร้ายข่มขืนฆ่า ‘น้องการ์ตูน’ ด.ญ. 6 ขวบ ที่ถูกล่วงไปจากย่านซอย แบร้ง จ.สมุทรปราการ คนร้ายหนีไปจนมุมตำรวจ สภ.ท่าบ่อ สารภาพวันเกิดเหตุมาหลายอย่างหนักพอเห็นเหยื่อจึงเกิดอารมณ์ทางเพศ ล่วงไปข่มขืนฆ่า ตร.ขยายผล พบเคยก่อคดีอนาจารเด็กหญิงมาแล้ว. . .”²

¹ คำพิพากษาศาลฎีกา 4147/2550

² ไทยรัฐออนไลน์, รวบแล้ว! ไอ้ทีนล่วงข่มขืนฆ่า ‘น้องการ์ตูน’, ค้นวันที่ 15 กรกฎาคม 2557 จาก <http://www.thairath.co.th/content/389491>

“พนักงานชั่วคราวของการรถไฟฯ ให้การสารภาพ ลงมือข่มขืน ‘น้องแก้ม’ ก่อนโยนร่างทิ้งจากรถไฟเพื่อฆ่าปิดปาก ด้านตำรวจยังไม่พบศพ เจอเพียงเสื้อเปื้อนเลือด อยู่ริมทางรถไฟหัวหิน จ.ประจวบคีรีขันธ์”³

กรณีนี้ดังกล่าว จะเห็นได้ว่า เป็นการกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่าสิบสามปีกรณีหนึ่ง และกระทำชำเราเด็กอายุเกินกว่าสิบสามปี แต่ไม่เกินสิบห้าปี อีกกรณีหนึ่ง โดยที่เด็กไม่ได้ให้ความยินยอมในการถูกกระทำชำเรา ข่าวนี้อาจยังปรากฏให้เห็นอยู่บ่อยครั้งตามหน้าหนังสือพิมพ์ และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ แสดงให้เห็นถึงความรุนแรงในความผิดเกี่ยวกับเพศที่อายุของเด็กผู้ถูกกระทำมีอายุน้อยลงเรื่อยๆ แต่กลับมีการกระทำความผิดมากขึ้นเรื่อยๆ บางเหตุการณ์จบลงในชั้นศาล แต่บางเหตุการณ์จบลงโดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อไม่ให้เป็นการตีความต่อกัน บางกรณีเป็นการกระทำทางเพศต่อเด็กโดยบุคคลในครอบครัวเอง ทำให้การกระทำ ความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กเป็นปัญหาที่ซับซ้อนและเรื้อรังมาอย่างยาวนานในสังคม

ในกฎหมายเรื่องข่มขืน มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ในบททั่วไป คือ มาตรา 276 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้นั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท” และเหตุการณ์เรื่องการทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง นั้น ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดหมื่นถึงสี่แสนบาท”

ประการแรก ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคหนึ่ง บัญญัติคำว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น. . .” แต่มาตรา 277 วรรคหนึ่ง บัญญัติ คำว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็ก. . .” ซึ่งคำว่า “กระทำชำเรา” นั้น หมายความว่า การมีเพศสัมพันธ์กันระหว่างบุคคลสองคนโดยสมัครใจ ซึ่งแตกต่างจากคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ที่ต้องมีการข่มขืนใจอีกฝ่ายหนึ่งก่อน แล้วจึงกระทำชำเราเพื่อตอบสนองความใคร่ของบุคคลเพียงฝ่ายเดียว กล่าวคือ สนองความใคร่ของผู้กระทำ แต่เมื่อมาตรา 277 วรรคหนึ่ง บัญญัติคำว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน” ทำให้คำว่า การกระทำชำเรา มีความหมายครอบคลุมไปถึงการข่มขืนกระทำชำเราด้วย ดังนั้น กรณีที่เด็กไม่ยินยอมให้กระทำชำเราแต่ถูกกระทำชำเรามาตั้งแต่แรก ซึ่งอาจจะเป็นเพราะเด็กถูกล่อลวง ถูกข่มขู่ ถูกวางยาสลบ ถูกบังคับให้เสพยาเสพติดหรือสิ่งมีพิษมาจนถึงขนาด หรือถูกทำร้าย

³ ผู้จัดการออนไลน์, พนักงานสารภาพข่มขืน “น้องแก้ม” ก่อนโยนร่างทิ้งจากรถไฟเพื่อฆ่าปิดปาก, ค้นวันที่ 15 กรกฎาคม 2557 จาก <http://www.manager.co.th/Home/ViewNews.aspx?NewsID=9570000076696>

ร่างกาย หรือถูกโน้มน้าวจิตใจหรือบีบบังคับให้จำต้องยอม หรือเป็นกรณีอื่นใดที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า เด็ก ไม่ยินยอมที่จะถูกระทำซ้ำเรา กรณีนี้จึงไม่ใช่กรณีเด็กผู้เสียหายถูกระทำซ้ำเรา แต่เป็นการที่ เด็กผู้เสียหายถูกข่มขืนกระทำซ้ำเรา

ประการที่สอง ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคหนึ่ง และมาตรา 277 วรรคหนึ่ง มีอัตราโทษจำคุกที่เท่ากัน (แต่โทษปรับไม่เท่ากัน) กล่าวคือ โทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี ซึ่งหากมีการข่มขืนกระทำซ้ำเราต่อเด็กนั้น การที่เด็กผู้เสียหายซึ่งมีลักษณะทางกายภาพ ที่บอบบาง เรียวแรงน้อย และยังมีหัวใจหรือสติปัญญาที่มากพอที่จะดูแลตัวเองได้ การที่เด็กจะใช้ความสามารถของสภาพร่างกายเพื่อต่อสู้ขัดขืน หรือใช้สติปัญญาเพื่อออกอุบายคิดคำพูดหรือหาทาง หลบหนีออกมาจากสถานการณ์ดังกล่าว มีความเป็นไปได้น้อยมากหรือเป็นไปได้เลย เมื่อเทียบกับ กรณีที่มีการข่มขืนกระทำซ้ำเราต่อผู้ใหญ่ หากเป็นกรณีที่เด็กถูกข่มขืนกระทำซ้ำเรา ควรมีโทษจำคุก ที่สูงกว่าและแยกออกจากโทษในความผิดฐานกระทำซ้ำเราเด็กในมาตรา 277 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติไว้ในปัจจุบัน และควรมีโทษจำคุกที่สูงกว่าความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรค หนึ่ง ซึ่งเป็นโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราซึ่งเป็นบททั่วไป

กล่าวโดยสรุป คือ กฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคหนึ่ง มีเจตนารมณ์ที่มุ่งคุ้มครองศีลธรรม ทางเพศและความบริสุทธิ์ของเด็กที่มีวุฒิภาวะไม่เพียงพอ การกระทำดังกล่าวของผู้กระทำ จึงถือว่าเป็นความผิดฉกรรจ์ เนื่องจากเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปีจะถูกกระทำซ้ำเราโดยชอบด้วย กฎหมายไม่ได้ ความยินยอมของเด็กจึงไม่ใช่สาระสำคัญขององค์ประกอบความผิดตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง แต่ถึงแม้ว่าความยินยอมของเด็กจะไม่ใช่สาระสำคัญขององค์ประกอบความผิดตาม มาตรา 277 วรรคหนึ่ง แต่หากพิจารณาในเรื่องการลงโทษ ความยินยอมของเด็กที่ถูกกระทำซ้ำเรา มีผลต่อการพิจารณาพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดที่จะได้รับโทษสถานหนักหรือเบา กล่าวคือ ในกรณีที่เป็นการข่มขืนกระทำซ้ำเราเด็ก ความยินยอมของเด็กจึงควรเป็นสาระสำคัญของ องค์ประกอบความผิด เช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราในบททั่วไป ตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 276 เพื่อเป็นการแยกฐานความผิดออกจากความผิดฐานกระทำซ้ำเราเด็กและ กำหนดโทษที่ชัดเจนมากขึ้น อีกทั้งเป็นการคุ้มครองเด็กผู้เสียหายที่ไม่ได้ให้ความยินยอมถูกระทำ ซ้ำเราได้รับการคุ้มครองมากขึ้น

สำหรับประเทศที่ผู้วิจัยเลือกเปรียบเทียบกับประเทศไทยนั้น ประเทศแรก คือ สหรัฐอเมริกา เนื่องจากสหรัฐอเมริกาคือประเทศผู้นำของโลกด้านเศรษฐกิจและด้านอื่นๆ มีประชากรหลากหลาย เชื้อชาติ ภาษา และวัฒนธรรม มารวมตัวกันมากมายในประเทศแห่งนี้ ลักษณะโดยทั่วไปของวัยรุ่น หรือเด็กๆ ชาวอเมริกันจะมีอุปนิสัยมักไม่อ่อนน้อมถ่อมตน และมีความมั่นใจในตัวเองสูง เรื่องการ ตั้งครรภ์ในวัยเรียนของสหรัฐอเมริกามีจำนวนสูงมากจนทางรัฐบาลต้องออกนโยบายป้องกันปัญหาดังกล่าวอย่างต่อเนื่อง สำหรับความผิดเรื่องการข่มขืนกระทำซ้ำเราที่เป็นบททั่วไปนั้น ได้บัญญัติไว้ใน

10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and Sexual Assault Generally⁴ แต่สำหรับกรณีเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราเด็กนั้น ได้บัญญัติไว้ใน 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and Sexual Assault of a Child⁵ ซึ่งในมาตรา 120 b นั้นได้แยกอนุมาตราย่อยค่อนข้างมาก ดังสรุปได้ดังนี้

1. แยกการกระทำคามผิดออกเป็นสองฐานความผิด ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานอนาจารต่อเด็ก ได้แก่ การกระทำอนาจารต่อเด็ก รวมถึงการใช้ภาษา การสื่อสาร หรือเทคโนโลยีที่กระตุ้นความต้องการทางเพศของเด็ก ซึ่งทำให้ศีลธรรมอันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศเสื่อมทรามลง

2. แยกอายุของเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหาย คืออายุไม่เกินสิบสองปีกรณีหนึ่ง และอายุกว่าสิบสองปี แต่ไม่เกินสิบหกปีอีกกรณีหนึ่ง เนื่องจากบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบหกปี ทางกฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นเด็กอยู่ กรณีที่เด็กผู้เสียหายอายุไม่เกินสิบสองปี ผู้กระทำความผิดจะอ้างว่าไม่รู้อายุของเด็กนั้นเพื่อให้พ้นจากการกระทำผิดนั้นไม่ได้ แต่หากเป็นกรณีที่เด็กอายุเกินกว่าสิบสองปีแต่ยังไม่เกินสิบหกปี จำเลยสามารถนำพยานหลักฐานเข้าสืบได้ว่าเพราะเหตุใดจำเลยจึงเข้าใจว่าเด็กผู้เสียหายนั้นอายุสิบหกปีบริบูรณ์แล้ว

3. แยกในเรื่องความยินยอมของเด็ก กล่าวคือ ความยินยอมของเด็กไม่เป็นสาระสำคัญแห่งองค์ประกอบความผิดเช่นเดียวกับกฎหมายอาญาของไทย

การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบสองปีนั้น ไม่ได้บัญญัติว่ากระทำโดยวิธีการใดถึงจะเป็นความผิด แต่หากเป็นกรณีการข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุกว่าสิบสองปี แต่ไม่เกินสิบหกปีนั้น จะต้องเป็นการข่มขืนใจโดยวิธีใดวิธีหนึ่งหรือหลายวิธี ได้แก่ การใช้กำลังบังคับ (รวมถึงการใช้อาวุธ) การข่มขู่หรือทำให้เด็กตกอยู่ในความหวาดกลัว การทำให้เด็กหมดสติ หรือการนำสารเสพติดหรือสิ่งมีเมาเข้าสู่ร่างกายเด็ก และสำหรับความผิดฐานอนาจารต่อเด็ก ก็ได้แยกเป็นการกระทำต่อเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบสองปี และอายุสิบสองปีบริบูรณ์ขึ้นไปแต่ไม่เกินสิบหกปีเช่นกัน จึงเห็นได้ว่า กฎหมายเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้จัดให้อยู่ในมาตราเดียวกันแต่แยกอนุมาตราย่อยออกมา เพื่อแยกออกจากความผิดเกี่ยวกับเพศในบททั่วไป รวมถึงให้คำนึงในค่าต่างๆ ได้ดีพอสมควร การแยกอายุของเด็กผู้เสียหาย เป็นองค์ประกอบสำคัญในการลงโทษสถานหนักหรือสถานเบาแก่ผู้กระทำความผิด การตัดสิทธิของ

⁴ The Legal Information Institute, **Rape**, Retrieved October 12, 2014 from <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/10/920>

⁵ The Legal Information Institute, **Rape of a Child**, Retrieved October 12, 2014 from <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/10/920b>

ผู้กระทำความผิดที่ห้ามอ้างว่าไม่รู้ว่าเป็นเด็กผู้เสียหายนั้นต่ำกว่าอายุสิบสองปี จึงเป็นสิ่งที่คุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเด็กผู้ไม่มีความเข้าใจในเรื่องเพศได้ดีเป็นอย่างมาก

ประเทศที่สองที่ผู้วิจัยเลือกมาเปรียบเทียบกับประเทศไทย คือ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เนื่องจากสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มีสภาพสังคมที่เรียบง่าย ยังยึดถือในขนบธรรมเนียมวัฒนธรรมจากอดีตสู่ปัจจุบันได้อย่างมั่นคง ความเชื่อและค่านิยมของชาวลาวยากลับถูกดึงให้อยู่ในจุดที่ในอดีตเป็นอย่างไร ในปัจจุบันก็ยังคงสภาพเป็นอย่างนั้น ผู้หญิงลาวในสมัยอดีตจะมีพฤติกรรมที่ใกล้เคียงกับผู้หญิงไทยสมัยก่อน คือ อยู่กับเหย้าเฝ้ากับเรือน ไปทำบุญที่วัด มีกริยามารยาทเรียบร้อย พุดจาไพเราะอ่อนหวาน แต่งกายรัดกุมมิดชิด นิยมใส่ผ้าซิ่น ทำให้ข่าวเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวนั้นแทบจะไม่ปรากฏในหน้าหนังสือพิมพ์ จะปรากฏก็เพียงนานๆ ครั้งเท่านั้น และไม่เป็นข่าวครึกโครม เพราะแม้สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวจะเป็นประเทศเล็กๆ แต่ได้มีกฎหมายอาญาที่คุ้มครองเด็กและสตรีได้ดีพอสมควร อันจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญา ฉบับปรับปรุง ค.ศ.2012 ของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ตามมาตรา 128⁶ ในเรื่องการข่มขืนนั้นยังคงคุ้มครองเฉพาะผู้ถูกกระทำที่เป็นเพศหญิงและผู้กระทำเป็นเพศชายเท่านั้นยังไม่ได้มีการปรับปรุงที่จะคุ้มครองผู้ถูกกระทำในทุกเพศอย่างเท่าเทียมเหมือนเช่นกับประเทศไทยและสหรัฐอเมริกา หากจะเปรียบกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวในปัจจุบันนี้ ก็เทียบได้กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 เดิมของไทย ก่อนการแก้ไขใหม่ พ.ศ.2550 ดังนั้น กรณีที่ได้หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยชายซึ่งไม่ใช่สามีของตน ผู้กระทำจะมีความผิดตามมาตรา 128 วรรคสาม แต่สำหรับมาตรา 129⁷ เป็นเรื่องความผิดฐานการกระทำชำเราเด็ก กฎหมายอาญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวคุ้มครองทั้งเด็กหญิงและเด็กชายผู้ถูกกระทำชำเรา ที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี ซึ่งใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 ของไทย แตกต่างตรงที่กฎหมายไทยบัญญัติว่า หากกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่าสิบสามปี ก็จะต้องรับโทษหนักขึ้นมากกว่าการกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี แต่กฎหมายอาญาสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวบัญญัติไว้ว่า หากเป็นการเสพสม คือ การมีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงหรือเด็กชายอายุต่ำกว่า สิบห้าปี ซึ่งนิยามการกระทำความผิดตามมาตรานี้เป็นการกระทำชำเราโดยเด็กนั้นยินยอม ก็เป็นความผิดตามมาตรา 129 ของกฎหมายอาญาสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวทันที และไม่มีมีการรับโทษหนักขึ้นตามมาตรานี้ สำหรับช้อยกเว้นไม่ต้องรับผิดตามมาตรา 129 กรณีเดียว คือ เป็นการกระทำชำเราเด็กหญิงหรือเด็กชายที่

⁶ สภาแห่งชาติสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, กตหมายอาญา ฉบับปรับปรุง ค.ศ. 2012, ค้นวันที่ 12 ตุลาคม 2557 จาก <http://www.mof.gov.la>

⁷ เรื่องเดียวกัน.

อายุต่ำกว่าสิบห้าปีบริบูรณ์ โดยเด็กนั้นเป็นภริยาหรือสามีของผู้กระทำเอง ในเรื่องความยินยอมของผู้เยาว์จึงมีความแตกต่างกับเรื่องการกระทำชำเราเด็กของไทย เทียบเคียงกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 277 ที่บัญญัติว่าไม่ว่าเด็กจะยินยอมให้ถูกกระทำชำเราหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำชำเราเด็กก็มีความผิดตามมาตรา 277 นี้เท่าเทียมกัน เพียงแต่จะเข้าวรรคหนึ่งหรือวรรคสามนั้นก็ขึ้นอยู่กับอายุของเด็กที่ถูกกระทำชำเรา แต่ไม่ได้คำนึงถึงอายุของผู้กระทำชำเราว่าต้องมีขั้นต่ำเท่าใด ดังนั้น กฎหมายอาญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวจึงมีการแยกฐานความผิด เรื่องข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง บัญญัติในมาตรา 128 วรรคสาม ส่วนการกระทำชำเราเด็กไม่ว่าเด็กหญิงหรือเด็กชายนั้น บัญญัติในมาตรา 129 แห่งประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

ประเทศที่สามที่ผู้วิจัยเลือกมาเปรียบเทียบกับประเทศไทย คือ สาธารณรัฐฝรั่งเศส เนื่องจากกฎหมายที่บัญญัติโดยสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิเด็กมากขึ้นตามลำดับ เห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส (Penal Code) ค.ศ.2013 ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบททั่วไป ในมาตรา 222-23 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กได้บัญญัติในมาตรา 222-24 ข้อ 2 และความผิดฐานอนาจารอันนอกจากการข่มขืนกระทำชำเราต่อเด็ก ได้บัญญัติในมาตรา 222-29 ข้อ 1 ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐฝรั่งเศส บัญญัติฐานความผิดแยกออกเป็นรายมาตราได้อย่างชัดเจน รวมถึงโทษที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับหนักขึ้น จะต้องเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารที่กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี กล่าวคือ

นิยามของคำว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” จะนิยามและกำหนดบทลงโทษไว้ใน มาตรา 222-23 มีโทษจำคุกทางอาญาสิบห้าปี

การข่มขืนกระทำชำเราต่อเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี จะใช้คำนิยาม “การข่มขืนกระทำชำเรา” ตามมาตรา 222-23 แต่เมื่อผู้เสียหายเป็นเด็ก (เด็ก ตามคำนิยามและเกณฑ์อายุของกฎหมายฝรั่งเศส) ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษจำคุกหนักขึ้น คือ จำคุกทางอาญาสี่สิบปี ตามความในมาตรา 222-24 ข้อ 2 เป็นต้น

ความผิดฐานอนาจารอันนอกจากการข่มขืนกระทำชำเราต่อเด็กในมาตรา 222-29 ข้อ 1 ไม่ได้บัญญัติถึงเรื่องความยินยอมของเด็ก เด็กจะยินยอมให้ตนเองถูกล่วงละเมิดทางเพศหรือไม่ ก็มิใช่สาระสำคัญขององค์ประกอบความผิดที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดหลุดพ้นจากความผิดดังกล่าวได้ ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 222-29 นี้จะต้องรับโทษจำคุกทางอาญาสิบปี และปรับเป็นเงินจำนวน 150,000 €

ดังนั้น ในการเปรียบเทียบกฎหมายอาญาของไทย ในฐานความผิดเรื่องข่มขืนกระทำชำเราเด็ก และกระทำชำเราเด็ก กับสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น จะเห็นได้ว่าทั้งสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวและสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค่อนข้างให้ความชัดเจนในองค์ประกอบของความผิดทั้งสองฐาน กล่าวคือ สาธารณรัฐ

ประชาธิปไตยประชาชนลาว บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ซึ่งบัญญัติว่าเป็น “การข่มขืนกระทำชำเราเด็ก” มิใช่บัญญัติว่าเป็นการกระทำชำเราเด็ก เช่นอย่างกฎหมายอาญาของไทย ส่วนความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ได้บัญญัติเป็น “ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก” ตรงตามถ้อยคำในตัวบทกฎหมายเช่นกัน เป็นการบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก แยกออกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอย่างชัดเจน แม้ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กของสหรัฐอเมริกา จะมีการแยกย่อยฐานความผิด และอนุมาตราความผิดทางเพศอื่นๆ ต่อเด็กออกไปอีก และความผิดฐานกระทำชำเราเด็กของสาธารณรัฐฝรั่งเศส กำหนดให้เป็นหนึ่งในความผิดที่กฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศสหมายรวมถึงเป็นหนึ่งในการกระทำความผิดทางเพศที่นอกจากการข่มขืนกระทำชำเราทุกกรณีต่อเด็กก็ตาม แต่ก็ถือว่าเป็นการแยกสองฐานความผิดระหว่าง “การข่มขืนกระทำชำเราเด็ก” และ “การกระทำชำเราเด็ก” ออกจากกันอย่างชัดเจน อีกทั้ง ในกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้บัญญัติโทษจำคุกของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กไว้สูงกว่าโทษของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในบททั่วไป ทำให้เห็นว่าการบัญญัติระหว่างสองฐานความผิดและโทษจำคุกของสองฐานความผิดดังกล่าวข้างต้นของทั้งสามประเทศ มีความแตกต่างกับกฎหมายอาญาของประเทศไทย

โดยสรุป คือ กฎหมายอาญามาตรา 277 ของไทยนั้น แม้จะมีการคุ้มครองในเรื่องการถูกละเมิดเสรีภาพในทางเพศและความบริสุทธิ์ของเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ครอบคลุมทั้งเด็กหญิงและเด็กชายอย่างเท่าเทียมกัน แต่ในบทบัญญัติมาตรานี้ไม่ได้มีการแยกว่ากรณีใดเป็นการข่มขืนกระทำชำเราเด็ก กรณีใดเป็นการกระทำชำเราเด็ก รวมไปถึงโทษของการกระทำชำเราเด็กที่บางกรณีข้อเท็จจริงอาจปรากฏว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ทำให้โทษของสองฐานความผิดรวมอยู่ในฐานความผิดเดียวกัน อีกทั้งโทษจำคุกของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในบททั่วไปตามมาตรา 276 และโทษจำคุกของผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีตามมาตรา 277 ได้บัญญัติไว้เท่ากัน คือ กำหนดโทษจำคุกสี่ปีถึงยี่สิบปี แต่ผู้กระทำความผิดจะถูกลงโทษสถานหนักหรือสถานเบาขึ้น ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี ประกอบกับดุลยพินิจขององค์คณะผู้พิพากษา ทำให้บทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดในกรณีข่มขืนกระทำชำเราเด็กนั้นยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอที่จะสร้างคามยุติธรรมให้แก่เด็กผู้เสียหาย รวมไปถึงผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็กผู้เสียหายเท่าที่ควร

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงแนวความคิด ขอบเขต และเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายในประเด็นการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี
2. เพื่อศึกษาถึงนิยาม ความหมาย ของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” และ “กระทำชำเรา” สารสำคัญขององค์ประกอบของความผิด และการกำหนดโทษ ในประเด็นการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี
3. เพื่อศึกษาถึงมาตรฐานของกฎหมายไทยจากแนวคำพิพากษาฎีกาในทางพิจารณาในประเด็นการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี
4. เพื่อศึกษาวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของต่างประเทศทั้งในระบบ Common Law คือ สหรัฐอเมริกา และ Civil Law คือ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และสาธารณรัฐฝรั่งเศสในประเด็นการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี
5. เพื่อเสนอแนวทางในเรื่องการแก้ไขคำนิยาม องค์ประกอบความผิด การกำหนดโทษ การพิจารณาคดีและการพิพากษาลงโทษในประเด็นการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคหนึ่งและวรรคสามนั้น บัญญัติคำว่า “การกระทำชำเรา” ที่ให้ความหมายรวมถึง “การข่มขืนกระทำชำเรา” แต่กรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าเป็นกรณีการข่มขืนกระทำชำเราต่อเด็ก คือ เด็กไม่ได้ให้ความยินยอมที่จะถูกกระทำชำเราตั้งแต่แรกนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรจะเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ผู้กระทำควรรับโทษหนักขึ้นกว่าโทษซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 277 ในปัจจุบัน กล่าวคือ เป็นกรณีข่มขืนกระทำชำเราเด็กมิใช่การกระทำชำเราเด็ก และโทษตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง มีอัตราโทษจำคุกที่เท่ากันกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคหนึ่งที่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบาททั่วไปด้วย ดังนั้น หากเป็นกรณีที่เด็กไม่ยินยอมให้กระทำชำเรา ควรมีการบัญญัติฐานความผิดเป็นคำว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราเด็ก. . .” แยกออกจากฐานความผิด คำว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็ก. . .” และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กควรมีอัตราโทษจำคุกมากกว่า ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 277 และมาตรา 276 ในปัจจุบันอันเป็นการแยกฐานความผิดและแก้ไขบทลงโทษให้มีความชัดเจนและเหมาะสมกับการกระทำความผิดตามข้อเท็จจริง เพื่อเป็นความคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเด็กมากขึ้นกว่าเดิม

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาวิจัยในเรื่องนี้ มีขอบเขตเนื้อหาเฉพาะ การศึกษาในเรื่องการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี โดยศึกษาถึงคำนิยาม ขอบเขต ของคำว่า “กระทำชำเรา” และ “ข่มขืนกระทำชำเรา” รวมถึงเจตนารมณ์และการกำหนดโทษในกฎหมายอาญาของประเทศไทย ในเรื่องการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี เนื่องจากความยินยอมหรือไม่ยินยอมของเด็กผู้ถูกกระทำชำเรา มีผลต่อการลงโทษสถานหนักหรือสถานเบาแก่ผู้กระทำความผิด รวมไปถึงศึกษาถึงปัญหาอุปสรรคและผลกระทบในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณาคดีและพิพากษาลงโทษผู้ต้องหา ควรพิจารณาจากข้อเท็จจริงอะไรบ้าง และได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายอาญาในเรื่องการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีของประเทศไทยกับกฎหมายของต่างประเทศ คือสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และสาธารณรัฐฝรั่งเศส

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

ผู้วิจัยได้อาศัยการค้นคว้าวิจัยทางเอกสารเป็นหลัก (Documentary Research) โดยศึกษาวิเคราะห์จากการเก็บรวบรวมข้อมูล ได้แก่ ตัวบทกฎหมาย ตำรา เอกสารทางวิชาการ บทความทางวิชาการ บทความในหนังสือพิมพ์ รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ จากสถาบันและหน่วยงานต่างๆ พจนานุกรมศัพท์ไทย พจนานุกรมศัพท์อังกฤษ พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทยและอังกฤษ รวมทั้งข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์ในเชิงมุมมองความคิดเห็นต่อลักษณะสังคมต่อกฎหมายที่เกี่ยวข้องของบรรดานักกฎหมาย และผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้ทางกฎหมายและสังคมที่เกี่ยวกับเด็ก เยาวชน และสตรี รวมไปถึงการนำเสนอการแก้ไขปัญหามาจากบุคคลดังกล่าวข้างต้น

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการศึกษา

1. ทำให้ทราบถึงแนวความคิด ขอบเขต และเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายในประเด็นการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี
2. ทำให้ทราบถึงนิยามความหมายของ คำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” และ “กระทำชำเรา” สำคัญขององค์ประกอบของความผิด และการกำหนดโทษ ในประเด็นการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี

3. ทำให้ทราบถึงมาตรฐานของกฎหมายไทยจากแนวคำพิพากษาฎีกา ในทางพิจารณา
ในประเด็นการกระทำชำเราได้กอายุไม่เกินสิบห้าปี

4. ทำให้ทราบถึงความแตกต่างของกฎหมายไทยกับกฎหมายของต่างประเทศทั้งในระบบ
Common Law คือ สหรัฐอเมริกา และ Civil Law คือ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ในประเด็นการกระทำชำเราได้กอายุไม่เกินสิบห้าปี

5. เพื่อให้ได้แนวทางในเรื่องการแก้ไขคำนิยาม องค์ประกอบความผิด การกำหนดโทษ
การพิจารณาคดีและการพิพากษาลงโทษ

บทที่ 2

ศึกษาแนวคิด ทฤษฎีทางอาญา ว่าด้วยเรื่องการข่มขืนกระทำชำเรา และการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีบริบูรณ์

การศึกษาวិทยานิพนธ์นี้ เป็นการศึกษาว่าด้วยเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราและกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยมีแนวคิดและทฤษฎีทางอาญาที่ใช้ในการศึกษา ดังนี้

2.1 ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา

2.1.1 ความผิดทางกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญา หมายความว่า กฎหมายที่กำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิด และกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดนั้น⁸

กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่า การกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้มีการกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือบังคับให้มีการกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามจะต้องได้รับโทษ⁹

2.1.1.1 ความหมายของความผิดอาญา¹⁰

พฤติกรรมใดที่มีความหมายว่าเป็น “อาชญากรรม” มีคำอธิบายไว้ ดังนี้

1) พฤติกรรมที่ก่อให้เกิดภัยอันตราย หรือภัยอันคุกคามข่มขู่ทำให้ประชาชนเกิดความรู้สึกไม่ปลอดภัย ไม่นั่นคง

ภัยอันตรายนั้นขึ้นอยู่กับว่าสังคมนั้นๆ คิดว่าพฤติกรรมใดเป็นพฤติกรรมที่เป็นภัยอันตรายหรือก่อความเดือดร้อนแก่สิ่งดังจะยกตัวอย่างต่อไปนี้ ก็ถือเป็นภัยอันตรายทั้งสิ้น ได้แก่

⁸ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2556, พิมพ์ครั้งที่ 4 (แก้ไขเพิ่มเติม) (นครปฐม: รุ่งศิลป์การพิมพ์, 2556), หน้า 8.

⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2551).

¹⁰ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, สังคมกับกฎหมาย (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), หน้า 108-110.

(1) ชีวิตและร่างกาย

การฆ่าหรือทำร้ายร่างกายในทุกประเทศ ถือว่าเป็น “ความผิดอาญา” รวมไปถึงการข่มขู่คุกคามทำให้ผู้นั้นรู้สึกว่าจะต้องถูกฆ่าหรือถูกทำร้ายร่างกาย ก็ถือเป็นอาชญากรรมเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายเช่นกัน

(2) เสรีภาพ

การรुक้าเข้ามาในชีวิตและความปลอดภัยทางกาย ถือเป็นการก่อกวนที่ไม่สามารถปล่อยให้เป็นหน้าที่ของผู้เสียหายจัดการเองได้ แต่ถึงอย่างไรก็ตาม รัฐจะไม่สามารถจัดการดำเนินคดีและค้นหาหลักฐานได้ หากไม่มีการแจ้งความร้องทุกข์จากผู้เสียหาย

อาชญากรรมที่เป็นภัยอันตรายต่อเสรีภาพ อาทิ การหน่วงเหนี่ยวกักขังไว้โดยมิชอบ การบังคับให้มีเพศสัมพันธ์โดยผู้นั้นไม่ยินยอมหรือการข่มขืนกระทำชำเรา

(3) ชื่อเสียง

การดูหมิ่น เหยียดหยาม หมิ่นประมาท กล่าวร้ายหรือใส่ความ เป็นเหตุให้บุคคลอื่นเสียหาย ซึ่งอาจก่อให้เกิดเหตุร้ายต่อไปได้ เช่น บันดาลโทสะจนเกิดการประทุษร้ายต่อร่างกายหรืออาจถึงแก่ชีวิตได้

(4) ทรัพย์สิน

ทรัพย์สิน เป็นการแสดงออกถึงความมั่นคงในชีวิตของบุคคล ทรัพย์สินของบุคคล ไม่อาจถูกลักขโมยได้ การลักทรัพย์จึงเป็นอาชญากรรมพื้นฐานที่สามารถต่อยอดไปเป็นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินอื่นๆ ได้อีก เช่น กรรโชกทรัพย์ อันเป็นการข่มขู่เพื่อให้ส่งมอบทรัพย์สินไปโดยเจ้าของไม่ยินยอม การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นไม่ใช่เพียงแค่กระทบกระเทือนต่อบุคคลเจ้าของทรัพย์สินเท่านั้น ยังกระทบถึงความปลอดภัยมั่นคงต่อสาธารณชนด้วย

2) พฤติกรรมที่เป็นเหตุให้กระทำความผิด

แม้ตัวพฤติกรรมนั้นๆ จะไม่เป็นการคุกคามความปลอดภัยของประชาชนหรือทรัพย์สิน แต่อาจเป็นต้นเหตุให้เกิดการกระทำความผิดที่ร้ายแรงได้ เช่น การโป๊เปลือยในที่สาธารณะ อาจนำไปสู่ปัญหาความผิดในเรื่องการข่มขืนกระทำชำเรา หรือการค้าประเวณี ปัญหาเหล่านี้รัฐต้องเข้ามาจัดการ โดยกำหนดให้พฤติกรรมอันไม่สมควรดังกล่าวเป็นความผิดอาญาได้

แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำความผิดหรือการฝ่าฝืนกฎหมายนั้น ต้องขึ้นอยู่กับว่าประชาชนมีปฏิกิริยาต่อพฤติกรรมนั้นอย่างไร เช่น หากสังคมยอมรับการเปลือยกายในที่สาธารณะได้ การกระทำนั้นก็ไม่เป็นอาชญากรรม อันเป็นความผิดตามกฎหมายอีกต่อไป

3) พฤติกรรมที่ทำลายความมั่นคงของสังคม รัฐบาล หรือเศรษฐกิจ

พฤติกรรมที่ทำลายความมั่นคงของสังคม รัฐบาล หรือเศรษฐกิจ อันเป็นการทำให้ประเทศชาติและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศต้องเผชิญกับอันตรายที่เกิดจากการคุกคาม

หรือการรุกรานของชาวต่างชาติ หรือการทำลายสถาบันและความมั่นคงของชาติ ซึ่งความวุ่นวายนี้จะนำไปสู่การปฏิวัติและความไม่สงบในหมู่ประชาชน

2.1.1.2 ประเภทของความผิดทางอาญา¹¹

แนวความคิดในการกำหนดโทษและความผิดที่มีโทษทางอาญา อาจคล้ายคลึงหรือแตกต่างกันตาม แต่สภาพเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตาม โดยสากลความผิดต่างๆ ตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นประเทศใดสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ดังต่อไปนี้

1) Mala In Se

การกระทำที่เป็นความผิดในตัวของมันเอง ไม่ว่าจะกระทำลงในสถานที่ใด ในยุคสมัยใด ในเวลาใด และโดยผู้กระทำผู้ใดก็ตาม มักจะเป็นการกระทำที่เป็นข้อห้ามในทางศาสนา หรือทางศีลธรรมหรือเป็นสิ่งที่ไม่พึงปฏิบัติในทางจารีตประเพณีอยู่ด้วย เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ทำร้ายร่างกาย ลักทรัพย์ หรือหมิ่นประมาท เป็นต้น ในบางกรณีอาจนำเอาข้อห้ามในทางจารีตประเพณีมากำหนดเป็นบทบัญญัติอันเป็นเงื่อนไขในการที่ผู้กระทำจะต้องรับโทษสูงขึ้น เช่น กรณีบุตรีฆ่าบิดา หรือมารดา หรืออาจนำมาเป็นเหตุบรรเทาโทษ เช่น กรณีบุตรให้ที่พักพิงแก่บิดามารดาที่เป็นผู้กระทำความผิดและหลบหนีการจับกุม กฎหมายกำหนดให้ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะไม่ลงโทษเลยก็ได้

2) Mala Prohibita

การกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด มักจะเป็นความผิดที่ไม่ผิดต่อกฎเกณฑ์อื่นของสังคม แต่รัฐกำหนดให้เป็นความผิด ซึ่งอาจจะแตกต่างกันออกไปตามเงื่อนไขต่างๆ กล่าวคือ การกระทำหนึ่งอาจเป็นความผิดในประเทศหนึ่งหรือช่วงระยะเวลาหนึ่ง แต่อาจไม่เป็นความผิดในประเทศหนึ่งหรือในระยะเวลาอื่น เช่น ช่วงเวลาหนึ่ง ศาลฎีกาของไทยเคยมีคำพิพากษาว่า การกระทำที่เรียกว่า “การฮั้วประมูล” แต่ต่อมามีคำพิพากษาศาลฎีกาในสมัยหนึ่งกลับหลักเดิมว่า การกระทำได้กล่าว เป็นวิธีการที่พึงกระทำได้ในการการค้าพาณิชย์ ดังนั้น จึงไม่ผิดกฎหมาย และในปัจจุบันศาลฎีกาได้กลับไปใช้หลักเดิมตั้งแต่แรก ที่ถือว่าการกระทำได้กล่าวเป็นความผิด หรือความผิดเกี่ยวกับจรรยาบรรณ หรือความผิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ ซึ่งเรียกกันว่าเป็น “ความผิดในทางเทคนิค” (Technical Offence)

¹¹ ชีรดา โสมะนันท์ และคณะ, มาตรการลงโทษทางอาญา: ศึกษากรณีความผิดฐานพราก ผู้เยาว์และความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกี่ยวข้อง, หน้า 5, ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2558 จาก http://elib.coj.go.th/Ebook/data/ptk/ptk2555_1_3.pdf

2.1.1.3 ลักษณะความผิดในทางอาญา

1) ความผิดอันยอมความได้

ความผิดต่อส่วนตัว หมายความว่า ความผิดที่มีผลต่อผู้เสียหายเป็นการเฉพาะตัวโดยตรง และมีกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดต่อส่วนตัว ในปัจจุบัน ประมวลกฎหมายอาญา เรียกว่า “ความผิดอันยอมความได้”¹²

ความผิดอันยอมความได้ หมายความว่า ความผิดที่มีผลต่อผู้เสียหายเป็นการส่วนตัว และมีกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ เช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาทบุคคลทั่วไป ความผิดฐานโกงเจ้าหนี้ ความผิดฐานยักยอก การดำเนินคดีอาญาในความผิดอันยอมความได้ รัฐจะเข้ามาดำเนินการโดยลำพังมิได้ เว้นแต่ผู้เสียหายหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายกำหนดจะร้องทุกข์ โดยต้องร้องทุกข์ภายในสามเดือน นับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด¹³

กล่าวโดยสรุป คือ คดีความผิดอาญาอันยอมความได้ หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า คดีความผิดต่อส่วนตัวนี้ เป็นคดีความผิดที่ผู้เสียหายได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยตรง สังคมไม่ได้รับผลกระทบหรือเดือดร้อนจากการกระทำผิดนั้นด้วย ดังนั้น ผู้เสียหายจึงมีสิทธิเข้าดำเนินคดีได้เอง หรือมอบให้รัฐดำเนินคดีแทนก็ได้ และมีสิทธิยุติคดีเมื่อใดก็ได้ไม่ว่าจะด้วยการถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือตกลงประนีประนอมยอมความก็ตาม

คดีความผิดอาญาอันยอมความได้ จะมีบทบัญญัติของกฎหมายระบุไว้ชัดเจนว่าเป็นความผิดอันยอมความได้ ดังนั้น หากความผิดฐานใดไม่มีบทบัญญัติระบุว่าเป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ต้องถือว่าเป็นความผิดอาญาต่อแผ่นดิน

คดีความผิดอาญาอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญามี 2 ประเภท คือ ความผิดอันยอมความได้โดยทั่วไป หมายถึง ความผิดที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ มีทั้งสิ้น 30 ฐานความผิด และความผิดอันยอมความได้โดยมีเงื่อนไข เป็นความผิดที่ปกติมิใช่เป็นความผิดอันยอมความได้ เช่น เป็นการกระทำความระหว่างสามีภริยาหรือเป็นการกระทำความระหว่างผู้สืบสันดานโดยตรง ได้แก่ ความผิดที่ได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 ซึ่งกำหนดให้สามารถยอมความได้โดยมีเงื่อนไข เนื่องจากลักษณะความสัมพันธ์ใกล้ชิดของบุคคลในฐานะคู่สมรสหรือญาติ อาจมีการกระทบกระทั่งและกระทำความผิดต่อกันในบางเรื่อง หากไม่มีการลดหย่อนผ่อน

¹² ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 125.

¹³ มาตรา 96 แห่งประมวลกฎหมายอาญา; มาตรา 35, 36, 39(2) และ 121 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 127-128.

ปรนอาจทำให้ความสัมพันธ์ในครอบครัวต้องร้าวฉาน กฎหมายจึงกำหนดขึ้นเพื่อไม่ให้ความผิดอาญา กระทบกระเทือนต่อความสงบสุขของสถาบันภายในครอบครัว อันเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคม

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดอาญาอันยอมความได้นั้น หมายถึง สภาวะที่กฎหมายต้องการคุ้มครองในแต่ละฐานความผิด ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลจึงเป็นสภาวะของบุคคลนั้นๆ ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง นักกฎหมายเห็นว่า โดยทั่วไปคุณธรรมประเภทนี้สามารถสละได้ เป็นผลให้ผู้ทรงคุณธรรมดังกล่าวสามารถเลือกที่จะใช้สิทธิดำเนินคดีต่อผู้ล่วงละเมิดคุณธรรมนั้นหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ คุณธรรมทางกฎหมายส่วนบุคคลจึงเป็นพื้นฐานที่สำคัญที่จะกำหนดบทบาทของผู้เสียหายในการดำเนินคดี โดยความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายส่วนบุคคลจะอนุญาตให้บุคคลเข้าดำเนินการได้ เพราะผู้เสียหายที่แท้จริงจากการกระทำความผิดดังกล่าวด้วยเช่นกัน แต่สิทธิในการดำเนินคดีดังกล่าวจะมีมากน้อยเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับปัจจัยอื่นด้วย เช่น หากความผิดดังกล่าวมีทั้งการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายส่วนบุคคลและคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิดำเนินคดีในภาวะที่จำกัด แต่หากเป็นการละเมิดเฉพาะคุณธรรมทางกฎหมายส่วนบุคคล หรือมีคุณธรรมทางกฎหมายส่วนรวมน้อย ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิดำเนินคดีที่กว้างขวาง รวมถึงการตกลงยอมความกันระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิดด้วย ดังนั้นการดำเนินคดีอาญาในความผิดอาญา อันยอมความได้นั้น จะถือเจตนาของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขสำคัญในการดำเนินคดี

กรณีความผิดที่ได้กระทำต่อเสรีภาพในทางเพศ เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร เป็นต้น ถือเป็นการผิดที่ได้กระทำต่อเสรีภาพที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง ซึ่งมีพื้นฐานมาจากหลักศีลธรรมโดยแท้เป็นสำคัญ และเป็นความผิดที่มีความเสียหายเกิดขึ้นต่อผู้เสียหายเป็นการส่วนตัวโดยแท้ การดำเนินคดีจึงควรเคารพเจตนารมณ์ของผู้เสียหาย เพราะหากดำเนินคดีต่อไปอาจเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหายให้อับอายมากขึ้น กฎหมายจึงบัญญัติให้เป็นสิทธิเด็ดขาดแก่ผู้เสียหายที่จะร้องทุกข์ดำเนินคดีกับผู้ต้องหา แต่บางกรณีการกระทำ ความผิดของผู้ต้องหาไม่ผลกระทบต่อสังคมโดยรวม เช่น การกระทำต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นเหตุให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัส เป็นต้น สิ่งที่กฎหมายคุ้มครองย่อมไม่ใช่เสรีภาพในการมีเพศสัมพันธ์แต่เพียงอย่างเดียว เพราะการกระทำความผิดดังกล่าวจะกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ด้วย สังคมจึงเป็นผู้เสียหายและเป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องเข้ามาดำเนินการเพื่อปกป้องความสงบสุขของสังคมจึงเปลี่ยนสภาพเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน

สำหรับเรื่อง “ความผิดอันยอมความได้” กฎหมายอาญาได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 281 ซึ่งได้กำหนดให้การกระทำความผิดในเรื่อง “การข่มขืนกระทำชำเรา” ที่จะถือว่าเป็นความผิดอันยอมความได้นั้น ต้องเป็นกรณีเฉพาะมาตรา 276 วรรคหนึ่งเท่านั้น และต้องเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้

1. ต้องเป็นการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลที่อายุกว่าสิบห้าปีขึ้นไป ไม่ว่าจะ
เป็นภริยาหรือสามีของตนหรือไม่
2. โดยบุคคลนั้นไม่ยินยอม อาจเกิดขึ้นจากการขู่脅ด้วยประการใดๆ
ใช้กำลังประทุษร้ายบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่า
ผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น
3. การกระทำนั้นต้องไม่ได้เกิดขึ้นโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด
หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนี้ยหรือกระทำกับชายในลักษณะ
เดียวกัน
4. การกระทำนั้นต้องไม่ได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำ
รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลที่ระบุไว้ในมาตรา 285¹⁴

2) ความผิดอาญาแผ่นดิน

ความผิดอาญาแผ่นดิน หมายความว่า ความผิดที่มีผลกระทบต่อความ
มั่นคง ปลอดภัย หรือความเป็นระเบียบเรียบร้อยของรัฐหรือสังคมโดยรวม ความผิดอาญาแผ่นดิน ไม่
อาจยอมความกันได้ และเจ้าพนักงานต้องดำเนินการ แม้ไม่มีผู้ร้องทุกข์หรือกล่าวโทษ¹⁵

คดีความผิดอาญาต่อแผ่นดิน เป็นคดีความผิดที่กระทบต่อสังคมส่วนรวม
ถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหาย ดังนั้น ผู้ที่ได้รับผลเสียหายจากความผิดอาญาดังกล่าวไม่อาจที่จะเข้าไป
ดำเนินคดีเองได้ หรือแม้จะไม่ใส่ใจเอาความ คดีก็ยังไม่ยุติ ต้องดำเนินคดีฟ้องร้องผู้กระทำผิดจนถึง
ที่สุด ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย หรือความผิดฐานขบถยนต์โดยประมาท เป็นเหตุให้
ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสหรือเสียชีวิต แม้ภายหลังเกิดเหตุ ผู้เสียหายจะไม่ใส่ใจดำเนินคดีกับผู้กระทำ
ความผิดต่อไปแล้ว จะเนื่องด้วยได้รับการชดเชยค่าเสียหายหรือสงสารก็ตาม คดีความก็ยังไม่ยุติ รัฐยัง
ต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดต่อไปจนถึงที่สุดของกระบวนการตามกฎหมาย เพราะว่าคดี
ดังกล่าวเป็นคดีความผิดอาญาต่อแผ่นดิน ส่วนศาลจะลงโทษมากน้อยเพียงใดนั้นก็แล้วแต่พฤติการณ์
ของคดีแต่ละคดีๆ ไป ซึ่งการที่ผู้เสียหายได้รับการชดเชยค่าเสียหายและไม่ใส่ใจดำเนินคดีต่อไป ศาลก็
อาจใช้ดุลพินิจในการลงโทษสถานเบา หรือรอการลงโทษให้แก่จำเลย เป็นต้น

¹⁴ บุคคลตามมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ใน
ความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง โดยในความพิทักษ์หรือ
ในความอนุบาล

¹⁵ ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 128.

สำหรับในความผิดเรื่องการข่มขืนกระทำชำเรา ในกรณีที่กฎหมายอาญา ไม่ได้บัญญัติให้ยอมความได้ จึงถือเป็นความผิดอันไม่อาจยอมความได้หรือเป็นคดีอาญาแผ่นดินนั้น นอกเหนือที่กล่าวไว้ในมาตรา 276 วรรคแรก ข้างต้น สามารถแบ่งได้ออกเป็น 7 กรณี คือ

1. การข่มขืนกระทำชำเราแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นภริยาหรือสามีของตนหรือไม่ก็ตาม โดยบุคคลนั้นไม่ยินยอม อาจเกิดขึ้นจากการขู่脅ด้วยประการใดๆ ใช้กำลังประทุษร้าย บุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น และผู้กระทำมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสาม

2. การข่มขืนกระทำชำเราแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นภริยาหรือสามีของตนหรือไม่ โดยบุคคลนั้นไม่ยินยอม อาจเกิดขึ้นจากการขู่脅ด้วยประการใดๆ ใช้กำลังประทุษร้าย บุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น ซึ่งการกระทำนั้นได้เกิดขึ้นต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือเป็นการกระทำต่อบุคคลดังระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285

3. การข่มขืนกระทำชำเราแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นภริยาหรือสามีของตนหรือไม่ โดยบุคคลนั้นไม่ยินยอม อาจเกิดขึ้นจากการขู่脅ด้วยประการใดๆ ใช้กำลังประทุษร้าย บุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น โดยผู้กระทำมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน และต้องได้กระทำต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือเป็นการกระทำต่อบุคคลดังระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285

4. การกระทำชำเราแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคหนึ่ง

5. การกระทำชำเราแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นไม่ยินยอม และเป็นการร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคสี่

6. การกระทำชำเราแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคสาม

7. การกระทำชำเราแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นไม่ยินยอม และเป็นการร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคสี่

2.1.1.4 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญา¹⁶

เป็นที่ทราบดีว่า จารีตประเพณี ศาสนา และศีลธรรม มีส่วนสำคัญในการก่อให้เกิดกฎหมายและการปฏิบัติตามกฎหมาย เมื่อกฎหมายสอดคล้องกับจารีตประเพณี ศาสนาและศีลธรรม การบังคับให้ปฏิบัติตามกฎหมายก็คงไม่เป็นเรื่องที่ยากเกินไป เพราะผู้ที่คิดจะฝ่าฝืนก็ต้องคำนึงถึงอยู่เสมอว่าตนมิได้ฝ่าฝืนเฉพาะแต่กฎหมายเท่านั้นแต่ยังฝ่าฝืนมาตรการอื่นๆ ที่ควบคุมสังคมอยู่ด้วย เช่น หลักศีลธรรมทางศาสนา เป็นต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาและศีลธรรมนั้นมีความเกี่ยวโยงกันค่อนข้างมาก ความผิดอาญาที่ร้ายแรงนั้นย่อมผิดศีลธรรมทั้งสิ้น เช่น ฆ่าคนตาย ชิงทรัพย์ ข่มขืน กระทำชำเรา เป็นต้น แต่ในหลายกรณีนั้น ก็ถือว่าเป็นเพียงแค่การผิดศีลธรรมแต่ในกฎหมายอาญาไม่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา เช่น เรื่อง การทำชู้ เป็นต้น ส่วนกรณีที่ไม่ผิดศีลธรรม แต่เป็นความผิดตามกฎหมายอาญานั้น เช่น ความรับผิดโดยเด็ดขาดในทางอาญา กล่าวคือ ไม่เจตนาไม่ประมาท แต่กฎหมายก็ยังบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ดังนั้นศีลธรรมและกฎหมายอาญานั้นอาจไม่สอดคล้องต้องกันทุกกรณี จึงไม่อาจใช้ศีลธรรมเป็นเครื่องกำหนดความผิดอาญาตายตัวทุกกรณีได้

เมื่อเป็นเช่นนี้ เราจะต้องถือหลักเกณฑ์อย่างไร หากจะถือหลักที่ว่าถ้ายันตรายต่อผู้อื่นก็เท่ากับปฏิเสธหลักที่ว่า “ความยินยอมยกเว้นความผิด” เพราะหากผู้ถูกกระทำยินยอม การกระทำของผู้กระทำก็ไม่เป็นภัยต่อผู้ถูกกระทำต่อไปอีก หากรัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือ โดยไม่พิจารณาถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะบังคับใช้กฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายก็ไร้ความหมาย ขาดความศักดิ์สิทธิ์และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติมิชอบมีโอกาสแสวงหาประโยชน์ ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อตนเองจากกฎหมายเหล่านี้ หรือหากมีการใช้บังคับกฎหมายซึ่งมิได้มีการบังคับใช้เป็นเวลานานผู้ถูกใช้บังคับก็จะเกิดปฏิกิริยาเพราะถูกเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้บังคับกฎหมายและชุมชนเสื่อมเสียไป

อย่างไรก็ดี การกำหนดให้มีความผิดทางอาญาจึงเป็นสิ่งสำคัญที่จำเป็น สำหรับการอยู่ร่วมกันของบุคคลในสังคม ซึ่งพื้นฐานของบทบัญญัติของแต่ละฐานความผิด ในประมวลกฎหมายอาญา ประกอบไปด้วยผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ ผลของการกระทำ ตลอดจน “คุณธรรมทางกฎหมาย” กล่าวคือ คำว่า “ชีวิตร่างกาย (ความปลอดภัยของร่างกาย) อนามัย

¹⁶ ชีรดา โสมะนันท์ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 22.

เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิ” เหล่านี้คือ “คุณธรรมทางกฎหมาย” ซึ่งเป็นพื้นฐานทางในทางความคิดเสมอไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายก่อนการบัญญัติหรือไม่ก็ตาม

2.1.2 คุณธรรมทางกฎหมาย¹⁷

“คุณธรรมทางกฎหมาย” ได้ถูกแปลเป็นภาษาไทยโดย ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร โดยมีการพัฒนามาจากภาษาเยอรมัน ที่เรียกว่า Rechtsguter ซึ่งนักกฎหมายหลายท่านเรียกเป็นภาษาอังกฤษว่า Legal Interest “คุณธรรมทางกฎหมาย” เป็นสิ่งที่เป็นนามธรรมที่เป็น “ประโยชน์” (Benefit) หรือเป็นสิ่งที่เป็นคุณค่า (Value) โดยมีแนวคิดว่าการที่จะให้มนุษย์อยู่ร่วมกันในสังคมอย่างสงบสุข มนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน ดังนั้น “คุณธรรมทางกฎหมาย” จึงหมายความว่า “ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง” หรือ “ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง” ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายกับกรรมของการกระทำนั้นมีความแตกต่างกัน คุณธรรมทางกฎหมายเป็นคุณค่าในทางอุดมคติที่อยู่เบื้องหลังของความผิดฐานต่างๆ เนื่องจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายในแต่ละฐานความผิดต้องการคุ้มครองมิใช่เพียงแต่เป็นบุคคลหรือวัตถุที่เป็นรูปร่างเท่านั้น แต่กรรมของการกระทำเป็นวัตถุที่ถูกกระทบจากการกระทำที่ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย

ต่อมา Rechtsguter ได้ถูกแปลโดยในภายหลังโดยนักกฎหมายที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศเยอรมัน ได้แปลว่า นิติสมบัติ เพราะเป็นการแปลตรงตามคำศัพท์ เพราะหากใช้คำว่า คุณธรรมแล้วจะมีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า Tugend ที่แปลว่าคุณธรรม แต่ Tugend นี้จะแปลว่าคุณธรรมในการดำรงชีวิต เช่น ความกล้าหาญ ซึ่งนักกฎหมายดังกล่าวก็ได้ให้ความหมายของนิติสมบัติ ไว้ใกล้เคียงกับคุณธรรมทางกฎหมายว่า “คุณธรรมทางกฎหมายหรือนิติสมบัติ” หมายถึง สภาวะความนึกคิดที่เป็นนามธรรมซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายแต่ละฐานต้องการคุ้มครองมิใช่วัตถุที่เป็นรูปร่างหรือบุคคลเท่านั้น แต่มุ่งคุ้มครองประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน อันเป็นที่มาของความผิดฐานต่างๆ ในกฎหมายอาญา

2.1.2.1 ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมายหรือนิติสมบัติสามารถแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ

- 1) คุณธรรมทางกฎหมายหรือนิติสมบัติที่เป็นส่วนบุคคล (Individual Rechtsgut) เช่น ชีวิต เสรีภาพต่างๆ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เกียรติยศ ชื่อเสียง
- 2) คุณธรรมทางกฎหมายหรือนิติสมบัติที่เป็นส่วนรวม (Universal Rechtsgut) เช่น ความปลอดภัยของสาธารณชน ความมั่นคงของประเทศ เป็นต้น

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5-8.

การแบ่งคุณธรรมทางกฎหมายออกเป็น 2 ประเภทข้างต้น มีประโยชน์ 4 ประการ ได้แก่

1. ประโยชน์ในการตีความกฎหมาย คือ ช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายมีความถูกต้องตามเจตนารมณ์ที่ต้องการคุ้มครองปัจเจกชนหรือบุคคลและคุ้มครองสังคม

2. ประโยชน์ในการกำหนดผู้เสียหาย คือ เมื่อมีการกระทำผิดกฎหมายในความผิดที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นคุณธรรมส่วนรวมย่อมถือว่า รัฐหรือสังคมเท่านั้นที่เป็นผู้เสียหาย รัฐจึงมีหน้าที่ที่ต้องเข้าจัดการเพื่อคุ้มครองสถานะความปกติสุขของส่วนรวมดังกล่าว มิใช่หน้าที่ของเอกชน ในขณะที่ถ้ามีการกระทำต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนั้น ผลเสียหายย่อมกระทบต่อปัจเจกบุคคลโดยตรง มิได้เป็นผลเสียหายต่อสังคมส่วนรวม ดังนั้น จึงเป็นสิทธิของผู้เสียหายที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดในความผิดที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นการคุ้มครองคุณธรรมส่วนบุคคล เพราะบุคคลย่อมมีหน้าที่จะคุ้มครองสถานะความปกติสุขของบุคคลนั่นเอง เช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาท คุณธรรมทางกฎหมาย คือ สิทธิในชื่อเสียงของบุคคลอันเป็นคุณธรรมส่วนบุคคล ผู้เสียหายจึงมีสิทธิที่จะเลือกที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดหรือไม่ก็ได้ นอกจากนั้น หากผู้เสียหายและผู้กระทำผิดสามารถตกลงกันได้ ผู้เสียหายและผู้กระทำผิดย่อมสามารถยอมความระหว่างกันได้เช่นกัน

3. ประโยชน์ในการจัดหมวดหมู่ความผิด คือ ช่วยจัดกลุ่มความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายเหมือนกันให้อยู่ในกลุ่มเดียวกัน ช่วยให้การเรียนการสอนและการตีความกฎหมายเป็นระบบ

4. ประโยชน์ในการวินิจฉัยสิทธิในการป้องกันตนเองโดยชอบด้วยกฎหมาย (Right to Lawfully Defend) เพราะบุคคลที่เป็นผู้เสียหายย่อมมีสิทธิที่จะปกป้องตนเองจากการถูกคุกคามด้วยเหตุอันมิชอบด้วยกฎหมายที่ใกล้จะถึง

อย่างไรก็ตาม ในความผิดบางฐานอาจมีคุณธรรมทางกฎหมายทั้งคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนปัจเจกบุคคล เช่น ความผิดฐานชิงทรัพย์ที่ต้องการคุ้มครองทั้งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ และความปลอดภัยในชีวิตของบุคคล รวมถึงต้องการป้องกันสังคมไม่ให้เกิดภัยจากการละเมิดด้วยพฤติกรรมร้ายแรง

2.1.2.2 การสละคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมายเป็นแนวคิดที่คุ้มครองสถานะหรือประโยชน์ทั้งในส่วนรวมและส่วนปัจเจกบุคคล เมื่อความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่ละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ คุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวย่อมอยู่ในฐานะที่ผู้เสียหายสามารถสละได้

อย่างไรก็ตาม การสละคุณธรรมทางกฎหมายมีข้อสังเกต 3 ประการ คือ¹⁸

1) คุณธรรมทางกฎหมายที่จะสละได้ต้องเป็นคุณธรรมที่เป็นส่วนบุคคล โดยแท้ ไม่ใช่คุณธรรมที่เป็นส่วนรวม หรือที่มีคุณธรรมส่วนรวมอยู่ด้วย เพราะคุณธรรมดังกล่าวยังมี ส่วนรวมเป็นเจ้าของคุณธรรม หรือเป็นผู้เสียหายรวมอยู่ด้วย

2) การสละคุณธรรมทางกฎหมายต้องเกิดขึ้นโดยผู้เสียหายรู้ตัวว่า เมื่อผู้เสียหายได้สละคุณธรรมทางกฎหมายแล้วจะมีผลกระทบใดเกิดขึ้น เช่น การสมัครใจเข้าทะเลาะวิวาทกัน ย่อมทำให้ผู้สมัครใจดังกล่าวไม่เป็นผู้เสียหาย

3) แม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองเฉพาะปัจเจกบุคคล แต่คุณธรรมทางกฎหมายบางประเภทไม่สามารถสละได้ เช่น ชีวิตมนุษย์ ดังนั้น การล่วงละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายประเภทนี้ ผู้เสียหายและผู้กระทำผิดไม่สามารถตกลงยุติการดำเนินคดีต่อกันได้

สำหรับคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดเรื่องการข่มขืนกระทำชำเรา นั้นได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม โดยกฎหมายมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายมิให้ถูกผู้อื่นกระทำการล่วงละเมิดทางเพศต่ออวัยวะส่วนที่อาจเกิดอันตรายต่อร่างกายและส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้เสียหายอย่างร้ายแรง ซึ่งได้แก่ อวัยวะเพศ ทวารหนัก และช่องปาก เนื่องจากโดยสภาพของอวัยวะเหล่านี้ ล้วนแต่เป็นช่องทางที่ผู้กระทำอาจล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้เสียหายได้ทั้งสิ้น ซึ่งการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้เสียหายนั้นอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตได้ รวมไปถึงคุ้มครองผู้ถูกกระทำทุกเพศและทุกช่วงวัยด้วย ไม่ได้จำกัดเพียงแค่เพศหญิงดังเช่นตามที่กฎหมายอาญาก่อนการแก้ไขใหม่ได้บัญญัติไว้ก่อนปี พ.ศ.2550 แต่สำหรับคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดเรื่องการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี คือ “การคุ้มครองความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็ก” เด็กไม่อาจถูกกระทำชำเราโดยชอบด้วยกฎหมายได้ทุกกรณี ความยินยอมของเด็กจึงไม่เป็นสาระสำคัญขององค์ประกอบความผิดดังกล่าว และคุ้มครองเด็กทั้งเพศหญิงและชายผู้ถูกกระทำชำเราอย่างเท่าเทียมกัน

¹⁸ เศรษฐบุตร อิทธิธรรมวินิจ, การลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล: ศึกษากรณีการกำหนดความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญา, ค้นวันที่ 28 กันยายน 2557 จาก http://www.sri.cmu.ac.th/~srilocal/drugs/research_files/research_56_4.pdf

2.2 เหยื่ออาชญากรรม (Victimology)

2.2.1 ความหมายของเหยื่ออาชญากรรม¹⁹

เหยื่ออาชญากรรม หมายถึง “บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการก่ออาชญากรรมของผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นความผิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกายหรือทรัพย์สิน รวมทั้งเสรีภาพหรือสิทธิอื่นใด”

สาเหตุของการเกิดอาชญากรรมประการหนึ่งมาจากเหยื่ออาชญากรรม เนื่องจากเหยื่ออาชญากรรมมีส่วนช่วยให้เกิดการกระทำความผิด หรือเหยื่ออาชญากรรมอาจจะตั้งตนอยู่ในความประมาท หรืออาจจะเป็นความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ของเหยื่อเอง เป็นต้น แต่สำหรับในบางกรณีผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมอาจเกิดจากการกระทำของตนเอง²⁰ ได้แก่ โสเภณี ผู้ติดสุรา ยาเสพติด หรือการพนัน เป็นต้น เนื่องจากในทางอาชญาวิทยาถือว่าการกระทำของบุคคลดังกล่าวมีเหตุที่ทำให้เป็นเช่นนั้น เช่น ความยากจน สภาพเสื่อมโทรมของครอบครัว การไม่มีอาชีพเป็นหลักแหล่ง การถูกเพื่อนหรือคนชั่วหลอกลวงไป การไม่มีบุคคลเลี้ยงดูให้พอเหมาะพอควรแก่อัตภาพ เป็นต้น

2.2.2 ประเภทของเหยื่ออาชญากรรม²¹

Schafer ได้จำแนกประเภทของเหยื่ออาชญากรรมโดยพิจารณาความรับผิดชอบของเหยื่ออาชญากรรมเป็นสำคัญ โดยแบ่งเหยื่ออาชญากรรมออกเป็น 7 ประเภท ดังนี้

1. เหยื่ออาชญากรรมที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรม (Unrelated Victims)

เหยื่ออาชญากรรมประเภทนี้เป็นผู้ที่ไม่มีความสัมพันธ์ในทางใดๆ กับอาชญากรรม แต่เป็นเพียงผู้รับเคราะห์จากอาชญากรรมเท่านั้น

2. ผู้เป็นเหยื่อของตนเอง (Self-Victimizing Victims)

เหยื่ออาชญากรรมประเภทนี้ตกเป็นเหยื่อโดยตนเอง ดังนั้น ตนเองก็คือ อาชญากรรมหรือเรียกการกระทำของเหยื่อแบบนี้ว่า “อาชญากรรมที่ปราศจากเหยื่อ” เหยื่อประเภทนี้เป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำความผิดอย่างเต็มที่ เช่น โสเภณี นักพนัน บุคคลผู้ติดสุราหรือยาเสพติด เป็นต้น

¹⁹ อัจฉรียา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 58.

²⁰ อัมณพ ชูบำรุง, *อาชญาวิทยาแนวพุทธ* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 130.

²¹ อัจฉรียา ชูตินันท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 59-62.

3. เหยื่อที่กระตุ้นให้เกิดอาชญากรรม (Provocative Victims)

เหยื่อประเภทนี้ได้กระทำการบางอย่างที่ขัดใจอาชญากรก่อน เช่น การผิดสัญญา การดูหมิ่นเหยียดหยาม หรือการนอกใจ เป็นต้น การกระทำดังกล่าวของเหยื่อเองที่เป็นการส่งเสริมยั่วยุให้อาชญากรประกอบอาชญากรรมขึ้นได้ และอันตรายก็จะตกแก่เหยื่อประเภทนี้เอง

4. เหยื่อที่จูงใจให้เกิดอาชญากรรม (Precipitative Victims)

เหยื่อประเภทนี้จะมีพฤติกรรมที่ปราศจากความตั้งใจของเหยื่อที่เป็นการส่งเสริม ล่อใจหรือจูงใจให้อาชญากรประกอบอาชญากรรมต่อเหยื่อที่เป็นตัวล่อ เช่น การเดินไปในที่เปลี่ยวและที่รกร้างคนเดียว เหยื่อประเภทนี้ก็อาจถูกชิงทรัพย์ หรือถูกกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศได้

5. เหยื่อที่มีความอ่อนแอในทางชีวภาพ (Biologically Weak Victims)

เหยื่อประเภทนี้เป็นเหยื่อที่มีความอ่อนแอทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ แม้ว่าคนพวกนี้จะไม่เกี่ยวข้องกับอาชญากรก็ตาม แต่เป็นผลให้อาชญากรมีความคิดที่จะกระทำร้ายต่อเขา เช่น เด็กผู้หญิงคนเจ็บป่วยทางจิต เป็นต้น ถือว่าเป็นเหยื่อที่มีความอ่อนแอทางชีวภาพ ง่ายต่อการตกเป็นเหยื่อของอาชญากร

6. เหยื่อที่มีความอ่อนแอในทางสังคม (Socially Weak Victims)

เหยื่อประเภทนี้เป็นเหยื่อที่ไม่มีความเท่าเทียมกันกับบุคคลอื่นในสังคม เช่น พวกชนกลุ่มน้อย พวกอพยพเข้ามาอยู่ในถิ่นใหม่ เป็นต้น โดยเหยื่อประเภทนี้จะไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสมาชิกของสังคมอย่างเต็มภาคภูมิ จึงอยู่ในฐานะที่จะถูกเอารัดเอาเปรียบจากอาชญากรได้

7. เหยื่อการเมือง (Political Victims)

เหยื่อประเภทนี้เป็นเหยื่อที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากผู้ที่เป็นปรปักษ์กัน ในทางการเมือง เป็นบุคคลที่เป็นคู่แข่งกันในการณรงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งตำแหน่งที่มีอำนาจทางการเมือง แต่ถูกฝ่ายที่มีอำนาจอยู่ก่อนแล้วเจาะจงว่าเป็นผู้กระทำความผิดหรือเป็นอาชญากร ทั้งนี้ โดยอาศัยกฎหมายอาญาที่มีอยู่เป็นหลักในการกล่าวหา เป็นเหยื่อที่ถูกฝ่ายปรปักษ์ถือว่าผิดกฎหมาย

นอกจากนี้ยังมีนักอาชญาวิทยาอีกท่านหนึ่ง ชื่อว่า เฮนติก (Han von Hentig) ได้เขียนหนังสือชื่อว่า “The Criminal and His Victim” เพื่อหาความสัมพันธ์ของอาชญากรและเหยื่ออาชญากรรม ซึ่งได้แบ่งเหยื่ออาชญากรรมออกเป็น 13 ประเภท ดังนี้

1. ผู้เยาว์ (The Young)

เป็นผู้เสียหายที่ควรให้ความสังเกตมาก เพราะผู้เยาว์ขาดประสบการณ์และเป็นผู้อ่อนแอ นอกจากนี้ เฮนติก ยังมีความเห็นว่าเด็กส่วนมากยังไม่ได้เป็นเจ้าของโนทรัพย์สิน ดังนั้น จึงเท่ากับว่าเขาได้รับยกเว้นจากการเป็นผู้เสียหายของอาชญากรรมประเภทผลประโยชน์ ผู้เยาว์ส่วนใหญ่มักจะตกเป็นเหยื่อโดยถูกหลอกลวงหรือลักพาตัวไปเรียกค่าไถ่

2. ผู้หญิง (The Female)

สำหรับผู้เยาว์ที่เป็นผู้หญิง ก็มักจะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมประเภทการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยทั่วไปแล้วผู้หญิงเป็นบุคคลที่อ่อนแออีกแบบหนึ่ง หญิงในวัยรุ่นนอกจากจะตกเป็นผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราแล้ว บางครั้งยังถูกฆาตกรรม ส่วนหญิงสูงอายุ มักตกเป็นผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน

3. บุคคลสูงอายุ (The Old)

ผู้เสียหายประเภทนี้มักอ่อนแอทั้งกำลังกายและกำลังใจ จึงมักตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมในการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน

4. บุคคลโรคจิตหรือจิตบกพร่อง (The Mentally Defective)

ผู้เสียหายประเภทนี้มีลักษณะง่ายต่อการถูกหลอกลวง จึงตกเป็นผู้เสียหายได้ง่าย

5. บุคคลต่างด้าว (Immigrants)

ผู้เสียหายประเภทนี้มีจุดอ่อนอยู่ที่ความขัดแย้งในเรื่องวัฒนธรรมการย้ายถิ่นที่อยู่จากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งนั้นไม่ใช่เป็นเรื่องที่ง่ายดาย คนต่างด้าวมักจะพบกับอุปสรรคต่างๆ เช่น ความยากลำบากในเรื่องภาษาพูด วัฒนธรรม และความยากจน เพราะถูกปฏิเสธหรือไม่ยอมรับโดยคนของประเทศนั้น ดังนั้น คนต่างด้าวและคนพื้นเมืองจึงมักแสดงออกซึ่งความเป็นปรีกษต่อกัน คนต่างด้าวจะเรียนรู้เทคนิคต่างๆ เพื่อปรับตัวนั้นเป็นสิ่งที่ใช้เวลานาน

6. คนกลุ่มน้อย (Minorities)

ผู้เสียหายประเภทนี้จัดเข้าอยู่ในประเภทเดียวกันกับคนต่างด้าว

7. พวกโง่ทึม (Dull Normals)

บุคคลประเภทนี้ เฮนติก เรียกว่า “ผู้เสียหายโดยกำเนิด” (Born Victims) จัดเข้าอยู่ในประเภทเดียวกันกับคนต่างด้าวและคนกลุ่มน้อย

8. พวกที่มีแนวโน้มไปในทางต่ำ (The Depressed)

ผู้เสียหายประเภทนี้มักมีความบกพร่องทางกายและทางจิตอยู่ก่อนแล้ว มาประสบกับความผิดหวังหรือขาดในสิ่งที่ตนเองปรารถนา จึงเกิดบุคลิกภาพแบบใหม่ที่มีแนวโน้มไปในทางต่ำ ทำให้อาชญากรเห็นช่องทางที่จะประกอบอาชญากรรมต่อบุคคลประเภทนี้

9. พวกโลภมาก (The Acquisitive)

เฮนติก เรียกผู้เสียหายประเภทนี้ว่า “ผู้เสียหายขั้นที่ 1” คือ มีทั้งความปรารถนาที่จะประกอบอาชญากรรมด้วยและปรารถนาที่จะเป็นผู้เสียหายเองด้วย เช่น นักการพนัน นักต้มตุ๋น ทั้งนี้เพราะตัวเขาเองเป็นผู้วางแผนอาชญากรรมเอง จึงทำตามแผนโดยยอมตกเป็นผู้เสียหาย

10. พวกเสเพล (The Wanton)

เป็นผู้เสียหายที่มีชีวิตอันมีตนภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายและระเบียบของสังคม ชีวิตไร้ค่า จึงง่ายที่จะตกเป็นผู้เสียหาย

11. พวกเปล่าเปลี่ยวและอกหัก (The Lonesome and Heartbroken)

ผู้เสียหายจะมีความบกพร่องทางจิตอยู่แล้ว จึงมีแนวโน้มที่จะตกเป็นผู้เสียหายได้ง่าย ลักษณะทั่วไปของบุคคลประเภทนี้คล้ายกับพวกโลกมากอยากได้ คือ อยากได้เพื่อน อยากได้ความสุข แทนการอยากได้เงินทอง

12. พวกอยู่ในฐานะถูกทรมาน (The Tormentors)

ผู้เสียหายประเภทนี้อยู่ในครอบครัวที่น่าเศร้าโดยสมาชิกในครอบครัว ซึ่งอาจจะเป็นบิดาหรือมารดา อาจจะเป็นโรคจิตบกพร่อง หรือพิษสุราเรื้อรัง จึงต้องตกเป็นภาระของคนอื่นๆ ในครอบครัวที่จะต้องคอยปรนนิบัติ ในที่สุดผู้ปรนนิบัติทรมานไม่ไหว จึงต้องฆ่าผู้นั้นเสีย

13. พวกถูกตัดโอกาส ถูกละเลย ถูกต่อสู้อย่างขวาง (The Blocked)

ผู้เสียหายที่ถูกกรรโชกทรัพย์หรือรีดเอาทรัพย์ และบุคคลดังกล่าวนี้ทำการต่อสู้อย่างขวาง นอกจากนี้ก็มีพวกที่สูญเสียโอกาสหรือสูญเสียสถานภาพของตัวเอง ทำให้เกิดความเสียหายแก่ตนเอง อาจจะถูกละเลยร้ายปายจึงต้องหาทางต่อสู้เพื่อตัวเอง คนพวกนี้ก็จัดเป็นพวกที่ยากที่จะตกเป็นเหยื่อ และตนเองก็อาจจะประกอบอาชญากรรมเสียเองก็ได้

2.2.3 บทบาทของเหยื่ออาชญากรรมต่อการเกิดอาชญากรรม²²

นักอาชญวิทยาที่ได้ทำการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับเรื่องเหยื่ออาชญากรรม เช่น วูฟแก๊ง (Wolfgang) ได้ทำการศึกษาและวิจัยคดีฆาตกรรม พบว่า ความประหลาดในทางยั่วยุอารมณ์ของผู้เสียหาย ส่วนมากมักเป็นสาเหตุที่สำคัญให้เกิดอาชญากรรม และ บาร์เนส (Barnes) มีความเห็นว่า ผู้เสียหายที่ประมาทเลินเล่อหรือขาดความระมัดระวังเป็นสาเหตุประการหนึ่งให้การประกอบอาชญากรรมเป็นไปได้โดยสะดวก จึงสามารถสรุปได้ว่า พฤติกรรมของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมมีส่วนสำคัญอย่างยิ่ง ในการเป็นจุดเริ่มต้นประกอบอาชญากรรมของอาชญากร โดยมีสาเหตุ ดังนี้

1. ผู้เสียหายมักจะมีความสัมพันธ์หรือเคยรู้จักกับอาชญากรมาก่อนที่จะตกเป็นเหยื่อ เช่น เป็นสามีภรรยา คู่รัก คนรู้จัก เพื่อนร่วมงาน ทำธุรกิจร่วมกัน เป็นต้น

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 62-63.

2. ผู้เสียหายมีพฤติกรรมชอบแต่งตัวยั่ว ซึ่งไปกระตุ้นอารมณ์ของอาชญากร โดยเฉพาะอาชญากรที่มีความผิดปกติทางเพศอยู่แล้ว จึงทำให้อาชญากรคิดลงมือจะกระทำความผิดได้ในทันทีที่ได้โอกาส

3. ผู้เสียหายบางรายก็มีพฤติกรรมที่ข่มขู่หรือกดดันข่มเหงบีบคั้น ต่อผู้กระทำความผิดอย่างมากจนระงับอารมณ์และยับยั้งสติไม่ได้ จึงต้องลงมือทำร้าย เนื่องจากเพราะความคับแค้นใจหรือบันดาลโทสะ เป็นต้น

4. ผู้เสียหายบางรายไม่ได้มีพฤติกรรมยั่ว แต่อาชญากรได้ถูกยั่วจากสิ่งอื่นๆ อยู่ก่อนแล้ว และผู้เสียหายเข้ามาอยู่ในสถานการณ์ที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมโดยบังเอิญ เช่น กรณีที่เหยื่อถูกกระทำชำเรา นั้น อาจเป็นสาเหตุที่ได้รับการยั่วจากสื่อสิ่งพิมพ์หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์ไปเปลี่ยน เป็นต้น

5. ผู้เสียหายตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม เพราะเหตุความเชื่อทางศาสนาหรือลัทธิกายสิทธิ์ต่างๆ

6. ผู้เสียหายมีพฤติกรรมที่มีความประมาทเลินเล่ออยู่เสมอ เช่น ลืมปิดประตูหรือหน้าต่าง อาคารบ้านเรือน ลืมล็อครถยนต์ ชอบเดินในที่เปลี่ยว เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป คือ บทบาทของผู้เสียหายหรือเหยื่อมักมีความสัมพันธ์กับการก่อให้เกิดอาชญากรรมอยู่เสมอ โดยเฉพาะบทบาทของผู้เสียหายหรือเหยื่อในทางยั่วเร้า หรือเชิญชวนให้อาชญากรลงมือกระทำความผิด ดังนั้น ในการศึกษาเรื่องเหยื่ออาชญากรรม จึงเป็นการศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างอาชญากรรม อาชญากร และผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม เพื่อป้องกันผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมให้พ้นจากเงื้อมมือของอาชญากร และเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม ในอันที่จะนำมาซึ่งความปลอดภัยและสงบเรียบร้อยให้บังเกิดขึ้นในสังคม

2.3 การลงโทษ

จากหลักที่ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” ซึ่งหมายถึงว่าความรับผิดชอบจะต้องเป็นไปตามกฎหมายที่บัญญัติไว้ก่อนแล้ว และการลงโทษก็มีการกำหนดของกฎหมายแล้ว ดังนั้นทำให้ผู้ร่างกฎหมายอาญาของประเทศต่างๆ พยายามที่จะบัญญัติกฎหมายให้มีความครอบคลุมที่สุด การกระทำใดที่เห็นว่ามีผลกระทบต่สังคมจะถูกบัญญัติให้เป็นความผิด และกำหนดบทลงโทษ

เนื่องจากโทษในทางอาญานั้นมีผลกระทบกระเทือนต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สินของประชาชน กฎหมายอาญาจึงมีลักษณะที่พิเศษแตกต่างจากกฎหมายอื่นๆ ในการที่จะวินิจฉัยว่าบุคคลใดกระทำความผิดในทางอาญานั้น จะต้องเป็นไปตามโครงสร้างความรับผิดชอบและความชอบด้วย

กฎหมาย ถ้าขาดองค์ประกอบอันใดแล้ว ก็จะต้องว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดมิได้และจะลงโทษบุคคลนั้นมิได้

2.3.1 ความหมายของการลงโทษ²³

การลงโทษ หมายถึง การกระทำที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ที่ต้องรับโทษซึ่งอาจจะเป็นผลร้ายต่อร่างกาย จิตใจหรือทรัพย์สิน ซึ่งการลงโทษนั้นเป็นเสมือนเครื่องมือของการตัดสินของสาธารณะ ซึ่งประกอบด้วยประเด็นสำคัญ คือ การลงโทษ ได้แก่ วิธีการที่เกี่ยวข้องกับการเจ็บปวด หรือการทรมาน ซึ่งเป็นผลมาจากการตัดสินโดยค่านิยมบางอย่างของสังคม นอกจากนี้ มีนักวิชาการหลายท่านเสนอความคิดว่าการลงโทษเป็นการกระทำตามสัญญาชดเชยการแก้แค้นโดยเป็นกระบวนการที่ยุ่ยาก ซับซ้อน อาชญากรรมบางประเภทและการกระทำบางชนิดถูกมองว่าผิดและทำให้สังคมเสียสมดุล ทำให้เสียผลประโยชน์ของบุคคลหรือสมาชิก ปฏิบัติการลงโทษต่างๆ จึงเป็นการทำลายความสมดุลที่เกิดขึ้น ดังนั้น การลงโทษอาจเป็นเพียงหนึ่งในปฏิกริยาหลายๆ อย่างต่อการฝ่าฝืนกฎหมาย

การลงโทษ หมายความว่า การที่รัฐกำหนดภาวะอย่างหนึ่งอย่างใดแก่บุคคล ซึ่งภาวะนั้นโดยปกติธรรมดาแล้วถือเป็นสิ่งไม่ปรารถนาในอันที่จะตอบโต้ เนื่องจากการที่บุคคลนั้นได้กระทำความผิด หรือก่ออาชญากรรมขึ้น

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้ความหมายคำว่า “โทษ” หมายถึง ความผิด ผลแห่งความผิดที่ต้องรับผลร้าย ส่วนความหมายในทางกฎหมาย หมายถึง มาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับลงโทษผู้กระทำความผิดอาญา โทษอาญาควรใช้กับการกระทำที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงเท่านั้นและตามพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทยได้ให้ความหมายของคำว่า “ความรับผิดชอบทางอาญา”²⁴ หมายถึง การที่บุคคลต้องรับโทษทางอาญาหรือถูกบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย หรือถูกคุมความประพฤติ หรือมาตรการทางอาญาอื่นๆ ตามที่มีกฎหมายกำหนด

ศาสตราจารย์ Herbert L. Packer แห่งมหาวิทยาลัยแอสตันฟอร์ด เสนอหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญาซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางไว้ ดังนี้²⁵

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 130.

²⁴ ราชบัณฑิตยสถาน, เรื่องเดิม, หน้า 128.

²⁵ Packer, Herbert L., *The Limits of the Criminal Sanction* (California:

Stanford University, 1968), p. 296.

1. คนส่วนใหญ่ในสังคมเห็นว่า การกระทำนั้นคุกคามหรือเป็นอันตรายร้ายแรง ต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม โดยมีลักษณะเป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อความปลอดภัยของบุคคลและสังคม เช่น การฆ่าผู้อื่น การข่มขืน การใช้กำลังประทุษร้าย เป็นต้น
2. การลงโทษทางอาญาต้องทำให้การกระทำผิดนั้นๆ ลดน้อยลง
3. การลงโทษทางอาญา ต้องไม่ทำให้พฤติกรรมที่พึงประสงค์ของสังคมลดน้อยลง
4. หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะสามารถบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ โดยต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพในการสืบหาและจับกุมผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ
5. กระบวนการยุติธรรมทางอาญาต้องมีประสิทธิภาพในการพิสูจน์ความผิดและลงโทษผู้กระทำความผิด โดยไม่ก่อให้เกิดภาระแก่การดำเนินกระบวนการจนเกินขอบเขตทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ
6. ไม่มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสมกว่าการลงโทษทางอาญา

2.3.2 แนวคิดเรื่องการลงโทษ

การลงโทษเป็นวัฒนธรรมทางเนติธรรมของแต่ละชนชาติ ซึ่งจะมีวิธีการที่แตกต่างกันไปตามวัฒนธรรม ความเชื่อ ศาสนา และกฎระเบียบทางสังคมของบ้านเมืองนั้นๆ ซึ่งถือเป็นขั้นตอนสุดท้ายของกระบวนการยุติธรรมที่ปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดตามคำพิพากษาของศาล อันเป็นหน้าที่หลักของกรมราชทัณฑ์ แต่การลงโทษบางอย่าง เช่น โทษจำคุก ซึ่งเป็นการลงโทษที่มีลักษณะเป็นการตัดออกจากสังคมชั่วคราว เพื่อลงโทษและปรับปรุงแก้ไขผู้นั้น แต่โทษจำคุกอาจถูกทดแทนด้วยทางเลือกอื่นได้ เช่น การคุมความประพฤติ เป็นต้น²⁶

แนวความคิดเรื่องการลงโทษนั้นก็มีวิวัฒนาการมาตั้งแต่สมัยโบราณจนถึงปัจจุบันโดยสรุปดังนี้²⁷

1. แนวคิดตามสำนักคลาสสิก (Classical School)

ทฤษฎีแบบที่เป็นศาสตร์ได้กำเนิดขึ้นในคริสต์ศตวรรษที่ 18 แนวคิดของสำนักนี้เกิดจากสองเหตุ ได้แก่ ความเปราะบางของสังคมอันเนื่องมาจากผู้ปกครองรัฐในสมัยโบราณอ้างเอาเหตุ

²⁶ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, คณะนิติศาสตร์, เอกสารประกอบการเรียนวิชากฎหมาย, ค้นวันที่ 8 ตุลาคม 2557 จาก <http://www.lawprachin.com/fileadmin/templates/data/.../บทที่สอง.doc>

²⁷ ปราดนา บุญเพ็ง, การเปรียบเทียบความผิดอันยอมความได้ในคดีอาญาในระบบกฎหมายของประเทศไทยและประเทศลาว (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2556).

อาชญากรรมมาเป็นข้อแก้ตัว เพื่อกระทำการทารุณกรรมแก่ผู้อยู่ใต้ปกครอง อีกเหตุผล คือนักปราชญ์พยายามหาเหตุผลและคำอธิบายวิชาธรรมศาสตร์ ซึ่งหวังว่าจะช่วยปฏิรูปกระบวนการพิจารณาคดีอาญาในสมัยก่อนให้ดีขึ้นได้

นักคิดในสำนักนี้ ได้แก่ ซีซาร์ แบคคาเรีย (Cesare Beccaria) และเจเรมี เบ็นแธม (Jeremy Bentham) แนวความคิดของสำนักนี้เชื่อว่าทุกคนจะมีความเท่าเทียมกันและเสมอภาคกัน ทฤษฎีที่ยึดถือในสำนักนี้ ก็คือ ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ (Free Will Theory) โดยทฤษฎีนี้ถือหลักว่าทุกๆ คนมีอิสระในการกระทำ สามารถที่จะเลือกกระทำการสิ่งใดๆ ได้ระหว่างการทำความดีและการทำความชั่ว ดังนั้นเมื่อเลือกที่จะกระทำความชั่วโดยเชื่อว่าจะให้ผลประโยชน์ตอบแทนมากกว่าจึงต้องมีการลงโทษให้สาสมกับความผิดที่ได้กระทำ ซึ่งทฤษฎีนี้เป็นที่นิยมกันมากในยุคนั้น และสำนักคลาสสิกมีอิทธิพลเป็นอย่างมากต่อประเทศในยุโรป แต่ทว่าสิ่งที่สำนักคลาสสิกเชื่อมั่นนั้นจะมีลักษณะเป็นนามธรรมมากกว่ารูปธรรม

2. แนวคิดตามสำนักนีโอ คลาสสิก (Neo-Classical School)

สำนักนีโอ คลาสสิก หรือสำนักคลาสสิกใหม่นี้เห็นว่า คนทุกคนมีเจตจำนงเสรีเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นผู้เยาว์ คนชรา คนวิกลจริต หรือบุคคลธรรมดา ดังนั้น เมื่อเขามีเจตจำนงเสรีเท่าเทียมกันแล้วเขาจึงต้องรับผิดชอบในการกระทำอย่างเท่าเทียมกัน และเหตุผลสำคัญที่ทำให้ลงโทษอย่างเคร่งครัดก็เนื่องมาจากความคิดของทฤษฎีป้องกันเห็นว่าการลงโทษควรกระทำเพื่อประโยชน์ของสังคม และการลงโทษจะเป็นประโยชน์ก็ต่อเมื่อป้องกันไม่ให้คนอื่นกระทำความผิดอีก และการลงโทษจะต้องให้มีความเหมาะสมกับตัวของบุคคลผู้กระทำความผิดด้วย

โดยหลัก สำนักคลาสสิกใหม่ในเรื่องการลงโทษนี้เห็นว่ามี ความเหมือนกับสำนักคลาสสิก คือค่อนข้างจะรุนแรงและครอบงำจิตใจของมนุษย์มากเกินไป โดยยอมรับว่ามนุษย์มีความสามารถและความรับผิดชอบไม่เท่าเทียมกันจึงไม่ควรได้รับโทษเท่ากัน ดังนั้น การพิจารณาด้านอายุ สภาพจิตใจ และเหตุบรรเทาโทษอื่นๆ ประกอบการลงโทษ ฉะนั้นสำนักนี้มีแนวโน้มเอียงไปในทางที่จะใช้โทษเป็นเครื่องเยี่ยวยาให้ผู้กระทำผิดเป็นคนดีขึ้น

3. แนวคิดตามสำนักปฏิฐานนิยม (Positive School)

สำนักปฏิฐานนิยม มีแนวความคิดโดยอาศัยหลักวิทยาศาสตร์ในการวิเคราะห์ถึงสาเหตุของการกระทำผิดและการบังคับใช้กฎหมาย โดยกฎหมายจะต้องคำนึงถึงสาเหตุและพื้นเพดั้งเดิมของผู้กระทำผิด เพราะการกระทำผิดอาจจะเกิดจากความกดดันและบีบคั้นทางร่างกาย จิตใจ หรือสภาพทางสังคม ส่วนการลงโทษผู้กระทำความผิดมิได้มุ่งหมายไปในด้านการข่มขู่ ยับยั้งการกระทำความผิด แต่เพื่อเป็นการอบรมแก้ไขให้ผู้กระทำความผิดปรับตัวเข้ากับสังคมได้ แนวความคิดสำนักนี้ให้ความสำคัญกับกฎหมายของบ้านเมือง (Positive Law) เพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจนเด็ดขาด โดยไม่ต้องคำนึงถึงเหตุผลทางศีลธรรม ศาสตราจารย์ฮาร์ท (Professor H. L. A. Hart) ได้มีแนวคิดที่ว่า

“กฎหมายและศีลธรรมไม่จำเป็นต้องเกี่ยวโยงกันเสมอไป ความสมบูรณ์ของตัวกฎหมายเป็นเรื่องที่ต้องแยกออกจากความชอบธรรมภายในกฎหมาย แต่บางครั้งกฎหมายและศีลธรรมก็เกี่ยวข้องกันได้”

2.3.3 ที่มาของการลงโทษทางอาญา

เนื่องจากสังคมเกิดจากการรวมตัวกันของสมาชิกในสังคม จึงจำเป็นต้องมีมาตรการควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคม เพื่อให้สังคมมีความปกติสุขและความสงบเรียบร้อย ซึ่งแต่เดิมในสังคมยุคแรกๆ นั้น การลงโทษต่อผู้กระทำความผิดมีลักษณะเป็นการแก้แค้นส่วนตัว เช่น การกระทำเพื่อทดแทนความโกรธแค้นของผู้ถูกทำร้าย โทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดก็เป็นโทษที่รุนแรง เช่น ฆ่าผู้กระทำความผิดหรือขับไล่ออกจากชุมชน ถ้าเป็นการทำร้ายคนในชุมชน การแก้แค้นก็อาจเป็นการต่อสู้ระหว่างชุมชน ฝ่ายที่แพ้ต้องเสียเบี้ยปรับ (Penalty) ซึ่งเป็นความคิดพื้นฐานในเรื่องโทษอย่างหนึ่ง ต่อมาเมื่อมีการปกครองเป็นลักษณะชุมชนที่มีระเบียบชัดเจนขึ้น และอำนาจปกครองของหัวหน้าชุมชนก็เด่นชัดขึ้น การแก้แค้นเป็นการส่วนตัวก็ลดลงมาเป็นการลงโทษโดยหัวหน้า และวิวัฒนาการมาเป็นระบบการแก้แค้นโดยชุมชน จนในที่สุดก็กลายมาเป็นระบบการลงโทษโดยรัฐในปัจจุบันโดยใช้กฎหมายบังคับแก่สมาชิกในสังคม หากมีการละเมิดกฎหมายซึ่งถือว่าเป็นความผิดก็จะต้องมีการลงโทษ การลงโทษจึงเป็นเครื่องมือส่งเสริมประสิทธิภาพของกฎหมายอย่างหนึ่ง และเป็นการใช้อำนาจบังคับ (Sanction) โดยรัฐเป็นผู้กระทำตอบโต้กระทำความผิด

สำหรับวิวัฒนาการการลงโทษผู้กระทำความผิดในทุกประเทศ มีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน คือ เริ่มจากการลงโทษอย่างโหดร้ายเพื่อตอบแทนให้สมแค้น เพื่อข่มขู่ยับยั้งให้เกรงกลัวและเข็ดหลาบ แล้วค่อยๆ ลดลงมาเป็น การฟื้นฟูอบรมแก้ไขให้คืนดี รูปแบบการลงโทษในแต่ละยุคสมัยก็เปลี่ยนแปลงไปตามลักษณะการปกครองและสังคมเป็นสำคัญ

2.3.4 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ²⁸

ในการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น นักทฤษฎีวิทยาได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษผู้กระทำความผิดว่ามี 5 ประการ ดังนี้

2.3.4.1 เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (Retribution) แยกออกเป็น

1) การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้น (Punishment as a Retribution, Retaliation or Revenge) นับว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่ใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีมาแต่สมัยโบราณ และแพร่หลายที่สุด แม้กระทั่งในปัจจุบันระบบการลงโทษแบบตาต่อตา ฟันต่อฟัน ก็เป็นตัวอย่างหนึ่งของการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้น ซึ่งกล่าวได้อีกอย่างหนึ่งว่าผู้กระทำความผิดสมควรจะได้รับการ

²⁸ อัจฉริยา ชูตินันท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 130-133.

โต้ตอบด้วยการลงโทษอย่างสาสมกับความผิดที่ได้กระทำขึ้น เช่น ผู้ที่ฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนาที่สมควรจะได้รับโทษให้ตายตกไปตามกัน ทั้งนี้ เพื่อเน้นให้เห็นผลกรรมที่ได้กระทำไว้ต่อผู้อื่น

2) การลงโทษเพื่อเป็นการทดแทนหรือชดเชยความผิด (Punishment as an Expiation or Atonement) การลงโทษเพื่อเป็นการทดแทนหรือชดเชยความผิด ก็เป็นเหตุผลที่เก่าแก่พอๆ กับการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นตามวัตถุประสงค์นี้ผู้กระทำความผิดจะต้องชดใช้ความผิดด้วยความทุกข์ทรมาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าการลงโทษได้กระทำต่อหน้าสาธารณชน วัตถุประสงค์ของการลงโทษนี้ก็ยิ่งมากขึ้น

เหตุผลในการทดแทนส่วนใหญ่ขึ้นอยู่กับความรู้สึกที่จะแก้แค้นของผู้ที่ถูกประทุษร้าย เป็นความต้องการของบุคคลในอันจะกระทำการทดแทนแก่ผู้ที่ทำความเสียหายให้แก่ตน เนื่องจากสังคมเห็นว่าสมาชิกต้องการให้มีการทดแทนและสังคมอาจบำบัดความต้องการดังกล่าวของสมาชิกได้โดยสังคมเข้าจัดทำเสียเอง ซึ่งจะเป็นระเบียบเรียบร้อยดีกว่าปล่อยให้สมาชิกจัดการเอาเอง ความคิดสนับสนุนทฤษฎีทดแทนนี้มีมาแต่โบราณกาลแล้ว แต่เพิ่งมามีการให้เหตุผลและวางหลักเกณฑ์อย่างสมบูรณ์ในสมัยของ เอ็มมานูเอล ค้านท์ (Immanuel Kant) และ เกอร์ก เฮเกล (George Wilhelm Friedrich Hegel)

เอ็มมานูเอล ค้านท์ (Immanuel Kant) ได้ให้เหตุผลว่า เป็นที่เห็นชัดอยู่ในตัวว่าการลงโทษเป็นของคู่กับการกระทำผิดเพื่อความยุติธรรมแล้วผู้ซึ่งจงใจทำการอันไม่เป็นธรรมจะต้องถูกลงโทษอาญา ซึ่งได้สัดส่วนพอดีทั้งในสภาพและความหนักเบากับความผิดของเขา ถ้าสังคมไม่ลงโทษผู้กระทำผิดก็เท่ากับสังคมยอมรับรองการกระทำของเขา และด้วยเหตุนี้ก็มีผลเหมือนว่าสังคมเป็นผู้สนับสนุนให้กระทำผิด ค้านท์ถือหลักนี้อย่างเข้มงวด โดยไม่ยอมรับเหตุผลอย่างอื่นในการลงโทษ และได้กล่าวไว้ในหนังสือ *Philosophy of Law* ว่า “จะใช้การลงโทษเป็นเพียงเครื่องมือเพื่อให้เกิดประโยชน์อย่างอื่นไม่ได้ ไม่ว่าจะเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ถูกลงโทษเอง หรือแก่สังคมเป็นส่วนรวมก็ตาม การลงโทษในทุกกรณีจะต้องเนื่องมาจากเหตุว่า บุคคลที่ถูกลงโทษได้กระทำผิดอาญาเท่านั้น ทั้งนี้เพราะเป็นการไม่สมควรที่จะปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งเพียงเพื่อจะเป็นเครื่องมือให้บังเกิดผลแก่บุคคลอื่น ทุกคนมีสิทธิในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ในอันจะไม่ถูกปฏิบัติเช่นนั้น” ค้านท์ ยอมให้มีข้อยกเว้นจากหลักข้างต้นนี้ได้ 2 ประการ คือ

ประการแรก อาจมีการผ่อนเบาโทษให้ลดลงหากปรากฏว่าการลงโทษอย่างหนักโดยดำเนินตามหลักข้างต้นอย่างเคร่งครัดจะเป็นการกระทบกระเทือนความรู้สึกของประชาชน

ประการที่สอง ในเมื่อการปฏิบัติตามหลักข้างต้นอย่างเคร่งครัดจะเป็นการลดจำนวนพลเมืองของรัฐลงจนเกินควร

ส่วนเกอร์ก เฮเกล (George Wilhelm Friedrich Hegel) มีความเห็นลดหย่อนลงไปกว่าค้านท์บ้าง โดยเห็นว่า การลงโทษเป็นการยุติธรรมเพราะผู้ถูกลงโทษสมควรที่จะได้รับโทษก็จริง

อยู่ แต่หากเมื่อได้ปรากฏว่าเป็นการยุติธรรมที่จะต้องการลงโทษแล้ว เฮเกลยังยอมให้นำสิ่งอื่น นอกจากความผิดของการกระทำเข้ามาพิจารณาในการกำหนดโทษด้วย

การลงโทษที่ชอบธรรมตามหลักของทฤษฎีนี้ต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ ดังนี้

1. การลงโทษต้องเป็นการทดแทนความเสียหาย (Vindication) หมายถึง ความถูกต้องของการลงโทษจะต้องกระทำลงไปเพื่อเป็นการทดแทนหรือแก้แค้นให้แก่ผู้เสียหายจากการที่ผู้กระทำผิดได้ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น ยิ่งไปกว่านั้นจะต้องเป็นการทำให้ผู้เสียหายรู้สึกพอใจ และคิดว่าเป็นการกระทำที่ยุติธรรมแล้ว ทฤษฎีนี้ชี้ว่าการละเลยเรื่องความรู้สึกของผู้เสียหายที่ต้องการแก้แค้นแก่ผู้กระทำผิดนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เพราะจะทำให้ผู้เสียหายหรือญาติพี่น้องของเขา รู้สึกเสื่อมศรัทธาที่มีต่อรัฐว่าไม่อาจเยียวยาความเสียหายให้เขาได้ การลงโทษโดยคำนึงถึงความพอใจของผู้เสียหายนี้ จะทำให้ผู้เสียหายยอมรับว่าการลงโทษโดยรัฐเป็นความชอบธรรม และยอมรับว่าการแก้แค้นผู้กระทำผิด ไม่ใช่หน้าที่ของเอกชน แต่เป็นหน้าที่ของรัฐ

2. การลงโทษต้องกระทำเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม (Fairness) ทฤษฎีนี้มองหน้าที่ของบุคคลในด้านการเมือง และกึ่งสัญญาประชาคมที่เรียกว่า การต่างตอบแทน (Reciprocity) มีหลักว่าการจะให้กฎหมายมีผลคุ้มครองประโยชน์สุขแก่ส่วนรวม คนทุกคนจะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย การที่ผู้กระทำผิดฝ่าฝืนกฎหมายอาญาแต่ละครั้ง เปรียบเสมือนว่าผู้กระทำผิดเอาเปรียบบุคคลอื่นที่เชื่อฟังกฎหมาย และข้อได้เปรียบนี้จะเห็นได้ชัดเจนยิ่งขึ้นถ้าเป็นการกระทำผิดอาญาที่รู้กัน อย่างแพร่หลาย ดังนั้น การลงโทษผู้กระทำผิดจึงเป็นการที่ทำให้ผู้กระทำผิด และบุคคลอื่นที่เชื่อฟังกฎหมายตระหนักว่า บุคคลที่ละเมิดกฎหมายจะต้องถูกดำเนินคดี และผู้ที่ได้เปรียบจากการฝ่าฝืนกฎหมาย จะต้องถูกลงโทษ ด้วยเหตุนี้ การลงโทษแก่ผู้กระทำผิดจึงควรมีความรุนแรงเทียบเท่ากับ ความได้เปรียบที่ผู้กระทำได้รับจากการฝ่าฝืนกฎหมายนั้น โดยถือว่าผู้กระทำผิดได้จ่ายหนี้อันเกิดจากการทำผิดให้แก่คนทุกคนที่เชื่อฟังกฎหมายซึ่งเป็นสมาชิกในสังคมนั้น และเมื่อจ่ายแล้วเขาก็กลับคืนสู่สังคมในฐานะที่เป็นพลเมืองดี และมีฐานะเท่าเทียมคนอื่น

3. การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิด (Proportionality of Punishment) ทฤษฎีนี้เห็นว่า จำนวนโทษที่ผู้กระทำผิดควรจะได้รับจะต้องเท่ากับกับความเสียหายที่เขาได้กระทำลงจากการกระทำผิดนั้น อย่างไรก็ตาม อาจมีข้อยกเว้นจากหลักดังกล่าวได้ 2 กรณี คือ

กรณีแรก คือ กรณีที่การลงโทษสูงกว่าความเสียหายที่ผู้กระทำก่อขึ้นนั้น สามารถกระทำได้ในกรณีของการลงโทษจำคุกตลอดชีวิตแก่ผู้กระทำผิดที่เป็นอันตรายต่อสังคม เพื่อปกป้องสังคมให้ปลอดภัยยิ่งขึ้น

กรณีที่สอง คือ การลงโทษอาจต่ำกว่าสัดส่วนแห่งความผิด ในกรณีที่ผู้กระทำผิดไม่มีโอกาสที่จะกระทำผิดนั้นอีก ดังนั้น ผู้กระทำจะได้รับการลดโทษ หรือรอการลงโทษ และให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขการคุมประพฤติ

ปัญหาว่าจะถือหลักใดมาพิจารณาว่าโทษจำนวนเท่าใดจึงจะได้สัดส่วนกับความผิดที่ผู้กระทำได้ก่อให้เกิดขึ้น ในประเด็นนี้ ค่านท์ เห็นว่า “โทษที่ผู้กระทำได้รับจะต้องได้สัดส่วนพอดีทั้งสภาพ และความหนักเบาของความผิดของเขา” สภาพและความหนักเบาของความผิดนี้พิจารณาได้จาก “ความร้ายแรงทางศีลธรรมของความผิดแต่ละฐาน และพิจารณาจากความน่าตำหนิจากพฤติการณ์ของการกระทำผิดในแต่ละเรื่อง นอกจากนี้ ยังรวมถึงความร้ายแรงที่ผู้กระทำก่อให้เกิดขึ้น อันเกิดจากการกระทำโดยเจตนา ประมาท และในบางกรณีด้วย” ดังนั้นหลักการพิจารณาในเรื่องสัดส่วนของโทษจะต้องพิจารณาถึงสภาพ และความหนักเบาของความผิดซึ่งประกอบด้วยความร้ายแรงของความเสียหายในทางการกระทำและผลต่อสังคมอันเกิดจากการกระทำผิดนั้น

2.3.4.2 การลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งหรือป้องกันการกระทำผิด (Deterrence or Prevention) การลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งหรือป้องกันเพียงจะมีขึ้นในศตวรรษที่สิบแปด ตามแนวความคิดของนักอาชญาวิทยาแห่งสำนักคลาสสิกซึ่ง เบ็นแธม ได้กล่าวไว้ว่าการลงโทษเป็นสิ่งไม่ดี แต่ก็มีประโยชน์ต่อสังคม เพราะช่วยป้องกันความชั่วร้าย และป้องกันบุคคลอื่นมิให้กระทำความผิดเช่นเดียวกันนั้น และการลงโทษที่ยุติธรรมควรจะมีอัตราความรุนแรงพอเพียงที่จะยับยั้งบุคคลอื่นๆ การลงโทษตามวัตถุประสงค์นี้ก็เพื่อจะทำให้ผู้กระทำความผิดเข็ดหลาบและเกรงกลัวจนไม่กล้ากระทำความผิดอีกต่อไป อีกประการหนึ่งก็เพื่อเป็นการเตือนมิให้คนอื่น ๆ ทำตามอย่างผู้กระทำความผิดเพราะจะถูกลงโทษเช่นเดียวกัน

ตามแนวความคิดนี้มีความเชื่อว่าการกระทำผิดที่เกิดขึ้นในสังคม เมื่อเกิดขึ้นแล้วไม่สามารถที่จะย้อนเวลากลับไปไม่ให้เกิดการกระทำนั้นเกิดขึ้นได้ ดังนั้น เมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้น เราจึงควรหาทางที่จะป้องกันมิให้การกระทำผิดลักษณะนั้นเกิดขึ้นมาอีกมากกว่าที่จะแก้แค้นทดแทนผู้กระทำผิด แนวคิดนี้จึงมองว่าสังคมควรจะใช้วิธีการลงโทษเพื่อเป็นการกระทำผิดลักษณะนั้นเกิดขึ้นอีก โดยการใช้การลงโทษเป็นการขู่ให้บุคคลอื่นในสังคมกลัวเกรงโทษที่จะได้รับ และไม่กล้ากระทำความผิด ซึ่งจะถือว่าเป็นการปลูกฝังศีลธรรมให้แก่บุคคลในสังคมไปด้วย ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันนี้มีมติเชื่อตามแนวความคิดของสำนักอาชญาวิทยาแนวปฏิฐานนิยม (Positivist)

ซีซาร์ ลอมโบรโซ (Caesar Lombroso) นายแพทย์ผู้ใช่วิธีการทางวิทยาศาสตร์ซึ่งเป็นแนวคิดแบบปฏิฐานนิยมมาใช้ในการศึกษาผู้กระทำผิดเพื่อที่จะหาทางป้องกันโดยเขามีความเชื่อว่า หากรู้ว่าผู้กระทำผิดมีลักษณะอย่างไร ก็สามารถที่จะหาทางป้องกันได้ โดยใช้วิธีการต่างๆ ที่เหมาะสมเพื่อป้องกันมิให้บุคคลนั้นเป็นอันตรายต่อสังคม

การลงโทษควรมีไว้เพื่อเป็นการป้องกัน โดยการใช้แนวคิดเรื่องการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence) ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีข่มขู่ยับยั้งจึงแบ่งออกเป็น 2 ประการคือ

1. การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งโดยเฉพาะหรือป้องกันโดยเฉพาะ (Specific Deterrence) เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดรายบุคคล เพื่อยับยั้งมิให้เขากระทำผิดซ้ำ อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นการป้องกันโดยเฉพาะ

2. การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งโดยทั่วไปหรือป้องกันโดยทั่วไป (General Deterrence) เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นตัวอย่างให้สังคมทั่วไปเห็น เพื่อที่จะได้เกรงกลัวโทษจากการกระทำผิด และไม่คิดที่จะกระทำผิดขึ้นอีก อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นการป้องกันโดยทั่วไป

การลงโทษตามแนวคิดทฤษฎีนี้ได้คำนึงถึงเพื่อยับยั้งผู้กระทำความผิดเท่านั้น แต่ยังเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของสังคมโดยรวมอีกด้วย ซึ่งแนวคิดการลงโทษตามทฤษฎีนี้ตั้งอยู่บนแนวคิดแบบบรรณาธิปไตยนิยม คือ คนเรากระทำผิดโดยเจตนา และก่อนจะลงมือกระทำนั้นก็ได้พิจารณาไตร่ตรองถึงผลดีผลเสียแล้วจึงลงมือทำ เพราะฉะนั้นรัฐจึงควรออกกฎหมายกำหนดความผิดและโทษสำหรับความผิดนั้นไว้ให้ชัดเจน และเปิดเผยต่อสาธารณชน เพื่อป้องกันความผิดที่จะเกิดขึ้น โดยคำนึงถึงหลักการของความสุขขึ้นขมยินดี และความเจ็บปวดทุกข์ทรมานมาประกอบการพิจารณาเพื่อควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ด้วย เมื่อมีผู้กระทำความผิด หรือฝ่าฝืนกฎหมายก็จะต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ทั้งนี้การลงโทษจะต้องกระทำอย่างรวดเร็ว แน่นอน เสมอภาคกัน และรุนแรงตามความเหมาะสมของโทษที่กำหนดไว้ การลงโทษดังกล่าวย่อมจะมีประโยชน์ต่อสังคมในด้านการลดอาชญากรรม และส่งเสริมให้คนทั่วไปเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ตาม การลงโทษที่จะถือว่าก่อให้เกิดผลนั้นต้องมีผลอย่างหนึ่งอย่างใดใน 3 ประการ คือ

ประการแรก การลงโทษจะมีผลยับยั้ง (Deterrence) มิให้มีการกระทำความผิดอาญาโดยจะมีผลเป็นการยับยั้งทั้งแก่ตัวผู้กระทำความผิด และแก่บุคคลทั่วไป

ประการที่สอง การลงโทษจะมีผลเป็นการแก้ไข (Reformative Effect) และฟื้นฟู (Rehabilitative Effect) ผู้กระทำความผิดโดยทำให้ผู้กระทำความผิดเปลี่ยนทัศนคติ และค่านิยมที่จะเชื่อฟัง และไม่ฝ่าฝืนกฎหมาย

ประการที่สาม การลงโทษจะมีผลเป็นการตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำความผิดขึ้นอีก (In-Capacitive Effect) โดยการลงโทษจำคุกเป็นการแยกผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคม ผู้กระทำความผิดจึงไม่มีโอกาสก่ออาชญากรรมขึ้นอีกในสังคมอย่างน้อยก็ในช่วงเวลาขณะนั้น

การลงโทษเพื่อข่มขู่หรือยับยั้งนี้ มีพื้นฐานจากความเชื่อที่ว่า การที่บุคคลคิดจะกระทำผิดหรือไม่นั้น เขาจะต้องคำนึงถึงผลดีผลเสียจากการที่ลงมือกระทำผิด เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำผิดจะเกิดผลดีมากกว่า ก็จะตัดสินใจกระทำผิด ถ้าเห็นว่าเกิดผลเสียมากกว่าก็จะไม่

กระทำผิด ด้วยเหตุนี้วิธีการป้องกันมิให้คนกระทำผิดจึงต้อง “กำหนดอัตราโทษซึ่งก่อให้เกิดผลเสียหายแก่ผู้กระทำผิดมากกว่าผลดีที่เขาจะได้รับจากการกระทำผิดนั้น เพื่อให้เขาล้มเลิกความตั้งใจที่จะกระทำผิด” ทั้งนี้เพราะคนทุกคนมักมีธรรมชาติที่หลีกเลี่ยงความเจ็บปวด หรือไม่สะดวกสบาย และแสวงหาความพอใจและความสุข

เจเรมี เบ็นธัม กล่าวว่าด้วยว่า การกระทำให้ประชาชนกลัว ไม่กล้ากระทำความผิดอาญานั้น จะต้องบังคับโทษ โดยมีลักษณะ 4 ประการ ดังนี้

1. การลงโทษจะต้องแน่นอน (Certainty) หมายความว่า จะต้องลงโทษแก่บุคคลทุกคนที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ดังนั้นบุคคลใดที่กระทำความผิดจะต้องถูกฟ้อง และลงโทษตามกฎหมาย
2. การลงโทษจะต้องมีความรุนแรง (Severity) หมายความว่า ความร้ายแรงของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดจะต้องร้ายแรงพอที่จะยับยั้งความต้องการในการทำความผิด
3. การลงโทษต้องกระทำโดยฉับไว (Celerity) หมายความว่า กระบวนการพิจารณา และลงโทษนั้นจะต้องกระทำไปโดยรวดเร็ว มิใช่รอเป็นเวลานาน จนคนทั่วไปลืมว่าบุคคลนี้ได้กระทำความผิดอย่างไร

4. การลงโทษต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน (Publicity) หมายความว่า การลงโทษจะต้องกระทำให้สาธารณชนได้เห็นหรือรับทราบ เพื่อผลของการข่มขู่บุคคลทั่วไป

โดยสรุป การลงโทษตามแนวความคิดนี้ มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งมิให้ผู้กระทำผิดหันไปกระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก และขณะเดียวกันก็ป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งมิให้บุคคลอื่นเอาเยี่ยงอย่างด้วย นอกจากนี้ยังมีวัตถุประสงค์ในการปรับปรุงแก้ไขให้ผู้กระทำผิดกลับตัวเป็นคนดีอีกด้วย หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า เป็นการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรมโดยลงโทษผู้กระทำผิด ซึ่งมุ่งเน้นไปเพื่อประโยชน์ 3 ประการ คือ

1. เพื่อป้องกันอาชญากรรมอย่างถาวร หรือชั่วคราว ซึ่งได้แก่ การลงโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุก หรือกักขังตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้
2. เพื่อข่มขู่ยับยั้ง ได้แก่ การลงโทษเพื่อให้มีผลป้องกันแก่ตัวผู้กระทำผิดเอง (Special Prevention or Individual Deterrence or Specific Deterrence) คือ ทำให้ผู้กระทำผิดที่ถูกลงโทษ มีความเกรงกลัว เช็ดหลาบ ไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก และหรือ การลงโทษเพื่อเป็นตัวอย่างแก่บุคคลทั่วไป (General Prevention or General Deterrence) คือ ทำให้บุคคลทั่วไปเห็นว่า เมื่อผู้ใดกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับโทษ ทำให้เกรงกลัว ไม่กล้ากระทำความผิด
3. เพื่อปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิด ได้แก่ การแก้ไขปรับปรุงที่เกิดจากการลงโทษโดยตรง และแก้ไขปรับปรุงอันเป็นส่วนที่เกิดสืบเนื่องมาจากการลงโทษ

2.3.4.3 การลงโทษเพื่อเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Incapacitation) การลงโทษเพื่อเป็นการคุมครองสังคมเริ่มขึ้นเมื่อมีการนำเอาวิธีการลงโทษจำคุกมาใช้ แต่ก่อนหน้านี้ การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้น เพื่อเป็นการทดแทนและเพื่อเป็นการยับยั้ง มีการใช้การลงโทษแบบนี้ อยู่เป็นอันมาก เช่น ในการกำจัดศัตรูทางการเมือง ผู้มีอำนาจปกครองนครเทศนักโทษการเมือง หรือ อาจกำจัดด้วยวิธีการประหารชีวิตหรือขังในห้องใต้ดิน

การลงโทษตามแนวคิดนี้มีหลักการที่สำคัญ คือ

- 1) ควรจะมีการมองวิธีดำเนินการกับผู้กระทำความผิดอย่างเป็นระบบ โดยมุ่งคุมครองสังคมจากอาชญากรรมมากกว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล
- 2) การลงโทษผู้กระทำความผิด ไม่อาจใช้หลักกฎหมายเพียงอย่างเดียวได้ จำเป็นจะต้องศึกษาพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลและสถานการณ์ของอาชญากรรม เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาด้วยกันด้วย

กล่าวโดยสรุป การลงโทษเพื่อป้องกันสังคมมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อคุมครองสังคมให้ปลอดภัย โดยวิธีแยกผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเพื่อตัดโอกาสไม่ให้ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดขึ้นอีก สำหรับการลงโทษเพื่อคุมครองสังคมนั้น มีหลักการสำคัญคือ การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและอบรมบ่มนิสัยมากกว่าการลงโทษ โดยเน้นการคุมครองสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม ส่วนการลงโทษ จะเน้นให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล เพื่อให้มีการปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้เป็นคนดี โดยบัญญัติหลักเกณฑ์ในการป้องกันควบคุม และการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดไว้ในกฎหมายอาญาด้วย เช่น หลักเกณฑ์การนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้กับผู้กระทำความผิด เป็นต้น วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อคุมครองสังคมจึงเป็นมาตรการเสริมที่สำคัญ อันจะนำมาใช้ในการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดที่กลับตัวเป็นคนดียาก

มาตรการเสริมดังกล่าว อาจนำมาใช้ในกรณีที่กฎหมายกำหนดอัตราโทษไว้น้อยไปไม่เพียงพอต่อการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดบางประเภท จึงต้องนำมาตรการเสริมมาผนวกใช้ด้วยเช่น การนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้กับผู้กระทำความผิดซ้ำ เป็นต้น

2.3.4.4 การลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation and Correction) การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงผู้กระทำความผิดโดยการให้โทษจำคุกมีที่มาจากทฤษฎีการลงโทษของนักอาชญาวิทยาสันนิบาตคลาสสิก เหตุผลก็มีอยู่ว่า การลงโทษมีแนวโน้มที่จะปรับปรุงผู้กระทำความผิด และอาจจะปรับปรุงแก้ไขได้สำเร็จ โดยการก่อให้เกิดความกลัวว่าจะมีการลงโทษซ้ำอีก โดยการก่อให้เกิดความสำนึกว่าอาชญากรรมให้ประโยชน์ไม่คุ้มกับโทษหรือโดยการทำลายนิสัยต่างๆ ที่อาชญากรได้สร้างขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าโทษเป็นการจำคุกระยะยาว ผู้กระทำความผิดก็จะไม่มีโอกาสแสดงนิสัยเหล่านั้น ส่วนการลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟู มีที่มาจากทฤษฎีการปฏิบัติต่อ

ผู้กระทำความผิดของนักอาชีวศึกษาสำนักโพซิติด้วยวิธีการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลหรือรายกลุ่มแบบต่างๆ

ตามแนวคิดนี้เห็นว่าผู้กระทำความผิดเป็นผู้ป่วย การแก้ไขผู้กระทำความผิดให้เป็นคนดี ต้องมีขั้นตอนหลายขั้นตอน คือ ขั้นตอนแรก ตรวจสอบหาสาเหตุของปัญหา ขั้นตอนที่สอง วิเคราะห์สาเหตุ และขั้นตอนสุดท้าย รักษาหรือแก้ไขที่สาเหตุนั้น ซึ่งมีความมุ่งหมายเพียงจะป้องกันไม่ให้เกิดบุคคลที่ได้กระทำความผิดมาแล้วกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก ไม่ได้มุ่งหมายจะให้ผลถึงบุคคลอื่นโดยตรง วิธีการตามทฤษฎีนี้คือ นอกจากจะพยายามหาทางให้ผู้ที่ได้กระทำความผิดมาแล้วเกิดความประสงค์ที่จะยับยั้งไม่กระทำความผิดซ้ำอีกแล้ว ยังจะต้องทำให้ผู้นั้นเกิดความสามารถที่จะยับยั้งเช่นนั้นด้วย มีผู้เห็นว่า ไม่ควรใช้คำว่า การลงโทษ (Punishment) แต่ควรใช้คำว่า ปฏิบัติเยียวยา (Treatment) แทน เพราะการทำให้ได้รับความยากลำบากด้วยการลงโทษไม่น่าจะทำให้คนประพฤติดีขึ้น

2.3.4.5 เพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crime)

การลงโทษนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันให้ชุมชนหรือสังคมนั้นปลอดภัยจากอาชญากรรม และเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก และได้แก้ไขฟื้นฟูในระหว่างต้องโทษ พร้อมทั้งให้การศึกษาฝึกอาชีพ เมื่อพ้นโทษแล้ว จะได้กลับตนและประกอบอาชีพในทางสุจริต เพื่อเป็นแนวทางป้องกันมิให้อาชญากรรมเกิดขึ้นอีก

มาร์ค แอนเซล (Marc Ancel) เป็นนักอาชีวศึกษาที่มีชื่อเสียงของประเทศฝรั่งเศส ได้ให้คำนิยามของ “การป้องกันสังคม” หมายถึง การปกป้องคุ้มครองสังคมที่เปี่ยมพร้อมบริบูรณ์ด้วยปัจจัยจำเป็นยิ่งต่อการรณรงค์ต่อต้านอาชญากรรม โดยยึดหลักความถูกต้องชอบธรรม อย่างไรก็ตาม นโยบายในการรักษาความสงบสุขและความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมสามารถแบ่งเป็นขั้นตอน ดังนี้ คือ

- 1) วางแผนในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม
 - (1) เรงรัดเจ้าหน้าที่ป้องกันและปราบปรามโจรผู้ร้าย
 - (2) ขอความร่วมมือจากราชกรอาสาสมัคร
 - (3) ควบคุมการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการป้องกันอาชญากรรม
 - (4) สอดส่องดูแลการปฏิบัติงานพร้อมทั้งความประพฤติ
 - (5) จัดวางสายงานการให้ข่าวกรองที่เชื่อถือได้
 - (6) ให้มีการประเมินผล
- 2) ให้การศึกษาแก่ประชาชน ในเรื่องการป้องกันทรัพย์สินและความปลอดภัย
- 3) จริยธรรมของผู้ปฏิบัติงานในกระบวนการยุติธรรม
- 4) การประสานงานของสถาบันที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม

จะเห็นว่าสังคมจะปลอดจากอาชญากรรมได้นั้น จำเป็นต้องกระทำร่วมกันหลายฝ่าย เพื่อให้อาชญากรรมนั้นลดลง ซึ่งแนวทางการป้องกันสังคมจำเป็นจะต้องเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดเพื่อให้ผู้กระทำผิดกลับตัวเป็นคนดี นอกจากนี้ จะต้องเพิ่มประสิทธิภาพของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมโดยวางแนวทางปฏิบัติที่จำเป็นต้องกระทำ วางระบบควบคุมการลงโทษ การกำหนดโทษ หรือวางเงื่อนไข ทั้งนี้เพื่อให้เป็นการคุ้มครองป้องกันสังคม

2.3.5 รูปแบบและวิธีการลงโทษทางอาญา²⁹

วิวัฒนาการการลงโทษผู้กระทำผิดในประเทศไทยนั้น ได้มีความคล้ายคลึงกันในหลายประเทศ คือ วิวัฒนาการในแนวทางที่อาศัยหลักมนุษยธรรมมากขึ้น เริ่มจากการลงโทษอย่างทารุณโหดร้ายเพื่อตอบแทนให้สมแค้น เพื่อข่มขู่ยับยั้งให้กลัวและเช็ดหลาบ มาเป็นการฟื้นฟูอบรมแก้ไขให้คืนดี รูปแบบการลงโทษในแต่ละยุคสมัย ก็เปลี่ยนแปลงไปตามลักษณะการปกครองและสังคมเป็นสำคัญ

การลงโทษผู้กระทำผิดของประเทศไทย ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย ซึ่งอาจแบ่งวิวัฒนาการเป็น 3 ยุค คือ 1. ยุคก่อนสมัยรัชกาลที่ 5 2. ยุคแห่งการปรับปรุงในสมัยรัชกาลที่ 5 3. ยุคปัจจุบัน เริ่มแต่สมัยการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475

2.3.5.1 ยุคก่อนสมัยรัชกาลที่ 5

1) ยุคสมัยกรุงศรีอยุธยา

ครั้งกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานี แม้กฎหมายเก่าจะสูญหายไปมาก แต่จากกฎหมายตราสามดวง ก็ยังเห็นเค้าโครงของการลงโทษในสมัยนั้นได้ว่าเป็นการลงโทษเพื่อตอบแทนให้สมแค้นและข่มขู่ยับยั้ง เพราะมุ่งลงโทษผู้กระทำผิดอย่างเต็มที่ โดยเฉพาะโทษประหารชีวิตในพระอัยการขบถศึก อันว่าด้วยโทษทวะตั้งกรรมกรรม 32 ประการ ได้กำหนดวิธีการประหารชีวิตหลายรูปแบบอย่างน่าสยดสยอง

การลงโทษสมัยอยุธยา พอประมวลได้ ดังนี้

(1) การประหารชีวิต ปกติใช้วิธีตัดศีรษะด้วยดาบ แต่ในกรณีบุญ ได้มีบทบัญญัติในลักษณะที่โหดร้ายทารุณอย่างยิ่ง ซึ่งเข้าใจว่ามุ่งข่มขู่ให้เกรงกลัว และในกรณีลงโทษพระราชวงศ์ ก็มีวิธีการประหารชีวิตแตกต่างจากสามัญชน

²⁹ วิวัฒนาการการลงโทษผู้กระทำผิดในประเทศไทย, คำนวณวันที่ 6 พฤศจิกายน 2557 จาก http://boonyachinda.blogspot.com/2011/05/blog-post_06.html

(2) ลงโทษร่างกายให้เจ็บปวดทรมาน โดยปกติใช้เชื๋นด้วยหวาย จองจำเครื่องพันธนาการด้วย ชื่อ คา พวงคอ ล่ามโซ่ ตรวน ขึ้นขาหย่าง การบั่น ทอนอวัยวะ อาทิ ตัดมือ ตัดเท้า ปอกเล็บ ควักนัยน์ตา แหวะปาก ตัดลิ้น

(3) ประจาน ได้แก่ สักหน้าหรือสักตัว แบนหน้าผากหรือแก้ม พร้อมทั้งจำเครื่องพันธนาการ มีคนตีฆ้องร้องประกาศความชั่ว ตระเวนไปรอบเมือง

(4) ปรับตามลักษณะความร้ายแรงของความผิด และตามฐานันดรศักดิ์

(5) ริบทรัพย์สินมักคู่กับโทษประหารชีวิต เรียกว่าริบราชบาตร์ คือ ถูกริบหมดทั้งทรัพย์สินเงินทอง รวมทั้งลูกเมีย

(6) โทษจำคุก ไม่มีกำหนดยาวนานเท่าใด แล้วแต่พระเจ้าอยู่หัวจะทรงโปรดพระราชทานอภัยโทษ หรือมีพระบรมราชโองการสั่งให้เป็นอย่างไร

2) สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น

หลักการและแนวความคิดในการลงโทษก็ไม่แตกต่างกัน เรือนจำในกรุงเทพมหานคร มี 2 อย่าง คือ “คุก” ใช้เป็นสถานที่จำขังผู้ร้าย ที่มีกำหนดโทษสูง 6 เดือนขึ้นไป ส่วนผู้ต้องขังที่มีกำหนดโทษตั้งแต่ 6 เดือนลงมาให้ขังไว้ใน “ตะราง” ซึ่งมีอยู่หลายตะรางสังกัดกระทรวง ทบวง กรม ที่บังคับบัญชากิจการนั้นๆ ส่วนการเรือนจำในหัวเมืองชั้นนอกอยู่ในความรับผิดชอบของผู้ว่าราชการเมือง มีสถานที่คุมขังผู้ต้องโทษ เรียกว่า “ตะรางประจำเมือง” ถ้าเป็นกรณีความผิดกรณีหนักโทษ ผู้ว่าราชการเมืองต้องส่งตัวผู้กระทำความผิดมายังกระทรวงเจ้าสังกัด การคุมขังนักโทษสมัยนั้นมิได้มีกฎข้อบังคับไว้โดยเฉพาะ ให้แล้วแต่ผู้ว่าราชการเมืองจะกำหนดขึ้นใช้เองตามแต่จะเห็นควร

2.3.5.2 ยุคแห่งการปรับปรุงในสมัยรัชกาลที่ 5

ในยุครัชกาลที่ 5 นับเป็นยุคสมัยแห่งการเปลี่ยนแปลงปรับปรุงงานราชทัณฑ์ของไทยให้ก้าวหน้าขึ้น โดยได้ทรงยกเลิกจารีตนครบาลอันโหดร้าย ทรงจัดระเบียบการคุกตะรางใหม่ เริ่มแต่ ร.ศ.110 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติลักษณะเรือนจำ ร.ศ.120 เพื่อใช้บังคับกิจการเรือนจำเป็นการเฉพาะ ทรงวางระเบียบข้อบังคับเรือนจำให้เป็นบรรทัดฐานเดียวกัน ด้วยกฎหมายลักษณะอาญาร.ศ.127 ซึ่งมีหลักการและวิธีการลงโทษที่ได้ละเว้นความทารุณโหดร้ายลงไปมาก และได้บัญญัติวิธีลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาแผ่นดินต้องผ่านกระบวนการยุติธรรม คือ ตำรวจ อัยการ ศาล และเรือนจำ ครั้นถึงสมัยรัชกาลที่ 6 จึงได้ประกาศตั้งกรมราชทัณฑ์ขึ้นในปี พ.ศ.2458 โดยรวมกิจการเรือนจำทั่วราชอาณาจักรไว้ ในสังกัดกระทรวงนครบาล การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังให้เป็นไปตามระเบียบ กฎข้อบังคับเดียวกัน นับว่าการราชทัณฑ์ไทยได้พัฒนาไปสู่แนวทางที่มีเหตุผลยิ่งขึ้น

2.3.5.3 ยุคปัจจุบัน เริ่มแต่สมัยการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475

หลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ.2475 การราชทัณฑ์ไทยจึงได้วิวัฒนาการเข้าสู่ยุคปัจจุบัน เริ่มจากการสร้างเรือนจำกลางบางขวางให้เป็นเรือนจำที่ทันสมัยในปี พ.ศ.2477 และได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ว่าด้วยการประหารชีวิตจากการ “ให้เอาไปตัดศีรษะเสีย” เป็น “ให้เอาไปยิงเสียให้ตาย” ต่อมาได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 โดยมีการกำหนดนโยบายอาญาและหลักทัณฑ์วิธานในทางปฏิบัติให้สอดคล้องกับภาวะการเปลี่ยนแปลงของสังคมไทยและตามหลักการของอารยประเทศยิ่งขึ้น และกำหนดหลักการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังให้เป็นไปอย่างสอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับปฏิบัติต่อผู้ต้องขังและข้อเสนอแนะที่เกี่ยวข้องขององค์การสหประชาชาติ โดยคำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชน และมุ่งในเรื่องการฟื้นฟูอบรมแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับตนเป็นพลเมืองดีต่อไป ทำให้ต่อมาในปี พ.ศ.2552 ได้เปลี่ยนจากการประหารชีวิตด้วยการใช้ปืนยิง มาเป็นการประหารชีวิตด้วยการฉีดยา เพื่อคำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชนมากขึ้นเหมือนเช่นกับในหลายๆ อารยประเทศ

ปัจจุบันโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดทางอาญา กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 ไว้ 5 สถานด้วยกัน คือ 1. ประหารชีวิต 2. จำคุก 3. ปรับ 4. กักขัง 5. ริบทรัพย์สิน

2.3.6 หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด³⁰

หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด (Individualization) คือ จะต้องมีการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด (Punishment to Fit the Crime) โดยพิจารณาถึงความจริง ว่ามนุษย์แต่ละคนมีความสามารถที่ไม่เท่าเทียมกันในการรับผิดชอบ ทั้งยังมีบุคคลหลายประเภทที่ควรได้รับการลดโทษหรือไม่ต้องรับโทษเลย การลงโทษตามแนวความคิดนี้จะมุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง หาได้ต้องการให้มีผลถึงบุคคลอื่นไม่ โดยมุ่งที่จะปรับปรุงแก้ไขอบรมบ่มนิสัยของผู้กระทำความผิดให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับตนเป็นพลเมืองดีและกลับคืนสู่สังคมได้ เพราะการลงโทษโดยการทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความยากลำบากหรือได้รับผลร้ายนั้น ในบางกรณีก็ไม่เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด และไม่สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดประพฤติตัวดีขึ้นได้ การลงโทษให้เหมาะสมกับความผิดมีแนวคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า การที่มนุษย์แต่ละคนกระทำความผิดนั้น ย่อมเนื่องมาจากบุคลิกลักษณะอุปนิสัยของผู้กระทำความผิดและพฤติกรรมภายนอก เช่น สิ่งแวดล้อมรอบตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งอิทธิพลของสิ่งแวดล้อมถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อการตัดสินใจของบุคคลในการกระทำความผิด โดยสิ่งแวดล้อมจะเป็นตัวกระตุ้นการตัดสินใจของบุคคลนั้นให้กระทำความผิด ไม่ว่าบุคคลนั้นมีความคิดที่จะกระทำความผิดอยู่ก่อนหน้านั้นหรือไม่ก็ตาม ฉะนั้น

³⁰ อัจฉริยา ชูตินันท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 135-136.

บุคคลจึงควรปรับตัวให้เข้ากับสิ่งแวดล้อมอยู่เสมอ ควรเป็นไปในทิศทางที่เข้ากับสังคมในกรณีที่สิ่งแวดล้อมดี หรืออาจเป็นปรปักษ์กับสังคม ในกรณีที่สิ่งแวดล้อมไม่ดี เช่น อาศัยอยู่ในชุมชนแออัด มักพบเห็นการกระทำความผิดเรื่องยาเสพติดหรือการชิงทรัพย์ แต่ถึงอย่างไรก็ดี การที่บุคคลจะตัดสินใจกระทำการใดๆ นั้น ขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายอย่าง เช่น สังคม เศรษฐกิจ จิตวิทยา วิทยาศาสตร์ เป็นต้น ประกอบกับอิสระและเสรีภาพเป็นสิ่งสำคัญและมีอยู่ในการกระทำของบุคคล เป็นต้น เพราะทุกคนมีความเอนเอียงที่จะสามารถประกอบอาชญากรรมด้วยกันได้ทั้งสิ้น ดังนั้น การที่บุคคลจะกระทำความผิดหรือไม่จึงขึ้นอยู่กับการเลือกตัดสินใจของตนเองเป็นสำคัญ

อาจสรุปได้ว่า การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่กำหนดไว้ในกฎหมายอาญาเพื่อใช้บังคับกับผู้กระทำความผิด โทษที่กำหนดจะมีลักษณะรุนแรงมากหรือน้อย ขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำความผิดว่า มีความร้ายแรงและเกิดความเสียหายต่อผู้เสียหายหรือรัฐมากน้อยเพียงใด และด้วยเหตุที่การลงโทษนั้นเป็นการกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคล จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และต้องกระทำโดยบุคคลผู้มีอำนาจเป็นตัวแทนโดยชอบธรรมของรัฐ สังคม หรือชุมชน แม้จะเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชน การลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นสิ่งที่ผู้มีอำนาจในรัฐจักต้องกระทำ เพื่อรักษาความสงบของรัฐ เพราะการลงโทษเป็นเครื่องมือส่งเสริมประสิทธิภาพของกฎหมายอีกประการหนึ่ง

2.4 แนวคิดทั่วไปในการคุ้มครองเด็ก

สำหรับแนวคิดทั่วไปในการคุ้มครองเด็ก จะกล่าวถึงความหมายของคำว่า “เด็ก” และเกณฑ์อายุเด็กที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งในกฎหมายแต่ละฉบับ แต่ละประเทศย่อมกำหนดระดับอายุเด็กในการคุ้มครองที่แตกต่างกันไป ซึ่งก็เป็นปัญหาหนึ่ง ที่ทำให้เกิดช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็ก จึงต้องพิจารณาการกำหนดกรอบอายุของเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ให้อยู่ในกรอบที่เหมาะสม เพื่อไม่ให้เกิดช่องว่างในการคุ้มครองเด็ก

2.4.1 ความหมายของคำว่า “เด็ก” และเกณฑ์อายุเด็ก โดยทั่วไป

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 “เด็ก” หมายถึง คนที่มีอายุน้อย ยังเล็กอ่อนวัยกว่า

ชีววิทยา “เด็ก” หมายถึง ทุกคนที่อยู่ในวัยเด็ก ระหว่างวัยทารกกับวัยผู้ใหญ่

ในทางการแพทย์³¹ “เด็ก” คือ ผู้ที่มีอายุไม่เกิน สิบสี่ปีบริบูรณ์ หรือเมื่อใช้คำนำหน้าชื่อว่า เด็กหญิง หรือเด็กชาย

นอกจากนั้น ยังมีนิยามในทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับคำว่าเด็กอีก ได้แก่

เด็กแรกเกิด หรือทารกแรกเกิด หรือเด็กแดง (New Born หรือ Neonate) ซึ่งหมายถึง เด็ก ตั้งแต่เกิดจนอายุ 28 วันหรือ 1 เดือน

เด็กอ่อน หรือเด็กทารก (Infant) หมายถึงเด็กอายุตั้งแต่ 1 เดือนถึง 1 ปี

เด็กวัยเตาะแตะ (Toddler) คือช่วงอายุ 1-3 ปี

เด็กก่อนวัยเรียน (Preschool Age) คือ ช่วงอายุ 3-5 ปี

เด็กวัยเรียน (School Age) คือ ช่วงอายุ 6-12 ปี

เด็กวัยรุ่น หรือวัยรุ่น (Adolescence) คือ ช่วงอายุ 11-21 ปี โดยอาจแบ่งเป็น 3 ช่วง คือ วัยรุ่นช่วงแรก อายุอยู่ในช่วง 11-14 ปี วัยรุ่นช่วงกลาง อายุอยู่ในช่วง 15-17 ปี และวัยรุ่นช่วงท้าย อายุช่วง 18-21 ปี

ทั้งนี้ ในทางการแพทย์ของประเทศไทยยังแบ่งเด็ก เป็นเด็กเล็กและเด็กโต กล่าวคือ เด็กเล็ก ได้แก่ เด็กช่วงอายุ 1-5 ปี และเด็กโต คือ เด็กช่วงอายุ 6-12 ปี

เนื่องจากเด็กเป็นวัยที่ร่างกายและจิตใจยังเจริญเติบโตไม่สมบูรณ์ ร่างกายและจิตใจจึงมีการเจริญเติบโตและพัฒนาอยู่ตลอดเวลา ซึ่งแตกต่างกันในแต่ละช่วงวัยดังกล่าว และแตกต่างกับวัยผู้ใหญ่ การแยกเด็กเป็นวัยต่างๆ จึงช่วยให้การดูแลเด็กทั้งด้านการศึกษาและด้านสุขภาพที่ถูกต้องเหมาะสม กับวัยของเด็ก

ทฤษฎีเกี่ยวกับการพิจารณาอายุเด็ก มีดังนี้³²

1. ทฤษฎีด้านจิตวิทยาเกี่ยวกับการมีวุฒิภาวะของเด็ก ได้กล่าวว่า เด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบสอง ปี จะเป็นช่วงอายุที่ต้องการความดูแลเอาใจใส่จากพ่อแม่ผู้ปกครองอย่างใกล้ชิด อย่างถูกต้องและเหมาะสม เพราะเด็กในช่วงอายุดังกล่าว ยังไม่มีวุฒิภาวะพอที่จะตัดสินใจกระทำการในเรื่องต่างๆ ได้ด้วยตนเอง ยังคงต้องการคำปรึกษา ข้อเสนอแนะ ที่มีเหตุผลที่ถูกต้องจากพ่อแม่ผู้ปกครอง ประกอบกับเด็กในช่วงนี้ จะเป็นช่วงอายุที่มีการพัฒนาทางด้านสมอง ไม่ว่าจะเป็นในด้านการจดจำ ความนึกคิดที่สร้างสรรค์ และพัฒนาการทางด้านร่างกาย อะไรก็ตามที่ผ่านเข้ามาสู่เด็ก ย่อมทำให้เด็กจดจำในสิ่งนั้นๆ และจะสะสมขึ้นไปเรื่อยๆ หากเด็กได้รับข้อมูลและการกระทำที่ไม่ดี ไม่ถูกต้อง เด็กก็

³¹ พงทอง ไกรพิบูลย์, เด็ก หรือ นิยามคำว่าเด็ก (Child), ค้นวันที่ 16 เมษายน 2558 จาก <http://haamor.com/th/%E0...%81/>

³² กรรณิการ์ รอดมา, ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กบนอินเทอร์เน็ต (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารจิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2556), หน้า 9.

จะจดจำข้อมูลและการกระทำเหล่านั้นไปตลอด จนกว่าเด็กจะได้รับข้อมูลที่ถูกต้อง ว่าสิ่งที่เขาจดจำมานั้นไม่ใช่สิ่งที่ดีและถูกต้องเลย ซึ่งความคาดหวังที่จะให้เด็กได้รับรู้ข้อมูลและการกระทำที่ดีและถูกต้องนั้นค่อนข้างเป็นไปได้ยาก หากสภาพครอบครัวและสภาพแวดล้อมรอบตัวเด็กไม่เอื้ออำนวย

2. ทฤษฎีการพัฒนาทางด้านจริยธรรมในตัวเด็ก การพัฒนาทางด้านจริยธรรมของเด็กแต่ละคน จะมีความแตกต่างกันไปตามช่วงอายุ กล่าวคือ

เด็กอายุสี่ปีถึงสิบเอ็ดปี เป็นช่วงอายุที่ยังไม่รู้จักรากการมีศีลธรรม ยังมีความหวาดกลัวกับการถูกลงโทษ และมีความหวังกับการได้รับรางวัล

เด็กอายุสิบสองปีถึงอายุสิบห้าปี เด็กในช่วงอายุนี้อาจจะเริ่มรู้จักรากการมีศีลธรรมจรรยาตามขนบธรรมเนียมประเพณี ต้องการเป็นเด็กดี และได้รับความชื่นชมจึงปฏิบัติตามศีลธรรม

เด็กอายุสิบหกปีถึงยี่สิบห้าปี เป็นช่วงอายุที่มีศีลธรรม รู้จักขนบธรรมเนียมประเพณีกว่าเด็กในช่วงอื่นๆ ที่กล่าวมา จะปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ต่างๆ ได้เคร่งครัดมากกว่า

2.4.2 ความหมายของคำว่า “เด็ก” และเกณฑ์อายุเด็กตามกฎหมายต่างประเทศ

ในกฎหมายต่างประเทศนั้นมีเกณฑ์การกำหนดอายุเด็กที่แตกต่างกัน ซึ่งบางประเทศก็จะกำหนดอายุเด็กโดยถือตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Right of the Child) ค.ศ.1989 ในข้อ 1 ให้ความหมายว่า “เด็ก” หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านี้แล้ว ตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น (A child Means Every Human being Below the Age of 18 Years unless under the Law Applicable to the Child, Majority is Attained Earlier.)

อนุสัญญาว่าด้วยการปกป้องเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศและการล่วงละเมิดทางเพศ (Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse) ได้ให้นิยามคำว่า “เด็ก” ไว้ในมาตรา 3 ว่า เด็ก คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี³³

อนุสัญญาว่าด้วยเรื่องอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ (Convention on Cybercrimes) ในบรรพ 3 ภายใต้อำนาจของ “เนื้อหาสาระที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทางกฎหมาย” มาตรา 9 (3) แนะนำถึงคำจำกัดความของ “ผู้เยาว์” จะรวมถึงบุคคลทุกคนที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี อย่างไรก็ตามถ้าทางรัฐภาคีต้องการกำหนดอายุเด็กให้น้อยลง สามารถทำได้ แต่ต้องกำหนดอายุเด็กไม่ต่ำกว่าสิบหกปี³⁴

³³ “Child” shall mean any person under the age of 18 years

³⁴ คาร์ล ลีฟวิงสตัน, คู่มือ ECPAT ปกป้องน้องน้อยจากภัยออนไลน์, แปลโดย จงเจริญศรีแก้ว กริมส์แมนน์ (กรุงเทพฯ: ECPAT International, 2545), หน้า 12.

แต่บางประเทศก็จะกำหนดอายุเด็กตามแต่สภาพสังคมของประเทศนั้นๆ ดังนี้

ประเทศออสเตรเลีย ในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาฉบับ 2004 (สื่อลามกเด็ก) (Criminal Law Consolidation (Child Pornography) Amendment Act 2004) มาตรา 62 ได้ให้คำนิยามเด็กไว้ว่า “เด็ก” หมายถึงบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบหกปี (Child Means a Person under, or Apparently under the Age of 16 Years)

ประเทศแคนาดา ตามประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา (Penal Code) มาตรา 163 ได้ให้นิยาม “เด็ก” ว่า บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี (Child Pornography is a Person under 18 Years of Age)³⁵

ประเทศมาเลเซีย ในกฎหมาย Law of Malaysia Act 611 Child Act 2001 มาตรา 2 ได้ให้นิยาม “เด็ก” ว่า บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี และในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญา ให้หมายความรวมถึง บุคคลได้บรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 82 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาเลเซีย³⁶

ประเทศอินเดีย ตามมาตรา 2 (ข้อ 1) ได้ให้นิยาม คำว่า “เด็ก” โดยใช้คำนิยามเดียวกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ปี ค.ศ.1989 ในข้อ 1 ว่า “เด็ก” หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้น ตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น (A Child Means every Human being below the Age of 18 Years unless under the Law Applicable to the Child Majority is Attained Earlier.)³⁷

³⁵ กรรณิการ์ รอดมา, *เรื่องเดิม*, หน้า 10.

³⁶ Law of Malaysia Act 611 Child Act 2001 Article 2

“(a) means a person under the age of eighteen years; and

(b) in relation to criminal proceedings, means a person who has attained the age of criminal responsibility as prescribed in section 82 of the Penal Code [Act 574]”

³⁷ Ministry of Woman & Child Development, **Definition of the Child**, Section 2, Retrieved October 15, 2015 from <http://wcd.nic.in/crcpdf/crc-2.pdf>; Thus, while the Convention defines a “child” as every human being below the age of 18 years, it allows for minimum ages to be set, under different circumstances, balancing the evolving capacities of the child with the State’s obligation to provide special protection. Accordingly, Indian legislation has minimum ages defined under various laws related to the protection of child rights.

สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กำหนดนิยาม คำว่า “เด็ก” ไว้ว่า คือ บุคคลที่อายุต่ำกว่า 15 ปี พิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 129 เรื่องการกระทำชำเราเด็ก³⁸

สหรัฐอเมริกากำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะ เช่น ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา 10 U.S. Code § 920 มาตรา 120b เรื่องความผิดฐานข่มขืนและล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้เยาว์ คำนิยามในมาตรานี้บัญญัติว่า “ผู้เยาว์” (Child) หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่า 16 ปี³⁹

สาธารณรัฐฝรั่งเศส กำหนดอายุของเด็กไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง (The Civil Code) คำว่า “ผู้เยาว์” (Minor) หมายถึง บุคคลทุกเพศที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี⁴⁰

สำหรับสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งเป็นสามประเทศที่ผู้วิจัยเลือกมาศึกษาเปรียบเทียบนั้น ได้กำหนดอายุ และคำนิยามของเด็กไว้ตามกฎหมายต่างประเทศส่วนใหญ่ กล่าวคือ “เด็ก” คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี โดยถือตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 ในข้อ 1 ซึ่งเป็นช่วงอายุที่เหมาะสมในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เพียงแต่กำหนดอายุของเด็กไว้แตกต่างกัน ดังนี้ สหรัฐอเมริกา กำหนดอายุและคำนิยามของเด็ก คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบหกปี ส่วนสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวและสาธารณรัฐฝรั่งเศส กำหนดอายุและคำนิยามของเด็ก คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ทั้งนี้เป็นการพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาของทั้งสามประเทศที่มีมุมมองอย่างเดียวกันว่า เด็กอายุตั้งแต่สิบแปดปีลงมาจนถึงสิบห้าปีบริบูรณ์ สามารถเป็นผู้กระทำความผิดทางอาญาได้และสามารถรับผิดทางอาญาได้แล้ว แต่กรณีเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปีเป็นผู้เสียหาย ควรที่จะได้รับการคุ้มครองและเยียวยาที่มากกว่า การวิเคราะห์อายุของเด็กไม่ว่าจะเป็นผู้เสียหายหรือผู้กระทำความผิดอาญาเองก็ตาม ย่อมมีผลกระทบต่อ สภาพจิตใจ วุฒิภาวะ ความยินยอมของเด็ก ในขณะที่กระทำความผิดหรือในขณะที่ถูกล่วงละเมิด ทางเพศ ความรับผิดชอบที่จะเกิดขึ้นควรเป็นไปในทิศทางใดเพื่อความเหมาะสมและยุติธรรม ทั้งในแง่ของการลงโทษฝ่ายผู้กระทำความผิดและในแง่ของการคุ้มครองฝ่ายผู้เสียหาย

³⁸ Article 129. Sexual Intercourse with a Child Any person engaging in sexual intercourse with a girl or boy under fifteen years of age shall be punished by one to five years of imprisonment and shall be fined from 2,000,000 Kip to 5,000,000 Kip.

³⁹ 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and sexual assault of a child.

“(h) Definitions. — In this section:

(4) Child. — The term “child” means any person who has not attained the age of 16 years.”

⁴⁰ Library of Congress, **France Children’s Right**, Retrieved September 22, 2015 from <http://www.loc.gov/law/help/online-privacy-law/france.php>

จากคำนิยาม คำว่า “เด็ก” ที่กล่าวมา สามารถสรุปได้ว่า ตามกฎหมายต่างประเทศส่วนใหญ่แล้ว “เด็ก” คือบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี โดยถือตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 ใน ข้อ 1 ซึ่งเป็นช่วงอายุที่เหมาะสม ในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่กฎหมายต่างประเทศในแต่ละประเทศก็มีการกำหนดเกณฑ์เกณฑ์อายุเด็ก ได้มีการกำหนดเกณฑ์อายุเด็กไว้ในกฎหมายที่ต่างกัน ในบางประเทศกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เช่น ประเทศสิงคโปร์ และในบางประเทศจะกำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะ เช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา เป็นต้น โดยสามารถสรุปเกณฑ์อายุเด็กของต่างประเทศได้ 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี เช่น ประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว สาธารณรัฐฝรั่งเศส แคนาดา ออสเตรีย แอฟริกาใต้ เม็กซิโก มาเลเซีย อินเดีย โปแลนด์ และกลุ่มที่มีอายุต่ำกว่าสิบเอ็ดปี เช่น ประเทศเกาหลีใต้ ประเทศสิงคโปร์ เป็นต้น

ดังนั้น การกำหนดความหมายและเกณฑ์อายุเด็กที่แตกต่างกันของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวและสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่มีความแตกต่างในเรื่องอายุของเด็กระหว่างสามประเทศนั้น ยังอยู่ในขอบเขตความหมายและเกณฑ์อายุเด็กตามกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศส่วนใหญ่อยู่ กล่าวคือ “เด็ก” คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งแต่ละประเทศมีสิทธิที่จะกำหนด ความหมายและเกณฑ์อายุของเด็ก รวมไปถึงกฎหมายภายในแต่ละฉบับในประเทศของตนได้ สำหรับกฎหมายของประเทศไทย ก็มีความแตกต่างในเรื่องความหมายและเกณฑ์อายุเด็กของกฎหมายภายในประเทศแยกออกไปอีก แต่อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างในเรื่องความหมายและเกณฑ์อายุเด็ก ไม่ว่าจะกำหนดอายุของเด็กไว้ที่อายุเท่าใดก็ตาม หากกำหนดไว้ไม่เกินสิบแปดปี ตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศส่วนใหญ่ ย่อมไม่เป็นปัญหาในการที่จะวิเคราะห์ในส่วนข้อเท็จจริงเรื่องอายุของเด็ก อันเป็นองค์ประกอบความผิดหนึ่งที่สำคัญในการพิจารณาและตัดสินคดีลงโทษผู้กระทำความผิด และให้ความคุ้มครองแก่ผู้เสียหายที่เป็นบุคคลตามเกณฑ์อายุเด็กของประเทศนั้นๆ

2.4.3 ความหมายของคำว่า “เด็ก” และเกณฑ์อายุเด็กตามกฎหมายไทย

พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2556 ได้ให้ความหมาย คำว่า “เด็ก” ดังนี้

1. บุคคลซึ่งมีอายุไม่เกินสิบห้าปี⁴¹ หรือไม่เกินสิบหกปี⁴²

⁴¹ มาตรา 73 และ 74 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

⁴² มาตรา 293 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

2. เด็กซึ่งจะจัดการฝึกและอบรม ตามพระราชบัญญัติจัดการฝึกและอบรมเด็กบางจำพวก พุทธศักราช 2479⁴³

3. ผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁴⁴

4. บุคคลที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์⁴⁵

5. เด็กซึ่งมีอายุย่างเข้าปีที่เจ็ดจนถึงอายุย่างเข้าปีที่สิบหก เว้นแต่เด็กที่สอบได้ชั้นปีที่เก้าของการศึกษาภาคบังคับแล้ว⁴⁶

6. บุคคลซึ่งมีอายุน้อยกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส⁴⁷

7. บุคคลซึ่งมีอายุน้อยกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์⁴⁸

8. บุคคลซึ่งมีอายุน้อยกว่าสิบแปดปี⁴⁹

9. บุคคลอายุยังไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์⁵⁰

พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2556 ได้ให้ความหมายว่า

“เด็กหญิง” หมายถึง คำนำหน้าชื่อเด็กผู้หญิงที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปีลงมา

“เด็กชาย” หมายถึง คำนำหน้าชื่อเด็กผู้ชายที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปีลงมา

⁴³ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติจัดการฝึกและอบรมเด็กบางจำพวก พุทธศักราช 2479

“มาตรา 5 เด็กซึ่งจะจัดการฝึกและอบรม ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่

(ก) เด็กซึ่งศาลมีคำสั่งให้ส่งไปไว้ในโรงเรียนดัดสันดานตามบทแห่งกฎหมายลักษณะอาญา หรือบทกฎหมายอื่น

(ข) เด็กซึ่งศาลมีคำสั่งให้ส่งไปไว้ในโรงเรียนฝึกอาชีพ ตามมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติ ประถมศึกษา พุทธศักราช 2478

(ค) เด็กซึ่งศาลมีคำสั่งให้ส่งไปไว้ในสถานฝึกและอบรม อันจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัตินี้”

⁴⁴ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ.2522

⁴⁵ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ.2540

⁴⁶ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับ พ.ศ.2545

⁴⁷ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546

⁴⁸ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ.2550

⁴⁹ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551

⁵⁰ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553

นิยามคำว่า “เด็กหญิง” และ “เด็กชาย” นั้น มีที่มาจากพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยคำนำนามเด็ก พ.ศ. 2464 ซึ่งต่อมาได้ยกเลิกไปแล้ว แต่ในปัจจุบันยังคงใช้ปฏิบัติตามแนวทางของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว โดยถือเป็นการใช้ตามพระราชนิยม ดังนั้นเมื่อ “เด็กหญิง” และ “เด็กชาย” มีอายุครบ 15 ปีบริบูรณ์ จึงต้องเปลี่ยนคำนำหน้านามใหม่ เป็น “นางสาว” และ “นาย”

จากความหมายของคำว่า เด็ก ดังกล่าวข้างต้นนั้น สามารถแยกพิจารณาตามกฎหมายแต่ละฉบับได้ ดังต่อไปนี้

1. ประมวลกฎหมายอาญา เรียกว่า “เด็ก”

ประมวลกฎหมายอาญามีการกำหนดเกณฑ์อายุของเด็ก ไว้ดังนี้

ระดับอายุสำหรับความรับผิดชอบในทางอาญาและการรับโทษตามมาตรา 73 ได้กำหนดว่า “เด็ก” อายุไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ” หมายความว่า เด็กที่มีอายุไม่เกินสิบปี ทำความผิดตามที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิด แม้จะมีความผิดแต่ก็ไม่ต้องรับโทษ และ มาตรา 74 ได้กำหนดว่า “เด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ” หมายความว่า เด็กในช่วงอายุสิบห้าปี แม้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ก็ไม่ต้องรับโทษ เพราะเห็นว่าเด็กยังไม่สมควรจะได้รับโทษ เนื่องจากเด็กยังไม่รู้ว่าอะไรควรทำหรือไม่ควรทำ นอกจากนี้ในมาตรา 46 วรรคสาม ยังได้กำหนดว่า “การกระทำความผิดของผู้ซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี มิให้อยู่ในบังคับแห่งมาตรานี้” หมายความว่า บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีกระทำความผิด ยังไม่ต้องเรียกประกันทัณฑ์บน ซึ่งเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย

ระดับอายุสำหรับการให้ความยินยอมในเรื่องเพศ เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ มี 3 กรณี ดังนี้

กรณีตามมาตรา 277 “ผู้ใดกระทำความผิดกับเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม” ผู้กระทำความผิดและต้องรับโทษทางอาญา และถ้าได้กระทำต่อเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ผู้กระทำต้องได้รับโทษหนักขึ้น

กรณีตามมาตรา 279 “ผู้ใดกระทำความผิดกับเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม” ผู้กระทำความผิดและต้องรับโทษทางอาญา

กรณีตามมาตรา 282 มาตรา 283 มาตรา 283 ทวิ “ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง ถ้าได้กระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี หรือเกินสิบห้าปีแต่ไม่เกินสิบแปดปี แม้เด็กจะยินยอมก็ตาม” ก็มีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา

จากสามกรณีข้างต้น แสดงให้เห็นว่า ผู้กระทำความผิดจะอ้างเอาความยินยอมของเด็กมาเป็นข้อแก้ตัวเพื่อให้พ้นจากความรับผิดไม่ได้

ดังนั้น การกำหนดอายุเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา ในมาตรา 73 หมายความว่าถึง เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี และในมาตรา 74 หมายถึงเด็กที่มีอายุเกินสิบปี แต่ไม่เกินสิบห้าปี รวมไปถึงความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 277 มาตรา 279 และมาตรา 282 มาตรา 283 มาตรา 283 ทวิ ที่กำหนดอายุเด็กไว้ไม่เกินสิบห้าปี และความผิดต่อเสรีภาพมาตรา 317 พรากบุคคลมีอายุไม่เกิน 15 ปี บริบูรณ์ ใช้คำว่า “พรากรเด็ก” แต่ตามมาตรา 318 และมาตรา 319 หากพรากรบุคคลที่มีอายุเกิน 15 ปีไปแล้วแต่ไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ จะ ใช้คำว่า “พรากรผู้เยาว์”

2. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียกว่า “ผู้เยาว์”

มาตรา 19 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุสิบปีบริบูรณ์” และมาตรา 20 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์ย่อมบรรลุนิติภาวะเมื่อทำการสมรส หากการสมรสนั้นได้ทำตามบทบัญญัติมาตรา 1448”⁵¹ ดังนั้น นิยามตามมาตรา 19 ผู้เยาว์ หมายถึง บุคคลซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ ผู้ที่มีอายุต่ำกว่าสิบปีบริบูรณ์ และนิยามตามมาตรา 20 ผู้เยาว์จะมีอายุครบสิบปีบริบูรณ์หรือไม่ก็ตาม หากผู้เยาว์ได้สมรสถูกต้องตามกฎหมาย ถือว่าผู้เยาว์นั้นบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสแล้ว แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะได้บัญญัติคำว่า “เด็ก” ไว้ แต่คำว่า “ผู้เยาว์” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีความหมายรวมถึง คำว่า “เด็ก” ในกรณีที่ผู้เยาว์มีอายุยังไม่เกินสิบปีบริบูรณ์ด้วย

3. พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 เรียกว่า “เด็ก”

โดยบทนิยามตามมาตรา 4 บัญญัติว่า

“เด็ก” หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส

4. พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 เรียกว่า “เด็ก” และ “เยาวชน”

โดยบทนิยามตามมาตรา 4 บัญญัติว่า

“เด็ก” หมายความว่า บุคคลอายุยังไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์

“เยาวชน” หมายความว่า บุคคลอายุเกินสิบห้าปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์

เนื่องจากตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นการเกี่ยวข้องโดยตรงกับเด็กและเยาวชน จึงได้กำหนดระดับอายุของเด็กและเยาวชน เพื่อจะกำหนดมาตรการและโทษได้เหมาะสมกับอายุ

⁵¹ มาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้”

5. พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 ให้ความหมายคำว่า “เด็ก” คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็ได้ให้ความหมายของคำว่า “เด็ก” แตกต่างออกไป ดังนี้

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เรียกว่า “ผู้ไร้ความสามารถ”

ตามมาตรา 1 (12) บัญญัติว่า “ผู้ไร้ความสามารถ” คือ บุคคลที่ไม่มีความสามารถหรือความสามารถถูกจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหมายความรวมถึง “ผู้เยาว์” ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย เนื่องจากผู้เยาว์นั้นความสามารถถูกจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สามารถทำพินัยกรรมหรือนิติกรรมได้ในบางกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ทำได้เท่านั้นยังคงต้องมีผู้แทนโดยชอบธรรมดูแลผู้เยาว์อยู่จนกว่าจะบรรลุนิติภาวะ แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึง ผู้เยาว์ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เรียกว่า “เด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 133 ทวิ และมาตรา 134/2 บัญญัติคำว่า “เด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี” สำหรับมาตรา 133 ทวิ จะใช้ในกรณี “เด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี” เป็นผู้เสียหายหรือพยาน แต่สำหรับมาตรา 134/2 จะใช้ในกรณี “เด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี” เป็นผู้ต้องหา

การที่ความหมายและเกณฑ์อายุของเด็กที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศนั้น อาจเป็นเพราะปัจจัยทางด้านสังคม วัฒนธรรม ที่ทำให้การพัฒนาทางด้านร่างกายกับอายุไม่สัมพันธ์กัน เพราะในต่างประเทศแถบยุโรป เด็กจะมีพัฒนาการทางด้านร่างกายเร็วกว่าอายุจริง ซึ่งทำให้ยากที่จะดูว่าเป็นเด็กหรือเป็นผู้ใหญ่ ส่วนในแถบเอเชีย เด็กจะมีพัฒนาการทางด้านร่างกายช้ากว่าอายุจริง ซึ่งทำให้ยากที่จะดูว่า เป็นเด็กหรือเป็นผู้ใหญ่ แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันเด็กมีพัฒนาการทางด้านร่างกายค่อนข้างเร็วกว่าอายุ ดังนั้น การกำหนดอายุเด็กจึงต้องกำหนดให้ครอบคลุมอย่างทั่วถึง เพื่อไม่ให้เกิดผลเสียในภายหลัง

สำหรับประเทศไทยนั้นได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 และได้นำเกณฑ์อายุเด็กมาบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ได้กำหนดเกณฑ์อายุเด็กไว้ที่อายุไม่ต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส และยังมีประมวลกฎหมายอาญาที่ได้มีการกำหนดอายุเด็กไว้ แต่การกำหนดอายุดังกล่าวเป็นการกำหนดอายุเด็กในความผิดเรื่องเพศและเสรีภาพ รวมไปถึงในกรณีเด็กกระทำความผิด เด็กไม่ต้องรับโทษ โดยกลุ่มอายุเด็กในกฎหมายอาญาแบ่งได้เป็นสองกลุ่ม คือ กลุ่มอายุไม่เกินสิบห้าปี และกลุ่มอายุเกินสิบห้าปีแต่ไม่เกินสิบแปดปี

จากการศึกษากฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศจะพบว่า ในเรื่องการกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่จะได้รับการคุ้มครองนั้น กฎหมายไทยส่วนใหญ่ไม่ได้มุ่งให้ความสำคัญในการคุ้มครองเด็ก

เป็นพิเศษเท่าที่ควร มีเพียงพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 เท่านั้น ที่ได้กำหนดอายุเด็กที่จะคุ้มครองไว้อย่างชัดเจน ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายฉบับเดียวของไทย ที่นำแนวทางในการกำหนดอายุเด็กของกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศแล้ว ส่วนใหญ่จะกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่จะคุ้มครองไว้อย่างชัดเจนตามแนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้เช่นกัน จะมีเพียงบางประเทศเท่านั้นที่กำหนดเกณฑ์อายุเด็กในการคุ้มครองไว้สูงกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด เช่น ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเกาหลีใต้ เป็นต้น

เมื่อพิจารณาจากการให้ความสำคัญในการกำหนดเกณฑ์อายุเด็กที่จะคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนพิจารณาจากวุฒิภาวะของเด็กและผู้ใหญ่แล้วนั้น เห็นว่า เด็กจะมีความบกพร่องในเรื่อง การดูแลความปลอดภัยของตนเองได้น้อยกว่าผู้ใหญ่หรือผู้ซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว ในการคุ้มครองเด็กจึงจำเป็นต้องกำหนดเกณฑ์อายุให้ชัดเจนและแยกการคุ้มครองเด็กไว้เป็นกรณีพิเศษต่างหากจากผู้ใหญ่ โดยเฉพาะในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศและเสรีภาพของไทย ผู้กระทำความผิดจะอ้างความไม่รู้อายุและความยินยอมของเด็ก ดังนั้น การกำหนดอายุเด็กไว้เป็นการเฉพาะให้ชัดเจน เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายอย่างแท้จริง ให้มีเกณฑ์อายุที่สอดคล้องกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นสมาชิกภาคีแล้ว และสอดคล้องกับกฎหมายต่างประเทศส่วนใหญ่ เพื่อความสะดวกในการประสานความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งเกณฑ์อายุเด็กที่เป็นมาตรฐาน คือ อายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ โดยเกณฑ์อายุดังกล่าวเหมาะสมแก่การคุ้มครองเด็กทั้งกรณีที่เป็นผู้เสียหายและเด็กกรณีที่เป็นผู้กระทำความผิดด้วย

2.5 ความหมายของคำว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” และ “การกระทำชำเรา”

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554⁵² ให้ความหมายว่า

“ข่มขืน” ก. บังคับ, ขืนใจ, ขู่เชิญ.

“ข่มขืนใจ” (กฎ) ก. บังคับจิตใจหรือฝืนใจให้ต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ เช่น ข่มขืนใจเจ้าพนักงานให้ปฏิบัติการอันมิชอบด้วยหน้าที่ หรือให้ละเว้นการปฏิบัติการตามหน้าที่ โดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เชิญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย ซึ่งเป็นความผิดต่อเจ้าพนักงาน

⁵² ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 (กรุงเทพฯ: ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์, 2556), หน้า 169, 379.

“ข่มขืนกระทำชำเรา” (กฎ) น. เป็นฐานความผิดอาญา ที่ผู้กระทำชำเราบุคคลอื่น ไม่ว่าผู้กระทำหรือผู้ถูกกระทำจะเป็นชายหรือหญิง และจะเป็นคู่สมรสของตนหรือไม่ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้ถูกกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

“ชำเรา” ก. ล้วงเข้าไป, เช่น ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิตเมีย ทวีคุณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิตเมีย (สามดวงพระไอยการลักษณะผัวเมีย); (กฎ) การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นมากระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2556 ให้ความหมายว่า

“ข่มขืนกระทำชำเรา” น. เป็นฐานความผิดอาญา ที่ผู้กระทำชำเราบุคคลอื่น ไม่ว่าผู้กระทำหรือผู้ถูกกระทำจะเป็นชายหรือหญิง และจะเป็นคู่สมรสของตนหรือไม่ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้ถูกกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น⁵³

“ข่มขืนใจ” ก. บังคับจิตใจหรือฝืนใจให้ต้องกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ เช่น ข่มขืนใจเจ้าพนักงานให้ปฏิบัติการอันมิชอบด้วยหน้าที่หรือให้ละเว้นการปฏิบัติตามหน้าที่ โดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย⁵⁴

“ชำเรา” ก. การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น⁵⁵

ประสิทธิ์ พัฒนอมร “การกระทำชำเรา” เป็นความผิดทางอาญา ตามกฎหมายของนานาประเทศ ในสมัยโบราณถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการประทุษร้ายต่อร่างกาย แต่เรียกว่าเป็นการทำร้ายร่างกายที่ผิดศีลธรรมจรรยา เพราะการข่มขืนเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความยินยอมของผู้อื่น และทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บ เป็นอันตรายต่อกายและจิตใจ แล้วทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติคุณอีกอย่างหนึ่ง

Nicholas Groth (1981) “การข่มขืนกระทำชำเรา” คือ การมีความสัมพันธ์ทางเพศ โดยปราศจากความยินยอม โดยบุคคลที่ไม่เต็มใจถูกบังคับให้มีเพศสัมพันธ์กับอีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจที่เหนือกว่าและเป็นผู้ได้เปรียบ⁵⁶

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 79.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 201.

⁵⁵ เอกกรงค์ ภาณุพงษ์, กนกวลี ตรีวัฒนากุล และทีมข่าวเหี้ยมเดียนแก้ว, ข่มขืน...ภัยผู้หญิง สตรี (กรุงเทพฯ: สยามอินเตอร์บุ๊ค, 2547), หน้า 29.

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

Naomi Golan “การข่มขืนกระทำชำเรา” เป็นการกระทำเยี่ยงปฏิบัติและใช้กำลังของบุคคลหนึ่งต่อบุคคลหนึ่ง โดยจุดประสงค์ของการมีอำนาจเหนือกว่า ด้วยความเลวทราม อภัยศ อตสู การเอาชนะที่มีต่อเหยื่อนั้น มิใช่เพียงการกระทำเพื่อความพึงพอใจทางเพศ แต่เป็นอาชญากรรมที่รุนแรงเป็นการละเมิด และประทุษร้ายต่อร่างกาย ชีวิตของบุคคลอื่น⁵⁷

ในความคิดเห็นของผู้วิจัยนั้น คำว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” และ “การกระทำชำเรา” นั้น เป็นคำที่แสดงถึงการกระทำที่คล้ายคลึงกัน คือ เป็นการกระทำในทางเพศของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป แต่ยังคงมีความแตกต่างกัน ในเรื่องของการมีหรือไม่มีความยินยอมหรือความสมัครใจที่แฝงอยู่ ในการกระทำความผิดกล่าวหรือไม่ “การข่มขืนกระทำชำเรา” เป็นการที่บุคคลหนึ่งใช้กำลังประทุษร้าย ใช้สิ่งมีนเมา สารเสพติดต่างๆ หรือใช้วาจาขู่เข็ญ ไม่ว่าจะมีการใช้อาวุธร่วมด้วยหรือไม่ก็ตาม หรือใช้วาจาในลักษณะโน้มน้าวใจหรือใช้กลอุบายหลอกลวง อันมีลักษณะเป็นการบีบบังคับให้ผู้ถูกระทำต้องจำยอม เนื่องด้วยเพราะความหวาดกลัว หลงเชื่อ จึงทำให้อยู่ในสถานการณ์ที่ไม่สามารถขัดขืนหรือช่วยเหลือตัวเองได้ เพื่อผู้กระทำความผิดจะได้กระทำชำเราผู้เสียหาย เพื่อสนองความใคร่ของตนเพียงฝ่ายเดียว โดยผู้เสียหายมิได้ให้ความยินยอมแต่ประการใด ส่วนคำว่า “การกระทำชำเรา” เป็นการกระทำในทางเพศของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยเป็นความยินยอมหรือสมัครใจเพื่อตอบสนองความใคร่ของบุคคลดังกล่าวนั่นเอง ไม่ได้มีการบังคับฝืนใจทั้งทางร่างกายและวาจา เป็นลักษณะของการสมยอมโดยแท้จริง ไม่ได้มีการโน้มน้าวใจเอาสถานการณ์หรือความจำเป็นมาบีบบังคับให้ผู้ถูกระทำอยู่ในลักษณะจำยอมต้องกระทำ การกระทำชำเรา จึงเป็นการกระทำทางเพศร่วมกันของบุคคลสองคนขึ้นไป ไม่มีใครคนใดคนหนึ่งเป็นผู้กระทำหรือผู้ถูกระทำ เพียงแต่การกระทำชำเรา จะเป็นความผิดทางอาญาได้ เมื่อผู้กระทำฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย เป็นบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปีบริบูรณ์ กรณีนี้จะถือว่า ฝ่ายที่เป็นบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปีบริบูรณ์ เป็นผู้ถูกระทำชำเราทันที ส่วนกรณีผู้กระทำทั้งสองฝ่ายเป็นบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปีบริบูรณ์ จะถือเป็นผู้กระทำชำเราและผู้ถูกระทำชำเราในคราวเดียวกัน ซึ่งหากมีการฟ้องและดำเนินคดี ย่อมมีความผิดและต้องรับโทษทั้งสองฝ่าย

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 31.

2.6 ความหมายของคำว่า “ความยินยอม”

2.6.1 ความหมายของ “ความยินยอม”⁵⁸

นักวิชาการหลายท่าน ได้ให้ความหมาย “ความยินยอม” (volenti non fit injuria) ไว้ดังนี้ ศาสตราจารย์จิตติ ตังศภัทย์ ให้ความหมายว่า “การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น โดยไม่ขัดขวางทั้งที่สามารถขัดขวางได้ ซึ่งจะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้นโดยแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเองหรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตน อันเป็นการแสดงความประสงค์ต่อผู้กระทำเหตุการณ์นั้นให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้ทำ ยกเว้นแต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้นที่การนิ่งไม่ขัดขวางอาจถือได้ว่าเป็นความยินยอม เพราะเป็นที่เข้าใจกันโดยปกติทั่วไป ว่าการนิ่งเช่นนั้นเป็นการยินยอม และการแสดงออกซึ่งความประสงค์อันถือได้ว่าเป็นความยินยอมนั้นอาจแสดงออก โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้”

อาจารย์พจน์ ปุชปาคม ให้ความหมายว่า “เป็นความยินยอมที่เกิดจากฝ่ายผู้เสียหายยอมให้กระทำไม่ว่าต่อเนื้อตัวร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิของตน ความยินยอมโดยแท้จริงแล้ว เป็นข้อแก้ตัวของผู้กระทำไม่ใช่สิทธิของผู้กระทำ”

อาจารย์เพ็ง เพ็งนิต ให้ความหมายว่า “เป็นเรื่องที่ผู้เสียหายยินยอมให้กระทำการประทุษร้ายโดยสมัครใจ หรือยอมเข้าสู่อันตรายไม่ว่า จะเป็นการทำอันตรายต่อร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใด การนิ่งเฉย ไม่ขัดขึ้น หรือไม่ขัดขวางคัดค้านต่อการกระทำที่เป็นการประทุษร้ายหรือพฤติการณ์นั้น ควรจะขัดขวาง ห้ามปรามหรือคัดค้าน แต่ไม่ขัดขวาง ไม่ห้ามปรามหรือไม่คัดค้าน ถือว่าเป็นความยินยอมโดยปริยาย”

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สมองชาติ ให้ความหมายว่า “เป็นเรื่องที่ผู้เสียหายยอมให้กระทำหรือยอม ต่อการกระทำ หรือเข้าเสี่ยงรับความเสียหาย ซึ่งถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอม ย่อมทำให้การกระทำนั้น ไม่เป็นละเมิด ไม่ว่าผู้เสียหายจะได้รับความเสียหายจากการกระทำอย่างใด และได้รับความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือ สิทธิอย่างอื่นอย่างใดมากน้อยเพียงใด ก็ตาม”

อาจารย์ประจักษ์ พุทธิสมบัติ ให้ความหมายว่า “การที่ผู้เสียหายยินยอมโดยสมัครใจต่อการกระทำประทุษร้าย หรือผู้เสียหายสมัครใจเข้าสู่อันตรายเอง ไม่ว่าจะยินยอมให้กระทำต่อร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิ ของตน และเป็นการยินยอมของผู้สามารถให้ความยินยอม ทำให้การกระทำไม่เป็นละเมิด อันที่จริงความยินยอมของผู้เสียหายมิใช่เป็นสิทธิของผู้กระทำ แต่เป็นข้อแก้ตัวของ

⁵⁸ นริศรา แดงไผ่ และพิชัยศักดิ์ หรยางกูร, **หลักความยินยอม**, คำนวนที่ 22 มกราคม 2558 จาก <http://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex%2040701-3.pdf>

ผู้กระทำ ทำให้ผู้กระทำ ไม่ ต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิด เมื่อพิจารณาความเห็นของนักวิชาการหลายท่าน ที่กล่าวในตอนต้น พอสรุปได้ว่า ความยินยอม คือ การแสดงเจตนาของผู้เสียหาย หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนผู้เสียหายที่จะเป็นการยินยอมให้ผู้อื่นมาก่อให้เกิดความเสียหาย แก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือ สิทธิอื่นใดของผู้เสียหาย”

ในความคิดเห็นของผู้วิจัยนั้น ความยินยอม หมายความว่า ความสมัครใจหรือความตกลงปลงใจของบุคคลหนึ่ง ที่จะกระทำการใดๆ ร่วมกับอีกบุคคลหนึ่งหรือบุคคลอื่นๆ หรือโดยการเรียกขานวานใช้จากบุคคลอื่น หรือการสมัครใจหรือตกลงปลงใจให้บุคคลอื่นกระทำการใดๆ ให้แก่ตนเอง โดยก่อนหรือขณะเกิดการกระทำหรือถูกกระทำการใดๆ นั้น ผู้ให้ความยินยอมย่อมมีสติและสำนึกรู้ผิดชอบว่า การกระทำความดังกล่าวนั้น คืออะไร และการกระทำความดังกล่าวนั้นย่อมจะก่อให้เกิดผลอย่างไรต่อไป การกระทำความดังกล่าวนี้นี้จึงจะถือเป็น การกระทำที่มีความยินยอมทั้งจากจากฝ่ายผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ กล่าวคือ ไม่มีการประทุษร้ายทั้งทางร่างกายหรือจิตใจหรือทั้งร่างกายและจิตใจแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้เกิดความยินยอมในการกระทำนั้นๆ ขึ้นมา หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า การกระทำที่จะไม่เป็นความผิดนั้น ต้องมีความยินยอม และต้องเป็น “ความยินยอมอันบริสุทธิ์”

ในต่างประเทศได้นำหลัก “volenti non fit injuria” หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด ไปใช้เป็น 3 แนวทาง คือ

1. เมื่อผู้เสียหายให้ความยินยอมในการกระทำละเมิดซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย แล้วการกระทำที่ เกิดจากความยินยอม จึงเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย แต่ต้องคำนึงถึงความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย ตามคำอธิบายของกฎหมายเยอรมัน

2. เมื่อผู้เสียหายให้ความยินยอม ในการกระทำละเมิดแล้ว ถือได้ว่าผู้เสียหายประสงค์ให้ความเสียหายเกิดขึ้นแก่ตนและเมื่อผู้เสียหายต้องการเช่นนั้นจะถือว่า มีความเสียหายเกิดขึ้นมิได้ซึ่งผู้ที่ได้รับความเสียหายอันจะใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน มีแต่เฉพาะตัวผู้ให้ความยินยอมเท่านั้น ประชาชนหรือสังคมไม่อาจใช้สิทธิดังกล่าวได้ จึงไม่ต้องนำเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมาพิจารณา ตามคำอธิบายของกฎหมายฝรั่งเศส

3. ถ้าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมในทางแพ่งแล้ว จำเลยสามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหาย ขึ้นปฏิเสธความรับผิดของตนได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ถือว่าเป็นความต้องการของผู้เสียหายเอง ตามคำอธิบายของกฎหมายอังกฤษ และศาลนำมาใช้ในการตัดสินคดี

2.6.2 ความยินยอมกับความรับผิดชอบในทางอาญา⁵⁹

แม้จะมีได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับความยินยอมไว้ในมาตราใดโดยเฉพาะก็ตาม แต่มีความผิดบางฐานเมื่อได้รับความยินยอมแล้วก็ไม่มีความผิดตามกฎหมาย เช่น หากหญิงยินยอมการกระทำของชายก็ไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 (เทียบกับฎีกาที่ 828/2486) โดยถือว่าเป็นการขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 276 ไปเลย และความผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางมาตรา หากผู้เสียหายยินยอมให้กระทำโดยบริสุทธิ์ใจ ไม่มีการข่มขู่หรือหลอกลวงการกระทำก็ไม่เป็นความผิด เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ โกงเจ้านี้ ยักยอก ทำให้เสียทรัพย์และบุกรุก เช่น เข้าไปในบ้านเพื่อชมรายการโทรทัศน์โดยได้รับความยินยอม ยังฟังไม่ได้ว่าเข้าไปโดยไม่มีเหตุอันสมควร แม้ขณะออกจากบ้านได้ถือโอกาสสอนาจารย์ผู้เสียหายด้วย ก็ไม่มีความผิดฐานบุกรุกตามมาตรา 364 เมื่อไม่มีความผิดตามมาตรา 364 ก็ไม่ผิดตามมาตรา 365 (1) (3) ด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2853/2539) การกระทำผิดทางอาญาบางฐานแม้จะได้รับความยินยอมจากผู้ถูกกระทำแต่กฎหมายก็มีเจตนารมณ์บัญญัติไว้เพื่อปกป้องคุ้มครองบุคคลบางประเภทแม้ว่าจะให้ความยินยอม ความยินยอมนั้นก็ไม่มีผลบังคับใช้ได้ เช่น การกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี แม้เด็กหญิงนั้นจะยินยอม ผู้กระทำชำเราก็ต้องรับผิดชอบ

ความยินยอมบางกรณี เป็นเหตุ “ยกเว้นความผิด” เช่น แดงเป็นโรคร้ายแรง แพทย์จำเป็นต้องทำการผ่าตัดขาของแดงข้างหนึ่ง แดงยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัดขา การที่แพทย์ตัดขาแดงเป็นการทำร้ายได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 เพราะการผ่าตัดก็ถือว่าเป็นการทำร้ายร่างกายแล้ว แต่แพทย์ไม่มีความผิดมาตรา 297 เพราะความยินยอมของแดง ความยินยอมที่จะยกเว้นความผิดได้นั้นจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ด้วยเหตุนี้ หากยอมให้มีการยิง ฟัน หรือแทง เพื่อทดสอบว่าอยู่ยงคงกระพันจริงหรือไม่ จึงไม่อาจยกเว้นความผิดให้แก่ผู้กระทำได้ เช่น ผู้ตายเชื่อว่าวิชาที่จำเลยถ่ายทอดให้จะอยู่ยง คงกระพัน จึงยอมให้จำเลยใช้ปืนยิง การที่จำเลยเอาปืนจ่อยิงที่สะบักอันเป็นที่สำคัญ ย่อมเล็งเห็นผลแห่งการกระทำนั้นว่า ถ้าปืนลั่นออกไป ผู้ตายก็ต้องตายแน่นอนซึ่งจำเลยก็สำนึกในการกระทำนั้นจำเลยมีความผิดตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 59 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 59/2502) และการที่บุคคลยินยอมเข้าชกมวยกันเพื่อความมุ่งหมายในการกีฬา มิใช่เพราะความอาฆาต ถือว่าความยินยอมนั้นเป็นการยกเว้นความผิด แต่ถ้าหากชกกันเพราะอาฆาตมิใช่เพราะการกีฬา แม้จะสวมนวมชกกัน บนเวทีก็ไม่เป็นการยกเว้นความผิด

⁵⁹ กรมหลวง, ความยินยอมกับความรับผิดชอบทางแพ่งและทาง, คำนวนที่ 27 มกราคม 2558 จาก www.drr.go.th/sites/default/files/attachment/law_for_people/5.doc

บทที่ 3

ศึกษาแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำ ชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีบริบูรณ์ ตามประมวลกฎหมายอาญา ของประเทศไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

การศึกษาวิทยานิพนธ์นี้ เป็นการศึกษาในเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราเด็ก และกระทำชำเรา
เด็ก อายุไม่เกิน 15 ปี โดยศึกษาเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชน
ลาว และสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยมีแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายอาญาที่ใช้ศึกษา ดังนี้

3.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามประมวล กฎหมายอาญาของประเทศไทย⁶⁰

3.1.1 องค์ประกอบ สาระสำคัญ และโทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276

ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2558 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ

มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดย
ใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่น
นั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้ง
แต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความ
ใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวาร
หนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนัก
ของผู้อื่น

⁶⁰ ภาสกร ญาณสุธี, คำอธิบายและการต่อสู้คดี ข่มขืน อนาคต พรากผู้เยาว์ (กรุงเทพฯ:
นิติธรรม, 2553), หน้า 1-70.

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำ โดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนี้ยิงหรือกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

(ก) องค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง

1. ผู้ใด
2. ข่มขืน (ใช้กำลังขืนใจ หรือผู้อื่นนั้นไม่ยินยอมด้วย)
3. กระทำชำเราผู้อื่น ที่มีลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้
 - 1) โดยขู่เชือดด้วยประการใดๆ หรือ
 - 2) ใช้กำลังประทุษร้าย หรือ
 - 3) โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ
 - 4) โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น
4. มีเจตนา

(ข) สาระสำคัญของการกระทำที่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง

1. คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งเป็นผู้กระทำและคำว่า “ผู้อื่น” ซึ่งเป็นผู้ถูกกระทำ หมายถึง ชายหรือหญิง โดยไม่จำกัดอายุแต่ประการใด ดังนั้นผู้กระทำความผิดจึงเป็นได้ทั้งชายและหญิง ส่วนผู้เสียหายก็เป็นได้ทั้งชายและหญิงที่ไม่ยินยอมให้ผู้กระทำความผิดกระทำชำเราหรือร่วมประเวณีกับตน และต้องมีชีวิตในขณะที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราด้วย

2. คำว่า “กระทำชำเรา” หมายถึง การกระทำที่มีลักษณะใดลักษณะหนึ่งเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำความผิดที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

1) ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำผิดที่เป็นชาย กับอวัยวะเพศของหญิง ซึ่งจะเป็นความสำเร็จเมื่ออวัยวะเพศของชายได้ล่งล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหรือช่องคลอดของหญิงแล้วโดยไม่คำนึงว่าล่งล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใด ก็เป็นความสำเร็จแล้ว ส่วนจะสำเร็จความใคร่หรือไม่นั้น ไม่เป็นสาระสำคัญแต่ประการใด

2) ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำผิดที่เป็นชาย กับทวารหนักของชายหรือหญิงที่ถูกกระทำ ซึ่งจะเป็นความสำเร็จเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล่งล้ำเข้าไปในทวารหนักของชายหรือหญิงแล้ว โดยไม่คำนึงว่าล่งล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใด และไม่จำเป็นต้องสำเร็จความใคร่ด้วย

3) ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำผิดที่เป็นชาย กับช่องปากของชายหรือหญิงที่ถูกกระทำ ซึ่งจะเป็นความสำเร็จเมื่อมีการกระทำต่อช่องปากของผู้ถูกกระทำแล้วไม่ว่าจะเป็นฝ่ายใช้อวัยวะเพศของตนใส่เข้าไปในช่องปากของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือบังคับขู่脅ให้อีกฝ่ายหนึ่ง ดูด อม หรือเลียอวัยวะเพศของตนจนอวัยวะเพศของตนล่งล้ำเข้าไปในช่องปากของอีกฝ่ายหนึ่ง โดยไม่จำเป็นต้องสำเร็จความใคร่ด้วย

4) การใช้สิ่งอื่นใดกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำนั้น ต้องเป็นการกระทำโดยมีเจตนาสนองความใคร่ที่มากกว่ามีเจตนาอนาจารเท่านั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำเช่นนั้นโดยมิได้มีเจตนาดังกล่าว แต่มีเจตนาทำร้ายแล้ว ก็ย่อมเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย โดยไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่ประการใด

3. แต่ถ้าผู้กระทำผิดได้ลงมือกระทำผิด โดยมีเจตนาที่จะกระทำตามข้อ 2. ดังกล่าวแล้วแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผล หรือไม่สำเร็จสมดังเจตนาของผู้กระทำผิดแล้ว ย่อมเป็นการพยายามกระทำความผิดต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 80

4. คำว่า “โดยขู่脅ด้วยประการใดๆ” หมายถึง การกระทำใดๆ ที่ทำให้ผู้ถูกกระทำเกิดความกลัวว่าจะเกิดอันตรายแก่ตนเองหรือบุคคลในครอบครัวของตนเอง หรือจะทำให้ตนเองได้รับความเดือดร้อน ไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ แม้ว่าจะมีสิทธิที่จะกระทำได้อีกก็ตาม

5. คำว่า “โดยใช้กำลังประทุษร้าย” หมายถึง การกระทำที่ใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีใดๆ ประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่น รวมถึงการ

กระทำใดๆ ที่เป็นเหตุให้ผู้หนึ่งผู้ใดอยู่ภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ เช่น การใช้ยาให้มึนเมา หรือให้ดมแล้วทำให้มึนเมา การสะกดจิต หรือการกระทำอื่นใดที่ทำให้มึนเมา หรือไม่มีสติ ทำให้ผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้⁶¹

6. คำว่า “โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้” หมายถึง การตกอยู่ในความกลัวว่า ถ้าขัดขึ้นไม่ยินยอมให้กระทำชำเราแล้วตนเองอาจถูกทำร้ายให้ได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายได้ จึงไม่กล้าขัดขึ้น แต่ก็ไม่อาจถือว่ายินยอมให้กระทำชำเราได้

7. พฤติการณ์แห่งคดีที่เกิดขึ้นหลังเกิดเหตุ เมื่อผู้เสียหายกลับถึงบ้านแล้วได้รับบอกเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแก่บิดามารดา หรือผู้ปกครอง หรือเพื่อนสนิทว่าตนเองถูกข่มขืนกระทำชำเรามานั้นหรือ เมื่อพ้นจากการควบคุมของผู้กระทำผิดแล้วได้แจ้งความหรือร้องทุกข์ต่อตำรวจหรือพนักงานสอบสวนให้จับกุมหรือดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิดทันที ย่อมบ่งชี้ว่าผู้เสียหายถูกข่มขืนกระทำชำเราจริง

หรือแม้แต่ผู้เสียหายถูกข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ต่อมากลับถึงบ้านหรือพ้นจากการควบคุมของผู้กระทำผิดแล้วก็ได้ได้รับบอกเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแก่บุคคลดังกล่าวข้างต้น หรือมิได้รับแจ้งความร้องทุกข์ต่อตำรวจหรือพนักงานสอบสวนให้จับกุมหรือดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิดทันที เพราะเกิดความกลัวตามคำขู่ขู่ต่างๆ นานา ของผู้กระทำผิด หรือกลัวความอับอายที่จะเกิดขึ้นแก่ตน เป็นต้น จึงอาจเป็นไปได้ว่าต้องใช้เวลาคิดใคร่ครวญหลายวัน ก่อนตกลงใจที่จะดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิด

8. การร่วมกันกระทำความผิดนั้น อาจมีการแบ่งหน้าที่กันทำต่อผู้เสียหาย ผู้ที่ร่วมกระทำความผิดดังกล่าวนี้บางคนอาจมิได้กระทำชำเราผู้เสียหายด้วยก็ย่อมมีความผิดฐานเป็นตัวการร่วมกันกระทำความผิดตามมาตรา 81 “ในกรณีความผิดใดเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันนั้นเป็นตัวการต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

การที่ผู้กระทำผิดแต่ละคนจะได้รับการลงโทษเท่ากันหรือไม่ขึ้น อยู่ที่พฤติการณ์ที่ผู้กระทำผิดแต่ละคนได้กระทำไปว่าหนักหรือเบา เท่ากันหรือไม่เท่ากัน และอายุของผู้กระทำผิดว่ามากน้อยเพียงใด”

⁶¹ มาตรา 1(6) แห่งประมวลกฎหมายอาญา

9. ในกรณีที่มีผู้กระทำความผิดเพียงคนเดียว การกระทำความผิดที่มีพฤติการณ์ร้ายแรง ย่อมได้รับการลงโทษสถานหนัก

ในกรณีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคน พฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดของแต่ละคนมีความร้ายแรงมากหรือน้อยต่างกัน ก็ย่อมได้รับการพิจารณาโทษหนักหรือเบาต่างกันตามพฤติการณ์ของการมีส่วนร่วมกระทำความผิดของแต่ละคนที่กระทำไปด้วย

สาระสำคัญของการกระทำที่ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง

1. ผู้เสียหายให้ความยินยอมในการกระทำชำเราหรือร่วมประเวณี
2. ผู้เสียหายหรือพยานโจทก์เบิกความด้วยถ้อยคำที่ไม่สมเหตุผลผลเกี่ยวกับเหตุการณ์ข่มขืนกระทำชำเรา ย่อมเป็นพฤติการณ์ส่อไปในทางยินยอมให้กระทำชำเรา หรือปรักปรำใส่ร้ายจนไม่น่าเชื่อถือว่าผู้เสียหายถูกข่มขืนกระทำชำเราเช่นนั้น

(ค) โทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276

กรณีเป็นการข่มขืนกระทำชำเราโดยทั่วไป ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

กรณีเป็นการข่มขืนกระทำชำเราที่ต้องรับโทษหนักขึ้น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสาม การข่มขืนกระทำชำเราได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือโทรมชาย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

สำหรับตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสี่ เป็นการข่มขืนกระทำชำเราโดยทั่วไป แม้เป็นการข่มขืนกระทำชำเราต่อคู่สมรสของตนเอง ก็ไม่เป็นเหตุทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นเช่นเดียวกับวรรคสาม และคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติดนการลงโทษก็ได้

แต่หากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราต่อคู่สมรสของตนเองและคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสงค์จะหย่า ประกอบกับศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกผู้ข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรส ให้คู่สมรสฝ่ายที่ต้องการจะหย่าแจ้งให้ศาลทราบและให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เฉพาะในส่วนของวรรคหนึ่งเท่านั้น ที่ถือว่าเป็นความผิดอาญาต่อส่วนตัว หรือความผิดอันยอมความได้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 281 ที่บัญญัติว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก และมาตรา 278 นั้น ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลดังระบุไว้ในมาตรา 285 เป็นความผิดอันยอมความได้”

3.1.2 องค์ประกอบ สำคัญ และโทษของความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277

ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2558 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ

มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กผู้ถูกกระทำนั้นยินยอม ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกกระทำ หรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก หรือจะอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกันโดยกำหนดเงื่อนไขให้ต้องดำเนินการภายหลังการสมรสก็ได้ และเมื่อศาลได้พิจารณามีคำสั่งอย่างใดแล้ว ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ในการพิจารณาของศาลให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะ

แห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกระทำด้วย

(ก) องค์ประกอบของการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม

1. ผู้ใด

2. กระทำต่อเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี (ตามวรรคหนึ่ง) หรือกระทำต่อเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี (ตามวรรคสาม) ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของตน ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม เพื่อสนองความใคร่ของตนด้วยลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้

1) ผู้กระทำความผิดได้ใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศของเด็กที่ถูกกระทำ

2) ผู้กระทำความผิดได้ใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับทวารหนักของเด็กที่ถูกกระทำ

3) ผู้กระทำความผิดได้ใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับช่องปากของเด็กที่ถูกกระทำ

4) ผู้กระทำความผิดได้ใช้สิ่งอื่นใดที่มีใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศของเด็กที่ถูกกระทำ

5) ผู้กระทำความผิดได้ใช้สิ่งอื่นใดที่มีใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับทวารหนักของเด็กที่ถูกกระทำ

3. มีเจตนา

(ข) สารสำคัญของการทำงานที่เป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม

1. คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดนั้น หมายถึง ชายหรือหญิง ซึ่งอาจมีผู้กระทำความผิดเพียงคนเดียวหรือมีผู้ร่วมกระทำความผิดหลายคน โดยแบ่งหน้าที่กันในการกระทำความผิด อันเป็นความร่วมมือกันกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 “ในกรณีความผิดใดเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันนั้นเป็นตัวการ ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

2. คำว่า “เด็ก” ซึ่งเป็นผู้ถูกระทำนั้น หมายถึง เด็กชายหรือเด็กหญิงที่มีอายุแท้จริงยังไม่เกิน 15 ปี ที่มีไช่ภริยาหรือสามีของผู้กระทำผิดในขณะกระทำผิดนั้น และขณะถูกระทำซ้ำเรานั้นเด็กนั้นยังมีชีวิตอยู่ด้วย

3. ผู้กระทำผิดใช้อวัยวะเพศของตน นิ้วมือ หรือวัตถุอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของเด็กซึ่งถูกระทำ โดยมีเจตนาเพื่อสนองความใคร่ของตนเอง

4. ถ้าผู้กระทำผิดได้กระทำไปโดยความยินยอมของเด็กแล้ว ย่อมได้รับการลงโทษสถานเบา แต่ถ้าได้กระทำไปโดยเด็กไม่ยินยอมแล้ว ย่อมได้รับการลงโทษสถานหนัก

ความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมด้วยความสมัครใจ โดยไม่มีการบังคับคดีหรือขู่เข็ญไม่ว่าด้วยประการใดๆ แม้ว่าจะเป็นการบังคับหรือขู่เข็ญที่มีสิทธิกระทำตามกฎหมาย จนเด็กเกิดความกลัวจึงยินยอมให้กระทำซ้ำเรานั้น เช่นนี้ถือว่าเป็นการจำยอมให้กระทำซ้ำเรา ไม่อาจถือได้ว่าเป็นความสมัครใจหรือยินยอมให้กระทำซ้ำเราแต่ประการใด

5. ถ้ามีการลงมือกระทำผิดต่อเด็กแล้ว แต่กระทำไปไม่ตลอด ซึ่งไม่ครบองค์ประกอบของความผิดแล้วย่อมมีความผิดฐานพยายามกระทำซ้ำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80

“ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด

ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ สำหรับความผิดนั้น”

6. พยานหลักฐานของโจทก์ที่พิสูจน์ความผิดของผู้กระทำผิดนั้นต้องมีความสมเหตุสมผลที่จะเป็นเช่นนั้น โดยไม่มีพิรุธในข้อสาระสำคัญ ไม่ว่าในส่วนที่จะเป็นเหตุให้เกิดการกระทำผิดเช่นนั้น พฤติการณ์ขณะกระทำผิด และในส่วนที่จะเป็นผลจากการกระทำผิดเช่นนั้นแต่ประการใด

7. การกระทำซ้ำเราเด็กที่มีอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็ตาม ย่อมเป็นความผิดตามมาตรานี้ เด็กนั้นย่อมเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยหรือเป็นผู้เสียหายตามกฎหมาย ผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็กนั้นย่อมมีอำนาจดำเนินคดีแทนเด็กแก่ผู้กระทำผิดได้ ไม่ว่าจะเป็น การร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน หรือเป็นโจทก์ยื่นฟ้องคดีอาญาเอง หรือขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมกับ

พนักงานอัยการที่ได้ยื่นฟ้องผู้กระทำผิดเป็นคดีอาญาได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (1)

“บุคคลเหล่านี้จัดการแทนผู้เสียหายได้

ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาล เฉพาะแต่ในความผิดซึ่งได้กระทำต่อผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถซึ่งอยู่ในความดูแล”

สาระสำคัญของการกระทำที่ไม่เป็นความผิด ตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง

1. ผู้กระทำได้กระทำไปโดยไม่มีเจตนาสนองความใคร่ของตนเองหรือของผู้อื่น แต่มีเจตนาอย่างอื่น เช่น มีเจตนาทำร้ายร่างกาย เป็นต้น

2. ผู้กระทำได้กระทำต่อเด็ก โดยเข้าใจว่าเด็กนั้นมีอายุเกินสิบห้าปี แล้วอันเป็นการสำคัญผิด ในข้อเท็จจริงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 62 วรรคหนึ่ง “ข้อเท็จจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด หรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แล้วแต่กรณี” ซึ่งจะต้องมีเหตุผลอันสมควรหรือมีพฤติการณ์อื่นใดอันสำคัญจนเป็นเหตุให้เชื่อโดยสุจริตว่าน่าจะมีอายุเกินสิบแปดปี เท่านั้น แต่ถ้าเป็นการสำคัญผิดโดยความประมาทหรือความไม่สุจริตแล้ว ย่อมไม่อาจกล่าวอ้างได้ว่าสำคัญผิดในข้อเท็จจริงดังกล่าว

แต่เนื่องจากตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2558 (ฉบับที่ 23) ได้บัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285/1 ที่บัญญัติว่า

“การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม มาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น”

ในปัจจุบัน จึงถือว่ามาตราดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นของมาตราทั่วไป กล่าวคือ เรื่องการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 62 วรรคหนึ่ง การอ้างความไม่รู้อายุของเด็กที่ตนกระทำชำนั้น จึงไม่สามารถนำมาใช้อ้างในกรณีความผิดกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสาม เพื่อให้ตนเองพ้นจากความผิดนั้นได้

3. ผู้กระทำผิดเป็นสามีหรือภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กซึ่งถูกกระทำนั้น

(ค) โทษของความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277

กรณีเป็นการกระทำชำเราเด็กโดยทั่วไป ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคหนึ่ง เป็นการกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยา

หรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

กรณีเป็นการกระทำชำเราเด็กที่ต้องรับโทษหนักขึ้น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคสาม เป็นการกระทำชำเราแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคสี่ เป็นการกระทำชำเราแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีและไม่เกินสิบสามปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของตน โดยได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโหมเด็กหญิงหรือเด็กชาย หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

แต่สำหรับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคห้า เป็นกรณีที่บุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำชำเราต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กผู้ถูกกระทำนั้นยินยอม ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก หรือจะอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกันโดยกำหนดเงื่อนไขให้ต้องดำเนินการภายหลังการสมรสก็ได้ และเมื่อศาลได้พิจารณามีคำสั่งอย่างใดแล้ว ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคห้า เป็นกรณีที่ทั้งผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายยังเป็นเด็กด้วยกันทั้งสองฝ่าย อีกทั้งเป็นกรณีผู้เสียหายยินยอมโดยสมัครใจถูกกระทำชำเราเอง ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจึงมีอำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดสำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่ต้องภายหลังจากที่มีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้

1. คำสั่งให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก กล่าวคือ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 หมวด 4 มาตรา 40-47 ดังนี้

มาตรา 40 เด็กที่พึงได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพ ได้แก่

(1) เด็กที่ถูกทารุณกรรม

(2) เด็กที่เสี่ยงต่อการกระทำผิด

(3) เด็กที่อยู่ในสภาพที่จำต้องได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา 41 ผู้ใดพบเห็นหรือประสบเหตุการณ์ที่น่าเชื่อว่าจะมีการกระทำการรุนแรงต่อเด็กให้รีบแจ้งหรือรายงานต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ หรือผู้มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามมาตรา 24

เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ หรือผู้มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามมาตรา 24 ได้รับแจ้งเหตุตามวรรคหนึ่ง หรือเป็นผู้พบเห็นหรือประสบเหตุการณ์ที่น่าเชื่อว่าจะมีการกระทำการรุนแรงต่อเด็กในสถานที่ใดให้มีอำนาจเข้าตรวจค้นและมีอำนาจแยกตัวเด็กจากครอบครัวของเด็กเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กโดยเร็วที่สุด

การแจ้งหรือการรายงานตามมาตรา 41 นี้ เมื่อได้กระทำโดยสุจริตย่อมได้รับความคุ้มครองและไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางปกครอง

มาตรา 42 การดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามมาตรา 41 วรรคสอง ต้องรีบจัดให้มีการตรวจรักษาทางร่างกายและจิตใจทันที ถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่เห็นสมควรต้องสืบเสาะและพินิจเกี่ยวกับเด็กและครอบครัวเพื่อหาวิธีการคุ้มครองสวัสดิภาพที่เหมาะสมแก่เด็ก ก็อาจส่งตัวเด็กไปสถานแรกรับก่อนได้หรือถ้าจำเป็นต้องให้การสงเคราะห์ก็ให้พิจารณาให้การสงเคราะห์ตามมาตรา 33 และถ้าจำเป็นต้องให้การฟื้นฟูสภาพจิตใจก็ให้รับส่งเด็กไปยังสถานพัฒนาและฟื้นฟู

การส่งเด็กไปสถานแรกรับ สถานพัฒนาและฟื้นฟู หรือสถานที่อื่นใดตามวรรคหนึ่งระหว่างการสืบเสาะและพินิจเพื่อหาวิธีการคุ้มครองสวัสดิภาพที่เหมาะสมให้กระทำ得不เกินเจ็ดวัน แต่ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นและสมควรเพื่อประโยชน์ของเด็ก พนักงานเจ้าหน้าที่หรือพนักงานอัยการจะยื่นคำร้องขอต่อศาลตามมาตรา 5 เพื่อมีคำสั่งขยายระยะเวลาออกไปรวมแล้วไม่เกินสามสิบวันก็ได้

มาตรา 43 กรณีที่ผู้ปกครองหรือญาติของเด็กเป็นผู้กระทำการรุนแรงต่อเด็ก ถ้ามีการฟ้องคดีอาญาแก่ผู้กระทำผิดและมีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ถูกฟ้องนั้นจะกระทำการรุนแรงแก่เด็กอีก ก็ให้ศาลที่พิจารณาคดีนั้นมีอำนาจกำหนดมาตรการคุมความประพฤติผู้นั้น ห้ามเข้าเขตกำหนด หรือห้ามเข้าใกล้ตัวเด็กในระยะที่ศาล

กำหนด เพื่อป้องกันมิให้กระทำการดังกล่าวและจะสั่งให้ผู้นั้นทำทัณฑ์บนตามวิธีการที่กำหนดไว้ตามมาตรา 46 และมาตรา 47 แห่งประมวลกฎหมายอาญาด้วยก็ได้

หากยังไม่มี การฟ้องคดีอาญาหรือไม่ฟ้องคดีอาญาแต่มีพฤติการณ์น่าเชื่อว่าจะมีการกระทำความผิดซ้ำอีก ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ พนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจ ผู้มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามมาตรา 24 หรือพนักงานอัยการ ยื่นคำขอต่อศาลตามมาตรา 5 เพื่อออกคำสั่งมิให้กระทำการดังกล่าวโดยกำหนด มาตรการคุ้มครองความปลอดภัยและเรียกประกันด้วยก็ได้

ในกรณีตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง หากศาลเห็นว่ามิเหตุจำเป็นเร่งด่วน เพื่อคุ้มครองเด็กมิให้ถูกระทำความผิดซ้ำอีก ให้ศาลมีอำนาจออกคำสั่งให้ตำรวจ จับกุมผู้ที่เชื่อว่าจะกระทำความผิดซ้ำอีกมากักขังไว้มีกำหนดครั้งละไม่เกิน สามสิบวัน

การพิจารณาออกคำสั่งหรือการเรียกประกันตามมาตรานี้ ให้คำนึงถึง ประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

มาตรา 44 เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก ตามมาตรา 24 พบเห็นหรือได้รับแจ้งจากผู้พบเห็นเด็กที่เสี่ยงต่อการกระทำผิด ให้ สอบถามเด็กและดำเนินการหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวเด็ก รวมทั้งสภาพ ความสัมพันธ์ภายในครอบครัว ความเป็นอยู่ การเลี้ยงดู อุปนิสัย และ ความประพฤติของเด็กเพื่อทราบข้อมูลเกี่ยวกับเด็ก และถ้าเห็นว่าจำเป็นต้องคุ้มครอง สวัสดิภาพแก่เด็ก โดยวิธีส่งเข้าสถานคุ้มครองสวัสดิภาพหรือสถานพัฒนาและฟื้นฟู ก็ให้เสนอประวัติพร้อมความเห็นไปยังปลัดกระทรวงหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี เพื่อพิจารณาสั่งให้ใช้วิธีการคุ้มครองสวัสดิภาพที่เหมาะสมแก่เด็ก

ในกรณีพนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามมาตรา 24 เห็นว่าเด็กจำเป็นต้องได้รับการสงเคราะห์ก็ให้พิจารณาให้การสงเคราะห์ตาม มาตรา 33 แต่ถ้าเห็นว่ายังไม่สมควรส่งตัวเด็กไปยังสถานแรกรับ สถานสงเคราะห์ สถานคุ้มครองสวัสดิภาพ หรือสถานพัฒนาและฟื้นฟู ก็ให้มอบตัวเด็กแก่ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่ยินยอมรับเด็กไปปกครองดูแล โดยอาจแต่งตั้งผู้คุ้มครองสวัสดิภาพแก่ เด็กตามมาตรา 48 หรือไม่ก็ได้ และเมื่อได้ปรึกษาหารือร่วมกับผู้ปกครองหรือบุคคล ที่จะรับเด็กไปปกครองดูแลแล้วอาจจะวางข้อกำหนดเพื่อป้องกันมิให้เด็กมีความ ประพฤติเสียหาย หรือเสี่ยงต่อการกระทำผิด โดยให้ผู้ปกครองหรือบุคคลที่รับเด็ก ไปปกครองดูแลต้องปฏิบัติข้อใดข้อหนึ่งหรือหลายข้อตามความเหมาะสม ดังต่อไปนี้

- (1) รมั้ดระวังมิให้เด็กเข้าไปในสถานที่หรือท้องที่ใดอันจะจูงใจให้เด็กประพฤิตนไม่สมควร
- (2) รมั้ดระวังมิให้เด็กออกนอกสถานที่อยู่อาศัยในเวลากลางคืน เว้นแต่มีเหตุจำเป็นหรือไปกับผู้ปกครอง
- (3) รมั้ดระวังมิให้เด็กคบหาสมาคมกับบุคคลหรือคณะบุคคลที่จะชักนำไปในทางเสื่อมเสีย
- (4) รมั้ดระวังมิให้เด็กกระทำการใดอันเป็นเหตุให้เด็กประพฤิตเสียหยา
- (5) จัดให้เด็กได้รับการศึกษาอบรมตามสมควรแก่อายุ สติปัญญา และความสนใจของเด็ก
- (6) จัดให้เด็กได้ประกอบอาชีพที่เหมาะสมกับความถนัดและความสนใจของเด็ก
- (7) จัดให้เด็กกระทำความกิจกรรมเพื่อพัฒนาตนเองทางด้านคุณธรรม จริยธรรม และบำเพ็ญประโยชน์ต่อสังคม

หากปรากฏชัดว่าผู้ปกครองหรือผู้ที่รับเด็กไว้ปกครองดูแลละเลยไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของพนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามมาตรา 24 ก็ให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กรับเด็กกลับไปดูแล

มาตรา 45 ห้ามมิให้เด็กซื้อหรือเสพสุราหรือบุหรี่ หรือเข้าไปในสถานที่เฉพาะเพื่อการจำหน่ายหรือเสพสุราหรือบุหรี่ หากฝ่าฝืนให้พนักงานเจ้าหน้าที่สอบถามเด็กเพื่อทราบข้อมูลเกี่ยวกับเด็กและมีหนังสือเรียกผู้ปกครองมาร่วมประชุมเพื่อปรึกษาหารือ ว่ากล่าวตักเตือน ให้ทำทัณฑ์บน หรือมีข้อตกลงร่วมกันเกี่ยวกับวิธีการและระยะเวลาในการจัดให้เด็กทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์ และอาจวางข้อกำหนดให้ผู้ปกครองต้องปฏิบัติข้อใดข้อหนึ่งหรือหลายข้อตามมาตรา 44 วรรคสอง หรือวางข้อกำหนดอื่นใดเพื่อแก้ไข หรือป้องกันมิให้เด็กกระทำความผิดขึ้นอีกก็ได้

หากปรากฏว่าผู้ปกครองของเด็กฝ่าฝืนบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง ให้นำบทบัญญัติมาตรา 39 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

การว่ากล่าวตักเตือน ทำทัณฑ์บน และจัดให้เด็กทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์ตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา 46 ในกรณีที่ปลัดกระทรวงหรือผู้ว่าราชการจังหวัดสั่งให้ส่งเด็กเข้ารับการคุ้มครองสวัสดิภาพ หรือในกรณีพนักงานเจ้าหน้าที่ออกข้อกำหนดให้เด็กทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์ตามมาตรา 45 หากผู้ปกครองไม่เห็นด้วยให้มีสิทธินำคดีไปสู่ศาลตามมาตรา 5 ภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันรับทราบคำสั่ง

มาตรา 47 วิธีการดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก นอกจากที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้ให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด

2. คำสั่งกำหนดเงื่อนไขให้ดำเนินการภายหลังสมรส หมายความว่า คำสั่งใดๆ ของศาลที่ได้ใช้ดุลยพินิจกำหนดเงื่อนไขให้ผู้กระทำและผู้เสียหาย ดำเนินการภายหลังจากที่มีการจดทะเบียนสมรสกันแล้ว เช่น มารายงานความประพฤติต่อศาล เป็นต้น

การกระทำความผิดตามมาตรา ๓ ที่ผู้กระทำผิดจะได้รับการลงโทษสถานเบา นั้น ต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

- 1) พฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดไม่ร้ายแรง
- 2) ผู้กระทำได้บรรเทาความเสียหายให้แก่ฝ่ายผู้เสียหายจนเป็นที่พอใจหรือเป็นจำนวนพอสมควร
- 3) ผู้ต้องหาและจำเลยแม้ขณะกระทำความผิดอายุไม่เกินสิบเจ็ดปี และเด็กที่ถูกกระทำชำเราอายุไม่เกินสิบห้าปีก็ตาม แต่ต่อมาคืออยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาก็ตาม และจำเลยให้การรับสารภาพ ศาลก็ต้องมีการพิจารณาว่าจำเลยมีความผิดตามมาตรา ๓ นี้ แต่ไม่ต้องรับโทษเมื่อทั้งสองฝ่ายได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมาย

มาตราที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำชำเราเด็กอันทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ได้แก่

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 ทวิ บัญญัติว่า

ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 277 วรรคหนึ่งหรือวรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ตรี บัญญัติว่า

ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคสาม หรือมาตรา 277 วรรคสี่ เป็นเหตุให้ผู้ถูกระงับ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 บัญญัติว่า

ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม

จากประมวลกฎหมายอาญาของไทยในมาตรา 276 และ มาตรา 277 ที่ได้นำมาศึกษานั้น มีประเด็นปัญหาที่เห็นควรที่จะวิเคราะห์สองประการ ดังนี้

ประการแรกในส่วนของนิยาม คำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 เป็นคำนิยามที่มีความชัดเจนอยู่ในตัวเอง เพราะประกอบด้วยการกระทำสองส่วน คือ การข่มขืนใจและการกระทำชำเรา เป็นที่แน่ชัดว่าการกระทำชำเรานั้นเป็นการขืนใจผู้เสียหาย แต่สำหรับนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ซึ่งมีความหมายว่า การร่วมเพศหรือการมีเพศสัมพันธ์ เนื่องจากไปบัญญัติต่อท้ายคำว่า “การกระทำชำเราเด็ก . . .” ด้วยคำว่า “ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม” ทำให้คำว่า “กระทำชำเรา” มีความหมายรวมไปถึงคำว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” ด้วย

ประการที่สอง ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคหนึ่ง และมาตรา 277 วรรคหนึ่ง มีอัตราโทษจำคุกที่เท่ากัน (แต่โทษปรับไม่เท่ากัน) กล่าวคือ โทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี ซึ่งกรณีการข่มขืนกระทำชำเราเด็กนั้น ควรจะมีโทษจำคุกที่สูงกว่าและแยกออกจากโทษในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กในมาตรา 277 วรรคหนึ่งที่บัญญัติไว้ในปัจจุบัน อีกประการหนึ่ง หากมีการแก้ไขเรื่องคำนิยามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กควรมีโทษจำคุกที่สูงกว่าความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งเป็นบททั่วไป

ถึงแม้ว่าโทษปรับที่กฎหมายอาญา ได้ทำการแก้ไขใหม่ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง และมาตรา 277 วรรคสาม ที่กำหนดโทษปรับเพิ่มขึ้นกว่ากฎหมายเดิมสิบเท่า นั้น กล่าวคือ มาตรา 277 วรรคหนึ่ง “ปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท” และมาตรา 277 วรรคสาม “ปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท” ในขณะที่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 นั้น กำหนดโทษปรับ คือ “ปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” นั้น ก็ตาม ก็เป็นการปรับที่รัฐเป็นผู้ได้ผลประโยชน์ มิใช่ผู้เสียหายที่จะได้ได้รับการเยียวยาในส่วนค่าเสียหายอันเป็นตัวเงิน หากยังคงโทษปรับสูงเช่นเดิมในกรณีกระทำชำเราเด็ก ก็ควรแก้ไขอัตราโทษปรับในส่วนของความผิดเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราในบททั่วไปเช่นกัน

3.2 กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำชำเราเด็ก

3.2.1 สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวเป็นประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งรัฐบาลได้มีนโยบายการปกครองประเทศด้วยรัฐธรรมนูญ และกฎหมายหรือที่เรียกว่ารัฐแห่งกฎหมาย⁶² โดยเฉพาะกฎหมายอาญา ซึ่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวมีกฎหมายอาญาบังคับใช้มาตั้งแต่ ค.ศ.2000 (พ.ศ. 2543) แต่ว่าการดำเนินการทางกฎหมายอาญายังไม่สอดคล้องกับการขยายตัวของสังคม ตามแต่ละระยะเท่าที่ควร แม้จะมีการปรับปรุงกฎหมายอาญามาแล้วหลายครั้ง โดยปัจจุบันได้ใช้กฎหมายว่าด้วยอาญา ฉบับปรับปรุง ค.ศ.2012 โดยเหตุผลในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอาญาล่าสุดนั้น เนื่องจากสังคมสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวมีการขยายตัวอย่างไม่หยุดนิ่ง เพื่อเปิดประเทศในการติดต่อสัมพันธ์กับประเทศต่างๆ ทั้งในด้านเศรษฐกิจ การเมือง หรือด้านอื่นๆ ดังนั้นประเทศลาวจึงต้องมีการดำเนินการปรับปรุงกฎหมายอาญาให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาต่างๆ ที่ประเทศลาวได้เข้าเป็นสมาชิกหรือภาคีของสนธิสัญญาต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเข้าร่วมเป็นสมาชิกในอนุภูมิภาคในกลุ่มแม่น้ำโขง และการเข้าร่วมจัดตั้งประชาคมอาเซียน

อย่างไรก็ตามการปรับปรุงกฎหมายอาญาสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวที่ผ่านมา นั้น ส่วนมากเน้นไปที่การกระทำที่เป็นความผิดและการลงโทษอาชญากร เช่น การบัญญัติเพิ่มการกระทำบางอย่างให้เป็นความผิดทางอาญา เนื่องจากพฤติกรรมนั้นได้ปรากฏขึ้นและมีผลกระทบต่อสังคม แต่กฎหมายยังไม่ได้บัญญัติให้เป็นความผิด หรือมีการเพิ่มโทษสูงขึ้นต่อฐานความผิด

⁶² สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, กระทรวงยุติธรรม, อัยการประชาชนสูงสุด, ศาลประชาชนสูงสุด, กระทรวงป้องกันความสงบ, แผนแม่บทเกี่ยวกับการพัฒนารัฐแห่งกฎหมายของประเทศลาว จากปัจจุบันถึง ค.ศ.2020 (เวียงจันทน์: พี. ดี. เอส. การพิมพ์, 2553), หน้า 2.

บางประเภททั้งโทษจำคุกและโทษปรับ แต่กฎหมายไม่ได้เน้นที่ตัวผู้เสียหายว่าจะได้รับการเยียวยาอย่างไร ทำให้ผู้เสียหายได้สิทธิเฉพาะค่าตัดสินจากศาลว่าจะลงโทษจำคุกจำเลยกี่ปี ปรับเงินเป็นจำนวนเท่าใด แต่เงินที่ได้จากโทษปรับนั้นเข้าเป็นเงินหลวง ผู้เสียหายไม่ได้รับค่าสินไหมทดแทนในส่วนอันพึงจะได้ นั่น ดังนั้น แม้จะมีการปรับปรุงกฎหมายอาญาอยู่หลายครั้ง แต่ก็ไม่ได้ทำให้การฟื้นฟูสิทธิประโยชน์ของรัฐและของพลเมืองที่ถูกละเมิดหรือสูญเสียไปนั้นได้รับผลในการเยียวยาเท่าที่ควร ทำให้สถิติคดีอาญาไม่สามารถบังคับคดีได้เป็นจำนวนมากในแต่ละปี โดยเฉพาะโทษปรับ และอีกประการหนึ่งนั้น กฎหมายอาญาของลาวยังมีข้อจำกัดในการให้สิทธิแก่ผู้เสียหายในการแสดงเจตนาของตนต่อผู้กระทำความผิด เนื่องจากระบบกฎหมายสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวให้อำนาจแก่พนักงานอัยการเพียงฝ่ายเดียว ที่มีอำนาจสั่งฟ้องผู้ต้องหาขึ้นสู่ศาล แม้แต่การกระทำความผิดที่จำเป็นต้องมีคำฟ้องร้องของผู้เสียหาย หรือที่เรียกว่าความผิดอันยอมความได้นั้น ผู้เสียหายก็ไม่สามารถฟ้องร้องคดีขึ้นศาลโดยตรงได้เลย⁶³ จะฟ้องร้องได้แต่เพียงยื่นคำร้องต่อพนักงานอัยการ

การกระทำอันจะเป็นการกระทำความผิดทางอาญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวได้นั้น ต้องมีองค์ประกอบของการกระทำความผิดทางอาญาอย่างครบถ้วน 4 ประการคือ

1. ด้านวัตถุประสงค์ของการกระทำความผิด (ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดนั้น)
2. ด้านภาวะวิสัยของการกระทำความผิด (องค์ประกอบภายนอกของการกระทำความผิด)
3. ด้านอัตวิสัย ของการกระทำความผิด (องค์ประกอบภายในของการกระทำความผิด)
4. ด้านเจ้ากรรมของการกระทำความผิด (ใครเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดนั้น)

สำหรับความผิดเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำชำเราเด็ก ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยอาญา ฉบับปรับปรุง ค.ศ.2012 หมวดที่ 6 ว่าด้วยการกระทำความผิดสายฝัวเมียครอบครัว และยึดครองประเพณี มาตรา 128 เรื่องการข่มขืนกระทำชำเราและมาตรา 129

⁶³ มาตรา 44 แห่งกฎหมายว่าด้วยองค์การอัยการประชาชนแห่งชาติลาว

3.2.1.1 ความหมายและเกณฑ์อายุของ“เด็ก” ในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว⁶⁴

ความหมายทั่วไป เด็ก หมายความว่า บุคคลที่เกิดใหม่ไม่นาน ยังไม่ทันมีความรอบรู้ หรือเป็นผู้ที่ยังรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ซึ่งการดำรงชีวิตของเด็กในสังคมนั้น ยังต้องพึ่งพาอาศัยพ่อแม่ พี่ชาย พี่สาว หรือผู้ปกครองเป็นผู้ดูแลเลี้ยงดูและให้การศึกษาอบรม

ความหมายทางด้านกฎหมาย เด็ก หมายความว่า บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า สิบแปด ปี จากความหมายทางด้านกฎหมายนี้ จึงเห็นได้ว่า เด็กเป็นบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ หรือบุคคลที่มีความสามารถทางด้านความประพฤติยังไม่เต็มส่วน (เป็นบุคคลที่กฎหมายจำกัดเรื่องความสามารถไว้) ซึ่งมีอายุตั้งแต่ สิบแปดปีลงไป โดยพิจารณาตามความเจริญเติบโตทางด้านชีววิทยาของเด็ก (ทางด้านการแพทย์) ระดับความรู้เกี่ยวกับโลก การรู้ความหมายของการกระทำของตนเอง และจุดพิเศษของกฎหมายสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวแต่ละฉบับ ได้กำหนดการเกษียณอายุทางกฎหมาย (สิทธิหรือความรับผิดชอบตามกฎหมาย) ของเด็กออก ดังนี้

กฎหมายแพ่ง กฎหมายครอบครัว กฎหมายในเขตเศรษฐกิจ ได้กำหนดเกษียณอายุทางกฎหมาย (สิทธิหรือความรับผิดชอบตามกฎหมาย) ของบุคคลไว้ ได้แก่ บุคคลที่มีอายุ 18 ปีขึ้นไป เช่น ตามกฎหมายครอบครัว การสมรสระหว่างชายและหญิงจะกระทำได้เมื่อมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์⁶⁵

กฎหมายอาญา เป็นกฎหมายที่มีความพิเศษ สำหรับเรื่องเกษียณอายุทางอาญา (ความรับผิดชอบตามกฎหมายอาญา) หรือเจ้ากรรมทางอาญา (ผู้กระทำความผิดอาญา) คือ บุคคลที่มีอายุ ตั้งแต่ สิบห้า ปีบริบูรณ์ขึ้นไป ดังนั้น คำว่า “เด็ก” จึงพิจารณาจากความหมายของการกระทำความผิดในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ในที่นี้ หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี ลงมาแต่ไม่ต่ำกว่าสิบสองปี

⁶⁴ คำไผ่ สิริโล, นักศึกษาปริญญาโทด้านกฎหมาย สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และอาจารย์สอนกฎหมายระดับปริญญาตรี วิชากฎหมายว่าด้วยองค์การอัยการประชาชนและวิชากฎหมายว่าด้วยศาลประชาชน วิทยาลัยกฎหมาย สังกัดสถาบันยุติธรรม แห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, 12 พฤษภาคม 2558, สัมภาษณ์.; เข่งคำ ด้ายพิมพ์, นักศึกษาปริญญาโทด้านกฎหมาย สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และอาจารย์สอนกฎหมายระดับปริญญาตรี วิชากฎหมายว่าด้วยกรรมสิทธิ์ วิทยาลัยกฎหมาย สังกัดสถาบันยุติธรรม (สาขาภาคใต้ แขวงสะหวันนะเขต) แห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, 12 พฤษภาคม 2558, สัมภาษณ์.

⁶⁵ กฎหมายว่าด้วยการปกป้องสิทธิและผลประโยชน์ของเด็ก ฉบับเลขที่ 05/สพข. (สภาแห่งชาติลาว) ลงวันที่ 27 ธันวาคม 2006

3.2.1.2 กฎหมายอาญาว่าด้วยเรื่อง การข่มขืนกระทำชำเราของสาธารณรัฐ ประชาธิปไตยประชาชนลาว⁶⁶

สำหรับความผิดเรื่องการข่มขืนกระทำชำเรา ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยอาญา ฉบับปรับปรุง ค.ศ.2012 หมวดที่ 6 ว่าด้วยการกระทำความผิดสายฟัวเมีย ครอบครอง และยึดครอง ประเพณี มาตรา 128 เรื่องการข่มขืนกระทำชำเรา⁶⁷ ดังนี้

กฎหมายอาญา ฉบับปรับปรุง ค.ศ.2012 มาตรา 128 เรื่องการข่มขืนกระทำชำเรา บัญญัติว่า

บุคคลผู้ใดหากได้ใช้กำลัง, ใช้อาวุธข่มขู่, ใช้ยาเสพติด, ใช้สิ่งมีพิษ หรือใช้วิธีอื่นๆ ที่ทำให้ผู้หญิงตกอยู่ในสภาพไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้ เพื่อกำหนดกระทำชำเราด้วยการข่มขืนใจหญิงที่ไม่ใช่เมียของตน จะถูกลงโทษจำคุก ตั้งแต่สามปีถึงห้าปีและปรับตั้งแต่หนึ่งล้านกีบถึงห้าล้านกีบ (สี่พันบาทถึง สองหมื่นบาท)

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดหากได้กระทำชำเราผู้หญิงที่อายุตั้งแต่ สิบห้าปีถึงสิบแปดปี ที่อยู่ในความคุ้มครองดูแลของตน หรือในการรักษา ของตน จะถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่สองล้านกีบถึง สิบล้านกีบ (แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท)

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิด หากได้ข่มขืนกระทำชำเราด้วยการรุม โทรม, ข่มขืนกระทำชำเราเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี, ได้ทำร้ายร่างกาย ผู้หญิงในเวลาข่มขืน หรือทำให้ผู้หญิงนั้นพิการตลอดชีวิต หรือเสียชีวิต จะ ถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงสิบห้าปีและปรับตั้งแต่ห้าล้านกีบถึงสิบห้า ล้านกีบ (สองหมื่นบาทถึงหกหมื่นบาท)

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิด หากได้ข่มขืนกระทำชำเรา แล้วได้ฆ่า ผู้หญิงนั้นทั้ง จะถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สิบ ล้านกีบถึงยี่สิบล้านกีบ (สี่หมื่นบาทถึงแปดหมื่นบาท) หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต

⁶⁶ นวลคำ ชุมพลภักดี และสุนิดา จันทะลม, **ตัวบทกฎหมายการข่มขืนกระทำชำเรา** (ภาค นิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยแห่งชาติ สาธารณรัฐ ประชาธิปไตยประชาชนลาว, 2553), หน้า 1-8.

⁶⁷ สภาแห่งชาติสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, *เรื่องเดิม*.

ความพยายามกระทำความผิด ก็จะถูกลงโทษ⁶⁸

1) ความหมายของคำว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา”

คำว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” ตามกฎหมายอาญา แห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้กำหนดไว้ในกฎหมายอาญาคณะเฉพาะว่า เป็นการกระทำความผิดทางอาญา “การข่มขืนกระทำชำเรา” เป็นการใช้กำลัง ใช้อาวุธข่มขู่ ใช้สิ่งมีนเมา หรือ ใช้วิธีอื่นๆ เพื่อกระทำชำเราด้วยการขึ้นใจผู้หญิงที่ไม่ใช่ภริยาของตนเองที่ผิดต่อกฎหมายอาญา เพราะฉะนั้น พฤติกรรมการข่มขืนกระทำชำเราดังกล่าว เป็นการกระทำความผิดที่ได้กระทบถึงสิทธิที่ไม่มีใครที่จะล่วงละเมิดต่อหญิงผู้นั้นได้ กล่าวคือ ละเมิดทางด้านร่างกาย ได้แก่อวัยวะเพศ สุขภาพ ชีวิตของผู้หญิง ตลอดจนได้กระทบ ถึงศักดิ์ศรี ชื่อเสียง และเสรีภาพทางเพศของผู้หญิงนั้นด้วย รวมไปถึงการกระทบความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมความสงบสุขของบ้านเมือง และ จารีตประเพณีอันดีงามของชาติ

⁶⁸ Article 128. Rape

“Any person using force, armed threats, drugs or other [substances], or other means to place a woman in a state of helplessness in order to have sexual intercourse with the woman against her will, where such woman is not [the offender’s] spouse, shall be punished by three to five years of imprisonment and shall be fined from 1,000,000 Kip to 5,000,000 Kip.

Where the victim of such rape is a woman between fifteen and eighteen years of age, a woman dependent upon the offender's care, or a patient of the offender, the offender shall be punished by five to ten years of imprisonment and shall be fined from 2,000,000 Kip to 10,000,000 Kip.

In the event of multiple rape³⁸, rape of girls under fifteen years of age, battery during rape or a rape resulting in the victim becoming an invalid or dying, the offender shall be punished by seven to fifteen years of imprisonment and shall be fined from 5,000,000 Kip to 15,000,000 Kip.

Where the offender rapes the victim and then murders the victim, such offender shall be punished by fifteen to twenty years of imprisonment and shall be fined from 10,000,000 Kip to 20,000,000 Kip. Furthermore, such person may be sentenced to life imprisonment or subject to the death penalty.

Any attempt to commit such an offence shall also be punished.”

คำว่า การข่มขืนกระทำชำเรา ต้องแยกออกมาเป็นสองส่วนคือ “การข่มขืน” แปลว่า การปลุกปล้ำ และ คำว่า “กระทำชำเรา” แปลว่า การร่วมเพศ การข่มขืนกระทำชำเราเป็นรูปแบบหนึ่งของการทำร้ายร่างกาย จุดประสงค์ของการกระทำนี้ก็เพื่อให้ได้มาถึงการมีเพศสัมพันธ์กับผู้หญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาของตน โดยที่ผู้หญิงนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมและเต็มใจในกิจกรรมทางเพศนั้นตามกฎหมายอาญาของลาว ได้กล่าวไว้ว่า การข่มขืนกระทำชำเราเป็นการใช้กำลัง ใช้อาวุธข่มขู่ ใช้ยาเสพติด ใช้สิ่งมีพิษ หรือใช้วิธีการอื่นๆ ที่ทำให้ผู้หญิงตกอยู่ในสภาพที่ไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้ เพื่อชำเราหรือร่วมเพศกับผู้หญิงนั้นด้วยการฝ่าใจของผู้หญิงที่ไม่ใช่ภริยาของตน

บางทฤษฎียังให้คำนิยามการข่มขืนกระทำชำเราอย่างชัดเจนว่า การข่มขืนกระทำชำเรา เป็นการที่ผู้ชายนำเอาอวัยวะเพศของตนเองสอดใส่ไปในช่องคลอดหรืออวัยวะเพศของผู้หญิงที่ไม่ใช่ภริยาของตน โดยที่ผู้หญิงนั้นไม่ยินยอม

2) ประเภทของ “การข่มขืนกระทำชำเรา”

ประเภทของการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอาญาลาวนั้น สามารถแยกออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ดังนี้

(1) การข่มขืนกระทำชำเราในขณะที่ผู้เสียหายยังมีสติ กล่าวคือ เป็นการข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้กำลัง หรือใช้อาวุธข่มขู่

(2) การข่มขืนกระทำชำเราในขณะที่ผู้เสียหายไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้ กล่าวคือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราโดยการใช้อาวุธข่มขู่หรือใช้สิ่งมีพิษ

แต่จากเนื้อหาในมาตรา 128 ของกฎหมายอาญาลาว สามารถแยกประเภทของการข่มขืน ได้ดังนี้

1. การข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้กำลัง⁶⁹

เป็นการใช้ความรุนแรง เช่น การทุบตี การมัด ทำให้ผู้หญิงที่ไม่ใช่ภริยาของตนเองไม่สามารถต่อสู้ขัดขืนและช่วยเหลือตนเองได้ เพื่อปลุกปล้ำผู้หญิงนั้น ดังนั้น ในการต่อสู้เพื่อต่อต้านกับการใช้กำลังของผู้ชาย ย่อมมีร่องรอยการต่อสู้ที่ปรากฏให้เห็นบนร่างกายของผู้หญิงผู้ถูกข่มขืนหรือผู้ชายผู้กระทำความผิด เช่น รอยเล็บ รอยขีด รอยฉีกขาดของเครื่องนุ่งห่ม เป็นต้น

2. การข่มขืนกระทำชำเราด้วยการใช้อาวุธข่มขู่

เป็นการใช้ปืน ระเบิด พธู มีด หรืออาวุธอื่นๆ เพื่อข่มขู่ผู้หญิงที่ไม่ใช่ภริยาของตนทำให้ผู้หญิงหวาดกลัวหรือได้รับบาดเจ็บ ทำให้ต้องจำยอมร่วมเพศด้วย การที่ผู้หญิงหวาดกลัว

⁶⁹ สรีระพัย, การข่มขืนกระทำชำเราหญิง (เวียงจันทน์: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกฎหมาย สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, ม.ป.ป.), หน้า 4-10.

และแสดงออกถึงความยินยอมให้ร่วมเพศนั้น ถือว่าเป็นความยินยอมโดยสมัครใจ บางครั้งในกรณีนี้อาจทำให้ผู้หญิงได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือพิการหรือ เสียชีวิต ด้วยการใช้ความรุนแรงของผู้ชาย

3. การข่มขืนกระทำชำเราด้วยการใช้สิ่งมีนเมา

เป็นการนำเอาสิ่งมีนเมา เช่น เหล้า เบียร์ หรือเครื่องดื่มประเภทมีนเมาอื่นๆ ให้ผู้หญิงที่ไม่ใช่ภริยาของตนเองดื่ม เพื่อให้สับสนร่างกายผู้หญิงนั้นอ่อนแอ ไม่สามารถคุมสติและไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ และใช้โอกาสในเวลาที่ยังสับสนมีนเมาข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงนั้น การที่ผู้หญิงนั้นไม่สามารถคุมสติและไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ในขณะที่มีเพศสัมพันธ์ ถือว่าผู้หญิงนั้นไม่ได้ให้ความยินยอม

4. การข่มขืนกระทำชำเราด้วยการใช้ยาเสพติด

ผู้กระทำความผิดได้ใช้ยาประเภทออกฤทธิ์ต่อระบบประสาท เช่น ยาสลบยานอนหลับ ยาปลุกอารมณ์ทางเพศ เป็นต้น โดยใส่ในอาหารหรือน้ำให้ผู้หญิงนั้นรับประทาน หรือให้สูดดมหรือฉีดเข้าไปในเส้นเลือดหรือกล้ามเนื้อของผู้หญิง ทำให้ผู้หญิงนั้นหมดสติและไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ แล้วจึงทำการร่วมเพศด้วยการฉ้อฉล ถือว่าผู้หญิงนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมในขณะที่มีเพศสัมพันธ์นั้น

5. การข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงที่มีอายุตั้งแต่ สิบห้า ปี สิบแปดปี

ผู้หญิงที่มีอายุตั้งแต่ สิบห้า ปี ถึง สิบแปด ปี ที่เรียกกันว่า “วัยรุ่น” นั้น เด็กในวัยนี้ สุขภาพร่างกายกำลังขยายตัวและมีการเปลี่ยนแปลงรวมไปถึงทางด้านการพฤติกรรมต่างๆ ในการใช้ชีวิตที่เปลี่ยนไปจากวัยเด็ก แต่อย่างไรก็ตาม ความสามารถในการป้องกันดูแลตัวเองยังมีไม่มากอยู่ ถ้าหากถูกข่มขืนกระทำชำเรา จะส่งผลกระทบที่ไม่ดี ทั้งทางด้านร่างกาย เพศ สุขภาพ และผลกระทบต่อด้านจิตใจ รวมไปถึงเกียรติศักดิ์ศรีของเด็กนั้นด้วย

นอกจากการกำหนดอายุเด็กที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 128 นี้แล้ว กฎหมายอื่นๆ ของลาว เช่น กฎหมายแรงงาน ก็ได้กำหนดอายุผู้ใช้แรงงานเป็นสิบแปดปีขึ้นไป และ กฎหมายครอบครัวได้กำหนดอายุของหญิงและชาย ต้องมีอายุ สิบแปด ปี ขึ้นไป จึงสามารถแต่งงานกันได้ เพื่อเป็นการปกป้องสิทธิมนุษยชน ปกป้องรักษาชีวิตและสุขภาพของเด็กนั้น

6. การข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงที่อยู่ในการคุ้มครองดูแลของตน

ผู้หญิงที่ถูกข่มขืนนั้นขาดที่อยู่อาศัย เนื่องจากพ่อแม่ได้เสียชีวิตหมด หรือพ่อแม่ลำบากยากจน หรือพ่อแม่ของผู้หญิงที่ถูกข่มขืนนั้น ถูกศาลตัดสินลงโทษตัดสิทธิความเป็นพ่อแม่ ทำให้ผู้หญิงที่ถูกข่มขืนนั้นอาจเป็นญาติสายตรงหรือญาติสายอ้อมกับผู้ดูแลก็ได้ หรือเป็นกรณีผู้รับบุตรบุญธรรมข่มขืนบุตรบุญธรรมก็ได้ หรือกรณีที่ผู้หญิงที่ถูกข่มขืนนั้น เป็นผู้ใช้แรงงานหรือเป็นคนมารับใช้ในบ้าน ซึ่งชีวิตการเป็นอยู่ตกอยู่ภายใต้บังคับของผู้กระทำความผิดเป็นผู้คุ้มครองดูแล การข่มขืนกระทำชำเราในกรณีนี้ อาจใช้กำลังหรือด้วยวิธีอื่นๆ เพื่อบังคับข่มขืนให้หญิงที่อยู่ในการคุ้มครอง

ของตนหวาดกลัวและยินยอมให้ร่วมเพศ ซึ่งแสดงออกถึงเจตนาอันชั่วร้ายของผู้กระทำความผิด และผู้กระทำความผิดจะเป็นผู้ที่มีภริยาแล้วหรือไม่มีภริยาก็ไม่สามารถนำมาเป็นข้ออ้างหลุดพ้นการกระทำความผิดได้

7. การข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงที่อยู่ในการรักษาของตน

ผู้กระทำความผิดในข้อนี้ หมายถึง ผู้ที่เป็นแพทย์หลวงหรือหมอยาพื้นเมืองที่มีหน้าที่ให้การรักษาสุขภาพผู้ป่วยที่อยู่ในคลินิกหรือโรงพยาบาล แต่กลับใช้การรักษานั้นเป็นช่องทางเพื่อได้มีโอกาสกระทำชำเรากับผู้ป่วยผู้หญิงที่มาปรึกษาในขณะที่หญิงนั้นหมดสติและไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้ในขณะนั้น จึงเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากไม่ได้รับความยินยอมจากหญิงนั้น

8. การข่มขืนกระทำชำเราด้วยการรุมโทรมกัน

การที่ผู้ชายจำนวนนับตั้งแต่สองคนขึ้นไป ใช้กำลัง หรือใช้อาวุธ หรือใช้ยาสลบหรือสิ่งมีพิษมา เพื่อเป็นการบังคับข่มขู่ ทำให้ผู้หญิงตกอยู่ในสภาพไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ และผลัดเปลี่ยนกันกระทำชำเรากับผู้หญิงนั้นเพียงคนเดียว แสดงให้เห็นถึงมีการสมรู้ร่วมคิดร่วมกันของผู้ชาย ซึ่งส่งผลถึงระดับความเป็นอันตรายที่ร้ายแรงอย่างมากต่อผู้หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราและต่อสังคม

9. การข่มขืนกระทำชำเราเด็กต่ำกว่าสิบห้าปี

เด็กในวัยนี้ สุขภาพร่างกายยังเจริญเติบโตไม่เต็มที่ รวมไปถึงทางด้านการพัฒนาต่าง ๆ ในการใช้ชีวิต ยังอยู่ในช่วงที่ต้องอยู่ภายใต้การอบรมดูแลจากพ่อแม่ผู้ปกครองอยู่ความสามารถในการป้องกันดูแลตัวเองยังอยู่ในขั้นต่ำ ถ้าหากถูกข่มขืนกระทำชำเรา จะส่งผลกระทบต่อทั้งทางด้านร่างกาย เพศ สุขภาพ และผลกระทบต่อด้านจิตใจ เกียรติศักดิ์ศรี รวมไปถึงอนาคตทางการศึกษาและการใช้ชีวิตของเด็กนั้นด้วย

เพื่อปกป้องสิทธิมนุษยชนและเป็นการคุ้มครองเด็ก กฎหมายหลายแขนงจึงให้การคุ้มครอง เช่น กฎหมายแรงงานได้กำหนดว่า ห้ามใช้แรงงานเด็กอายุต่ำกว่า สิบห้า ปี หรือกฎหมายครอบครัว ได้กำหนดอายุการแต่งงานของชายและหญิง สิบแปดปีขึ้นไป ฉะนั้น การข่มขืนกระทำชำเราเด็กที่มีอายุต่ำกว่า สิบห้าปี จะถือว่าผู้กระทำความผิดมากกว่าผู้ที่มีอายุ สิบห้า ปี ขึ้นไป

10. ผู้กระทำความผิดได้ทำร้ายร่างกายผู้หญิงในเวลาข่มขืนกระทำชำเรา

เป็นการข่มขืนกระทำชำเราที่ได้ใช้กำลัง หรือใช้อาวุธ หรือใช้ยาเคมี หรือสิ่งมีพิษและอื่นๆ ในกรณีนี้ผู้หญิงอาจใช้กำลังของตนเองต่อสู้ขัดขืนต่อการใช้กำลังของผู้ชายนั้นหมายความว่า การใช้กำลังของผู้ชายนั้นกระทำเพื่อให้ผู้หญิงยินยอมร่วมเพศ ส่วนการต่อสู้ของผู้หญิงกระทำเพื่อป้องกันไม่ให้มีการร่วมเพศ ดังนั้น จึงเป็นได้ทั้งกรณีที่ผู้หญิงถูกทำร้ายจนได้รับบาดเจ็บและถูกข่มขืนกระทำชำเราในเวลาต่อมา หรือเป็นกรณีภายหลังผู้กระทำความผิดได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิง

สำเร็จแล้ว แต่ได้ใช้กำลังทุบตี หรือใช้อาวุธชนิดต่างๆ ทำร้ายร่างกายผู้หญิงผู้ถูกข่มขืนจนได้รับบาดเจ็บ เพื่อเป็นการข่มขู่ทำให้ผู้หญิงหวาดกลัวและไม่ให้ไปแจ้งความดำเนินคดีต่อเจ้าหน้าที่ จะถือว่าผู้หญิงถูกทำร้ายร่างกายในเวลาข่มขืนกระทำชำเราทั้งสองกรณี

11. ผู้กระทำความผิดทำร้ายร่างกายผู้หญิงในเวลาข่มขืนกระทำชำเราและทำให้ผู้หญิงพิการตลอดชีวิต ผู้ชายผู้ข่มขืนกระทำชำเรา ได้ใช้กำลังหรือใช้อาวุธทำร้ายร่างกายผู้หญิงในขณะที่ข่มขืนกระทำชำเราเมื่อผู้หญิงไม่ยินยอมให้ร่วมเพศ หรือหลังจากการร่วมเพศแล้ว ผู้ชายเกิดความหวาดกลัวว่า ผู้หญิงที่ถูกข่มขืนไปแจ้งความต่อเจ้าหน้าที่ ฉะนั้นจึงทำร้ายร่างกายผู้หญิงนั้น และการทำร้ายร่างกายดังกล่าว เป็นสาเหตุให้ ผู้หญิงนั้นพิการตลอดชีวิต เช่น ตาบอด แขนหรือขาขาด สูญเสียระบบการฟัง หรือส่วนอื่นๆ ของร่างกายได้รับทุพพลภาพ

12. ผู้กระทำความผิดทำร้ายร่างกายผู้หญิงในเวลาข่มขืนกระทำชำเราและทำให้ผู้หญิงเสียชีวิต ในช่วงก่อนหรือหลังการกระทำชำเราผู้หญิงนั้น ผู้ชายได้ใช้กำลังหรือใช้อาวุธ ทำร้ายร่างกายผู้หญิง โดยใช้ความรุนแรงดังกล่าวนั้น ได้ทำให้ผู้หญิงที่ถูกข่มขืนได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือเสียชีวิต เช่น ผู้ชายเอาปืนจี้หน้าผากผู้หญิงในช่วงก่อนหรือหลังการกระทำชำเราผู้หญิงนั้นก็ตาม และผู้หญิงต่อสู้ขัดขืน จึงทำให้ปืนลั่นใส่ผู้หญิงที่ถูกข่มขืนเสียชีวิต

ในบางกรณีอาจทำให้ผู้ชายที่เป็นผู้ข่มขืนนั้นบาดเจ็บหรือเสียชีวิตได้เหมือนกัน โดยผู้หญิงก็ใช้อาวุธที่มีอยู่ข้างกายเพื่อต่อสู้ให้หลุดพ้นจากการข่มขืนกระทำชำเรานั้น แต่แม้ว่าผู้ชายจะได้รับบาดเจ็บ หรือเสียชีวิตก็ตาม กฎหมายอาญาไม่ถือว่าผู้หญิงเป็นผู้มีความผิดทางอาญา เพราะว่าเป็นการป้องกันตัว เนื่องจากการข่มขืนกระทำชำเรา กฎหมายอนุญาตให้ผู้หญิงป้องกันตัวได้ทุกรูปแบบโดยไม่ถือว่าเกินกว่าเหตุ

13. ผู้กระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราแล้วฆ่าผู้หญิงทั้ง⁷⁰

ผู้กระทำความผิดได้ก่ออาชญากรรมอย่างรุนแรง กล่าวคือ ภายหลังที่ข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงสำเร็จแล้ว แต่ผู้กระทำความผิดเกิดความหวาดกลัวว่า ผู้หญิงที่ถูกข่มขืนจะมีความอาฆาตและหาทางกลับมาทำร้ายตนอีก หรือกลัวว่าผู้หญิงที่ถูกข่มขืนจะไปแจ้งความต่อเจ้าหน้าที่หรือแจ้งความต่อเจ้าหน้าที่แล้วจึงกลัวที่จะต้องเสียเงินค่ารักษาจิตใจ (ค่าเสียหายทางจิตใจ) ให้พ่อแม่ผู้ถูกข่มขืนหรือชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ถูกข่มขืนเอง หรือหวาดกลัวผู้หญิงจะฟ้องร้อง และตนเองจะได้รับการรังเกียจหรือต่อต้านจากสังคม หรือกลัวถูกลงโทษจำคุก ดังนั้น จึงตัดสินใจฆ่าผู้หญิงทั้ง

3) องค์ประกอบความผิดในเรื่อง “การข่มขืนกระทำชำเรา”⁷¹

⁷⁰ กิสิน สิ้นพันงาม, **ประเภทของการข่มขืน กฎหมายอาญาลาว** (เวียงจันทน์: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกฎหมายแห่งชาติลาว, 2546), หน้า 18.

⁷¹ เกบุน ยดโชวิบุรณ์, **กฎหมายอาญาภาคเฉพาะ** (ม.ป.ท.: ม.ป.พ, 2528), หน้า 44-45.

องค์ประกอบความผิดในเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 128 แยกออกตามองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวได้ ดังนี้

(1) ด้านวัตถุประสงค์ของการกระทำความผิด (ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดนั้น)

วัตถุประสงค์ของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ สิทธิที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดทางเพศทางด้านร่างกาย สุขภาพ ชีวิต หรือเสรีภาพทางเพศของผู้หญิงนั้นถูกละเมิดโดยผู้ชายผู้กระทำความผิด และเป็นการละเมิดจารีตประเพณีอันดีงามของชาติ

(2) ด้านภาวะวิสัยของการกระทำความผิด (องค์ประกอบภายนอกของการกระทำความผิด)

ด้านภาวะวิสัยของการกระทำความผิด เป็นการกระทำความผิดอย่างตั้งหน้า (โดยเจตนา) เพื่อสำเร็จความใคร่ของผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ชาย โดยการใช้กำลัง ใช้อาวุธ ใช้อาเคมีหรือด้วยวิธีอื่นๆ โดยฝืนกับความสมัครใจของผู้หญิงที่ไม่ใช่ภริยาของตน

การใช้กำลัง อาจแสดงออกด้วยพฤติกรรมที่มีความรุนแรง เช่น การทุบตี ทรมาณ การกอดจูบ การปลุกปล้ำ การมัด การจี้ด้วยอาวุธ ส่วนการบังคับข่มขู่ อาจแสดงออกด้วยการใช้อาวุธข่มขู่ เช่น ใช้ปืน ใช้มีด ใช้พร้า ใช้จ้าว การทำให้ผู้หญิงไม่สามารถช่วยเหลือตนเองหรือป้องกันตนเองได้ แสดงออกด้วยการใช้อาเคมี ยาเสพติด เหล้า และสิ่งมีเมาอื่นๆ หรือแสดงออกด้วยการหลอกลวงให้ผู้หญิงเข้าใจผิดว่าเป็นสามีของตน หมายความว่า ผู้กระทำความผิดกระทำการใดๆ ด้วยวิธีการหลอกลวงให้ผู้หญิงเข้าใจผิดว่าเป็นสามีของตน เพื่อร่วมเพศกับภริยาของผู้อื่นในเวลาสามีของผู้หญิงไม่อยู่ การที่ผู้หญิงนั้นแสดงออกด้วยการหลงเชื่อว่าเป็นสามีของตนจึงยินยอมร่วมเพศนั้น ไม่ถือว่าเป็นการยินยอมโดยสมัครใจอย่างแท้จริง จึงถือว่าการข่มขืนกระทำชำเรา

ในกรณีที่ใช้ความรุนแรงข้างต้นนั้นเป็นสาเหตุให้ผู้หญิงได้รับบาดเจ็บหรือเสียชีวิต จะเป็นการกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นเสียชีวิตโดยไม่เจตนา หรือเป็นการฆาตกรรม แล้วแต่กรณี ตามสถานการณ์ที่เกิดการกระทำความผิดขึ้น ซึ่งการใช้ความรุนแรงส่วนมาก จะมีร่องรอยตามตนตัว (ร่างกาย) ของผู้หญิง และของผู้กระทำความผิด เช่น รอยขีด รอยเล็บ รอยฉีกขาดของเครื่องนุ่งห่ม เป็นต้น ปรากฏเป็นหลักฐานของการกระทำความผิด

หากเป็นการกระทำความผิดโดยเจตนาทางอ้อม ที่ผู้กระทำความผิดเพียงแต่สร้างเงื่อนไข ให้การบาดเจ็บหรือการเสียชีวิตของผู้หญิงนั้นเกิดขึ้น กล่าวคือ การข่มขืนนั้นเป็นสาเหตุให้ผู้หญิงได้รับบาดเจ็บหรือเสียชีวิต เช่น เอาหมอนหรือผ้ามาปิดจมูกหญิงขณะข่มขืนเพื่อไม่ให้หญิงนั้นตื่น แต่เป็นเหตุให้หญิงนั้นขาดอากาศหายใจจนเสียชีวิต แต่สำหรับกรณีเป็นการกระทำโดยเจตนาทางตรง ที่ผู้กระทำความผิดกระทำการอันเป็นการจงใจให้หญิงที่ถูกข่มขืนนั้นบาดเจ็บหรือ

เสียชีวิต กล่าวคือ การทำร้ายร่างกายหญิงนั้นเพื่อชิงทรัพย์และข่มขืน หรือการข่มขืนและฆ่าหญิงนั้น ทั้งเพื่ออำพรางคดี เป็นต้น

การข่มขืนกระทำชำเรา อาจจะทำต่อผู้หญิงโสด ผู้หญิงมีครอบครัว หรือ ผู้หญิงที่เคยได้ร่วมเพศมาแล้ว แต่หากว่าการร่วมเพศครั้งนี้เป็นการใช้ความรุนแรง หรือมีการกระทำที่เป็นการขืนใจหญิงนั้น และไม่ว่าผู้หญิงนั้นจะเป็นผู้หญิงที่มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ หรือผู้หญิงที่เป็นบุคคลวิกลจริต ก็ตาม ย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากกฎหมายอาญาได้ ปกป้องสิทธิและผลประโยชน์อันชอบธรรมของพลเมืองทุกคน จากรูปแบบวิธีการข่มขืนกระทำชำเรา ต่างๆ แต่อย่างไรก็ตาม ต้องให้เจ้าหน้าที่สืบสวนและสอบสวนได้ทำการตรวจสอบ หรือมีการตรวจร่างกายผู้เสียหายจากแพทย์ที่เกี่ยวข้อง และยืนยันว่าผู้เสียหายถูกข่มขืนกระทำชำเราจริง

เมื่อมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นแล้ว จะถือว่าการกระทำความผิดนั้น สำเร็จทันที แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะไม่ได้บรรลุถึงความตั้งใจของตนที่จะข่มขืนเพื่อสำเร็จความใคร่ของตนก็ตาม ดังนั้น ในคดีข่มขืนกระทำชำเรา จึงต้องได้นำผู้หญิงไปตรวจร่างกาย และยืนยันให้การถึงการมีเพศสัมพันธ์หรือการถูกข่มขืนโดยเร็วที่สุด ทั้งนี้มีเหตุการณ์เกิดขึ้น เพื่อเป็นหลักฐานของการกระทำความผิดนั้น

แต่ก็ควรศึกษาเพิ่มเติม เกี่ยวกับความยินยอมโดยทางอ้อมของผู้หญิง ด้วย กล่าวคือ การที่ผู้หญิงแสดงออกด้วยการยินยอมไปกับผู้กระทำความผิด ทั้งที่รู้หรืออาจคาดคะเนล่วงหน้าได้ว่า จะต้องมีการมีเพศสัมพันธ์หรือมีการข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้น เช่น การไปกับผู้ชายสองต่อสอง หรือการไปกับผู้ชายหลายคน โดยไปสถานที่เปลี่ยว ที่ลับ ที่ทึบ ในเวลากลางคืน ดังนั้น ไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะมีเจตนาทางตรงหรือทางอ้อมที่จะกระทำความผิดก็ตาม ถ้ามีการแสดงออกถึงความยินยอมของฝ่ายหญิงแล้วนั้น จะถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้ เพราะไม่ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนใจแต่อย่างใด

(3) ด้านอัตวิสัย ของการกระทำความผิด (องค์ประกอบภายในของการกระทำความผิด)

การข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำที่ผู้กระทำความผิดมีการกระทำโดยเจตนา และใช้ความพยายามในระดับสูงอย่างมากพอสมควร โดยมีเจตนาที่แสดงออกอย่างชัดเจนในการใช้กำลัง ใช้อาวุธ หรือเคมี บังคับข่มขู่ให้ผู้หญิงยินยอมร่วมเพศกับตน โดยเป็นการกระทำเพื่อระบายตัณหาหรือเพื่อสำเร็จความใคร่ของตน ซึ่งผู้กระทำความผิดย่อมรู้อยู่แล้วว่าการกระทำความผิดดังกล่าว นั้น เป็นการกระทำที่ไม่พึงปรารถนาอันสร้างผลสะท้อนที่ไม่ดีที่ไม่ควรในสังคม

(4) ด้านเจตกรรมของการกระทำความผิด (ผู้กระทำความผิด)

ผู้กระทำความผิดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีได้เฉพาะแต่ผู้ชายเท่านั้น คือ ผู้ชายที่มีสติสัมปชัญญะและจิตสำนึกสมบูรณ์ รู้ตัวชั่ว สามารถควบคุมพฤติกรรม

รวมถึงจิตใจของตนเองได้ และมีอายุตั้งแต่ สิบห้า ปีขึ้นไป และผู้เสียหายจะเป็นเพศหญิงเท่านั้น เว้นแต่ในกรณีที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ที่ผู้เสียหายอาจเป็นเด็กหญิงหรือเด็กชายที่มีอายุน้อยกว่า สิบห้า ปีก็ได้ แต่บางครั้งผู้หญิงก็สามารถเป็นเจ้ากรรมหรือเป็นผู้กระทำความผิดได้เช่นเดียวกัน เรียกว่า เจ้ากรรมพิเศษ แต่จะมีบทบาท เป็นตัวการผู้ร่วมกระทำความผิด เป็นผู้ยุยง หรือเป็นผู้สมรู้ร่วมคิด เท่านั้น

ตัวอย่างการแยกองค์ประกอบของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

นาย ก อายุ สิบเก้า ปี มีอาชีพทำนา อยู่บ้านคำสะหวาด เมืองไชยสถาน นครหลวงเวียงจันทน์ ได้เห็นนางสาว ข นอนอยู่เรือนคนเดียว นาย ก จึงได้เข้าไปกอดปล้ำนางสาว ข แล้วแก้เครื่องนุ่งห่มนางสาว ข ออก แล้วใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของนางสาว ข จนสำเร็จความใคร่ โดยที่นางสาว ข ไม่ได้ยินยอมต่อการร่วมเพศดังกล่าว

ด้านวัตถุประสงค์ของการกระทำความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเรา เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพทางเพศของนางสาว ข และ จารีตประเพณีอันดีงามของสังคมลาว

ด้านภาวะวิสัยของการกระทำความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเรา เป็นการฝืนใจนางสาว ข ด้วยการใช้กำลังของนาย ก

ด้านอติวิสัยของการกระทำความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเรา เป็นเจตนาของนาย ก เพื่อข่มขืนกระทำชำเรา นางสาว ข เพื่อสำเร็จความใคร่ของนาย ก ผู้กระทำ

ด้านเจ้ากรรมของการกระทำความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเรา นาย ก มีอายุสิบเก้า ปี ถือเป็นคนบุคลิกที่มีความสามารถทางกฎหมายหรือบรรลุนิติภาวะแล้วตามกฎหมายลาว ประกอบกับ นาย ก ไม่เป็นคนบุคลิกลujurit เมื่อเป็นผู้กระทำความผิดจึงต้องได้รับโทษ

4) การลงโทษในเรื่อง “การข่มขืนกระทำชำเรา”

กฎหมายอาญาลาว ในมาตรา 128 ได้กำหนดโทษสำหรับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยได้แบ่งออกเป็นหลายระดับ ดังต่อไปนี้

กรณีข่มขืนกระทำชำเราโดยทั่วไป ตามประมวลกฎหมายอาญาลาว มาตรา 128 วรรคหนึ่ง กำหนดโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงห้าปี และปรับตั้งแต่หนึ่งล้านกีบถึงห้าล้านกีบ (สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท)

กรณีข่มขืนกระทำชำเราที่ต้องรับโทษหนักขึ้น แบ่งออกเป็น 3 กรณี คือ

(1) ตามประมวลกฎหมายอาญาลาว มาตรา 128 วรรคสอง เป็นกรณีที่ได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงที่มีอายุตั้งแต่ สิบห้า ปีถึง สิบแปด ปี ที่อยู่ในการเลี้ยงดูหรือดูแลของตน หรือข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงที่มีอายุตั้งแต่ สิบห้า ปีถึง สิบแปด ปี ที่เป็นคนป่วยในการดูแลของตนผู้

เป็นแพทย์ กำหนดโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองล้านกีบถึงสิบล้านกีบ (แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท)

(2) ตามประมวลกฎหมายอาญาลาว มาตรา 128 วรรคสาม เป็นการข่มขืนกระทำชำเราด้วยวิธีการรุมโทรม หรือข่มขืนกระทำชำเราเด็กที่มีอายุต่ำกว่า สิบห้า ปี หรือทำร้ายร่างกายผู้หญิงในขณะที่ข่มขืนกระทำชำเรา ทำให้ผู้หญิงได้รับบาดเจ็บ หรือกระทำการใดๆ จนเป็นเหตุให้ผู้หญิงนั้นพิการตลอดชีวิต หรือเสียชีวิต กำหนดโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่ห้าล้านกีบถึงสิบห้าล้านกีบ (สองหมื่นบาทถึงหกหมื่นบาท)

(3) ตามประมวลกฎหมายอาญาลาว มาตรา 128 วรรคสี่ เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา และภายหลังมีการฆ่าผู้หญิงผู้เสียหายนั้นทิ้ง กำหนดโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่ สิบล้านกีบถึงยี่สิบล้านกีบ (สี่หมื่นบาทถึงแปดหมื่นบาท) หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต แล้วแต่กรณี

การข่มขืนกระทำชำเราชำเรา ไม่ว่าจะใช้วิธีการข่มขืนกระทำชำเราในรูปแบบใดๆก็ตาม จะถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จแล้ว เมื่อผู้ชายเอาอวัยวะเพศของตนเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้หญิง ไม่ว่าจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ก็ตาม ในกรณีที่เป็นการพยายามข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากมีสาเหตุอื่นมาขัดขวาง เช่น มีบุคคลอื่นมาพบเห็นจึงเข้าช่วยเหลือผู้หญิงนั้น หรือได้ถอดเสื้อผ้าเครื่องนุ่งห่มของผู้หญิงนั้นออกหมดแล้ว แต่ผู้กระทำความผิดกลับใจไม่ข่มขืนกระทำชำเราต่อด้วยตนเองหรือมีการร้องขอวิงวอนจากผู้เสียหาย เป็นต้น ถือเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น แต่พฤติกรรมดังกล่าวก็มีความผิดทางอาญาเช่นเดียวกันเพราะกฎหมายมาตรา 128 วรรคห้า ได้กำหนดว่าการพยายามข่มขืนกระทำชำเราก็มมีความผิด

ตามประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มาตรา 128 วรรคห้า ได้บัญญัติว่า “ความพยายามกระทำความผิด ก็จะถูกลงโทษ” ซึ่งโทษที่ผู้กระทำความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรานั้น จะพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวมาตรา 42 ที่บัญญัติว่า “การลงโทษสำหรับการเตรียมการกระทำความผิด และการพยายามกระทำความผิดนั้น ให้คำนึงตามลักษณะการกระทำความผิดและระดับความเป็นอันตรายต่อสังคมนั้น ดูเจตนาในการกระทำความผิดและสาเหตุที่ทำให้การกระทำความผิดนั้นไม่สำเร็จ ศาลจะลงโทษต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้”

ดังนั้น การลงโทษต่อการพยายามกระทำความผิดอาญาสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เป็นดุลยพินิจของศาลที่พิจารณาและจะพิพากษาลงโทษต่ำกว่าที่กฎหมายนั้นกำหนดก็ได้ โดยพิจารณาจากลักษณะการกระทำความผิดและระดับความเป็นอันตรายที่เกิดจากการกระทำความผิดนั้นอันมีต่อสังคม รวมถึงพิจารณาเจตนาในการกระทำความผิดและสาเหตุที่ทำให้การกระทำความผิดนั้นไม่สำเร็จ

การข่มขืนกระทำชำเรา มีรูปแบบหลายประเภทแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับระดับความร้ายแรงของการกระทำว่าผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นเป็นอันตรายต่อผู้เสียหายและสังคมมากน้อยเพียงใด รวมไปถึงเจตนาของผู้กระทำความผิดว่าเป็นเจตนาทางตรงหรือทางอ้อม และเงื่อนไขต่างๆหรือแรงจูงใจที่ทำให้มีการกระทำผิดนั้นเกิดขึ้น นอกจากการลงโทษตามบทบัญญัติกฎหมายแล้ว ยังมีสาเหตุอื่นๆ ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นหรือลดพ้นความรับผิดชอบทางอาญา (ไม่ต้องรับโทษทางอาญา) อีกด้วย คือ

1. สาเหตุที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น เกี่ยวกับการกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีดังนี้

1) การข่มขืนกระทำชำเราได้แก่อายุแต่ สิบห้า ปี ถึง สิบแปด ปี ที่อยู่ในการคุ้มครองดูแลของตนหรือ อยู่ในการรักษาของตน

2) การข่มขืนกระทำชำเราด้วยการรุมโทรม หรือข่มขืนกระทำชำเราเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี และได้ทำร้ายร่างกายของผู้หญิง หรือ ทำให้ผู้หญิงพิการตลอดชีวิตหรือเสียชีวิต

3) ผู้กระทำความผิดเคยกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามาก่อนและกลับมากระทำความผิดฐานดังกล่าวอีกครั้ง (ไม่เช็ดหลาย)

4) การกระทำความผิดเนื่องจากผู้กระทำความผิดมีอาการเมามัว จากสิ่งมีเมา แอลกอฮอล์หรือสิ่งเสพติด ในเวลาข่มขืนกระทำชำเรา

5) การข่มขืนกระทำชำเราด้วยความโหดร้ายป่าเถื่อน เช่น ใช้มีดกรีดอวัยวะเพศผู้เสียหาย หรือ การข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะแบบประจานหน้าผู้เสียหาย เช่น หลังจากข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ผู้กระทำความผิด ได้ถอดเสื้อผ้าของผู้เสียหายออกหมดและนำผู้เสียหายไปปล่อยทิ้งไว้กลางทางเปลี่ยวหรือที่สาธารณะ เป็นต้น

รวมถึงกรณีข่มขืนกระทำชำเราและฆ่าผู้หญิงนั้น พร้อมทั้งเอาศพในสภาพเปลือยของผู้หญิงนั้น ไปไว้ในสถานที่สาธารณะ เป็นต้น

6) ผู้กระทำความผิดได้ให้การขัดทอดความผิดที่ตนกระทำนั้นใส่ผู้ที่ตนรู้ว่าเป็นผู้บริสุทธิ์

มาตรา 128 ได้กำหนดโทษสูงสุด คือประหารชีวิต ต่อผู้กระทำความผิดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ตาม แม้ศาลจะมีอำนาจที่จะตัดสินประหารชีวิตได้ แต่หากเป็นในกรณีที่ศาลพิพากษาลงโทษประหารชีวิต และคำพิพากษานั้นถึงที่สุดแล้ว ก่อนจะนำนักโทษไปรับโทษนั้น ต้องให้ศาลประชาชนสูงสุดตรวจตราความถูกต้องตามกฎหมายอีกครั้งหนึ่งเสียก่อน แต่ในความเป็นจริงนั้น ตลอดระยะที่ผ่านมาผู้กระทำความผิดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศาลยังไม่เคยตัดสินลงโทษประหารชีวิตสักครั้ง

2. สาเหตุที่ทำให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา (มีความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ)เกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีดังนี้

- 1) ผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี
- 2) ผู้กระทำความผิดรู้สึกสำนึกผิดด้วยความจริงใจ ได้มอบตัวต่อเจ้าหน้าที่เอง พร้อมทั้งรับสารภาพ และเปิดเผยวิธีการกระทำผิดของตนหรือของผู้อื่นที่ร่วมกระทำความผิดนั้นด้วย
- 3) ผู้กระทำความผิดได้มีคุณงามความดีต่อประเทศชาติ

3.2.1.3 กฎหมายอาญาว่าด้วยเรื่อง การกระทำชำเราเด็ก ของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว⁷²

สำหรับความผิดเรื่องการกระทำชำเราเด็ก ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยอาญาฉบับปรับปรุง ค.ศ.2012 หมวดที่ 6 ว่าด้วยการกระทำความผิดสายฝั้วเมีย ครอบครอง และยึดครองประเพณี มาตรา 129 เรื่องการกระทำชำเราเด็ก ดังนี้

กฎหมายอาญา ฉบับปรับปรุง ค.ศ.2012 มาตรา 129 เรื่องการกระทำชำเราเด็ก บัญญัติว่า

“บุคคลผู้ใด หากได้เสพสมกับเด็กหญิงหรือเด็กชาย ที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี จะถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี และปรับตั้งแต่สองล้านกีบถึงห้าล้านกีบ (แปดพันบาทถึงสองหมื่นบาท)”⁷³

- 1) ความหมายของคำว่า “การกระทำชำเรา”
“ทำชำเรา” หมายความว่า การร่วมเพศ
“การเสพสม” หมายความว่า การร่วมเพศหรือการมีเพศสัมพันธ์
- 2) องค์ประกอบความผิดในเรื่อง “การกระทำชำเราเด็ก”

⁷² สุดตา จอนมะนีจัน, **บทกฎหมายอาญา** (เวียงจันทน์: คณะนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยแห่งชาติ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, 2550).; สุดตา จอนมะนีจัน, **ตำราเรียนกฎหมายอาญา** (เวียงจันทน์: คณะนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยแห่งชาติ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, 2548).

⁷³ Article 129. Sexual Intercourse with a Child

“Any person engaging in sexual intercourse with a girl or boy under fifteen years of age shall be punished by one to five years of imprisonment and shall be fined from 2,000,000 Kip to 5,000,000 Kip.”

องค์ประกอบความผิดในเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 128 แยก
ออก ตามองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญาสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวได้ ดังนี้

(1) ด้านวัตถุประสงค์ของการกระทำความผิด (ความเสียหายที่เกิดขึ้น
จากการกระทำความผิดนั้น)

วัตถุประสงค์ของการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก คือ สิทธิที่จะ
ไม่ถูกล่วงละเมิด ทางเพศทางด้านร่างกาย สุขภาพ ชีวิต ของเด็กหญิงหรือเด็กชายที่มีอายุต่ำกว่า สิบ
ห้าปีนั้น การถูกละเมิดล่วงละเมิดทางเพศอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพกายและจิตประสาทของเด็กนั้น
เป็นการกระทำความผิดที่ต้องรับโทษหนักขึ้น แล้วแต่กรณี

(2) ด้านภาวะวิสัยของการกระทำความผิด (องค์ประกอบภายนอกของ
การกระทำความผิด)

ด้านภาวะของการกระทำความผิดนั้น คือการที่ผู้กระทำความผิดมีเพศสัมพันธ์
กับเด็กหญิงหรือเด็กชายที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี โดยแม้ว่าจะเป็นการสมัครใจถูกกระทำชำเราของเด็ก
นั้นก็ตาม ความยินยอมในกรณีที่ว่านี้ อาจเกิดจากการที่ผู้กระทำความผิดใช้คำพูดโน้มน้าวหรือหลอกลวง ให้
เด็กเชื่อและยินยอมร่วมเพศกับตน หรืออาจจะเป็นการยินยอมอันบริสุทธิ์ โดยไม่มีการหลอกลวงใดๆก็
ตาม แต่เนื่องจากความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ของเด็ก กฎหมายจึงให้การคุ้มครองเด็กเอาไว้ โดย
บุคคลที่มีเพศสัมพันธ์กับเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี ย่อมต้องรับโทษ

(3) ด้านอัตรวิสัย ของการกระทำความผิด (องค์ประกอบภายในของ
การกระทำความผิด)

ด้านอัตรวิสัยของการกระทำความผิดนั้น คือ ผู้กระทำความผิดมีเจตนา
ที่จะมีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงหรือเด็กชายที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี ซึ่งผู้กระทำความผิดได้รู้ถึงความ
เสียหายที่จะต้องเกิดขึ้นกับเด็กอันเกิดจากการกระทำดังกล่าว นั้น ได้แก่ การที่เด็กต้องได้รับความอับ
อาย ผลกระทบต่อสุขภาพกายและจิตประสาท รวมถึงอนาคตของเด็กนั้นด้วย

(4) ด้านเจ้ากรรมของการกระทำความผิด (ผู้กระทำความผิด)

ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 128 นี้ คือ บุคคลทั่วไปไม่ว่าจะเป็นเพศชาย
หรือหญิงก็ตาม ซึ่งเป็นผู้บรรลุนิติภาวะแล้ว กล่าวคือ มีอายุ สิบแปดปีขึ้นไป และเป็นผู้มี
สติสัมปชัญญะครบถ้วน ต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาตามมาตรา 128 นี้

3) การลงโทษในเรื่อง “การกระทำชำเราเด็ก”

โทษสำหรับความผิดเรื่อง การกระทำชำเราเด็ก คือ การกระทำชำเรา
เด็กหญิงหรือเด็กชายที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี กำหนดโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี และปรับตั้งแต่สอง
ล้านกีบถึงห้าล้านกีบ (แปดพันบาทถึงสองหมื่นบาท)

ในกรณีที่เป็นกรกระทำชำเราเด็กหญิงหรือเด็กชายที่มีอายุต่ำกว่า สิบสอง ปี แม้ว่าเด็กนั้นจะยินยอมก็ตาม ให้อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ว่าด้วยการปกป้องสิทธิและผลประโยชน์ของเด็ก ถือว่าการกระทำดังกล่าว เป็นความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 128 วรรคสาม อันเป็นกรณีกฎหมาย ปิด ปาก ที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น

สำหรับความผิดเรื่องการกระทำชำเราเด็กนั้น จะเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิด สามารถเป็นได้ทั้งเพศหญิงและเพศชาย โดยเป็นการกระทำที่เป็นการมีเพศสัมพันธ์กับ เด็กหญิงหรือเด็กชายที่อายุต่ำกว่า สิบห้า ปีบริบูรณ์ โดยเป็นความสมัครใจของเด็กเอง แต่กฎหมายให้ การคุ้มครองเด็กที่อายุต่ำกว่า สิบห้า ปีบริบูรณ์ เนื่องจากยังขาดวุฒิภาวะในการใช้ชีวิตในสังคม อาจถูกโน้มน้าวหรือล่อลวงได้ง่าย การมีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงหรือเด็กชายที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี บริบูรณ์จึงเป็นความผิดตามมาตรา

เนื่องจากความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงหรือเด็กชายที่อายุต่ำกว่า สิบ ห้าปีบริบูรณ์ โดยเป็นความสมัครใจของเด็กผู้เสียหายเอง ความผิดนี้จึงถือเป็นความผิดสำเร็จทันที เมื่อได้กระทำการอันใกล้ชิดกับผลแล้ว เช่น ผู้กระทำให้เด็กนอนที่เตียง หรือกำลังจะปลดเสื้อผ้าของ เด็กหรือของผู้กระทำออก เป็นต้น โดยจะสำเร็จความใคร่หรือไม่นั้น ไม่เป็นสาระสำคัญของการกระทำ ความผิด แต่หากเป็นกรณีที่การกระทำชำเรา นั้นไม่สำเร็จตามความตั้งใจของผู้กระทำ เนื่องจากมีเหตุ อื่นมาขวางไว้ และการกระทำยังไม่อยู่ในช่วงใกล้ชิดกับผลที่จะเกิดนั้น ซึ่งมาตรานี้ไม่ได้บัญญัติใน ความผิดฐานพยายามกระทำชำเราไว้ จึงต้องพิจารณาในเรื่อง การลงโทษสำหรับการพยายามกระทำ ความผิด โดยอาศัยดุลยพินิจศาลในการกำหนดโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐ ประชาธิปไตยประชาชนลาวมาตรา 42 เช่นเดียวกับความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

สำหรับข้อยกเว้นความผิดตามมาตรา 129 นั้น⁷⁴ คือ ต้องเป็นการกระทำ ชำเราเด็กหญิงหรือเด็กชายที่อายุต่ำกว่า สิบห้า ปีบริบูรณ์ โดยเด็กหญิงหรือเด็กชายนั้นต้องเป็นภริยา หรือสามีของตนเท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาตามกฎหมายครอบครัวของชาวลาวนั้น ได้กำหนดให้ชายและ

⁷⁴ คำไผ่ สิริโล, นักศึกษาปริญญาโทด้านกฎหมาย สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และ อาจารย์สอนกฎหมายระดับปริญญาตรี วิชากฎหมายว่าด้วยองค์การอัยการประชาชนและวิชา กฎหมายว่าด้วยศาลประชาชน วิทยาลัยกฎหมาย สังกัดสถาบันยุติธรรม แห่งสาธารณรัฐ ประชาธิปไตยประชาชนลาว, 15 พฤษภาคม 2558, สัมภาษณ์.; เข่งคำ ด้ายพิมพ์, นักศึกษาปริญญา โทด้านกฎหมาย สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และอาจารย์สอนกฎหมายระดับปริญญาตรี วิชา กฎหมายว่าด้วยกรรมสิทธิ์ วิทยาลัยกฎหมาย สังกัดสถาบันยุติธรรม (สาขาภาคใต้ แขวงสะหวันนะ เขต) แห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, 15 พฤษภาคม 2558, สัมภาษณ์.

หญิงที่จะทำการสมรสกันได้นั้น ต้องมีอายุ สิบแปด ปีบริบูรณ์ การสมรสดังกล่าวนี้ หมายถึงการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายเท่านั้น แต่หากมีกรณีจำเป็น เช่น ตั้งครรภ์ หรือกรณีเป็นบุตรคนโต ที่มีความจำเป็นต้องแต่งงานเนื่องจากพ่อแม่อายุมากแล้ว หรือไม่มีผู้ดูแลตนเอง เป็นต้น กฎหมายอนุโลมยอมรับให้จดทะเบียนสมรสก่อนอายุ สิบแปด ปีบริบูรณ์ได้ และถือว่าบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายว่าด้วยการสมรส แต่อย่างไรก็ตามชายและหญิงต้องมีอายุไม่ต่ำกว่าสิบห้าปีบริบูรณ์ แต่เนื่องจากในทางจารีตประเพณีของลาวนั้น การแต่งงานสามารถกระทำเมื่อชายและหญิงมีอายุเท่าใดก็ได้ ดังนั้น การชำระเด็กหญิงหรือเด็กชายที่อายุต่ำกว่า สิบห้าปีบริบูรณ์ ก็สามารถแต่งงานได้เช่นเดียวกัน แต่เป็นเพียงการแต่งงานที่ถูกต้องและได้รับการยอมรับตามจารีตประเพณีเท่านั้น กฎหมายครอบครัวไม่ยอมรับให้ทำการจดทะเบียนสมรสเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย หากจะทำการจดทะเบียนสมรสก็ต้องรอให้อายุครบ 15 ปีบริบูรณ์ก่อนโดยอ้างเหตุจำเป็น ถ้าไม่มีเหตุจำเป็นก็ต้องรอนอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์ก่อน แต่สำหรับข้อยกเว้นความผิดในเรื่องการกระทำชำเราเด็กหญิงหรือเด็กชายที่อายุต่ำกว่า สิบห้าปีบริบูรณ์ คือ เด็กหญิงหรือเด็กชายนั้นต้องเป็นภริยาหรือสามีของผู้กระทำความผิดนั้นอยู่ก่อนหรือในขณะที่กระทำความผิด ในที่นี้ คือการเป็นสามีภริยากันโดยถือตามความเป็นจริง ตามจารีตประเพณีที่ได้เข้าพิธีแต่งงานกัน โดยมีคนส่วนใหญ่รับรู้ว่ายายและหญิงนั้นเป็นสามีภริยากันแล้ว ไม่ได้ถือความเป็นสามีภริยากันตามกฎหมาย ดังนั้นแล้ว การกระทำชำเราเด็กหญิงหรือเด็กชายที่อายุต่ำกว่า สิบห้า ปีบริบูรณ์ ซึ่งเป็นภริยาหรือสามีของตนเองนั้น ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดตามมาตรา 15 แม้จะไม่ได้บัญญัติชัดแจ้งไว้ในกฎหมายก็ตาม

ในกรณีที่เป็นการกระทำชำเราเด็กหญิงที่มีอายุต่ำกว่า สิบห้าปีบริบูรณ์นั้น นอกจากจะเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาแล้ว ยังมีความผิดตามกฎหมายครอบครัว ที่กำหนดไว้ในภาค 2 เรื่องการหมั้นหมาย การสู่ขอและการแต่งงาน บัญญัติไว้ใน มาตรา 8 เรื่องการร่วมประเวณีก่อนแต่งงาน เนื่องจากขณะที่ผู้ชายผู้กระทำความผิดได้มีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงนั้น เด็กหญิงยังไม่ได้เป็นภรรยาของผู้กระทำความผิด หากได้มีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงแล้ว ต่อมาไม่ได้มีการแต่งงานเกิดขึ้น เนื่องจากผู้ชายผู้กระทำความผิดไม่ยอมรับเด็กหญิงนั้นเป็นภรรยา ผู้ชายผู้กระทำความผิดต้องทำพิธีทำขวัญชุดใช้คำรักษาทางจิตใจให้แก่เด็กหญิงนั้น รวมถึงให้แก่พ่อแม่ของเด็กหญิงนั้นด้วย แต่หากเป็นกรณีที่เด็กหญิงนั้นไม่รับผู้ชายผู้กระทำความผิดดังกล่าวเป็นสามี ผู้ชายผู้กระทำความผิดสามารถที่จะไม่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนใดๆ เลยให้แก่เด็กหญิงนั้นและครอบครัวได้ แต่ถึงอย่างไรก็ตาม ถ้าปรากฏว่าเด็กหญิงนั้นตั้งครรภ์จากการมีเพศสัมพันธ์ดังกล่าว ผู้ชายผู้กระทำความผิดยังคงต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่เด็กหญิงและพ่อแม่เด็กหญิงนั้น ต้องจ่ายค่าทำคลอดลูกที่เกิดมาและค่าใช้จ่ายอื่นๆ อันเกี่ยวกับการคลอดลูก รวมทั้งผู้ชายมีภาระหน้าที่ต้องจ่ายค่าเลี้ยงดูเด็กนั้นจนกว่าจะอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์ กล่าวคือ เมื่อเด็กนั้นบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่หากหลังจากที่ได้มีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงแล้วนั้น ผู้ชายผู้กระทำความผิดได้เข้ามาทำการสู่ขอเด็กหญิงนั้นแต่งงานเพื่อเลี้ยงดูเป็นภรรยาและ

เด็กหญิงนั้นยินยอมด้วย ผู้ชายผู้กระทำความผิดก็จะไม่มีความผิดตามมาตรา 128 แต่หากทำการขู่ขอ แต่งงานแล้วแต่เด็กหญิงนั้นไม่ยินยอมแต่งงานด้วย ผู้กระทำความผิดก็จะไม่มีความผิดตามมาตรา 128 เช่นกัน และกฎหมายครอบครัวให้สิทธิผู้กระทำความผิดที่ไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ เด็กหญิงและพ่อแม่ด้วย ซึ่งในกรณีเป็นการหลุดพ้นความผิด เรื่อง การร่วมประเวณีก่อนแต่งงาน ตาม กฎหมายครอบครัวของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวเท่านั้น ในทางความผิดทางอาญา สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวเรื่องกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า สิบห้าปีบริบูรณ์ ผู้กระทำความผิดยังคงต้องรับโทษอยู่ ส่วนการกระทำชำเราเด็กชายอายุต่ำกว่า สิบห้าปีบริบูรณ์นั้น จะเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาเพียงอย่างเดียว ไม่มีความผิดตามกฎหมายครอบครัว⁷⁵

จากการศึกษาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำชำเราเด็กทั้งสอง มาตรานั้น จะเห็นได้ว่าในความผิดเรื่องฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น ยังคงคุ้มครองเฉพาะผู้ถูกระทำที่เป็น เพศหญิงและผู้กระทำเป็นเพศชายเท่านั้น ยังไม่ได้มีการปรับปรุงที่จะคุ้มครองผู้ถูกระทำในทุก เพศอย่างเท่าเทียมซึ่งปัจจุบันมีโอกาสถูกข่มขืนกระทำชำเราด้วย ตามมาตรา 128 วรรคหนึ่ง หาก กรณีที่เด็กหญิงที่อายุไม่เกิน สิบห้า ปีถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยชายซึ่งไม่ใช่สามีของตน ผู้กระทำจะมี ความผิดตามมาตรา 128 วรรคสาม คือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน สิบห้า ปี แต่ จากการแยกองค์ประกอบความผิดในมาตรานี้จะเห็นได้ว่า กฎหมายอาญาของสาธารณรัฐ ประชาธิปไตยประชาชนลาวคุ้มครองเด็กที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราทั้งเด็กหญิงและเด็กชาย เนื่องจากได้ บัญญัติแค่เพียงว่า “ข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี” ไม่ได้บัญญัติชัดว่าเป็นเด็กหญิงหรือ เด็กชาย จึงเป็นกรณีที่ล่าวให้การคุ้มครองเพศของเด็กที่ถูกกระทำอย่างเท่าเทียมกัน เมื่อบัญญัติว่า เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กแล้ว จึงไม่ได้มีการบัญญัติในเรื่อง ความยินยอมของเด็กลงไป ในตัวบทอย่างชัดเจน เพราะองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 128 คือ การข่มขืนกระทำชำเรา ที่มีการ ฝ่าฝืนใจผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบหลักสำคัญของการกระทำความผิดอยู่แล้ว

สำหรับเรื่องความผิดฐานการกระทำชำเราเด็กนั้น กฎหมายอาญาของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวคุ้มครองทั้งเด็กหญิงและเด็กชายผู้ถูกระทำชำเราที่อายุต่ำ

⁷⁵ คำไผ่ สิริไธ, นักศึกษาปริญญาโทด้านกฎหมาย สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และ อาจารย์สอนกฎหมายระดับปริญญาตรี วิชากฎหมายว่าด้วยองค์การอัยการประชาชนและวิชา กฎหมายว่าด้วยศาลประชาชน วิทยาลัยกฎหมาย สังกัดสถาบันยุติธรรม แห่งสาธารณรัฐ ประชาธิปไตยประชาชนลาว, 15 พฤษภาคม 2558, สัมภาษณ์.; เข่งคำ ด้ายพิมพ์, นักศึกษาปริญญา โทด้านกฎหมาย สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และอาจารย์สอนกฎหมายระดับปริญญาตรี วิชา กฎหมายว่าด้วยกรรมสิทธิ์ วิทยาลัยกฎหมาย สังกัดสถาบันยุติธรรม (สาขาภาคใต้ แขวงสะหวันนะ เขต) แห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, 15 พฤษภาคม 2558, สัมภาษณ์.

กว่าสิบห้าปี อย่างเท่าเทียมกัน กฎหมายลาวไม่ได้บัญญัติคำว่า “การกระทำชำเราเด็ก” แต่ได้บัญญัติใช้คำว่า “เสพสมกับเด็ก” คำว่าเสพสมในที่นี้ หมายถึง การไปมีความสัมพันธ์ในทางชู้สาวกับเด็ก กล่าวคือการไปมีเพศสัมพันธ์กับผู้เสียหายที่เป็นเด็กหญิงหรือเด็กชายอายุต่ำกว่า สิบห้า ปี โดยเด็กนั้นยินยอม ไม่ได้มีการข่มขู่หรือใช้กำลังประทุษร้ายแต่อย่างใด ก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 129 ของกฎหมายอาญาลาวทันที องค์ประกอบความผิดในเรื่องอายุของเด็กผู้เสียหายขึ้นอยู่กับอายุของเด็กที่ถูกกระทำชำเราอายุต่ำกว่า 15 ปี แต่ไม่ได้คำนึงถึงอายุของผู้กระทำชำเราว่าต้องมีขั้นต่ำเท่าใด แต่อย่างไรก็ตามทั้งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำชำเราต่อเด็กนั้น เจตนารมณ์ของกฎหมายอาญาประเทศลาวได้ให้ความคุ้มครองในเรื่อง “ความบริสุทธิ์และความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ของเด็ก” ที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปีนั้น จะถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ ทุกกรณีถือว่าเป็นความผิดเช่นเดียวกัน เว้นเสียแต่ว่าจะเข้าข้อยกเว้นตามกฎหมาย

กล่าวโดยสรุปคือ ในความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา ของลาว จึงมีการแยกฐานความผิดเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงรวมถึงเด็กชาย บัญญัติไว้ในมาตรา 128 วรรคสาม ส่วนการกระทำชำเราเด็กไม่ว่าเด็กหญิงหรือเด็กชายนั้น บัญญัติไว้ในมาตรา 129

จะมีข้อยกเว้นความรับผิดเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำชำเราเด็ก ในกรณีที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำชำเราโดยสามีหรือภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กผู้เสียหายเอง เนื่องจากกฎหมายอาญาสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวไม่ได้บัญญัติกรณีดังกล่าวเป็นความผิดไว้ การกระทำความผิดดังกล่าวจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่หากในกรณีที่ไม่ได้มีการฉ้อฉล หรือผู้เสียหายให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ จะไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่จะเป็นความผิดในฐานใด กฎหมายใด ซึ่งต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป เช่น เป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงหรือเด็กชายอายุต่ำกว่า สิบห้า ปีบริบูรณ์ หรือ เป็นความผิดฐานมิชู้ (ความผิดฐานทำผิดสะจาน) ผู้กระทำความผิดคือทั้งผู้หญิงและผู้ชายที่ลักลอบได้เสียกันโดยที่อีกฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายมีคู่สมรสอยู่แล้ว ซึ่งถือเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา หรือเป็นความผิดฐานมีการร่วมประเวณี ก่อนแต่งงาน อันเป็นความผิดตามกฎหมายครอบครัว เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าการกำหนดโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะเริ่มจากโทษสถานเบาในบททั่วไปตามวรรคหนึ่งก่อน จนถึงเหตุการณ์ที่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามวรรคสอง วรรคสามและวรรคสี่ ส่วนการกระทำชำเราเด็กนั้น เนื่องจากส่วนหนึ่งเกิดขึ้นโดยความสมัครใจของเด็กเอง ไม่มีการทำร้ายร่างกายหรือจิตใจต่อเด็ก แม้อาจจะมีการหลอกลวงเด็ก ในบางกรณีก็ตาม จึงมีการกำหนดโทษไว้ต่ำกว่าความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ซึ่งพิจารณานิยามของคำว่า “โทษ” ตามประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวนั้น คือ โทษเป็นมาตรการบังคับของรัฐที่กำหนดไว้ในกฎหมายอาญาเพื่อลงโทษผู้กระทำผิด โดยการลงโทษจะมีการแยกประเภทและระดับที่แน่นอนของ

โทษ โดยพิจารณาจากลักษณะรูปแบบของการกระทำความผิดและระดับความเป็นอันตราย หรือผลที่เกิดจากการกระทำนั้น จากคณะศาลที่ได้ทำการไต่สวนมูลฟ้องและพิจารณาคดีอย่างละเอียดรอบด้านในที่ประชุมศาลแล้ว⁷⁶ จุดประสงค์ของการลงโทษทางอาญานั้น เพื่อปราบปรามผู้กระทำความผิดและสกัดกั้นการกระทำความผิดซ้ำอีก รวมถึงเพื่อตักเตือนและให้การศึกษาอบรมผู้กระทำความผิดให้มีจิตใจบริสุทธิ์ ปฏิบัติตามกฎหมายอย่างถูกต้องเคร่งครัดเข้มงวด ให้เคารพระเบียบการดำรงชีวิตของสังคม เพื่อเตรียมความพร้อมในการออกไปใช้ชีวิตและมีงานทำต่อไปในสังคมได้เมื่อพ้นโทษ สามารถปรับตัวใช้ชีวิตในสังคมและมีความสามารถในการทำมาหาได้เลี้ยงชีพตัวเองได้ โดยไม่หวนกลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก

3.2.2 สหรัฐอเมริกา

สำหรับความผิดเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นบททั่วไปนั้น ได้บัญญัติไว้ใน 10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and Sexual Assault Generally แต่สำหรับกรณีเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราเด็กนั้น ได้บัญญัติไว้ใน 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and Sexual Assault of a Child⁷⁷

3.2.2.1 ความหมายและเกณฑ์อายุของ “เด็ก” ของสหรัฐอเมริกา

ใน 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and Sexual Assault of a Child เรื่องการข่มขืนกระทำชำเราเด็กและการกระทำอนาจารต่อเด็ก ได้ให้นิยามคำว่าผู้เยาว์ ว่า

“เด็ก (Child) คำว่า ‘เด็ก’ หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุน้อยกว่า สิบหกปี”⁷⁸ โดยได้กำหนดอายุและค่านิยามของเด็กไว้ตามกฎหมายต่างประเทศส่วนใหญ่ กล่าวคือ “เด็ก” คือ บุคคลที่มีอายุน้อยกว่าสิบแปดปี โดยถือตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 ในข้อ 1 ซึ่งเป็นช่วงอายุที่เหมาะสม ในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย กฎหมาย 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and Sexual Assault of a Child ของสหรัฐอเมริกาใช้คำว่า “Child” ซึ่งแปลว่า “เด็ก” แม้เด็กที่อายุครบหรือเกิน สิบหกปีบริบูรณ์มาเพียงสามถึงสี่ปี ซึ่งอาจจัดอยู่ในกลุ่มของคำว่า “ผู้เยาว์หรือเยาวชน” (Youth) อยู่ ก็ไม่ถือว่าอยู่ในค่านิยาม คำว่า “เด็ก” (Child) แห่งกฎหมายนี้

⁷⁶ สจ.เกด เกียรติศักดิ์, การดำเนินคดีในศาล (เวียนจันทร์: ม.ป.พ., 2546), หน้า 76.

⁷⁷ The Legal Information Institute, **Rape**.

⁷⁸ 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and sexual assault of a child

“(h) Definitions. — In this section:

(4) Child.— The term “child” means any person who has not attained the age of 16 years”

3.2.2.2 กฎหมายว่าด้วยเรื่อง ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ของสหรัฐอเมริกา

1) คำจำกัดความของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา”⁷⁹

ซูซาน บี. คาร์บอน ผู้อำนวยการสำนักงานในเรื่องความรุนแรงต่อสตรี กล่าวว่า คำจำกัดความของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” มีความหมายค่อนข้างแคบ และเป็นอยู่อย่างนี้ มาช้านานในสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ คำจำกัดความของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ได้มีประกาศออก นำมาใช้เป็นครั้งแรกในปี ค.ศ.1927 คือ “เป็นการบังคับข่มขืนสตรีโดยที่สตรีผู้นั้นไม่มีความเต็มใจ” เมื่อสมัยนั้น ได้รวมเอาคำแค่ “ยัดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น และไม่รวมถึง การสอดใส่ทางปากและทางทวารหนัก หรือกรณีมีการข่มขืนกระทำชำเราชาย หรือกรณีสตรีถูกสตรี ด้วยกันข่มขืน หรือการเอาสิ่งของประเภทหนึ่ง หรือส่วนอื่นๆ ของร่างกาย นอกเหนือไปจากอวัยวะ เพศชาย เข้าสอดใส่ไปในอวัยวะเพศหญิง และทวารหนัก และข่มขืนโดยไม่ได้ใช้กำลัง”

คำจำกัดความทางกฎหมายที่กว้างเกินไป ของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ทำให้ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีสิทธิ์หลุดคดีได้ เพื่อให้คำจำกัดความทางกฎหมาย รัดกุมยิ่งขึ้น สำนักงานอัยการสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้ประกาศถึงการเปลี่ยนแปลงคำจำกัดความของคำ ว่า การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) ไว้ในรายงานของกฎหมายอาชญากรรม ซึ่งการเปลี่ยนแปลงคำ จำกัดความใหม่นี้จะนำไปสู่รายงานสถิติในด้านการจับกุมเพิ่มขึ้นทั่วประเทศเพื่อให้กระทบถึงกฎหมาย อาชญากรรมของรัฐ และเน้นไปในเรื่องของรูปแบบต่างๆ ถึงการ “สอดใส่ในทางเพศสัมพันธ์” ทำให้ คำว่า การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) นั้นเป็นที่เข้าใจและชัดเจนมากขึ้น

คำจำกัดความใหม่นี้ดังกล่าวของคำว่า การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) นั้น คือ “การสอดใส่ ไม่ว่าจะเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง หรือทางทวารหนัก ไม่ว่าจะด้วยส่วนไหนของร่างกาย หรือสิ่งของ หรือการสอดใส่ทางปากด้วยอวัยวะทางเพศของบุคคลอื่น โดยไม่ได้รับความยินยอม หรือ เห็นชอบของเหยื่อผู้เคราะห์ร้าย”

การแก้ไขเปลี่ยนคำจำกัดความใหม่นี้ ได้บัญญัติรวมถึง ไม่ว่าผู้เสียหาย และ ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นเพศอะไร และรวมถึงการกระทำต่อผู้เสียหายให้ตกอยู่ในสภาพทางร่างกาย ต่างๆ อันไม่อาจขัดขึ้นได้ เช่นการได้รับสารของยาเสพติด ยาสลบ หรือแอลกอฮอล์ ดังนั้น การไม่ขัด ขึ้น ทางร่างกายจากผู้เสียหายไม่ถูกนำมาบังคับเพื่อแสดงถึงความรู้สึกในการให้ความยินยอม หากพฤติกรรมดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าสภาพร่างกายของผู้เสียหายอยู่ในสภาพที่ไม่อาจให้ความ ยินยอมหรือไม่อาจขัดขึ้นได้ กล่าวคือ สภาพร่างกายหรือสติสัมปชัญญะไม่มีอยู่ในขณะก่อนหรือขณะ กระทำชำเรา หรือกรณีการให้ความยินยอมของผู้เสียหายก็ต้องคำนึงถึงอายุและความสามารถของ

⁷⁹ สยามมีเดีย, ข่าวแอลเอ, ค้นวันที่ 27 พฤศจิกายน 2557 จาก http://www.siammedia.org/news/losangeles/20120224_03.php

ผู้เสียหาย ที่จะให้ความยินยอมด้วย ซึ่งต้องถูกพิจารณาตามกฎหมาย การกำหนดอายุความของรัฐ คำจำกัดความใหม่ ไม่ได้เปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์อาชญากรรมของรัฐบาลกลางและของรัฐ หรือมีผลกระทบในการตั้งข้อหาและดำเนินคดีความทางกฎหมายในระดับท้องถิ่นแต่อย่างใด

ขั้นตอนของรายงานคดีข่มขืนกระทำชำเรา คือสำนักงานตำรวจท้องถิ่นทั่วประเทศจะส่งข้อมูลในเรื่องอาชญากรรมและการจับกุม ที่ได้เขียนไว้ในรายงานส่งไปให้แก่ศูนย์ Uniform Crime Report (UCR) จากนั้น ข้อมูลของ UCR ถูกรายงานไปทั่วประเทศ และถูกใช้เป็นเครื่องวัด และความเข้าใจในแนวโน้มของอาชญากรรม โปรแกรมของ UCR ก็ยังจะเก็บข้อมูลจากมูลฐานความหมายของ Rape ทำให้หน่วยงานรักษากฎหมายสามารถติดตามแนวโน้มของข้อมูลได้อย่างสม่ำเสมอจนกระทั่งเกิดความเข้าใจกันอย่างถ่องแท้มากขึ้นกับความแตกต่างทางตัวเลขสถิติระหว่างความหมายเก่าและใหม่ ซึ่งขณะนี้ ทางหน่วยสืบสวนคดีอาญาของกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา หรือ Federal Bureau of Investigation (FBI) กำลังใช้คำจำกัดความใหม่นี้ เพื่อเก็บข้อมูลจากหน่วยงานรักษากฎหมายของท้องถิ่นต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) ด้วยเช่นกัน

นอกจากคำนิยาม ของคำว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” ตามที่กล่าวข้างต้นนั้น เมื่อพิจารณาตามกฎหมาย 10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and Sexual Assault Generally เรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำความอนาจารทั่วไป ไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” ไว้อย่างชัดเจน บัญญัติไว้แต่เพียงเรื่ององค์ประกอบความผิดเรื่อง “การข่มขืนกระทำชำเรา” เท่านั้น แต่ได้มีการบัญญัติคำนิยามการกระทำทางเพศที่ใกล้เคียงกันไว้ดังนี้

10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and Sexual Assault Generally (g) คำนิยาม (Definitions) ในบทบัญญัติมาตรานี้⁸⁰

⁸⁰ 10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and sexual assault generally

“(g) Definitions.— In this section:

(1) Sexual act.— The term “sexual act” means—

(A) contact between the penis and the vulva or anus or mouth, and for purposes of this subparagraph contact involving the penis occurs upon penetration, however slight; or

(B) the penetration, however slight, of the vulva or anus or mouth, of another by any part of the body or by any object, with an intent to abuse, humiliate, harass, or degrade any person or to arouse or gratify the sexual desire of any person.

(2) Sexual contact.— The term “sexual contact” means—

(1) การกระทำทางเพศ-การกระทำทางเพศ หมายความว่า

การสัมผัสกันระหว่างอวัยวะ (Penis) และปากช่องคลอด (Vulva) หรือทวารหนัก (Anus) หรือปาก (Mouth) หรือหมายถึง การล้วงล้ำ (Penetration) ไม่สำคัญการล้วงล้ำจะมีมากน้อยเพียงใด หากได้กระทำต่อปากช่องคลอด ทวารหนัก หรือปาก หรือส่วนใดส่วนอื่นของร่างกาย หรือ ต่อวัตถุอื่นใด โดยมีเจตนาที่จะละเมิด ทำให้อับอาย รบกวน หรือลดคุณค่าสภาพร่างกายหรือจิตใจของผู้เสียหาย หรือโดยมีเจตนาที่จะกระตุ้นหรือทำให้เกิดความพึงพอใจทางเพศต่อผู้กระทำเองหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใด

(2) การสัมผัสทางเพศ (Sexual Contact) หมายความว่า

การแตะต้อง (Touching) หรือทำให้อีกบุคคลหนึ่งแตะต้อง ไม่ว่าจะเป็นการแตะต้องโดยตรงหรือการแตะต้องโดยผ่านทางเสื้อผ้า อวัยวะเพศ (Genitalia) ทวารหนัก (Anus) บริเวณขาหนีบ (Groin) หน้าอก (Breast) ต้นขาด้านใน (Inner Thigh) สะโพก (Inner Hip) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทารุณ (Abuse) ทำให้อับอาย (Humiliate) หรือลดคุณค่า (Degrade) ของบุคคล หรือหมายถึง การแตะต้อง (Touching) การแตะต้องบุคคลอื่น หรือทำให้อีกบุคคลหนึ่งแตะต้องตนเอง ไม่ว่าจะเป็นการแตะต้องโดยตรงหรือการแตะต้องโดยผ่านทางเสื้อผ้า ส่วนใดๆของร่างกาย หากได้กระทำเพื่อที่จะกระตุ้นหรือทำให้เกิดความพึงพอใจทางเพศต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด และการแตะต้องนั้น สามารถเกิดขึ้นได้ตามทุกส่วนของร่างกาย (Any Part of the Body)

2) องค์ประกอบความผิดในเรื่อง “การข่มขืนกระทำชำเรา”

ตามที่บัญญัติไว้ใน 10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and Sexual Assault Generally

(A) touching, or causing another person to touch, either directly or through the clothing, the genitalia, anus, groin, breast, inner thigh, or buttocks of any person, with an intent to abuse, humiliate, or degrade any person; or

(B) any touching, or causing another person to touch, either directly or through the clothing, any body part of any person, if done with an intent to arouse or gratify the sexual desire of any person.

Touching may be accomplished by any part of the body.”

การข่มขืนกระทำชำเรา ผู้ใดกระทำการใดๆ อันมีลักษณะเป็นการกระทำทางเพศต่ออีกบุคคลหนึ่งโดย⁸¹

(1) ใช้กำลังประทุษร้ายโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Using Unlawful Force Against that Other Person)

“การใช้กำลัง” (Force) คำว่า “การใช้กำลัง” หมายถึง⁸²

(1.1) การใช้อาวุธ

(1.2) การใช้กำลังทางกายภาพที่มากพอที่จะเอาชนะ เหนี่ยวรั้ง หรือก่ออาการบาดเจ็บ แก่ผู้เสียหาย

⁸¹ 10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and sexual assault generally

“(a) Rape.— Any person subject to this chapter who commits a sexual act upon another person by—

(1) using unlawful force against that other person;

(2) using force causing or likely to cause death or grievous bodily harm to any person

(3) threatening or placing that other person in fear that any person will be subjected to death, grievous bodily harm, or kidnapping;

(4) first rendering that other person unconscious; or

(5) administering to that other person by force or threat of force, or without the knowledge or consent of that person, a drug, intoxicant, or other similar substance and thereby substantially impairing the ability of that other person to appraise or control conduct”

⁸² 10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and sexual assault generally

“(g) Definitions.— In this section:

(5) Force.— The term “force” means—

(A) the use of a weapon;

(B) the use of such physical strength or violence as is sufficient to overcome, restrain, or injure a person; or

(C) Inflicting physical harm sufficient to coerce or compel submission by the victim.”

(1.3) ก่อให้เกิดความเสียหายทางกายภาพมากพอที่จะบังคับ หรือ กัดดันผู้เสียหายให้ยินยอม

“การใช้กำลังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย” (Unlawful Force) คำว่า “การใช้กำลังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย”⁸³ หมายถึง การใช้กำลังซึ่งได้กระทำโดยปราศจากความยินยอมหรือข้ออ้างของกฎหมาย

(2) ใช้กำลังประทุษร้ายซึ่งเป็นสาเหตุให้เกิด หรืออาจจะเกิดความเสียหายต่อชีวิต หรือเป็นอันตรายสาหัสแก่ร่างกาย (Using Force Causing or Likely to Cause Death or Grievous Bodily Harm to any Person)

“อันตรายแก่ร่างกาย” (Bodily Harm) คำว่า “อันตรายแก่ร่างกาย” หมายถึง⁸⁴ การแตะต้องบุคคลอื่นที่มีลักษณะเป็นการคุกคาม (Offensive Touching) แม้ว่าจะเป็น การแตะต้องเพียงเล็กน้อย รวมไปถึงการกระทำทางเพศซึ่งมิได้รับความยินยอม (Nonconsensual Sexual Act) หรือการสัมผัสทางเพศซึ่งมิได้รับความยินยอม (Nonconsensual Sexual Act)

“อันตรายสาหัสแก่ร่างกาย” (Grievous Bodily Harm) คำว่า “อันตรายสาหัสแก่ร่างกาย” หมายถึง⁸⁵ อาการบาดเจ็บทางกายขั้นสาหัส โดยรวมไปถึงกระดูกหัก (Fractured) หรือเคลื่อน (Dislocated) แผลบาดลึก (Deep Cuts) อวัยวะใดๆ ฝีกขาด และอวัยวะ

⁸³ 10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and sexual assault generally

“(g) Definitions.— In this section:

(6) Unlawful force — The term “unlawful force” means an act of force done without legal justification or excuse.”

⁸⁴ 10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and sexual assault generally

“(g) Definitions.— In this section:

(3) Bodily harm.— The term “bodily harm” means any offensive touching of another, however slight, including any nonconsensual sexual act or nonconsensual sexual contact.”

⁸⁵ 10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and sexual assault generally

“(g) Definitions.— In this section:

(4) Grievous bodily harm.— The term “grievous bodily harm” means serious bodily injury. It includes fractured or dislocated bones, deep cuts, torn members of the body, serious damage to internal organs, and other severe bodily injuries. It does not include minor injuries such as a black eye or a bloody nose.”

ภายในได้รับความเสียหายอย่างหนัก และอาการบาดเจ็บทางกายที่ร้ายแรงประการอื่น แต่ไม่รวมถึงอาการตาช้ำหรือเลือดกำเดาออก

(3) ชูเชื้อหรือทำให้บุคคลนั้นอยู่ในภาวะหวาดกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิตของตนเอง เป็นอันตรายสาหัสแก่ร่างกาย หรือถูกลักพาตัว) (Threatening or Placing that other Person in Fear that any Person will be Subjected to Death, Grievous Bodily Harm, or Kidnapping)

“การชูเชื้อหรือการทำให้บุคคลอื่นอยู่ในภาวะหวาดกลัว” (Threatening or Placing that Person in Fear) คำว่า “การชูเชื้อหรือการทำให้บุคคลอื่นอยู่ในภาวะหวาดกลัว” หมายความว่า⁸⁶ การสื่อสารหรือการกระทำที่สร้างผลกระทบเพียงพอที่จะทำให้ผู้เยาว์หวาดกลัวว่า หากตนเองไม่ปฏิบัติตามอาจจะทำให้ตัวผู้เยาว์เองหรือบุคคลอื่นนั้น ได้รับผลกระทบตามที่ถูกกระทำความผิดกล่าวอ้าง

(4) กระทำการใดๆ อันทำให้บุคคลดังกล่าวหมดสติ (First Rendering that Other Person Unconscious)

(5) ใช้กำลังประทุษร้าย ชูเชื้อว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือโดยปราศการรับรู้หรือความยินยอมของบุคคลดังกล่าว ใช้สารเสพติด สารพิษ สิ่งมีพิษ หรือสารอื่นใดที่มีลักษณะคล้ายกันกับบุคคลนั้น และการกระทำเช่นนั้น ได้ส่งผลต่อความสามารถของบุคคลขณะนั้นที่จะประเมินหรือควบคุมการกระทำของตนเองได้ (Administering to that other Person by Force or Threat of Force, or without the Knowledge or Consent of that Person, a Drug, Intoxicant, or other Similar Substance and Thereby Substantially Impairing the Ability of That other Person to Appraise or Control Conduct)

สำหรับองค์ประกอบภายในของการกระทำความผิดตามมาตรานี้ กล่าวคือ เจตนาของผู้กระทำความผิด ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ว่า การกระทำความผิดดังกล่าวของผู้เสียหายต้องมีเจตนา เพราะการกระทำความผิดดังกล่าวนั้น ย่อมต้องมีเจตนาแฝงอยู่ในทุกๆ การกระทำของผู้กระทำความผิดอยู่

⁸⁶ 10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and sexual assault generally

“(g) Definitions.— In this section:

(7) Threatening or placing that other person in fear.— The term “threatening or placing that other person in fear” means a communication or action that is of sufficient consequence to cause a reasonable fear that non-compliance will result in the victim or another person being subjected to the wrongful action contemplated by the communication or action.”

แล้ว แต่ได้ให้นิยาม คำว่า การให้ความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของการกระทำความผิด ไว้ใน 10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and Sexual Assault Generally (g) (8) ไว้ 3 ประการ ดังนี้

(8) การให้ความยินยอม (Consent) หมายความว่า⁸⁷

1. คำว่า “การให้ความยินยอม” หมายถึง การตกลงโดยสมัครใจต่อการกระทำ โดยบุคคลผู้มีความสามารถตามกฎหมาย การแสดงออกซึ่งไม่ได้แสดงให้เห็นว่า มีการให้ความยินยอมหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นทางคำพูดหรือทางการกระทำ ให้ถือว่าไม่มีการให้ความยินยอมเกิดขึ้น การปราศจากการขัดขืนหรือการจำยอมทางคำพูดหรือทางกายภาพ ซึ่งเกิดมาจากการใช้กำลัง การขู่ขู่ว่าจะใช้กำลัง หรือการทำให้ผู้เสียหายตกอยู่ในภาวะหวาดกลัวไม่ถือว่าการให้ความยินยอม การนัดพบฉันท์คู่สาว (Dating) หรือความสัมพันธ์ทางสังคมหรือทางเพศ ในปัจจุบันหรือในอดีต

⁸⁷ 10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and sexual assault generally

“(g) Definitions.— In this section:

(8) Consent.—

(A) The term “consent” means a freely given agreement to the conduct at issue by a competent person. An expression of lack of consent through words or conduct means there is no consent. Lack of verbal or physical resistance or submission resulting from the use of force, threat of force, or placing another person in fear does not constitute consent. A current or previous dating or social or sexual relationship by itself or the manner of dress of the person involved with the accused in the conduct at issue shall not constitute consent.

(B) A sleeping, unconscious, or incompetent person cannot consent. A person cannot consent to force causing or likely to cause death or grievous bodily harm or to being rendered unconscious. A person cannot consent while under threat or in fear or under the circumstances described in subparagraph (C) or (D) of subsection (b) (1).

(C) Lack of consent may be inferred based on the circumstances of the offense. All the surrounding circumstances are to be considered in determining whether a person gave consent, or whether a person did not resist or ceased to resist only because of another person’s actions.”

หรือลักษณะการแต่งกายของบุคคล ซึ่งได้มีปฏิสัมพันธ์กับจำเลยในเหตุการณ์นั้นๆ ไม่ถือว่ามี การให้ความยินยอม

2. บุคคลซึ่งอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือเป็นบุคคลไร้ความสามารถ ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ บุคคลปกติไม่สามารถให้ความยินยอมต่อการใช้กำลัง บังคับ ซึ่งทำให้เกิดหรืออาจจะทำให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต หรือความเสียหายทางกายขั้นรุนแรง หรือทำให้ไร้สติได้ บุคคลปกติไม่สามารถให้ความยินยอมในขณะที่ถูกขู่เข็ญหรืออยู่ในภาวะหวาดกลัว หรือภายใต้สถานการณ์ดังที่ได้บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (b) (1) ย่อหน้า (C) หรือ (D)

ภายใต้สถานการณ์ดังที่ได้บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (b) (1) ย่อหน้า (C) หรือ (D) คือ

(b) Sexual Assault.— Any person subject to this chapter who—

(1) commits a sexual act upon another person by—

(C) making a fraudulent representation that the sexual act serves a professional purpose; or

(D) inducing a belief by any artifice, pretense, or concealment that the person is another person

(b) ความผิดฐานกระทำความผิด (Sexual Assault).— บุคคลผู้ใดกระทำต่ออีกบุคคลหนึ่ง —

(1) กระทำทางเพศต่ออีกบุคคลหนึ่ง โดย— ...

(C) ทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิด (Fraudulent Representation) ว่าการกระทำทางเพศดังกล่าวมีผลต่อการดำเนินวิชาชีพ

(D) ทำให้บุคคลนั้น เชื่อว่าตนเป็นอีกบุคคลหนึ่งโดยใช้อุบาย (Artifice) มารยา (Pretense) หรืออำพรางข้อเท็จจริงบางประการ (Concealment)

3. การไม่ให้ความยินยอม พึงสันนิษฐานได้จากเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ทุกเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้อง จะต้องถูกนำมาพิจารณาเพื่อค้นหาว่า ผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมหรือไม่ หรือผู้เสียหายไม่ได้ทำการขัดขืนหรือหยุดขัดขืน เพียงเพราะต่อการกระทำของอีกบุคคลหนึ่ง

ดังนั้นหากเข้าองค์ประกอบในเรื่องเจตนาภายนอก คือ การกระทำอันตรงตามที่กฎหมายบัญญัติอันมีเจตนาของผู้กระทำความผิดแฝงอยู่ และพิจารณาองค์ประกอบของเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายประกอบ หากไม่เข้าข่ายว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอม ไม่ว่าจะพิจารณาจากกรณีใดๆก็ตาม ผู้กระทำนั้นถือว่ากระทำความผิดฐานข่มขืน จะต้องถูกลงโทษตามที่ศาลทหารกำหนด

3) การลงโทษในเรื่อง “การข่มขืนกระทำชำเรา”

ตามที่บัญญัติไว้ในตอนท้ายของ 10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and Sexual Assault Generally ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จะต้องถูกลงโทษตามที่ศาลทหารกำหนดไว้ และนอกจากจะบัญญัติเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ก็ได้บัญญัติความผิดฐานอื่นๆ อาทิ

(1) ความผิดฐานการกระทำอนาจาร (Sexual Assault) หมายความว่า ผู้ใดกระทำการทางเพศต่ออีกบุคคลหนึ่งโดยขู่เข็ญหรือทำให้บุคคลนั้นอยู่ในภาวะหวาดกลัว ทำให้เกิดอันตรายแก่กายต่อบุคคลนั้นทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิด (Fraudulent Representation) ว่าการกระทำทางเพศดังกล่าวมีผลต่อการดำเนินวิชาชีพ ทำให้บุคคลนั้น เชื่อว่าตนเป็นอีกบุคคลหนึ่งโดยใช้อุบาย (Artifice) มารยา (Pretense) หรืออำพรางข้อเท็จจริงบางประการ (Concealment) หรือกรณีที่ผู้ใดกระทำการทางเพศต่ออีกบุคคลหนึ่งโดยรู้หรือมีเหตุอันควรได้ว่าบุคคลนั้นนอนหลับอยู่ (Asleep) หมดสติ (Unconscious) หรือไม่สามารถรับรู้ได้ว่าการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับตน หรือกรณีที่ผู้ใดกระทำการทางเพศต่ออีกบุคคลหนึ่ง ในขณะที่ผู้เสียหายอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถให้ความยินยอมในการที่จะให้มีการกระทำทางเพศต่อตนเอง อันเนื่องมาจากการใช้สารเสพติด สารพิษ หรือสารอื่นใดที่มีลักษณะคล้ายกัน โดยสภาวะเช่นนั้น จำเลยจะต้องรับรู้หรือมีเหตุอันควรจะรู้ หรือผู้กระทำเป็นโรคจิตเภทหรือความบกพร่องทางจิต (A Mental Disease or Defect) หรือความบกพร่องทางกาย (Physical Disability) โดยสภาวะเช่นนั้น จำเลยจะต้องรับรู้หรือมีเหตุอันควรจะรู้⁸⁸

⁸⁸ 10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and sexual assault generally

“(b) Sexual Assault.— Any person subject to this chapter who—

(1) commits a sexual act upon another person by—

(A) threatening or placing that other person in fear;

(B) causing bodily harm to that other person;

(C) making a fraudulent representation that the sexual act serves a professional purpose; or

(2) ความผิดฐานกระทำการอันเป็นการสัมผัสทางเพศโดยใช้ความรุนแรง (Aggravated Sexual Contact)⁸⁹

(3) ความผิดฐานกระทำการอันเป็นการสัมผัสทางเพศโดยละเมิดศีลธรรม (Abusive Sexual Contact)⁹⁰

ความผิดดังกล่าวมาข้างต้นนั้น ผู้กระทำจะต้องถูกลงโทษตามที่ศาลทหารกำหนด เช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

3.2.2.3 กฎหมายเกี่ยวกับความผิดในเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราเด็ก การกระทำอนาจารต่อเด็ก การกระทำการรุนแรงทางเพศต่อเด็ก ของสหรัฐอเมริกา

1) ความหมายของคำว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร การกระทำการรุนแรงทางเพศ”

“การข่มขืนกระทำชำเรา” ความหมายของคำว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นในหัวข้อ กฎหมายว่าด้วยเรื่อง ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ของ

(D) inducing a belief by any artifice, pretense, or concealment that the person is another person;

(2) commits a sexual act upon another person when the person knows or reasonably should know that the other person is asleep, unconscious, or otherwise unaware that the sexual act is occurring; or

(3) commits a sexual act upon another person when the other person is incapable of consenting to the sexual act due to—

(A) impairment by any drug, intoxicant, or other

⁸⁹ 10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and sexual assault generally

“(c) Aggravated Sexual Contact.— Any person subject to this chapter who commits or causes sexual contact upon or by another person, if to do so would violate subsection (a) (rape) had the sexual contact been a sexual act, is guilty of aggravated sexual contact and shall be punished as a court-martial may direct.”

⁹⁰ 10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and sexual assault generally

“(d) Abusive Sexual Contact.— Any person subject to this chapter who commits or causes sexual contact upon or by another person, if to do so would violate subsection (b) (sexual assault) had the sexual contact been a sexual act, is guilty of abusive sexual contact and shall be punished as a court-martial may direct.”

สหรัฐอเมริกาในเรื่อง คำจำกัดความของคำว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” และรวมไปถึงความหมายของคำว่า การกระทำทางเพศและการสัมผัสทางเพศ (Sexual Act and Sexual Contact) ที่พิจารณาตามคำนิยามเช่นเดียวกันกับความผิดฐานกระทำชำเราอันเป็นบททั่วไป ตาม 10 U.S. Code § 920 - Art. 120. Rape and Sexual Assault Generally แม้เป็นการกระทำต่อเด็กก็ตาม

10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and Sexual Assault of a Child

(h) คำนิยาม (Definitions) ในบทบัญญัติมาตรานี้

(1) การกระทำทางเพศและการสัมผัสทางเพศ (Sexual Act and Sexual Contact) คำว่า “การกระทำทางเพศ” และ “การสัมผัสทางเพศ” มีความหมายตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 920 (g) ข้อ 120 (g)⁹¹

“การกระทำอนาจาร” เป็นการกระทำการใดๆ ในทางเพศต่อเด็กซึ่งมีอายุตั้งแต่ สิบสองปีบริบูรณ์ขึ้นไป แต่ไม่เกิน สิบหกปีบริบูรณ์ การกระทำอนาจารต่อเด็ก ไม่ได้มีการจำกัดคำนิยามเอาไว้ จึงเป็นการหมายความรวมถึงการกระทำทุกกรณีที่แสดงถึงเจตนาถึงการต้องการที่จะล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก เช่น การกระทำชำเราต่อเด็ก ซึ่งเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้วความผิดดังกล่าว ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราเด็ก เนื่องจากเด็กได้ให้ความยินยอมก็ดี หรือไม่เข้าองค์ประกอบความผิด เรื่องการกระทำการรุนแรงทางเพศต่อเด็ก เพราะกระทำโดยขาดเจตนาที่ดี และแม้การกระทำอนาจารจะเป็นส่วนหนึ่งของการข่มขืนกระทำชำเรากก็ตาม ถ้าเป็นความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ก็ย่อมไม่เป็นความผิดฐานการกระทำอนาจารอีก ตามคำนิยามของความผิดเรื่องการกระทำการรุนแรงทางเพศต่อเด็ก ดังนั้น ความผิดฐานการกระทำอนาจารจึงเปรียบเสมือนบทบัญญัติทั่วไปที่ใช้ในการตั้งข้อหาลงโทษผู้กระทำความผิด อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายในการตั้งฐานความผิดและการลงโทษ แต่จำกัดอายุของเด็กผู้เสียหายไว้ที่ สิบสองปีบริบูรณ์ขึ้นไป (สิบสองถึงสิบหกปี) เท่านั้น เพราะหากเป็นกรณีที่เด็กผู้เสียหายอายุต่ำ

⁹¹ 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and sexual assault of a child

“(h) Definitions. — In this section:

(1) Sexual act and sexual contact.— The terms “sexual act” and “sexual contact” have the meanings given those terms in section 920 (g) of this title (article 120(g)).”

กว่า สิบสองปีบริบูรณ์ถูกกระทำชำเรา ศาลจะพิจารณาและพิพากษาลงโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก แต่อย่างไรก็ดี ถ้าความผิดนั้นยังไม่เข้าองค์ประกอบความผิด เรื่องการกระทำชำเราเด็ก ผู้กระทำอาจมีความผิดฐานการกระทำการรุนแรงทางเพศต่อเด็กได้

“การกระทำการรุนแรงทางเพศ”การกระทำการใดๆ อันเป็นการอนาจารต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า สิบสองปีซึ่ง “การกระทำอนาจาร” หมายความว่า การกระทำใดๆ ที่เป็นการสัมผัสทางเพศ (Sexual Contact) หรือรวมไปถึงการกระทำที่ผู้กระทำมีเจตนาต่อเด็กที่อายุไม่เกินสิบหกปี เพื่อต้องการแสดงอวัยวะเพศ (Genitalia) ทวารหนัก (Anus) สะโพก (Buttock) บริเวณวงปานนมหรือหัวนมเพศหญิง (Female Areola or Nipple) อันเป็นอวัยวะของผู้กระทำเอง หรือการกระทำที่มีเจตนาในการใช้ภาษาลามกอนาจาร (Indecent Language) หรือการกระทำใดๆ ที่เป็นการประพฤติลามกอนาจาร (Indecent Conduct) โดยผ่านวิธีการใดๆ รวมไปถึงการกระทำผ่านการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศทุกประเภท โดยมีเจตนากระทำต่อหรือเพื่อแสดงต่อเด็ก อันมีวัตถุประสงค์เพื่อทารุณ (Abuse) ทำให้อับอาย (Humiliate) หรือลดคุณค่า (Degrade) ของบุคคล หรือเพื่อที่จะกระตุ่นอารมณ์ทางเพศ หรือทำให้เกิดความพึงพอใจทางเพศต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด ซึ่งมีลักษณะเป็นรูปแบบการกระทำที่ผิดศีลธรรมในเรื่องความสัมพันธ์ทางเพศ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

2) องค์ประกอบความผิดในเรื่อง “การข่มขืนกระทำชำเราเด็ก การกระทำอนาจารต่อเด็ก การกระทำการรุนแรงทางเพศต่อเด็ก” (10 U.S. Code § 920 - Art. 120b. Rape and Sexual Assault Generally)

(a) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก (Rape of a Child) – ผู้ใด

(1) กระทำการทางเพศต่อเด็ก ซึ่งมีอายุต่ำกว่า สิบสองปี หรือ

(2) กระทำการทางเพศต่อเด็ก ซึ่งมีอายุสิบสองปีบริบูรณ์แล้ว โดย⁹²

⁹² 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and sexual assault of a child

“(a) Rape of a Child.— Any person subject to this chapter who—

(1) commits a sexual act upon a child who has not attained the age of 12 years; or

(A) ใช้กำลังประทุษร้าย⁹³

การใช้กำลังประทุษร้าย (Force) คำว่า “การใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า การใช้อาวุธ การใช้แรงทางกายภาพ หรือใช้ความรุนแรงที่มากพอที่จะหน่วงเหนี่ยวหรือทำร้ายผู้เยาว์ได้ การทำให้เกิดอันตรายแก่กาย (ในกรณีที่เป็นคดีที่ผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำต่อผู้อยู่ในปกครอง การใช้อำนาจทางปกครองโดยมิชอบ ให้ถือว่า เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายด้วย)⁹⁴

(B) ขู่เข็ญหรือทำให้เด็กอยู่ในภาวะหวาดกลัว⁹⁵

การขู่เข็ญหรือทำให้เด็กอยู่ในภาวะหวาดกลัว (Threatening or Placing that Child in Fear) คำว่า “การขู่เข็ญหรือทำให้เด็กผู้เยาว์อยู่ในภาวะหวาดกลัว” หมายความว่า การสื่อสารหรือการกระทำที่สร้างผลกระทบเพียงพอที่จะทำให้เด็กหวาดกลัวว่า หากตนเองไม่ปฏิบัติตามอาจจะทำให้ตัวผู้เยาว์เองหรือบุคคลอื่นนั้น ได้รับผลกระทบตามที่ผู้กระทำความผิดกล่าวอ้าง⁹⁶

(2) commits a sexual act upon a child who has attained the age of 12 years by—....”

⁹³ ... “(A) using force against any person;”

⁹⁴ 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and sexual assault of a child

“(h) Definitions. — In this section:

(2) Force.— The term “force” means—

(A) the use of a weapon;

(B) the use of such physical strength or violence as is sufficient to overcome, restrain, or injure a child; or

(C) inflicting physical harm.

In the case of a parent-child or similar relationship, the use or abuse of parental or similar authority is sufficient to constitute the use of force.”

⁹⁵ ...”(B) threatening or placing that child in fear; “

⁹⁶ 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and sexual assault of a child

“(h) Definitions. — In this section:

(C) ทำให้เด็กนั้นหมดสติ⁹⁷

(D) ใช้สารเสพติด สารพิษหรือสารอื่นใด ที่มีลักษณะคล้ายกันต่อเด็กนั้น⁹⁸

ผู้นั้นกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก และจะต้องรับโทษตามที่ศาลทหารกำหนด⁹⁹

(b) ความผิดฐานการกระทำอนาจารต่อเด็ก (Sexual Assault of a Child) ผู้ใดกระทำการอนาจารต่อเด็กซึ่งมีอายุตั้งแต่ สิบสองปีบริบูรณ์ขึ้นไป จะต้องรับโทษตามที่ศาลทหารกำหนด¹⁰⁰

(c) ความผิดฐานกระทำการรุนแรงทางเพศต่อเด็ก (Sexual Abuse of a Child) ผู้ใดกระทำการใดๆ อันเป็นการอนาจารต่อเด็กอายุต่ำกว่า สิบสองปี ผู้นั้นมีความผิดฐานกระทำการรุนแรงทางเพศต่อเด็ก และจะต้องรับโทษตามที่ศาลทหารกำหนด¹⁰¹

(3) Threatening or placing that child in fear. — The term “threatening or placing that child in fear” means a communication or action that is of sufficient consequence to cause the child to fear that non-compliance will result in the child or another person being subjected to the action contemplated by the communication or action.”

⁹⁷ ... “(C) rendering that child unconscious; or”

⁹⁸ ... “(D) administering to that child a drug, intoxicant, or other similar substance;”

⁹⁹ ... “is guilty of rape of a child and shall be punished as a court-martial may direct.”

¹⁰⁰ 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and sexual assault of a child

“(b) Sexual Assault of a Child.— Any person subject to this chapter who commits a sexual act upon a child who has attained the age of 12 years is guilty of sexual assault of a child and shall be punished as a court-martial may direct.”

¹⁰¹ 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and sexual assault of a child

การกระทำอนาจาร (Lewd Act) คำว่า “การกระทำอนาจาร” หมายความว่า¹⁰²

(A) การกระทำใดๆ ที่เป็นการสัมผัสทางเพศ (Sexual Contact) ต่อเด็ก

(B) การกระทำที่มีเจตนาในการแสดงอวัยวะเพศ (Genitalia) ทวารหนัก (Anus) สะโพก (Buttock) บริเวณวงป้านนมหรือหัวนมของเพศหญิง (Female Areola or Nipple) ต่อเด็กโดยวิธีการใดๆ รวมไปถึงการกระทำผ่านเทคโนโลยี

“(c) Sexual Abuse of a Child.— Any person subject to this chapter who commits a lewd act upon a child is guilty of sexual abuse of a child and shall be punished as a court-martial may direct.”

¹⁰² 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and sexual assault of a child

“(h) Definitions. — In this section:

(8) Consent.—

(A) The term “consent” means a freely given agreement to the conduct at issue by a competent person. An expression of lack of consent through words or conduct means there is no consent. Lack of verbal or physical resistance or submission resulting from the use of force, threat of force, or placing another person in fear does not constitute consent. A current or previous dating or social or sexual relationship by itself or the manner of dress of the person involved with the accused in the conduct at issue shall not constitute consent.

(B) A sleeping, unconscious, or incompetent person cannot consent. A person cannot consent to force causing or likely to cause death or grievous bodily harm or to being rendered unconscious. A person cannot consent while under threat or in fear or under the circumstances described in subparagraph (C) or (D) of subsection (b)(1).

(C) Lack of consent may be inferred based on the circumstances of the offense. All the surrounding circumstances are to be considered in determining whether a person gave consent, or whether a person did not resist or ceased to resist only because of another person’s actions.”

สารสนเทศทุกประเภท โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทารุณ (Abuse) ทำให้อับอาย (Humiliate) หรือลดคุณค่า (Degrade) ของบุคคล หรือเพื่อที่จะกระตุ้นอารมณ์ทางเพศหรือ ทำให้เกิดความพึงพอใจทางเพศต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด

(C) การกระทำที่มีเจตนาในการใช้ภาษาลามกอนาจาร (Indecent Language) โดยผ่านวิธีการใดๆ รวมไปถึงการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศทุกประเภท โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทารุณ (Abuse) ทำให้อับอาย (Humiliate) หรือลดคุณค่า (Degrade) ของบุคคล หรือเพื่อที่จะกระตุ้นอารมณ์ทางเพศ หรือทำให้เกิดความพึงพอใจทางเพศต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด

(D) การกระทำใดๆที่เป็นการประพฤติกามกอนาจาร (Indecent Conduct) โดยมีเจตนากระทำต่อหรือเพื่อแสดงต่อเด็ก รวมไปถึงการกระทำผ่านเทคโนโลยีสารสนเทศทุกประเภท ซึ่งมีลักษณะเป็นรูปแบบการกระทำที่ผิดศีลธรรมซึ่งเกี่ยวข้องกับ ความเสื่อมทรามในเรื่องทางเพศ (Sexual Impurity) โดยการกระทำเช่นว่านี้ อาจจะมีลักษณะ เป็นการกักขฬะ (Vulgar) หยาบ โลง (Obscene) น่ารังเกียจ (Repugnant) อย่างมาก ซึ่งเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และมีแนวโน้มที่จะกระตุ้นอารมณ์ทางเพศ หรือขัดแย้งต่อศีลธรรมในเรื่องความสัมพันธ์ทางเพศ

สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก (Rape of a Child) ความผิดฐานกระทำอนาจารต่อเด็ก (Sexual Assault of a Child) และ ความผิดฐานกระทำการรุนแรงทางเพศต่อเด็ก (Sexual Abuse of a Child) การให้ความยินยอมของเด็ก ไม่ถือว่าเป็นองค์ประกอบของการกระทำความผิด หากผู้กระทำได้กระทำความผิดครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดแต่ละฐานแล้ว โดยพิจารณาจากเจตนา อายุของเด็กผู้เสียหาย และช้อยกเว้นความรับผิด ผู้กระทำความผิดย่อมถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดและศาลย่อมมีสิทธิลงโทษได้ โดยไม่ต้องพิจารณาในเรื่องความยินยอมของเด็ก โดยพิจารณาจากนิยามคำว่า “การให้ความยินยอม” ตาม 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and Sexual Assault of a Child (g)

การให้ความยินยอม (Consent)¹⁰³

การไม่ให้ความยินยอมของผู้เยาว์ไม่ใช่องค์ประกอบความผิด (Element) และในการฟ้องคดี โจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่า ผู้เยาว์ซึ่งยังไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายกับจำเลยซึ่งได้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ กระทำอนาจารหรือใช้กำลัง ไม่สามารถให้ความยินยอมในการกระทำความผิดของจำเลยได้

3) การลงโทษในเรื่อง “การกระทำชำเราเด็ก”

ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้เยาว์ หรือความผิดฐานกระทำอนาจารต่อผู้เยาว์ หรือความผิดฐานกระทำความรุนแรงทางเพศต่อผู้เยาว์จะต้องรับโทษตามที่ศาลทหารกำหนด แต่อย่างไรก็ดีก่อนการลงโทษดังกล่าว ศาลสามารถรับฟังหรือไม่สามารถรับฟัง การกล่าวอ้างของจำเลยในการนำพยานเข้าสู่ในประเด็นเรื่องความไม่รู้อายุของผู้เสียหายนั้น ช้อยกเว้นการรับผิดของจำเลย และเจตนากระทำความผิดของจำเลย โดยพิจารณาดังนี้

(1) การพิจารณาตามอายุของผู้เยาว์ (Age of a Child)¹⁰⁴

¹⁰³ 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and sexual assault of a child

“(g) Consent. — Lack of consent is not an element and need not be proven in any prosecution under this section. A child not legally married to the person committing the sexual act, lewd act, or use of force cannot consent to any sexual act, lewd act, or use of force.”

¹⁰⁴ 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and sexual assault of a child

“(d) Age of Child.—

(1) Under 12 years.— In a prosecution under this section, it need not be proven that the accused knew the age of the other person engaging in the sexual act or lewd act. It is not a defense that the accused reasonably believed that the child had attained the age of 12 years.

(2) Under 16 years.— In a prosecution under this section, it need not be proven that the accused knew that the other person engaging in the sexual act or lewd act had not attained the age of 16 years, but it is a defense in a prosecution under subsection (b) (sexual assault of a child) or subsection (c) (sexual abuse of a child), which the accused must prove by a preponderance of the evidence, that the

(1.1) กรณีเด็กอายุไม่เกินสิบสองปี

การฟ้องคดีในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรานี้ โจทก์หรือผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่า ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดหรือจำเลยได้ทราบอายุของผู้เสียหายหรือไม่ การที่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดหรือจำเลยเชื่อว่าผู้เสียหายมีอายุที่เกินสิบสองปีแล้วนั้น อันเป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้น เป็นข้ออ้างที่ไม่สามารถรับฟังได้

(1.2) กรณีเด็กอายุเกินสิบสองปีแต่ไม่เกินสิบหกปี

การฟ้องคดี ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรานี้ โจทก์หรือผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดหรือจำเลยได้ทราบอายุของผู้เสียหายหรือไม่ แต่หากเป็นกรณีการฟ้องตามอนุมาตรา (b) เรื่องความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก (Sexual Assault of a Child) หรืออนุมาตรา (c) เรื่อง ความผิดฐานกระทำการรุนแรงทางเพศต่อเด็ก (Sexual Abuse of a Child) เป็นหน้าที่ของจำเลยที่ต้องนำเสนอให้ศาลเห็นถึงพยานหลักฐานฝ่ายของตน ที่มีน้ำหนักมากกว่าในการที่จะพิสูจน์ถึงเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เยาว์นั้นมีอายุไม่ต่ำกว่าสิบหกปีแล้ว หากในข้อเท็จจริงนั้นปรากฏว่าผู้เยาว์มีอายุน้อยกว่าสิบสองปี

(2) พิจารณาจากการสมรส (Marriage)¹⁰⁵

การฟ้องคดีตามความผิดในอนุมาตรา (b) ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้เยาว์ หรืออนุมาตรา (C) ความผิดฐานกระทำการรุนแรงทางเพศต่อผู้เยาว์ เป็นหน้าที่ของจำเลยที่ต้องแสดงให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักยิ่งกว่า ในการที่จะพิสูจน์ว่าจำเลยและผู้เสียหายนั้นได้จดทะเบียนสมรสกันแล้ว จึงจะถือได้ว่า การกระดังกล่าวของจำเลยนั้นไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้ เว้นแต่จำเลยจะได้กระทำความผิดทางเพศต่อผู้เสียหาย โดยที่จำเลยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่า

accused reasonably believed that the child had attained the age of 16 years, if the child had in fact attained at least the age of 12 years.”

¹⁰⁵ 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and sexual assault of a child

“(h) Definitions. — In this section:

(f) Marriage.— In a prosecution under subsection (b) (sexual assault of a child) or subsection (c) (sexual abuse of a child), it is a defense, which the accused must prove by a preponderance of the evidence, that the is occurring or when the other person is incapable of consenting to the sexual act due to impairment by any drug, intoxicant, or other similar substance, and that condition was known or reasonably should have been known by the accused.”

ผู้เสียหายนอนหลับอยู่ (Asleep) หมดสติ (Unconscious) หรือไม่สามารถรับรู้ได้ว่าการกระทำทางเพศเกิดขึ้นกับตนเอง หรือผู้เสียหายอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถให้ความยินยอมในการที่จะให้มีการกระทำทางเพศต่อตนเอง อันเนื่องมาจากได้รับสารเสพติด สารพิษ หรือสารอื่นใดที่มีลักษณะคล้ายกัน โดยสภาวะเช่นนั้นจำเลยจะต้องรับรู้หรือมีเหตุอันควรจะรู้กรณีเช่นว่านี้ถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามมาตรา ๑๐๖

(3) การพิสูจน์ถึงภัยอันตราย (Proof of Threat)¹⁰⁶

การฟ้องคดีในความผิดตามมาตรา ๑๐๖ หากจะต้องพิสูจน์ว่าจำเลยได้กระทำการใดอันมีเจตนาเป็นการก่อภัยอันตรายขึ้นหรือไม่ โจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงเจตนาของจำเลย หรือความสามารถในการก่อภัยอันตรายของจำเลย แต่จำเลยจะต้องเป็นผู้มีหน้าที่นำสืบพยานฝ่ายตนเองว่า จำเลยมิได้มีเจตนาเช่นนั้น

ตาม 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and Sexual Assault of a Child เรื่องการข่มขืนกระทำชำเราเด็กนั้น มีองค์ประกอบที่คล้ายกับเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราทั่วไปทุกประการ เนื่องจากมิได้มีแค่เรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น ยังรวมไปถึงความผิดเกี่ยวกับเพศทุกชนิดที่กระทำต่อเด็กด้วย จุดแตกต่างจะมีเพียงแค่เรื่องความยินยอมของเด็ก และอายุของเด็กผู้เสียหายเท่านั้น อีกทั้งยังได้แยกอนุมาตราย่อยไว้ค่อนข้างมาก ดังสรุปได้ ดังนี้

(3.1) แยกการกระทำความผิดออกเป็น การข่มขืนกระทำชำเราเด็ก (Rape of a child) ความผิดฐานการกระทำอนาจารต่อเด็ก (Sexual Assault of a Child) และ ความผิดฐานกระทำการรุนแรงทางเพศต่อเด็ก (Sexual Abuse of a Child)

(3.2) แยกอายุของเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหาย คืออายุไม่เกิน สิบสองปี กรณีหนึ่ง และ อายุกว่า สิบสอง ปีแต่ไม่เกิน สิบหกปี อีกกรณีหนึ่ง เนื่องจากบุคคลที่อายุต่ำกว่า สิบหกปี ทางกฎหมายอาญาของอเมริกาถือว่าเป็นเด็กอยู่ กรณีที่เด็กผู้เสียหายอายุไม่เกิน สิบสองปี ผู้กระทำความผิดจะอ้างว่าไม่รู้อายุของเด็กนั้นเพื่อให้พ้นจากการกระทำผิดนั้นไม่ได้ แต่หากเป็นกรณีที่เด็กอายุเกินกว่า สิบสอง ปี แต่ยังไม่เกินสิบหกปี จำเลยสามารถนำพยานหลักฐานเข้าสืบได้ว่าเพราะเหตุใดจำเลยจึงเข้าใจว่าเด็กผู้เสียหายนั้นอายุเกินสิบสองปีบริบูรณ์แล้ว

¹⁰⁶ 10 U.S. Code § 920b - Art. 120b. Rape and sexual assault of a child

“(h) Definitions. — In this section:

(e) Proof of Threat. — In a prosecution under this section, in proving that a person made a threat, it need not be proven that the person actually intended to carry out the threat or had the ability to carry out the threat.”

(3.3) แยกในเรื่องความยินยอมของเด็ก กล่าวคือ ความยินยอมของเด็กไม่เป็นสาระสำคัญแห่งองค์ประกอบความผิดเช่นเดียวกับประเทศไทย

การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ทั้งกรณีที่เด็กผู้เสียหายอายุต่ำกว่า สิบสอง ปีและต่ำกว่าสิบหกปีนั้น จะต้องเป็นการข่มขืนใจโดยวิธีใดวิธีหนึ่งหรือหลายวิธี ได้แก่ การใช้กำลังบังคับ (รวมถึงการใช้อาวุธด้วย) การข่มขู่หรือทำให้เด็กตกอยู่ในความหวาดกลัว การทำให้เด็กหมดสติ หรือการนำสารเสพติดหรือสิ่งมีพิษมาเข้าสู่ร่างกายเด็ก และสำหรับการกระทำความผิดฐานการกระทำอนาจารต่อเด็ก (Sexual Assault of a Child) และ ความผิดฐานกระทำการรุนแรงทางเพศต่อเด็ก (Sexual Abuse of a Child) กล่าวคือ เป็นการกระทำอนาจารต่อเด็ก แต่ได้แยกเป็นการกระทำต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า สิบสอง ปี และอายุ สิบสองปีบริบูรณ์ขึ้นไปแต่ไม่เกิน สิบหกปี และเป็นความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษตามที่ศาลทหารกำหนดไว้เช่นกัน

จึงเห็นได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กนั้น สหรัฐอเมริกาได้จัดให้อยู่ในมาตราเดียวกัน และแยกอนุมาตราย่อยออกมา รวมถึงให้คำนิยามในคำต่างๆ ได้เป็นอย่างดีพอ เช่น นิยามของคำว่า การใช้กำลังประทุษร้าย ความยินยอมของเด็ก การกระทำอนาจาร เป็นต้น อีกทั้งยังมีการแยกอายุของเด็กผู้เสียหาย เป็นองค์ประกอบสำคัญในการลงโทษ สถานหนักหรือเบาแก่ผู้กระทำความผิด การตัดสิทธิของผู้กระทำความผิดที่ห้ามอ้างว่าไม่รู้ว่าเป็นเด็กผู้เสียหายนั้นต่ำกว่าอายุ สิบสอง ปี จึงเป็นสิ่งที่คุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเด็กที่ยังไม่มีความเข้าใจในเรื่องเพศได้ดีเป็นอย่างมาก

3.2.3 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

สำหรับความผิดเรื่องการล่วงละเมิดทางเพศ บัญญัติในบททั่วไป (Sexual Aggressions - Common Provisions) แห่งประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส (Penal Code) ค.ศ.2013 หมวดที่สาม (Section III) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นบททั่วไปนั้นบัญญัติใน มาตรา 222-23 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กนั้น ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 222-24 และความผิดฐานการกระทำอนาจารต่อเด็กอันนอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 222-29

3.2.3.1 ความหมายและเกณฑ์อายุของ “เด็ก” ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

1) พิจารณาจากระบบการศึกษา

ระบบการศึกษาของสาธารณรัฐฝรั่งเศส¹⁰⁷ ได้แก่ ชั้นการศึกษาก่อนวัยเรียน ชั้นประถมศึกษา ชั้นมัธยมศึกษาตอนต้น ชั้นมัธยมศึกษาตอนปลาย และชั้นอุดมศึกษา ได้แก่

¹⁰⁷ ระบบการศึกษาของประเทศไทย, ค้นวันที่ 18 กันยายน 2558 จาก

(1) ชั้นการศึกษาก่อนวัยเรียน หรือชั้นอนุบาล (Kindergarten)

เด็กอายุระหว่าง 2 ปี ถึง 6 ปี แบ่งเป็นสามชั้นเรียน คือ ชั้นเด็กเล็ก (Petite Section) (อายุ 2-3 ปี) ชั้นเด็กกลาง (Moyenne Section) (อายุ 4-5 ปี) ชั้นเด็กโต (Grande Section) (อายุ 5-6 ปี)

(2) ชั้นประถมศึกษา (Primary School)

เด็กอายุระหว่าง 6 ปีถึง 10 ปี ประกอบด้วยห้าชั้นเรียน คือ ชั้นเตรียมประถมศึกษา (อายุ 6 -7 ปี) ชั้นประถมศึกษาตอนต้นปีที่ 1 และปีที่ 2 หรือเรียกว่าชั้นเบื้องต้น (อายุ 7-9 ปี) และชั้นประถมศึกษาตอนปลายปีที่ 1 และ ปีที่ 2 หรือเรียกว่าชั้นกลาง (อายุ 9-11 ปี)

(3) ชั้นมัธยมศึกษาตอนต้น (Middle School)

เด็กอายุระหว่าง สิบเอ็ดปีถึงสิบห้าปี ประกอบด้วยสี่ชั้นเรียนคือ ชั้น 6, 5, 4 และ 3 ตามลำดับ ชั้น 6 และ 5 (อายุ 11-13 ปี) ชั้น 4 และ 3 (อายุ 13-15 ปี) ใช้เวลาเรียนทั้งหมด 4-5 ปี

(4) ชั้นมัธยมศึกษาตอนปลาย (High School)

อายุตั้งแต่ 15-17 ปี สามารถเลือกเรียนสายสามัญหรือสายเฉพาะทาง อาทิ ดนตรี ศิลปะ ได้

(5) ชั้นอุดมศึกษา (Undergraduate Study) อายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป

การศึกษาภาคบังคับของฝรั่งเศส จะเป็นเด็กที่มีอายุระหว่างหกถึงสิบหกปี โดยประมาณที่ทางการของฝรั่งเศสบังคับให้เข้ารับการศึกษ แต่โดยเฉลี่ยจะจบการศึกษาภาคบังคับ กล่าวคือ ชั้นมัธยมศึกษาตอนต้น ในอายุ สิบห้าปีสำหรับชั้นก่อนวัยเรียนหรือชั้นอนุบาล ไม่ถือเป็น การศึกษาภาคบังคับ แต่ถือเป็นประเพณีปฏิบัติอันยาวนานของชาวฝรั่งเศสที่ส่งบุตรเข้าเรียนตั้งแต่วัย นี้ ส่วนชั้นมัธยมศึกษาตอนปลาย และชั้นอุดมศึกษา เป็นการศึกษาแบบสมัครใจและมีความอิสระในการเลือกเรียนเฉพาะทาง

2) พิจารณาจากตัวบทกฎหมาย

กฎหมายเกี่ยวกับเด็กค่อนข้างมีหลากหลายฉบับ ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยทั่วไปกฎหมายเหล่านี้ จะใช้คำว่า “ผู้เยาว์” (Minor) แทนที่คำว่า “เด็ก” (Child) ตามประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศส กำหนดว่า “ผู้เยาว์” (Minor) หมายถึง “บุคคลทุกเพศที่มีอายุไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์”¹⁰⁸

แต่ประมวลกฎหมายอาญา ไม่ได้ให้นิยามอายุของเด็ก หรือผู้เยาว์ไว้ แต่เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญา Section 3 เรื่อง บทบัญญัติทั่วไปของการคุกคามทางเพศ

¹⁰⁸ Library of Congress, *op. cit.*

(Sexual Aggressions-Common Provisions) ในส่วนการกระทำต่อเด็ก ในมาตรา 222-24 ข้อ 2 หรือมาตรา 222-29 ข้อ 1 เป็นต้น และ Section 5 เรื่อง ภัยที่มีอันตรายต่อผู้เยาว์ (Endangerment Of Minors) มาตรา 227-15 ถึง มาตรา 227-28-1 ให้การคุ้มครอง “เด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี”

การบรรลุนิติภาวะทางกฎหมายในสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีผลทางกฎหมาย เมื่อชายหรือหญิงมีอายุครบ 18 ปี บริบูรณ์ เมื่อบรรลุนิติภาวะ กฎหมายให้ชายและหญิงสามารถ สมรสกันได้ อย่างไรก็ดี หญิงที่มีอายุระหว่าง สิบห้า ปี ถึง สิบแปด ปี บริบูรณ์ สามารถสมรสได้โดย ความยินยอมของบิดามารดาเพื่อยินยอมให้ทำการสมรสได้ และชายและหญิงนั้นก็จะถือว่าบรรลุนิติ ภาวะโดยการสมรส

3.2.3.2 กฎหมายอาญาว่าด้วยเรื่อง การข่มขืนกระทำชำเรา ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

1) ความหมายของคำว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา

กฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส (Penal Code) มาตรา 222-23¹⁰⁹ การข่มขืนกระทำชำเรา หมายความว่า “การกระทำใดๆ ที่เป็นการคุกคามทางเพศ ไม่ว่าจะโดยวิธีใดก็ตาม อาทิ ทำร้ายบุคคลอื่นโดยใช้ความรุนแรง การบังคับ การข่มขู่หรือการทำให้ผู้อื่นตกใจกลัว คือ การข่มขืนกระทำชำเรา”

การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) คือ ความประพฤติ ทางกาย และวาจา ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศ ที่อีกฝ่ายปฏิเสธหรือไม่พึงปรารถนา จนทำให้บรรยากาศในการ ใช้ชีวิตของผู้ถูกคุกคามทางเพศอึดอัด ตึงเครียด และเป็นปฏิกิริยา รับไม่ได้

ตัวอย่างของการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสม และถือว่าเป็นการคุกคามทางเพศ

- (1) จับแขน จับมือ จับก้น จับหน้าอก จับท่อนขา หรือข่าอ่อน รวมถึง ส่วนอื่นๆ ของร่างกาย โดยที่เจ้าของเนื้อตัวร่างกายไม่ได้ให้ความยินยอมด้วย
- (2) พุดจาลวนลาม เรื่องเช็กซ์ หรือพฤติกรรมทางเพศ ที่ทำให้เกิด ความกระอักกระอ่วนใจ เช่น พุดหยอกล้อ เรื่องหน้าอกของผู้หญิง เรื่องอวัยวะเพศของผู้ชาย
- (3) บังคับ หรือชักชวน ให้ไปออกเดท หรือนอนด้วย
- (4) มองจ้อง เรือนร่าง สัตว์ส่วน ด้วยสายตาที่สื่อถึงเจตนาทางเพศ

¹⁰⁹ ARTICLE 222-23

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

(5) พุดจา หรือทำกิริยาดูถูกเหยียดหยาม กีดกัน และรังเกียจ ความเป็นเกียรติหรือเลสเบี้ยน¹¹⁰

2) องค์ประกอบความผิดในเรื่อง “การข่มขืนกระทำชำเรา และการข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

(1) เป็นการกระทำ

(2) มีลักษณะไปในทางคุกคามทางเพศ

(3) ไม่ว่าจะโดยวิธีใดๆ ก็ตาม เช่น การทำร้ายร่างกาย การบังคับ ข่มขู่ หรือทำให้ตกใจ หวาดกลัว

(4) มีเจตนาคุกคามทางเพศ

(5) กรณีผู้ถูกกระทำมีอายุต่ำกว่า สิบห้า ปี ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามกฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส (Penal Code) มาตรา 222-24

3) การลงโทษในเรื่อง “การข่มขืนกระทำชำเรา และการข่มขืนกระทำชำเราเด็ก”

กรณีข่มขืนกระทำชำเราโดยทั่วไป กฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 222-23 “ผู้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษจำคุกทางอาญาเป็นเวลาสิบห้าปี”¹¹¹

กรณีข่มขืนกระทำชำเราที่ต้องรับโทษหนักขึ้น แบ่งออกเป็น 3 กรณี คือ

กฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 222-24¹¹² การข่มขืนกระทำชำเรา ที่เป็นการกระทำในกรณีต่อไปนี้ “ผู้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษจำคุกทางอาญาเป็นเวลา ยี่สิบปี”

¹¹⁰ ผู้จัดการออนไลน์, “คุกคามทางเพศ” โทษน้อย (ไป) สำหรับผู้กระทำ ส่วนผู้ถูกกระทำ ถูกเบียดเบียนประเด็นว่า ก็กกัน ?!, ค้นวันที่ 25 มกราคม 2559 จาก <http://www.manager.co.th/CelebOnline/ViewNews.aspx?NewsID=9520000148584>

¹¹¹ Article 222-23

...

Rape is punished by fifteen years' criminal imprisonment

¹¹² Article 222-24 Rape is punished by twenty years' criminal imprisonment

1° where it causes mutilation or permanent disability;

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

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

- (1) ทำให้ผู้เสียหายพิการหรือทุพพลภาพถาวร
 - (2) กระทำต่อผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี
 - (3) กระทำต่อบุคคลที่มีความเปราะบาง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เนื่องจากอายุการเจ็บป่วยอันเป็นความอ่อนแอ ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจ หรือการตั้งครรรภ์ ซึ่งปรากฏชัดเจนในขณะกระทำความผิดหรืออยู่ในความรู้เห็นของผู้กระทำความผิด
 - (4) เป็นการกระทำของผู้ปกครองที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือโดยบุคคลอื่นใดที่มีอำนาจเหนือผู้เสียหาย
 - (5) เป็นการกระทำของบุคคลผู้มีอำนาจตามตำแหน่งของตน และใช้อำนาจนั้นในทางที่ผิด
 - (6) เป็นการกระทำโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยอาจเป็นผู้กระทำผิดหรือผู้สมรู้ร่วมคิด
 - (7) เป็นการกระทำโดยการใช้อาวุธเพื่อข่มขู่
 - (8) ผู้เสียหายถูกล่อลวงมาจากการติดต่อกับผู้กระทำผิด ผ่านการใช้งานของเครือข่ายการสื่อสารที่ใช้สำหรับเผยแพร่ข้อความไปยังบุคคลทั่วไปได้ (อินเทอร์เน็ต)
 - (9) ที่เป็นการกระทำที่เกิดจากรสนิยมทางเพศของผู้เสียหาย
- มาตรา 222-25 “ผู้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษจำคุกทางอาญาเป็นเวลา 30 ปี” หากการข่มขืนกระทำชำเรานั้น เป็นเหตุให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย¹¹³
- มาตรา 222-26 “ผู้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษจำคุกทางอาญาเป็นเวลาตลอดชีวิต” หากการข่มขืนกระทำชำเรานั้น เป็นการกระทำที่มีลักษณะของการทรมาน โหดร้ายทารุณอย่างชัดเจน¹¹⁴

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

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

¹¹³ ARTICLE 222-25

“Rape is punished by thirty years' criminal imprisonment where it caused the death of the victim.”

¹¹⁴ ARTICLE 222-26

“Rape is punished by imprisonment for life when it is preceded, accompanied or followed by torture or acts of barbarity.”

3.2.3.3 กฎหมายอาญาว่าด้วยเรื่องการกระทำชำเราเด็ก

1) ความหมายของคำว่า “การกระทำชำเรา”

ประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 222-27¹¹⁵ ใช้คำว่า “Sexual Aggressions” แปลว่า การล่วงละเมิดทางเพศ และได้บัญญัติเพิ่มเติมว่า เป็นการล่วงละเมิดทางเพศที่นอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา จึงไม่มีนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” ตามมาตรานี้ ดังนั้น หากเป็นการล่วงละเมิดทางเพศ ที่มิใช่การข่มขืนกระทำชำเรา ย่อมเป็นความผิดตามมาตรานี้ ความผิดฐาน “กระทำชำเรา” ไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของการล่วงละเมิดทางเพศตามมาตรานี้ เนื่องจากผู้เสียหายยินยอม แต่หากเป็นกรณี “กระทำชำเราต่อเด็กอายุต่ำกว่า สิบห้า ปี” แม้เด็กผู้เสียหายจะยินยอมก็ตาม ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 222-29 ข้อ 2

การล่วงละเมิดทางเพศอาจเรียกว่า การทารุณกรรมทางเพศหรือความรุนแรงทางเพศ กล่าวคือ บุคคลหนึ่งได้กระทำความผิดหรือการเฝ้าโลมทางเพศที่ทำให้บุคคลอีกคนหนึ่งรู้สึกไม่สบายใจ หวาดกลัวหรือตื่นตระหนก เป็นพฤติกรรมที่ทรยศของความน่าเชื่อถือและการปฏิเสธสิทธิที่แต่ละคนมีในเนื้อตัวร่างกายของตนเอง การล่วงละเมิดทางเพศ จึงเป็นความหมายเฉพาะเพื่อนำมาใช้ในการอธิบายถึงการกระทำผิดทางเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางอาญา คำที่ใช้ในการอธิบายถึงการถูกล่วงละเมิดทางเพศ เช่น การข่มขืนกระทำชำเราและการทารุณกรรมทางเพศ เป็นต้น¹¹⁶

2) องค์ประกอบความผิดในเรื่อง “การกระทำชำเราเด็ก”

ตามที่บัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 222-29 ข้อ 2¹¹⁷

¹¹⁵ ARTICLE 222-27

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

¹¹⁶ อะไรคือการถูกล่วงละเมิดทางเพศ?, ค้นวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2559 จาก <https://www.1800respect.org.au/languages/thai/what-is-sexual-assault/>

¹¹⁷ ARTICLE 222-29

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

1° a minor under the age of fifteen years;

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

(1) กระทำการอันมีลักษณะล่วงละเมิดทางเพศซึ่งมิใช่การข่มขืน
กระทำชำเรา

(2) ได้กระทำต่อผู้เยาว์อายุไม่เกินสิบห้าปี

(3) มีเจตนาล่วงละเมิดทางเพศ

สำหรับการกระทำการอันมีลักษณะล่วงละเมิดทางเพศซึ่งมิใช่การข่มขืนกระทำชำเรา ต่อบุคคลที่อยู่ในภาวะอ่อนแออันเนื่องมาจากอายุ การเจ็บป่วย ความพิการ ความบกพร่องทางกายหรือทางจิต หรืออยู่ในการตั้งครร์ ลักษณะของผู้ถูกระทำดังกล่าวนี้ จะต้องปรากฏชัดเจน ในขณะที่กระทำความผิดหรืออยู่ในความรู้เห็นของผู้กระทำความผิดด้วย แต่สำหรับกรณีกระทำต่อผู้เยาว์อายุไม่เกินสิบห้าปี ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของเด็ก ไม่จำเป็นต้องปรากฏชัดเจน ในขณะที่กระทำความผิดหรืออยู่ในความรู้เห็นของผู้กระทำความผิด ไม่อาจเป็นข้ออ้างให้ผู้กระทำความผิดหลุดพ้นจากความผิดดังกล่าวได้

3) การลงโทษในเรื่อง “การกระทำชำเราเด็ก”

ความผิดฐานการกระทำอนาจารซึ่งมิใช่การข่มขืนกระทำชำเราในบททั่วไป บัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 222-27¹¹⁸ “กำหนดโทษจำคุกเป็นเวลา 5 ปี และปรับเป็นจำนวนเงิน €75,000”

ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศซึ่งมิใช่การข่มขืนกระทำชำเราที่ต้องรับโทษหนักขึ้น

ประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 222-28¹¹⁹ “กำหนดโทษจำคุกเป็นเวลา 7 ปี และปรับเป็นจำนวนเงิน €100,000 ” ในกรณีที่เป็นการกระทำชำเราภายใต้มาตรา 222-28 เป็นเหตุให้เกิดกรณี ดังต่อไปนี้

¹¹⁸ ARTICLE 222-27

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

¹¹⁹ ARTICLE 222-28

The offence defined under article 222-27 is punished by seven years' imprisonment and a fine of €100,000:

1° where it has caused an injury or a lesion;

2° where it is committed by a legitimate, natural or adoptive ascendant, or by any other person having authority over the victim;

1. ก่อให้เกิดการบาดเจ็บหรือบาดเจ็บต่อผู้เสียหาย
 2. เป็นการกระทำของผู้ปกครองที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือโดยบุคคลอื่นใดที่มีอำนาจเหนือผู้เสียหาย
 3. เป็นการกระทำของบุคคลผู้มีอำนาจตามตำแหน่งของตน และใช้อำนาจนั้นในทางที่ผิด
 4. เป็นการกระทำโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยอาจเป็นผู้กระทำผิดหรือผู้สมรู้ร่วมคิด
 5. เป็นการกระทำโดยการใช้อาวุธเพื่อข่มขู่
- ประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 222-29¹²⁰ “กำหนดโทษจำคุกเป็นเวลา 10 ปี และปรับเป็นจำนวนเงิน €150,000” ในกรณีการกระทำซ้ำเร้า ดังนี้
1. กระทำต่อผู้เยาว์อายุไม่เกินสิบห้าปี
 2. กระทำต่อบุคคลที่อยู่ในภาวะอ่อนแออันเนื่องมาจากอายุ การเจ็บป่วย ความพิการ ความบกพร่องทางกายหรือทางจิต หรืออยู่ในการตั้งครมภ์ ซึ่งลักษณะของผู้ถูกกระทำดังกล่าวปรากฏชัดเจนในขณะกระทำความผิดหรืออยู่ในความรู้เห็นของผู้กระทำความผิด
- ประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 222-30¹²¹ “กำหนดโทษจำคุกเป็นเวลา 10 ปี และปรับเป็นจำนวนเงิน €150,000 ” ในกรณีที่เป็นการกระทำซ้ำเร้าภายใต้มาตรา 222-29 เป็นเหตุให้เกิดกรณี ดังต่อไปนี้

3° where it is committed by a person misusing the authority conferred by his functions;

4° where it is committed by two or more acting as offenders or accomplices;

5° where it is committed with the use or threatened use of a weapon.

¹²⁰ ARTICLE 222-29

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

1° a minor under the age of fifteen years;

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

¹²¹ ARTICLE 222-30

1. ได้ก่อให้เกิดการบาดเจ็บหรือผลต่อผู้เสียหาย
 2. เป็นการกระทำของผู้ปกครองที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือโดยบุคคลอื่นใดที่มีอำนาจเหนือผู้เสียหาย
 3. เป็นการกระทำของบุคคลผู้มีอำนาจตามตำแหน่งของตน และใช้อำนาจนั้นในทางที่ผิด
 4. เป็นการกระทำโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยอาจเป็นผู้กระทำผิดหรือผู้สมรู้ร่วมคิด
 5. ที่มีความมุ่งมั่นกับการใช้งานหรือการใช้งานที่ถูกคุกคามของอาวุธ;
 6. เป็นการกระทำที่เกิดจากรสนิยมทางเพศของผู้เสียหาย
- ประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 222-31¹²² ความพยายามที่จะกระทำความผิด ในความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศที่มีใช้การข่มขืนกระทำชำเรา ตามที่กำหนดไว้ภายใต้มาตรา 222-27 ถึง มาตรา 222-30 จะถูกลงโทษตามที่กฎหมายบัญญัติเช่นเดียวกัน
- จากการศึกษาอายุของเด็กผู้เสียหาย ฐานความผิด และบทลงโทษ ในกฎหมายอาญาเรื่องการข่มขืนกระทำชำเรา การข่มขืนกระทำชำเราเด็ก และการกระทำชำเราเด็กของประเทศไทย สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ผู้วิจัยขอเปรียบเทียบจากตาราง ดังนี้

The offence defined under article 222-29 is punished by ten years' imprisonment and a fine of €150,000:

- 1° where it has caused an injury or a lesion;
- 2° where it is committed by a legitimate, natural or adoptive ascendant or by any other person having authority over the victim;
- 3° where it is committed by a person misusing the authority conferred by his position;
- 4° where it is committed by two or more acting as offenders or accomplices;
- 5° where it is committed with the use or threatened use of a weapon;
- 6° where it is committed because of the sexual orientation of the victim

¹²² ARTICLE 222-31

“Attempt to commit the misdemeanors set out under Articles 222-27 to 222-30 is punished by the same penalties.”

ตารางที่ 3.1 เปรียบเทียบฐานความผิดตามบทบัญญัติกฎหมายอาญาของประเทศไทย สาธารณรัฐ
ประชาธิปไตยประชาชนลาว สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ประเทศ	อายุที่คุ้มครอง	ฐานความผิดตามบทบัญญัติกฎหมายอาญา		
		กฎหมายข่มขืน กระทำชำเรา	กฎหมายข่มขืน กระทำชำเราเด็ก	กฎหมาย กระทำชำเราเด็ก
ประเทศไทย	ต่ำกว่า 15 ปี	มาตรา 276 วรรค โทษจำคุก 4-20 ปี และปรับตั้งแต่ 8,000-40,000 บาท		มาตรา 277 วรรค หนึ่ง วรรคโทษ จำคุก 4-20 ปี และ ปรับตั้งแต่ 80,000-400,000 บาท
	ต่ำกว่า 13 ปี			มาตรา 277 วรรค สาม วรรคโทษจำคุก 7-20 ปี และปรับตั้ง แ ต่ 140,000- 400,000 บาท
สหรัฐอเมริกา	ต่ำกว่า 16 ปี	10 U.S. Code §	10 U.S. Code §	10 U.S. Code §
	ต่ำกว่า 12 ปี	920 (a) วรรคโทษ ตามที่ศาลทหาร กำหนด	920b (b) หรือ (c) วรรคโทษตามที่ ศาลทหารกำหนด	920b (b) หรือ (c) วรรคโทษตามที่ ศาลทหารกำหนด
สาธารณรัฐ ประชาธิปไตย ประชาชนลาว	ต่ำกว่า 15 ปี	มาตรา 128 วรรค หนึ่ง วรรคโทษจำคุก 3-5 ปี และปรับตั้งแต่ 1,000,000- 5,000,000 กีบ	มาตรา 128 วรรคสาม วรรค โทษจำคุก 7-15 ปี แ ละ ป ร ับ ต ั้ง แ ต่ 5,000,000- 15,000,000 กีบ	มาตรา 129 วรรคโทษจำคุก 1- 5 ปี และปรับ ตั้งแ ต่ 2,000,000- 5,000,000 กีบ
สาธารณรัฐ ฝรั่งเศส	ต่ำกว่า 15 ปี	มาตรา 222-23 วรรคโทษจำคุก 15 ปี	มาตรา 222-24 ข้อ 2 วรรคโทษจำคุก 20 ปี	มาตรา 222-29 ข้อ 1 วรรคโทษ จำคุก 10 ปี และปรับ €150,000

จากการเปรียบเทียบตารางนี้ เมื่อนำกฎหมายอาญาของประเทศไทยในฐานความผิดข่มขืน กระทำชำเรา ข่มขืนกระทำชำเราเด็ก และการกระทำชำเราเด็ก มาเปรียบเทียบกับกฎหมายอาญาของสามประเทศดังกล่าวข้างต้น เห็นว่า ทั้งสี่ประเทศยังมีความแตกต่างกันในเรื่อง การกำหนดเกณฑ์อายุของเด็ก การกำหนดฐานความผิด และการกำหนดบทลงโทษ และสำหรับในส่วนที่เป็นประเด็นปัญหานั้น ผู้วิจัยขอวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไป

บทที่ 4

ผลการศึกษาและวิเคราะห์ การกำหนดความผิดและบทลงโทษ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำชำเราเด็ก อายุไม่เกิน 15 ปีบริบูรณ์ ตามประมวลกฎหมายอาญา ของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

จากการศึกษากฎหมายอาญา เรื่องความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา และการกระทำชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และมาตรา 277 ของไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา และการกระทำชำเราเด็กของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ในบทที่ 3 แล้วทำให้ทราบว่า มีการให้นิยามของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” กับคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ค่อนข้างมีความคล้ายคลึงกัน แต่ที่แตกต่างกัน เช่น เกณฑ์อายุของเด็กที่ถูกกระทำชำเราที่มีความแตกต่างกันเพราะบางประเทศถือว่าเด็กหรือเยาวชนต้องมีอายุไม่เกินสิบแปดปี แต่บางประเทศถือว่าเด็กหรือเยาวชนไม่เกินสิบหกปี หรือสิบสามปี แต่อย่างไรก็ดี เกณฑ์ต่ำสุดในการกำหนดอายุเด็กหรือเยาวชน ต้องไม่ต่ำกว่าอายุสิบสองปี กล่าวคือ ถ้าเด็กอายุต่ำกว่าสิบสองปี ยังคงความหมายของคำว่า “เด็ก” หรือ “ผู้เยาว์” อยู่ตามแต่เหตุผล ไม่ว่าจะในด้านวัฒนธรรมหรือขนบธรรมเนียมของแต่ละประเทศ เป็นต้น ซึ่งผู้วิจัยได้แยกผลการศึกษาและวิเคราะห์ออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ อายุของผู้เสียหาย การกำหนดฐานความผิดและบทลงโทษ ดังนี้

4.1 วิเคราะห์อายุของผู้ถูกกระทำชำเราที่กฎหมายถือว่าเป็น “เด็ก”

ผู้ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ หรือ “ผู้เยาว์” (Minor) ซึ่งกฎหมายจำกัดความสามารถโดยพิจารณาว่าผู้เยาว์โดยทั่วไปแล้ว ยังเป็นเด็กที่ไม่อาจบริหารสติปัญญาได้ดีเท่าผู้ใหญ่ได้ จึงจำกัดความสามารถในการใช้สิทธิของผู้เยาว์ไว้ โดยให้มี บุคคลที่เรียกว่า “ผู้แทนโดยชอบธรรม” (Legal Representative or Statutory Agent) เป็นผู้ตัดสินใจใช้สิทธิแทน จนกว่าผู้เยาว์จะเติบโตเป็นผู้ใหญ่ จึงจะมีความสามารถในการใช้สิทธิได้เต็มเปี่ยม เว้นแต่เขาจะกลายเป็นคนวิกลจริต (Person of Unsound Mind), คนไร้ความสามารถ (Incompetent Person) หรือ คนเสมือนไร้ความสามารถ (Quasi-Incompetent Person)

จากการศึกษาเปรียบเทียบอายุของเด็กผู้ถูกระทำชำเราตามกฎหมายอาญาของประเทศไทย กับสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีความเหมือนและแตกต่างกันอยู่ ดังนี้

ประเทศไทย กำหนดอายุเด็กไว้ที่ บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี

สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กำหนดอายุเด็กไว้ที่ บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี

สหรัฐอเมริกา กำหนดอายุเด็กไว้ที่ บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบหกปี

สาธารณรัฐฝรั่งเศส กำหนดอายุเด็กไว้ที่ บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี

จะเห็นได้ว่าประเทศไทย สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และสาธารณรัฐฝรั่งเศส กำหนดอายุของเด็กไว้ คือ บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปีเท่ากัน มีเพียงสหรัฐอเมริกาที่กำหนดอายุเด็กไว้ที่ บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบหกปี เนื่องจากสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่เป็นมหาอำนาจด้านต่างๆ โดยเฉพาะด้านเศรษฐกิจ รวมไปถึงการมีเทคโนโลยีที่ทันสมัย ทำให้เด็กในสหรัฐอเมริกามีการเข้าถึงเทคโนโลยีที่รวดเร็ว ตามกระแสความนิยมโลก ความเชื่อมั่นในตัวเองสูง มีความคิดที่โตเกินวัยอาจเป็นไปในลักษณะก้าวร้าวในบางบุคคล เพราะค่านิยมการเลี้ยงดูบุตรของชาวสหรัฐ จะเปิดโอกาสให้เด็กได้มีการแสดงออกความคิดเห็นในทุกๆ เรื่อง ประกอบกับลักษณะทางกายภาพของเด็กในภูมิภาคยุโรป จะเจริญเติบโตมากกว่าเด็กในภูมิภาคเอเชีย ด้วยวิถีชีวิตของการรับประทานอาหารและการออกกำลังกายของเด็กสหรัฐอเมริกาจึงทำให้มักจะมีรูปร่างสูงใหญ่เกินวัย แต่สำหรับสาธารณรัฐฝรั่งเศส แม้จะอยู่ในภูมิภาคยุโรป อีกทั้งยังมีค่านิยมการเลี้ยงดูบุตรที่เปิดโอกาสให้เด็กได้มีการแสดงออกความคิดเห็นในทุกๆ เรื่องเช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกา แต่กำหนดอายุของเด็กไว้ คือ บุคคลที่อายุต่ำกว่า สิบห้าปี เช่นเดียวกับประเทศไทยและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เนื่องจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสมองว่า เพราะค่านิยมการเลี้ยงดูบุตรในลักษณะเปิดโอกาสให้แสดงความคิดเห็นในทุกๆ เรื่อง แต่จากการรับรู้สิ่งต่างๆ ของเด็กในบางเรื่อง อาจทำให้เด็กเกิดความอยากรู้อยากลอง เพราะเชื่อในความคิดของตัวเองว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง หรือเกิดจากความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ จึงต้องมีกฎหมายออกมาคุ้มครองตัวเด็กไม่ให้อัตโนมัติตกเป็นผู้เสียหายจากการถูกระทำทางเพศหรือถูกทำร้ายทางด้านอื่นๆ ได้ เพื่อให้ผู้ใหญ่ในสังคมได้ช่วยกันดูแลเด็กๆ ไม่ให้กระทำความผิด มิใช่เป็นผู้กระทำการผิดกฎหมายต่อเด็กเสียเอง

ประเทศไทยและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กำหนดอายุของเด็กไว้เท่ากัน คือ บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี เนื่องจากทั้งสองประเทศอยู่ในภูมิภาคเอเชีย ที่เด็กส่วนใหญ่จะมีลักษณะทางกายภาพที่ค่อนข้างตัวเล็กและความสูงน้อย การถูกระทำทางเพศหรือทารุณกรรมในด้านอื่นๆ ย่อมส่งผลให้เด็กได้รับความบอบช้ำทางด้านจิตใจ ส่งผลกระทบทางด้านร่างกาย รวมถึงความสามารถในการพัฒนาทางด้านสติปัญญา และการใช้ชีวิตในสังคมไปในแนวทางเชิงลบมากขึ้น อาทิ มีการหวาดระแวงผู้คน การชอบเก็บตัวอยู่คนเดียว เกิดภาวะตึงเครียดหรือฝังใจ จากความทรงจำอันเลวร้ายจากการถูกระทำทางเพศ เป็นต้น

การกำหนดอายุเด็กเช่นนี้ของทั้งสี่ประเทศดังกล่าวข้างต้น เป็นการสอดคล้องกับการกำหนดเกณฑ์อายุเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Right of the Child) ค.ศ. 1989 ในข้อ 1 ให้ความหมายว่า “เด็ก” หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี แต่เหตุผลของการกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กในแต่ละประเทศย่อมมีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด กล่าวคือ สหรัฐอเมริกา พิจารณาการกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กจากลักษณะทางกายภาพและพฤติกรรมของเด็ก ที่มีที่มาจากค่านิยมการเลี้ยงดูบุตรของประเทศตนเอง ส่วนสาธารณรัฐฝรั่งเศส พิจารณาการกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กจากพฤติกรรมของเด็ก และมีจุดประสงค์ที่จะคุ้มครองความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็ก จากการรู้เท่าไม่ถึงการณ์ของเด็กเอง สำหรับประเทศไทยและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว พิจารณาจากลักษณะทางกายภาพ และเป็นช่วงวัยทางการแพทย์ที่อยู่ในช่วงความเป็นเด็กหรือไม่เกินช่วงวัยรุ่นตอนต้น ที่ควรได้รับการคุ้มครองมากกว่าบุคคลซึ่งอยู่ในช่วงวัยรุ่นตอนปลาย หรือผู้ที่บรรลุนิติภาวะแล้ว และอีกประการหนึ่ง คือ ประเทศไทยและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กำหนดให้ผู้ที่มิอายุตั้งแต่สิบห้าปีบริบูรณ์ ที่เป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมายสามารถเป็นผู้ต้องรับผิดตามกฎหมายอาญาได้ เพียงแต่ในประเทศไทยได้มีการใช้มาตรการพิเศษแทนการลงโทษแก่เด็กไม่เกินอายุสิบแปดปี

กล่าวโดยสรุป คือ การกำหนดเกณฑ์อายุของสี่ประเทศดังกล่าว มีความเป็นสากลตามแนวทางที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Right of the Child) แล้ว ซึ่งก่อให้เกิดผลดีในการคุ้มครองเด็กผู้เสียหายโดยหลักความเป็นสากล เนื่องจากการกำหนดอายุของเด็กผู้เสียหายที่ได้รับการคุ้มครองเหมือนหรือแตกต่างกันเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ส่งผลในอนาคตนั้น หากมีการแก้ไขหรือปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็ก โดยมีอายุเด็กเป็นองค์ประกอบการพิจารณาให้ความคุ้มครองเด็กมากขึ้น แต่สำหรับเหตุผลในการกำหนดเกณฑ์อายุเด็กของแต่ละประเทศที่กล่าวข้างต้นนั้น ย่อมแตกต่างกันอย่างชัดเจน จะให้ประเทศใดประเทศหนึ่งกำหนดเกณฑ์อายุและเหตุผลของการกำหนดเกณฑ์อายุเหมือนอีกประเทศหนึ่งย่อมเป็นไปได้ เนื่องจากแต่ละประเทศ มีความแตกต่างกันทั้งในด้านวิถีชีวิต วัฒนธรรม ค่านิยม ลักษณะทางกายภาพและพฤติกรรมของเด็ก รวมไปถึงกฎหมายภายในประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ถึงแม้ว่า จะกำหนดเกณฑ์อายุเด็กผู้เสียหายเท่ากันอย่างไร แต่เหตุผลการกำหนดเกณฑ์อายุเด็กของแต่ละประเทศย่อมแตกต่างกันไปอย่างชัดเจน สำหรับความผิดเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราเด็ก กฎหมายต่างประเทศที่นำมาเปรียบเทียบ ได้บัญญัติเรื่องอายุของเด็กที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราไว้อย่างชัดเจน โดยบัญญัติให้แตกต่างกับความผิดเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราทั่วไป (บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดถือว่าเป็นเด็ก) กล่าวคือ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กำหนดไว้ไม่เกินสิบห้าปี สหรัฐอเมริกาคำหนดไว้สองระดับ คือ ไม่เกินสิบสองปี (ผู้ข่มขืนได้กระทำความผิดครั้งแรก) และกว่าสิบสองแต่ไม่เกินสิบหกปี ส่วนสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น กำหนดอายุเด็กไว้ไม่เกินสิบห้าปี แต่ตามกฎหมายอาญาของไทยนั้น ไม่ได้บัญญัติเรื่องการข่มขืน

กระทำชำเราเด็กไว้แต่ประการใด แต่ได้บัญญัติไว้ในเรื่องการกระทำชำเราเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคหนึ่งเพียงว่ากระทำชำเราเด็ก “ไม่เกินสิบห้าปี” และในวรรคสามว่า “ไม่เกินสิบสามปี”

4.2 วิเคราะห์การกำหนดฐานความผิด

ความผิดเกี่ยวกับเพศระหว่าง กรณีกระทำทางเพศกับผู้บรรลุนิติภาวะแล้ว เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบททั่วไป หรือกระทำกับผู้ที่ยังเป็นเด็กหรือเยาวชนอยู่ แบ่งเป็นสองฐานความผิด คือ ความผิดฐานกระทำชำเราบททั่วไป ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก และความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

แต่สำหรับประเทศไทยไม่ได้มีการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก เช่นเดียวกับสามประเทศดังกล่าวข้างต้น มีเพียงแต่การบัญญัติเรื่องการกระทำชำเราเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 เท่านั้น ทำให้การบัญญัติความผิดเรื่องการกระทำชำเราเด็ก ไม่ตรงกับเจตนาของผู้กระทำความผิด หากกรณีนั้นปรากฏข้อเท็จจริงว่า เด็กไม่ยินยอมให้ถูกกระทำชำเรา ผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราเด็กนั้น จะเป็นผู้กระทำความผิดข้อหา “กระทำชำเราเด็กต่ำกว่าสิบห้าปีหรือสิบสามปี โดยเด็กนั้นไม่ได้ให้ความยินยอม” ซึ่งอาจกล่าวสั้นๆ คือ มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก แต่บรรทัดฐานโทษที่ผู้กระทำจะได้รับอยู่ในบรรทัดฐานเดียวกันกับผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก คือการที่เด็กยินยอมถูกกระทำชำเรา

ซึ่งหากประเทศไทยบัญญัติฐานความผิด เรื่อง “การข่มขืนกระทำชำเราเด็ก” เช่นเดียวกับสามประเทศที่นำมาเปรียบเทียบข้างต้นจะทำให้ฐานความผิดเรื่อง “การข่มขืนกระทำชำเราเด็ก และ “การกระทำชำเราเด็ก” มีความชัดเจนตามนิยามของคำว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” และ “การกระทำชำเรา” โดยไม่ต้องบัญญัติเรื่องความยินยอมของเด็กเพิ่มเติม ผู้วิจัยเห็นว่าประเทศไทยควรจะต้องบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับฐานความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กให้ชัดเจนว่า เด็กมีอายุเท่าใด และถูกกระทำชำเราในลักษณะใด (ข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำชำเรา) เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบความผิดว่าเข้าเรื่องการกระทำความผิดทางเพศแบบใดแล้ว จะส่งผลให้ ผู้กระทำต้องรับโทษแตกต่างกันไปตามลักษณะการกระทำชำเรา ทำให้เป็นไปตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามเจตนาของผู้กระทำความผิด อันเป็นการคุ้มครองความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็กที่มีใช้สามมีหรือภริยาตามกฎหมายของผู้กระทำซึ่งเป็นผู้เสียหายมากขึ้น และศาลสามารถลงโทษตามความเหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นจากบรรทัดฐานตัวบทที่ได้แยกฐานความผิดออกจากกันแล้ว ไปประกอบใช้กับดุลยพินิจหรือเหตุอื่นใดก่อนการพิพากษา

ตารางที่ 4.1 เปรียบเทียบฐานความผิดตามบทบัญญัติกฎหมายอาญาของประเทศไทย สาธารณรัฐ
ประชาธิปไตยประชาชนลาว สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ประเทศ	อายุที่คุ้มครอง	ฐานความผิดตามบทบัญญัติกฎหมายอาญา		
		กฎหมายข่มขืน กระทำชำเรา	กฎหมายข่มขืน กระทำชำเราเด็ก	กฎหมาย กระทำชำเราเด็ก
ประเทศไทย	ต่ำกว่า 15 ปี	มาตรา 276 วรรค โทษจำคุก 4-20 ปี และปรับตั้งแต่ 8,000-40,000 บาท		มาตรา 277 วรรค หนึ่ง วรรคโทษ จำคุก 4-20 ปี และ ปรับตั้งแต่ 80,000-400,000 บาท
	ต่ำกว่า 13 ปี			มาตรา 277 วรรค สาม วรรคโทษจำคุก 7-20 ปี และปรับตั้ง แ ต่ 140,000- 400,000 บาท
สหรัฐอเมริกา	ต่ำกว่า 16 ปี	10 U.S. Code §	10 U.S. Code §	10 U.S. Code §
	ต่ำกว่า 12 ปี	920 (a) วรรคโทษ ตามที่ศาลทหาร กำหนด	920b (b) หรือ (c) วรรคโทษตามที่ ศาลทหารกำหนด	920b (b) หรือ (c) วรรคโทษตามที่ ศาลทหารกำหนด
สาธารณรัฐ ประชาธิปไตย ประชาชนลาว	ต่ำกว่า 15 ปี	มาตรา 128 วรรค หนึ่ง วรรคโทษจำคุก 3-5 ปี และปรับตั้งแต่ 1,000,000- 5,000,000 กีบ	มาตรา 128 วรรคสาม วรรค โทษจำคุก 7-15 ปี แ ละ ป ร ับ ต ั้ง แ ต่ 5,000,000- 15,000,000 กีบ	มาตรา 129 วรรคโทษจำคุก 1- 5 ปี และปรับ ตั้งแ ต่ 2,000,000- 5,000,000 กีบ
สาธารณรัฐ ฝรั่งเศส	ต่ำกว่า 15 ปี	มา ต ร า 2 2 2 -2 3 วรรคโทษจำคุก 15 ปี	มาตรา 222-24 ข้อ 2 วรรคโทษจำคุก 20 ปี	มาตรา 222-29 ข้อ 1 วรรคโทษ จำคุก 10 ปี และปรับ €150,000

4.3 วิเคราะห์บทลงโทษ

ประเทศไทยไม่มีการบัญญัติฐานความผิดและกำหนดโทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กไว้ มีเพียงการบัญญัติฐานความผิดและกำหนดโทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบททั่วไป ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคหนึ่ง ที่กำหนดโทษไว้ว่า “ผู้กระทำความผิดจำคุกสี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” และบัญญัติฐานความผิดและกำหนดโทษของความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี ในประมวลกฎหมายอาญา ตามมาตรา 277 วรรคหนึ่งที่กำหนดโทษไว้ว่า “ผู้กระทำความผิดจำคุกสี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท” รวมถึงบัญญัติฐานความผิดและกำหนดโทษของความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่าสิบสามปี ในประมวลกฎหมายอาญา ตามมาตรา 277 วรรคสาม ที่กำหนดโทษไว้ว่า “ผู้กระทำความผิดจำคุกเจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต” ซึ่งเมื่อพิจารณา ตามประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กำหนดโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบททั่วไป มาตรา 128 ไว้ว่า “ผู้กระทำความผิดจำคุกตั้งแต่ สามปีถึงห้าปี และปรับตั้งแต่หนึ่งล้านกิบถึงห้าล้านกิบ (สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท)” สำหรับโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก มาตรา 128 วรรคสาม ได้กำหนดไว้ว่า “ผู้กระทำความผิดจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่ห้าล้านกิบถึงสิบห้าล้านกิบ (สองหมื่นบาทถึงหกหมื่นบาท)” และกำหนดโทษในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก มาตรา 129 ไว้ว่า “ผู้กระทำความผิดจำคุกตั้งแต่หนึ่งถึงห้าปี และปรับตั้งแต่สองล้านกิบถึงห้าล้านกิบ (แปดพันบาทถึงสองหมื่นบาท)” ด้วยลักษณะสภาพวัฒนธรรมเรียบง่ายและความประพฤติเรียบร้อยของผู้หญิงของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ทำให้มีกรณีที่ผู้เสียหายไม่ว่าจะเป็นเด็กหรือผู้ใหญ่ถูกข่มขืนกระทำชำเรานั้นน้อยมาก ประกอบกับการกระทำความผิดดังกล่าวเกิดจากความต้องการทางเพศ ตามธรรมชาติของผู้กระทำซึ่งเป็นผู้ชาย แต่ไม่สามารถควบคุมอารมณ์ดังกล่าวได้ ทำให้เกิดความเสียหายทางเพศต่อผู้หญิงหรือเด็กหญิงที่ไม่ได้ให้ความยินยอมกระทำชำเราดังกล่าว ซึ่งเป็นเพียงการที่ผู้เสียหายได้รับอันตรายแก่กายและจิตใจ แต่ไม่ได้รับอันตรายสาหัสแก่กายหรือถึงแก่ความตาย ทำให้การลงโทษจำคุกและโทษปรับในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กำหนดโทษต่ำสุดและสูงสุดไว้ที่สามปีถึงห้าปี ในฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเราที่ชายกระทำต่อหญิงเท่านั้น ซึ่งกำหนดโทษไว้ต่ำกว่าประเทศไทย รวมไปถึงการกำหนดโทษในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กด้วย แต่สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวกำหนดฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเราต่อเด็กหญิงด้วย ซึ่งเป็นส่วนที่เป็นความแตกต่างกับประเทศไทย สำหรับสหรัฐอเมริกา พิจารณาตาม 10 U.S. Code §920 กำหนดไว้ 3 ฐานความผิด ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบททั่วไป ตามมาตรา 120 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 120b.(a) และ ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก (ความผิดฐานอนาจารหรือกระทำการรุนแรงทางเพศ

ต่อเด็ก) ตามมาตรา 120b. (b) และ (c) ทั้งสามฐานความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญาที่มีผลกระทบร้ายแรงต่อสังคม จะต้องถูกลงโทษตามที่ศาลทหารกำหนด ตามลักษณะของการกระทำความผิด พฤติการณ์ และดุลยพินิจของผู้พิพากษา ทำให้การลงโทษในแต่ละฐานความผิดของสหรัฐอเมริกาไม่มีบทบัญญัติชัดเจนที่แน่นอน มีเพียงการอธิบายการกระทำอันเป็นลักษณะความผิดของแต่ละฐานความผิด ซึ่งมีการแยกอนุความผิดย่อยออกไปอีก โดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กซึ่งรวมไปถึงการข่มขืนกระทำชำเราต่อเด็กด้วย ทำให้สหรัฐอเมริกามีความแตกต่างกับประเทศไทยค่อนข้างมากในเรื่องโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ฐานกระทำชำเราเด็กและฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเราเด็ก และสุดท้ายเมื่อพิจารณาสาธารณรัฐฝรั่งเศส ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส โทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบททั่วไป มาตรา 222-23 “ผู้กระทำความผิดจำคุกสิบห้าปี” โทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก มาตรา 222-24 (2) “ผู้กระทำความผิดจำคุกยี่สิบปี” โทษในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก มาตรา 222-29 (1) “ผู้กระทำความผิดจำคุกสิบปี และปรับ €150,000” ด้วยสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีการกำหนดโทษในความผิดที่เป็นอาญาร้ายแรง ให้จำคุกตั้งแต่สิบปีขึ้นไป จึงไม่มีการกำหนดโทษปรับควบคู่อีก ดังจะเห็นได้จากบทลงโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและข่มขืนกระทำชำเราเด็ก แต่สำหรับความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ซึ่งเป็นความผิดอาญาไม่ร้ายแรง จึงกำหนดโทษจำคุกไว้ไม่เกินสิบปี จึงต้องมีโทษปรับควบคู่ด้วย ซึ่งเป็นแนวความคิดการลงโทษที่มีความแตกต่างกับประเทศไทย เพราะถึงแม้ประเทศไทยจะกำหนดโทษจำคุกไว้สูงสุดก็ยังมีโทษปรับควบคู่อยู่ ในฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเราและกระทำชำเราเด็ก แต่ถึงอย่างไรก็ตาม ประเทศไทยกำหนดโทษจำคุกสูงสุดไว้ที่ยี่สิบปี แต่สาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดไว้ที่สามสิบปี และอีกประการหนึ่งที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีความแตกต่างกับประเทศไทย คือ มีการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กแยกออกจากฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเราและกระทำชำเราเด็ก

จากการศึกษาการบัญญัติโทษในสามประเทศนั้น เห็นว่า ทั้งสามประเทศจะกำหนดโทษของความผิดข่มขืนกระทำชำเราเด็กสูงกว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบททั่วไป ส่วนความผิดฐานกระทำชำเราเด็กจะมีโทษในส่วนของโทษจำคุกที่เบากว่าโทษของความผิดข่มขืนกระทำชำเราเด็ก แต่โทษจำคุกอาจจะมากกว่าหรือน้อยกว่าโทษของความผิดข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำชำเราที่เป็นบททั่วไป แต่ในส่วนโทษปรับอาจมีการเพิ่มหรือลดในแต่ละประเทศตามแต่ละกรณี

การกำหนดโทษเพื่อให้ศาลลงโทษแก่การกระทำความผิด พบว่า กฎหมายสหรัฐอเมริกาและกฎหมายไทย กำหนดโทษจำคุกและโทษปรับไว้สำหรับความผิดในแต่ละฐาน เพื่อให้ศาลใช้ลงโทษ แต่ในกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ความผิดที่ได้แยกเป็นสามประเภท กล่าวคือ ความผิดอุกฤษฏ์โทษ ความผิดฆฉฉฉฉฉ และความผิดลหุโทษ จะมีระดับชั้นของโทษตามประเภทของฐานความผิดที่ศาลจะเลือกใช้มาลงโทษแตกต่างกัน เพื่อให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิด

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความหลากหลายของชั้นโทษ พบว่า กฎหมายอาญาไทยมีความหลากหลายของชั้นโทษประหารชีวิต โทษจำคุกและโทษปรับ มีโทษขั้นสูงและขั้นต่ำไว้ และเป็นการกำหนดโทษโดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้บัญญัติขึ้น เพื่อให้ศาลเลือกใช้ในขณะที่กฎหมายฝรั่งเศส กำหนดเพียงโทษจำคุกขั้นสูง ไม่มีโทษขั้นต่ำ ซึ่งในบางกรณีการกำหนดโทษขั้นสูงหรือขั้นต่ำ มีผลต่อการกำหนดโทษของศาลที่ไม่อาจใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดได้ ซึ่งแนวทางในการกำหนดระดับโทษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งโทษจำคุกและโทษปรับนั้น ในกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งดุลพินิจของศาลทั้งในการกำหนดโทษได้กว้างขวาง และมีกระบวนการกำหนดโทษที่เหมาะสมกับการกระทำความผิดและตัวผู้กระทำความผิด ได้มีการกำหนดวิธีการกำหนดโทษไว้เป็นแนวทางให้ศาลได้นำมาปรับใช้กับผู้กระทำความผิดและการกระทำความผิดในแต่ละคดี ที่เรียกว่า Sentencing Process และ Sentencing Guidelines เพื่อก่อให้เกิดความเสมอภาค ในการลงโทษ และมีความเหมาะสมของการลงโทษทั้งในด้านความร้ายแรงของความผิดและสภาพแวดล้อมของผู้กระทำความผิด ส่วนในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งมีแนวทางในการกำหนดโทษโดยกำหนดอัตราโทษในแต่ละฐานความผิดไว้ชัดเจนในฐานความผิดแต่ละฐาน และให้ดุลพินิจศาลในการกำหนดโทษ โดยพิจารณาถึงสภาพของความผิดและภูมิหลังของผู้กระทำความผิดประกอบ เพื่อกำหนดวิธีการลงโทษและจำนวนโทษให้เหมาะสมกับกรณีนั้นๆ ทั้งนี้ โดยมีเป้าหมายเดียวกัน คือ ต้องการให้มีความเหมาะสมในการกำหนดโทษและบังคับใช้มาตรการการลงโทษให้เหมาะสมกับความผิดและผู้กระทำอันจะนำไปสู่ผลของการทำให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำความผิดของผู้นั้นอีก และมีความเป็นธรรม แก่ผู้ต้องรับโทษ

หากมีการบัญญัติฐานความผิดเข้มข้นขึ้นกระทำซ้ำเราเด็ก เพิ่มเติมหรือแยกออกจากความผิดฐานเข้มข้นกระทำซ้ำเราทั่วไป หรือความผิดฐานกระทำซ้ำเราเด็กนั้น ย่อมต้องปรับเปลี่ยนบทลงโทษที่เหมาะสมตามแต่ละฐานความผิดด้วย ซึ่งผู้วิจัยจะขอวิเคราะห์ในหัวข้อต่อไป

4.3.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดและโทษตามกฎหมายอาญาไทยและกฎหมายต่างประเทศ

4.3.1.1 แนวคิดในการบัญญัติความผิดและโทษ

จากการศึกษาพบว่า แต่ละประเทศมีการกำหนดอัตราโทษไว้ในแต่ละฐานความผิดค่อนข้างแตกต่างกัน ซึ่งไม่อาจอธิบายถึงแนวคิดหรือทฤษฎีที่ใช้เป็นแนวทางในการกำหนดระดับหรืออัตราโทษทางวิชาการได้อย่างแน่ชัด เช่น กฎหมายฝรั่งเศสจะมีการพิจารณาการลงโทษจากความผิดว่าเป็นความผิดประเภทโทษขั้นสูง (จำคุกตั้งแต่สิบปีขึ้นไป) หรือโทษขั้นต่ำ (จำคุกต่ำกว่าสิบปี) เป็นหลักในการแบ่งความผิดว่าร้ายแรงหรือไม่ร้ายแรง ส่วนประเทศไทยนั้นจะพิจารณาการบัญญัติ

ความผิดและโทษเทียบเคียงกับกฎหมายของต่างประเทศและสภาพความเหมาะสมของสังคมไทย ตลอดจนแนวโน้มการเกิดอาชญากรรมในช่วงเวลาที่ร่างกฎหมายด้วย

4.3.1.2 แนวคิดในการลงโทษ

การกำหนดโทษสำหรับความผิดแต่ละฐาน มีหลักที่ชัดเจนว่า มีความสัมพันธ์กับความร้ายแรงของอันตรายที่เกิดขึ้นในสังคมแต่ละสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความผิดที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ วางเพลิง ชีวิต ร่างกาย ยาเสพติด และเพศ หรือความผิดที่กระทำต่อเด็กแต่ละประเทศ มีการกำหนดโทษสูงและมีมาตรการลงโทษจำคุกเป็นหลัก ในขณะที่ความผิดที่กระทำต่อทรัพย์ หรือความผิดนอกเหนือจากที่กล่าวมาแล้วนั้น มักจะมีโทษต่ำและไม่ใช้การลงโทษจำคุกเป็นหลัก (ใช้โทษปรับหรือมาตรการอื่นทางอาญา) แต่สำหรับกฎหมายสหรัฐอเมริกา และกฎหมายฝรั่งเศส จะมีการลงโทษอื่นๆ ที่มีใช้แค่เพียงโทษปรับและโทษจำคุก เพื่อให้ศาลเลือกใช้ให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดและ เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นกับศาล ในการใช้ดุลยพินิจในการกำหนดอัตราโทษ ให้เหมาะสมกับคดีความผิด ตัวผู้กระทำความผิด และเหตุปัจจัยในการกระทำความผิดในแต่ละคดีมากขึ้น

จากการศึกษาพบว่าความผิดร้ายแรง คือ การกระทำความผิดทุกอย่างที่สังคมมีความรู้สึกต่อการกระทำนั้นๆ เป็นความรุนแรงและเป็นปัญหาสำคัญต่อสังคม ซึ่งตามกฎหมายอาญาของประเทศไทย อาจจะแบ่งการกระทำความผิดอาญาออกเป็น 2 ลักษณะ คือ ความผิดอาญาต่อแผ่นดิน และ ความผิดอาญาอันยอมความได้

โทษจำคุกที่กำหนดไว้สำหรับความผิดร้ายแรงของแต่ละประเทศ คือ

กฎหมายอาญาฝรั่งเศส จะลงโทษหนักสำหรับความผิดโทษขั้นสูง และจะลงโทษเล็กน้อยรวมไปถึงใช้มาตรการการฟื้นฟูผู้กระทำความผิดสำหรับความผิดโทษขั้นกลาง และกฎหมายฝรั่งเศสกำหนดโทษสูงสุด เป็นโทษจำคุกตลอดชีวิต

กฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกาจะกำหนดโทษไว้สูงสำหรับอาชญากรรมร้ายแรง และมีมาตรการฟื้นฟูเยียวยาและพักการลงโทษสำหรับอาชญากรที่ปรับปรุงตัวได้ในระหว่างจำคุก และกฎหมายสหรัฐอเมริกาคำหนดโทษสูงสุด เป็นโทษประหารชีวิต

กฎหมายอาญาไทยและกฎหมายอาญาสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กำหนดโทษไว้แตกต่างกันไปตามลักษณะความร้ายแรงของแต่ละฐานความผิด กล่าวคือ มีโทษจำคุกสถานเดียวหรือปรับสถานเดียว โทษจำคุกและปรับ จำคุกตลอดชีวิต และกำหนดโทษสูงสุดเป็นโทษประหารชีวิต

สำหรับโทษจำคุกที่กำหนดสำหรับความผิดร้ายแรง พบว่า การกำหนดโทษจำคุกที่จะกำหนดระยะเวลายาวหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับ “นโยบายการลงโทษทางอาญาของแต่ละประเทศ” กล่าวคือ หากประเทศนั้นต้องการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเป็นหลัก จะมีโทษจำคุกไม่

นาน เพราะต้องการให้ผู้กระทำความผิดที่ต้องรับโทษสามารถกลับเข้าสู่สังคมได้ ซึ่งประเทศที่มีแนวคิดดังกล่าวนี้ เช่น กฎหมายอังกฤษ จำคุกสูงสุดสิบสี่ปี กฎหมายเยอรมันจำคุกสูงสุดสิบห้าปี กฎหมายไทยจำคุกสูงสุดยี่สิบปี แต่หากประเทศนั้นต้องการลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมในกรณีที่เป็นความผิดร้ายแรงเป็นหลัก จะมีโทษจำคุกนาน ซึ่งประเทศที่มีแนวคิดดังกล่าวนี้ เช่น กฎหมายฝรั่งเศส จำคุกสูงสุดสามสิบปี กฎหมายสหรัฐอเมริกาจำคุกสูงสุดสี่สิบปี¹²³

การลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation and Correction) โดยการใช้โทษจำคุกมีที่มาจากทฤษฎีการลงโทษของนักอาชญาวิทยาสำนักคลาสสิก เหตุผลก็มีอยู่ว่า การลงโทษมีแนวโน้มที่จะปรับปรุงผู้กระทำความผิด และอาจจะปรับปรุงแก้ไขได้สำเร็จ โดยการก่อให้เกิดความกลัวว่าจะมีการลงโทษซ้ำอีก โดยการก่อให้เกิดความสำนึกว่า อาชญากรรม ให้ประโยชน์ไม่คุ้มกับโทษหรือโดยการทำลายนิสัยต่างๆ ที่อาชญากรได้สร้างขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าโทษ เป็นการจำคุกระยะยาว ผู้กระทำความผิดก็จะไม่มีโอกาสแสดงนิสัยเหล่านั้น ส่วนการลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟูที่มาจากทฤษฎีการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดของนักอาชญาวิทยาสำนักโพสิทีฟ ด้วยวิธีการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลหรือรายกลุ่มแบบต่าง และตามแนวคิดนี้เห็นว่าผู้กระทำความผิดเป็นผู้ป่วย การแก้ไขผู้กระทำความผิดให้เป็นคนดี ต้องมีขั้นตอนหลายขั้นตอน คือ ขั้นตอนแรก ตรวจสอบหาสาเหตุของปัญหา ขั้นตอนที่สอง วิเคราะห์สาเหตุ และขั้นตอนสุดท้าย รักษาหรือแก้ไขที่สาเหตุนั้น ซึ่งมีความมุ่งหมายเพียงจะป้องกันไม่ให้เกิดบุคคลที่ได้กระทำความผิดมาแล้วกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก ไม่ได้มุ่งหมายจะให้ผลถึงบุคคลอื่นโดยตรง วิธีการตามทฤษฎีนี้คือนอกจากจะพยายามหาทางให้ผู้ที่ได้กระทำความผิดมาแล้วเกิดความประสงค์ที่จะยับยั้งไม่กระทำความผิดซ้ำอีกแล้ว ยังจะต้องทำให้ผู้นั้นเกิดความสามารถที่จะยับยั้งเช่นนั้นด้วย มีผู้เห็นว่า ไม่ควรใช้คำว่า การลงโทษ (Punishment) แต่ควรใช้คำว่า ปฏิบัติเยียวยา (Treatment) แทน เพราะการทำให้บุคคลได้รับความยากลำบากด้วยการลงโทษไม่น่าจะทำให้คนประพฤติดีขึ้น

ในความผิดร้ายแรง มักจะไม่กำหนดโทษปรับควบคู่กับโทษจำคุกขั้นสูงสุดหรือโทษสูงสุด กล่าวคือ หากกำหนดโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือประหารชีวิตแล้ว ก็จะไม่กำหนดโทษปรับควบคู่กันอีก ทั้งนี้เพราะการลงโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือประหารชีวิตมุ่งเน้นการข่มขู่ และตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม ดังนั้น การลงโทษปรับจึงไม่บรรลุเป้าหมายในการข่มขู่การกระทำความผิดที่ร้ายแรง และไม่มีผลเป็นการยับยั้งผู้กระทำความผิด ดังจะเห็นได้จากกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ที่บัญญัติโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีในความผิดร้ายแรง เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจำคุกสิบห้าปี

¹²³ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, **สรุปการสัมมนาทาง**

วิชาการแนวทางการจัดแบ่งกลุ่มความผิดและโทษในประมวลกฎหมายอาญาของไทย (กรุงเทพฯ: สถาบันฯ, 2554), หน้า 76.

หรือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก จำคุกยี่สิบปี แต่อย่างไรก็ตาม แม้โดยหลักทั่วไปการกำหนดความหนักเบาของโทษปรับ จะมีความสัมพันธ์เป็นสัดส่วนกับความหนักเบาของโทษจำคุก แต่ปรากฏว่ากฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้ยึดหลักทั่วไปดังกล่าวเป็นหลักตายตัว ความผิดบางประเภทจะกำหนดความหนักเบาของโทษปรับตามความร้ายแรงของความผิดที่กระทบต่อส่วนรวม แม้จะมีการกำหนดอัตราโทษจำคุกไว้แตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศซึ่งมิใช่การข่มขืนกระทำชำเรา และได้กระทำต่อผู้เยาว์อายุไม่เกินสิบห้าปี หรือกระทำต่อบุคคลผู้อ่อนแออันเนื่องมาจากสาเหตุต่างๆ ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 222-29 กำหนดโทษจำคุกไว้สิบปีและปรับ 150,000 ยูโร ในขณะที่ความผิดฐานแสวงหาผลประโยชน์จากการค้าประเวณีตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 225-5 กำหนดโทษจำคุกไว้เพียงเจ็ดปี แต่กำหนดโทษปรับไว้ 150,000 ยูโร ถึงแม้จะมีโทษปรับเท่ากันแต่โทษจำคุกกำหนดน้อยกว่าในฐานะความผิดแรก

สำหรับประเทศไทยไม่กำหนดโทษปรับควบคู่กับโทษจำคุกขั้นสูงสุดหรือโทษสูงสุดเช่นกัน คือ จะไม่มีลงโทษปรับควบคู่การลงโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือประหารชีวิต แต่สำหรับ การลงโทษจำคุก ในความผิดที่ร้ายแรง ยังกำหนดโทษปรับควบคู่กับโทษจำคุกดังกล่าวอยู่ เห็นได้จากโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคหนึ่ง และโทษในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม ที่มีการเพิ่มโทษปรับในสองมาตราดังกล่าว แต่ในบางกรณี มาตรา 277 วรรคสาม มีโทษสูงสุด คือ จำคุกตลอดชีวิตด้วย เมื่อลงโทษจำคุกตลอดชีวิตแล้ว จึงไม่มีการลงโทษปรับควบคู่อีก เหตุผลการกำหนดโทษปรับควบคู่กับโทษจำคุกนั้น เนื่องจากในบางกรณี อาทิ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือความผิดเกี่ยวกับเจ้าพนักงานของรัฐแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบซึ่งมีความผิดเกี่ยวข้องโดยตรงกับทรัพย์สิน ดังนั้น ถ้ากำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษเฉพาะโทษจำคุก ครอบครัวของผู้กระทำความผิดยังคงได้รับความสะดวกสบายจากเงินหรือประโยชน์ที่ได้มาโดยไม่ชอบนั้นอยู่ หรือหากกรณีเป็นการกระทำความผิดของนิติบุคคลโดยตรง หากไม่มีโทษปรับแก่นิติบุคคล ก็ไม่สามารถลงโทษใดๆ กับนิติบุคคลได้เลย เนื่องจากนิติบุคคล ไม่สามารถจำคุกได้ และไม่สามารถนำผู้กระทำการแทนนิติบุคคลมาจำคุกแทนได้เช่นกัน ประกอบกับการมีโทษปรับดังกล่าว เงินที่ได้จากการปรับ เป็นการนำเงินมาเข้าหลวง เพื่อดูแลด้านต่างๆ ให้แก่ผู้ต้องขังในระหว่างจำคุกด้วย

4.3.2 วิเคราะห์อัตราโทษทางอาญาที่เหมาะสม ในฐานะความผิดข่มขืนกระทำชำเราเด็ก และฐานความผิดกระทำชำเราเด็กสำหรับประเทศไทย

จากที่ได้ศึกษากฎหมายต่างประเทศ กล่าวคือ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศไทยเกี่ยวกับการกระทำชำเราที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราเด็กนั้น พบว่า กฎหมายอาญาของประเทศที่ได้กล่าวอ้างข้างต้นนั้นจะคุ้มครองเด็กอยู่สอง

ประการ คือ อายุและความยินยอมของเด็ก ในส่วนของอายุนั้นกฎหมายจะคุ้มครองเด็กที่มีอายุแตกต่างกัน กล่าวคือ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว สาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศไทย คุ้มครองเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปีลงมา สหรัฐอเมริกาคุ้มครองเด็ก อายุตั้งแต่สิบหกปีลงมา ส่วนความยินยอมนั้นกฎหมายของประเทศที่ยกมาเปรียบเทียบนั้นมิได้บัญญัติว่าจะต้องมีความยินยอมหรือไม่อย่างไร หากเป็นการกระทำชำเราที่มีลักษณะครบตามที่กฎหมายบัญญัติต่อเด็กที่อายุไม่เกินเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดแล้ว ก็ถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราเด็กทันที ไม่ต้องมาพิจารณาถึงความยินยอมหรือไม่แต่ประเทศไทยบัญญัติคำว่า “ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม” ซึ่งต่างกับประเทศต่างๆ

เด็กที่ถูกกระทำชำเรา นั้น อาจเกิดจากความยินยอมของเด็ก ซึ่งหากเป็นกรณีเช่นนี้ ผู้กระทำก็ จะผิดกฎหมายเพียงกระทำชำเราเด็กเพราะไม่มีการข่มขืนใจ หรือบังคับขู่脅ให้เด็กยินยอม แต่ถ้าเป็นกรณีที่เด็กไม่ได้ยินยอมให้กระทำชำเรา และถูกกระทำชำเราไม่ว่าจะเป็นด้วยสาเหตุใด ก็ควรจะถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราเด็กซึ่งโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดนั้น ควรจะมากกว่าการกระทำชำเราเด็กที่ยินยอม

โดยปกติเด็กก็คือบุคคลที่มีอายุน้อย ยังไม่มีความสามารถในการใช้ชีวิตหรือป้องกันชีวิตจากอันตรายต่างๆ ที่อยู่รอบตัวได้ดีเช่นผู้ใหญ่ การที่เด็กจะถูกกระทำชำเราโดยไม่ยินยอมนั้นอาจเกิดจาก 3 สาเหตุ คือ

1. สติปัญญา

เด็กที่อายุน้อยไม่เกินสิบห้าปีโดยปกติแล้วหากกำลังศึกษา ก็จะอยู่ในระดับชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 3 หรือการศึกษาด้านอื่นๆ เทียบเท่ากับมัธยมศึกษาปีที่ 3 ยังต้องอาศัยอยู่กับบิดามารดา หรือผู้ปกครองที่มีความสามารถเลี้ยงดูตนเองได้ มีเด็กจำนวนน้อยมาก ที่จะแยกตัวออกมาประกอบอาชีพและศึกษาด้วยตนเอง ดังนั้นเด็กวัยนี้ไม่ว่าจะอยู่กับครอบครัวหรือออกมาใช้ชีวิตอย่างอิสระ อาจถูกหลอกล่อกระทำชำเราด้วยวิธีการต่างๆ ได้โดยง่าย กว่าบุคคลที่มีอายุกว่าสิบห้าปี

2. สภาพร่างกาย

เด็กในวัยนี้โดยเฉพาะเด็กผู้หญิงจะมีสรีระร่างกายที่อยู่ในวัยกำลังเจริญเติบโต มีหน้าอก สะโพก สรีระทางร่างกาย เด็กผู้ชายมีลักษณะเสียงที่แตกห้าว ใหญ่โตขึ้น ทำให้เป็นที่ดึงดูดความสนใจจากเพศตรงข้ามหรือเพศเดียวกัน ยิ่งถ้าเป็นเด็กมีลักษณะหน้าตาที่สวยงามด้วยแล้วก็จะอยู่ในสภาพที่อาจจะถูกกระทำชำเราได้ง่ายกว่า

3. สภาพแวดล้อม

มี 2 กรณี ได้แก่ สภาพแวดล้อมในครอบครัว และสภาพแวดล้อมในสังคม

1) สภาพแวดล้อมในครอบครัว อาจจะเป็นครอบครัวที่ยากจน หรือบิดามารดาหย่าร้างหรือแยกทางกันอยู่ ทำให้การดำเนินชีวิตเป็นไปด้วยความยากลำบาก ผู้ปกครองต้องหาเข้ากินค่า

ไม่มีเวลาที่จะมาดูแลเด็ก เด็กจึงอาจถูกหลอกกระทำชำเรา หรือบางทีก็มีข่าวออกมาบ่อยๆ ว่า ผู้ปกครองของเด็กเองกระทำชำเราเด็กที่อยู่ในความปกครองของตนในขณะที่มีเงินมาจากการดื่มสุรา หรือเสพติดสารเสพติดเข้าไป

2) สภาพแวดล้อมในสังคม อาจจะแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ สังคมใกล้ชิด กับสังคมไกลตัว

สังคมใกล้ชิด เป็นสังคมที่อยู่ใกล้กับที่อยู่อาศัยของเด็กซึ่งอาจจะเป็นชุมชนแออัดที่มีการอยู่อาศัยอย่างหนาแน่น เช่น ชุมชนแออัด (สลัม) เป็นต้น สภาพแวดล้อมในลักษณะนี้มักจะมียาเสพติดเข้ามาเกี่ยวข้องเสมอ ซึ่งเด็กอาจถูกหลอกให้เสพยาเสพติด เช่น ยาบ้า ยาไอซ์ หรือแม้แต่สุรา แล้วทำให้ขาดสติสัมปชัญญะไม่สามารถดูแลตนเองได้ จึงอาจถูกกระทำชำเราในขณะที่ไม่มีสติได้ ในลักษณะเช่นนี้ก็จะถือว่าเด็กถูกกระทำชำเราโดยไม่ยินยอม จึงถือว่าเป็นผู้กระทำได้ข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

สังคมไกลตัวนั้น เป็นเหตุการณ์ที่ไม่มีใครคาดคิดได้ว่าจะเกิดแก่ตนเองที่ไหน เมื่อไหร่ เห็นได้จากที่ปรากฏตามข่าวหน้าหนังสือพิมพ์หรือโทรทัศน์ เช่น กรณีน้องแก้มที่โดยสารรถไฟจากกรุงเทพฯ ไปหาญาติที่ต่างจังหวัดแต่เพียงผู้เดียวได้ถูกลูกจ้างชั่วคราวของการรถไฟแห่งประเทศไทย เข้าปลุกปล้ำในโบกี้ที่น้องแก้มนอนอยู่จนสำเร็จความใคร่ จากนั้นก็ฆ่าน้องแก้มให้ตายแล้วโยนศพออกไปทางหน้าต่างรถไฟ

จึงเห็นได้ว่าทั้งสามสาเหตุที่ผู้วิจัยได้ยกขึ้นมานั้น เป็นจุดอ่อนของเด็ก เมื่อผู้กระทำสามารถทราบจุดอ่อนนั้นแล้ว ทำให้ผู้กระทำมีความผิดจะคอยติดตามเผ่าสังเกตพฤติกรรมของเด็ก เส้นทางการใช้ชีวิตประจำวัน ลักษณะทางกายภาพหรือการพูดจาที่น่าดึงดูดใจของเด็ก ทำให้ผู้กระทำมีความผิดอาจเข้าใจในทันที หรืออาจจะตีสั้นกับเหยื่อไปชั่วระยะเวลาหนึ่ง พูดจาอ่อนหวานเกี้ยวให้เด็กใจอ่อน หรือใช้ความไว้วางใจของเด็กมาหลอกลวง นำเงินหรือสิ่งของที่เด็กต้องการมาหลอกล่อเพื่อต้องการกระทำชำเราต่อเด็ก ซึ่งตามลักษณะของการกระทำความผิด ถ้าหากเป็นการจู่โจมประชิดตัว ใช้กำลังทางกายภาพหรือใช้อาวุธรวมถึงการข่มขู่ในบางกรณี เพื่อกระทำชำเราต่อเด็ก ย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ส่วนการพยายามทำความรู้จัก แสวงหาพูดจาอ่อนหวาน นำเงินหรือสิ่งของมาหลอกล่อ อาจทำให้เด็กยินยอมถูกกระทำชำเราได้ กรณีนี้ย่อมเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา แต่หากเป็นการหลอกลวงเด็ก เพราะเด็กให้ความไว้วางใจเนื่องจากเป็นคนสนิทคุ้นเคย เช่น หลอกเด็กว่าแม่เด็กให้มารับ ก็ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงต่อไปว่าเมื่อเด็กรู้แล้วว่าถูกผู้กระทำความผิดหลอกลวงมา เด็กมีพฤติกรรมพยายามหลบหนี ต่อสู้หรือขอความช่วยเหลือหรือไม่ หรือเด็กยินยอมมีเพศสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิด ซึ่งก็ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหรือการกระทำชำเราเด็ก

ในกรณีที่เด็กถูกระทำชำเราในขณะที่ตนเองไม่ยินยอม หรือกฎหมายถือว่าไม่ยินยอมแล้ว ก็ควรจะต้องมีการเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดในฐานะ “ผู้ข่มขืนกระทำชำเราเด็ก” เพื่อให้ผู้กระทำความผิด หรือผู้ที่คิดจะกระทำความผิด หรือแม้แต่ผู้ที่ไม่คิดจะกระทำความผิดฐานดังกล่าวได้ตระหนักรู้ถึงโทษทางอาญาที่เพิ่มขึ้น เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นภัยต่อสังคม ผิดศีลธรรมอันดีอย่างร้ายแรงของสังคม ซึ่งเมื่อผู้กระทำตัดสินใจที่จะกระทำทางเพศต่างๆ ต่อเด็กแล้ว ควรต้องได้รับโทษหนักขึ้น เพราะเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีความอ่อนแอกว่าในทางกายภาพ และสติปัญญาเป็นการทำร้ายซ้ำเติมแก่เด็กบางกลุ่มที่อยู่ในสภาพสังคมที่มีความเสี่ยงเป็นทุนเดิมอยู่แล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม ในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มีหลายครั้งที่การแก้ไขเกิดจากการที่ ผู้บัญญัติกฎหมายเห็นว่า ความผิดในฐานนั้นๆ มีการกระทำความผิดเพิ่มขึ้นในสังคมไทย จึงได้เพิ่มโทษเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดอีก ซึ่งเป็นการเพิ่มโทษเพราะเหตุผลของการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง และในกรณีที่มีการขอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในส่วนที่มีการแก้ไขอัตราโทษนั้น ก็จะมีการปรับแก้ตัวเลขโทษจำคุกหรือโทษปรับให้สูงขึ้น โดยไม่มีเหตุผลของสัดส่วนที่เพิ่มขึ้นที่ชัดเจนว่าเหตุใดจึงเพิ่มเช่นนั้น แต่มีเหตุผลของความต้องการเพื่อข่มขู่ป้องกันมิให้ผู้กระทำได้มีการกระทำความผิดนั้น การปรับเปลี่ยนอัตราโทษจำคุกหรือโทษปรับหรือการลงโทษให้เหมาะสม กับความผิดและตัวผู้กระทำความผิดจึงยังหาหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในทางวิชาการ มาสนับสนุนถึงการเพิ่มโทษหรือปรับเปลี่ยนโทษไม่ได้ชัดเจนนัก นอกจากนี้ เหตุผลในการเพิ่มโทษหรือการกำหนดโทษ ในความผิดใหม่ๆ นั้น ในกฎหมายไทยไม่อาจพิเคราะห์ถึงเหตุผลของการกำหนดโทษที่สูงขึ้น โดยอาศัยเหตุผลทางวิชาการได้ แต่หากพิเคราะห์จากเหตุผลของการแก้ไข มีเหตุผลหลัก คือ เพื่อข่มขู่ยับยั้งมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดซ้ำอีก และให้ผู้ที่จะกระทำความผิดเกรงกลัว ไม่กล้าลงมือกระทำ สำหรับโทษทางอาญาที่เหมาะสม สำหรับฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเราเด็ก และฐานความผิดกระทำชำเราเด็ก เมื่อพิจารณาจาก ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ได้กำหนดโทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ 5 ลักษณะ คือ ประหารชีวิต จำคุก ปรับ กักขัง ริบทรัพย์สิน แต่โทษประหารชีวิตและโทษจำคุกตลอดชีวิตมิให้นำมาใช้บังคับ แก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี โดยจะลงโทษในอัตราใดนั้น จะต้องพิจารณาจากความผิดในแต่ละฐาน ซึ่งมีอัตราโทษที่หลากหลายและสลับซับซ้อน ซึ่งโทษที่มีการใช้เป็นจำนวนมากและมีความหลากหลาย คือ “โทษจำคุก” และ “โทษปรับ” โดยโทษจำคุกที่กำหนดไว้สูงสุด คือ จำคุกตลอดชีวิต จำคุกไม่เกินยี่สิบปีไปจนถึงจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน สำหรับโทษปรับสูงสุดคือ 1,000,000 บาท และต่ำสุดนั้นกำหนดไว้เพียง 100 บาทเท่านั้น

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีได้กระทำความผิด ที่มีระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต ให้ถือว่าโทษดังกล่าวได้เปลี่ยนเป็นระวางโทษจำคุกห้าสิบปี ซึ่งผู้วิจัยจะวิเคราะห์โทษทางอาญาเฉพาะ 2 สถานแรกเท่านั้น คือ ประหารชีวิต และจำคุก

ซึ่งโทษประหารชีวิตนั้นเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าเป็นโทษทางอาญาสูงสุด ไม่มีโทษทางอาญาที่สูงกว่านี้แล้ว¹²⁴ อย่างไรก็ตาม เมื่อได้ระวางโทษประหารชีวิตในความผิดฐานหนึ่งแล้ว ศาลอาจวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตในความผิดฐานอื่นอีกได้ ทำนองเดียวกันเมื่อศาลได้ระวางโทษจำคุกจำเลยตลอดชีวิตแล้ว จะเพิ่มโทษอีกไม่ได้ แต่หากเป็นการกระทำความผิดหลายกรรมต่างกัน แม้ศาลจะลงโทษกระทงหนึ่งตลอดชีวิตแล้ว ศาลยังชอบที่จะเพิ่มโทษกระทงอื่นๆ ได้อีก¹²⁵

ส่วนโทษจำคุกนั้น เป็นโทษที่เอาตัวบุคคลผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคม ไปอยู่ในสถานที่ที่ไม่เกี่ยวข้องกับสังคมเพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดนั้นได้กระทำความผิดขึ้นอีกภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด เนื่องจากโทษจำคุกนั้นเป็นโทษที่มีระยะเวลาเข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นวัน, เดือน, ปี หรือ ตลอดชีวิตของผู้กระทำความผิด มีระยะเวลาของโทษขั้นต่ำคือ “ตั้งแต่” ไปจน “ถึง” ระยะเวลาที่ยาวนานกว่า เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 บัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่นต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี” เป็นที่น่าสังเกตว่าประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติโทษจำคุกที่กำหนดระยะเวลาเป็นปีนั้น ไม่มีมาตราใดเลยที่กำหนดโทษจำคุกเกินกว่ายี่สิบปี มีแต่กำหนดโทษจำคุกตลอดชีวิต ที่หากจะลดโทษลงมาก็ให้คงเหลือโทษจำคุกห้าสิบปี หรือโทษจำคุกหลายกระทงที่รวมโทษจำคุกแล้วหลายปี ก็ให้จำคุกไม่เกินห้าสิบปี หากจะลงโทษผู้กระทำความผิดเกินกว่ายี่สิบปีแล้ว ก็จะบัญญัติให้เป็นโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือประหารชีวิตอย่างใดอย่างหนึ่ง

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีการกำหนดโทษไว้หลากหลายลักษณะ ซึ่งโทษจำคุกและโทษปรับมีความหลากหลายมากที่สุด โดยอัตราโทษจำคุกที่มีอัตราโทษสูงสุด คือ ยี่สิบปี และโทษปรับสูงสุด คือ 1,000,000 บาท โดยเป็นการกำหนดตามที่เห็นสมควรให้ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดฐานนั้น เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัว ไม่กล้าที่จะกระทำความผิดอีก อีกทั้งประเทศไทยมีการกำหนดโทษขั้นต่ำและขั้นสูงไว้ เพื่อจำกัดดุลพินิจมิให้ศาลลงโทษต่ำหรือสูงไป และในประมวลกฎหมายอาญาจะเห็นได้ว่า การกำหนดโทษในแต่ละฐานความผิดตามลักษณะของความร้ายแรงซึ่งมีความแตกต่างหลากหลายไปตามลักษณะของความผิด โดยถือหลักการลงโทษจำคุกและปรับเป็นหลัก นอกจากนี้บางฐานความผิดยังกำหนดโทษไว้หลายอย่าง เพื่อให้ศาลได้เลือกลงโทษ ซึ่งมีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับควบคู่กัน แต่ความผิดที่ต้องใช้โทษจำคุกเป็นหลัก คือ ความผิดเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และเพศที่ผู้เสียหายเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี

สำหรับโทษจำคุกในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ในบางฐานความผิดควรมีโทษจำคุกที่สูงขึ้น เพราะปัจจุบันพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงในการกระทำความผิดได้เบี่ยงเบนไป ซึ่งเป็นเหตุให้

¹²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 361/2530

¹²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8492/2547

การกระทำความผิด บางลักษณะได้เปลี่ยนจากการเป็นความผิดเล็กน้อยไปสู่อาชญากรรมที่รุนแรง เช่น การข่มขืนกระทำชำเราชายหรือหญิงวัยรุ่น ปัจจุบันได้มีการข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ผู้สูงอายุ คนพิการ รวมไปถึงบุพการีของผู้กระทำความผิดเองที่ชราภาพแล้วก็ตาม ดังนั้นเพื่อเป็นการปราบปรามอาชญากรรม ซึ่งมีแนวโน้มว่าจะมีการกระทำความผิดมากยิ่งขึ้น และรองรับกับฐานความผิดใหม่ๆ ที่อาจเกิดขึ้น จึงต้องเปลี่ยนแปลงระดับหรืออัตราของโทษด้วย แต่สำหรับโทษที่เป็นความผิดพื้นฐาน (มีอัตราโทษจำคุก 3 ปี) และเพิ่มขึ้นไปตามความร้ายแรงของการกระทำความผิดต่อสังคมจากการศึกษาเปรียบเทียบความผิดและโทษในกฎหมายต่างประเทศ และประเทศไทย จะกำหนดโทษจำคุก 3 ปี สำหรับความผิดที่เป็นการกระทำต่อทรัพย์ ร่างกาย เสรีภาพ และชื่อเสียง ซึ่งถือเป็นความผิดพื้นฐานในทุกสังคม อันแสดงให้เห็นถึงหลักการร่วมกันว่า หากเป็นความผิดพื้นฐานแล้ว ควรได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และระยะเวลา 3 ปีนี้ น่าจะเป็นเวลาที่เหมาะสมสำหรับการที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับการแก้ไขฟื้นฟูและกลับเข้าสู่สังคม

สำหรับโทษปรับ ตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2500 ที่บังคับใช้มาเป็นระยะเวลา 58 ปี โดยยังไม่มีมีการแก้ไขปรับปรุง ในขณะที่มูลค่าของเงินได้เปลี่ยนแปลงไปมากกว่าสิบเท่าแล้ว ดังนั้นเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมปัจจุบันที่เปลี่ยนแปลงไป ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย พ.ศ.2558 จึงได้มีการแก้ไขปรับปรุงโทษปรับให้สูงขึ้นในบางมาตราแล้ว เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคหนึ่ง และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสาม และในประมวลกฎหมายอาญาของไทย มีการกำหนดโทษปรับตายตัว และมีเกณฑ์การกำหนดอัตราโทษปรับที่เป็นสัดส่วนกับโทษจำคุก แต่สัดส่วนดังกล่าวมีการเปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากการแก้ไขกฎหมายหรือการเพิ่มฐานความผิดภายหลัง อาจต้องประสบกับภาวะค่าของเงินลดลงหรือสูงขึ้น ดังนั้นเพื่อให้อัตราโทษปรับสอดคล้องกับภาวะเศรษฐกิจโดยพิจารณาจากค่าของเงิน และเพื่อให้มีผลเป็นการยับยั้งผู้กระทำความผิด สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาหลักการปรับตามรายได้ของผู้กระทำความผิดด้วย

สำหรับเหตุผลที่กฎหมายได้กำหนดอัตราโทษจำคุกไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไว้ไม่เกินยี่สิบปี นอกจากเพื่อเป็นการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด ให้สามารถกลับไปใช้ชีวิตในสังคมได้ และไม่หวงไปกระทำความผิดซ้ำอีกแล้วนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่ายังมีอีกหลายเหตุผล คือ

1. โดยปกติของชีวิตมนุษย์นั้นจะมีอายุหกสิบปีโดยประมาณ หากผู้กระทำความผิดต้องคำพิพากษาให้จำคุกยี่สิบปี ก็เท่ากับจะต้องอยู่ในเรือนจำ 1 ใน 3 ของชีวิต แต่นั่นหมายความว่าผู้ต้องขังต้องรับโทษตั้งแต่เกิด ซึ่งเป็นไปไม่ได้ โดยปกติผู้กระทำความผิดที่จะต้องรับโทษจำคุกยี่สิบปีนั้นจะต้องมีอายุเกินสิบแปดปีขึ้นไป ดังนั้น หากผู้กระทำความผิดมีอายุสิบแปดปีแล้วต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกยี่สิบปีแล้ว ก็จะต้องอยู่ในเรือนจำจนกระทั่งอายุสามสิบแปดปี ซึ่งหากถือเกณฑ์อายุของ

บุคคลทั่วไปคือหกสิบปี แล้ว ผู้กระทำความผิดก็จะใช้ชีวิตได้อีกเพียงยี่สิบสองปีเท่านั้น แต่ถ้าหากต้องโทษในขณะที่อายุมากกว่าสิบแปดปีแล้ว ชีวิตที่เหลือก็จะน้อยลงไปเรื่อยๆ

2. การต้องขังจำเลยเป็นเวลานานต้องใช้งบประมาณมาก การที่รัฐนำผู้กระทำความผิดออกมาจากสังคมโดยวิธีการจำคุกนั้น รัฐจะนำผู้กระทำความผิดมาดูแลแบบให้ต้องรับทุกขุทรมานไม่ได้ ผิดหลักมนุษยธรรม รัฐจะต้องดูแลผู้ต้องขังให้ได้รับความสะดวกตามสภาพของผู้ต้องขัง ซึ่งการกระทำดังกล่าวของรัฐนั้นจะต้องใช้งบประมาณ ซึ่งก็คือเงิน ไม่ว่าจะเป็นค่าคนดูแล หรือผู้คุม ค่าอาหาร ค่าน้ำประปา ค่าไฟฟ้า ค่ายารักษาโทษ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ซึ่งหากจะคิดค่าใช้จ่ายเป็นรายคนแล้วก็ไม่สามารถคิดได้ แต่หากจะเปรียบเทียบกับกรกักขังแทนค่าปรับแล้ว กฎหมายให้หักได้วันละ 200 บาท ดังนั้น หากคนหนึ่งคนต้องคำพิพากษาให้จำคุกยี่สิบปีแล้ว ก็จะต้องมีค่าใช้จ่ายคนละประมาณ 1,440,000 บาท ($200 \text{ บาท} \times 30 \text{ วัน} \times 12 \text{ เดือน} \times 20 \text{ ปี}$)

3. พฤติกรรมของผู้กระทำความผิด ไม่ควรลงโทษจำคุกเกินกว่ายี่สิบปี ระยะเวลายี่สิบปีนั้น ถือว่านานมาก ถ้าหากกำหนดอายุมนุษย์หกสิบปีเป็นเกณฑ์แล้ว ระยะเวลายี่สิบปีก็เท่ากับ 1 ใน 3 ของชีวิต ดังนั้นในการที่จะลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดเป็นระยะเวลาว่ายี่สิบปีนั้น เรือ่นจำจะต้องดูพฤติกรรมหรือการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดด้วย หากเป็นการกระทำที่มีได้ทำให้ผู้เสียหายหรือสังคมได้รับผลกระทบอย่างร้ายแรง การลงโทษจำคุกผู้เสียหายเป็นระยะเวลานานก็ไม่สมเหตุสมผล แต่ถ้าหากผู้เสียหายหรือสังคมได้รับความเดือดร้อนหรือผลกระทบอย่างร้ายแรง เช่น ทำให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัส หรือพิการแล้ว ก็ถือว่าเป็นเหตุฉกรรจ์ที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดให้หนักขึ้น เช่น จำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต

4. ประเทศไทยไม่มีเรือนจำเฉพาะคดี คงให้ผู้ต้องขังจำคุกในเรือนจำเดียวกัน แม้จะแยกแดนเรือนจำกัน ก็เป็นเพียงแค่โทษตามคดีที่หนักเบาต่างกันเท่านั้น จึงเป็นการนำตัวผู้กระทำความผิดทุกฐานความผิดไปรวมอยู่ในที่เดียวกัน เรือนจำจึงเป็นสถานที่เพาะบ่มหรือเป็นสถานที่เรียนรู้วิธีการกระทำความผิดในรูปแบบต่างๆ เนื่องจากผู้กระทำความผิดบางรายเป็นผู้กระทำความผิดติดสันดาน จึงเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดบางรายที่เป็นผู้กระทำความผิดครั้งแรกได้รับรู้ หรือเรียนรู้วิธีการก่ออาชญากรรมอื่นๆ ได้ ยิ่งต้องโทษจำคุกนานๆ แล้วก็ยิ่งเป็นเหตุให้ได้รับรู้ หรือเรียนรู้มากขึ้น ยิ่งจำคุกนานก็จะคุ้นเคยหรือปรับตัวเข้ากับสถานที่เหล่านั้นได้มากยิ่งขึ้นทำให้เมื่อพ้นโทษแล้ว ผู้พ้นโทษอาจไม่มีความสามารถเพียงพอในการปรับตัวเข้ากับสังคม หรือสถานที่แห่งใหม่ รวมทั้งบุคคลในสังคมที่ผู้ต้องขังเข้าไปอยู่หรือเป็นสมาชิกใหม่นั้น ส่วนใหญ่ก็มักจะไมยอมรับบุคคลที่ผ่านการต้องขังจำคุกมาก่อน โดยถือว่าเป็นบุคคลที่ไม่น่าไว้วางใจหรืออาจจะเป็นภัยต่อสังคมหรือสถานที่เหล่านั้น ซึ่งมักจะเป็นเหตุทำให้บุคคลนั้นๆ จำต้องกระทำความผิดและกลับเข้าไปในเรือนจำเพราะการกระทำความผิดซ้ำอีก สุดท้ายผลของการกระทำต่างๆ ไม่ใช่แค่ไม่เป็นผลดีแก่ตัวผู้กระทำความผิด ยังส่งผลกระทบต่อสังคม และต่อรัฐ ที่จะต้องดูแลบุคคลเหล่านั้นอีก วนเวียนเช่นนี้อย่างไม่รู้จบ

สำหรับการลงโทษทางอาญาของต่างประเทศที่นำมาเปรียบเทียบกับประเทศไทยนั้น ประเทศแรก คือสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบประมวลกฎหมายหรือซีวิลลอว์ ทั้งยังมีแนวคิดการลงโทษที่ต้องการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด และคุ้มครองเด็กหญิงและเด็กชายที่เป็นผู้เสียหายจากการถูกระงับทางเพศที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปีลงมา เช่นเดียวกับประเทศไทย สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวมีการกำหนดฐานความผิด และการลงโทษที่ชัดเจน โดยโทษจำคุกสูงสุดอยู่ที่ประมาณสิบปีถึงยี่สิบปี และมีโทษจำคุกตลอดชีวิตและโทษประหารชีวิตด้วย แต่โทษจำคุกที่ลงโทษนั้นยังน้อยเกินไป รวมไปถึงเงินค่าปรับก็น้อยมากเช่นกัน เนื่องจากสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มีค่าเงินน้อยกว่าประเทศไทย มีสภาพเศรษฐกิจที่เรียบง่าย และมีกรณีข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นน้อยมาก ทำให้การข่มขืนกระทำชำเราคุ้มครองเพียงผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิงเท่านั้น และการที่สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวคุ้มครองเด็กที่มีเกณฑ์อายุตั้งแต่สิบห้าปีลงมา เพื่อให้สอดคล้องกับอายุของเด็กที่ต้องรับผิดทางอาญา คือ เมื่อมีอายุครบสิบห้าปี บริบูรณ์เป็นต้นไป ต่อมาสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐฝรั่งเศส แม้จะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายต่างกัน กล่าวคือ สหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือคอมมอนลอว์ และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์เช่นเดียวกับประเทศไทยและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว แต่สหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีแนวคิดในการลงโทษที่เหมือนกัน คือ ต้องการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม จึงไม่มีการกำหนดโทษปรับควบคู่ แต่จะกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงเพียงอย่างเดียวในความผิดอาญา นอกจากโทษจำคุกตลอดชีวิตสหรัฐอเมริกาพิพากษาลงโทษจำคุกไว้สูงสุดในทางอาญา คือ สี่สิบปี และสหรัฐอเมริกาจะกำหนดอายุเด็กที่ได้รับการคุ้มครองไว้เป็นสองช่วง คือ คุ้มครองเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบหกปี และคุ้มครองเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบสองปี ที่กฎหมายปิดปากมิให้ผู้กระทำความผิดไม่รู้อายุของเด็กอันเป็นสาระสำคัญขององค์ประกอบความผิด แต่เนื่องจากกฎหมายสหรัฐอเมริกาเป็นกฎหมายระบบจารีตประเพณีหรือคอมมอนลอว์ที่ตัดสินคดี ตามคำพิพากษาในคดีที่มีความคล้ายคลึงกัน แต่ส่วนใหญ่คดีข่มขืนกระทำชำเราเด็กหรือคดีกระทำความผิดทางเพศอื่นๆ แก่เด็กจะได้รับโทษจำคุกที่สูงกว่าคดีข่มขืนกระทำชำเราผู้ใหญ่ เนื่องจากมีลูกขุนซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปเข้าร่วมในการพิจารณาด้วย การกระทำความผิดรุนแรงต่อเด็กย่อมส่งผลกระทบต่อทางจิตใจแก่ผู้ปกครองและบุคคลที่อยู่อาศัยในละแวกใกล้เคียงที่มีบุตรหลานเป็นเด็กเช่นกัน แต่สาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดโทษจำคุกไว้สูงสุด คือ สามสิบปี พิจารณาจากในข้อหาการข่มขืนกระทำชำเราอันเป็นสาเหตุให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 222-25 และสาธารณรัฐฝรั่งเศสให้ความคุ้มครองเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี แม้สาธารณรัฐฝรั่งเศสจะกำหนดให้บุคคลที่บรรลุนิติภาวะได้ คือ เมื่อมีอายุครบยี่สิบปีบริบูรณ์ แต่มีข้อยกเว้นในเรื่องของการสมรส ที่ชายและหญิงที่มีอายุระหว่าง สิบห้าถึงยี่สิบปี สามารถสมรสได้ หากบิดามารดาหรือผู้แทน โดยชอบธรรมให้ความยินยอม อีกประการหนึ่งคือ สาธารณรัฐฝรั่งเศส มีความเห็นว่าภัยที่มีอันตรายและมักเกิดกับผู้เยาว์บ่อยครั้ง มักเกิดกับผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี ทำให้สรุปได้ว่าทั้งสามประเทศมีหลักเกณฑ์การกำหนดโทษเกี่ยวกับการกระทำ

ทางเพศ ที่คล้ายกัน คือ มีความเห็นวาทย์ที่มีอันตรายและมักเกิดกับผู้เยาว์ที่ยังไม่รู้เท่าทันโลกและผู้คนบ่อยครั้ง ประกอบกับผู้กระทำอ้างความไม่รู้อายุของเด็กอันเป็นสาระสำคัญขององค์ประกอบความผิด การกระทำความรุนแรงต่อเด็กย่อมส่งผลกระทบกระเทือนทางจิตใจแก่เด็กผู้ปกครองและบุคคลที่อยู่อาศัยในละแวกใกล้เคียง มีแนวคิดในการลงโทษผู้กระทำความผิดต่อเด็กสูงกว่ากระทำต่อบุคคลทั่วไป แม้แต่ละประเทศจะมีวัตถุประสงค์การลงโทษและการกำหนดโทษจำคุกและโทษปรับที่ไม่เท่ากันในแต่ละประเทศก็ตาม

เมื่อในทางปฏิบัติแล้ว โทษจำคุกอย่างสูงของไทยที่บัญญัติไว้ให้มีระยะเวลาในการจำคุกไม่เกินยี่สิบปี ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นระยะเวลาที่เหมาะสม สอดคล้องกับแนวคิดการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดแล้ว จึงไม่มีความคิดเห็นในการเสนอให้เพิ่มโทษจำคุกขึ้นสูง เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าวซ้ำอีก จึงจะอาศัยเหตุเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 93 (10) แต่กรณีที่เป็นการกระทำชำเราต่อเด็กหรือการข่มขืนกระทำชำเราต่อเด็กนั้น เมื่อไม่สามารถปรับเปลี่ยนเพิ่มโทษขึ้นสูงได้ก็ต้องพิจารณาปรับเปลี่ยนโทษขั้นต่ำ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 อันเป็นการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลที่มีใจเด็กไว้ในวรรคหนึ่งกำหนดไว้ “ตั้งแต่สี่ปี” และวรรคสามซึ่งเป็นเหตุฉกรรจ์กำหนดไว้ “ตั้งแต่สิบห้าปี” ส่วนมาตรา 277 อันเป็นการกระทำชำเราเด็กบัญญัติไว้ในวรรคหนึ่งว่า “ตั้งแต่สี่ปี” และในวรรคสามซึ่งเป็นเหตุฉกรรจ์ว่า “ตั้งแต่เจ็ดปี” ส่วนวรรคสี่นั้นกำหนดไว้เพียงสถานเดียว คือ “จำคุกตลอดชีวิต” ผู้วิจัยจึงเห็นสมควรที่จะเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดในกรณีที่เด็กถูกกระทำชำเราโดยไม่ยินยอมหรือเรียกว่าถูก “ข่มขืนกระทำชำเรา” โดยกำหนดโทษขั้นต่ำให้สูงกว่ากรณีผู้ใหญ่ถูกข่มขืนกระทำชำเรา เช่น

1. เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีถูกกระทำชำเราโดยเด็กยินยอมนั้น ผู้กระทำควรจะต้องรับโทษหนักกว่าการข่มขืนการกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง คือ จำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี
2. เด็กอายุไม่เกินสิบสามปีถูกกระทำชำเราโดยเด็กนั้นยินยอม ผู้กระทำควรจะต้องรับโทษหนักกว่าการข่มขืนการกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง คือ จำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี
3. เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีถูกกระทำชำเราโดยเด็กนั้นไม่ยินยอม(ข่มขืนกระทำชำเราเด็ก) ผู้กระทำควรจะต้องรับโทษหนักกว่าการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 วรรคหนึ่ง คือ จำคุกตั้งแต่สิบสองปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต
4. เด็กอายุไม่เกินสิบสามปีถูกกระทำชำเราโดยเด็กนั้นไม่ยินยอม(ข่มขืนกระทำชำเราเด็ก) ผู้กระทำต้องรับโทษจำคุก ตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต

ส่วนประมวลกฎหมายอาญาที่เป็นเหตุฉกรรจ์ของมาตรา 276 วรรคหนึ่งและ มาตรา 277 วรรคหนึ่งและวรรคสาม คือ

มาตรา 277 ทวิ ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง หรือ
มาตรา 277 วรรคหนึ่งหรือวรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำ

- (1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบ
ปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต
- (2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอด
ชีวิต

ดังนั้นเมื่อได้เพิ่มโทษของการข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามที่ได้นำเสนอมาข้างต้นแล้ว
ก็ควรจะต้องพิจารณาถึงเหตุอันควรของการกระทำดังกล่าวตามมาตรา 277 ทวิ ตามลำดับด้วย
แต่เนื่องจากว่าอัตราโทษขั้นสูงของมาตราดังกล่าวนั้นถึงประหารชีวิตแล้วก็ไม่อาจที่จะเพิ่มโทษให้มาก
ไปกว่าที่บัญญัติไว้แล้วได้ จึงได้แต่เพียงพิจารณาโทษขั้นต่ำเท่านั้น ซึ่งโทษขั้นต่ำของมาตรา 277 ทวิ
(1) เท่านั้น ที่มีอัตราโทษขั้นต่ำตั้งแต่ “สิบห้าปี” ที่ครอบคลุมถึงเหตุอันควรของการข่มขืนกระทำชำเราที่
เป็นบททั่วไปตามมาตรา 276 ด้วย ซึ่งหากแก้ไขโทษทางอาญาที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าเป็นการกระทำ
ชำเราเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปีหรือสิบสามปีโดยเด็กนั้นยินยอม แต่มีเหตุอันควรเด็กได้รับอันตราย
สาหัส ก็ถือว่าเป็นการกำหนดโทษขั้นต่ำที่ใกล้เคียงกับโทษขั้นสูงแล้ว เพื่อเป็นตัวเลือกการกำหนด
จำนวนปีของโทษจำคุกให้เหมาะสมกับความร้ายแรงที่ต่างกันของแต่ละความผิด แต่หากเป็นการ
กระทำชำเราเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปีหรือสิบสามปีโดยเด็กนั้นไม่ยินยอมแต่แล้วมีเหตุอันควรเด็กนั้น
ถึงแก่ความตาย ก็ให้มีอัตราโทษตามมาตรา 277 ทวิ (2) คือ ต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุก
ตลอดชีวิต เท่านั้น

กล่าวโดยสรุป คือ การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่กำหนดไว้ในกฎหมายอาญา
ของทุกประเทศเพื่อใช้บังคับกับผู้กระทำความผิด โทษที่กำหนดจะมีลักษณะรุนแรงมากหรือน้อย
ขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำความผิดว่า มีความร้ายแรงและเกิดความเสียหายต่อผู้เสียหายหรือรัฐ
มากน้อยเพียงใด และด้วยเหตุที่การลงโทษนั้นเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชน
จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และต้องกระทำโดยบุคคลผู้มีอำนาจเป็นตัวแทนโดยชอบธรรม
ของรัฐ สังคม หรือชุมชน การลงโทษทางอาญานั้นเป็นการลงโทษที่รุนแรงและกระทบต่อสิทธิและ
เสรีภาพในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด ดังนั้น การใช้มาตรการโทษทางอาญา
จึงต้องคำนึงถึงความเหมาะสมในความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและโทษ รวมถึงประสิทธิภาพในการ
บังคับใช้กฎหมายด้วย มิฉะนั้น นอกจากจะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้กระทำผิดโดยตรงแล้ว
ยังทำให้กฎหมายไร้ความศักดิ์สิทธิ์และไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในขณะเดียวกันสิ่ง
หนึ่งที่ต้องคำนึงถึงด้วย คือ โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไม่ควรเป็นอุปสรรคหรือสร้างความ
บอบช้ำทางจิตใจให้แก่ผู้กระทำความผิดจนไม่อาจกลับตนเป็นคนดีหรือกลับเข้าสู่สังคม เพื่อใช้ชีวิต
ร่วมกับผู้อื่นอย่าง เป็นปกติสุขได้อีกต่อไปด้วย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในการศึกษาวิจัยนี้ ผู้วิจัยมีความคิดเห็นเพื่อเป็นการเสนอแนะมาตรฐานในการกำหนดอัตราโทษและพัฒนาในเรื่องการลงโทษที่เหมาะสม ผู้วิจัยจึงขอสรุปและมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

5.1 บทสรุป

การกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กในปัจจุบัน ไม่ว่าผู้ถูกกระทำนั้นจะเป็นเด็กหญิงหรือเด็กชาย เด็กยังคงถูกทำร้ายและถูกแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศหลายรูปแบบ นับวันยิ่งทวีความรุนแรงและซับซ้อนมากขึ้นเรื่อยๆ อันส่งผลกระทบต่อกระเทือนทั้งทางร่างกายและจิตใจแก่เด็กผู้ถูกกระทำนั้น สาเหตุสำคัญประการหนึ่งก็เนื่องมาจากกฎหมายอาญาของไทยทั้งด้านสาระบัญญัติและวิธีสบัญญัติยังคงมีข้อบกพร่องอยู่ แม้จะมีการปรับปรุงแก้ไขในส่วนที่เกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดภายนอก องค์ประกอบภายใน และอัตราโทษปรับล่าสุดเมื่อ พ.ศ.2558 รวมไปถึงคำนิยามของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” มาหลายครั้งแล้ว อาทิ กฎหมายอาญาด้านสาระบัญญัติ ได้มีการแก้ไขให้ผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเราหรือเด็กที่ถูกกระทำชำเรา เป็นได้ทั้งเด็กหญิงและเด็กชาย การแก้ไขให้ผู้กระทำสามารถเป็นเพศใดก็ได้ โดยการตีความจากการบัญญัติเพศผู้กระทำไว้ว่า “ผู้ใด” ก็ดี การขยายความนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” ก็ดี รวมไปถึงการแก้ไขโทษปรับในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก มากกว่าเดิมสิบเท่า กล่าวคือ จากเดิมโทษปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท เป็นปรับตั้งแต่แปดหมื่นถึงสี่แสนบาท นั้นเป็นการคุ้มครองความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็กที่ยังไม่ชัดเจนเพียงพอเมื่อเทียบกับประเทศต่างๆ ที่ได้นำมาเสนอในบทที่ผ่านมา

สาระสำคัญของการทำวิจัยครั้งนี้อยู่ที่การกระทำชำเราเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปีและไม่เกินสิบสามปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคหนึ่ง นั้น มีอัตราโทษจำคุกที่เท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลที่มีใจเด็ก กล่าวคือ มีอายุที่เกินสิบแปดปี ตามมาตรา 276 วรรคหนึ่งคือ จำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี (ส่วนโทษปรับนั้นได้มีการปรับปรุงแก้ไขและประกาศใช้ไปแล้วเมื่อปี พ.ศ.2558 ที่ผ่านมา คือจากเดิมแปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท เป็นแปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท) และวรรคสามนั้นกำหนดอายุของเด็กที่ไม่เกินสิบสามปีไว้ โดยวางโทษจำคุกไว้ตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอด

ชีวิต ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า การที่กฎหมายบัญญัติอัตราโทษจำคุกของการกระทำซ้ำเร้าของเด็กที่อายุไม่เกินสิบห้าปีไว้เท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราผู้ใหญ่ นั้นไม่ยุติธรรม เพราะเหตุว่าเด็กนั้นมีวุฒิภาวะต่างๆ ที่ไม่อาจเทียบกับผู้ใหญ่ได้ ถูกหลอกหรือชักจูงไปในทางเสียหายทางเพศได้ง่ายกว่าผู้ใหญ่ อาจถูกขู่脅ด้วยประการใดๆ ถูกใช้กำลังประทุษร้าย อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ถูกหลอกให้ใช้หรือเสพยาเสพติดหรือสิ่งมีเมาอย่างอื่น เช่น สุรา เป็นต้น ซึ่งปฏิกิริยาเหล่านี้ นานาอารยะประเทศ ไม่ถือว่าเด็กยินยอมให้ร่วมประเวณี เมื่อไม่ถือว่าให้ความยินยอมก็เท่ากับว่า เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนกฎหมายอาญาของไทยแม้จะบัญญัติคุ้มครองเด็กที่อายุไม่เกินสิบห้าปีไว้ในมาตรา 277 วรรคหนึ่ง และอายุไม่เกิน สิบสามปีไว้ในวรรคสามก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงโทษจำคุกที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดแล้วก็เห็นว่าเป็นการคุ้มครองเฉพาะวุฒิภาวะของเด็กเพียงอายุและความยินยอมของเด็กเท่านั้น มิได้ให้ความสำคัญกับอัตราโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดในกรณีที่ข่มขืนกระทำชำเราเด็กให้หนักกว่าการข่มขืนกระทำชำเราผู้ใหญ่

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษากฎหมายอาญาในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ ในส่วนการข่มขืนกระทำชำเรา และการกระทำชำเราต่อเด็ก ของประเทศไทย สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา นั้น จะใช้แนวคิดในเรื่องลักษณะของความยินยอม (ความยินยอมอันบริสุทธิ์) และลักษณะของการกระทำความผิด อันเป็นองค์ประกอบความผิดคล้ายคลึงกัน มีเพียงความแตกต่างเรื่องอายุของเด็กผู้เสียหายที่ได้รับการคุ้มครองเท่านั้น

หลักความรับผิดชอบทางอาญา ตามหลักความเป็นสากล จะใช้หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด (Individualization) คือ จะต้องมีการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด (Punishment to Fit the Crime) โดยพิจารณาถึงความจริง ว่า มนุษย์แต่ละคนมีความสามารถที่ไม่เท่าเทียมกันในการรับผิดชอบ ทั้งยังมีบุคคลหลายประเภทที่ควรได้รับการลดโทษหรือไม่ต้องรับโทษเลย การลงโทษตามแนวความคิดนี้จะมุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง หาได้ต้องการให้มีผลถึงบุคคลอื่นไม่ โดยมุ่งที่จะปรับปรุงแก้ไขอบรมบ่มนิสัยของผู้กระทำความผิดให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับตนเป็นพลเมืองดีและกลับคืนสู่สังคมได้ เพราะการลงโทษโดยการทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความยากลำบากหรือได้รับผลร้ายนั้น ในบางกรณีก็ไม่เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด และไม่สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดประพฤติดีขึ้นได้ การลงโทษให้เหมาะสมกับความผิดมีแนวคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า การที่มนุษย์แต่ละคนกระทำความผิดนั้น เนื่องมาจากบุคลิกลักษณะอุปนิสัยของผู้กระทำความผิดและพฤติการณ์ภายนอก เช่น สิ่งแวดล้อมรอบตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งอิทธิพลของสิ่งแวดล้อมถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อการตัดสินใจของบุคคลในการกระทำ

ความผิด โดยสิ่งแวดล้อมจะเป็นตัวกระตุ้นการตัดสินใจของบุคคลนั้นให้กระทำความผิด ไม่ว่าบุคคลนั้นมีความคิดที่จะกระทำความผิดอยู่ก่อนหน้านั้นหรือไม่ก็ตาม ฉะนั้นบุคคลจึงควรปรับตัวให้เข้ากับสิ่งแวดล้อมอยู่เสมอ ควรเป็นไปในทิศทางที่เข้ากับสังคมในกรณีที่สิ่งแวดล้อมดี หรืออาจเป็นปรีกษากับสังคม ในกรณีที่สิ่งแวดล้อมไม่ดี เช่น อาศัยอยู่ในชุมชนแออัดมักพบเห็นการกระทำความผิดเรื่องยาเสพติดหรือการชิงทรัพย์ แต่ถึงอย่างไรก็ดี การที่บุคคลจะตัดสินใจกระทำความผิดใดๆ นั้น ขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายอย่าง เช่น สังคม เศรษฐกิจ จิตวิทยา วิทยาศาสตร์ เป็นต้น ประกอบกับอิสระและเสรีภาพเป็นสิ่งสำคัญ และมีอยู่ในการกระทำของบุคคล เป็นต้น เพราะทุกคนมีความเอนเอียงที่จะสามารถประกอบอาชญากรรมด้วยกันได้ทั้งสิ้น ดังนั้น การที่บุคคลจะกระทำความผิดหรือไม่จึงขึ้นอยู่กับ การเลือกตัดสินใจของตนเองเป็นสำคัญ

หลักความรับผิดชอบทางอาญาดังกล่าว มีแนวคิดเพื่อมุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง หาได้ต้องการให้ผลลัพธ์ถึงบุคคลอื่นไม่ โดยมุ่งที่จะปรับปรุงแก้ไขอบรมบ่มนิสัยของผู้กระทำความผิดให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับตนเป็นพลเมืองดีและกลับคืนสู่สังคมได้ เพราะการลงโทษโดยการทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความยากลำบากหรือได้รับผลร้ายนั้น ในบางกรณีก็ไม่เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด และไม่สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดประพฤติตัวดีขึ้นได้ ทำให้กฎหมายอาญาของไทยบัญญัติการลงโทษจำคุกที่นอกเหนือจากโทษจำคุกตลอดชีวิต คือ จำคุกเป็นเวลาสี่ปี ซึ่งเป็นระยะเวลาที่ไม่ให้ผู้กระทำความผิดบอบช้ำจากการถูกลงโทษมากเกินไป เน้นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้สามารถปรับตัวเข้าไปใช้ชีวิตหลังพ้นโทษในสังคมได้ เมื่อโทษขั้นสูงไม่สามารถแก้ไขเพิ่มขึ้นได้ตามแนวความคิดดังกล่าว การเปลี่ยนแปลงโทษให้หนักขึ้น จึงต้องแก้ปัญหาที่การเพิ่มโทษขั้นต่ำในฐานะความผิดนั้นๆ แทน

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศ จะเห็นได้ว่าในสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้กำหนดฐานความผิดออกเป็น 3 ฐานความผิด เรียงจากฐานความผิดที่มีโทษหนักที่สุด ดังนี้

1. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี หรือ สิบหกปี และต้องรับโทษหนักขึ้น หากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบสองปี
2. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (บททั่วไป) เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายที่ไม่ใช่ผู้เยาว์
3. ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี และต้องรับโทษหนักขึ้น หากเป็นการกระทำชำเราเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบสองปี

จากการศึกษากฎหมายของทั้งสามประเทศ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การบัญญัติฐานความผิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการบัญญัติฐานความผิดที่ชัดเจนที่สุด โดยแยกออกเป็น 3 มาตรา คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก และความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก รวมถึงมีการกำหนดโทษของแต่ละฐานความผิดหนักเบาตามลำดับ เรียงตามฐานความผิดที่

มีโทษหนักที่สุด ดังกล่าวข้างต้น สำหรับประเทศไทยกำหนดฐานความผิดเพียงแค่ ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ไม่มีฐานความผิดเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราเด็ก และอีกประการหนึ่ง กฎหมายอาญาของไทยกำหนดโทษจำคุกในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน สิบห้าปี ตามมาตรา 277 วรรคหนึ่งไว้เท่ากันกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง ทำให้ประเทศไทยยังคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเด็กที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราหรือถูกกระทำชำเรา ไม่เพียงพอเท่าที่ควร หากประเทศไทยนำกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมาเป็นแบบอย่างในการกำหนดฐานความผิดและการกำหนดโทษในสามฐานความผิดดังกล่าว ผู้วิจัยมีความเห็นว่าอาชญากรรมทางเพศต่อเด็กในประเทศไทยน่าจะมีแนวโน้มลดลง หากไปแก้ไขกฎหมายข่มขืนกระทำชำเราทุกกรณีให้มีโทษประหารชีวิต อาจเป็นการสร้างความเสี่ยงให้ผู้เสียหายที่เป็นเด็กอาจถูกฆาตกรรมอำพรางคดีจากผู้กระทำความผิด ดังนั้นกฎหมายอาญาของประเทศไทย จึงควรมีการบัญญัติฐานความผิดให้ชัดเจน รวมไปถึงกำหนดโทษของฐานความผิดออกเป็น 3 ฐานความผิด เรียงจากฐานความผิดที่มีโทษหนักที่สุด คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (บททั่วไป) และความผิดฐานกระทำชำเราเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี แต่สิ่งนี้อาจเป็นปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายอาญาของไทย กำหนดให้ลงโทษสูงสุด คือ ยี่สิบปี ตามแนวความคิดที่มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด แต่กฎหมายอาญาฝรั่งเศสมีแนวความคิดที่มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม ทำให้กฎหมายอาญาฝรั่งเศสกำหนดโทษจำคุกสูงสุดถึงสามสิบปี แต่ไม่มีโทษปรับ หากกฎหมายอาญาของประเทศไทยยังคงมีแนวความคิดในการกำหนดโทษจำคุกชั้นสูงเพียงยี่สิบปี และยังคงให้มีโทษปรับอยู่ อาจต้องแก้ปัญหาโดยใช้การแก้ไขหรือเพิ่มโทษขั้นต่ำแทนที่ แต่อย่างไรก็ตาม ต้องมีการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด (Punishment to Fit the Crime) โดยพิจารณาจากลักษณะการกระทำความผิด เจตนา และพฤติการณ์หรือมูลเหตุจูงใจอื่นๆ ของผู้กระทำความผิดด้วย เนื่องจากในบางกรณีผู้กระทำความผิดบางคน ควรได้รับการลดโทษ เพิ่มโทษ รอกการลงโทษ หรือไม่ต้องรับโทษ

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงขอเสนอความเห็นว่าการกระทำชำเราเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปี ตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง แม้กฎหมายจะบัญญัติว่า “ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม” ก็แสดงให้เห็นชัดอยู่แล้วว่ากฎหมาย ไม่ถือความยินยอมของเด็กเป็นสำคัญ ถ้าผู้กระทำได้กระทำชำเราต่อเด็กที่มีอายุยังไม่เกินสิบห้าปีแล้ว มีอัตราโทษเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราผู้ใหญ่ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคหนึ่ง เพราะกฎหมายบัญญัติอัตราโทษจำคุกไว้เท่ากัน (ต่างกันแต่เพียงโทษปรับ) และเมื่อได้พิจารณาอัตราโทษแล้วก็เห็นว่ากฎหมายก็ถือว่าการกระทำชำเราเด็ก (ไม่ว่าจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม) เป็นการข่มขืนกระทำชำเราเด็ก จึงเห็นสมควรที่จะแก้ไขและเพิ่มเติมกฎหมายทั้งในส่วนของฐานความผิดและอัตราโทษจำคุก ดังต่อไปนี้

1. แก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคหนึ่งและวรรคสาม ในส่วนของอัตราโทษจำคุก

มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่สามีหรือภริยาของตน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี (จากเดิม “สี่ปีถึงยี่สิบปี”) และปรับตั้งแต่แปดหมื่นถึงหนึ่งแสนบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่งหมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของเด็ก หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำการกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็ก

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดแก่เด็กอายุไม่เกินสิบสามปีซึ่งมิใช่สามีหรือภริยาของตน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี (จากเดิม “เจ็ดปีถึงยี่สิบปี”) และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

2. เพิ่มเติมกฎหมายอาญา ในส่วนของฐานความผิดและอัตราโทษจำคุก ดังนี้

มาตรา 277/1 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่งหมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของเด็ก หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำการกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็ก

ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองแสนห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

มาตรา 277 จตฺ ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 277/1 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม เป็นเหตุให้เด็กผู้ถูกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัสหรือพิการตลอดชีวิต ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบหกปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต

โทษที่ผู้วิจัยนำเสนอทั้งในส่วนการแก้ไขโทษในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม และในส่วนของการเพิ่มเติมกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277/1 และ มาตรา 277 จตุ นั้น เมื่อได้กล่าวในส่วนของการบทวิเคราะห์แล้วว่า โทษจำคุกตามประมวลกฎหมาย อาญาของไทย นอกจากโทษจำคุกตลอดชีวิตนั้น มีโทษจำคุกขั้นสูงคือไม่เกินยี่สิบปี ตามแนวความคิดการ ลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด แต่สำหรับในส่วนโทษจำคุกขั้นตำนั้น ประมวลกฎหมายอาญา พิจารณาไปตามความร้ายแรงของแต่ละฐานความผิด ซึ่งมีโทษขั้นต่ำตั้งแต่ ความผิดลหุโทษ บัญญัติให้ จำคุกหนึ่งเดือน ไปจนถึงความผิดฐานอื่นๆ เช่น ความผิดฐานเตรียมการเพื่อประทุษร้ายต่อ พระองค์ หรือเสรีภาพต่อพระมหากษัตริย์ ตามมาตรา 108 หรือความผิดฐานประทุษร้ายต่อพระองค์ หรือเสรีภาพพระราชินีหรือรัชทายาท มาตรา 110 ที่กำหนดให้มีโทษขั้นต่ำที่สิบหกปีถึงยี่สิบปี เป็นต้น ซึ่งโทษจำคุกขั้นต่ำที่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยกำหนดส่วนใหญ่ คือ สามเดือน, หกเดือน, สอง ปี, สามปี, สี่ปี, ห้าปี, เจ็ดปี, สิบปี, สิบสองปี, สิบห้าปี, สิบหกปี ซึ่งแต่ละฐานความผิดก็จะกำหนด โทษขั้นต่ำ และโทษขั้นสูงไว้แตกต่างกันตามความร้ายแรงของแต่ละฐานความผิด แต่ถึงอย่างไรก็ตาม โทษขั้นสูงก็ย่อมไม่เกินยี่สิบปี เมื่อไม่สามารถขยายอัตราโทษขั้นสูงได้ ผู้วิจัยจึงคงฐานการกำหนดโทษ จำคุกขั้นสูงไว้ที่ยี่สิบปีตามเดิม ทั้งในส่วนการขอแก้ไขและการเพิ่มเติมกฎหมาย แต่ผู้วิจัยขอเสนอ แก้ไขเปลี่ยนแปลงกำหนดโทษขั้นต่ำ ดังนี้

1. มาตรา 277 วรรคหนึ่ง จำคุกตั้งแต่ เจ็ดปี ถึงยี่สิบปี
มาตรา 277 วรรคสาม จำคุกตั้งแต่ สิบปี ถึงยี่สิบปี
2. มาตรา 277/1 วรรคหนึ่ง จำคุกตั้งแต่ สิบสองปี ถึงยี่สิบปี
มาตรา 277/1 วรรคสาม จำคุกตั้งแต่ สิบห้าปี ถึงยี่สิบปี
3. มาตรา 277 จตุ (1) จำคุกตั้งแต่ สิบหกปี ถึงยี่สิบปี

เนื่องจากผู้วิจัยมีความต้องการนำเสนอเพื่อกำหนดโทษในมาตราที่ขอแก้ไขและเพิ่มเติม ดังกล่าวสูงกว่าโทษในมาตรา 276 วรรคหนึ่ง และมาตรา 277 วรรคหนึ่งและวรรคสามในปัจจุบัน โดยไม่แก้ไขในส่วนของโทษจำคุกขั้นสูง โดยโทษจำคุกขั้นต่ำที่ผู้วิจัยนำเสนอกล่าวคือ เจ็ดปี, สิบปี, สิบสองปี, สิบห้าปี, สิบหกปี นั้น เป็นโทษจำคุกขั้นต่ำที่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่สำหรับการกำหนดโทษจำคุกขั้นต่ำในมาตรา 277 วรรคหนึ่ง เป็น “เจ็ดปี” และการกำหนดโทษ จำคุกขั้นต่ำในมาตรา 277 วรรคสาม เป็น “สิบปี” นั้น เทียบเคียงกับจำนวนปีที่เพิ่มขึ้นตามกฎหมาย ปัจจุบันคือ โทษจำคุกขั้นต่ำในมาตรา 277 วรรคหนึ่ง เป็น “สี่ปี” และการกำหนดโทษจำคุกขั้นต่ำใน มาตรา 277 วรรคสาม เป็น “เจ็ดปี” เป็นการกำหนดให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นในความผิดที่ ร้ายแรงขึ้นแต่เป็นการกระทำลักษณะเดียวกัน เป็นจำนวนสามปี ตามกฎหมายปัจจุบันเช่นเดิม

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้กระทำการเช่นนั้น ผู้ใดฝ่าฝืนต้องถูกลงโทษ เป็นการป้องกันสังคมมิให้เกิดความวุ่นวาย เป็นการป้องกันหรือเอาตัวผู้กระทำความผิดออกไปจาก

สังคมไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือตลอดไป อันเป็นการป้องกันที่ปลายเหตุ หากผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนกฎหมายที่บัญญัติไว้ ก็ต้องถูกแยกออกไปจากสังคม กฎหมายอาญามีได้ทำการป้องกันที่ต้นเหตุ กล่าวคือ กฎหมายอาญามีได้บัญญัติห้ามผู้ถูกกระทำว่าไม่ควรทำอะไร อย่างไร เพียงแต่บัญญัติห้ามรวมไปถึงการกำหนดโทษผู้กระทำที่คิดจะกระทำ ตั้งใจที่จะกระทำ ตระเตรียมการที่จะกระทำ และลงมือกระทำ อาทิเช่น การข่มขืนกระทำชำเรานั้น ความเป็นจริงส่วนหนึ่ง ที่ไม่อาจปฏิเสธได้ คือตัวผู้ถูกกระทำเองที่เป็นต้นเหตุให้เกิดการกระทำ เช่น การแต่งกายล่อแหลมหรือการไม่สวมใส่เสื้อผ้า อันเป็นการส่อไปในทางกระตุ้นอารมณ์ทางเพศผู้อื่นให้มีความต้องการทางเพศ และอาจแสดงออกซึ่งภาวะเช่นนั้นในสื่อสารสนเทศต่างๆ ที่มีหรือนิยมใช้กันอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน อาทิ แอปพลิเคชันไลน์ เฟซบุ๊ก เป็นต้น มีผู้ถูกกระทำชำเราไม่น้อยที่ถูกกระทำชำเรา โดยผ่านสื่อออนไลน์เช่นนี้ ซึ่งมีให้เห็นเป็นข่าวอยู่เนืองๆ บางท่านอาจจะโต้แย้งว่า การแต่งกายหรือไม่แต่งกายนั้นเป็นสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ที่บุคคลอื่นไม่อาจจะล่วงละเมิดได้ ตรงนี้ผู้วิจัยยอมรับและไม่อาจโต้แย้งได้ แต่ในการวิจัยครั้งนี้ ผู้วิจัยขอวิเคราะห์ถึงต้นเหตุของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยเฉพาะกรณีที่ผู้เสียหายที่เป็นเด็ก ซึ่งเป็นผู้ได้รับความเสียหายต่อร่างกายและจิตใจ อันจำเป็นต้องได้รับการเยียวยา ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องแยกออกจากกับเรื่องสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล

บรรณานุกรม

กฎหมายว่าด้วยสัญชาติในฝรั่งเศส. ค้นวันที่ 4 มกราคม 2559 จาก <http://www.gotoknow.org/posts/468658>

กฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.2005. ค้นวันที่ 20 พฤศจิกายน 2558 จาก http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/195713715/version/4/file/Code_33.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwjHzfzQw8TKAhWLA44KHUISAhYQFggfMAE&sig2=wmWIHjl9cR3h-mFW8K3a9g&usg=AFQjCNGG0qbYvSSrL56S50Gow_MmieF4XQ

กฎหมายอาญา ฉบับปรับปรุง ค.ศ.2005. ค้นวันที่ 12 ตุลาคม 2557 จาก <http://www.mof.gov.la>
กรมทางหลวง. ความยินยอมกับความรับผิดชอบทางแพ่งและทาง. ค้นวันที่ 27 มกราคม 2558 จาก www.drr.go.th/sites/default/files/attachment/law_for_people/5.doc

กรณีการ รอดมา. ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กบนอินเทอร์เน็ต.
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์,
2556.

กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. ยุทธศาสตร์การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทยสตรี. กรุงเทพฯ:
สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2544.

กิสิน สิ้นพินงาม. ประเภทของการข่มขืน กฎหมายอาญาลาว. เวียงจันทน์: คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยกฎหมายแห่งชาติลาว, 2546.

เกบุน ยดไชวีบุรณ์. กฎหมายอาญาภาคเฉพาะ. ม.ป.ท.: ม.ป.พ, 2528.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: พลสยาม
พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2551.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ:
พลสยามพรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2550.

เชิงคำ ด้ายพิมพ์. นักศึกษาปริญญาโทด้านกฎหมาย สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และ
อาจารย์สอนกฎหมายระดับปริญญาตรี วิชากฎหมายว่าด้วยกรรมสิทธิ์ วิทยาลัยกฎหมาย
สังกัดสถาบันยุติธรรม (สาขาภาคใต้ แขวงสะหวันนะเขต) แห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตย
ประชาชนลาว. 12, 15 พฤษภาคม 2558. สัมภาษณ์.

เชมจุฑา สุวรรณจินดา. กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายในคดี

ความผิดทางเพศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทด้านกฎหมาย สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และอาจารย์สอน
ธรรมศาสตร์, 2540.

คณะวิชาการ. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ.2558. กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร,
2558.

คณะวิชาการ. ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2558. กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร, 2558.

คำไผ่ สิวไธ. นักศึกษาปริญญาโทด้านกฎหมาย สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และอาจารย์สอน
กฎหมายระดับปริญญาตรี วิชากฎหมายว่าด้วยองค์การอัยการประชาชนและวิชา
กฎหมายว่าด้วยศาลประชาชน วิทยาลัยกฎหมาย สังกัดสถาบันยุติธรรม แห่งสาธารณรัฐ
ประชาธิปไตยประชาชนลาว. 12, 15 พฤษภาคม 2558. สัมภาษณ์.

จักรวาล กาญจนาพันธ์. ปัญหาในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
รามคำแหง, 2554.

จิตติ ดิงศภัทัย. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ:
จิรัชการพิมพ์, 2548.

จิตติ ดิงศภัทัย. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 7.
กรุงเทพฯ: ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง, 2548.

จิระประวัติ แบบประเสริฐ. ความรู้กฎหมาย ความผิดเกี่ยวกับเพศและการป้องกันตัวของสตรี.
กรุงเทพฯ: แม็คเพรีเพรส แอนด์ พริ้นติ้ง, 2549.

ณรงค์ ไชยหาญ และคณะ. ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวล
กฎหมายอาญา. ดุลพาท. 2, 53 (2549): 1-59.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 29. กรุงเทพฯ: วิญญูชน,
2555.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. สังคมกับกฎหมาย. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.

ไทยรัฐออนไลน์. รวบแล้ว! ไอ้เหี้ยลงข่มขืนฆ่า ‘น้องการ์ตูน’. ค้นวันที่ 15 กรกฎาคม 2557 จาก
<http://www.thairath.co.th/content/389491>

ธง วิทย์วัฒน์. พจนานุกรมศัพท์กฎหมาย (ไทย-อังกฤษ) Law Dictionary (Thai-English).
กรุงเทพ: นิติธรรม, 2548.

ธีรดา โสมะนันท์ และคณะ. มาตรการลงโทษทางอาญา: ศึกษากรณีความผิดฐานพรากผู้เยาว์และ
ความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกี่ยวข้อง. ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2558 จาก http://elib.coj.go.th/Ebook/data/ptk/ptk2555_1_3.pdf

นริศรา แดงไผ่ และพิชัยศักดิ์ หรยางกูร. **หลักความยินยอม**. ค้นวันที่ 22 มกราคม 2558 จาก

<http://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex%2040701-3.pdf>

นวลคำ ชุมพลภักดี และสุนิดา จันทะลม. **ตัวบทกฎหมายการข่มขืนกระทำชำเรา**. ภาคนิพนธ์
ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยแห่งชาติ สาธารณรัฐ
ประชาธิปไตยประชาชนลาว, 2553.

นวลจันทร์ ทศนชัยกุล. **การศึกษาความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีข่มขืนกระทำชำเรา**. รายงานการ
วิจัย คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2525.

บุญชู กล้าแข็ง. **ค้นหาความจริงจากหญิงที่ถูกข่มขืน: ศึกษาเปรียบเทียบ**. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

บุญยพันธ์ ทองเนียม. **กะเทาะเปลือก...งาน ป. วิ. อาญาเด็ก**. อุดรธานี: โมโนเพลส อุดรธานี
(1994), 2553.

ปรารณา บุญเพ็ง. **การเปรียบเทียบความผิดอันยอมความได้ในคดีอาญาในระบบกฎหมายของ
ประเทศไทยและประเทศลาว**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2556.

ปริญญา จิตรการณทิกิจ. **ความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเรา และอนาจาร**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม,
2539.

ผู้จัดการออนไลน์. **“คุกคามทางเพศ” โทษน้อย (ไป) สำหรับผู้กระทำ ส่วนผู้ถูกกระทำถูกเบี่ยง
ประเด็นว่า กิ๊กกัน ?!**. ค้นวันที่ 25 มกราคม 2559 จาก [http://www.manager.co.th/
CelebOnline/ViewNews.aspx?NewsID=9520000148584](http://www.manager.co.th/CelebOnline/ViewNews.aspx?NewsID=9520000148584)

ผู้จัดการออนไลน์. **พนักงานสารภาพข่มขืน “น้องแก้ว” ก่อนโยนร่างทิ้งจากรถไฟเพื่อฆ่าปิดปาก**.
ค้นวันที่ 15 กรกฎาคม 2557 จาก [http://www.manager.co.th/Home/ViewNews
.aspx?NewsID=9570000076696](http://www.manager.co.th/Home/ViewNews.aspx?NewsID=9570000076696)

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550. **ราชกิจจานุเบกษา**.
124, 56 ก (19 กันยายน 2550).

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558. **ราชกิจจานุเบกษา**.
132, 10 ก (13 กุมภาพันธ์ 2558).

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ.2558. **ราชกิจจานุเบกษา**.
132, 10 ก (13 กุมภาพันธ์ 2558).

พวงทอง ไกรพิบูลย์. **เด็ก หรือ นิยามคำว่าเด็ก (Child)**. ค้นวันที่ 16 เมษายน 2558 จาก
<http://haamor.com/th/%E0...%81/>

- พวงเพ็ญ ใจกว้าง. **ปัจจัยทางสังคมกับการข่มขืนกระทำชำเราเด็กของผู้ต้องขังชาย: ศึกษาเฉพาะกรณีเรือนจำกลางอุดรธานี**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.
- พิชัย นิลทองคำ. **ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง วิธีพิจารณาความอาญา พระธรรมนูญศาลยุติธรรม**. กรุงเทพฯ: อทตยา มิเลินเนียม, 2554.
- ภาสกร ญาณสุธี. **คำอธิบายและการต่อสู้คดี ข่มขืน อนาคต พรากผู้เยาว์**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2553.
- มหาวิทยาลัยรามคำแหง, คณะนิติศาสตร์. **เอกสารประกอบการเรียนวิชากฎหมาย**. ค้นวันที่ 8 ตุลาคม 2557 จาก <http://www.lawprachin.com/fileadmin/templates/data/.../บทที่สอง.doc>
- มาตาลักษณ์ เสริมธากุล. **การคุ้มครองเด็กจากการถูกละเมิดทางเพศในประเทศฝรั่งเศส**. วารสารนิติศาสตร์. 31, 3 (กันยายน 2544): 642-662.
- มารุต บุณนาค. **สิทธิพื้นฐานในคดีอาญา**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550.
- รชिता ทิพย์โชติ และคณะ. **Thai Law Dictionary (English-Thai)**. กรุงเทพฯ: สูตรไพศาล, ม.ป.ป.
- ระบบการศึกษาของประเทศฝรั่งเศส**. ค้นวันที่ 18 กันยายน 2559 จาก <http://edufrance.bangkok.free.fr/chap04.html>
- ราชบัณฑิตยสถาน. **พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554**. กรุงเทพฯ: ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์, 2556.
- ราชบัณฑิตยสถาน. **พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน**. พิมพ์ครั้งที่ 4 (แก้ไขเพิ่มเติม). นครปฐม: รุ่งศิลป์การพิมพ์, 2556.
- ลีฟวิงสตัน, คารอล. **คู่มือ ECPAT ปกป้องน้องน้อยจากภัยออนไลน์**. แปลโดย จงเจริญ ทรแก้ว กริมส์แมนน์. กรุงเทพฯ: ECPAT International, 2545.
- วราพรรณ วงศ์สารคาม. **การศึกษาวิถีชีวิตของเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดคดีข่มขืนกระทำชำเรา**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ, 2548.
- วัชร จิรฐิติกาลกิจ. **ผลกระทบของการนำเสนอข่าวข่มขืนในหนังสือพิมพ์ภาษาไทยรายวันที่มีต่อผู้ข่มขืน ผู้ถูกข่มขืน และผู้อ่าน ที่สะท้อนจริยธรรมของหนังสือพิมพ์**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะวารสารศาสตร์และสื่อสารมวลชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

วัชรินทร์ สังสีแก้ว. ข่มขืน อดีต ปัจจุบัน อนาคต. **จุลนิติ**. 4, 1 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2550): 63-83.

วิทยา ศรีสมานวัตร. **ตัวบทแยกองค์ประกอบ ประมวลกฎหมายอาญา**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556.

วิวัฒนาการการลงโทษผู้กระทำความผิดในประเทศไทย. ค้นวันที่ 6 พฤศจิกายน 2557 จาก http://boonyachinda.blogspot.com/2011/05/blog-post_06.html

แวกส์, เรย์มอนด์. **กฎหมาย: ความรู้ฉบับพกพา (Law: a Very Short Introduction)**. แปลโดย ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล. กรุงเทพฯ: ภาพพิมพ์, 2555.

เศรษฐบุตร อธิธรรมวินิ. **การลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล: ศึกษากรณีการกำหนดความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญา**. ค้นวันที่ 28 กันยายน 2557 จาก http://www.sri.cmu.ac.th/~srilocal/drugs/research_files/research_56_4.pdf

สจเกต เกียรติศักดิ์. **การดำเนินคดีในศาล**. เวียงจันทร์: ม.ป.พ., 2546.

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. **สรุปการสัมมนาทางวิชาการแนวทางการจัดแบ่งกลุ่มความผิดและโทษในประมวลกฎหมายอาญาของไทย**. กรุงเทพฯ: สถาบันฯ, 2554.

สถิตย์ ไพเราะ. **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 209-287 และมาตรา 367-398**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: พลสยามพรีนติ้ง (ประเทศไทย), 2554.

สภาแห่งชาติสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว. **กฎหมายอาญา ฉบับปรับปรุง ค.ศ.2012**. ค้นวันที่ 12 ตุลาคม 2557 จาก <http://www.mof.gov.la>

สมาพันธ์สมาคมเครือข่ายคนไทยคู่สมรสต่างชาติแห่งประเทศไทย. **การสมรสและการหย่าในประเทศฝรั่งเศส**. ค้นวันที่ 4 มกราคม 2559 จาก <http://www.thaiforeignspouse.com/Module/Article/ArticleDetail.aspx?ArticleID=2>

สยามมีเดีย. **ข่าวแอลเอ**. ค้นวันที่ 27 พฤศจิกายน 2557 จาก http://www.siammedia.org/news/losangeles/20120224_03.php

สรีประพัย. **การข่มขืนกระทำชำเราหญิง**. เวียงจันทร์: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, ม.ป.ป.

สัญญา บัวเจริญ. **วิชาการสอบสวน 3 การสอบสวนคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ**. นครปฐม: ภาควิชาการสอบสวน ส่วนวิชาการสืบสวนและสอบสวน กองบังคับการวิชาการ โรงเรียนนายร้อยตำรวจ, ม.ป.ป.

สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, กระทรวงยุติธรรม, กรมโฆษณาอบรมกฎหมาย. **กตหมาย**

และนิติกรรม ในเขตการปกครองและยุติธรรม. เวียงจันทน์: กรมโฆษณาอบรม

กฎหมาย กระทรวงยุติธรรม, 2555.

สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, กระทรวงยุติธรรม, อัยการประชาชนสูงสุด, ศาลประชาชน

สูงสุด, กระทรวงป้องกันความสงบ. **แผนแม่บทเกี่ยวกับการพัฒนารัฐแห่งกฎหมายของ**

ประเทศลาว จากปัจจุบันถึง ค.ศ.2020. เวียงจันทน์: พี. ดี. เอส. การพิมพ์, 2553.

สาวิตรี ภูไชยแสง. **เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย: ศึกษาอายุเด็กในความผิดเกี่ยวกับเพศ.**

วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2552.

สำนักงาน ก.พ. **ระบบการศึกษา.** ค้นวันที่ 3 ธันวาคม 2559 จาก [http://www.ocsc.go.th/ocsc](http://www.ocsc.go.th/ocsc/th/index.php?option=comcontent&view=article&id=3061:2013-09-13-18-29-01&catid=509:2011-09-15-17-28-03)

[/th/index.php?option=comcontent&view=article&id=3061:2013-09-13-18-](http://www.ocsc.go.th/ocsc/th/index.php?option=comcontent&view=article&id=3061:2013-09-13-18-29-01&catid=509:2011-09-15-17-28-03)

[29-01&catid=509:2011-09-15-17-28-03](http://www.ocsc.go.th/ocsc/th/index.php?option=comcontent&view=article&id=3061:2013-09-13-18-29-01&catid=509:2011-09-15-17-28-03)

สำนักงานอัยการสูงสุด, สถาบันกฎหมายอาญา และองค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ. **สรุปผล**

รายงานการสัมมนาทางวิชาการเรื่องมาตรการใหม่ทางกฎหมาย: รูปธรรมในการ

คุ้มครองเด็กที่เป็นเหยื่ออาชญากรรมทางเพศ. 13 มกราคม 2541

สุชาย จอกแก้ว. **ระวางเรื่องเพศ (ตอน 2) ข่มขืนอย่างไร ไม่ต้องติดคุก. จุลนิติ.** 4, 6 (พฤศจิกายน-

ธันวาคม 2550): 53-61.

สุดตา จอนมะนีจัน. **ตำราเรียนกฎหมายอาญา.** เวียงจันทน์: คณะนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์

มหาวิทยาลัยแห่งชาติ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, 2548.

สุดตา จอนมะนีจัน. **บทกฎหมายอาญา.** เวียงจันทน์: คณะนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัย

แห่งชาติ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว, 2550.

สุภาสัทธิ รอดวันชัย. **กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเปรียบเทียบไทย-ลาว: ขั้นตอนก่อนการ**

พิจารณาของศาล. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์

มหาวิทยาลัย, 2547.

สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. **ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร.**

วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

องค์กรผู้หญิงกะเหรี่ยง. **ข่มขืน-ขืนข่มในความเจ็บ.** กรุงเทพฯ: คณะกรรมการจัดงานครบรอบ 60

ปี ออง ซาน ซูจี, 2548.

อรอนงค์ อินทรจิตร และนรินทร์ กรินชัย. **ข่มขืน ขืนข่ม.** กรุงเทพฯ: ปกเกล้าการพิมพ์, 2539.

อะไรคือการถูกล่วงละเมิดทางเพศ? ค้นวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2559 จาก <https://www.1800>

[respect.org.au/languages/thai/what-is-sexual-assault/](https://www.1800respect.org.au/languages/thai/what-is-sexual-assault/)

อัจฉริยา ชูตินันท์. **อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา.** กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.

อรรถพร ชูบำรุง. **อาชญาวิทยาแนวพุทธ**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

อิสริย์ รักษารัตน์. **ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษากรณีมาตรา 277 ของประมวลกฎหมายอาญา**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552.
เอกรงค์ ภาณุพงษ์, กนกวลี ตริวิฒนากุล และทีมข่าวเหยี่ยวเดือนเก้า. **ข่มขืน...ภัยผู้หญิงสตรี**. กรุงเทพฯ: สยามอินเตอร์บุ๊ค, 2547.

Lao People's Democratic Republic Peace Independence Democracy Unity

Prosperity: on the Promulgation of the Penal Law. Retrieved October 12, 2014 from <http://www.ospp.net/Enlish/ospp%20in%20English.htm?LawonLaoNationality.html>

The Legal Information Institute. **Rape**. Retrieved October 12, 2014 from <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/10/920>

The Legal Information Institute. **Rape of a Child**. Retrieved October 12, 2014 from <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/10/920b>

Library of Congress. **France Children's Right**. Retrieved September 22, 2015 from <http://www.loc.gov/law/help/online-privacy-law/france.php>

Library of Congress. **Online Privacy Law: France**. Retrieved January 4, 2016 from <http://www.loc.gov/law/help/online-privacy-law/france.php>

Ministry of Woman & Child Development. **Definition of the Child**. Retrieved October 15, 2015 from <http://wcd.nic.in/crcpdf/crc-2.pdf>

Packer, Herbert L. **The Limits of the Criminal Sanction**. California: Stanford University, 1968.

US CODE COLLECTION. Retrieved October 2, 2014 from <http://www4.law.cornell.edu/uscode>

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล

นางสาวจริยาภรณ์ พงษ์รัตน์

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
ปีสำเร็จการศึกษา พ.ศ.2556

ประสบการณ์ทำงาน

พ.ศ.2558-2559
นิติกรกลุ่มงานคดี สำนักกฎหมาย
องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ