

### บทที่ 3

#### มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

จากสภาพปัญหาที่กล่าวมาในบทที่แล้ว เป็นตัวบ่งชี้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กก่อให้เกิดปัญหาต่อสังคมมากมาย ในบทนี้ผู้ศึกษาจะนำเสนอและชี้แนะในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายที่ในปัจจุบัน ทั้งส่วนของการคุ้มครองที่กว้างขวางในกฎหมายระหว่างประเทศ ในรูปแบบอนุสัญญาต่าง ๆ (Convention) หรือในส่วนของกฎหมายที่ใช้บังคับภายในประเทศ (Positive Law) โดยเฉพาะประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานนี้โดยตรง ตั้งแต่มาตรา 276 - 287 ประกอบกับปัญหาในการตีความบังคับใช้กฎหมายของศาลไทยที่ค่อนข้างจะมีแนวโน้มว่าไม่คุ้มครองเสรีภาพทางเพศเท่าที่ควรซึ่งถือว่าเป็นปัญหาและอุปสรรคอย่างหนึ่งของการแก้ไขปัญหาคอนเสิร์ตกระทำชำเราเด็กด้วย เพราะลำพังเพียงการป้องกันอย่างเดียวไม่เพียงพอ มาตรการทางกฎหมายที่ลงโทษต้องเด็ดขาดด้วย โดยมีจุดมุ่งหมาย 3 ประการ กล่าวคือ

1. เพื่อข่มขู่หรือยับยั้ง (deterrence) คือ ยับยั้งมิให้กระทำความผิดอาญาอีกในอนาคต
2. เพื่อแก้ไขหรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำผิด (reformation and rehabilitation)
3. เพื่อตัดโอกาสมิให้ผู้นั้นกระทำความผิดอีก (incapacitation)

วัตถุประสงค์ทั้ง 3 ประการ เป็นหลักโดยทั่วไปที่สถาบันยุติธรรมมักใช้ในการพิจารณาโทษเสมอ แต่สำหรับการกระทำบางอย่างที่กระทำอย่างทารุณโหดร้าย และละเมิดเสรีภาพทางเพศอย่างรุนแรง มาตรการทางกฎหมายควรจะยึดหลักการตัดโอกาสมิให้ผู้นั้นกระทำผิดเป็นสำคัญ โดยวิธีการในกฎหมายที่สนองแนวโน้ม คือ โทษประหารชีวิต ซึ่งผู้ศึกษาจะนำเสนอรายละเอียดในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต่อไป

### 3.1 ความเป็นมาของมาตรการป้องกันและคุ้มครองสิทธิเด็กกรณีข้ามขึ้นกระทำ ซ้ำเราในส่วนของกฎหมายต่างประเทศ

สำหรับเรื่องของสิทธิเด็กนั้นได้เริ่มต้นตั้งแต่ช่วงปลายของสงครามโลกครั้งที่ 1 ในปี ค.ศ. 1919 โดย Eglantyne Jebb ซึ่งเป็นชาวอังกฤษได้ก่อตั้งมูลนิธิช่วยเหลือเด็กขึ้น และหลังจากนั้นก็ได้มีการก่อตั้งสหภาพการคุ้มครองเด็กระหว่างประเทศ ซึ่งต่อมาได้มีการผลักดันประกาศสิทธิเด็กระหว่างประเทศออกมาในชื่อว่าปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวา<sup>1</sup> ต่อมาในปี ค.ศ. 1939 เกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ขึ้น มีผลทำให้สันนิบาตชาติหมดบทบาทลง ปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาจึงสิ้นสภาพไปด้วย หลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ก็ได้มีการลงนามในกฎบัตรสหประชาชาติที่เมืองซานฟรานซิสโก และหนึ่งในวัตถุประสงค์ขององค์การสหประชาชาติก็คือการประสานงานกันระหว่างงานกันระหว่างประเทศโดยส่งเสริมให้มีการเคารพในสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพสำหรับทุก ๆ คน

ในปี ค.ศ. 1946 หนึ่งปีหลังจากการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมขององค์การสหประชาชาติ (Conseil Economique et Social de IONO) ได้เสนอให้นำปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวากลับมาพิจารณาใหม่ อีกสองปีต่อมาซึ่งเป็นปี ค.ศ. 1948 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติก็ได้ลงมติยอมรับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งมาตรา 25 (2) แห่งปฏิญญานี้บัญญัติไว้ว่ามารดาและเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลรักษาและการช่วยเหลือพิเศษ เด็กทั้งปวงไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกสมรสจะต้องได้รับการคุ้มครองทางสังคมเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามบทบัญญัตินี้ก็ยังคงดูเหมือนกับว่าไม่ได้ให้ความสำคัญต่อ

---

<sup>1</sup> Bureau, International Catholique Dei, Enfance (BICE) 1985, p.38.

ความต้องการของเด็กอย่างเพียงพอ จึงจำเป็นต้องมีข้อกำหนดโดยเฉพาะ เพื่อกำหนดเรื่องความต้องการพิเศษของเด็กขึ้น ต่อมาคณะกรรมการสังคมของสภา เศรษฐกิจของสหประชาชาติ (Commission Sociale du Conseil economique des Nations Unies) ได้จัดทำต้นร่างของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้น ใหม่ ในปี ค.ศ. 1950 แต่งานชิ้นนี้ได้หยุดชะงักไปเป็นเวลาหลายปี เพื่อดำเนินการ จัดทำอนุสัญญาระหว่างประเทศ 2 ฉบับก่อน

ในปี ค.ศ. 1957 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของคณะมนตรีเศรษฐกิจ และสังคม (Commission des droits de l'homme du Conseil economique et social) ได้พิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการยอมรับปฏิญญา ว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งเกี่ยวข้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปฏิญญาว่าด้วย สิทธิเด็กซึ่งคณะกรรมการได้จัดทำขึ้น ได้มีการยอมรับโดยคณะกรรมการที่สามของ สหประชาชาติแห่งองค์การสหประชาชาติ (คณะกรรมการสังคม มนุษยชาติ และ วัฒนธรรม (Commission sociale, humanitaire et culturelle) และต่อมาสหประชาชาติแห่งองค์การสหประชาชาติได้ลงมติรับปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ด้วยเสียงเอกฉันท์<sup>2</sup>

เนื่องจากปัญหาสิทธิเด็กเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นทั่วโลก มิใช่เพียงประเทศใด ประเทศหนึ่งเท่านั้น การให้ความคุ้มครองที่จะครอบคลุมได้ทั่วกันจึงต้องทำในรูป ของข้อตกลงระหว่างประเทศ ในรูปแบบของอนุสัญญาจึงได้มีการจัดตั้งคณะทำงาน ขึ้นคณะหนึ่ง เพื่อจัดทำร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเมื่อต้นปี ค.ศ. 1979 โดยใช้ ต้นฉบับของรัฐบาลโปแลนด์ที่เสนอไว้เป็นเอกสารพื้นฐาน

---

<sup>2</sup> สหประชาชาติ, องค์การ, ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก, (ไม่ปรากฏ สถานที่พิมพ์, 1959), น.6.

ปรากฏว่าปัญหาหนึ่งซึ่งเป็นปัญหาที่ได้รับความสนใจจากองค์การแรงงานระหว่างประเทศรวมทั้งประเทศไทยด้วย ก็คือ ปัญหาการแสวงหาประโยชน์จากการใช้แรงงานเด็ก ปัญหานี้ได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 18 (1) คือ รัฐสมาชิกของอนุสัญญาฯ ยอมรับว่าสิทธิเด็กจะได้รับความคุ้มครอง ต่อการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจ และต่อการถูกใช้ทำงานอันตรายหรือ งานที่มีลักษณะอันเป็นภัยต่อการศึกษาของเด็ก หรืออาจจะนำมาซึ่งอันตรายต่อสุขภาพหรือการพัฒนาทางร่างกาย เสรีภาพทางเนื้อตัวร่างกายและเสรีภาพทางเพศ จิตใจ ศิลธรรม หรือสังคม ต่อมาในช่วงการประชุมของรัฐบาลฝรั่งเศสและฮอลแลนด์ ได้มีการเสนอเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 34 โดยมีสาระสำคัญ คือ รัฐสมาชิกของอนุสัญญาฯ พยายามที่จะคุ้มครองเด็กต่อการแสวงหาประโยชน์ทุกรูปแบบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ เช่นเดียวกับการปฏิบัติต่อเด็กโดยการดุด่าเหยียดหยามและการกระทำทุกอย่างที่กระทบต่อความสมบูรณ์ทางศีลธรรม จิตใจ หรือร่างกายของเด็ก จากที่ผ่านมาสามารถสรุปเนื้อหาของอนุสัญญาฯ เกี่ยวกับสิทธิเด็กที่น่าสนใจบางประการ ดังนี้

บทนำของอนุสัญญากล่าวว่า รัฐสมาชิกของอนุสัญญาฯ ได้ยอมรับหรือเหมือนกับที่กล่าวไว้ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ปี ค.ศ. 1959 ว่าด้วยเหตุผลของความจำเป็นในการพัฒนาทางร่างกายและจิตใจ เด็กมีความต้องการช่วยเหลือและการดูแลรักษาเป็นพิเศษสำหรับสุขภาพและการพัฒนาทางร่างกาย ทางจิตใจ ทางสมอง และทางสังคม โดยเฉพาะในเรื่องสิทธิทางเพศของเด็กนั้น ที่ประชุมได้มีมติมาตรา 34 โดยกล่าวว่า รัฐสมาชิกอนุสัญญาฯ พยายามที่จะคุ้มครองเด็กต่อการแสวงหาประโยชน์ทางเพศทุกรูปแบบรวมทั้งการข่มขืนเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐสมาชิกต้องใช้มาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นในแผนงานของชาติ ของรัฐภาคี ตั้งแต่สองรัฐหรือกว่านั้น เพื่อที่จะขัดขวาง

<sup>3</sup> Ibid, 1986, p.21.

(ก) การที่เด็กจะถูกชักชวนหรือข่มขู่ให้มีการยอมถูกระงับทางเพศที่ผิดกฎหมาย

(ข) การแสวงหาประโยชน์จากเด็ก โดยการให้เป็นโสเภณีหรือมีความสัมพันธ์ทางเพศที่ผิดกฎหมาย

(ค) การแสวงหาประโยชน์จากเด็กในการแสดงหรือการผลิตภาพเปลือย

จากอนุสัญญาดังกล่าวมติของนานาชาติได้ให้การคุ้มครองสิทธิเด็ก โดยเฉพาะ สิทธิทางเพศทุกรูปแบบ ซึ่งตามอนุสัญญาดังกล่าวจะเป็นแม่บทในการตรากฎหมายในเรื่องการคุ้มครอง และรับรองสิทธิทางเพศของเด็กในแต่ละประเทศ ซึ่งกฎหมายในแต่ละประเทศจะมีข้อแตกต่างในด้านต่าง ๆ แตกต่างกันไป จึงเป็นที่น่าศึกษาว่าประเทศไทยมีการตรากฎหมายที่รองรับและคุ้มครองสิทธิทางเพศของเด็กมากน้อยและเพียงพอต่อการรองรับการคุ้มครองและรับรองสิทธิเด็กเพียงใด

### หลักของการคุ้มครองสิทธิเด็ก

อนุสัญญาฉบับนี้มี 54 มาตรา แบ่งเป็น 3 ส่วน คือ

ส่วนที่ 1 บทนำ ซึ่งบอกให้ทราบหลักสำคัญ ๆ ของเรื่องก่อนสัญญาบังคับ

ส่วนที่ 2 มาตราหรือตัวบทที่กำหนดพันธกรณี ซึ่งประเทศที่ให้สัตยาบันแก่

อนุสัญญาต้องปฏิบัติตาม

ส่วนที่ 3 บทบัญญัติการดำเนินการ ซึ่งให้นิยามวิธีการสอดส่องดูแลการ

ปฏิบัติตามอนุสัญญาและกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ในการบังคับใช้

สำหรับสรุปสาระสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้ อาจแบ่งได้เป็น

6 หลักด้วยกัน คือ

1. หลักทั่วไป เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทั่ว ๆ ไป ในแง่ทั้งส่วนบุคคล การแสดงความคิดเห็น ศาสนา วัฒนธรรม ความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย เดียวกัน การศึกษาอื่น ๆ
2. หลักการคุ้มครองร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก มุ่งคุ้มครองมิให้เด็กถูกข่มเหงรังแก หรือถูกละเมิดสิทธิเหนือร่างกาย ชีวิต และเสรีภาพ รวมทั้งสวัสดิภาพ ไม่ว่าจะทำร้าย ข่มขู่ ล่วงเกินทางเพศ ชู้ตริต หากำไรทางเพศ หรือค้ำกำไรทางเศรษฐกิจ หรือนำเด็กไปเป็นวัตถุซื้อขายหรือปฏิบัติต่อเด็กที่ไม่เหมาะสม จนเป็นผลเสียต่อสวัสดิภาพของเด็ก รวมทั้งคุ้มครองให้มีการเยียวยาฟื้นฟูเด็กที่ถูกกระทำละเมิดดังกล่าวให้กลับคืนสู่สภาพปกติได้
3. หลักการคุ้มครองเด็กที่มีปัญหาความประพฤติดหรือกระทำคามผิดทางอาญา มุ่งคุ้มครองให้เด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำคามผิดทางอาญา ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างไปจากผู้ต้องหาที่เป็นผู้ใหญ่ โดยให้ได้รับผลร้ายจากการต้องถูกดำเนินคดีและควบคุมน้อยที่สุด
4. หลักการคุ้มครองสิทธิทางแพ่ง มุ่งคุ้มครองให้เด็กได้รับสิทธิในฐานะพลเมืองของรัฐที่มีชื่อ มีสัญชาติ สามารถติดต่อกับครอบครัวญาติในนาหรืออยู่อาศัยร่วมกับบิดา มารดา ได้รับอุปการะเลี้ยงดูจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง โดยมีรัฐช่วยสนับสนุนและให้หลักประกัน
5. หลักการคุ้มครองเด็กผู้ด้อยโอกาส มุ่งคุ้มครองให้เด็กด้อยโอกาส เด็กผู้ยากไร้ผู้อุปการะ เด็กผู้ตกอยู่ในภทภัย และเด็กพิการ ได้รับการดูแลและอุปการะเลี้ยงดูให้เท่าเทียมกับเด็กทั่วไป
6. หลักการให้สวัสดิการสังคมแก่เด็ก มุ่งคุ้มครองการให้เด็กได้รับข่าวสารข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อพัฒนาการของเด็กได้รับการดูแลด้านสุขภาพอนามัยได้รับการประกันสังคม ได้รับการศึกษาทั้งในแง่การเล่าเรียนและโอกาสที่จะศึกษาเล่าเรียนเพื่อพัฒนาการด้านบุคลิกภาพการมีมนุษยสัมพันธ์อันดี มีความรับผิดชอบต่อนตนเอง สังคม และสภาพแวดล้อมทางธรรมชาติ ได้รับการพักผ่อนหย่อนใจและส่งเสริมชีวิตด้านศิลปวัฒนธรรม

อย่างไรก็ตามในการศึกษาครั้งนี้ ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาถึงการเข้มข้น กระทำซ้ำเราเด็กบนพื้นฐานการคุ้มครองสิทธิเด็ก ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงอนุสัญญาว่า ด้วยสิทธิเด็กจะพบว่ามีสาระสำคัญในส่วนของสิทธิทางเพศของเด็ก อยู่ในมาตรา 19, 34, และ 39 ดังมีรายละเอียด ดังนี้

### มาตรา 19

1. รัฐภาคีจะให้มีความมาตรการต่าง ๆ ที่เหมาะสมทางด้านกฎหมาย บริหาร สังคม และการศึกษา เพื่อป้องกันไม่ให้เด็กตกเป็นเหยื่อไม่ว่าในรูปแบบใดของความรุนแรงทางร่างกาย หรือจิตใจ การทำร้ายหรือกลั่นแกล้งการกระทำที่ละเลย หรือประมาทการปฏิบัติที่ไม่ดีหรือการถูกเอาเปรียบ รวมทั้งการรังแกทางเพศ ในขณะที่เด็กอยู่ในความดูแลของบิดา มารดา หรือบิดา หรือมารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นใดที่ให้การดูแลแก่เด็ก

2. ตามแต่จะเห็นเหมาะสม มาตรการคุ้มครองเหล่านี้ควรจะต้องรวมถึงกระบวนการจัดตั้งโครงการต่าง ๆ ทางสังคมที่ได้ผล เพื่อให้ความสนับสนุนที่จำเป็นแก่เด็กและผู้ดูแลเด็ก ตลอดจนให้การสนับสนุนที่จำเป็นเพื่อการป้องกันในรูปแบบอื่นไม่ให้มีเหตุการณ์ของการปฏิบัติที่ไม่ดีต่อเด็กตามที่ระบุข้างต้น และให้มีการระบุเจาะจง มีการรายงาน การส่งเรื่องไปยังหน่วยงานอื่น การสอบสวน การดำเนินการ และการติดตามเหตุการณ์เหล่านี้ และหากเหมาะสมให้มีการดำเนินการทางศาล

### มาตรา 34

รัฐภาคีจะให้การพิทักษ์คุ้มครองเด็กจากการถูกรัดเอาเปรียบทางเพศและการถูกทำร้ายรังแกทางเพศเพื่อการนี้ รัฐภาคีจะให้มี โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการทั้งหลายที่เหมาะสมทั้งในระดับประเทศและพหุภาคีเพื่อป้องกัน

ก) การล่อลวงหรือบังคับให้เด็กกระทำการทางเพศที่ผิดกฎหมาย

ข) การใช้เด็กอย่างเอารัดเอาเปรียบ เพื่อให้ค้าประเวณีหรือกระทำการทางเพศอื่น ๆ ที่ผิดกฎหมาย

ค) การใช้เด็กอย่างเอารัดเอาเปรียบในการแสดง หรือสิ่งของ เอกสารอนาจาร

### มาตรา 39

รัฐภาคีจะให้มีความมาตรการทุกประการที่เหมาะสมเพื่อสร้างให้เด็กที่ตกเป็นเหยื่อของการถูกละเลยทอดทิ้งในรูปแบบใดก็ตาม การถูกเอารัดเอาเปรียบหรือถูกกลั่นแกล้ง ถูกทรมาณ หรือถูกทารุณกรรม ถูกลงโทษหรือถูกกระทำในลักษณะที่ไร้มนุษยธรรม หรือน่าอับอาย หรือเป็นเหยื่อของการต่อสู้ทำสงครามให้ฟันฝ่าคืนสู่สภาวะปกติทั้งทางร่างกายและจิตใจ และให้สามารถปรับตัวกลับคืนสู่สังคมได้ การฟื้นคืนสภาพปกติและการปรับตัวกลับสู่สังคมดังกล่าวจะต้องมีชั้นภายใต้สภาวะแวดล้อมที่ก่อให้เกิดสุขภาพที่ดี การเคารพในตนเองและเกียรติภูมิสำหรับเด็ก

แนวความคิดในการรับรองสิทธิเด็กในสังคมไทย จากการศึกษาหลักฐานทางประวัติศาสตร์ที่พอจะชี้ให้เห็นแนวความคิดในการรับรองสิทธิเด็กอย่างเด่นชัดคือ พระราชบัญญัติพิทักษ์เมีย ร.ศ. 86 (พ.ศ. 2410) ซึ่งได้ออกมาตัดทอนอำนาจของสามี ในการขายภริยาและตัดทอนอำนาจของบิดามารดาในการขายบุตรดังความตอนหนึ่งว่า "...ถ้าพ่อแม่เอาชื้อลูกมาขาย ถ้าลูกอายุยังไม่ถึง 15 ปี และอยู่กับพ่อแม่ นั้น ถึงไม่มีแกงไต และค้ำยอด้วยก็เป็นอันขายได้... ถ้าลูกชายก็ดีลูกหญิงก็ดี อายุถึง 15 ปีขึ้นไปแล้ว ถ้าพ่อแม่มันจะเอามาขายต่อมันลงแกงไตยินยอมมีผู้รู้ผู้เห็นด้วยจึงเป็นอันขาย... ลูกที่ไม่มีพ่อแม่ ผู้ขายเอามาเลี้ยงเหมือนลูกของตัวเอง เพราะมันจะได้มรดก ด้วยความเปนลูกเลี้ยง ขายได้ในอายุ 15 ปีลงมา เมื่อพ้นอายุ 15 ปีขึ้นไป แล้วต่อเรือนเบียมันยอมด้วยจึงขายได้ ลูกผู้อื่นที่ผู้ขายเอามาเลี้ยง เมื่ออายุมันกว่า 7 ขวบคงอายุได้ 15 ปีลงมา มันไม่ยอมด้วยจะเอาไปขายไม่ได้..." จากถ้อยคำในพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้แสดงให้เห็นถึงการเริ่ม



ต้นยอมรับสิทธิของเด็ก เพราะก่อนหน้าปี พ.ศ. 2410 ตามกฎหมายพระไอยการ  
 ทาษ ให้บิดามารดามีอำนาจสิทธิขาดที่จะนำบุตรไปขายลงเป็นทาสได้โดยอิสระ  
 หากจำต้องได้รับความยินยอมจากบุตรก่อนไม่ แต่ตามพระราชบัญญัติพ่อค้าเมีย  
 ได้ตัดอำนาจสามีในการขายภริยาและตัดทอนอำนาจของบิดามารดาในการขายบุตร  
 พระราชบัญญัติว่าด้วยพ่อค้าเมีย กำหนดไว้ในกรณีจะขายบุตรที่มีอายุกว่า  
 15 ปีขึ้นไป กฎหมายได้ให้สิทธิบุตรจะแสดงเจตนายินยอมด้วยหรือไม่ก็ได้ หากบุตร  
 ไม่ยินยอมการขายนั้นเกิดขึ้นไม่ได้ นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2410 เป็นต้นมา สิทธิเด็กจึง  
 ได้รับการยอมรับและได้รับการคุ้มครองเพิ่มมากขึ้นโดยลำดับ เช่น ประกาศพระ-  
 เชิญอายุลูกทาสลูกไทย ร.ศ. 93 และพระราชบัญญัติห้ามจำหน่ายเด็ก ร.ศ. 101  
 เป็นต้น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มิได้แยกกล่าวถึง  
 การรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็กไว้เป็นพิเศษ จึงต้องแปลว่า เด็กและผู้ใหญ่ได้รับ  
 การรับรองและคุ้มครองสิทธิโดยเท่าเทียมกัน มาตรา 28 บัญญัติว่า "...บุคคล  
 ย่อมมีสิทธิเสรีภาพในร่างกาย..." คำว่า บุคคล ในที่นี้ย่อมหมายถึงบุคคลตาม  
 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 กล่าวคือ สภพบุคคลเริ่มตั้งแต่เมื่อ  
 คลอดและอยู่รอดเป็นทารก สิ้นสุดลงเมื่อตาย ดังนั้น บุคคลไม่ว่าเด็กหรือผู้ใหญ่  
 ย่อมมีเสรีภาพในร่างกาย หากจะแปลเอาความย่อหมายถึงคนเราเป็นเจ้าของ  
 สิทธิเสรีภาพในสิทธิตัวเราเอง ใครอื่นนอกตัวเราจะมาทำร้ายหรือฆ่าเราไม่ได้  
 นักปรัชญาการเมืองกล่าวว่า คนเรามีสิทธิเสรีภาพในร่างกายรับแต่เกิดขึ้นมาใน  
 โลก ปัญหาจึงมีว่าบิดามารดาผู้ให้กำเนิดบุตรจะมีสิทธิในชีวิตร่างกายของบุตรหรือ  
 ไม่ หากพิเคราะห์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่าบิดา  
 มารดามีสิทธิเป็นเจ้าของในตัวบุตรที่ตนให้กำเนิดเท่านั้น และในขณะที่เดียวกันบิดา  
 มารดามีหน้าที่จะต้องรับผิดชอบเลี้ยงดูในลักษณะที่เหมาะสมแก่ฐานะานุรูป บิดา  
 มารดาหาสิทธิในชีวิตร่างกายหรือความเป็นความตายของบุตรไม่ บิดามารดาไม่  
 ใช่เจ้าของชีวิตบุตรที่ตนให้กำเนิด จึงจะทำลายชีวิตของบุตรมิได้ ฉะนั้น หากบิดา

มารดาฆ่าหรือกระทำทารุณกรรมบุตรของตนเอง เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา และอนาจาร กฎหมายจึงต้องเข้าแทรกแซง (intervention) ก็เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิแก่เด็กและเอาผิดกับบิดามารดาได้<sup>4</sup> นับตั้งแต่ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นระบอบประชาธิปไตย เมื่อปี พ.ศ. 2475 หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ แม้จะมีได้แยกกล่าวถึงเสรีภาพของเด็กและเยาวชนก็ต้องเข้าใจว่า รวมถึงบุคคลทุกคนนับตั้งแต่การเกิดจนถึงแก่ความตายที่เกิดบนผืนแผ่นดินไทย ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพภายใต้กฎหมายโดยเท่าเทียมกัน

จะเห็นได้ว่า ความคิดในการรับรองสิทธิเด็กดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงการให้ความสำคัญต่อปัญหาการละเมิดสิทธิเด็ก มีการออกกฎหมายรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็ก ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้ให้สิทธิกับเด็กเท่าเทียมกับผู้ใหญ่ กล่าวคือให้การรับรองและคุ้มครองบุคคลทุกคนตั้งแต่เกิดจนถึงแก่ความตาย มิได้เป็นกฎหมายที่ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิของเด็กอย่างเดียว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในลักษณะการข่มขืนกระทำชำเราและอนาจารเด็ก ดังนั้น การศึกษาถึงความคิดในการรับรองสิทธิเด็ก จึงเป็นพื้นฐานสำคัญในการศึกษาเรื่องการละเมิดสิทธิทางเพศของเด็ก การข่มขืนกระทำชำเราและอนาจารเด็ก เนื่องจากปัญหาการละเมิดสิทธิทางเพศของเด็กเป็นปัญหาใหญ่และสมควรจะขจัดให้หมดไป ดังนั้น การรับรองและคุ้มครองสิทธิทางเพศของเด็กจึงสมควรจะได้รับการพิจารณารับรองคุ้มครองสิทธิทางเพศเพิ่มมากขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ โดยเฉพาะการคุ้มครองและรับรองสิทธิที่มากกว่าผู้ใหญ่ เนื่องจากเด็กยังเป็นบุคคลที่อยู่ในวัยที่ยังไม่สามารถตัดสินใจและป้องกันตนเองได้ ดังนั้น ในการศึกษาครั้งนี้จึงมุ่งพิจารณาให้ประเด็นการคุ้มครอง

-----  
<sup>4</sup> วัชรินทร์ ปัญญาวิญญกุล, สิทธิเหยื่อ : มาตรการป้องกันกรณีเด็ก, บทบัณฑิตย เล่มที่ 48 ตอน 1.

และรับรองสิทธิทางเพศในแง่ของกฎหมายไทย ทั้งนี้ เพื่อให้เห็นและปรับปรุงข้อบกพร่องของกฎหมายไทย โดยเฉพาะกรณีข้ามชั้นกระทำชำเราเด็กต่อไป

### 3.2 แนวความคิดของนักกฎหมายกลุ่มคอมมอนลอว์และกลุ่มซีวิลลอว์ต่อการกระทำ ความผิดฐานข้ามชั้นกระทำชำเรา

#### 1. แนวความคิดของนักกฎหมายกลุ่มคอมมอนลอว์และกลุ่มซีวิลลอว์

- แนวความคิดของกลุ่มคอมมอนลอว์ต่อความผิดฐานข้ามชั้นกระทำ  
ชำเราเด็ก

กลุ่มคอมมอนลอว์ คือ กลุ่มประเทศที่ยึดถือคำพิพากษาของศาลเป็นบรรทัดฐาน อาทิเช่น ในประเทศอังกฤษ ได้อธิบายเกี่ยวกับความผิดฐานนี้ว่าองค์ประกอบความผิดฐานข้ามชั้นกระทำชำเรานั้น ศาลเป็นผู้กำหนดขึ้นเอง เมื่อประมาณคริสต์ทศวรรษที่ 16 - 17 แม้ว่ากรกระทำดังกล่าวจะได้เป็นความผิดมาตั้งแต่สมัยนอร์แมนแล้วก็ตาม อาจเข้าใจได้ว่าศาลอาจสร้างผิดฐานขึ้นในคอมมอนลอว์ พร้อม ๆ กับความผิดฐานฆ่าคน วางเพลิงเผาทรัพย์ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ การทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานเบียดความเท็จ และการร่วมเพศผิดธรรมชาติตามนุษย์ (Sodomy) ก็ได้ นักกฎหมายได้เรียกความผิดเหล่านี้ว่าความผิดอาญาตามกฎหมายคอมมอนลอว์<sup>5</sup> (Common Law Crimes)

---

<sup>5</sup> Wayne R. La Fave and Austin W. Scott, Criminal Law, (Minnesota : West Publishing Co., 1972), p 58-59



ค.ศ.1861 ได้มีการออกกฎหมาย ชื่อ The Offences Against the Person Act, 1861 บัญญัติให้ความผิดนี้เป็นความผิดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรคงเป็นอย่างเดียวกัน<sup>6</sup>

นักกฎหมายในคอมมอนลอว์ ถือว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นความผิดในตัวเอง (Mala in Se) ไม่ใช่ความผิดประเภทที่ผิด เพราะมีกฎหมายห้าม (Mala Prohibita)

ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ การข่มขืนกระทำชำเราจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบความผิด 2 ภาค คือ

1. ภาคการกระทำ หรือองค์ประกอบภายนอก
2. ภาคเจตนา หรือองค์ประกอบภายใน

1. การกระทำ คือ การก่อให้เกิดผลในอันใดอันหนึ่ง ไม่ว่าจะโดยการเคลื่อนไหวทางกายภาพ หรือโดยการงดเว้นการเคลื่อนไหว กระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ประกอบด้วยอาการหรือพฤติกรรม ดังต่อไปนี้

1.1 การกระทำชำเรา (Sexual Intercourses) ศาสตราจารย์ทางกฎหมายผู้หนึ่งอธิบายว่า การกระทำชำเราเป็นการเคลื่อนไหวทางกายภาพประการหนึ่ง

1.2 การกระทำชำเราซึ่งกฎหมาย ชื่อนี้หมายความว่าฝ่ายชายได้ร่วมประเวณีกับหญิงโดยฝ่าฝืนความยินยอมของหญิง และหญิงนั้นมิได้เป็นคู่สมรสของชาย

<sup>6</sup> Encyclopaedia Britannica, Vol 18 p.1166

2. เจตนา เจตนาอันเป็นองค์ประกอบภายในของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ เจตนาที่จะกระทำชำเราหญิง โดยรู้อยู่แล้วว่าหญิงนั้นมิได้ยินยอมหรือควรที่จะสังเกตเห็นได้ว่าหญิงนั้นไม่ยินยอม<sup>7</sup>

ต่อมา เมื่อ ค.ศ. 1965 รัฐสภาได้ออกพระราชบัญญัติฉบับหนึ่ง ชื่อ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 1856 (The Sexual Offences Act of 1956) ซึ่งอธิบายความผิดฐานนี้โดยละเอียด เช่น

มาตรา 1 (2) บัญญัติว่าผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นสามี ผู้นั้นกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 44 บัญญัติว่าในการพิจารณาความผิดฐานนี้ โจทก์จะต้องพิสูจน์ว่ามีการกระทำชำเรา แต่ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าจำเลยได้ทำไปจนสำเร็จความใคร่ การกระทำความผิดฐานนี้ถือว่าสำเร็จ หากได้มีการล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงแม้เพียงเล็กน้อยเท่าใดก็ตาม

สมัยก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 19 โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการใช้กำลังบังคับจำเลย (Forcible rape) แต่หลังจากคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา ศาลถือว่าการใช้กำลังบังคับมิใช่สาระสำคัญของความผิด หากแต่สาระสำคัญของความผิด คือ การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของหญิง ด้วยเหตุนี้ในคดี Camplin และ Fletcher<sup>8</sup> ศาลได้วินิจฉัยว่า ข้อทดสอบความผิดฐานนี้มีใช้อยู่ที่ว่าจำเลยบังคับผู้เสียหายหรือไม่ หากแต่อยู่ที่ว่าจำเลยได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายหรือไม่ ข้อทดสอบนี้ทำให้หน้าที่น่าสับสนเปลี่ยนแปลงไป เพราะแต่เดิมา โจทก์เพียงแต่นำสืบว่าจำเลยใช้กำลังบังคับ<sup>9</sup>

<sup>7</sup> J.C. Smith and Brian Hogan, Criminal Law, (London : Butterworths, 1973), pp.324-330

<sup>8</sup> (1859), Bell, c.c., p.63

<sup>9</sup> (1872), 12 Cox, c.c., p.311

นอกจากนั้นในส่วนของการข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 16 ขวบ คนวิกลจริต จิตพิการ หรือบุคคลซึ่งมีอาการไม่ปกติ ด้วยเหตุหนึ่งเหตุใด ตลอดจนการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลผู้เป็นเครื่องมือในทางสืบสันดาน ต่างเป็นเหตุจรรยาอันทำให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้น

ข้อที่ควรสังเกตคือกฎหมายถือเอาอายุ 16 ขวบเป็นเกณฑ์ สำหรับการให้ความยินยอม และถือว่าเด็กชายอายุต่ำกว่า 14 ขวบ ไม่สามารถข่มขืนกระทำชำเราได้ แต่ผู้กระทำผิดอาจต้องได้รับโทษฐานกระทำอนาจาร ทำร้ายร่างกาย หรือเป็นตัวการ หรือผู้สนับสนุนการข่มขืนกระทำชำเราได้ แล้วแต่กรณี ซึ่งส่วนของกฎหมายไทยกำหนดไว้เพียงแค่ 13 ปี

#### กฎหมายสหรัฐอเมริกา

ในปัจจุบันนี้ได้มีร่างกฎหมายอาญาฉบับแบบอย่าง (Model Penal Code) ซึ่งถือว่าเป็นแบบฉบับกฎหมายอาญาฉบับลายลักษณ์อักษรของรัฐต่าง ๆ ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 213.1 ดังนี้

มาตรา 213.1 ว่าด้วยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดเกี่ยวเนื่อง

(1) ข่มขืนกระทำชำเรา ชายใดกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน ชายนั้นย่อมกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งได้ถ้าบังคับให้หญิงจำยอมโดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่ซึ่งจะทำอันตรายแก่ชีวิตร่างกายให้ได้ รับผิดชอบต่อสุขภาพ หรือทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ โดยใช้ยา เครื่องมึนเมา หรืออย่างอื่นทำนองเดียวกัน หรือทำให้หญิงนั้นอยู่ในภาวะหมดสติ หรือกระทำแก่หญิงอายุต่ำกว่า 10 ขวบ จะได้รับโทษหนักขึ้นตั้งแต่จำคุกตลอดชีวิตถึงประหารชีวิต

ในสหรัฐอเมริกาถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดต่อศีลธรรมอย่างร้ายแรง ด้วยเหตุนี้ศาลมักตีความองค์ประกอบความผิดอย่างกว้างขวาง เช่นในคดี Lewis V. The State <sup>10</sup> ศาลรัฐอลาบามาได้วินิจฉัยว่า เมื่อได้รับความว่าจำเลยวิ่งไล่ตามผู้เสียหายเพื่อข่มขืนกระทำชำเรา แม้ยังไม่ประชิดตัวหญิงนั้น ก็ถือได้ว่าจำเลยพยายามกระทำความผิดแล้ว นอกจากนั้นในการพิจารณาว่าจำเลยต้องการกระทำอนาจารหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ศาลสหรัฐอเมริกาถือเอาเจตนาของจำเลยเป็นสำคัญ โดยถือว่ากรรมและพฤติกรรมแวดล้อมอื่น ๆ เป็นเครื่องแสดงเจตนา เช่น ศาลรัฐนิวเม็กซิโก วินิจฉัยว่าเมื่อได้รับความว่าจำเลยหย่อนสมรรถภาพทางเพศยอมแสดงอยู่ในตัวว่าจำเลยขาดเจตนาข่มขืน <sup>11</sup>

- แนวความคิดของกลุ่มซีวิลลอว์ ซึ่งกลุ่มนี้จะยึดถือประมวลกฎหมายเป็นหลัก คำพิพากษาของศาลเป็นเพียงแค่แนวทางแต่ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามประเทศที่ใช้แนวซีวิลลอว์นี้ อาทิเช่น

ประเทศฝรั่งเศส ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบัญญัติอยู่ในหมวด 4 ว่าด้วยความผิดต่อศีลธรรม ตามประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ.1810 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมใหม่ ค.ศ.1959 มีใจความว่า

-----  
<sup>10</sup> 35 Hla.380 อ้างถึงใน Oliver Wendell Helmes, The Common Law, (Boston : Little Brown and Company, 1963), p.56

<sup>11</sup> State V. Ballamash, 28 N.M.212, 210, p.291 (1922)

### มาตรา 332

"ถ้าผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ..... ผู้นั้นมีความผิด ถ้าการกระทำนั้นกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 15 ขวบ ผู้กระทำผิดต้องระวางโทษหนักขึ้นถึงจำคุกตลอดชีวิต

ผู้ใดกระทำการหรือพยายามกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เพื่อประโยชน์ในทางเพศด้วยการประทุษร้ายต่อร่างกายของบุคคลเพศใดเพศหนึ่งต้องระวางโทษ ..."

ส่วนการพิจารณาองค์ประกอบความผิดนั้น ประเทศฝรั่งเศสถือว่าความผิดตามกฎหมายอาญาต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ

1. องค์ประกอบทางกฎหมาย (element legal)
2. องค์ประกอบทางการกระทำ (element materel)
3. องค์ประกอบทางจิตใจ (element moral)

ฝรั่งเศสจัดว่าความผิดฐานนี้ คือ ข่มขืนกระทำชำเราเด็กเป็นความผิดฐานอกุศลโทษ (Crime) คือ มีโทษตั้งแต่ 5 ปี ถึงตลอดชีวิต และมักจะเน้นเอาเจตนาหรือองค์ประกอบทางจิตใจ (เจตนา) เป็นสำคัญ<sup>12</sup>

### ประเทศเยอรมัน

ตามประมวลกฎหมายเยอรมัน (ฉบับต้นร่าง) ค.ศ. 1962 ได้บัญญัติหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศไว้โดยละเอียดว่ากฎหมายอาญาของประเทศอื่น ๆ โดยมุ่งคุ้มครองทั้งเด็กหญิงและเด็กชายรวมถึงการกระทำความผิดทางเพศอื่น ๆ ด้วย กล่าวคือ

-----

<sup>12</sup> โทกเมนทร์ ภัทรภิมย์, กฎหมายอาญาของฝรั่งเศส, (เอกสารประกอบคำบรรยายกฎหมายอาญาระดับสูง), น.10



มาตรา 234 (1) ผู้ใดบังคับหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภริยาของตนให้ร่วมประเวณีกับตน ไม่ว่าด้วยการใช้กำลังบังคับหรือการข่มขู่ว่าจะกระทำอันตรายต่อชีวิตหรืออวัยวะอย่างใดในปัจจุบันทันใด ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 15 - 20 ปี

มาตรา 216 (1) บุคคลใดกระทำความผิดต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี

1. ชายซึ่งกระทำการเช่นเดียวกับการชำเราต่อชายอื่น
2. ชายอายุเกินกว่า 21 ปี กระทำการวิถถารต่อชายอื่นซึ่งมีอายุกว่า 21 ปี หรือได้จงใจกระทำต่อตนเอง หรือต่อชายอื่นต่อหน้าชายอื่น หรือ
3. ชายใดอายุ 18 ปีขึ้นไป ชักจูงให้ชายอื่นซึ่งมีอายุต่ำกว่า 21 ปี กระทำการวิถถารต่อหน้าชายกระทำผิด

มาตรา 218 ผู้ใดกระทำการเหมือนกระทำชำเราด้วยสัตว์ ผู้นั้นต้องระวางโทษ <sup>13</sup>

- ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับบทบัญญัติของนักกฎหมายทั้ง 2 กลุ่มต่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

(1) เกณฑ์อายุของนักกฎหมายทั้ง 2 กลุ่มนั้น ในส่วนที่หญิงจะให้ความยินยอมสูงกว่ากฎหมายไทยที่ระบุไว้ เพียงแค่ 13 ปี ทั้ง ๆ ที่การเจริญเติบโตทางสรีระของเยาวชนหรือเด็กต่างประเทศมีมากกว่าเยาวชนไทย มากกว่ามาก โดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกาในบางรัฐ กำหนดไว้ถึง 18 ปี <sup>14</sup> ซึ่งจะสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่กำหนดให้เด็กหมายถึงมนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่า 18 ปี (อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก, มาตรา 1)

<sup>13</sup> L. Radzinoaicz, Sexual Offences (London : Macmullan, 1957), pp.331

<sup>14</sup> Encyclophdia Britanica, Vol.18. p.1166

(2) บทลงโทษผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายของนักกฎหมายทั้ง 2 กลุ่ม โดยส่วนใหญ่แล้วกำหนดบทลงโทษสำหรับความผิดฐานนี้ ตั้งแต่จำคุกตลอดชีวิตถึงประหารชีวิต อาทิเช่น กฎหมายญี่ปุ่น มาตรา 313 (1)

.....ชายใดกระทำชำเราหญิงซึ่งมีอายุต่ำกว่า 14 ปี ต้องระวางโทษตั้งแต่จำคุกตลอดชีวิตถึงขั้นประหารชีวิต .....

และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดให้รัฐภาคีคุ้มครองเด็กจากการถูกเอารัดเอาเปรียบ ซึ่งประเทศไทยก็เป็นภาคีในอนุสัญญานี้เช่นเดียวกับญี่ปุ่น

(3) การตัดสินว่าเป็นข่มขืนกระทำชำเราหรืออนาจาร ตามประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกาถือเอาเจตนาเป็นสำคัญแม้มิได้กระทำผิดสำเร็จก็ตาม เช่นคดี state V. Ballamah, 1992 ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญาสิทธิเด็กข้อ 34

(4) ประมวลกฎหมายกลุ่มซีวิลลอว์โดยเฉพาะ ประเทศเยอรมันคุ้มครองการถูกละเมิดทางเพศทั้งเด็กหญิงและเด็กชาย รวมทั้งการกระทำใด ๆ อันมีผลกระทบทำนองเดียวกัน การข่มขืนกระทำชำเรา ดังที่ระบุไว้ในมาตรา 216 (1) ในขณะที่กฎหมายไทยไม่มีระบุไว้

### 3.3 แนววินิจฉัยของศาลไทยต่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กกับความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในทางข้อกฎหมายประกอบกับทางสังคมศาสตร์

ในส่วนของประเทศไทยปัจจุบันนี้ปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศ ไม่ว่าจะ เป็นเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราก็ดี เรื่องอนาจารก็ดี ล้วนแล้วแต่มีแนวโน้มว่าจะมีมากขึ้นเรื่อย ๆ และเหยื่อหรือผู้เสียหายจากข้อมูลของศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็กปรากฏว่ามากกว่าร้อยละ 50 เป็นเด็กที่อายุต่ำกว่า 20 ปีทั้งสิ้น ทั้ง ๆ ที่ในความผิดฐานนี้ได้มีประมวลกฎหมายอาญาคคุ้มครองเสรีภาพทางเพศไว้อยู่แล้ว ดังที่ระบุไว้ในมาตรา 276 - 287 ว่าบทบัญญัติกฎหมายไม่สามารถคุ้มครองเด็กหรือ

หญิงผู้เสียหายได้ และผู้ศึกษาต้องการชี้ให้เห็นข้อบกพร่องของการปรับใช้กฎหมายของศาลฎีกาที่มีแนวโน้มว่าจะให้ความคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย (สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ในภาษาเยอรมันเรียกว่า Rechtgut) ในเรื่องทรัพย์สิน กล่าวคือ กรรมสิทธิ์และการครอบครอง มากกว่าคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายในความสัมพันธ์ข้ามชั้นกระทำชำเรา กล่าวคือ เสรีภาพในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง <sup>15</sup> โดยพิจารณาจากคำพิพากษาของไทยดังต่อไปนี้

#### คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1685/2516

ข้อเท็จจริง เวลาราว 19.00 นาฬิกาเศษ หลังจากผู้เสียหายกินข้าวและอาบน้ำที่บ้านมารดาสามีเสร็จ ก็นั่งผ้าเช็ดหน้ากระโจมอกเดินกลับบ้าน ซึ่งอยู่ห่างราว 15 วา ขณะเดินหน้าบ้านจำเลย พบจำเลยนั่งผ้าขาวม้ายืนอยู่ข้างรั้วบ้าน เมื่อจำเลยเดินเข้าบ้านมาถึงประตูห้องนอน จำเลยแอบเข้ามาถอดผู้เสียหายและพูดขอกระทำชำเรา ผู้เสียหายร้องขึ้น จำเลยเอามือปิดปากผู้เสียหาย กดผู้เสียหายนอนลงที่พื้น เรือนและชนคร่อมเอาหัวเข้ากดต้นขาไว้ ขณะนั้นผู้เสียหายนอนหงายนุ่งกระโจมอกอยู่ จำเลยก้มลงกอดที่แก้ม และถลกผู้เสียหายขึ้นจากด้านล่าง ผู้เสียหายดิ้นอย่างแรงจนหลุดแล้ววิ่งร้องให้ลงเรือนไป ดังนี้ ศาลฎีกาเห็นว่าลักษณะการกระทำของจำเลยดังกล่าว ยังไม่อยู่ในวิสัยที่จำเลยจะกระทำชำเราผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยยังไม่เป็นความผิดฐานพยายามข้ามชั้นกระทำชำเรา คงเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร

เปรียบเทียบกับ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 41/2510

-----  
<sup>15</sup> คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2533) น.190.

อาญา ลักทรัพย์ พยายาม จำเลยได้จัดแจงประตูหน้าถึงร้านของผู้เสียหายแล้ว ในร้านนั้นมีของมีค่าเก็บไว้เป็นจำนวนมาก ตำรวจมาพบเห็นจำเลยเข้า จำเลยจึงทำการลักทรัพย์ไม่ตลอด การกระทำของจำเลยเข้าชั้นพยายามลักทรัพย์แล้ว

และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 854/2507

อาญา ตัวการ พยายามลักทรัพย์ การที่จำเลยที่ 1 บุกรุกขึ้นไปบนชั้นบนของสถานทูตเดนมาร์ค เข้าไปในห้องรับแขกซึ่งมีทรัพย์ตามที่โจทก์กล่าวในฟ้องตั้งอยู่ และเลยเข้าไปในห้องนั่งเล่น อันเป็นเคหสถานของทูตการค้าเดนมาร์ค ในเวลาที่ปลอดคนเพื่อจะลักทรัพย์ แต่ภริยาทูตการค้าเห็นจำเลยเป็นการขัดขวางเสียก่อน จำเลยจึงเอาทรัพย์ไปไม่ได้ เช่นนี้ แม้จำเลยจะยังไม่ทันแตะต้องทรัพย์แต่อย่างใดก็ดี ก็เรียกได้ว่าจำเลยลงมือกระทำเข้าถึงชั้นพยายามลักทรัพย์ตามกฎหมายแล้ว

จำเลยที่ 1 บุกรุกเข้าไปพยายามลักทรัพย์ในเคหสถานของทูตการค้า ซึ่งอยู่บนชั้นบนของสถานทูตเดนมาร์ค ส่วนจำเลยที่ 2 คอยดูต้นทางอยู่ชั้นล่างนั้น เป็นการแบ่งหน้าที่กันทำ อันเป็นการกระทำส่วนหนึ่งเพื่อให้การลักทรัพย์บรรลุผลสำเร็จ เรียกได้ว่าจำเลยที่ 2 เป็นตัวการในการลักทรัพย์รายนี้ด้วย

จากฎีกาของศาลไทยทั้ง 3 ฎีกา ซึ่งให้เห็นการปรับใช้กฎหมายของศาลไทยต่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราว่าศาลไทยค่อนข้างสับสน ในเรื่องหลักพยายามตามมาตรา 80 และ 81 โดยหลักแล้วหลักในเรื่องการลงโทษผู้พยายามกระทำผิดนั้นเป็นการลงโทษผู้ที่มีความคิดที่จะกระทำผิดกฎหมาย และแสดงเจตนาให้ปรากฏแล้ว เพราะการพยายามมีลักษณะเป็นการเริ่มต้นกระทำผิด (inchoate crime) <sup>16</sup> หรือการตกลงใจที่จะกระทำผิด เพราะเป็นก้าวแรกในการกระทำผิดกฎหมาย

<sup>16</sup> Model Penal Code (Official Draft 1962): Art 5

Sec.501, Glanville Williams, Criminal Law : The General Part, 2ed., 1961 No.193 p.609.

ดังนั้น เมื่อจำเลยมีเจตนาและได้มีการกระทำอันแสดงถึงเจตนาขึ้นแล้ว จึงน่าจะเป็นการพยายามแล้ว เช่น จำเลยผลักหญิงล้มเพื่อกระทำชำเรา เป็นการพยายามในฐานนั้นแล้ว<sup>17</sup> หรือจำเลยพูดขอชำเราเด็กหญิง ศาลต่างประเทศเห็นว่าเป็นการแสดงเจตนาแล้ว เป็นพยายามกระทำความผิด การที่จะรอจนถึงขั้นสุดท้ายในการให้ความผิดสำเร็จ ซึ่งศาลใช้คำว่าอยู่ในวิสัยที่จะชำเราได้นั้น ออกจะแคบเกินไป ทำให้การป้องกันอาชญากรรมประเภทนี้ไม่บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เพราะการกระทำความผิดลักษณะนี้ ต้องกระทำในที่ลับหรือปิดคน หากกระทำถึงขั้นนี้แล้วไม่อาจลงโทษจำเลยฐานพยายามได้ ก็แสดงว่ากฎหมายไม่อาจลงโทษผู้คุกคามสวัสดิภาพของหญิงได้อย่างเต็มที่ หากจะว่าสามารถลงโทษฐานอนาจารได้ก็ดูจะไม่เหมาะสม เพราะการจับมือถือนมเพื่อให้เกิดความอับอายทางเพศก็เป็นอนาจารแล้ว แต่ความเสียหายของหญิงดังเช่นข้อเท็จจริงตามคำพิพากษานี้มีมากกว่าหลายเท่าตัว ถ้าเป็นกรณีที่ไม่สามารถนำสืบเจตนาได้ชัดก็อาจสันนิษฐานให้เป็นคนแก่จำเลยได้ แต่ในกรณีที่เห็นเจตนาโดยชัดแจ้ง และมีการกระทำส่วนใดส่วนหนึ่งของความผิดฐานนั้นแล้ว ก็ต้องถือว่ามี การลงมือตามความหมายของมาตรา 80 แล้ว ในขณะที่ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์เพียงแต่จำเลยได้รัดแงะประตูหน้าห้างร้านของผู้เสียหาย (ฎีกาที่ 41/2510) หรือเข้าไปในเคหสถานแล้ว แม้ยังมีได้แต่ต้องทรัพย์ก็ถือเป็นการลงมือแล้ว (ฎีกาที่ 854/2507) ซึ่งถ้าจะเอาความเห็นของศาลที่ว่าอยู่ในวิสัยที่จะกระทำความผิดได้ ก็น่าจะต้องถึงขนาดที่จำเลยเอื้อมมือไปจะหยิบทรัพย์แล้ว (เพราะต้องถึงขนาดอวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลย

-----  
<sup>17</sup> (Ingram V Commonwealth, 102 Va.794,66 S.E.2d.846 (1951) และ Preddy V. Com., 184 Va.765, 36 E.E. 2d 549 (1946)

จรตอยู่บริเวณปากช่องคลอดของผู้เสียหาย, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 85/5204 หน้า 25) จึงกลับกลายเป็นว่าการพยายามประทุษร้ายต่อทรัพย์นั้นเป็นความผิดได้ง่ายกว่าการพยายามข่มขืนกระทำชำเราหญิง เท่ากับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์มากกว่าความเสียหายต่อร่างกายและชื่อเสียงของหญิง

ความผิดตามมาตรา 276 นี้ ได้แก่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือจะต้องมีการข่มขืนใจ เพื่อกระทำชำเราประกอบกันอยู่ในฐานเดียว ดังนั้นเมื่อได้มีการประทุษร้ายด้วยเจตนาที่จะชำเราแล้ว ย่อมเป็นการกระทำส่วนหนึ่งของความผิดฐานดังกล่าวแล้ว แต่เนื่องจากกระทำไปไม่ครบในส่วนหลัง คือ ยังไม่ถึงขั้นชำเราก็น่าจะเป็นการลงมือพยายามได้แล้ว หากเทียบกับความผิดฐานชิงทรัพย์ ซึ่งประกอบด้วยลักทรัพย์ และการใช้กำลังประทุษร้าย เมื่อใช้กำลังประทุษร้ายแล้ว แม้ยังไม่ได้ทรัพย์ไปก็เป็นพยายามชิงทรัพย์ได้แล้ว (ฎีกาที่ 1885/2522) การลักทรัพย์ในเคหสถาน เมื่อจำเลยได้เข้าไปในเคหสถานแล้วแม้ยังมิได้แตะต้องตัวทรัพย์ ก็เป็นการพยายามในฐานความผิดดังกล่าวแล้ว (ฎีกาที่ 854/2507)

ในเรื่องการพยายามกระทำความผิดนี้ กฎหมายมิได้มีถ้อยคำที่แสดงชัดว่าอย่างไร จึงจะเรียกได้ว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด แต่เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องนี้ ซึ่งมีขึ้นเพื่อลงโทษผู้ที่เริ่มต้นกระทำความผิดและได้แสดงอาการแห่งอันตรายให้ปรากฏขึ้นแล้ว ไม่ว่าจะกระทำนั้นจะสำเร็จสมเจตนาแห่งตนหรือไม่ก็ตาม<sup>18</sup> และเมื่อวัตถุประสงค์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีไว้เพื่อปกป้องคุ้มครองความเสียหายในเนื้อตัวร่างกาย ชื่อเสียง เกียรติยศของหญิง ตลอดจนความเสียหายแก่สภาพจิตของหญิง (the women's feeling)

-----  
<sup>18</sup> (Graham Hughes, One Futher Footnote on Attempting the Impossible, 42 N.Y.U.L. Res.1005, 1006 (1976))

อันเนื่องมาจากการถูกบังคับเพื่อกระทำชำเรา การลงโทษผู้พยายามกระทำ ความผิดฐานนี้จึงมีขึ้นเพื่อป้องกันมิให้หญิงนั้นถูกกระทำให้เกิดสภาพแห่งความกลัวว่าจะถูกกระทำชำเรา (ซึ่งหญิงเท่านั้นจะมีความรู้สึกถึงสภาพนี้ได้) ฉะนั้น ถ้ามีจะคำพิพากษาลงโทษผู้ที่ไร้สมรรถภาพทางเพศ (impotent) ในการพยายามกระทำ ความผิดฐานนี้<sup>10</sup> ซึ่งแม้ในข้อเท็จจริงจะไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำได้ แต่เมื่อได้กระทำให้หญิงกลัวว่าอาจถูกกระทำชำเราได้แล้ว ก็เป็นการบรรลุผลตามเจตนารมณ์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองแล้วนั่นเอง

### ข้อพิจารณาบางประการในความผิดฐานอนาจารเด็ก

เนื่องจากความผิดฐานนี้ศาลฎีกามักจะใช้อ้างอิงในการคุ้มครองเสรีภาพทางเพศบ่อยครั้ง จะเกินขอบเขตที่ควรจะเป็นผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะชี้แจงเพื่อให้เกิดความเข้าใจในความผิดฐานดังกล่าวมากยิ่งขึ้น ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กมี 2 มาตรา หลักที่เกี่ยวข้อง คือ มาตรา 278 และ 279

มาตรา 278 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุมากกว่า 15 ปี โดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่น หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 279 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

-----

<sup>10</sup> Robert H. Skiltom, The Element in a criminal Attempt, 3 u. of Pitt. L. Rev. 181, 183 (1937)

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่ เชื้อด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ตามบทบัญญัติในมาตรา 278 สามารถแยกองค์ประกอบของการกระทำ ความผิดได้สรุป พอสังเขปดังนี้

1. องค์ประกอบในส่วนของ การกระทำ คือ การกระทำอนาจาร เป็นการกระทำที่ในทางภาวะวิสัยเป็นการละเมิด หรือฝ่าฝืนความรู้สึกอับอายในทางเพศโดยทั่วไปอย่างร้ายแรง และเป็นการกระทำที่ในทางอัตวิสัยได้ถูกกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศหรือความใคร่ เป็นต้นว่ามีจุดมุ่งหมายหรือความประสงค์ เพื่อก่อหรือระงับความต้องการทางเพศ หรืออารมณ์ทางเพศของตนหรือของผู้อื่น เช่น การกอด จูบ ลูบ คลำ และการกระทำที่เป็นการอนาจารนั้น ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคล แม้จะเป็นการผ่านบนเสื้อผ้าก็ตาม กล่าวคือ เป็นการกระทำที่นอกกริต เป็นการผิดประเพณี<sup>20</sup> เป็นเรื่องทำให้ขายหน้า<sup>21</sup> ถ้าพูดจาหยาบคายหรือกล่าวคำมั่วสรวาท โดยมิได้จับต้องร่างกายผู้อื่น เช่นนี้ศาลไทยไม่เป็นอนาจาร หรืออย่างกรณีชายหนุ่มหญิงสาวกอดจูบกันต่อหน้าธารกำนัล ถ้าทั้งสองฝ่ายสมัครใจก็ไม่เป็นการกระทำอนาจาร เพราะไม่มีการล่วงเกินแต่จะเป็นความผิดตามมาตรา 388 หรือไม่เป็นอีกปัญหาหนึ่ง<sup>22</sup> แต่ถ้าชายหนุ่มกับหญิงสาวกอดจูบ

<sup>20</sup> รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 277/56/2485 วันศุกร์ที่ 13 กุมภาพันธ์ 2485

<sup>21</sup> รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 276/55/2485 วันพฤหัสบดีที่ 12 กุมภาพันธ์ 2485

<sup>22</sup> จิน ดารา, "อนาจาร", บทบัญญัติ เล่ม 25



กันต่อหน้าธารกำนัล หรือสามีกระทำอนาจารภรรยาต่อหน้าประชาชน ก็ถือว่าเป็น การกระทำที่เป็นอนาจารต่อประชาชน ตามมาตรา 278 เพราะถือได้ว่าเป็นการ กระทำที่ผิดกฎหมาย รวมทั้งประเพณีของไทย ส่วนในกรณีที่หญิงยินยอมให้ชายเปลื้อง ผ้ายกกลางถนน หรือกลางที่สาธารณะ แม้ฝ่ายหญิงยินยอมก็ถือว่าเป็นการกระทำอนา จารเช่นกัน เพราะถือว่าเป็นการกระทำต่อหน้าสาธารณชน ต่อหน้าธารกำนัลอัน เป็นการทำผิดประเพณีเช่นเดียวกับการกระทำดังกล่าวมาแล้วข้างต้น

2. แก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี ผู้ถูกกระทำคือ บุคคลอายุกว่า 15 ปี และ ไม่จำกัดว่าเป็นผู้อื่นซึ่งมิใช่ภรรยาของผู้กระทำได้ ในมาตรา 276 และไม่จำกัดว่า เป็นหญิง คำว่าบุคคลหมายรวมถึงหญิงหรือชายก็ได้ จะเป็นชายกระทำต่อชายหรือ หญิงทำต่อหญิงก็ได้ ถ้าไม่เกิน 15 ปี ก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 279

### 3. โดย

3.1 ชู้เช็ดด้วยประการใด ๆ

3.2 ใช้กำลังประทุษร้าย

3.3 บุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

3.4 โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น มีความหมายเช่น เดียวกับในเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

องค์ประกอบภายในคือเจตนา กล่าวคือ ผู้กระทำมีเจตนาซึ่งเป็นเจตนา ตามมาตรา 59 คือ รู้ว่าเป็นบุคคลอายุกว่า 15 ปี และต้องการที่จะกระทำอนา- จารแก่บุคคลนั้น แม้ผู้กระทำจะมีได้กระทำเพื่อความใคร่หรือกามารมณ์ ก็เป็นความ ผิดตามมาตรานี้ได้

ในองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 279 ก็เป็นเช่นเดียวกับองค์ ประกอบที่ได้อธิบายมาแล้วของมาตรา 278 จะต่างกันก็ตรงที่ในส่วนองค์ประกอบ ที่ 2 ซึ่งตามมาตรา 279 ผู้ถูกกระทำคือเด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปี และในส่วนเจตนา ผู้กระทำต้องรู้ด้วยว่าเด็กนั้นอายุต่ำกว่า 15 ปี

ในความผิดฐาน<sup>๕</sup>และความผิดตามมาตรา 279 ถ้าเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัส หรือเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักขึ้น ตามมาตรา 280 ถ้าเป็นการกระทำต่อผู้สืบสันดาน ศิษย์ในความดูแลผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้หนึ่งในสาม ตามมาตรา 285

แต่มีปัญหาที่เกิดขึ้นในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก และความผิดฐานกระทำอนาจาร คือ จุดแบ่งระหว่างความแตกต่างของความผิดทั้ง 2 ฐานเป็นอย่างไร ซึ่งเคยมีตัวอย่างคำพิพากษาฎีกา 1816/2503 ตัดสินว่าการกระทำของจำเลยมีลักษณะเป็นการอนาจาร เนื่องจากยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำชำเราเด็กได้ และมีเจตนาที่กระทำอนาจารมิใช่ข่มขืนกระทำชำเรา จึงมีกรณีเป็นปัญหาตามมาอีก คือถ้าอวัยวะสืบพันธุ์ของเด็กกับชายมีความแตกต่างกันมาก จนอวัยวะสืบพันธุ์ของชายไม่อาจล้วงเข้าไปในช่องลับของหญิงได้

### ตัวอย่างคำพิพากษาน่าสนใจ

คำพิพากษาฎีกาที่ 85/2504 จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายอายุ 14 ปีเศษ แพทย์ผู้ตรวจของลับของผู้เสียหายเบิกความว่า บริเวณช่องคลอดมีสีแดงกว่าปกติ รอบ ๆ ช่องคลอดมีรอยถลอก ในช่องคลอดมีเชื้อนําสุจิของชาย เยื่อพรหมจารีย์ไม่ขาด เหตุที่เชื้อนําสุจิเข้าไปในช่องคลอดได้ก็โดยแรงจืด แต่ทั้งนี้อวัยวะของชายจะต้องจรดที่ปากช่องคลอดและยืนยันว่าสำหรับช่องคลอดของเด็กขนาดนี้ ถ้าอวัยวะของชายล้วงล้าเข้าไปก็ต้องฉีกขาด แต่ช่องคลอดของผู้เสียหายไม่ฉีกขาดที่มีรอยชำและหนังถลอกรอบ ๆ ของลับ แสดงของลับของชายพยายามเข้าไปแต่เข้าไม่ได้ เพราะขนาดแตกต่างกัน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า อวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลย

มิได้ล่องล่ำเข้าไปในช่องคลอดของผู้เสียหาย จำเลยได้ลงมือกระทำชำเราจริง แต่อวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลยเพียงแต่จรดปากช่องคลอดของผู้เสียหายเท่านั้น จำเลยกระทำไปไม่ตลอด จึงมีความผิดเพียงฐานพยายาม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 588/2485 จำเลยกระทำชำเราเด็กหญิงตุ๊กตา อายุ 8 ขวบ แต่ไม่สำเร็จ เพราะช่องคลอดของผู้เสียหายเล็กกว่าขนาดของลึงของจำเลยจะล่องเข้าไปได้ เป็นแต่อยู่ภายนอกและน้ำเชื้อของจำเลยเคลื่อนออกมาเปโระเปื้อนของลึงของผู้เสียหาย ของลึงของผู้เสียหายบวมและอักเสบ (อักเสบในช่องคลอดลึก 1 ซม.) ดังนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยเอาของลึงของจำเลยไปถูกต้องของลึงของผู้เสียหายโดยความพยายามที่จะทำให้สำเร็จความใคร่จนน้ำเชื้อของจำเลยเคลื่อนและของลึงของผู้เสียหายบวมและช่องคลอดอักเสบ แม้ของลึงของจำเลยจะไม่ได้ล่องเข้าไปในช่องคลอด จำเลยก็มีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

ในส่วนของผู้ศึกษาเห็นว่าในกรณีที่เป็นพยายามข่มขืนกระทำชำเราเพราะผู้เสียหายเป็นเด็กมีอวัยวะเพศหญิง จึงถือได้ว่ามีองค์ประกอบครบถ้วนตามกฎหมายที่จะทำการร่วมประเวณีได้ ทั้งนี้ เพราะคำว่าชำเรา ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ให้ความเห็นว่าร่วมประเวณี ดังนั้น องค์ประกอบของกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น ผู้ถูกข่มขืนจะต้องเป็นเพศหญิงที่มีอวัยวะเพศหญิงสำหรับร่วมประเวณีได้ ความผิดฐานพยายามจะต้องได้ความสามารถที่จะกระทำความผิดสำเร็จตามองค์ประกอบครบถ้วนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ด้วย หากขาดองค์ประกอบความผิดฐานพยายามจะมีไม่ได้ และในกรณีที่ของลึงมีความแตกต่างกันมาก ถ้าของลึงของชายไม่เข้าหรือล่องล่ำเข้าไปในช่องคลอดหญิงแล้ว แม้จะสำเร็จความใคร่เสียก่อนหรือมีน้ำเชื้ออสุจิเข้าไปโดยแรงฉุดก็ตาม ก็ยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จ เป็นเพียงความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น ปัญหาต่อไปจึงมีว่าเมื่อเป็นพยายามข่มขืนกระทำชำเราแล้วจะเป็น

พยายามกระทำคามผิดตามมาตรา 80 หรือเป็นความผิดตามมาตรา 81 ซึ่งมาตรา 80 บัญญัติว่าผู้ใดลงมือกระทำคามผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผลผู้นั้นพยายามกระทำคามผิด ผู้ใดพยายามกระทำคามผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น มาตรา 81 บัญญัติว่าผู้ใดกระทำการโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและการกระทำนั้นไม่สามารถจะบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำหรือเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำคามผิด แต่ให้ลงโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าจำเลยได้ลงมือกระทำคามผิดแล้ว เป็นการกระทำในขั้นตอนสุดท้าย (last act) แล้วแต่ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เนื่องจากความแตกต่างของอวัยวะเพศของหญิง หรือเหตุวัตถุที่กระทำต่อเป็นไปไม่ได้ได้อย่างแน่แท้ ในความเห็นของผู้ศึกษาควรมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราในความผิดที่ไม่สามารถเป็นไปได้อย่างแน่แท้ ตามมาตรา 81 เพื่อให้บทบัญญัติลงโทษสามารถคุ้มครองการก่ออาชญากรรมทางเพศให้มากขึ้น เพราะบทลงโทษ มาตรา 81 และมาตรา 276 ย่อมมีโทษหนักกว่าความผิดฐานอนาจาร

### มาตรการทางกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างของความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในความหมายทางกฎหมาย โดยอ้างอิงหลักการทางการแพทย์สนับสนุนและอธิบายถึงการข่มขืนกระทำชำเราโดยทางอวัยวะส่วนอื่น เช่น การใช้ปาก (oral) ทางทวารหนัก กับข้อถกเถียงของนักสังคมศาสตร์ว่าการก่ออาชญากรรมทางเพศโดยใช้อวัยวะส่วนอื่น สมควรมีบทบัญญัติลงโทษอย่างไรบ้าง

(1) การข่มขืนกระทำชำเรากับความหมายในทางช็อกกฎหมาย

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เด็กของไทย มีบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งผู้ศึกษาได้หยิบยกเฉพาะมาตรการที่มีความสำคัญมาวิเคราะห์ถึงองค์ประกอบ ตลอดจนความหมายของการข่มขืน ทั้งความผิดที่กระทำต่อสตรีผู้บรรลุนิติภาวะและในความผิดที่กระทำต่อเด็กเทียบกันไป ดังต่อไปนี้

มาตรา 276 "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใด โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือมีวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกันกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี หรือปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท"

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ เสรีภาพในทางเพศ เป็นเสรีภาพในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง <sup>23</sup>

ข้อสังเกต

- กระทำชำเรา หมายถึง การร่วมประเวณีตามธรรมชาติกล่าวคือของลับของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิง ไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใดก็ตาม แม้ของลับของชายจะเข้าไปในช่องคลอดของหญิงเพียง 1 องคุลีก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2497)

<sup>23</sup> คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว

- **หญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน** การที่จะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาของตน ถ้าหาก หญิงที่ถูกกระทำชำเราเป็นภรรยาแล้ว กฎหมายถือว่าไม่เป็นความผิด แม้หญิงจะไม่นยินยอมก็ตาม แต่ถ้าเป็นกรณีที่มีผู้ช่วยให้ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาของตนจนสำเร็จ สามีย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

จากข้อกฎหมายในมาตรานี้เป็นจุดอ่อนของการปรับใช้กฎหมาย เนื่องจาก ภายใตักฎหมายรัฐธรรมนูญไทย มาตรา 52 บัญญัติว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน แต่ในบทบัญญัติมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กลับบัญญัติให้สิทธิเสรีภาพแก่ชายมากกว่าหญิง อย่างเห็นได้ชัดเจน ถ้าจะไปลงโทษในฐานะทำร้ายร่างกายตามบทบัญญัติในมาตรา 295 และ 290 หรือความผิดอื่น ๆ ในหมวดนี้ก็ค่อนข้างรุนแรงเกินไป จึงควร บัญญัติให้สิทธิเสรีภาพหญิงชายเท่าเทียมกันอย่างแท้จริง ผู้ศึกษาจึงขอเสนอว่าควร แก่ตัวบทกฎหมาย ตัดคำว่า **มิใช่ภรรยาของตน** ออกไป คงเหลือไว้แต่คำว่า **หญิง** เท่านั้น จะทำให้เกิดความเสมอภาคเท่าเทียมกัน และการใช้กฎหมายมี ประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใ ภรรยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่น บาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

มาตรา 277 นี้ มีองค์ประกอบเช่นเดียวกับมาตรา 276 แต่เพิ่มองค์ ประกอบ คือ ผู้ถูกกระทำต้องเป็นเด็กหญิง อายุไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กหญิงจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ถือว่าเป็นสิ่งที่ต้องห้ามอย่างเด็ดขาด<sup>24</sup> ซึ่งเป็นแนวความคิด

<sup>24</sup> พูน จักรเสน, "แนวความคิดเกี่ยวกับเพศ," ดุลพาหนะ, เล่มที่ 6 ปีที่ 5 (มิถุนายน 2501)

ใหม่โดยเห็นว่า ไม่ควรให้ผู้กระทำความผิดอ้างความยินยอมของเด็กมาเป็นเหตุ ยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษ เพราะเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปีส่วนใหญ่ ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอ ฉะนั้น ความยินยอมของเด็กจึงไม่เป็นข้อสำคัญ กล่าวคือ แม้เด็กหญิงจะยินยอมก็ตามก็เป็นความผิด<sup>25</sup>

ในทางกฎหมายถือการผ่านเข้าไปในช่องลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518) และถือว่า อวัยวะสืบพันธุ์ของชาย ทางด้านปลายอวัยวะเพศของชายต้องเลยแนวเยื่อพรหมจารีย์เข้าไปจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จ ถ้าเพียงเข้าใต้แคมใหญ่เท่านั้น ยังไม่เป็นการกระทำชำเราสำเร็จตามกฎหมาย<sup>26</sup> ข้อที่เกิ่ตปัญหามากที่สุด คือ แค่นั้นที่เรียกว่า เข้าไป

ทางศาลมักจะถือเอาความเห็นของแพทย์ผู้ตรวจอวัยวะเพศหญิงเป็นสำคัญ ว่าได้มีการเอาอวัยวะเพศชายเข้าไปหรือยัง แพทย์เองอาจจะยังไม่เข้าใจว่าคำว่า เข้าไปในที่นี้หมายถึงอย่างไร

ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยหรือกฎหมายลักษณะอาญานั้น มิได้มี คำนิยามของการชำขึ้นกระทำชำเราไว้ จึงทำให้มีความสับสน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับ รายงานความเห็นแพทย์ ความเห็นขององค์คณะของผู้พิพากษา ซึ่งทำให้เกิดการ ทำคำพิพากษาและวินิจฉัยไม่ตรงกัน

<sup>25</sup> คณิต ฦ นคร, อ้างแล้ว

<sup>26</sup> จิตติ เจริญจำ, "พยายามชำขึ้นกระทำชำเรา," วารสารอัยการ ปีที่ 9 ฉบับที่ 106 (พฤษภาคม 2529)

ในปัญหานี้จึงมีความเห็นว่ามันน่าจะมีการกำหนดหรือให้คำนิยามไว้ว่าแค่ไหนถึงจะเรียกว่าชำเราสำเร็จ โดยมีการกำหนดออกมาในแนวของทางกายวิภาค ซึ่งในการพิสูจน์ร่องรอยการชำขึ้นกระทำชำเรา นั้น พยานทางแพทย์มีความจำเป็นมาก เนื่องจากในความผิดเหล่านี้มันจะไม่ค่อยมีประจักษ์พยานอื่นรู้เห็นและความเห็นของแพทย์เป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาคดีของศาลและให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความมากที่สุด ซึ่งในการให้ความเห็นของแพทย์นั้น นอกจากแพทย์จะตรวจจากสภาพจิต บาดแผล ร่องรอยในร่างกายแล้ว ยังมีการตรวจคราบอสุจิทางห้องปฏิบัติการ ซึ่งเป็นการพิสูจน์หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ด้วย ซึ่งเรียกว่าการตรวจอะคิฟอสฟาเตส โดยในการตรวจโดยหลักทางวิทยาศาสตร์ทางห้องปฏิบัติการนั้น ความน่าจะเป็นที่เกิดจากการร่วมประเวณีนั้น มีถึงร้อยละ 100 เพราะการที่มีบาดแผลที่อวัยวะสืบพันธุ์ร่วมด้วยนั้น จะเป็นการฉีดน้ำอสุจิเข้าไปเป็นไปไม่ได้ ถ้ามีบาดแผลภายนอกด้วย ก็ยังแสดงถึงการใช้กำลังชำขึ้นชัดเจนยิ่งขึ้น <sup>27</sup>

## (2) การชำขึ้นกระทำชำเราโดยทางอวัยวะส่วนอื่น (ในทางสังคมศาสตร์)

การก่ออาชญากรรมทางเพศที่ล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของเด็กและสตรี มีแนวโน้มสูงมากขึ้นในปัจจุบัน โดยเฉพาะการกระทำอนาจารโดยวิธีต่าง ๆ เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย อาทิเช่น ใช้อวัยวะเพศสอดใส่ไปในปาก (oral) หรือการกระทำอนาจารโดยทางทวารหนัก (Sodomy) ซึ่งในทางสังคมศาสตร์ หรือภาษาชาวบ้านมักจะถือว่าเป็นการชำขึ้นแล้ว แต่ในทางกฎหมายนั้น กลับระบุและลงโทษเพียงแค่ฐานอนาจารเท่านั้น ทั้ง ๆ ที่เมื่อพิจารณาในแง่ความเสียหายทั้งทางร่างกาย และจิตใจของเหยื่อ (victim) ที่ถูกกระทำก็มิได้ยิ่งหย่อนไปกว่ากันเลย ส่วนของผลกระทบต่อร่างกายและจิตใจจะกล่าวละเอียดในบทต่อไป

<sup>27</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "การให้ความเห็นในคดีชำขึ้นกระทำชำเรา," สารคดีวิรัช, 2528



หากพิจารณาประมวลกฎหมายลักษณะอาญา จะพบว่าเคยบัญญัติถึงการกระทำ ความผิดดังกล่าว และถือว่าเป็นการกระทำผิดในฐานะข่มขืนกระทำชำเรา ตามกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 242 บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำชำเราผิดกรรมตามมนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดีหรือทำชำเราด้วยสัตว์เดียรฉานก็ดี ท่านว่ามามีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกสองครั้ง

ต่อมาได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2499 บทบัญญัติดังกล่าวในมาตรา 242 การร่วมเพศทางปากหรือทางทวารหนักหรือการกระทำผิดอื่น ๆ ไว้ จึงไม่อาจลงโทษในความผิดเฉพาะได้ สามารถลงโทษได้แต่เพียงการทำอนาจารเท่านั้น เพราะการร่วมเพศทางปากหรือทางทวารหนัก ถ้าทำโดยอีกฝ่ายไม่ยินยอม ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ อันถือว่าเป็นการกระทำอนาจาร แต่ถ้าทำแก่เด็กอายุไม่เกินสิบสามปีเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็เป็นความผิดตามมาตรา 279

ฉะนั้น เมื่อกฎหมายมิได้บัญญัติบทลงโทษไว้เฉพาะ ทำให้ลงโทษได้เพียงฐานอนาจาร ย่อมไม่เป็นการเหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำ การกระทำชำเราทางปาก หรือทางทวารหนักนั้นก็มีความร้ายแรง เช่นเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเรา และเมื่อถือว่าการชำเราโดยวิธีดังกล่าวผิดกรรมตามมนุษย์ นำอับอายขายหน้า และมีผลกระทบต่อภาวะทั้งทางร่างกายและจิตใจ เช่นเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเรา ผู้ศึกษาได้นำเสนอมาแล้วในบทก่อน เพียงแต่การข่มขืนกระทำชำเราที่ผิดกรรมชาตินี้ไม่อาจทำให้หญิงหรือเด็กที่เป็นเหยื่อการกระทำตั้งครรภ์ได้ จึงน่าจะถือว่าการกระทำชำเราโดยผิดกรรมชาติดังกล่าวร้ายแรงกว่าการกระทำชำเราโดยกรรมชาติเสียด้วยซ้ำ แต่ศาลฎีกาไทยเคยมีวินิจฉัยว่า การร่วมเพศทางทวารหนักมิใช่การข่มขืนกระทำชำเรา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1018/2518) ในเรื่องนี้ศาลได้พิพากษายกฟ้องปล่อยจำเลยไป เพราะไม่อาจลงโทษตามกฎหมายได้ จึงขัดต่อความรู้สึกของประชาชน โดยทั่วไปซึ่งเห็นว่าจำเลยได้กระทำผิดและ

ควรจะได้รับโทษ ปัญหาจากการกระทำชำเราทางปากหรือทางทวารหนักมีมากขึ้น ในสังคมไทย และกฎหมายยอมบัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาของสังคม ผู้ศึกษาจึงมีความ เห็นเกี่ยวกับกรณีนี้ ว่าควรมีการบัญญัติลงโทษการชำเรามากขึ้นกระทำชำเราโดยทางส่วน อื่นนี้ไว้โดยเฉพาะ เพื่อให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดนั้นและให้เหมาะสมกับ สถานการณ์ของสังคมในปัจจุบัน

### 3.4 ปัญหาเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดฐานชำเรามากขึ้นกระทำชำเราเด็ก

ความยินยอมเป็นส่วนหนึ่งในโครงสร้างความรับผิดทางอาญา ในส่วน ความผิด เพราะฉะนั้นถ้าในความผิดฐานนั้นผู้เสียหายสามารถให้ความยินยอมได้ โดยความยินยอมเช่นว่าไม่ขัดต่อหลักศีลธรรมและกฎหมาย ซึ่งหากมีความยินยอม แล้วก็เท่ากับผู้กระทำไม่มีความผิด ตามหลัก Volontati Non Fit in Juria และเนื่องจากองค์ประกอบของความผิดฐานชำเรามากขึ้นกระทำชำเราในเรื่องอายุและ ความยินยอมของหญิงหรือเด็กมีความเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด ผู้ศึกษา จึงขออธิบายองค์ประกอบดังกล่าวโดยรวม

#### 3.4.1 ความยินยอมและอายุของผู้เสียหาย

ตามหลักกฎหมายต่างประเทศ

##### กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

สำหรับเกณฑ์อายุของหญิงในการให้ความยินยอมนั้นแตกต่างกันไปในแต่ ละมลรัฐ เช่น บางรัฐกำหนดไว้น้อยกว่า 14 ปี แต่บางรัฐกำหนดไว้ถึง 14 ปี แต่บางรัฐกำหนดไว้ถึง 18 ปี ส่วนอายุของชายผู้ชำเรามากขึ้นกระทำชำเราไม่มีกฎหมาย กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำหรือขั้นสูงไว้ แต่อายุของผู้กระทำผิดก็เป็นสาระสำคัญใน

การพิจารณาเจตนาและความสามารถทางกายภาพในการกระทำผิด (Physical Capability to rape) ในบางรัฐถือว่าเนื่องจากคดีประเภทนี้หาหลักฐานยาก ยิ่งปล่อยไว้นานวันยิ่งยากแก่การนำสืบจึงกำหนดอายุความฟ้องร้องไว้สั้นมาก เช่น 1 ปี หรือน้อยกว่านั้น นับแต่วันกระทำผิด สำหรับกำหนดโทษนั้นเป็นที่น่าสังเกตว่า ในมลรัฐทางใต้ซึ่งมีคนผิวดำอยู่มาก และสถิติคดีประเภนี้สูงมาก ต่างกำหนดโทษ สูงสุดไว้ถึงประหารชีวิต <sup>28</sup>

### กฎหมายอิสลาม

ตามกฎหมายอิสลามโดยทั่วไปแล้วการข่มขืนกระทำชำเรา ก็คือ การร่วม ประเวณีกับหญิงโดยหญิงนั้นไม่ให้ความยินยอม เกณฑ์อายุสำหรับการให้ความยินยอม ถ้อยตามเกณฑ์อายุบรรลุนิติภาวะของเด็ก กฎหมายอิสลามถือว่าบุคคลย่อมพ้นจากภาวะ เด็กเมื่อ

1. มีอายุ 15 ปีบริบูรณ์ หรือ
2. มีอายุ 9 ปี หย่อน 15 วัน ถ้า
  - 2.1 ชายมีน้ำกามเคลื่อนด้วยประการใด ๆ หรือ
  - 2.2 หญิงมีระดูตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอิสลาม <sup>29</sup>

ในส่วนของประเทศแถบเอเชีย เช่น ประเทศญี่ปุ่น มาตรา 313 (1) ชายใดกระทำชำเราหญิงซึ่งมีอายุต่ำกว่า 14 ปี ต้องระวางโทษตั้งแต่จำคุกตลอด ชีวิตถึงขั้นประหารชีวิต

<sup>28</sup> Encyclopaedia Britannica, Vol 18 p.1166

<sup>29</sup> ณรงค์ คิริปะชะนะ, แนวกฎหมายอิสลามลักษณะครอบครัว (นครศรีธรรมราช : โรงพิมพ์ศรีอักษร, 2518) หน้า 192

ข้อที่น่าสังเกต คือ กฎหมายอาญาญี่ปุ่นถืออายุของหญิง 14 ปี เป็นเกณฑ์วินิจฉัยความยินยอม เพราะมาตรา 313 (1) ถือว่าการกระทำชำเราหญิงในวัยดังกล่าวเป็นความผิดโดยไม่ต้องพิจารณาเห็นว่าได้มีการใช้กำลังข่มขืนหรือไม่ประการใด

เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายต่างประเทศแล้วพบว่าเกณฑ์อายุของไทยซึ่งกำหนดไว้ค่อนข้างต่ำกว่ามาตรฐานสากลเป็นอย่างมาก จึงควรแก้ไขเป็น 18 ปี เพื่อสอดคล้องกับอนุสัญญาสิทธิเด็กด้วย ในส่วนของกฎหมายอาญาไทยยึดหลักอายุ 15 ปีเป็นหลักตั้งที่ระบุไว้ ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 แต่ยึดถือหลักเช่นเดียวกับต่างประเทศว่าความยินยอมของผู้เสียหายอันจะอ้างขึ้นลบล้างความผิดได้นั้นต้องได้ให้โดยเสรี จริ่งใจ (ฎีกาที่ 1403/2508 2508 ฉ.2089) และขัดแย้งประกอบกับต้องมีอยู่ขณะกระทำผิด เกี่ยวกับการข่มขู่ข่มเป็นที่ยอมรับได้ว่าการใช้กำลังประทุษร้ายขู่เข็ญ ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สิน จะเป็นการกระทำต่อผู้เสียหายหรือบุคคลที่สามตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276, 278 283 309 313 320 337 338 และ 339 ย่อมทำให้การกระทำของผู้เสียหายที่อนุโลมตามคำขู่ของผู้กระทำความผิดกลายเป็นกระทำด้วยความจำยอม มิใช่กระทำด้วยความยินยอม การข่มขู่เพียงใดจึงจะทำให้เป็นความจำยอมแล้วแต่พฤติการณ์

เกี่ยวกับหลอกลวงก็ทำนองเดียวกัน ปัญหาที่เกี่ยวกับการหลอกลวงนี้ คือ การหลอกลวงนั้น ประการหนึ่งอาจถึงกับทำให้ผู้เสียหายหลงผิดในสาระสำคัญของการกระทำที่เดียว ความผิดที่การหลอกลวงมิใช่องค์ความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามมาตรา 276 ซึ่งโจทก์ต้องพิสูจน์ว่าผู้เสียหายไม่ยินยอม คือ มีการข่มขืนถ้าผู้เสียหายรู้ว่าตนจะถูกกระทำชำเราแต่ยอมให้ทำ เพราะผู้กระทำหลอกลวงให้หลงในเหตุที่ต้องกระทำ เช่น แพทย์หลอกผู้ป่วยว่าจำเป็นต้องกระทำเช่นนั้นในการรักษาโรค เป็นต้น กรณีเช่นนี้เป็นที่ยอมรับกันว่าจะถือว่าผู้เสียหายไม่ยินยอม การกระทำจึงเป็นความผิดไม่ได้ต่อเมื่อผู้กระทำได้หลอกลวง

จนผู้เสียหายเข้าใจว่าเป็นการกระทำอย่างอื่นมิใช่กระทำซ้ำเรา เช่น เข้าใจว่าผู้กระทำเพียงแต่ตรวจร่างกายด้วยเครื่องมืออย่างอื่นเท่านั้น จึงจะถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมเป็นความผิดตามมาตรา 276 แต่ยังมีปัญหาต่อไปว่า ถ้าผู้กระทำหลอกให้เข้าใจผิดว่าตนคือสามีของหญิงนั้น โดยเข้ามาหญิงในที่มืด เมื่อหญิงรู้ตัวว่าถูกกระทำโดยผู้ที่มีใช้สามีจึงเอะอะขึ้น ศาลในสหรัฐอเมริกาตัดสินแตกต่างกัน ส่วนมากถือว่าเป็นความผิด มาตรา 276 และ 276 จึงบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าการกระทำโดยให้หญิงเข้าใจผิดว่า ผู้กระทำเป็นบุคคลอื่นก็เป็นความผิด

ความยินยอมที่จะยกเว้นความผิดต้องเป็นความยินยอมที่มีอยู่ในขณะกระทำ ความผิด จะเป็นความยินยอมที่ผู้เสียหายแสดงที่เห็นได้โดยสภาพของความผิดว่าความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ความผิดไม่อาจเกิดขึ้นได้นั้น ย่อมไม่เป็นปัญหายุ่งยากอย่างไร เพราะถือได้ว่าความยินยอมของผู้เสียหายเป็นองค์ความผิดประการหนึ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ความยินยอมนั้นนอกจากจะต้องให้ขณะกระทำ ความผิด (ถ้าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราก็คงต้องให้ก่อนที่จะมีการกระทำซ้ำเรา) ยังต้องไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย ประกอบผู้ให้ความยินยอมต้องให้โดยบริสุทธิ์ คือ ปราศจากการหลอกลวง หรือกระทำการมิชอบด้วยกฎหมายประการใดประการหนึ่งให้ยินยอม ดังนั้น การมอมยาจนสลบมอมเหล้า และมีการข่มขืนจึงไม่ถือว่ายินยอม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508) เป็นการอาศัยอำนาจของกฎหมาย ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรคือประเพณี โดยนัยที่ว่าพฤติการณ์ที่กฎหมายยอมให้อ้างเป็นข้อยกเว้นความผิดอาญานั้น ไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งในตัวบทกฎหมายอาญาเท่านั้น อาจเป็นบทบัญญัติของกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายแพ่งก็ได้

เฉพาะกรณีที่จะลงโทษบุคคลในทางอาญา เท่านั้นที่ต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง แต่ในการยกเว้นความผิดในทางอาญานั้นหาจำเป็นจะต้องมีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยไม่

ส่วนกระทำอย่างไรจึงจะขัดต่อศีลธรรมอันดี ย่อมต้องพิจารณาความรู้สึก  
ของบุคคลทั่วไปในทันทีและเวลาที่เกิดการกระทำ<sup>30</sup>

เพราะฉะนั้นการให้ความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา  
โดยเฉพาะการข่มขืนกระทำชำเราเด็กนั้น ก็อาจมีการให้ความยินยอมได้ แต่ผู้  
ที่จะให้ความยินยอมอันผู้กระทำจะอ้างขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดของตนได้ ต้องมี  
อายุไม่ต่ำกว่า 15 ปี ถือเป็นการคุ้มครองพิเศษของกฎหมาย เพราะเด็กที่อายุ  
ไม่เกิน 15 ปี ส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการต่าง ๆ ทางด้าน  
ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา รวมทั้งประสบการณ์ยังไม่เพียงพอ ดังนั้น ความยินยอม  
ของเด็กที่อายุไม่เกิน 15 ปี จึงไม่ใช่ข้อสำคัญ คือ แม้เด็กจะยินยอมก็ผิด

ในกรณีที่สภาพของความผิดต้องปราศจากความยินยอม หรือความผิดที่  
มีการข่มขืนในความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามมาตรา 276 ถ้าผู้เสียหายยินยอมยอมไม่  
เป็นความผิด ความยินยอมนี้แม้จะได้อามาโดยการหลอกลวงในมูลเหตุ ก็ยังเป็น  
ความยินยอม ต่อเมื่อได้หลอกลวงในสภาพของการกระทำ จึงจะถือว่าไม่มี  
ความยินยอมและการกระทำเป็นความผิด

เกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอมได้นั้น แม้ผู้เสียหายจะ  
อายุน้อยไม่บรรลุนิติภาวะ ถ้าไม่ถึงกับไร้เดียงสาซึ่งจัดเข้าในประเภทความ  
ยินยอมโดยไม่รู้พฤติการณ์ดังกล่าวมาแล้ว กฎหมายยอมรับว่าเป็นความยินยอมที่  
ยกเว้นความผิดได้ เช่น หญิงอายุ 16 ปี อยู่ในปกครองของบิดาอาจยินยอมใน  
ความผิดต่อเพศได้ (ฎีกาที่ 513/2469 ที่ 828/2486) ผู้เยาว์ยินยอมให้หมั้น  
ประมาทได้ (ฎีกาที่ 743/2464 5 ธส.536) แตกต่างกับกฎหมายแพ่งเพราะ  
ความยินยอมเช่นนี้ไม่ใช่แสดงเจตนาก่อนนิติสัมพันธ์ในทางแพ่ง ด้วยเหตุนี้ กฎ  
หมายจึงต้องระบุงุณณิและอายุของผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอมได้หรือไม่ไว้

<sup>30</sup> จิน ดารา, "ข่มขืนกระทำชำเรา" บทบัญญัติ, หน้า 75

โดยเฉพาะ ซึ่งอาจมาน้อยกว่ากันเป็นกรณี ๆ ไป ดังจะเห็นได้จากมาตรา 277, 279, 313 317 กำหนดอายุ 13 ปี<sup>31</sup>

### 3.4.2 สำคัญผิด

เกี่ยวกับหลักการในเรื่องสำคัญผิดนี้ ในทางกฎหมายแบ่งได้แบ่งการ สำคัญผิดเป็นสองประเภท คือ การสำคัญผิดในตัวบุคคล และการสำคัญผิดใน สารระสำคัญ

ส่วนในทางกฎหมายอาญานั้น ตามหลักกฎหมายของต่างประเทศ อาทิเช่น สหรัฐอเมริกา ศาลอเมริกาได้วินิจฉัยกรณีสำคัญผิดในการข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ว่าการสำคัญผิดในอายุของหญิงผู้เสียหายว่ามีอายุเกินกว่า 13 ขวบ ย่อมไม่เป็น ข้อแก้ตัวให้พ้นผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ขวบได้ นักกฎหมาย สหรัฐอเมริกาได้อธิบายว่าแท้จริงแล้วการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงย่อมเป็นข้อแก้ตัว แต่การที่ความสำคัญผิดในกรณีเช่นนี้ไม่ทำให้จำเลยพ้นผิดเห็นจะเป็นเพราะเหตุผล ทางศีลธรรมจรรยามากกว่าอย่างอื่น เพราะถึงอย่างไรจำเลยก็เจตนาจะกระทำ ผิด คือ ข่มขืนกระทำชำเราอยู่นั่นเอง

ในส่วนของกฎหมายไทยเกี่ยวกับความสำคัญผิด หรือความไม่รู้พฤติการณ์ ของผู้เสียหายก็ทำนองเดียวกับการหลอกลวง เป็นแต่ว่าผู้เสียหายเข้าใจผิดจึงยิน ยอมโดยไม่รู้พฤติการณ์ที่เป็นจริง ทั้งที่ไม่มีการหลอกลวง จึงถือเป็นความยินยอม โดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ ทั้งนี้ หมายความว่ารวมถึงความยินยอมของบุคคลผู้มี จิตใจบกพร่อง หรือเมามจนไม่สามารถรู้ถึงสภาพและผลของการที่เขาให้ความยิน

---

<sup>31</sup> จิตติ ติงศภัทย์ คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 1 เนติ บัณฑิตยสภา, 2533 น.196

ยอมไปนั้น หนึ่งความยินยอมต่อสิ่งหนึ่งไม่หมายความรวมถึงสิ่งที่อื่นที่เพิ่มเติม หรือแตกต่างออกไปโดยผู้เสียหายไม่ทราบถึง เช่น ผู้ที่กินของสิ่งหนึ่งโดยสมัครใจไม่หมายความว่ายอมกินยาพิษที่ผสมอยู่ในนั้น หรือมีการสับเปลี่ยนสิ่งนั้นโดยผู้เสียหาย แต่ประการใด

ส่วนประเด็นที่ว่าตัวผู้กระทำผิดมักจะอ้างว่าตนสำคัญผิดในรูปร่างลักษณะของเด็กผู้เสียหายโดยเข้าใจว่ามีความสามารถให้ความยินยอมแล้ว โดยอ้างข้อความตามมาตรา 61 หรือ 62 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ข้ออ้างดังกล่าวฟังไม่ขึ้นเนื่องจาก กรณีสำคัญผิดตามมาตรา 62 นั้น มีหลักอยู่ที่ว่า รู้เท่าใดก็มีเจตนาเท่านั้น<sup>32</sup> แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องไม่เกินความจริงด้วย ดังนั้น ข้ออ้างเรื่องสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายในกรณีเช่นนี้กระทำซ้ำเราเด็กจึงฟังไม่ขึ้น

### 3.5 มาตรการป้องกันเด็กจากการข่มขืนกระทำชำเราภายในครอบครัว

(Incest)

ในส่วนของประเทศไทยแต่เดิมมิได้มีมาตรการที่เด่นชัดในการแก้ไขปัญหานี้ ตัวเจ้าพนักงานของรัฐไม่สามารถเข้าไปก้าวล่วงในส่วนกิจการของครอบครัวได้ เพราะอาจผิดฐานบุกรุก ฯ ในปัจจุบัน (2537) จึงมีการปรับปรุงร่างกฎหมายฉบับใหม่ขึ้น 1 ฉบับ ชื่อว่า "ร่างพระราชบัญญัติสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชน พ.ศ. ...." โดยให้อำนาจเจ้าพนักงานมีอำนาจในการตรวจค้นได้ โดยเฉพาะมาตรการพิเศษในมาตรา 36 วรรคสอง ที่ใช้มาตรการแยกตัวเด็กหรือเยาวชนออกจากครอบครัวได้

<sup>32</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, โรงพิมพ์ธรรมศาสตร์ 2533, น.171.



เนื้อหาโดยสรุปของร่างพระราชบัญญัติสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชน พ.ศ. ....

ร่างพระราชบัญญัติสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชน พ.ศ. .... ฉบับนี้เป็นร่างกฎหมายที่ครอบคลุมงานสวัสดิการและสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชนทั้งระบบ แนวทางที่มีการปรับปรุงนั้น บางส่วนปรับปรุงจากกฎหมายเกี่ยวข้องกับสวัสดิการเด็กและเยาวชนฉบับเดิม ๆ นอกนั้นจะเป็นการเพิ่มเติมจุดสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ การสงเคราะห์ การคุ้มครองสวัสดิภาพ และการพัฒนาเด็กและเยาวชน ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายสัมฤทธิ์ผลในทางปฏิบัติจึงมีการกำหนดให้มีคณะกรรมการขึ้นหลายคณะ เพื่อดำเนินการดูแลเรื่องการสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชนในระดับต่าง ๆ รวมทั้งกำหนดบทบาทหน้าที่ของเจ้าพนักงานให้ชัดเจนยิ่งขึ้น มีการจัดตั้งสถาบันที่รับผิดชอบในการศึกษาวิจัยและฝึกอบรมเกี่ยวกับงานทางด้านนี้โดยตรง รวมทั้งจัดให้มีกองทุนเพื่อสนับสนุนงานให้เป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนั้นยังให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหามากยิ่งขึ้น เพื่อให้การปฏิบัติต่อเด็กเป็นไปอย่างทั่วถึงและถูกต้องทั้งในด้านการป้องกัน แก้ไขพัฒนาและฟื้นฟูเด็กและเยาวชน ครบถ้วนทุกระดับ ตั้งแต่ระดับท้องถิ่นจนถึงระดับชาติ

ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ประกอบไปด้วยสาระสำคัญ ดังนี้

1. บทบัญญัติเกี่ยวกับคำนิยาม เป็นการกำหนดนิยามที่ต้องใช้ในบทต่อ ๆ ไป ในร่างพระราชบัญญัตินี้ (มาตรา 5) เริ่มตั้งแต่การบัญญัติความหมายของเด็กและเยาวชน เด็กในสภาพต่าง ๆ กัน เช่น เด็กเร่ร่อน เด็กกำพร้า เด็กพิการ เด็กที่เสี่ยงต่อการกระทำผิด หรือเด็กที่อยู่ในสภาพยากลำบาก คำนิยาม ความหมายของการสงเคราะห์ และการคุ้มครองสวัสดิภาพพฤติกรรมต่างของการกระทำที่เกิดต่อเด็กหรือเยาวชนอันเป็นเหตุให้ต้องได้รับการสงเคราะห์หรือได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพ เช่น การรณรงค์ หรือ การเลี้ยงดูมิชอบ เป็นต้น นอกจากนั้นยังกำหนดความหมายของคำว่าบิดามารดา บิดามารดา

เลี้ยง รวมถึง ครอบครัวอุปถัมภ์ หรือ ผู้ปกครองสวัสดิภาพ และ ผู้ปกครอง ว่า หมายถึงใคร ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับหน้าที่ดูแลรับผิดชอบเด็กและเยาวชนในแต่ละประเภท นอกจากนี้ยังมีคำนิยามของสถานที่ที่เกี่ยวข้องกับเด็กหรือเยาวชนที่จะต้องได้รับการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพ เช่น สถานแรกรับ หรือสถานพัฒนาและฟื้นฟู เป็นต้น

2. หมวดที่ 1 บททั่วไป เป็นบทที่กำหนดเกี่ยวกับอำนาจของรัฐมนตรี ในการออกกฎกระทรวงต่าง ๆ เช่น กฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการเลี้ยงดูเด็กและเยาวชน (มาตรา 7) กฎกระทรวงกำหนดคุณสมบัติของผู้ปกครองสวัสดิภาพ (มาตรา 8) เป็นต้น นอกจากนี้ยังกำหนดอำนาจในการจัดตั้ง หรือ อนุญาตให้เอกชนจัดตั้งสถานคุ้มครองสวัสดิภาพให้เป็นของอธิบดีหรือผู้ว่าราชการจังหวัด ภายในเขตอำนาจของแต่ละแห่ง (มาตรา 9)

3. หมวดที่ 2 คณะกรรมการสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชน คณะกรรมการมีด้วยกัน 2 ระดับ ได้แก่ คณะกรรมการสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชนแห่งชาติ (มาตรา 10) ประกอบไปด้วย คณะกรรมการที่ข้าราชการระดับสูงในส่วนกลาง มีปลัดกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เป็นประธานกรรมการ มีอธิบดีกรมประชาสงเคราะห์ เป็นกรรมการและเลขานุการ นอกจากนี้ยังมีกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งจะเป็นผู้แทนจากองค์การภาคเอกชนด้วย โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมเป็นผู้แต่งตั้ง อยู่ในวาระคราวละ 2 ปี (มาตรา 11) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการชุดนี้ (มาตรา 15) จะเน้นไปที่การให้ความเห็นต่อรัฐมนตรีเพื่อกำหนดนโยบายและมาตรการในการสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชน และในเรื่องการออกกฎกระทรวงและระเบียบต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัตินี้รวมถึงเรื่องเกี่ยวกับการเงิน การคลัง นอกจากนี้ยังมีอำนาจในการให้คำปรึกษาแนะนำหน่วยงานทั้งภาครัฐและเอกชนในการปฏิบัติงานด้านการสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชน ส่วนคณะกรรมการอีกระดับหนึ่งนั้น เป็นคณะกรรมการ

สงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชนท้องถิ่น ซึ่งแบ่งออกเป็นระดับจังหวัด หรือเรียกชื่ออย่างอื่น (มาตรา 17) ระดับท้องที่ในเขตเทศบาล หรือเรียกชื่ออย่างอื่น (มาตรา 18) ระดับท้องที่นอกเขตเทศบาลหรือเรียกชื่ออย่างอื่น (มาตรา 19) ระดับตำบลหรือเรียกชื่ออย่างอื่น (มาตรา 20) กรรมการของคณะกรรมการสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชนท้องถิ่นในแต่ละระดับจะแตกต่างกันไป โดยประธานกรรมการจะมีตั้งแต่ผู้ว่าราชการจังหวัด นายกเทศมนตรี นายอำเภอ และกำนัน ลดหลั่นกันไปรวมทั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจากภาคเอกชนด้วย สำหรับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการท้องถิ่นแต่ละคณะจะเหมือนกันเพียงแต่จะรับผิดชอบในเขตอำนาจของแต่ละคณะเท่านั้น (มาตรา 23) หน้าที่สำคัญของคณะกรรมการระดับนี้จะเกี่ยวกับการให้คำแนะนำ และตรวจสอบหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชน รวมถึงมีหน้าที่จัดหาทุน และกำหนดระเบียบการจ่ายเงินเพื่อกิจการในการสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชนอีกด้วย

4. หมวดที่ 3 การปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชน เป็นการวางหลักในเบื้องต้นว่าการปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชนต้องไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติ (มาตรา 24) นอกจากนั้นยังวางข้อกำหนดสำหรับบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ปกครองสวัสดิภาพว่าจะต้องให้การอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอนและพัฒนาเด็กหรือเยาวชนในระดับมาตรฐานตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง (มาตรา 25) และกำหนดขั้นตอนในการดำเนินการพิเศษไว้ในกรณีที่เด็กหรือเยาวชนให้อยู่ภายใต้การคุ้มครองดูแล โดยมีการแต่งตั้งผู้คุ้มครองสวัสดิภาพ เป็นต้น นอกจากหน้าที่ของบิดามารดา ผู้ปกครองและผู้ปกครองสวัสดิภาพดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีหน้าที่ต้องปกป้องมิให้เด็กหรือเยาวชนอยู่ในภาวะอันน่าจะเกิดอันตรายต่อสวัสดิภาพด้วย (มาตรา 26) สำหรับในเรื่องการปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชนนี้ ได้มีการกำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานไว้ด้วย โดยกำหนดให้มีตำแหน่งผู้มีหน้าที่ดูแลและคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชน (มาตรา 27) นอกจากนั้นยังกำหนดอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติงาน

(มาตรา 28) เช่น มีอำนาจในการตรวจค้นสถานที่ที่น่าเชื่อว่าจะมีการกระทำความผิด  
 กรรมเด็กหรือเยาวชน เป็นต้น กรณีที่มีการรับตัวเด็กหรือเด็กหรือเยาวชนมาให้  
 หรือมีหน้าที่ทำรายงานเกี่ยวกับตัวเด็กและเยาวชน เป็นต้น กรณีที่มีการรับตัวเด็ก  
 หรือเยาวชนมาให้การสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพ สถานแรกรับจะต้องทำ  
 การวิเคราะห์และเสนอความเห็น (มาตรา 29) และเพื่อเป็นการกำหนดผู้รับผิดชอบ  
 ชอบในกรณีที่พบเด็กหรือเยาวชนที่จำเป็นต้องได้รับการสงเคราะห์และคุ้มครอง  
 สวัสดิภาพกฎหมายได้บัญญัติตำแหน่งผู้รับผิดชอบไว้ด้วย ตั้งแต่ปลัดอำเภอไปจนถึง  
 ข้าราชการตำรวจตั้งแต่ร้อยตำรวจตรีขึ้นไป (มาตรา 30) และกำหนดข้อห้าม  
 ต่าง ๆ ที่มีให้บิดามารดากระทำต่อเด็กไว้ (มาตรา 32) เช่น ห้ามทอดทิ้งเด็ก  
 หรือเยาวชน ห้ามกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการขัดขวางต่อความเจริญ  
 เดิบโตหรือพัฒนาการของเด็กหรือเยาวชน เป็นต้น สำหรับบุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็น  
 ผู้ใดก็ตาม ก็ต้องห้ามที่จะปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชนในลักษณะที่ไม่สมควร (มาตรา  
 33) เช่น ห้ามกระทำความผิดต่อร่างกายหรือจิตใจของเด็กหรือเยาวชน ห้าม  
 ใช้หรือจ้างทำงานหรือกระทำการใด ๆ อันอาจเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจของ  
 เด็กหรือเยาวชน เป็นต้น และในหมวดนี้ยังกำหนดให้ผู้ใดก็ตามที่พบเด็กหรือเยาวชน  
 ที่ตกอยู่ในสภาพจำต้องได้รับการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพ ต้องให้การ  
 ช่วยเหลือในเบื้องต้นหรือแจ้งให้เจ้าพนักงานทราบ โดยไม่ชักช้าและถ้ากรณี  
 ปรากฏชัดหรือเป็นที่น่าสงสัยว่าเด็กหรือเยาวชนถูกกระทำความผิดหรือเจ็บป่วย  
 เนื่องจากการเลี้ยงดูไม่ชอบ บุคคลผู้เกี่ยวข้อง เช่น แพทย์ พยาบาล ครูบาอาจารย์  
 เป็นต้น ต้องรับรายงานให้เจ้าพนักงานทราบโดยไม่ชักช้าเช่นกัน (มาตรา 34)

5. หมวดที่ 4 การสงเคราะห์เด็กและเยาวชน ในหมวดนี้ได้บัญญัติ  
 ถึงลักษณะของเด็กและเยาวชนที่ถึงจะได้รับการสงเคราะห์ไว้อย่างชัดเจน (มาตรา  
 35) ตัวอย่างเช่น เด็กหรือเยาวชนที่ไม่มีหรือไม่ปรากฏบิดามารดา หรือผู้ปกครอง  
 หรือพลัดหลงจากบิดามารดา หรือผู้ปกครองหรือเป็นเด็กเร่ร่อนหรือเป็นเด็กกำพร้า  
 หรือได้รับการเลี้ยงดูโดยมิชอบหรือถูกกระทำความผิด เป็นต้น นอกจากนั้นยังได้

กำหนดวิธีการหรือการดำเนินการในการสงเคราะห์เด็กหรือเยาวชนไว้ด้วย (มาตรา 36) เช่น การให้ความช่วยเหลือและสงเคราะห์แก่ครอบครัวหรือบุคคล ที่อุปการะเลี้ยงดูเด็กหรือเยาวชน ทั้งนี้ เพื่อให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองสามารถ อุปการะเลี้ยงดูเด็กหรือเยาวชนได้ เป็นต้น สำหรับวิธีการดำเนินการสงเคราะห์ ในหมวดนี้มีลักษณะสำคัญเป็นพิเศษ คือ การแยกตัวเด็กหรือเยาวชนออกจาก ครอบครัว เพื่อให้อยู่ในความอุปการะในที่แห่งอื่น ซึ่งในเรื่องนี้จะต้องได้รับความ ยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองของเด็กหรือเยาวชนนั้น ๆ ก่อน หากบิดา มารดาหรือผู้ปกครองไม่ให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควร อธิบดีหรือผู้ว่าราช การจังหวัดมีอำนาจพิจารณาส่งเด็กหรือเยาวชนนั้น ๆ ให้แยกไปรับการอุปการะ ก็ได้ (มาตรา 36 วรรคสอง) การแยกเด็กหรือเยาวชนในอุปการะ ณ ที่แห่งอื่น นั้น ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องระยะเวลาการส่งตัวกลับ และกำหนดอายุ ที่พ้นเกณฑ์การสงเคราะห์ (มาตรา 36 วรรคสาม สี่ และห้า) ซึ่งกฎหมายก็ได้ เปิดโอกาสให้บิดามารดา หรือผู้ปกครองของเด็กหรือเยาวชนมีสิทธิยื่นคำร้อง อุทธรณ์คำวินิจฉัยในหลักเกณฑ์ทั้งของอธิบดี หรือผู้ว่าราชการจังหวัดต่อคณะกรรมการ ท้องถิ่นได้ หากไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าว (มาตรา 37)

6. หมวดที่ 5 การคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชน ในหมวดนี้ได้ กำหนดลักษณะของเด็กหรือเยาวชนที่ถึงได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพไว้ (มาตรา 40) เช่น เด็กหรือเยาวชนที่ถูกกระทำทารุณกรรมหรือได้รับการเลี้ยงดูมิชอบ เป็นต้น และได้มีการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ใดก็ตามที่พบเห็นหรือน่าเชื่อถือว่ามีการ กระทำทารุณกรรม หรือเลี้ยงดูมิชอบ ต่อเด็กหรือเยาวชนต้องแจ้งให้พนักงานเจ้า หน้าที่ทราบ (มาตรา 41) สำหรับเจ้าพนักงานนั้นก็มีอำนาจหน้าที่เข้าตรวจค้น ตามมาตรา 28 (1) และมีอำนาจแยกตัวเด็กหรือเยาวชนจากครอบครัวเพื่อให้ การคุ้มครองสวัสดิการ (มาตรา 42) และในเรื่องการคุ้มครองสวัสดิภาพนี้ กฎ หมายได้กำหนดวิธีดำเนินการตามขั้นตอนไว้ เช่น ต้องรีบจัดให้มีการตรวจรักษา ทางร่างกายและจิตใจทันที ก่อนที่จะส่งเด็กหรือเยาวชนไปยังสถานพัฒนาและฟื้นฟู



ท้องถิ่น (มาตรา 49) มีอำนาจหน้าที่รับตัวเด็กไว้ เพื่อทำการวิเคราะห์และวินิจฉัย กำหนดวิธีการที่เหมาะสม ในการสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชนแต่ละราย ทำหน้าที่สืบเสาะและพินิจหาข้อมูลต่าง ๆ ของเด็กและเยาวชน เพื่อยุติไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่อไป จัดให้มีการตรวจรักษาพยาบาล จัดให้มีที่พักอาศัยหลับนอน และอาหาร รวมทั้งให้การศึกษแก่เด็กหรือเยาวชน และจัดส่งเด็กหรือเยาวชนไปยังสถานสงเคราะห์หรือสถานพัฒนาและฟื้นฟู เป็นต้น (มาตรา 51) ประเภทที่สอง สถานรับเลี้ยงเด็กมีผู้ปกครองสวัสดิภาพดูแลและอยู่ในกำกับดูแลของอธิบดี หรือผู้ว่าราชการจังหวัดและคณะกรรมการหรือคณะกรรมการท้องถิ่น (มาตรา 52 53) มีอำนาจหน้าที่รับเลี้ยงเด็กที่มีอายุไม่เกิน 6 ปี บริบูรณ์ จำนวนเกินกว่า 5 คนขึ้นไป (ตามบทนิยามในมาตรา 5) ประเภทที่สาม สถานสงเคราะห์มีผู้ปกครองสวัสดิภาพ เป็นผู้ดูแลและอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของอธิบดีหรือผู้ว่าราชการจังหวัด คณะกรรมการ และคณะกรรมการท้องถิ่นแล้วแต่กรณี (มาตรา 54 55) มีหน้าที่รับเด็กหรือเยาวชนจากเจ้าพนักงาน จากสถานแรกรับหรือจากหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องไว้อุปการะเลี้ยงดู (มาตรา 56) นอกจากนั้นยังมีอำนาจหน้าที่ปกครองให้การอุปการะเลี้ยงดู จัดที่พักผ่อนหลับนอนและอาหาร จัดให้มีการตรวจรักษาพยาบาล จัดการศึกษา ให้คำแนะนำแก่บิดามารดา หรือผู้ปกครอง รวมถึงสอดส่องและติดตามช่วยเหลือเด็กหรือเยาวชนที่ออกจากสถานสงเคราะห์ไปแล้ว เป็นต้น (มาตรา 57) และสถานคุ้มครองสวัสดิภาพ ประเภทสุดท้าย คือ สถานพัฒนาและฟื้นฟู มีผู้ปกครองสวัสดิภาพเป็นผู้ดูแล (มาตรา 58) ส่วนอำนาจหน้าที่นั้นจะอยู่ภายใต้มาตรา 57 ว่าด้วยเรื่องอำนาจหน้าที่ของสถานสงเคราะห์ นอกจากนั้นยังมีหน้าที่วิเคราะห์และวินิจฉัยเพื่อกำหนดแนวทางการพัฒนา และฟื้นฟูเด็กและเยาวชนแต่ละรายและยังมีหน้าที่จัดการศึกษา ฝึกอบรมสั่งสอนบำบัดรักษา และฟื้นฟูสภาพร่างกายและจิตใจของเด็กและเยาวชนแต่ละรายอีกด้วย (มาตรา 60) สถานคุ้มครองสวัสดิภาพดังกล่าวข้างต้นมีทั้งที่เป็นหน่วยงานของรัฐซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัตินี้หรือพระราชบัญญัติอื่น และที่

เป็นหน่วยงานของเอกชนซึ่งสามารถจัดตั้งสถานคุ้มครองสวัสดิภาพในลักษณะดังกล่าวนี้ โดยได้รับอนุญาตตามระเบียบก่อน

8. หมวดที่ 7 ผู้คุ้มครองสวัสดิภาพ กฎหมายได้บัญญัติขึ้นไว้เพื่อให้มีผู้รับผิดชอบดูแลเด็กหรือเยาวชนที่ต้องได้รับการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพเป็นกรณี ๆ ไป (มาตรา 61) ทั้งนี้ รวมถึงเด็กหรือเยาวชนที่พ้นจากการดูแลและปกครองของสถานคุ้มครองสวัสดิภาพไปแล้วด้วย (มาตรา 61 วรรคสอง) หน้าที่หลักของผู้คุ้มครองสวัสดิภาพ ได้แก่ การเยี่ยมเยียนและให้คำแนะนำปรึกษาแก่เด็กหรือเยาวชนที่อยู่ในการกำกับดูแล รวมถึงบิดามารดาหรือผู้ปกครองของเด็กและเยาวชนนั้น ๆ และมีหน้าที่ทำรายงานเกี่ยวกับสภาพความเป็นอยู่ของเด็กหรือเยาวชน หรือของบิดามารดาและผู้ปกครองของเด็กหรือเยาวชนดังกล่าว เพื่อเสนอเจ้าพนักงานตามขั้นตอน (มาตรา 62)

9. หมวดที่ 8 การส่งเสริมและพัฒนาการคุ้มครองสวัสดิภาพ มีการจัดตั้งสถาบันวิจัยและส่งเสริมสวัสดิภาพเด็กและเยาวชนขึ้น โดยให้มีอธิการสถาบันเป็นผู้ปกครองและบังคับบัญชา (มาตรา 65) ทั้งนี้ให้อยู่ในความดูแลของกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม งานในอำนาจหน้าที่ของสถาบันฯ นี้ จะเน้นเรื่องการศึกษาวิจัยปัญหาครอบครัว ปัญหาเด็กและเยาวชน เพื่อกำหนดนโยบายและแนวทางในการสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพให้แก่เด็กและเยาวชน รวมทั้งครอบครัวของเด็กหรือเยาวชนนั้น ๆ ด้วย นอกจากนี้ยังมีหน้าที่ในการจัดการฝึกอบรมให้กับเจ้าหน้าที่ ผู้มีหน้าที่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้หรือพระราชบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้องกับการสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กหรือเยาวชนและครอบครัว (มาตรา 67)

10. หมวดที่ 9 กองทุนสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพ เพื่อให้การดำเนินการสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชนเป็นไปโดยราบรื่น จึงจำเป็นที่จะต้องจัดหาทุนไว้เป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินการต่าง ๆ โดยกำหนดให้มีการจัดตั้งกองทุนขึ้น (มาตรา 68) ซึ่งประกอบไปด้วยเงินประเภท



ต่าง ๆ เช่น เงินอุดหนุนจากรัฐบาล เงินค่าธรรมเนียมหรือเงินค่าปรับที่ได้จากการบังคับใช้ตามพระราชบัญญัติ<sup>๓๓</sup> เป็นต้น (มาตรา 69) ในการบริหารเงินกองทุนให้เป็นไปตามระเบียบหรือวิธีการใช้จ่ายที่กำหนดเป็นกฎกระทรวงไว้ (มาตรา 71) นอกจากนั้นในระดับเทศบาลก็ให้มีการจัดตั้งกองทุนสงเคราะห์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชนท้องถิ่นด้วย (มาตรา 72) โดยกองทุนนี้จะประกอบไปด้วยเงินอุดหนุนจากรัฐบาลและเงินอุดหนุนจากเทศบาลแห่งท้องถิ่นที่เป็นหลัก (มาตรา 73) สำหรับการบริหารเงินจากกองทุนท้องถิ่นนั้นให้เป็นไปตามที่ผู้ว่าราชการจังหวัดกำหนด โดยผ่านความเห็นชอบจากคณะกรรมการท้องถิ่นแห่งท้องถิ่นนั้น ๆ (มาตรา 75)

11. หมวดที่ 10 บทกำหนดโทษ เป็นการกำหนดบทลงโทษจากการไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ เช่น ดำเนินกิจการสถานคุ้มครองสวัสดิภาพโดยมิได้รับใบอนุญาต (มาตรา 76) กระทำการใด ๆ ในงานของสถานคุ้มครองสวัสดิภาพในทำนองเดียวกับผู้ปกครองสวัสดิภาพ โดยมิได้รับแต่งตั้ง (มาตรา 77) ฝ่าฝืนข้อห้ามต่าง ๆ ในการปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชน (มาตรา 79) การไม่ให้ความร่วมมือกับเจ้าพนักงานที่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ (มาตรา 81) เป็นต้น

12. บทเฉพาะกาล กล่าวถึงสถานคุ้มครองสวัสดิภาพต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชน ซึ่งได้จัดตั้งก่อนพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ก็ให้สามารถดำเนินการต่อไปได้จนกว่าจะสิ้นอายุใบอนุญาต ทั้งนี้ให้เปลี่ยนลักษณะการดำเนินการให้สอดคล้องกับสถานคุ้มครองสวัสดิภาพของพระราชบัญญัตินี้ด้วย (มาตรา 83) ส่วนบรรดากฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบหรือคำสั่งใดที่ออกตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 294 และ 132 ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับนั้น ต้องให้มีผลใช้บังคับได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ จนกว่าจะได้มีการออกกฎกระทรวง ข้อบังคับ ประกาศ ระเบียบ หรือคำสั่ง<sup>๓๓</sup>ขึ้นใหม่ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ (มาตรา 84) <sup>๓๓</sup>

<sup>๓๓</sup> คณะกรรมการกฤษฎีกา, สำเนาร่างกฎหมาย (ไม่มีเลขที่หน้า)

### 3.6 มาตรการคุ้มครองเด็กจากการข่มขืนกระทำชำเราในต่างประเทศ

มาตรการคุ้มครองเด็กจากการข่มขืนกระทำชำเราของในแต่ละประเทศย่อมแตกต่างกันไปตามจิตวิญญาณประชาชาติ (Volksgeist) ของแต่ละชนชาติ ซึ่งล้วนแล้วแต่มีเหตุผลในการบัญญัติต่อบทกฎหมายเป็นประเทศ ๆ ไป ในส่วนนี้ ผู้ศึกษาขอแบ่งแยกมาตรการคุ้มครองความผิดฐานนี้เป็น 4 ส่วนใหญ่ ๆ คือ มาตรการพิเศษขององค์กรของรัฐและเอกชน มาตรการทางกฎหมายอาญา มาตรการทางกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และมาตรการเยียวยาผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็ก ในที่สุด

#### 3.6.1 มาตรการพิเศษขององค์กรรัฐและเอกชน

ในส่วนของแต่ละประเทศนั้นมักจะรวมกลุ่มกันโดยองค์กรเอกชน NGO (Non-Government Organization) เป็นส่วนใหญ่เพื่อคุ้มครองและแก้ไขปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราโดยรวม ซึ่งบางส่วนของประเทศไทยควรนำมาศึกษาและปรับใช้ตามความเหมาะสม เช่น ในสหรัฐอเมริกาในมลรัฐมิชิแกน มีองค์กรเอกชน NGO ก่อตั้งขึ้นมา โดยรับสมัครสมาชิกที่ต้องการแก้ไขและป้องกันปัญหาข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีเบอร์เฉพาะ Hotline สำหรับเหยื่อผู้เสียหายผู้เคราะห์ร้ายที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ โดยผู้เสียหายสามารถให้รายละเอียดและทางองค์กรนี้ที่ชื่อว่า Women's Crisis Center หรือย่อว่า W.C.C. จะดำเนินการให้คำปรึกษาและปัญหาทุกอย่างรวมทั้งข้อแนะนำในทางกฎหมายด้วย หน่วยงานนี้ใช้กลยุทธ์ที่รอบคอบใน อีสต์ แลนซิงค์ ในรัฐมิชิแกน สมาชิกของศูนย์ต่อต้านการข่มขืนกระทำชำเรา (W.C.C.) จะเขียนอย่างหวัดด้วยคำว่า ข่มขืนบนรถคันที่สงสัย พิมพ์ด้วยอักษรตัวแดงประตุน้ำ แล้วแจ้งเตือนทางโทรศัพท์ ในเมืองลอสแอนเจลิส ในรัฐแคลิฟอร์เนีย กลุ่มต่อต้านอาชญากรรมทางเพศ ใช้แผนการประชิดตัว โดยเมื่อมีหญิงโทรศัพท์ร้องเรียนว่ามีเพื่อนบ้านได้ติดตามเธอเมื่อเธอออกจากบ้าน สมาชิกของกลุ่มจะติดตามคนที่ติดตามสัก 3 วัน ซึ่ง

ก็เพียงพอที่จะทำให้เปลี่ยนใจที่จะไปกระทำผิด ในการป้องกันอาชญากรรมดังกล่าว ในกลุ่มต่าง ๆ อาจใช้วิธีการแตกต่างกันไป บ้างก็จัดกรรรับส่งที่ต้องกลับบ้านคนเดียวในเวลาดึก ๆ บ้างก็สอนวิธีป้องกันตัวในขณะที่ถูกชายข่มขืน สอนให้เรียนรู้จุดอ่อนของชายที่จะทำให้หยุดการกระทำได้

จากข่าวสารปรากฏว่ากลุ่มต่อต้านการข่มขืนหลายกลุ่มตั้งตัวเป็นปรปักษ์กับตำรวจและหลีกเลี่ยงจากตำรวจโดยสิ้นเชิง แต่บางกลุ่มก็พยายามทำให้ตำรวจเข้าใจความรู้สึกของหญิงที่ถูกข่มขืน ได้มีการชี้แจงในวอชิงตันว่า เขาต้องการเจ้าหน้าที่ตำรวจเกี่ยวกับคดีทางเพศ ให้แต่งตั้งเจ้าหน้าที่สภาพสตรีให้มากขึ้น เพราะจะให้ความช่วยเหลือในคดีข่มขืนกระทำชำเราได้มาก ฉะนั้น จึงมีการตั้งตำรวจหญิงเกี่ยวกับคดีทางเพศเพิ่มขึ้น

ส่วนมลรัฐอื่น ๆ ของสหรัฐอเมริกาอีก 20 รัฐ องค์กรเอกชนแต่ละแห่งก็มีวิธีการแตกต่างกันไป เช่น ได้มีการโฆษณาหนังสือพิมพ์ใต้ดิน หรือให้หมายเลขโทรศัพท์ที่ง่ายแก่การจดจำในสมุดโทรศัพท์ ในเมืองบอสตัน สภาพสตรีอาจหมุนโทรศัพท์ไปหมายเลข 492-Rape เวลาใดเวลาหนึ่ง ทั้งกลางวันและกลางคืน เพื่อขอความช่วยเหลือ ส่วนในกรุงวอชิงตัน ดี.ซี. หมุนโทรศัพท์ไปที่ 333-Rape ในระหว่างเวลา 07.30 - เก้าโมงคืน การช่วยเหลือของคนกลุ่มต่อต้านการข่มขืนกระทำชำเรา มักจะมีวิธีการคล้ายคลึงกัน ในศูนย์วอชิงตันชั้นแรกพวกอาสาสมัครจะวางแผนให้ ถ้าผู้เสียหายต้องการแจ้งความต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจ แต่ไม่มีการบีบบังคับที่จะให้มีการรายงานอาชญากรรมนี้ ผู้แจ้งทางโทรศัพท์จะสรุปสั้น ๆ ว่าต้องการอะไรในระหว่างที่เจ้าหน้าที่ตำรวจสอบถามหรือระหว่างการตรวจร่างกายที่โรงพยาบาลหรือที่หมอส่วนตัว หากผู้เสียหายตัดสินใจจะไปแจ้งความที่สถานีตำรวจ ทางศูนย์จะส่งผู้อาสาสมัครที่มีความเห็นอกเห็นใจไปด้วยเพื่อให้กำลังใจและสอบถามหาความจริงและรายละเอียด เพราะบางกรณีหญิงอาจเป็นผู้ก่อให้เกิดอาชญากรรมก็ได้ <sup>34</sup>

-----

<sup>34</sup> Jean C. Marsh, Alison Gerst, Nathan Caplan Rape and the Limits of Law Reform, 1981, p.160

จากการร่วมมือดังกล่าวปรากฏว่าอาชญากรรมทางเพศลดลงจากเดิมพอสมควร ซึ่งส่วนนี้ผู้ศึกษาเห็นว่ารัฐบาลควรกระตุ้นและเปิดโอกาสส่งเสริมให้มีหน่วยงานที่คุ้มครองสิทธิสตรีและเด็กให้มากขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

มาตรการอีกประการหนึ่งที่สามารถนำมาใช้คุ้มครองการกระทำคามผิดฐานนี้ได้พอสมควรและเพิ่มประสิทธิภาพของการแก้ปัญหาขององค์กรตำรวจให้ดียิ่งขึ้น โดยขอเสนอโครงการลดอาชญากรรมทางเพศเกี่ยวกับเด็ก โดยเฉพาะที่จะเกิดในเขตชุมชน กล่าวคือ

#### 1. โครงการตำรวจสายตรวจทางเท้า (Foot Patrol)

โครงการนี้เริ่มครั้งแรกใช้ชื่อว่า โครงการ Operation 25 เริ่มดำเนินการในนิวยอร์ก ภายใต้การอำนวยการของ Francis W.H. Adams ดำรงตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจ สาระโดยย่อเกี่ยวกับโครงการ Operation 25 ก็คือ กำลังตำรวจของท้องที่หมายเลข 25 ในเกาะ Manhattan มหานครนิวยอร์ก ได้เพิ่มขึ้นเท่าตัว (กล่าวคือเพิ่มขึ้น 100%) บุคลากรบรรจุเพิ่มเข้าไปในท้องที่หมายเลข 25 นี้ ส่วนใหญ่เป็นตำรวจใหม่ซึ่งเพิ่งสำเร็จการศึกษาจากโรงเรียนฝึกอบรมตำรวจนิวยอร์ก โดยรับหน้าที่เป็นพลสายตรวจเดินเท้าภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของตำรวจอาวุโสซึ่งมีประสบการณ์ในงานตำรวจระดับสูง

โครงการ Operation 25 ใช้เวลารวบรวมข้อมูล 4 เดือน ในระหว่างดำเนินการตามแผน ผลการวิจัยปรากฏว่าโดยเกณฑ์เฉลี่ยสถิติอาชญากรรมลดลงอย่างเห็นได้ชัด คดีที่ตัวเลขลดลงมากที่สุด คือ ประเภทอาชญากรรมบนท้องถนน รวมทั้งการกระทำผิดที่เกิดขึ้นในสาธารณสถานและการกระทำผิดที่เกิดขึ้นบนท้องถนนแล้วหลบหนีเข้าไปในที่รโหฐาน <sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> New York City Police Department "Operation 25" Monograph, New York City, 1955.

ความสำเร็จของโครงการเช่นนี้ก็คือ คุณภาพของบุคลากรตำรวจที่เข้าไปตั้งทีมงานเพื่อคุ้มครองชุมชน กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ตำรวจที่จะเข้าร่วมทำงานในลักษณะนี้จะต้องมีความซื่อสัตย์ ความรอบรู้ ความรับผิดชอบ รวมทั้งมนุษยสัมพันธ์ที่ดีต่อประชาชนและเพื่อนร่วมงาน ทั้งนี้ เพราะเจ้าหน้าที่ตำรวจในโครงการนี้จะต้องอยู่กับชุมชนในรูปของทีมขนาดเล็ก 8 ถึง 10 คน รับผิดชอบพื้นที่จำกัด (เช่น หมู่บ้านจัดสรรของชนชั้นกลางขนาด 50 หลังคาเรือน) เป้าหมายของโครงการก็เพื่อให้ทีมงานตำรวจได้รับผิดชอบพื้นที่อย่างแท้จริง โดยการศึกษาหาข้อมูลด้านอาชญากรรม แนะนำชี้แจงเกี่ยวกับการป้องกันอาชญากรรม ตรวจตราบ้านเรือน ในขณะที่เจ้าของบ้านไม่อยู่ สอดส่องคนร้ายพลัดถิ่น สร้างความสัมพันธ์อันดีระหว่างตำรวจกับประชาชน รวมทั้งดำเนินการสืบสวนสอบสวนคดีอาญาทั่วไปที่เกิดในเขตรับผิดชอบ นอกจากคดีอุกฉกรรจ์ซึ่งรุนแรงเกินขีดความสามารถของทีมงานขนาดเล็ก หัวหน้าทีมจึงเสนอขอพนักงานสอบสวนและผู้ชำนาญการเพิ่มจากทางสถานีตำรวจหรือกองกำกับการตำรวจต่อไป ทีมงานตำรวจในลักษณะนี้จะเดินตรวจตราตามถนน ตรอก ซอก ซอย ในชุมชนเป็นประจำ ไม่ใช่เพียงเพื่อการป้องกันอาชญากรรม แต่รวมถึงการประชาสัมพันธ์และสร้างความสนิทสนมกับประชาชนในชุมชนนั้น ๆ <sup>36</sup>

#### - ยุทธวิธีการจัดทีมงานตำรวจ

ยุทธวิธีการจัดทีมงานตำรวจเป็นทีมงานที่มุ่งป้องกันอาชญากรรมทางเพศเป็นสำคัญ และขณะเดียวกันสร้างความสัมพันธ์กับประชาชนไปพร้อม ๆ กันด้วย เป็นยุทธวิธีที่ยังไม่เคยมีนำมาใช้อย่างจริงจัง ที่ทำอยู่เวลานี้ส่วนใหญ่จะเน้นวัตถุประสงค์ไปทางด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะ คือ ถ้ามุ่งสร้างความสัมพันธ์

<sup>36</sup> Sherman, L.W., et, a Team Policing, Washington D.C. Police Foundation, 1973.

กับประชาชนในชุมชนก็จัดทีมตำรวจออกตรวจเยี่ยมแนะนำประชาชน และถ้ามุ่งป้องกันอาชญากรรมก็จะจัดทีมตำรวจออกตรวจเป็นครั้งคราว และส่วนใหญ่เป็นการจัดเฉพาะกิจ พอเหตุการณ์คลี่คลายสงบลงก็ยุบเลิกไป

### หลักการของยุทธวิธี

เป็นการจัดทีมตำรวจซึ่งแต่ละทีมจะมีกำลังตำรวจ 8 - 10 นาย รับผิดชอบเดินตรวจตราไปตามถนน ตรอก ซอย ในหมู่บ้านหรือชุมชนซึ่งอยู่ภายในเขตตรวจของตน โดยมีจุดประสงค์เพื่อบริการชุมชน สอดส่องตรวจตราคนร้าย ให้คำแนะนำแก่ประชาชนในการป้องกันอาชญากรรม ให้ข้อมูลคนร้ายแก่ประชาชน และสร้างความสัมพันธ์กับประชาชน หากพบการกระทำผิดก็จับกุมส่งสถานตำรวจ การกระทำดังกล่าวมุ่งหวังเพื่อได้รับความร่วมมือจากประชาชน และสร้างความสัมพันธ์อันดีระหว่างตำรวจกับประชาชนในชุมชน

### 3. การจัดตั้งสายตำรวจป้องกันอาชญากรรมทางเพศโดยประชาชน (Volunteer Patrol)

โครงการที่สมาชิกในชุมชนได้มีส่วนร่วมป้องกันอาชญากรรมอีกประเภทหนึ่ง คือ ตรวจประชาชน โครงการนี้ไม่ใช่เรื่องใหม่แต่เป็นเรื่องเก่าที่ได้ผลในการลดอาชญากรรมซึ่งถูกนำกลับมาพิจารณาปรับใช้ใหม่ โดยให้ประชาชนแต่ละครอบครัวที่มีบุตรหลานสามารถเข้าร่วมได้ โดยอาจจัดให้มีการเลือกตั้ง โดยมีคณะกรรมการชุดหนึ่งขึ้นมาเป็นสายตรวจในการป้องกันอาชญากรรมทางเพศประจำแต่ละท้องที่

จากการประเมินผลโครงการสายตรวจประชาชนประสบผลสำเร็จในเมืองใหญ่ ๆ หลายแห่ง เช่น ลอสแอนเจลิส ดีทรอยต์ และนิวยอร์ก เป็นต้น

### 3.6.2 มาตรการทางกฎหมายอาญา

ในส่วนของต่างประเทศ อาทิเช่น ประเทศฝรั่งเศสนั้นมุ่งคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของเด็กเป็นอย่างมาก โดยกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กไว้หนักถึงขั้นประหารชีวิต ดังจะพิจารณาได้จาก มาตรา 332 ประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติว่า

"ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น..... ต่อเด็กอายุต่ำกว่า 15 ขวบ ผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษหนักขึ้นถึงจำคุกตลอดชีวิต"<sup>37</sup>

จากตัวบทดังกล่าวนี้ว่าเป็นมาตรการที่เหมาะสมอย่างยิ่ง เนื่องจากตัวบทกฎหมายใช้คำว่า ผู้อื่น ซึ่งหมายความรวมถึงเพศหญิงและเพศชายรวมกัน และวางกำหนดจำนวนโทษไว้ค่อนข้างสูงพอสมควร เพื่อให้เกิดความเกรงกลัว

ปัญหาประการหนึ่งที่ควรนำมาพิจารณา คือ การเพิ่มโทษทางกฎหมาย จะทำให้การข่มขืนกระทำชำเราลดลงหรือไม่

ในส่วนของผู้ศึกษามองว่าทางแก้ปัญหอาชญากรรมโดยเฉพาะอาชญากรรมทางเพศ เป็นปัญหาหลักซึ่งเกินกว่าที่จะแก้ไขด้วยวิธีเพิ่มโทษ แต่ความโกรธแค้นของประชาชนมากล้นจนศาลและรัฐต้องเอนลู่ตามไป เพื่อบรรเทาความรุนแรงผลคือ ความยุติธรรมเสียไปโดยปัญหาอาชญากรรมยังคงอยู่

กระบวนการแห่งความโกรธแค้นและการแก้แค้นอยู่กับมนุษยชาติมานานแสนนานตราบใดที่เราจะใช้อารมณ์นำหน้าสติปัญญา ดังนั้น เหตุการณ์การแก้แค้นอาชญากรรมทางเพศ ในประเทศไทยจึงไม่ใช่เรื่องแปลกประหลาด ในประวัติศาสตร์เท่าที่มีหลักฐานอ้างอิง การลงโทษตามทฤษฎีการแก้แค้นนี้เกิดมาช้านานแล้ว กฎหมายฮัมมูราบี บัญญัติวิธีลงโทษระบบตาต่อตา ฟันต่อฟัน กฎหมายฮีบรูบัญญัติให้ฆ่าวัวที่ชนคนตายด้วยการใช้ก้อนอิฐขว้างวัวนั้นจนตาย กฎหมายเอเธนส์บัญญัติให้ขว้าง

<sup>37</sup> โทกเมนทร์ ภักทรภิมย์, อ้างแล้ว

ชวานที่ใช้ฆ่าคนนั้นออกไปเสียจากอาณาเขตประเทศ ให้ใช้สัตรีช้องแคบดาดาแนล เพราะทำให้เกิดพายัพัตจนสะพานพัง และเมื่อ ค.ศ. 1685 รัซซิงโบสถ์แห่งเมือง La Rochelle ถูกเขียนและฝังดิน เพราะส่งเสียงช่วยเหลือพวกผู้ต่อต้านศาสนาจักร<sup>38</sup> จะเห็นได้ว่าเมื่อมนุษย์มีอารมณ์โกรธและต้องการแก้แค้น สติปัญญาจะถูกบดบังสิ้น แม้แต่สัตว์และสิ่งของซึ่งไม่รู้ผิดชอบก็อาจถูกลงโทษได้ เพื่อสนองอารมณ์ของมนุษย์

นักคิดและนักทฤษฎีทุกยุคทุกสมัยพยายามแสวงหาเหตุผลและความชอบธรรมในการลงโทษอาชญากรตามแนวทัศน์แห่งการตอบแทนความผิด (Retribution) ตั้งเป็นทฤษฎีขึ้นอธิบายอย่างมากมาย พอจะแบ่งออกได้เป็นกลุ่มทฤษฎี 2 กลุ่มใหญ่ คือ

1. ทฤษฎีการชดใช้ (Expiation theories)<sup>39</sup> เป็นหนทางเดียวที่เขาสามารถชดใช้บาปที่ก่อไว้

สำหรับแนวความคิดแบบสังคมวิทยา อธิบายว่าอาชญากรรมเป็นการกระทำที่ทำให้กฎระเบียบของสังคมเสื่อมเสียไป ถ้าอาชญากรต้องการอยู่ร่วมกันในสังคมต่อไป จะต้องทำการปรองดองกับสังคม โดยชดใช้กฎระเบียบนั้นคืนมานั้น คือต้องถูกลงโทษเพื่อแสดงว่ากฎระเบียบยังมีอยู่ในสังคมนั้น ๆ

ส่วนแนวความคิดใหม่ล่าสุดคือความคิดแบบเศรษฐศาสตร์ มองอาชญากรรมเป็นการละเมิดทางแพ่ง ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลและ/หรือรัฐ อาชญากรจึงต้องชดใช้ความเสียหายนั้นคืนมาในอัตราส่วนที่เท่าเทียมกัน นักทฤษฎีวิทยารุ่นใหม่อ้างแนวความคิดนี้ เพื่อสร้างความชอบธรรมในการบังคับอาชญากรให้ชดใช้ความเสียหายคืนแก่ผู้เสียหายด้วยวิธีการลงโทษปัจจุบัน รัฐเพียงทำโทษ

-----

<sup>38</sup> Gerald Gardiner, "The purpose of Criminal punishment" Modern Law Review, 21 (1958, 101)

<sup>39</sup> Herbert Packer, The Limits of Criminal Sanction, Stanford : Stanford University Press, 1968, p.37-38



อาชญากรเท่านั้น ผู้เสียหายดูเหมือนจะถูกลืมไปจากระบบความยุติธรรมทั้ง ๆ ที่ผู้เสียหายเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนมากที่สุดจากอาชญากรรมนั้น สังคมกลับเมินเฉยโดยมุ่งเพียงรักษาความสงบแก่สมาชิกส่วนใหญ่ หาได้ให้ความอนุเคราะห์แก่สมาชิกผู้รับเคราะห์กรรมไม่ การลงโทษนอกจากเป็นการชดใช้ความยุติธรรมคืนให้แก่สังคมแล้ว ควรเป็นการชดใช้ความเสียหายคืนแก่ผู้เสียหายด้วย

2. ทฤษฎีการแก้แค้น (Revenge Theories) <sup>40</sup> นักคิดสังกัดกลุ่มทฤษฎีนี้มองอาชญากรรมว่า เป็นการกระทำบางอย่างที่อาชญากรรมมอบไว้แก่สังคม การลงโทษ คือวิธีการที่สังคมมอบการกระทำนั้นตอบแทนคืนไปให้อาชญากร ตัวอย่างเช่น อาชญากรฆ่าสมาชิกของสังคม สังคมก็ต้องฆ่าอาชญากรเป็นการเป็นการตอบแทน ดังนี้ ทฤษฎีการชดใช้และทฤษฎีการตอบแทนจึงเปรียบเสมือนรถยนต์สองคันวิ่งสวนทางกันในถนนสายเดียวกันนั่นเอง กล่าวคือ ทฤษฎีการชดใช้มุ่งบังคับให้อาชญากรชดใช้คืนแก่สังคม ส่วนทฤษฎีการแก้แค้นมุ่งให้สังคมตอบแทนอาชญากร ไม่ว่าจะอาชญากรต้องเป็นผู้ให้หรือผู้รับต่างมีผลเหมือนกัน

Kant นักปรัชญากฎหมายผู้ยิ่งใหญ่อธิบายการลงโทษโดยตั้งเป็นทฤษฎีเรียกว่า "Principle of equality" <sup>41</sup> ให้เหตุผลในการลงโทษว่าการลงโทษ คือ ผลแห่งอาชญากรรมความรุนแรงของการลงโทษต้องเท่าเทียมกับความรุนแรงของอาชญากรรม

กฎหมายอาญาของหลายประเทศได้กำหนดโทษไว้สูงถึงขนาดประหารชีวิต อย่างเช่น ไทย อังกฤษ สหรัฐอเมริกา เบลเยียม เป็นต้น แต่ถึงอย่างไรก็ตามศาลมักลงโทษเพียงจำคุก ไม่ถึงขั้นประหารชีวิต แต่ถึงกระนั้นก็ตามกฎหมายก็มักกำหนดโทษจำคุกไว้สูงทีเดียว แต่บางประเทศกำหนดโทษไว้ไม่สูงนัก เช่น

<sup>40</sup> Ibid

<sup>41</sup> Andrew Von Hirsch, Doing Justice : The Choice of Punishment, Farror Stitus & Giroux Inc. 1976.

สวีเดน เดนมาร์ค นอร์เวย์ เป็นต้น ซึ่งกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงไว้ 10 ปีเท่านั้น การที่กำหนดโทษไว้หนักเบาเท่าใดนั้นย่อมสุดแล้วแต่ความเหมาะสมของแต่ละประเทศ ซึ่งย่อมเป็นไปตามความรู้สึกเหมาะสมของประชาชนในประเทศนั้น ประเทศใดที่เห็นว่าเป็นความผิดที่ควรลงโทษหนักก็กำหนดโทษไว้สูง แต่ทั้งนี้ยังไม่ปรากฏกฎหมายของประเทศใดที่ลงโทษความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพียงปรับอย่างเดียว เพราะโทษปรับอย่างเดียวเป็นโทษที่ลงแก่ความผิดเล็กน้อยเท่านั้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามิใช่ความผิดเล็กน้อยที่จะลงโทษปรับอย่างเดียว บางประเทศได้กำหนดให้ลงโทษจำคุกและปรับด้วย อย่างเช่น ประเทศไทย •

ในสหรัฐอเมริกาที่รัฐเพนซิลวาเนีย ในเดือนเมษายน ปี ค.ศ. 1966 ชาวนิโกร 3 คน ได้บุกเข้าไปในบ้านของชาวพิลาเดลเฟีย ซึ่งมีหญิงแก่ แม่หม้าย อายุ 80 ปี บุตรสาวอายุ 44 ปี และหลานสาวอายุ 14 ปี ทั้ง 3 คนอยู่บ้านและถูกข่มขืนกระทำชำเรา หญิงแก่สลบและได้ถึงแก่ความตายในเวลาต่อมา จึงได้มีการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากเกี่ยวกับโทษของคดีนี้ว่าเหมาะสมหรือไม่ในที่สุดเดือนพฤษภาคม ปี ค.ศ. 1966 ได้มีการแก้ประมวลกฎหมายอาญาของเพนซิลวาเนีย ปี ค.ศ. 1939 โดยเพิ่มโทษให้สูงจากจำคุกไม่เกิน 15 ปี เป็นจำคุกตลอดชีวิต แต่ถึงอย่างไรก็ตามเมื่อมีการเพิ่มโทษดังกล่าวแล้ว นักอาชญาวิทยาได้วิจัยและรายงานว่าการกำหนดโทษให้สูงขึ้นดังกล่าวไม่ได้ทำให้คดีข่มขืนกระทำชำเราลดน้อยลงเลย <sup>42</sup>

สาเหตุที่มีการกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแพร่หลายเป็นข่าวอยู่เนื่อง ๆ นั้น มิได้อยู่ที่ว่าการลงโทษมากหรือน้อย หากผู้กระทำผิดรู้ว่าถ้าตนได้กระทำผิดจะต้องถูกจำคุก แม้เพียงเล็กน้อยผู้กระทำก็คงไม่อยากจะทำผิดแน่ แต่

---

<sup>42</sup> John M. Macdonald, Rape Offenders and Their Victims, p.p 292 - 299.

เนื่องจากอาชญากรรมข้ามชั้นกระทำซ้ำเราเด็กสามารถเกิดได้ทุกสถานที่ การวางกำลังป้องกันไว้ตามจุดต่าง ๆ ย่อมลดโอกาสในการก่ออาชญากรรมประเภทนี้ให้น้อยลงได้

## 2. จัดตั้งทีมงานตำรวจเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเพศโดยเฉพาะ

โดยผู้ศึกษานำแนวคิดมาจากต่างประเทศ คือ กลางทศวรรษที่ 1980 มีโครงการตำรวจขนาดเล็กที่มุ่งบริการชุมชนเช่นกัน กระทรวงมหาดไทย จึงควรจัดสรรงบประมาณจัดตั้งโครงสร้างหน่วยตำรวจขนาดเล็กเพื่อแก้ไขปัญหา  
นี้โดยเฉพาะ เรียกว่า ทีมงานคุ้มครองประชาชน (Team Policing) หรือ ทีมงานตำรวจ

โครงการทีมงานตำรวจจัดเป็นยุทธวิธีตำรวจซึ่งมีพื้นฐานมาจากสมมติฐานที่ว่า ถ้าตำรวจมีความใกล้ชิดสนิทสนม คั่นเคียงกับประชาชนในท้องที่ที่ตนรับผิดชอบในการตรวจตราป้องกันอาชญากรรม สืบสวนสอบสวนคดีอาญาหรือในงานบริการต่าง ๆ ที่ประชาชนร้องขอ ไม่ว่าจะเกี่ยวกับอาชญากรรมหรือไม่ จะมีผลทำให้ประชาชนในชุมชนนั้น ๆ เกิดศรัทธาและมั่นใจต่อตำรวจ อันจะส่งผลต่อเนื่องถึงความร่วมมือที่ประชาชนจะมีต่อตำรวจในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม รวมทั้งยอมรับตำรวจเสมือนส่วนหนึ่งของชุมชนอีกด้วย แต่ปัจจัยแฝงที่สำคัญยิ่งต่อที่ได้ทำไปก็โดยที่คิดว่าเจ้าหน้าที่อาจจับไม่ได้ โดยที่ผู้กระทำผิดไม่ได้คำนึงถึงโทษที่ตนเองอาจได้รับ ผู้กระทำผิดจะไม่คำนึงถึงโทษก่อนลงมือกระทำ แต่คำนึงถึงโอกาสที่ตนอาจกระทำผิดได้โดยคิดว่าไม่ถูกจับ นักวิจัยจึงค้นพบว่าคดีข้ามชั้นกระทำซ้ำเราเกิดขึ้นในฮ่องกงน้อยมาก ทั้งนี้ เพราะโอกาสไม่อำนวย นักวิจัยผู้หนึ่งได้บันทึกว่าเมืองที่มีประชากรหนาแน่นย่อมไม่ค่อยมีที่ว่างเปล่าที่จะใช้เป็นที่กระทำผิดฐานนี้ โดยที่ฮ่องกงมีประชากรประมาณ 4 ล้านคน ใน ปี ค.ศ. 1965 ถึง 1966 (ระหว่างเมษายน 1965 ถึงมีนาคม 1966) มีคดีข้ามชั้นเกิดขึ้น 7 รายเท่านั้น ในประเทศเดนมาร์ค นักวิจัยค้นพบว่าแม้อัตราชายหญิงในชนบทมีเช่นเดียวกันใน



เมืองหลวงสามารถซื้อความสุขในทางเพศได้โดยมีหญิงนครโสเภณีและนางโตร์คัพท์ในเวสเทอนไนจีเรีย (Western Negeria) คดีข่มขืนแทบจะไม่เกิดขึ้นเลย ซึ่งนักวิจัยเชื่อว่าเหตุผลอยู่ที่ว่าชายมักสมรสตั้งแต่อายุน้อย อาศัยเหตุผลที่ได้กล่าวมา จึงเห็นว่าการเพิ่มโทษไม่เป็นมาตรการที่จะทำให้คดีข่มขืนลดน้อยลง

นักวิจัยผู้หนึ่งได้บันทึกว่าเมืองที่มีประชากรหนาแน่นย่อมไม่ค่อยมีที่ว่างเปล่าที่จะใช้เป็นที่กระทำผิดฐานนี้ โดยที่ฮ่องกงมีประชากรประมาณ 4 ล้านคน ในปี ค.ศ. 1965 ถึง 1966 (ระหว่างเมษายน 1965 ถึงมีนาคม 1966) มีคดีข่มขืนเกิดขึ้น 7 รายเท่านั้น ในประเทศเดนมาร์ก นักวิจัยค้นพบว่าแม้อัตราชายหญิงในชนบทมีเช่นเดียวกันในเมืองหลวงสามารถซื้อความสุขในทางเพศได้ โดยมีหญิงนครโสเภณีและนางโตร์คัพท์ในเวสเทอนไนจีเรีย (Western Negeria) คดีข่มขืนแทบจะไม่เกิดขึ้นเลย ซึ่งนักวิจัยเชื่อว่าเหตุผลอยู่ที่ว่าชายมักสมรสตั้งแต่อายุน้อย อาศัยเหตุผลที่ได้กล่าวมา จึงเห็นว่าการเพิ่มโทษไม่เป็นมาตรการที่จะทำให้คดีข่มขืนลดน้อยลง

นอกจากนี้อีกประเด็นหนึ่งในการโต้เถียงทางวิชาการในรอบ 10 ปีที่ผ่านมาเกี่ยวกับผลของการยับยั้งของกฎหมาย (Deterrene Effects of Legal Sanction) ยังไม่สามารถหาข้อพิสูจน์ได้ว่าโทษประหารชีวิตมีผลยับยั้งมากน้อยเพียงใด

แม้ว่าผลการวิจัยและการศึกษาส่วนใหญ่จะอ้างว่าการลงโทษประหารชีวิตไม่มีผลในการยับยั้งมากกว่าการลงโทษจำคุกระยะยาว แต่เนื่องจากปัญหานั้นมีความสลับซับซ้อนอย่างมาก ตามแนวความคิดของแซมบลิส ซึ่งตั้งสมมติฐานว่า "อาชญากรรมและการกระทำความผิดซึ่งเป็นการแสดงออกทางด้านอารมณ์" ไม่ว่าผู้กระทำผิดจะยอมรับอาชญากรรมเป็นวิถีของชีวิตสูงหรือต่ำกว่าการลงโทษ มักจะไม่ใคร่มีผลในการยับยั้ง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งการลงโทษผู้กระทำความผิดในคดีที่ได้ศึกษาและวิเคราะห์ข้างต้นนั้นมักจะไม่มีผลในการยับยั้ง อย่างไรก็ตามต้องระลึกว่าการลงโทษประหารชีวิตนั้น ถ้าพิจารณาในแง่ของการป้องกันพิเศษ ผู้

กระทำผิดถูกตัดออกจากสังคมอย่างถาวรและไม่มีโอกาสจะกระทำความผิดได้อีก ส่วนการป้องกันทั่วไปสำหรับบุคคลอื่นที่มีได้กระทำความผิดนั้นจะมีผลแตกต่างกัน ไป ขึ้นอยู่กับปัจจัยต่าง ๆ และตามแนวความคิดของแฮมบลิสดังกล่าวแล้ว การลงโทษจะไม่มีผลในการป้องกันทั่วไปสำหรับผู้กระทำความผิด ซึ่งเกิดจากการ แสดงออกทางอารมณ์ รวมทั้งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย<sup>43</sup>

การลงโทษโดยเพิ่มโทษให้หนักขึ้น เพื่อให้หวาดกลัวและเช็ดหลาบ นั้นย่อมส่งผลเฉพาะผู้มีสติยังคิดเท่านั้น แต่อาชญากรโดยทั่วไปที่โหดร้ายไม่สมประกอบ มักเห็นเรื่องรุนแรงเป็นสิ่งธรรมดา ความคิดที่ว่า การเพิ่มการลงโทษสถานหนักจะทำให้อาชญากรเกิดความยังคิดหวาดกลัวไม่ประกอบอาชญากรรมดูจะเป็น ความหวังที่เลื่อนลอยแม้การลงโทษผู้ทำผิดฐานข่มขืนสถานหนักจะเป็นที่พอใจของ ประชาชนทั่วไป แต่หากพิจารณาในมุมกลับอาจเป็นผลเสียต่อผู้ถูกข่มขืนก็ได้ เพราะเมื่ออาชญากรรู้ว่าการทำผิดฐานข่มขืนจะมีโทษสถานหนักก็อาจเพิ่มอาชญา กรรมที่กระทำเป็นการข่มขืนแล้วฆ่าปิดปากมากขึ้นก็ได้ ผู้เขียนเห็นว่าการเพิ่ม โทษฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กนั้นเป็นสิ่งที่ดี แต่ควรจะคำนึงถึงสิ่งอื่นประกอบ กันด้วยถึงเหตุผลที่หยิบยกมาข้างต้น เห็นว่าการเพิ่มโอกาสถูกจับหรือถูกลงโทษ ให้มากขึ้นอาจให้ผลดีว่าการออกกฎหมายเพิ่มโทษเพียงสถานเดียว

นอกจากนี้ สำหรับประเทศสวีเดน มีกฎหมายให้รอกการลงโทษได้ ผู้ที่ ได้รับรอกการลงโทษจะถูกควบคุมความประพฤติภายในกำหนดเวลา ซึ่งโดยปกติ 3 ปี ภายในระยะเวลาดังกล่าว ศาลอาจกำหนดให้รับคำแนะนำเกี่ยวกับการ ประกอบอาชีพที่อยู่อาศัย หรือการฝึกอาชีพ และอาจสั่งให้อยู่ภายใต้การดูแลของ นักสังคมสงเคราะห์ห้ามยุ่งเกี่ยวกับสิ่งมีเมาไปรับการตรวจทางจิต โทษที่จะรอ

---

<sup>43</sup> จิรนิติ หะวานนท์, "การแก้แค้นอาชญากรทางเพศ," วารสาร นิติศาสตร์ธรรมศาสตร์, ปีที่ 16 ฉบับที่ 2๗ น. 30 - 34

การลงโทษนั้นต้องเป็นโทษที่จำคุกไม่เกิน 2 ปี สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเราก็มีการรอกการลงโทษอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะผู้กระทำผิดที่มีอายุ 15 - 17 ปี จะได้รับการรอกการลงโทษนั้น <sup>44</sup>

สำหรับประเทศเดนมาร์ค กฎหมายให้อำนาจศาลรอกการลงโทษได้แต่ก็ใช้น้อยมาก ในกรณีที่ผู้กระทำผิดต้องโทษจำคุก 9 เดือน อาจถูกปล่อยโดยมีเงื่อนไข เมื่อเขาได้รับโทษ 2 ใน 3 แล้ว บางกรณีศาลก็ให้ทำทัณฑ์บนแล้วปล่อยตัวไป <sup>45</sup>

สำหรับประเทศนอร์เวย์ก็เช่นเดียวกับประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปที่มีการรอกการลงโทษ ซึ่งต่างกับระบบของอังกฤษที่ใช้ระบบควบคุมความประพฤติและปล่อยโดยมีเงื่อนไข ในประเทศนอร์เวย์เมื่อศาลเห็นว่าไม่สมควรมีการลงโทษก็อาจกำหนดโทษและรอกการลงโทษโดยมีเงื่อนไขว่าผู้กระทำผิดจะต้องงดเว้นจากการกระทำผิดภายในกำหนด ซึ่งโดยปกติ 3 ปี และอาจกำหนดเงื่อนไขอย่างอื่นด้วย เช่น ให้รับการตรวจรักษา อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลหรือคุมประพฤติ ศาลจะใช้วิธีการรอกการลงโทษอย่างกว้างขวาง ในปี ค.ศ. 1947 - 1950 ผู้ที่กระทำผิดทางเพศประมาท ร้อยละ 43 ได้รับการรอกการลงโทษ ซึ่งเป็นผู้กระทำผิดครั้งแรก ร้อยละ 50 เป็นผู้กระทำผิดซ้ำ ร้อยละ 11 แต่ปัจจุบันกฎหมายได้เข้มงวดต่อการใช้มาตรการรอกการลงโทษ โดยห้ามมิให้มีการรอกการลงโทษแก่ผู้กระทำผิดในความผิดฉกรรจ์หรือเคยต้องโทษฉกรรจ์ ซึ่งรวมถึงผิดความฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี หรือในกรณีที่ผู้กระทำผิดได้กระทำผิดซ้ำอีกในระหว่าง 5 ปีต่อมาก็ได้ มีการผ่อนคลายน้อยเข้มงวดในบางกรณีเช่นกัน <sup>46</sup>

<sup>44</sup> L. Radizinawicz, Sersual Offences, pp 459-460

<sup>45</sup> Ld, at 490-491

<sup>46</sup> Ld, at 471-472

### - การกักขังและการกักกัน

กฎหมายของประเทศสวีเดน ปี ค.ศ. 1937 เมื่อพิจารณาเห็นว่าผู้กระทำผิดจะเป็นภัยอันตรายแก่ความปลอดภัยแก่บุคคล หรือทรัพย์สินของผู้อื่นจะถูกพิพากษาให้กักขัง (detention) หรือกักกัน (internment) การกักขังดังกล่าวมุ่งที่จะใช้กับผู้กระทำผิดที่มีภาวะของจิตหันเหไปจากปกติแต่ไม่ถึงกับวิกลจริต ส่วนการกักกันใช้กับผู้กระทำผิดธรรมดาซึ่งกลับไปสู่ความเลวทรามอย่างเดิม โดยกระทำผิดอย่างร้ายแรง หลังจากพ้นโทษจำคุกหรือกักขังมาแล้วอย่างน้อย 4 ปี เมื่อพิพากษาให้กักขัง หรือกักกันศาลจะไม่กำหนดเวลาแน่นอนเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพ แต่จะกำหนดระยะขั้นต่ำเท่านั้น สำหรับการกักขังอาจกำหนดไม่ต่ำกว่า 1 ปี และไม่เกิน 12 ปี ในขณะที่การกักกันต้องไม่ต่ำกว่า 5 ปี และไม่เกิน 15 ปี การปล่อยตัวอาจทำหลังจากครบตามกำหนด หรือเจ้าพนักงานพิเศษที่คุมประพฤติพิจารณาเห็นว่าควรปล่อยหลังจากครบกำหนดขั้นต่ำแล้ว การกักกันได้ใช้น้อยมากในระหว่างปี ค.ศ. 1947 - 1951 ใช้เพียง 2 คดีเท่านั้นแต่การกักขังมีแนวโน้มที่จะใช้มากขึ้นถึง 100 ราย การกักขังผู้กระทำผิดเกี่ยวกับเพศมีน้อยกว่าความผิดอื่น ๆ ในปี ค.ศ. 1949 มีผู้กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดเกี่ยวกับเพศอื่น 450 คน มีเพียง 6 คน เท่านั้นที่ถูกพิพากษากักขัง และในเดือนเมษายน ปี ค.ศ. 1953 ผู้ที่ถูกกักขัง 430 คน เป็นผู้กระทำผิดในความผิดทางเพศเพียงร้อยละ 5 ในขณะที่เป็นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินร้อยละ 74 <sup>47</sup>

ตามกฎหมายของประเทศนอร์เวย์ อาจใช้มาตรการป้องกันผู้กระทำผิดครั้งแรก แต่การกักขังจะใช้กับผู้กระทำผิดซ้ำ ซึ่งได้กระทำบ่อย ๆ หรือเป็นภัยอันตรายเป็นพิเศษ การกักขังอาจมีการกำหนดเวลาไว้แน่นอน ซึ่งปกติ 5 ปี แต่ก็

---

<sup>47</sup> Ld, at 460-461

อาจยาวนานกว่านี้โดยไม่มีกำหนด การกักขังโดยมากเป็นบทเพิ่มจากการลงโทษ  
 ธรรมดา ผู้ถูกกักขังอาจถูกส่งไปขังที่เรือนจำหรือสถาบันอื่นที่กำหนดในระยะต่อมา  
 เห็นว่าการกักขังระยะยาวไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ จึงไม่ค่อยมีการใช้วิธีกักขัง ผู้  
 กระทำผิดทางเพศอาจถูกกักขัง เมื่อผู้ชำนาญโรคจิตเห็นว่าเป็นบุคคลที่ไม่ปกติหรือ  
 สุขภาพจิตเสื่อมเสีย และพนักงานอัยการกับศาลพอใจในมาตรการป้องกัน วิธีการ  
 ดังกล่าวเหมาะสำหรับแต่ละคนและเป็นวิธีการที่ประหยัด <sup>48</sup>

### 3.6.3 มาตรการทางกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ในบางประเทศเช่น สหรัฐอเมริกา กรมตำรวจบางแห่งได้มี  
 มาตรการในการป้องกันการกระทำผิดและช่วยเหลือผู้เสียหายที่เป็นเหยื่อ รวมทั้ง  
 กรณีเด็กด้วย เช่น ในเมืองแอตแลนต้า รัฐจอร์เจีย อธิบดีกรมตำรวจได้แต่งตั้ง  
 เจ้าหน้าที่สตรีรับผิดชอบคดีข่มขืนกระทำชำเรา แต่ที่เจริญก้าวหน้ายิ่งกว่านี้ก็คือ  
 เมืองนิวยอร์ก ซึ่งกรมตำรวจได้ก่อตั้งกลุ่มนักสืบคดีข่มขืนกระทำชำเราขึ้นเป็นพิเศษ  
 กลุ่มนี้ประกอบด้วยเจ้าหน้าที่หญิง 7 คน รับผิดชอบให้ความช่วยเหลือผู้เสียหายใน  
 คดีข่มขืน นอกจากนี้ยังจัดให้มีนักจิตวิทยาเข้าร่วมสัมมนากับเจ้าหน้าที่ทั้งชายหญิง  
 และช่วยเหลือในการสัมภาษณ์ผู้เสียหายในคดีข่มขืนเพื่อประโยชน์ในทางจิตวิทยา <sup>49</sup>

มาตรการในการให้ความช่วยเหลือฝ่ายหญิง ผู้เสียหายรวมทั้งเด็กใน  
 คดีข่มขืนกระทำชำเรานั้น หากได้มีกลุ่มสตรีหรือหน่วยงานโดยเฉพาะของรัฐตั้ง  
 กล่าวให้ความช่วยเหลือคอยแนะแนวทางในการร้องทุกข์ การหาพยานหลักฐานให้  
 กำลังใจแก่หญิงในการที่จะเอาตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ ตลอดจนให้กำลังใจแก่หญิง  
 ในการปฏิบัติหน้าที่การงานในอนาคต ย่อมเป็นหนทางที่ดีทางหนึ่งที่จะทำให้คดีข่มขืน  
 ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลได้มากขึ้น เป็นหนทางที่จะได้ตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ

<sup>48</sup> Id, at 474-475

<sup>49</sup> Time Magazine, "The Sexes", April 23, 1973 p.52



มากขึ้น จึงเป็นช่องทางที่จะลดอาชญากรรมด้านนี้ได้มาก นอกจากนี้ยังเป็นการช่วยป้องกันอาชญากรรมด้านนี้อีกด้วย

กรณีเด็กถูกข่มขืนกระทำชำเรา นั้น เด็กได้ตกเป็นเหยื่อทางอาชญากรรม ต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมในฐานะเป็นโจทก์ หรือต้องเป็นพยานในคดีดังกล่าว เนื่องจากคดีข่มขืนกระทำชำเรา เด็กพยานมักมีปากเดียวที่เป็นสาระสำคัญที่ล่วงรู้ถึงการกระทำทั้งหมด คือ ตัวเด็กผู้เสียหายเอง ซึ่งแต่เดิมกระบวนการ ในการดำเนินคดีเป็นกระบวนการเดียวกันกับผู้ใหญ่เป็นโจทก์และเป็นพยานในคดี (ซึ่งกระทบกระเทือนต่อสภาพจิตใจของเด็กผู้เสียหายเป็นอย่างมาก) แต่ในปัจจุบันได้มีการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงแล้ว เช่น ในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ที่จะให้มีมาตรการสำหรับการสืบพยานเด็กโดยเฉพาะ โดยในประเทศอังกฤษอยู่ในระหว่างถกเถียง อภิปราย เพื่อหารูปแบบที่เหมาะสมและสมดุลง่ายที่จะนำวิธีการพิเศษมาใช้<sup>๕๐</sup> ได้นำวิธีการบางประการมาใช้ใน 12 มลรัฐ<sup>๕๑</sup> เพื่อแก้ปัญหากระบวนการสืบพยานในคดีอาญาทำให้เด็กที่เป็นพยานต้องตอบคำถามในห้องพิจารณาคดีที่บรรยากาศอย่างเป็นทางการ ต้องเผชิญหน้ากับศาล เจ้าหน้าที่ของศาล ทนาย และตัวจำเลย รวมทั้งการถามค้านของทนายจำเลยซึ่งกระบวนการดังกล่าวเป็น

-----  
<sup>๕๐</sup> John R. Spencer and PG Tucker, "The Evidence of Absent Children," New York Journal Vol.137 no.6320 (August 1987), p.819-817

<sup>๕๑</sup> The Testimony of Child Victims in Sex Abuse Prosecution : Two Legislative Innovation". Havard Law Review Vol.98, No.4 (February 1985), p.813-816.

การสร้างสภาวะกดดันและบีบคั้นทำให้เด็กเกิดความหวาดหวั่น ตกตื่นใจ และก่อให้เกิดความทุกข์แก่เด็กมาก ลำพังแต่ความทุกข์ทั้งทางร่างกายและจิตใจที่เด็กได้รับการเป็นเหยื่อของอาชญากร ก็สร้างความเจ็บปวดให้แก่เด็กอย่างเหลือคณานับแล้ว เด็กซึ่งยังบริสุทธิ์และอ่อนไหวถูกกระทำอย่างรุนแรง เช่น การถูกทารุณทั้งทางร่างกายและจิตใจ การถูกข่มขืน ถูกกระทำคามผิดทางเพศ เมื่อเด็กยังต้องมาเผชิญกับสภาพของกระบวนการสืบสภาพที่สร้างความตื่นตระหนก หวาดกลัว กระบวนการดังกล่าว จึงไม่ใช่เป็นการปฏิบัติต่อเด็กอย่างเหมาะสม ถูกต้องต่อสภาพของความเป็นเด็กที่ต้องได้รับการดูแลช่วยเหลือเป็นพิเศษเลย จนถึงกับมีผู้กล่าวได้ว่า การสร้างความทุกข์ที่ทำให้เด็กเจ็บปวดเมื่อเขาต้องมาให้การเป็นพยาน เป็นจุดต่างพริ้วอยู่ในกระบวนการยุติธรรม<sup>๕๒</sup> ดังนั้นในกรณีที่เด็กเป็นพยานจึงควรมีกระบวนการหรือมาตรการสำหรับการรับฟัง และสืบพยานเด็กโดยเฉพาะ

ผู้ศึกษาได้รับข้อเสนอแนะพิเศษที่คุณเจริญ สมบูรณ์ นักศึกษาปริญญาโท นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้นำมาวิเคราะห์ คือ มาตรการเฉพาะในการรับฟังและสืบพยานเด็กที่มีการคัดค้านขึ้นมาใหม่ก็คือการรับฟังและสืบพยานเด็กโดยวิธีโอเทปและโทรทัศน์วงจรปิด

การรับฟังและสืบพยานเด็กโดยวิธีโอเทป แทนคำเบิกความของพยานเด็กเป็นวิธีการที่ดีที่สุด เพราะเป็นการปกป้องเด็กอย่างเต็มที่ที่จะไม่ต้องไปเบิกความในบรรยากาศและวิธีการพิจารณา และสืบพยานที่จะสร้างความทุกข์ทรมานให้กับเด็กและยังช่วยในการค้นหาความจริงได้ดีที่สุด เพราะสามารถบันทึกคำให้การของพยานเด็กทันทีหลังเกิดเหตุการณ์ ซึ่งทำให้สิ่งที่เด็กรับรู้และจำมา มีความถูกต้องมากที่สุด นอกจากนี้การสืบพยานเด็กใช้วิธีโอเทปยังรักษาสีทิวของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานเอาไว้ ทั้งการเผชิญหน้าเพื่อถามค้านและเผชิญหน้าเพื่อสังเกตกริยาท่าทางของพยาน

<sup>๕๒</sup> Ibid, p.1031

ส่วนการใช้วิธีการสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทปประกอบคำเบิกความของพยานนั้น ถ้าเป็นกรณีที่พยานไม่ต้องเผชิญกับจำเลยโดยตรง แต่จำเลยเห็นพยานผ่านกระจกที่เห็นทางเดียวหรือผ่านโทรทัศน์วงจรปิด ก็ยังเป็นการช่วยปกป้องเด็กและช่วยค้นหาความจริงที่ยังคงอยู่ เพียงแต่การปกป้องเด็กจะน้อยลงเพราะเด็กต้องไปเบิกความในศาลด้วยตัวเอง ส่วนสิทธิของจำเลยที่ได้เผชิญหน้ากับพยานก็คงมีอยู่ แต่ถ้าเป็นการสืบพยานเด็กโดยวิดีโอเทป ประกอบคำเบิกความของพยานเด็กที่พยานต้องเผชิญหน้ากับจำเลยโดยตรงก็จะบรรลุวัตถุประสงค์ของมาตรการในการรับฟังและสืบพยานเด็กเพียงช่วยค้นหาความจริง คือ เด็กสามารถทบทวนความจำจากคำให้การของตนเองที่บันทึกเอาไว้ในวิดีโอเทป ทำให้เด็กจำเหตุการณ์และเบิกความได้ดีขึ้น แต่ก็ไม่ใช่เป็นการปกป้องเด็กแต่อย่างใด เพราะเด็กต้องเผชิญหน้ากับจำเลยโดยตรงและบรรยากาศที่ไม่เหมาะสมในศาล

การใช้วิดีโอเทปในการรับฟังและสืบพยานเด็กมีข้อดีที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือสามารถตรวจสอบความจริงใจของพยานเด็กได้ดี คือ การบันทึกวิดีโอเทปคำให้การของพยานเด็ก สามารถทำได้อย่างรวดเร็วภายหลังจากเกิดเหตุการณ์ ทำให้สามารถรักษาข้อเท็จจริงที่ถูกต้องเอาไว้ต่างกับการสืบพยาน โดยปกติทั่วไปที่อาจจะกระทำภายหลังเหตุการณ์ได้ผ่านไประยะเวลานานแล้ว ซึ่งในระหว่างเวลาที่เหตุการณ์เกิดกับเวลาที่สืบพยานในศาลนั้น เด็กอาจได้รับอิทธิพลจากบุคคลอื่นโดยเฉพาะบุคคลในครอบครัวที่เด็กมีความสัมพันธ์ใกล้ชิด ซึ่งอาจมีอิทธิพลโน้มน้าวจิตใจเด็กทั้งทางตรงและทางอ้อมทำให้เด็กอาจมองเหตุการณ์ที่เกิดในทัศนคติที่แตกต่างจากความจริงและเบิกความในการสืบพยานในศาลไม่ตรงกับความจริง การใช้วิดีโอเทปในการสืบพยานเด็กไม่ว่าการแทนหรือประกอบการสืบพยานเด็กก็ตาม จะทำให้รักษาข้อเท็จจริงที่ถูกต้องเอาไว้และป้องกันบุคคลอื่นมีอิทธิพลต่อพยานเด็กและอาจใช้วิดีโอเทปที่บันทึกคำให้การของพยานเด็ก ในกรณีที่บุคคลอื่นที่มีอิทธิพลต่อเด็กจนจูงใจหรือข่มขู่ให้เด็กเปลี่ยนคำให้การ โดยอาจใช้วิดีโอเทปที่เด็กให้การไว้แต่แรกเป็นพยานหลักฐานชิ้นหนึ่งที่จะฟ้องจำเลยต่อไป

โดยใช้การสืบพยานโดยใช้วิดีโอเทปมาปรับใช้กับกฎหมายวิธีพิจารณาความของไต่สวนนั้นกรณีที่เป็นการสืบพยานวิดีโอเทปแทนการสืบพยานเด็กนั้นสามารถกระทำได้เพราะวิดีโอเทปมีลักษณะเป็นพยานเอกสารและพยานวัตถุ ไม่ใช่พยานบุคคลที่ต้องห้ามรับฟัง หากเป็นพยานบอกเล่า ดังนั้น วิดีโอเทปสามารถนำสืบได้ เพราะไม่ต้องห้ามรับฟังว่าเป็นพยานบอกเล่า ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 ส่วนกรณีการใช้วิดีโอเทปประกอบการสืบพยานเด็กนั้น มีข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 113 ว่าหากศาลอนุญาตพยานก็สามารถเบิกความ โดยการดูค่าให้การของตนเองที่บันทึกวิดีโอเทปประกอบได้ เพราะการดูวิดีโอเทปประกอบในลักษณะนี้มีลักษณะเดียวกับการอ่านเอกสารประกอบการเบิกความ ส่วนสิทธิในการเผชิญหน้ากับพยานของจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 172 ก็มีตามปกติ เพราะพยานมาเบิกความเป็นพยานในศาลด้วยตนเอง ให้โอกาสจำเลยในการถามค้านและสังเกตกริยาท่าทางของพยานได้อย่างเต็มที่ <sup>๕๓</sup>

การรับฟังพยานเด็กโดยใช้โทรทัศน์วงจรปิด วิธีการนี้จะปกป้องเด็กน้อยลงเพราะเด็กต้องไปเบิกความในศาลและไม่ช่วยเพิ่มประสิทธิภาพของพยานเด็กเลย เพราะไม่ช่วยในการทบทวนความจำของเด็ก ซึ่งถ้าเวลาที่เกิดเหตุการณ์ของคดีห่างจากเวลาที่เบิกความมาก ๆ ก็จะทำให้เด็กจำเหตุการณ์ได้ไม่ดีอย่างไรก็ตามวิธีการนี้ก็ยังคงสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานเอาไว้

การสืบพยานเด็กโดยใช้โทรทัศน์วงจรปิดเป็นการที่เด็กไปเปิดความในศาล ซึ่งมีรูปแบบการพิจารณาและสืบพยานเหมือนการพิจารณาและสืบพยานโดยทั่วไป จึงสามารถนำมาใช้ได้ โดยไม่มีปัญหาที่จะขัดแย้งกับการพิจารณาและสืบ

-----

<sup>๕๓</sup> เจริญ สมบูรณ์, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, มาตรการรับฟังและสืบพยานเด็ก, 2535, หน้า 110

พยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 เพราะพยานได้ มาศาลให้จำเลยได้ถามค้านและสิ่งเกตกรรียาท่าทางของพยานได้อย่างเต็มที่

ซึ่งหลักดังกล่าวมาข้างต้นนั้นได้มีการนำมาใช้ในหลายมลรัฐของอเมริกา และปรากฏว่าได้ผลพอสมควร มาตรการนี้จะปกป้องจิตใจของเด็กได้ค่อนข้างดี และแก้ไขปัญหการถูกรุกข่มขืนกระทำชำเราทางจิตใจซ้ำสองและช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการค้นหาความจริงในคดีอาญา ทั้งนี้ โดยไม่ขัดต่อหลักสิทธิของจำเลยแต่ ประการใด

#### ข้อสังเกต

ผู้ศึกษาเห็นว่ามาตรการดังกล่าวสมควรนำมาใช้อย่างยิ่งสำหรับประเทศไทย แต่สำหรับกรณีที่เป็นกรณีสมสู่ระหว่างบิดามารดาและบุตร ควรมีหน่วยงานพิเศษ ที่แยกเด็กออกจากบิดามารดาชั่วคราว และควรมีนักสังคมสงเคราะห์จิตวิทยา เข้า ไปปลอบโยนดูแล และคอย ๆ ให้เด็กเล่าเหตุการณ์โดยบันทึกคำให้การลงในวิดีโอ เทป โดยในห้องที่ให้การควรจะมีมิดชิดและไม่มีคนพลุกพล่าน เพื่อลดความวิตกกังวล ประห่าแก่เด็กผู้เสียหายด้วย จะทำให้การแก้ไขปัญหอาชญากรรมทางเพศได้ผล มากขึ้น

**การคุ้มครองสิทธิเด็กที่ถูกรุกข่มขืนในประเทศสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยม โซเวียต**

ตามประมวลกฎหมายแพ่งแห่งสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียต ใน บรรพ 3 ว่าด้วยครอบครัว ตามมาตรา 52 บัญญัติว่า "บิดามารดาต้องอุปการะ เลี้ยงดูบุตรให้ได้รับการพัฒนาในด้านวุฒิภาวะและคุณวุฒิ เพื่อเป็นทรัพยากรมนุษย์ที่ มีคุณภาพและเป็นสมาชิกที่มีคุณค่าของสังคมต่อไป..... บิดามารดาจะใช้อำนาจ ปกครองเกี่ยวกับบุตร จนเป็นปฏิปักษ์แต่ตัวบุตรมิได้....." <sup>54</sup>

-----

54 Legislative Acts of the USSR. Book Five, Progress Publisher Moscow, 1986 p.189

ตามหลักกฎหมายครอบครัวของประเทศสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียตดังกล่าวข้างต้น กำหนดให้บิดามารดามีหน้าที่จำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรหากบิดามารดาใช้อำนาจปกครองหรือเลี้ยงดูบุตรในทางที่มีช้อบ (maltreatment) ซึ่งรวมถึงการกระทำใด ๆ ต่อบุตรอันมีลักษณะเป็นการทำร้าย ไม่ว่าจะทางร่างกายหรือจิตใจ เช่น การเขี่ยนตี ทอดทิ้ง ไม่สนใจเลี้ยงดูให้อดมื้อกินมือ หรือทำโทษบุตรรุนแรงเกินกว่าเหตุ ซึ่งมีใช้การอบรมสั่งสอน<sup>55</sup> อันมีลักษณะเป็นการกระทำทารุณเด็กทั้งทางร่างกายและจิตใจ ศาลย่อมถอนอำนาจปกครองเสียได้ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 59 ความว่า ... บิดาหรือมารดาอาจถูกถอนอำนาจปกครองถ้าปรากฏว่าได้ละเลยต่อหน้าที่ในการเลี้ยงดูบุตร หรือใช้อำนาจโดยมีช้อบเกี่ยวกับตัวบุตร การเลี้ยงดูบุตรโดยมีช้อบหรือการเลี้ยงดูบุตรในทางขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคมหรือในกรณีที่บิดามารดาติตสูราหรือยาเสพติดอย่างร้ายแรง การพิจารณาถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาจะกระทำได้โดยศาลยุติธรรมเท่านั้น ...<sup>56</sup>

ผู้ที่ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาที่มีต่อบุตรได้ คือ บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ในกรณีร้องขอให้ศาลถอนอำนาจปกครองอีกฝ่ายหนึ่ง หน่วยงานของรัฐ องค์การหรือหน่วยงานทางสังคม (Social bodies and organizations) หน่วยงานที่มีหน้าที่คุ้มครองดูแลเด็ก (Trusteeship and guardianship agency) และพนักงานอัยการมีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาเด็กได้ ถ้าปรากฏว่าบิดามารดามีพฤติกรรมกระทำทารุณบุตรของตน จะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดให้องค์การหรือหน่วยงานในสังคมและหน่วยงานที่มีหน้าที่คุ้มครองดูแลเด็กมีอำนาจร้องขอถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาเด็กได้กว้างขวาง

<sup>55</sup> Civil Law and the Protection of Personal Rights in the USSR. Progress Publishers Moscow. 1985 p.190.

<sup>56</sup> Ibid, p.192

การถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา ในบางครั้งอาจจะมีการถอนอำนาจปกครองทั้งของบิดาและมารดา จึงทำให้เด็กขาดผู้ใช้อำนาจปกครองไปทางแก้ปัญหาประมวลกฎหมายแพ่ง บรพ 3 ว่าด้วยครอบครัวแห่งสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียต มาตรา 61 บัญญัติว่า "..... ในกรณีทั้งบิดามารดาถอนอำนาจปกครองศาลจะต้องกำหนดให้เด็กอยู่ในความดูแลของทรัสต์ และผู้พิทักษ์ (trusteeship and guardianship)...." การที่กฎหมายกำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งให้เด็กไปอยู่ในความปกครองดูแลของทรัสต์ (trusteeship agency) หรือผู้พิทักษ์ (guardian ship agency) จึงนับว่าเป็นประโยชน์ต่อเด็กมาก เพราะในกรณีที่บิดามารดาใช้อำนาจปกครองเกี่ยวกับตัวเด็กโดยมิชอบ หรือมีพฤติกรรมทำร้ายเด็ก ถ้ายังให้เด็กอยู่กับบิดามารดาต่อไป เด็กอาจถูกทำร้ายอีก จึงจำเป็นต้องแยกเด็กออกจากอำนาจปกครองของบิดามารดาชั่วคราวหนึ่ง<sup>57</sup>

#### 3.6.4 มาตรการเยียวยาผู้เสียหาย

สาเหตุที่ต้องได้รับการเยียวยาเนื่องจากการข่มขืนกระทำชำเราก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงทั้งทางร่างกายและจิตใจต่อหญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอย่างไม่คาดคิดในชีวิตของหญิงนั้น ซึ่งไม่ว่าจะเป็นความเจ็บปวด ความหวาดกลัว หรือความตาย รวมทั้งภาวะความวุ่นวายทางอารมณ์และจิตใจ ดังนั้นการบำบัดฟื้นฟูแก้ไขภาวะทางร่างกายและจิตใจ ให้คืนสู่สภาพปกตินั้นถือเป็นเรื่องที่สำคัญและจำเป็นอย่างยิ่ง แต่ต้องอาศัยเวลานานพอสมควร บางคนอาจใช้ชีวิตทั้งชีวิตก็ได้ เหตุการณ์จากการถูกข่มขืนกระทำ

<sup>57</sup> Berman, Harold J. Soviet Criminal Law and Procedure Cambridge, Harvard University Press. 1966

ซ้ำเราย่อมทำให้เกิดความแปรเปลี่ยนในชีวิตของหญิงที่ถูกข่มขืน ไม่เพียงแต่ในช่วงวันแรก ๆ ภายหลังจากเกิดเหตุการณ์เท่านั้น ซึ่งผลกระทบของการข่มขืนจะส่งผลต่อบุคลิกภาพของหญิงที่ถูกข่มขืนและส่งผลกระทบต่อทางด้านจิตใจ

#### (1) ผลกระทบทางด้านร่างกาย (Physical Impact)

การข่มขืนกระทำซ้ำเราเป็นการใช้กำลังรุนแรงและเป็นการประทุษร้ายทางเพศต่อบุคคลหนึ่ง ดังนั้น ภายหลังจากการถูกข่มขืน ผู้ถูกข่มขืนจะมีความเจ็บป่วยทางกายหลายด้าน เช่น เกิดอาการบาดเจ็บตามร่างกาย (ล้าคอ แขน ขา) และอาการฟกช้ำตามบริเวณลำคอ หน้าอก โคนขา กระดูก หรือกล้ามเนื้อ การระคายเคืองในระบบสืบสาวะและอวัยวะสืบพันธุ์ ปัสสาวะไม่สะดวก หากเป็นกรณีที่ถูกบังคับให้ปฏิบัติกิจกรรมทางเพศโดยใช้ปากก็จะเกิดอาการระคายเคืองในช่องปากและลำคอ หรืออาการคลื่นเหียน อาเจียน รวมทั้งความผิดปกติในการรับประทานอาหารและการนอนหลับ (ฝันร้าย วิตกกังวล เครียด)

นอกจากนี้ยังมีปัญหาที่พบในระยะยาวก็คือการติดเชื้ออวัยวะสืบสาวะของระบบสืบพันธุ์ ความผิดปกติของประจำเดือน เกิดการตั้งครรภ์ซึ่งมีผลกระทบต่อทารกในครรภ์ด้วย

#### (2) ผลกระทบทางด้านจิตใจ (Mental Impact)

อาการทางจิตใจที่พบหลังเหตุการณ์ ทั้งในระยะแรก ๆ และระยะยาว ก็คือ การฝันร้าย เช่น ฝันถึงเหตุการณ์ที่ถูกข่มขืน หรือเหตุการณ์ที่คล้ายคลึงกัน นอกจากนี้ยังทำให้เกิดความหวาดกลัว โดยไม่มีเหตุผลจะเกิดขึ้นเสมอ ๆ เช่น หวาดกลัวเมื่อต้องอยู่คนเดียว หวาดกลัวว่าจะมีใครรู้ว่าเธอถูกข่มขืน หวาดกลัวเมื่ออยู่ในที่ชุมชนหรือที่มีคนพลุกพล่าน

#### (3) ผลกระทบทางด้านสังคม (Social Impact)

การถูกข่มขืนกระทำซ้ำเราจะกระทบกระเทือนต่อการดำรงชีวิตตามปกติในสังคมของหญิงที่ถูกข่มขืน เช่น เธออาจกลับไปเรียนหนังสือ หรือกลับไปทำงานได้เหมือนเมื่อก่อน แต่ไม่สามารถที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับกิจกรรม



ใด ๆ มากนัก เพราะกลัวจะมีคนรู้ กลัวสายตาที่จ้องมองมาที่เธอ บางคนอาจเก็บตัวอยู่แต่ในบ้าน (Isolate) จะออกไปนอกบ้านก็เฉพาะกับเพื่อนสนิท หรือบางคนก็เลิกเรียนหนังสือ หรือเลิกไปทำงานเลย กิจกรรมทางสังคมที่เคยทำก็ลดลง เนื่องจากสภาพจิตใจที่อ่อนแอ และเริ่มมองตัวเองว่าเป็นคนไม่ดี ไม่มีคุณค่า เกิดความไม่ไว้วางใจผู้ชายและคนแปลกหน้า เกิดความรู้สึกไม่ดีต่อผู้ชาย

#### (4) ผลกระทบทางด้านเพศ (Sexual Impact)

มีผู้ถูกข่มขืนจำนวนไม่น้อยที่บอกว่าเธอกลัวเรื่องเพศภายหลังจากการถูกข่มขืน ในกรณีที่ผู้ถูกข่มขืนไม่เคยมีประสบการณ์ทางเพศมาก่อน เช่น เด็กสาว ซึ่งจะก่อให้เกิดความรู้สึกสับสน วุ่นวายใจ และคิดว่าเพศสัมพันธ์นั้นเป็นสิ่งที่ไม่น่าพึงพอใจ ส่วนผู้ที่เคยมีความสัมพันธ์ทางเพศมาแล้ว เช่น หญิงที่มีสามีแล้ว หรือหญิงที่สู้งอายุ มักหวาดกลัวเมื่อสามีจะมีเพศสัมพันธ์ด้วย ทำให้บั่นทอนความต้องการทางเพศ ซึ่งเป็นสัญชาตญาณของมนุษย์ลงไป

ภาวะความอ่อนแอทางจิตใจและความเครียดที่เกิดจากเหตุการณ์นี้ หากเกิดขึ้นในช่วงชีวิตของบุคคลที่มีความเจริญเติบโตยังไม่บรรลุนิติภาวะเต็มที่แล้ว ย่อมทำให้บุคลิกภาพและรูปแบบการดำรงชีวิตของบุคคลนั้นเปลี่ยนแปลงไป คุณค่าและความภาคภูมิใจในตัวเองจะลดลง สิ่งเหล่านี้ต้องการความช่วยเหลือจากครอบครัว ญาติมิตร ตลอดจนผู้เกี่ยวข้องต่าง ๆ เพื่อช่วยบรรเทาปัญหา และเพื่อพัฒนาศักยภาพ ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ให้มีความเข้มแข็ง และสามารถยืนหยัดอยู่ในสังคมได้อย่างปกติสุขในอนาคต <sup>๕๘</sup>

<sup>๕๘</sup> ปณิตดา พันธุ์พานิช, อ่างแล้ว

## 1. หน่วยงานพิเศษในการดูแลและบรรเทาทุกข์สภาพจิตใจ

ในส่วนของประเทศสิงคโปร์ เด็กซึ่งตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมทางเพศ ประเทศสิงคโปร์จะมีหน่วยงานของรัฐที่จะใช้ในการฟื้นฟูบรรเทาทุกข์สภาพจิตใจของผู้เสียหายในรูปแบบบ้านพักอุปถัมภ์ ซึ่งจัดตั้งเป็นพิเศษและวิธีการนี้ได้รับบุเป็นลายลักษณ์อักษรโดยกฎหมาย The Children and Young Person Act และกฎบัตรสตรีด้วย ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อสตรีมาก <sup>50</sup>

ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา ในปี 1971 กลุ่มของผู้หญิงผู้ช่วยเหลือสังคมได้จัดตั้งหน่วยงาน Crisis Center ขึ้น โดยให้บริการในการฟื้นฟูทางด้านจิตใจให้ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนทั้งที่เป็นเด็กและอิสตรีทั่วไป โดยให้คำปรึกษาในด้านกฎหมายแก่สมาชิกหรือผู้เสียหายด้วย ซึ่งเป็นวิธีการที่ดีมากวิธีหนึ่ง <sup>60</sup>

## 2. การตรวจสุขภาพผู้เสียหาย

ในประเทศไทยยังไม่มีมาตรการในส่วนนี้ ผู้ศึกษาจึงขอยกประสบการณ์จากต่างประเทศเป็นตัวอย่าง กล่าวคือ ในสหรัฐอเมริกาที่เมืองเดนเวอร์ รัฐนอร์ทแคโรไลนา เจ้าหน้าที่ตำรวจจะส่งตัวเด็กหญิงผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราไปที่โรงพยาบาล Denver General Hospital เพื่อรับการตรวจทั้งทางกายภาพและทางจิตเวช ถ้าปรากฏว่าติดเชื้อกามโรคหรือโรคทางเดินปัสสาวะก็จะทำการเยียวรักษา และถ้าหญิงผู้เสียหายรอบเดือนยังไม่มา หรือมิได้ใช้ยาคุมกำเนิด เมื่อถูกข่มขืนอาจตั้งท้องได้ก็จะจัดการเพื่อป้องกันการตั้งครรภ์ นอกจากนี้ยังมีหน่วยบริการพยาบาลเยี่ยมเยียนที่เรียกว่า The Visiting Nurse Service ซึ่งจะไปเยี่ยมผู้เสียหายที่บ้าน เพื่อให้คำแนะนำให้กำลังใจ และให้

<sup>50</sup> วิชา นพคุณ, เหยื่ออาชญากรรม, วารสารกฎหมายจุฬา, ปีที่ 14 ฉบับที่ 1 น.11

<sup>60</sup> Jeanne C. Marsh, Rape and the Limits of Law Reform p.12 - 13.

ความช่วยเหลือตามที่หญิงต้องการ หลังจากนั้นจะให้คำแนะนำเกี่ยวกับโรคทางเดินปัสสาวะ กามโรค การตั้งครรภ์ การป้องกันทางเจ้าหน้าที่ การกลับไปทำงาน หากมีความจำเป็นต้องตรวจทางจิต พยาบาลจะให้เบอร์โทรศัพท์พร้อมที่อยู่ของสถานพยาบาลรักษาทางจิตที่อยู่ใกล้ที่สุด<sup>61</sup> จะเห็นได้ว่ารัฐบาลได้ให้ความสนใจ โดยจัดมีหน่วยงานที่รับผิดชอบให้หญิงผู้เสียหาย รวมทั้งกรณีเด็กจะได้รับการเยียวยารักษา สุขภาพจิตของผู้เสียหายย่อมดีขึ้น มีความอบอุ่นใจ และให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ติดตามเอาคนร้ายมาลงโทษได้โดยง่าย วิธีการนี้น่าที่จะนำมาใช้ในประเทศของเราบ้าง

### 3. การจัดตั้งกองทุนทดแทนสาธารณะ

เนื่องจากคดีข่มขืนกระทำชำเราได้มีผลกระทบสูงมากและในเมืองไทยยังไม่มีมาตรการในการจัดตั้งกองทุนทดแทนพิเศษ สำหรับเหยื่ออาชญากรรม สำหรับกรณีข่มขืนกระทำชำเราขึ้น ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะมาตรการดังนี้ กล่าวคือ

ในปัจจุบันรัฐที่เจริญแล้วจะกำหนดให้มีกองทุนสาธารณะ (public fund) สำหรับเป็นค่าชดเชยให้แก่ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมที่รุนแรง รวมทั้งอาชญากรรมทางเพศด้วย และให้แก่บุคคลที่มีชีวิตรอดพ้นจากความตาย อันเนื่องจากอาชญากรรมเช่นนั้น การจ่ายเงินดังกล่าวโดยทั่วไปจะให้เป็นการรักษาพยาบาล และค่าขาดรายได้ของเหยื่อ และชดเชยความเจ็บปวดทุกข์ทรมานที่เป็นไปได้ แต่ไม่ให้สำหรับมูลค่าของทรัพย์สินที่ต้องสูญเสียไป ยกเว้นของที่ต้องสูญเสียเนื่องจากการลงมือทำร้ายบุคคล

ผู้ที่ได้รับการยกย่องว่าเป็นผู้ก่อให้เกิดแนวความคิดในการให้ค่าชดเชยแก่เหยื่อ ก็คือ Magaret Fry ซึ่งเป็นทนายความชาวอังกฤษ Fry ได้เสนอเมื่อปี ค.ศ. 1950 ว่าอาชญากรรมก่อให้เกิดการชดเชยแก่เหยื่อเสมือนหนึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการฟื้นฟูให้คืนดีดั้งเดิม อย่างไรก็ตามนิวซีแลนด์ กลับเป็นชาติที่อยู่ใน

<sup>61</sup> Ibid pp. 108 - 109

กลุ่มแองโกลแซกซอนชาติแรกที่ก่อตัวโครงการเพื่อประชาชนที่ให้ค่าชดเชยแก่เหยื่อ โดยเริ่มในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1964 และต่อมามีรัฐบัญญัติว่าด้วยการให้ค่าชดเชยกรณีอุบัติเหตุ ค.ศ. 1972 ซึ่งมีผล วันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1974 ครอบคลุมทุกคนในประเทศไม่ว่าจะเป็นพลเมืองหรือนักท่องเที่ยว ไม่ว่าจะเป็อุบัติเหตุประเภทใด เกิดขึ้นอย่างไร เมื่อใด หรือใครเป็นผู้กระทำผิด เงินกองทุนได้มาจากการจดทะเบียนยานพาหนะ ค่าธรรมเนียมใบอนุญาต และจากภาษีรายได้ของลูกจ้าง ส่วนอังกฤษก็เริ่มต้นโครงการในวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1964 ออสเตรเลียเริ่มต้นปี ค.ศ. 1967 โดยออกรัฐบัญญัติการจ่ายค่าชดเชยความเสียหายทางอาชญากรรมในบางรัฐ จนกระทั่ง ปี ค.ศ. 1974 กฎหมายดังกล่าวจึงใช้ครอบคลุมทุกรัฐ ในสหรัฐอเมริกาได้เริ่มต้นมีกฎหมายเกี่ยวกับการจ่ายค่าชดเชยแก่เหยื่อในรัฐนิวยอร์ก และแคลิฟอร์เนีย ในปี ค.ศ. 1965 ปัจจุบันมีรัฐจำนวนหนึ่งในสามรวมทั้งรัฐบาลกลางที่ผ่านกฎหมายเช่นว่านี้ ในฝรั่งเศสการจ่ายค่าชดเชยแก่เหยื่อซึ่งจะฟ้องไปพร้อมกับการฟ้องคดีความผิดทางอาญา <sup>62</sup>

### 3.7 มาตรการคุ้มครองเด็กจากการข่มขืนกระทำชำเราในไทย

#### 3.7.1 มาตรการพิเศษขององค์กรรัฐและเอกชนทางสังคม

ในส่วนขององค์กรที่คุ้มครองและแก้ไขปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราเด็กในประเทศไทยมีหน่วยงานที่สำคัญ คือ คณะทำงานเพื่อยุติการเอาเปรียบทางเพศ (พป.พ.) (The Task Force to End Child Sexploitation in Thailand = TECST) ได้ก่อตั้งเมื่อปลายเดือนมกราคม 2534 ซึ่งเป็นผลจากการสัมมนาเรื่องปัญหาโสเภณีที่เซาใหญ่ โดยการรวมตัวขององค์กรพัฒนาเอกชนและบุคคลผู้สนใจในปัญหาดังกล่าว คณะทำงานนี้มีเป้าหมายร่วมกันใน

<sup>62</sup> วิชา มหาคุณ, อ่างแล้ว

การป้องกันคุ้มครองสิทธิเด็กและช่วยเหลือมิให้เด็กตกเป็นเหยื่อของการเอาเปรียบทางเพศ

องค์กรเอกชนที่ทำหน้าที่พิทักษ์สิทธิเด็กและเป็นหนึ่งในสมาชิกทั้งหลายของคณะ พป.พ.นี้ ก็คือ ศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็ก ซึ่งเป็นองค์กรสาธารณกุศลที่ตั้งขึ้นเมื่อปี 2524 เพื่อให้การพิทักษ์คุ้มครองช่วยเหลือและฟื้นฟูเด็กตั้งแต่แรกเกิดจนถึง 16 ปีบริบูรณ์ จากการถูกละเมิดทางสิทธิในร่างกาย จิตใจและเสรีภาพ อันได้แก่ การถูกทารุณกรรม การถูกล่วงเกินทางเพศ การใช้แรงงานอย่างไม่เป็นธรรม ฯลฯ

จากข้อมูลการทำงานขององค์กรพิทักษ์สิทธิเด็กในประเทศไทยได้มีส่วนคลี่คลายแก้ไขปัญหาการถูกล่วงละเมิดทางเพศของเด็กได้ในระดับหนึ่งโดยพิจารณาจากข้อมูลการพิทักษ์ป้องกันสิทธิเด็ก ตามตารางข้างล่างนี้ โดยเฉพาะกรณีถูกล่วงเกินทางเพศ

สถิติการช่วยเหลือเด็กที่ถูกละเมิดสิทธิ  
โดยศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็ก มูลนิธิเด็ก

| กรณีปัญหา          | จำนวนเด็กที่ได้รับการช่วยเหลือ (ราย)/ปี |    |    |    |    |     |     |     |     |     |     |     |     | รวม  |
|--------------------|---|----|----|----|----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|------|
|                    | 24                                      | 25 | 26 | 27 | 28 | 29  | 30  | 31  | 32  | 33  | 34  | 35  | 36  |      |
| การละเมิดสิทธิเด็ก |   |    |    |    |    |     |     |     |     |     |     |     |     |      |
| ลักพาเด็ก          | -                                       | -  | -  | -  | -  | 6   | 50  | 10  | 11  | 9   | 5   | -   | -   | 91   |
| ทารุณกรรมเด็ก      | -                                       | -  | -  | -  | 5  | 36  | 28  | 17  | 17  | 36  | 38  | 33  | 37  | 247  |
| ล่วงเกินทางเพศ     | -                                       | -  | 3  | 9  | 67 | 32  | 79  | 38  | 50  | 35  | 54  | 64  | 54  | 515  |
| แรงงานเด็ก         | 12                                      | 9  | 18 | 20 | 6  | 5   | 32  | 17  | -   | 22  | 58  | 91  | 31  | 321  |
| โสเภณีเด็ก         | -                                       | -  | 2  | 2  | 3  | 9   | 16  | 28  | 179 | 78  | 377 | 237 | 218 | 1149 |
| อื่น ๆ *           | 1                                       | 15 | 8  | 5  | 4  | 7   | 35  | 28  | 16  | 17  | 29  | 27  | 60  | 252  |
| รวม                | 13                                      | 24 | 31 | 36 | 85 | 125 | 240 | 138 | 273 | 197 | 561 | 452 | 400 | 2575 |

หมายเหตุ \* กรณีอื่น ๆ หมายถึง กรณีเด็กถูกทอดทิ้ง, พลัดหลง, เร่ร่อน, ขอดทาน และเด็กที่กระทำความผิดแต่ไม่ได้รับความเป็นธรรม

ส่วนประเทศไทยเจ้าหน้าที่ตำรวจควรเพิ่มบทบาทตนเอง โดยประสานงานกับเอกชนแก้ไขปัญหามากขึ้น อาทิเช่น เมื่อเร็ว ๆ นี้ได้มีการจัดตั้งโครงการประสานงานระหว่างองค์กรตำรวจ-องค์กรเอกชน (NGO = Non-Government Organizations) ขึ้น กล่าวคือ เมื่อวันที่ 11 มีนาคม 2536 ได้มีการผลักดันในการช่วยเหลือคุ้มครองผู้เสียหายในคดีล่วงเกินทางเพศ รวมทั้งเด็กด้วย คือ ตัวแทนจาก 3 องค์กร คือ ศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็ก มูลนิธิเด็ก มูลนิธิเพื่อนหญิงและบ้านพักฉุกเฉินได้เข้าพบปะหารือกับ พล.ต.ท.จำลอง เอี่ยมแจ่มพันธุ์ ผู้บัญชาการตำรวจนครบาล เพื่อหาแนวทางในการช่วยเหลือเด็กและสตรีที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมในสังคมเกี่ยวกับการถูกรังแกทางเพศ

ผลของการสัมมนาพูดคุยปรากฏว่าได้เกิดโครงการคุ้มครองและฟื้นฟูผู้ถูกละเมิดสิทธิทางเพศ โดยคณะทำงาน คือ กองบัญชาการตำรวจนครบาล ศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็ก มูลนิธิเด็ก มูลนิธิเพื่อนหญิง และบ้านพักฉุกเฉิน เพื่อเป็นโครงการนำร่องทดลองปฏิบัติในท้องที่สถานีตำรวจนครบาล 19 สถานี โดยมีวิธีการคือ หากมีคดีความผิดเกี่ยวกับเพศเกิดในเขตพื้นที่ดังกล่าว ให้เจ้าพนักงานสอบสวนประสานงานไปยังองค์กรเอกชนที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้เข้าร่วมช่วยเหลือดูแลผู้เสียหายในด้านสภาพจิตใจและการให้ปากคำกับพนักงานสอบสวน รวมทั้งด้านสังคมสงเคราะห์และอื่น ๆ เพื่อประโยชน์แก่ผู้เสียหายอย่างครบวงจร

นอกจากนี้ทางคณะทำงานได้จัดการอบรมให้แก่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และหัวหน้าพนักงานสอบสวนทั้ง 19 สถานี เพื่อเป็นการเพิ่มพูนศักยภาพและแนวทางประสานงานการปฏิบัติในกรณีดังกล่าว

พื้นที่ดำเนินงานโครงการคุ้มครองและฟื้นฟูผู้ถูกละเมิดสิทธิทางเพศ <sup>๘๓</sup>

- |                 |                   |
|-----------------|-------------------|
| 1. สน.ชนะสงคราม | 11. สน.ทองหล่อ    |
| 2. สน.ประชาชื่น | 12. สน.บางยี่เรือ |
| 3. สน.สุทธิสาร  | 13. สน.บุปผาราม   |

<sup>๘๓</sup> ศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็ก, อ้างแล้ว น.8 - 9

- |                         |                    |
|-------------------------|--------------------|
| 4. สน.ดอนเมือง          | 14. สน.ราชภัฏบูรณะ |
| 5. สน.พลับพลายชัย เขต 1 | 15. สน.บางกอกใหญ่  |
| 6. สน.พลับพลายชัย เขต 2 | 16. สน.ท่าพระ      |
| 7. สน.ลุมพินี           | 17. สน.บางซื่อ     |
| 8. สน.บางรัก            | 18. สน.ปทุมวัน     |
| 9. สน.พระโขนง           | 19. สน.ตลิ่งชัน    |
| 10. สน.คลองตัน          |                    |

โดยระยะเวลาปฏิบัติเป็นระยะเวลา 6 เดือน และทำการสรุปและประเมินผลที่ได้มาทำโครงการอื่น โดยจะเริ่มตั้งแต่เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม 2536

ผู้ศึกษาเห็นว่า เป็นสิ่งที่ดีและเป็นปรากฏการณ์ใหม่ที่ควรส่งเสริมให้มีการริเริ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ นอกจากนี้ผู้ศึกษาขอชี้แนะโดยนำมาตรการป้องกันอาชญากรรมในต่างประเทศ เพื่อมาใช้แนะนำเพิ่มประสิทธิภาพของการแก้ไขปัญหานี้ให้

### 3.7.2 มาตรการทางกฎหมายอาญาของไทย

คดีฆ่าข่มขืนเป็นอาชญากรรมร้ายแรงสะเทือนขวัญของประชาชนอย่างมาก โดยเฉพาะสุภาพสตรีและพ่อแม่พี่น้อง เพราะในปัจจุบันสตรีไทยประกอบอาชีพนอกบ้านเช่นเดียวกับผู้ชาย ต้องเผชิญกับสภาพแวดล้อมในสังคมภายนอก แต่สตรีอ่อนแอโดยสรีระจึงตกเป็นเป้าของอาชญากรรม ปัจจุบันสังคมเริ่มสังวรณในหน้าที่และความรับผิดชอบที่จะป้องกันความปลอดภัยแก่สตรี เมื่อสื่อมวลชนแพร่ภาพและข่าวสารการสืบสวนสอบสวนคนร้าย ภาพการช้สถานที่เกิดเหตุโดยคนร้ายแสดงท่าทางกระทำความผิด มีประชาชนไปมุงดูและแสดงความโกรธแค้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งญาติมิตรของผู้ตายแสดงความเศร้าเสียใจอย่างสุดจะบรรยายให้ปรากฏ



แก่สายตาของสาธารณชน ปฏิกริยาของสังคมต่ออาชญากรรมทางเพศยิ่งทวีความรุนแรงยิ่งขึ้น จากความรู้สึกรับผิดชอบต่อความปลอดภัยของสตรีกลายเป็นความโกรธแค้นอาชญากรเป็นรายบุคคล ในที่สุดมีการเรียกร้องให้รัฐตอบโต้ความรุนแรงของอาชญากรรมประเภทนี้อย่างสาสม

เพื่อแสดงว่ารัฐสามารถรักษาความศักดิ์สิทธิ์ในกฎระเบียบของสังคม รัฐจำเป็นต้องตอบสนองประชาชาติโดยเฉียบพลัน เจ้าหน้าที่งานตำรวจใช้ความพยายามอย่างสูงติดตามจับผู้ต้องสงสัยได้โดยรวดเร็ว ขึ้นต่อไปประชาชนหันมาเพ่งเล็งสถาบันศาลว่าจะดำรงความยุติธรรมให้แก่พวกเขาได้หรือไม่ เพื่อเป็นหลักประกันว่าศาลจะชี้ความเป็นธรรมไปในทิศทางที่พวกเขาต้องการ สังคมโดยผ่านสื่อมวลชนจึงแสดงประชาชาติบีบบังคับศาลด้วยวิธีดูแคลนว่าศาลอ่อนแอ เป็นนักกฎหมายแก่ ๆ เชื่องช้า กอดตำรากฎหมายโดยไม่ยอมรับรู้ทัศนคติของสังคม ลดโทษกึ่งหนึ่งแก่จำเลยทุกคนที่ให้การรับสารภาพ ทั้งนี้เพื่อกระตุ้นให้ศาลเดินไปในทิศทางตรงข้ามกับคำกล่าวหาซึ่งศาลได้ตอบสนองความต้องการของประชาชนเป็นอย่างดี

นักอาชญากรรมบางคนเห็นว่าอาชญากรรมทางเพศบางประเภทและผู้กระทำความผิดทางเพศบางคนสามารถจัดอยู่ในประเภทใดประเภทหนึ่งได้ ขึ้นอยู่กับพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด และระดับของการยอมรับอาชญากรรมเป็นวิถีของชีวิต เช่น การล่อลวงหญิง ผู้กระทำความผิดมีระดับของการยอมรับอาชญากรรมสูง และประกอบอาชญากรรมเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางการค้า การกระทำความผิดทางเพศอื่น ๆ เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำมักมีระดับการยอมรับอาชญากรรมต่ำ แต่ประกอบอาชญากรรมด้วยแรงกดดันทางอารมณ์ หรือความต้องการทางเพศ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องแสวงหามาตรการลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีประสิทธิภาพ และวิธีการแก้ไข้ปัญหาให้สอดคล้องกับพฤติกรรมในแต่ละลักษณะความผิด รวมทั้งแสวงหาวิธีการอย่างอื่นที่มีประสิทธิภาพแทนการลงโทษ

มาตรการคุมครองเมื่อมีการกระทำผิดฐานนี้แล้ว ของไทยมาตรการลงโทษกล่าวคือ

## การลงโทษผู้กระทำความผิดซ้ำ

ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้ระบุมาตรการไว้ดีพอสมควรแล้วในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 92 และ 93

มาตรา 92 บัญญัติว่า "ผู้ใดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกถ้า และได้กระทำความผิดใด ๆ อีกในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ก็ดี ภายในเวลาห้าปีนับแต่วันพ้นโทษก็ดี หากศาลจะพิพากษาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุก ก็ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้นั้นหนึ่งในสามของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับความผิดครั้งหลัง"

มาตรา 92 วางหลักในการเพิ่มโทษที่จะลงหนึ่งในสามไว้ในกรณี ดังนี้

1. ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก
2. กระทำความผิดใด ๆ ก็ได้ขึ้นอีกในระหว่าง
  - ก. ยังต้องรับโทษอยู่ หรือ
  - ข. ภายในเวลา 5 ปี นับแต่วันพ้นโทษ
3. ศาลจะพิพากษาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุก

### 1. ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก

หลักในข้อ 1 ที่ว่า ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก นั้น หมายความว่าผู้นั้นต้องรับโทษจำคุกจริง ไม่ใช่รอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษตามมาตรา 56 ด้วยเหตุนี้หากผู้กระทำความผิดอาชุนั้นอีกในระหว่างที่รอการลงโทษจำคุกไว้นั้นจะเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 92 ไม่ได้ (ฎีกาที่ 786/502 น.1126) และเมื่อครบกำหนดรอการลงโทษตามมาตรา 56 แล้วก็ไม่ถือว่าเป็นการพ้นโทษ กล่าวคือวันครบกำหนดรอการลงโทษมิใช่วันพ้นโทษ ตามมาตรา 92 หากมีการกระทำความผิดภายในเวลา 5 ปี ก็เพิ่มโทษไม่ได้ (ฎีกาที่ 2104/2511 น.2261)

คำพิพากษาลงโทษจำคุกนั้นต้องถึงที่สุด กล่าวคือไม่มีอุทธรณ์ฎีกาต่อไปอีกแล้ว

ข้อสังเกต คำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกนั้นน่าจะต้องเป็นเพราะกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 33 ซึ่งไม่ใช่เป็นการกระทำความผิดอาญา ไม่น่าจะถือว่าได้รับโทษจำคุก จึงไม่ควรได้รับการเพิ่มโทษในความผิดครั้งหลัง

คำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกนี้ ต้องหมายถึงคำพิพากษาของศาลไทยเท่านั้น ไม่รวมถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศด้วย

2. กระทำความผิดใด ๆ ชั้นอีกในระหว่างยังต้องรับโทษอยู่ หรือภายในเวลา 5 ปี นับแต่วันพ้นโทษ

การกระทำความผิดใด ๆ ชั้นอีกในระหว่างยังต้องรับโทษ อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่อยู่ระหว่างการพักการลงโทษจำคุกตาม ป.วิ.อ. มาตรา 246 หรือระหว่างที่ยังหลบหนีการลงโทษอยู่ก่อนล่วงเลยการลงโทษตามมาตรา 98 หรือกระทำความผิดในระหว่างรับโทษจำคุกอยู่ในเรือนจำ (ฎีกาที่ 308/2056 น.500)

ได้กล่าวมาแล้วว่า"ระหว่างยังต้องรับโทษ นั้น หมายถึงช่วงระยะเวลาก่อนล่วงเลยการลงโทษตามมาตรา 98 ด้วย เพราะฉะนั้นหากมีการกระทำความผิดอีกภายในกำหนดเวลาก่อนล่วงเลยการลงโทษตามมาตรา 98 ก็ถือว่าเป็นการกระทำความผิดระหว่างยังต้องรับโทษอยู่ ตามความหมายของมาตรา 92 เช่นกัน <sup>๘๔</sup>

#### ตัวอย่าง

นาย ก. เคยต้องคำพิพากษาคดีข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ศาลพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก 1 ปี ซึ่งขณะกระทำผิด นาย ก. อายุ 20 ปี นาย ก.

<sup>๘๔</sup> เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว น.508-509

หลบหนีไปก่อนจะได้รับโทษจำคุก ต่อมาอีก 4 ปี นับแต่วันมีคำพิพากษาถึงที่สุด นาย ก. ได้กระทำความผิดฐานข่มขืนเด็กหญิง ข. อีก ศาลพิพากษาลงโทษจำคุก 2 ปี เช่นนี้จะเพิ่มโทษนาย ก. 1 ใน 3 ตามมาตรา 92 ได้ เพราะถือว่านาย ก. ทำความผิดในระหว่างยังต้องรับโทษอยู่

### 3. ศาลจะพิพากษาลงโทษครึ่งหลังถึงจำคุก

คำพิพากษาครึ่งหลังนี้แม้จะพิพากษาเกิน 5 ปี นับตั้งแต่วันพ้นโทษ ในคดีก่อนก็เพิ่มโทษตามมาตรา 9 ได้ เพราะถือหลักการกระทำผิดครึ่งหลังจะต้องเกิดขึ้นภายในเวลา 5 ปี นับตั้งแต่วันพ้นโทษคดีก่อนเท่านั้น ศาลในคดีหลังจะพิพากษาเมื่อใดไม่ใช่เรื่องสำคัญ

การกระทำความผิดครึ่งหลังนี้จะต้องเกิดขึ้นเมื่อศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกในคดีก่อนมาแล้ว

#### วิธีการเพิ่มโทษหนึ่งในสาม

ให้ศาลกำหนดโทษจำคุกตามความผิดที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก่อน แล้วจึงคำนวณเพิ่มขึ้นหนึ่งในสามจากกำหนดโทษที่จะลงนั้น มิใช่เพิ่มหนึ่งในสามจากอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายสำหรับความผิดนั้น <sup>65</sup>

มาตรา 93 บัญญัติว่า "ผู้ใดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก ถ้าและได้กระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดที่จำแนกไว้ในอนุมาตราต่อไปซ้ำในอนุมาตราเดียวกันอีกในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ก็ดี ภายในเวลาสามปีนับแต่วันพ้นโทษก็ดี ถ้าความผิดครั้งแรกเป็นความผิดซึ่งศาลพิพากษาลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหกเดือน หากศาลจะพิพากษาลงโทษครึ่งหลังถึงจำคุก ก็ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้นั้นกึ่งหนึ่งของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับความผิดครึ่งหลัง . . . . ."

(10) ความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 ถึงมาตรา 285 . . . . .

-----

<sup>65</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 510

### หลักในมาตรา 93 แยกได้ดังนี้

1. ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหกเดือน
2. กระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดซ้ำในอนุมาตราเดียวกันอีกใน

ระหว่าง

- ก. ยังต้องรับโทษอยู่ หรือ
  - ข. ภายในเวลาสามปีนับแต่วันพ้นโทษ
3. ศาลจะพิพากษาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุก

ข้อสังเกต

(1) หากความผิดทั้งสองครั้งอยู่ในอนุมาตราเดียวกันของมาตรา 93 แล้ว แม้จะเป็นความผิดต่างมาตรากัน เช่น ครั้งแรกฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 ครั้งหลังฐานทำให้เสียทรัพย์ตามมาตรา 358 ก็อยู่ในเกณฑ์ของการเพิ่มโทษตามมาตรา 93 เพราะอยู่ในอนุมาตรา 13 ของมาตรา 93 เช่นกัน

(2) หากในคดีแรกเป็นการกระทำความผิดต่อทรัพย์ เช่น ชิงทรัพย์ ซึ่งมีการกระทำหลายอัน คือ ลักทรัพย์ และใช้กำลังประทุษร้าย และศาลลงโทษชิงทรัพย์โดยมิได้ลงโทษฐานทำร้ายร่างกาย ในคดีหลังเป็นการกระทำความผิดต่อร่างกายเช่นนี้ จะเพิ่มโทษตามมาตรา 93 มิได้ แต่คงเพิ่มโทษตามมาตรา 92 ได้อยู่แล้ว (ฎีกาที่ 741/2507 น.1349)

สำหรับประเทศไทยการกักขังเป็นโทษอย่างหนึ่ง ตามมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ส่วนการกักกันเป็นวิธีการ เพื่อความปลอดภัยซึ่งมิใช่โทษตามมาตรา 39 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โทษกักขังนั้น ศาลอาจใช้กับผู้กระทำผิดซึ่งมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน ถ้าหากไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ ศาลจะพิพากษาให้ลงโทษกักขังไม่เกิน 3 เดือน แทนโทษจำคุกนั้นก็ได้ สถานที่กักขังอาจเป็นที่อยู่อาศัยของผู้กระทำผิดหรือของผู้อื่นที่ยินยอมรับผู้กระทำผิดไว้ หรือสถานที่อื่นที่กักขัง

ได้ ซึ่งต้องมีใช้ เรือนจำ ทั้งนี้ ต้องแล้วแต่ความเหมาะสมกับประเภทหรือสภาพของผู้กระทำผิดที่ถูกกักขัง หากผู้ถูกกักขังฝ่าฝืนระเบียบข้อกำหนด หรือเงื่อนไขที่ศาลกำหนดไว้ หรือต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก ศาลอาจเปลี่ยนโทษกักขังเป็นโทษจำคุกมีกำหนดเวลาตามที่เห็นสมควร แต่ต้องไม่เกินกำหนดเวลาของโทษกักขังจะต้องได้รับต่อไป ฉะนั้น จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญา ศาลจะพิพากษาลงโทษกักขังผู้กระทำผิด เฉพาะในกรณีที่ศาลจะลงโทษจำคุกผู้กระทำผิดไม่เกิน 3 เดือน แต่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 กำหนดโทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 1 ปี ถึง 10 ปี ศาลจึงไม่มีโอกาสใช้โทษกักขังแก่ผู้กระทำผิดฐานนี้ เพราะโทษขั้นต่ำ 1 ปี เกินอำนาจศาลที่จะใช้โทษกักขัง

การกักกันนั้น เป็นการควบคุมผู้กระทำความผิดติดนินสัยไว้ภายในเขตกำหนดเพื่อป้องกันกรกระทำผิด เพื่อดัดนิสัยและฝึกหัดอาชีพผู้กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่อาจถูกกักกันนั้น ต้องเป็นผู้ที่เคยถูกศาลพิพากษาให้กักกันมาแล้ว หรือเคยถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 6 เดือนมาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ครั้ง ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และภายในเวลา 10 ปี นับแต่วันที่ผู้นั้นได้พ้นจากการกักกันหรือพ้นโทษแล้วแต่กรณี ผู้นั้นได้กระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดในความผิดเกี่ยวกับเพศอีก จนศาลพิพากษาลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 6 เดือนสำหรับความผิดที่กระทำนั้นศาลอาจถือว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดติดนินสัย และจะพิพากษาให้กักกันมีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่า 3 ปี และไม่เกิน 10 ปีก็ได้ แต่ความผิดที่ผู้กระทำผิดได้กระทำขณะที่มีอายุยังไม่เกิน 17 ปีนั้น มิให้ถือเป็นความผิดที่จะนำมาพิจารณากักกัน

### 3.7.3 มาตรการทางกฎหมายแพ่ง

ในส่วนของกฎหมายแพ่งนั้น การข่มขืนกระทำชำเราถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอย่างหนึ่ง ตาม มาตรา 420 ป.พ.พ. ของไทย ในส่วนของเนื้อตัวร่างกาย ประกอบกับเสรีภาพ ความบริสุทธิ์ โดยหลักแล้วจึงสามารถเรียก

คำสั่งใหม่ทดแทนได้ แต่ศาลเองมีอำนาจที่จะกำหนดคำสั่งใหม่ทดแทน  
เท่าใดก็ได้ ตามแต่พฤติการณ์แห่งรูปคดี ซึ่งศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ดังนี้ คือ ฎีกา  
ที่ 2573/2518

### ฎีกาที่ 2573/2518

วินิจฉัยไว้ซึ่งในคดีนี้โจทก์ฟ้องว่าเมื่อวันที่ 12 สิงหาคม 2510 ขณะ  
โจทก์ยังเป็นผู้เยาว์ จำเลยได้กระทำละเมิดต่อชื่อเสียงและร่างกายโจทก์ โดย  
ฉุดคร่าอนาจารและข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ จนเป็นเหตุให้โจทก์ตั้งครรภ์และ  
เกิดบุตรชาย คือ ด.ช. บ้อ โจทก์ต้องเสียค่าอุปการะเลี้ยงดูเดือนละ 300 บาท  
รวมเป็นเงินที่โจทก์เสียไปแล้ว 10,200 บาท การกระทำของจำเลยเป็นเหตุ  
ให้โจทก์เสียความบริสุทธิ์ต้องเสียหายเป็นเงิน 10,000 บาท ต้องเสียค่าใช้จ่าย  
จ่ายในการคลอดบุตรอีก 2,000 บาท และจากคำฟ้องดังกล่าว โจทก์ขอให้ศาล  
พิพากษาให้จำเลยรับว่า ด.ช. บ้อ เป็นบุตรของจำเลยพร้อมทั้งให้ใช้ชื่อสกุลของ  
จำเลยและให้อยู่ในความดูแลของโจทก์ต่อไป ให้จำเลยใช้ค่าเลี้ยงดู 16,200  
บาท และดอกเบี้ย 7.5% ต่อปี นับแต่วันฟ้องจนชำระเสร็จ ให้จำเลยจ่ายค่า  
เลี้ยงดู ด.ช. บ้อ เดือนละ 300 บาท นับแต่วันฟ้องจนกว่าจะบรรลุนิติภาวะและ  
ให้ใช้ค่าเสียหาย 12,000 บาทแก่โจทก์ และให้จำเลยใช้ค่าธรรมเนียมและค่า  
ทนายความแทนโจทก์

จำเลยให้การว่ามีได้ฉุดคร่าอนาจารและข่มขืนกระทำชำเรา โจทก์  
ตั้งครรภ์และมีบุตรอย่างไรจำเลยมิได้เกี่ยวข้องด้วย โจทก์นำเสนอทางประเวณี  
ไม่ทราบว่าจะชายคนไหนจะเป็นบิดาของบุตรโจทก์ ค่าใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยง  
ดูก็ไม่ใช่ความจริง ค่าเสียหายตามฟ้องเกี่ยวกับละเมิดนั้นขาดอายุความแล้ว

ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้องโจทก์ โจทก์อุทธรณ์อย่างคนอนาถา

ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน โจทก์ฎีกาอย่างคนอนาถา

ศาลฎีกาพิจารณาพยานหลักฐานของโจทก์แล้ว เชื่อว่าจำเลยได้ข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ จนเป็นเหตุให้โจทก์ตั้งครรภ์ และจากพยานผู้เชี่ยวชาญของศาลทางนิติเวชวิทยา เชื่อได้ว่า ด.ช.บ๋อ เป็นบุตรของจำเลยจริง

สำหรับเรื่องค่าสินไหมทดแทนจากการทำละเมิดของจำเลย ตลอดจนค่าเลี้ยงดู ด.ช.บ๋อ นั้น ศาลฎีกาเห็นว่าขณะเกิดเหตุโจทก์เป็นหญิงสาวบริสุทธิ์อายุเพียง 15 ปีเศษ เมื่อถูกจำเลยข่มขืนจนมีครรภ์ ค่าของความป็นสาวย่อมตกต่ำจนกระทั่งบัดนี้ก็ยังไม่มีการชดเชยใดประสงค์จะแต่งงานด้วย อนาคตของโจทก์ต้องสูญเสียไปอย่างแก้ไขไม่ได้ ดังนั้น ที่โจทก์เรียกร้องเอาจากจำเลย 10,000 บาท กับค่าใช้จ่ายในการคลอดอีก 2,000 บาท จึงเป็นการสมควรแล้วและการที่โจทก์จะขอให้จำเลยจ่ายค่าเลี้ยงดู ด.ช.บ๋อ ในอัตราเดือนละ 300 บาท นับแต่วันฟ้องเป็นต้นไป จนกว่า ด.ช.บ๋อ จะบรรลุนิติภาวะก็ย่อมเป็นการสมควรเช่นเดียวกัน และในระหว่างเป็นผู้เยาว์นั้นเห็นควรให้อยู่ในความปกครองของโจทก์ ส่วนที่จำเลยให้การต่อสู้ว่าค่าเสียหายตามฟ้องเกี่ยวกับละเมิดขาดอายุความแล้วนั้น ปรากฏว่าในชั้นศาลอุทธรณ์จำเลยมิได้ตั้งประเด็นในเรื่องอายุความมาในคำแก้อุทธรณ์ ในชั้นฎีกาจำเลยก็มิได้ยื่นคำแก้ฎีกา จึงไม่มีประเด็นเรื่องอายุความในชั้นฎีกา ศาลฎีกาไม่จำเป็นต้องวินิจฉัย

จากการวินิจฉัยดังกล่าวศาลฎีกาเห็นว่าฎีกาของโจทก์ฟังขึ้นทุกข้อที่ศาลล่างทั้งสองพิพากษายกฟ้องโจทก์นั้น ไม่ต้องด้วยความเห็นของศาลฎีกา ดังนั้นศาลฎีกาจึงพิพากษากลับว่า ด.ช.บ๋อ สัมแก้ว เป็นบุตรของนายจำลอง สระบัว จำเลย เกิดกับนางล้นจี สัมแก้ว โจทก์ มีสิทธิใช้นามสกุล สระบัว ของจำเลย และให้อยู่ในความปกครองของโจทก์ในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์อยู่ ให้จำเลยจ่ายเงินค่าใช้จ่ายเลี้ยงดูเป็นเงิน 16,200 บาท พร้อมด้วยดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันฟ้องจนกว่าจะชำระเสร็จ ให้จำเลยจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู ด.ช.บ๋อ เป็นรายเดือน ๆ ละ 300 บาท นับแต่วันฟ้องจนกว่า ด.ช.บ๋อจะมีอายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ ให้จำเลยชำระค่าเสียหายแก่โจทก์ 16,000 บาท และให้



จำเลยใช้ค่าฤชาธรรมเนียมศาลแทนโจทก์ โดยกำหนดค่าทนายความสามศาลรวม 3,000 บาท สำหรับค่าธรรมเนียมศาลในชั้นอุทธรณ์และชั้นฎีกาให้จำเลยชำระต่อศาลในนามของโจทก์ผู้ฟ้องอุทธรณ์ และฟ้องฎีกาอย่างคนอนาถา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 158 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

หลักเกณฑ์ สิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนของเด็กผู้หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราในชั้นนี้ มีดังนี้ คือ

1. ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายแก่เสรีภาพ เสรีภาพ ของเด็กผู้หญิงที่ถูกละเมิดในที่นี้ คือ "เสรีภาพทางเพศ" คือความพอใจของบุคคลที่จะร่วมประเวณีกับบุคคลที่ตนประสงค์ การที่หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเราจึงเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพทางเพศ อันเป็นสิ่งที่ประมวลกฎหมายอาญาในหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศประสังค์จะคุ้มครอง ค่าสินไหมทดแทน ส่วนที่เป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน (Non-pecuniary damage) หรือที่เรียกกันว่าความเสียหายในนาม (nominal damage) การกำหนดให้มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนชั้นนี้มากก็เพื่อเป็นการรับรองถึงความมีอยู่ซึ่งสิทธิดังกล่าว (ในที่นี้คือเสรีภาพทางเพศ) บทบัญญัติที่รับรองถึงสิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนประเภทนี้ได้ก็คือ ป.พ.พ. มาตรา 446 วรรคสอง ที่ให้มีการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินได้ ในกรณีที่เด็กหญิงต้องเสียหายเพราะผู้ใดทำผิดอาญาเป็นทุรศีลธรรม (immoral crime) แก่ตน การทำผิดทางอาญาเป็นทุรศีลธรรมแก่หญิงตามความในมาตรานี้ เทียบได้กับความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ถึง มาตรา 287 สิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนส่วนที่เป็นสิทธิเฉพาะตัวของหญิงจะโอนกันไม่ได้ และไม่ตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาท เว้นแต่จะได้รับการสภาพกันไว้โดยสัญญา หรือได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว (ป.พ.พ. มาตรา 446 วรรคแรก) ส่วนปัญหาว่าจะกำหนดให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์มากน้อยเพียงใดนั้นย่อมเป็นดุลยพินิจของศาล จะวางกฎเกณฑ์ให้แน่นอนเพื่อใช้บังคับแก่ทุกกรณีไม่ได้ ศาลย่อมใช้ดุลยพินิจโดยพิจารณาถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามมาตรา 438 วรรคแรก

2. ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายแก่ร่างกายในกรณีที่มีการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงได้รับบาดเจ็บทางร่างกาย เช่น มีการทุบตีหญิง ช่มชู้จนหญิงบาดเจ็บ (โดยสภาพของการช่มชู้จนอาจมีการฉีกขาดของช่องคลอดได้) ก็ทำให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกาย ซึ่งทำให้หญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้อีก 2 ประการ คือ

2.1 ค่าสินไหมทดแทน เพื่อความเสียหายอันเป็นตัวเงิน มาตรา 444 บัญญัติว่า ในกรณีทำให้เสียหายแก่ร่างกาย ผู้ต้องเสียหายชดเชยที่จะได้ชดใช้ค่าใช้จ่ายอันตนต้องเสียไป และค่าเสียหายเพื่อการที่เสียความสามารถประกอบการงานสิ้นเชิง หรือแต่บางส่วนทั้งในเวลาปัจจุบันและในเวลาอนาคตด้วย ดังนั้น ค่าสินไหมทดแทนในส่วนนี้จึงเป็นค่าเสียหาย 2 ประการ คือ

2.1.1 ค่าใช้จ่ายที่ตนต้องเสียไป ได้แก่ ค่ารักษาพยาบาล เพื่อเยียวยาให้หายจากบาดเจ็บ

2.1.2 ค่าเสียหาย เพื่อการที่เสียความสามารถในการประกอบการงานในปัจจุบันและอนาคต

2.2 ค่าสินไหมทดแทน เพื่อความเสียหายแก่ร่างกายอันไม่เป็นตัวเงิน ซึ่งมาตรา 446 บัญญัติว่า "ในกรณีทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกาย ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินอีกก็ได้" ในกรณีนี้ถือว่าเป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายแก่ร่างกายที่ไม่อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้คือความทนทุกข์ทรมาน (คำพิพากษาฎีกาที่ 1037/2491) ค่าสินไหมทดแทนส่วนนี้เป็นคนละกรณีกับค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายแก่เสรีภาพ ตามข้อ 1 ข้างต้น

### วิเคราะห์

1. ในคดีนี้โจทก์ฟ้องมาว่าจำเลยทำละเมิดต่อชื่อเสียง เกียรติยศและร่างกายของโจทก์ โดยจุดคร่าอนาจารและช่มชู้จนกระทำชำเราโจทก์ ซึ่งเฉพาะประเด็นเรื่องละเมิดโจทก์ขอให้ศาลบังคับจำเลยชำระค่าสินไหมทดแทนเป็นค่าเสียหายแก่โจทก์ เป็นจำนวน 12,000 บาท ซึ่งในจำนวนนี้ แยกเป็น



ตาม ป.พ.พ.มาตรา 483 วรรคแรกได้บัญญัติว่า ค่าสินไหมทดแทน จะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด (circumstances and the gravity of the wrongful act) หมายความว่าสินไหมทดแทนนั้นจะถึงใช้ในสถานใด (manner) ก็พิจารณาตามพฤติการณ์หรือสถานการณ์ กล่าวคือศาลจะให้จำเลยปฏิบัติอย่างไร นั้นแล้วแต่ว่าสถานการณ์แวดล้อมเป็นอย่างไร เช่น ถ้าจำเลยเอาทรัพย์สินเขาไปโดยละเมิด หากทรัพย์สินนั้นอยู่ในวิสัยที่จะคืนได้ค่าสินไหมทดแทนอย่างหนึ่งก็คือ การคืนทรัพย์สิน แต่ถ้าทรัพย์สินนั้นไม่อยู่ในวิสัยที่จะคืนได้ เช่น สูญหายไปแล้ว ในกรณีนี้ค่าสินไหมทดแทนก็จะเปลี่ยนเป็นการให้ใช้ราคาทรัพย์สินแทน เป็นต้น สำหรับในคดีนี้ศาลให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นค่าเสียหาย ส่วนค่าสินไหมทดแทนที่เป็นค่าเสียหายนั้นจะให้ใช้เพียงใด ก็ต้องพิจารณาตามความร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งหมายความถึงความร้ายแรงแห่งการกระทำละเมิดของจำเลย และความร้ายแรงแห่งผลเสียหายที่เกิดขึ้นแก่โจทก์ การพิจารณาถึงความร้ายแรงแห่งการกระทำละเมิดของจำเลยนั้น ถ้าจำเลยจงใจละเมิดสิทธิของโจทก์โดยประสงค์ต่อผลก็ถือว่าร้ายแรง จึงมีลักษณะเป็นการกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่มีลักษณะเพื่อการลงโทษ ดังเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 336/2475 ศาลให้ค่าเสียหายแก่โจทก์ซึ่งถูกจำเลยทำอาจารย์ โดยศาลกำหนดให้เพื่อให้เป็นเยี่ยงอย่างสำหรับป้องกันการกระทำผิดเช่นนี้ ในภายหน้า การพิจารณาถึงความร้ายแรงแห่งผลเสียหายที่เกิดขึ้นแก่โจทก์ว่าโจทก์เสียหายมากน้อยเพียงใด ดังเช่นในคดีตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2573/2518 นี้ ศาลได้พิจารณาว่าขณะเกิดเหตุโจทก์เป็นหญิงสาวบริสุทธิ์ อายุเพียง 15 ปีเศษ เมื่อถูกจำเลยข่มขืนจนมีครรภ์ ค่าของความเป็นสาวย่อมตกต่ำ จนกระทั่งบัดนี้ก็ยังไม่มีชายใดประสงค์จะแต่งงานด้วย อนาคตของโจทก์ต้องสูญเสียอย่างแก้ไขไม่ได้ ดังนั้น โจทก์เรียกร้องเอาจากจำเลย 10,000 บาท กับค่าใช้จ่ายในการคลอดอีก 2,000 บาทนั้น จึงเป็นการสมควรแล้ว ในคดีนี้ศาลจึงพิจารณาถึงความร้ายแรงที่เกิด

ขึ้นแก่โจทก์เป็นสำคัญ โดยเห็นว่าการที่โจทก์เป็นสาวบริสุทธิ์ และต้องตั้งครรภ์ เพราะถูกจำเลยข่มขืนกระทำชำเราย่อมเป็นการร้ายแรงสำหรับโจทก์อย่างมาก ศาลจึงเห็นว่าเหมาะสมกับค่าเสียหายที่โจทก์เรียกมา ในคดีนี้หากโจทก์เป็นหญิง ส่าสอนทางเพศ และถูกจำเลยข่มขืนกระทำชำเรา ศาลอาจใช้ดุลยพินิจลดจำนวน ค่าสินไหมทดแทนลงก็เป็นได้<sup>๑๑</sup>

จากฎีกาฉบับนี้บ่งชี้ว่าเป็นบรรทัดฐานที่ดีของมาตรการทางกฎหมายสารบัญญัติที่ดีอย่างหนึ่ง แต่ผู้ศึกษาขอชี้แนะว่าสำหรับค่าสินไหมทดแทน ควรจะกำหนดให้สูงกว่านี้ เพื่อที่จะได้เป็นการปราบอาชญากรรมไปในตัวด้วย เพื่อให้วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีชดใช้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

#### 3.7.4 มาตรการทางกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาประกอบกับ

พ.ร.บ. จัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534

การใช้สิทธิเรียกค่าเสียหาย กรณีเด็กตกเป็นเหยื่อในความผิดอาญา (victim compensation)

กรณีเด็กเป็นผู้กระทำในความผิดอาญา (victim of criminal acts) โดยหลักเด็กย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหาย หรือค่าทดแทนจากผู้กระทำผิดได้ แต่ในทางปฏิบัติเด็กจะใช้สิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายหรือค่าทดแทนจากผู้กระทำโดยตรงหาได้ไม่ การเรียกค่าเสียหายหรือค่าทดแทนจากผู้กระทำผิดอาญา ถ้ามีการฟ้องคดีอาญา ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายไปในคดีเดียวกันได้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เรียกว่าคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา

<sup>๑๑</sup> ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, "การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน กรณีข่มขืนกระทำชำเรา," วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์, ปีที่ 16 ฉบับที่ 2, น.150-154

มาตรา 40 บัญญัติว่า "การฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาจะฟ้องต่อศาลซึ่งพิจารณาคดีอาญาหรือต่อศาลที่มีอำนาจชำระคดีแพ่งก็ได้ การพิจารณาคดีแพ่งต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง"

กรณีเด็กเป็นผู้เสียหายย่อมถูกจำกัดสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจะต้องให้ผู้แทนโดยชอบธรรม ฟ้องเรียกค่าเสียหายแทนตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (12) วิเคราะห์ศัพท์ว่า บุคคลผู้ไร้ความสามารถ หมายความว่า บุคคลใด ๆ ซึ่งไม่มีความสามารถตามกฎหมายหรือความสามารถถูกจำกัด โดยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยความสามารถ เด็กย่อมถือเป็นบุคคลผู้ไร้ความสามารถในสายตากฎหมาย

ดังนั้น การใช้สิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายหรือค่าทดแทนจากผู้กระทำละเมิดจึงถูกจำกัดให้เฉพาะผู้แทนโดยชอบธรรมเข้าดำเนินการแทน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 53 วรรคแรกบัญญัติว่า "ผู้ไร้ความสามารถหรือผู้ทำการแทนจะเสนอข้อหาต่อศาลหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ได้ต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยความสามารถและตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ การให้อนุญาตหรือยินยอมตามบทบัญญัติเช่นว่านั้น ให้ทำเป็นหนังสือยื่นต่อศาลเพื่อรวมไว้ในสำนวนความ..." แต่ถ้าเด็กไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรม เช่น ไม่มีบิดามารดาหรือผู้ปกครอง กฎหมายก็ได้บัญญัติทางแก้ไขโดยขออนุญาตฟ้องหรือให้ตั้งผู้แทนเฉพาะคดี ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 56 วรรคสี่ว่า "ถ้าผู้ไร้ความสามารถไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทนโดยชอบธรรมทำหน้าที่ไม่ได้ ศาลมีอำนาจออกคำสั่งให้อนุญาตหรือให้ความยินยอมตามที่ต้องการ หรือตั้งผู้แทนเฉพาะคดีนั้นให้แก่ผู้ไร้ความสามารถ ถ้าไม่มีบุคคลอื่นใดให้ศาลมีอำนาจตั้งพนักงานอัยการหรือเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองอื่นให้เป็นผู้แทนได้"<sup>67</sup>

<sup>67</sup> วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, อ่างแล้ว, น.119

จากข้อมูลดังกล่าวข้างต้นผู้ศึกษาต้องการชี้ให้เห็นว่าสถานภาพสิทธิของเด็กที่ตกเป็นเหยื่อหรือเป็นผู้ถูกกระทำในความผิดอาญา (victim of criminal acts) ตามกฎหมายของไทยเราถูกจำกัดสิทธิเกือบสิ้นเชิง ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำผิดหรือสิทธิในการเรียกค่าเสียหายหรือค่าทดแทน (victim compensation) จะต้องให้ผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้ปกครองหรือญาติหรือผู้ปกครองเป็นผู้กระทำผิดอาญาต่อเด็กเสียเอง เช่น การกระทำทารุณกรรมต่อเด็ก (child abuse) หรือกระทำผิดทางเพศต่อเด็ก (sexual abuse) หรือกรณีขายบุตรให้เป็นโสเภณีหรือขายแรงงาน พฤติกรรมต่าง ๆ เหล่านี้ใครจะเป็นผู้ปกป้องสิทธิให้เด็กซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นเสมอในสภาพสังคมปัจจุบัน ในกรณีดังกล่าวกฎหมายยังห้ามมิให้เด็กเป็นบุตรฟ้องบิดามารดา เพราะถือว่าเป็นคดีอุทุม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1562 บัญญัติว่า "ผู้ใดจะฟ้องบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญาก็ได้ แต่เมื่อผู้นั้นหรือญาติสนิทของผู้นั้นร้องขออัยการจะยกคดีขึ้นว่ากล่าวก็ได้" จึงควรแก้ไขปรับปรุงในส่วนของบทบัญญัติดังกล่าวด้วย <sup>๘๘</sup>

### การร้องทุกข์

เมื่อมีการก่ออาชญากรรมทางเพศต่อเด็ก ซึ่งถือว่าเป็นเหยื่อ (victims) ในการอาชญากรรมก็ต้องมีการร้องทุกข์เพื่อดำเนินคดีอาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (7) ได้บัญญัติว่า คำร้องทุกข์ หมายถึง การที่ผู้เสียหายได้กล่าวหาต่อเจ้าหน้าที่ ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายว่ามีผู้กระทำความผิดขึ้น จะรู้ตัวผู้กระทำผิดหรือไม่ก็ตาม ซึ่งกระทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายและการกล่าวหาเช่นนั้นได้กล่าวโดยมีเจตนาจะให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษ

<sup>๘๘</sup> เรื่องเดียวกัน, น.120

การร้องทุกข์ดังกล่าวอาจทำเป็นหนังสือหรือร้องทุกข์ด้วยปากก็ได้ และ ร้องทุกข์กับเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อย ผู้รับคำร้องทุกข์ ไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีอำนาจสอบสวนก็ได้ การร้องทุกข์ต้องทำไปโดย เจตนาให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษ มิใช่เพียงแต่แจ้งความไว้เป็นหลักฐานหรือให้ทาง เจ้าหน้าที่รับทราบไว้เท่านั้น ผู้ที่จะร้องทุกข์ได้ย่อมหมายถึงตัวผู้เสียหาย ถ้าผู้มา แจ้งมิใช่เป็นตัวผู้เสียหายก็จะเป็นเพียงการกล่าวโทษเท่านั้น แต่ถึงอย่างไรก็ตาม ผู้เสียหายอาจไม่มาร้องทุกข์ด้วยตนเอง อาจมอบอำนาจให้ผู้อื่นมาร้องทุกข์แทนก็ได้ การร้องทุกข์ย่อมทำได้ในทุกลักษณะคดี ทั้งคดีที่ยอมความได้และคดีอาญาแผ่นดิน ซึ่งยอมความไม่ได้ แต่สำหรับคดีที่ยอมความได้ การร้องทุกข์ต้องกระทำภายในอายุ ความ 3 เดือน นับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำผิด ตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 96 และในความผิดที่ยอมความได้ถ้าหากมิได้มีการร้องทุกข์ พนักงานสอบสวนจะทำการสอบสวนคดีไม่ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญา มาตรา 121 วรรค 2

มีข้อสงสัยเกี่ยวกับกฎหมายห้ามมิให้เด็กหรือผู้เยาว์เป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญา ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1123/2479 ว่าผู้เยาว์ฟ้องคดีอาญา โดยลำพังตนเองไม่ได้ ต้องมีผู้แทน แม้จะได้รับความยินยอมจากบิดา แต่ก็ไม่สามารถเข้าเป็นโจทก์ร่วมฟ้องคดีอาญาได้ ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 563/2517 แต่ถ้าเป็นการร้องทุกข์กล่าวโทษผู้กระทำผิดต่อเจ้าพนักงานเด็กหรือผู้เยาว์ย่อมมี สิทธิร้องทุกข์ได้ด้วยตนเอง ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม หรือต้องให้ผู้แทนโดยชอบธรรมดำเนินการให้ ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษา ฎีกาที่ 1641/2514 ว่าคำให้การของเด็กหญิงผู้เสียหายอายุ 14 ปี ที่พนักงาน สอบสวนบันทึกรายละเอียดแห่งการกระทำผิดของผู้กระทำผิดไว้และในตอน ท้ายคำให้การมีข้อความว่า ได้มาร้องทุกข์มอบคดีให้พนักงานสอบสวนดำเนินคดี กับผู้กระทำผิดในข้อหากระทำการอนาจารต่อผู้เสียหาย ถือได้ว่าเป็นคำร้องทุกข์ ตามกฎหมายแล้ว และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2100/2497 เด็กหญิงอายุ 15 ปีถูก



ข่มขืนกระทำชำเราได้ให้การกับพนักงานสอบสวนในฐานะผู้เสียหาย ถือได้ว่าเป็น การร้องทุกข์แล้ว

การร้องทุกข์ดังกล่าวมีความจำเป็นอย่างไรในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นโดยปกติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 วรรคแรก ถ้ามิได้กระทำต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตายหรือมิได้กระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลผู้อยู่ในความควบคุมตามที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ย่อมเป็นความผิดที่ยอมความได้ กรณีที่จะเป็นความผิดที่ยอมความไม่ได้ นั้นคือ การข่มขืนกระทำชำเราที่ได้ทำไปโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง หรือการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง อายุยังไม่เกินสิบห้าปี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยปกติผลเสียหายตกแก่บุคคลผู้เสียหาย และมีลักษณะทางแพ่งปนอยู่ด้วย ดังนั้น กฎหมายจึงเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายที่แท้จริงประสงค์จะเอาความมาร้องทุกข์เสียก่อน ถ้าไม่ประสงค์เอาความกันก็เป็นเรื่องของผู้เสียหาย เว้นเสียแต่การข่มขืนจะประกอบด้วย การกระทำพิเศษดังกล่าว ซึ่งผลเสียหายร้ายแรงขึ้นกระทบถึงส่วนรวม โดยทั่ว ๆ ไป จึงเป็นความผิดที่ยอมความกันไม่ได้<sup>๑๑</sup> ฉะนั้น เมื่อการข่มขืนกระทำชำเรา มีทั้งกรณีที่ยอมความได้กับกรณีที่ยอมความกันไม่ได้ การร้องทุกข์ย่อมมีความสำคัญ คือ ในกรณีที่ยอมความได้ หากผู้เสียหายมิได้ร้องทุกข์ต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานสอบสวน จะทำการสอบสวนคดีไม่ได้ (ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121 วรรค 2)

๑๑ ประเทือง กীরติบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, ธนบุรี, พี่น้องการพิมพ์ 2515, น.7.

การร้องทุกข์นอกจากจะทำให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจทำการสอบสวนคดีฐานข่มขืนกระทำชำเราในฐานะเป็นความผิดอันยอมความได้ดังกล่าวแล้ว การถอนคำร้องทุกข์ดังกล่าวก็จะทำให้สิทธิในการดำเนินคดีอาญาระงับไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (1) ดังนั้น ถ้าผู้เสียหายได้ถอนคำร้องทุกข์ในระหว่างการสอบสวนพนักงานสอบสวนต้องยุติการสอบสวน ถ้าสอบสวนเสร็จแล้วก็ทำความเห็นควรถูกสั่งไม่ฟ้องคดีเสนออัยการ ถ้าการถอนคำร้องทุกข์ในระหว่างที่คดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของอัยการ อัยการก็ต้องสั่งไม่ฟ้องเพราะสิทธิในการดำเนินคดีอาญาระงับไปแล้วตามมาตรา 39 (1) ถ้าอัยการได้ฟ้องคดีต่อศาลแล้ว ผู้เสียหายได้ถอนคำร้องทุกข์ต่อศาล ศาลก็จะจำหน่ายคดีเสียจากสารบบความ แต่ทั้งนี้การถอนคำร้องทุกข์ดังกล่าวต้องเป็นการถอนไปโดยเด็ดขาด ซึ่งย่อมหมายถึงการถอนคำร้องทุกข์ไปโดยไม่ติดใจเอาเรื่องกับผู้กระทำผิดอีกต่อไป ถ้าหากผู้เสียหายถอนคำร้องทุกข์จากพนักงานสอบสวนหรืออัยการ เพื่อจะไปฟ้องคดีเสียเอง หรือถอนคำร้องทุกข์จากศาลหนึ่ง โดยจะนำคดีไปฟ้องยังอีกศาลหนึ่งซึ่งอยู่ในเขตอำนาจ สิทธิในการดำเนินคดีย่อมไม่ระงับไปเพราะมิใช่เป็นการถอนไปโดยเด็ดขาด

ผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นเด็กโดยเฉพาะเด็กผู้หญิงโดยมากมักรู้สึกอับอาย รวมทั้งค่านิยมของสังคมไทยที่มักจะเน้นย้ำเรื่องความกตัญญูรู้คุณบิดามารดา และบาปกรรม กรณีเด็กถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยพ่อแม่ ก็มักจะไม่กล้าร้องทุกข์แจ้งความต่อตำรวจ ซึ่งทำให้เด็กเกิดผลกระทบต่อจิตใจอย่างรุนแรงมักจะรู้สึกอับอายไม่กล้าไปร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนหรือบางรายกล้าไปร้องทุกข์แต่เนื่องจากปฏิบัติไม่ถูกต้อง และนี่คือจุดบกพร่องของการปรับใช้กฎหมายต่อระบบสังคมไทย ซึ่งควรจะลบทัศนคติบางส่วนออกไปและเน้นเหตุผลความเข้าใจมากขึ้น

### การสืบสวนสอบสวน

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะขอชี้แนะแนวทางการสอบสวนที่ควรจะเป็น โดยอ้างคำพิพากษาและข้อมูลจากแหล่งที่น่าเชื่อถือประกอบกัน

การสอบสวนตามมาตรา 130 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติให้เริ่มการสอบสวนโดยมิชักช้า หมายถึงเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ ตามพฤติการณ์แห่งคดี เพราะผู้ต้องหาไม่มีโอกาสที่จะสร้างพยานหลักฐานแก้ตัวได้ทั้งพยานยังสามารถจดจำเหตุการณ์ได้ไม่หลงลืม อีกทั้งร่องรอยแห่งการกระทำผิดยังอยู่ สถานที่เกิดเหตุยังไม่เปลี่ยนแปลง หลักฐานต่าง ๆ ที่รวบรวมได้จึงเป็นที่น่าเชื่อถือในการพิสูจน์ความผิดของจำเลย และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการเริ่มทำการสอบสวนคดีโดยไม่ชักช้าเช่นนี้ เท่ากับช่วยให้การพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหารวดเร็วเป็นการคุ้มครองเสรีภาพของผู้ต้องหา เพราะถ้าปรากฏว่าไม่มีความผิดของผู้ต้องหารวดเร็ว เป็นการคุ้มครองเสรีภาพของผู้ต้องหา เพราะถ้าปรากฏว่าไม่มีความผิดก็จะได้รับการปล่อยตัวไป<sup>๓๐</sup> ยิ่งในคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เช่น การฉีกขาดของเยื่อพรหมจารี คราบโลหิต คราบของอสุจิตามช่องคลอด และเสื้อผ้ายังปรากฏอยู่ หากปล่อยไปหลายวันร่องรอยต่าง ๆ ย่อมอาจหายไปได้ซึ่งยากแก่แพทย์ที่จะตรวจทางเคมี

สถานที่และเวลาในการสอบสวนนั้น ตามมาตรา 130 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า จะทำการในที่ใด เวลาใด แล้วแต่จะเห็นสมควร ทั้งนี้ย่อมแล้วแต่พฤติการณ์แห่งคดี อย่างในคดีข่มขืนกระทำชำเราทุกคดี พนักงานสอบสวนย่อมต้องออกไปสอบสวนดูสถานที่เกิดเหตุทันที เพื่อหาร่องรอยต่าง ๆ เช่น เสื้อผ้าของผู้เสียหาย หรือผู้ต้องหาที่ตกอยู่ในที่เกิดเหตุ เส้นผมของผู้ต้องหา คราบอสุจิ ร่องรอยการต่อสู้ขัดขืนและอื่น ๆ ที่เป็นประโยชน์แก่

<sup>๓๐</sup> ประเทือง กীরติบุตร, อ้างแล้ว, น.16

คดี ทั้งต้องส่งตัวผู้เสียหายไปยังโรงพยาบาลให้แพทย์ตรวจตัวและช่องคลอดของ ผู้เสียหาย เพื่อหาร่องรอยของคราบอสุจิ คราบโลหิต การฉีกขาดของเยื่อพรหม จารี และร่องรอยบาดแผลตามตัวผู้เสียหายที่เกิดจากการต่อสู้ขัดขืน บางรายที่ผู้เสียหายถูกข่มขืนแล้วถูกฆ่าอีก การหาร่องรอยต่าง ๆ เพื่อทราบสาเหตุเป็นสิ่ง สำคัญและจำเป็นอย่างยิ่ง และต้องกระทำทันที ถ้าปล่อยไว้ร่องรอยต่าง ๆ อาจ หายไป

จากระบบการสอบสวนของไทยดังกล่าวมา โดยปกติแล้วกับคดีทั่วไป มักได้ผลพอสมควรแต่ในคดีข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ผู้ศึกษามองว่าเป็นเรื่องค่อนข้าง ละเอียดย่ออ่อนมาก เพราะตัวเด็กนั้นได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจมาก พอสมควรอยู่แล้ว และต้องมาแล้วเรื่องในสิ่งที่ไม่น่าจะจดจำอีก

### การพิจารณาโดยลับ

ตามปกติการพิจารณาคดีในศาลจะต้องกระทำโดยเปิดเผย ทั้งนี้เพื่อ เป็นหลักประกันในความยุติธรรม กล่าวคือ การพิจารณาคดีลับพยาน ตลอดจน การพิพากษาหรือสิ่งคดีต้องทำโดยเปิดเผย หลักนี้ระบุอยู่ใน ป.วิ.อ. มาตรา 172, 182 วรรคสอง

มาตรา 172 "การพิจารณาและสืบพยานในศาล ให้ทำโดยเปิดเผย ต่อหน้าจำเลย เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

เมื่อโจทก์หรือทนายโจทก์และจำเลยมาอยู่ต่อหน้าศาลแล้ว และศาล เชื่อว่าเป็นจำเลยจริง ให้อ่านและอธิบายฟ้องให้จำเลยฟัง และถามว่าได้กระทำ ผิดจริงหรือไม่ จะให้การต่อสู้อย่างไรบ้าง คำให้การของจำเลยให้จดไว้ ถ้า จำเลยไม่ยอมให้การก็ให้ศาลจดยางานไว้และดำเนินการพิจารณาต่อไป"

มาตรา 182 วรรค 2

".... ให้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลโดยเปิดเผยในวันเสร็จการพิจารณาหรือภายใน 3 วัน นับแต่เสร็จคดี..."

การพิจารณาเป็นการลับ ศาลมีอำนาจสั่งการเองหรือสั่งตามคำขอ ความร้องขอแต่ต้องเพื่อประโยชน์แห่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันความลับอันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศมิให้ล่วงรู้ถึงประชาชน (ดู ป.วิ.อ. มาตรา 177) ซึ่งหมายความว่าหากการพิจารณาโดยเปิดเผยก่อให้เกิดอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือต่อความลับอันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศ และหากอันตรายดังกล่าวตกไป ศาลจะต้องสั่งให้มีการพิจารณาโดยเปิดเผยต่อไป

จากหลักดังกล่าวผู้ศึกษามองว่าในเมื่อรัฐบาลไทยได้เห็นสัญญาเป็นภาคีร่วมในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งมีผลคุ้มครองเด็กด้วย เหตุผล คือ

ตามร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กสากล ปี ค.ศ. 1987 ได้กล่าวไว้ในบทนำว่า เด็กพึงมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลและช่วยเหลือคุ้มครองเป็นพิเศษ (Childhood is entitled to special care and assistance) และได้กำหนดหลักการคุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็กไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือมุ่งคุ้มครองมิให้เด็กถูกข่มเหงรังแก หรือถูกละเมิดต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและสวัสดิภาพ ไม่ว่าจะกรณีใด ๆ เช่น การฆ่า การทำร้าย การล่วงเกินทางเพศ การถูกเอาไรต์เอาเปรียบไม่ว่าทางใด ๆ หรือนำเด็กเป็นสินค้าซื้อขายหรือการปฏิบัติต่อเด็กไม่เหมาะสม ไม่เสมอภาคจนเป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพของเด็ก กำหนดให้มีการคุ้มครองแก้ไข เยียวยาและฟื้นฟูสมรรถภาพเด็กที่ถูกกระทำละเมิด ให้คืนสู่สภาพปกติโดยเร็วที่สุด หลักการดังกล่าวปรากฏในร่างอนุสัญญา มาตรา 19, 32-36 และ 39 เป็นต้น จากข้อมูลดังกล่าวชี้ให้เห็นว่าแนวความคิดการรับรองสิทธิเด็กตามปฏิญญาสากลหรือตามร่างอนุสัญญาสิทธิเด็ก ได้รวมถึงสิทธิทางกฎหมาย สิทธิธรรมชาติ สิทธิทางวัฒนธรรมและทางเศรษฐกิจ ด้วย รัฐ

จึงมีหน้าที่ต้องพิทักษ์และก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสวัสดิภาพ หรือชีวิตของเด็ก รวมทั้งเสรีภาพในทางเพศด้วย

จากเหตุผลดังกล่าวข้อความในต้วบทดังกล่าวจึงน่าจะถือว่าเป็นกรณีเพื่อประโยชน์และความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้น การพิจารณาคดีชั้นกระทำชำเราในครอบครัว โดยเฉพาะกรณีเด็กจึงควรจะพิจารณาโดยลับเพื่อประโยชน์สูงสุดและเพื่อบรรลุมัตถุประสงค์ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้การลงนามของรัฐบาล ถือว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่มีผลผูกพันตามรัฐที่ให้สัตยาบันนั้น ๆ ด้วยแม้จะมีใช้สนธิสัญญาตาม Vienna Convention ค.ศ. 1969

อนุสัญญาเวียนนาคอนเวนชัน ม.2 วรรค 1 (a) ว่า ถ้อยคำสนธิสัญญา หมายความว่า ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างรัฐต่าง ๆ และอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะได้ทำขึ้นเป็นฉบับเดียวหรือสองฉบับ หรือหลายฉบับผนวกเข้าด้วยกันและไม่ว่าจะเรียกชื่อเช่นใด

จากหลักดังกล่าวถือว่าปฏิญญา ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นสนธิสัญญาชนิดหนึ่งจึงมีผลผูกพันให้รัฐภาคีที่ลงนามต้องปฏิบัติตาม จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็ก โดยจัดการพิจารณาโดยลับสำหรับกรณีชั้นกระทำชำเราเด็กตามเหตุผลที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เมื่อมีการพิจารณาโดยลับกฎหมายควรจำกัดบุคคลที่มีสิทธิเข้าร่วมในห้องพิจารณา (ดู ป.วิ.อ. มาตรา 178)

การพิจารณาโดยลับ เป็นการพิจารณาซึ่งนำหนักความขัดแย้งระหว่างประโยชน์รัฐและเสรีภาพในการรับข่าวสารจากประชาชนและในกรณีที่ประโยชน์รัฐสูงกว่า ศาลจึงอาจเว้นรายละเอียดเรื่องราวต่าง ๆ ของบุคคลหรือสถานที่ที่เกี่ยวข้องได้ <sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> คณิต ฦ นคร, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, อ่างแล้ว หน้า 262 - 263) หลักดังกล่าวเคยมีคำพิพากษาวินิจฉัยไว้ คือ ฎีกาที่ 1740/251

## การอภัยโทษ

หลังจากศาลได้มีคำพิพากษาและกำหนดอัตราโทษแล้วขั้นตอนต่อไป มักจะมีการขออภัยโทษทุกครั้ง ซึ่งมักจะทำให้โทษที่ลงไปไม่รุนแรงเท่าที่ควร ผู้ศึกษาจึงอยากนำเสนอข้อเสียของวิธีการนี้กับการแก้ไขปัญหามั้ขึ้นกระทำซ้ำเรา เด็กประกอบกัน กล่าวคือ

1. การอภัยโทษ เปลี่ยนโทษ และลดโทษ เป็นเรื่องของฝ่ายบริหาร การอภัยโทษ การเปลี่ยนโทษหนักเป็นเบา และการลดโทษ เป็นมาตรการของฝ่ายบริหาร ซึ่งฝ่ายบริหารอาจเริ่มขอพระราชทานโดยเห็นสมควรเอง หรือเริ่มขอพระราชทานโดยมีการร้องขอให้ถวายเรื่องราวขอพระราชทานก็ได้

เรื่องราวหรือคำแนะนำขอพระราชทานอภัยโทษแก่ผู้ต้องคำพิพากษา ให้ประหารชีวิตให้ถวายได้แต่เพียงครั้งเดียวเท่านั้น แต่สำหรับโทษอย่างอื่นถ้าถูกยกเรื่องราวหนึ่งแล้วจะยื่นใหม่อีกไม่ได้จนกว่าจะพ้นสองปีนับแต่วันถูกยกครั้งก่อน

2. ขั้นตอนการขออภัยโทษ เปลี่ยนโทษ และลดโทษ

ขั้นตอนการขอพระราชทานอภัยโทษ เปลี่ยนโทษหนักเป็นเบา และการลดโทษต้องกระทำผ่านรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (ป.วิ.อ. มาตรา 259 และ 260) โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (ป.วิ.อ. มาตรา 261 วรรค 2) หรือโดยคณะรัฐมนตรี (ป.วิ.อ. มาตรา 261 ทวิ)

ในกรณีที่การขอพระราชทานกระทำผ่านรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีหน้าที่ถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ (ป.วิ.อ. มาตรา 261 วรรคหนึ่ง)

ในกรณีคณะรัฐมนตรีเห็นสมควรต้องกระทำโดยการตราพระราชกฤษฎีกา

การได้รับอภัยโทษ เปลี่ยนโทษหนักเป็นเบาหรือการลดโทษเนื่องจากการกระทำความผิดอย่างหนึ่งไม่ตัดอำนาจศาลที่จะเพิ่มโทษ หรือไม่รอการลงโทษ หรือรอการลงโทษ เมื่อผู้นั้นได้ถูกฟ้องว่ากระทำความผิดอีกอย่างหนึ่ง (ป.วิ.อ.มาตรา 266)

เกี่ยวกับผลของการนี้ ป.วิ.อ. มาตรา 265 บัญญัติว่า "ในกรณีที่มีการอภัยโทษเด็ดขาดโดยไม่มีเงื่อนไข ห้ามมิให้บังคับโทษนั้น ถ้าบังคับโทษไปบ้างแล้วให้หยุดทันที ถ้าเป็นโทษปรับที่ชำระแล้วให้คืนค่าปรับให้ไปทั้งหมด

ถ้าการอภัยโทษเป็นแต่เพียงเปลี่ยนโทษหนักเป็นเบา หรือลดโทษโทษที่เหลืออยู่ก็ให้บังคับไปได้

แต่การได้รับพระราชทานอภัยโทษไม่เป็นเหตุให้ผู้รับพ้นความรับผิดชอบในการต้องคืนหรือใช้ราคาทรัพย์สินหรือค่าทดแทนตามคำพิพากษา"<sup>72</sup>

สำหรับหลักเกณฑ์การอภัยโทษดังกล่าวข้างต้นขึ้นอยู่กับผู้เสนอ หรือรับสนองพระบรมราชโองการ คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งในขณะที่อาชญากรรมทางเพศกำลังคุกคามอยู่นั้น โดยเฉพาะกระทำต่อเยาวชนของชาติ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ควรงดการอภัยโทษสำหรับความผิดฐานนี้ เว้นแต่พฤติการณ์จำเป็นจริง ๆ ซึ่งการอภัยโทษนั้นจะทำให้ผู้กระทำผิดไม่เกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์อีกต่อไป การให้อภัยโทษแก่นักโทษที่ทำความผิดฐานนี้ จึงควรพิจารณาเป็นพิเศษมิใช่ทำกันเป็นธรรมเนียมนิยมในโอกาสสำคัญต่างๆ จนทำให้การใช้โทษเพื่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษหย่อนสมรรถภาพไป

<sup>72</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 264



### 3.7.5 การบังคับคดีต่อผู้กระทำความผิดที่เป็นคนไทยและชาวต่างประเทศ

ในส่วนของผู้กระทำความผิดก็สามารถที่จะบังคับคดีได้ตามหลักทั่วไปอยู่แล้ว แต่ปัญหาคือถ้าผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก เป็นผู้มีภูมิลำเนาในต่างประเทศ และกระทำการหลบหนีไป หรือกระทำความผิดในต่างประเทศและหลบหนีมาเมืองไทย ปัญหามีแนวทางแก้ไขอย่างไร มี 2 แนวทางที่เกี่ยวข้องกับปัญหานี้ คือ

- 1) เรื่องการรับรองคำพิพากษาของต่างประเทศ
- 2) เรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

#### 1) เรื่องการรับรองคำพิพากษาของต่างประเทศ

กรณีที่จะต้องพิจารณาในเรื่องนี้คือกรณีที่ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กในต่างประเทศและหลบหนีมาประเทศไทย ปัญหาคือคำพิพากษานั้นจะใช้กับศาลไทยได้เพียงใด

การรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศย่อมจะเป็นไปตามกฎหมายภายในรัฐ เพราะเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐที่จะรับรองผลของการกระทำของรัฐต่างดาวหรือไม่ หรืออย่างไรก็ได้

ในบางประเทศกฎหมายภายในว่าด้วยการรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศก็เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว แต่ในบางประเทศก็ยังไม่มียุทธศาสตร์ลายลักษณ์อักษร และพอใจที่จะปล่อยให้เรื่องนี้เป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไป

สำหรับประเทศไทยบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความระหว่างประเทศยังมีอยู่น้อยมากและไม่เฉพาะเจาะจง โดยเฉพาะในเรื่องผลของคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้น ยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องสถานะของคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เราอาจจะพบหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายหลาย ๆ เรื่อง แต่การปรากฏตัวของหลักกฎหมายนี้ค่อนข้างจะจัดกระจายและเลือนลาง

จนถึงปัจจุบันมีคำพิพากษาอยู่เพียงฉบับเดียวที่แสดงทัศนคติของศาลไทยต่อปัญหาการรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ คำพิพากษานี้ก็คือ คำพิพากษากฎีกาที่ 585/2461 ซึ่งพิจารณาพิพากษาคดีโดยพระยาเทพวิฑูรพหุลศรัยชาติ พระยานเรนดิบัญญัติ นายปัสชาติ และนายซีเนียง

### คำพิพากษากฎีกาที่ 585/2461

ทำให้เข้าใจว่าศาลไทยมิได้ปฏิเสธที่จะ "ยอมรับบังคับบัญชาและดำเนินตาม" คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ จึงอาจมีผลในประเทศไทยได้แต่การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศโดยศาลไทยเป็นไปอย่างมีเงื่อนไข โดยมีหลักอยู่ 2 ประการ คือ

- 1) คำพิพากษาของศาลต่างประเทศจะต้องเป็นคำพิพากษาของศาลซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีนั้นได้
- 2) คำพิพากษาของศาลต่างประเทศจะต้องเป็นคำพิพากษาที่ได้วินิจฉัยถึงมูลคดีข้อพิพาทในระหว่างคู่ความสำเร็จเด็ดขาด จะหรือถอนขึ้นโต้แย้งในศาลไม่ได้

นอกจากนี้ยังทำให้เราเข้าใจได้ว่าถ้าเจ้าหน้าที่ศาลต่างประเทศขอศาลไทยให้ยอมรับและบังคับตามศาลต่างประเทศ และไม่สำเร็จศาลไทยยังอาจยอมรับและให้เจ้าหน้าที่ฟ้องคดีใหม่ได้ด้วย <sup>73</sup>

ในความเห็นของผู้ศึกษาเห็นว่าคำพิพากษาดังกล่าวแม้ค่อนข้างจะยอมรับได้ค่อนข้างลำบากกว่าคำพิพากษาฉบับเดียว จะก่อให้เกิดแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน แต่ข้อเท็จจริงตามฎีกาฉบับนี้ก็ได้รับการยอมรับมาเป็นเวลานานถึง 70 ปี จึงน่าจะใช้ได้ ดังนั้น ถ้ากรณีตามปัญหาศาลไทยก็น่าจะนำคำพิพากษาศาล

-----

<sup>73</sup> พันธุ์ทิพย์ กาญจนจิตรา, "ปัญหาเงื่อนไขการรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ, วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์ ปีที่ 22 ฉ.2 หน้า

ต่างประเทศมาเป็นหลักฐานสำคัญชิ้นหนึ่งในการพิจารณา เพื่อดำเนินการบังคับคดีกับผู้กระทำผิดโดยเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นคนต่างด้าวและกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

## 2) การส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ปัญหา : ถ้าผู้กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กทำผิดในราชอาณาจักรและหลบหนีไปต่างประเทศจะมีมาตรการอย่างไร แก้ไขบ้าง

กฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไทย

บทบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของเราในปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2472 ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ดังต่อไปนี้

(1) การส่งผู้ร้ายข้ามแดน ย่อมเริ่มด้วยการร้องขอจากรัฐบาลต่างประเทศ โดยทางทูตของรัฐบาลนั้นมายังรัฐบาลไทยให้ส่งบุคคลผู้ใดผู้หนึ่งข้ามแดน หรือถ้าไม่มีทูตก็โดยทางเจ้าพนักงานกงสุลผู้มีหน้าที่ตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2472 มาตรา 6 อันแสดงถึง "หลักร้องขอ"

(2) เมื่อจับตัวผู้ที่มีการร้องขอให้ส่งข้ามแดนได้แล้วต้องนำตัวผู้นั้นขึ้นสู่ศาลและต้องดำเนินการไต่สวนตามวิธีพิจารณาความอาญา (พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2472 มาตรา 11) อันแสดงถึง "หลักไต่สวน"

(3) คำร้องขอให้ส่งบุคคลข้ามแดนนั้นมีหลักฐานส่งมาประกอบ คือ

(ก) ในกรณีขอให้ส่งผู้ที่ศาลพิพากษาว่าได้กระทำความผิดไปรับโทษ ต้องมีสำเนาคำพิพากษาของศาลที่ได้พิจารณาคดีนั้นซึ่งมีเจ้าหน้าที่รับรองโดยชอบ

(ข) ในกรณีขอให้ส่งผู้ซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดต้องมีหมายจับหรือสำเนาหมายจับซึ่งมีเจ้าหน้าที่รับรองโดยชอบ ตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2472 มาตรา 7

ตามที่กล่าวมานี้แสดงว่ากฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของเราถือ "หลักเจาะจงความผิด"

(4) ในส่วนของ "หลักต่างตอบแทน" แม้กฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของเราจะไม่กล่าวถึงไว้โดยตรง แต่หลักนี้เป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงอธิปไตยของรัฐทุกรัฐในการมีความสัมพันธ์กับผู้อื่น เป็นการแสดงถึงความเสมอภาคของรัฐต่าง ๆ

(5) กฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของเราใช้ "หลักปทัสถานตรงกัน" เช่นเดียวกัน (พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2472 มาตรา 4) แต่ไม่ขยายครอบคลุมไปถึงเงื่อนไขให้อ่านาจดำเนินคดี (คำพิพากษาศาลอุทธรณ์คดีดำที่ 45/2487 พ.ศ.2480 คดีแดงที่ 49/2867 พ.ศ.2480 (คดีระหว่างพนักงานอัยการ โจทก์ นายราชิตดิน หรือหม่องชิตดิน จำเลย) กรณีอายุความไม่ใช่ปัญหาที่จะนำมาพิจารณาในชั้นไต่สวนเพื่อส่งผู้ร้ายข้ามแดนแต่เป็นปัญหาที่จำเลยจะต้องยกขึ้นต่อสู้ในชั้นพิจารณาความผิดจริง ๆ

(6) เมื่อมีการร้องขอให้ส่งบุคคลใดข้ามแดน ถ้าปรากฏว่าบุคคลนั้นเป็นผู้ซึ่งศาลของประเทศใดได้พิจารณาและพิพากษาให้ปล่อย หรือได้รับโทษในความผิดที่ร้องขอให้ส่งข้ามแดนแล้วจะไม่มี การส่งตัวผู้นั้นไปอีก ตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2472 มาตรา 5 ซึ่งแสดงถึงหลัก *ne bis in idem*

(7) ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของเรากำหนดความผิดที่จะส่งข้ามแดนว่าจะต้องเป็นความผิดที่กำหนดโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปี (พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2472 มาตรา 4) "หลักคดีเล็กน้อย" ของเราถือเอาโทษจำคุกต่ำกว่าหนึ่งปี

(8) เกี่ยวกับส่งคนชาติของตนนั้น หลักกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน คงถือหลักทำนองเดียวกับประเทศระบบคอมมอนลอว์กล่าวคือ ไม่ห้ามเสียทีเดียว (ดูสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่าง ๆ ในหนังสือพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2472 ซึ่งเป็นหนังสือกฎหมายของสำนักพิมพ์นิติเวชซ์)



(๑) ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนของเราจะไม่มี การส่งผู้ร้ายข้ามแดนในความผิดอันมีลักษณะในทางการเมือง ตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2472 มาตรา 12

อย่างไรก็ตามในการพิจารณาเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้น นอกจากจะพิจารณาถึงหลักต่าง ๆ ในกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนแล้ว จะต้องพิจารณาสนธิสัญญาที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่าง ๆ ประกอบด้วย (จนถึงปัจจุบันประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และเบลเยียม)

การดำเนินการในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นภารกิจของอัยการ ในการดำเนินการในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนไม่ว่าจะเป็นกรณีประเทศไทยเป็นรัฐที่ถูกร้องขอ หรือรัฐที่ร้องขอย่อมเป็นอำนาจหน้าที่ของอัยการ ตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พุทธศักราช 2472 มาตรา 8 ป.วิ.อ. มาตรา 141 วรรค 4 ฉะนั้นกรณีตามปัญหาดังกล่าวผู้ศึกษาจึงเห็นว่าก็น่าจะเข้าตาม (1) แต่ต้องเป็นเรื่องของพนักงานอัยการที่ต้องดูตามความร้ายแรง และพฤติการณ์แห่งคดีประกอบกันไป

#### ข้อสังเกต

มาตรการการส่งผู้ร้ายข้ามแดนค่อนข้างล่าช้า และผลไม่แน่นอน เพราะขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของเจ้าพนักงานอัยการเป็นหลัก พนักงานอัยการควรใช้วิธีในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตามมาตรา 25 โดยอนุโลม เร่งการพิจารณาคดีนี้ให้รวดเร็วเป็นพิเศษด้วย เพราะเกี่ยวข้องกับสวัสดิภาพของเยาวชนของชาติโดยตรง

#### - พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534

กรณีการข่มขืนกระทำชำเราเด็กโดยพ่อแม่ (Incest) ประเทศไทยก็มีมาตรการในการถอนอำนาจปกครองของบิดามารดา/ผู้ใช้อำนาจปกครองได้ เป็น

การแยกตัวเด็กออกจากครอบครัว เพื่อป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดฐานนี้  
อีก เพราะเป็นเขตอำนาจศาลเยาวชนและครอบครัว ตามมาตรา 11 ที่บัญญัติว่า

".... ศาลเยาวชนและครอบครัวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่ง  
ในคดีต่อไปนี้

.... (3) คดีครอบครัว ได้แก่ คดีแพ่งที่ฟ้องหรือร้องขอต่อศาลหรือ  
กระทำการใด ๆ ในทางศาลหรือกระทำการใด ๆ ในทางศาลเกี่ยวกับผู้เยาว์  
หรือครอบครัว แล้วแต่กรณี ซึ่งจะต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การทำงานหน่วยงานประกอบด้วยแพทย์ จิตแพทย์ นักจิตวิทยา พนักงาน  
คุมประพฤติ ครู และพนักงานอื่นตามที่จะได้มีกฎหมายระบุตำแหน่ง เพื่อช่วยเหลือ  
ผู้อำนวยการสถานพินิจตามสมควร (มาตรา 36)

วิธีการคุ้มครองป้องกันการเข้มข้นกระทำซ้ำเราเด็กที่ค่อนข้างเด่นชัดใน  
พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ การคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างพิจารณาคดี มาตรา  
119 โดยศาลมีอำนาจตั้งผู้อำนวยการสถานพินิจเป็นผู้กำกับ การปกครองมีอำนาจ  
หน้าที่สอดส่องว่าบิดามารดาหรือผู้ปกครองผู้เยาว์ได้ใช้อำนาจปกครองเพื่อสวัสดิ  
ภาพและอนาคตของผู้เยาว์หรือไม่ ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองมิให้การเข้มข้นกระทำ  
ซ้ำเราเด็กซ้ำ

มาตรา 119 "ศาลมีอำนาจตั้งผู้อำนวยการสถานพินิจที่ผู้เยาว์นั้นอยู่ใน  
เขตอำนาจ เป็นผู้กำกับการปกครอง และให้ผู้กำกับการปกครองมีอำนาจหน้าที่  
สอดส่องว่าบิดามารดาหรือผู้ปกครองของผู้เยาว์ได้ใช้อำนาจปกครองเพื่อสวัสดิ  
ภาพและอนาคตของผู้เยาว์หรือไม่ และให้มีอำนาจหน้าที่อื่นตามที่ศาลมอบหมาย  
รวมทั้งรวบรวมและรายงานข้อเท็จจริงและการปฏิบัติหน้าที่ของผู้กำกับการปกครอง  
ต่อศาลเป็นครั้งคราว...."

ในส่วนข้อดีข้อเสียของมาตรการกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นในบทนี้  
ผู้ศึกษาจะวิเคราะห์ให้เห็นเด่นชัดในบทต่อไป

### การเตรียม

ตามกฎหมายอาญาของไทยนั้น โดยหลักแล้วจะกำหนดให้การกระทำใดจะเป็นความผิดได้นั้นต้องถึงขั้นลงมือ (last act) แล้ว คือ มีการกระทำชั้นพยายามตามมาตรา 80 แล้ว ถ้าเป็นเพียงการคิดแต่ยังไม่ลงมือกระทำ ซึ่งในภาษากฎหมายเรียกว่า การเตรียม นั้น ไม่ได้ถือว่าเป็นความผิด แต่มีข้อยกเว้นในความผิดบางฐาน แม้เตรียมก็ถือว่าความผิดสำเร็จแล้ว และมีบทกำหนดโทษ อาทิเช่น ความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์สินผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 219 ที่บัญญัติว่า "ผู้ใดเตรียมเพื่อกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 217 หรือ มาตรา 218 ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับพยายามกระทำความผิดนั้น ๆ"

คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง คือ ตัวทรัพย์สิน เมื่อพิจารณาดังนั้นแล้ว ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าปัญหาการล่อลวงเด็กไปข่มขืนกระทำชำเรา โดยการมอมเมาด้วยแอลกอฮอล์ เกิดบ่อยครั้งมาก จึงควรจะทำให้ความคุ้มครองต่อเนื้อตัว ร่างกายเด็กด้วย ขนาดทรัพย์สินยังคุ้มครอง แต่ความผิดเกี่ยวกับเพศนี้เกี่ยวกับเสรีภาพของมนุษย์ จึงควรให้ความคุ้มครองยิ่งกว่ามาก ในความเห็นของผู้ศึกษาจึงขอเสนอให้มีร่างตัวบทกฎหมายระบุโทษ การเตรียมกระทำการข่มขืนหรืออนาจารด้วย เพื่อเป็นแนวทางแก้ไขปัญหา โดยมีข้อความดังนี้

"ผู้ใดเตรียมเพื่อกระทำความผิดดังกล่าวในหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็ก ต้องระวางโทษ....."

การกำหนดเช่นนี้จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากขึ้น ในส่วนของต่างประเทศนั้น เพียงแต่แสดงการลวนลามไม่ว่าโดยวาจาหรือการกระทำ คำพูด ก็ผิดแล้ว<sup>74</sup> ประเทศไทยจึงควรยึดหลักนี้เช่นเดียวกัน เพื่อให้การปรับใช้กฎหมายเกิดประสิทธิภาพสูงสุด

<sup>74</sup> Ibid, p.54