

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีการกำหนดเหตุการณ์ในกรณี การทำร้ายร่างกายเด็กโดยเจตนา

ในบทนี้จะกล่าวถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกำหนดเหตุการณ์ในกรณีการทำร้ายร่างกายเด็กโดยเจตนา ซึ่งผู้วิจัยได้ทำการศึกษาจากแนวคิดในทางจิตวิทยา อาชญาวิทยาและสังคมวิทยา อีกทั้งยังศึกษาทฤษฎีการลงโทษต่างๆที่เหมาะสมกับการกำหนดกรอบความคิดทางด้านการกำหนดเหตุการณ์ในกรณีการทำร้ายร่างกายเด็กให้มีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เช่น ทฤษฎีการลงโทษแก้แค้นทดแทนต่อผู้กระทำความผิด เป็นต้น นอกจากนี้ยังศึกษาถึงสาเหตุที่แท้จริงของการกระทำความผิดและแนวคิดความเป็นมาของกำหนดเหตุการณ์อีกด้วย

2.1 แนวความคิดในการกำหนดความผิดและโทษในกฎหมายอาญา

คำว่า “สังคม” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายถึง คนจำนวนหนึ่งที่มีความสัมพันธ์ต่อกันตามระเบียบ กฎเกณฑ์ โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญร่วมกัน เนื่องจากสังคมแต่ละสังคมประกอบไปด้วยคนที่มาจากหลากหลายเชื้อชาติ จึงทำให้มีความแตกต่างกันทั้งในส่วนของขนบธรรมเนียม วัฒนธรรม ประเพณีที่อาจก่อให้เกิดความวุ่นวายและปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจากเหตุของความแตกต่างนั้น การอยู่ร่วมกันในสังคมจึงควรที่จะมีกฎเกณฑ์ของแต่ละสังคมเพื่อนำมาใช้ในการควบคุมและกำกับดูแลพฤติกรรมของคนในสังคมนั้นๆ ซึ่งกฎเกณฑ์สำคัญที่ใช้ในการกำกับดูแลนั้นก็คือกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายอาญาที่มีวัตถุประสงค์ในการตราขึ้นเพื่อกำหนดโทษสำหรับการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือบรรทัดฐานของสังคมอันเป็นรากฐานของกฎหมายที่ตราขึ้น

Nullumcrimen, nullapoena sine lege(No crime nor punishment without law)ถือเป็นสุภาษิตกฎหมายอาญาที่สำคัญที่วางหลักในเรื่องของการ “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย” เนื่องจากการกระทำใดที่ถือเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายและต้องรับผิดทางอาญานั้นจะต้องเป็นการกระทำที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน เพราะผลของกฎหมายอาญาเป็นเรื่องของความผิดและโทษที่มีผลกระทบต่อเสรีภาพ เนื้อตัว ร่างกายและทรัพย์สิน จึงต้องมีบทบัญญัติที่ชัดเจนในการวาง

กรอบกติกาไว้ว่าสิ่งใดสามารถกระทำได้ และสิ่งใดไม่สามารถที่จะกระทำได้ เพื่อให้สมาชิกในสังคมได้รับทราบและยับยั้งชั่งใจ และเรียนรู้ในกรณีที่หากฝ่าฝืนกระทำการอันขัดต่อกฎหมายแล้วนั้น จะถือว่าเป็นความผิดและจะต้องได้รับโทษทัณฑ์ตามที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำดังกล่าว นั้นเป็นความผิด ทั้งนี้การจะรับผิดทางอาญานั้นจะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบของการกระทำของผู้นั้นด้วยว่า ได้กระทำความผิดประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดหรือไม่¹

2.1.1 แนวคิดการกำหนดความรับผิดทางอาญา

แนวคิดในของการกำหนดความรับผิดทางอาญานั้น มีขึ้นมาเพื่ออธิบายว่าการกระทำใดบ้าง ที่ควรกำหนดให้เป็นความรับผิดทางอาญา ซึ่งจะเป็นการเริ่มอธิบายจากวิวัฒนาการของการกำหนดความผิดทางอาญา แนวคิดในปัจจุบัน และการนำทฤษฎีสัดส่วนการลงโทษมาใช้ในการกำหนดโทษ ดังต่อไปนี้

1) วิวัฒนาการของการกำหนดความผิดทางอาญา²

สำหรับการกำหนดความผิดทางอาญานั้นมีวิวัฒนาการที่สำคัญอยู่ 3 ช่วง คือ การใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม การใช้เกณฑ์ทางสังคมและการใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

(1) การใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม

ในสังคมดั้งเดิมนั้นการกำหนดว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิดทางอาญาจะใช้มาตรวัดทางศีลธรรมมากำกับ กล่าวคือหากการกระทำใดที่เป็นการผิดศีลธรรม การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาและจะต้องถูกลงโทษ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวนี้สามารถใช้ได้อย่างดีกับสังคมพื้นฐานและต้องเป็นสังคมที่มีจำนวนคนอยู่ไม่มากนัก เนื่องจากความจำเป็นในการใช้กฎหมายเทคนิคเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมยังไม่จำเป็นต้องใช้ ดังนั้น ในยุคปัจจุบันการกระทำผิดตามกฎหมายอาญากับการทำความผิดจึงเป็นเรื่องเดียวกัน อย่างไรก็ตามเมื่อสังคมมีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงขึ้น มีจำนวนประชากรในสังคมมากขึ้น ความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมจึงต้องเกิดขึ้นตามไปด้วย ทำให้เกิดการเคลื่อนตัวของกฎหมายออกจากศีลธรรมแต่ไม่ได้แยกออกกันอย่างชัดเจนและเด็ดขาดจนทำให้เกิดสถานะของการบังคับใช้กฎหมายและศีลธรรมที่มีความสัมพันธ์แบบทับซ้อนกัน เช่น บางกรณีอาจเป็นการกระทำที่ผิดทั้งทางกฎหมายและผิดทางศีลธรรม แต่บางกรณีก็อาจจะเป็นการผิดทางศีลธรรมอย่างเดียวแต่ไม่ผิดทางกฎหมาย และบางกรณีก็ผิดทางกฎหมายอย่างเดียวแต่ไม่ผิดทางศีลธรรม

¹ คณิต ฒ นคร. (2553). พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 73-74.

² ปกป้อง ศรีสนิท. (2559). กฎหมายอาญาชั้นสูง. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 19-21.

(2) การใช้เกณฑ์ทางสังคม

การใช้เกณฑ์ดังกล่าวมีมุมมองที่ว่า การกระทำความผิดคือการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม ซึ่ง Durkheim ได้เสนอแนวคิดที่ว่า "อาชญากรรม คือ การกระทำที่ทำร้ายสภาพสังคมที่เข้มแข็งของการรับรู้ร่วมกัน" จึงทำให้อาชญากรรมกลายเป็นสิ่งที่สังคมรับรู้ร่วมกันว่าการกระทำดังกล่าวนั้นคืออาชญากรรมที่เป็นการกระทำที่ไม่สมควรจะกระทำ แต่อย่างไรก็ดีแนวคิดดังกล่าวยังสร้างความไม่แน่นอนและชัดเจนให้กับกฎหมายอาญาเนื่องจากเวลาเกิดการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นก็เป็นการยากที่จะหาตัวแทนของสังคมมาชี้และตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นอาชญากรรมและควรที่จะต้องถูกลงโทษหรือไม่

(3) การใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย

แนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยมองว่า กฎหมายที่ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องเป็นสิ่งที่ออกมาจากรัฐสภาซึ่งอยู่ในสถานะของผู้แทนประชาชน ดังนั้น เมื่อรัฐสภาออกกฎหมายที่กำหนดความผิดได้มาแล้วก็ย่อมเป็นกฎหมายที่จะบังคับใช้ได้ตามความประสงค์ของประชาชนแม้กฎหมายที่กำหนดความผิดขึ้นใหม่อาจจะไม่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมเลยก็ตาม โดยการใช้อุปกรณ์ดังกล่าวยึดหลักที่ว่ารัฐสภาเห็นว่าการกระทำใดควรลงโทษ การกระทำดังกล่าวนั้นก็มีความผิดทางอาญา ซึ่งในปัจจุบันฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นผู้กำหนดให้พฤติกรรมใดเป็นการกระทำความผิดทางอาญาโดยจะทำการพิจารณาว่าพฤติกรรมดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำที่ขัดกับความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือไม่

จากที่กล่าวมาข้างต้นในเรื่องของวิวัฒนาการการกำหนดความผิดทางอาญา สามารถอธิบายถึงมีหลักการมาจากการใช้เกณฑ์ทางศีลธรรมและเกณฑ์ทางสังคมเป็นหลักในการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น โดยเฉพาะกรณีของการทำร้ายร่างกายเด็กนั้นจะต้องนำเอามาตรวัดทางศีลธรรมมากำกับเพื่อให้แสดงให้เห็นถึงความชั่วร้ายของการกระทำต่างๆ และนำเอาผลกระทบที่เกิดแก่สังคมมาพิจารณาประกอบด้วยเพื่อให้เกิดการคุ้มครองผู้ถูกระทำที่เป็นเด็กให้ได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งจะต้องนำเกณฑ์ทางกฎหมายมาเป็นกรอบในการกำหนดบทลงโทษด้วย เพื่อให้เหตุผลกรรจ์ดังกล่าวกลายเป็นบทลงโทษตามกฎหมายที่สามารถบังคับใช้ได้โดยไม่ขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

2) แนวคิดการกำหนดความผิดทางอาญา

ในปัจจุบันแนวคิดของการกำหนดความผิดทางอาญา จะเน้นการพิจารณาไปที่ความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นส่วนใหญ่ โดย Bernard Bouloc กล่าวว่า “ปรากฏการณ์อาชญากรรม หมายถึง เหตุการณ์ที่ได้ถูกกำหนดให้เป็นความผิดและถูกลงโทษด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นและส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม (ordre social)” ซึ่งแนวคิดต่างๆ มีความชัดเจนในตัวเองเรื่องของการยอมรับอำนาจนิติบัญญัติที่เป็นผู้กำหนดฐานความผิดและบทลงโทษพร้อมๆ ไปด้วยให้แนวทางว่าจะต้องเป็นการลงโทษการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมด้วย เมื่อความผิดทางอาญาถูกกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อลงโทษการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมแล้วจึงทำให้ความผิดอาญาไม่ใช่การกระทำที่เป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบน เมื่อทำการฝ่าฝืนก็อาจจะทำให้ถูกลงโทษทางสังคม หรือกระทำผิดธรรมดาที่เป็นบาป ซึ่งมีสภาพบังคับทางศาสนาหรือทางความรู้ รวมทั้งบางกรณีก็สามารถมีสภาพบังคับทางสังคมและเป็นการกระทำที่ละเมิดทางกฎหมายแพ่งได้ จึงทำให้การกระทำดังกล่าวนั้นย่อมมีสภาพบังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งด้วย³

สำหรับแนวคิดการกำหนดความผิดทางอาญานั้น ได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อลงโทษผู้กระทำ ความผิดตามกฎหมาย อันเนื่องมาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ซึ่งกรณีการทำร้ายร่างกายที่ได้กระทำต่อเด็กนั้นก็ถือเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นอย่างมากเช่นกัน จึงทำให้การกระทำดังกล่าวนี้เป็นกรกระทำที่มีความเหมาะสมและเพียงพอต่อการกำหนดเป็นเหตุที่ผู้กระทำผิดจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นเป็นการเฉพาะตามหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดทางอาญาด้วย

3) แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำผิดคดีนิสัย

การกระทำผิดคดีนิสัย⁴ หมายถึง การกระทำผิดซ้ำซากหรือการกระทำความผิดบ่อยครั้งจนเกิดติดเป็นนิสัย ซึ่งแต่เดิมบุคคลที่ได้กระทำความผิดคดีนิสัยจะใช้คำเรียกว่า “ผู้กระทำผิดโดยสันดาน” โดยจะต้องเป็นผู้ที่กระทำผิดซ้ำซาก กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำผิดซ้ำหลายๆ ครั้ง โดยหากเป็นการกระทำความผิดซ้ำเพียงครั้งเดียวโดยถือเป็นการกระทำความผิดครั้งที่สองเท่านั้นแต่ยัง

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 21-22.

⁴ มนตร์ รัชศรี. (2553). การกระทำผิดซ้ำของผู้ต้องขังในเรือนจำพิเศษธนบุรี. สารนิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการบริการงานยุติธรรม ภาควิชาสังคมสงเคราะห์ศาสตร์, คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 38.

ไม่ถือว่าผู้กระทำการดังกล่าวเป็นผู้กระทำผิดคดีนี้เสียแต่อย่างใด โดยถือเป็นเพียงผู้กระทำความผิดซ้ำเท่านั้น แต่ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวนั้น ได้กระทำผิดซ้ำขึ้นตั้งแต่สามครั้งขึ้นไปควรจะได้ถือว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดคดีนี้หรือผู้กระทำความผิดโดยสันดานแล้ว

สำหรับแนวคิดในเรื่องของการกระทำผิดคดีนี้ขึ้น ได้มีการนำมาปรับใช้ในกฎหมายไทย เช่นกัน โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 41 ประมวลกฎหมายอาญา เรื่องของวิธีการเพื่อความปลอดภัย⁵ แต่ในประมวลกฎหมายอาญานั้นกลับไม่มีการกำหนดคำนิยามของการกระทำผิดคดีนี้เสียไว้อย่างชัดเจน อีกทั้งยังกำหนดโทษของการกระทำดังกล่าวไว้เพียงเรื่องของวิธีการเพื่อความปลอดภัยในลักษณะของการกักกันเท่านั้น แต่ผู้วิจัยมีความเห็นว่ากรกระทำผิดคดีนี้ขึ้นเป็นการกระทำที่มีความชั่วร้ายในจิตใจที่มากกว่าการกระทำความผิดโดยทั่วไป เพราะผู้กระทำความผิดยังไม่เจ็ดหลาบกับโทษของการกระทำความผิดที่ตนได้ก่อไว้ โดยเฉพาะในเรื่องของการทำร้ายร่างกายเด็ก ผู้วิจัยจึงเห็นควรให้นำเอาแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดคดีนี้มาประยุกต์ใช้กับการทำร้ายร่างกายเด็กด้วย โดยเห็นควรให้โทษของการกระทำผิดคดีนี้ในความผิดดังกล่าวมีโทษที่อัตราสูงกว่าการกักกัน เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเจ็ดหลาบกับการกระทำที่ตนได้ก่อ และเพื่อเป็นการป้องกันผู้ที่อาจจะกระทำความผิดให้เกรงกลัวต่อการกระทำความผิดอีกด้วยจากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำผิดคดีนี้ นั้นเป็นอีกแนวคิดหนึ่ง ที่ควรนำมาปรับใช้กับการทำร้ายร่างกายเด็ก เพื่อให้การแก้ไขปัญหากรณีดังกล่าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและครอบคลุมในการกระทำความผิดแต่ละกรณีมากยิ่งขึ้น⁶

4) แนวคิดสัดส่วนการลงโทษ

การลงโทษนั้นถือเป็นผลที่จำเป็นสำหรับการก่ออาชญากรรมและต้องกำหนดโทษโดยคำนึงถึงสัดส่วน ที่เหมาะสมระหว่างการประกอบอาชญากรรมที่ผ่านมากับการลงโทษที่เหมาะสม โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักแห่งความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ซึ่งหลักแห่งความได้สัดส่วนดังกล่าวนี้ถือเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจออกคำสั่ง ฎข้อบังคับทางกฎหมาย โดยถือว่าเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่ถูกอยู่ภายใต้อำนาจ ซึ่งเป็นหลักการที่เรียกร้องให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ถูกอยู่

⁵ คณิต ฅ นคร. (2560). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 468-470.

⁶ สุพิชฌาย์ ศิริวัฒนา สิตะสิทธิ์. (2558). *แนวทางที่เหมาะสมในการลงโทษและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดซ้ำในกระบวนการยุติธรรมไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 414.

ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะและพอประมาณ หลักแห่งความได้สัดส่วนมีสาระสำคัญ ประกอบด้วยหลักการย่อย ๆ 3 หลักการด้วยกัน คือ

(1) หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) หรือ หลักความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) กำหนดว่าในบรรดามาตรการต่างๆ ที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครอง ออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนได้นั้น จะต้องใช้วิจรรณญาณในการเลือกออกมาตรการที่สามารถ ดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น และหาก มาตรการใดที่ไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจปรากฏ เป็นจริงขึ้นมาได้ ย่อมเป็นมาตรการที่ไม่มีผลใช้บังคับได้ เนื่องจากหลักความสัมฤทธิ์ผลนี้เป็น หลักการที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์เชิงเหตุ (cause) และผล (effect) โดยถือว่ามาตรการที่ฝ่าย ปกครองออกมาใช้บังคับนั้นเป็นเหตุ (cause) และสิ่งที่กฎหมายแม่บทได้มอบอำนาจโดยประสงค์ จะให้เกิดขึ้นเป็นผล (effect) มาตรการที่ไม่อาจก่อให้เกิดผลตามประสงค์จะทำให้เกิดขึ้นได้อย่างแน่แท้ จึงทำให้มาตรการที่ก่อให้เกิดผลตรงกันข้ามกับหลักการดังกล่าวนี้เป็นมาตรการที่ไร้ความหมาย อย่างสิ้นเชิง ดังนั้น หากฝ่ายปกครองตัดสินใจออกมาตรการที่ไม่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ ของกฎหมายที่ออกมาบรรลุผลได้จะถือว่า การใช้อำนาจของทางฝ่ายปกครองดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ

(2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) เป็นการกล่าวถึงบรรดามาตรการ หลายๆ มาตรการที่ทางฝ่ายปกครองได้ออกมานั้นเป็นมาตรการที่ล้วนแต่ชอบด้วยหลักความ สัมฤทธิ์ผลหรือหลักความเหมาะสมแล้ว แต่มาตรการดังกล่าวนั้นก็กลับเป็นมาตรการที่ส่งผลกระทบต่อ สิทธิ เสรีภาพและประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชน จึงทำให้ฝ่ายปกครองจะต้องทำการ ตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยหรือก่อให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด ซึ่งมาจาก แนวความคิดที่ว่า “ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายตั้งแต่สองสิ่งขึ้นไปที่ต้องเลือก บุคคลควรจะต้องเลือกสิ่ง ที่เลวร้ายน้อยที่สุด” ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรได้เพียงเท่าที่ จำเป็นเพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ออกมาเท่านั้นจึงจะถือว่าการออกมาตรการ ดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจที่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the narrow sense) หรือ หลักความสมเหตุสมผล เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพระหว่าง ความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนหรือผู้อยู่ใต้ปกครองกับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจาก มาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ฝ่ายปกครองออกมาบังคับใช้ โดยเป็นหลักที่คำนึงถึงความบรรลุ เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ออกมาบังคับใช้ เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายนั้นก่อให้เกิดทั้งคุณและ โทษในคราวเดียวกัน โดยหลักการดังกล่าวมุ่งเน้นให้การบังคับใช้กฎหมายในแต่ละฉบับต้องเป็น

การบังคับใช้ที่ก่อให้เกิดคุณมากกว่าเกิดโทษ โดยจะถือว่ากฎหมายใดก็ตามที่ก่อให้เกิดโทษมากกว่าเกิดคุณจากการบังคับใช้นั้นเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่สามารถที่จะบังคับใช้กับประชาชนได้

จากที่กล่าวมาข้างต้นนั้นจะเห็นได้ว่าองค์ประกอบข้อที่สามของหลักแห่งความได้สัดส่วนนี้ เป็นหลักความคิดที่บังคับให้ฝ่ายปกครองต้องทำการชั่งน้ำหนักผลดีกับผลเสียของมาตรการแต่ละมาตรการที่ฝ่ายปกครองจะออกมาเพื่อบังคับใช้กับประชาชนแล้วเกิดประโยชน์แก่ประชาชนและสังคมมากที่สุด โดยฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ที่ประชาชนและสังคมจะได้รับจากการกำหนดมาตรการกฎหมายที่ออกมาบังคับใช้เสมอ และถึงแม้ว่ามาตรการดังกล่าวจะเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายแม้ทที่ให้อำนาจได้ แต่หากพิจารณาตามหลักความสัมฤทธิ์ผล และตามหลักความจำเป็นแล้ว มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ให้ผลแห่งการบังคับใช้เป็นโทษมากกว่าเป็นคุณประโยชน์ มาตรการดังกล่าวก็เป็นมาตรการที่ฝ่ายปกครองสมควรนำมาบังคับใช้และหากฝ่าฝืนนำมาบังคับใช้แล้วนั้นก็จะมีผลทำให้การบังคับใช้ดังกล่าวเป็นการบังคับโดยมิชอบด้วยกฎหมาย⁷

หากพิจารณาในเรื่องของสัดส่วนการลงโทษนั้นจะเห็นได้ว่าการทำร้ายร่างกายที่ได้กระทำต่อเด็กถือเป็นการกระทำที่มีความโหดร้ายและรุนแรงเป็นอย่างมาก ซึ่งยังเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกด้วย จึงทำให้การกระทำผิดในกรณีดังกล่าวตั้งอยู่บนหลักแห่งความได้สัดส่วนทั้งสามประการ ไม่ว่าจะเป็นความเหมาะสม ความจำเป็นและความสมเหตุสมผลที่จะกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามให้เหตุจรรยาในกฎหมายอาญาเป็นการเฉพาะ

2.1.2 แนวความคิดในการกำหนดความผิดต่อชีวิตและร่างกายตามกฎหมายไทย

1) แนวความคิดในการกำหนดความผิดต่อชีวิต

ความผิดต่อชีวิตคือฐานความผิดที่เกิดจากการกระทำของมนุษย์ที่ส่งผลให้เกิดความตายขึ้นโดยเจตนาหรือโดยประมาท ซึ่งขอบเขตของความรับผิดชอบต่อชีวิตนั้นขึ้นอยู่กับองค์ประกอบของความผิด คือ มีการกระทำโดยการฆ่า มีกรรมของการกระทำคือผู้อื่น โดยมีเจตนาฆ่าเพื่อทำให้ตาย และมีผลของการกระทำคือความตาย ซึ่งคำว่าเจตนาฆ่านั้นถือเป็นเจตนาที่มีความรุนแรงมากกว่าเจตนาทำร้าย หมายถึงเจตนาดังกล่าวจะต้องร้ายแรงถึงขนาดการประสงค์ต่อชีวิต

⁷ วุฒิชัย จิตตานุ. (2549). การบังคับใช้หลักการสัดส่วนในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล. วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, 8(22), หน้า 41-45.

2) แนวความคิดในการกำหนดความผิดต่อร่างกาย

ความผิดต่อร่างกาย หมายถึง ความผิดฐานทำร้ายร่างกายมนุษย์โดยเจตนาหรือโดยประมาท ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติไว้ในภาคความผิดลักษณะ 10 หมวด 2 ประกอบด้วยมาตรา 295 ถึง มาตรา 300 โดยได้มีการจัดรวมหมู่ของความผิดต่อร่างกายตามกฎหมายอาญาตามผลของการกระทำกล่าวคือหากเป็นการทำร้ายให้ตายจะจัดอยู่ในหมวดความผิดต่อชีวิต ส่วนการทำร้ายจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจนั้นจะจัดอยู่ในหมวดความผิดต่อร่างกายรวมถึงการได้รับอันตรายสาหัสด้วย นอกจากนี้ในส่วนของการใช้กำลังทำร้ายร่างกายแต่ไม่ถึงเป็นเหตุกับให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจแล้วนั้นจะถือเป็นความผิดลหุโทษ จากที่กล่าวมาข้างต้นสามารถสรุปได้ว่าความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นความผิดที่ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นเพราะผลของการกระทำ แม้ว่าการกระทำดังกล่าวที่ได้กระทำลงไปจะไม่ได้ประสงค์ให้ผลนั้นเกิดขึ้นก็ตาม ทั้งนี้ขอบเขตของความผิดต่อร่างกายยังขึ้นอยู่กับองค์ประกอบที่สำคัญ คือ จะต้องมีการกระทำโดยใช้กำลังทำร้ายหรือทำร้ายต่อผู้อื่นและมีผลการกระทำเป็นหลักในการกำหนดโทษสูงขึ้นจากการกระทำนั้นๆประกอบด้วย

สำหรับกรณีแนวความคิดในการกำหนดความผิดต่อร่างกายที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น ได้มีการกล่าวถึงการทำร้ายร่างกายที่ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผลของการกระทำ แม้ผู้กระทำจะไม่ได้ประสงค์ต่อผลก็ตาม จึงเป็นการแสดงให้เห็นว่าผลของการกระทำเป็นสิ่งสำคัญในการกำหนดให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นซึ่งการกระทำความผิดต่อร่างกายของเด็กนั้นถือเป็นการกระทำความผิดที่มีผลของการกระทำที่มีความเสียหายมากที่สุดส่งผลกระทบทั้งต่อผู้เสียหายและสังคมในวงกว้าง โดยผู้วิจัยมีความเห็นว่าผลของการกระทำในกรณีการทำร้ายร่างกายเด็กดังกล่าวมีความเหมาะสมเพียงพอที่จะเป็นผลของการกระทำอันจะเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษหนักขึ้นกว่าเดิมได้

3) ข้อแตกต่างระหว่างความผิดต่อชีวิตกับความผิดต่อร่างกาย

ข้อแตกต่างระหว่างความผิดต่อชีวิตความผิดต่อร่างกายนั้นสามารถอธิบายตามประเด็นสำคัญได้ดังต่อไปนี้

(1) คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองแตกต่างกัน กล่าวคือความผิดต่อร่างกายนั้นกฎหมายมุ่งคุ้มครองในเรื่องของความปลอดภัยของร่างกาย แต่ในส่วนของความผิดต่อชีวิตกฎหมายมุ่งคุ้มครองชีวิตของมนุษย์แทน โดยเป็นการแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่บัญญัติความผิดต่อชีวิตและความผิดต่อร่างกายแยกออกจากกันเป็นเอกเทศแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ในการกำหนดสัดส่วนและความรับผิดชอบในแต่ละฐานความผิดแตกต่างกันไป

(2) เจตนาของการกระทำแตกต่างกัน เนื่องจากความผิดต่อร่างกายนั้นผู้กระทำมีเจตนาเพียงทำร้ายโดยมุ่งหมายให้ผู้ถูกกระทำได้รับความบาดเจ็บอันเป็นอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจเท่านั้น แต่ในทางกลับกัน ความผิดต่อชีวิตผู้กระทำมีเจตนาฆ่าโดยมุ่งหมายให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตายหรือเป็นอันตรายถึงชีวิต เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาของการกระทำที่มีความชั่วร้ายในจิตใจที่แตกต่างกัน

(3) โทษแตกต่างกัน เหตุเพราะความผิดต่อร่างกายนั้นมีอัตราโทษเบากว่าความผิดต่อชีวิตเนื่องจากมีความแตกต่างกันไปตามหลักสัดส่วนของโทษต่อระดับความร้ายแรงในการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในแต่ละฐานความผิด

อย่างไรก็ตามในกฎหมายอาญาของไทยได้มีการกำหนดความผิดต่อชีวิตความผิดต่อร่างกายเอาไว้ในลักษณะเดียวกัน อีกทั้งยังบัญญัติความผิดต่อร่างกายให้สามารถนำเอาเหตุการณ์ตามความผิดต่อชีวิตในมาตรา 289 มาใช้กับความผิดตามมาตรา 290 มาตรา 296 และมาตรา 298 อีกด้วย⁸ ซึ่งผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่าการกระทำผิดทั้งสองฐานนั้นมีความแตกต่างกันทั้งในส่วนของคุณธรรมทางกฎหมาย เจตนาของการกระทำและอัตราโทษ ดังนั้น การกำหนดให้นำเอาเหตุการณ์ในความผิดต่อชีวิตมาใช้กับความผิดต่อร่างกายด้วยจึงเป็นการกำหนดเหตุการณ์ที่ไม่เหมาะสมและขัดต่อหลักความได้สัดส่วนของการลงโทษอีกด้วย

2.1.3 แนวคิดเรื่องการลงโทษ

กฎหมายอาญานั้นเป็นกฎหมายที่พัฒนามาจากกฎหมายแห่งศีลธรรม ธรรมเนียมข้อห้ามตามประเพณีซึ่งถือเป็นหลักประกันแห่งความสุขของสังคมส่วนรวม ทั้งนี้ศีลธรรมประเพณีนั้นมีหลายระดับตั้งแต่ศีลธรรมที่มีความสำคัญมากจนสังคมชุมชนจะต้องมีมาตรการในการดำเนินคดีการกระทำนั้นจนถึงขั้นขับไล่ออกจากชุมชน หรืออาจจะเป็นเพียงการกระทำที่ผิดมารยาท ผิดธรรมเนียมประเพณีอันดีงาม แต่เมื่อสังคมมีขนาดใหญ่ขึ้นจนกลายมาเป็นเชื้อชาติเผ่าพันธุ์และประเทศชาติจึงจำเป็นที่จะต้องทำการหิบบกเอาจารีตประเพณีต่างๆที่สำคัญของแต่ละสังคมชุมชนขึ้นมากำหนดให้เป็นกฎหมาย เพื่อจะนำมาเป็นกฎหมายข้อบังคับของสังคมอย่างชัดเจน

ในส่วนของการกระทำที่อยู่ในบทบัญญัติกฎหมายนั้นจะต้องเป็นการกระทำผิดหรือการกระทำอันฝ่าฝืนกฎหมายในลักษณะที่เป็นอาชญากรรมพื้นฐาน ซึ่งเป็นการกระทำที่สังคมไม่อาจจะยอมรับได้ เช่น การฆาตกรรม การข่มขืนกระทำชำเรา การทำร้ายร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ

⁸ ทวีพร คงแก้ว. (2553). เหตุการณ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 39-42.

อันเป็นความผิดที่ไม่สามารถที่จะขอมความกันได้ โดยเป็นการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเองที่เรียกว่า *mala in se* ซึ่งเป็นการกระทำที่บุคคลโดยทั่วไปย่อมรับรู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เป็นความผิดและยอมรับให้เกิดขึ้นในสังคมไม่ได้โดยชี้ชัดตัดสินสิ่งนี้ออกมาโดยสภาพของความรู้สึก สำหรับความผิดอีกประเภทหนึ่งเป็นความผิดที่ไม่สามารถรับรู้หรือมองเห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นความผิดในตัวเอง แต่เป็นการกระทำที่สังคมหรือประเทศใดประเทศหนึ่งเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายออกมาเพื่อระงับหรือห้ามการกระทำดังกล่าว เพราะถือเป็นสิ่งที่อันตรายต่อสังคม โดยเรียกความผิดประเภทนี้ว่า *mala prohibita* เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด การครอบครองอาวุธโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการจอดรถในที่หวงห้าม เป็นต้น⁹

ทั้งนี้การกำหนดให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำอันเป็นความผิดตามกฎหมายอาญานั้นขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของโครงสร้างความรับผิดทางอาญาซึ่งโครงสร้างความรับผิดทางอาญาสามารถแบ่งออกตามระบบกฎหมายได้ ดังต่อไปนี้

1) โครงสร้างความรับผิดทางอาญาตามระบบกฎหมาย Common Law

ในทางระบบกฎหมาย Common Law ได้มีการจัดวางโครงสร้างความรับผิดทางอาญาไว้ซึ่งประกอบไปด้วยการกระทำความผิด (*actus reus*) และเจตนาร้าย (*mens rea*) นอกจากนี้ยังมีการวางเงื่อนไขอื่น ๆ เพิ่มเติมจากเงื่อนไขสองประการข้างต้น โดยโครงสร้างความรับผิดทางอาญาในทางระบบกฎหมาย Common Law นั้นประกอบด้วย

(1) การกระทำที่เป็นความผิด (*guilty act*) หรือ *actus reus*

ในส่วนของ *actus reus* เป็นองค์ประกอบภายนอกทางความผิดที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย (Objective) หรือสภาพตามความเป็นจริง มีความเป็นรูปธรรมโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริง ทั้งนี้ *actus reus* ไม่เพียงแต่เป็นกรณีเฉพาะการกระทำเท่านั้น แต่ยังรวมถึงพฤติกรรมแวดล้อมต่างๆประกอบที่สาระสำคัญทำให้เห็นว่าเป็นการกระทำผิดทางอาญาด้วย

(2) จิตใจที่ชั่วร้าย (*guilty mind*) หรือ *mens rea*

Mens rea หมายถึง จิตใจที่ชั่วร้าย หรือเจตนาร้าย ถือเป็นโครงสร้างความผิดทางอาญาประการหนึ่งคู่กับ *actus reus* โดย *mens rea* เป็นองค์ประกอบภายใน ซึ่งในเรื่องของเจตนาร้ายนั้นเป็นแนวคิดทางศาสนาในสมัยกลาง โดยมีหลักมาจากสุภาษิตที่กล่าวว่า “*Actus non facit reum nisi mens sit rea*” ที่แปลว่า การกระทำจะไม่เป็นความผิด ถ้าผู้กระทำไม่มีเจตนาร้าย ตรงกับภาษาอังกฤษที่ว่า An act does not make a defendant guilty without a guilty mind. ทั้งนี้ *mens rea*

⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2555). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป. (พิมพ์ครั้งที่ 14). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 14-15.

เป็นองค์ประกอบภายในที่เป็นเรื่องทางด้านจิตใจ ซึ่งถือเป็นแนวคิดพื้นฐานที่สำคัญตามกฎหมายอาญาที่จะเป็นสิ่งยืนยันว่าผู้กระทำนั้นมีความผิด

(3) ความสัมพันธ์ของ *actus reus* และ *mens rea*(concurrency)

การกระทำฝ่าฝืนตามที่กฎหมายบัญญัติและการมีจิตใจที่มีความชั่วร้าย หรือ Concurrency นั้นเป็นเรื่องที่จะต้องมีความสอดคล้องหรือไปด้วยกัน จึงจะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีความผิดทางโครงสร้างความรับผิดชอบอาญาในระบบกฎหมาย Common Law กล่าวคือจะต้องมีทั้ง *actus reus* และ *mens rea* ที่มีความสอดคล้อง และประกอบเข้าด้วยกัน จึงจะถือว่ามีการกระทำผิดอาญาเกิดขึ้น

(4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation)

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำหรือผล (Causation) เป็นอีกหนึ่งเงื่อนไขที่สำคัญของการกระทำที่มีความผิดทางอาญา โดยเป็นการพิจารณาจากผลของการกระทำว่าเป็นผลที่เกิดจากการกระทำที่มีความสัมพันธ์กันหรือมีเหตุแทรกแซงอื่นมาตัดตอนที่เป็นผลมาจากปัจจัยอื่นหรือไม่

(5) อันตรายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้น(Harm)

การกระทำผิดทางอาญานั้นเป็นการกระทำที่มักจะก่อให้เกิดความเสียหายหรือเกิดอันตรายขึ้น ซึ่งถือเป็นผลของการกระทำที่เกิดขึ้นที่จะกลายมาเป็นอีกหนึ่งเงื่อนไขในการทำให้ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบ

หากพิจารณาตามโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของระบบกฎหมายCommon Law แล้วนั้นจะเห็นได้ว่าการทำร้ายร่างกายเด็กเป็นการกระทำที่มีความผิดและมีจิตใจที่ชั่วร้ายเป็นอย่างมาก ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลก่อให้เกิดความอันตรายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นในวงกว้างโดยจะทำให้การกระทำความผิดดังกล่าวกลายมาเป็นอีกหนึ่งเงื่อนไขที่ทำให้ผู้กระทำนั้นจะต้องรับผิดชอบหรือรับโทษหนักขึ้นได้

2) โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาตามระบบกฎหมาย Civil Law

สำหรับสาระสำคัญของโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาตามระบบกฎหมายCivil Law จะเน้นการพิจารณาไปที่ตัวบุคคลและการกระทำ ซึ่งโครงสร้างความรับผิดชอบของระบบกฎหมายดังกล่าวนี้ประกอบไปด้วย องค์ประกอบความผิด ความผิดกฎหมายและความผิดซ้ำ ซึ่งสามารถแยกอธิบายได้ดังต่อไปนี้

(1) องค์ประกอบความผิดครบถ้วน

องค์ประกอบความผิดแบ่งออกเป็น องค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน โดยองค์ประกอบภายนอกเป็นเรื่องเกี่ยวกับตัวผู้กระทำ การกระทำ ผลของการกระทำและความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่เกิดขึ้น ส่วนองค์ประกอบภายในจะเป็นการพิจารณาในเรื่องของเจตนาของผู้กระทำ ซึ่งอาจจะเป็นเจตนาธรรมดาหรือเจตนาพิเศษ โดยในส่วนของเจตนาธรรมดานั้นจะครอบคลุมทั้งในส่วนของกรณีประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลด้วย

(2) ความผิดตามกฎหมาย

ในส่วนของความผิดตามกฎหมาย เป็นพิจารณาในส่วนของกรกระทำต่างๆที่ผู้กระทำได้กระทำลงไปว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือไม่

(3) ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของผู้กระทำหรือความชั่ว

กรณีดังกล่าวนี้เป็นกรณีที่พิจารณาถึงความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของผู้กระทำว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่รู้สึกผิดชอบหรือไม่ สมควรได้รับคำตำหนิหรือไม่ หากผู้กระทำไม่รู้สึกผิดชอบหรือหย่อนความสามารถก็ไม่สมควรที่จะได้รับโทษเต็มเช่นเดียวกับผู้ที่มีความรู้สึกผิดชอบปกติ โดยความบกพร่องดังกล่าวอาจจะมีที่มาจากความอ่อนเยาว์ทางอายุ หรือความบกพร่องทางจิตใจ เป็นต้น¹⁰

หากพิจารณาตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของระบบกฎหมาย Civil Law แล้ว จะเห็นได้ว่าหากการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในแล้ว ประกอบกับการกระทำดังกล่าวยังเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายด้วย อีกทั้งหากพิจารณาถึงความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของผู้กระทำหรือความชั่วที่เกิดขึ้นจะเห็นได้ว่า ผู้ที่กระทำความผิดต่อเด็กในลักษณะดังกล่าวสมควรที่จะได้รับโทษหนักขึ้นมากกว่าการกระทำร้ายร่างกายในลักษณะดังกล่าวกับบุคคลโดยทั่วไปที่บรรลุนิติภาวะแล้ว เนื่องจากความอ่อนเยาว์ทั้งทางร่างกาย อายุและประสบการณ์ เป็นการชี้ให้เห็นถึงความสำคัญในการกำหนดให้การทำร้ายร่างกายเด็กกว่ามีความสำคัญอย่างมากเพื่อให้เด็กดังกล่าวได้รับการคุ้มครองอย่างครอบคลุมและเพียงพอจากรัฐอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

¹⁰ คณิต ณ นคร. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 1. หน้า 25-44.

2.1.4 วิวัฒนาการของการลงโทษต่อผู้กระทำผิดทางอาญา

การลงโทษต่อผู้กระทำผิดทางอาญาในแต่ละยุคสมัยนั้นมีวิธีการในการลงโทษที่ต่างกัันออกไป ไม่ว่าจะเป็นการลงโทษที่ส่งผลเสียต่อทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด เช่น การปรับ หรือ การริบทรัพย์สิน การลงโทษโดยการทรมานร่างกายผู้กระทำความผิด เช่น การเข็มนติ การตัดอวัยวะ หรือการลงโทษในลักษณะของการตัดโอกาสทางสังคม เช่น การกักขัง การจำคุก หรือการประหารชีวิต ซึ่งการลงโทษผู้กระทำความผิดมีแนวคิดมาจากสำนักคิดทางอาชญาวิทยาต่างๆ ดังต่อไปนี้

1) การลงโทษสมัยโบราณ

การลงโทษสมัยโบราณ เป็นการลงโทษเพื่อตอบสนองต่อพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนไปจากกฎเกณฑ์ของชนเผ่าแต่ละชนเผ่าได้กำหนดไว้ โดยการลงโทษนั้นสามารถกระทำได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการจ่ายค่าปรับ การพิจารณาคดีโดยการต่อสู้ การเนรเทศและการประหารชีวิตโดยการทรมาน ซึ่งการลงโทษในสมัยโบราณมีแนวคิดหลักมาจากการแก้แค้นทดแทนโดยใช้กฎพื้นฐานในเรื่องของตาต่อตาฟันต่อฟันซึ่งต่อมาได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยกฎหมายที่ประมวลขึ้นนั้นยังคงมีบทลงโทษที่มีความรุนแรง นอกจากนี้ยังได้มีการนำเอาความคิดในเรื่องของการจ่ายเงินทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นให้กับผู้เสียหายเมื่อเกิดการกระทำโดยประมาทขึ้นมาบัญญัติไว้อีกด้วย อีกทั้งยังได้มีการกำหนดบทลงโทษด้วยวิธีประหารชีวิตขึ้นมาใช้ควบคู่ไปกับการทรมาน โดยยึดหลักที่ว่ายิ่งลงโทษหนักและรุนแรงเท่าใดก็จะสามารถยับยั้งการกระทำความผิดได้มากเท่านั้น แต่การลงโทษในยุคสมัยดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในสังคมที่มีความแตกต่างกันระหว่างคนรวยกับคนจน โดยจะได้รับโทษในการกระทำความผิดไม่เท่ากัน ซึ่งความไม่เท่าเทียมดังกล่าวนี้ทำให้เกิดแรงคัดค้านเป็นจำนวนมากจนก่อให้เกิดการลงโทษตามสำนักอาชญาวิทยาแบบดั้งเดิมขึ้นในเวลาต่อมา ¹¹

2) การลงโทษตามสำนักอาชญาวิทยาแบบดั้งเดิม

สำนักอาชญาวิทยาแบบดั้งเดิมเกิดขึ้น ในยุคแห่งปัญญาภิวัตน์ในคริสต์ศตวรรษที่ 18 มีรากฐานมาจากทฤษฎีสัญญาประชาคมของฌ็องฌัก รูสโซ ที่ตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่า สังคมของมนุษย์อยู่รอดได้เพราะทุกคนยอมรับอำนาจในการปกครอง หากปราศจากการยอมรับในอำนาจดังกล่าว

¹¹ ขวัญธิดา สุวรรณบัตร. (2545). เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา : ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ . วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 7-8.

แล้วนั้นสังคมจะต้องล่มสลายไปในที่สุด ทั้งนี้ยังมีแนวคิดที่ว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมามีความเสมอภาค จึงทำให้การลงโทษตามสำนักอาชญาวิทยาแบบดั้งเดิมมีเป็นการลงโทษที่มีความเสมอภาคกัน โดยนักอาชญาวิทยา Cesare Baccaria ได้สนับสนุนแนวคิดดังกล่าวและได้เรียกร้องให้มีการกำหนดบทลงโทษสำหรับความผิดแต่ละประเภทกับบุคคลทุกคนขึ้นอย่างเท่าเทียมกันด้วย¹²

3) การลงโทษตามสำนักอาชญาวิทยาแบบกึ่งดั้งเดิม

การลงโทษตามสำนักอาชญาวิทยาแบบกึ่งดั้งเดิมหรือสำนักนีโอคลาสสิกได้ก่อกำเนิดขึ้นระหว่างคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดยมีแนวคิดในการกำหนดอัตราโทษต่อผู้กระทำความผิดให้มีความสอดคล้องกับความรับผิดชอบในทางศีลธรรมของผู้กระทำ โดยยึดหลักที่ว่ามนุษย์นั้นไม่ได้มีความเท่าเทียมกันทุกสิ่งแต่กลับมีความรับผิดชอบและความสามารถที่แตกต่างกันจึงทำให้ไม่ควรที่จะได้รับโทษเท่าเทียมกันในทุกกรณี สำนักอาชญาวิทยาแบบกึ่งดั้งเดิมเห็นว่าการลงโทษผู้กระทำผิดนั้นควรพิจารณาถึงอายุ สภาพจิตใจ ความสามารถ หรือความวิกลจริตมาประกอบด้วย เนื่องจากสิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่มีความกระทบโดยตรงต่อการรับรู้และเจตนาของผู้กระทำความผิด นอกจากนี้ยังพิจารณาถึงการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อนและเหตุบรรเทาโทษในลักษณะต่างๆอีกด้วย เนื่องจากสำนักอาชญาวิทยาแบบกึ่งดั้งเดิมมีแนวคิดในการใช้บทลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูและเยียวยาให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดี แต่อย่างไรก็ตามสำนักคิดดังกล่าวยังถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่ามีแนวความคิดที่ไม่เด็ดขาดและไม่สามารถยับยั้งการเกิดการกระทำผิดได้ เนื่องจากการลงโทษมักจะมีการลดโทษให้ผู้กระทำความผิดเกือบทุกกรณี¹³

4) การลงโทษตามสำนักอาชญาวิทยาแบบปฏิฐานนิยม

การลงโทษตามสำนักอาชญาวิทยาแบบปฏิฐานนิยมเกิดขึ้นในปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดยมีแนวคิดที่ปฏิเสธเรื่องทฤษฎีเจตจำนงอิสระโดยสิ้นเชิง เนื่องจากมีความเชื่อว่ามนุษย์ประกอบอาชญากรรมหรือกระทำความผิดโดยเกิดจากสภาพเงื่อนไขที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของมนุษย์ ซึ่งเกิดจากสาเหตุทางธรรมชาติ โดยเฉพาะปัจจัยทางชีววิทยา จึงมีแนวคิดหลักของการลงโทษที่ว่า การลงโทษจะต้องเป็นการลงโทษที่มีความเหมาะสมกับประเภทของอาชญากร โดยจะต้องมีความสอดคล้องกับหลักปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลและต้องคำนึงถึงพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลด้วย แต่อย่างไรก็ตามแนวคิดดังกล่าวได้ถูกโต้แย้งอย่างมาก

¹² อุทัย อาทิวา. (2558). ทฤษฎีอาชญาวิทยากับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด วิ.เจ.พรินติ้ง. หน้า 37-45.

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 125-126.

เนื่องจากสำนักความคิดนี้ได้มีการแบ่งประเภทของอาชญากรออกเพียงไม่กี่ประเภทจึงทำให้ไม่สามารถลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลได้อย่างชัดเจน อีกทั้งสำนักคิดดังกล่าวยังมีแนวคิดที่เชื่อว่าพันธุกรรมนั้นเป็นสาเหตุโดยตรงในการกระทำความผิดซึ่งในเวลาต่อมานักกฎหมายส่วนใหญ่ไม่ให้การยอมรับในแนวคิดดังกล่าวอีกด้วย¹⁴

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า วิวัฒนาการของการลงโทษต่อผู้กระทำความผิดทางอาญาที่สอดคล้องกับการกำหนดเหตุการณ์ที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษหนักขึ้นนั้นเป็นการลงโทษที่มีแนวความคิดมาจากสมัยโบราณ โดยการลงโทษตามเหตุการณ์ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการตอบสนองต่อพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนไปจากกฎเกณฑ์ของสังคมโดยยึดหลักของการแก้แค้นทดแทนแบบตาต่อตาฟันต่อฟันโดยมุ่งเน้นในเรื่องของบทลงโทษที่มีความรุนแรงเพื่อยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น อีกทั้งยังได้นำเอาแนวคิดการลงโทษตามสำนักอาชญาวิทยาที่ดั้งเดิมในเรื่องของการกำหนดอัตราโทษต่อผู้กระทำความผิดให้มีความสอดคล้องกับความรับผิดชอบทางศาสนา มาประกอบด้วย ทางผู้วิจัยจึงเห็นควรให้มีการนำเอาวิวัฒนาการของการลงโทษในสมัยดังกล่าวทั้งสองสมัยข้างต้นมาเป็นพื้นฐานในแนวคิดของการกำหนดเหตุการณ์กรณีการทำร้ายร่างกายเด็กขึ้นเป็นการเฉพาะด้วยเช่นกัน

2.1.5 วัตถุประสงค์ในการลงโทษ

วัตถุประสงค์ในการลงโทษนั้นเป็นแนวความคิดหรือความเชื่อของสังคมในยุคต่างๆ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงวิธีการปฏิบัติหรือการลงโทษผู้กระทำผิด โดยวัตถุประสงค์ในการลงโทษแบ่งออกเป็น 4 ประการดังต่อไปนี้

1) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน

การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนผู้กระทำผิดนั้นมีแนวคิดสืบทอดมาจากวิธีการตอบสนองต่อพฤติกรรมเบี่ยงเบนในสมัยโบราณในเรื่องของการชดใช้ความผิดโดยการลงโทษทางอาญาภาคในหลากหลายรูปแบบ โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าอาชญากรจะต้องได้รับการลงโทษและการลงโทษดังกล่าวจะต้องเป็นการลงโทษเพื่อแก้แค้นหรือทดแทนการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นตามหลักตาต่อตาฟันต่อฟัน (A tooth for a tooth an eye for an eye a life for a life) ซึ่งถือเป็นวัตถุประสงค์อย่างกว้างของการลงโทษโดยคำนึงถึงสัดส่วนของการลงโทษกับการกระทำความผิดเพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ผู้เสียหายและสังคม

¹⁴ อุทัย อาทิวา. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 8. หน้า 109-112.

2) การลงโทษเพื่อข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรม

การลงโทษเพื่อข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรมเป็นแนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาแบบดั้งเดิมที่มีแนวคิดในเรื่องของการลงโทษว่าไม่ควรจะเป็นการทรมานหรือชดเชยความผิดของผู้กระทำ ความผิดแต่ควรให้ผู้กระทำผิดได้เจ็บทรมานและเกรงกลัวจนไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำอีก ทั้งยังเป็นการตักเตือนไม่ให้ผู้อื่นอยากกระทำตามผู้กระทำความผิดด้วย จึงเป็นการลงโทษ โดยมีพื้นฐานที่ว่า การลงโทษใดที่ได้กระทำโดยไม่มีความเด็ดขาดหรือไม่เป็นที่เกรงกลัวต่อผู้กระทำ ความผิดหรือผู้ที่ลงมือกระทำความผิดแล้วนั้น การลงโทษดังกล่าวก็อาจจะกลายเป็นส่วนหนึ่งในการสนับสนุนให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นได้ แต่ถ้าการลงโทษนั้นมีความเด็ดขาดหรือมีความรุนแรงที่มากเกินไปก็อาจทำให้ความยุติธรรมที่จะเกิดขึ้นถดถอยลงได้เช่นกัน ดังนั้น การข่มขู่ยับยั้ง จะมีผลเป็นที่ชัดเจนมากหรือน้อยเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะและประเภทของการกระทำความผิดเป็นสำคัญ

3) การลงโทษเพื่อป้องกันสังคม

การลงโทษเพื่อป้องกันสังคมหรือการลงโทษในลักษณะการตัดโอกาสการกระทำความผิด เป็นการลงโทษที่ควบคุมในส่วนของผู้กระทำความผิดเพื่อไม่ให้ก่อความผิดหรือความวุ่นวายขึ้นในสังคม โดยมีความเชื่อที่ว่าหากปล่อยให้ผู้กระทำความผิดอยู่ในสังคมต่อไปอาจก่อความผิดซ้ำซ้ำได้อีกจึงจำเป็นที่จะต้องควบคุมหรือกีดกันออกจากสังคมเป็นช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง ยกตัวอย่าง เช่น การจำคุกระยะยาวหรือการใช้โทษประหารชีวิต เป็นต้น

4) การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด

การลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิด เป็นการลงโทษที่มีวัตถุประสงค์ให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษจนก่อให้เกิดความเจ็บทรมานและไม่กล้ากระทำซ้ำอีก ซึ่งการลงโทษวิธีนี้จะเน้นไปในส่วนของการบำบัดผู้กระทำความผิดมากกว่าการลงโทษเนื่องจากการแก้ไขฟื้นฟูเป็นมาตรการที่มุ่งเน้นกับตัวผู้กระทำความผิดให้มีพฤติกรรมเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้น ซึ่งเป็นการพัฒนาแนวคิดในทางอาชญาวิทยา โดยมีความคิดว่าการลงโทษเพียงอย่างเดียวไม่อาจทำให้อาชญากรรมลดลงได้ จึงนำมาตรการในการปรับปรุงแก้ไขในส่วนของการบำบัดโดยใช้ศีลธรรม ทำการอบรมทางศาสนา การฝึกวิชาชีพ การให้การศึกษา การรักษาพยาบาลและการให้ความช่วยเหลือหลังพ้นโทษเข้ามาช่วยเสริมกับบทลงโทษไปพร้อมๆกันหรือทดแทนการลงโทษ ซึ่งมาตรการดังกล่าวนี้ไม่ได้อยู่ในสถานะในการเป็นบทลงโทษตามกฎหมาย¹⁵

¹⁵ ทวีพร คงแก้ว. อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 8. หน้า 15-17.

สำหรับการกำหนดให้เหตุจรรยาบรรณการทำร้ายร่างกายเด็กนั้นเป็นการกำหนดให้เหตุจรรยาบรรณวัตถุประสงค์ในการลงโทษใน 2 ลักษณะคือ การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนและการลงโทษเพื่อข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรม โดยเป็นการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวได้รับโทษหนักขึ้นกว่าการกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยทั่วไปโดยเป็นชดใช้ความผิดของผู้กระทำเพื่อแก้แค้นหรือทดแทนการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นตามหลักตาต่อตาฟันต่อฟัน อีกทั้งยังเป็นการกำหนดโทษเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้เจ็บทรมานและเกรงกลัวจนไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก โดยรวมไปถึงการเป็นการตักเตือนผู้อื่นไม่ให้มากระทำความผิดเพื่อข่มขู่และยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำความผิดดังกล่าวอีกด้วย

2.2 แนวความคิดและทฤษฎีในการกำหนดเหตุจรรยาบรรณ

2.2.1 เหตุผลและความเป็นมาในการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุจรรยาบรรณ

การกำหนดให้ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุจรรยาบรรณนั้นมีที่มาจากแนวความคิดทางอาชญาวิทยาและแนวคิดในวัตถุประสงค์ของการลงโทษ โดยจะเห็นได้จากว่าการลงโทษนั้นมีวิธีที่แตกต่างและมีวิวัฒนาการไปตามยุคสมัยของแต่ละสังคม อีกทั้งการกำหนดโทษนั้นจะต้องเป็นการกำหนดโทษที่ได้สัดส่วนกับความผิดเพราะสภาพแห่งความผิดอีกด้วย เนื่องจากความผิดแต่ละประเภทย่อมอาจมีความร้ายแรงที่แตกต่างกันไป จึงทำให้หากมีการกำหนดโทษที่ตายตัวในความผิดแต่ละฐานโดยไม่ได้กำหนดโทษหนักขึ้นในกรณีที่เกิดพฤติการณ์ของการกระทำมีความร้ายแรงก็อาจทำให้ผู้กระทำความผิดนั้นไม่เกรงกลัวที่จะกระทำความผิดซ้ำก็เป็นที่ได้ในส่วนของกฎหมายอาญานั้นได้มีการกำหนดให้มีการรับโทษหนักขึ้นอันเนื่องมาจากเหตุจรรยาบรรณมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยมีการแบ่งความผิดออกเป็นหลายระดับซึ่งมีทั้งความผิดที่มีความร้ายแรงและไม่ร้ายแรง โดยความผิดที่มีความร้ายแรงนั้นสามารถพิจารณาได้จากความเสียหายหรืออันตรายที่สังคมได้รับ ยกตัวอย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการแบ่งระดับความผิดออกเป็นความผิดอุกฉกรรจ์อันเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงโดยกำหนดโทษไว้ในขั้นประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต และความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรง โดยกำหนดโทษในลักษณะของการปรับหรือคุมประพฤติรวมไปถึงการจำคุกในระยะสั้น ซึ่งความผิดสองประเภทยังแบ่งออกเป็นระดับต่างๆตามความร้ายแรงอีกด้วย ในส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ก็ได้มีการแบ่งระดับชั้นความผิดตามความร้ายแรงเช่นกัน เช่น ความผิดชั้นอุกฉกรรจ์ ความผิดชั้นมัธยะ และความผิดชั้นลหุ ซึ่งการกำหนดโทษที่เพิ่มขึ้นตาม

ระดับความร้ายแรงของความผิดนั้นขึ้นอยู่กับพฤติกรรมของการกระทำความผิดว่าก่อให้เกิดความเสียหายหรืออันตรายเพียงใด

แนวคิดในการกำหนดให้ต้องรับโทษหนักขึ้นได้ปรากฏขึ้นครั้งแรกในกฎหมายโรมันโดยปรากฏที่โต๊ะ 8 ว่าด้วยการละเมิด โดยการนำเอาช่วงเวลาในการลักทรัพย์ที่แตกต่างกันมากำหนดโทษให้ได้รับโทษในอัตราที่ต่างกัน ทั้งนี้ยังมีการกำหนดเหตุที่ต้องให้รับโทษหนักขึ้นจากปัจจัยต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นจากการกระทำที่มีเงื่อนไขของความสำคัญหรือลักษณะของผู้ถูกระทำมาเป็นเหตุเพิ่มโทษอีกด้วย ยกตัวอย่างประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดให้ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยใช้สารเคมีหรือการฆ่าบุคคลสำคัญ เช่น พนักงานอัยการหรือผู้พิพากษาจะต้องได้รับโทษหนักขึ้น หรืออย่างในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ก็ได้มีการนำเอาช่วงอายุของผู้ถูกระทำหรือความสามารถของผู้ถูกระทำมาเป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นหรือทำร้ายผู้อื่นเช่นกัน ซึ่งสำหรับประเทศไทยนั้นได้มีการกำหนดถึงเหตุการณ์ที่จะต้องได้รับโทษหนักขึ้นไว้ตั้งแต่ในกฎหมายลักษณะตีค่าที่บัญญัติถึงการทำร้ายร่างกายทั้งบิดามารดา อีกทั้งยังกำหนดไว้ในเรื่องของการละเมิดการกำหนดจำนวนเบี้ยปรับใหม่ปรับที่มีความสูงต่ำที่แตกต่างกันไปตามศักดิ์นาโดยการรับโทษในลักษณะนี้จึงถือว่าเป็นการรับโทษเพิ่มขึ้นหรือหนักขึ้นตามพฤติกรรมหรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งการกำหนดเหตุการณ์ดังกล่าวนี้ส่วนมีเจตนารมณ์ของการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนและข่มขู่ยับยั้งอาชญากรรมตามหลักกฎหมายอาญาที่กลายมาเป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม

ในปัจจุบันจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนนั้นมีข้อบกพร่องปรากฏขึ้นเนื่องจากเมื่อมีการลงโทษสาสมแล้วและผู้กระทำความผิดได้รับการปล่อยตัวออกมาสู่สังคม ก็ยังกลับมาก่อความเสียหายและอันตรายในสังคมอีกครั้ง อีกทั้งแนวทางในการกำหนดโทษในปัจจุบันนั้นมีแนวโน้มในการกำหนดขึ้นเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งในบางครั้งเป็นการลงโทษที่สวนกระแสความรู้สึกนึกคิดของประชาชนในสังคมที่ยังคงต้องการให้ผู้กระทำความผิดได้รับผลร้ายจากการกระทำที่ได้ทำลงไปโดยจะต้องได้รับโทษหนักกับความร้ายแรงที่เกิดขึ้น จึงเป็นการทำให้กฎหมายไม่อาจจะละทิ้งวัตถุประสงค์ในการแก้แค้นทดแทนหรือการลงโทษเพื่อข่มขู่ป้องปราบอาชญากรรมได้ จึงต้องมีการกำหนดมาตรการต่างๆ มาใช้ควบคู่กันไปเพื่อความเหมาะสม จึงอาจสรุปได้ว่าสถานการณ์ในสังคมไทยในปัจจุบันที่มีสถิติของการกระทำความผิดสูงขึ้น¹⁶ อีกทั้งลักษณะของการกระทำความผิดยังมีความรุนแรงที่เพิ่มขึ้นในหลากหลาย

¹⁶ สำนักบริหารการสาธารณสุข สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข. (2557). สถิติการถูกทำร้ายในเด็กและสตรี ที่มารับบริการในศูนย์พึ่งได้ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2554 - พ.ศ. 2556. หน้า 1-2.

รูปแบบจึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นอย่างยิ่งที่ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย จะต้องกำหนดให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษหนักขึ้นอันเนื่องมาจากเหตุฉกรรจ์ด้วย¹⁷

2.2.2 ปัจจัยในการกำหนดเหตุฉกรรจ์

การกำหนดเหตุฉกรรจ์ตามประมวลกฎหมายไทยได้มีปัจจัยของการกำหนดให้เหตุฉกรรจ์นั้นมีหลากหลายประการที่นำมาพิจารณา ซึ่งปัจจัยดังกล่าวนั้นล้วนเป็นเหตุอันมีลักษณะของพฤติการณ์ที่มีความร้ายแรงของการกระทำ โดยอาจแบ่งปัจจัยของการกระทำที่เป็นเหตุของการกำหนดเหตุฉกรรจ์ได้ดังต่อไปนี้

1) ความชั่วร้ายของจิตใจ

ความชั่วร้ายของจิตใจนั้นเป็นการกำหนดโทษโดยคำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก โดยพิจารณาในส่วนของเจตนาที่ชั่วร้ายหรือการมีจิตใจที่ชั่วร้ายมากกว่าปกติย่อมเป็นเหตุแห่งการได้รับโทษหนักขึ้น ดังนั้น แม้การกระทำที่มีลักษณะเดียวกันแต่มีความชั่วร้ายในจิตใจของผู้ทำความผิดที่แตกต่างกันย่อมได้รับโทษหนักเบาที่แตกต่างกันตามไปด้วย ทั้งนี้หลักการดังกล่าวจะนำมาใช้เฉพาะในกรณีของการกระทำความผิดโดยเจตนาธรรมดาและเจตนาพิเศษเท่านั้นแต่มิได้นำมาบังคับใช้กับการกระทำความผิดโดยประมาท

2) ตัวผู้กระทำความผิด

การกำหนดเหตุฉกรรจ์ที่พิจารณาจากตัวผู้กระทำความผิดนั้นสามารถแบ่งออกได้โดยพิจารณาจากตัวผู้กระทำความผิดโดยดูที่บทบาทของผู้กระทำซึ่งขึ้นอยู่กับความสำคัญของบทบาทนั้น และดูจากลักษณะของการกระทำว่ามีความร้ายแรงมากกว่าปกติหรือมีลักษณะกระทำที่เป็นการอุกอาจหรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น การกระทำโดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายย่อมได้รับโทษหนักขึ้น เป็นต้น

3) ตัวผู้ถูกกระทำความผิดหรือตัวทรัพย์สินที่ถูกกระทำ

การกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยพิจารณาจากตัวผู้ถูกกระทำความผิด กล่าวคือหากผู้นั้นเป็นผู้อ่อนแอ มีกำลังน้อย ไม่สามารถเพียงพอที่จะป้องกันหรือต่อสู้กับผู้กระทำความผิดได้ การกระทำต่อบุคคลดังกล่าวย่อมเป็นเหตุพิจารณาในการกำหนดให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้น นอกจากนี้ตัวทรัพย์สินที่ถูกกระทำนั้นก็เป็นอีกหนึ่งปัจจัยในการกำหนดเหตุฉกรรจ์เช่นกัน โดยพิจารณาจาก

¹⁷ ทวีพร คงแก้ว. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 8. หน้า 19-21.

ความสำคัญของตัวทรัพย์สินที่ถูกกระทำว่าทรัพย์สินดังกล่าวมีไว้ใช้เพื่อเหตุส่วนตัวหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ ถ้ามีไว้ใช้หรือมีไว้เป็นสาธารณสถานผู้กระทำย่อมได้รับโทษหนักเช่นกัน

4) เหตุจูงใจหรือจุดมุ่งหมายในการก่อให้เกิดการกระทำความผิด

การพิจารณาเหตุจูงใจหรือจุดมุ่งหมายในการก่อให้เกิดการกระทำความผิดเพื่อกำหนดเหตุฉกรรจ์นั้นเป็นการพิจารณาในส่วนของจิตใจผู้กระทำเป็นหลักในการกำหนดให้รับโทษหนักขึ้น

5) ลักษณะของการกระทำความผิด

การกำหนดเหตุฉกรรจ์ ตามลักษณะความผิดนั้นพิจารณาถึงเหตุอันเนื่องมาจากการกระทำ ความผิดว่ามีรูปแบบหรือวิธีการที่แตกต่างกันอย่างไร ซึ่งรูปแบบและวิธีการกระทำความผิด บางอย่างนั้นอาจแสดงถึงความรุนแรงที่จะเกิดขึ้นแตกต่างกันก็ได้ ดังนั้น การลงโทษต่อ ความผิดที่มีลักษณะแตกต่างกันย่อมมีความหนักเบาของโทษที่แตกต่างกันไปด้วยโดยพิจารณาจาก ลักษณะของการกระทำความผิดว่าเป็นการกระทำความผิดที่ก่อให้เกิดความรุนแรงหรือความ อันตรายมากน้อยเพียงไร เป็นการกระทำที่มีความรุนแรงไม่ว่าจะส่งผลกระทบต่อ เรื่องของความเสียหายหรือความรู้สึกของบุคคลในสังคมก็จะต้องได้รับโทษหนักขึ้น

6) สถานที่

สถานที่ในการกระทำความผิดถือเป็นอีกหนึ่งปัจจัยที่จะนำมาพิจารณาในการกำหนดให้ ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นเนื่องจากสถานที่แต่ละแห่งนั้นมีความสำคัญที่แตกต่างกัน จึงเป็นเหตุให้ กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามความสำคัญของสถานที่ที่ได้ลง มือกระทำความผิดด้วย

7) โอกาสในการกระทำความผิด

โอกาสในการกระทำเป็นปัจจัยหนึ่งในการกำหนดเหตุฉกรรจ์เนื่องจากโอกาสถือเป็นสิ่ง หนึ่งในการเอื้ออำนวยต่อการกระทำความผิดโดยจะเป็นการทำให้การกระทำความผิดนั้นมีความ สะดวกสบายและมีโอกาสในความสำเร็จมากยิ่งขึ้นไม่ว่าโอกาสดังกล่าวจะเกิดขึ้นจากผู้เสียหายขาด ความระมัดระวังเองหรือตกอยู่ในสภาวะตื่นตระหนกตกใจก็ตาม หากผู้กระทำความผิดได้เลือก กระทำความผิดในช่วงเวลาดังกล่าวย่อมได้รับโทษหนักขึ้น เนื่องจากการกระทำดังกล่าวนอกจากจะ เป็นการฉวยโอกาสจากการที่ผู้เสียหายไม่อยู่ในภาวะที่ระมัดระวังตัวแล้วนั้นยังเป็นการกระทำ ความผิดที่ซ้ำเติมผู้เสียหายอีกประการหนึ่งด้วย

8) ความผิดที่เกิดขึ้นบ่อยๆ

การกำหนดโทษให้มีความรุนแรงขึ้นตามกรณีดังกล่าวนี้มีแนวคิดมาจากวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อข่มขู่หรือข่มขู่เนื่องจากการลงโทษตามปกติทั่วไปไม่สามารถที่จะป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นได้ เนื่องจากผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายที่ได้กำหนดขึ้นเป็นการทั่วไป ดังนั้น การกำหนดโทษให้สูงกว่าเดิมจึงเป็นวิธีการที่สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวต่อกฎหมายได้ ตลอดจนส่งผลต่อการลดปริมาณการกระทำความผิดในสังคมได้อีกด้วย¹⁸

หากพิจารณาจากปัจจัยในการกำหนดเหตุจรรยาตามปัจจัยต่างๆแล้วนั้นไม่ว่าจะเป็นความชั่วร้ายของจิตใจ , ตัวผู้กระทำความผิด , ตัวผู้ถูกกระทำความผิด , เหตุจูงใจหรือจุดมุ่งหมายในการกระทำความผิดและลักษณะของการกระทำความผิดแล้ว เป็นการแสดงให้เห็นว่าการทำร้ายร่างกายเด็กนั้นเป็นการกระทำความผิดที่เข้ากับหลักปัจจัยแห่งการกำหนดเหตุจรรยาเป็นอย่างมาก โดยเป็นการแสดงให้เห็นถึงความสมเหตุสมผลและความเหมาะสมในการกำหนดให้การกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดที่ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษหนักขึ้น โดยกำหนดให้การทำร้ายร่างกายเด็กนั้นเป็นเหตุจรรยาขึ้นเป็นการเฉพาะ

2.2.3 แนวความคิดในการกำหนดเหตุจรรยาตามกฎหมายอาญาของประเทศไทย

1) เจตนารมณ์ของกฎหมายไทยในการกำหนดเหตุจรรยา

กฎหมายอาญาของประเทศไทยนั้นได้มีการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงมาโดยตลอด ซึ่งก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญารบปัจจุบัน ประเทศไทยได้ทำการยกร่างกฎหมายลักษณะอาญา รศ. 127 โดยมีเจตนาในการยกร่างเพื่อพัฒนากฎหมายไทยให้เป็นกฎหมายที่มีความทัดเทียมกับอารยประเทศและได้มีการปรับปรุงแก้ไขเรื่อยมาจนกระทั่งในปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายอาญารบปัจจุบันนั้นได้มีการกำหนดลักษณะของฐานความผิดต่างๆและได้กำหนดโทษในแต่ละความผิดแตกต่างกันออกไป แม้จะไม่ได้มีหลักฐานที่แน่ชัดที่กล่าวถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายไทยในการกำหนดเหตุจรรยาเอาไว้แต่ก็สามารถอนุมานได้จากการแบ่งความคิดออกเป็นหลายฐานความผิดและแต่ละฐานความผิดก็มีระดับความร้ายแรงของการกระทำที่เห็นควรกำหนดโทษสูงต่ำแตกต่างกันออกไป ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้ร่างประมวลกฎหมายอาญาได้ให้ความสำคัญในความหนักเบาและความเหมาะสมของโทษตามแนวคิดหลัก

¹⁸ ทวีพร คงแก้ว. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 8. หน้า 22-27.

สัดส่วนที่พิจารณาจากความร้ายแรงของการกระทำที่เกิดขึ้น ซึ่งถือเป็นที่มาและหลักการอันนำมาสู่เจตนารมณ์ในการร่างประมวลกฎหมายอาญา โดยกำหนดไว้ในฐานความผิดบางฐานนั้นมีทั้งบทลงโทษตามธรรมดาและบทกฤษฎีกา โดยหากการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำร้ายแรง ผู้กระทำความผิดดังกล่าวนั้นจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามบทกฤษฎีกาหรือเหตุกฤษฎีกา ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดในการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนและข่มขู่ยับยั้งอาชญากรรม

2) การบัญญัติเหตุกฤษฎีกาตามประมวลกฎหมายอาญา

การบัญญัติเหตุกฤษฎีกาตามประมวลกฎหมายอาญาได้มีการกำหนดไว้แตกต่างกันตามแต่ละฐานความผิด โดยมีหลักการพื้นฐานในการบัญญัติคือบทกฤษฎีกาจะต้องมีพื้นฐานมาจากบทธรรมดา และจะต้องเป็นบทกฎหมายที่กำหนดให้มีโทษสูงขึ้นตามพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงประกอบก่อนกระทำความผิดที่มีความร้ายแรงมากกว่าปกติหรือมากกว่าบทบัญญัติที่เป็นหลักการทั่วไปตามบทธรรมดา รวมไปถึงการกระทำความผิดนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่มีโครงสร้างความรับผิดชอบอาญา เช่นเดียวกับบทธรรมดาอยู่เสมอเพียงแต่ระดับความร้ายแรงของการกระทำนั้นสูงขึ้น ดังนั้น ถ้าการกระทำไม่มีความผิดตามบทธรรมดาแล้วก็ย่อมจะไม่เป็นความผิดตามบทกฤษฎีกาด้วย

สำหรับการบัญญัติบทกฤษฎีกาตามกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะด้วยกัน คือ บทบัญญัติที่มีบทกฤษฎีกากับบทธรรมดาอยู่ในมาตราเดียวกัน และบทบัญญัติเหตุกฤษฎีกาแยกออกจากบทธรรมดาเป็นอีกมาตราหนึ่ง ซึ่งลักษณะของการบัญญัติบทกฤษฎีกาที่บัญญัติแยกออกจากระบบธรรมดานั้นสามารถแบ่งออกพิจารณาได้ 2 ลักษณะคือ เหตุกฤษฎีกาที่มีความสมบูรณ์อยู่ในตัวเอง ซึ่งเป็นเหตุกฤษฎีกาที่ศาลสามารถจะพิพากษาลงโทษได้โดยไม่ต้องอ้างถึงบทธรรมดาเนื่องจากมีความสมบูรณ์อยู่ในตัวเองอยู่แล้ว และอีกลักษณะคือเหตุกฤษฎีกาที่ไม่มีความสมบูรณ์ในตัวเอง เนื่องจากการบัญญัติบทกฤษฎีกาดังกล่าวนั้นเป็นการบัญญัติในลักษณะของกฎหมายที่ยังจะต้องอ้างอิงถึงบทธรรมดาอยู่ ซึ่งหากศาลจะลงโทษตามบทกฤษฎีกาจะต้องทำการอ้างอิงถึงบทธรรมดาควบคู่กันไปด้วย

ประมวลกฎหมายอาญานั้น ได้กำหนดเรื่องเหตุกฤษฎีกาไว้ในภาคความผิด โดยแบ่งความผิดออกเป็น 12 ลักษณะและได้บัญญัติถึงเหตุกฤษฎีกาของความผิดในแต่ละลักษณะแยกไว้จากกันโดยมีความผิดที่ไม่ได้บัญญัติเรื่องเหตุกฤษฎีกาไว้คือ ความผิดเกี่ยวกับศาสนาและความผิดเกี่ยวกับการค้า ซึ่งการกำหนดเหตุกฤษฎีกาในความผิดฐานต่างๆนั้นจะต้องทำการพิจารณาจากพฤติการณ์ที่ประกอบการกระทำความผิดตามปัจจัยที่กล่าวมา ยกตัวอย่างเช่น พิจารณาจากฐานะความสัมพันธ์ของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ พิจารณาจากทางพฤติการณ์ที่มีลักษณะของความชั่วร้ายของผู้กระทำ และพิจารณาจากพฤติการณ์ที่ทำให้มีโอกาที่ผู้กระทำจะกระทำความผิดนั้นสำเร็จเป็นต้น

ตัวอย่างของบทบัญญัติเกี่ยวกับเหตุฉกรรจ์ตามประมวลกฎหมายอาญา อาทิ ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร กรณีความผิดฐานกระทำการประทุษร้ายต่อพระองค์หรือเสรีภาพของพระมหากษัตริย์ถ้าการกระทำดังกล่าวได้กระทำโดยมีลักษณะอันน่าจะเป็นอันตรายแก่พระชนม์ก็จะต้องได้รับโทษหนักขึ้น ความผิดเกี่ยวกับการปกครองกรณีเจ้าพนักงานละทิ้งงานหรือจะทำการให้งานหยุดชะงักหรือเสียหาย ถ้าได้กระทำการดังกล่าวลงไปแล้วเพื่อเปลี่ยนแปลงในกฎหมายแผ่นดินเพื่อบังคับรัฐบาลหรือประชาชนผู้กระทำความผิดดังกล่าวก็จะต้องได้รับโทษหนักขึ้นเช่นกัน นอกจากนี้ยังมีเหตุฉกรรจ์ตามประมวลกฎหมายอาญาอีกมากมายไม่ว่าจะเป็นความผิดที่เกี่ยวกับเพศ หรือความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง เป็นต้น¹⁹

สำหรับการบัญญัติเหตุฉกรรจ์ตามประมวลกฎหมายอาญานั้นเป็นเหตุที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษหนักขึ้นจากการกระทำความผิดในลักษณะทั่วไป ซึ่งการรับโทษหนักขึ้นได้พิจารณาขึ้นจากหลายปัจจัยด้วยกันไม่ว่าจะเป็นจากฐานะของผู้ถูกระทำความผิด ความชั่วร้ายของผู้กระทำ จุดมุ่งหมายของผู้กระทำความผิดและเหตุปัจจัยอื่นๆ ซึ่งทางผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดให้เหตุฉกรรจ์ดังกล่าวยังเป็นการกำหนดเหตุเพิ่มโทษที่ไม่ครอบคลุมและคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกระทำได้เพียงพอ โดยเฉพาะในกรณีการพิจารณาจากฐานะของผู้ถูกระทำความผิด เนื่องจากการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในกรณีการทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นไม่ได้นำเอาเหตุของความรุนแรง ผู้ซึ่งถือว่าเป็นบุคคลที่มีความอ่อนแอและเปราะบางเป็นอย่างมากไม่ว่าจะในเรื่องของอายุ สภาพร่างกายและประสบการณ์ เข้ามารับพิจารณาให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษหนักขึ้นเป็นการเฉพาะ จึงทำให้การกำหนดเหตุฉกรรจ์ของผู้ถูกระทำความผิดที่จะมาเป็นเหตุเพิ่มโทษนั้นยังไม่ครอบคลุมและยังไม่มีประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามไม่ให้เกิดการกระทำความผิดดังกล่าวอย่างเหมาะสมและเพียงพอต่อการแก้ไขการทำร้ายร่างกายเด็กให้หมดไปจากสังคมไทยได้

3) อัตราโทษและความรับผิดเกี่ยวกับเหตุฉกรรจ์

การกำหนดอัตราโทษของเหตุฉกรรจ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มีการกำหนดใน 3 ลักษณะ คือ การกำหนดเด็ดขาดหรือแน่นอนตายตัวโดยเป็นการกำหนดเฉพาะเจาะจง ซึ่งศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจได้เลย การกำหนดไว้อย่างสัมพันธ์ เป็นกรณีที่กำหนดกรอบของการลงโทษ และให้ศาลใช้ดุลพินิจภายในกรอบของโทษ แยกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ อัตราโทษที่กฎหมายกำหนดขั้นสูงไว้ แต่มิได้กำหนดขั้นต่ำ เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยมีเหตุฉกรรจ์ ตามมาตรา 296 และอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดทั้งขั้นสูงและขั้นต่ำ เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายให้ได้รับอันตรายสาหัสโดยมีเหตุฉกรรจ์ ตามมาตรา 298 เป็นต้น และการไม่กำหนดแน่นอนโดยกฎหมายกำหนดแต่

¹⁹ ทวีพร คงแก้ว. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 8. หน้า 32.

ชนิดของไทยแต่ไม่ระบุกำหนดอัตราโทษ ซึ่งไม่มีการบัญญัติอัตราโทษประเภทนี้ในเหตุกรรจ์ ทั้งนี้ความรับผิดของเหตุกรรจ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มีแนวคิดว่ายทกกรรจ์จะต้องมีพื้นฐานมาจากบทธรรมดา เพียงแต่พฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงประกอบความผิดนั้นมีความร้ายแรงมากขึ้น ดังนั้น ถ้าการกระทำไม่มีความผิดตามบทธรรมดาแล้วก็ย่อมไม่ต้องรับผิดตามบทกรรจ์ โดยความรับผิดในเหตุกรรจ์มีองค์ประกอบที่ต้องพิจารณาคือ องค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 62 วรรคท้าย ได้บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น” ดังนั้น หากผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดของเหตุกรรจ์นั้น ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น และจะถือว่า มีเจตนาในการกระทำความผิดเหตุกรรจ์นั้นมิได้ คงมีแต่เจตนาความผิดในชั้นธรรมดาเท่านั้น

อย่างไรก็ตามบางกรณีแม้ผู้กระทำความผิดมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดของเหตุกรรจ์นั้น แต่ผู้กระทำความผิดก็อาจจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย (Objektive Bedingung der Strafbarkeit) ซึ่งหมายถึง ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำที่เป็นความผิดอาญานั้น แต่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่อยู่ในสาระสำคัญทั้งสามประการของความผิดอาญา โดยเป็นสิ่งสำคัญที่จะต้องมิเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยนี้ ไม่ใช่ข้อเท็จจริงเป็นองค์ประกอบของความผิด ดังนั้น การรับโทษจึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับความรู้ถึงเงื่อนไขดังกล่าว และองค์ประกอบที่ต้องพิจารณาองค์ประกอบสุดท้ายคือ เหตุจงใจ หรือเจตนาพิเศษ (Dolus specialis, specific intent) หมายถึง เจตนาให้เกิดผลโดยตรงเท่านั้น ไม่มีการเล็งเห็นผลดังเช่นเจตนาธรรมดาหรือเจตนาทั่วไป (dolus generalis) โดยเจตนาทั่วไปนั้นมีทั้งการที่เหมาะสม (Theory of Adequate Cause) โดยทฤษฎีเงื่อนไข (Theory of Conditional Factors) พิจารณาว่าผลของการกระทำความผิดใดจะเกิดขึ้นได้ ก็จะต้องมีการกระทำความผิดเช่นนั้น หรือมาจากการกระทำความผิดเช่นนั้น ส่วนทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม (Theory of Adequate Cause) จะใช้ในการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลของการกระทำ แต่เป็นการพิจารณาโดยคำนึงถึงความเหมาะสมเพียงพอตามปกติที่จะเกิดผลอันเป็นความผิดขึ้นหรือไม่

ในการพิจารณาความรับผิดทางอาญาในเหตุกรรจ์นั้นสามารถสรุปได้ว่า จะต้องประกอบไปด้วยพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุที่ทำให้ได้รับโทษหนักขึ้น โดยแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ พฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำความผิดจะต้องรู้ และพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องรู้ แต่การพิจารณาว่าอะไรเป็นพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงอันผู้กระทำความผิดจะต้องรู้หรือไม่ ในบางครั้งก็เป็นปัญหาในการพิจารณาเพื่อแยกให้เห็นความแตกต่างจากกันได้ สำหรับความรับผิดในเหตุกรรจ์นั้นหากผู้กระทำความผิดมีลักษณะของการเป็นตัวการผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน จะต้องพิจารณาความรับผิดโดยคำนึงถึงว่า ตัวการร่วม ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน รู้

หรืออาจสังเกตเห็นผลได้ว่า ตัวการร่วม ผู้ถูกใช้ หรือ ตัวการ จะกระทำผิดอันประกอบเหตุจรรยาบรรณนั้น นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาว่าเหตุจรรยาบรรณนั้นมีลักษณะเป็นเหตุแห่งลักษณะคดี หรือ เหตุส่วนตัว เช่น การทำร้ายร่างกายบุพการี เป็นเหตุส่วนตัว หากมีผู้ร่วมกระทำความผิดมิได้มีฐานะความสัมพันธ์ดังกล่าว ก็มิต้องรับผิดในเหตุจรรยาบรรณนั้น แต่ในเป็นกรณีของการทำร้ายร่างกายโดยทารุณ ซึ่งเป็นเหตุแห่งลักษณะคดี หากผู้กระทำผิดมีเจตนา รู้ หรือ เล็งเห็นผลของการกระทำผิดอันประกอบเหตุจรรยาบรรณนั้น ก็จะต้องรับผิด²⁰

4) แนวคิดของเหตุจรรยาบรรณในความผิดต่อชีวิตและร่างกาย

สำหรับแนวคิดของเหตุจรรยาบรรณในความผิดต่อชีวิตและร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญาลบปัจจุบันนั้นพิจารณาตามปัจจัยสำคัญดังต่อไปนี้

(1) พิจารณาจากฐานะของผู้ถูกระทำ

เนื่องจากการกำหนดให้เหตุจรรยาบรรณในความผิดต่อชีวิตและร่างกายตามฐานะผู้ถูกระทำเป็นการที่กฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองในเหตุส่วนตัวของผู้ถูกระทำโดยเฉพาะเจาะจงจึงได้นำสถานะหรือฐานะของผู้ถูกระทำมาเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาการกำหนดเพิ่มโทษให้หนักขึ้น เนื่องจากกฎหมายนั้นต้องการให้ความคุ้มครองกับบุคคลบางประเภทดังนี้

ก. บุพการี

ข. เจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่หรือได้กระทำการตามหน้าที่

ค. ผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงานในการที่เจ้าพนักงานนั้นกระทำการตามหน้าที่หรือ

เพราะเหตุที่บุคคลนั้นจะช่วยหรือได้ช่วยเจ้าพนักงาน

(2) พิจารณาจากความชั่วร้ายของผู้กระทำ

เป็นการกำหนดเหตุจรรยาบรรณคำนึงถึงความชั่วร้ายในจิตใจของผู้กระทำเป็นส่วนสำคัญโดยยึดแนวคิดในเรื่องของความยึดถือในทางศีลธรรมของมนุษย์ ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงภายในของผู้กระทำ โดยความชั่วร้ายหมายถึงความชั่วร้ายในจิตใจของผู้กระทำความผิดที่แสดงออกมาเป็นลักษณะและวิธีการกระทำที่มีความชั่วและรุนแรงกว่าปกติธรรมดา โดยตามกฎหมายอาญาไทยได้บัญญัติไว้ 2 ประการคือการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนและการกระทำโดยทรามานหรือทารุณโหดร้าย

(3) พิจารณาจากจุดมุ่งหมายของการกระทำ

จุดมุ่งหมายของการกระทำเป็นปัจจัยหนึ่งในการกำหนดให้เหตุจรรยาบรรณในความผิดต่อชีวิตและร่างกายเนื่องจากการแสดงให้เห็นถึงความชั่วร้ายของผู้กระทำซึ่งได้กระทำโดยมี

²⁰ ทวีพร คงแก้ว. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 8. หน้า 32-37.

มูลเหตุจูงใจหรือเจตนาพิเศษ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดได้มีพฤติการณ์ในการกระทำที่มีความชั่วร้ายรุนแรงมากกว่าการกระทำความผิดตามปกติธรรมดา เพราะการกระทำดังกล่าวไม่ได้มีเจตนาในการกระทำความผิดเพียงแก่ฐานความผิดเฉยเท่านั้นหากแต่เจตนาในการกระทำความผิดหลายฐานต่อเนื่องกันมา ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายอาญาได้มีการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดต่อชีวิตและร่างกายที่พิจารณาจากจุดมุ่งหมายของการกระทำความผิดไว้ 2 ประการคือ การกระทำโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อเตรียมการหรือเพื่อความสะดวกในการกระทำความผิดอย่างอื่น และการกระทำโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อจะเอาหรือเอาไว้ซึ่งผลประโยชน์อันเกิดแก่การที่ตนได้กระทำความผิดอื่น เพื่อปกปิดความผิดอื่นของตน หรือเพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นความรับผิดชอบที่ได้กระทำไว้²¹

2.2.4 การกำหนดเหตุฉกรรจ์ ตามหลัก Three Strikes Law²²

การกำหนดเหตุฉกรรจ์ตามหลัก Three Strikes Law นั้นเป็นการกำหนดสำหรับผู้กระทำความผิดซ้ำ ที่ไม่เช็ดขาดกับการถูกลงโทษจากการกระทำความผิดในครั้งแรกที่ตนได้รับ หลัก Three Strikes Law จึงถือเป็นหลักที่ใช้จัดการกับผู้กระทำความผิดซ้ำที่ได้รับโทษหนักขึ้นอีก โดย Three Strikes Law เป็นหลักกฎหมายที่ในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นบังคับใช้ทั้งในระดับรัฐ ตาม Title 18, Section 3559(c) of the United States Code และในระดับมลรัฐ โดยกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีความรุนแรงของโทษสูงโดยการให้อำนาจผู้พิพากษา ลงโทษผู้กระทำความผิดซ้ำในคดีอาญาที่มีความร้ายแรงด้วยอัตราโทษจำคุกถึงตลอดชีวิต โดยไม่มีสิทธิที่จะได้รับการพักโทษ การคุมประพฤติหรือการพักการลงโทษแต่อย่างใดไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะอ้างเหตุใดๆขึ้นมาก็ไม่อาจพ้นจากการลงโทษตามหลัก Three Strikes Law นี้ได้

1) ประวัติความเป็นมา²³

Three Strikes Law มีที่มาจากกติกาของกีฬาเบสบอล โดยเกิดจากการทำแต้มคะแนนของพิชเชอร์ที่ขว้างลูกเบสบอลจนผู้มีตำแหน่งตีบอลไม่สามารถรับลูกได้ติดต่อกันสามครั้ง และจะเป็นการทำให้ผู้ตีจะต้องออกไปจากสนามแข่งขันด้วย จึงเป็นเหตุในการนำมาเปรียบเทียบกับการกระทำความผิดอาญาว่า ถ้าผู้ใดกระทำความผิดตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดขึ้นครบสามครั้ง

²¹ ทวีพร คงแก้ว. อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 8. หน้า 42-43.

²² สุพิชฌาย์ สิริวัฒนา สิตะสิทธิ์. (2558). แนวทางที่เหมาะสมในการลงโทษและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดซ้ำ ในกระบวนการยุติธรรมไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 40-47.

²³ สุพิชฌาย์ สิริวัฒนา สิตะสิทธิ์. World Criminal Justice กฎหมายที่ใช้จัดการผู้กระทำความผิดซ้ำของประเทศสหรัฐอเมริกา (ตอนที่ 1). หนังสือพิมพ์ของศาลยุติธรรม. ปีที่ 6 ฉบับที่ 10 หน้า 8.

บุคคลนั้นจะต้องออกจากสังคมไปโดยการถูกจำคุกเป็นระยะเวลายาวนาน ซึ่งวัตถุประสงค์หลักของ Three Strikes Law คือเพื่อลดและป้องกันการกระทำผิดซ้ำด้วยการแยกผู้กระทำความผิดออกจากสังคมให้ไปอยู่ในเรือนจำเพื่อให้สังคมมีความปลอดภัยยิ่งขึ้น นอกจากนี้ยังเป็นการทำให้ผู้ที่อาจจะกระทำความผิดอื่น ๆ เกิดความเกรงกลัวที่จะกระทำความผิดอื่นเนื่องมาจากบทลงโทษที่รุนแรงอีกด้วย

ทั้งนี้ Three Strikes Law ยังได้รับการสนับสนุนจากนักวิชาการ โดยให้เหตุผลว่า เมื่อการกระทำผิดอย่างใดอย่างหนึ่งมีมูลค่าความเสียหายเกินกว่าผลประโยชน์ที่จะได้รับ เช่นนั้นการตัดสินใจเลือกกระทำความผิดดังกล่าวย่อมจะลดลง แต่ถ้าบุคคลดังกล่าวยังเลือกที่จะกระทำความผิดนั้นๆต่อไปอีกแม้ว่าการกระทำผิดดังกล่าวอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้กระทำเป็นอย่างมากก็ตาม จึงเป็นการทำให้รัฐควรที่จะเพิ่มมูลค่าของความเสียหายนั้นให้มากขึ้นไปอีก เพื่อเป็นการลดอัตราการกระทำความผิดลง ประกอบกับแนวคิดที่ว่าผู้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงส่วนใหญ่จะได้รับการปล่อยให้พ้นจากโทษจำคุกอย่างรวดเร็วเกินกว่าที่บุคคลดังกล่าวนั้นจะรับรู้สำนึกในสิ่งที่ตนกระทำลงไป ดังนั้น Three Strikes Law จึงเป็นกฎหมายที่ใช้ตอบสนองให้เกิดความเกรงกลัวต่อก่ออาชญากรรม และการกระทำผิดซ้ำที่เพิ่มสูงขึ้นอย่างรวดเร็วของประเทศสหรัฐอเมริกา

2) หลักการสำคัญของ Three Strikes Law²⁴

Three Strikes Law เป็นหลักกฎหมายที่บัญญัติบังคับใช้ทั้งในระดับรัฐและระดับมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีวัตถุประสงค์ในการตัดเอาผู้กระทำความผิดซ้ำออกจากสังคมให้ได้นานที่สุด ซึ่งในความจริงแล้วแต่ละมลรัฐได้มีการกำหนดเงื่อนไขของหลัก Three Strikes Law เอาไว้แตกต่างกันไป ผู้วิจัยจึงได้ทำการนำเสนอหลัก Three Strikes Law ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียในการนำมาปรับใช้กับการกำหนดเหตุการณ์ในการกระทำผิดซ้ำตามกฎหมายอาญาไทย ซึ่งสามารถสรุปหลักการสำคัญของ Three Strikes Law ได้ดังนี้

(1) ผู้กระทำความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ร้ายแรงหรือความผิดอาญาอุกฉกรรจ์รุนแรง ครั้งที่สอง (Second Strikers)

ถ้าผู้กระทำความผิดเคยต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ร้ายแรงหรือความผิดอาญาอุกฉกรรจ์รุนแรงมาก่อนแล้วหนึ่งครั้ง กฎหมายกำหนดให้โทษสำหรับการ

²⁴ สุพิชฌาย์ สิริวัฒนา สิตะสิทธิ์. World Criminal Justice กฎหมายที่ใช้จัดการผู้กระทำความผิดซ้ำของประเทศสหรัฐอเมริกา (ตอนจบ). หนังสือพิมพ์ของศาลยุติธรรม. ปีที่ 6 ฉบับที่ 13 หน้า 3.

กระทำความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ร้ายแรงหรือความผิดอาญาอุกฉกรรจ์รุนแรงครั้งที่สองให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษเป็นสองเท่าของอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดในครั้งปัจจุบัน

(2) ผู้กระทำความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ร้ายแรงหรือความผิดอาญาอุกฉกรรจ์รุนแรงครั้งที่สาม(Third Strikers)

ถ้าผู้กระทำความผิดเคยต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ร้ายแรงหรือความผิดอาญาอุกฉกรรจ์รุนแรงมาก่อนแล้วสองครั้งหรือมากกว่า กฎหมายกำหนดให้โทษสำหรับการกระทำความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ครั้งปัจจุบันมีโทษจำคุกตลอดชีวิต โดยมีอัตราจำคุกขั้นต่ำ 25 ปี ทั้งนี้สำหรับกรณีการกระทำความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ร้ายแรงหรือความผิดอาญาอุกฉกรรจ์รุนแรงครั้งที่สามนั้นได้มีกำหนดเงื่อนไขไว้ดังนี้

- จำเลยจะได้รับโทษในทุกๆคดีทั้งในคดีครั้งก่อนที่กำลังรับโทษอยู่ คดีปัจจุบัน รวมไปถึงคดีหลังจากนี้ถ้ามีเรียงต่อกันทุกคดี และถ้าในในคดีปัจจุบันที่เข้าหลักเกณฑ์ของกฎหมายนี้มีหลายกระทงและเข้าเงื่อนไขที่จะเรียงกระทงลงโทษได้ ก็ต้องเรียงกระทงลงโทษทุกกระทงที่กระทำความผิดด้วย ดังนั้น จำเลยบางคนอาจจะต้องรับโทษจำคุก 25 ปี ถึงตลอดชีวิตเรียงต่อกันหลายครั้งก็ได้

- ประวิติการกระทำความผิดไม่ว่าการกระทำความผิดนั้นจะได้ออกขึ้นนานมาแล้วเท่าใด รวมไปถึงครั้งที่กระทำความผิดตอนเป็นเยาวชน ก็สามารถนำมาพิจารณาว่าเป็นผู้กระทำความผิดซ้ำตามเงื่อนไขของหลัก Three Strikes Law ด้วย

- เมื่อผู้กระทำความผิดได้รับโทษตามหลัก Three Strikes Law แล้ว ผู้กระทำความผิดจะไม่ได้รับการรอกการลงโทษและคุมประพฤติสำหรับการกระทำความผิดครั้งล่าสุดรวมทั้งไม่มีสิทธิที่จะได้รับการพักโทษหรือรอกการกำหนดโทษสำหรับความผิดในครั้งก่อนด้วย และจะต้องรับโทษจำคุกสถานเดียวเท่านั้น เว้นแต่จะได้รับการอภัยโทษเป็นรายบุคคล

- ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจเป็นอย่างอื่นได้ กล่าวคือหากการกระทำความผิดนั้นเข้าตามเงื่อนไขของ Three Strikes Law แล้ว ศาลจะต้องลงโทษตามหลักกฎหมายนี้เท่านั้น แต่การศาลจะลงโทษตามหลัก Three Strikes Law ได้นั้น พนักงานอัยการจะต้องสามารถพิสูจน์ให้เห็นโดยปราศจากข้อสงสัยได้ว่า ผู้กระทำความผิดนั้นเคยถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ร้ายแรงหรือความผิดอาญาอุกฉกรรจ์รุนแรงมีจำนวนครั้งตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว

จากที่กล่าวมาข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า Three Strikes Law เป็นหลักการในการจัดการผู้กระทำความผิดซ้ำที่สามารถนำมาปรับใช้ในการกำหนดเหตุการณ์กรณีการทำร้ายร่างกายเด็กได้ เนื่องจากการทำร้ายร่างกายเด็กนั้นถือเป็นการกระทำความผิดที่มีความร้ายแรงและความรุนแรงกว่าการกระทำต่อบุคคลทั่วไป ซึ่งเป็นเหตุให้ควรที่จะทำการตัดโอกาสผู้กระทำความผิดออกจากสังคมให้มากที่สุดเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก แต่ทั้งนี้หากจะนำเอาหลัก Three Strikes Law มาปรับใช้แล้วนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าไม่ควรนำเอาหลักการกฎหมายเพิ่มโทษเดิมของประเทศไทยที่บัญญัติถึงเงื่อนไขในการจำคุกระยะเวลาของประวัตการกระทำผิดในอดีตที่จะนำมาใช้พิจารณาดังเช่นแนวทางเดิมได้ แต่จะต้องใช้ประวัตการกระทำผิดทั้งหมดตลอดชีวิตของบุคคลดังกล่าวมาพิจารณาและยังต้องพิจารณาคุณลักษณะความเป็นอาชญากรโดยสภาพของผู้กระทำผิดซ้ำก็เป็นสิ่งสำคัญที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วยว่า คุณลักษณะของบุคคลดังกล่าวอาจทำให้เกิดอันตรายแก่สาธารณชนหรือไม่และคุณลักษณะดังกล่าวยังคงมีอยู่ในปัจจุบันหรือไม่เนื่องจากโทษตาม Three Strikes Law เป็นโทษที่คำนึงไปถึงความเป็นอันตรายในอนาคตด้วย ดังนั้น ในการนำเอาหลัก Three Strikes Law กับความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็กนั้นจะต้องมีการนำสหวิชาชีพ คือ นักจิตวิทยา , แพทย์ , นักสังคมสงเคราะห์ และเอกสารหลักฐานทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำผิดซ้ำมาพิจารณาประกอบด้วยเพื่อประโยชน์ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำผิดซ้ำ และก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ทุกฝ่ายที่ได้รับความเสียหายด้วย

2.3 การกำหนดเกณฑ์อายุเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหาย

ประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญานั้นมีบทบัญญัติหลายลักษณะและหลายมาตราที่มุ่งเน้นในการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์เป็นพิเศษ โดยการกำหนดช่วงอายุของเด็กและผู้เยาว์ซึ่งอยู่ในฐานะของผู้เสียหายนั้นให้มีความสัมพันธ์กับโทษที่จะลงกระทำความผิด ทั้งนี้ อัตราโทษขึ้นอยู่กับอายุของเด็กและผู้เยาว์เป็นสำคัญ ดังนั้น หากผู้เสียหายมีอายุน้อยเท่าไร การลงโทษผู้กระทำผิดก็จะยิ่งหนักขึ้นเท่านั้น แต่สำหรับการแบ่งช่วงอายุของเด็กและผู้เยาว์ตามกฎหมายไทยยังมีปัญหาในเรื่องของการขาดความชัดเจนช่วงอายุที่แน่นอน เนื่องจากในประเทศไทยนั้นมีการให้คำนิยามคำว่าเด็กหรือเด็กที่แตกต่างกันออกไปโดยเฉพาะคำนิยามทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ ประกาศและระเบียบต่างๆ ยกตัวอย่างเช่น

1) ประมวลกฎหมายอาญา

(1) มาตรา 74 บัญญัติว่า "เด็กอายุกว่าเจ็ดปีแต่ยังไม่เกิน 14 ปีกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ..."

(2) มาตรา 75 บัญญัติว่า "ผู้ใดอายุกว่า 14 ปี แต่ยังไม่เกิน 17 ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่พึงเกี่ยวกับผู้นั้นในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่"

(3) มาตรา 279 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปีโดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ..."

(4) มาตรา 318 บัญญัติว่า "ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลโดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วยต้องระวางโทษ..."

2) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 19 บัญญัติว่า "บุคคลย่อมพ้นจากภาวะเด็กและบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 20 ปีบริบูรณ์" อย่างไรก็ตามบุคคลอาจจะพ้นจากความเป็นผู้เยาว์ได้หากทำการสมรสก่อนอายุ 20 ปีซึ่งหมายถึงเมื่อมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์หรือตามอายุที่ศาลอนุญาตให้ทำการสมรสได้ก่อน

3) พระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก

มาตรา 4 กำหนดคำว่า "เด็ก" หมายถึงบุคคลซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี บริบูรณ์

4) พระราชบัญญัติส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติพ.ศ. 2521

มาตรา 3 กำหนดคำว่า "เยาวชน" หมายถึงบุคคลซึ่งมีอายุไม่เกิน 25 ปี

5) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวพ.ศ. 2534 มาตรา 4 บัญญัติว่า

"เด็ก" หมายถึงความถึงบุคคลอายุเกิน 7 ปีบริบูรณ์แต่ยังไม่เกิน 14 ปีบริบูรณ์

"เยาวชน" หมายถึงบุคคลอายุเกิน 14 ปีบริบูรณ์แต่ยังไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์

6) ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 294 (27 พฤศจิกายน 2515) เรื่องเด็กประพฤติดนไม่สมควรแก่วัย

ข้อ 1 กำหนดว่า "เด็ก" หมายถึงความว่าบุคคลผู้ซึ่งอายุไม่ครบ 18 ปีบริบูรณ์และยังไม่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส

7) ระเบียบกรมประชาสงเคราะห์ว่าด้วยการสงเคราะห์เด็กภายในครอบครัวพ.ศ. 2529

ข้อ 4 บัญญัติว่า เด็กซึ่งมีภูมิลำเนาเดิมในประเทศไทยที่เพิ่งทำได้รับการสงเคราะห์ตามระเบียบนั้นต้องอายุไม่เกิน 18 ปีหรือที่อยู่ในระหว่างการศึกษาต้องมีอายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์..."

จากตัวอย่างข้างต้นนั้นสามารถสรุปได้ว่าการให้คำนิยามทางกฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับคำว่า "เด็ก" และ "ผู้เยาว์" นั้นยังขาดความเป็นเอกภาพในการให้คำนิยามโดยเฉพาะในเรื่องเกณฑ์ของอายุที่ยังมีการกำหนดอย่างไม่ชัดเจนเนื่องจากการทับซ้อนและการคาบเกี่ยวกันอยู่ ซึ่งทั้งนี้อาจขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับ นอกจากนี้ยังมีคำอื่นที่มีความหมายใกล้เคียงกันโดยเฉพาะคำว่า "เยาวชน" ก็ถือเป็นอีกคำหนึ่งที่มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า "เด็ก" อีกด้วยแต่มีข้อน่าสงสัยประการหนึ่งว่าคำว่า "เยาวชน" กลับไม่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาเลย โดยสรุปแล้วอาจกล่าวได้ว่าตามกฎหมายอาญา หากกล่าวถึงบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี โดยกฎหมายอาญาจะใช้คำว่า เด็ก และเมื่อกล่าวถึงบุคคลที่มีอายุเกิน 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี นั้น กฎหมายจะใช้คำว่า เยาวชน แทน

2.3.1 ความผิดซึ่งกำหนดอายุเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหาย

ประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่น ๆ ที่มีโทษทางอาญานั้น ได้มีบทบัญญัติหลายมาตราที่มุ่งเน้นในการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์เป็นพิเศษ โดยเฉพาะความผิดที่เกี่ยวกับเพศ ทั้งนี้ได้มีการกำหนดอายุของเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหายไว้ให้มีความสัมพันธ์ต่อบทลงโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด การที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ก็เพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องของความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็กหญิงเป็นสำคัญ โดยทั่วไปแล้วบทบัญญัติเรานั้นจะเอาช่วงอายุของเด็ก หรือ เยาวชน ซึ่งเป็นผู้เสียหายไว้ในสองลักษณะคือ การกำหนดเป็นช่วงอายุเดียว เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดอายุของผู้เสียหายเป็นช่วงอายุโดยมักใช้ถ้อยคำที่ว่า "... เด็กอายุยังไม่เกิน... ปี..." ยกตัวอย่างเช่นมาตรา 293 และมาตรา 306 ประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น และการกำหนดเป็นช่วงอายุต่างๆหลายช่วง เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดอายุผู้เสียหายเป็นช่วงอายุต่างๆโดยมีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกันในแต่ละช่วงอายุ ซึ่งช่วงอายุแรกของฐานความผิดนี้มักจะบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำเช่นว่า "... อายุไม่เกิน 15 ปี..." และช่วงอายุถัดไปจะใช้ถ้อยคำที่ว่า "... อายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี..." โดยแต่ละช่วงอายุอาจจะถูกบัญญัติอยู่ในมาตราเดียวกันหรือคนละมาตราก็เป็นได้ ยกตัวอย่างเช่น ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 เป็นต้น

นอกจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาแล้วยังได้มีการกำหนดช่วงอายุของผู้เสียหายไว้ในบทบัญญัติตามกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญาดังเช่นกัน อาทิพระราชบัญญัติป้องกันและ

ปราบปรามการค้าประเวณีพ.ศ. 2539 เป็นต้น ซึ่งจากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าจุดประสงค์ที่กฎหมายกำหนดอายุความผู้เสียหายเป็นช่วงอายุต่างๆก็เพื่อที่จะมุ่งเน้นในการคุ้มครองเด็กและเยาวชน โดยยึดหลักที่ว่าหากอายุผู้เสียหายที่มีอายุเท่าไร กฎหมายก็จะต้องยิ่งคุ้มครองอย่างเข้มงวดมากขึ้น เนื่องจากอายุยิ่งน้อยเท่าไรก็จะทำให้ยิ่งขาดความสามารถในการคิดตัดสินใจและปกป้องตัวเองมากเท่านั้น พร้อมประกอบกับสภาพร่างกายและจิตใจของเด็กยังไม่เจริญเติบโตเพียงพอจึงทำให้กฎหมายจะต้องคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นพิเศษ

2.3.2 สถานะของเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายไทย

ในเรื่องของสถานะอายุของเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายไทยนั้น เป็นการกำหนดบทบัญญัติที่มีหลักในการพิจารณาความหนักของบทลงโทษจากความมากน้อยจากอายุของผู้ถูกระทำ โดยคุณธรรมที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองก็คือความรู้สึกและความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็ก ซึ่งประเด็นที่สำคัญอย่างมากต่อการวินิจฉัยปัญหาความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายนั้น ได้มีนักกฎหมายออกมาแสดงความคิดเห็นในแนวทางที่แตกต่างกันออกไปซึ่งสามารถอธิบายและให้เหตุผลที่ต่างกันไว้ดังต่อไปนี้

1) อายุเป็นองค์ประกอบความผิด

ผู้ที่เห็นว่าอายุเป็นองค์ประกอบสำคัญได้ให้เหตุผลว่าความสำคัญผิดในอายุ เท่ากับ ไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ดังนั้น ในทำนองเดียวกันจึงกล่าวได้ว่าอายุเป็นองค์ประกอบความผิดซึ่งในแนวคิดที่ว่าอายุของความผิดนี้ศาลฎีกาได้มีการแสดงความคิดเห็นไว้เช่นเดียวกันตามนัยยะฎีกาที่ 5176 / 2538 ซึ่งศาลฎีกาได้ให้เหตุผลไว้ว่า "... เรื่องอายุของผู้เสียหายนั้นเป็นองค์ประกอบความผิดด้วยและเมื่อจำเลยสำคัญผิดในเรื่องของอายุผู้เสียหาย แม้ความจริงไม่ใช่อย่างที่จำเลยสำคัญผิด จำเลยย่อมไม่มีความผิด..." ซึ่งแนวความคิดนี้เห็นว่าอายุเป็นองค์ประกอบความผิด แต่อย่างไรก็ตามไม่ได้แยกแยะว่าเป็นองค์ประกอบประเภทใดประเภทหนึ่ง ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดอายุของผู้เสียหายเอาไว้ จะเห็นได้ว่าอายุถือเป็นองค์ประกอบความผิดโดยเนื้อหาระสำคัญของบทบัญญัติ

2) อายุเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษ

สำหรับผู้ที่เห็นว่าอายุเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษนั้นได้ให้เหตุผลสนับสนุนแนวคิดไว้ว่า อายุของผู้เสียหายเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นกว่าเดิมโดยเฉพาะในความผิดฐานข่มขืนตามมาตรา 276 ซึ่งมาตรา 12 วรรคท้ายได้บัญญัติให้ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงและหากไม่รู้ก็ถือว่าการกระทำดังกล่าวนั้นไม่มีความผิด ดังนั้น จึงเป็นการ

แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายนี้ถ้าไม่รู้แล้วจะให้รับโทษหนักขึ้นนั้นย่อมไม่เป็นไปตามหลักของมาตรา 62 วรรคท้าย ซึ่งสามารถสรุปได้ว่าอายุถือเป็นองค์ประกอบความผิดและเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นหรืออยู่ในสถานะของเงื่อนไขที่เป็นเหตุเพิ่มโทษจึงต้องพิจารณาประกอบกับมาตรา 62 วรรคท้าย โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าถ้าไม่รู้ก็ไม่ต้องรับผิดในสิ่งที่ตนไม่รู้ จึงเป็นการทำให้อายุเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำ

3) อายุเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

สำหรับในกรณีอายุเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย เป็นแนวคิดที่ยึดหลักแนวคิดที่ว่าอายุของเด็กและผู้เยาว์ถือเป็นเงื่อนไขในการลงโทษทางภาวะวิสัยซึ่งหมายถึงความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายโดยในกรณีดังกล่าวหากใช้วิธีตามมาตรา 59 วรรคสามจะถือว่าเรื่องอายุนั้นเป็นองค์ประกอบแล้วถ้าจำเลยกระทำการตามข้อเท็จจริงดังกล่าว ย่อมถือว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดเพราะขาดเจตนาอันเป็นเหตุให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดแต่แนวคิดในการกำหนดให้อายุเป็นเรื่องของเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัยนั้นจะมีผลทางกฎหมายเป็นการกำหนดให้ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงในเรื่องของอายุ เพราะอายุดังกล่าวไม่ได้เป็นองค์ประกอบของความผิด จากที่กล่าวมาข้างต้นสามารถสรุปได้ว่าตามแนวความคิดนี้ถือว่าอายุไม่ใช่องค์ประกอบความผิดหากแต่เป็นเงื่อนไขในการกำหนดบทลงโทษทางภาวะวิสัยที่อยู่นอกเหนือองค์ประกอบความผิด และไม่ถูกรวมคลุมโดยหลักเจตนา ดังนั้น การไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุจึงไม่อาจยกขึ้นมาแก้ตัวได้²⁵

2.4 การล่วงละเมิดเด็ก (Child Abuse)

ประเทศไทยได้ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองเด็กเป็นอย่างมาก โดยในวันที่ 12 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535 ประเทศไทยได้ลงนามเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยมีจุดประสงค์เพื่อให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองเด็กตามหลักเกณฑ์พื้นฐาน คือการมีชีวิตอยู่และได้รับการพัฒนาอย่างเสมอภาค ได้รับการดูแลอย่างดีที่สุด และมีสิทธิแสดงความคิดเห็นในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับตน ซึ่งเป็นที่มาของการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อเอื้อประโยชน์ในการบรรลุเป้าประสงค์ของอนุสัญญาดังกล่าวโดยมีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 เป็นต้น

²⁵ สาวิตรี ภูไชยแสง. (2552). เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย: ศึกษาอายุผู้เสียหายที่เป็นเด็กในความผิดเกี่ยวกับเพศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 40-47.

2.4.1 ความหมายของการล่วงละเมิดเด็ก ²⁶

การล่วงละเมิดเด็ก (Child Abuse) หมายถึง การกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายของเด็ก เช่น ทำให้เกิดการบาดเจ็บ การล่วงละเมิดทางเพศ หรือทำให้เสียชีวิต รวมถึงการทำให้เกิดความบอบช้ำทางจิตใจ และการชักจูงให้เด็กกระทำความผิดด้วย

2.4.2 รูปแบบของการล่วงละเมิดเด็ก (Types of child abuse) ²⁷

การล่วงละเมิดเด็ก นั้นสามารถกระทำได้ในหลากหลายรูปแบบ โดยสามารถแบ่งการล่วงละเมิดเด็ก ออกเป็น 4 รูปแบบหลักดังต่อไปนี้

1) การทำร้ายร่างกาย (Physical Abuse) คือ การที่ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเด็กทำให้เด็กเกิดการบาดเจ็บทางร่างกาย โดยการบาดเจ็บดังกล่าวอาจเกิดจากการตั้งใจทำและไม่ใช่อุบัติเหตุ

2) การล่วงละเมิดทางเพศ (Sexual Abuse) คือ การกระทำกิจกรรมทางเพศต่อเด็ก โดยที่เด็กไม่สามารถให้ความยินยอมพร้อมใจ หรือไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอที่จะเข้าใจการกระทำเหล่านั้น โดยกิจกรรมดังกล่าวได้กระทำขึ้นเพื่อความพึงพอใจทางเพศของผู้กระทำ

3) การทำร้ายจิตใจ (Emotional Abuse) คือ การที่ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเด็กปฏิบัติเฉยเมยไม่สนใจ หรือข่มขู่เด็ก ทำให้เด็กหวาดกลัว โดยเกิดขึ้นซ้ำซากและก่อให้เกิดความเสียหายต่อพัฒนาการทั้งทางร่างกาย อารมณ์ จิตใจ และทางสังคม

4) การทอดทิ้ง (Neglect) การที่ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเด็กไม่เอาใจใส่ในสิ่งจำเป็นพื้นฐานของการดำรงชีวิต เช่น อาหาร เสื้อผ้า ที่อยู่อาศัย การรักษาสุขภาพอนามัย ทำให้เด็กได้รับอันตรายต่อร่างกายและจิตใจ รวมถึงการเจริญเติบโตและพัฒนาการ

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า แม้ประเทศไทยได้ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองเด็กเป็นอย่างมาก และได้ลงนามเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเพื่อให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองเด็กตามหลักเกณฑ์พื้นฐานแล้วก็ตามแต่ในกรณีของการทำร้ายร่างกายเด็กซึ่งถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการล่วงละเมิดทางเพศนั้นกลับไม่ได้มีการกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นแต่อย่างใด จึงทำให้การคุ้มครองสิทธิเด็กตามกฎหมายอาญายังไม่ครอบคลุมถึงทุกการกระทำที่เกิดขึ้นกับเด็ก ผู้วิจัยจึงเห็นควรกำหนดเหตุฉกรรจ์ในกรณีการทำร้ายร่างกายเด็กขึ้นเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นไปอย่างครอบคลุมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

²⁶ World Health Organization (WHO). (2014). The Global Campaign for Violence Prevention: Chapter 3 Child abuse and neglect by parents and other caregivers. **World report on violence and health.** Page 59.

²⁷ Child Welfare. (2016). Types of Abuse. **Definitions of Child Abuse and Neglect.** Page 2-3.