

การกำหนดเหตุการณ์และคำนิยามของผู้กระทำความผิดทางเพศตามประมวล

กฎหมายอาญา มาตรา 285



นางสาวรุจิกร อินทรสกุล

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
วิชาเอกกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2564

**Determination of Aggravating Circumstance and Definition of Sex  
Offender under Article 285 of Thailand Penal Code**

**Miss Rujikorn Intarasakul**



An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for  
the Degree of Master of Laws in Criminal Law and Criminal Justice

School of Law


Sukhothai Thammathirat Open University

2021

หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ การกำหนดเหตุการณ์และสำนิยามของผู้กระทำความผิดทางเพศ  
ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285  
ชื่อและนามสกุล นางสาวรุจิกร อินทรสกุล  
วิชาเอก กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม  
สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช  
อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปิ่นณวิษ ทัพภวิมล

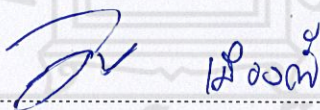
การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา  
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 31 สิงหาคม 2565

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ



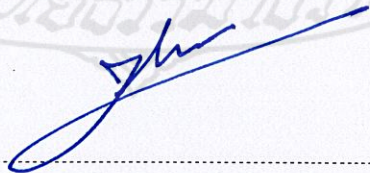
ประธานกรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปิ่นณวิษ ทัพภวิมล)



กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองด้า)



(รองศาสตราจารย์ รุฑติ เทพทอง)

ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

**ชื่อการศึกษาค้นคว้าอิสระ** การกำหนดเหตุการณ์และคำนิยามของผู้กระทำความผิดทางเพศตาม  
ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285

**ผู้ศึกษา** นางสาวรุจิกร อินทรสกุล **รหัสนักศึกษา** 2624001794 **ปริญญา** นิติศาสตรมหาบัณฑิต  
**อาจารย์ที่ปรึกษา** ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปิ่นฉวี ทัทภักวิมล **ปีการศึกษา** 2564

### บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีในความผิดเกี่ยวกับเพศในความสัมพันธ์ของบุคคลที่เป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้น จากกฎหมายประเทศไทย กฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายของ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐฝรั่งเศส (2) ศึกษากฎหมาย สำหรับความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางเพศให้รับโทษที่หนักขึ้นทั้งในส่วนของจากกฎหมายประเทศไทย กฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศ อาทิ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐฝรั่งเศส (3) ศึกษาวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของบุคคลโทษที่ต้องรับโทษหนักขึ้นทั้งในส่วนของกฎหมายประเทศไทย กฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศ อาทิ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐฝรั่งเศส และ (4) เสนอแนะแนวทางในการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการให้คำนิยามให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ของปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพด้วยวิธีวิจัยจากเอกสาร ผู้ศึกษาได้ทำการรวบรวมข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง รวมถึงหนังสือ บทความ วารสาร เอกสารทางวิชาการ งานวิจัย วิทยานิพนธ์ และข้อมูลจากเครือข่ายอินเทอร์เน็ตทั้งในภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ในส่วนของกรณีวิเคราะห์ข้อมูล ผู้วิจัยได้วิเคราะห์ข้อมูลเชิงคุณภาพ โดยวิเคราะห์จากข้อมูลที่ได้จากการวิจัยเอกสารข้างต้น เพื่อจัดทำข้อเสนอแนะต่อไป

ผลการศึกษาพบว่า (1) ความผิดเกี่ยวกับเพศในความสัมพันธ์ของบุคคลที่มีผลให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นของกฎหมายไทย มิได้ให้คำจำกัดความที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงในกรณีผู้กระทำความผิดที่อยู่ในสถานะบิดาเลี้ยงหรือมารดาเลี้ยง ทั้งที่เป็นลักษณะกรณีผู้ใกล้ชิดลำดับแรกและเป็นกรณีที่มีเหตุปรากฏเป็นบ่อยครั้ง (2) บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาไทยตามมาตรา 285 เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศ อาทิ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐฝรั่งเศสแล้ว มิได้ให้คำนิยามครอบคลุมลักษณะของผู้ก่อเหตุที่มีลักษณะใกล้ชิดโดยอาศัยความสัมพันธ์พิเศษในการก่อเหตุทางเพศให้ได้รับโทษหนักขึ้น (3) มาตรการทางกฎหมายอาญาของประเทศไทยตามมาตรา 285 ควรทำการแก้ไขเพิ่มเติมโดยการกำหนดสถานะของผู้ปกครองที่จะต้องรับโทษหนักขึ้นทั้งโดยกฎหมายและตามความเป็นจริง (4) บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยตามมาตรา 285 สมควรอย่างยิ่งในการเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในมาตรา 1 ในการให้หมายความหรือคำอธิบายเพิ่มเติมสำหรับกรณีเหตุความผิดทางเพศที่ก่อโดยผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด

**คำสำคัญ** เหตุการณ์ ผู้กระทำความผิดทางเพศ

**Independent Study title:** Determination of Aggravating Circumstance and Definition of Sex Offender under Article 285 of Thailand Penal Code

**Author:** Miss Rujikorn Intarasakul; **ID:** 2624001794; **Degree:** Master of Laws

**Independent Study advisor:** Dr.Punnawit Tuppawimol, Assistant Professor;

**Academic Year:** 2021

### **Abstract**

The objectives of this independent study were (1) to investigate the background, concepts, and theories about sexual offenses in a relationship of individuals that are the causes that increase the degree of liability or culpability, from Thai law International law and the law of the United Kingdom, the United States of America, the Federal Republic of Germany and the French Republic (2) to study legal measures and the proportionality of punishment imposed on relevant individuals, and definition and stipulation of legal punishment under Thai law and international law, (3) to make a comparative study and analyze legal measures associated with definition and stipulation of legal punishment under Thai law and international law and (4) to offer a guideline for law amendment to the definition to be compliant with current status of problems.

The study was conducted on the basis of a qualitative documentary research. Relevant data were collected from books, articles, journals, academic documents, research studies, theses, and information on the internet in Thai and English. Qualitative data analysis was conducted based on the data obtained from the documentary research mentioned earlier so as to prepare suggestions accordingly.

The study results revealed that (1) the provisions of the law did not contain a definition that covers characteristics of a sex offender having intimate relationship and using that special relationship to commit a sexual offense, (2) the provisions of the law did not contain a specific definition in case a sex offender is a stepfather or stepmother as it is a characteristic of a case caused by an intimate person and occurs several times, (3) the provision under Thai Penal Code Article 285 should be amended by determining the status of parents who shall be imposed a higher degree of punishment by law and the actual situation, (4) the provision under Thai Penal Code Article 1 should be amended by providing additional definition or explanation for a sex offense committed by an intimate person.

**Keywords:** Aggravating circumstance, Sex offender

## กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณาเป็นอย่างยิ่งจาก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปณณวิช ทัทภวิมล ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าให้เกียรติรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาการศึกษาค้นคว้าอิสระ ท่านอาจารย์ได้คำปรึกษา คำชี้แนะแนวทางในการเขียนการศึกษา ค้นคว้าอิสระและค้นหาข้อมูลทางวิชาการ กรุณาตรวจทานพร้อมทั้งให้คำแนะนำปรับปรุงแก้ไข ข้อบกพร่องต่าง ๆ ตลอดจนแนวคิดอันเป็นประโยชน์เพื่อให้การศึกษาค้นคว้าอิสระสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ ที่ได้กรุณารับเป็น กรรมการการศึกษาค้นคว้าอิสระพร้อมทั้งได้ให้ข้อแนะนำที่มีคุณค่าและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการ จัดทำการศึกษาค้นคว้าอิสระจนทำให้การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้สำเร็จอย่างสมบูรณ์

สุดท้ายนี้ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณบิดามารดา ที่เป็นเสมือนแรงใจ แรงผลักดันอัน ยิ่งใหญ่ และให้โอกาสทางการศึกษาในทุกระดับชั้นการศึกษาแก่ผู้วิจัย รวมทั้งขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์ทุกท่านที่ประสาทความรู้ทางวิชาการ เจ้าหน้าที่บัณฑิตศึกษาที่คอยช่วยเหลืออำนวยความสะดวก ตลอดจนเพื่อนร่วมรุ่นทุกท่านในคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช ที่คอยให้ความช่วยเหลือและเป็นกำลังใจในการทำการศึกษาค้นคว้าอิสระเสมอมา จนกระทั่งการศึกษา ค้นคว้าอิสระฉบับนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดี

อนึ่งหากการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้มีคุณค่าและเป็นประโยชน์แก่การศึกษาทาง วิชาการประการใดแล้ว ผู้ศึกษาขอกราบเป็นกตเวทิตาคุณแก่บิดามารดา คณะอาจารย์ และผู้มีพระคุณ ทุกท่านที่ได้มีส่วนเกื้อกูลเสริมสร้างรากฐานที่สำคัญสำหรับผู้ศึกษา หากการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับ นี้มีข้อผิดพลาดบกพร่องประการใด ผู้ศึกษาขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และกราบขออภัย ในความผิดพลาดมา ณ ที่นี้ด้วย

รุจิกร อินทรสกุล

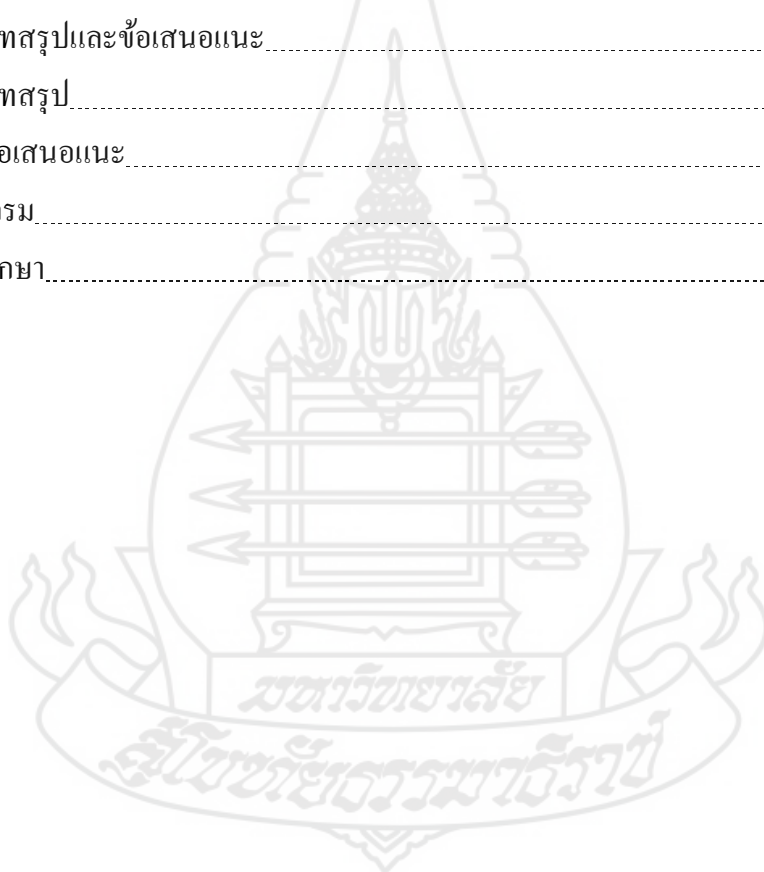
สิงหาคม 2565

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย .....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	จ
กิตติกรรมประกาศ .....	ฉ
สารบัญตาราง .....	ฅ
บทที่ 1 บทนำ .....	1
ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
วัตถุประสงค์ของการศึกษา .....	10
สมมติฐานของการศึกษา .....	10
ขอบเขตของการศึกษา .....	11
วิธีดำเนินการศึกษา .....	11
ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ .....	11
บทที่ 2 ความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีในความผิดเกี่ยวกับเพศในความสัมพันธ์ของบุคคล ที่เป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้น .....	13
ความเป็นมาประมวลกฎหมายอาญาไทยเกี่ยวกับความผิดทางเพศ ที่เป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้น .....	13
แนวคิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศที่เป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้น เนื่องจากเป็นเหตุฉกรรจ์ .....	43
ทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดและการลงโทษ .....	45
บทที่ 3 การกำหนดเหตุฉกรรจ์และคำนิยามสำหรับความผิดทางเพศ ตามกฎหมายไทยกฎหมายระหว่างประเทศและต่างประเทศ .....	47
กฎหมายของประเทศไทย .....	47
กฎหมายระหว่างประเทศ .....	59
กฎหมายต่างประเทศ .....	65
ความผิดเกี่ยวกับเพศเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ว่าด้วยกรณีผู้ใช้อำนาจปกครอง .....	89

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดเหตุที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้น	
ในกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ.....	94
ปัญหาการกำหนดเหตุจรรยาแก่ผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง.....	94
ปัญหาการกำหนดเหตุจรรยาที่เป็นเครือญาติหรือคนใกล้ชิด.....	100
ความจำเป็นในการกำหนดคำนิยามเพิ่มเติมสำหรับผู้กระทำความผิดทางเพศ ที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เครือญาติ และคนใกล้ชิด.....	104
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	109
บทสรุป.....	109
ข้อเสนอแนะ.....	114
บรรณานุกรม.....	117
ประวัติผู้ศึกษา.....	121





สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 3.1	
เปรียบเทียบการรับโทษที่หนักขึ้นสำหรับผู้กระทำผิดที่เป็นเครือญาติ หรือคนใกล้ชิดของผู้ถูกกระทำผิดในส่วนของกฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศ.....	92
ตารางที่ 4.1	
ปัญหาการกำหนดเหตุฉกรรจ์แก่ผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง.....	98
ตารางที่ 4.2	
ปัญหาการกำหนดเหตุฉกรรจ์ที่เป็นเครือญาติหรือคนใกล้ชิด.....	103
ตารางที่ 4.3	
ความแตกต่างในการกำหนดนิยามเพิ่มเติมสำหรับผู้รับผิดตามมาตรา 285.....	107



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

โดยทั่วไปแล้วความสำคัญของสถาบันครอบครัวหรือคนใกล้ชิดรอบตัวของเด็กและเยาวชนในทุกมุมโลก ไม่ว่าจะเป็นเชื้อชาติพันธุ์ใดมักเป็นจุดเริ่มต้นแห่งการอบรมบ่มนิสัยของแต่ละบุคคล เริ่มต้นตั้งแต่แรกเกิดด้วยเหตุและผลที่จะนำไปสู่การแยกแยะสิ่งต่างๆ ที่บุคคลเหล่านั้นจะได้เติบโตไปเผชิญ ให้สามารถวิเคราะห์หัดตัดสินใจเรื่องราวปัญหาต่างๆ ไปในทางที่ถูกและควร ซึ่งบุคคลที่สามารถวิเคราะห์สิ่งต่างๆ และตระหนักได้ว่าการณ์อันใดควรกระทำหรือการณ์อันใดสมควรเลี่ยงการกระทำก็จะทำให้ผู้นั้นดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างเข้มแข็งภายหลังการก้าวออกจากสถาบันครอบครัวหรือสภาพแวดล้อมที่เต็มไปด้วยบุคคลใกล้ชิดที่คุ้นเคย<sup>1</sup> เข้าสู่สังคมขนาดใหญ่หรือที่เรียกกันว่าโลกแห่งความเป็นจริง โดยหน้าที่เหล่านี้ในช่วงเริ่มแรกของการถือกำเนิดชีวิตบุคคลคนคนหนึ่งนั้นมักจะเป็นบิดาและมารดาผู้ให้กำเนิดนั่นเอง หรืออาจเป็นปู่ ย่า ตา ยาย ลุง ป้า น้า อา บุคคลอื่นที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดแต่ประการใดในกรณีที่บุคคลในลำดับที่กล่าวมาก่อนหน้านี้ไม่สามารถรับผิดชอบต่อหน้าที่นี้ได้ และแม้แต่คนอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดสนิทคุ้นเคยกันเป็นอย่างดีก็ครอบครัวหรือเด็กเอง ต่อมาเมื่อบุคคลดังกล่าวเจริญวัยเข้าสู่ช่วงระยะเวลาแห่งการศึกษาเล่าเรียนการรับหน้าที่อบรมให้ความรู้วิชาการขั้นพื้นฐานในเบื้องต้นตลอดจนจริยธรรมคุณธรรมการเข้าสู่สังคมคนหมู่มากก็จะเป็นครูบาอาจารย์ที่จะเข้ามามีบทบาทอย่างยิ่งในช่วงระยะเวลานี้สำหรับการขัดเกลานิสัยควบคุมความประพฤติของบุคคลนั้นๆ ที่จะต้องมีต่อเพื่อนร่วมสังคมอย่างถูกต้องในทางที่ควรจะเป็น แต่อย่างไรก็ตามสถาบันครอบครัวหรือคนใกล้ชิดซึ่งเป็นเสาหลักแห่งบุคคลนั้นก็ยังคงเป็นที่พึ่งพิงหลักในการให้ความรักและกำลังใจ พร้อมทั้งเป็นที่ปรึกษารับฟังเรื่องราวปัญหาในการดำเนินชีวิตที่มีความหลากหลายทั้งความสมหวังที่ได้รับและความผิดหวังที่บุคคลนั้นต้องเผชิญ

---

<sup>1</sup> RAMA CHANNEL ขับเคลื่อนสังคมไทยให้สุขภาพดี. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก [https://www.rama.mahidol.ac.th/ramachannel/article/อิทธิพลครอบครัว-ที่ส่งผ.\(2565 , 23 มกราคม\)](https://www.rama.mahidol.ac.th/ramachannel/article/อิทธิพลครอบครัว-ที่ส่งผ.(2565 , 23 มกราคม))

ทั้งนี้ตามความคาดหวังที่ทุกคนในสังคมหรือปัจเจกบุคคลใดก็ตามต่างก็ต้องการให้สิ่งต่างๆ ดังที่กล่าวมาข้างต้นเป็นเช่นนั้น ซึ่งก็คือความสมบูรณ์แบบตามอุดมคติทั่วไป หากแต่ในความเป็นจริงเรื่องราวของบุคคลทุกคนที่เกิดมานั้นหาได้เป็นเช่นนั้นไม่ กล่าวคือมิใช่ว่าบุคคลทุกคนจะเกิดมาในสถาบันครอบครัวหรือคนแวดล้อมใกล้ชิดที่ดีเสมอไป บุคคลคนหนึ่งอาจเกิดมาในสถาบันครอบครัวหรือแวดล้อมไปด้วยคนใกล้ชิดที่มีได้เพียงพร้อมในการดูแลรับผิดชอบอบรมบ่มนิสัย ทั้งยังไร้ซึ่งความสามารถในการปกป้องลูกหลานที่อยู่ในความไร้เดียงสาหรือคนในครอบครัวที่ไม่สามารถให้การช่วยเหลือตนเองได้ต่อภัยอันตราย ทั้งยังไม่สามารถเลือกสังคมและสภาพแวดล้อมที่ดีให้เด็กได้เติบโตและดำรงชีวิตอยู่อย่างปลอดภัย มีหน้าที่เหล่าคนที่เป็สมาชิกของสถาบันครอบครัวหรือคนที่มีความผูกพัน ใกล้ชิดต่อเด็กกลับกลายเป็นจุดเริ่มต้นแห่งความเลวร้ายในชีวิตแก่เด็กเสียเอง

มูลนิธิหญิงชายก้าวไกลได้รวบรวมสถิติความรุนแรงทางเพศจากข่าวในหน้าหนังสือพิมพ์จำนวน 13 ฉบับในปี 2560<sup>2</sup> พบว่า 317 ข่าว เป็นเหตุความรุนแรงทางเพศ โดยอายุระหว่าง 5-20 ปี (กลุ่มเด็กและเยาวชน) คืออายุของผู้ถูกระทำซึ่งเป็นจำนวนเปอร์เซ็นต์ที่เกินครึ่งถึง 60.6% โดยลำดับรองลงไปเป็นกลุ่มผู้ถูกระทำอายุระหว่าง 41-60 ปี 30.9% (กลุ่มวัยกลางคน) โดยผู้ถูกระทำน้อยที่สุดเป็นเด็กหญิงอายุเพียง 5 ขวบที่ถูกก่ออาชญากรรมทางเพศด้วยการข่มขืน และอายุที่มากที่สุดคือ 90 ปี อีกทั้งยังพบว่าจำนวนผู้ที่เสียชีวิตจากเหตุความรุนแรงดังกล่าวอีก 20 ราย และในด้านกลุ่มอาชีพคิดเป็น 60.9% เป็นผู้ถูกระทำที่มากที่สุดคือนักเรียนและนักศึกษา โดยเหตุความรุนแรงเช่นว่านั้นเกินกว่าครึ่งเป็นการกระทำของคนที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวของเหยื่อกว่า 53% ซึ่งในลำดับที่รองลงไปได้แก่บุคคลแปลกหน้าที่มิได้รู้จักกับเหยื่อ 38.2% และ 8.8% เป็นของบุคคลที่เหยื่อรู้จักผ่านโซเชียล โดยผู้ที่ก่อเหตุนั้นพบว่าอายุน้อยสุดคือ 12 ปี

จากรายงานของสถิติดังกล่าวกรณีที่เป็นคนใกล้ชิดหรือรู้จักคุ้นเคยกับเหยื่อเป็นอย่างดี ซึ่งโดยมากจะเป็นกรณีที่ถูกกระทำได้ก่อความผิดในลักษณะของการข่มขืน รวมทั้งยังมีอีกหลายกรณีที่บุคคลผู้ก่อความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เหยื่อมิให้ในการก่อเหตุหรือล่อลวง เป็นผลให้ผู้ถูกระทำมีอาการหวาดระแวง อาการผวา และอาการหวาดกลัว 26.1% แต่ที่ยังน่ากังวลไปกว่านั้นคือ 12.8% เป็นการที่เหยื่อถูกบังคับให้มีเพศสัมพันธ์เป็นระยะเวลาที่ยาวนานและหลายครั้ง

<sup>2</sup> Workpointtoday. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก [\(2565 , 23 มกราคม\)](https://workpointtoday.com/0เปิดสถิติความรุนแรงทาง/)

หนึ่งในปัญหาที่ก่อความเสียหายขั้นรุนแรงแก่สังคมและประเทศชาติก็คือ การก่ออาชญากรรมทางเพศจากบุคคลในครอบครัว หรือบุคคลที่ใกล้ชิดต่อเหยื่อ บ่อยครั้งมักเป็นที่เข้าใจว่าการเกิดอาชญากรรมทางเพศจะเกิดขึ้นเวลาคำคืนตามสถานที่เปลี่ยวและรกร้าง โดยเหตุที่ผู้ถูกกระทำหรือผู้ตกเป็นเหยื่อเผชิญเหตุการณ์เลวร้ายดังกล่าวนั้น ก็เนื่องมาจากการสวมใส่เสื้อผ้าที่ไม่มิดชิดและล่อแหลมเกินสมควร แต่ในความเป็นจริงอีกด้านหนึ่งนั้นองค์ประกอบและปัจจัยเหล่านี้มิได้เป็นตัวกำหนดหรือเป็นสาเหตุหลักในการเกิดอาชญากรรมทางเพศเสมอไป แต่แท้จริงแล้วผู้ที่ก่อเหตุอาชญากรรมดังกล่าวหาใช่เป็นคนอื่นคนใดเลย หากแต่จะกลับกลายเป็นคนใกล้ชิดที่คุ้นเคย อาทิ บิดามารดา บุตรที่กำเนิดโดยสายเลือด พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือที่ไม่ได้ร่วมบิดามารดา ปู่ย่าตายาย ลุงป้า น้าอา ญาติ ครูบาอาจารย์ หรือคนสนิทครอบครัว ด้วยว่าบุคคลเหล่านี้อาศัยโอกาสในความเป็นผู้ปกครอง ผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือผู้ดูแลในการได้ใกล้ชิดและได้รับซึ่งความไว้วางใจจากเหยื่อหรือครอบครัวเหยื่อเป็นพิเศษ ซึ่งการเป็นเหยื่ออาชญากรรมในครอบครัวหรือคนใกล้ชิดตัวนั้นมีได้จะมีแต่เฉพาะกับเด็กเล็กแต่เพียงเท่านั้นหากแต่จะรวมไปถึงบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่แล้วด้วยเช่นกัน

เมื่ออาชญากรรมทางเพศจากคนในครอบครัวหรือคนใกล้ชิดตัวได้เกิดขึ้นจะสังเกตได้ว่าเป็นจำนวนไม่น้อยที่เหยื่อตกอยู่ในสภาวะไร้ความสามารถในการจะบอกกล่าวเรื่องราวที่เกิดขึ้นเพื่อเรียกร้องความเป็นธรรมให้แก่ตนเอง หรือเพื่อให้ตนเองได้หลุดพ้นจากความทุกข์ทรมานที่ได้รับและเผชิญอยู่ และแม้กรณีที่เหยื่อมิได้ตกอยู่ในสภาวะที่ไร้ความสามารถในอันที่จะช่วยเหลือตนเองได้ เช่น พิการทุพพลภาพทางสติปัญญาหรือทางกายภาพ แต่ไม่กล้าบอกกล่าวเรื่องราวดังกล่าวออกไปด้วยเกรงว่าจะได้รับความอับอาย เสื่อมเสียชื่อเสียง เสื่อมเสียเกียรติที่จะได้รับจากสังคม นอกจากนี้ยังมีในกรณีที่บุคคลในครอบครัวได้รับรู้ถึงเรื่องราวการเกิดอาชญากรรมแต่เลือกที่จะไม่เรียกร้องความเป็นธรรมให้แก่บุคคลในครอบครัวของตน แต่เลือกที่จะไม่เอาผิดและปล่อยให้เหตุการณ์ดังกล่าวดำเนินต่อไปเป็นที่ทุกข์ทรมานใจแก่เหยื่อโดยไม่มีที่สิ้นสุด เพราะกลัวว่าหากเรื่องนี้เป็นที่รับรู้แก่บุคคลภายนอกตนเองและครอบครัวจะได้รับความอับอาย

ดังนั้น จากการกระทำความคิดเช่นว่านี้เองต่อเหยื่อ โดยบุคคลในครอบครัวหรือบุคคลที่ใกล้ชิดจึงสมควรอย่างยิ่งที่จะให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นยิ่งกว่าบุคคลทั่วไปที่ก่อความผิดในลักษณะเช่นเดียวกัน เนื่องจากแท้จริงแล้วหน้าที่หรือโอกาสในการให้ความคุ้มครองดูแลปกป้องนั้นควรจะเป็นสิ่งที่บุคคลเหล่านี้พึงกระทำให้เป็นไปในทางที่ดีและถูกต้อง แต่กลับกลายเป็นว่าบุคคล

<sup>3</sup> อัคริมา สุขดีและธัญญลักษณ์ บังชะฎา (2564). ปัจจัยทางสังคมกับการใช้ความรุนแรงทางเพศในประเทศไทย. บทความวิจัย วารสารธรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร. หน้า 163.

นั้นอาศัยความใกล้ชิดที่วางใจที่เชื่อมีให้ ฉวยโอกาสทำร้ายร่างกายและจิตใจต่อเหยื่ออย่างรุนแรง เสียเอง ซึ่งในการบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยต่อการกระทำความผิดลักษณะนี้ก็ได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ที่แก้ไขแล้วตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 มาตรา 12 ให้ยกเลิกความในมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2514 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน “มาตรา 285 ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือ มาตรา 283 เป็นการกระทำแก่บุพการี ผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือ มารดา ญาติสืบสายโลหิต ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความดูแลตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความ ปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล หรือผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด ผู้กระทำ ต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม” และมาตรา 13 ให้เพิ่มเติม ความต่อไปนี้เป็นมาตรา 285/2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา<sup>4</sup> “มาตรา 285/2 ถ้าการกระทำความผิด ตามมาตรา 276 ตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 เป็นการกระทำแก่ บุคคลซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองอันเนื่องมาจากเป็นผู้ทุพพลภาพ ผู้มีจิตบกพร่อง โรครจิต หรือ จิตฟั่นเฟือน คนป่วยเจ็บ คนชรา สตรีมีครรภ์ หรือผู้ซึ่งอยู่ในภาวะไม่สามารถรู้ผิดชอบ ผู้กระทำต้อง ระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม”

โดยจากการแก้ไขเพิ่มโทษตามพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ จะเป็นการที่กฎหมายได้ บัญญัติเพิ่มเติมให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ไม่ว่าจะ เป็นบิดามารดา พี่น้องร่วมบิดามารดา หรือ ร่วมแต่บิดาหรือมารดา ญาติสืบสายโลหิตและผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใดได้รับโทษที่ หนักขึ้นจากการกระทำความผิดตามมาตราเหล่านั้น อีกทั้งยังบัญญัติเหตุเพิ่ม โทษผู้กระทำความผิด ทางเพศต่อบุคคลที่ไม่สามารถปกป้องตนเองได้เนื่องจากเป็นผู้ทุพพลภาพ ผู้มีจิตบกพร่อง โรครจิต หรือจิตฟั่นเฟือน คนป่วยเจ็บ คนชรา สตรีมีครรภ์ หรือผู้ซึ่งอยู่ในภาวะไม่สามารถรู้ผิดชอบ ด้วยเหตุผลที่ว่าบุคคลปกติทั่วไปไม่สามารถได้รับโอกาสที่จะก่อความผิดดังกล่าวให้สำเร็จอย่างง่าย ปราศจากอุปสรรคขัดขวางได้เท่าผู้กระทำความผิดที่ใกล้ชิดต่อเหยื่ออย่างมากเหล่านี้

<sup>4</sup> Keybookme (ออนไลน์).ประมวลกฎหมายอาญา. เข้าถึงได้จาก <https://www.keybookme.com/criminal-law/get-dd?matra=285/2> (23 มกราคม 2565)

<sup>5</sup> กษิติเดช อุ้นเมตตอารี (2561). ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.บทความทาง วิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง กรุงเทพมหานคร.หน้า 3.

ทั้งนี้แม้มีการปรากฏให้เห็นถึงการแก้ไขเพิ่มเติมโทษแก่ผู้กระทำความผิดอาชญากรรมทางเพศ ตามความในมาตรา 285 ตามมาตรา 12 และ 13 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย อาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ไปแล้วก็ตาม แต่หากได้พิเคราะห์แล้วจะเห็นว่าเจตนารมณ์การกำหนด มาตรา 285 นั้น เป็นการรวบรวมความผิดทางเพศทั้ง 9 สถาน แก่ผู้ที่กระทำความผิดเหล่านั้น โดยอาศัย ลักษณะความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับเหยื่อหรือผู้ถูกระทำตั้งแต่เริ่มต้นของการมีบทบัญญัติมาตรา 285 แล้ว มิใช่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งใหม่ที่ต้องการจะเปลี่ยนเจตนารมณ์จากเดิมไป โดยหลังจาก ที่ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นใหม่แล้วนั้น การกำหนดนิยามหรือถ้อยคำความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด ที่จะต้องได้รับโทษหนักขึ้นกว่าปกติก็จะมีลักษณะที่กว้างขึ้น โดยหมายจะให้ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็น บุคคลที่ใกล้ชิดต่อเหยื่อ หรือผู้ที่มีอำนาจเหนือเหยื่อ อาทิ บิดา มารดา ญาติ บุคคลในครอบครัว ผู้ที่เหยื่อต้องอยู่ได้บังคับบัญชา ครูที่เหยื่อนั้นเป็นศิษย์ เพราะสถานะความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล เหล่านี้กับเหยื่อส่งผลให้เหยื่อจำต้องอยู่ในสภาวะจำยอมและเผชิญต่อการถูกล่วงละเมิดทางเพศ จึงเป็นเหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้การกระทำความผิดทางเพศเหล่านี้เกิดขึ้นต่อผู้ตกอยู่ภายใต้ อำนาจดังที่กล่าวไว้ข้างต้นถือเป็นเหตุจรรยาอันเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักกว่าที่ระดับ บุคคลปกติทั่วไปได้รับ

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติตามมาตรา 285 ที่กำหนดให้บุคคล บางสถานะอยู่ในคำจำกัดความอันจะต้องได้รับโทษรุนแรงฐานเป็นเหตุจรรยา แต่ก็ยังไม่สามารถ ให้คำกำหนดความและขอบเขตของผู้ที่สมควรได้รับ โทษอย่างกว้างมากพอสมควรตาม กฎหมายมาตรา 285 ไม่ เนื่องจากในปัจจุบันเหตุรุนแรงทางเพศในลักษณะนี้เกิดขึ้นอย่างหลากหลาย กรณี โดยเป็นการที่ผู้กระทำความผิดอาศัยความสัมพันธ์ใกล้ชิดต่อเหยื่อในการก่อเหตุ ซึ่งผู้เขียนมองว่ากฎหมายควรนิยามความผิดครอบคลุมไปถึงบุคคลเหล่านี้ให้กว้างขึ้น ในอันที่ จะต้องได้รับโทษหนักขึ้นในฐานะที่เป็นเหตุจรรยาโดยไม่จำกัดเฉพาะความใกล้ชิดลักษณะที่เป็น สมาชิกของครอบครัวหรือมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำเพียงเท่านั้น และไม่มีเหตุผลประการใดที่จะ นำมาใช้อธิบายได้ถึงกรณีที่เมื่อบุคคลเหล่านี้ได้กระทำความผิดอาชญากรรมทางเพศต่อคนใกล้ชิด แล้วจะไม่ได้รับโทษที่หนักขึ้นตามมาตรา 285 เช่นกัน

ปัญหาการเกิดขึ้นของความรุนแรงทางเพศหรืออาชญากรรมทางเพศในสังคมไทยเป็น ปัญหากระทบโครงสร้างของสังคมและประเทศในหลายมิติ ยังเป็นการเกิดขึ้นของอาชญากรรมที่ เกี่ยวด้วยเพศจากคนในครอบครัวหรือคนใกล้ชิดด้วยกันเองกับเหยื่อผู้ถูกระทำยังเป็นการสะท้อน

<sup>6</sup> ธีรพล วัฒนศักดิ์ และอัจฉริยา ชูตินันท์ (2558). เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 285. วารสารบัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ กรุงเทพมหานคร. หน้า 607-608.

ให้เห็นว่าโครงสร้างพื้นฐาน ได้แก่ ครอบครัวและคนใกล้ชิดนั้นมีปัญหาอย่างมากในการดำรงซึ่งประสิทธิภาพในอันที่จะปกป้องคนใกล้ชิด ไม่สามารถให้การอบรมสั่งสอนหรือดูแลซึ่งกันและกัน มีหน้าซ้ำยังเป็นตัวการในการก่อเหตุเสียเอง ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าปัญหาเช่นนี้ทำลายสิทธิและเสรีภาพในขั้นพื้นฐานของผู้ถูกระทำเป็นอย่างมาก ที่แม้กระทั่งการได้อยู่ในครอบครัวหรือรายล้อมด้วยคนใกล้ชิดแล้วก็ตาม ผู้ถูกระทำก็ยังไม่อาจได้รับซึ่งความไว้วางใจในการที่จะดำรงชีวิตอย่างปลอดภัย ส่งผลให้เมื่อรัฐไม่อาจอำนวยความสะดวกกรรมให้แก่เหยื่อหรือให้บทลงโทษแก่ผู้กระทำได้อย่างเหมาะสม ก็อาจเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำเกิดความไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย และก่อเหตุซ้ำ

ประการแรก ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ที่ได้รับการแก้ไขนั้นระบุนฐานความผิดทางเพศตั้งแต่มาตรา 276 จนถึงมาตรา 280 พร้อมด้วยในมาตรา 282 ถึงมาตรา 283 ทั้งการกระทำความผิดต่อผู้มีความสัมพันธ์สายโลหิตเดียวกันและมีใช้ความสัมพันธ์ทางสายโลหิตเดียวกัน โดยเจตนาตามมาตรา 285<sup>7</sup> ที่ได้แก้ไขใหม่ เป็นการมุ่งเน้นเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เหยื่อผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจ อิทธิพล และการครอบงำ หรือผู้ใดก็ตามที่อยู่ในสถานะถืออำนาจเหนือกว่าเหยื่อผู้ซึ่งถูกระทำความผิดทางเพศ โดยบัญญัติให้การรับโทษของบุคคลดังกล่าวหนักกว่าบุคคลทั่วไปที่กระทำความผิดในลักษณะเดียวกัน อันเป็นการยับยั้งผู้ที่คิดจะกระทำความผิด ด้วยการขจัดโอกาสจากความใกล้ชิดต่อผู้อยู่ในปกครองในการกระทำความผิด แต่หากพิจารณาถึงตัวกฎหมายลักษณะนี้เปรียบเทียบกับตัวบทกฎหมายประเภทอื่นที่เป็นไปในลักษณะเดียวกัน คือมีจุดประสงค์และความมุ่งหมาย ในการที่จะให้ความคุ้มครองแก่เด็ก ที่ในสถานการณ์ปัจจุบันมีแนวโน้มจะตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงทางเพศจากทั้งจากคนใกล้ชิดหรือคนในครอบครัวในระดับที่อาจจะสูงขึ้นอย่างต่อเนื่องแล้วนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ตามความหรือถ้อยคำในมาตรา 285 ที่ได้รับการแก้ไขใหม่ ยังไม่เป็นในทิศทางเดียวกันในแง่ของการให้คำนิยามในส่วนของผู้กระทำความผิดในอันที่จะได้รับโทษหนักขึ้นฐานเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ตัวผู้กระทำจะต้องถูกลงโทษ จากการที่ตนอาศัยความใกล้ชิดต่อเหยื่อซึ่งเป็นลักษณะความสัมพันธ์พิเศษกระทำความผิดทางเพศต่อเหยื่อที่เป็นเด็กเยาวชน โดยในส่วนนี้สามารถนำกรณีตัวอย่างในถ้อยคำที่มาตรา 285 ยังไม่ได้ให้คำนิยามหรือความหมายอย่างกว้างที่เพียงพอจะครอบคลุมได้ เช่น กรณีผู้อยู่ในความปกครองตามมาตรา 285 ได้ให้ความหมายที่เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น โดยมีได้ให้ความหมายที่รวมไปถึงผู้ปกครองในลักษณะทางพฤตินัยต่อเหยื่อ ซึ่งเมื่อมีการกำหนดโทษที่หนักขึ้นด้วยเหตุความผิดฉกรรจ์

<sup>7</sup> ลัดดาวัลย์ สว่างการ (2560). ปัญหาการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ศึกษากรณีผู้ใช้อำนาจปกครอง. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม กรุงเทพมหานคร. หน้า 132.

โดยนำถ้อยคำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มานิยามคำจำกัดความผู้อยู่ในปกครองตามประมวลกฎหมายอาญาของมาตรา 285 จึงก่อให้เกิดปัญหาในแง่ที่ว่าผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่น บิดาเลี้ยง มารดาเลี้ยง เครื่องญาติใกล้ชิดที่อุปการะเลี้ยงดูเหยื่อเสมือนบิดา มารดาสามารถนำช่องว่างของการกำหนดถ้อยคำทางกฎหมายที่ไม่ครอบคลุมนี้ให้ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น

ในขณะที่การให้ความหมายของคำว่า “ผู้ปกครอง” ตามกฎหมายอื่นในลักษณะเดียวกันที่มุ่งคุ้มครองเหยื่อที่เป็นเด็กอย่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546<sup>8</sup> ได้ให้ความหมายอย่างกว้างที่ครอบคลุมไปถึง บิดาเลี้ยง มารดาเลี้ยง และบุคคลอื่นซึ่งให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กเสมือนบิดา มารดาแท้จริง โดยเป็นการกำหนดให้เห็นถึงความสำคัญในการนำตัวผู้กระทำผิดประเภทผู้ปกครองที่ใช้อำนาจตามความเป็นจริงมารับโทษเช่นเดียวกับผู้ปกครองตามกฎหมาย นอกจากนี้ยังพบว่าถ้อยคำว่าด้วย “บุคคลในครอบครัว” ที่ให้ความหมายรวมไปถึงสมาชิกในครอบครัวเหยื่อที่เป็นเด็กไม่ว่าจะเป็น คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินกันเหมือนสามีภรรยา หรือแม้กระทั่งบุคคลใดก็ตามที่พักอาศัยในครัวเรือนเดียวกันกับเหยื่อได้ถูกนิยามและให้คำจำกัดความอย่างกว้างกว่ามาตรา 285 ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550<sup>9</sup> ผู้เขียนมีความเห็นและคำนึงว่าด้วยบุคคลที่เข้าเงื่อนไขในการจะรับโทษในเหตุจรรยาสำหรับความผิดที่กระทำต่อเด็กเยาวชนจากคนใกล้ชิดหรือบุคคลที่อยู่อาศัยในครอบครัวเดียวกันกับเหยื่อตามมาตรา 285 สมควรอย่างยิ่งในอันที่จะปรับนิยามถ้อยคำการให้ความหมายผู้ที่จะรับผิดชอบอย่างกว้างเช่นเดียวกันกับกฎหมายที่มีเจตนารมณ์คุ้มครองเหยื่อที่เป็นเด็กอย่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 เพื่อประโยชน์ในการใช้บทบัญญัติกฎหมายตามมาตรา 285 ปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงในปัจจุบันของเหยื่อความรุนแรงทางเพศที่เป็นเด็กเยาวชนซึ่งมีจำนวนสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง

ประการที่สองคือ ตามความในมาตรา 285 นั้นสมควรได้รับการแก้ไขในส่วนของถ้อยคำในการให้คำจำกัดความของผู้กระทำผิดทางเพศอย่างกว้างในการจะเป็นเครื่องมือในทางกฎหมายที่จะสามารถนำบุคคลใกล้ชิดที่อาศัยความสัมพันธ์ในลักษณะที่เหยื่อคุ้นเคยด้วยหรือให้ความไว้วางใจก่อเหตุแก่เหยื่อ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่เหยื่อผู้ถูกกระทำจะเป็นเด็กเยาวชนหรือบุคคลที่ไม่สามารถปกป้องดูแลตนเองในระดับขั้นพื้นฐานเบื้องต้นทั่วไปที่จะรอดพ้นไปจากอันตรายจากการกระทำการล่วงละเมิดทางเพศเช่นคนปกติได้ ซึ่งจากสถิติที่ได้รับรายงาน

<sup>8</sup> Thaichildright. (ออนไลน์).เด็ก กลุ่มเป้าหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546. เข้าถึงได้จาก <https://www.thaichildrights.org/articles/article-laws/เด็ก-กลุ่มเป้าหมายตามพร/>. (2565, 28 มกราคม)

<sup>9</sup> Bngjc. (ออนไลน์). การกระทำความรุนแรงในครอบครัว กฎหมายช่วยได้. เข้าถึงได้จาก <https://bngjc.coj.go.th/th/content/category/detail/id/8/cid/14/iid/133860>. (2565, 28 มกราคม)



เมื่อปี 2561 จากมูลนิธิหญิงชายก้าวไกลว่าด้วยหัวข้อ “สถานการณ์ความรุนแรงในครอบครัวจากหนังสือพิมพ์ 10 ฉบับ”<sup>10</sup> มีผลปรากฏว่าในข่าว 5 อันดับแรกนั้น คือ การข่มขืนที่เกิดขึ้นจากบุคคลในครอบครัวจำนวน 23 ข่าว จากจำนวนทั้งสิ้น 623 ข่าว และจากรายงานตามสถิติดังกล่าวจะพบว่าเหยื่อโดยมากเป็นเด็กเยาวชนที่ขาดประสบการณ์ในอันที่จะเรียนรู้การเอาตัวรอดได้เมื่อตนเองต้องตกอยู่สถานการณ์ที่ล่อแหลม ซึ่งแท้จริงแล้วบุคคลใกล้ชิดหรือครอบครัวเป็นกลุ่มคนที่อยู่ในสถานะจะให้คำปรึกษาปกป้องคุ้มครองแก่เหยื่อที่เป็นเด็กหรือแม่กระทั่งเหยื่อที่อายุพ้นภาวะเยาวชนไปแล้วแต่พัฒนาการทางสมองหรือทางกายภาพไม่สามารถที่จะปกป้องตนเองได้ กลับกลายเป็นกลุ่มบุคคลที่ฉวยโอกาสใกล้ชิดคุ้นเคยหรือในลักษณะที่เป็นญาติหรือครอบครัวเดียวกับเหยื่อในการล่วงละเมิดทางเพศเสียเอง โดยเมื่อเหตุการณ์ที่ร้ายแรงเช่นนี้เกิดขึ้นผู้ที่ถูกกระทำโดยเฉพาะเด็กจะเกิดอาการวิตกกังวล ขาดความมั่นใจ กลัวหรือตกอยู่ในภาวะซึมเศร้าและอาจจะเป็นอาการต่อเนื่องเรื้อรัง ไปตลอดชีวิตไม่สามารถเข้าสังคมเพื่อใช้ชีวิตอย่างปกติสุขเช่นคนทั่วไปได้ ด้วยเหตุนี้เองผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า เด็กเยาวชนหรือคนที่ไม่สามารถดูแลตนเองได้นั้น จัดว่าเป็นกลุ่มเสี่ยงและเปราะบาง ที่จะกำหนดเหตุการณ์หรือเหตุที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้นเพื่อเป็นการป้องกันให้คนในสังคมเกิดการเกรงกลัวและไม่กระทำความผิด ทั้งยังเป็นบทลงโทษที่เหมาะสมที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับ ซึ่งสามารถกระทำได้ด้วยกรให้ความหมายของบทบัญญัติในมาตรา 285 มีความหมายอย่างกว้างครอบคลุมถึงกลุ่มบุคคลที่อาศัยลักษณะของความใกล้ชิด การเป็นเครือญาติ หรือการเป็นบุคคลที่อาศัยอยู่ร่วมกับเหยื่อแล้วกระทำความผิดทางเพศต่อเหยื่อ เนื่องจากโอกาสที่กลุ่มบุคคลเหล่านี้มีสูงกว่าคนปกติหรือคนแปลกหน้าทั่วไป อีกทั้งเหยื่อยังให้ความไว้วางใจค่อนข้างมากในการเข้าหาหรือใกล้ชิด

ประการสุดท้าย การแก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา 285 ของกฎหมายไทยนั้นนั้นมิได้กำหนดความหมายอย่างกว้างที่เพียงพอในอันที่จะสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดทางเพศอย่างร้ายแรงในลักษณะอันเป็นเหตุจรรยาบรรณมาลงโทษให้หนักขึ้นจากมาตรา 285 ได้ โดย ณ ปัจจุบันที่จะเห็นได้ว่าความผิดทางเพศนั้น ได้เกิดขึ้นเป็นจำนวนที่สูงอย่างมาก ยิ่งเฉพาะการกระทำความผิดอันเกิดจากบุคคลที่ใกล้ชิดต่อเหยื่อหรือแม่กระทั่งคนที่อยู่ในสถานะความสัมพันธ์ในลักษณะเป็นเครือญาติที่อาจจะได้อยู่ร่วมชายคาเดียวกันกับเหยื่อหรือไม่ก็ได้ จากสถิติตั้งแต่ปี 2550 – 2556 กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์พบว่าเด็กที่เข้ารับบริการยังศูนย์พึ่งพาได้เพิ่มจำนวนมากขึ้นเฉลี่ย 26 คนต่อวัน จาก 9,598 คน เป็น 19,229 คน ประกอบกับข้อมูลจากกระทรวงสาธารณสุข

<sup>10</sup> Thaipbs. (ออนไลน์).เปิดสถิติความรุนแรงในครอบครัว “แม่-เมีย”ถูกทำร้ายสูงขึ้น. เข้าถึงได้จาก <https://news.thaipbs.or.th/content/295351>. (2565,28 มกราคม)

ในปี 2560<sup>11</sup> ระบุว่าเด็กจำนวนเกือบ 9,000 คน ซึ่งส่วนใหญ่ถูกล่วงละเมิดทางเพศเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาล จะเห็นได้ว่า แม้ในระดับประเทศจะมีซึ่งหลากหลายหน่วยงานที่ให้ความคุ้มครองเด็กและเยาวชนทั้งในระดับจังหวัดจนถึงในระดับอำเภอ เช่น การจัดตั้งศูนย์พึ่งได้ (One Stop Crisis Centre) เพื่อให้ความช่วยเหลือเด็กที่อยู่ในภาวะเปราะบางต่อการถูกทำร้ายหรือถูกล่วงละเมิดทางเพศ นอกจากนี้ยังมีสายด่วน 1300 ให้บริการรับเรื่องร้องเรียนในทุกปัญหาของสังคมรวมไปถึงการกระทำรุนแรงต่อเด็กซึ่งถือได้ว่าเป็นงานที่ค่อนข้างจะซับซ้อนและจำเป็นอย่างมากในการลงทุนทั้งทรัพยากรทางด้านบุคลากรและการเงิน แต่ในท้ายที่สุดแล้วก็ยังพบอุปสรรคความยากลำบากต่อการรองรับต่อปัญหาความรุนแรงทางเพศต่อเด็กในปัจจุบันของประเทศไทยที่ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันที่มีจำนวนเพิ่มมากขึ้นและมีแนวโน้มจะเพิ่มสูงยิ่งขึ้นไปอีกอย่างต่อเนื่อง ทั้งนี้ แม้ตามข้อกฎหมายของประเทศไทยจะได้บัญญัติถึงเหตุการณ์รับโทษที่หนักขึ้นต่อการกระทำความผิดทางเพศที่ก่อกับเด็กและเยาวชนสำหรับบุคคลทั่วไปและบุคคลที่มีสถานะพิเศษต่อเหยื่อ ซึ่งก็ถือได้ว่าเป็นอีกหนึ่งในแนวทางของการออกกฎหมายในลักษณะที่เป็นการข่มขู่ยับยั้งเพื่อให้ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดเกิดการเกรงกลัวว่าหากได้ก่อความผิดทางเพศต่อเด็กแล้วจะต้องรับโทษขั้นรุนแรงสาหัสแล้วก็ตาม แต่หากพิจารณาแล้วก็ยังพบว่าความที่ปรากฏสู่สาธารณชนและเป็นข่าวใหญ่ คือ การที่เด็กและเยาวชนถูกคนรอบตัวล่วงละเมิดทางเพศข่มขืนหรือกระทำการใดในเหตุที่เป็นลักษณะเดียวกันนั้น ล้วนเกิดจากคนใกล้ชิดที่คุ้นเคยใกล้ชิดกับเด็กเสียเป็นส่วนใหญ่ โดยเชื่อว่าจะอยู่ในรูปแบบของคนแปลกหน้าหรือคนทั่วไปเสมอไป ดังนั้นตามความเห็นของผู้เขียนจึงเห็นสมควรอย่างยิ่งว่าเมื่อมีการแก้ไขความหมายและเงื่อนไขการรับโทษฐานเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 285 ตามเหตุดังที่กล่าวในประการแรกและประการที่สองแล้วตามลำดับ ควรเพิ่มบทลงโทษในฐานที่หนักขึ้นกว่าอีกเท่าหนึ่งเป็นกรณีพิเศษสำหรับการกระทำความผิดทางเพศที่ก่อโดยบุคคลใกล้ชิดต่อผู้ถูกระทำหรือเหยื่อที่เป็นเด็กและเยาวชนอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์

<sup>11</sup> tcijthai. (ออนไลน์).พบเด็กไทยถูกรอบคกร่วงโทษทางร่างกายรุนแรงปีละ 4.7 แสนคน. เข้าถึงได้จาก <https://www.tcijthai.com/news/2019/02/scoop/9099>. (2565 , 28 มกราคม)

## 2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีในความคิดเกี่ยวกับเพศในความสัมพันธ์ของบุคคลที่เป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้น

2.2 เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมาย ในการกำหนดโทษแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางเพศ

2.3 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบและวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้คำจำกัดความและกำหนดโทษทางกฎหมายทั้งในส่วนของกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ

2.4 เพื่อวิเคราะห์ในการนำเสนอแนวทาง ในการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการให้คำนิยามให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ของปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน

## 3. สมมติฐานของการศึกษา

เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมของมาตรา 285 ของประมวลกฎหมายอาญา แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ยังมีได้มีการกำหนดคำอธิบายข้อความความหมายอย่างกว้างเพียงพอที่จะนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในปัจจุบันของสังคมที่มีลักษณะอย่างหลากหลายสำหรับตัวผู้กระทำความผิดและความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและเหยื่อ ซึ่งเมื่อเกิดการกระทำความผิดแล้วตัวผู้กระทำความผิดเหล่านั้นจะไม่ได้รับโทษที่ยังกว่าบุคคลทั่วไป อีกทั้งหากได้มีการแก้ไขเพิ่มความหมายการให้คำจำกัดความที่กว้างขึ้นแล้วก็จะส่งผลให้เป็นไปในทิศทางที่สอดคล้องกับตัวบทกฎหมายอื่นที่มีลักษณะและวัตถุประสงค์คล้ายคลึงกันอย่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550<sup>12</sup> และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546<sup>13</sup> ก็จะทำให้มีการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกัน

<sup>12</sup> jvnc.coj. (ออนไลน์). พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550. เข้าถึงได้จาก <https://jvnc.coj.go.th/th/content/category/detail/id/8/cid/2758/iid/31760>. (2565 ,28 มกราคม)

<sup>13</sup> thaichildrights. (ออนไลน์). เด็ก กลุ่มเป้าหมาย ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546. เข้าถึงได้จาก [https://www.thaichildrights.org/articles/article-laws/เด็ก-กลุ่มเป้าหมายตามพร/?gclid=EAIaIQobChMIiZDFnvaagIVvZJmAh38qA-GEAAYASAAEgIW5PD\\_BwE](https://www.thaichildrights.org/articles/article-laws/เด็ก-กลุ่มเป้าหมายตามพร/?gclid=EAIaIQobChMIiZDFnvaagIVvZJmAh38qA-GEAAYASAAEgIW5PD_BwE). (2565 ,28 มกราคม)

#### 4. ขอบเขตของการศึกษา

ในการศึกษาค้นคว้าอิสระครั้งนี้จะได้ศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีในการกำหนดความหมายในการรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดให้ครอบคลุมความหมายอย่างกว้างเพื่อให้ทันต่อสถานการณ์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบันของสังคมไทย นอกจากนี้จะศึกษาถึงหลักการกำหนดลักษณะความผิดเฉพาะที่จะต้องได้รับโทษหนักขึ้นเป็นพิเศษในการกระทำความผิดทางเพศต่อเหยื่อที่เป็นผู้ใกล้ชิด รวมถึงการให้ความหมายคำจำกัดความที่เพียงพออย่างกว้าง และบทลงโทษในฐานะที่อาศัยความสัมพันธ์ใกล้ชิดก่อนความผิดทางเพศที่เป็นเหตุจูงใจต่อเด็กเยาวชน เพื่อให้เป็นในทิศทางเดียวกับกฎหมายอื่นที่มีลักษณะและจุดประสงค์คล้ายคลึงกันจากกฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย สำหรับการกระทำความผิดของแต่ละบุคคลให้ได้รับโทษที่เหมาะสมแก่เหตุเท่าที่จะไม่ขัดต่อสภาพลักษณะของสังคมไทย

#### 5. วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาค้นคว้าอิสระในครั้งนี้ เป็นการศึกษาโดยวิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ด้วยการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ผ่านการทำการศึกษาค้นคว้าจากตำราทางวิชาการ รวมถึงบทความทางวิชาการที่เกี่ยวข้อง วารสารกฎหมาย บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนข้อมูลจากเว็บไซต์ ด้วยการนำข้อมูลดังที่ได้กล่าวมาทำการวิเคราะห์ให้ทราบถึงปัญหาในอันที่จะได้มาซึ่งแนวทางการแก้ไขหรือข้อสังเกตเกี่ยวกับความบกพร่องบางประการในการกำหนดนิยามของมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่มีได้ครอบคลุมในทุกลักษณะของผู้กระทำความผิดที่ควรได้รับโทษหนักขึ้นในฐานะที่เป็นเหตุจูงใจ จากกฎหมายของประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันเปรียบเทียบกับกฎหมายในต่างประเทศที่ลักษณะของเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงมีความใกล้เคียงกัน

#### 6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 ได้ทราบถึงความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีในความผิดเกี่ยวกับเพศในความสัมพันธ์ของบุคคลที่เป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้น

6.2 ได้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายและสัดส่วน ในการกำหนดโทษแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางเพศ

6.3 ได้ทราบถึงการเปรียบเทียบและวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้คำจำกัดความและกำหนดโทษทางกฎหมายทั้งในส่วนของกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

6.4 ได้ทราบถึงแนวทางการนำเสนอการปรับเปลี่ยนคำนิยามที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้นในอันที่จะครอบคลุมถึงทุกลักษณะของผู้กระทำความผิดที่ควรได้รับโทษหนักขึ้นจากผลของมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา



## บทที่ 2

# ความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีในความผิดเกี่ยวกับเพศในความสัมพันธ์ ของบุคคลที่เป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้น

อาชญากรรมทางเพศเป็นหนึ่งในลำดับต้นๆ ที่อยู่ในความสนใจอย่างมากของสังคมไทยยิ่งเฉพาะเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแก่เด็กเยาวชนหรือคนชรา ด้วยว่ากลุ่มคนเหล่านี้ในสายตาของคนในสังคมทั่วไปถือได้ว่าเปราะบางซึ่งประสบการณ์ชีวิตและพลังกำลังในการปกป้องตนเองให้รอดพ้นจากอันตรายมากกว่าคนปกติโดยเห็นอย่างชัดเจนตามข่าวที่ปรากฏในปัจจุบันจะพบว่ารูปแบบที่ถูกใช้ในการล่วงละเมิดทางเพศตลอดจนตัวผู้กระทำความผิดมีเพิ่มขึ้นมากกว่าในอดีตพอสมควร ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นที่การจะกำหนดบทบัญญัติที่ใช้ในการให้ความหมายแก่ตัวผู้กระทำความผิดจะต้องชัดเจนและครอบคลุมตัวผู้กระทำความผิดในทุกลักษณะเพื่อให้ได้รับโทษอย่างสาสมแก่สิ่งที่ได้ก่อ อีกทั้งในการกำหนดอัตราโทษแก่บุคคลเหล่านี้ก็ต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมและได้สัดส่วนกับการก่อความผิดด้วยเช่นกันจากการศึกษาถึงประวัติว่าด้วยความเป็นมาถึงแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันในส่วนเหตุการณ์เกี่ยวกับความผิดทางเพศที่กฎหมายประสงค์ให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษในสถานหนัก

### 1. ความเป็นมาประมวลกฎหมายอาญาไทยเกี่ยวกับความผิดทางเพศที่เป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้น

การศึกษาในส่วนของประวัติศาสตร์และความเป็นมาของกฎหมายไทยในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น ด้วยการศึกษาประวัติที่มาของกฎหมายที่กำหนดฐานความผิดอาญาทางเพศตั้งแต่กฎหมายตราสามดวง<sup>14</sup> ตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารหลังการปฏิรูประบบการศาลในปี พ.ศ. 2444 ได้แก่ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญาไทยซึ่งได้บังคับใช้ในปัจจุบัน

<sup>14</sup>mgonline. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <https://m.mgonline.com/onlinection/detail/9640000112245>.

### 1.1 กฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายที่มีลักษณะของบทบัญญัติบางลักษณะอันเป็นต้นแบบซึ่งกฎหมายไทยในปัจจุบันที่สามารถนำมาประกอบการศึกษาให้ทราบถึงความเป็นมาของกฎหมายอาญาไทยอันบังคับใช้อยู่ขณะนี้ โดยได้ตราขึ้นในสมัยรัชกาลที่ 1 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ และมีการชำระสะสางในปี พ.ศ. 2347 ซึ่งเป็นการรวบรวมและนำกฎหมายที่กระจัดกระจายมาจัดเป็นหมวดหมู่ได้ถึง 29<sup>15</sup> ลักษณะ ในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนก็เป็นหนึ่งใน 29 ลักษณะ<sup>16</sup> ดังกล่าวที่ผู้เขียนจะได้นำมาพิจารณา ด้วยเพราะในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน<sup>17</sup> ได้บัญญัติโทษฐานความผิดอันเกี่ยวกับเพศไม่ว่าจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำความผิดฐานอนาจาร โดยในเนื้อหาของกฎหมายจะว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา<sup>18</sup> ซึ่งมีที่มาตั้งแต่สมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) ปี พ.ศ. 1904 โดยประมาณ ที่เมื่อสมัยนั้นได้ประกาศเป็นพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการผิดเมีย<sup>19</sup> เป็นกฎหมายที่มุ่งเน้นความสำคัญกับการกระทำความผิดในลักษณะทางเพศที่เด็กและผู้หญิงเป็นผู้เสียหาย<sup>20</sup>

ทั้งนี้ แม้บทบัญญัติในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนจะได้บัญญัติกฎหมายที่สะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ที่ต้องการจะให้ความคุ้มครองแก่เด็กและผู้หญิง แต่หากพิจารณาถึงบทบัญญัติในส่วนอื่นแล้วจะพบว่าพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนยังมีบทบัญญัติในลักษณะที่มีความไม่เท่าเทียมกันมากนักระหว่างความสัมพันธ์ของชายและหญิง

ในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนผู้ชายสามารถที่จะมีภรรยาได้หลายคนในระยะเวลาเดียวกันอันเป็นกฎหมายที่ถูกรื้อถอนบนพื้นฐานสังคมที่ให้ชายเป็นใหญ่กว่าหญิงในช่วงเวลานั้น ขณะที่ฝ่ายหญิงนั้นไม่สามารถมีสามีในเวลาเดียวกันได้หลายคนเช่นชาย ซึ่งจะเห็นได้ในการจัดลำดับชั้นภรรยาในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนดังนี้

<sup>15</sup> ชงทอง จันทรางศุ, กฎหมายไทยในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้น, (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), หน้า.5.

<sup>16</sup> วิชา มหาคูณ, การใช้เหตุผลในทางกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ, 2534), หน้า 42.

<sup>17</sup> old-book. (ออนไลน์). พระอัยการลักษณะฝ่าฝืน. เข้าถึงได้จาก <http://old-book.ru.ac.th/e-book/1/LA403/la403-part2-1.pdf>. (2565 , 28 มกราคม)

<sup>18</sup> ดวงจิตต์ กำประเสริฐ. (2542). ประวัติศาสตร์กฎหมาย. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 142.

<sup>19</sup> ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จ.ศ. 1166 เล่ม 2, (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า.1.

<sup>20</sup> ประสิทธิ์ พัฒนอมร. (2542). ความผิดฐานกระทำชำเรา. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 18-22.

- 1) เมียกลางเมือง คือ ภรรยาที่บิดามารดาชายจัดให้เป็นเมียชาย
- 2) เมียกลางนอก คือ ภรรยาที่ชายขอมาเป็นอนุภรรยารองลงมาจากเมียกลางเมือง
- 3) เมียกลางทาสี คือ ภรรยาที่ชายช่วยไถ่มาจากการเป็นทาสที่ทุกข์ยาก

นอกจากนี้ พระอัยการลักษณะฝ่าฝืนยังได้กล่าวถึงลักษณะความผิดและโทษสำหรับการเป็นชู้และผิดภริยาของผู้อื่น จากสภาพสังคมในช่วงเวลานั้นดังที่กล่าวไปแล้วว่าชายจัดอยู่ในลักษณะที่เป็นใหญ่กว่าหญิง ดังนั้นหากเกิดกรณีหญิงมีชู้ขึ้น โทษที่หญิงผู้นั้นจะได้รับจะมีความรุนแรงอย่างมากและเป็นโทษทางอาญา ด้วยการรับโทษประจานพร้อมด้วยโทษที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย ซึ่งโทษที่จะได้รับนั้นถูกกำหนดไว้เป็นลำดับชั้น ขึ้นอยู่กับว่าหญิงผู้นั้นได้ทำชู้กี่ครั้ง เช่น การให้หญิงผู้ต้องโทษตัดดอกชบาไว้ที่หูทั้งสองข้าง และนำตัวไปตระเวนประจานเป็นเวลาสามวัน โดยมีนายจมวดมืองนำหน้า อันถือได้ว่าเป็นโทษขั้นต่ำสำหรับการกระทำชู้ในครั้งแรก เป็นต้น อีกทั้งในบทบัญญัติมาตรา 10 ความว่า “หญิงใดทำชู้นอกใจผัว พิจารณาเป็นสัจให้ปรับไหมชายหญิงโดยพระราชกฤษฎีกา แลโคกระบือข้างม้าเรือเกวียน แลทาสกามกรชายหญิงสิ่งสรรพทรัพย์ทั้งปวง มีมากน้อยเท่าใดก็ดี ท่านว่าให้แก่ชายผู้เก่าจนสิ้น ถ้าชายผัวไม่สมักเลี้ยงหญิงต่อไปใช้ให้หญิงนั้นไปแต่ผ้าถุงผืนหนึ่งผ้าห่มผืนหนึ่ง” ของพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนที่หญิงใดต้องด้วยกรณีมีชู้ กฎหมายได้กำหนดให้สามีสามารถฟ้องหย่าได้โดยหญิงผู้นั้นปราศจากสิทธิในการได้สินสมรสเดิม ซึ่งหากสามีไม่ประสงค์เลี้ยงดูและได้ขับไล่ไปจากเรือนเสีย ฝ่ายหญิงจะจากไปด้วยผ้าถุงผ้าห่มอย่างละหนึ่งผืนเท่านั้น นอกจากนี้ฝ่ายชายยังมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนทั้งจากฝ่ายชายและหญิงที่เป็นชู้กัน

ในทางกลับกันเมื่อได้พิจารณาในส่วนอื่นของกฎหมายตราสามดวงของไทยแต่โบราณนั้นแม้จะพบว่ามีความไม่เท่าเทียมอยู่เป็นจำนวนมากในเรื่องที่ว่าด้วยสิทธิของทั้งชายและหญิง แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นก็ยังมีรายละเอียดที่บ่งชี้ว่ากฎหมายของประเทศไทย ณ ยุคสมัยโบราณกาลก็เริ่มต้นที่จะให้ความสำคัญในการดูแลสมาชิกในสังคมที่เป็นกลุ่มเปราะบาง เช่น เด็กและผู้หญิงหาใช้มุ่งแต่จะปกป้องศักดิ์ศรีของเพศชายแต่อย่างเดียวไม่

กฎหมายตราสามดวง<sup>21</sup> ที่ให้รายละเอียดว่าด้วยการกำหนดความผิดในลักษณะข่มขืนกระทำชำเราโดยที่ไม่ได้รับความยินยอมจากหญิง ตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนนั้นเริ่มที่มาตรา 1 มาตรา 38 มาตรา 46 มาตรา 71 มาตรา 76 มาตรา 77 มาตรา 78 มาตรา 79 มาตรา 80 มาตรา 90 และมาตรา 98 ซึ่ง โดยอาจทำการแยกองค์ประกอบได้เป็นดังนี้

<sup>21</sup> ชงทอง จันทรางศุ, กฎหมายไทยในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้น, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), หน้า 5.



1) พระอัยการลักษณะฝ่าฝืนมีการใช้ถ้อยคำที่ต่างกันในแต่ละมาตราสำหรับคำว่า ชายใด ในมาตรา 1 นั้นใช้ถ้อยคำว่า “ชายใด” มาตรา 38 “หญิงชายราษฎรอยู่กันเป็นสามีภรรยา สามี ศรัทธาสละภริยาแลทรัพย์สินของบวชเป็นภิกษุสามเณรแล้ว” มาตรา 46 “เจ้าเงิน กี่ดี พี่น้องลูกหลาน แห่งเจ้าเงินกี่ดี” มาตรา 71 “ชายใด” มาตรา 76 “ชายผู้มีได้ค้ำับสูขอหญิง” มาตรา 78 “ชายใดมีเมีย แล้ว” มาตรา 79 “ชายหาเมียมิได้” มาตรา 80 “ชายใด” มาตรา 90 “ชายมิได้สูขอลูกสาวหลานสาว ท่าน” “ชายหลายคน” มาตรา 98 “ชายอื่น”

2) ข่มขืนกระทำชำเรา

3) ลักษณะของหญิงที่เข้าลักษณะมีดังนี้ คือ ภริยาท่าน หญิงที่มีได้สมรักรใจเป็น ภริยาชายผู้นั้นอีกต่อไป หญิงที่เป็นทาส หญิงที่เป็นม่าย หญิงโสคอันประกอบด้วยลักษณะ 7 ประการ หญิงที่อยู่กับมารดา หญิงที่อยู่กับบิดา หญิงที่อยู่กับบิดามารดา หญิงที่อยู่ด้วยวงศ์สกุล เผ่าพันธุ์ หญิงที่อยู่กับพี่ชายพี่สาว หญิงที่อยู่กับญาติ หญิงที่อยู่ด้วยบุคคลใดรักษา

ตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนมีการให้ความหมายถึงผู้กระทำความผิดในถ้อยคำที่มีความแตกต่างกันออกไป ซึ่งปรากฏในมาตรา 1 มาตรา 71 มาตรา 80 ที่ถ้อยคำว่า “ชายใด” จะถูก นำมาใช้ในบริบทที่มีความหมายถึงบุคคลที่มีลึงค์และใช้เป็นอวัยวะสืบพันธุ์ ทั้งนี้หมายความรวม ไปถึงชายใดก็ตาม ไม่ว่าจะภริยา หรือครองตัวเป็นโสค ก็ล้วนแต่จะเข้าเงื่อนไขการให้ความหมาย ของถ้อยคำว่า “ชายใด” ทั้งสิ้น และเมื่อพบว่าได้กระทำความผิด ผู้นั้นเป็นอันต้องถูกปรับไหม ประถมผิดเมีย เนื่องจากการที่ตนนั้น “ผิดลูกผิดเมีย” ซึ่งถือเป็นเรื่องผิดศีลธรรมทางพระพุทธศาสนา ในศีลข้อสาม

โดยจะเห็นได้ว่าการวางรากฐานของกฎหมายที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมของคนใน สังคมเมื่ออดีตกาลมีความยึดโยงกับความเชื่อทางศาสนาไมใช่น้อย และแม้กาลเวลาจะล่วงเลยมา จนกระทั่งถึงในยุคปัจจุบันความเชื่อและความคิดเห็นของหมู่คนในสังคมว่าด้วยการ “ผิดลูกผิดเมีย” การกระทำการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลอื่นผู้ซึ่งมิได้เป็นภริยาของชายผู้นั้นก็ยังเป็นเรื่องต้องห้าม อย่างเด็ดขาด อีกทั้งตามความในกฎหมายตราสามดวงว่าด้วยพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนมีการที่ชายใด ทำการข่มขืนบุตรหญิงหรือหลานหญิงของผู้อื่นก็ถือว่าเป็นการกระทำที่เข้าข่าย “ผิดเมีย” เช่นกัน อันเป็นเหตุให้ต้องถูกปรับไหม

ต่อมาในมาตรา 38 เป็นการที่ชายคนใดก็ตามสมรักรใจตนออกบวชเป็นภิกษุหรือ สามเณรแล้ว และเมื่อได้สึกออกมาแล้วต้องการจะร่วมประเวณีแก่ที่หญิงที่เป็นภริยาตน หากหญิงผู้นั้นมิได้สมรักรใจกับการดังกล่าวแล้ว ถือได้ว่าชายผู้นั้นกระทำการข่มขืนอันเป็นเหตุให้ตนต้องถูก ปรับไหมเสมือนหนึ่งว่าเป็นการกระทำที่ทำต่อหญิงหม้ายคือประถมผิดเมีย โดยจะเห็นได้ว่า กฎหมายในยุคสมัยก่อนมองว่าการที่ชายและหญิงเป็นสามีภริยากันต่อมาชายได้ออกบวช

เช่นนี้ถือว่าขาดจากการเป็นสามีภริยากัน ไม่สามารถมีสิทธิในความสัมพันธ์ทางเพศกับฝ่ายหญิงได้อีกหากหญิงไม่ยินยอม และหากฝ่ายผัวก็จะเป็นการกระทำที่ผิดและมีโทษ ซึ่งในส่วนนี้ถือได้ว่ากฎหมายเล็งเห็นถึงความสำคัญของการสมรสใจของหญิงอย่างมากพอสมควร และการที่ฝ่ายชายนั้น ออกบวชสถานะที่ขาดกันซึ่งความเป็นสามีภริยานี้ก็เป็นเหตุให้หญิงผู้นั้นเป็นหม้ายเนื่องจากขาดจากการสมรสแล้ว ฝ่ายชายไม่อาจบังคับจิตใจให้ร่วมเพศกับคนได้อีกต่อไป

ในมาตรา 46 ถ้อยคำว่า เจ้าเงินก็ดี พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินก็ดี ตามพระอัยการลักษณะทาส จะมีทาสทั้งสิ้น 7 ประการในสมัยกรุงศรีอยุธยา อันได้แก่ ทาสสินไถ่ ทาสที่เป็นมรดกได้มาแต่บิดามารดา ลูกทาสในเรือนเบี้ย ทาสที่ได้รับเป็นกำนัล ทาสที่ได้ช่วยมาจากภัยพิบัติและพระราชอาญา ทาสที่ช่วยไว้ในคราวทุกข์ภัย และทาสเชลย เนื่องด้วย ณ ยุคสมัยดังกล่าวการใช้แรงงานทาสนั้น เป็นการที่ให้บุคคลผู้เป็นทาสปฏิบัติงานทุกประเภทในครัวเรือนไม่ว่าจะเป็นการทำสวนตลอดจนการทำไร่และการทำนาแก่เหล่าขุนนางที่เป็นเจ้านาย อีกทั้งมีการกำหนดค่าตัวตามเพศและอายุ ดังที่ปรากฏให้เห็นว่าสัญญาซื้อขายทาสต้องทำเป็นหนังสือทั้งสิ้นในกฎหมายพรหมศาสตร์ซึ่งสิทธิในการไถ่ถอนตนเองของทาสนั้นก็มิด้วยเช่นกัน<sup>22</sup> จึงสะท้อนในแง่มุมที่ว่าข้อกำหนดของพระอัยการลักษณะตัวเมียมีความสอดคล้องต่อสภาพการเป็นอยู่ของสังคมที่มีการใช้แรงงานทาสในยุคนั้น หากมีการกระทำความผิดอันก่อจาก “นายเงิน” หรือ “เจ้าเงิน” หรือแม้กระทั่ง “พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินนายเงิน” ซึ่งสามารถอธิบายคำจำกัดความได้ในรูปแบบของ ผู้ซื้อทาสหรือผู้เป็นพี่หรือน้องลูกหลานของผู้เป็นเจ้าของทาสที่เป็นชายก็จะต้องได้รับ โทษที่ก่อต่อทาสที่อยู่ในครอบครอง มาตรา 76 มาตรา 90 ให้ความหมายของชายที่มีได้ค้ำบ่ขู่อหญิงว่า เป็นการที่ชายนั้นไม่ได้ทำการหมั้นหมายขู่อบิดามารดาของฝ่ายหญิงแล้วต่อมาได้กระทำการข่มขืนหญิงผู้นั้น โทษที่จะได้รับก็จะเป็นไปตามพระราชกฤษฎีกาเดิม

นอกจากนี้ยังได้มีการกำหนดเหตุจรรยาเพิ่มเติมไว้ด้วยเช่นกันในกรณีที่ชายหลายคนร่วมกันกระทำการข่มขืน โทรมหญิงแล้ว ผู้นั้นจะได้รับโทษที่หนักขึ้นด้วยการถูกต้องโทษถูกต้องคนละ 60 ที่ด้วยลวดหนึ่งอันเป็นการที่กฎหมายแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ในการกำหนดความผิดฐานตัวการร่วมไว้เช่นกัน มาตรา 98 เป็นการที่กฎหมายกำหนดว่าเมื่อชายผู้หนึ่งได้ทำการขู่อหญิงผู้หนึ่งเป็นที่เรียบร้อยแล้วแต่ยังมีได้ทำการแต่งงานต่อมาหญิงผู้นั้นถูกละทิ้งไปโดยชายอื่นเพื่อนำไปกระทำการข่มขืน ชายอื่นผู้ซึ่งทำการขู่อหญิงที่ถูกขู่อแล้วก็จะต้องได้รับโทษฐาน “ผิดเมียท่านในชั้นหมาก” และในกรณีมาตรา 78 ชายใดก็ตามที่มีเมียแล้ว และมาตรา 79 ชายใดที่หาเมียไม่ได้ซึ่งกฎหมายกำหนดเงื่อนไขรับโทษของสองมาตรานี้ในสถานะที่แตกต่างกันคือ การให้ปรับไหม

<sup>22</sup> satit. (ออนไลน์). ประวัติการเลิกทาสของประเทศไทย.เข้าถึงได้จาก

ประณตเมียจะถูกใช้สำหรับชายที่มีเมียแล้ว แต่เป็นชายที่ยังมิได้มีเมียหรือหาเมียไม่ได้จะถูกปรับใหม่กึ่งหนึ่งของโทษที่ได้รับสำหรับชายที่มีเมียแล้วเนื่องด้วยเหตุผลที่ว่าหากเกิดการข่มขืนเช่นนั้นแล้วชายผู้นั้นอาจทำการสมรสกับหญิงที่ถูกข่มขืนได้จึงให้ปรับเพียงกึ่งเดียว<sup>23</sup>

กฎหมายอาญาในยุคปัจจุบันนั้นได้กำหนดลักษณะของการกระทำชำเราหญิงไว้เช่นเดียวกับในพระอัยการลักษณะผัวเมีย โดยเป็นการให้ความหมายว่าการข่มขืนนั้น คือ การใช้ซึ่งกำลังบังคับด้วยวิธีการใดวิธีการหนึ่ง และการชำเรา คือการร่วมประเวณีกับหญิงใดก็ตามที่มีใช้ภริยาของตน โดยที่หญิงผู้นั้นมิได้ให้การยินยอม ซึ่งการจะเข้าข่ายความผิดในฐานนี้ได้จำเป็นต้องเป็นการกระทำต่อหญิงที่มีได้ยินยอม เพราะหากเป็นการกระทำต่อหญิงที่ให้ความยินยอมให้ชำเราแล้วนั้นก็จะเป็นการเรียกอย่างอื่นเช่น การทำชู้ การลอบลักสมรภักทำชู้ หรือการทำชู้เหนือผิวเป็นต้น อีกทั้งในพระอัยการลักษณะผัวเมียยังกล่าวถึงการพยายามข่มขืนกระทำชำเราว่า เป็นการ “ข่มขืนยังมีถึงชำเรา” ซึ่งผู้กระทำต้องถูกปรับใหม่กึ่งหนึ่งของการกระทำที่ถึงชำเรา อนึ่งผู้ถูกกระทำในพระอัยการลักษณะผัวเมียจะถูกกำหนดจากการได้รับอิทธิพลจากความเชื่อทางศาสนา รวมไปถึงสภาพสังคมในสมัยนั้นเป็นสำคัญ โดยเป็นการนำฐานความคิดของการที่หญิงใดก็ตามจะต้องอยู่ภายใต้ปกครองของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นบิดามารดาปกครอง พี่น้องที่เป็นชายหรือหญิงปกครอง วงศ์สกุลเผ่าพันธุ์ปกครอง ธรรมะปกครอง คู่หมั้นปกครอง เป็นต้น

ดังจะเห็นได้จากถ้อยคำที่แตกกันดังนี้ มาตรา 1 ภริยาท่าน มาตรา 38 หญิงมิสมักร เป็นภริยาท่าน มาตรา 46 หญิงทาส มาตรา 71 หญิงหม้าย มาตรา 76 หญิงที่มีลักษณะ 7 ประการอันเป็นการที่ชายมิได้คำนับสู่ขอ ได้แก่ มาตรกรกขิตา คือ หญิงที่อยู่ด้วยการปกครองมารดา ปิตุกรกขิตา คือ หญิงที่อยู่ด้วยการปกครองของบิดา มาดาปิตุกรกขิตา คือ หญิงที่อยู่ด้วยการปกครองของบิดามารดา โคตรกรกขิตา คือ หญิงที่อยู่ด้วยการปกครองของวงศ์สกุลเผ่าพันธุ์ ภาตกรกขิตา คือ หญิงที่อยู่ด้วยการปกครองของพี่ชายพี่สาว ญาติกรกขิตา คือ หญิงที่อยู่ด้วยการปกครองของญาติ สารกขิตา คือ หญิงที่อยู่ด้วยการปกครองของท่านผู้ใดผู้หนึ่ง มาตรา 78 ลูกสาวหลานสาวท่าน มาตรา 98 หญิงยินยอมให้ชายได้มีขันหมากหมั้นนั้นจะทำการยังมีได้ทำการ

ผู้ถูกกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงสามารถจำแนกเป็นประเภทของผู้ถูกกระทำตามที่ได้กล่าวมาในมาตราข้างต้นได้แก่ ภริยาท่าน หญิงหม้าย หญิงทาส ลูกสาวหลานสาวท่าน หรือหญิงทั้ง 7 ประการที่หากชายใดมิได้ทำการคำนับสู่ขอแต่กลับไปทำการทูลราจาร หรือทำการลักลอบทำชู้ หรือข่มขืนชักพาหญิงไป ก็จะได้ถือว่าชายผู้นั้นมิได้มีโทษที่จะได้รับฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งนี้แม้กฎหมายสมัยก่อนจะได้ให้เจตนากรรมในการคุ้มครองปกป้องหญิงที่ถูกกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้แล้วก็ตาม แต่ก็ยังถือเป็นการให้ความคุ้มครองที่มุ่งเน้นในอันที่

<sup>23</sup> Old-book. (ออนไลน์). อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 16. หน้า 13.

จะมอบความคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่หญิงควรจะได้รับให้ขึ้นอยู่กับอำนาจและอิสระในการตัดสินใจของผู้ปกครอง หากได้เป็นการให้อิสระภาพและการคุ้มครองแก่หญิงในอันที่สมควรอย่างยิ่งในการเลือกและตัดสินใจการใด ๆ ได้ด้วยตนเอง อย่างไรก็ตามหากมองถึงความคุ้มครองที่กฎหมายมอบให้แก่หญิงที่มีสถานะเป็นเพียงทาสแล้วก็นับว่ามีอยู่ด้วยกันพอสมควร แม้ว่าตัวจะได้ถูกขายเป็นทาสแล้วแต่ก็ยังมีสิทธิในการได้รับความคุ้มครองมิให้ผู้ใดบังคับขืนใจ

ลักษณะการกระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงนั้น ได้มีปรากฏในมาตรา 80 แห่งพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนซึ่งสามารถแยกเป็นองค์ประกอบการกระทำความผิดได้ดังนี้

- 1) ชายใด
- 2) ข่มขืนกระทำชำเรา
- 3) หญิงเด็กไม่เคียงสา คำว่า เด็กไม่เคียงสานั้น ได้มีการให้คำอธิบายโดยพระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ในพระอัยการลักษณะวิวาท<sup>24</sup> มาตรา 11 คือ เด็กที่มีอายุต่ำกว่าเจ็ดขวบลงมา อันจะเห็นได้ว่าเป็นการที่ได้กำหนดให้สอดคล้องกับมาตรา 73<sup>25</sup> ของประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันซึ่งกำหนดให้การกระทำอันเป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติโดยเด็กที่ยังอายุไม่เกินเจ็ดปี เด็กผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ในกรณีที่เกิดถึงในกฎหมายยุคก่อนนี้เป็นกรณีที่สถานะเด็กตกเป็นผู้เสียหาย โดยการกำหนดอายุขั้นต่ำของเด็กเช่นนี้ในยุคสมัยก่อนนั้นก็มาจากประเพณีวัฒนธรรมไทยโบราณที่สมัยนั้นเด็กไทยทั้งชายและหญิงนิยมไว้ผมจุกไม่ว่าจะเป็นเด็กที่เกิดในชนชั้นสูงหรือเด็กที่เกิดในครอบครัวธรรมดาเนื่องจากการไว้จุกเป็นการแสดงถึงความป็นเด็กซึ่งยังอยู่ในระดับปฐมวัย ต่อเมื่อเด็กอายุ 11 – 13 ขวบ จึงจะได้เข้าสู่พิธีโกนจุกหรือตัดจุก ซึ่งผู้ชายก็จะได้ออกบวชเป็นสามเณร ผู้หญิงก็จะเริ่มเรียนเรื่องเหย้าเรือนต่อไป แสดงให้เห็นว่าการโกนจุกนั้นเป็นการบ่งบอกให้รับรู้กันโดยทั่วไปว่าเด็กหญิงและเด็กชายได้ก้าวเข้าสู่วัยหนุ่มสาวแล้ว สำหรับในส่วนที่ว่าด้วยการยินยอมที่จะให้กระทำชำเราในเด็กที่ไว้เคียงสาหรือไม่นั้นพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนมิได้กล่าวถึงไว้ แต่ก็สามารถที่จะนำบริบทในกฎหมายมาตราอื่นมาพิจารณาประกอบ อาทิ มาตรา 76 ที่ได้กล่าวถึงหญิงโสดทั้ง 7 ประการ และชายที่มีได้สู่ขอโดยหากหญิงผู้นั้นไปหาชายถึงเคหสถานบ้านเรือน และยอมให้ชายทำชู้ต่อตนจะถือเป็นเหตุมากล่าวโทษต่อชายมิได้ เป็นการที่กฎหมายได้รับรองการให้ความยินยอมของหญิงไว้ ซึ่งหญิงในที่นี้ก็คือหญิงที่ก้าวจากความเป็นเด็กเข้าสู่วัยที่จะสามารถมีเหย้ามีเรือนได้แล้ว แต่ทั้งนี้กฎหมายมิได้กล่าวถึงในเรื่องความยินยอมสำหรับเด็กหญิงไว้ด้วย จึงสมควรที่จะตีความว่าเด็กที่ยินยอมให้ชายกระทำชำเรานั้นไม่เป็นเหตุให้ชายผู้กระทำหลุดพ้นไปจากความรับผิดชอบ ชายผู้นั้นก็ยังอยู่ในสถานะผู้มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 80 อยู่เช่นเดิม ด้วยเพราะเด็กหญิงที่ไว้เคียงสามีได้

<sup>24</sup> Old-book. (ออนไลน์). อ้างแล้ว.เชิงอรรถที่ 16. หน้า 13.

<sup>25</sup> ilaw. (ออนไลน์). กรม.อนุมัติแก้กฎหมาย เพิ่มเกณฑ์อายุเด็กที่ได้รับยกเว้นโทษทางอาญา จากไม่เกิน 10 ปี เป็นไม่เกิน 12 ปี.เข้าถึงได้จาก <https://ilaw.or.th/node/5715>. (2565 , 28 มกราคม)

รับรองตามกฎหมายที่จะให้ความยินยอมต่อผู้ใดก็ตามที่จะชำเราตน อีกทั้งความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราสำหรับเด็กก็ยังมีอยู่เช่นเดียวกับการพยายามข่มขืนกระทำชำเราหญิง โดยกฎหมายก็ใช้ถ้อยคำว่า “ข่มขืนยังมีถึงชำเรา” ให้การกระทำเช่นนั้นถูกปรับโทษถึงหนึ่งของการกระทำชำเรา

ตามที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน ได้มีการกล่าวถึงเหตุที่ถือเป็นความผิดจรรยาซึ่งมีผลให้ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นสำหรับการข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่ยังเป็นเด็กเดียงสา โดยหากปรากฏว่าการกระทำต่อเด็กนั้นเป็นลักษณะข่มขืนถึงชำเราโลหิตไหลเมื่อใดบุคคลผู้นั้นก็จะโดนปรับเบ็ดตัวคูณของเบ็ดตัวผิดเมีย ถ้าได้ตีเด็กหญิงจนทำให้บาดเจ็บก็จะโดนให้ไหมโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง ซึ่งหากการข่มขืนนั้นยังอยู่ในชั้นพยายามหรือที่เรียกว่าการข่มขืนยังมีถึงชำเรา นอกจากนี้ยังมีการกล่าวถึงความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนของกฎหมายตราสามดวงจะพบได้ในมาตรา 2 มาตรา 41 มาตรา 46<sup>26</sup> มาตรา 76 และมาตรา 77 ซึ่งคำว่าอนาจารตามความหมายในยุคสมัยปัจจุบันจะเป็นการอธิบายด้วยลักษณะการกระทำที่ไม่เป็นการสมควรในทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการทำให้ผู้ถูกระทำได้รับความอับอายและขายหน้าในทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกาย อาทิ กอด จูบ สัมผัสโดยตรงที่จุดซ่อนเร้นหรืออวัยวะเพศอย่างใดอย่างหนึ่ง ส่วนคำว่า “อนาจาร” ที่บัญญัติของกฎหมายในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนจะใช้คำว่า “ทูลาจาร” ทั้งยังมีปรากฏถึงถ้อยคำอื่นที่อธิบายถึงการกระทำที่เข้าข่ายลักษณะกระทำการอนาจาร ไม่ว่าจะเป็น “เล้าโลม” “จับมือถือนมกอดจูบ” “พุดจาแผละโลม” “หยอก” “ไปหาถึงเรือน” เป็นต้น โดยมีองค์ประกอบของตัวผู้กระทำผิดตามที่บัญญัติในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน ได้แก่ ชายที่ไม่ได้สู้อหญิง ชาย นายทาส พี่น้องของนายทาส หรือพระภิกษุสามเณร โดยเป็นการที่บุคคลเหล่านี้ทำการอนาจารแก่หญิงด้วยการถือนม จับมือ กอดจูบ ลักลอบทำชู้ ขึ้นไปหาบุตรหญิงถึงในเรือน

กล่าวโดยสรุปกฎหมายในยุคสมัยก่อนมีการกำหนดอำนาจปกครองของบิดามารดาหรือผู้ใดก็ตามที่ถืออำนาจปกครองเหนือหญิงนั้นไว้เป็นสำคัญ ผู้ใดก็ตามที่กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราก็คดี กระทำการอนาจารก็คดี เป็นการที่กฎหมายถือว่านอกจากจะล่วงละเมิดอิสรภาพทางร่างกายของผู้เสียหายแล้ว การกระทำเช่นนี้ยังถือเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของผู้ปกครองผู้เสียหายด้วยไม่ว่าหญิงผู้นั้นจะเต็มใจหรือไม่ก็ตาม แต่ทั้งนี้ยังมีกรณีขวนขวายบัญญัติไว้ว่า ไม่ว่าจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรืออนาจารหากกรณีต้องด้วยลักษณะของเหตุการณ์ที่ว่าหญิงผู้นั้นไปหาชายถึงเรือน ชายผู้นั้นก็จะไม่มีความผิดอันจะต้องรับโทษ ในขณะที่เดียวกันนอกจากการข่มขืนกระทำชำเราที่จะต้องรับโทษหนักขึ้นไม่ว่าจะเป็นกรณีหญิงหรือเด็กหญิงจะมีปรากฏในกฎหมาย

<sup>26</sup> wikisource. (ออนไลน์).ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1/เล่ม 2/พระอัยการลักษณะวิวาทคดีต่างกัน.

ยุคสมัยก่อนแล้ว การกระทำอนาจารที่เป็นเหตุจรรยาอันจะทำให้ตัวผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นก็มีเช่นเดียวกันในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนอีกทั้งหากกรณีพบว่าพระภิกษุหรือสามเณรทำ การทุลาจารหรืออนาจารหญิงถึงชำเรา ผลของการกระทำนั้นก็จะทำให้ต้องปราศจากโดยให้สึกออก จากนั้นจะต้องโทษโบยตั้งแต่ 25 ถึง 50 ที และก็จะถูกส่งตัวลงตะพุ่นหญ้าช้างหลวง นอกจากนี้ หากเป็นการกระทำที่ชายกระทำต่อทาสหญิง ก็ให้แบ่งค่าตัวทาสหญิงผู้นั้นออกเป็น 4 ส่วนด้วยกัน โดยลด 1 ส่วนให้แก่ทาส อีก 3 ส่วนให้แก่ชายทาสนั้น

## 1.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118

เมื่อศึกษาความเป็นมาของกฎหมายไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันนี้ ได้พบว่าภาย หลังจากการบัญญัติกฎหมายตราสามดวงที่มีพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนขบถใจรวมทั้งความ รับผิดตลอดจนประเภทของผู้กระทำความผิดและประเภทของบุคคลที่ตกเป็นผู้เสียหายแล้ว ในสมัย รัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ซึ่งได้ปรากฏความเปลี่ยนแปลงทางลักษณะทางสังคมที่ เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมค่อนข้างมาก ประเทศไทยได้ก้าวเข้าสู่การเจริญสัมพันธไมตรีทางการค้ากับ ประเทศต่างๆ เป็นจำนวนมากขึ้นกว่าแต่เดิมเป็นเหตุให้กฎหมายเดิมที่มีใช้ตั้งแต่อดีตนั้นไม่อาจ เพียงพอในอันที่จะอำนวยความยุติธรรมต่างๆ ได้อย่างเหมาะสมแก่สภาพการณ์ของสังคมและผู้คนที่ มีอยู่ร่วมกันมากขึ้นในสังคม ไม่ว่าจะเป็นการอำนวยหรือส่งเสริมความยุติธรรมแก่คนในชนชาติ ตนเอง หรือคนต่างชนชาติที่เข้ามามีบทบาทในเรื่องสำคัญต่างๆ โดยที่มุ่งหวังว่าชนชาติไทยผู้ที่เป็น เจ้าของประเทศจะมีกฎหมายบังคับใช้อย่างสมบูรณ์และเพียงพอต่อความยุติธรรมในเรื่องต่างๆ ที่ ทุกคนที่อยู่ร่วมกันในสังคมจะได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียม จากเหตุผลนานับประการที่ได้ กล่าวไปแล้วนั้น ประเทศไทยจึงต้องมีการประกาศกฎหมายใช้เพิ่มเติมเป็นเรื่อยๆ เพื่อแก้ไขปัญหาที่ เกิดขึ้นเฉพาะหน้าไปก่อน เนื่องด้วยกฎหมายที่มีอยู่แต่เดิมนั้นไม่มากเพียงพอในอันที่จะนำมาแก้ไข ปัญหาต่างๆ ที่มีความยุ่งยากและซับซ้อนขึ้น และด้วยเหตุเดียวกันนี้เองการยกเลิกพระอัยการ ลักษณะฝ่าฝืนจึงได้ถูกทำการยกเลิกในทุกมาตรา ได้แก่ มาตรา 1 มาตรา 38 มาตรา 46 มาตรา 71 มาตรา 76 มาตรา 78 มาตรา 79 มาตรา 80 มาตรา 90 และ มาตรา 98 โดยได้มีการประกาศพระราช กำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ขึ้นเพื่อใช้แทนเป็นการต่อมา

เนื่องด้วยในระยะเริ่มแรกของการเปลี่ยนแปลงอังกฤษเป็นประเทศที่มีอิทธิพลต่อ การกำหนดวิธีการใช้กฎหมายต่อประเทศไทยเป็นอย่างมาก โดยการรับวิธีการใช้กฎหมายแบบ ประเทศอังกฤษนั้นประเทศไทยได้รับมาใช้ในรูปแบบเฉพาะเรื่องไป ซึ่งแต่เดิมนั้นจะเป็นการนำ หลักกฎหมายเข้ามาทำการตัดสินคดีเป็นเรื่องๆ แต่จะไม่มีผลกระทบถึงพระธรรมศาสตร์เดิม โดยสามารถอธิบายลักษณะของการใช้กฎหมายอังกฤษของไทยนั้นว่าเป็นการนำวิธีบัญญัติ

มาใช้ก่อน และกฎหมายไทยว่าด้วยพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118<sup>27</sup> ที่ได้ประกาศขึ้นใช้แทนที่พระอัยการลักษณะผิดเมียชู้ มีกำหนดรายละเอียดให้เป็นหมวดหมู่มากยิ่งขึ้น อีกทั้งยังมีการอธิบายถึงเหตุผลซึ่งการยกเลิกกฎหมายเดิม และความจำเป็นในอันที่จะต้องตรากฎหมายใหม่ขึ้น โดยการตรากฎหมายขึ้นใช้ใหม่ดังที่กล่าวมานี้เป็นการบัญญัติการกระทำ ความผิดและการลงโทษฐานข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำชำเราผิดมนุษย์ การพยายามกระทำ ความผิด รวมทั้งการสนับสนุนการกระทำผิด ไว้ดังนี้ มาตรา 4 บัญญัติถึงเหตุที่ชายใดก็ตาม กระทำชำเราหญิงที่มีโชกรียาตน 4 ประการ คือ 1) ขึ้นใจหญิง 2) หญิงยินยอม 3) หญิงยินยอมด้วย ชายขู่เชือดจะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึงยินยอม 4) หญิงยินยอม หรือไม่ยินยอม แต่หญิงนั้นเป็นผู้มีอายุไม่เกิน 12 ขึ้นไป

มาตรา 6 ผู้ใดพยายามหรือจะข่มขืนทำชำเราก็ดี ซึ่งเป็นการผิดต่อมาตรา 3 มาตรา 4 พิจารณาเป็นสัตย์ให้ลงโทษจำคุก

มาตรา 7 ผู้ใดรู้เห็นเป็นใจด้วย ช่วยอุกหนุนต้นเหตุในการข่มขืนกระทำชำเรา พิจารณาเป็นสัตย์ให้ลงโทษจำคุก<sup>28</sup>

ตามมาตรา 6 และมาตรา 7 ของพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 นั้น เป็นการกำหนดถึงลักษณะการกระทำผิดและการลงโทษของการพยายามทำความผิด และการเป็นผู้สนับสนุนให้กระทำความผิด ทั้งนี้โทษที่ผู้กระทำผิดตามพระราชกำหนดลักษณะ ข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 จะเป็นการกำหนดโทษให้จำคุกซึ่งตามกฎหมายเดิมจะไม่ได้กำหนด และจะมีโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปี ลงมาสำหรับความผิดฐานพยายาม และอาจกำหนดให้ทำงานหนัก หรือมีโทษปรับไม่เกิน 500 บาทด้วยก็ได้ ทั้งยังกำหนดการลงโทษลักษณะเจียนเป็นการเพิ่มเติม สำหรับผู้ที่ได้กระทำความผิดช้านอกจากการจำคุกและการปรับ แต่ทั้งนี้ไม่ปรากฏว่าตามพระราช กำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ได้ทำการเพิ่มโทษกรณีที่ผู้กระทำความผิดโทรมหึง จนได้รับบาดเจ็บ ดังเช่นที่เคยมีในพระอัยการลักษณะผิดเมียชู้ซึ่งเป็นกฎหมายเดิมที่ได้ถูกยกเลิกไป

ตามความที่ได้บัญญัติขึ้นของกฎหมายพระราชกำหนด ร.ศ. 118 นี้มีลักษณะที่ แสดงให้เห็นถึงความเปลี่ยนแปลงไปในรายละเอียดที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา และ บิดามารดาผู้ทรงอำนาจในการปกครองบุตรที่ได้ถูกแยกออกจากการกระทำผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราหญิง ด้วยเพราะหากเป็นกรณีที่เกิดการกระทำชำเราหญิงในช่วงระยะเวลา

<sup>27</sup> ratchakitcha. (ออนไลน์).พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118. เข้าได้จาก <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2442/002/16.PDF> (2565, 23 มกราคม)

<sup>28</sup> ประสิทธิ์ พัฒนอมรม “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 18.

ที่มีการบังคับใช้กฎหมายพระอัยการลักษณะผิดเมีย ผู้กระทำจะตกอยู่ในสถานะที่เข้าข่ายการกระทำ ความผิดฐานล่วงละเมิดอำนาจปกครองด้วย แต่เมื่อมีการแก้ไขเป็นพระราชกำหนดลักษณะข่มขืน ล่วงประเวณีแล้วการกระทำผิดฐานกระทำชำเราจึงมีลักษณะโทษทางอาญาเฉพาะ โดยสามารถนำ บทบัญญัติเช่นนี้ไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดได้อย่างกว้างขวางและครอบคลุมขึ้น อันเป็นการ กำหนดกฎหมายใหม่ที่แตกต่างไปจากเดิมซึ่งมุ่งให้บทลงโทษแก่ผู้ที่มีพฤติกรรมกระทำผิดทางเพศ โดยเฉพาะ มิใช่เป็นการให้บทลงโทษผู้ที่ทำการล่วงละเมิดอำนาจปกครองหญิงดังเช่นกฎหมายเดิม อีกต่อไป

ลักษณะความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์นั้นมิเคยมีปรากฏในพระ อัยการลักษณะผิดเมีย แต่หากพิจารณารูปแบบการลงโทษของหญิงชาววังแต่อดีตนั้นจะพบว่ามี การออกกฏต้องห้ามพฤติกรรมรักร่วมเพศอยู่ รวมทั้งการมิให้ประชาชนทำการเสพเมถุนธรรมทางมุก ขมรรคและเวจมรรคในกิริยาตนเอง ทั้งนี้ในการประกาศใช้กฎหมายพระราชกำหนดลักษณะข่มขืน ล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ได้บัญญัติถึงรายละเอียดการกระทำผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ไว้ใน มาตรา 5 ดังนี้ 1) ผู้ใด 2) ชำเราทางทวารหนัก คือ เวจมรรค หรือมีพฤติกรรมร่วมเพศทางทวารหนัก ซึ่งไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นหญิงหรือชาย การกระทำนั้นถือเป็นการกระทำที่มีความผิด อีกทั้งยังมี บทลงโทษสำหรับการกระทำที่อยู่ในชั้น “พยายาม” ตามมาตรา 6 และการกระทำในฐานะเป็น ผู้สนับสนุนตามมาตรา 7 รวมไปถึงกรณีที่กระทำชำเราสัตว์ก็เป็นความผิดฐานผิดธรรมดาตามนุษย์ เช่นกัน ซึ่งโทษที่ผู้กระทำจะได้รับคือ การจำคุกไม่เกิน 10 ปี โดยจะให้ผู้นั้นทำงานหนักด้วยก็ได้ และในส่วนของกรพยายามทำความผิดฐานกระทำชำเราทางเวจมรรคนั้นโทษที่ได้รับจะเป็น การจำคุกไม่เกิน 5 ปีและจะให้ผู้นั้นทำงานหนักด้วยหรือไม่ก็ได้ อีกทั้งผู้นั้นอาจจะต้องถูกปรับเป็น จำนวนเงิน 500 บาทหรือไม่ก็ได้เช่นกัน ในขณะที่ผู้กระทำความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนจำนวนเงิน ที่อาจถูกปรับจะไม่เกิน 300 บาท และจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือให้ทำงานหนักด้วยหรือไม่ก็ได้ ส่วนโทษฐานทำชำเราสัตว์เดรัจฉาน ผู้กระทำต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี และจะให้ผู้นั้นทำงาน หนักด้วยหรือไม่ก็ได้ ส่วนในชั้นความผิดฐานพยายามชำเราสัตว์เดรัจฉานนั้นผู้กระทำต้องโทษ จำคุกไม่เกิน 5 ปี และจะให้ผู้นั้นทำงานหนักหรือปรับเงินจำนวนไม่เกิน 300 บาทด้วยหรือไม่ก็ได้ และท้ายสุดสำหรับผู้มีความผิดฐานสนับสนุนให้เกิดการชำเราสัตว์จะถูกต้องโทษไม่เกิน 3 ปี และให้ ทำงานหนักหรือปรับเงินแก่ผู้นั้นจำนวนไม่เกิน 300 บาทด้วยหรือไม่ก็ได้

### 1.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ตามที่ได้ทำการศึกษาถึงรายละเอียดด้วยกฎหมายพระราชกำหนดลักษณะข่มขืน ล่วงประเวณี ร.ศ. 118 พบว่าความเปลี่ยนแปลงของกฎหมายไทยเริ่มแต่ยุคเริ่มต้นของการบังคับใช้ กฎหมายที่มีผลต่อการคุ้มครองเสรีภาพทางร่างกายของหญิงนั้นได้มีความเปลี่ยนแปลงเป็นไป



ตามลำดับ โดยในกฎหมายพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ให้โอกาสแก่ผู้บังคับใช้กฎหมายได้ปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่กว้างขึ้น โดยเป็นการมุ่งให้ความคุ้มครองแก่ตัวผู้เสียหายมากกว่าที่จะให้ความสำคัญจนมากเกินควรแก่ผู้ใช้อำนาจปกครองต่อเหยื่อซึ่งถือเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองหญิง อีกทั้งยังเป็นการกำหนดโทษทางกฎหมายที่เป็นโทษทางอาญาในลักษณะที่เป็นการเคร่งครัดมากยิ่งขึ้นเพื่อควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคม ต่อมาเมื่อกาลเวลาล่วงเข้าสู่ยุคสมัยที่ปรับเปลี่ยนทางสังคมเพิ่มมากขึ้นพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 จึงถูกยกเลิกและแทนที่ด้วยกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งมีผลโดยตรงต่อการกำหนดโทษและผู้รับผิดชอบในการกระทำความผิดอาญาทางเพศ โดยในช่วงเวลานั้นประเทศไทยมีการนำเอากฎหมายจากประเทศที่นอกเหนือไปจากประเทศอังกฤษมาปรับใช้เพิ่มเติม ซึ่งพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ได้ทรงเลือกนำเอาระบบประมวลกฎหมายมาปรับใช้ และได้ทรงเลือกทำการร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้นเป็นร่างกฎหมายลำดับแรกด้วยเหตุที่ว่าเป็นหลักกฎหมายที่สามารถทำการร่างขึ้นโดยง่ายมากที่สุดต่อการประกาศให้มีใช้ จากนั้นมากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จึงถือกำเนิดขึ้นในประเทศไทย และผลจากการร่างกฎหมายอาญาในครั้งนี้ได้นำเอาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องด้วยความรับผิดชอบทางเพศมาไว้เป็นการเฉพาะใน ภาค 2 ว่าด้วยลักษณะความผิดในมาตรา 243 ซึ่งเป็นมาตราที่ว่าด้วยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา<sup>29</sup>

โดยมูลเหตุในการปฏิรูปของกฎหมายในช่วงรัชสมัยรัชกาลที่ 5 นั้น จากการศึกษาของกนิษฐา ชิดช่วง<sup>30</sup> ได้อธิบายไว้ดังนี้

1) การที่ประเทศในช่วงสมัยเวลานั้นถูกคุกคามจากประเทศมหาอำนาจทางฝั่งตะวันตก ซึ่งประเทศไทยตกอยู่ในสถานการณ์บีบบังคับให้ต้องทำการลงนามในสนธิสัญญาทางไมตรี ร่วมไปถึงการค้าในลักษณะที่ต้องเป็นฝ่ายเสียเปรียบ อีกทั้งในด้านสถานะอำนาจการใช้สิทธิทางศาลก็พบว่าเข้าไปในลักษณะที่ประเทศต้องสูญเสียเอกราชทางการศาลเช่นกัน

2) การที่ประเทศไทยตระหนักได้ถึงความเปลี่ยนแปลงทางอำนาจในการปกครองภูมิภาคตนเองที่กำลังถูกโค่นล้มลงโดยประเทศมหาอำนาจฝั่งตะวันตกที่จะเข้ามาบีบบังคับในการควบคุมการปกครองในภูมิภาคที่ไทยตั้งอยู่ ดังนั้นจึงเป็นการสำคัญอย่างยิ่งในอันที่ประเทศไทยนั้นจะต้องรับและนำเอาวิทยาการของทางฝั่งตะวันตกมาใช้ทดแทนแนวความคิดสมัยเก่า

<sup>29</sup> คณพล จันทน์หอม. (2545). วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127: ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตมหาวิทยาลัย). หน้า 91.

<sup>30</sup> กนิษฐา ชิดช่วง “ความสืบเนื่องและการเปลี่ยนแปลงทางวัฒนธรรมของชาวไทยเชื้อสายโปรตุเกส : กรณีศึกษาชุมชนชาวตากูส์ ย่านกุฎีจีน,” (วารสารสหวิทยาการวิจัย : ฉบับบัณฑิตศึกษา, 2558), หน้า 5-6.

3) การรับมาซึ่งวิถีคิดของประเทศมหาอำนาจฝั่งตะวันตกนำมาซึ่งความเปลี่ยนแปลงทางความคิดในหมู่ชนชั้นสูงของประเทศไทยที่มีบทบาทในการปกครองและบริหารประเทศ ไม่ว่าจะเป็นระบบราชการการปกครอง สังคม วัฒนธรรมเท่าทันความคิดของประเทศฝั่งตะวันตก รวมไปถึงการปฏิรูปกฎหมายที่ใช้ควบคุมกลไกความเป็นอยู่ของผู้คนในประเทศไทย

4) การที่เกิดปัญหาต่างๆ ตามมาภายหลังการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเกิดการกระทำความผิดทางอาญา อันนำมาซึ่งจำนวนคดีที่มีอยู่มากอย่างมหาศาลขึ้นสู่ศาล เป็นเหตุให้การชำระคดีมีความล่าช้าเนื่องด้วยประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่มีประสิทธิภาพเพียงพอ

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากความล่าช้าหลังหลากหลายประการในกฎหมายตราสามดวง ก็เป็นอีกเหตุผลประการหนึ่งในการสนับสนุนให้ประเทศไทยมีการแก้ไขกฎหมายอาญาเช่นกัน ด้วยเพราะตัวบทกฎหมายของประเทศไทยในขณะนั้นไม่มีการแบ่งสัดส่วนว่าส่วนใดเป็นความแพ่งและส่วนใดเป็นส่วนความอาญา เนื่องจากประเทศไทยไม่มีซึ่งหลักการเพื่อใช้ในการพิจารณาได้ว่าความใดจัดเป็นความแพ่งและความใดจัดเป็นความอาญา อีกทั้งการระบุโทษที่ยังไม่เหมาะสม ความเป็นสากลสอดคล้องต่อพฤติกรรมและลักษณะความผิดที่มีทั้งการกระทำความผิดทางแพ่งและอาญาปะปนกัน ซึ่งการกระทำความผิดที่หลากหลายได้มีเพิ่มมากขึ้น และเมื่อกาลเวลาได้ดำเนินไปของประเทศไทยกฎหมายที่มีลักษณะโบราณอย่างกฎหมายตราสามดวงจึงต้องได้รับการแก้ไขทดแทนด้วยแนวคิดกฎหมายสมัยใหม่ที่มีต้นแบบมาจากฝั่งตะวันตก รวมไปถึงการบังคับใช้กฎหมายที่จำต้องมีการพัฒนาให้มีความชัดเจนเป็นมาตรฐานเดียวกันในอันที่จะเป็นที่ยอมรับต่อชนชาติตะวันตกหรือสากล

จากการที่ชนชาติมหาอำนาจจากตะวันตกเข้ามามีบทบาทสำคัญในทิศทางการปกครองประเทศของไทย ด้วยการที่ไทยนั้นต้องเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขตแก่คนชาติตะวันตก<sup>31</sup> กล่าวคือ กฎหมายไทยไม่อาจมีผลบังคับใช้เพื่อควบคุมความประพฤติชาวต่างชาติที่เป็นชนชาติตะวันตกได้ จึงทำให้ผู้ปกครองเล็งเห็นและตระหนักได้ว่าประเทศไทยกำลังสูญเสียซึ่งอำนาจอธิปไตย ส่งผลต่ออำนาจของเจ้าพนักงานฝั่งไทยผู้มีหน้าที่ในการจับกุมผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นคนชนชาติตะวันตก ไม่อาจทำการจับกุมได้โดยพลการ โดยการกระทำเช่นนี้ต้องได้รับอนุญาตและการให้ความเห็นจากกงสุลของชาติตะวันตกเสียก่อน การใดก็ตามอันเกี่ยวข้องกับคดีแก่ชาวต่างชาติประเทศไทยต้องปฏิบัติและทำตามแผนของกฎหมายประจำชาติที่แตกต่างกัน นำมาซึ่ง

<sup>31</sup> matichon. (ออนไลน์).การเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ในสมัยสมเด็จพระนารายณ์มหาราช. เข้าได้จาก [https://www.matichon.co.th/news-monitor/news\\_3108414](https://www.matichon.co.th/news-monitor/news_3108414) (2565, 23 มกราคม)

การตัดสินที่ขัดแย้งและไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน เพราะแนวความคิดของการบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับใช้ของประเทศไทยมีความแตกต่างไปจากกฎหมายตะวันตก

สำหรับกฎหมายแม่แบบที่ประเทศไทยได้นำมาใช้เป็นต้นแบบแก้ไขจากกฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นั้น ผู้ร่างก็ไม่ได้ผูกพันที่จะใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นพิเศษ หากแต่เป็นการนำเอากฎหมายของต่างประเทศ<sup>32</sup> ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1810, ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1870, กฎหมายว่าด้วยความผิดอุกฤษโทษ และมัทธยโทษจากประมวลกฎหมายอาญาฮังการี ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1878, ประมวลกฎหมายอาญาประเทศเนเธอร์แลนด์ ลงวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 1881, ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี ลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ.1880, ประมวลกฎหมายอาญาอียิปต์ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1904, ร่างประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่นฉบับปรับปรุงแก้ไข ค.ศ. 1903 และร่างที่ได้ตรวจชำระแล้ว ค.ศ. 1907 มาปรับใช้เป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายของประเทศไทยขึ้นเอง<sup>33</sup>

ในส่วนของการแบ่งสัดส่วนนั้นผู้ร่างทำการแบ่งออกเป็น 2 ภาคตามแบบอย่างที่ปรากฏในกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น<sup>34</sup> และประเทศเบลเยียม โดยในภาคที่ 1 จะเป็นส่วนที่บัญญัติถึงข้อบังคับต่างๆ และภาคที่ 2 เป็นการบัญญัติถึงลักษณะของการกระทำความผิด โดยในรัชสมัยรัชกาลที่ 7 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127<sup>35</sup> ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2474 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 19 เมษายน พ.ศ. 2474 ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น เป็นการร่างที่อาศัยแนวความคิดการบัญญัติซึ่งกฎหมายจากประเทศยุโรปที่ใช้ประมวลกฎหมายเป็นหลัก<sup>36</sup> มีการวางหลักบทบัญญัติไว้ในลักษณะทั่วไป แบ่งความผิดเป็นหมวดหมู่เป็นเรื่อง และมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน สามารถนำไปปรับใช้แก้ไขข้อเท็จจริงได้อย่างครอบคลุม

<sup>32</sup> museumthailand. (ออนไลน์).กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทยในสมัย ร.5. เข้าได้จาก <https://shorturl.asia/lkboxf> (2565, 23 มกราคม)

<sup>33</sup> ขอร์ช ปาดูซ์. บันทึกของนายขอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แปลและเรียบเรียงโดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. หน้า 16-17.

<sup>34</sup> ประเทศญี่ปุ่นกลับคืนสู่ฐานะมีเอกราชทางศาลในปี ค.ศ. 1899 (พ.ศ.2442) หรือ 41 ปีหลังจากตกอยู่ในระบบสิทธิสภาพนอกอาณาเขต อ้างถึงใน สัจชัย ลัจจวานิช. (2516). การต่อสู้เพื่อเอกราชในศาล. วารสารนิติศาสตร์. หน้า 6.

<sup>35</sup> museumthailand. (ออนไลน์). เข้าได้จาก <https://www.museumthailand.com/th/459/webboard/topic/> กฎหมายลักษณะอาญา-ร.ศ.127.....ประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทยในสมัย-ร.5/ (2565, 23 มกราคม)

<sup>36</sup> ขุนหลวงพระไกรสี (เทียม บุนนาค). (2450). หลักกฎหมายอาญา. หน้า 4-22.

และกว้างขวาง ซึ่งมีมูลเหตุที่ล้วนมาจากความบกพร่องและความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายตราสามดวง และปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต<sup>37</sup>

ภาคที่ 1 ของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ที่ว่าด้วยข้อบังคับต่างๆ สามารถแบ่งออกได้เป็น 10 หมวด คือ การให้คำอธิบายถึงการใช้กฎหมายลักษณะอาญา และการลงโทษ เหตุอันที่จะได้รับการยกเว้นโทษหรือลดหย่อนโทษ การพยายามกระทำความผิด ความผิดอย่างเดียวกันที่กระทำโดยบุคคลหลายคน การกระทำความผิดหลายอย่างทีกระทำโดยบุคคลคนเดียว การกระทำความผิดที่ไร้สำนึกเจ็ดหลาย การกำหนดระยะเวลาในการที่จะทำการฟ้องความ และกำหนดเวลาที่จะลงโทษในคดีอาญา และการร้องขอทรัพย์สินคืนและการเรียกค่าเสียหาย

ภาค 2 เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยลักษณะความผิด แบ่งออกเป็น 10 ส่วน ได้แก่ ความผิดประทุษร้ายต่อพระเจ้าอยู่หัว แลพระราชอาณาจักร ความผิดเกี่ยวกับการปกครองบ้านเมือง ความผิดอันใดก็ตามที่ก่อให้เกิดความเสื่อมเสียแก่ความยุติธรรม ความผิดต่อศาสนา ความผิดที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อบุคคลอื่นและทรัพย์สิน การกระทำความผิดฐานอนาจาร การกระทำความผิดฐานประทุษร้ายแก่ชีวิตและร่างกาย การกระทำความผิดที่ก่อให้เกิดการสูญเสียอิสรภาพและชื่อเสียง ความผิดที่เป็นการประทุษร้ายแก่ทรัพย์สิน และความที่เป็นฐานลหุโทษ<sup>38</sup>

ในส่วนการจัดประเภทของความรับผิดชอบเกี่ยวกับคดีอาญาทางเพศของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 จะปรากฏอยู่ในภาคที่ 2 ว่าด้วยลักษณะความผิด และส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยแบ่งออกเป็น 2 หมวดด้วยกัน ดังนี้ หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชน และหมวดที่ 2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งแบ่งฐานความผิดออกเป็น 7 ฐาน ดังนี้ (1) ความผิดฐานเอาสิ่งของลามกออกขายทอดตลาดหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน (2) ความผิดฐานข่มขืนให้เด็กอายุต่ำกว่า 12 ให้กระทำชำเราหรืออนาจาร (3) ความผิดฐานชำเราผิดธรรมเนียมมนุษย์ (4) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (5) ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง (6) ความผิดฐานกระทำชำเราแก่เด็ก (7) ความผิดฐานกระทำชำเราแก่บุคคล

การกล่าวถึงฐานความผิดในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ในการศึกษานี้จะขอกกล่าวถึงเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องต่อฐานความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการกระทำความผิดฐานชำเราผิดธรรมเนียมเท่านั้น โดยการกล่าวถึงในส่วนแรกนี้จะเป็นการกล่าวถึงการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งปรากฏลักษณะของการกระทำความผิดเป็น 2 ลักษณะอันได้แก่ มาตรา 243 การข่มขืนกระทำชำเรา และ มาตรา 244 การชำเราเด็กหญิง

<sup>37</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์ และวรรณชัย บุญบำรุง. (2543). สารานุกรมเกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 123 - 125.

<sup>38</sup> Libdoc.dpu. (ออนไลน์). เข้าได้จาก <http://libdoc.dpu.ac.th/thesis/148588.pdf> (2565, 23 มกราคม)

การกระทำความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นั้น มีปรากฏเป็นลักษณะดังจะได้อธิบายต่อไปนี้ (1) กระทำชำเรา (2) แก่หญิงที่มีใช้ภรรยาตน (3) โดยใช้กำลังอำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือโดยใช้ (4) อุบายหลอกลวงเจตนาร้าย

ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ลักษณะที่ถือเป็นการธรรมดาของการร่วมประเวณีอันจะเป็นความคิดฐานกระทำชำเราสำเร็จได้นั้นก็ต่อเมื่อฝ่ายชายนำของลับลงเข้าไปสู่ช่องลับของฝ่ายหญิง แม้ลงเข้าไปเพียงเล็กน้อยก็ถือว่าการนั้นได้สำเร็จแล้ว แต่หากจะเป็นความคิดได้ฝ่ายชายผู้กระทำจะต้องกระทำการเช่นว่านี้แก่หญิงที่มีใช้ภรรยาของตน เพราะหากว่าการกระทำเช่นว่านี้ได้กระทำต่อภริยาตนเองแล้วกฎหมายถือว่ามิใช่ความผิดแต่อย่างใด ด้วยเพราะชายหญิงเมื่อตกลงสมัครใจเข้าสู่การเป็นคู่ครองกันแล้วการร่วมประเวณีก็หาใช่เรื่องแปลกอันจะถือเป็นความคิดได้ และหากการสมัครใจเป็นสามีภรรยาคนนั้นเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย ทั้งนี้ทั้งนั้นแม้กฎหมายจะกำหนดว่าการร่วมประเวณีกันระหว่างคู่สามีภรรยาที่มีใช้เรื่องที่ผิดกฎหมายอย่างไร แต่หากเป็นการร่วมประเวณีที่ฝ่ายหญิงหาได้สมัครใจจะร่วมด้วยแล้ว การกระทำที่ฝ่ายชายนั้นกระทำต่อหญิงก็จะถือเป็นความคิดได้เช่นกัน นอกจากนี้การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงผู้ซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง อีกทั้งความยังปรากฏต่อว่าหญิงผู้นั้นเป็นภริยาของชายอื่น ความคิดฐานร่วมประเวณีนั้นก็เข้าข่ายการกระทำซึ่งผิดกฎหมายที่พึงใช้เพื่อสังเกตความคิดลักษณะนี้อาจกระทำได้ด้วย การดูจากท่าทางกิริยาวาจาพร้อมพฤติกรรมทั้งหลายประกอบกัน จากนั้นก็จะพึงสันนิษฐานเพื่อชี้ขาดได้ว่าตามเหตุการณ์ที่ปรากฏนี้เป็นการร่วมประเวณีที่จะต้องเข้าข่ายความรับผิดชอบหรือไม่ และแม้ตามคำที่ใช้บัญญัติในมาตราของกฎหมายจะมีได้ใช้คำตรงตัวว่า “หญิงมิยินยอม” แต่หากได้พิจารณาถึงนัยสำคัญว่าการที่หญิงมิได้ยินยอม ก็คือการที่ฝ่ายชายได้ใช้อำนาจในทางที่ผิดกฎหมายข่มขู่เพื่อให้ทำในสิ่งที่ตนต้องการต่อหญิงไม่ว่าจะเป็นการล่อลวงหรือการบังคับ เช่นนี้ก็ถือว่าเป็นการเข้าข่ายในอันที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบเช่นกัน

ในการร่างกฎหมายครั้งนี้ได้ใช้คำว่า “ผู้ใด” สำหรับการกล่าวถึงตัวผู้กระทำความผิด โดยหากพิจารณาแล้วก็จะพบว่าผู้กระทำที่ที่จะเป็นผู้กระทำความผิดลักษณะนี้ได้อาจเป็นไปได้ทั้งชายและหญิง อีกทั้งแม้มิได้เป็นตัวผู้กระทำความผิดหลัก ก็อาจเป็นผู้กระทำในฐานะผู้สนับสนุนให้ความช่วยเหลือในการกระทำความผิดก็ได้ แต่ในทางกลับกันตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ผู้ที่จะตกเป็นผู้ถูกกระทำความผิดได้นั้นมีแต่หญิง โดยหากจะให้การร่วมประเวณีไม่ถือเป็นความคิดได้ก็จะเป็นกรณีเมื่อการร่วมประเวณีนั้นเป็นการร่วมกันระหว่างสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากที่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 จะได้กำหนดลักษณะการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงไว้ พร้อมด้วยตัวผู้กระทำความผิดและตัวผู้ถูกกระทำความผิดกฎหมายยังได้กำหนดเพิ่มเติมถึงเหตุที่จะให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นจากสิ่งที่ก่อไว้

เช่นกัน ซึ่งได้ปรากฏในมาตรา 243 วรรคสาม ได้แก่ การกระทำความผิดข้ามขึ้นกระทำซ้ำเราต่อหญิง จนถึงขนาดบาดเจ็บสาหัส และในมาตรา 243 วรรคสี่ การกระทำความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำซ้ำเรา จนเป็นเหตุให้ผู้กระทำถึงแก่ชีวิต ความหมาย คือ ความตั้งใจเริ่มผู้กระเพียงแต่หวังที่จะก่อความผิด เพียงข้ามขึ้น แต่เมื่อการกระทำได้ดำเนินไปส่งผลให้เหยื่อหรือผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตายโดยมิได้ตั้งใจ อีกทั้งในมาตรา 247 ยังกำหนดว่าหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้กระทำความผิดมีสถานะเป็นบิดา มารดา ปู่ตายาย ครูบาอาจารย์ที่ได้รับเลี้ยงผู้ถูกกระทำไว้ก็ดี เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ ปกครองรักษาผู้ถูกกระทำร้ายก็ดี โทษที่ได้รับจะหนักกว่าที่บัญญัติหนึ่งในสามส่วน ซึ่งกฎหมายได้ อธิบายถึงผู้กระทำผิดที่เมื่อได้ก่อความผิดแล้วจะต้องรับโทษหนักขึ้นดังนี้ ถ้าบิดามารดา ปู่ตายาย เป็นผู้กระทำ หมายถึง เป็นบุพการีของผู้ถูกกระทำเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป ครูบาอาจารย์ หมายถึง ครูบาอาจารย์ที่ก่อความผิดฐานข้ามขึ้นต่อผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นศิษย์ที่อยู่ในความพิทักษ์รักษา หรือมอบหมายของตน เจ้าพนักงานหมายถึง เจ้าพนักงานที่กระทำความผิดต่อบุคคลซึ่งอยู่ในความ ปกครองรักษาโดยตรงของตน โดยเหตุที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เช่นนี้ เนื่องจากผู้ใหญ่ หรือเจ้า พนักงานควรเป็นที่พึ่งให้แก่ผู้น้อยหรือพลเมืองของตน และเมื่อมิได้ปฏิบัติตามหน้าที่อย่างที่ตั้งคม คาดหวังไว้ว่าให้ควรจะเป็นเช่นนั้น หากแต่กลับเป็นบุคคลที่ก่อความผิดขึ้นเสียเอง จึงเป็นการ กระทำที่กฎหมายมองว่าเป็นการทำลายความเชื่อใจอย่างยิ่งที่เหยื่อมีต่อผู้กระทำ ซึ่งลักษณะของโทษ ที่จะได้รับคือโทษจำคุกและโทษปรับ

มาตรา 244 ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 แยกองค์ประกอบความผิดของ ลักษณะการกระทำความผิดฐานกระทำซ้ำเราเด็กหญิง ดังนี้ (1) กระทำซ้ำเรา (2) เด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ขวบ (3) ด้วยเจตนาร้าย ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้ กระทำซ้ำเรา ตามความหมายในมาตรานี้ หมายถึง การร่วมประเวณีธรรมดา โดยการร่วมประเวณีที่จะถึงขั้นความผิดสำเร็จได้นั้นต้องปรากฏ ข้อเท็จจริงว่าของลับของฝ่ายชายได้ล่วงเข้าไปในของลับของฝ่ายเด็กหญิง ซึ่งความยินยอมของ เด็กหญิงจะมีหรือไม่ ก็มีสาเหตุที่จะทำให้บุคคลผู้นั้นพ้นไปจากความรับผิดชอบ ด้วยเพราะกฎหมาย ขณะนั้นกำหนดว่าความยินยอมของทารกหาใช่เรื่องที่ชอบโดยกฎหมายไม่ เพราะเด็กในวัยเยาว์ ไม่อาจจะรู้เพียงสาถึงภัยอันตรายที่กำลังจะถึงตัว ไร้ความสามารถในการจะพิทักษ์รักษาตนเอง ให้พ้นภัยได้ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่กฎหมายจะต้องเข้ามามีส่วนในการคุ้มครองป้องกันเพื่อมิให้เกิด ความเสียหายแก่ตัวเด็ก และต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2474 เพื่อเพิ่มเติมอายุของเด็กหญิงเป็น 13 ขวบ

ในส่วนการบัญญัติถึงบุคคลที่อาจเป็นผู้รับผิดในฐานะข้ามขึ้นกระทำซ้ำเราเด็กหญิง ผู้กระทำความผิด กฎหมายให้หมายถึง “ผู้ใด” ซึ่งกฎหมายได้แสดงว่าทั้งชายและหญิงอาจตก เป็นผู้กระทำความผิดได้ทั้งสอง และอาจเป็นตัวการร่วมกันในการกระทำความผิดฐานนี้ได้

และหากผู้กระทำความผิดในมาตรานี้มีสถานะเป็นบิดามารดา ปู่ย่าตายาย ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยง ผู้ถูกกระทำความผิด เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ให้การปกครองรักษาผู้ถูกกระทำ ต้องได้รับ โทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในกฎหมายหนึ่งในสามส่วน โดยผู้กระทำความผิดที่เป็นบิดามารดา ปู่ย่าตายาย ให้หมายถึงบุพการีที่สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป ครูบาอาจารย์ ให้หมายถึงครูผู้ที่กระทำ ต่อศิษย์ที่ตนให้การพิทักษ์คุ้มครองหรือได้รับมอบหมายให้ดูแล โดยเป็นการใช้อำนาจแห่งการ พิทักษ์รักษา หรือการรับมอบหมายให้การอุปการะเป็นเครื่องมือเพื่อใช้ไปในทางที่ผิด ทั้งนี้ด้วย เหตุผลเช่นเดียวกันกับเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นดังที่ได้กล่าวไปแล้วสำหรับการ กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง ด้วยเพราะสถานะของบุคคลเหล่านี้มีความคาดหวัง จากผู้ร่างกฎหมายรวมทั้งสังคมให้ทำหน้าที่ในการพิทักษ์คุ้มครองดูแลเหยื่อผู้ถูกกระทำ ส่วนอายุ ของเด็กหญิงที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับผู้ถูกกระทำได้แก่ อายุเด็กหญิงที่อายุต่ำกว่า 12 ปี ต่อมา เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ.2474 จากเดิม ต่ำกว่า 12 ปีเป็น 13 ปี นอกจากนี้ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ยังได้กำหนดเหตุที่ทำให้ ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นอีกสองสาเหตุเช่นเดียวกันกับการกระทำความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราหญิง ได้แก่ มาตรา 244 วรรคสอง เด็กที่เป็นผู้ถูกกระทำได้รับบาดเจ็บสาหัส และ มาตรา 244 วรรคสาม การกระทำความผิดที่ก่อนนั้นเป็นเหตุให้เด็กถึงแก่ความตาย โทษที่ผู้กระทำ ความผิดต่อเด็กหญิงนั้นจะเป็นโทษที่ผู้กระทำจะได้รับจะหนักกว่าโทษความผิดที่มีการกระทำต่อ หญิง กล่าวคือ มีอัตราโทษขั้นต่ำสูงกว่าการกระทำชำเราต่อหญิง

ความผิดฐานกระทำอนาจารในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 อธิบายได้ใน ลักษณะการกระทำที่เป็นไปในทางภาวะวิสัยเพื่อละเมิดหรือฝ่าฝืนซึ่งความรู้สึกอัปยศในทางเพศ ตามปกติทั่วไปในชั้นร้ายแรง โดยเป็นการกระทำทางอัตวิสัยที่ได้กระทำลงไปบนพื้นฐานของความ ต้องการในทางเพศ ซึ่งจุดมุ่งหมายในอันที่จะก่อให้เกิดการระงับไปซึ่งอารมณ์ของผู้กระทำเองหรือ ตัวผู้อื่น อาทิ การกอด การจูบ การลูบคลำ โดยการกระทำอนาจารมิได้จำกัดความเพียงเฉพาะการ กระทำที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายผู้ถูกกระทำเพียงเท่านั้นหากแต่รวมไปถึงการกระทำอนาจารที่ผ่าน การสัมผัสผ่านเสื้อผ้าที่นุ่งห่ม โดยเหยื่อผู้ถูกกระทำได้ด้วยเช่นกัน

เหตุผลที่กฎหมายได้กำหนดเช่นนี้ ก็เนื่องมาจากการที่ต้องการจะสร้างและส่งเสริม เสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในอันที่จะกำหนดความต้องการทางเพศของตนเองได้ในเรื่องทางเพศ โดยกฎหมายได้บัญญัติถึงลักษณะการกระทำอนาจารไว้ด้วยกันสองลักษณะได้แก่ (1) การกระทำ อนาจารบุคคล (2) การกระทำอนาจารเด็ก ในมาตรา 246 และมาตรา 245

ตามมาตรา 246 เป็นการบัญญัติถึงการกระทำอนาจารที่ได้กระทำต่อบุคคล โดยสามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้ (1) กระทำอนาจาร (2) แก่บุคคลอายุเกินกว่า 12 ปี (3) โดยใช้ อำนาจด้วยกำลัง หรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือใช้ด้วยอุบายหลอกลวง (4) เจตนาร้าย ซึ่งกฎหมายได้ กล่าวถึงผู้กระทำความผิดอนาจารสามารถเป็นได้ทั้งชายและหญิงจากการใช้คำว่า “ผู้ใด” อันเป็นการให้ความหมายได้ว่ามิใช่เท่าแต่ชายเท่านั้นที่จะเป็นกระทำความผิดฐานนี้ได้ หากแต่หญิงก็อาจมี สถานะเป็นการร่วมกับชายกระทำความผิดได้ด้วย โดยผู้กระทำความผิดนั้น ได้กระทำแก่บุคคลใดก็ตามที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 12 ปีและมีได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำเช่นว่านี้ ทั้งนี้จะเห็นได้ว่า กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มิได้ให้ความคุ้มครองแก่เฉพาะการกระทำอนาจารที่หญิงเป็นผู้ถูกกระทำเท่านั้น แต่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกกระทำที่เป็นชายด้วย นอกจากนี้การกระทำความผิดฐานอนาจารต่อบุคคลนั้นกฎหมายยังได้กำหนดเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับการลงโทษหนักขึ้นด้วย หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำมีสถานะ ดังนี้ คือ บิดามารดา ปู่ยาตายาย ครูบาอาจารย์ ที่ได้รับเลี้ยงผู้ถูกกระทำ เจ้าพนักงานผู้ที่มีตำแหน่งในอันที่จะ ให้การปกครองรักษาผู้ถูกกระทำร้าย ต้องรับโทษหนักขึ้น โดยที่ลักษณะของโทษจะเป็นโทษจำคุก และโทษปรับ

ตามมาตรา 245 ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นการบัญญัติถึงลักษณะ การกระทำอนาจารที่เป็นการกระทำต่อเด็ก โดยสามารถแยกองค์ประกอบความรับผิดได้ ดังนี้ (1) กระทำอนาจาร (2) แก่เด็กอายุไม่เกินกว่า 12 ปี (3) เจตนาร้าย คำว่าอนาจารตามมาตรานี้ กฎหมายให้ความหมายไว้ว่าเป็นการกระทำอนาจารต่อเด็ก โดยเป็นการกระทำที่น่าเกลียดและน่า อับอายอย่างยิ่ง เป็นการที่บุคคลปกติทั่วไปที่เป็นสุภาพชนไม่พึงกระทำกันการเช่นนั้น ทั้งนี้สำหรับ การกระทำอนาจารต่อเด็กนั้น กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ถึงความยินยอมของผู้ถูกกระทำในอันที่จะทำ ให้ผู้ก่อเหตุยกขึ้นใช้เป็นเงื่อนไขในการพ้นความรับผิดได้ ด้วยเพราะความยินยอมของเด็กหรือ ผู้เยาว์ในสายตาของกฎหมายไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมโดยชอบธรรม เนื่องจากเด็กไม่รู้เท่า ทนถึงอันตรายที่จะได้เข้ามาถึงตัว ขาดความรู้สึกรู้สึกนึกคิดในอันที่จะพิจารณาได้อย่างเพียงพอเท่า ผู้ใหญ่ในการที่จะป้องกันระวังตัวให้ตนเองพ้นไปได้ซึ่งอันตรายจากผู้ที่ยั่วยุ ครั้นนั้น กฎหมายจึง มองว่าแม้เด็กจะได้ให้ความยินยอมด้วยวิธีการใดก็ตามต่อผู้กระทำ ก็ไม่ทำผู้กระทำผิดยกเอาเหตุ เช่นว่านี้ขึ้นต่อสู้ในทางกฎหมายได้ อีกทั้งในการกระทำความผิดฐานอนาจารต่อเด็กนั้นแม้จะเป็น ชายหรือหญิงก็สามารถเป็นผู้กระทำความผิดได้ ไม่จำกัดเพศเป็นการเฉพาะ และเจตนา กฎหมายได้ ให้ความหมายไว้ว่าเป็นการกระทำจากความตั้งใจทำลามกอนาจารด้วยความไร้ซึ่งความละอายต่อ สิ่งที่ได้กระทำ และเป็นการกระทำที่น่ารังเกียจอย่างยิ่ง ต่อมาภายหลังได้มีการแก้ไขเกี่ยวกับอายุของ เด็กผู้ถูกกระทำโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2474 แก้ไขเพิ่มเติม



อายุจากเดิมเป็นการกระทำอนาจารต่อเด็กที่อายุไม่เกินกว่า 12 ปี เป็นการกระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกินกว่า 13 ปี นอกจากนี้หากข้อเท็จจริงเป็นที่ปรากฏว่าการกระทำอนาจารต่อเด็กนั้น ผู้กระทำ มีสถานะเป็นพ่อแม่ ปู่ย่าตายาย ครูบาอาจารย์ที่ได้เป็นผู้รับเลี้ยงเด็ก หรือเป็นเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่ในการให้การปกป้องคุ้มครองดูแลรักษา บุคคลเหล่านี้จะต้องได้รับซึ่งโทษในเหตุที่ตนเองได้ก่อ คือ การอนาจารต่อเด็กหนักขึ้นด้วยโทษในลักษณะที่จะต้องจำคุก และโทษปรับ<sup>39</sup>

ใน ส่วนมาตรา 242 ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้กำหนดถึงลักษณะ ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ โดยสามารถแบ่งองค์ประกอบของการทำความผิด ได้ดังนี้ คือ (1) ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ด้วยชายก็ดี ด้วยหญิงก็ดี (2) ผู้ใดชำเราด้วยสัตว์ เสรณานก็ดี สามารถทำการอธิบายได้ดังนี้

ตามที่ได้กล่าวถึงการชำเราในทางเวจมรรคนั้น เป็นการกระทำที่ถูกกำหนดให้เป็น ความผิดในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 เช่นกัน หากแต่ในกฎหมาย ลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น ได้ตีความถึงความหมายของการชำเราในทางเวจมรรคไว้ว่าเป็นการ กระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ซึ่งบทลงโทษที่กฎหมายประสงค์จะให้สำหรับผู้กระทำผิดตาม มาตรานี้ คือ ผู้กระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ต่อบุคคลอื่นไม่ว่าบุคคลผู้ถูกกระทำจะเป็นชายหรือ เป็นหญิงก็ตาม เว้นแต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ให้ความยินยอม ฝ่ายที่เป็นผู้บังคับกระทำกรก็จะต้องรับ ผิดฐานชำเราผิดธรรมดาแต่เพียงผู้เดียว กล่าวคือ ธรรมดาชายต่อชายไม่อาจทำชำเราต่อกันได้ หรือ การกระทำที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งทำชำเราแก่หญิงนอกจากสังวาส อันได้แก่การกระทำชำเราในทาง เวจมรรค รวมไปถึงการกระทำชำเราที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้กระทำต่อสัตว์ซึ่งถือได้ว่าเป็น การกระทำที่เป็นความน่าอับอายเป็นที่สุด โดยผู้ใดที่เข้าช่วยการทำความผิดเช่นนี้จะได้รับ โทษตามกฎหมายด้วยการลงโทษเป็นระยะเวลาสามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี อีกทั้งยังต้องโดน ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทถึงห้าร้อยบาทด้วยกัน ซึ่งในประเด็นการกระทำอย่างอื่นนอกจากตามธรรมดา เช่น การร่วมเพศทางทวารหนัก หรือร่วมเพศระหว่างชายด้วยกันหรือหญิงด้วยกันในช่วงเวลาของ ยุคสมัยนั้น ถือเป็นการสังวาสผิดธรรมดาไม่อาจมิได้ และถือว่าเป็นเรื่องผิดปกติทั่วไปที่ไม่อาจ ยอมรับได้ คงมีเพียงการร่วมประเวณีระหว่างชายหญิง และต้องเป็นการร่วมเพศแบบธรรมดาแต่ เพียงเท่านั้นที่จะสามารถกระทำได้ ซึ่งการที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ถือเป็นการริดรอนสิทธิส่วนบุคคลที่แต่ละบุคคลพึงมีในрсนิยมทางเพศที่แตกต่างกันอย่างมาก เช่น ความต้องการที่จะร่วม ประเวณีกันระหว่างชายและชาย หรือความต้องการที่จะร่วมประเวณีกันระหว่างหญิงและหญิง

<sup>39</sup> parliament. (ออนไลน์) .เข้าถึงได้จาก

หรือการร่วมเพศทางทวารหนักก็ไม่สามารถจะกระทำได้ในช่วงเวลานั้น เนื่องจากถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดแปลกธรรมดามนุษย์ ไม่เป็นที่ยอมรับทางสังคมและเป็นที่ต้องห้ามตามกฎหมาย

ทั้งนี้การกระทำความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาตามกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งเป็นเจตนาที่จะอธิบายว่า ไม่ว่าจะ เป็นชายหรือหญิงก็อาจอยู่ในสถานะที่เป็นผู้กระทำและผู้ถูกกระทำตามมาตรานี้ได้ หรืออาจมีสถานะเป็นตัวการร่วมกันกระทำความผิดได้เช่นกัน โดยผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้จะได้รับโทษทั้งการจำคุกและการปรับ

#### 1.4 ประมวลกฎหมายอาญา

ในสมัยจอมพลแปลก พิบูลสงครามเมื่อ พ.ศ. 2482 ได้เกิดแนวคิดริเริ่มในการที่จะปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญาอย่างเป็นทางการให้มีประสิทธิภาพและความเป็นระบบที่ดียิ่งขึ้นในการบังคับใช้ จากนั้นจึงได้มีการแต่งตั้งอนุกรรมการเพื่อจุดประสงค์ในอันที่จะแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาขึ้น ซึ่งในช่วงเริ่มแรกของการแก้ไขปรับปรุงได้มีการตรวจสอบถึงข้อบกพร่องว่าด้วยการบังคับใช้นั้นมีอยู่มากน้อยเพียงใด และหากมีข้อบกพร่องเช่นนั้นแล้ว จะทำการแก้ไขข้อบกพร่องอย่างไร อีกทั้งในการแก้ไขปรับปรุงและการร่างซึ่งกฎหมายลักษณะอาญา ผู้ร่างได้นำเอากฎหมายของต่างประเทศมาเป็นต้นแบบในการพัฒนา เพื่อจุดประสงค์ในการที่จะนำน้อมนำเอามาซึ่งแนวความคิดใหม่จากประเทศอื่นๆมาบัญญัติไว้ให้สอดคล้องต่อสังคมตลอดจนวัฒนธรรมของสังคมให้ได้มากที่สุดที่เป็นไปได้ แต่เมื่อได้ดำเนินการแก้ไขซึ่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127<sup>40</sup> ไปสักระยะเวลาหนึ่ง มีความเห็นจากทางอนุกรรมการว่าการยกเลิกไปซึ่งกฎหมายเดิมและร่างกฎหมายอาญาขึ้นเสียใหม่ น่าจะเป็นที่เหมาะสมกว่า ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัยให้เหตุผลไว้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเดิมเป็นมาตราๆ ไป ต้องรักษาโครงสร้างของกฎหมายอาญาเดิมซึ่งเป็นเรื่องยากที่จะทำให้ดีได้ อีกทั้งในเมื่อกฎหมายเดิมมีใช้อยู่แล้ว ความรีบร้อนที่จะให้มีกฎหมายใหม่เกิดขึ้นก็ย่อมไม่มี นอกจากนี้การนำเอาของใหม่ที่อยู่ในประมวลกฎหมายอาญาต่างประเทศมาใช้ปรับปรุงแก้ไขในข้อบกพร่องก็หาใช่จะเหมาะสมและได้ประโยชน์แก่ประเทศไทยเสมอไป เนื่องจากสภาพการณ์ที่แตกต่างกันไปของแต่ละประเทศ

ร่างประมวลกฎหมายอาญาใช้เวลาราว 18 ปี ในการผ่านการพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากทางรัฐสภาซึ่งเป็นระยะเวลาที่จอมพลแปลก พิบูลสงคราม ได้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีอีกสมัยหนึ่ง โดยทำการพิจารณา 7 ปี สำหรับคณะกรรมการกฤษฎีกา และอีก 10 ปี สำหรับการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร โดยการประกาศใช้เป็นกฎหมายมีขึ้นในวันที่ 15 พฤศจิกายน 2499 และยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวล

<sup>40</sup> museumthailand. (ออนไลน์). กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทยในสมัย ร.5.เข้าถึงได้จาก <https://shorturl.asia/lkbf>. (2565, 28 มกราคม)

กฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 4 บัญญัติว่า “เมื่อประมวลกฎหมายอาญาได้ใช้บังคับแล้ว ให้ยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา” ด้วยเหตุผลที่ว่าตั้งแต่ได้ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ใน พ.ศ. 2451 เป็นต้นมา พฤติการณ์ของบ้านเมืองได้มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ในเวลาต่อมา ภายหลังจากการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ เพิ่มเติมอีก 4 ครั้ง ได้แก่ (1) สมัยจอมพลถนอม กิตติขจร จำนวน 1 ครั้ง ซึ่งเป็นกำหนดอัตราโทษในความผิดฐานอาญาให้สูงขึ้นในอันที่จะให้การป้องกันและปราบปรามอย่างเพียงพอแก่สถานการณ์ของสังคม ในช่วงขณะนั้นซึ่งเป็นช่วงเวลาของการปฏิวัติ (2) สมัยพลเอกเปรม ติณสูลานนท์ จำนวน 2 ครั้ง โดยในครั้งแรกนั้นมีความคิดเห็นจากฝ่ายนิติบัญญัติว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งในอันที่จะแก้ไขเพิ่มเติมความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ เนื่องด้วยอาชญากรรมมีความรุนแรงและเพิ่มมากขึ้น สมควรที่จะเพิ่มอัตราโทษสำหรับผู้กระทำความผิดให้สูงขึ้นเพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว และในครั้งที่สองนั้นเป็นการแก้ไขอายุของเด็กผู้เป็นผู้ถูกระทำความผิดอาญา ความผิดเกี่ยวกับเพศเนื่องจากแต่เดิมอายุของเด็กถูกกำหนดไว้เพียงไม่เกินสิบ 13 เท่านั้น เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดแสวงหาประโยชน์จากการยกเอาข้ออ้างความยินยอมของเด็กยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้ โดยทำการเปลี่ยนอายุของเด็กตามกฎหมาย จากเดิม 13 ปีเป็น 15 ปี<sup>41</sup> เนื่องจากส่วนใหญ่แล้วเด็กในช่วงอายุประมาณนี้ยังมีพัฒนาการ ทางด้านร่างกาย จิตใจ สติปัญญา รวมทั้งการศึกษาและประสบการณ์ที่ไม่เพียงพอ นอกจากนี้ยังได้กำหนดฐานความผิดเป็นฐานะ จัดหาล่อไปหรือพาไป ที่จะเป็นความผิดได้ก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำที่ต่อเด็กหญิงอายุไม่เกิน 18 ปีเท่านั้น (3) สมัยพลเอกชวลิต ยงใจยุทธ เป็นช่วงเวลาที่เกิดการกระทำความผิดต่อหญิงด้วยการซื้อ การขาย การจำหน่าย การพา หรือการจัดหาไม่ว่าจะเป็นหญิงหรือเด็ก ด้วยวิธีการต่างๆ เพื่อประสงค์ในการสำเร็จความใคร่ การอนาจาร หรือเพื่อประโยชน์อย่างอื่นอันมิชอบของทั้งแก่ตนเอง และของทั้งผู้อื่น จึงเป็นเหตุผลที่ผู้ร่างกฎหมายได้ทำการแก้ไขกฎหมายเพิ่มเติมในอันที่จะใช้ปราบปรามต่อการกระทำความผิดดังกล่าวที่เกิดขึ้นในสังคมไทย อีกทั้งการกระทำความผิดเช่นนี้น่าหาได้เกิดขึ้นแก่หญิงหรือเด็กหญิงเท่านั้น หากแต่ยังรวมไปถึงเด็กชาย เช่นกันซึ่งเป็นแนวโน้มที่แสดงให้เห็นว่าผู้ตกเป็นเหยื่ออาจมิได้จำกัดเฉพาะแต่เพียงเพศหญิงเท่านั้น กฎหมายจึงได้ทำการกำหนดลักษณะของผู้ที่จะเป็นผู้ถูกระทำให้มีความครอบคลุมมากยิ่งขึ้น และยังกำหนดให้อำนาจแก่ศาลไทยในอันที่จะใช้อำนาจลงโทษต่อผู้กระทำความผิดได้ แม้การกระทำเช่นนี้จะได้กระทำนอกประเทศไทย ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ

<sup>41</sup> เหตุผลที่ประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับพิเศษ) เล่ม 104 ตอนที่ 173 วยที่ 1 กันยายน 2530. หน้า 12.

ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 14) พ.ศ.2540 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน 2540

ทั้งนี้จากการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเพิ่มเติมดังกล่าวในประมวลกฎหมายอาญา ได้มีการแบ่งออกเป็น 3 ภาค ประกอบด้วย (1) ภาคบทบัญญัติทั่วไป ได้แก่ การบัญญัติถึง 2 ลักษณะความผิด คือ ลักษณะที่ 1 เป็นบทบัญญัติใช้สำหรับความผิดทั่วไป มีบทนิยาม การใช้กฎหมายอาญา โทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย ความรับผิดชอบในทางอาญา การพยายามกระทำความผิด ตัวการและผู้สนับสนุน การกระทำความผิดหลายบทหรือหลายกระทง การกระทำความผิดอีก และอายุความ และสำหรับในส่วนลักษณะที่ 2 เป็นบทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดลหุโทษ (2) ภาคความผิด สามารถแบ่งออกเป็น 12 ลักษณะ อันได้แก่ ลักษณะความผิดที่เกี่ยวข้องด้วยความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง ความผิดเกี่ยวกับความยุติธรรม ความผิดเกี่ยวกับศาสนา ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ความผิดเกี่ยวกับการค้า ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง และความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน (3) ภาคลหุโทษ คือ ความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ที่มีโทษเบาหรือโทษที่ไม่ร้ายแรง กล่าวคือ ความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท

สำหรับความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศนั้นจะถูกจัดอยู่ในภาค 2 คือ 9 ลักษณะความผิดที่เกี่ยวข้องกับเพศ ได้แก่ มาตรา 276 - มาตรา 287 สามารถแบ่งฐานความผิดออกเป็น 8 ฐานความผิด ดังนี้ (1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง (2) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง (3) ความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคล (4) ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก (5) ความผิดฐานเป็นธุระจัดหาบุคคลไปเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น (6) ความผิดฐานรับตัวบุคคลผู้ถูกจัดหาไปเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น (7) ความผิดฐานพาบุคคลไปเพื่อการอนาจาร (8) ความผิดฐานซ่อนเร้นบุคคลซึ่งถูกพาไปเพื่อการอนาจาร

ในการศึกษานี้จะขอกล่าวเฉพาะในส่วนฐานความผิดอันเกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเรา และการกระทำซึ่งเป็นอนาจารเท่านั้น โดยผลจากการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญานับนี้เป็นเหตุให้ความผิดว่าด้วยการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ได้หายไปจากการบังคับใช้ของกฎหมายไทย

มาตรา 276 เป็นการกำหนดลักษณะความผิดอันเกี่ยวข้องด้วยฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเราหญิง สามารถแยกองค์ประกอบการกระทำความผิดได้ ดังนี้ คือ (1) ข่มขืน (2) กระทำชำเรา (3) หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน (4) โดยวิธีการใดการหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นการขู่เข็ญด้วยประการใด

ด้วยการใช้กำลังในการประทุษร้ายโดยที่หญิงอยู่ในสภาวะอันไม่สามารถทำการขัดขืนได้ โดยทำให้หญิงผู้ถูกระทำเข้าใจผิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น

ทั้งนี้ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายลักษณะอาญาในส่วนลักษณะความผิด โดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกันกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ตามมาตรา 276 วรรคสอง<sup>42</sup> และหากผู้ถูกระทำจากการกระทำดังกล่าวได้รับอันตรายสาหัสผู้กระทำต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือหากผู้ถูกระทำได้ถึงแก่ความตายจากการกระทำนั้น โทษที่ได้รับจะเป็นการประหารชีวิต ตามมาตรา 277 ตรี โดยการเพิ่มเติมแก้ไขดังกล่าวนี้ของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน 2514 เป็นการแก้ไขบนพื้นฐานจากแนวความคิดเดิม โดยมุ่งป้องกันการกระทำที่เป็นอันตรายและเป็นการประกอบอาชญากรรมที่ส่งผลกระทบต่อความสุขของประชาชนในสังคมเป็นส่วนใหญ่ อันเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะความผิดให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในช่วงเวลาในขณะนั้นที่เป็นช่วงของการปฏิวัติจากการกระทำความผิดอาชญากรรมที่เป็นการร้ายแรง

ความหมายของการโทรมหญิงนั้น คือ การกระทำในลักษณะที่มีผู้ร่วมกันกระทำมากกว่าหนึ่งคน โดยเป็นการกระทำที่ผลัดเปลี่ยนกันอย่างน้อยสองคนคนละสองครั้ง แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏเพียงว่าหนึ่งคนทำการข่มขืนอีกคนหนึ่งถือปืนหรือใช้กำลังบังคับจับให้อีกคนหนึ่งข่มขืนเช่นนี้ไม่เข้าข่ายลักษณะการกระทำความผิดที่เป็นการโทรมหญิง แต่สองคนนี้จะมีความผิดฐานเป็นตัวการตามมาตรา 276 วรรคสอง ประกอบมาตรา 83 ต่อมาเมื่อปี พ.ศ.2525 ได้มีการแก้ไขกฎหมายเพิ่มเติมอัตราโทษที่สูงขึ้นว่าด้วยลักษณะการกระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราหญิง รวมทั้งการกระทำชำเราต่อหญิง โดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือการร่วมกันกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ทั้งการเพิ่มโทษดังกล่าวเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายที่ต้องการเน้นการปราบปรามในอันที่จะควบคุมการก่อซึ่งอาชญากรรม

สำหรับผู้กระทำความผิดในฐานะความผิดข่มขืนกระทำชำเราหญิง กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งเป็นการใช้ถ้อยคำเช่นเดียวกับที่ใช้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยเป็นการแสดงให้เห็นว่าการบัญญัติกฎหมายนั้นมีพื้นฐานทางแนวคิดเช่นเดียวกับในอดีต ดังนั้น จึงถือได้ว่าสำหรับการกระทำความผิดในลักษณะดังที่ได้กล่าวมานี้ผู้กระทำไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิงก็อาจเป็นตัวการในการร่วมกันกระทำความผิดได้ คงเหลือแต่ในส่วนของเพศชายเท่านั้นที่ผู้ร่างยังไม่ได้กำหนดให้สามารถตกเป็นเหยื่อหรือผู้ถูกระทำได้ ดังจะเห็นได้จากถ้อยคำที่ผู้ร่างกฎหมายกำหนด

<sup>42</sup> drthawip. (ออนไลน์)ลักษณะ ๕ ความผิดเกี่ยวกับเพศ (มาตรา ๒๗๖ - ๒๗๗/๒) เข้าถึงได้จาก.

ไว้สำหรับสถานะของผู้ถูกระทำได้แก่ การข่มขืนกระทำชำเราที่ได้กระทำต่อหญิงที่มีโชภริยาของผู้กระทำความผิดและเป็นการกระทำที่หญิงผู้นั้นมิได้ให้ความยินยอม

ตามประมวลกฎหมายอาญาตาม มาตรา 280 (1) และมาตรา 280 (2) เป็นการบัญญัติของกฎหมายสำหรับเหตุที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องได้รับโทษหนักขึ้นจากการกระทำที่ตนได้ก่อ ได้แก่ การกระทำที่มีผลให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายสาหัส และการกระทำที่มีผลให้ผู้ถูกระทำถึงแก่ความตาย อีกทั้งหากการกระทำเป็นการกระทำต่อผู้สืบสันดาน ศิษย์ที่อยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรืออยู่ในความอนุบาล บุคคลผู้นั้นต้องได้รับโทษที่หนักขึ้น ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าเป็นไปตามแนวความเดิมที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ที่เป็นเสมือนรากฐานแนวคิดในการกำหนดหรือบัญญัติโทษของผู้ร่างกฎหมาย ที่มีแนวคิดว่าผู้รับเลี้ยงที่อยู่ในสถานะผู้พิทักษ์ที่กระทำความผิดต่อผู้ที่ตนพิทักษ์ และผู้อนุบาลที่กระทำความผิดต่อผู้ที่ตนอนุบาลต้องได้รับโทษหนักกว่าคนปกติ เนื่องจากการที่ตนประพฤติดังเป็นปฏิบัติร้ายแรงกับหน้าที่ของตนเอง

ในส่วนลักษณะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมในภายหลังถูกกำหนดไว้ในมาตรา 277 โดยสามารถแยกองค์ประกอบของการกระทำความผิดนี้ (1) กระทำชำเรา (2) เด็กหญิงอายุไม่เกิน 13 ปี (3) ไม่ว่าเด็กหญิงผู้นั้นจะให้ซึ่งความยินยอมให้ผู้กระทำหรือไม่ก็ตาม ซึ่งตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน 2514 ที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาว่าลักษณะความผิดข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงไว้ว่าหากการกระทำนั้นเป็นการร่วมกันกระทำความผิดในลักษณะที่เป็นการโทรมเด็กหญิง หรือหากเป็นผู้กระทำด้วยเครื่องมือหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด ตามมาตรา 277 วรรคสอง นอกจากนี้หากการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำต้องได้รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษหนักขึ้น คือโทษจำคุกตลอดชีวิต ตามมาตรา 277 ตรี (1) หรือหากการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำถึงแก่ชีวิต โทษที่ผู้กระทำจะได้รับซึ่งเป็นโทษที่หนักขึ้น คือ โทษประหารชีวิต ตามมาตรา 277 ตรี (2)

สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2525<sup>43</sup> นั้น ไม่ได้มีการเพิ่มเติมลักษณะของการกระทำความผิดแต่อย่างใด นอกจากการเพิ่มอัตราโทษสำหรับการกระทำชำเราเด็กหญิง การกระทำชำเราในลักษณะที่เป็นการโทรมเด็กหญิง การกระทำชำเราที่มีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธต่อเด็กหญิง และในระยะเวลาต่อมาเมื่อปี พ.ศ. 2530 ประเทศไทยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมในลักษณะความผิด ดังนี้ (1) มีการบัญญัติเพิ่มเติมถึงลักษณะในการกระทำความผิดฐานกระทำชำเรา

<sup>43</sup> wikisource. (ออนไลน์) พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525.

ต่อเด็กที่มีอายุยังไม่เกิน 15 ปี ผู้ซึ่งมิใช่ภริยาของตน ไม่ว่าจะกระทำความผิดดังกล่าวจะได้รับความยินยอมจากเด็กหรือไม่ก็ตาม (2) เด็กหญิงที่มีอายุยังไม่เกิน 13 ปียังได้รับความคุ้มครองเช่นเดิมจากการถูกกระทำชำเรา (3) ทั้งนี้หากเป็นกรณีที่ชายได้กระทำความผิดต่อเด็กหญิงผู้มีอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี โดยการกระทำเกิดขึ้นด้วยความยินยอมของเด็กหญิง ภายหลังศาลอาจทำการอนุญาตให้ผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำสมรสกันได้โดยผู้กระทำต้องรับโทษ และเป็นการอนุญาตให้ทำการสมรสในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดกำลังรับโทษอยู่ โดยให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดเช่นว่านั้นพ้นโทษไปเสีย ซึ่งเหตุที่กฎหมายบัญญัติเพิ่มเติมอายุเด็กหญิงผู้ถูกกระทำเช่นนี้ เนื่องจากมีการกล่าวอ้างถึงความยินยอมของผู้ถูกกระทำจากผู้กระทำความผิดในการได้รับเหตุยกเว้นโทษหรือการบรรเทาโทษตามกฎหมาย เพื่อประสงค์ในการได้รับซึ่งประโยชน์ในทางที่มีชอบจากเด็กที่อายุระหว่าง 13 ปี ถึง 15 ปี ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วยังอยู่ในช่วงระหว่างการเจริญเติบโตทางสติปัญญาและการใช้ความคิดพร้อมทั้งประสบการณ์การใช้ชีวิตที่ยังไม่มากเพียงพอ

ทั้งนี้ในเรื่องขององค์ประกอบความรับผิดชอบที่เป็นส่วนสำคัญในการลงโทษนั้น ต้องเป็นข้อเท็จจริงที่ว่าตัวผู้กระทำความผิดเองนั้นรับรู้ถึงอายุของเด็กหญิงผู้ถูกกระทำว่ายังไม่เกิน 15 ปี โดยหากผู้กระทำความผิดเข้าใจว่าเด็กหญิงยังมีอายุเกินกว่า 15 ปีแล้ว ย่อมถือเป็นข้อแก้ตัวในการขาดเจตนาเพราะสำคัญผิดได้ นอกจากนี้ในส่วนที่กฎหมายบัญญัติกรณีเพิ่มเติมให้ศาลมีอำนาจในการอนุญาตให้เกิดการสมรสระหว่างผู้กระทำความผิดและเด็กหญิงที่มีอายุเกินกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปีได้นั้น มีผลให้ฝ่ายชายไม่ต้องรับโทษ ก็เป็นเหตุอันเนื่องมาจากการที่ตามกฎหมายผู้ที่จะทำการสมรสได้นั้นต้องเป็นกรณีที่ทั้งชายและหญิงต้องมีอายุครบ 17 ปีบริบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1448 ซึ่งการกำหนดผู้กระทำความผิดต่อเด็กอายุที่มีอายุไม่เกิน 15 ปีให้เป็นความรับผิดชอบเด็ดขาดนั้น กฎหมายเล็งเห็นแล้วว่าอาจก่อเกิดปัญหาในทางปฏิบัติแก่ประชากรที่นับถือศาสนาอิสลามและใช้กฎหมายอิสลามเกี่ยวกับครอบครัวมรดกตามหลักกฎหมายอิสลามสำหรับการสมรสระหว่างชายและหญิงที่ย่อมสมบูรณ์หากทั้งคู่มีสภาพร่างกายที่พร้อมซึ่งโดยปกติจะอยู่ในช่วงที่เริ่มตั้ง 12 ปี เป็นต้นไปก็สามารถทำการสมรสได้แล้วในพื้นที่สี่จังหวัดภาคใต้ ได้แก่ จังหวัดสตูล ยะลา นราธิวาส และปัตตานี ทั้งนี้ชายที่ทำการสมรสตามหลักกฎหมายอิสลามดังกล่าวอาจมีความผิดได้ จึงเป็นเหตุให้คณะอนุกรรมการได้พิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเพิ่มเติมคำว่า “เด็กนั้นมีอายุของตน” เพื่อแก้ไขข้อท้วงติงเช่นว่านี้ตามนัยของมาตรา 276 ซึ่งกำหนดว่าหญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน

ความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นบัญญัติไว้ด้วยกัน 2 ลักษณะได้แก่ (1) ลักษณะการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ซึ่งเป็น

การกระทำอนาจารบุคคล และ (2) ลักษณะการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารมาตรา 279 ซึ่งเป็น การกระทำความผิดฐานอนาจารเด็ก

ลักษณะการกระทำอนาจารบุคคลตามมาตรา 278 แยกเป็นองค์ประกอบความรับผิด ได้ ดังนี้ คือ (1) กระทำอนาจาร (2) ต่อบุคคลที่มีอายุไม่น้อยกว่า 15 ปี (3) ด้วยวิธีอย่างใดอย่างหนึ่ง ต่อไปนี้ ไม่ว่าจะเป็นการขู่เชือดด้วยประการใด ๆ อันใช้กำลังประทุษร้าย ซึ่งบุคคลนั้นตกอยู่ในภาวะ ที่ไม่อาจขัดขืนได้ หรือกระทำการอันเป็นเหตุให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ด้วยเจตนา ธรรมดา

การกระทำความผิดฐานอนาจารบุคคล แต่เดิมก่อนได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวล กฎหมายอาญา ลักษณะการกระทำความผิดฐานอนาจารบุคคล กำหนดอายุของผู้ถูกกระทำอนาจารที่ เป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษไว้ว่าต้องเกินกว่า 13 ปี ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมตราโทษให้สูงขึ้น ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 จากนั้นได้มีการแก้ไขของประกอบความรับผิดฐานกระทำอนาจารในส่วนของอายุ ของผู้ถูกกระทำจากเดิมอายุผู้ถูกกระทำเกินกว่า 13 ปี เป็นอายุเกินกว่า 15 ปี ในการแก้ไขเพิ่มเติมตาม พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530<sup>44</sup> มีขึ้นเพื่อยับยั้งการ แสวงหาประโยชน์ในทางเพศต่อเหยื่อที่มีอายุระหว่าง 13 ถึง 15 ปี ซึ่งยังเป็นเด็กที่ยังไม่พร้อมทั้ง สติปัญญา และวุฒิภาวะทางอารมณ์ในการไตร่ตรองแยกแยะการกระทำว่าสิ่งใดสมควรหรือไม่สมควร

การกระทำอนาจารต่อบุคคลสามารถอธิบายได้ดังนี้ คือ เป็นการกระทำทางเพศใน ลักษณะที่ไม่เหมาะสมแก่ร่างกายของบุคคลอื่น อาทิ การกอดจูบลูบคลำตามเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น หรือแม้แต่การที่ให้ผู้อื่นกระทำในลักษณะเช่นว่านั้นต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเอง เช่น คำบังคับให้ แฉงจับอวัยวะเพศของตนเอง เป็นต้น ซึ่งการกระทำเช่นว่านี้จะมีความผิดได้ก็ต่อเมื่อ เป็นการ กระทำที่บุคคลหนึ่งใช้กำลังขู่เชือด ประทุษร้ายต่ออีกบุคคลหนึ่ง และบุคคลนั้นตกอยู่ในภาวะ ที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจผิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น สำหรับการ ประทุษร้ายนั้นกฎหมายเพียงหมายถึงการใช้แรงทางกายภาพโดยไม่ต้องถึงขนาดออกแรงใช้กำลัง มากมายแต่ประการใด เพียงจับต้องเนื้อตัวกอด จูบ หรือลูบคลำยังไม่ต้องถึงขนาดทุบตีหรือทำร้าย ร่างกายในขั้นที่รุนแรงก็ถือเป็นการกระทำอนาจารแล้ว

ในส่วนลักษณะของผู้กระทำความผิดฐานอนาจารบุคคลนั้นกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งหมายถึงการที่กฎหมายมิได้กำหนดว่าผู้กระทำจะต้องเป็นชายหรือหญิง ส่วนผู้ถูกกระทำ เป็นบุคคลที่อายุเกินกว่า 15 ปีและการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นด้วยความไม่ยินยอม ผู้กระทำมีความผิด

<sup>44</sup>parliament. (ออนไลน์) พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530.

เข้าถึงได้จาก<https://dl.parliament.go.th/backoffice/viewer2300/web/previewer.php>. (2565, 28 มกราคม)



และจะต้องได้รับโทษตามความผิดที่ตนเองก่อ นอกจากนี้กฎหมายยังได้กำหนดถึงเหตุที่ผู้กระทำความผิดฐานอนาจารจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นอีกเช่นกัน โดยหากการกระทำอนาจารที่ผู้กระทำความผิดได้ก่อเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำได้รับบาดเจ็บสาหัสอันตราย หรือถึงแก่ความตายตามมาตรา 280 (1) หรือ (2) โดยจะต้องเป็นการกระทำที่เหตุและผลมีความสัมพันธ์กันด้วยทฤษฎีผลธรรมดากล่าวคือ เป็นผลซึ่งตามธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้จากการกระทำนั้นๆ อีกทั้งหากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผู้กระทำผิดได้ทำต่อผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือ ผู้ที่อยู่ในความพิทักษ์หรืออนุบาลที่ตนมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองแก่กลับเป็นตนเสียเองที่ก่อความผิดดังกล่าว ผู้นั้นต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าที่บุคคลทั่วไปได้รับตามมาตรา 285

การกระทำความผิดฐานอนาจารเด็ก เป็นลักษณะของการกระทำความผิดฐานอนาจาร ตามมาตรา 279 แต่เดิมก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมได้กำหนดอายุของเหยื่อผู้ถูกระทำคือ “เด็กอายุไม่เกิน 13 ปี” โดยภายหลังมีการแก้ไขข้อกำหนดว่าด้วยเรื่องอายุตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 กฎหมายได้กำหนดอายุของเด็กผู้ถูกระทำเป็น “เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี” นอกจากนี้ด้วยผลแห่งการแก้ไขเพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 อัตราโทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับนั้นก็จะปรับให้สูงขึ้น ซึ่งแต่เดิมผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษที่หนักขึ้นก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่เป็นการกระทำความผิดด้วยการใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญเท่านั้น

ลักษณะการกระทำอนาจารบุคคลตามมาตรา 279<sup>45</sup> แยกเป็นองค์ประกอบความรับผิดชอบ ได้ดังนี้ คือ (1) กระทำอนาจาร (2) ต่อเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี (3) โดยเด็กจะให้ความยินยอมหรือไม่ก็ตาม

เหตุเพิ่มโทษให้หนักขึ้นสำหรับความฐานความผิดอนาจารเด็กนั้น มีเนื้อความในลักษณะเดียวกันกับเหตุเพิ่มโทษในการกระทำความผิดฐานอนาจารบุคคล กล่าวคือ หากเด็กผู้ถูกระทำได้รับบาดเจ็บสาหัสจากการกระทำความผิดฐานอนาจาร หรือถึงแก่ความตายจากการกระทำอนาจารเช่นว่านั้น โดยการกระทำพร้อมทั้งผลนั้นสัมพันธ์กันและเป็นผลซึ่งตามปกติธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้ ผู้กระทำย่อมได้รับโทษที่หนักขึ้น ทั้งนี้สำหรับการกระทำอนาจารที่ได้กระทำต่อเด็กด้วยการใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เข็ญผู้กระทำจะได้รับโทษที่หนักขึ้น ซึ่งส่วนนี้จะแตกต่างไปจากกรณีลักษณะการกระทำอนาจารบุคคลที่มีได้กล่าวถึง

จากการศึกษาถึงความเป็นมาของกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยการบัญญัติถึงลักษณะและโทษของผู้กระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับทางเพศของไทยเริ่มแรก ตั้งแต่ยุคเริ่มต้นตลอดจน

<sup>45</sup> lawrai. (ออนไลน์) กระทำอนาจาร เข้าถึงได้จาก <https://shorturl.asia/FjN1V> (2565, 28 มกราคม)

พัฒนาการของการเปลี่ยนแปลงของสังคมที่เป็นปัจจัยหลักในการกำหนดทิศทางความเป็นไปของการร่างและการบังคับใช้กฎหมายของคนในสังคมไทย นอกจากนี้ยังร่วมไปถึงสภาพการเมือง เศรษฐกิจ และการปกครองด้วยเช่นกันที่เป็นอีกหนึ่งในอีกหลายปัจจัยที่ผู้ร่างและผู้ปรับปรุงกฎหมายต้องคำนึงถึงในแต่ละครั้งที่จะทำการเพิ่มเติมหรือลดทอนความเข้มข้นในการบังคับใช้กฎหมาย จะเห็นได้ว่าตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญาแล้วที่ได้มีการปรากฏเหตุความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งเหตุผลในการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ก็เนื่องมาจากความบกพร่องของกฎหมายตราสามดวงรวมทั้งปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต<sup>46</sup>ที่เป็นตัวแปรสำคัญให้ประเทศไทยจำเป็นต้องปรับปรุงกฎหมายบ้านเมืองให้มีความทันสมัยและไม่ล้าหลังชาติตะวันตกที่มีพัฒนาการและรากฐานทางกฎหมายที่ก้าวหน้ากว่าเราเป็นอย่างมากในช่วงเวลานั้น และเมื่อต้องการปรับเปลี่ยนให้สามารถเท่าเทียมมากเพียงพอจึงจำเป็นต้องนำประมวลกฎหมายตามแนวความคิดของชาติตะวันตกมาใช้ และด้วยเหตุนี้จึงเป็นเหตุให้การที่ประเทศไทยซึ่งแต่เดิมบังคับใช้บทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศตามที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน รวมทั้งพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 เป็นอันต้องถูกยกเลิกการใช้ในทุกมาตราเนื่องจากแนวความคิดในการบังคับใช้มีรากฐานความคิดและความเชื่อในทางศาสนาที่มากเกินไป แม้จะยึดอยู่ในหลักแห่งคุณธรรมความดีตามแบบฉบับพระพุทธศาสนาตั้งแต่โบราณกาล แต่ก็ยังขาดการคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพเฉพาะบุคคลและความเท่าเทียมอยู่ ซึ่งถือเป็นประการสำคัญที่มีลักษณะสวนทางต่อแนวคิดตะวันตกที่การพัฒนาในเรื่องของความคิดด้านสิทธิและเสรีภาพความเท่าเทียมมีการพัฒนาล้ำหน้าไปกว่าประเทศไทย ทั้งนี้แม้มีการเปลี่ยนแปลงไปแต่เพื่อความเหมาะสมแก่การบังคับใช้กฎหมายให้สอดคล้องต่อลักษณะสภาพสังคมของประเทศไทย และเพื่อมิให้คนในสังคมตื่นตระหนกต่อการเปลี่ยนแปลงอย่างกะทันหัน ผู้ร่างกฎหมายจึงยังมีการนำบทบัญญัติบางลักษณะของกฎหมายเดิมมาใช้ในการร่างโดยผสมผสานกับแนวคิดกฎหมายแบบตะวันตก กล่าวคือเป็นการนำกฎหมายตะวันตกมาใช้ในการร่างกฎหมายใหม่เท่าที่ที่เหมาะสมและไม่ขัดต่อสภาพสังคมและวัฒนธรรมไทย โดยในการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ยังคงมีการปรากฏลักษณะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร รวมทั้งการกระทำชำเราผิดมนุษยธรรมดาที่เคยมีในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน และพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ซึ่งโทษที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จะเป็นโทษจำคุก ซึ่งแต่เดิมจะเป็นการที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษด้วยการปรับไหม การเฆี่ยนตี และการรับโทษด้วยการทำงาน

<sup>46</sup> pridi. (ออนไลน์) การยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขต: จากกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ถึงนายปรีดิพนมยงค์. เข้าถึงได้จาก <https://pridi.or.th/th/content/2020/08/371>. (2565, 28 มกราคม)

นักซึ่งการรับโทษด้วยการเขียน และการทำงานหนักนี้เองเป็นหนึ่งในหลายประการที่บ่งบอกถึงความป่าเถื่อนและล่าสมัยในสายตาของชาติตะวันตกที่มีต่อประเทศไทยในด้านการบังคับใช้กฎหมาย อันเป็นการสมควรอย่างยิ่งในการที่จะถูกยกเลิกการบังคับใช้ไปในที่สุด ต่อมาเมื่อยุคสมัยล่วงเลยไปได้สักระยะหนึ่งประเทศไทยได้มีแนวคิดในอันที่จะปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งกฎหมายอีกครั้งและเป็นการยกร่างกฎหมายอาญาของประเทศที่มีการบังคับใช้มาจนถึงกระทั่งในปัจจุบันด้วยการรวบรวมเอาลักษณะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และกระทำอนาจารซึ่งอยู่ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา และในส่วนของลักษณะความผิดที่ล่าสมัย เช่น ความผิดฐานชำเราผิดมนุษยธรรมดาก็ได้ถูกยกเลิกไปด้วยเหตุที่ว่าลักษณะความผิดเช่นนี้ปิดกั้นสิทธิเสรีของมนุษย์ทั่วไปในอันที่จะเลือกวิธีการมีเพศสัมพันธ์ด้วยตัวของบุคคลนั่นเอง ประกอบกับการที่บ้านเมื่อได้ก้าวเข้าสู่ในยุคสมัยแห่งความเจริญรุ่งเรืองอย่างมากนำมาซึ่งความซับซ้อนของภาวะการนึกคิดของผู้คนในสังคมที่เพิ่มจำนวนมากขึ้นอย่างรวดเร็ว และเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมกระทำความผิดทางเพศไปในทิศทางที่ทวีความรุนแรงในเรื่องของอาชญากรรมมากยิ่งขึ้น อีกทั้งความเจริญทางเทคโนโลยีต่างๆ ในการประดิษฐ์อาวุธอันตรายที่เอื้ออำนวยความสะดวกแก่บุคคลธรรมดาในการเข้าถึงและนำอาวุธอันตรายมาใช้ประกอบการกระทำความผิดได้อย่างง่าย ซึ่งประการทั้งหมดที่ได้กล่าวมานั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงของสังคม และเทคโนโลยีที่เจริญอย่างรวดเร็ว ได้เคลื่อนที่เข้าแทนศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งเริ่มห่างหายไปตามกาลเวลา และเป็นการสมควรอย่างยิ่งที่ผู้ร่างกฎหมายหรือผู้บังคับใช้ต้องทำการทบทวน<sup>47</sup>ความล้าหลังของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการกำหนดลักษณะความผิดและโทษให้สอดคล้องกับสภาพสังคมในยุคปัจจุบันอย่างสม่าเสมอเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายในอันที่จะใช้บังคับเพื่อให้เกิดความสงบสุขแก่ผู้คนในสังคม และในบทต่อไปจะเป็นการที่ผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ถึงการเปลี่ยนแปลงของสังคมและสภาพปัญหาเกี่ยวกับความผิดทางเพศในปัจจุบันของสังคมไทยว่าสมควรหรือไม่เพียงใดในการกำหนดเงื่อนไขลักษณะความผิดตัวเหยื่อผู้ถูกระทำความผิด ตัวผู้กระทำความผิด ผู้ให้ความร่วมมือแก่ผู้กระทำความผิดพร้อมโทษที่บุคคลเหล่านี้สมควรจะได้รับให้ได้สัดส่วนกับความผิดที่ตนก่อ

<sup>47</sup> moph. (ออนไลน์) คู่มือเทคนิคและวิธีการบริหารจัดการสมัยใหม่ตามแนวทางการบริหารจัดการบ้านเมืองที่ดี. เข้าถึงได้จาก [https://hss.moph.go.th/fileupload\\_doc\\_slider/2016-12-01-628-410.pdf](https://hss.moph.go.th/fileupload_doc_slider/2016-12-01-628-410.pdf).

## 2. แนวคิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศที่เป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้น เนื่องจากเป็นเหตุฉกรรจ์

ในส่วนของกฎหมายว่าด้วยบทลงโทษสำหรับเหตุฉกรรจ์นั้น หนึ่งในส่วนที่สำคัญคือ ความรู้ขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับบทลงโทษและบทลงโทษประเภทใดที่มีขึ้นสำหรับการกระทำ ความผิดที่เรียกว่าเหตุฉกรรจ์ โดยการศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีเช่นว่านี้จะได้นำผู้ศึกษาไปสู่ เจตนารมณ์ของกฎหมายในอันที่จะกำหนดว่าเหตุฉกรรจ์ฐานใดควรได้รับโทษถึงขั้นลักษณะเช่นไร ถึงจะเป็นการสมควรแก่เหตุ

### 2.1 แนวความคิดของเหตุฉกรรจ์ที่จะต้องได้รับโทษหนักขึ้น

ในการที่ผู้กระทำผิดมีเหตุที่จะต้องได้รับโทษหนักขึ้นกว่าปกติทั่วไป มีที่มาสืบเนื่องจากในสมัยโบราณของสังคมนั้น เมื่อผู้เสียหายถูกระทำด้วยเหตุที่ไม่ชอบธรรม การแก้แค้นทดแทนจึงเป็นมาตรการหนึ่งที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อจุดประสงค์ในการที่จะข่มขู่และป้องกันการเกิดขึ้นของอาชญากรรม แนวคิดที่ว่าด้วยการที่กฎหมายจะต้องถูกนำมาใช้ในการป้องกันยับยั้งการกระทำ ความผิดนั้น จะต้องมีความรุนแรงมากน้อยควรขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำการนั้นๆ เป็นตัวกำหนด ซึ่งนั่นก็เป็นแนวคิดที่ผู้นำของสำนักคลาสสิกอย่าง Beccaria ได้กล่าวเอาไว้ โดยเป็นการที่กฎหมายจะต้องมีการบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้นก็ต่อเมื่อ การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดที่เป็นเหตุฉกรรจ์ ด้วยเหตุผลที่ว่าผู้บัญญัติกฎหมายต้องการจะให้ บทลงโทษขั้นรุนแรงต่อจิตใจที่ชั่วร้ายของผู้กระทำความผิดที่ได้กระทำความผิดต่อเหยื่อ ส่งผลให้ ผู้คนในสังคมได้เห็นถึงผลที่จะได้รับหากมีความคิดที่จะกระทำความผิด และได้เกิดความเกรงกลัว ไม่กล้าที่จะนำเอาการกระทำเหล่านั้นมาเป็นเยี่ยงอย่าง ซึ่งในส่วนของประมวลกฎหมายอาญาไทย นั้นก็ได้มีการกล่าวถึงเหตุฉกรรจ์อยู่หลายลักษณะ เช่น

แนวความคิดที่ 1 ได้แบ่งออกเป็น 2 ประเภทด้วยกันสำหรับเหตุฉกรรจ์ คือ<sup>48</sup>

- 1) เหตุฉกรรจ์ที่เป็นจุดมุ่งหมายของเหตุฉกรรจ์
- 2) เหตุฉกรรจ์ที่เกี่ยวข้องด้วยลักษณะของการกระทำ

<sup>48</sup> คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 51-52.

แนวคิดที่ 2 แบ่งออกเป็น 4 ประเภทด้วยกันสำหรับเหตุการณ์ คือ<sup>49</sup>

- 1) เหตุการณ์ที่คำนึงถึงบุคคลที่ถูกประทุษร้าย
- 2) เหตุการณ์ที่คำนึงถึงลักษณะพิเศษของเจตนา
- 3) เหตุการณ์ที่คำนึงถึงความร้ายแรงของลักษณะวิธีการกระทำ
- 4) เหตุการณ์ที่คำนึงถึงเจตนาพิเศษ

แนวคิดที่ 3 แบ่งออกเป็น 4 ประเภทเช่นกันสำหรับเหตุการณ์ คือ<sup>50</sup>

- 1) เหตุการณ์เกี่ยวกับลักษณะของผู้ถูกระทำ
- 2) เหตุการณ์เกี่ยวกับเจตนาของผู้กระทำ
- 3) เหตุการณ์เกี่ยวกับวิธีที่กระทำ
- 4) เหตุการณ์เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจ

จากการศึกษาจะพบว่าการที่ผู้กระทำความผิดนั้นจะได้รับที่หนักขึ้น อาจขึ้นอยู่กับลักษณะและประเภทที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งการที่กฎหมายอาศัยองค์ประกอบเช่นว่านี้ในการบัญญัติเหตุการณ์ สะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดที่ยึดถือการให้บทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดที่ลักษณะเป็นการตอบแทนด้วยความรุนแรงอันเป็นผลโดยตรงจากการที่ผู้กระทำได้กระทำในความคิดที่มีลักษณะร้ายแรงต่อผู้ถูกระทำเช่นกัน ในขณะที่ในปัจจุบันแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนหรือกระแสบวณการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในการฟื้นฟูผู้กระทำความผิด จะมีหลักการว่า บทลงโทษที่ควรให้แก่ผู้กระทำความผิดควรเป็นไปในลักษณะที่เป็นการปรับปรุงแก้ไขตัวบุคคลให้กลับตัวเป็นพลเมืองที่ดี

อย่างไรก็ตามแม้จะมีการให้หลักการซึ่งแนวคิดการลงโทษในเชิงฟื้นฟูปรับปรุงแก้ไขจากกลุ่มนักสิทธิมนุษยชนต่างๆ ในสังคมมากขึ้น ทั้งนี้ก็ไม่ทำให้จุดประสงค์การลงโทษด้วยการแก้แค้นทดแทนหมดไป ทั้งยังคงมีอยู่ด้วยเพราะความรู้สึกของคนส่วนมากยังคงมีความต้องการให้อาชญากรได้รับบทลงโทษที่ร้ายแรงในชั้นเดียวกันที่ตนได้กระทำต่อผู้อื่น โดยในเมื่อการมีของกฎหมายนั้นก็เปรียบเสมือนเป็นเครื่องมือในการจัดการความสงบเรียบร้อยของคนในสังคมกฎหมายจึงไม่อาจจะทิ้งจุดประสงค์ดังกล่าวในการลงโทษผู้กระทำความผิดให้หนักขึ้นสำหรับเหตุการณ์ที่ตนก่อไปได้

<sup>49</sup> สัตยชัย สัจจวาณิช, คำอธิบายกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2514), หน้า 59.

<sup>50</sup> เสริม วินิจฉัยกุล, คำสอนชั้นปริญญาตรี: กฎหมายอาญาภาคปลาย (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2482), หน้า 17.

### 3. ทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดและการลงโทษ

โดยทั่วไปการรับรู้ของคนในสังคมจะตระหนักว่ากฎหมายอาญามีขึ้นเพื่อความจำเป็นในอันที่จะต้องควบคุมกำหนดความสงบเรียบร้อยของการเป็นอยู่ของผู้คนในสังคม มาตรการที่จะถูกนำมาใช้ก็เพื่อที่จะคุ้มครองซึ่งส่วนได้ส่วนเสียของคนในสังคม และชักนำให้พฤติกรรม การอยู่ร่วมกันเป็นไปในแนวทางที่ถูกที่ควร การลงโทษจากรัฐที่จะได้กระทำต่อผู้กระทำความผิด ก็ต่อเมื่อมีเหตุที่บุคคลใดก็ตามในสังคมได้กระทำการอันฝ่าฝืนกฎหมาย ทั้งนี้โดยมีเจตนา เพื่อให้ผู้นั้นรับรู้ถึงผลเสียของการกระทำที่ตนได้ก่อขึ้น ซึ่งโทษที่เป็นลักษณะสำคัญของกฎหมายอาญาได้แบ่งออกเป็น 2 ทฤษฎีด้วยกันคือ

3.1 **ทฤษฎีเด็ดขาด** เป็นทฤษฎีการลงโทษที่ถือว่าด้วยการลงโทษเป็นสิ่งที่มิได้อยู่โดยธรรมชาติในความผิดทุกความผิด ถือเป็นผลจากการกระทำความผิดที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ฉะนั้นเมื่อผู้ใดก็ตามได้กระทำความผิด ผู้นั้นก็จะถูกลงโทษ หรืออาจกล่าวในแง่ที่ว่า การกระทำความผิดนั้น เป็นกรรมชั่ว ผู้ใดกระทำความผิดก็จะต้องรับโทษเพื่อเป็นการชดใช้กรรมของตน ทฤษฎีเด็ดขาดได้รับการสนับสนุนจากนักปรัชญาเมธีหลายท่านเช่น คานท์ (Kant) ได้กล่าวถึงเหตุผลที่สนับสนุนแนวคิดนี้ว่า เหตุผลของการลงโทษเป็นของคู่กับการกระทำความผิด ฉะนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการที่กฎหมายจะอำนวยความยุติธรรมให้แก่คนในสังคม กฎหมายต้องกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษตามสัดส่วนหนักเบาตามความผิดที่ได้กระทำ โดยหากกฎหมายไม่อาจกำหนดบทลงโทษที่สมควรแก่เหตุต่อผู้กระทำความผิดได้ ก็เท่ากับว่าเป็นการให้การสนับสนุนความผิดเช่นนั้น ให้เป็นที่ยอมรับของคนในสังคม<sup>51</sup> ในขณะที่ เฮเกิล (Hegel) นักปรัชญาที่ได้ให้การสนับสนุนทฤษฎีนี้ อีกท่าน ได้ให้ความเห็นว่าการลงโทษเป็นการปฏิเสธไม่ยอมรับต่อการกระทำความผิด และการกระทำความผิดก็เป็นการปฏิเสธกฎหมาย จึงจำเป็นที่จะต้องลงโทษการปฏิเสธกฎหมายนั้น<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Carl L. Von Bar and others, *A History of Continental Criminal Law*, (New Jersey : Rothman Reprinted Inc, 1968) , p.379.

<sup>52</sup> อุททิศ แสนโกศิก , *หลักกฎหมายอาญา : การลงโทษ*, อนุสรณ์พระราชทานเพลิงศพ 23 มีนาคม 2515 (นครหลวงกรุงเทวะธนบุรี : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต , 2515) , หน้า 7-8.

ทฤษฎีเด็ดขาดนี้ มีนักกฎหมายบางท่านเรียกทฤษฎีนี้ว่าทฤษฎีแห่งความยุติธรรม หรือทฤษฎีตอบแทนแก้แค้น เพราะการลงโทษผู้กระทำความผิดหมายถึงการตอบแทนแก้แค้น ความชั่ว ดังนั้นหากได้มีการปรากฏขึ้นของการกระทำความผิดในสังคม รัฐในฐานะผู้ปกครอง จะต้องให้การอำนวยความสะดวกเสรีภาพของเอกชน โดยถือว่าคนทุกคนมีความสามารถในการ กำหนดการกระทำของตน และหากได้กระทำต่อสิ่งที่รัฐได้บัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด ผู้นั้นต้อง ได้รับโทษเป็นการตอบแทน

**3.2 ทฤษฎีสัมพัทธ์** ทฤษฎีนี้การกระทำความผิดไม่ใช่ใจความสำคัญในการพิจารณา แต่จะเป็นการพิจารณาว่าจะลงโทษอย่างไรถึงจะเกิดประโยชน์แก่ตัวผู้กระทำและสังคมโดยรวม ซึ่ง การลงโทษตามทฤษฎีนี้จะเป็นการที่กฎหมายจะคำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิดและสภาพแวดล้อมอื่น ด้วย และโทษนั้นควรจะมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดซึ่งความหวาดกลัว ทำให้ผู้กระทำความผิด ต้องการที่จะกลับตัวเป็นคนดี หรือทำให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำความผิด เป็นทฤษฎีที่มองไป ยังอนาคตเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นอีก อาจจะเป็นโดยการขู่คนทั่วไปไม่ให้กระทำ ความผิด หรือแก้ไขผู้ที่กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดี พลาโต (Plato) ได้กล่าวไว้ว่าผู้ที่ลงโทษ โดยมีเหตุผลย่อมไม่ลงโทษ เพราะได้มีการกระทำความผิดขึ้นเท่านั้น ด้วยเพราะสิ่งที่ได้เกิดขึ้นไป แล้วนั้น ไม่มีทางที่จะแก้ไขให้กลับไปเป็นเช่นเดิมได้ แต่ยอมจะให้การลงโทษนั้นเป็นไปในทางที่ คำนึงถึงอนาคตเพื่อให้ทั้งผู้กระทำความผิดเองและผู้ที่เห็นการลงโทษนั้นไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำ อีก ฉะนั้นการลงโทษจะต้องคำนึงทั้งตัวผู้กระทำความผิดเองและต่อประชาชนทั่วไปด้วย ในทฤษฎี สัมพัทธ์นี้คำพิพากษาการลงโทษด้วยการข่มขู่อย่างเดี่ยวย่อมไม่อาจเพียงพอต่อการป้องกันการกระทำ ความผิดในอนาคต ทั้งนี้การลงโทษจึงต้องมีลักษณะที่เป็นการแก้ไขตัวผู้กระทำผิดด้วยเพื่อป้องกัน มิให้ผู้กระทำความผิดไปกระทำผิดซ้ำอีก<sup>53</sup> กล่าวโดยสรุปได้ว่าในทฤษฎีสัมพัทธ์นั้น หมายถึง ทฤษฎีที่ว่าด้วยแนวคิดที่ว่าไม่มีอะไรบนโลกนี้เป็นสิ่งที่เด็ดขาด หากแต่ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อม ต่างๆ ความถูกต้องของทฤษฎีจะสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อได้มีการคำนึงถึงสภาพแวดล้อมต่างๆ และ องค์ประกอบเงื่อนไขอื่นๆด้วย มิใช่ถูกต้องเด็ดขาดในตัวเอง

<sup>53</sup> อุตทิส แสตน โกลิก , หลักกฎหมายอาญา : การลงโทษ, หน้า 17-35.

### บทที่ 3

## การกำหนดเหตุจรรยาและค่านิยมสำหรับความผิดทางเพศ ตามกฎหมายไทย กฎหมายระหว่างประเทศและต่างประเทศ

ในบทนี้จะเป็นการศึกษามาตรการตามกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางเพศกรณีอันเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษหนักขึ้นเพื่อนำมาประยุกต์ใช้ให้สอดคล้องต่อสภาพสังคมและวัฒนธรรมไทยอันเป็นการแก้ปัญหาอาชญากรรมทางเพศในสังคมไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งการเพิ่มขึ้นของความรุนแรงทางเพศที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำต่อบุคคลที่ตนใกล้ชิด หรือผู้ถูกกระทำที่อยู่ในความดูแลคุ้มครองของตนเองไม่ว่าจะเป็นไปตามหน้าที่หรือตามความใกล้ชิดก็ตาม โดยจะเป็นการศึกษาทั้งมาตรการตามกฎหมายของประเทศไทย กฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนกฎหมายต่างประเทศ เพื่อประโยชน์ที่จะได้นำเสนอข้อคิดเห็นที่ผ่านการวิเคราะห์เหล่านี้แก่ผู้ร่างกฎหมายให้ปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายสอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบันที่ผู้กระทำความผิดอาชญากรรมทางเพศไม่ได้มีแต่เฉพาะการกระทำที่เกิดจากผู้ที่ไม่ใช่บุคคลใกล้ชิด หากแต่เป็นการกระทำผิดที่เกิดขึ้น จากผู้ที่เกี่ยวข้องใกล้ชิดและไว้ใจมากที่สุด

#### 1. กฎหมายของประเทศไทย

ตามประมวลกฎหมายอาญาภายในประเทศไทยนั้นได้กำหนดลักษณะความผิดอาญาเกี่ยวกับทางเพศไว้ด้วยกันทั้งสิ้น 9 ลักษณะตั้งแต่มาตรา 276 ถึง มาตรา 287/2 ซึ่งมีมาตรา 285 กำหนดลักษณะการกระทำผิดทางเพศที่เป็นเหตุจรรยาไว้ ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้

(1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ก่อนมีการแก้ไขในปี พ.ศ. 2550 มาตรา 276 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนโดยขู่เชิญประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุก 40 ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 8,000 ถึง 40,000 บาทหรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุก 15 ปีถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 8,000 ถึง 40,000 บาทหรือจำคุกตลอดชีวิต” ต่อมากฎหมายได้ทำการแก้ไข



ในบทนิยามในส่วนผู้ถูกระทำความผิดโดยได้นำคำว่า “ผู้ใด” มาบัญญัติใช้แทน “หญิงอื่นที่มีใช้ภรรยาของตน” อีกทั้งยังให้ความหมายของการกระทำชำเราทางเพศเพิ่มเติมเป็นการเฉพาะไว้ในตัวบทกฎหมายมาตรา 276 และเพิ่มการกระทำชำเราที่เกิดขึ้นระหว่างสามีภรรยา ให้มีการควบคุมความประพฤติทางเพศในลักษณะที่ควรเป็นการสมยอมทั้งสองฝ่ายมากขึ้น ด้วยการกำหนดให้ศาลสามารถลงโทษผู้กระทำผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดก็ได้ หรืออาจใช้เงื่อนไขการคุมประพฤติแทนการจำคุก และกรณีเป็นการที่ศาลลงโทษแก่ผู้กระทำผิดด้วยการจำคุก คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหากไม่ประสงค์ที่จะใช้ชีวิตคู่ต่อไปก็ให้ทำการแจ้งศาล โดยที่ศาลจะได้ทำการแจ้งพนักงานอัยการทำให้การฟ้องหย่าเป็นการต่อไป โดยถือว่าเป็นกรณีที่น่าไปสู่การฟ้องหย่าได้ อนึ่ง การฟ้องหย่าในกรณีดังที่ได้กล่าวต่อไปนี้เป็นกรณียกฟ้องหย่าโดยพนักงานอัยการ ซึ่งต้องอาศัยเหตุแห่งการฟ้องหย่าในเรื่องการเป็นปรปักษ์ต่อการเป็นสามีภรรยาอย่างร้ายแรงตามมาตรา 1516 (6) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งโดยปกติแล้วมิใช่หน้าที่ของอัยการซึ่งมีหน้าที่เป็นดั่งทนายของแผ่นดิน และด้วยเหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้จึงเกิดความคิดในอีกแง่หนึ่งได้ว่าเป็นการเพิ่มภาระให้อัยการซึ่งเป็นบุคคลของรัฐต้องทำหน้าที่ให้เอกชนบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ

มาตรา 276 ที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมใหม่ได้มีการบัญญัติไว้ ดังนี้ “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เชือดประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุก 4 ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 80,000 ถึง 400,000 บาทหรือจำคุกตลอดชีวิต

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดย การใช้วัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 15 ปี ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 300,000 บาท ถึง 400,000 บาทหรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อควบคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

ต่อมาในปัจจุบันมาตรา 276 และมาตรา 277 ได้มีการแก้ไขอีกครั้งโดยการแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” โดยตัดบทนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” ที่กำหนดอยู่ในมาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสอง และนำมากำหนดไว้ในมาตรา 1 (18) เพื่อจะได้ไม่ต้องบัญญัติบทนิยาม “การกระทำชำเรา” ซ้ำกันในหลายมาตรา และแก้ไขบทนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” ให้มีขอบเขตเฉพาะกรณีการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น เพื่อให้เป็นไปตามลักษณะของการกระทำตามธรรมชาติซึ่งสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา อีกทั้งยังแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็ก บุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจของผู้กระทำ และผู้ซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองได้ ให้ผู้กระทำต้องได้รับโทษหนักขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้ครอบคลุมการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นตามสภาพสังคมในปัจจุบันในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาครั้งล่าสุด ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ดังนี้ มาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 4 ปี ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 80,000 บาท ถึง 400,000 บาท

วรรคสอง ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 7 ปี ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 140,000 บาท ถึง 400,000 บาท

วรรคสาม ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 15 ปีถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 300,000 บาท ถึง 400,000 บาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

วรรคสี่ ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังประสงคจะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤตินั้นการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงคจะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงคจะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

(2) ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 ได้มีแก้ไขใหม่ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ไว้ดังนี้ “มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปี ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 100,000 บาท ถึง 400,000 บาท

วรรคสอง ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกิน 13 ปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 7 ปี ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 140,000 บาท ถึง 400,000 บาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

วรรคสาม ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปี ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 200,000 บาท ถึง 400,000 บาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

วรรคสี่ ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

วรรคห้า ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นยินยอม ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ ในการพิจารณาของศาลให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกระทำด้วย

วรรคหก ในกรณีที่ได้มีการดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแล้ว ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ แต่ถ้าการคุ้มครองสวัสดิภาพดังกล่าวไม่สำเร็จ ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงเหตุตามวรรคห้าด้วย”

การแก้ไขตามมาตรา 277 กฎหมายได้แก้ไขระวางโทษขั้นต่ำของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กในมาตรา 277 วรรคหนึ่ง จากเดิมก่อนปี พ.ศ. 2562 “จำคุกตั้งแต่ 4 ปีถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 8 หมื่นบาทถึง 4 แสนบาท” เป็น “จำคุกตั้งแต่ 5 ปีถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 1 แสนบาทถึง 4 แสนบาท” เนื่องจากการข่มขืนกระทำชำเราเด็กควรกำหนดระวางโทษสูงกว่าการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลตามมาตรา 277 และเพื่อยับยั้งผู้กระทำความผิดไม่ให้กระทำต่อเด็กซึ่งมีความสามารถในการป้องกันตัวเองได้น้อยกว่าผู้ใหญ่

(3) มาตรา 277 ทวิ บทบัญญัติว่าด้วยการเพิ่มโทษแก่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 277 ทวิ ได้กำหนดถึงการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 277 วรรคหนึ่งหรือวรรคสาม ผู้ถูกกระทำได้รับผลอันได้แก่

ก) ผลที่เป็นอันตรายสาหัส โทษสำหรับผู้กระทำ คือ จำคุกตั้งแต่ 15 ปี ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 300,000 บาท ถึง 400,000 บาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ข) ผลที่เป็นอันตรายถึงแก่ชีวิต โทษสำหรับผู้กระทำ คือ ประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต

(4) มาตรา 277 ตรี บทบัญญัติการเพิ่มโทษแก่ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ในผลที่ผู้กระทำก่อเป็นเหตุอันได้แก่

ก) ผลที่เป็นอันตรายสาหัส โทษสำหรับผู้กระทำ คือ ประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

ข) ผลที่เป็นอันตรายถึงแก่ความตาย โทษสำหรับผู้กระทำ คือ ประหารชีวิต

(5) มาตรา 278 บทบัญญัติฐานความผิดว่าด้วยการอนาจารเด็กกว่า 15 ปี ตามมาตรา 278 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำอนาจารแก่บุคคลที่มีอายุกว่า 15 ปีขึ้นไป โดยการขู่เชิญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย ซึ่งบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ หรือทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจผิดคิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น โทษที่จะได้รับสำหรับผู้กระทำความผิด คือ จำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(6) มาตรา 279 บทบัญญัติว่าด้วยการกระทำฐานความผิดที่ผู้กระทำได้ทำอนาจารต่อเด็กที่มีอายุไม่ 15 ปี ไม่ว่าจะได้รับความยินยอมจากเด็กหรือไม่ก็ตาม ดังนี้

มาตรา 279 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

วรรคสอง ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 10 ปี หรือปรับตั้งแต่ 20,000 บาท ถึง 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

วรรคสาม ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เชิญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ หรือทำให้เด็กนั้นเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 15 ปี หรือปรับตั้งแต่ 20,000 บาท ถึง 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

วรรคสี่ ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามเป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็กนั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปีถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 100,000 บาท ถึง 400,000 บาท

วรรคห้า ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสี่ เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกิน 30 ปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 7 ปี ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 140,000 บาท ถึง 400,000 บาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

วรรคหก ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสี่หรือวรรคห้า ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 200,000 บาท ถึง 400,000 บาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

วรรคเจ็ด ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสี่หรือวรรคห้า ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

(7) มาตรา 280 บทบัญญัติว่าด้วยการเพิ่มโทษแก่ความผิดฐานอนาจารเด็ก เป็นกรณีว่าด้วยการที่ผู้กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 278 หรือมาตรา 279 เป็นผลให้ผู้ถูกกระทำอันได้แก่

ก) เป็นอันตรายสาหัส โทษที่ผู้กระทำจะได้รับ คือ จำคุกตั้งแต่ 5 ปี ถึง 20 ปี หรือปรับตั้งแต่ 100,000 บาท ถึง 400,000 บาท

ข) เป็นอันตรายถึงแก่ชีวิต โทษที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับคือ ประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต

(8) มาตรา 282 บทบัญญัติความผิดฐานเป็นธุระจัดหาทั้งชายและหญิง เพื่อการอนาจาร แม้ผู้ถูกกระทำจะให้ความยินยอมหรือไม่ก็ตาม

“มาตรา 282 ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อ ไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 10 ปี และปรับตั้งแต่ 20,000 บาทถึง 200,000 บาท

วรรคสอง ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคลอายุเกิน 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปี ถึง 15 ปี และปรับตั้งแต่ 60,000 บาท ถึง 300,000 บาท

วรรคสาม ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปี ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 100,000 บาท ถึง 400,000 บาท

วรรคสี่ ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อ ไป หรือพาไปตามวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสามแล้วแต่กรณี

(9) มาตรา 283 บทบัญญัติความผิดฐานเป็นธุระจัดหาทั้งชายและหญิง เพื่อการอนาจาร แม้ผู้ถูกระทำจะให้ความยินยอมหรือไม่ก็ตาม โดยการหลอกลวงขู่เข็ญ โดยองค์ประกอบในการกระทำความผิดตามมาตรานี้นั้น ประกอบด้วยทั้งองค์ประกอบภายนอกและภายใน

กล่าวคือตามวรรคแรกของมาตรา 283 เป็นการระบุถึงองค์ประกอบภายนอกของการกระทำความผิด ได้แก่ (1) ผู้ใด (2) ทำการเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปโดยใช้อุบายในการหลอกลวง ทำการขู่เข็ญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ไม่ว่าจะเป็ชายหรือหญิง ประกอบกับองค์ประกอบภายในอันได้แก่ (1) เจตนา (2) และเป็นเจตนาพิเศษ ในอันที่จะประสงค์นำไปเพื่อการอนาจาร และเพื่อนำไปในการสนองความใคร่ของผู้อื่น อีกทั้งผู้กระทำความผิดยังอาจได้รับโทษที่เพิ่มขึ้นในฐานะที่เป็นเหตุฉกรรจ์จากมาตรานี้ด้วยกัน 2 เหตุ ตามที่ระบุไว้ในวรรคสองและวรรคสาม ได้แก่ การที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดตามวรรคแรกแก่เด็กอายุเกิน 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี และการที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดตามวรรคแรกแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี

มาตรา 283 ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง โดยใช้อุบายหลอกลวง ขู่เข็ญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมหรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปี ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 100,000 บาท ถึง 400,000 บาท

วรรคสอง ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคลอายุเกิน 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 7 ปี ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 140,000 บาท ถึง 400,000 บาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

วรรคสาม ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปี ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 200,000 บาท ถึง 400,000 บาท หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต

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

(10) มาตรา 285 การกำหนดเหตุฉกรรจ์ สำหรับการกระทำความผิดทางเพศต่อคนในครอบครัวหรือใกล้ชิด เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติถึงเหตุเพิ่มโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศตามที่ได้กล่าวไว้ตั้งแต่มาตรา 276 ถึงมาตรา 280 และมาตรา 282 ถึงมาตรา 283 ต่อผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาลในอันที่จะต้องได้รับโทษหนักขึ้นในอัตราหนึ่งในสามของความผิด

ของผู้กระทำความคิดที่เป็นบุคคลธรรมดา เป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นด้วยประสงค์ในการที่จะป้องกัน ยับยั้งการกระทำความผิดที่ผู้กระทำมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเหยื่อผู้ถูกระทำหรือไม่ก็ตาม เป็นการที่กฎหมายบัญญัติไว้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เหยื่อผู้ที่ต้องตกอยู่ภายใต้การครอบงำ หรือ อิทธิพล จากผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่าตน และใช้อำนาจที่มีอยู่นั้นไปในทางที่มีชอบ ด้วยเหตุเช่นนี้ กฎหมายจึงระบุโทษความผิดแก่ผู้กระทำความคิดเหล่านี้ให้หนักกว่าบุคคลทั่วไป ซึ่งโดยปกติแล้ว สังคมไทยนั้นมีลักษณะที่การเป็นอยู่ของคนในสังคมที่ใกล้ชิดซึ่งกันและกัน เช่น ลูก หลาน หลาน หรือศิษย์ผู้อยู่ในความปกครอง แต่เดิมลักษณะครอบครัวในสังคมไทยจะเป็นครอบครัวใหญ่ มีความสนิทสนมรักใคร่กัน แม้สมาชิกในหมู่บ้านเดียวกัน ก็ให้ความนับถือกันจนญาติมิตร ก่อให้เกิดซึ่งความไว้วางใจซึ่งกันและกันอย่างมากระหว่างกันด้วยเหตุเช่นนี้ จึงอาจเปิดช่องแก่บุคคลใด บุคคลหนึ่งในครอบครัวหรือใกล้ชิดอาศัยความไว้วางใจเช่นว่านี้ฉวยโอกาสในอันที่จะกระทำความผิดต่อเหยื่อได้อย่างง่ายกว่าคนแปลกหน้าทั่วไป ด้วยว่าตัวผู้กระทำความคิดรับรู้ถึงลักษณะ การเป็นอยู่ตลอดจนได้รับความไว้วางใจจากเหยื่อหรือครอบครัวเหยื่ออย่างมาก

“มาตรา 285 ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ บุพการี ผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแม่บิดาหรือมารดา ญาติสืบสายโลหิต ศิษย์ ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล หรือผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่ บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม”

การกระทำที่จะเข้าองค์ประกอบในการทำความผิดในอันที่จะเป็นเหตุให้ผู้กระทำ ความผิดรับโทษมากกว่าบุคคลทั่วไป กล่าวคือโทษหนึ่งในสามของโทษที่บุคคลทั่วไปจะได้รับ คือ

1) เป็นการกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283

2) โดยการกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตราเหล่านั้นผู้กระทำได้กระทำต่อ เหยื่อที่เป็นผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลและผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้ที่อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล

อนึ่ง การอธิบายถึงการกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำต่อผู้สืบสันดาน ศาสตราจารย์ หยุด แสงอุทัย<sup>53</sup> อธิบายความได้ดังนี้ คือ ตัวผู้สืบสันดานที่เป็นผู้ถูกระทำ ได้แก่ บุตร หลาน หลาน ลื้อ ที่ชอบด้วยกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ไม่รวมถึง ผู้ถูกระทำอันได้แก่ บุตรบุญธรรมด้วย

<sup>53</sup> หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า. 179.

เจตนาของบทบัญญัติทางกฎหมายนี้มีขึ้นเพื่อกำหนดบทลงโทษที่เป็นเหตุจูงใจให้หนักขึ้นสำหรับการกระทำอันเลวร้ายผิดศีลธรรมอันดีที่ผู้เป็นบุพการีได้กระทำต่อเหยื่อที่เป็นบุคคลสืบสายเลือดของตนตามความเป็นจริงแต่เพียงเท่านั้น ประกอบกับความเห็นของ ศาสตราจารย์จิติ ดิงศักดิ์<sup>54</sup> ได้ให้ความเห็นไว้ว่าตามมาตรา 285 การตีความทางกฎหมายที่จะให้ผู้กระทำความผิดที่ได้กระทำความผิดต่อเหยื่อผู้ซึ่งมิใช่ผู้สืบสันดานโดยชอบด้วยกฎหมายผลร้ายที่ได้รับสำหรับจำเลยในคดีอาญาจะมีมากขึ้น อันเป็นการมิชอบด้วยหลักการตีความทางกฎหมาย อีกทั้งหากได้ทำการพิจารณาต่อไปในส่วนของผู้กระทำความผิดที่เป็น ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของเหยื่อ ก็น่าจะเป็นที่เข้าใจได้ว่ากฎหมายตีความตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างเหยื่อกับผู้กระทำที่เป็นความสัมพันธ์โดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ ในคำพิพากษาฎีกาที่ 303/2497<sup>55</sup> คำว่า “ผู้สืบสันดาน” นั้นประมวลวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2) มิได้จำกัดความไว้อย่างใด ดังนั้นย่อมหมายถึงผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง ในคดีที่อัยการฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาในตลาดในฐานะผู้ปกครองบุตรนอกสมรสของผู้ตายมีสิทธิร้องขอเข้าเป็น โจทก์ร่วมและศาลมีอำนาจสั่งให้ไต่สวนได้ โดยอ้างว่ามารดาแม้ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับผู้ตายแต่ก็อยู่กับผู้ตายมาเป็นระยะเวลาประมาณ 12 ปี แล้วโดยมีบุตรที่เกิดด้วยกันถึง 4 คนด้วยกันและคำพิพากษาฎีกาที่ 1526/2497<sup>56</sup> บุตรของผู้ถูกทำร้ายถึงตาย ถือว่าเป็นผู้สืบสันดานเป็น โจทก์ฟ้องคดีแทนผู้ตายได้ ไม่ว่าบิดามารดาจะได้จดทะเบียนสมรสกันหรือไม่ก็ตาม

กล่าวคือต้องเป็นผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง ฉะนั้น “บุตรนอกกฎหมาย” ก็เป็นผู้สืบสันดานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าว แต่ไม่รวมถึงกรณีของ “บุตรบุญธรรม” เนื่องจากมิใช่ผู้สืบสันดานตามความจริง ในคำพิพากษาฎีกาที่ 956/2509<sup>57</sup> บุตรบุญธรรมหลักทรัพย์ของผู้รับบุตรบุญธรรม ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ผู้รับบุตรบุญธรรม มิใช่บุพการี ตามความเป็นจริงของบุตรบุญธรรม ดังนั้น จึงไม่อาจนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 วรรคสอง ในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการีนั้นให้เป็นความผิดอันยอมความได้ มาใช้บังคับแก่กรณีบุตรบุญธรรมหลักทรัพย์ของผู้รับบุตรบุญธรรมได้

<sup>54</sup> จิติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทกรุงสยามพริ้นติ้งกรุ๊ป จำกัด, 2536), หน้า 964.

<sup>55</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 303/2479 (ส่งเสริม)

<sup>56</sup> Deka (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <https://deka.in.th/view-51083.html> (23, มกราคม 2565)

<sup>57</sup> Peesirilaw (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก



ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย<sup>58</sup> ให้คำอธิบายไว้ว่า การเป็นศิษย์ที่อยู่ในความดูแลนั้นหาได้หมายถึงการที่ผู้กระทำมีหน้าที่โดยทั่วไปในการสอนหนังสือแต่เพียงเท่านั้น หากแต่จะต้องรวมไปถึงการมีหน้าที่ในอันที่จะดูแลซึ่งการกินและนอนของศิษย์ด้วย โดยในส่วนของความเห็นของศาสตราจารย์จิดติ ดิงศภัทย์<sup>59</sup> การดูแลมิได้ถึงเพียงแต่การสอน หากแต่จะต้องรวมไปถึงการควบคุมดูแลปกป้องรักษาศิษย์ด้วย อาทิครูที่มีศิษย์กินนอนอยู่ด้วย มิใช่ครูผู้สอนตามชั่วโมงของตารางการสอน ขณะที่คำพิพากษาฎีกาที่ 2693/2516 มีคำวินิจฉัยว่า จำเลยเป็นครูสอนเด็กหญิงและเป็นครูใหญ่ด้วย เด็กหญิงมาเรียนหนังสือในตอนเช้าตามปกติและกลับบ้านเมื่อเลิกเรียนแล้ว การควบคุมดูแลปกป้องเด็กหญิงนั้นย่อมอยู่กับจำเลยตลอดระยะเวลาที่โรงเรียนได้เปิดทำการสอนตามปกติ เมื่อจำเลยได้กระทำอนาจารแก่เด็กหญิงในระหว่างที่โรงเรียนได้เปิดทำการสอนปกติ ย่อมถือได้ว่าจำเลยได้กระทำอนาจารแก่ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลยตามความในมาตรา 285

คำพิพากษาฎีกาที่ 11974/2556 วินิจฉัยว่า จำเลยเป็นครูประจำชั้นประถมศึกษาปีที่ 6 แต่ผู้อำนวยการโรงเรียนได้มอบหมายให้จำเลยทำการสอนวิชาคอมพิวเตอร์ ภาษาไทย ศิลปะ และการงานอาชีพหรือเกษตรกรรมในชั้นประถมศึกษาปีที่ 5 ที่ผู้เสียหายเรียนอยู่ด้วย จำเลยจึงมีหน้าที่อบรมสั่งสอนว่ากล่าวตักเตือนผู้เสียหายหรือนักเรียนร่วมชั้นให้อยู่ในระเบียบของทางราชการ ฐานะของผู้เสียหายจึงเป็นศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลยตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285

การกระทำชำเราโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำด้วย แต่โจทก์บรรยายฟ้องถึงการกระทำทั้งหลายที่อ้างว่าจำเลยกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเพียงว่าจำเลยใช้นิ้วมือของจำเลยแหงเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ซึ่งมีใช้การกระทำเพื่อสนองความใคร่โดยปกติทั่วไป เมื่อฟ้องโจทก์มิได้กล่าวว่าจำเลยกระทำโดยมีเจตนาสนองความใคร่ของจำเลยด้วย ฟ้องโจทก์จึงไม่ครบองค์ประกอบความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสาม เป็นฟ้องที่มีข้อขัดแย้งประมวลวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158 (50)

ผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ตามมาตรา 2 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้ให้ความหมายของคำว่า “ควบคุม” หมายถึง การควบคุม หรือกักขังผู้ถูกจับโดยพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจในระหว่างสืบสวนหรือสอบสวน ดังที่ได้ปรากฏ

<sup>58</sup> หยุด แสงอุทัย , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 21, หน้า 179.

<sup>59</sup> จิดติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22, หน้า 965.

ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2453/2515 จำเลยเป็นอธิบดี ผู้เสียหายเป็นหัวหน้าแผนกศาลฎีกาอธิบายว่าการกระทำของนายอำเภอผู้อยู่ในความควบคุมตามที่ราชการ ตามความในมาตรา 285 นั้น เป็นการให้ความหมายว่าผู้กระทำความผิดมีหน้าที่ควบคุมผู้ถูกกระทำความผิดตามที่ราชการ และผู้ถูกกระทำอยู่ในความควบคุมด้วย ซึ่งการที่ข้าราชการชั้นผู้น้อย อยู่ในความบังคับบัญชาของอธิบดี ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการนั้นหาได้อยู่ความควบคุมตามที่ราชการอันเป็นไปตามความหมายแห่งบทบัญญัติมาตรา 285 ไม่

ผู้อยู่ในความปกครอง ตามความในมาตรา 285 หมายความว่า การตีความเป็นไปโดยเคร่งครัด ซึ่งการให้ความหมายของคำว่า “ผู้ปกครอง” คือ ต้องเป็นผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากกรณีต้องการให้มีการตีความหมายอันนอกเหนือไปจากผู้ปกครองตามกฎหมายอันได้แก่ ความปกครองโดยพฤตินัยด้วยแล้วย่อมต้องมีการบัญญัติไว้เป็นพิเศษ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6811/2538 การข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยง ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำแก่ผู้อยู่ในความปกครองตามความในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ด้วยเพราะมาตรา 285 ให้ความหมายของการเป็นผู้ปกครองต้องเป็นผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 928/2502 บิดาเลี้ยง ข่มขืนกระทำชำเราบุตรเลี้ยง ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 277 แต่กรณีไม่ต้องด้วยบทบัญญัติในมาตรา 285 ด้วยเหตุว่าผู้ปกครองตามความในมาตรา 285 อันเป็นบทบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นต้องเป็นการกระทำของผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย

โดยอำนาจปกครองบุตรเลี้ยงตกเป็นอำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายแก่ มารดาเด็กตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 หาได้ตกอยู่ในความปกครองของ บิดาเลี้ยงไม่ อีกทั้งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6811/2538 จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กหญิง ที่มีอายุไม่เกิน 13 ปี อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง แต่การ ข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยง ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำแก่ผู้อยู่ในปกครองตามประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 285 เพราะผู้อยู่ในปกครองตามประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 285 ต้องเป็นผู้อยู่ใน ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย มิฉะนั้นจะกลายเป็นความปกครองที่ไม่มีขอบเขต<sup>60</sup> และคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 1017/2538 บิดามารดาทอดทิ้งผู้เสียหายไปโดยไม่ทราบว่ามีบิดามารดาผู้เสียหายไปอยู่ที่แห่งใด ส่วนจำเลยและภรรยาเป็นเพียงผู้รับผู้เสียหายมาอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษานางปกครอง ผู้เสียหายจึงยังคงอยู่แก่บิดามารดาผู้เสียหาย ไม่ได้อยู่ในความปกครองของจำเลยและภรรยาการที่

<sup>60</sup> smartdeka. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก [https://www.smartdeka.com/each\\_deka/คำพิพากษาศาลฎีกาที่\\_6811\\_2538. \(2565 ,28 มกราคม\)](https://www.smartdeka.com/each_deka/คำพิพากษาศาลฎีกาที่_6811_2538.)

จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหาย จึงไม่อาจปรับตามบทบัญญัติตามมาตรา 285<sup>61</sup> ได้ ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยไปในทำนองเดียวกันด้วยการกระทำชำเราต่อเหยื่อผู้อยู่ในความอุปการะเนื่องด้วยมีทราบว่าเป็นบิดามารดาอยู่ที่ใด อำนาจปกครองยังคงตกอยู่แก่บิดามารดาเดิมของเด็ก จึงไม่อาจจะเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้ตามมาตรา 285 ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ<sup>62</sup> ได้ให้ความเห็นว่าหากไม่อาจทราบได้ว่าพ่อแม่แท้จริงของเด็กอยู่ที่ใด โดยผู้อุปการะก็มีใช้ผู้ใช้อำนาจปกครอง ในเมื่อผู้มีอำนาจปกครองไม่ได้ปกครอง และผู้ปกครองตามความเป็นจริงมิใช่ผู้ใช้อำนาจปกครองแล้วจะสามารถใช้อำนาจปกครองได้อย่างไร ซึ่งการนำเอาความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการให้ความหมายตามมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเช่นนี้ น่าจะไม่ตอบวัตถุประสงค์แห่งเจตนารมณ์แห่งการบัญญัติใช้กฎหมายตามมาตรา 285 โดยหากกรณีเป็นเช่นนี้แล้วควรต้องตีความมาตรา 285 ให้ผู้ปกครองมิใช่ต้องรับโทษหนักขึ้นเฉพาะผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นหากแต่จะต้องรวมไปถึงผู้ปกครองตามความเป็นจริง ด้วยเพราะเด็กที่อยู่ในการอุปการะไม่อาจหลีกเลี่ยงต่ออิทธิพลที่ผู้ปกครองตามความเป็นจริงมีต่อเหยื่อได้ อีกทั้งเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง ไม่ใช่กระทบแต่เพียงสิทธิในความเป็นจริง ซึ่งแท้จริงแล้วการบัญญัติความของกฎหมายในมาตรานี้หมายจะคุ้มครองหรือเปิดโอกาสให้ผู้อุปการะเด็กก่อความผิดต่อเด็กกันแน่

ผู้ที่อยู่ในความพิทักษ์ หมายถึง บุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นบุคคลเสมือนไร้ความสามารถ อาทิ สติเฟ้นเพื่อน และอยู่ในความพิทักษ์ของผู้พิทักษ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อนึ่ง การเป็นผู้พิทักษ์ตามความในมาตรานี้ คือ ผู้พิทักษ์ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยศาลเท่านั้น

ผู้ที่อยู่ในความอนุบาล หมายถึง การที่ศาลได้สั่งให้บุคคลที่วิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถให้อยู่ในความอนุบาลของผู้อนุบาล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กล่าวโดยสรุป คำว่า “ผู้สืบสันดาน” มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1627 และมาตราต่อไป ซึ่งกฎหมายมาตราดังกล่าวบัญญัติว่า บุตรนอกกฎหมายอันบิดาได้รับรองแล้วและบุตรบุญธรรมนั้น ให้ถือว่าเป็นผู้สืบสันดานเหมือนบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายนี้ เป็นผลให้ได้รับสิทธิในการรับมรดกตามมาตรา 1629 และศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ผู้สืบสันดานตามมาตรา 5 (2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หมายถึงผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง ไม่ต้องพิจารณาว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และ

<sup>61</sup> smartdeka. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก [https://www.smartdeka.com/each\\_deka/คำพิพากษาศาลฎีกาที่1017\\_2538](https://www.smartdeka.com/each_deka/คำพิพากษาศาลฎีกาที่1017_2538). (2565 ,28 มกราคม)

<sup>62</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า. 194.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 926/2509 วินิจฉัยว่า คำว่า ผู้สืบสันดานตาม มาตรา 71 ประมวลกฎหมายอาญา หมายความว่า ผู้สืบเชื้อสายโดยตรง บุตรบุญธรรมมิใช่ผู้สืบสันดานตามกฎหมายดังกล่าว และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2993/2530 ก็วินิจฉัยว่า คำว่า ผู้สืบสันดาน ตามมาตรา 285 หมายถึงผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงเช่นเดียวกัน แม้ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ และศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย มิได้เห็นฟ้องด้วยคำวินิจฉัยดังกล่าว แต่การที่ศาลฎีกาตีความว่า ผู้สืบสันดาน หมายถึง ผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงนั้น ก็มีเหตุผลเพราะแม้แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1627 และมาตรา 1629 ก็ยังให้การรับรองสิทธิในการรับมรดกทั้งความผูกพันตามธรรมชาติสายเลือดและความผูกพันที่มีใช้โดยสายเลือดได้

ทั้งนี้ สำหรับการให้ความหมายของผู้ที่อยู่ในปกครองในความพิทักษ์หรือในความอนุบาลนั้น เป็นกรณีที่มีได้เกิดขึ้นตามธรรมชาติและสายเลือด หากแต่เป็นไปด้วยตามที่กฎหมายบัญญัติ หากมีการกำหนดให้ตีความตามความเป็นจริงแล้วอาจมีปัญหาในการตีความอย่างกว้างเกินไปซึ่งขัดกับหลักกฎหมายอาญาที่ต้องตีความอย่างเคร่งครัด เนื่องจากกฎหมายอาญามีบทลงโทษที่รุนแรงตั้งแต่การจำคุกจำกััดเสรีภาพตลอดจนถึงขั้นการประหารชีวิต อีกทั้งอาจก่อให้เกิดปัญหาตามมาในแง่ที่ว่าแค่นี้ถึงจะตีความได้ว่าอยู่ในความปกครอง อยู่ในความพิทักษ์ และอยู่ในความอนุบาลตามความเป็นจริง

## 2. กฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีพันธกรณีและได้เข้าร่วมเป็นภาคีสันติสัญญา ด้านสิทธิมนุษยชน<sup>63</sup> ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ เป็นต้น ซึ่งเมื่อประเทศไทยได้มีการตกลงเข้าร่วมในสนธิสัญญาใดแล้วก็ตาม จะต้องมีการดำเนินการให้เป็นไปตามตามพันธะสัญญาที่ได้ผูกพันตนไว้ในอนุสัญญานั้นๆ โดยต้องอนุวัติการกฎหมายภายในประเทศให้มีความสอดคล้องและรองรับเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาดังกล่าว

1. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Right of the Child) หรือ (CRC) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก คือการจัดทำขึ้นโดยสหประชาชาติว่าด้วยข้อตกลงระหว่างประเทศ (คณะกรรมการด้านสิทธิมนุษยชน) ซึ่งได้รับการรับรองในปี พ.ศ.2532 จากที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ โดยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ได้นิยามคำว่า “เด็ก” นั้นหมายถึงบุคคลใด

<sup>63</sup> สำนักส่งเสริมความเสมอภาคหญิงชาย, “ความหมายของสิทธิมนุษยชนสตรี,” เอกสารเผยแพร่ความรู้, (กรุงเทพมหานคร : กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, 2551), หน้า. 2.

ก็ตามที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะได้บรรลุนิติภาวะก่อนนั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในอันที่จะให้ความคุ้มครองและช่วยเหลือแก่เด็กในประเทศต่างๆ อย่างเหมาะสม<sup>64</sup>

โดยประเทศไทยได้เข้าร่วมลงนามเป็นภาคีเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2535 ซึ่งในรายละเอียดของอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ที่เด็กสมควรจะได้รับในประเทศของตน ได้แก่ (1) สิทธิที่จะมีชีวิตรอด คือ ได้รับการดูแลสุขภาพขั้นพื้นฐาน มีสันติภาพ และความปลอดภัย (2) สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา คือ มีครอบครัวที่อบอุ่น ได้รับการศึกษาที่มีคุณภาพ และมีภาวะโภชนาการที่เหมาะสม (3) สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง คือ ให้รอดพ้นจากการทำร้าย การถูกล่วงละเมิด การถูกทอดทิ้ง และการแสวงประโยชน์ทุกรูปแบบ (4) สิทธิในการมีส่วนร่วม คือ ในการแสดงความคิดเห็น แสดงออก การมีผู้รับฟัง และมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในเรื่องที่มีผลกระทบต่อตนเอง

อนุสัญญาข้อที่ 2 (1) บัญญัติว่า “รัฐภาคีจะเคารพและประกันสิทธิตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ แก่เด็กแต่ละคนที่อยู่ในเขตอำนาจของตน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าชนิดใดๆ โดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางชาติ ชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิดหรือสถานะอื่นๆ ของเด็ก หรือ บิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย”

อนุสัญญาข้อที่ 19 บัญญัติว่า “รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ด้านนิติบัญญัติ บริหาร สังคมและการศึกษาในอันที่จะคุ้มครองเด็กจากรูปแบบทั้งปวงของความรุนแรง ทั้งทางร่างกายและจิตใจ การทำร้ายหรือการกระทำอันมิชอบ การทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาทการปฏิบัติที่ผิดหรือการแสวงหาประโยชน์ รวมถึงการกระทำอันมิชอบทางเพศขณะอยู่ในการดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นใดซึ่งเด็กนั้นอยู่ในความดูแล”

อนุสัญญาข้อที่ 34 บัญญัติว่า “รัฐภาคีรับที่จะคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และการกระทำทางเพศที่มิชอบทุกรูปแบบเพื่อการนี้ รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ทั้งมาตรการภายในประเทศ และมาตรการทวิภาคีและพหุภาคีเพื่อป้องกัน ก) การชักจูง หรือ บีบบังคับเด็กให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศใดๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ข) การแสวงหาประโยชน์จากเด็กในการค้าประเวณี หรือการกระทำอื่นๆ ที่เกี่ยวกับเพศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ค) การแสวงหาประโยชน์จากเด็กในการแสดงลามกอนาจาร และที่เกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร”

<sup>64</sup> unicef. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <https://www.unicef.org/thailand/th/what-is-crc>. (2565 ,28 มกราคม)

กล่าวโดยสรุปคือ การที่เด็กได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาดังกล่าวเนื่องจากเด็กยังเป็นผู้ที่ยังไม่มีวุฒิภาวะ อารมณ์ ความคิด การตัดสินใจ หรือไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ จึงควรได้รับความคุ้มครองจากความรุนแรงทั้งทางร่างกายและจิตใจจากการกระทำอันมิชอบทางเพศ ขณะอยู่ในความดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นซึ่งเด็กนั้นอยู่ในความดูแลตามอนุสัญญาสิทธิเด็กข้อที่ 19 จะเห็นได้ว่าความผิดเกี่ยวกับเพศที่ผู้ถูกกระทำและผู้กระทำมีความสัมพันธ์ในฐานะใดฐานะหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็น บิดา มารดา พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ ซึ่งใช้โอกาสในอันที่เด็กจะต้องการความพึงพาจากตนก่อความผิดต่อเด็ก จึงเป็นการสมควรอย่างยิ่งที่รัฐจำต้องออกกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเด็กให้รอดพ้นจากการกระทำความผิดดังกล่าว ทั้งยังมีการบัญญัติถึงการเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 สำหรับผู้กระทำความผิดที่มีสถานะตามที่บัญญัติในมาตรานี้รับโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามของโทษที่คนปกติจะได้รับ อย่างไรก็ตามมาตรา 285 ยังมีข้อจำกัดในการให้คำจำกัดความในบางกรณีเป็นผลให้ไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายไม่ เช่น การให้ความหมายของผู้ที่อยู่ในปกครองตามกฎหมายเท่านั้น ไม่รวมถึงผู้ปกครองตามความเป็นจริงที่อาจเป็นผู้กระทำผิดต่อเด็กในปกครองของตนแต่รอดพ้นจากการที่จะต้องรับโทษหนักขึ้นด้วยเหตุผลที่ว่ามิใช่ผู้ปกครองตามกฎหมายของเด็ก โดยจะเห็นได้ว่ามิได้ตรงตามอนุสัญญาที่ได้ให้ไว้ในข้อ 19 ที่กำหนดให้รัฐภาคีต้องให้ความคุ้มครองแก่เด็กที่อยู่ในความปกครองตามความเป็นจริงด้วย<sup>65</sup>

## 2. อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสตรีที่ถูกกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ โดยสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้มีการรับรองอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2522 โดยมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 3 กันยายน 2524 ซึ่งประเทศไทยได้ร่วมเป็นภาคีอนุสัญญานับนี้เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2528

“การเลือกปฏิบัติต่อสตรี” ตามความหมายของอนุสัญญานับนี้ คือการแบ่งแยก กีดกัน หรือการจำกัดใดๆ ก็ตามด้วยเพราะเหตุแห่งการเป็นเพศ หรือมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่การยอมรับ การได้อุปโภคหรือใช้โดยสตรี โดยหาได้มีความคำนึงถึงสถานภาพด้านการสมรสบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมของพลเมืองหรือด้านอื่นๆ ซึ่งสาระสำคัญของบทบัญญัติเช่นนี้มุ่งประสงค์เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ อีกทั้งยังให้การประกันว่าสตรีและบุรุษนั้นจะมีสิทธิมนุษยชนพร้อมทั้งเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

<sup>65</sup> humanrights. (ออนไลน์). เข้าได้จาก <https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/crc.pdf>.

อย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็น สิทธิในการเลือกตั้ง การสนับสนุน ให้ดำรงตำแหน่งที่สำคัญ ความเท่าเทียมกันในกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ และการศึกษา โดยเป็นการให้โอกาสและความเท่าเทียมในด้านสิทธิที่จะได้รับการจ้างงานและสิทธิด้านแรงงาน รวมถึงการป้องกันความรุนแรงต่อสตรีในสถานที่ทำงาน การให้โอกาสซึ่งการเข้าถึงบริการด้านสาธารณสุข โดยเฉพาะเมื่อสตรีมีครรภ์และหลังคลอด การเปิดโอกาสให้เข้าถึงซึ่งกระบวนการยุติธรรมทางกฎหมายของสตรี โดยที่ศาลจะต้องให้ความยุติธรรมต่อสตรีเทียบเท่ากับการให้ความยุติธรรมต่อบุรุษ พร้อมทั้งปราศจากการเลือกปฏิบัติของเจ้าหน้าที่หรือสถาบันของรัฐ ทั้งนี้รัฐภาคีจะต้องมีมาตรการที่เหมาะสมตลอดจนการตรากฎหมาย เพื่อให้มีการปราบปรามการลักลอบค้าประเวณีและการแสวงหาซึ่งประโยชน์ทางเพศจากสตรีในทุกรูปแบบ<sup>66</sup>

2.2 ปฏิญญาว่าด้วยการจัดการใช้ความรุนแรงต่อสตรี ปฏิญญานี้ได้ให้ความหมายว่าด้วย ความรุนแรงต่อสตรีนั้น หมายถึง การกระทำใดก็ตามอันก่อให้เกิดความรุนแรง อันเกิดมาจากอคติทางเพศ เป็นผลให้สตรีได้รับความทุกข์ทรมาน ไม่ว่าจะเป็นไปด้วยการขู่ข่มขู่ การคุกคาม การกีดกันทางเสรีภาพทั้งในที่สาธารณะและในพื้นที่ส่วนตัว ได้แก่ (1) ความรุนแรงต่อร่างกาย เพศ และจิตใจที่เกิดขึ้นในครอบครัว ไม่ว่าจะเป็นการทุบตี การทารุณกรรมทางเพศต่อเด็ก และสตรีในบ้าน ความรุนแรงอันมีเหตุมาจากของหมั้นที่ฝ่ายหญิงให้กับครอบครัวสามี การข่มขู่โดยคู่สมรส การขลิบอวัยวะเพศสตรี และข้อปฏิบัติตามประเพณี และสถานที่ต่างๆ อันเป็นอันตรายต่อสตรี ความรุนแรงที่ไม่ได้เกิดจากคู่สมรส และความรุนแรงที่เป็นการหาประโยชน์จากสตรี (2) ความรุนแรงต่อร่างกายเพศ และจิตใจที่เกิดขึ้นภายในชุมชนทั่วไป รวมถึงการข่มขืน การทารุณกรรมทางเพศ การลวนลามทางเพศ การข่มขู่ในสถานที่ทำงาน ในสถาบันการศึกษาและสถานที่ต่างๆ การค้าหญิงและการบังคับค้าประเวณี (3) ความเพิกเฉยของรัฐต่อความรุนแรงไม่ว่าจะเป็นความรุนแรงที่เกิดทางร่างกาย ทางเพศหรือทางจิตใจ<sup>67</sup>

นอกจากนี้ในข้อ 3 ของปฏิญญานี้ได้บัญญัติถึงเรื่องของความเท่าเทียมในการได้รับซึ่งประโยชน์แห่งการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในทุกด้าน รวมทั้งเสรีภาพในขั้นพื้นฐานทางด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม พลเมืองและด้านอื่นๆ ได้แก่ (1) สิทธิในชีวิต (2) สิทธิแห่งความเสมอภาค (3) สิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยในบุคคล (4) สิทธิที่จะได้รับ

<sup>66</sup> “อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กันยายน 2561, จาก <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/cedawt.pdf>.

<sup>67</sup> ศูนย์ข้อมูลความรุนแรงต่อเด็ก สตรี และความรุนแรงในครอบครัว, “นโยบายและแผนขจัดความรุนแรงต่อเด็กและสตรี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2565, จาก <http://www.violence.in.th/publicweb/NewsDetail.aspx?id=34&type=5>.

การคุ้มครองภายใต้กฎหมายอย่างเท่าเทียม (5) สิทธิที่จะเป็นอิสระภาพจากการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบ (6) สิทธิที่จะสามารถบรรลุถึงความเป็นสุขภาพกายและสุขภาพจิตที่ได้มาตรฐานสมบูรณ์ (7) สิทธิในการมีข้อตกลงที่ยุติธรรมและพอใจในการทำงาน (8) สิทธิที่จะไม่ตกอยู่ในสภาพทุกข์ทรมาน หรือการกระทำที่โหดร้าย หรือการลงโทษหรือการปฏิบัติที่เลวทรามไร้มนุษยธรรม

รัฐควรต่อต้านซึ่งความรุนแรงต่อสตรี และปฏิบัติในการที่จะนำเอาขนบธรรมเนียมประเพณีหรือศาสนามาเป็นตัวกำหนดในอันที่จะเล็งการปฏิบัติต่อหน้าที่ที่มีต่อปฏิญญานี้ ไม่ว่าจะเป็นการจัดไปซึ่งความรุนแรงต่อสตรี นอกจากนี้รัฐยังต้องวางนโยบายว่าด้วยการจัดไปซึ่งปัญหาความรุนแรงต่อสตรีด้วยวิธีที่เหมาะสมทุกประการ โดยไม่ชักช้า เพื่อการที่จะได้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์แห่งปฏิญญานี้ รัฐภาคีทั้งหลายตกลงที่จะ

1) พิจารณาในการให้สัตยาบัน หรือการรับรองต่ออนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ หรือการยกเลิกข้อสงวนของอนุสัญญา

2) งดเว้นซึ่งการเข้าไปมีส่วนร่วมในความรุนแรงต่อสตรี

3) ปฏิบัติการอย่างเข้มแข็ง และปฏิบัติให้สอดคล้องด้วยกฎหมายภายในประเทศในอันที่จะป้องกันรวมทั้งการสืบสวนและลงโทษสำหรับการกระทำความรุนแรงต่อสตรีไม่จะเป็นการกระทำต่อบุคคลหรือโดยรัฐก็ตาม

4) พัฒนาซึ่งมาตรการลงโทษทางอาญา ทางแพ่ง แรงงานและการลงโทษทางการบริหารจัดการด้วยกฎหมายภายในประเทศ เพื่อให้การลงโทษและชดเชยต่อความเลวร้ายที่ได้เกิดขึ้นกับผู้หญิงที่ประสบกับความรุนแรง สตรีผู้ซึ่งถูกกระทำความรุนแรงควรมีโอกาสเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมผ่านการอำนวยความสะดวกที่เท่าเทียมจากรัฐ

5) พิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการพัฒนาซึ่งแผนการปฏิบัติการแห่งชาติ เพื่อสนับสนุนการคุ้มครองสตรีจากความรุนแรงทั้งปวง หรือข้อกำหนดเพื่อความมุ่งประสงค์ดังกล่าวในแผนปฏิบัติการต่างๆ ที่มีอยู่ให้พิจารณาความร่วมมือที่เหมาะสมจากองค์กรพัฒนาเอกชน โดยเฉพาะที่ทำงานเกี่ยวข้องกับปัญหาความรุนแรงต่อสตรี

6) พัฒนาให้ได้มาซึ่งวิธีการป้องกัน และมาตรการด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นด้านกฎหมาย ด้านการเมืองและวัฒนธรรมให้ครอบคลุมในรอบด้าน เพื่อวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมซึ่งการป้องกันสตรีจากความรุนแรงในทุกรูปแบบ และให้การประกันว่าการตกเป็นเหยื่อของสตรีเช่นนี้จะไม่เกิดขึ้นอีก จากข้อบกพร่องทางกฎหมายหรือมาตรการอื่นๆ ที่คาดการณ์อย่างเพียงพอในประเด็นว่าด้วยเรื่องเพศ

7) การปฏิบัติเพื่อรับประกันว่าสตรีผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรง และเด็กจะได้รับ ความช่วยเหลือ การพักผ่อน การดูแล การบำรุง การรักษา การให้คำปรึกษา การบริการ



ด้านสุขภาพและการบริการทางสังคม รวมไปถึงสิ่งอำนวยความสะดวกและการให้การสนับสนุน และมาตรการอื่นๆที่เหมาะสม เพื่อวัตถุประสงค์ในด้านความปลอดภัยและการฟื้นฟูทางร่างกาย และจิตใจของสตรีเหล่านั้นตามทรัพยากรที่มีอยู่ในขอบเขตมากที่สุดเท่าที่จะสามารถจัดหาได้ หรือ เมื่อมีความจำเป็นต้องอาศัยแนวทางการร่วมมือระหว่างประเทศที่มีอยู่

8) ให้รัฐจัดเตรียมงบประมาณในการจัดหาซึ่งทรัพยากรที่เพียงพอในการดำเนินซึ่ง กิจกรรมอันเกี่ยวข้องต่อการขจัดความรุนแรงต่อสตรี

9) จัดให้มีมาตรการในการที่จะรับประกันได้ว่าเจ้าหน้าที่ด้านกฎหมาย ตลอดจนเจ้าหน้าที่ของรัฐจะรับผิดชอบต่อหน้าที่ในอันที่จะปฏิบัติตามนโยบายเพื่อการป้องกัน สืบสวนและ ลงโทษการกระทำรุนแรงต่อสตรี ให้ได้รับการอบรมเพื่อให้มีความเข้าใจต่อความเป็นสตรี

10) นำมาตรการทุกอย่างที่เหมาะสมมาปฏิบัติ โดยเฉพาะด้านการศึกษาเพื่อปรับปรุง แบบแผน ความประพฤติทางสังคม วัฒนธรรมของบุรุษและสตรี เพื่อประสงค์ในการขจัด ไปซึ่งอคติ ทางเพศ ประเพณีปฏิบัติและข้อปฏิบัติอื่นๆ ทั้งปวง ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความคิดที่เพศใดเพศหนึ่ง มีความด้อยกว่าหรือเหนือกว่าอีกเพศหนึ่งและขจัดการจำกัดบทบาททางเพศของบุรุษและสตรี

11) สนับสนุนการวิจัย การรวบรวมข้อมูล และการเรียบเรียงสถิติที่เกี่ยวข้องกับ รูปแบบต่างๆของความรุนแรงต่อสตรี โดยเฉพาะความรุนแรงในครอบครัวและส่งเสริมการวิจัยถึง สาเหตุความรุนแรง ธรรมชาติของความรุนแรงและผลกระทบต่อความรุนแรงต่อสตรี ความมีประสิทธิภาพของมาตรการที่สามารถนำมาเพื่อใช้ป้องกันและแก้ไขความรุนแรงต่อสตรี ซึ่งควรเผยแพร่ผลงานวิจัยและสถิติต่างๆแก่สาธารณชน

12) นำมาตรการขจัดความรุนแรงต่อสตรีมาใช้โดยเฉพาะกับสตรีกลุ่มที่มีความเสี่ยง ต่อความรุนแรง

13) รวมข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องความรุนแรงต่อสตรีและมาตรการที่ได้นำไปปฏิบัติตาม หลักการของปฏิญญานี้ ในรายงานที่เสนอต่อองค์การสหประชาชาติตามระเบียบที่กำหนดไว้ใน กฎหมายสิทธิมนุษยชนต่างๆ

14) ส่งเสริมการพัฒนาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติการตาม หลักการที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้

15) ตระหนักถึงบทบาทอันสำคัญของขบวนการสตรีและองค์กรพัฒนาเอกชนทั่วโลก ในการสร้างซึ่งจิตใต้สำนึกในอันที่จะตระหนักในการบรรเทาปัญหาในด้านความรุนแรงต่อสตรี

16) ให้การอำนวยความสะดวก พร้อมทั้งให้การส่งเสริมในงานของขบวนการสตรี และองค์กรพัฒนาเอกชนและร่วมมือกับองค์กรเหล่านี้ทั้งในระดับท้องถิ่นตลอดจนระดับภูมิภาค และระดับประเทศ

17) ให้การส่งเสริมองค์การความร่วมมือระหว่างประเทศในภูมิภาคที่ประเทศของตนนั้นได้เป็นสมาชิกอยู่ โดยให้การบรรจุการจัดความรุนแรงต่อสตรีเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติการขององค์การตามที่เห็นสมควร<sup>68</sup>

กล่าวโดยสรุปคือ ความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกิดขึ้นต่อบุคคลใดก็ตามในครอบครัวนั้นเป็นความรุนแรงทั้งต่อร่างกาย ทางเพศ และจิตใจ ตลอดจนการทุบตี การทารุณกรรมทางเพศไม่ว่าจะเกิดขึ้นกับเด็กและสตรีซึ่งล้วนแต่ส่งผลให้เกิดความทุกข์ทรมานแก่สตรี โดยปฎิญญาว่าด้วยการจัดการใช้ความรุนแรงต่อสตรีนั้น ได้มีการยืนยันว่าความรุนแรงอันเกิดต่อสตรีถือเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของสตรี เป็นผลให้สตรีได้รับซึ่งสิทธิเสรีภาพที่ลดน้อยลงหรือถูกทำลายไปจนหมดสิ้น โดยคำนึงถึงความล้มเหลวในการปกป้องสตรีตามที่ได้ผ่านมา รัฐจำเป็นต้องดำเนินการที่จะต้องมีมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครองสตรีจากความรุนแรงเช่นนี้ให้ลดน้อยหรือหมดไป<sup>69</sup>

### 3. กฎหมายต่างประเทศ

#### 3.1 ประเทศอังกฤษ

การข่มขืน เป็นความผิดที่ถูกบัญญัติไว้ใน Sexual Offences Act 2003 ดังนี้

ส่วนที่ 1 ความผิดทางเพศ ได้บัญญัติให้บุคคลได้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราถ้า

1) ตั้งใจล่วงละเมิดเข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือปากของบุคคลอื่น โดยอวัยวะเพศชายของเขา

2) ปราศจากความยินยอมของผู้ถูกละเมิด และ

3) ไม่มีเหตุผลอื่นที่เชื่อว่า ผู้ถูกละเมิดจะยินยอม

การจะเชื่อว่า บุคคลที่ถูกละเมิดนั้นจะยินยอมหรือไม่ ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ทั้งหมดรวมถึงขั้นตอนใดๆ ที่บุคคลนั้นได้กระทำไป โดยมาตรา 75 และ 76 ใช้บังคับกับความผิดตามมาตรานี้

<sup>68</sup> ปฎิญญาว่าด้วยการจัดการใช้ความรุนแรงต่อสตรี, ข้อ 4.

<sup>69</sup> humanrights. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก

ผู้ที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีอัตราโทษสูงสุดถึงจำคุกตลอดชีวิต<sup>70</sup>

อนึ่ง ในกฎหมายของประเทศอังกฤษ ได้บัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำมีความสัมพันธ์ในครอบครัวตาม Sexual Offences Act 2003, Part 1 Sexual Offences Section 27 Family relationships<sup>71</sup> โดยความสัมพันธ์นี้ หมายถึง

<sup>70</sup> Sexual Offences Act 2003, Part 1 Sexual Offences-Rape

(1) A person (A) commits an offence if- (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis, (b) B does not consent to the penetration, and (c) A does not reasonably believe that B consents. (2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents. (3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section. (4) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

<sup>71</sup> Sexual Offences Act 2003, Part 1 Sexual Offences Section : 27 Family relationships

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

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

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

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

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

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

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

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

(b) A and B are cousins,

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

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

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

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

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

(5) For the purposes of this section-

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

1) ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหนึ่ง กับอีกบุคคลหนึ่ง ที่มีความสัมพันธ์กันอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กำหนดไว้ในข้อ (2) ถึง (4) ซึ่งหมายถึง บิดามารดาคนหนึ่งคนใด ปู่ย่าตายาย พี่ชายหรือน้องชาย พี่สาวหรือน้องสาว พี่ชายหรือน้องชายร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน พี่สาวหรือน้องสาวร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน ลุงหรือป้า หรือ ผู้กระทำความผิดเคยเป็นบิดามารดาอุปถัมภ์ของผู้ถูกระทำ

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

3) ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกระทำได้อาศัยหรือเคยอาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน หรือ ผู้กระทำได้มีส่วนเกี่ยวข้องข้องในการดูแลและการฝึกอบรมแก่ผู้ถูกระทำ หรืออยู่ในความดูแลของผู้กระทำและ

(ก) เป็นหรือเคยเป็นผู้ปกครองเนื่องจากเป็นคู่สมรสของบิดาหรือมารดา และพี่หรือน้อง ซึ่งเป็นบุตรของคู่สมรสของบิดามารดา

(ข) ผู้กระทำและผู้ถูกระทำเป็นญาติกัน

(ค) เป็นลูกพี่ลูกน้อง

(ง) เป็นผู้ปกครองหรือเป็นบิดามารดาอุปถัมภ์คนปัจจุบันหรือเคยเป็นบิดาหรือมารดาอุปถัมภ์

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

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

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

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

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

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

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

(e) “step-parent” includes a parent's partner and “stepbrother” and “stepsister” include the child Of a parent's partner.

4) ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกระทำ โดย (ก) ผู้กระทำและผู้ถูกระทำอาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน และผู้กระทำมีส่วนเกี่ยวข้องอย่างสม่ำเสมอในการดูแลให้การอบรมแก่ผู้ถูกระทำหรือเป็นผู้อยู่ในความดูแลของผู้กระทำ

5) ความประสงค์ของมาตรานี้

(1) ป้า หมายถึง พี่สาวหรือน้องสาวของบิดาหรือมารดาคนหนึ่งคนใด และลุง หมายถึง พี่ชายหรือน้องชายของบิดาหรือมารดาคนหนึ่งคนใด

(2) ลูกพี่ลูกน้อง หมายถึง ลูกของลุงหรือป้า

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

มาตรา 25 ได้บัญญัติถึงการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวตามความสัมพันธ์ในครอบครัวดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้น หากบุคคลใดบุคคลหนึ่งจงใจสัมผัสเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ในเรื่องเพศ โดยการสัมผัสดังกล่าวหมายถึง

(1) การล่วงละเมิดทางทวารหนักหรือช่องคลอดของเด็กในครอบครัว โดยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายของผู้กระทำหรือใช้สิ่งอื่นใด

(2) การล่วงละเมิดทางปากของผู้ถูกระทำโดยอวัยวะเพศของผู้กระทำ

(3) การล่วงละเมิดทางทวารหนักหรือช่องคลอดของผู้กระทำกับส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายผู้ถูกระทำ หรือ

(4) การล่วงละเมิดทางปากของผู้กระทำกับอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ<sup>72</sup>

<sup>72</sup> Sexual Offences Act 2003, Part 1 Sexual Offences 27 Family relationships

(6) This subsection applies where the touching involved—

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

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

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

(d) penetration of A's mouth with B's penis.

Sexual Offences Act 2003, 25 Sexual activity with a child family member  
ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำเป็นผู้มีความสัมพันธ์กันในครอบครัวอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 27  
หากู้หรือสมควรรู้ว่ามีความสัมพันธ์กับเด็กในครอบครัว โดยแบ่งได้เป็น 2 กรณีคือ (ก) เด็กที่มีอายุ  
ต่ำกว่า 18 ปี และผู้กระทำไม่เชื่อว่า เด็กมีอายุ 18 ปี ขึ้นไป หรือ (ข) เด็กมีอายุต่ำกว่า 13 ปี<sup>73</sup>

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

ผู้กระทำความผิดฐานล่อลวงละเมิดทางเพศแก่เด็กในครอบครัวตามลักษณะ  
ดังที่กล่าวมานี้ ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี โดยส่วนกรณีการกระตุ้นให้สมาชิกใน  
ครอบครัวที่เป็นเด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ เช่นเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเรา

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

(1) บุคคล (A) กระทำความผิดหาก-

- (a) จงใจยุงให้บุคคลอื่น (B) สัมผัสหรือปล่อยให้ตนเองถูกสัมผัสโดย A
- (b) การสัมผัสเป็นเรื่องทางเพศ
- (c) ความสัมพันธ์ระหว่าง A กับ B ตามความในมาตรา 27
- (d) A รู้หรือคาดว่าจะได้รู้อย่างสมเหตุสมผลว่าความสัมพันธ์ของเขากับ B เป็นไปตามที่ได้กล่าวไว้ในมาตราที่กล่าวมา
- (e) อย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้
  - (i) B มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และ A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B อายุ 18 ปีขึ้นไป หรือ
  - (ii) B มีอายุต่ำกว่า 13 ปี

<sup>73</sup> Sexual Offences Act 2003, 25 Sexual activity with a child family member

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

- (a) he intentionally touches another person (B),
- (b) the touching is sexual,
- (c) the relation of A to B is within section 27,
- (d) A knows or could reasonably be expected to know that this relation to B is of a description falling within that section, and
- (e) either-
  - (i) B is under 18 and A does not reasonably believe that B is 18 or over, or
  - (ii) B is under 13.

(2) จะถูกดำเนินคดีความผิดตามมาตรา 27 เมื่อพิสูจน์ได้ว่าบุคคลอื่นนั้นเป็นผู้มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งถูกพาตัวไปอย่างไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นมีอายุ 18 ปีขึ้นไป เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าบุคคลผู้นั้นมีอายุเกิน 18 ปีแล้ว

(3) บุคคลจะถูกดำเนินคดีความผิดตามมาตรา 27 หากพิสูจน์ได้ว่าความสัมพันธ์ของจำเลยกับบุคคลอื่นมีลักษณะตามมาตรา 27 ให้ถือว่าจำเลยรู้หรือคาดว่าจะเป็นเช่นนั้น ความสัมพันธ์ของเขากับบุคคลอื่นเป็นเช่นนั้นเว้นแต่จะพิสูจน์ได้เป็นอย่างอื่น

(4) ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 27 มีอายุ 18 ปีขึ้นไปในขณะที่กระทำความผิดต้องรับผิด ดังนี้

(a) ในกรณีที่เป็นไปตามอนุมาตรา (6) จำคุกเป็นระยะเวลาไม่เกิน 14 ปี;

(b) ในกรณีอื่นใด ดังนี้

(i) จำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกินสูงสุดตามที่กฎหมาย

กำหนดหรือทั้งจำทั้งปรับ

(ii) มีความผิดตามคำฟ้อง จำคุกไม่เกิน 14 ปี<sup>74</sup>

<sup>74</sup> Sexual Offences Act 2003, 26 Inciting a child family member to engage in sexual activity

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

(a) he intentionally incites another person (B) to touch, or allow himself to be touched by, A,

(b) the touching is sexual,

(c) the relation of A to B is within section 27,

(d) A knows or could reasonably be expected to know that his relation to B is of a description falling within that section, and

(e) either—

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

(ii) B is under 13.

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

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

อย่างไรก็ตาม 28 Sections 25 and 26: [ F4exception for spouses and civil partners] มีบทยกเว้นความผิดในกรณีที่มีการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำความผิดฐานให้เด็กในครอบครัวมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศดังที่กล่าวมา ถ้าผู้ถูกกระทำอายุ 16 ปีขึ้นไป และผู้กระทำและผู้ถูกกระทำแต่งงานกันอย่างถูกต้องตามกฎหมาย โดยในการดำเนินคดีเกี่ยวกับความผิดนั้นผู้กระทำผิดต้องพิสูจน์ว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำเป็นคู่แต่งงานกันอย่างถูกต้องตามกฎหมาย<sup>75</sup>

---

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

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

(b) in any other case—

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(d) penetration of A's mouth with B's penis.

<sup>75</sup> 28 Sections 25 and 26: [F4exception for spouses and civil partners]

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

(a) B is 16 or over, and

(b) A and B are lawfully married [ F5or civil partners of each other].

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



3.2 สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ก่อตั้งด้วยการรวมตัวของรัฐต่างๆ ทั้งสิ้น 50 รัฐด้วยกัน จึงเป็นที่มาของชื่อ “สหรัฐ”

ซึ่งในบรรดารัฐต่างๆ ที่ประกอบกันและรวมเป็นประเทศเดียวกันนั้น ในนามสหรัฐอเมริกา ต่างก็มีความอิสระในเรื่องบางเรื่องที่แตกต่างกันออกไป โดยอำนาจของมลรัฐต่างๆ นั้นจะมีความแตกต่างจากอำนาจที่เป็นของรัฐบาลกลาง โดยสามารถแบ่งออกเป็นการใช้อำนาจระหว่างมลรัฐต่อมลรัฐและการใช้อำนาจกรณีระหว่างสหรัฐอเมริกาคือประเทศอื่นๆ ในแต่ละมลรัฐย่อมมีอำนาจเด็ดขาดและสูงสุดในการบังคับใช้กฎหมายภายในรัฐของตน ในแต่ละมลรัฐจะมีผู้ว่าการรัฐเป็นหัวหน้ารัฐบาลของรัฐนั้นๆ โดยจะมีหน่วยงานราชการต่างๆ ทำหน้าที่รับผิดชอบในการบริหารกิจการต่างๆ ภายในรัฐ รวมทั้งยังมีเมืองหลวงและมีรัฐสภาเป็นต่างหาก ซึ่งอาจมีการบัญญัติกฎหมายของตนเองในแต่รัฐ ทั้งนี้การบัญญัติซึ่งกฎหมายดังกล่าวจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าเนื้อหากฎหมายจะต้องไม่เป็นการที่ถูกระงับโดยขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงมิใช่เรื่องแปลกแต่อย่างใดหากการกระทำผิดในเรื่องหนึ่งในพื้นที่ของมลรัฐนั้น ได้ถูกบัญญัติไว้เป็นความผิดแต่หากเป็นเรื่องเดียวกันในต่างมลรัฐอาจมิใช่เป็นเรื่องที่ผิดกฎหมายแต่อย่างใด

ในส่วนโทษสำหรับความผิดทางเพศนั้นสหรัฐอเมริกาได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายไว้เป็นต้นแบบ คือ Model Penal Code โดยกฎหมายฉบับนี้ได้ถูกจัดทำขึ้นด้วยจุดประสงค์ในการเป็นต้นแบบของกฎหมายอาญาสำหรับในแต่ละมลรัฐ ด้วยการนำไปใช้เพื่อเป็นแนวทางในการบัญญัติซึ่งกฎหมายภายในมลรัฐโดยมาตรา 213.1 ใน Model Penal Code ได้บัญญัติถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า ชายใดได้กระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนจะถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ถ้าชายบังคับหญิงโดยใช้กำลังหรือโดยการข่มขู่ว่าจะทำอันตรายให้ถึงแก่ชีวิต หรือควบคุมหญิงโดยการใส่ยาทำให้ได้รับอันตรายสาหัส ทำให้เจ็บปวดอย่างรุนแรงลักพาหญิง หรือทำให้บุคคลใดๆ ได้รับการทรมานหรือทำให้อยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือโดยการควบคุมหญิงนั้นไว้ด้วยการวางยา หรือโดยการใส่ยาที่หญิงไม่รู้ว่ามีการใส่ยา หรือโดยการดื่มสุราของมึนเมา หรือโดยใช้วิธีการอื่นใด เพื่อให้หญิงไม่สามารถปกป้องตนเองได้ หรือทำให้หมดสติ หรือกระทำต่อหญิงอายุไม่เกิน 10 ปี นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเรายังหมายความรวมถึงการกระทำชำเราทั้งหมดหรือบางส่วน และรวมถึงการผ่านเข้าไปเพียงเล็กน้อยโดยไม่จำเป็นต้องหลั่งน้ำอสุจิอีกด้วย<sup>76</sup>

<sup>76</sup> Section 213.1. Rape and Related Offenses

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

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

อย่างไรก็ดีกฎหมายของรัฐบาลกลางนั้นมิได้มีการบัญญัติถึงความผิดฐานข่มขืน  
กระทำชำเรา หากแต่บัญญัติไว้เป็นความผิดของกฎหมายในแต่ละรัฐ

กฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ สหรัฐอเมริกา

มาตรา 11-0.1

“สมาชิกครอบครัว” หมายถึง พ่อแม่ ปู่ ย่า ตา ยาย ลูก ป้า ลุง ป้าของพ่อแม่ ลุงหรือ  
อาของพ่อแม่ ป้าหรือน้าของพ่อแม่ ไม่ว่าจะสืบสายเลือดทั้งหมด เพียงครึ่งหนึ่ง หรือโดยรับเป็นบุตร  
บุญธรรม และรวมถึงปู่ ย่า ตา ยายเลี้ยง พ่อแม่เลี้ยง หรือ บุตรเลี้ยง “สมาชิกครอบครัว” ยังหมายถึง  
ผู้ถูกกล่าวหาที่อยู่อาศัยในบ้านเรือนเดียวกับเด็กอย่างต่อเนื่องอย่างน้อย 6 เดือนในกรณีที่ผู้เสียหาย  
เป็นเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี

ความผิดทางเพศหลัก (720 ILCS 5/Art.11 Subdiv.5)

มาตรา 11-1.10 บทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11-1.20 ถึง  
11-1.60

1) ไม่มีผู้ใดที่ถูกกล่าวหาว่าฝ่าฝืนมาตรา 11-1.20 11-1.30 11-1.40 11-1.50 หรือ 11-  
1.60 ของประมวลกฎหมายนี้จะถูกสันนิษฐานว่าไม่สามารถกระทำความผิดอันต้องห้ามตามมาตรา  
11-1.20 11-1.30 11-1.40 11-1.50 หรือ 11-1.60 ของประมวลกฎหมายนี้เพราะว่าอายุ สภาพร่างกาย  
หรือความสัมพันธ์กับผู้เสียหาย

2) การตรวจหรือกระบวนการทางแพทย์ที่กระทำโดยแพทย์ พยาบาล หรือบุคลากร  
โรงพยาบาลหรือทางการแพทย์ พ่อแม่ หรือผู้ดูแล ด้วยความมุ่งหมายและในลักษณะที่สอดคล้องกับ  
มาตรฐานทางการแพทย์ที่สมเหตุสมผลไม่เป็นความผิดตามมาตรา 11-1.20 11-1.30 11-1.40 11-  
1.50 หรือ 11-1.60 ของประมวลกฎหมายนี้

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

(c) the female is unconscious; or

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

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

3) มลรัฐอิลลินอยส์ ได้บัญญัติเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศไว้ในประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ 2012 มาตรา 11-1.20 บัญญัติว่า บุคคลกระทำความผิดทางอาญาดังกล่าวข้างต้นเมื่อบุคคลนั้นกระทำความผิดทางเพศ

4) ผู้ใดกระทำการประทุษร้ายทางเพศทางอาญา โดยการที่ผู้นั้นได้กระทำการสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ และ

(1) ใช้กำลังหรือข่มขู่ว่าจะใช้กำลัง

(2) รู้ว่าผู้เสียหายไม่สามารถเข้าใจลักษณะการกระทำหรือไม่สามารถให้ความยินยอมโดยล่วงรู้ได้

(3) เป็นสมาชิกในครอบครัวของผู้เสียหาย และผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือ

(4) เป็นผู้ที่มีอายุ 17 ปีขึ้นไปและได้รับความไว้วางใจ มีอำนาจ หรือมีการกำกับดูแลต่อผู้เสียหาย และผู้เสียหายมีอายุ 13 ปีถึง 18 ปี

(a) บทกำหนดโทษ

(1) การประทุษร้ายทางเพศทางอาญา เป็นความผิดขั้นร้ายแรงลำดับชั้นที่ 1 เว้นแต่

(A) ผู้ใดที่ถูกตัดสินว่ากระทำความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญาดังที่บัญญัติไว้ในย่อหน้า

(a) (1) หรือ (a) (2) หลังจากก่อนหน้านั้นเคยถูกตัดสินว่ากระทำความผิดในความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญา หรือความผิดฐานแสวงหาประโยชน์จากเด็ก หรือเป็นผู้ที่ถูกตัดสินว่ากระทำความผิดในความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญาดังที่บัญญัติไว้ในย่อหน้า

(a) (1) หรือ (a) (2) หลังจากก่อนหน้านั้นเคยถูกตัดสินว่ากระทำความผิดตามกฎหมายของมลรัฐนี้ หรือความผิดฐานแสวงหาประโยชน์จากเด็ก เป็นการกระทำความผิดขั้นร้ายแรงในลำดับ X ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 30 ปี แต่ไม่เกิน 60 ปี เว้นแต่ผู้นั้นมีอายุต่ำกว่า 18 ปีในขณะที่กระทำความผิด ผู้นั้นจะต้องได้รับโทษตามมาตรา 5-4. 5-105 ของประมวลกฎหมายอาญา การกระทำความผิดซ้ำเป็นครั้งที่ 2 หรือมากกว่านั้นต้องระวางโทษหลังจากได้ใช้บทกำหนดโทษขั้นต่ำตามที่บัญญัติไว้ในย่อหน้า (A) นี้

(A) ผู้ใดที่อายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ในขณะที่กระทำความผิดและผู้ที่ถูกตัดสินว่ากระทำความผิดในความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญาดังที่บัญญัติไว้ในย่อหน้า (a) (1) หรือ (a) (2) หลังจากก่อนหน้านั้นเคยถูกตัดสินว่ากระทำความผิดในความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญาโดยมีเหตุเพิ่มโทษ (aggravated criminal sexual assault) หรือความผิดประทุษร้ายทางเพศทางอาญาโดยมีลักษณะล่าเหยื่อ (predatory criminal sexual assault) หรือเป็นที่ถูกตัดสินว่ากระทำความผิดในความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญาดังที่บัญญัติไว้ในย่อหน้า (a) (1) หรือ (a) (2) หลังจากก่อนหน้านั้น

เคยถูกตัดสินว่ากระทำผิดในความผิดตามกฎหมายของมลรัฐนี้ หรือมลรัฐอื่นใดในความผิดที่เท่าเทียมกันอย่างมากกับความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญาโดยมีเหตุเพิ่มโทษ หรือความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญาโดยมีลักษณะล่าเหยื่อ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต การกระทำผิดซ้ำเป็นครั้งที่ 2 หรือมากกว่านั้นต้องระวางโทษหลังจากได้ใช้บทกำหนดโทษขั้นต้นตามที่บัญญัติไว้ในย่อหน้า (B) นี้ ผู้กระทำผิดที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีในขณะที่กระทำความผิด ผู้นั้นจะต้องได้รับโทษตามมาตรา 5-4.5-1.5 ของประมวลกฎหมายราชทัณฑ์

(C) การถูกตัดสินว่ากระทำผิดซ้ำเป็นครั้งที่ 2 หรือมากกว่านั้นในความผิดในย่อหน้า (a) (3) หรือ (4) หรือภายใต้บทบัญญัติกฎหมายที่คล้ายคลึงกันของมลรัฐนี้ หรือมลรัฐอื่นใดในความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญาซึ่งเท่าเทียมกันอย่างมาก หรือร้ายแรงกว่าการประทุษร้ายทางเพศดังที่ต้องห้ามตามย่อหน้า (a) (3) หรือ (a) (4) เป็นการกระทำผิดซ้ำร้ายแรงในลำดับชั้น X

สำหรับในส่วนของการเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ ประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ มาตรา 11-1.60 บัญญัติว่า บุคคลที่กระทำการในความผิดฐานข่มขืนดังต่อไปนี้ต้องได้รับโทษหนักขึ้นเมื่อ<sup>77</sup>

<sup>77</sup> the criminal code Illinois 2012 , chapter 720 criminal offenses Aggravated criminal sexual abuse.

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

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

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

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

(4) The victim is physically disabled;

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

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

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

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

(a) ผู้ใดกระทำล่วงละเมิดทางเพศทางอาญา โดยมีเหตุเพิ่มโทษ โดยการที่ผู้นั้นได้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศทางอาญา และด้วยพฤติการณ์ใดพฤติการณ์หนึ่งดังต่อไปนี้อันเป็นเหตุเพิ่มโทษ (i) ในระหว่างกระทำความผิด หรือ (ii) เพื่อความมุ่งหมายในย่อหน้าที่ (7) อันเป็นส่วนหนึ่งของพฤติกรรมของการกระทำความผิด

(1) บุคคลที่แสดง ช่มชู้ว่าจะใช้ หรือใช้อาวุธอันตราย หรือวัตถุอื่นใดที่เห็นเป็นรูปร่างหรือใช้ในลักษณะที่อยู่ภายใต้พฤติการณ์นั้นทำให้ผู้เสียหายเชื่อ โดยสมเหตุสมผลว่าวัตถุนั้นเป็นอาวุธอันตราย

(2) บุคคลที่ทำให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บ

(3) ผู้เสียหายอายุ 60 ปีขึ้นไป

(4) ผู้เสียหายเป็นคนพิการทางร่างกาย

(5) บุคคลที่กระทำในลักษณะที่ช่มชู้หรือทำให้เป็นอันตรายต่อชีวิตของผู้เสียหาย หรือบุคคลอื่นใด

(6) บุคคลที่กระทำการล่วงละเมิดทางเพศทางอาญาในระหว่างที่กระทำ หรือพยายามกระทำความผิดขั้นร้ายแรงอื่นใด หรือ

(7) บุคคลที่นำพา (โดยการฉ้อ การทำให้สุดคม กินเข้าไป โอนความเป็นเจ้าของ หรือวิธีการอื่นใด)

สารควบคุมใดๆ ไปสู่ผู้เสียหายด้วยความมุ่งหมายนอกเหนือจากการแพทย์ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย หรือโดยการช่มชู้ หรือการหลอกลวง

(a) ผู้ใดที่กระทำล่วงละเมิดทางเพศทางอาญา โดยมีเหตุเพิ่มโทษ โดยผู้นั้นกระทำพฤติกรรมทางเพศต่อผู้เสียหายที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีและผู้นั้นเป็นสมาชิกครอบครัว

(b) ผู้ใดที่กระทำล่วงละเมิดทางเพศทางอาญา โดยมีเหตุเพิ่มโทษ ในกรณีที่

(1) ผู้นั้นมีอายุ 17 ปีขึ้นไป และ (i) กระทำพฤติกรรมทางเพศต่อผู้เสียหายที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี หรือ (ii) กระทำพฤติกรรมทางเพศต่อผู้เสียหายที่มีอายุเกิน 13 ปีแต่ไม่เกิน 17 ปี และ โดยใช้กำลังหรือช่มชู้ว่าจะใช้กำลังกระทำการนั้น หรือ

(2) ผู้นั้นมีอายุกว่า 17 ปีขึ้นไป และ (i) กระทำพฤติกรรมทางเพศต่อผู้เสียหายที่มีอายุต่ำกว่า 9 ปี หรือ(ii) กระทำพฤติกรรมทางเพศต่อผู้เสียหายที่มีอายุเกิน 9 ปีแต่ไม่เกิน 17 ปี และ โดยใช้กำลังหรือช่มชู้ว่าจะใช้กำลังกระทำการนั้น หรือ

(c) ผู้ใดที่กระทำล่วงละเมิดทางเพศทางอาญาโดยมีเหตุเพิ่มโทษ ในกรณีที่สูงขึ้น กระทำการสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ หรือกระทำพฤติกรรมทางเพศต่อผู้เสียหายที่มีอายุเกิน 13 ปี แต่ไม่เกิน 17 ปี และผู้นั้นมีอายุมากกว่าผู้เสียหายอย่างน้อย 5 ปี หรือ

(d) ผู้ใดที่กระทำล่วงละเมิดทางเพศทางอาญาโดยมีเหตุเพิ่มโทษ ในกรณีที่สูงขึ้น กระทำพฤติกรรมทางเพศต่อผู้เสียหายที่พิการทางสติปัญญาที่ลึกซึ้งและรุนแรง

(e) ผู้ใดที่กระทำล่วงละเมิดทางเพศทางอาญาโดยมีเหตุเพิ่มโทษ ในกรณีที่สูงขึ้น กระทำการสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ หรือกระทำพฤติกรรมทางเพศต่อผู้เสียหายที่มีอายุเกิน 13 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี และผู้นั้นมีอายุ 17 ปีขึ้นไป และได้รับความไว้วางใจ มีอำนาจ หรือมีการกำกับดูแล ต่อผู้เสียหาย

(f) บทกำหนดโทษ กระทำล่วงละเมิดทางเพศทางอาญาโดยมีเหตุเพิ่มโทษเป็น ความผิดขั้นรุนแรงในลำดับขั้นที่ 2

โดยสรุป สหรัฐอเมริกาสำหรับกฎหมายที่บังคับใช้มลรัฐอิลลินอยส์ ในส่วน ของการเพิ่มโทษว่าด้วยเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา ในกรณีที่สมาชิกในครอบครัว เป็นผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในกรณีดังกล่าวมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ ซึ่งถือได้ว่าเป็นกลุ่ม บุคคลที่อ่อนแอ ประบาง โดยต้องอยู่ในความคุ้มครองดูแลของผู้ดูแลอย่างเป็นพิเศษ ซึ่งผู้กระทำที่ เป็นสมาชิกของครอบครัวอาจหมายรวมถึงทั้งผู้ที่ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย หรือผู้ที่ใช้อำนาจ ปกครองตามความเป็นจริง

### 3.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ได้มีการกำหนดถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ในมาตรา 177 บัญญัติว่า การบังคับในทางเพศ การข่มขืนกระทำชำเรา

(1) บุคคลใดบังคับบุคคลอื่น 1. โดยใช้กำลังบังคับ 2. โดยการข่มขู่ว่าจะทำให้เกิด อันตรายโดยพลันแก่ร่างกาย หรือชีวิต หรือ 3. โดยอาศัยโอกาสที่เหยื่อมาอยู่ในอำนาจของผู้กระทำ ความผิด หรือของบุคคลที่สาม หรือให้มีการกระทำในทางเพศกับผู้กระทำความผิด หรือบุคคลที่ สาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 1 ปี

(2) ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 2 ปี หากมีเหตุฉกรรจ์ โดยหลักแล้วเหตุฉกรรจ์ ถือว่ามีอยู่ในกรณีที่ 1) ผู้กระทำผิดได้ข่มขืนกระทำชำเราเหยื่อ หรือมีการกระทำในทางเพศกับเหยื่อ ในลักษณะทำนองเดียวกับการกระทำชำเรา หรือยอมให้เหยื่อกระทำในทางเพศกับตนในลักษณะ ทำนองเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งการกระทำในทางเพศที่มีลักษณะทำนองเดียวกันกับการ ข่มขืนกระทำชำเรานี้จะ ได้ทำให้คุณค่าของเหยื่อนั้นได้ลดลงไปในกรณีพิเศษ โดยเฉพาะเมื่อการ

กระทำที่ว่านั้นได้มีส่วนเกี่ยวข้องว่าด้วยการรุกกล้าเข้าไปในร่างกาย (การข่มขืนกระทำชำเรา)  
2) ได้มีการร่วมกระทำความผิดระหว่างบุคคลหลายคนด้วยกัน

ตามหลักกฎหมายว่าด้วยการเพิ่มโทษสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราใน  
สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น จะมีการเพิ่มโทษในกรณีดังต่อไปนี้ คือ การข่มขืนกระทำชำเราใน  
เครือญาติ ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 173<sup>78</sup> แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน กำหนดว่า  
(1) ผู้ใดมีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้สืบสันดานต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับ (2) ผู้ใดมี  
ความสัมพันธ์ทางเพศกับบุพการี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับ หรือในกรณีที่เป็นพื  
น้องร่วมสายเลือดก็ได้รับโทษเดียวกัน (3) หากผู้กระทำความผิดมีอายุไม่เกิน 18 ปี ขณะที่ได้กระทำ  
ความผิดไม่ต้องรับโทษตามบทบัญญัตินี้<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Section 173 Sexual intercourse between relatives

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

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

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

<sup>79</sup> German Criminal Code, Section 173 Incest

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

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

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

ขณะเดียวกัน ตามความในมาตรา 174<sup>80</sup> แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ได้กำหนดความผิดว่าด้วยการกระทำผิดที่ผู้กระทำกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันดังต่อไปนี้

1) ผู้ใดที่มีส่วนร่วมในความสัมพันธ์ทางเพศ

(1) กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ที่ได้รับมอบอำนาจให้การดูแลหรือให้การศึกษา

(2) กับบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ที่ได้รับมอบอำนาจให้ดูแลหรือให้การศึกษา หรือเป็นผู้ได้บังคับบัญชาในการจ้างงาน หรือมีความสัมพันธ์ในการทำงานหรือการให้การศึกษา

(3) กับผู้สืบสันดานหรือบุตรบุญธรรมที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี

หรืออนุญาตให้บุคคลดังกล่าวมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับตัวเองต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนแต่ไม่เกิน 5 ปี

---

<sup>80</sup> Section 174 Abuse of position of trust

(1) Whosoever engages in sexual activity

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

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

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

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

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

2. induces the person to engage in sexual activity in his presence, in order to obtain sexual gratification for himself or the person shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(3) The attempt shall be punishable.

(4) In cases under subsection (1) No 1 above, or subsection (2) above in conjunction with subsection (1) No 1, the court may order a discharge under this provision if taking into consideration the conduct of the person the harm of the offence is of a minor nature.



2) ภายใต้ตามเงื่อนไขที่ได้กล่าวในข้างต้น หากได้ดำเนินกิจกรรมทางเพศต่อหน้าผู้หนึ่ง หรือ ได้ชักจูงให้ผู้หนึ่งเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ เพื่อให้ได้รับความพึงพอใจทางเพศสำหรับตนเองหรือบุคคลนั้นต้องได้รับการระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ<sup>81</sup>

ประมวลกฎหมายอาญาที่บังคับใช้ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตามมาตรา 174 เป็นการกล่าวถึงการกระทำความผิดฐานกระทำมิชอบทางเพศแก่ผู้ที่อยู่ในความดูแลโดยวัตถุประสงค์ในการที่กฎหมายได้บัญญัติขึ้นมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองด้วยกัน 2 ประการคือ ประการแรก เป็นการให้ความคุ้มครองในด้านพัฒนาการทางเพศของเด็กที่จะไม่ได้ถูกรบกวนจากผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นผู้ที่เด็กจะต้องการเป็นที่พึ่ง นอกจากนี้ก็เพื่อที่จะให้การเป็นอยู่ของคน

<sup>81</sup> (2) Whosoever, under the conditions of subsection (1) Nos 1 to 3 above

1. engages in sexual activity in the presence of the person; or
2. induces the person to engage in sexual incur the same penalty.

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

<sup>81</sup> Section 174 Abuse of position of trust

(1) Whosoever engages in sexual activity

1. with a person under sixteen years of age who is entrusted to him for upbringing, education or care;
2. with a person under eighteen years of age who is entrusted to him for upbringing, education or care or who is his subordinate within an employment or a work relationship, by abusing the dependence associated with the upbringing, educational, care, employment or work relationship; or
3. with his biological or adopted child not yet eighteen years of age, or allows them to engage in sexual activities with himself, shall be liable to imprisonment from three months to five years.

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

1. engages in sexual activity in the presence of the person; or
2. induces the person to engage in sexual activity in his presence, in order to obtain sexual gratification for himself or the person shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(3) The attempt shall be punishable.

(4) In cases under subsection (1) No 1 above, or subsection (2) above in conjunction with subsection (1) No 1, the court may order a discharge under this provision if taking into consideration the conduct of the person the harm of the offence is of a minor nature.

<sup>81</sup> (2) Whosoever, under the conditions of subsection (1) Nos 1 to 3 above

1. engages in sexual activity in the presence of the person; or activity in this presence, In order to obtain sexual gratification for himself or the person shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

ในสังคมดำเนินต่อไปในทิศทางที่ถูกที่ควร ความสัมพันธ์ทางเพศในลักษณะที่เหนือกว่าและความสัมพันธ์ในลักษณะของการให้การดูแล จึงจำเป็นในการที่จะต้องห่างไกลจากอิทธิพลใดๆก็ตามอันเกี่ยวข้องกับเรื่องเพศ จากสาเหตุของวัตถุประสงค์ดังกล่าวตามที่ได้บรรยายไปในข้างต้น จึงเป็นผลให้โดยหลักการแล้วไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญ แม้ว่าพฤติกรรมใดๆก็ตามที่เกิดขึ้นและเป็นการเกี่ยวข้องด้วยเรื่องเพศจะได้รับความยินยอมจากเด็กแล้วก็ตาม ซึ่งตามมาตรา 174 นี้ จะมีเด็ก 3 กลุ่มด้วยกันที่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครอง<sup>82</sup>

(1) เด็กที่มีอายุไม่เกิน 16 ปี ซึ่งได้อยู่ในความดูแลของผู้กระทำความผิด ในการที่จะให้การศึกษาและอบรมสั่งสอนในการที่จะดำรงชีวิต ปัญหาคือ จะกล่าวได้อย่างไรว่าขนาดไหนถึงจะถือได้ว่า มีหน้าที่ที่จะต้องให้การอบรมเลี้ยงดูตลอดจนให้การศึกษา ซึ่งได้มีความเห็นในด้านตำราว่า ผู้ที่กระทำความผิดนั้นจะต้องมีความรับผิดชอบร่วมด้วยในอันที่จะกำหนดความเป็นตัวตนโดยรวมของเด็ก กล่าวคือ ต้องเป็นลักษณะที่ในความเป็นจริงแล้วบุคคลผู้นั้นอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเด็ก โดยที่เด็กนั้นเข้าไปอยู่ด้วยในฐานที่ต่ำกว่าและเด็กต้องพึ่งพิงการดูแลจากผู้กระทำความผิด เหตุนี้เองเด็กหนีออกจากบ้านก็ถือได้ว่าได้เข้าไปอยู่ในความดูแลของผู้กระทำความผิดแล้ว ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้เข้ามาดูแลเด็กจริงๆ อย่างไรก็ตามความสัมพันธ์เช่นว่านี้ระหว่างเด็กและผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นไปในลักษณะที่ใช้ระยะเวลาอันเป็นการพอสมควรด้วย หากใช้เพียงเป็นช่วงระยะเวลาสั้นๆ

(2) เด็กที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี หากเด็กผู้นั้นได้อยู่ในความดูแลของผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นไปตามนัยของวรรคแรก หรือเป็นเด็กที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของผู้กระทำผิดจากความสัมพันธ์ที่เกิดจากหน้าที่การงานและผู้กระทำผิดได้อาศัยโอกาสจากการที่เด็กผู้นั้นจะต้องพึ่งพิงตนเองไปกระทำการมิชอบในทางเพศแก่เด็ก

(3) เด็กที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี ผู้ซึ่งเป็นลูกของผู้กระทำความผิด หรือเป็นลูกบุญธรรมของผู้กระทำความผิด

<sup>82</sup> สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาด้วยหลักกฎหมายอาญาเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด เจริญรัฐการพิมพ์, 2558), น. 104.

ทั้งนี้ในกรณีที่การกระทำความผิดทางเพศเกิดจากผู้ปกครองต่อเด็กดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้กระทำความผิดอาจได้รับโทษที่เพิ่มขึ้นหากได้กระทำต่อบุคคลภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

1) การใช้ตำแหน่งหน้าที่ราชการไปทางที่ไม่เหมาะสม ในฐานะเจ้าหน้าที่รัฐผู้มีส่วนร่วมในการดำเนินคดีอาญาหรือดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดมาตรการพักฟื้นและการดูแลการควบคุมตัวหรือกักขัง โดยมีกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่ถูกดำเนินการตามกฎหมายหรือทำให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับตัวเอง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนถึง 5 ปี<sup>83</sup>

2) การมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่ได้รับมอบหมายหรือให้คำปรึกษาการรักษาหรือดูแลเนื่องมาจากความเจ็บป่วยหรือความพิการและใช้ความรุนแรง โดยให้บุคคลดังกล่าวร่วมในกิจกรรมทางเพศกับตนเองต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนถึง 5 ปี<sup>84</sup>

3) การล่วงละเมิดเด็กที่มีอายุไม่เกิน 14 ปี หรือให้เด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับตนเอง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 10 ปี การล่อลวงให้เด็กร่วมกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่สามหรือให้บุคคลที่สามมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับเด็กซึ่งก็จะมีอัตราโทษเดียวกัน การดำเนินกิจกรรมทางเพศต่อหน้าเด็ก การทำให้เด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ การนำเสนอ

<sup>83</sup> Section 174b ,Abuse of official position

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

(2) The attempt shall be punishable.

<sup>84</sup> Section 174c Abuse of a relationship of counselling, treatment or care

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

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

(3) The attempt shall be punishable.

เด็กที่มีภาพประกอบหรือภาพลามกอนาจาร สื่อบันทึกเสียงที่มีเนื้อหาลามกอนาจาร หรือถ้อยคำที่ลามกอนาจาร ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนถึง 5 ปี ผู้จัดหาเด็ก เพื่อการกระทำความผิดดังที่กล่าวไปข้างต้น หรือยินยอมให้ผู้อื่นกระทำการดังที่กล่าวไป ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนถึง 5 ปี<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> Section 176 Child abuse

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

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

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

(4) Whosoever

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

2. induces the child to engage in sexual activity, unless the act is punishable under subsection (1) or subsection (2) above;

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

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

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

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

4) การล่วงละเมิดเด็กที่รุนแรงขึ้น เช่น การกระทำผิดร่วมกันมากกว่าหนึ่งคน ผู้กระทำความผิด ทำให้เด็กที่ตกเป็นเหยื่อได้รับความบาดเจ็บสาหัส หรือมีความผิดปกติต่อพัฒนาการทั้งทางร่างกายและจิตใจ<sup>86</sup>

5) การล่วงละเมิดเด็กจนเป็นเหตุให้เด็กถึงแก่ชีวิต เช่น ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 176 และมาตรา 176a ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น เป็นเหตุให้เด็กเสียชีวิตโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงต้องได้รับการระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 10 ปี ถึงจำคุกตลอดชีวิต

6) การทำร้ายทางเพศ โดยใช้กำลังหรือการคุกคาม ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี กรณีที่เป็นการทำร้ายแรงต้องได้รับการระวางโทษจำคุกที่ไม่น้อยกว่า 2 ปี อาทิ การร่วมกันกระทำความผิดมากกว่าหนึ่งคน กรณีมีอาวุธหรือเครื่องมืออันตรายอื่น เพื่อให้ผู้ถูกกระทำยินยอม หรือทำให้ผู้ถูกกระทำตกอยู่ในอันตรายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัส ต้องได้รับการระวางโทษไม่น้อยกว่า 3 ปี กรณีการใช้อาวุธหรือเครื่องมืออันตรายอื่นในระหว่าง

---

<sup>86</sup> Section 176a Aggravated child abuse

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

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

1. A person over eighteen years of age performs sexual intercourse or similar sexual acts with the child which include a penetration of the body, or allows them to be performed on himself by the child;
2. The offence is committed jointly by more than one person; or
3. The offender by the offence places the child in danger of serious injury or substantial impairment of his physical or emotional development

การกระทำความผิด หรือผู้กระทำได้ทำให้เหยื่อถึงแก่ความตาย จำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี โดยแบ่งเป็นกรณีร้ายแรงจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึง 5 ปี ส่วนกรณีร้ายแรงน้อยกว่า (3) (4) จำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 10 ปี<sup>87</sup>

7) การข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 177 โดยใช้กำลังเป็นเหตุให้ถึงแก่ชีวิตต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 10 ปี หรือตลอดชีวิต

---

<sup>87</sup> Section 177 Sexual assault by use of force or threats; rape

(1) Whosoever coerces another person

1. by force;

2. by threat of imminent danger to life or limb; or

3. by exploiting a situation in which the victim is unprotected and at the mercy of the offender, to suffer sexual acts by the offender or a third person on their own person or to engage actively in sexual activity with the offender or a third person, shall be liable to imprisonment of not less than one year.

(2) In especially serious cases the penalty shall be imprisonment of not less than two years.

An especially serious case typically occurs if

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

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

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

1. carries a weapon or another dangerous instrument;

2. otherwise carries an instrument or other means for the purpose of preventing or overcoming the resistance of another person through force or threat of force; or

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

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

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

2. the offender

(a) seriously physically abuses the victim during the offence; or

(b) by the offence places the victim in danger of death.

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

8) การล่วงละเมิดบุคคลที่มีอาการเจ็บป่วยทางจิต พิกัด หรือติดยาเสพติด มีความผิดปกติในด้านสติปัญญา หรือผู้ที่ร่างกายไม่สามารถต่อต้านการร่วมกิจกรรมทางเพศกับบุคคลนั้น หรือให้ตนมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 10 ปี<sup>88</sup>

### 3.4 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายอาญาสามารถแบ่งระดับความรุนแรงของความผิดออกเป็น 3 ชั้นด้วยกัน ได้แก่ ความผิดอุกฤษฏ์โทษ ความผิดมัชฌิมโทษ และความผิดหลุโทษ

กรณีความผิดอุกฤษฏ์โทษ ได้แก่ ความผิดที่บดทลงโทษ จำคุกหรือกักขังตลอดชีวิต จำคุกหรือกักขัง 3 ปี จำคุกหรือกักขัง 50 ปี ความผิดมัชฌิมโทษ ได้แก่ โทษจำคุก โทษปรับ โทษปรับรายวัน โทษการทำงานบริการสาธารณะ โทษห้ามหรือจำกัดสิทธิตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 136-1 โทษเสริมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 130-10 ความผิดหลุโทษตามกฎหมายฝรั่งเศส มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษาซึ่งวินัยของส่วนรวม หรือเพื่อการให้ความสนับสนุน

<sup>88</sup> Section 179 Abuse of persons who are incapable of resistance

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

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

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

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

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

(4) The attempt shall be punishable.

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

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

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

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

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

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

การปราบปรามที่รวดเร็วที่สุดและรักษาความมั่นคงของการบริหารราชการที่ดีในประเทศ จึงเป็นเหตุว่าเหตุใดจึงมีเพียงแค่ว่าโทษปรับ ดังนั้น ลักษณะของความผิดจึงมีผลอย่างยิ่งต่อการกำหนดโทษที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับ นอกจากนี้ลักษณะเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดก็ยังมีผลต่อการกำหนดโทษด้วยเช่นกัน กล่าวคือ 1) หากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นและมีการยอมรับสารภาพต่อความผิดนั้น ผู้กระทำก็จะได้รับการลงโทษเพียงครั้งหนึ่ง 2) อายุของผู้กระทำความผิดก็เป็นอีกหนึ่งเหตุสำคัญในส่วนของ การพิจารณาคดี ซึ่งหากกรณีการที่ผู้กระทำความผิดมีอายุไม่เกิน 18 ปี โดยอยู่ในฐานะของผู้เยาว์ และได้กระทำความผิดทางเพศ จะถูกควบคุมอยู่ในสถานที่ควบคุมพิเศษ 3) การที่ผู้ผู้นั้นได้กระทำความผิดติดจนเป็นนิสัย ซึ่งในการกระทำความผิดสำหรับครั้งแรกอาจได้รับอภัยโทษหรือรอการลงโทษ หรือได้รับการลงโทษเพียงสถานเบา

ในส่วนความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการกำหนดถึงไว้ในส่วนที่สาม ตั้งแต่บทบัญญัติมาตรา 222-22 ถึงมาตรา 222-30 ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

มาตรา 222-23 การกระทำที่สอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ ไม่ว่าจะตามลักษณะการกระทำนั้น หรือกระทำต่อบุคคลอีกคนหนึ่ง โดยใช้ความรุนแรง การบีบบังคับ การข่มขู่ หรือทำให้ประหลาดใจ เป็นการข่มขืน การข่มขืนต้องระวางโทษจำคุก 15 ปี

ในส่วนกรณีของการเพิ่มโทษนั้นกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ในมาตรา 222-24 การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุก 20 ปี ซึ่งพิจารณาจากลักษณะของการกระทำ สถานะของผู้กระทำ และผู้เสียหาย เมื่อได้มีการกระทำดังต่อไปนี้

- (1) การกระทำนั้นทำให้เกิดเสียอวัยวะหรือทุพพลภาพอย่างถาวร
- (2) การกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี
- (3) การกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำต่อบุคคลที่มีภาวะเปราะบางเป็นพิเศษ เนื่องจากอายุ ความเจ็บป่วย ความบกพร่อง ความพิการทางร่างกายและจิตใจ หรือต่อผู้ที่ตั้งครรภ์ โดยปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนหรือล่วงรู้โดยผู้กระทำผิด
- (4) การกระทำโดยบุพการีตามกฎหมาย สายโลหิตหรือบุพการีบุญธรรม หรือโดยบุคคลอื่นที่มีอำนาจเหนือผู้เสียหาย
- (5) เป็นการกระทำโดยบุคคลที่ใช้อำนาจจากตำแหน่งของตนในทางที่มีชอบ
- (6) ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคนร่วมกัน ไม่ว่าจะโดยการเป็นตัวการ หรือด้วยการเป็นผู้สนับสนุน
- (7) เป็นการกระทำโดยใช้อาวุธหรือข่มขู่ว่าจะใช้อาวุธ
- (8) ผู้เสียหายถูกนำไปพบกับผู้กระทำผิดที่กระทำการเหล่านี้โดยการใช้เครื่องข่มขู่ การติดต่อสื่อสาร เพื่อเผยแพร่ข้อมูลข้อความถึงผู้ชมโดยไม่เฉพาะเจาะจง



(9) กระทำเนื่องมาจากมีการนิเทศเกี่ยวกับเรื่องทางเพศของผู้เสียหายทั้งนี้นอกจากการรับโทษที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับหนักขึ้นแล้วตามบทบัญญัติที่ได้กล่าวมา หากเป็นกรณีที่ว่าด้วยการที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำชำเราจนเหยื่อถึงแก่ความตาย ผู้นั้นจะต้องได้รับการวางโทษจำคุก 30 ปีตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 222-25 หรือถ้าการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตต้องเป็นกรณีที่เคยกระทำความผิดมาก่อน โดยใช้หรือกระทำในลักษณะทรมาณหรือป่าเถื่อน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 222-26

นอกจากนี้ในมาตรา 222-27 ยังได้บัญญัติถึงการกระทำความผิดฐานคุกคามทางเพศที่นอกไปจากความผิดฐานข่มขืนจะต้องระวางโทษจำคุก 5 ปีและปรับ 75,000 ฟรังก์

ตามมาตรา 222-28 บัญญัติว่าการกระทำผิดตามมาตรา 222-27 ต้องระวางโทษจำคุก 7 ปี และปรับ 100,000 ฟรังก์

(1) กรณีที่ทำให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บหรือมีความผิดปกติทางโครงสร้าง

(2) กระทำโดยบุพการี โดยกฎหมายสืบสายโลหิตหรือบุพการีบุญธรรม หรือโดยบุคคลอื่นใดที่มีอำนาจเหนือผู้เสียหาย

(3) กระทำโดยบุคคลที่ใช้อำนาจจากหน้าที่ของตนในทางที่มีขอบ

(4) กระทำโดยผู้กระทำผิดหรือพวก 2 คนหรือมากกว่านั้น

(5) กระทำโดยการใช้หรือข่มขู่ว่าจะใช้อาวุธ

ตามมาตรา 222-29 ว่าด้วยส่วนการคุกคามทางเพศนอกเหนือจากการข่มขืนต้องระวางโทษจำคุก 7 ปี และปรับ 100,000 ฟรังก์ในกรณีที่กระทำต่อ

(1) กระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี

(2) กระทำต่อบุคคลซึ่งมีภาวะเปราะบางเป็นพิเศษ เนื่องจากอายุ ความเจ็บปวด ความบกพร่อง ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจ หรือต่อผู้ที่ตั้งครรภ์ โดยที่ได้ปรากฏให้เห็นได้อย่างชัดเจน หรือล่วงรู้โดยผู้กระทำความผิด

ตามมาตรา 222-30 บัญญัติว่าการกระทำผิดตามมาตรา 222-29 ต้องระวางโทษจำคุก 10 ปี และปรับ 150,000 ฟรังก์ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ผู้ในกรณีที่ได้กระทำต่อเสียหายจนได้รับบาดเจ็บหรือมีความผิดปกติทางโครงสร้าง

(2) กระทำโดยบุพการี โดยกฎหมายสืบสายโลหิตหรือบุพการีบุญธรรม หรือโดยบุคคลอื่นใดที่มีอำนาจเหนือผู้เสียหาย

(3) กระทำโดยบุคคลที่ใช้อำนาจจากหน้าที่ของตนในทางที่มีขอบ

(4) กระทำโดยผู้กระทำผิดหรือพวก 2 คนหรือมากกว่านั้น

(5) กระทำโดยการใช้หรือข่มขู่ว่าจะใช้อาวุธ

(6) กระทำเนื่องมาจากมีการนิเทศเกี่ยวกับเรื่องทางเพศของผู้เสียหาย

#### 4. ความผิดเกี่ยวกับเพศเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ว่าด้วยกรณีผู้ใช้อำนาจปกครอง

ตามมาตรา 285 ของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามของโทษที่คนทั่วไปกระทำความผิดจะได้รับ ซึ่งได้มีการวางหลักโดยศาลฎีกาว่า การตีความของกฎหมายอาญานั้นต้องตีความโดยเคร่งครัดเพราะเป็นกฎหมายที่มีอัตราโทษสูง กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างมาก จึงให้ความหมายของคำว่า “ผู้ใช้อำนาจปกครอง” ให้หมายถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ซึ่งหากเป็นไปตามการตีความเช่นนั้นจะเป็นผลให้ผู้ที่อยู่ในความปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง อาทิ พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ เมื่อได้กระทำความผิดที่เกี่ยวกับเพศต่อผู้ซึ่งเป็นลูกเลี้ยง หรือผู้ที่เป็นหลานของตนเองจะไม่ได้รับโทษที่หนักขึ้นในอัตราหนึ่งในสามเนื่องจากเหตุที่ว่า การเพิ่มโทษดังกล่าว ตั้งอยู่บนพื้นฐานการพิจารณาเฉพาะความสัมพันธ์ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น โดยที่มิได้พิจารณาถึงลักษณะข้อเท็จจริงที่ว่าเด็กผู้ถูกระทำอยู่ในความปกครองของบุคคลใดเป็นสำคัญ ซึ่งแท้จริงแล้วหากพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของมาตรา 285 ที่กฎหมายได้บัญญัติขึ้นนั้นมีจุดประสงค์ในการให้เด็กได้รับความคุ้มครอง แต่ในทางกลับกันกฎหมายก็ยังเปิดโอกาสให้บุคคลซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงกระทำผิดต่อเด็กและทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายที่ผู้กระทำความผิดประเภทนี้ ในอันที่จะมิต้องได้รับโทษในฐานะที่หนักขึ้นด้วยเพราะเป็นการเพิ่มโทษแก่เฉพาะผู้ใช้อำนาจปกครองต่อเด็กตามความหมายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หากเปรียบเทียบเหตุที่ต้องทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นในความผิดเกี่ยวกับเพศระหว่างกฎหมายไทยประกอบกับกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศในกรณีที่ว่าด้วยผู้ใช้อำนาจปกครองจะพบว่าในสหรัฐอเมริกาในส่วนของมลรัฐอิลลินอยส์ ซึ่งเป็นประเทศที่มีการใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือ Common Law ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมายหรือ Civil Law ในเมื่อหากการบัญญัติถึงการให้ความคุ้มครองเด็กที่อยู่ในความปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองจะครอบคลุมไปถึงผู้ใช้อำนาจปกครองต่อเด็กทั้งตามกฎหมายและตามความเป็นจริง โดยที่มิได้คำนึงถึงสถานะของผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ หากแต่จะมุ่งเน้นการให้ความคุ้มครองต่อผู้ถูกระทำความผิด ไม่ว่าความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีทั้งสองจะเป็นสายสัมพันธ์

ทางสายโลหิตหรือไม่อย่างไร โดยตามกฎหมายแห่งประเทศเยอรมนีได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 174 ว่าผู้กระทำความผิดอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าผู้ถูกระทำความผิดตามความเป็นจริงโดยปราศจากการบัญญัติคำจำกัดความเฉพาะผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้น อย่างไรก็ตามการพิจารณาของผู้ใช้อำนาจปกครองนั้นก็ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป โดยกรณีต้องเป็นที่ปรากฏว่าเด็กผู้นั้นอยู่ในสถานะที่ต่ำกว่าหรือมีความจำเป็นในการที่จะต้องพึ่งพิงดูแลจากตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งระยะเวลาประกอบกับความสัมพันธ์ดังกล่าวระหว่างตัวผู้กระทำความผิดและตัวผู้ถูกระทำความผิดจะต้องเป็นระยะเวลาที่ใช้เวลานานพอสมควรหาใช่เป็นเพียงแต่ความสัมพันธ์ในระยะสั้นๆ เท่านั้น ดังนั้นหากเป็นที่ปรากฏจากข้อเท็จจริงที่ว่าเด็กได้เข้าไปอยู่ในสถานะที่ต่ำกว่าผู้กระทำความผิด โดยการดูแลหรือพึ่งพิง ต้องอาศัยปัจจัยเหล่านั้นจาก พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ ซึ่ง บุคคลดังกล่าวเป็นผู้ที่ให้การศึกษ าอบรม ดูแล เป็นระยะเวลาพอสมควร และบุคคลเหล่านั้นอาศัยโอกาสจากการที่ตนเป็นที่พึ่งพิงของเหยื่อก่อความผิดขึ้นจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 174

นอกจากนี้เหตุที่ต้องทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นของกฎหมายเยอรมันยังได้มีการบัญญัติเพิ่มโทษความผิดในฐานะที่กระทำการข่มขืนกระทำชำเราในเครือญาติไว้โดยเฉพาะ กรณีกระทำชำเราผู้สืบสันดานที่ร่วมสายโลหิตเดียวกัน หรือการกระทำชำเราญาติที่ร่วมสายโลหิตเดียวกัน รวมไปถึงกรณีการกระทำชำเราระหว่างพี่ชาย น้องชาย น้องสาว ร่วมสายโลหิตเดียวกัน โดยมีข้อยกเว้นว่าผู้สืบสันดานและพี่น้องไม่ต้องรับโทษที่หนักขึ้นตามมาตรา 173 หากผู้นั้นอายุต่ำกว่า 18 ปี ในขณะที่ได้กระทำความผิด ซึ่งเป็นที่สอดคล้องกับกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่การจะเพิ่มโทษเกี่ยวกับความผิดทางเพศ ตามมาตรา 222-24 กับ 222-30 ได้แก่ กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศซึ่งมิใช่การข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งสองมาตรานี้ได้มีการบัญญัติครอบคลุมในกรณีผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายซึ่งมิได้มีสายสัมพันธ์ทางสายโลหิต อาทิ กรณีผู้รับบุตรบุญธรรมกระทำความผิดต่อบุตรบุญธรรม ผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายโดยเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต อาทิ บุพการีได้กระทำความผิดต่อผู้สืบสันดาน ความหมายของบุพการี หมายถึง โดยชอบด้วยกฎหมายและบุพการีโดยรวมสายโลหิตหรือในกรณีผู้กระทำความผิดที่มีอำนาจเหนือเหยื่อ หรือได้รับมอบหมายให้ความไว้วางใจจากผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง อาทิ กรณีพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติกระทำความผิดต่อเด็กซึ่งอยู่ในความปกครองของตนเองต้องรับโทษหนักขึ้นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 222-24 หรือมาตรา 222-30 แล้วแต่กรณี

อีกทั้งในการศึกษากฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกา จากมลรัฐอิลลินอยส์ได้มีการบัญญัติเหตุแห่งการเพิ่มโทษเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศที่ครอบคลุมถึงทั้งผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายและผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 11-1.60

กรณีผู้กระทำความผิดเป็นสมาชิกในครอบครัว ซึ่งตามที่บัญญัติในมาตรา 11-0.1 นั้นเป็นการให้ความหมายอย่างกว้างของคำว่า “สมาชิกในครอบครัว” ให้หมายถึง พ่อแม่ ปู่ ย่า ตา ยาย ลูก ป้า หลานของพ่อแม่ ป้าหรือน้าของพ่อแม่ ไม่ว่าจะสืบสายโลหิตทั้งหมดหรือเพียงครึ่งเดียว หรือโดยรับเป็นบุตรบุญธรรม และรวมถึง ปู่ ย่า ตา ยายเลี้ยง พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง หรือบุตรเลี้ยง นอกจากนี้ “สมาชิกในครอบครัว” ยังหมายถึง ผู้ถูกกล่าวหาที่อาศัยอยู่ในบ้านเรือนเดียวกันกับเด็กอย่างต่อเนื่องอย่างน้อย 6 เดือน ในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยจะเห็นได้ว่าการให้คำนิยามดังกล่าวมิได้จำกัดเพียงผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้น ยังให้หมายรวมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เพราะการกระทำความผิดของสมาชิกในครอบครัวอาศัยความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดหรืออาศัยอำนาจที่เหนือกว่าก่อความผิดต่อเด็ก หรือกรณีผู้กระทำความผิดซึ่งมิได้เป็นสมาชิกในครอบครัวแต่ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ถูกกล่าวหาอาศัยอยู่ในบ้านเรือนเดียวกันกับเด็กอย่างต่อเนื่องอย่างน้อยเป็นระยะเวลา 6 เดือน เช่น เครือญาติซึ่งมิได้เป็นสมาชิกในครอบครัว เช่น พี่เขย หลานเขย น้าเขย หลานเขย ลูกพี่ลูกน้องของเด็ก พี่เลี้ยงเด็ก เพื่อนของสมาชิกในครอบครัว คนรับใช้ เป็นต้น หรือกรณีบุคคลอื่นที่ได้รับความไว้วางใจ หรือมีหน้าที่ที่ต้องดูแลเด็ก ใช้โอกาสที่บิดามารดาของเด็กให้ความไว้วางใจก่อความผิดต่อเด็กตามมาตรา 11.1.60 จะเห็นได้ว่าการให้คำนิยามของกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์มีการให้ความหมายอย่างกว้างเป็นผลให้เด็กได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ พร้อมด้วยการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม จึงเป็นผลให้ตัวผู้กระทำความผิดได้รับโทษที่หนักขึ้นซึ่งต่างไปจากโทษสำหรับบุคคลทั่วไปที่จะได้รับในฐานะความผิดเดียวกัน เป็นการปิดช่องว่างทางกฎหมายโดยผู้กระทำความผิดได้รับโทษที่เหมาะสมเกี่ยวกับความผิดทางเพศที่เป็นการกระทำความผิดอาญาชนิดร้ายแรง

ขณะเดียวกันในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศอย่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อที่ 2 และข้อที่ 19 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อการให้ความคุ้มครองเด็ก โดยในอนุสัญญาดังกล่าวเป็นการให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศขณะที่อยู่ในความดูแลของผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นใดก็ตามซึ่งเด็กอยู่ในความดูแล เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ ทั้งนี้ไม่ควรต้องมีการเลือกปฏิบัติต่อเด็กและต้องมีการให้ความสำคัญแก่เด็กทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน และด้วยการที่ประเทศไทยได้มีการลงนามเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก จึงจำเป็นที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาที่มีพันธะผูกพันตามบทบัญญัติ โดยกรณีนี้ประเทศไทยต้องมีการดำเนินการบัญญัติกฎหมายอาญาภายในประเทศตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ด้วยวัตถุประสงค์ในอันที่ต้องการจะให้มีผลสอดคล้องต่ออนุสัญญาดังกล่าวในข้อที่ 2 และข้อที่ 19 กรณีเหตุเพิ่มโทษของผู้ใช้อำนาจปกครองทั้งตามความเป็นจริงและตามกฎหมายเพื่อที่เด็กจะได้รับความคุ้มครองตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญา

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายแต่ละประเทศ รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศ ตามที่ได้กล่าวมาทั้งสิ้นมีการบัญญัติเหตุแห่งการเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งจุดประสงค์ในอันที่จะให้ความคุ้มครองผู้ถูกระทำความผิดเป็นสำคัญ และมีการเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำผิดบางประเภทเพื่อเป็นการยับยั้งและปราบปรามให้เกรงกลัวต่อโทษที่จะได้รับมากกว่าบุคคลทั่วไปหากได้ก่อความผิดเช่นนี้ต่อเหยื่อ

ตารางที่ 3.1 เปรียบเทียบการรับโทษที่หนักขึ้นสำหรับผู้กระทำผิดที่เป็นเครือญาติหรือคนใกล้ชิดของผู้ถูกระทำผิดในส่วนของกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	สาธารณรัฐฝรั่งเศส	สหรัฐอเมริกา	กฎหมายระหว่างประเทศ
ผู้กระทำอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าผู้ถูกระทำตามความเป็นจริง ไม่ได้จำกัดความเฉพาะผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้น โดยมีข้อเท็จจริงในส่วนหนึ่งของระยะเวลาความสัมพันธ์ในการกำหนดความรับผิดชอบ	1. มีการบัญญัติครอบคลุมในกรณีผู้กระทำผิดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย ซึ่งมีได้มีสายสัมพันธ์ทางสายโลหิต	1. มีการบัญญัติเหตุแห่งการเพิ่มโทษเกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศที่ครอบคลุมถึงทั้งผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายและผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง	1. มีการกำหนดให้รัฐภาคีต้องให้ความคุ้มครองเด็กจากการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศขณะที่อยู่ในความดูแลของผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นใดก็ตามซึ่งเด็กอยู่ในความดูแล
2. มีการกำหนดความรับผิดชอบที่เพิ่มขึ้นสำหรับการกระทำที่ได้กระทำต่อเครือญาติ โดยมีข้อยกเว้นว่าผู้สืบสันดานและพี่น้องไม่ต้องรับโทษที่หนัก	2. ผู้กระทำอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าผู้ถูกระทำตามความเป็นจริง ไม่ได้จำกัดความเฉพาะผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้น	2. ผู้กระทำผิดเป็นสมาชิกในครอบครัวที่ครอบคลุมความหมายอย่างกว้าง ไม่จำกัดเฉพาะสมาชิกครอบครัวที่สืบสายโลหิต	
	3. ผู้กระทำผิดที่ได้รับมอบหมายให้ความไว้วางใจจากผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง	3. ผู้กระทำผิดที่มีข้อเท็จจริงว่าอยู่อาศัยในชายคาเดียวกันกับผู้ถูกระทำอย่างน้อยเป็นระยะเวลา 6 เดือน	

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

สหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนี	สาธารณรัฐฝรั่งเศส	สหรัฐอเมริกา	กฎหมายระหว่าง ประเทศ
หากขณะที่กระทำผิด อายุของผู้นั้นต่ำกว่า 18 ปี		4. ผู้กระทำความผิดที่ ได้รับมอบหมายให้ ความไว้วางใจจากผู้ใช้ อำนาจปกครองตาม ความเป็นจริง	



## บทที่ 4

# วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดเหตุที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้น ในกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ

ในส่วนของบทนี้จะเป็นการวิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ในการกำหนดนิยามเพิ่มเติมให้ครอบคลุมถึงตัวผู้กระทำความผิดที่อาศัยข้อเท็จจริงในการที่มีความใกล้ชิดต่อเหยื่อก่อเหตุกระทำความผิดทางเพศ ให้ได้รับโทษหนักขึ้นในฐานะที่เป็นเหตุฉกรรจ์ ด้วยเพราะตามมาตรา 285 ที่ได้บังคับใช้ในปัจจุบัน ได้บัญญัติเพิ่ม โทษเฉพาะกรณีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาลให้ต้องรับโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามของความผิดนั้นๆ เท่านั้น อีกทั้งตามความในมาตรา 285 ที่บังคับใช้ในปัจจุบันนี้ยังหาได้รวมถึงกรณีที่เหยื่อและผู้กระทำความผิดอยู่ในฐานะความสัมพันธ์พิเศษ เช่น บิดาเลี้ยง แม่เลี้ยง บุคคลในครอบครัว ซึ่งบุคคลเหล่านี้หากได้ก่อความผิดเช่นนี้ต่อเหยื่อผู้ใกล้ชิดแล้วก็จะได้รับโทษในฐานะความผิดปกติทั่วไปเท่านั้น มิต้องรับโทษในฐานะที่หนักขึ้นแต่อย่างไร

### 1. ปัญหาการกำหนดเหตุฉกรรจ์แก่ผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง

การกระทำความผิดว่าด้วยเรื่องเพศตามมาตรา 276 ถึงมาตรา 280 และมาตรา 282 ถึงมาตรา 283 ต่อผู้อยู่ในความปกครองอันมีสายสัมพันธ์ทางสายโลหิต และมีได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ตามมาตรา 285 นั้น มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ถูกระทำที่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพล อำนาจครอบงำ หรือผู้กระทำมีอำนาจเหนือกว่าผู้ถูกระทำ จึงเป็นเหตุให้กฎหมายมีความจำเป็นในอันที่จะต้องกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษในฐานะที่หนักขึ้นกว่าบุคคลปกติทั่วไปได้รับ ด้วยเพราะต้องการข่มขู่ยับยั้งป้องกันและปราบปรามมิให้ผู้กระทำความผิดใช้ช่องทางพิเศษเช่นนี้ฉวยโอกาสก่อเหตุซึ่งเป็นการผิดร้ายแรงอย่างมากต่อเหยื่อ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงข้อเท็จจริงในปัจจุบันของสังคมไทยจะพบได้ว่ายังมีผู้กระทำความผิดต่อคนใกล้ชิดซึ่งอันที่จริงแล้วสมควรอย่างยิ่งในอันที่จะได้รับโทษในฐานะที่หนักขึ้นกว่าบุคคลปกติทั่วไปทำผิดแต่กลับยังรอดพ้นการลงโทษที่หนักขึ้นอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งกรณีเช่นนี้ก็คือ กรณีผู้ก่อเหตุอยู่ในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงซึ่งมีความสัมพันธ์ในลักษณะเดียวกันกับผู้ใช้อำนาจปกครอง

ตามกฎหมาย หากแต่การกระทำของบุคคลดังกล่าวนี้ไม่ได้อยู่ในนิยามตามมาตรา 285 ในอันที่จะบังคับใช้เหตุที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้น

เมื่อพิจารณาถึงถ้อยคำตามมาตรา 285 แล้วบุคคลที่จะต้องได้รับโทษหนักขึ้นต่อเหยื่อก็ต่อเมื่ออยู่ในฐานะ ผู้สืบสันดาน ซึ่งเป็นการที่กฎหมายมีวัตถุประสงค์ประสงค์ในการที่จะให้ความคุ้มครองเด็กจาก ปู่ ย่า ตา ยาย บิดา มารดา ซึ่งมีสายสัมพันธ์ทางโลหิต นอกจากนี้ยังมีถ้อยคำของคำว่า ศิษย์ ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ซึ่งหากผู้กระทำผิดอยู่ในสถานะเหล่านี้แล้วก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่ว่ามีความสัมพันธ์ทางโลหิตกับเหยื่อหรือไม่อย่างไร โดยการกำหนดเช่นนี้กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองผู้อยู่ในความปกครองของผู้กระทำความผิดซึ่งมีอิทธิพลเหนือกว่าผู้กระทำความผิด ซึ่งสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่าตามมาตรา 285 สามารถแบ่งความสัมพันธ์ ออกได้ทั้งสิ้น 4 กรณีด้วยกัน คือ (1) ความสัมพันธ์ทางครอบครัวในลักษณะมีสายโลหิตเดียวกันอันได้แก่ผู้สืบสันดาน (2) กรณีที่หาได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกัน แต่มีเป็นลักษณะความสัมพันธ์ในครอบครัว คือ ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ ในความอนุบาล (3) กรณีที่เป็นลักษณะความสัมพันธ์ทางการใช้อำนาจในหน้าที่การงาน คือ ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ เช่น ตำรวจและผู้ต้องขัง นักโทษและพัศดี (4) กรณีที่เป็นลักษณะความสัมพันธ์จากอำนาจหน้าที่ทางการศึกษา คือ กรณีศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของครูอาจารย์

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าตามความในมาตรา 285 นั้น ได้มีการกำหนดลักษณะของความสัมพันธ์ของตัวผู้กระทำความผิดและเหยื่อผู้ถูกกระทำในแง่ของการที่มีอิทธิพลเหนือกว่าการมีอำนาจซึ่งการครอบงำแก่ผู้ถูกกระทำได้หลากหลายรูปแบบ หากแต่การให้ความหมายของถ้อยคำในมาตรานี้ยังไม่สอดคล้องและครอบคลุมถึงตัวผู้กระทำผิดบางจำพวกเช่นกันที่สมควรได้รับที่หนักขึ้นตามมาตรา 285 เช่นกัน

### 1.1 ปัญหาคำนิยามตามมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ความหมายของคำว่า “ผู้สืบสันดาน” และ “ผู้อยู่ในความปกครอง” คำนิยามของกฎหมายในมาตรา 285 นั้นเป็นการกำหนดถ้อยคำทางกฎหมายที่ดำเนินแต่เฉพาะกับความสัมพันธ์ทางกฎหมายแต่เพียงเท่านั้น โดยเป็นการขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายของบทบัญญัติดังกล่าวที่มีอาจนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่ว่าเหยื่อและผู้กระทำมีลักษณะความสัมพันธ์ตามความเป็นจริง อีกทั้งเนื่องจากการที่บทบัญญัติเช่นนี้เป็นบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาที่มีอัตราโทษสูงถึงขั้นจำคุกจำคุกเสรีภาพ หรือแม้กระทั่งการประหารชีวิตซึ่งเป็นการกระทำอย่างมากต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล เหตุนี้เองการตีความจึงต้องกระทำไปโดยเคร่งครัดตามตัวอักษร ซึ่งจะแตกต่างไปจากกฎหมายชนิดอื่น



### 1.1.1 กรณีผู้สืบสันดาน

ตามมาตรา 285 มีการให้ความหมายของผู้สืบสันดาน ที่สามารถแบ่งแนวคิดออกได้ 2 แนวทางด้วยกันกล่าวคือ ในแนวทางแรกนั้นมีความเห็นว่า ผู้สืบสันดาน คือ บุตร หลาน หลาน ลื้อ อันชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ควรที่จะตีความคำว่า “ผู้สืบสันดาน” ให้รวมไปถึงผู้สืบสันดานที่มิชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเพราะจะเป็นการส่งผลร้ายแก่ จำเลยในคดีอาญามากเกินควร ในขณะที่แนวทางที่สองนั้น ได้มีการให้ความเห็นว่าควรตีความคำว่า ผู้สืบสันดานให้เป็นไปตามมาตรา 5 (2) ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือ เป็นการตีความถ้อยคำว่าผู้สืบสันดานให้รวมไปถึงผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงด้วย มิใช่ตีความว่า เฉพาะผู้สืบสันดานตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งหากตีความเช่นนี้แล้ว บุตรนอกกฎหมายก็น่าจะอยู่ใน ความคุ้มครองของมาตรา 285 นี้ด้วยเช่นกัน โดยหากบิดาได้กระทำความผิดอันเกี่ยวกับเพศต่อบุตร นอกกฎหมาย บิดาผู้นั้นก็จะได้รับโทษที่หนักกว่าบุคคลปกติทั่วไปได้รับในความผิดลักษณะ เดียวกัน และต่อมาคำวินิจฉัยของศาลฎีกาก็ได้มีคำวินิจฉัยว่าผู้สืบสันดานตามมาตรา 285 ให้ หมายถึงผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงด้วย

นอกจากนี้หากได้พิจารณาถ้อยคำอื่นนอกเหนือจากผู้สืบสันดานในมาตรา 285 จะเห็นได้ว่ายังมีถ้อยคำว่า การกระทำแก่ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตาม หน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ ในความอนุบาล ผู้กระทำเหล่านี้เมื่อก่อ ความผิดก็จะได้รับโทษที่หนักกว่าคนปกติทั่วไปได้รับเช่นกัน ซึ่งเป็นการบ่งชี้ให้เห็นว่าตามความ ในมาตรา 285 ที่กฎหมายกำหนดนั้นหาได้มุ่งเน้นแต่เฉพาะการกระทำที่เกิดจากความสัมพันธ์ทาง สายโลหิตแต่เพียงเท่านั้น หากแต่รวมไปถึงการกระทำในลักษณะความสัมพันธ์ในแง่ของการที่ ผู้กระทำมีอิทธิพลและอำนาจครอบงำเหนือกว่าเหยื่อผู้ถูกระทำเช่นกัน ซึ่งจากการศึกษากฎหมาย จากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการกำหนดโทษที่หนักขึ้นสำหรับให้ผู้กระทำอยู่ในฐานะ ที่เหนือกว่าผู้ถูกระทำตามความเป็นจริง ไม่ได้จำกัดความเฉพาะผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย เท่านั้น โดยมีข้อเท็จจริงในส่วนของระยะเวลาความสัมพันธ์ในการกำหนดความรับผิดชอบเป็น องค์ประกอบในการพิจารณา นอกจากนี้ในกฎหมายของสหรัฐอเมริกายังได้ให้ความหมายที่กว้าง เป็นอย่างมากสำหรับคำนิยามว่า “สมาชิกในครอบครัว” โดยเป็นการที่กฎหมายนั้นให้ยึดถือสภาพ การเป็นอยู่ของแต่ละครอบครัวที่ยึดถือตามความเป็นจริงมิใช่เพียงแต่ความสัมพันธ์ตามกฎหมาย หรือข้อเท็จจริงเท่านั้นและด้วยเหตุนี้เมื่อวิเคราะห์ไปถึงประเด็นอื่นผู้ศึกษายังมีความคิดเห็นว่าจะมี อีกความสัมพันธ์ในลักษณะหนึ่งที่เหมาะสมอย่างยิ่งในการที่กฎหมายควรจะทำให้ความคุ้มครอง เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างลูกเลี้ยงกับพ่อเลี้ยงหรือแม่เลี้ยง ซึ่งแม้จะมีใช่ความสัมพันธ์ในลักษณะ ที่เป็นไปโดยสายโลหิตแต่การที่เหยื่ออยู่ในสถานะลูกเลี้ยงของพ่อเลี้ยงหรือแม่เลี้ยงก็ย่อมถือได้ว่า

พ่อเลี้ยงหรือแม่เลี้ยงผู้นั้นอยู่ในสถานะในการที่จะใช้อำนาจหรืออิทธิพลเหนือเหยื่อผู้ถูกระทำได้ เช่นกัน ด้วยเพราะอยู่ในครอบครัวเดียวกัน โดยเหยื่ออาจต้องพึ่งพาปัจจัยบางอย่างจากตัวผู้กระทำ ซึ่งทำให้มีอาจขัดขึ้นได้เมื่อมีการกระทำความผิดทางเพศเกิดขึ้น

### 1.1.2 ผู้อยู่ในความปกครอง

ความหมายของคำว่า ผู้อยู่ในความปกครอง หมายถึง ความปกครองที่เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น มิได้รวมถึงความปกครองตามพหุติบัญญัติ โดยจะเห็นได้ว่าการเพิ่มโทษที่ผู้กระทำผิดจะได้รับหนักกว่าคนปกติทั่วไปนั้น กฎหมายได้นำเอาถ้อยคำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการให้คำนิยามความหมายของตัวผู้กระทำความผิด ทั้งนี้จึงทำให้เกิดปัญหาว่าหากเป็นกรณีผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง อาทิ บิดาเลี้ยง มารดาเลี้ยง เครือญาติซึ่งเป็นผู้รับบุตรเลี้ยงหรือหลานเลี้ยงมาไว้ในความดูแลของตน โดยการได้รับมอบหมายจากบิดา มารดาของเด็กในการทำหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเสมือนบิดา มารดา และกรณีนี้หากใช้การตีความตามมาตรา 285 บุคคลเหล่านี้จะไม่อยู่ในนิยามที่จะต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งในความเป็นจริงแล้วเหยื่อผู้ถูกระทำมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดและให้ความไว้วางใจต่อผู้ก่อเหตุมากกว่าที่ผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเสียด้วยซ้ำ ในขณะที่จากการศึกษากฎหมายฝรั่งเศสได้มีการกำหนดถึงผู้รับผิดที่อยู่ในฐานะที่เหนือกว่าผู้ถูกระทำตามความเป็นจริง โดยไม่ได้จำกัดเฉพาะผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย อีกทั้งกฎหมายยังได้กำหนดรวมไปถึงผู้กระทำความผิดที่อยู่ในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงให้ได้รับโทษหากกระทำความผิดต่อที่ตนได้รับหน้าที่ให้ดูแล ฉะนั้นการตีความตามมาตรา 285 นี้กฎหมายควรยึดถือตามความเป็นจริงให้มากกว่าตัวอักษรหากต้องการที่จะอำนวยความยุติธรรมและให้ความปกป้องแก่เหยื่อผู้เสียหายให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพราะการที่เด็กอยู่ภายใต้การปกครองตามความเป็นจริงของบุคคลใดแล้วถูกบุคคลผู้นั้นกระทำความผิดชนิดที่ร้ายแรงเช่นนี้ จะก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานต่อเด็กมากเสียกว่าบุคคลอื่นทั่วไปกระทำเสียด้วยซ้ำ อีกทั้งเป็นการกระทำที่เด็กไม่อาจจะอยู่ในสถานะที่จะหลีกเลี่ยงได้ โดยอาจเกิดความเกรงกลัวด้วยการที่ผู้กระทำมีอิทธิพลเหนือตนเอง เป็นการกระทบทางจิตใจซึ่งอาจส่งผลในระยะยาวหรือตลอดชีวิตของเด็กที่เป็นเหยื่อ หากใช่เป็นเพียงแต่การกระทบสิทธิตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น

ในขณะที่การให้ความหมายของคำว่า “ผู้ปกครอง” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ได้ให้ความหมายว่า บิดา มารดา ผู้อนุบาล ผู้รับบุตรบุญธรรมและผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และยังให้ความหมายรวมถึง บิดาเลี้ยง มารดาเลี้ยง ผู้ปกครองสวัสดิภาพ นายจ้างตลอดจนบุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้ที่รับเด็กไว้อุปการะให้การเลี้ยงดูเยี่ยงบุตร ซึ่งเมื่อพิจารณาตามถ้อยที่พระราชบัญญัติดังกล่าวให้ไว้ ก็จะได้เห็นได้ว่าเป็นการให้คำนิยามที่

ครอบคลุมไปถึงผู้กระทำความผิดที่ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง ซึ่งเป็นการให้ถ้อยคำนิยามที่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในปัจจุบัน ที่พบเหตุการณ์กระทำความผิดทางเพศที่โดยผู้กระทำและผู้ถูกกระทำมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกันอย่างมากและเป็นไปในหลายรูปแบบ อีกทั้งหากพิจารณาถึงพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ก็ยังมีการให้ความหมายของคำว่า บุคคลในครอบครัว ให้หมายความว่า คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กิน หรือเคยอยู่กินฉันสามีภรรยาโดยไม่จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมไปถึงบุคคลใดๆ ก็ตามที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน ซึ่งจากการให้คำนิยามของตัวผู้กระทำความผิดทั้งในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 แสดงให้เห็นว่าเป็นการให้คำนิยามของกฎหมายอย่างกว้างในอันที่จะครอบคลุมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายและผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง ซึ่งแตกต่างจากการให้คำนิยามในมาตรา 285 ที่จำกัดอยู่เฉพาะแต่ผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงเท่านั้น

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในเมื่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามมาตรา 285 หมายถึงที่จะเพิ่มอัตราโทษแก่ผู้กระทำความผิดที่ฉวยโอกาสจากการได้อยู่ใกล้ชิดหรือมีอำนาจเหนือเหยื่อผู้ถูกกระทำในการกระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นการบังคับ หลอกล่อ ข่มขู่ อาศัยความเชื่อใจที่เหยื่อมีให้ หรือความใกล้ชิดสนิทสนมคุ้นเคย ลักษณะความผิดเช่นนี้เป็นความผิดที่ร้ายแรงและส่งผลเสียอย่างมากต่อความรู้สึกของผู้ถูกกระทำชนิดที่ยากจะเยียวยา ดังนั้นในการที่จะนิยามคำอธิบายถึงตัวผู้กระทำความผิด กฎหมายก็ควรกำหนดให้เป็นไปในรูปแบบที่ครอบคลุมอย่างกว้างเช่นกันเพราะบุคคลเหล่านี้หาสมควรที่จะได้รับโทษในสถานะเทียบเท่าบุคคลธรรมดาทั่วไปกระทำความผิดไม่

#### ตารางที่ 4.1 ปัญหาการกำหนดเหตุการณ์แก่ผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง

ปัญหาการกำหนดเหตุการณ์แก่ผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง	
คำนิยามตามมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นการคำนิยามทางกฎหมายที่ปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายแต่เพียงเท่านั้น ในขณะที่วัตถุประสงค์ของกฎหมายมุ่งปราบปรามผู้กระทำความผิดที่อาศัยโอกาสในการใกล้ชิดเหยื่อผู้ถูกกระทำใน	กรณีผู้สืบสันดานมีการตีความของกฎหมายตามมาตรา 285 ได้ 2 แนวทาง 1. การตีความไม่ควรตีความถึงผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง เนื่องจากจะเป็นการขยายความรับผิดชอบอย่างกว้างเกินควร อันเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษในสถานที่หนัก

## ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

<b>ปัญหาการกำหนดเหตุการณ์แก่ผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง</b>	
<p>ระดับพิเศษกว่าบุคคลทั่วไป โดยที่จากการกระทำความคิดที่พบนั้นจากอดีตถึงปัจจุบันคดีเกี่ยวกับเพศที่เกิดจากคนใกล้ชิดเขื่อนั้นมิได้มีแต่เฉพาะผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงหรือผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย</p>	<p>จนเกินไปเนื่องจากเป็นการรับโทษความผิดในทางอาญา</p> <p>2. การตีความควรให้ครอบคลุมไปถึงผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายต้องการให้บทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดที่อยู่ในสถานะที่ควรให้ความคุ้มครองแก่เหยื่อ แต่อาศัยโอกาสเช่นว่ากระทำความผิด เพราะฉะนั้นการให้บทลงโทษสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องได้รับหนักกว่าคนทั่วไป จึงจะสมต่อเจตนารมณ์ที่กฎหมายต้องการ</p> <hr/> <p>ผู้อยู่ในความปกครอง ตามมาตรา 285 นั้นเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น มิได้รวมถึงความปกครองตามพฤตินัย ทั้งลักษณะแห่งคดีที่เกิดขึ้นตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยมากมักเป็นกรณีผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง อาทิ บิดาเลี้ยง มารดาเลี้ยง เครือญาติซึ่งเป็นผู้รับบุตรเลี้ยงหรือหลานเลี้ยงมาไว้ในความดูแลของตน โดยการได้รับมอบหมายจากบิดา มารดาของเด็กในการทำหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเสมือนบิดา มารดา เป็นผู้กระทำความผิด แต่เมื่อพิจารณาถึงการรับโทษกลับได้รับโทษในสถานที่บุคคลทั่วไปได้รับ</p>

## 2. ปัญหาการกำหนดเหตุการณ์ที่เป็นเครือญาติหรือคนใกล้ชิด

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

จากการที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 มิได้บัญญัติหรือกำหนดถึงกรณีความสัมพันธ์ที่ผู้กระทำมีต่อเหยื่อในลักษณะเครือญาติ เช่น เป็นพี่น้องที่ร่วมบิดามารดาเดียวกัน หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน หรือเป็นเครือญาติในลักษณะอื่น ดังที่เคยเกิดกรณีการกระทำชำเราระหว่างเครือญาติ เช่น

กรณีพี่ชายอายุ 26 ปี ซึ่งเป็นพี่ชายต่างมารดาเด็กหญิงอายุ 12 ปี ได้ดื่มสุราและเสพสิ่งเสพติดจนมีเมฆาพยายามข่มขืน ในช่วงเวลาที่เด็กอยู่บ้านตามลำพัง และพ่อออกไปทำงาน ใช้โอกาสที่เมื่อกลับมาถึงบ้านแล้วเด็กหญิงอยู่บ้าน โดยพ่อและมารดาเลี้ยงไม่อยู่ บังคับให้เด็กหญิงผู้เป็นน้องสาวต่างมารดาถอดเสื้อผ้าและพยายามล่วงละเมิดทางเพศแต่ไม่เป็นผลสำเร็จด้วยอุปสรรคทางสรีระของเด็ก จนกระทั่งผู้เป็นอาได้ยินเสียงร้องไห้ของหลานสาวร้องไห้ด้วยความเจ็บปวดจึงวิ่งเข้ามาดู และเรียกผู้ใหญ่บ้านเข้ามาช่วย ซึ่งตัวผู้ก่อเหตุด้วยความที่ไม่ต้องการให้คนภายนอกเข้ามารับรู้ ได้นำเอาท่อนไม้ขนาด 2 นิ้ว ยาว 2 เมตร ไล่ทุบรถของผู้ใหญ่บ้านที่เข้ามาช่วยและพยายามจุดไฟเผา พร้อมตะโกนคำด้วยถ้อยคำที่หยาบคายก่อนจะถูกจับกุมโดยชาวบ้านในที่สุด

กรณีเด็กหญิงวัย 8 ปี และ 5 ปี ถูกล่วงละเมิดทางเพศเป็นระยะเวลากว่า 1 ปี โดยเด็กชายวัย 12 ปีก่อนมารดาจะทราบเรื่องและนำเด็กเข้าแจ้งความ ทั้งนี้ ทำให้การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้รับคือการเป็นอยู่อาศัยของเด็กนั้นเป็นลักษณะครอบครัวใหญ่ มีสมาชิกที่อาศัยอยู่ร่วมกันในครอบครัว ทั้งครอบครัวทางฝั่งแม่สามี ครอบครัวของพี่สาวผู้เป็นสามีตนและครอบครัวของตน ที่ได้พักอาศัยอยู่ร่วมกัน และเมื่อตนต้องออกไปทำงานเด็กหญิงผู้เป็นลูกสาวก็จะถูกนำไปฝากไว้ให้ดูแลซึ่งครอบครัวของแม่สามี ซึ่งต่อมาระยะหลังได้สังเกตพบว่าเด็กหญิงลูกสาวตนมีอาการหวาดกลัว จึงได้สอบถามจนได้ความว่าถูกบุตรชายซึ่งเป็นลูกของพี่สาวสามีตน ล่วงละเมิดทางเพศมาแล้วเป็นระยะเวลากว่า 10 ครั้งด้วยกัน

นอกจากนี้ยังมีเหตุที่เป็นความสัมพันธ์ของเหยื่อและผู้ก่อเหตุที่มีพ่อแม่เดียวกันอย่างกรณีน้องสาววัย 12 ปีถูกพี่ชายตนเองใช้อาวุธมีดจี้จากโรงเรียนพาเข้าไปข่มขืนในกระท่อมป่าสวนยางจนผ่านไปกว่า 2 ชั่วโมง จึงได้ปล่อยตัวเด็กหญิงผู้เป็นน้องสาวออกมา<sup>90</sup>

จากกรณีดังกล่าวมาจะเห็นได้ว่า การอยู่ร่วมชายคาเดียวกันระหว่างเด็กและผู้กระทำ เป็นเหตุผลที่ทำให้เด็กไม่อยู่ในสถานะที่จะหลีกเลี่ยงการถูกล่วงละเมิดทางเพศด้วยตนเองได้ และแม้จะมีได้อยู่ร่วมชายคาเดียวกันหากแต่ผู้กระทำอยู่ในสถานะที่สามารถเข้าถึงชิดตัวเหยื่อเกินกว่าบุคคลทั่วไปจะทำได้ เนื่องด้วยอาศัยอยู่บริเวณใกล้กันและด้วยอาศัยการที่ผู้กระทำนั้นเป็นเครือญาติสามารถที่จะเข้าออกในได้อย่างง่ายดาย เป็นผลให้สบโอกาสอย่างสูงในการที่จะก่อซึ่งความผิด เช่นว่านี่ต่อเหยื่อได้ง่ายกว่าคนทั่วไป เป็นต้น

หากเมื่อได้ศึกษากฎหมายของต่างประเทศจะพบได้ว่า มีการนำเอาเหตุฉกรรจ์มาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการที่จะเพิ่มโทษให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นในฐานะที่เป็นเหตุฉกรรจ์อย่างกว้างขวาง เช่น ในสหรัฐอเมริกาบทกฎหมายได้กำหนดว่า ผู้กระทำเป็นสมาชิกในครอบครัวและเหยื่อมีอายุต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์ โดยที่คำจำกัดความของคำว่า “สมาชิกในครอบครัว” นั้นให้หมายถึง คู่สมรส อดีตคู่สมรส พ่อแม่ลูก ลูกติดและบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องทางสายเลือด หรือโดยการแต่งงาน ผู้ซึ่งมีส่วนร่วมหรือเคยอยู่อาศัยร่วมกัน บุคคลผู้ซึ่งมีหรือถูกกล่าวหาว่ามีบุตรร่วมกัน หรือบุคคลที่มีส่วนร่วมหรือมีความสัมพันธ์ทางสายเลือด บุคคลซึ่งเคยมีความสัมพันธ์แบบคู่รักหรือเคยหมั้น หรือเคยเป็นผู้ดูแลคนพิการ ไม่มีความสามารถ และดูแลผู้ป่วยตามที่กำหนดไว้ในอนุมาตรา (E) ของมาตรา 12-4 , 4a แห่งประมวลกฎหมายอาญา ปี ค.ศ. 2012 จากบัญญัติดังกล่าวจะพบว่าในสหรัฐอเมริกามีการกำหนดให้กฎหมายอาญาสำหรับเหตุฉกรรจ์เพื่อลงโทษผู้ทำการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ให้ได้รับโทษหนักขึ้นเอาไว้ และได้ให้ความหมายของคำว่าสมาชิกในครอบครัวเอาไว้อย่างกว้าง ทั้งนี้เป็นการหมายถึงกลุ่มบุคคลที่ได้เข้ามาอยู่ในครอบครัวเป็นสมาชิกในทุกลักษณะ และรวมไปถึงการที่ได้เข้ามามีความสัมพันธ์กันในครอบครัวด้วยการแต่งงาน ซึ่งก็ถือได้ว่าการที่บิดามารดาเลี้ยงแต่งงานกับบิดามารดาของลูกเลี้ยงและทำให้บิดาหรือมารดาเลี้ยงและลูกเลี้ยงต้องมาอยู่ร่วมชายคาเดียวกัน จึงถือได้ว่ากลายเป็นสมาชิกเดียวกัน ดังนั้นการที่บิดาเลี้ยงก่อเหตุข่มขืนกระทำชำเราในมลรัฐอินเดียนายส์ของสหรัฐอเมริกาผู้กระทำจะได้รับโทษหนักขึ้น

<sup>90</sup> สำนักข่าวสนุกดอทคอม, “อัยศ พี่ชายข่มขืนน้องสาวแท้ๆ ประชด โคนพ้อค่า,” สืบค้นเมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2561, จาก <https://www.sanook.com/news/1658145/>.

ขณะเดียวในประเทศอังกฤษการบัญญัติโทษให้นักขึ้นแก่ผู้ที่ก่อเหตุข่มขืนกระทำชำเรากรณีผู้กระทำและผู้ถูกกระทำมีความสัมพันธ์ในครอบครัวเช่นเดียวกัน โดยความสัมพันธ์เช่นว่านี้ให้รวมถึง กรณีที่ผู้ถูกกระทำและผู้กระทำการข่มขืนอยู่อาศัยชายคาบ้านเดียวกัน นอกจากนี้ยังรวมไปถึงกรณีที่เคยอยู่ร่วมชายคาบ้านเดียวกัน หรือผู้กระทำได้มีความเกี่ยวข้องในการฝึกรอบรมหรือดูแลผู้ถูกกระทำด้วย นอกจากนี้ยังให้หมายรวมถึงบุคคลที่เป็นคู่สมรสของบิดาหรือมารดา และพี่หรือน้องซึ่งเป็นบุตรของคู่สมรสของบิดาหรือมารดาด้วย ซึ่งเห็นได้ว่ากฎหมายในประเทศอังกฤษให้ความคุ้มครองเหยื่อที่ถูกกระทำชำเราจากกรณีบิดาหรือมารดาเลี้ยงโดยไม่คำนึงว่าบิดาหรือมารดาเลี้ยงผู้นั้นจะได้สมรสกับบิดาหรือมารดาเหยื่อหรือไม่ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้กระทำผิดได้อาศัยหรือเคยอาศัยอยู่ในบ้านเดียวกันกับเหยื่อยอมอยู่ในบังคับภายใต้กฎหมายนี้เช่นกัน

สำหรับบทบัญญัติในกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีการบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำซึ่งความผิดทางเพศว่าด้วยกรณีผู้อยู่ในความปกครองไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 174 โดยบทบัญญัตินี้ได้ให้การคุ้มครองสำหรับเด็ก 3 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มเด็กที่มีอายุไม่เกิน 16 ปี และอยู่ในความดูแลของผู้กระทำผิด เพื่อให้การศึกษาอบรมสั่งสอนในการดำเนินชีวิต กลุ่มเด็กที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี โดยเด็กอยู่ในความดูแลของผู้กระทำผิด ไม่ว่าจะเป็นการอยู่ใต้การบังคับบัญชาตามหน้าที่การงาน หรือต้องให้การอบรมเลี้ยงดู และกรณีที่เด็กมีอายุไม่เกิน 18 ปี ที่เป็นบุตรของผู้กระทำผิด หรือบุตรบุญธรรมของผู้กระทำผิด โดยความหมายของการให้การอบรมเลี้ยงดูดังกล่าวข้างต้นให้หมายถึงการให้การอบรมเลี้ยงดูความเป็นจริง ดังนั้น บทบัญญัติมาตรา 174 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน จึงให้ความคุ้มครองแก่เหยื่อทั้งกรณีที่ถูกกระทำเป็นบิดาหรือมารดาเลี้ยงซึ่งเป็นผู้ปกครองความเป็นจริง และบิดาโดยสายโลหิต และบิดาบุญธรรมซึ่งเป็นบิดาโดยกฎหมาย หากแต่เพียงการให้ความคุ้มครองเฉพาะกรณีผู้กระทำที่เป็นบิดาโดยสายโลหิตและบิดาบุญธรรมตามกฎหมายดังเช่น มาตรา 285 ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่

อีกทั้งในปัจจุบันประเทศไทย ได้มีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยอนุสัญญาลิทธิเด็กได้ให้การรับรองสิทธิของเด็กให้ได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการถูกเอาเปรียบทางเพศ หรือถูกทำร้ายรังแกทางเพศ กรณีของการข่มขืนกระทำชำเราซึ่งเกิดขึ้นโดยบุคคลที่อาศัยอยู่ร่วมชายคาเดียวกันกระทำต่อนั้นจะเห็นได้ว่า ด้วยเหตุที่ต้องอาศัยอยู่ร่วมชายคาเดียวกัน หรือเหตุที่ผู้ถูกกระทำตกอยู่ภายใต้อำนาจทางเศรษฐกิจของผู้กระทำที่ดี ล้วนเป็นการสร้างโอกาสให้การก่อเหตุกระทำผิดทางเพศสำเร็จสูงกว่าการกระทำผิดทางเพศที่ผู้กระทำเป็นบุคคลอื่นทั้งสิ้น แต่กฎหมายมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ยังมิได้ให้การคุ้มครองแก่เด็กให้ได้รับ

ความปลอดภัยจากการกระทำความผิดทางเพศอย่างเพียงพอ เนื่องจากยังมีได้มีความหมายครอบคลุมถึงกรณีบิดาหรือมารดาเลี้ยง ซึ่ง ได้กระทำต่อลูกเลี้ยง ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า การกำหนดเหตุการณ์เพื่อให้ผู้กระทำผิดทางเพศต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 กรณีการกระทำต่อผู้อยู่ในความปกครองจึงไม่ควรหมายความถึงเฉพาะผู้อยู่ในความปกครองตามกฎหมาย หรือการรับผู้ถูกกระทำเป็นบุตรบุญธรรมตามกฎหมายเท่านั้น ถึงแม้การตีความในกฎหมายอาญาจะต้องตีความอย่างเคร่งครัดก็ตาม แต่สำหรับการนี้ กฎหมายควรตีความอย่างกว้าง โดยให้หมายความรวมถึงบิดาหรือมารดาเลี้ยง หรือบุคคลอื่น ซึ่งต้องมาอยู่ร่วมชายคากับผู้ถูกกระทำและมีโอกาสก่อเหตุอาชญากรรมทางเพศสูงกว่าปกติทั่วไปให้เป็นเหตุการณ์เหตุหนึ่งที่ทำให้ผู้กระทำต้องได้รับโทษหนักขึ้นด้วย

ตารางที่ 4.2 ปัญหาการกำหนดเหตุการณ์ที่เป็นเครือญาติหรือคนใกล้ชิด

ปัญหาการกำหนดเหตุการณ์ที่เป็นเครือญาติหรือคนใกล้ชิด	
เครือญาติ	คนใกล้ชิด
จากการศึกษาคดีที่เกิดขึ้นในสังคมไทยจำนวนไม่น้อยที่ผู้ก่อเหตุอยู่ในสถานะที่ไม่ได้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง ผู้สืบสันดาน หรือผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่าเหยื่อ ในทางหน้าที่การงาน แต่เป็นผู้ที่อยู่ในสถานะที่จะสามารถเข้าใกล้ชิดเหยื่อเกินกว่าบุคคลทั่วไปจะทำได้ โดยอาจเป็นเครือญาติที่เป็นไป โดยการสมรสของผู้ที่เป็นญาติโดยสายเลือดกับเหยื่อ เช่น สามีของพี่หรือน้องของผู้ถูกกระทำ หรือแม้กระทั่งผู้ที่ไม่ได้อยู่ในสถานะที่สมรสตามกฎหมายแต่มีความทางพุดินนัย โดยสามารถเข้าออกนอกในที่พักอาศัยของเหยื่อได้	นอกจากนี้ยังรวมไปถึงบุคคลที่แม้ไม่ได้อยู่ในสถานะเครือญาติ แต่เป็นผู้ที่อยู่ใกล้ชิดกับเหยื่ออาจจะเป็นการอาศัยอยู่ในชายคาเดียวกันกับเหยื่อ หรืออาศัยอยู่ในบริเวณที่เหยื่อพักอาศัยอยู่แต่มีความสนิทสนมคุ้นเคยกับเหยื่อและใช้โอกาสนี้ในการก่อเหตุ ซึ่งด้วยเหตุประการนี้ผู้ศึกษามีความเห็นว่าเหยื่อมีการให้ความไว้วางใจอย่างมากแก่บุคคลเหล่านี้เกินกว่าบุคคลทั่วไป แต่บุคคลเหล่านี้อาศัยโอกาสที่เหนือกว่าคนทั่วไปเช่นนี้ในการก่อเหตุ ดังนั้นเมื่อมีการพิจารณาโทษจากกฎหมายจึงสมควรกำหนดโทษที่หนักขึ้นเป็นพิเศษ



### 3. ความจำเป็นในการกำหนดค่านิยมเพิ่มเติมสำหรับผู้กระทำคามผิดทางเพศ ที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เครือญาติ และคนใกล้ชิด

เนื่องจากในปัจจุบันการก่อเหตุอาชญากรรมทางเพศในสังคมไทยมีลักษณะที่รุนแรง และสะท้อนขวัญต่อความรู้สึกของคนในสังคมเป็นอย่างยิ่งด้วยเพราะลักษณะของคดีที่เกิดขึ้นนั้น เป็นการกระทำที่ผู้ก่อเหตุเป็นสมาชิกที่อยู่อาศัยในครอบครัวเดียวกันกับเหยื่อ และแม้เป็นกระทั่งเครือญาติที่มีสายเลือดเดียวกันกับเหยื่อ หรือเป็นบุคคลที่มีความใกล้ชิดสนิทกับครอบครัวของเหยื่อ หรือตัวเหยื่อผู้ถูกกระทำเอง โดยหลักแล้วกลุ่มคนเหล่านี้ต้องวางตนอยู่บนพื้นฐานที่ควรให้ความคุ้มครองและให้การดูแลปกป้องเหยื่อที่เป็นสมาชิกในครอบครัวหรือคนคุ้นเคยที่รู้จักใกล้ชิดกัน แต่ในทางกลับกันกลุ่มคนเหล่านี้ประพฤติตนไปในทางที่ผิดอย่างร้ายแรงเสียเอง ดังจะเห็นได้จากข่าวตามหน้าหนังสือพิมพ์หรือสื่อออนไลน์ทั่วไป ที่มีการออกมาเผยแพร่ข้อมูลสถิติพบว่า กลุ่มที่ก่อเหตุล่วงละเมิดทางเพศมากที่สุด คือ คนใกล้ชิดตัว และ คนในครอบครัว ซึ่งสูงกว่าคนแปลกหน้า โดยทางเว็บไซต์ออนไลน์ today.line.me<sup>91</sup> รายงานว่าในปัจจุบันเมื่อเกิดประเด็นข่าวข่มขืนเด็กเมื่อถูกพูดถึงข่าวข่มขืน “เรามักคิดถึง เหยื่อที่ถูกคนแปลกหน้ามาคุกคามล่วงละเมิดทางเพศเขา แต่จริงๆ แล้วตรงกันข้ามเลยกลุ่มที่ก่อเหตุล่วงละเมิดทางเพศมากที่สุด คือคนใกล้ชิดตัว คนในครอบครัว นี่ต่างหากที่น่ากลัวที่สุด” ทั้งนี้ สำหรับผลการสำรวจความคิดเห็นเกี่ยวกับปัญหาความรุนแรงและการข่มขืน การกระทำชำเราใน ครอบครัว โรงเรียน และชุมชน พบว่า จากการสำรวจครอบครัว พบว่าสถานที่มักเกิดเหตุข่มขืน จะเป็นบ้านตัวเอง บ้านเพื่อน บ้านญาติ สถานที่เปลี่ยว และ โรงเรียน จากสำนักงานการวิจัยแห่งชาติ (วช.) ร่วมกับมหาวิทยาลัยมหิดล จัดสัมมนาเสนอผลการศึกษาด้านแบบการสร้างเครื่องมือป้องกันปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราในครอบครัว โรงเรียน และชุมชน นางปวีณา หงสกุล ประธานมูลนิธิปวีณา หงสกุล เพื่อเด็กและสตรี กล่าวในงานเสวนาในหัวข้อ เมื่อสังคมไทยปลอดภัยจากภัยข่มขืน โดยระบุว่า ในปี 2564 มูลนิธิรับปัญหาคดีข่มขืน 714 ราย ช่วงอายุที่ถูกข่มขืนมากที่สุด อันดับ 1 อายุ 14-15 ปี จำนวน 262 ราย อันดับ 2 อายุ 15-20 ปี จำนวน 182 ราย อายุ 5-10 ปี จำนวน 85 ราย

ที่น่าสังเกตคือผู้ก่อเหตุมักเป็นคนใกล้ชิด มิทั้งสามีภรรยา แฟน เพื่อน ญาติ คนรู้จัก พ่อเลี้ยงแม่เลี้ยง ส่วนเหยื่อที่ถูกข่มขืน อนาคต ทารุณกรรม ล่อลวง ก็มีอายุน้อยลงเรื่อย ๆ แต่ละคดีมีความยากง่ายต่างกัน บางครั้งกินเวลาหลายวันกว่าจะช่วยเหยื่อออกมาจากผู้ก่อเหตุ บางกรณีใช้

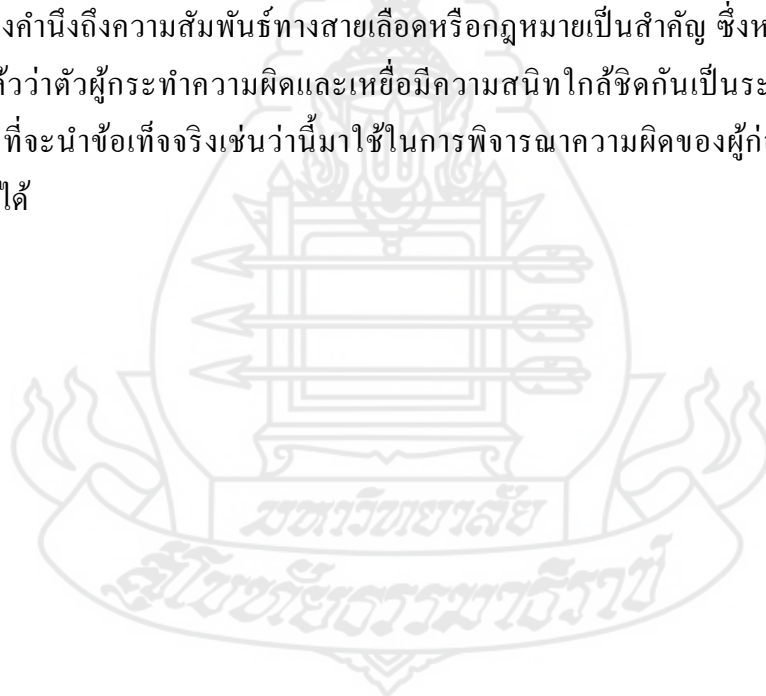
<sup>91</sup> today.line.me. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <https://today.line.me/th/v2/article/0NMx22>. (2565, 28 มกราคม)

เวลาเป็นเดือนกว่าจะตั้งต้นดำเนินคดีกับผู้ก่อเหตุได้ มีหลายกรณีที่แม้ผู้ก่อเหตุถูกจับกุมดำเนินคดีแล้ว ช่วยเหลือผู้เสียหายมาได้อย่างปลอดภัย แต่ก็ยังต้องเยียวยาสภาพจิตใจกันอีกนาน โดยเฉพาะเด็กเล็กที่ไม่สามารถอยู่ได้ด้วยตัวเอง ต้องช่วยบำบัดฟื้นฟูสภาพจิตใจ รวมทั้งจัดหาอาหาร ที่อยู่อาศัย ดูแลจนกว่าจะเริ่มออกไปใช้ชีวิตเองได้

เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายไทยที่บัญญัติบทลงโทษที่หนักขึ้นสำหรับผู้กระทำความผิดที่มีหน้าที่โดยหลักในการให้การปกป้องคุ้มครองดูแลเหยื่อ แต่กลับเป็นผู้ที่ก่อความผิดนั้นแก่เหยื่อเสียเอง อีกทั้งตามมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยจะให้ความคุ้มครองเหยื่อจากผู้กระทำที่เป็นผู้สืบสันดานหรือคนที่อาศัยอำนาจปกครองหรืออำนาจใดก็ตามที่มีเหนือตัวเหยื่อในการก่อเหตุแล้วก็ตาม แต่ก็ยังไม่อาจครอบคลุมถึงเจตนารมณ์อันแท้จริงที่กฎหมายต้องการจะให้บทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดที่อาศัยโอกาสที่เป็นผู้ดูแลหรือใกล้ชิดกับเหยื่อกระทำความผิดต่อเหยื่อให้ได้รับโทษที่หนักขึ้นกว่าบุคคลธรรมดาเพื่อเป็นการยับยั้งให้เกิดความเกรงกลัวต่อโทษที่จะได้รับ

โดยเมื่อพิจารณาถึงกฎหมายของต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษและมลรัฐอิลลินอยส์ สหรัฐอเมริกา ที่ให้คำนิยามถึงโทษที่จะได้รับหนักขึ้นสำหรับบุคคลที่อาศัยอยู่ร่วมชายคาเดียวกัน หรือเคยอยู่ร่วมชายคาเดียวกันกับเหยื่อ เพราะถือว่าเป็นการสร้างโอกาสให้การก่อเหตุกระทำความผิดทางเพศสำเร็จสูงกว่าการกระทำความผิดทางเพศที่ผู้กระทำเป็นบุคคลอื่นทั้งสิ้น ซึ่งคดีการก่อเหตุจากคนใกล้ชิดตัวเช่นนี้ในต่างประเทศก็มีจำนวนที่สูงไม่น้อยไปกว่าที่ประเทศไทยกำลังเผชิญ และมีแนวโน้มที่จะสูงขึ้นเรื่อย ๆ แม้การแก้ไขด้วยการเพิ่มโทษอาจไม่ใช่องค์ประกอบเดียวในการที่จะแก้ไขปัญหานี้ได้ ด้วยเพราะการให้ความดูแลคุ้มกันหรือป้องกันมิให้เหตุเกิดขึ้นต้องอาศัยความร่วมมือจากทุกฝ่าย ในการสอดส่องดูแลเหยื่อ แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าในกรณีดังที่ได้ยกตัวอย่างในข้างต้นผู้ที่มีหน้าที่เช่นว่า เป็นผู้ทำความผิดเสียเอง จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่กฎหมายจะต้องมีการร่างหรือให้ความหมายคำนิยามในการเอาผิดผู้กระทำความผิดทุกประเภทให้ได้รับโทษที่สาสมตามลำดับสถานะที่ใกล้ชิดต่อเหยื่อ ยิ่งปรากฏข้อเท็จจริงมากเท่าใดว่าผู้ที่มีความใกล้ชิดต่อเหยื่อยิ่งต้องให้ผู้นั้นรับโทษที่หนักขึ้นกว่าปกติที่คนทั่วไปได้รับ เนื่องจากเป็นผู้ที่เหยื่อให้ความไว้วางใจมากกว่าจะไม่ก่อเหตุทำร้าย และเมื่อเหยื่อได้รับความผิดหวังในขั้นที่รุนแรงเช่นนี้ย่อมมีความกระทบกระเทือนต่อจิตใจอย่างใหญ่หลวงเป็นระยะเวลาที่นานยากต่อการเยียวยา หรืออาจจะถึงขั้นที่ไม่สามารถลบเลือนออกไปจากจิตใจหรือความรู้สึกได้ตลอดเวลา ซึ่งหากกฎหมายมีการให้คำนิยามเพิ่มเติมในมาตรา 285 ที่กว้างขึ้นในอันที่จะเข้าใกล้ตัวผู้กระทำความผิดเหล่านี้ให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้เพื่อก่อให้เกิดความเกรงกลัวในการที่จะก่อความผิด

โดยการให้คำนิยามที่เพิ่มเติมดังเช่นที่ว่านั้น ผู้ร่างกฎหมายควรบัญญัติเพิ่มเติมใน มาตรา 285 ให้รับโทษหนักขึ้นเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้นั้นอาศัยความใกล้ชิดหรือไว้วางใจต่อ ผู้ดูแลหรือตัวเองเป็นช่องทางในการก่อเหตุอาชญากรรมทางเพศ ซึ่งการให้คำนิยามที่ กว้างขึ้นเช่นนี้จะมีความหมายที่รวมไปถึงบุคคลใดก็ตามที่ใช้ช่องทางความใกล้ชิด การที่มีได้เป็น คนแปลกหน้าก่อเหตุกระทำความคิด ไม่ว่าจะเป็น เครือญาติทางสายเลือดหรือมิใช่ทางสายเลือด และมิได้อาศัยอยู่ในชายคาเดียวกันกับเหยื่อแต่หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าเป็นคนรู้จักที่ใกล้ชิดกับ ครอบครัวเหยื่อหรือตัวเอง อีกทั้งคนใกล้ชิดที่เป็นเพื่อนหรือคนรู้จักกับตัวเองที่ไปมาหาสู่ จนสามารถสร้างความไว้วางใจที่นำไปสู่การก่อเหตุที่สะท้อนขวัญอย่างการก่ออาชญากรรมทาง เพศที่ร้ายแรงให้ได้รับโทษที่หนักขึ้นจากการกระทำที่ตนก่อ ซึ่งตามความในมาตรา 285 ที่ได้ บัญญัติใช้ในปัจจุบันนี้ยังไม่ได้บัญญัติคำนิยามที่สำคัญในอันที่จะนำเอากลุ่มผู้กระทำผิดเช่นว่านี้มา ลงโทษในอัตราที่เป็นขั้นร้ายแรงกว่าปกติทั่วไปได้ โดยในการให้คำนิยามนั้นสมควรอย่างยิ่งที่ผู้ร่าง กฎหมายควรระบุความสัมพันธ์ลักษณะพิเศษที่ใช้เป็นช่องทางในการก่อเหตุของผู้กระทำความคิด โดยไม่ต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ทางสายเลือดหรือกฎหมายเป็นสำคัญ ซึ่งหากข้อเท็จจริงเป็นที่ ปรากฏแล้วว่าตัวผู้กระทำความคิดและเหยื่อมีความสนิทใกล้ชิดกันเป็นระยะเวลาพอสมควร ก็สามารถที่จะนำข้อเท็จจริงเช่นว่านี้มาใช้ในการพิจารณาความผิดของผู้ก่อเหตุให้ได้รับ โทษที่หนักขึ้นได้



ตารางที่ 4.3 ความแตกต่างในการกำหนดนิยามเพิ่มเติมสำหรับผู้รับผิดชอบตามมาตรา 285

ความแตกต่างในการกำหนดนิยามเพิ่มเติมสำหรับผู้รับผิดชอบ ตามมาตรา 285	หมายเหตุ
<p>ผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงได้แก่ ลูก ป้า น้า อา ลุงเขย ป้าสะใภ้ น้าเขย น้าสะใภ้ ตลอดจนบุคคลอื่นใดที่ ให้การอุปการะแก่ผู้ถูกกระทำ</p>	<p>เหตุที่ควรบัญญัติ บิดาเลี้ยง และ มารดาเลี้ยงให้รับผิดชอบในมาตรา 285 เป็นการเฉพาะ เนื่องจากบุคคล ลักษณะนี้เป็นผู้ที่ใกล้ชิดลำดับที่มี สถานะสูงมีความใกล้ชิดกับบิดา มารดาผู้เสียหายอย่างมาก การ ตัดสินใจต่างๆ อาจได้รับอิทธิพล จากกันและกัน ด้วยสถานะที่เป็นคน รัก โดยอาจมีความลังเลใจ หรือเกรง กลัว ตลอดจนอาจมีการเพิกเฉยเมื่อ คนรักกระทำผิด แม้ความผิด นั้นจะเป็นความผิดที่คนรักตน กระทำต่อบุตรของตนเอง อีกทั้งเมื่อ ความใกล้ชิดที่ผู้กระทำผิดมีอยู่อย่าง มากเช่นนี้ในชั้นที่ถือเสมือนเป็น บิดาหรือมารดาที่แท้จริงของ ผู้ถูกกระทำ อาจเป็นช่องว่างที่เปิด โอกาสให้บุคคลจำพวกนี้ก่อเหตุได้ อย่างง่ายดาย และด้วยเหตุผลประการ ดังที่กล่าวไปนั้นเองจึงเป็นสาเหตุที่ เหตุการณ์การกระทำผิด ระหว่างบิดาเลี้ยงและมารดาเลี้ยงต่อ ลูกเลี้ยงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องและถูก พบเป็นบ่อยครั้ง</p>

## ตารางที่ 4.3 (ต่อ)

ความแตกต่างในการกำหนดนิยามเพิ่มเติมสำหรับผู้รับผิด ตามมาตรา 285	หมายเหตุ
ผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงได้แก่ ลูก ป้า น้า อา ลุงเขย ป้าสะใภ้ น้าเขย น้าสะใภ้ ตลอดจนบุคคลอื่นใดที่ ให้การอุปการะแก่ผู้ถูกระงับ	
เครือญาติ ได้แก่ ผู้กระทำความผิดที่เป็นเครือญาติกับ ผู้กระทำความผิดทั้งทางสายเลือด และ โดยการที่บุคคลผู้ นั้นได้เข้ามาอยู่ในสถานะเครือญาติของผู้ถูกระงับด้วย การแต่งงาน หรืออยู่กินฉันสามีภรรยา กับญาติของ ผู้ถูกระงับ	
คนใกล้ชิด บุคคลที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีความสนิท โดย ได้รับไว้วางใจจากครอบครัวหรือตัวผู้ถูกระงับ ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยบุคคลผู้นั้นในใช้โอกาสนี้ก่อ เหตุความผิดต่อผู้ถูกระงับ	

จากตารางจะเห็นได้ว่า ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 285 มีหลากหลายสถานะและลักษณะ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการนำเอาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีมาใช้ประกอบในการกำหนดตัวผู้รับโทษ ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมายตามมาตรา 285 ที่มีอยู่นั้นอาจมีการกำหนดที่ไม่สามารถครอบคลุมผู้กระทำความผิดในบางกรณีได้อย่างแท้จริงได้สมตามเจตนารมณ์ของกฎหมายตามมาตรานี้ ไม่ว่าจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง บิดามารดาเลี้ยง เครือญาติ และคนใกล้ชิดที่ล้วนแล้วแต่มีหน้าสำคัญอย่างยิ่งในการที่จะอำนวยความสะดวกต่อร่างกายและจิตใจของผู้ที่ตนเป็นญาติ หรือคนที่ตนใกล้ชิดสนิทด้วย โดยการกำหนดคำนิยามจำเป็นจะต้องจำแนกและแสดงให้เห็นถึงความเหมือนและแตกต่างรวมถึงพฤติการณ์ของข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป รวมทั้งอาจมีบางลักษณะของคำนิยามที่สมควรอย่างที่จะกำหนดเป็นการเฉพาะและให้คำจำกัดความอย่างกว้างด้วยวัตถุประสงค์ในการที่เข้าถึงตัวผู้กระทำความผิดให้ได้รับโทษที่สมควรแก่เหตุ

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 1. บทสรุป

จากอดีตจนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยมีการก่อเหตุข่มขืนกระทำชำเราในสถิติที่สูงและน่ากังวลอย่างมาก ด้วยสถิติค่าเฉลี่ยในรอบ 5 ปี เฉพาะคดีที่มีการแจ้งความด้วยเหตุถูกข่มขืนสามารถจับกุมคนร้ายได้เพียง 2,400 คดีเท่านั้นจาก 4,000 คดี ต่อปีโดยประมาณ ซึ่งในแต่ละวันพบว่าผู้หญิงถูกล่วงละเมิดทางเพศ ถูกกระทำความรุนแรงทางร่างกาย จิตใจ วันละไม่น้อยกว่า 7 คน จากสถิติตัวเลขการเข้ารับการรักษาและบำบัดสูงถึงปีละ 30,000 คน ซึ่งความรุนแรงนี้เกิดจากปัจจัยร่วมจากเครื่องดื่มนินเมา สารเสพติด สื่อลามก และพื้นฐานทางครอบครัวตลอดจนสภาพแวดล้อมที่เหยื่ออาศัย อีกทั้งกลุ่มเด็กและเยาวชนในช่วงอายุระหว่าง 5-20 ปี ยังเป็นเหยื่อที่ถูกกระทำเยาะที่สุด สามารถคิดเป็น 60 เปอร์เซ็นต์ และอาชีพที่ถูกกระทำเยาะที่สุด คือนักเรียนและนักศึกษา กล่าวคือในนักเรียน 100 คน จะมี 60 คนที่เคยโดนละเมิดทางเพศ โดยผู้กระทำที่ก่อเหตุข่มขืนส่วนใหญ่มักจะเป็นคนรู้จักคุ้นเคย หรือ เป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันกับเหยื่อ โดยเมื่อเปรียบเทียบกับคดีที่ก่อเหตุโดยคนแปลกหน้า หรือ คนที่รู้จักผ่านทางโซเชียลแล้วปริมาณคดีที่เกิดจากคนใกล้ชิดตัวนั้นมีมากกว่าจนน่าตกใจ ซึ่งปัจจัยของการก่อเหตุข่มขืนนั้นขึ้นอยู่กับปัจจัย 3 ประการด้วยกัน ได้แก่ เหยื่อ (ผู้ถูกกระทำ) คนร้าย และ โอกาส (ความเหมาะสม) โดยกลุ่มที่ก่อเหตุข่มขืนสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่มด้วยกัน คือ กลุ่มผู้กระทำที่ทำความผิดครั้งแรก และ กลุ่มที่เป็นผู้กระทำการก่อเหตุแบบซ้ำๆ หรือที่เรียกว่าอาชญากรต่อเนื่อง

การกระทำของกลุ่มผู้ก่อเหตุกลุ่มแรก มักจะเป็นการทำร้ายร่างกายร่วมกับการกักขัง หน่วงเหนี่ยวอยู่ด้วย โดยจะทำการข่มขืนเหยื่อที่บ้านของเหยื่อหรือที่บ้านของตนเอง ส่วนกลุ่มผู้ก่อเหตุในกลุ่มที่สองซึ่งเป็นอาชญากรต่อเนื่องมักปรากฏในรูปแบบของคนแปลกหน้า และมักจะข่มขู่เหยื่อด้วยอาวุธและถ้อยคำที่รุนแรง และมักจะเป็นการก่อเหตุนอกสถานที่ เช่น สถานที่ลับตาผู้คน หรือข้างทางที่รกร้าง ทั้งนี้เมื่อพิจารณาถึงการก่อเหตุของกลุ่มผู้ก่อเหตุทั้งสองกลุ่มนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า กลุ่มแรกเป็นกลุ่มที่หน่วยงานผู้มีหน้าที่ให้ความคุ้มครองเหยื่ออย่างรัฐควรให้ความใส่ใจในการรัดกุมของการร่างกฎหมายเป็นอย่างมากที่สุด เนื่องด้วยกลุ่มผู้ก่อเหตุกลุ่มแรกเป็นผู้ที่เหยื่ออยู่ใกล้ชิดและให้ความไว้วางใจมากที่สุดว่าจะเป็นสถานที่ปลอดภัย รวมไปถึงกลุ่มคนที่ปลอดภัย

ในการที่เหยื่อจะไว้วางใจให้เข้าใกล้ตัวเหยื่อ เพราะเหยื่อเชื่อว่าจะเป็นกลุ่มคนที่ไม่คิดร้ายกับเหยื่อ ต่อเมื่อเหตุการณ์เลวร้ายได้เกิดขึ้น ผู้เขียนมีความคิดว่าสิ่งนี้จะเป็นการทำลายความรู้สึกและจิตต่อเหยื่อมากกว่าคนแปลกหน้าก่อเหตุเสียด้วยซ้ำ

จากการศึกษาประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ผู้เขียนพบว่ายังมีข้อบกพร่องในการให้คำนิยามที่สมควรอย่างยิ่งในการที่จะเป็นการให้คำนิยามอย่างกว้างมากขึ้นในอันที่จะอำนวยให้กฎหมายยับยั้งปราบปรามก่อให้เกิดความเกรงกลัวต่อผู้กระทำความผิดในลักษณะที่มีความใกล้ชิดต่อเหยื่อเช่นนี้ โดยการใช้ออกาสที่ตนมีประกอบกับความไว้วางใจก่อเหตุต่อเหยื่อ และเมื่อตามเนื้อความในมาตรา 285 ยังมีความบกพร่องบางประการดังเช่นที่ได้กล่าวมา จนไม่อาจใช้บังคับได้กับบุคคลทุกกลุ่มสมดังเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ประสงค์จะให้ผู้มีหน้าที่ให้ความคุ้มครองเหยื่อได้รับโทษที่หนักกว่าคนปกติทั่วไป เมื่อตนกลับกลายเป็นผู้กระทำความผิดเอง เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดไม่เกิดซึ่งสำนึกในความเกรงกลัวต่อความผิด และผู้ถูกกระทำที่เป็นเหยื่อไม่อาจได้รับความเป็นธรรมและการเยียวยาที่เหมาะสม ผู้เขียนจึงนำมาศึกษาเพื่อวิเคราะห์ให้ได้พบซึ่งแนวทางการแก้ไขปัญหาดังต่อไปนี้

1. ปัญหาว่าด้วยการกำหนดเหตุฉกรรจ์มาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่ผู้กระทำเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง

ตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้นซึ่งข้อเท็จจริงในปัจจุบันที่พบว่าการกระทำความผิดทางเพศ นอกจากที่บิดาเลี้ยงจะได้กระทำต่อลูกเลี้ยงแล้ว ยังพบว่าผู้ก่อเหตุที่เป็นเครือญาติกับเหยื่อก็ยังมีการเกิดขึ้นอีกหลายกรณีด้วยกัน อาทิ กรณีปู่ ลุง อา ลุงเขย ฯลฯ ซึ่งบุคคลเหล่านี้เป็นผู้ที่อยู่ในสถานะผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงต่อเหยื่อ ด้วยเพราะในบางกรณีที่มีบิดามารดาที่มีความจำเป็นบางประการในการส่งเหยื่อหรือบุตรหลานของตัวเองไปอยู่ในความปกครองของกลุ่มคนเหล่านั้น หรือแม้มิได้ส่งการปกครองให้ แต่กลุ่มคนเหล่านี้ก็เป็นผู้ที่อาศัยอยู่ในชายคาเดียวกันกับเหยื่อ และด้วยเหตุนี้เองมาตรา 285 มิได้กำหนดเหตุฉกรรจ์ที่ผู้กระทำต้องได้รับโทษหนักขึ้นครอบคลุมมากเพียงพอถึงกรณีที่ผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงจึงกลายเป็นช่องว่างให้ผู้กระทำความผิดรอดพ้นจากการรับโทษสถานหนัก ซึ่งผู้เขียน เห็นว่าตามประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ของสหรัฐอเมริกาที่ได้มีการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในอันที่จะให้ผู้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษเพิ่มขึ้น โดยได้กำหนดตามลักษณะของผู้ถูกกระทำและผู้กระทำไว้ว่า ผู้ถูกกระทำที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี บริบูรณ์ และเป็นสมาชิกในครอบครัว โดยความหมายของสมาชิกในครอบครัวให้หมายรวมถึงผู้กระทำที่เป็น “บุคคลอื่นใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกันโดยการแต่งงาน” ด้วย ดังนั้น แม้ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำมิได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตโดยตรงในฐานะผู้สืบสันดาน แต่หากมีความเกี่ยวข้องกันโดยการแต่งงานและเป็นเหตุให้ต้องอยู่ร่วมชายคาเดียวกันก็เป็นสมาชิกตามความหมาย

ที่กฎหมายกำหนดขึ้นและต้องได้รับโทษที่หนักขึ้นตามเจตนารมณ์ตามกฎหมาย อีกทั้งในส่วนของกฎหมายประเทศอังกฤษที่ได้กำหนดถึงเหตุจรรยาที่ตัวผู้กระทำความผิดต้องรับโทษแม้มิได้อยู่ในชายคาบ้านเดียวกัน แต่เคยเป็นผู้ที่อาศัยอยู่ชายคาเดียวกันกับเหยื่อและไม่ว่าคู่กรณีจะมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตเดียวกันหรือไม่ก็ตามล้วนแต่เข้าข่ายในการที่จะต้องรับโทษที่หนักขึ้นทั้งสิ้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ควรกำหนดนิยามให้ผู้ปกครองครอบคลุมไปถึงผู้มีอำนาจปกครองตามความเป็นจริงด้วย นอกจากนี้ต้องมีการบัญญัติความรับผิดชอบของผู้ปกครองในกรณีมีส่วนชักจูงให้บุคคลอื่นกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็ก หรือผู้ปกครองไม่ช่วยเหลือเพื่อหยุดการทารุณกรรมทางเพศต่อเด็ก จะทำให้การคุ้มครองเด็กตามเจตนารมณ์ของมาตรา 285 ของกฎหมายประเทศไทยดังกล่าวมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

2. ปัญหาว่าด้วยการกำหนดเหตุจรรยาตามมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดโดยบิดาหรือมารดาเลี้ยงที่กระทำต่อลูกเลี้ยง

จากที่ได้กล่าวมาในข้างต้นว่าในปัจจุบันการล่วงละเมิดทางเพศนั้นมิได้เกิดขึ้นจากเฉพาะคนแปลกหน้าที่เหยื่อไม่รู้จัก หากแต่การล่วงละเมิดทางเพศนั้นยังพบได้มากที่สุดจากคนในครอบครัวเดียวกัน ด้วยเพราะมีโอกาสที่จะได้เข้าไปใกล้ชิดเหยื่ออย่างสูง หรือได้รับความไว้วางใจจากผู้ปกครองของเหยื่อเองที่อนุญาตหรือยังสอดส่องให้การดูแลบุตรตนเองที่ไม่เพียงพอจนเกิดเหตุการณ์ร้ายแรงอย่างความรุนแรงทางเพศขึ้น นอกจากนี้แม้ผู้ปกครองจะรับรู้ถึงเหตุการณ์ร้ายแรงแล้วแต่ก็ยังไม่ได้ให้ความสนใจในการที่จะแสดงความปกป้องหรือให้ความยุติธรรมแก่บุตรหลานของตนเองด้วยว่าตนเองนั้นต้องอาศัยพึ่งพาประโยชน์บางประการจากผู้กระทำความผิดจึงก่อให้เกิดการเกรงกลัวไม่กล้าทำหน้าที่ของตนเองในการปกป้อง อีกทั้งในบางกรณียังมีส่วนรู้เห็นเป็นใจผู้ก่อเหตุกระทำการดังกล่าวเช่น ในกรณีที่พบบ่อยสุดคือ บิดาเลี้ยงก่อเหตุล่วงละเมิดทางเพศต่อลูกเลี้ยงของตน และถึงแม้ยังไม่ปรากฏกรณีมารดาเลี้ยงก่อเหตุล่วงละเมิดทางเพศต่อลูกเลี้ยงของตนมากนักเหมือนกับต่างประเทศในประเทศไทยก็ตาม แต่ก็ยังมีปรากฏให้เห็นเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ

อนึ่ง มาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กรณีเหตุในการที่จะเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ได้มีบัญญัติเอาไว้สำหรับผู้ใช้อำนาจปกครอง ซึ่งด้วยเหตุที่เป็นการศึกษาทางกฎหมายอาญา การตีความจึงต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานที่เคร่งครัดเนื่องจากอัตราโทษนั้นมีลักษณะที่ร้ายแรงเป็นผลถึงการริดรอดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลตลอดจนการประหารชีวิตบุคคลดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทก่อนหน้านี้ และเมื่อได้พิจารณาถึงลักษณะการก่อเหตุที่พบบ่อยครั้งและมีความสะเทือนใจต่อสาธารณชนทั่วไปคือ บิดาเลี้ยงกระทำการล่วงละเมิดทางเพศต่อลูกเลี้ยง ซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 285 นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรบัญญัติถ้อยคำนิยามเป็นการเฉพาะในกรณีผู้กระทำความผิดที่เป็นบิดาหรือมารดาเลี้ยง



เนื่องจากเหตุที่เกิดขึ้นในลักษณะนี้มีมากอย่างน่ากังวลในปัจจุบัน อีกทั้งการกำหนดของนิยามควรเป็น การนิยามที่หมายความรวมทั้งบิดาหรือมารดาเลี้ยงตามกฎหมายและตามความเป็นจริง

จากการที่ได้ศึกษากฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ สหรัฐอเมริกา ในมาตรา 720 พบว่า มีการกำหนดลักษณะของเหตุการณ์ไว้หลายกรณีด้วยกัน และกรณีหนึ่งที่ได้กำหนดคือ กรณี ผู้กระทำต่อเหยื่อที่อายุต่ำกว่า 18 ปี และเป็นสมาชิกในครอบครัว โดยความหมายของสมาชิกใน ครอบครัวมีปรากฏในมาตรา 112A-3 หมายถึง สมรส อดีตคู่สมรส พ่อแม่ลูก ลูกติด และบุคคลอื่นที่ เกี่ยวข้องโดยสายเลือด หรือโดยการแต่งงาน ผู้ซึ่งมีส่วนร่วมหรือเคยอยู่อาศัยร่วมกัน บุคคลผู้ซึ่งมี หรือถูกกล่าวหาว่ามีบุตรร่วมกัน หรือบุคคลที่มีส่วนร่วมหรือมีความสัมพันธ์ทางสายเลือด บุคคลผู้ ซึ่งเคยมีความสัมพันธ์แบบคู่รัก หรือเคยหมั้น หรือเคยเป็นผู้ดูแลคนพิการ ไม่มีความสามารถ และ ดูแลผู้ป่วยตามที่กำหนดไว้ในอนุมาตรา (E) ของมาตรา 12-4, 4a แห่งประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 2012 ซึ่งจะเห็นได้ว่าในกฎหมายของสหรัฐอเมริกา มลรัฐอิลลินอยส์ได้กำหนดให้มีการลงโทษ ฐานที่เป็นเหตุการณ์ในเรื่องของการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวไว้อย่าง กว้าง เป็นการหมายรวมถึงกลุ่มบุคคลที่เข้ามาอยู่เป็นสมาชิกในครอบครัวทุกลักษณะ ไม่ว่าจะ เป็นไปด้วยการแต่งงานหรือไม่ก็ตาม นอกจากนี้ในส่วนของกฎหมายประเทศอังกฤษก็ยังสามารถ บัญญัติเพิ่มโทษแก่ผู้ก่อเหตุข่มขืนกระทำชำเรากรณีผู้กระทำและผู้ถูกกระทำมีความสัมพันธ์ใน ครอบครัวด้วยเช่นเดียวกัน โดยให้หมายรวมถึงกรณีที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำได้อาศัยหรือเคย อาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน หรือผู้กระทำได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการให้การฝึกอบรมหรือดูแลผู้ถูกกระทำ ด้วย นอกจากนี้ยังให้หมายความรวมถึง บุคคลที่เป็นคู่สมรสของบิดามารดา และพี่หรือน้องซึ่งเป็น บุตรของคู่สมรสของบิดาหรือมารดาด้วย ทั้งภายใต้บังคับของกฎหมายอังกฤษกรณีเหตุการณ์ ดังกล่าวครอบคลุมถึงกรณีบิดาหรือมารดาเลี้ยงได้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยงไม่ว่าบิดา หรือมารดาเลี้ยงจะได้จดทะเบียนสมรสกับบิดาหรือมารดาของเหยื่อหรือไม่ก็ตาม หากบิดาหรือ มารดาเลี้ยงและลูกเลี้ยง ได้อาศัยหรือเคยอาศัยอยู่ในบ้านเดียวกันแล้วส่วนตกอยู่ภายใต้บังคับแห่ง กฎหมายนี้ทั้งสิ้น และในกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 174 ก็ได้ให้ความ คุ่มครองแก่เหยื่อ ทั้งในกรณีที่ผู้กระทำเป็นบิดาหรือมารดาเลี้ยง ซึ่งเป็นผู้ปกครองตามความเป็นจริง และบิดาโดยสายโลหิต และบิดาบุญธรรมซึ่งเป็นบิดาโดยกฎหมาย หากใช้คุ้มครองเฉพาะกรณี ผู้กระทำเป็นบิดาโดยสายโลหิตและบิดาบุญธรรมตามกฎหมายดังเช่น มาตรา 285 ของประเทศไทย ทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า การให้นิยามในมาตรา 285 ของกฎหมายอาญาประเทศไทยต้องเป็นการ ให้คำนิยามอย่างกว้างด้วยเพราะเหตุอาชญากรรมเช่นนี้ต่อเหยื่อมีลักษณะที่ร้ายแรงอย่างมากและ อยากรต่อการเยียวยา เพราะเหยื่อต้องอยู่ร่วมหรือใกล้ชิดในชายคาเดียวกันกับบุคคลอื่นได้ในหลาย ลักษณะ

3. ปัญหาว่าด้วยเหตุจรรยา ตามมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่ผู้กระทำเป็น  
 เครื่องมือ และคนใกล้ชิด

จากการศึกษาถึงบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 เมื่อพิจารณาถึง  
 กลุ่มคนในอีกลักษณะหนึ่งที่มีบทบาทสำคัญและโอกาสในการใกล้ชิดเหยื่อด้วยความ  
 ความสัมพันธ์ที่สนิทสนมและเป็นที่ยอมรับจากครอบครัวเหยื่อหรือตัวเหยื่อเองนั้น ยังมีได้ถูก  
 กล่าวถึงในบทบัญญัติดังกล่าว เช่น เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดาหรือ  
 มารดาเดียว หรือเป็นเครื่องมือและคนใกล้ชิดในลักษณะอื่น อย่างที่เคยเกิดกรณีการข่มขืนกระทำ  
 ชำเราที่มักเกิดโดยเครื่องมือที่แม่ไม่ได้อยู่ในชายเดียวกัน หรือเหตุการณ์ที่เกิดจากเพื่อนของ  
 ครอบครัวเหยื่อหรือตัวเหยื่อเอง เช่น เพื่อนพ่อวัย 63 ปี ก่อเหตุข่มขืนเด็กหญิงวัย 9 ขวบ โดยแม่ของ  
 เด็กหญิงได้เข้าแจ้งความที่ สภ.ท่าแพ ว่าลูกสาววัย 9 ขวบ ถูกเพื่อนของอดีตสามีข่มขืนกระทำชำเรา  
 มาตั้งแต่อายุ 8 ขวบ โดยเหตุเกิดที่บ้านของตนทุกครั้ง คาดว่าฉวยโอกาสข่มขืนในช่วงเวลาที่ตนทิ้ง  
 ลูกให้อยู่บ้านคนเดียว เนื่องจากมีอาชีพรับจ้างทั่วไป หลังจากข่มขืนแล้ว หรือ ชายวัย 62 ข่มขืนลูก  
 สาวเพื่อน ทั้งที่รู้เหยื่อพิการทางสมอง ก่อนเกิดเหตุชายเล็ก (นามสมมุติ) ได้มาว่าจ้างนายจำลอง  
 ผู้ต้องหา ให้มาช่วยไถนาที่บริเวณข้างบ้านของตนเอง ซึ่งต้องใช้เวลาอยู่หลายวัน ในเช้าวันเกิดเหตุ  
 นายเล็กได้เดินกลับมาที่บ้าน ก็เห็นนายจำลองกำลังลงมือข่มขืน น.ส.เอ (นามสมมุติ) อายุ 30 ปี  
 บุตรสาวของตน ที่สติปัญญาไม่ดี และอยู่บ้านเพียงลำพัง

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าเหยื่อในเหตุการณ์ดังกล่าวจะมีลักษณะที่เป็นเด็กหรือผู้พิการ  
 ทูพพลภาพไม่สามารถให้การช่วยเหลือตนเองได้ และด้วยมีเหตุที่ต้องมีความจำเป็นในการที่เหยื่อ  
 จะต้องเข้าไปอยู่ใกล้ชิดกับคนอื่นที่มีโชษญาติใกล้ชิดหรือคนที่เป็นคนแปลกหน้าแต่มีข้อเท็จจริงที่  
 บ่งชี้ว่ามีความสนิทและได้รับการไว้วางใจให้เข้าใกล้เหยื่อในระดับหนึ่งจากครอบครัวหรือตัวเหยื่อ  
 เอง และเมื่อบุคคลเหล่านี้สามารถเข้าถึงตัวเหยื่อได้ง่ายกว่าบุคคลอื่นทั่วไป ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลจาก  
 การที่สนิทสนมรู้จักกัน หรือด้วยการที่เป็นเครื่องมือแม้มิได้อยู่ชายคาเดียวกันก็ทำให้สามารถ  
 เข้านอกออกในบ้านพักอาศัยได้ง่าย ที่โดยหลักแล้วควรเป็นที่ที่ปลอดภัยที่สุดสำหรับเหยื่อ ทำให้มี  
 โอกาสก่อเหตุได้ง่ายกว่าคนปกติทั่วไปเป็นอย่างมาก

เมื่อย้อนไปเมื่อครั้งในอดีตที่มีการร่างกฎหมายหรือข้อบัญญัติ สภาพบริบทสังคม  
 โดยรวมของประเทศไทยยังไม่มีกรณีเช่นนี้มากเท่ากับในปัจจุบัน จึงเป็นเหตุทำให้ไม่มีซึ่งเหตุผลที่  
 เพียงพอในอันที่ทำให้ผู้ร่างกฎหมายหรือนิยามข้อบัญญัติของกฎหมายให้กว้างเกินในอันที่  
 ครอบคลุมกำกับยับยั้งผู้กระทำความผิดได้ทุกประเภท ด้วยเพราะโทษทางอาญาของความผิด  
 ลักษณะนี้มีอัตราโทษที่ร้ายแรง อย่างไรก็ตาม เมื่อในยุคปัจจุบันเหตุการณ์สะเทือนขวัญในลักษณะ  
 นี้มีเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องเป็นที่สะเทือนขวัญต่อสังคมโดยรวมอย่างมาก และมักจะเป็นที่สะเทือน

ขวัญยิ่งกว่าการก่อเหตุจากคนแปลกทั่วไปเสียด้วยซ้ำที่มีได้มีความเกี่ยวพันอันใดกับเหยื่อ ทั้งนี้จึงเป็นเหตุผลที่ผู้เขียนมีความเห็นว่ามาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยควรนิยามบทบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดที่เป็นหรือญาติแม้มิได้อยู่ชยคาบ้านเดียวกันกับเหยื่อ หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่อยู่กินฉันสามีภรรยา กับญาติของเหยื่อ โดยไม่ได้มีการสมรสตามกฎหมายหากก่อเหตุกระทำความผิดก็ต้องรับโทษในฐานะที่เป็นเหตุฉกรรจ์ รวมไปถึงบุคคลใดก็ตามที่เมื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นได้แล้วว่าอาศัยความใกล้ชิดต่อครอบครัวเหยื่อหรือตัวเหยื่อเอง หรือแม้แต่ความใกล้ชิดหรือสนิทนั้นเคยเกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาหนึ่งและจบไป แต่ต่อมาได้กลับเข้ามาก่อเหตุก็ให้หมายควมรวมอยู่ในนิยามคนใกล้ชิดนี้ด้วยที่จะต้องรับผิดชอบหนักกว่าคนปกติทั่วไปด้วยการรับโทษที่หนักขึ้นตามมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

## 2. ข้อเสนอแนะ

ตามปัญหาที่ได้ทำการศึกษาในมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พบว่าผู้ก่อเหตุที่มีลักษณะใกล้ชิดและอาศัยความสัมพันธ์พิเศษในการกระทำความผิดนั้นยังไม่ได้มีการนิยามบทบัญญัติของกฎหมายให้ครอบคลุมมากเพียงพอที่จะบรรลุวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายในการที่จะเพิ่มบทลงโทษเพื่อก่อให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิดของผู้ที่มีความใกล้ชิดหรือมีหน้าที่ในการให้ความปกป้องคุ้มครองและดูแลคนในครอบครัว ทั้งนี้แม้ในมาตรา 285 จะได้มีการเพิ่มโทษผู้ปกครองตามความเป็นจริงที่ข่มขืนผู้อยู่ภายใต้ปกครอง โดยการเพิ่มคำว่า “ผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด” แล้วก็ตาม ผู้เขียนก็ยังมีความเห็นว่า พ่อเลี้ยงในลักษณะอื่นก็อาจจะไม่ได้อยู่ในความหมายของบทบัญญัตินี้ เนื่องจากตามเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริงนั้นผู้กระทำความผิดที่เป็นบิดาเลี้ยงหรือมารดาเลี้ยงของเหยื่ออาจไม่ได้มีอำนาจหรือสามารถอำนวยความสะดวกในการศึกษาหรือทรัพย์สินรวมทั้งปัจจัยอื่นกับเหยื่อแต่ประการใด แต่เป็นเพียงผู้ที่มีความสัมพันธ์กับบิดาและมารดาของเหยื่อแต่เพียงเท่านั้นอีกทั้งยังไม่ได้อาศัยอยู่ในชยคาเดียวกัน หากแต่สบโอกาสในการที่ตนใกล้ชิดกับครอบครัวในการก่อเหตุร้ายดังกล่าว

นอกจากนี้แล้วแม้ในสังคมจะเกิดเหตุการณ์ที่บิดามารดาเลี้ยงก่อเหตุอาชญากรรมทางเพศแก่เหยื่อซึ่งเป็นคนในครอบครัวเป็นจำนวนมากแล้วก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงตัวผู้ก่อเหตุที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับในลำดับที่รองลงมาอย่างหรือญาติ ทั้งเป็น โดยสายเลือดหรือโดยการแต่งงาน อาทิ เขยหรือสะใภ้ก็เป็นอีกหนึ่งในลักษณะกลุ่มคนที่สามารถเข้ามาปฏิบัติสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับเหยื่อได้เช่นกัน และด้วยความที่ความสัมพันธ์แบบญาติเช่นนี้แล้วก็อาจเป็นช่องว่างที่ครอบครัวของเหยื่อเผลอให้ความไว้วางใจ โดยนึกไม่ถึงว่าด้วยความที่เป็นลูกหลานเป็นญาติกันแล้วผู้ก่อเหตุ

จะกล่าวถึงมือกระทำความผิดที่สะท้อนจิตใจอย่างเลวร้ายถึงเพียงนั้นได้ นอกจากนี้แล้วอีกหนึ่งกลุ่มคนที่แม้มิได้เกี่ยวพันกัน โดยกฎหมายหรือโดยทางสายเลือดแต่เป็นผู้ที่ใกล้ชิดรู้จักสนิทสนมและใช้โอกาสนี้ล้วงละเมิดทางเพศกับเหยื่อเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นกลุ่มคนที่สมควรอย่างยิ่งในการที่กฎหมายจะต้องนำตัวมาลงโทษอย่างถึงที่สุด เพราะกลุ่มคนเหล่านี้เปรียบเสมือนที่พึ่งที่สุดท้ายและปลอดภัยที่สุดที่เหยื่อมีความเชื่อสนิทใจว่าจะปกป้องคุ้มครองเหยื่อได้ แต่ในทางกลับกันแล้วกลุ่มคนเหล่านี้เองเป็นผู้ที่ทำร้ายเหยื่อ ผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการแก้ไข ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 จากเดิมที่บัญญัติว่า

มาตรา 285 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดานศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล หรือผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม”

โดยเพิ่มเติมถ้อยคำต่อไปนี้แทน

มาตรา 285 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ผู้มีความสัมพันธ์เป็นเครือญาติตามกฎหมาย หรือผู้มีความสัมพันธ์เป็นเครือญาติตามความเป็นจริง ผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครองตามกฎหมาย หรือผู้อยู่ในปกครองตามความเป็นจริงในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม”

ทั้งนี้ เพื่อเป็นการขยับยั้งโอกาสที่เป็นช่องว่างให้ผู้กระทำความผิดทางเพศจากคนที่มีความใกล้ชิดต่อเหยื่อในลำดับต้นๆ ให้ได้โทษหนักขึ้นในฐานะที่เป็นเหตุจูงใจอันเป็นผลมาจากการกระทำที่เลวร้ายของตนสมตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในอันที่จะควบคุมให้ผู้มีหน้าที่หลักหรือส่วนร่วมในการดูแลคนใกล้ชิดหรือในครอบครัวด้วยศีลธรรมอันดี มีจิตสำนึกในการรู้รับผิดชอบชั่วดีมีความละเอียดใจต่อการกระทำของตน

เพิ่มเติมคำนิยามศัพท์เพิ่มอีก 4 อนุมาตรา คือ มาตรา 1 (19) – (22) โดยมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 1 (19) “ผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด หมายถึง ผู้ที่อาศัยข้อเท็จจริงในการทำความรู้จักทั้งครอบครัวหรือผู้ถูกกระทำเป็นช่วงระยะเวลาไม่น้อยกว่า 6 เดือน หรือเคยรู้จักทั้งครอบครัวหรือผู้ถูกกระทำเป็นระยะเวลาหนึ่ง ในการกระทำความผิด”

มาตรา 1 (20) “ผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง หมายถึง ลุง ป้า น้า อา ลุงเขย ป้าสะใภ้ น้าเขย ตลอดจนบุคคลอื่นใดที่ให้การอุปการะแก่ผู้ถูกกระทำ”

มาตรา 1 (21) “บิดาเลี้ยง หรือ มารดาเลี้ยง หมายถึง บิดาที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย หรืออยู่กินกันฉันสามีภรรยา กับมารดาเลี้ยง และ มารดาที่จะทะเบียนสมรสตามกฎหมาย หรืออยู่กินกันฉันสามีภรรยา กับบิดาเลี้ยง”

มาตรา 1 (22) “เครือญาติ หมายถึง ผู้กระทำความผิดที่เป็นเครือญาติกับผู้ถูกกระทำ ความผิดทั้งทางสายเลือด หรือ โดยการสมรสตามกฎหมายหรือการอยู่กินกันฉันสามีภรรยา”



บรรณานุกรม



## บรรณานุกรม

- กรมองค์การระหว่างประเทศ. (2551). ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพฯ : กระทรวงการต่างประเทศ.
- กมลินทร์ พินิจภูวดล. “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก : สิทธิเด็กในประเทศไทย.” บทบัณฑิตย์. เล่มที่ 53. น. 100-105. (ธันวาคม 2540).
- กฤตยา อาชวนิจกุล. (2558). ข่มขืน มายาคติและความรุนแรงซ้ำซ้อน. นครปฐม: สมาคมเพศวิถีศึกษา.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2557). กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2. กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานคร. (2549). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. (พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์.
- คณิต ณ นคร. (2555). กฎหมายอาญาภาคความผิด. (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขปรับปรุงใหม่). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- จิตติ ดิงศักดิ์. (2548). กฎหมายอาญา ภาค 2. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- จิราวัฒน์ แซ่มชัยพร. (2551). การคุ้มครองเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2539). อิทธิพลของฝรั่งเศส ในการปฏิรูปกฎหมายไทย. กรุงเทพฯ : นิติธรรม.
- ชิดชนก แผ่นสุวรรณ. (2548). ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวง ถึงประมวลกฎหมายอาญา. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.
- ธีรพล วัฒนศักดิ์. (2558). เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, กรุงเทพฯ.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2551).ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. (พิมพ์ครั้งที่ 21). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ทัศนีย์ คนแล, ยุนี พงศ์จตุรวิทย์ และมณีนรัตน์ ภาครูป. (2553). ประสบการณ์ของการถูกทารุณกรรมทางเพศในวัยรุ่นหญิง. วารสารการพยาบาลและการศึกษา.

ประธาน วัฒนวาณิชย์. (2546). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ :  
ประกายพริก.

ประมวลกฎหมายอาญา.

ผู้จัดการออนไลน์. (2553). จับแม่ชู้บังคับลูกบำเรอพ่อเลี้ยง (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก

:<http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=9530000110437>.

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

พระราชบัญญัติการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

ไพรัช บวรสมพงษ์. (2548). การคุ้มครองเด็กผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญากับ  
ประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็ก. (วิทยานิพนธ์ดุสิตบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์).

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.

ภัทรานาด ชาติธิเบศร์. (ม.ป.ป.). “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (ตอนที่ 1).” สืบค้นเมื่อวันที่ 23

มกราคม 2565. จาก <http://www.13nr.org/post/258581>.

ศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศกลาง สำนักงานตำรวจแห่งชาติ. (2557). สถิติคดีข่มขืน (พ.ศ.2552-2556)

(ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [pitc.police.go.th](http://pitc.police.go.th).

สุขมา อรุณจิต. (2562). ปัญหาความรุนแรงทางเพศ : บทสะท้อนความไม่เสมอภาคระหว่างเพศ.  
รายงาน.

สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. (2552). ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำ  
ชำเรากับการกระทำอนาจาร. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์).

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.

สุพิศ ประณีตพลกรัง. (2560). หลักและทฤษฎีกฎหมายอาญา. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์. (2558). วิเคราะห์คำพิพากษาฎีกาด้วยหลักกฎหมายเยอรมัน. (พิมพ์ครั้งที่ 1).

กรุงเทพฯ: เจริญรัฐการพิมพ์.

สุวิทย์ วนาสวรรณวิชและคณะ. (2554). เหตุเพิ่มโทษของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำ

ชำเรที่เป็นนักการเมือง. (งานค้นคว้าอิสระบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยทักษิณ,  
สงขลา.

สาวตรี ภูไชยแสง. (2552). เงื่อนไขแห่งการลงโทษภาวะวิสัย: ศึกษาอายุผู้เสียหายที่เป็นเด็กใน

ความผิดเกี่ยวกับเพศ. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์).

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, กรุงเทพฯ.

สืบเนื่องการสัมมนาวิชาการเนื่องในโอกาสการสถาปนาคณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มธ. ปีที่ 65.

คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.



- เสถียร วิชัยลักษณ์. (2495). กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. กรุงเทพฯ : นิติเวชช์.
- สทรน รัตนไพจิตร. (2527). *ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา*. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- สำนักข่าวทีนิวส์. (ออนไลน์). “เลวสุดบรรยายพ่อเลี้ยงลักพาตัวและข่มขืน 2 พี่น้อง จนตั้งท้องคู่ หากติดต่อแม่จะฆ่ากกรัว.” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 มกราคม 2565.  
จาก <http://tnews.co.th/contents/394652>.
- หยุด แสงอุทัย. (2556). กฎหมายอาญา ภาค 1. (พิมพ์ครั้งที่ 21). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- \_\_\_\_\_. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- หนังสือพิมพ์ข่าวสด. (ออนไลน์). “สดคคิข่มขืนเด็กฝรั่งเศสที่พญา แม่รู้เห็นทุกครั้งที่พ่อเลี้ยงย่ำยี้ ทุ้ลูกสาว-ลูกชาย.” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 มกราคม 2565.  
จาก [https://www.khaosod.co.th/special-stories/news\\_431799](https://www.khaosod.co.th/special-stories/news_431799).
- หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ. (ออนไลน์). “รวบแล้วพ่อเลี้ยง ข่มขืนลูกวัย 12 สดคแม่แท้ๆ รู้เห็น.” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 มกราคม 2565. จาก <https://www.thairath.co.th/news/local/502266>.
- อุนิษา เลิศโตมรสกุล และอัญญา ชูบำรุง. (2558). อาชญากรรมและอาชญาวิทยา. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- องค์การการค้าของคุรุสภา. (2537). กฎหมายตราสามดวง เล่ม 2. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: คุรุสภาลาดพร้าว.
- อัจฉริยา ชูตินันท์. (2563). อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- อภิรักษ์ ทิมวงศ์. (2544). *สิทธิของเหยื่ออาชญากรรมในกฎหมายระหว่างประเทศ : ผลกระทบต่อประเทศไทย*. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.
- อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2556). ทฤษฎีอาญา. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- Christine Adams. (2537). Mother Who Fails to Protect Their Children from Sexual Abuse: Addressing the Problem of Denial (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก :<http://heinonline.org>.
- Herbert L. Packer, (1968). *The Limits of the Criminal Saction*. Stanford, Cal: Stanford University Press.
- Steven D. Levitt and Thomas J. Miles. (2007). “Empirical study of criminal punishment.”  
Handbook of Law and Economic. Volume 1. Elsevier. P.458.

## ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ	นางสาวรุจิกร อินทรสกุล
วัน เดือน ปีเกิด	23 มกราคม 2537
สถานที่เกิด	อำเภอเมืองยะลา จังหวัดยะลา
ประวัติการศึกษา	ปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ พ.ศ. 2560
สถานที่ทำงาน	สำนักงานอธิการบดี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช
ตำแหน่ง	เจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป

