

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 กรณีผู้ใช้อำนาจปกครอง

บทนี้จะเป็นการกล่าวถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำความผิดมีความสัมพันธ์ที่มีความละเอียดอ่อนซับซ้อนเช่นเดียวกับผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย การนำเสนอแนวความคิดดังกล่าวเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีสภาพบังคับใช้กับบุคคลในครอบครัวเพื่อให้สมกับเจตนารมณ์ของกฎหมายในการที่จะคุ้มครองผู้ถูกกระทำความผิด และเพื่อการนำเสนอมาตรการในการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิด

2.1 ทฤษฎีทางกฎหมาย

เนื่องจากกฎหมายอาญามีหน้าที่ในการคุ้มครองสังคมเพื่อความสงบสุขเรียบร้อย จึงมีการบัญญัติให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในประมวลกฎหมายอาญา โดยมีการกำหนดโทษทางอาญาแก่บุคคลซึ่งกระทำความผิด และมีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวแก่บุคคลตามที่กฎหมายกำหนดไว้ อย่างไรก็ตามเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพ จำเป็นต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายประกอบด้วย

2.1.1 ความหมายของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญานอกจากที่จะปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาแล้วยังรวมถึงกฎหมายอื่นๆที่ได้มีการกำหนดความผิดทางอาญาไว้ เช่น พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ.2490 พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 ซึ่งจะมีผลทำให้ต้องนำบทบัญญัติในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญาไปใช้ในกรณีแห่งความผิดอื่นด้วยเว้นแต่กฎหมายนั้นจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

ซึ่งความหมายของกฎหมายอาญาได้มีนักวิชาการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายได้อธิบายความหมายของกฎหมายอาญาไว้ดังนี้

สำหรับศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร อธิบายว่า กฎหมายอาญา คือ¹ บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาและเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษวิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่นนั้น

สำหรับ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศกัทธิย์ อธิบายว่า² ลักษณะในทางกฎหมายอาญาก็จัดเป็นกฎหมายมหาชนว่าด้วยความผิดและโทษทางอาญาเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับรัฐ แม้การกระทำนั้นจะทำให้เอกชนเสียหาย และการกระทำนั้นยังส่งผลกระทบต่อมหาชนทำให้ต้องมาดำเนินการป้องกันปราบปราม ซึ่งการกระทำใดจะถือว่าเป็นความผิดอาญานั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจน และสำหรับการกระทำนั้นต้องไม่มีผลย้อนหลังในทางลงโทษบุคคลหรือให้รับโทษหนักขึ้น

สำหรับ รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติจักร วัจนสวัสดิ์ อธิบายว่า กฎหมายอาญา³ คือกฎหมายบัญญัติว่า การกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย ซึ่งอาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า กฎหมายอาญาคือ กฎหมายที่บัญญัติห้ามไม่ให้มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือบังคับให้มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามจะต้องได้รับโทษ

กล่าวโดยสรุปคือ กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรว่าการกระทำใดบ้างที่เป็นความผิดโดยมีการกำหนดโทษทางอาญา วิธีการเพื่อความปลอดภัย มาตรการบังคับทางอาญาอื่นเพื่อเป็นการป้องกันปราบปรามสังคมให้เกิดความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หากบุคคลนั้นกระทำความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ต้องรับโทษทางอาญา ผู้วิจัยเห็นว่า การกระทำความผิดทางเพศเป็นภัยร้ายแรงต่อความปลอดภัยของคนในสังคม รัฐจึงต้องบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศเป็นความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 ซึ่งมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 276 ถึงมาตรา 287/2 และนอกจากนี้ยังมีการกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวไว้ในมาตรา 285 เพื่อเป็นการป้องปรามไม่ให้ผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศแก่ผู้ในความปกครอง แต่หากจะเป็นการป้องปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในกรณีกระทำโดยอาศัยเหตุมีอำนาจเหนือกว่าผู้ถูกระทำ ควรจะมีการบัญญัติถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตาม

¹ คณิต ฌ นคร. (2560). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 48.

² จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2555). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 11). นนทบุรี: บริษัทศูนย์การพิมพ์รุ่งจำกัด. หน้า 2-3.

³ เกียรติจักร วัจนสวัสดิ์. (2558). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พลสยามพรีนติ้ง. หน้า 1.

ความเป็นจริงด้วย เช่น กรณีพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัว เป็นต้น เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายครอบคลุมถึงบุคคลดังกล่าวเช่นเดียวกับผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย

2.1.2 การกำหนดความผิดทางอาญา

เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงการกระทำหรือการไม่กระทำใดเป็นความผิดและมีโทษ ซึ่งเราจะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ดังนั้นในการบัญญัติกฎหมายอาญา นักกฎหมาย นักปรัชญา และนักสังคมวิทยาจึงได้พยายามสร้างหลักเกณฑ์ว่าด้วยการบัญญัติกฎหมายอาญาดังต่อไปนี้

2.1.2.1 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกำหนดการกระทำหรือไม่กระทำใดเป็นความผิดอาญาสำหรับ เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer)⁴ได้เสนอแนวความคิดที่ว่า การกระทำใดบ้าง ซึ่งควรเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาหรือไม่ สำหรับการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดความผิดว่าการกระทำใดบ้างของบุคคลในสังคมควรเป็นความผิดตามกฎหมายกล่าวคือ ถ้าหากการกระทำนั้นเป็นที่เห็นชัดในหมู่มชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม หมู่มชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น หรือถ้าการกระทำผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้วจะไปขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ หรือการปราบปรามการกระทำผิดเช่นนั้นจะไม่มีผลต่อการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป หรือเมื่อเป็นความผิดอาญาแล้วจะมีการใช้กฎหมายบังคับอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน หรือการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพ ปริมาณและไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

ซึ่งรองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์ อธิบายว่า หลักเกณฑ์การกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาของ เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) ดังกล่าวนี้จะช่วยแก้ไขปัญหาการเกิดกฎหมายอาญาเพื่อขึ้นได้ เพราะหากรัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือโดยไม่พิจารณาถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะใช้บังคับกฎหมายอาญาแล้วกฎหมายก็จะไร้ความหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติมิชอบมีโอกาสแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองจากกฎหมายเหล่านี้ หรือหากมีการใช้บังคับกฎหมายซึ่งมิได้มีการใช้บังคับมา

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

⁵ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 3. หน้า 7.

เป็นเวลานาน ผู้ถูกใช้บังคับก็จะเกิดปฏิกิริยาเพราะถือว่าถูกเลือกปฏิบัติซึ่งจะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับกฎหมายและชุมชนเสื่อมเสียไป

2.1.2.2 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้กฎหมายอาญาต้องมีข้อจำกัด

เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายซึ่งจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล การใช้กฎหมายอาญาจึงต้องใช้อย่างจำกัดเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคม และมีความเหมาะสมกับสถานการณ์ต่างๆ โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษความประพฤตินี้ไม่ก่อให้เกิดอันตรายหรือไม่มีพิษภัย สำหรับโดยแนวความคิดนี้ เจอเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham) เห็นว่ารัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาในกรณีผลร้ายซึ่งเกิดจากการลงโทษมีมากกว่าผลร้ายซึ่งเกิดจากความผิด โดยเมื่อนำผลที่ได้และผลเสียมาชั่งน้ำหนักแล้วเห็นว่ากลงโทษตามกฎหมายอาญาเกิดประโยชน์น้อยกว่า แต่แนวคิดนี้มีจุดอ่อนเกี่ยวกับการกำหนดตัวชีวิตในการกำหนดโทษให้ได้พอดีกับความผิด ต่อมาวอล์กเกอร์ (Walker) ได้เสนอแนะให้ปรับปรุงแนวคิดเสียใหม่ที่ว่า “กฎหมายอาญาไม่ควรบัญญัติห้ามการกระทำซึ่งจะก่อให้เกิดผลพลอยได้” อันจะเป็นผลร้ายมากกว่าการทำให้กฎหมายอาญาต้องการที่จะจำกัด” เช่นการบัญญัติกฎหมายห้ามการทำแท้งได้ก่อให้เกิดการรับจ้างรัดลูกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และมีกระทำโดยผู้มีใจแพทยอันอาจเป็นอันตรายต่อชีวิต และสุขภาพของผู้หญิง หรือรัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์ในการบังคับให้บุคคลกระทำเพื่อประโยชน์แก่ตนเองเท่านั้น

โดยแนวคิดนี้ จอห์น สจวร์ต มิลล์ (John Stuart Mill) เห็นว่ารัฐไม่ควรจำกัดสิทธิโดยบทบัญญัติของกฎหมายถ้าหากการกระทำนั้น ไม่ได้ก่อให้เกิดการใช้ความรุนแรง หรือเป็นอันตรายต่อผู้อื่น โดยในสังคมที่เจริญแล้ว การใช้กำลังอำนาจเหนือสมาชิกในสังคมของตนจะถือเป็นการถูกต้อง ก็ต่อเมื่อมีจุดประสงค์ที่จะป้องกันอันตรายอันจะเกิดแก่บุคคลอื่นในสังคมนั้น ภัยอันตรายที่จะเกิดแก่ตนเองโดยมิใช่บุคคลอื่นเป็นผู้ก่อให้เกิดไม่ว่าจะเป็นทางกายภาพหรือทางจริยธรรมแล้ว ย่อมไม่อาจถือเป็นข้ออ้างเพียงพอสำหรับการจำกัดเสรีภาพ การกระทำของมนุษย์หากพิจารณาตามความเห็นดังกล่าว จะเห็นว่าการค้าประเวณีที่กระทำโดยสมัครใจและเป็นผู้ใหญ่แล้วไม่น่ามีความผิดทางอาญา หากไม่ก่อภัยอันตรายอย่างร้ายแรงต่อผู้อื่นและรัฐไม่สมควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้ผู้อื่นปฏิบัติตาม และหากมีการฝ่าฝืนจะได้รับการลงโทษเพื่อแก้แค้นตอบแทน ซึ่งทำให้ไม่เกิดประโยชน์ต่อสังคมในเรื่องอื่นๆ ด้วย โดยแนวความคิด

⁶ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2556). **ทฤษฎีอาญา** (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 53.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54.

⁸ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 6. หน้า 56-57.

นี้ ซีซาร์ เบคคาเรีย (Cesare Beccaria)⁹ เชื่อในเรื่องอรรถประโยชน์แห่งการลงโทษที่ว่า การป้องกันอาชญากรรมดีกว่าการลงโทษซึ่งควรเป็นเป้าหมายอุดมคติของการบัญญัติกฎหมายที่ดี

2.1.2.3 หลักเกณฑ์ว่าด้วยประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายอาญา

เนื่องจากกฎหมายอาญามีบทบาทในการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคมโดยจะควบคุมมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับสภาพของสังคมนั้นๆ และมีพฤติกรรมบางอย่างที่กฎหมายอาญาไม่สามารถควบคุมได้ การพยายามใช้กฎหมายอาญาเพื่อควบคุมพฤติกรรมเช่นนั้นจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อันใดเลย โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้¹⁰

รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาห้ามการกระทำ ซึ่งอาจทำให้ไม่ได้รับการสนับสนุนจากสาธารณชนเพราะจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายทำได้ยากเสียค่าใช้จ่ายสูง เนื่องจากประชาชนไม่ให้ความร่วมมือให้ข้อมูลในการการกระทำผิดต่างๆ แล้วจะทำให้เจ้าหน้าที่ทราบข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดน้อยมาก แต่ถ้าหากกฎหมายใดได้รับความร่วมมือจากประชาชนจะทำให้การบังคับใช้ได้ผล ดังนั้นหากกฎหมายทุกฉบับมีความสัมพันธ์กับสังคมส่วนรวมแล้ว กฎหมายนั้นจึงต้องได้รับการยอมรับนับถือจากประชามันด้วย หรือรัฐไม่ควรบัญญัติความผิดซึ่งบังคับใช้ไม่ได้ในกฎหมายอาญาโดยไม่สมควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญา ถ้าผู้ฝ่าฝืนถูกดำเนินคดีและถูกลงโทษมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้น โดยกฎหมายใช้บังคับไม่ได้ เนื่องจากเจ้าหน้าที่จับผู้กระทำผิดได้น้อย หรือประชาชนไม่ให้ความสนใจจะส่งผลให้ประชาชนขาดความเคารพในกฎหมาย หรือกฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ หรือกฎหมายอาญาไม่ควรบัญญัติข้อห้ามบางประการเมื่อฝ่าฝืนแล้วไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีกระทำความผิดจริง โดยหลักเกณฑ์นี้มีแนวคิดว่ามีผู้กระทำความผิดตามกฎหมายเป็นจำนวนมาก แต่รอดพ้นจากการบังคับใช้กฎหมายอาญาซึ่งไม่มีประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายอาญาเลย และเมื่อบุคคลถูกจับและถูกฟ้องคดี ประชาชนทั่วไปจะเห็นว่าเป็นเพียงผู้โชคร้ายเท่านั้น และไม่ได้รับความเป็นธรรมเพราะมีผู้กระทำความผิดอีกจำนวนมากไม่ได้ถูกจับ

กล่าวโดยสรุปคือ การกระทำใดที่ควรเป็นความผิดตามกฎหมายอาญานั้นเราจะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศของผู้ที่อยู่ในความปกครองตามกฎหมาย เช่น บิดา มารดา กระทำชำเราบุตรของตนเองเป็นกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 และต้องรับโทษเพิ่มขึ้นหนึ่งในสาม ตามมาตรา 285 แต่การกระทำความผิดผู้ใช้อำนาจปกครองตามความจริง เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัว ผู้วิจัยเห็นว่าการรับโทษของบุคคลดังกล่าวกลับได้รับโทษเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป ทั้งนี้หากพิจารณาจากการกระทำแล้ว

⁹ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 6. หน้า 52.

¹⁰ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 6. หน้า 61-62.

ควรกำหนดเป็นเหตุเพิ่มโทษเช่นเดียวกับผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย เนื่องจากเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อผู้ถูกกระทำซึ่งมีสัมพันธ์ในลักษณะใกล้ชิดเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดแล้วยังกระทบกระเทือนต่อสังคมในด้านความปลอดภัย เพราะแม้แต่บุคคลในครอบครัวยังกระทำต่อกันอย่างไรก็ตามการบังคับใช้กฎหมายอาญาให้ครอบคลุมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัว จะเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลก็ตาม แต่รัฐจำเป็นต้องใช้กฎหมายอาญาในการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลดังกล่าว เพราะการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อร่างกายและจิตใจของบุคคลอื่นเช่นเดียวกับผู้สันดาน ฉะนั้นรัฐจึงต้องออกกฎหมายให้ครอบคลุมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงเช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัว เพื่อป้องกันและปราบปรามภัยอันตรายอันจะก่อให้เกิดแก่บุคคลในสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้น

2.1.3 หน้าที่ของกฎหมาย

หน้าที่ของกฎหมายนั้น แบ่งเป็นหลักการสำคัญออกเป็นกรณีดังต่อไปนี้

2.1.3.1 ภารกิจของกฎหมายอาญา¹¹

- 1) เป็นภารกิจในการคุ้มครองสังคมและเพื่อเป็นความสงบและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม
- 2) เป็นภารกิจในการปราบปรามและเป็นการป้องกันการกระทำความผิด เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเห็นว่าสังคมไม่ยอมรับการกระทำของเขา
- 3) เป็นภารกิจในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายและในการคุ้มครองคุณภาพของการกระทำ กฎหมายอาญาถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายไม่ให้ถูกคุกคามให้ตกอยู่ในอันตรายและเพื่อคุ้มครอง “คุณภาพของการกระทำ” ให้เป็นการกระทำที่ถูกต้องตามหน้าที่ เพราะการกระทำที่เป็น “ความผิดอาญา” นอกจากจะเป็นการกระทำที่ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายแล้วยังเป็นการกระทำที่ผิดหน้าที่ในขณะเดียวกันด้วย

2.1.3.2 คุณธรรมทางกฎหมาย

บัญญัติความผิดต่างๆซึ่งเป็นบทบัญญัติที่สั้นและกะทัดรัด แต่ในความสั้นและกะทัดรัดนั้นได้รวบรวมเอาสิ่งต่างๆที่เป็นพื้นฐานความผิดเอาไว้ ได้แก่ ผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ และผลของการกระทำ นอกจากนี้ยังมีส่วนที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองแฝงอยู่ด้วยเสมอซึ่งเป็นสภาพที่พึงปรารถนาที่กฎหมายต้องการประกันจากการล่วงละเมิด ในทางคำรา

¹¹ คณิต ณ นคร. (2560). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 58-61.

เยอรมันเรียกว่า “*Rechtsgut*” หรือ “คุณธรรมทางกฎหมาย”¹² (legal interest) ซึ่งเป็นสภาวะความคิดที่เป็นนามธรรม โดยคุณธรรมทางกฎหมายในทางกฎหมายอาญาไม่ว่าจะในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอาญาอื่นล้วน แต่เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญและจำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น ทำให้การคุ้มครองในรูปแบบอื่นจึงไม่เพียงพอด้วยเหตุนี้จึงต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญนั้นด้วยกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตามแม้ผู้บัญญัติกฎหมายจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายหรือไม่ก็ตาม การบัญญัตินั้นแสดงการยอมรับเอาคุณธรรมทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเข้าไปโดยอัตโนมัติและกฎหมายก็มีการกึ่งที่คุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายเช่นว่านั้นโดยอัตโนมัติด้วยเช่นกัน

2.1.3.3 คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศ

การบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศฐานต่าง ๆ จำเป็นต้องมีสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครอง หรือคุณธรรมทางกฎหมายแฝงอยู่ไม่ว่าจะเป็นฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือฐานกระทำอนาจารก็ตาม โดยกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองมิให้มีความเสียหายเกิดขึ้นทั้งต่อสังคมส่วนร่วมและคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้ที่จะได้รับความเสียหายหรือผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นการคุ้มครองส่วนตัว การศึกษาถึงคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารจะทำให้เกิดความเข้าใจในการตีความและวินิจฉัยความผิดเพิ่มมากขึ้น โดยในแต่ละฐานมีสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครองดังนี้

2.1.3.4 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่สร้างความเสียหายอย่างร้ายแรงที่สุดต่อผู้ถูกกระทำโดยเป็นความผิดต่อเสรีภาพทางเพศ เนื่องจากการกระทำที่มีการข่มขืนใจและกระทำชำเราประกอบกัน การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แบ่งออกได้เป็น 2 ฐาน คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และมาตรา 277 ซึ่งมีคุณธรรมทางกฎหมาย ดังนี้¹³

1) ขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรม

คนไทยมีวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นของตนเอง เนื่องจากการฝ่าฝืนขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมเป็นการทำลายแบบอย่างความประพฤติที่ดีที่ปฏิบัติสืบทอดกันมาในสังคม ดังนั้นถ้าทุก ๆ คนปฏิบัติต่อกันอย่างไรก็ได้โดยถือว่าไม่เป็นการผิดขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมแล้วจะก่อให้เกิดความวุ่นวายในบ้านเมืองได้การที่มีผู้ใดมากระทำการข่มขืน

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 149.

¹³ สุมันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. (2552). ความผิดเกี่ยวกับเพศศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับอนาจาร. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 10-11.

กระทำชำเราโดยผู้ถูกระทำมิได้ยินยอม ถือเป็นกรกระทำที่ฝ่าฝืนต่อขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมของคนในสังคมจึงเป็นสิ่งที่กฎหมายต้องให้ความคุ้มครอง

2) เสรีภาพทางเพศสังคมไทย

โดยมีค่านิยมของการกระทำชำเราเป็นสิ่งที่น่าละอายต้องกระทำในที่มืดซิด ไม่สมควรที่จะกระทำอย่างเปิดเผยในสถานที่สาธารณะ โดยมองว่าผู้หญิงที่ผ่านการร่วมประเวณีมาแล้วไม่ว่าจะโดยสมัครใจหรือไม่ก็ตาม จะทำให้คุณค่ารวมถึงความยอมรับนับถือในสังคมของหญิงนั้นลดลง หากการกระทำโดยไม่มีกำบังอาจทำให้ผู้หญิงเกิดติดโรคทางเพศสัมพันธ์ได้ สิ่งเหล่านี้เป็นปัจจัยที่บุคคลต้องนำมาพิจารณาในการที่จะตัดสินใจยินยอมให้ผู้ใดมากระทำความผิดทางเพศกับตน เนื่องจากบุคคลนั้นอาจต้องยอมรับผลร้ายที่อาจจะเกิดขึ้นตามมา ดังนั้นจึงเป็นการสมควรที่กฎหมายจะต้องให้ความคุ้มครองแก่บุคคลทุกคนในสังคมมีเสรีภาพที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนได้เอง

3) ความบริสุทธิ์ในทางเพศ

ผู้หญิงที่ผ่านการร่วมประเวณีมาแล้วจะถูกสังคมมองว่าสูญเสียความบริสุทธิ์ในทางเพศแล้ว เนื่องจากสังคมไทยมีค่านิยมว่าผู้หญิงก่อนแต่งงานจะต้องยังไม่สูญเสียความบริสุทธิ์หรือพรหมจรรย์ให้กับชายอื่นนอกจากผู้ที่จะเป็นสามีของตนในอนาคต หากหญิงผู้นั้นสูญเสียความบริสุทธิ์ไปแล้ว ก็จะถูกสังคมมองว่าเป็นผู้ที่มีมลทินติดตัว แม้แต่ตัวหญิงเองก็รู้สึกว่ามีตราบาปติดตัวไปจนตลอดชีวิต ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้การร่วมประเวณีที่หญิงผู้ถูกระทำไม่ได้ให้ความยินยอมเป็นความผิด เนื่องจากผู้กระทำความผิดได้ทำให้หญิงผู้นั้นต้องสูญเสียความบริสุทธิ์ไปโดยไม่ยินยอม ทำให้หญิงอาจถูกสังคมรังเกียจและมีตราบาปติดตัวไปตลอดชีวิต

4) ความเท่าเทียมกันในทางเพศ

การที่กฎหมายบัญญัติให้บุคคลทุกเพศและทุกวัยสามารถเป็นได้ทั้งผู้เสียหายและผู้กระทำเช่นเดียวกัน¹⁴ เป็นการแสดงให้เห็นว่าบุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันในทางเพศเพราะการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบัน กฎหมายไม่ได้จำกัดว่าผู้กระทำหรือผู้ถูกระทำต้องเป็นเพศหรือวัยใด อาจเป็นชายหรือหญิง หญิงแปลงเพศหรือชายแปลงเพศหรืออาจเป็นสามีภริยากันก็ได้ เนื่องจากจากการกระทำชำเราเป็นการกระทำที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำ หรือเป็นการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกระทำจึงทำให้ทุกคนสามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้เท่าเทียมกันทุกเพศ ซึ่งทุกคนสามารถเป็นผู้ถูกระทำชำเราได้

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

5) การกระทำชำเราตามธรรมชาติ

การกระทำชำเราตามธรรมชาติคือ การร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิงโดยใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง¹⁵ แต่ในปัจจุบันรูปแบบการกระทำทางเพศได้เปลี่ยนแปลงไป เช่น การใช้อวัยวะเพศชายเทียมกระทำกับอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปาก เป็นต้น ซึ่งจำแนกได้เป็นหลายประเภท เช่น รักร่วมเพศ ลักเพศ การมีความต้องการทางเพศกับเด็ก การมีความต้องการทางเพศกับสัตว์ การมีความสุขทางเพศกับส่วนของร่างกายหรือวัตถุ การมีความสุขทางเพศจากการทำให้ผู้อื่นได้รับความเจ็บปวด การชอบอวดอวัยวะเพศ เป็นต้น เมื่อพฤติกรรมทางเพศของบุคคลในสังคมปัจจุบันมิได้จำกัดอยู่แค่การกระทำชำเราตามธรรมชาติกฎหมายอาญา ดังนั้นมาตรา 276 และมาตรา 277 จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อขยายขอบเขตความหมาย หรือนิยามของการกระทำชำเราให้กว้างมากขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับพฤติกรรมของคนในสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

6) ความเสียหายต่อร่างกาย ชื่อเสียง เกียรติยศ และสภาพจิตใจของผู้ถูกระทำ

กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องรับโทษหนักมากที่สุด¹⁶ เมื่อเปรียบเทียบกับความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่นเนื่องจากการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำความผิดทางเพศที่มีการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกระทำ ซึ่งเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำอย่างร้ายแรง หรืออาจเกิดปัญหาความรุนแรงตามมาเช่นการทำร้ายร่างกาย หรืออาจทำให้ผู้ถูกระทำได้รับความอับอาย เสื่อมเสียชื่อเสียง เกียรติยศ และได้รับอันตรายต่อร่างกายอาจถึงแก่ชีวิตจากการติดเชื้อทางเพศสัมพันธ์ หรือการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ซึ่งจะก่อให้เกิดภาระต่อผู้ถูกระทำในระยะยาว นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเรายังส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้ถูกระทำอย่างร้ายแรง ทำให้ผู้ถูกระทำอับอายถูกผู้คนในสังคมดูถูกรังเกียจเหยียดฉันท์ ซึ่งบางคนอาจได้รับความกระทบกระเทือนอย่างรุนแรงจนถึงขั้นเสียชีวิต หรือมีภาวะทางจิตต้องรับประทานยาไปตลอดชีวิต กฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองไม่ให้ผู้ถูกระทำต้องหวาดกลัวว่าตนจะได้รับ ความเสียหายจากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา

7) สถาบันครอบครัว

การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันระหว่างสามีภริยาซึ่งตามธรรมชาติผู้ที่เป็นสามีภริยาต้องมีการร่วมประเวณีกันด้วยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย¹⁷ แต่ถ้าเมื่อใดฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ต้องการมีเพศสัมพันธ์ในขณะนั้นแล้วอีกฝ่ายใช้กำลังบังคับ ชูเชิญ หรือหลอกลวงให้ร่วมประเวณียอม

¹⁵ สุนนัศ ตั้งเจริญกิจกุล. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13. หน้า 12.

¹⁶ สุนนัศ ตั้งเจริญกิจกุล. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13. หน้า 13.

¹⁷ สุนนัศ ตั้งเจริญกิจกุล. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13. หน้า 13.

ก่อให้เกิดการใช้ความรุนแรงเกิดขึ้น การที่กฎหมายบัญญัติเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 ให้มีการลงโทษคู่สมรสที่บังคับขืนใจคู่สมรสอีกฝ่ายให้ร่วมประเวณี โดยที่อีกฝ่าย ไม่ยินยอมนั้นเป็นการลดปัญหาความรุนแรงที่อาจจะเกิดขึ้นในครอบครัว และทำให้ผู้ที่กระทำ ความผิดต้องคิดทบทวนและไตร่ตรองก่อนจะหัตถ์มือใช้ความรุนแรงกับคู่สมรสอีกฝ่าย เพราะอาจ ถูกฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาได้

8) ความไร้เดียงสาของเด็ก

กฎหมายประสงฆ์ที่จะคุ้มครองความไร้เดียงสาของเด็ก¹⁸ เนื่องจากเด็กยังอยู่ในวัย เจริญเติบโตทั้งทางร่างกายและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น จิตใจ สติปัญญา และอารมณ์ซึ่งการ กระทำชำเราเด็กก่อนวัยและเวลาอันสมควรอาจขัดขวางพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ ของเด็กได้ ประกอบกับเด็กยังอยู่ในช่วงที่ต้องเข้ารับการศึกษาค้นคว้าความรู้ไม่ควรหมกมุ่นอยู่กับเรื่องเพศ หากเด็ก เกิดการตั้งครภัก์โดยไม่พึงประสงค์ขึ้นจะทำให้เด็กเสียโอกาสทางการศึกษา และอาจเกิดภาวะใน การเลี้ยงดูบุตร เนื่องจากเด็กยังไม่สามารถที่จะเลี้ยงดูตัวเองได้ยังต้องอยู่ในความดูแล และการ อุปการะเลี้ยงดูของบิดามารดา นอกจากนั้นกฎหมายยังไม่ต้องการให้ผู้ใดอาศัยประโยชน์จากความ ไร้เดียงสาของเด็ก ซึ่งอาจจะยังไม่รู้จักหรือเข้าใจเกี่ยวกับการกระทำชำเราเป็นช่องทางในการล่วง ละเมิดทางเพศต่อเด็กอีกด้วย

กล่าวโดยสรุปคือ หน้าที่ของกฎหมายอาญาเป็นภารกิจการคุ้มครองสังคม จึงมีการ บัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา เพื่อปราบปราม และป้องกันการกระทำความผิดดังกล่าว ซึ่งเป็นการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคมให้เกิด ความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม แต่กฎหมายก็มีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษกรณีผู้ใช้อำนาจปกครอง ตามกฎหมายให้โทษหนักขึ้นหนึ่งในสาม อย่างไรก็ตามการที่จะต้องรับโทษหนักขึ้นเกี่ยวกับการ กระทำความผิดทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 นั้นต้องเป็นกรณีผู้ใช้อำนาจ ปกครองตามกฎหมายเท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่นพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัวกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยง หรือ หลานของตนเอง

โดยกฎหมายมุ่งประสงฆ์ที่จะให้ความคุ้มครองไม่ให้มีความเสียหายเกิดขึ้นทั้ง ต่อสังคมส่วนร่วมและเป็นการคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้ที่จะได้รับ ความเสียหายหรือผู้ถูกระทำซึ่งเป็นการคุ้มครองส่วนตัว เป็นต้น ผู้วิจัยเห็นว่าหากมีการนำ คุณธรรมทางกฎหมายมาช่วยในการตีความกฎหมายอาญา หรือประกอบการพิจารณาคดีพิพากษา

¹⁸ สุนนัส ตั้งเจริญกิจกุล. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 13. หน้า 14.

คดีแล้ว ก็จะทำให้บุคคลในครอบครัวซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ ต้องรับโทษเพิ่มขึ้นหนึ่งในสามเช่นเดียวกับผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองผู้อยู่ในความปกครอง ซึ่งอยู่ในลักษณะต้องพึ่งพาอาศัยผู้กระทำความผิด และผู้กระทำความผิดอาศัยโอกาสดังกล่าวเอื้ออำนวยความสะดวกในการกระทำความผิด เช่นเดียวกับผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย

2.1.3.5 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

ความผิดฐานกระทำอนาจารสามารถแยกย่อยได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่า 15 ปี ตามมาตรา 278 ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่บุคคลที่อายุยังไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 279 โดยมีคุณธรรมทางกฎหมาย ดังนี้¹⁹

1) การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ

การกระทำอนาจารเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่าง ๆ ต่อเนื้อตัวร่างกายภายนอกของผู้กระทำไม่ว่าจะเป็นการกอด จูบ ลูบ คลำบีบ จับ ของลับหรือของสงวนของผู้อื่น เป็นต้น และไม่ถือว่าเป็นการกระทำต่อเพศชายหรือเพศหญิง หรือกระทำต่อเด็ก ผู้เยาว์หรือผู้ที่บรรลุนิติภาวะแล้วก็ตาม การกระทำความผิดดังกล่าวก็เป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศทั้งสิ้นในกฎหมายของทุกประเทศมีบทลงโทษผู้ที่กระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร ในลักษณะต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการใช้กำลังทำร้าย หรือกระทำเพื่อความใคร่ หรือเป็นการกระทำอันควรอับอายขายหน้า ซึ่งเป็นความรู้สึกของมนุษย์ทุกคน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้หญิงและเด็กเพื่อคุ้มครองมิให้ผู้ถูกกระทำอนาจารได้รับความอับอาย นอกจากนี้ยังเป็นการรักษาขนบธรรมเนียมประเพณีอันดีงามของประเทศ เนื่องจากสังคมไทยยังคงยึดถือปฏิบัติสืบต่อกันมาเป็นเวลานานว่าการกระทำกิจกรรมทางเพศเป็นการกระทำที่สมควรกระทำในที่มิดชิด และเป็นการกระทำต่อคู่สมรสหรือผู้ที่จะเป็นคู่สมรสของตนเท่านั้น

2) เสรีภาพทางเพศ

การกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารมีคุณธรรมทางกฎหมาย เพื่อคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของผู้ถูกกระทำ ในความหมายเช่นเดียวกับคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากแต่การกระทำนั้นเป็นเพียงการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่าง ๆ โดยฝ่าฝืนต่อเสรีภาพ หรือความต้องการของผู้ถูกกระทำที่ไม่ถึงขนาดการล่วงละเมิดทางเพศต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก หรือไม่ทำให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายทางร่างกายและจิตใจอย่างร้ายแรง เทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา กฎหมายจึงกำหนดบทลงโทษความผิดฐานนี้เบากว่า เนื่องจากกฎหมายพิจารณาว่าผู้ที่ถูกกระทำอนาจารได้รับผลร้ายจากการกระทำต่อร่างกายและจิตใจน้อยกว่า

¹⁹ สุมันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. อ่างแล้ว เชนงรรถที่ 13. หน้า 14-15.

การถูกข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ตามการที่บุคคลใดถูกกระทำอนาจาร บุคคลนั้นย่อมได้รับความอับอายขายหน้าหรือมีความรู้สึกที่ไม่ดีขึ้นได้ กฎหมายจึงต้องคุ้มครองบุคคลไม่ให้ถูกผู้อื่นล่วงละเมิดทางเพศโดยที่ตนไม่ยินยอม

กล่าวโดยสรุปคือ การที่กฎหมายอาญาบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดเพื่อปราบปรามและป้องกันการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศโดยเป็นการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคมให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้น โดยมีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษให้รับโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 นั้น ต้องเป็นกรณีผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายแต่ไม่ครอบคลุมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง ฉะนั้นการกระทำของบุคคลในครอบครัวซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ จึงไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น แต่ผู้วิจัยเห็นว่าหากมีการนำคุณธรรมทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศฐานกระทำอนาจาร เป็นการคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของผู้ถูกกระทำไม่ถึงกับทำให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายทางร่างกายและจิตใจอย่างร้ายแรง เมื่อเปรียบเทียบกับความผิดฐานกระทำชำเราก็ตาม หากนำหลักคุณธรรมทางกฎหมายมาช่วยในการตีความกฎหมาย หรือประกอบการพิจารณาคดี ก็จะทำให้บุคคลในครอบครัวซึ่งเป็นผู้ปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ ต้องรับโทษหนักขึ้นเช่นเดียวกับผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองผู้อยู่ในความปกครอง

2.1.3.6 ตารางเปรียบเทียบคุณธรรมทางกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร

คุณธรรมทางกฎหมาย	ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	ความผิดฐานกระทำอนาจาร
คุณธรรมทางกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือความผิดฐานกระทำอนาจารกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองไม่ให้เกิดความเสียหายต่อสังคมส่วนร่วมและคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย จิตใจของผู้อื่นที่จะได้รับความเสียหายซึ่งเป็นการคุ้มครองส่วนตัว	1. ขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรม 2. เสรีภาพทางเพศ 3. ความบริสุทธิ์ในทางเพศ 4. ความเท่าเทียมกันทางเพศ 5. การกระทำชำเราตามธรรมชาติ 6. ความเสียหายต่อร่างกาย ชื่อเสียงเกียรติยศ และสภาพจิตใจของผู้ถูกกระทำ 7. สถาบันครอบครัว 8. ความไว้เคียงสาของเด็ก	1. การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ 2. เสรีภาพทางเพศ

2.1.4 หลักการตีความกฎหมายอาญา

หลักเกณฑ์การตีความตามกฎหมายพิเศษในขณะนี้ มีเฉพาะประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากเป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษ ฉะนั้น จึงต้องตีความโดยเคร่งครัด กล่าวคือ ถ้าบัญญัติว่าการกระทำหรืองดเว้นกระทำใดเป็นความผิด ก็ต้องตีความว่าเฉพาะการกระทำหรืองดเว้นเท่าที่ระบุไว้เท่านั้นเท่านั้นที่กฎหมายมุ่งหมายจะให้เป็นการผิด การกระทำหรืองดเว้นอื่นนอกนั้นหาเป็นความผิดไม่ เนื่องจากทางอาญาเป็นโทษที่เกี่ยวกับการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของบุคคล จึงต้องมีการตีความกฎหมายต่างไปจากการตีความกฎหมายอื่น กล่าวคือ²⁰

2.1.4.1 กฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษ โดยกำหนดชัดเจนไว้ใน มาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ ซึ่งโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ซึ่งศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย มีความเห็นในเรื่องนี้ว่าไม่หมายความศาลจะต้องดำเนินตามตัวอักษรเป็นเดรตรง การแปลโดยเคร่งครัดอาจทำให้ต้องตีความโดยขยายความในบางกรณีได้ หลักการตีความโดยเคร่งครัดเป็นแต่ห้ามมิให้ศาลขยายความตามความชอบเท่านั้น แต่ถ้ากรณีตีความโดยขยายความเป็นแต่ความตรงตามความมุ่งหมายแห่งกฎหมายตามที่ปรากฏจากตัวบทกฎหมายเองแล้ว ศาลยุติธรรมก็ชอบที่จะทำได้

2.1.4.2 การตีความตามกฎหมายอาญานั้นจะตีความกฎหมายอาญาให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลมิได้ เช่น การฆ่าคนตายเป็นความผิด ศาลจะตีความขยายออกไปว่าการพยายามฆ่าตนเองตายก็เป็นความผิดย่อมเป็นไปได้ เป็นต้น

2.1.4.3 ในกรณีเป็นที่สงสัยศาลต้องตีความให้เป็นผลดีแก่ผู้ต้องหาว่าไม่ได้กระทำความผิด แต่ทั้งนี้ต้องระลึกว่าศาลไม่มีหน้าที่ช่วยเหลือผู้กระทำความผิด และศาลไม่มีหน้าที่พยายามหาทางตีความในทางที่ว่ากระทำของผู้ต้องหาไม่เป็นการกระทำผิด ศาลจะตีความไปในทางที่เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิดก็ต่อเมื่อถ้อยคำของตัวบทเป็นที่สงสัย ซึ่งอาจตีความว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดก็ได้ ไม่เป็นความผิดก็ได้ หรือ จะให้เป็นผลร้ายหรือไม่ก็ได้ เฉพาะในกรณีเช่นว่านี้เท่านั้น ศาลจึงจะตีความให้เป็นผลดีแก่ผู้ต้องหา

²⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2559). ประมวลกฎหมายอาญาระบบอ้างอิง (พิมพ์ครั้งที่ 35). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า

สำหรับ ศาสตราจารย์ คณิต ฒ นคร ได้อธิบายหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญา เป็นส่วนหนึ่งในการทำความเข้าใจความหมายในทางกฎหมายของตัวบทกฎหมายไว้ ดังนี้²¹

1) การตีความตามหลักภาษา โดยการตีความกฎหมายพิจารณาวัตถุประสงค์ของการตีความ ซึ่งก็คือถ้อยคำในตัวบทกฎหมาย การวิเคราะห์ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายจึงเป็นเรื่องแรกที่ต้องทำความเข้าใจ การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากความหมายของภาษาที่ใช้กันทั่วไป ความหมายของตัวบทกฎหมายย่อมเป็นกรอบของการตีความ กฎหมายที่สำคัญที่จะป้องกันมิให้เกิดผลร้ายแก่บุคคล

2) การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย การวิเคราะห์ความสัมพันธ์ของบทบัญญัติกฎหมายเท่ากับเป็นการค้นหาสิ่งที่เป็นภาพรวมของบทบัญญัติ ทำให้มองเห็นถึงความคล้ายคลึง และความแตกต่างระหว่างบทบัญญัตินั้นๆ แม้ผู้ตีความจะถือความหมายในทางกฎหมายเป็นเกณฑ์ แต่ภาษากฎหมายเองก็แตกต่างกันได้ซึ่งความแตกต่างนี้ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบกฎหมาย กฎหมายอาญาเองก็มีความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ แม้กฎหมายอาญาจะได้ให้ความหมายของคำใดคำหนึ่งไว้ก็ใช่ว่ากรณีจะมีความหมายที่เหมือนกันในทุกฐานความผิด เพราะความผิดแต่ละฐานมีความพันกันกับนิยามที่แตกต่างกันได้ ฉะนั้น การตีความกฎหมาย “หลักการตีความตามหลักภาษา” เพียงอย่างเดียวไม่อาจเพียงพอที่จะทราบความหมายที่ถูกต้องของตัวบทกฎหมายได้ ในการตีความกฎหมายจึงอาจต้องเพิ่มเติมด้วยการตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย

3) การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย คือ การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากประวัติความเป็นมาของตัวบทกฎหมายนั้น การพิจารณาความเป็นมาของกฎหมายนั้น อาจพิจารณาจากประวัติการร่างและเอกสารที่เกี่ยวข้อง

4) การตีความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย การตีความตามวิธีคุณธรรมทางกฎหมาย จะเป็นเครื่องช่วยในการตีความได้เป็นอย่างดี หลักการตีความตามอักษรกับการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องพิจารณาคบคู่กัน ไปเสมอ โดยถือว่าทั้งสองอย่างมีความสำคัญเท่ากัน จะใช้ตัวอักษรเกินกว่าเจตนารมณ์ไม่ได้ และจะใช้เจตนารมณ์เกินตัวอักษรก็ไม่ได้เช่นกัน

กล่าวโดยสรุปคือ กฎหมายอาญาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีการบัญญัติฐานความผิดและบทกำหนดโทษ การตีความตามกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัดตามลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตามโทษทางอาญาเป็นโทษที่เกี่ยวกับการกระทบกระเทือนสิทธิ

²¹ ปิยะ วรรณวงศ์. (2556). คุณธรรมทางกฎหมายศึกษาการใช้การตีความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์และความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.dpu.ac.th/graduate/upload/content/files.> [2560, 15 มิถุนายน].

เสรีภาพของบุคคล จึงต้องมีการตีความกฎหมายต่างไปจากการตีความกฎหมายอื่น ผู้วิจัยเห็นว่าเหตุเพิ่มโทษความผิดเกี่ยวกับเพศหนักขึ้นหนึ่งในสามตามความหมายของคำว่า “ผู้อยู่ในความปกครอง” หมายถึงเด็กที่อยู่ในความปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่หมายความรวมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัว โดยจะเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของมาตราดังกล่าวเพื่อเจตนาที่จะคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญ ดังนั้นการตีความโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ ความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ ระบบกฎหมายที่ใช้อยู่ ทำให้การตีความตามตัวอักษรกับการตีความตามเจตนารมณ์นั้นต้องเป็นการพิจารณาควบคู่กันไป ไม่ควรใช้หลักใดก่อน หรือหลังเพียงแต่พิจารณาควบคู่กันเพื่อให้เกิดความเข้าใจในบทบัญญัติกฎหมายนั้น เนื่องจากกฎหมายอาญามีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล

2.1.5 โครงสร้างความรับผิดทางอาญา

สำหรับโครงสร้างความรับผิดทางอาญานั้นออกเป็น 2 ประเภทตามระบบกฎหมายดังนี้

2.1.5.1 โครงสร้างความรับผิดของประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)²²

ในทางระบบ Common law ได้มีการจัดวางโครงสร้างความรับผิดทางอาญาไว้โดยการกระทำผิดทางอาญาจะประกอบด้วยเงื่อนไขอื่นๆเพิ่มเติม นอกจากการกระทำและการมีเจตนา ร้ายกล่าวคือโครงสร้างความรับผิดทางอาญาประกอบด้วย

หลักพื้นฐานทั่วไปในงานที่จะดำเนินการเกี่ยวกับการกระทำผิดอาญา คือ การพิสูจน์ให้เห็นถึงความผิดของจำเลย หรือการกระทำผิดของจำเลยและมีเจตนาชั่วร้าย ซึ่งเป็นส่วนในด้านของจิตใจ ลักษณะการกระทำที่เป็นทางกายภาพ (physical elements) นั้น เรียกว่า actus reus ในขณะที่ในส่วนที่เกี่ยวกับสภาพจิตใจของผู้กระทำ หากเป็นเรื่องของเจตนาชั่วร้ายเรียกว่า mens rea ซึ่งเป็นแนวทางของการกระทำตามแบบกฎหมาย Common law โดยการพิสูจน์นั้นฝ่ายโจทก์ต้องพิสูจน์โดยปราศจากสงสัย (beyond reasonable doubt)

1) Actus reus

การที่จะต้องรับผิดทางอาญานั้นต้องมีการกระทำออกไป ดังนั้น จึงไม่มีความผิดหากไม่มีการกระทำ ไม่มีการลงโทษเพียงแต่ลำพังความคิดในใจว่าจะกระทำผิดแต่ยังไม่มีการกระทำออกมา และเป็นกรกระทำโดยสมัครใจ Actus reus เป็นองค์ประกอบภายนอกทางความผิดมีลักษณะเป็นภาวะวิสัย (objective) หรือสภาพตามความเป็นจริง ความเป็นรูปรูปรวม อยู่บนพื้นฐาน

²² สุพิศ ประณีตพลกรัง. (2560). *หลักและทฤษฎีกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ:นิติธรรม. หน้า 22-23.

ของความ เป็นจริงต่างกับความเป็น subjective ที่เป็นเรื่องของความคิดส่วนตัวเกี่ยวกับนามธรรม เป็นเรื่องส่วนบุคคลซึ่งเป็นเรื่องของ mens rea

Actus reus ไม่เพียงแต่เป็นกรณีเฉพาะการกระทำเท่านั้น แต่ยังรวมถึงพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆประกอบที่เป็นสาระสำคัญทำให้เห็นว่าเป็นการกระทำความผิดทางอาญา

การกระทำนั้นต่างเป็นโดยสมัครใจ มีการสำนึก สามารถบังคับการกระทำของตนเองได้ ไม่ใช่ออยู่ในสภาพที่ควบคุมตนเองไม่ได้ เช่น การถูกผลัก การตกจากที่สูง การถูกกระแสน้ำซัดโดยแรง หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ กำหนดหรือยับยั้งการกระทำของตนเองไม่ได้

การกระทำที่ไม่เป็นโดยสมัครใจนั้น อาจเป็นกรณีการกระทำในประเภทต่างๆ กล่าวคือ²³

(1) Automatism

การกระทำที่ไม่เป็นโดยสมัครใจ อาจเป็นการกระทำกรณีเป็นการกระทำโดยอัตโนมัติ (automatism) เป็นการกระทำออกไปโดยอัตโนมัติไม่ทันได้ตระหนักถึงการกระทำ ไม่สามารถควบคุมการกระทำได้

(2) Reflex actions

การกระทำในกรณีเป็นการกระทำในลักษณะปฏิบัติตอบสนอง (reflex actions) เป็นการกระทำที่สนองตอบปฏิกิริยาอย่างทันทีทันใดด้วย (spontaneous action) ซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุมของตนเองซึ่งเป็นผู้กระทำ ซึ่งก็อาจจะใกล้เคียงกับการกระทำโดยอัตโนมัติหรือแยกเป็นประเภทหนึ่งหรือรูปแบบของการกระทำโดยอัตโนมัติ เช่น การถูกฝูงผึ้งรุมต่อยขณะขับรถชนแล้วเกิดการสูญเสียการควบคุมรถ

(3) Physical force

กรณีที่มีการบังคับทางกายภาพทำให้กระทำออกไปไม่ใช่เรื่องของความสมัครใจทำไปเพราะถูกบังคับ กรณีตามกฎหมาย Common Law ไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิด (actus reus) เพราะเป็นผลมาจากการบังคับให้กระทำ

(4) การกระทำในลักษณะพฤติการณ์

ในเรื่องบางกรณีซึ่งอาจจะพิจารณาได้ยากเกี่ยวกับการสมัครใจ การกระทำการ เพราะไม่ชัดเจนเหมือนการกระทำโดยตรงหรือมีการเคลื่อนไหว แสดงออกอย่างชัดเจน ว่าการกระทำเช่นนี้จะป็นลักษณะพฤติการณ์หรือเชิงพฤติการณ์²⁴ หรือเป็นสภาวะ state of affairs การ

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23-24.

²⁴ สุพิศ ประณีตพลกรัง. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22. หน้า 24.

กระทำผิดหรือการก่ออาชญากรรมประเภทนี้เป็นลักษณะของการพบเห็นการเข้าเกี่ยวข้องกับ ดูแลครอบครอง และพฤติกรรมต่างๆอันเป็นความผิด เช่น การรับของโจร การสนับสนุน การช่วยเหลือ เป็นต้น

การกระทำในลักษณะต่างๆดังกล่าว การพิสูจน์ของฝ่ายโจทก์นั้นต้องพิสูจน์เกี่ยวกับความมีอยู่หรือสภาพพฤติกรรมข้อเท็จจริง ซึ่งเป็นการกระทำความผิดหรือก่อให้เกิดสภาวะแห่งความผิด เช่น การรู้เห็น การทราบเรื่องความเป็นมา พฤติกรรมเกี่ยวข้องต่างๆเกี่ยวกับประเภทของการกระทำ โดยลักษณะของการกระทำอาจแยกได้หลายประเภท แล้วแต่มุมมองหรือความมุ่งหมายในการแบ่งเช่น การแบ่งเป็นการกระทำโดยตรง กระทำโดยอ้อมโดยการใช้อื่นกระทำ โดยที่ผู้ที่ถูกใช้อยู่ในฐานะเป็นเครื่องมือ คือ ไม่ทราบเรื่องราวข้อเท็จจริงต่างๆทำไปด้วยใจบริสุทธิ์ นอกจากนี้อาจแบ่งเป็นการกระทำกรณีที่ปกติทั่วไปและกระทำโดยการงดเว้น ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้²⁵

(1) การกระทำกรณีทั่วไป

เป็นการกระทำโดยการแสดงออกมา มีการเคลื่อนไหวทางกายภาพเห็นได้ชัดเจน เช่น การใช้ปืนยิง เจ็บมือตบผู้อื่น การทำให้เสียทรัพย์ ฯลฯ

(2) การกระทำโดยการงดเว้น (omissions)

กรณีนี้เป็นกรณีที่บุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญา เพราะเหตุที่มีภาระหน้าที่ต้องกระทำ แต่ไม่ยอมกระทำ (failure to act) หรือกลายเป็นความผิดเพราะไม่กระทำ งดเว้นกระทำ ละเลยไม่กระทำ ซึ่งโดยปกติทั่วไปแล้วบุคคลจะไม่มีควมรับผิดชอบหากไม่มีการกระทำ เว้นแต่ว่าในขณะนั้นตนเองมีหน้าที่ต้องกระทำแล้วไปงดเว้น ไม่ยอมกระทำ หน้าที่นั้นอาจเป็นหน้าที่ตามกฎหมายบัญญัติไว้ แต่ common law ก็กำหนดหน้าที่อื่นๆให้ต้องกระทำอีกหลายประการ ถ้าพึงการละเว้นไม่กระทำ แต่ไม่ถึงขนาดที่เป็นเรื่องที่เป็นการกำหนดหน้าที่ให้ต้องรับผิดชอบ ถ้างดเว้นผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

2.1.5.2 โครงสร้างความรับผิดชอบของประเทศที่ใช้กฎหมายระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law)

สาระสำคัญเกี่ยวกับ โครงสร้างความรับผิดชอบที่ระบบกฎหมาย Civil law พิจารณาก็คือ เน้นหนักที่ตัวบุคคลและการกระทำ เนื่องจากเห็นว่ากฎหมายอาญาเป็นเรื่องของความผิดและการ

²⁵ สุพิศ ประณีตพลกรัง. อ่างแล้ว เจริญจรที่ 22. หน้า 24.

ลงโทษจึงให้ความสนใจเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวในกลุ่มประมวลกฎหมาย โดยเฉพาะประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในแง่ของโครงสร้างความคิด จึงมีการแบ่งเป็น²⁶

1) องค์ประกอบความรับผิดครบถ้วน

กรณีนี้เป็นการพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำผิดนั้นครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ ซึ่งองค์ประกอบความผิดนั้นแบ่งออกเป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน โดยในส่วนขององค์ประกอบภายนอกนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับตัวของผู้กระทำ การกระทำ ผลของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เช่น การลักทรัพย์ มีการเอาทรัพย์ไป

สำหรับองค์ประกอบภายใน เป็นการพิจารณาถึงเจตนาของผู้กระทำ ซึ่งอาจแบ่งเป็นเจตนาธรรมดา หรือเจตนาพิเศษ เจตนาธรรมดานั้นก็ครอบคลุมถึงกรณีประสงค์ต่อผลหรือยอมจะเสีงเห็นผล คือ เป็นกรณีของผลที่คาดเห็นว่าจะเกิดขึ้นได้มีความเสี่ยงที่จะเกิดโดยไม่จำเป็นต้องเกิดผลอย่างแท้จริง

2) ความผิดตามกฎหมาย

เป็นการพิจารณาว่าการกระทำต่างๆที่ได้กระทำไปเป็นความผิดตามกฎหมายหรือไม่ ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของผู้กระทำหรือความชั่ว

กรณีนี้เป็นการพิจารณาถึงความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของผู้กระทำว่าเป็นการกระทำไปโดยรู้สึกผิดชอบ หรือไม่สมควรได้รับการตำหนิหรือไม่ หากผู้กระทำไม่รู้สึกผิดชอบ หรือหย่อนความสามารถก็ไม่สมควรได้รับโทษ ซึ่งความบกพร่องนั้นอาจจะมีที่มาจากความอ่อนเยาว์ทางอายุ ความบกพร่องทางจิตใจ เป็นต้น เพราะเป็นการไม่ชอบไม่เหมาะสมที่จะไปลงโทษคนที่บกพร่องไม่รู้สึกผิดชอบชั่วดี

กล่าวโดยสรุปคือ เนื่องด้วยระบบกฎหมายอาญาของประเทศไทยมีการใช้ระบบโครงสร้างความคิดแบบ Civil Law โดยจะใช้ประมวลกฎหมายอาญาเป็นตัวกำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิด และมีกำหนดโทษไว้ด้วย เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นกฎหมายอาญาบัญญัติว่าเป็นความผิดไว้ในมาตรา 276 ถึงมาตรา 287/2 และมีการกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะบุคคลบัญญัติไว้ในมาตรา 285 ถ้ากระทำความผิดตามมาตรา 276 ถึงมาตรา 280 และมาตรา 282 ถึงมาตรา 283 หากเป็นการกระทำต่อผู้สืบสันดาน ผู้อยู่ในความปกครอง เป็นต้น ต้องรับโทษเพิ่มขึ้นหนึ่งในสาม โดยเป็นการพิจารณาจากการกระทำความคิดว่าครบองค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายในตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่เหตุเพิ่มโทษกรณีผู้อยู่ในความปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 285

²⁶ สุพิศ ประณีตพลกรัง, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 22, หน้า 29-30.

นั้น หมายถึงเด็กที่อยู่ในความปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เท่านั้น ไม่รวมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัว จึงเป็นเหตุให้บุคคลดังกล่าวไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามเช่นเดียวกับผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.1.6 แนวความคิดในการกำหนดเหตุฉกรรจ์

การกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น เนื่องจากเหตุฉกรรจ์²⁷ นั้นมีที่มาจากแนวคิดทางอาชญาวิทยาและแนวคิดในเรื่องวัตถุประสงค์ประสงค์ของการลงโทษ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการลงโทษนั้นมีวิธีที่แตกต่างกันไปในแต่ละยุคสมัยของแต่ละสังคม อีกทั้งการกำหนดโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิด เพราะสภาพแห่งความผิดอาจจะมี ความร้ายแรงที่แตกต่างกัน หากมีการกำหนดโทษตายตัวในความผิดอาจจะก่อให้เกิดเหตุฉกรรจ์ได้ กฎหมายอาญาจึงได้มีการกำหนดให้มีการรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์มานับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ทั้งนี้กฎหมายอาญาได้มีการแบ่งความผิดออกเป็นหลายระดับ ซึ่งมีทั้งความผิดที่มีความร้ายแรงและไม่มีความร้ายแรง ในความผิดที่มีความร้ายแรงนั้นอาจจะพิจารณาได้จากความเสียหายหรืออันตรายกับการถูกดำเนินคดีหรือถูกประณามจากสังคม

จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันนั้นแม้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะส่งเสริมการลงโทษแบบฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเพื่อให้ได้กลับใจเป็นคนดี แต่สิ่งที่ปฏิเสธไม่ได้ คืออาชญากรรมในปัจจุบันนั้นนับวันยิ่งทวีความรุนแรงขึ้นเรื่อยๆ การบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามพฤติการณ์จึงเป็นสิ่งจำเป็น อีกทั้งความรู้สึกของคนในสังคมก็ยังคงต้องการให้อาชญากรได้รับผลร้ายจากการกระทำความผิด โดยจะต้องได้รับโทษที่หนักเพียงพอกับความร้ายแรงที่ผู้กระทำได้ก่อขึ้น กฎหมายจึงมีอาจจะละทิ้งวัตถุประสงค์ในการแก้แค้นทดแทน หรือข่มขู่ป้องกันอาชญากรรมได้ แต่ทั้งนี้จะต้องใช้มาตรการต่างๆควบคู่กันไปอย่างเหมาะสม

2.1.6.1 ปัจจัยการกำหนดเหตุฉกรรจ์

การกำหนดเหตุฉกรรจ์ตามประมวลกฎหมายไทยในความคิดฐานต่าง ๆ นั้นมีปัจจัยหลายประการที่นำมาพิจารณา ซึ่งปัจจัยเหล่านี้ล้วนเป็นเหตุอันมีลักษณะพฤติการณ์ที่มีความร้ายแรงของการกระทำ โดยอาจแบ่งปัจจัยในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ได้ดังนี้²⁸

²⁷ ทวีพร คงแก้ว. (2553). เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขา นิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 19.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22-24.

1) ความชั่วร้ายในจิตใจ เป็นการกำหนดโทษโดยคำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำ หากผู้กระทำมีเจตนาที่ชั่วร้าย หรือมีจิตใจที่ชั่วร้ายมากกว่าปกติ

2) ตัวผู้กระทำความผิด โดยดูจากบทบาทของผู้กระทำความผิด ซึ่งหากผู้กระทำความผิดนั้นมีบทบาทที่สำคัญ เช่น เป็นหัวหน้า เป็นผู้จัดการ เป็นต้น หากมีการกระทำความผิดก็จะต้องได้รับโทษหนักขึ้น หรือพิจารณาจากการกระทำโดยคุณลักษณะของการกระทำว่ามีความร้ายแรงกว่าปกติ หรือมีลักษณะของการกระทำอุกฉกรรจ์หรือไม่ หรือกระทำโดยโหดร้ายทารุณ กระทำโดยมีอาวุธหรือวัตถุระเบิด กระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน การข่มขืน โดยมีลักษณะเป็นการรวมโทรม เป็นต้น

3) ตัวผู้ถูกกระทำความผิด หรือตัวทรัพย์สินที่ถูกกระทำความผิด โดยถ้าผู้ถูกกระทำความผิดนั้นเป็นผู้ที่มีความอ่อนแอ หรือไร้ความสามารถที่จะป้องกันหรือต่อสู้กับผู้กระทำความผิดได้ หรือผู้กระทำความผิดนั้นอาศัยความอ่อนแอของเหยื่อในความสะดวกที่จะกระทำความผิด หรือพิจารณาจากความสำคัญของทรัพย์สินที่ถูกกระทำ

4) ความสัมพันธ์ของผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกกระทำความผิด ได้แก่ ความสัมพันธ์ในฐานะที่ผู้ถูกกระทำความผิดนั้นเป็นบุพการี นายจ้าง ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล กระทำการโดยอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจ โดยอาศัยความใกล้ชิดสนิทสนม หรืออาศัยอำนาจผู้กระทำที่มีต่อผู้ถูกกระทำ

5) เหตุฉงใจหรือจุดมุ่งหมายในการก่อให้เกิดการกระทำความผิด เป็นเรื่องของทางจิตใจของผู้กระทำ เช่น ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ถ้าการกระทำความผิดเป็นการเตรียมการ หรือเพื่อปกปิดความผิด หรือหลีกเลี่ยงให้พ้นจากความผิด

6) ลักษณะของการกระทำความผิด ซึ่งวิธีการหรือลักษณะของการกระทำความผิดบางอย่างที่อาจแสดงถึงความรุนแรง เช่น การกระทำความผิดโดยมีอาวุธ หรือโดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือโดยร่วมกันกระทำความผิดกันหลายคน หรือก่อให้เกิดความสะดวกในการกระทำความผิด เช่น การกระทำความผิดโดยใช้ความเป็นมืออาชีพ หรือไตร่ตรองไว้ก่อน

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

8) โอกาสในการกระทำความผิด เพราะโอกาสนั้นถือว่าเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อการกระทำความผิด อันทำให้การกระทำความผิดสามารถทำได้สะดวกขึ้น หรือมีความสำเร็จมากขึ้น

เช่น ลักทรัพย์ในเวลากลางคืน หรือเนื่องจากผู้เสียหายขาดความระมัดระวัง หรืออาศัยโอกาสที่ประชาชนกำลังตื่นกลัวอันตรายทั้งยังเป็นการซ้ำเติมความทุกข์ผู้ถูกระทำ

นอกจากนี้นักกฎหมายไทย ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้เสนอแนวคิดเกี่ยวกับปัจจัยการกำหนดเหตุกรรจ์ไว้ โดยได้แบ่งเหตุกรรจ์ออกเป็น 2 ประเภทคือ²⁹ เหตุกรรจ์ที่เกี่ยวข้องเนื่องกับลักษณะของการกระทำ และเหตุกรรจ์ที่เป็นจุดมุ่งหมายของอาชญากรรม โดยเหตุกรรจ์ที่เกี่ยวข้องเนื่องกับลักษณะของการกระทำนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความยึดถือในทางศีลธรรมของมนุษย์ จึงมีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงภายในเกี่ยวกับผู้กระทำความผิด กรณีจึงเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายใน เช่น เหตุกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ตามมาตรา 289 (4) เป็นการฆ่าภายหลังที่ผู้กระทำได้ทำการชั่งน้ำหนักผลได้ผลเสียในการที่จะฆ่าผู้อื่น และได้ตัดสินใจที่จะลงมือกระทำความผิด เป็นต้น สำหรับในส่วนของเหตุกรรจ์ที่เป็นจุดมุ่งหมายของอาชญากรรม เช่น เหตุกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นเพื่อเตรียมการ เพื่อความสะดวกในการที่จะกระทำความผิดอย่างอื่น เพื่อปกปิดความผิดของตน เพื่อจะเอาหรือเอาไว้ซึ่งประโยชน์อันเกิดแต่การที่ตนได้กระทำความผิดอย่างอื่น หรือเพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นอาญาในความผิดอื่นที่ตนได้กระทำไว้ตามมาตรา 289 (6) (7) เป็นต้น

2.1.6.2 แนวคิดการกำหนดเหตุกรรจ์ตามกฎหมายไทย

การรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา ได้กำหนดไว้ให้เหตุกรรจ์ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ก็เพื่อให้บุคคลนั้นรับโทษตามสมควรกับการกระทำผิดของตนที่เกิดขึ้นร้ายแรงกว่ากรณีธรรมดา ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการลงโทษจะต้องกำหนดเอาความร้ายแรงแห่งอันตรายของผู้กระทำความผิดแต่ละคน และอันตรายนี้คงวัดได้จากขีดแห่งความเสียหายอันเกิดจากการกระทำความผิด เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม เหตุกรรจ์ หมายถึงเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติความผิดที่ประกอบด้วยเหตุกรรจ์ในความผิดลักษณะต่างๆ ไว้หลายลักษณะ ซึ่งพอสรุปได้ว่าลักษณะหรือเหตุกรรจ์ออกเป็น 4 ลักษณะ³⁰ คือ 1) เหตุกรรจ์ที่คำนึงถึงบุคคลที่ถูกประทุษร้าย 2) เหตุกรรจ์ที่คำนึงถึงลักษณะพิเศษของเจตนา 3) เหตุกรรจ์ที่คำนึงถึงลักษณะวิธีของการกระทำ 4) เหตุกรรจ์ที่คำนึงถึงเจตนาเพิ่มเติม

²⁹ คณิต ฒ นคร. (2559). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 129.

³⁰ ปุณณดา บุญจันทร์. (2555). *การรับโทษหนักขึ้นศึกษากรณีการล้วงละเมิดทางเพศของผู้มีอำนาจบังคับบัญชากระทำต่อผู้ใต้บังคับบัญชา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 45.

ศาสตราจารย์ คณิต ณ นคร ได้แบ่งเหตุจรรยาออกเป็น 2 ประเภท คือ³¹

- (1) เหตุจรรยาที่เป็นจุดมุ่งหมายของเหตุอาชญากรรม และ
- (2) เหตุจรรยาที่เกี่ยวกับลักษณะของการกระทำ

อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่า เหตุจรรยาซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นนั้น อาจขึ้นอยู่กับลักษณะของบุคคลผู้ถูกประทุษร้าย อาจเกิดขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของลักษณะการกระทำ หรือผลของการกระทำ และขึ้นอยู่กับจิตใจของผู้กระทำ การบัญญัติเหตุจรรยาโดยอาศัยองค์ประกอบเช่นนี้เป็นการแสดงให้เห็นว่า แนวความคิดในการลงโทษ เนื่องจากเหตุจรรยา นั้น ได้ยึดหลักของการลงโทษที่มีลักษณะเป็นการตอบแทนความร้ายแรงของการกระทำ ความผิด ตามแนวความคิดของสำนักคลาสสิก (Classical School) ซึ่งถือว่าความหนักเบาของการลงโทษจะต้องกำหนดตามความร้ายแรงแห่งอันตรายของผู้กระทำความผิด โดยซีซาร์ เบคคาเรีย (Cesare Beccair) กล่าวว่า³² มาตรฐานของความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สังคม อาชญากรที่สร้างความเสียหายหนักมาก ต้องรับโทษหนักมาก ส่วนอาชญากรที่สร้างความเสียหายน้อยกว่าควรรับโทษเบากว่า นำไปสู่การกำหนดโทษที่รุนแรงเพื่อนำไปสู่ความชอบธรรมในการลงโทษผู้กระทำความผิด

กล่าวโดยสรุปคือ วัตถุประสงค์ของการลงโทษที่ทำให้ผู้กระทำความผิดที่ประกอบด้วยเหตุจรรยาต้องรับโทษหนักขึ้นนั้น จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่สำคัญๆ ก็คือ การลงโทษเพื่อเป็นการทดแทน หรือชดเชยความผิด และการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งหรือป้องกันปราบปราม ถือได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่มีมาอย่างยาวนาน ซึ่งในปัจจุบัน แนวความคิดและวัตถุประสงค์ของการลงโทษเปลี่ยนแปลงไป โดยเห็นว่า การลงโทษควรมีเป้าหมายเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด หาสาเหตุในการกระทำความผิดเพื่อให้กลับตัวเป็นคนดีด้วย แต่ถึงอย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีความเห็นว่าแม้มาตรการทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามีเจตนารมณ์ที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดมากกว่าที่จะแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดก็ตาม แต่แนวคิดและวัตถุประสงค์ที่จะให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุจรรยาในคดีอาญานั้น ยังคงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในสถานการณ์ในปัจจุบัน ซึ่งจะเห็นได้ว่าอาชญากรรมมีลักษณะที่มีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น แต่ควรที่จะนำมาตรการการลงโทษทางอาญา และมาตรการ

³¹ คณิต ณ นคร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 29. หน้า 129.

³² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และปกป้อง ศรีสนิท. (2558). *โครงการศึกษาวิจัยการศึกษาเพื่อพัฒนาการแนวทางการลงโทษหลักการลงโทษที่ได้สัดส่วนกรณีคดีอาญาเสพิตให้โทษ*. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 11-12.

แก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดมาปรับใช้ร่วมกัน เพื่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย

2.1.6.3 แนวคิดเหตุจรรยาในเรื่องเพศ

ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในบทบัญญัติภาค 2 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศมาตรา 276 - 287/2 ซึ่งได้กำหนดความผิดแยกต่างหากจากกันตามลักษณะความรุนแรงและผลของการกระทำความผิด การจัดแยกแยะประเภทของความผิดตามลักษณะความรุนแรงโดยกำหนดอัตราโทษลดหลั่นแตกต่างกันออกไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ข้อหนึ่งคือ การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับโทษเพราะการกระทำความผิด และต้องรับผิดชอบกับการกระทำนั้นๆ และความผิดเกี่ยวกับเพศได้บัญญัติให้ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากมีเหตุเพิ่มโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้ที่อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม”

จากบทบัญญัติดังกล่าว พฤติการณ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรานี้ ต้องเป็นการกระทำแก่

1) ผู้สืบสันดาน³³ หมายถึง ผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง อันได้แก่ บุตร หลาน เหลน ลื้อ และผู้สืบสันดานต่อๆ ลงไปตลอดสาย ดังนั้นลูกเลี้ยง หรือบุตรบุญธรรมจึงไม่อยู่ในความหมายของผู้สืบสันดานตามมาตรา 285 กล่าวคือ เฉพาะผู้สืบสันดานชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นไม่รวมถึงบุตรนอกกฎหมาย โดยมีการพิเคราะห์ประกอบข้อความตอนที่ว่าด้วยความปกครองของ ความพิทักษ์ ความอนุบาล ก็น่าจะเข้าใจว่าเป็นกรณีเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์กันตามกฎหมายเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามศาลฎีกาได้ตีความหมายของคำว่า “ผู้สืบสันดาน” ในมาตรา 285 หมายถึง ผู้สืบสันดานในทางสืบสายโลหิตอย่างแท้จริง เพราะบทกฎหมายมาตรานี้ไม่ได้มุ่งเน้นลงโทษหนักขึ้นเฉพาะการกระทำแก่บุตรชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นผู้สืบสันดานไม่ว่าจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นผู้สืบสันดานตามความหมาย มาตรา 285

2) ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล³⁴ มิได้หมายถึงเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ในฐานะครู หรืออาจารย์ ซึ่งมีหน้าที่สอนหรือเคยสอนศิษย์เท่านั้น แต่ครูหรืออาจารย์นั้นต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแล ปกป้องรักษาตัวศิษย์ และกระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติต่อศิษย์ในระหว่างมีหน้าที่ด้วย โดย

³³ คำพิพากษาศาลฎีกา 2999/2530

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกา 421/2546

ศิษย์ต้องอยู่ในความดูแลของครูบาอาจารย์เป็นปกติธุระ ไม่ใช่เพียงชั่วคราวชั่วคราว ในลักษณะที่ครูบาอาจารย์นั้นมีอิทธิพล หรืออำนาจครอบงำเหนือศิษย์ดังกล่าว เช่น ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ว่า ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลต้องดีความโดยเคร่งครัด คือ ครูหรืออาจารย์นั้นต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแลรักษาปกป้องตัวศิษย์และกระทำความผิดต่อศิษย์ในระหว่างมีหน้าที่ดังกล่าว มิได้หมายถึงเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ในฐานะครูอาจารย์เท่านั้น

3) ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการตามมาตรา 285³⁵ หมายถึง ผู้กระทำมีหน้าที่ควบคุมและผู้ถูกระทำอยู่ในความควบคุม การที่ข้าราชการชั้นผู้น้อยอยู่ในบังคับบัญชาของอธิบดีในการปฏิบัติราชการนั้นไม่อยู่ในความหมายควบคุมตามความหมายของมาตรา 285 กล่าวคือ³⁶ ต้องอยู่ในควบคุมโดยเด็ดขาด เช่น นักโทษกับพัสดี ตำรวจกับผู้ต้องขังบนโรงพัก จึงจะเป็นกรณีเหตุเพิ่มโทษ เป็นต้น

4) ผู้อยู่ในความปกครอง ตามความหมายของมาตรา 285³⁷ หมายความว่าถึงเฉพาะผู้อยู่ในความปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

5) ผู้อยู่ในความพิทักษ์ ตามความหมายของมาตรา 285³⁸ หมายความว่าถึงบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ เช่น สติเฟ้นเพื่อน และอยู่ในความพิทักษ์ของผู้พิทักษ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

6) ผู้อยู่ในความอนุบาล ตามความหมายของมาตรา 285 หมายความว่าถึง³⁹ บุคคลวิกลจริตซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ และอยู่ในความอนุบาลของผู้อนุบาลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ตามความผิดตามที่ระบุไว้ตามมาตรา 285 จะเห็นได้ว่า บางฐานความผิดนั้น มีลักษณะของการกระทำที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นอยู่แล้ว เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคสาม หากมีการร่วมกระทำความผิดอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง หรือความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 วรรคสาม หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี เป็นต้น โดยความผิดเหล่านี้ถ้าเป็นการกระทำต่อบุคคลตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 285 ซึ่งเป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว ผู้กระทำก็ต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าโทษที่บัญญัติไว้ใน

³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกา 2453/2515

³⁶ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ. (2560). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 14). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 213.

³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกา 219/2554

³⁸ คณิต ฒ นคร. (2559). กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 527.

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 529.

มาตรานั้นๆ อีกหนึ่งในสาม แสดงให้เห็นว่า กฎหมายมุ่งที่จะลงโทษผู้กระทำให้สาสมกับความผิด และเพื่อให้มีผลต่อการป้องปรามผู้กระทำความผิดและบุคคลอื่นๆ อีกด้วย

ตามมาตรา 285 เป็นบทบัญญัติที่ให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นในความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร ซึ่งกฎหมายเห็นว่าผลที่เกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำความผิดต่อบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นผลร้ายแรง⁴⁰ เนื่องจากฐานะของผู้ถูกระทำหรือความสัมพันธ์ของผู้กระทำกับผู้ถูกระทำ ในลักษณะที่ผู้กระทำมีอิทธิพลหรือมีอำนาจเหนือหรือมีอิทธิพลครอบงำผู้ถูกระทำ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายประสงค์จะลงโทษผู้กระทำความผิดที่อาศัยโอกาสที่ตนมีความสัมพันธ์กับผู้กระทำในลักษณะที่มีอำนาจ หรือมีอิทธิพลครอบงำผู้ถูกระทำเพื่อทำให้การกระทำความผิดเป็นไปได้ง่ายหรือสะดวกขึ้น เนื่องจากในสถานการณ์ดังกล่าวผู้ถูกระทำถูกบังคับ ขังใจ หรือจำต้องยอมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้นกฎหมายจึงบัญญัติไว้เป็นการทดแทนความผิดที่ได้กระทำ รวมทั้งเป็นการป้องปรามและป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสที่ตนมีอำนาจเหนือ หรือมีอิทธิพลครอบงำ จึงได้บัญญัติไว้ให้รับโทษหนักขึ้นกว่าในกรณีการกระทำผิดทั่วไป

แต่อย่างไรก็ตาม กรณีการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศที่เป็นการกระทำผิดต่อลูกเลี้ยง กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้เป็นกรณีที่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285 ด้วย⁴¹ แม้ว่าหากพิจารณาจากข้อเท็จจริงของความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกระทำ กรณีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกิดขึ้นต่อลูกเลี้ยง เห็นได้ว่าผลของการกระทำเกิดความร้ายแรงทั้งต่อผู้ถูกระทำและต่อสังคม เนื่องจากผู้กระทำความผิดอาศัยโอกาสที่ตนมีอำนาจปกครอง ดูแลเหนือผู้ถูกระทำ และเพื่อให้ตนได้รับความพึงพอใจในทางเพศได้ง่ายและสะดวกยิ่งขึ้น ดังนั้น เมื่อได้พิจารณาจากจิตความร้ายแรงของการกระทำและผลแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งต่อตัวบุคคล และต่อสังคมโดยรวมแล้วควรจะต้องมีมาตรการในการเอาผิดและลงโทษผู้กระทำความผิด ในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลในครอบครัวให้ต้องรับโทษหนักขึ้นกว่ากรณีกระทำต่อบุคคลทั่วไป

กล่าวโดยสรุปคือ กฎหมายอาญาได้มีการแบ่งความผิดออกเป็นหลายระดับโดยการแบ่งออกเป็นความผิดที่ร้ายแรงและความผิดที่ไม่ร้ายแรง โดยพิจารณาจากความเสียหายหรือภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นในสังคม ซึ่งการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นนั้นมีแนวความคิดมาจากอาชญาวิทยาและวัตถุประสงค์ในการลงโทษ ซึ่งการรับโทษหนักขึ้นตาม

⁴⁰ ปุณณดา บุญจันทร์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 30. หน้า 48.

⁴¹ ปุณณดา บุญจันทร์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 30. หน้า 48.

ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดไว้ว่าเหตุกรรจ์ที่เป็นเหตุให้บุคคลต้องรับโทษหนักขึ้น เพื่อให้บุคคลนั้นได้รับโทษตามความร้ายแรงของตนมากกว่ากรณีธรรมดาโดยจะมีการกำหนดร้ายแรงแห่งความผิดของผู้กระทำความผิดแต่ละคน โดยเป็นการวัดจากความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำ ความผิดนั้น เพื่อเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยของชนในสังคม ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติความผิดเกี่ยวเพศไว้ในบทบัญญัติมาตรา 276-287/2 โดยได้มีการกำหนดความผิดตามลักษณะความรุนแรงและผลของการกระทำความผิด และได้มีการกำหนดเหตุกรรจ์ไว้ในมาตรา 285 ให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม ซึ่งเป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวบุคคล เนื่องจากสถานะที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ผู้กระทำมีอิทธิพล หรือมีอำนาจเหนือ หรือมีอิทธิพลครอบงำผู้ถูกกระทำ โดยกฎหมายมีวัตถุประสงค์จะป้องปรามและป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดอาศัยเหตุที่ตนมีอำนาจเหนือ หรือมีอิทธิพลครอบงำผู้ถูกกระทำ อยู่ในความปกครอง แต่หากเราพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 285 นั้น กรณีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่เป็นการกระทำของบุคคลในครอบครัว ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เภรบุญเลี้ยงซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัว ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตราดังกล่าว เมื่อพิจารณาจากความความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกกระทำมีลักษณะเป็นการกระทำความผิดโดยอาศัยเหตุที่ตนมีอำนาจเหนือหรือผู้อิทธิพลครอบงำ ฉวยโอกาสในการกระทำความผิดเช่นเดียวกับผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายแต่กลับได้รับโทษเช่นบุคคลทั่วไป

2.2 ทฤษฎีการลงโทษ

มาตรการทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการทดแทนชดเชยความผิด หรือการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งหรือป้องกันปราบปราม แต่วัตถุประสงค์ในการลงโทษในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปโดยมีเป้าหมายเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดก็ตาม แต่วัตถุประสงค์ที่จะให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นยังคงมีความจำเป็นในปัจจุบัน แต่ควรมีการนำมาตรการลงโทษทางอาญาและมาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดมาปรับใช้ร่วมกัน เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

2.2.1 วัตถุประสงค์การลงโทษ

เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในสังคมย่อมจะต้องหาวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งมาจัดการกับผู้ที่ทำให้เกิดความผิดต่อกฎเกณฑ์ของสังคม เพราะหากสังคมไม่จัดการกับคนที่ทำความผิดก็เท่ากับว่าสังคมยอมรับการกระทำผิดดังกล่าว โดยการจัดการกับผู้กระทำความผิดดังกล่าวนั้นจะเป็นเช่นไรจะ

ขึ้นอยู่กับความเชื่อของสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัยเกี่ยวกับสาเหตุของการกระทำผิดและเหตุผลที่จะต้องจัดการหรือปฏิบัติกับคนที่ทำผิด ซึ่งหลักการดังกล่าวจะเปลี่ยนไปตามยุคตามสมัยและตามสถานการณ์ของแต่ละยุคว่าจะมุ่งเน้นในวัตถุประสงค์และวิธีการที่จะปฏิบัติต่อคนที่ทำผิดหรือการลงโทษผู้กระทำผิดที่แตกต่างกันไปเช่นไร ซึ่งวัตถุประสงค์ของการลงโทษนั้นสามารถแบ่งออกเป็น 4 หลักการดังต่อไปนี้⁴²

2.2.1.1 เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน

เป็นหลักการลงโทษที่เก่าแก่ที่สุดโดยเป็นไปตามแนวความคิดที่ว่า ผู้ใดกระทำการใดย่อมได้รับผลตอบแทนการกระทำนั้น การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนจะได้ผลต่อเมื่อได้เป็นการกระทำโดยรวดเร็วและรุนแรง ไม่เช่นนั้นแล้วประชาชนก็อาจขาดความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรมของบ้านเมือง และอาจหาทางแก้แค้นผู้กระทำความผิดด้วยตนเอง

2.2.1.2 เพื่อเป็นการข่มขู่

โดยเป็นการข่มขู่ตัวผู้กระทำความผิดให้เกิดความเข็ดหลาบ ไม่กล้าที่จะกระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก และเพื่อเป็นตัวอย่างให้คนทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำความผิดแล้ว จะต้องได้รับโทษซึ่งจะทำให้บุคคลทั่วไปเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิด

2.2.1.3 เพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมให้พ้นภัยอันตรายในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดถูกตัดออกไปจากสังคม

โดยถือว่าผู้กระทำความผิดมีพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนไปจากบรรทัดฐานของสังคมอย่างร้ายแรง สมควรตัดออกไปจากสังคม อาจตัดชั่วคราว เช่น จำคุกตลอดชีวิต จำคุกมีกำหนดระยะเวลา กักขัง เป็นการคุ้มครองไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับมาทำร้ายหรือเป็นภัยอันตรายต่อสังคมชั่วระยะเวลาหนึ่งหรือตลอดไป เช่น การลงโทษประหารชีวิต

2.2.1.4 เพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขตัวผู้กระทำความผิด

การลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อปรับปรุงแก้ไขให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดี เนื่องจากผู้กระทำความผิดส่วนมากจะต้องถูกปล่อยตัวกลับมาสู่สังคมอีกเมื่อพ้นโทษจากรือนจำ เพราะสังคมไม่อาจจองจำผู้กระทำความผิดได้ตลอดไป เนื่องจากการกระทำเช่นนั้นเป็นการสิ้นเปลืองงบประมาณมหาศาล แต่เพื่อให้การปรับปรุงแก้ไขหรือการอบรมบ่มนิสัยผู้กระทำความผิดเป็นไปอย่างได้ผล จะต้องมีการแยกประเภทผู้กระทำความผิด เช่น แยกประเภทนักโทษอายุน้อยออกจากนักโทษผู้ใหญ่ แยกพวกกระทำความผิดครั้งเดียวออกจากผู้กระทำความผิดหลายครั้ง เป็น

⁴² เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3. หน้า 846-848.

ต้น การปรับปรุงนิสัยในระหว่างถูกจองจำอาจได้แก่ การฝึกหัดอาชีพ การให้การศึกษา การอบรมทางศาสนาและศีลธรรม การรักษาพยาบาล เป็นต้น

การลงโทษทางอาญาเพื่อเกิดประโยชน์แก่ทุกฝ่ายมากที่สุดคงต้องกระทำควบคู่กันไป กฎหมายจึงกำหนดโทษให้เหมาะสมกับลักษณะของความผิดต้องลงโทษโดยดูสภาพจิตใจของผู้กระทำความผิดและความเสียหายที่เกิดขึ้นให้เหมาะสมตามสัดส่วน แต่ต้องคำนึงอยู่เสมอว่าโทษทางอาญามีใช้ทางแก้ปัญหาพฤติกรรมของคนเพียงทางเดียว ต้องอาศัยสภาพแวดล้อมของสังคม การศึกษาอบรม ครอบครัว โรงเรียน และศาสนาด้วย นอกจากนี้การลงโทษที่เหมาะสมยังต้องอาศัยกลไกส่วนต่างๆของรัฐที่มีประสิทธิภาพด้วย

กล่าวโดยสรุปคือ การที่รัฐบัญญัติให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาและมีการกำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อข่มขู่ยับยั้งป้องปรามการกระทำความผิด เป็นตัวอย่างให้บุคคลทั่วไปเห็นว่าหากกระทำความผิดดังกล่าวจะต้องได้รับโทษตามกฎหมายจะได้เกรงกลัวต่อการกระทำความผิด ไม่กล้ากระทำความผิด หรือเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำอีก และได้มีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษ กรณีที่ผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศกับผู้อยู่ในความปกครอง ต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าบุคคลทั่วไป เนื่องจากผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายอาญาอาศัยโอกาสซึ่งเด็กต้องพึ่งพาอาศัย และมีอำนาจเหนือกว่ากระทำต่อเด็ก ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่กำหนดให้ต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 โดยเจตนารมณ์ของมาตราดังกล่าว เพื่อจะคุ้มครองผู้อยู่ในความปกครอง ควรที่จะบัญญัติครอบคลุมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัว เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งป้องปรามการกระทำความผิด

2.2.2 สัดส่วนการลงโทษ

มาตรการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิด ต้องพิจารณาว่าอัตราโทษแต่ละฐานความผิดได้สัดส่วนหรือไม่อย่างไร เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการสองประการ คือ ความได้สัดส่วนในการลงโทษ และหลักการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละบุคคล

2.2.2.1 หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ

โดย ซีซาร์ เบคคาเรีย (Cesare Beccaria) กล่าวว่า⁴³ เพื่อให้การลงโทษทางอาญาใด ก็ตามเป็นการกระทำซึ่งรุนแรงโดยคนหนึ่ง หรือหลายคนต่อประชาชน โทษทางอาญาต้องเปิดเผย

⁴³ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และปกป้อง ศรีสนิท. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32. หน้า 12.

จำเป็น และรุนแรงน้อยที่สุด โดยอาจกล่าวได้ว่าประโยคดังกล่าวกลายมาเป็นแนวความคิดแห่งการลงโทษที่ได้สัดส่วนของกฎหมายอาญา

การพิจารณาว่าโทษที่ผู้กระทำความผิดกระทำได้รับสัดส่วนกับการกระทำความผิดหรือไม่ กล่าวคือ⁴⁴ (1) ความรุนแรงของการกระทำความผิด หมายถึงให้ศาลพิจารณาว่าผู้กระทำผิดกระทำความผิดที่รุนแรงหรือไม่เพียงใด (2) การเปรียบเทียบกับคดีอื่น หมายถึงให้ศาลพิจารณากำหนดโทษเปรียบเทียบกับคดีอื่นว่าในคดีอื่นมีความรุนแรงกว่าคดีที่ตัดสินศาลลงโทษรุนแรงเพียงใด ศาลควรจะลงโทษไม่เกินกว่าคดีที่ตัดสิน (3) การเปรียบเทียบกับศาลอื่น หมายถึงให้ศาลพิจารณาว่าในคดีแบบเดียวกันในศาลอื่นมีการลงโทษเพียงใด โดยศาลควรลงโทษใกล้เคียงกับที่ศาลอื่นลงโทษในคดีลักษณะเดียวกัน

อย่างไรก็ตามนอกจากต้องพิจารณาหลักการได้สัดส่วนในการลงโทษแล้ว จะต้องพิจารณาความเสียหายต่อสังคมกับขนาดบทลงโทษประกอบด้วย อาชญากรที่สร้างความเสียหายต่อสังคมมากต้องรับโทษหนักมาก ส่วนอาชญากรที่สร้างความเสียหายต่อสังคมน้อยกว่าควรรับโทษน้อยกว่า โดยได้นำไปสู่การกำหนดโทษที่มีความรุนแรงเพื่อนำไปสู่ความชอบธรรมในการลงโทษผู้กระทำความผิด

2.2.2.2 แนวคิดของการลงโทษที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน

หากผู้กระทำผิดกระทำความผิดตามกฎหมายอาญา และการที่บุคคลต้องรับโทษต่างกันนั้น ทั้งที่ได้กระทำความผิดอย่างเดียวกัน⁴⁵ เช่น ในเรื่องสถานที่ เวลาที่กระทำ อายุของผู้ถูกกระทำผิด เป็นต้น ปัจจัยเหล่านี้ได้นำมาสู่การกำหนดโทษและการลงโทษที่เหมาะสมกับผู้กระทำแต่ละคน โดยมีการแบ่งออกเป็น 3 ช่วง กล่าวคือ (1) การกำหนดของขนาดอัตราการลงโทษในกฎหมายของผู้กระทำความผิดให้เหมาะสม เช่น การกำหนดให้ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเด็กหรือเยาวชนได้รับโทษต่างจากการกระทำความผิดของผู้ใหญ่ (2) การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ แม้จะมีการกำหนดเหตุเพิ่มโทษ ลดโทษ ให้กับผู้กระทำความผิดที่มีมูลเหตุต่างกันก็ตาม แต่เวลาที่ศาลจะลงโทษศาลก็มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการลงโทษให้เหมาะสมแต่ละคน ซึ่งมีลักษณะแตกต่างกัน (3) หลักการลงโทษที่เหมาะสมซึ่งใช้ในเรือนจำโดยนักโทษแต่ละคนอาจถูกปรับตามระยะเวลา เงื่อนไขการจำคุกแตกต่างกันได้ เช่น การพักการลงโทษ การลดวันโทษ เป็นต้น

2.2.2.3 การพิจารณา “ความได้สัดส่วนในการลงโทษ” และ การลงโทษที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน

⁴⁴ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนากุล และปกป้อง ศรีสนิท. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32. หน้า 12.

⁴⁵ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนากุล และปกป้อง ศรีสนิท. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32. หน้า 18.

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาความได้สัดส่วนในการลงโทษ และการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน ควรมีการนำมาตรการทั้งสองมาปรับใช้ให้เหมาะสมในการกำหนดบทลงโทษ⁴⁶

1) สัดส่วนการลงโทษพิจารณาจากเหตุทางภาววิสัย จากแนวความคิดผู้กระทำควรได้รับโทษเท่ากับความเสียหายที่ได้ก่อให้เกิดขึ้นกับสังคม หากความเสียหายมากจะต้องรับโทษมากกว่าความเสียหายน้อยกว่ารับโทษน้อยกว่า

2) การลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน โดยพิจารณาจากอรรถวิสัยซึ่งเป็นแนวคิดพิจารณาจากเหตุส่วนตัวที่เป็นเหตุอรรถวิสัยของผู้กระทำความผิดแต่ละคน ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้ได้รับโทษต่างกัน แม้กระทำความผิดฐานเดียวกัน ทั้งนี้มีการนำเหตุปัจจัยภายในและภายนอกของผู้กระทำความผิดมาประกอบการพิจารณา ทำให้การใช้กฎหมายอาญาและการลงโทษเกิดความเป็นธรรมแก่ผู้กระทำความผิด และเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด ซึ่งจะนำไปสู่การฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด

กล่าวโดยสรุปคือ หากบุคคลทั่วไปกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ต้องรับผิดตามที่กฎหมายอาญาบัญญัติไว้ แต่ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 เนื่องจากเป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ไม่รวมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัว เมื่อมีการกระทำความผิดแก่เด็กซึ่งอยู่ในความปกครองของตนเอง เช่น ลูกเลี้ยง เป็นต้น ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285 ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าหากพิจารณาการกระทำความผิดของผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ ซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัว ผู้กระทำกับผู้ถูกกระทำมีความสัมพันธ์ในลักษณะพึ่งพาอาศัยเหมือนกับผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของผู้ถูกกระทำอย่างร้ายแรงเช่นเดียวกัน แต่บุคคลดังกล่าวกลับได้รับโทษเช่นเดียวกันกับบุคคลทั่วไป ดังนั้นบทลงโทษของผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ ย่อมไม่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด เนื่องจากบทลงโทษที่ได้เบาเกินไปอาจทำให้ผู้กระทำความผิดฉวยโอกาสในการกระทำความผิดซ้ำได้ง่าย เมื่อเปรียบเทียบกับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลทั่วไป

⁴⁶ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนากุล และปกป้อง ศรีสนิท. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32. หน้า 22-24.

2.3 แนวความคิดและทฤษฎีทางอาชญวิทยา

อาชญวิทยาเป็นทฤษฎีเพื่อการศึกษาปัญหาอาชญากรรมโดยพิจารณาถึงสาเหตุของการเกิดอาชญากรรม ลักษณะและประเภทของอาชญากรรม ลักษณะของอาชญากรและการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด รวมถึงวิธีการป้องกันและการแก้ไขอาชญากรรม จากการศึกษาอาชญวิทยาพบว่าบุคคลที่กระทำความผิดมีปัจจัยจากหลายสาเหตุด้วยกัน จากข้อเท็จจริงดังกล่าวทำให้มีผลต่อการกำหนดโทษของผู้กระทำความผิด ซึ่งจะเห็นได้ว่าอาชญวิทยามีความสัมพันธ์ต่อการตรากฎหมายและการกำหนดโทษทางอาญา

2.3.1 วิวัฒนาการของการลงโทษต่อผู้กระทำความผิด

2.3.1.1 สำนักอาชญวิทยาดั้งเดิม

กล่าวคือเป็นสำนักอาชญวิทยาที่เกิดขึ้นประมาณกลางคริสต์ศตวรรษที่ 18 โดยมีแนวความคิดต่อต้าน และต้องการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมในสมัยก่อนศตวรรษที่ 18 รวมทั้งต้องการล้มเลิกวิธีการทรมานที่ทารุณโหดร้ายซึ่งเป็นการกระทำที่ไร้มนุษยธรรมความไม่เป็นธรรมเพื่อความไม่เสมอภาคทางสังคมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ตลอดจนเสนอแนวทางเพื่อปรับปรุงกฎหมายให้มีหลักเกณฑ์ที่หลีกเลี่ยงการตีความกฎหมายตามอำเภอใจของตุลาการ ผู้ก่อตั้งสำนักอาชญวิทยาดั้งเดิม คือนักอาชญวิทยาชาวอิตาลีที่มีชื่อว่าซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) ซึ่งได้รับการยกย่องว่าเป็นปราชญ์แห่งวงการอาชญวิทยาโดยได้สร้างผลงานทางวิชาการที่มีความสำคัญต่อวงการอาชญวิทยาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไว้ในหนังสือ *“Dei delitti a delle pene”* ซึ่งตีพิมพ์ครั้งแรกที่ประเทศอิตาลีเมื่อ ค.ศ.1764 และต่อมาได้ตีพิมพ์เผยแพร่ในประเทศอังกฤษเมื่อปีค.ศ.1767 ภายใต้อีกชื่อว่า *“The Essay Crime and Punishment”* ซึ่งซีซาร์ เบ็คคาเรียได้นำเสนอแนวความคิดหลายประการที่นำไปสู่การปูพื้นฐานทางสาขาอาชญวิทยาและปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมที่สำคัญดังนี้คือ⁴⁷

1) นำเสนอให้การพิจารณาบทลงโทษควรมีความเหมาะสมกับความผิดที่บุคคลนั้นกระทำ *“Equal punishment for the same crime”* เพราะถือว่ามนุษย์ทุกคนมีเจตจำนงอิสระคือ *“Free Will”*

2) นำเสนอให้การบัญญัติกฎหมายต้องถือหลักพื้นฐานคือ เพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน

⁴⁷ อัจฉริยา ชุตินันท์. (2557). *อาชญวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ:วิญญูชน. หน้า 67-68.

3) นำเสนอให้การกำหนดคำนิยามของคำว่า อาชญากรรมโดยต้องพิจารณาจากองค์ประกอบเกี่ยวกับภยันตรายต่อสังคมเป็นสำคัญ คือเป็นพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดภยันตรายต่อสังคม โดยส่วนรวม

4) นำเสนอให้มีการให้ความสำคัญต่อการป้องกันอาชญากรรมมากกว่าการลงโทษ

5) นำเสนอให้มีการยกเลิกประหารชีวิตและการลงโทษโดยใช้วิธีทรมาน ทารุณกรรม ด้วยวิธีการต่างๆ

6) นำเสนอให้การพิจารณาคดีควรมีลักษณะรวดเร็วและเป็นธรรม

7) นำเสนอให้การลงโทษมีเป้าหมายเพื่อการช่มขวัญและยับยั้งบุคคลจากการประกอบอาชญากรรม

8) นำเสนอให้การกำหนดโทษจำคุกควรได้รับการสนับสนุนและต้องกระทำโดยนำมาใช้อย่างแพร่หลาย โดยต้องให้มีการแก้ไขและปรับปรุงสภาพเรือนจำให้ถูกสุขลักษณะ รวมทั้งความมั่นคงปลอดภัย

9) นำเสนอให้มีการกำหนดความหนักเบาของการลงโทษโดยต้องได้สัดส่วนกับความรุนแรงของอาชญากรรม โดยต้องกำหนดให้เหมาะสมกับลักษณะความผิดนั้น โดยไม่มากจนโหดร้ายทารุณ และต้องไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำความผิดคิดว่าคุ้มค่าที่จะได้ผลประโยชน์จากการประกอบอาชญากรรม

10) นำเสนอให้การบัญญัติกฎหมายเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนฝ่ายตุลาการมีหน้าที่พิจารณาความผิดของอาชญากรไม่ใช่หน้าที่ตีความกฎหมาย ดังนั้นกฎหมายจึงต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร โดยต้องระบุให้ชัดเจนในส่วนฐานความผิดและบทลงโทษเพื่อให้ประชาชนทราบเพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรม

เจเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham) เป็นนักอาชญาวิทยาอีกท่านหนึ่งซึ่งเป็นชาวอังกฤษที่ได้รับการยกย่องในฐานะที่เป็นผู้บุกเบิกและสานต่อแนวความคิดของเบ็คคาเรีย โดยมีแนวความคิดว่า⁴⁸ การบัญญัติกฎหมายต้องกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับอาชญากรรม การลงโทษเป็นมาตรการที่จำเป็นต้องช่มขวัญยับยั้งการกระทำความผิดและเพื่อป้องกันการกระทำ ความผิดซ้ำ นอกจากนี้เบนธัมยังมีความคิดที่ต่อต้านการลงโทษด้วยวิธีที่รุนแรง โหดร้าย ไร้ซึ่งมนุษยธรรมโดยการลงโทษต้องไม่เกินความจำเป็นต่อลักษณะการกระทำความผิด แต่ต้องไม่ลงโทษน้อยกว่าการกระทำความผิด และยังมีความคิดเห็นวามนุษย์ทุกคนมีศูนย์รวมแห่งความเพิลิตเพิลินพอใจต่อความเจ็บปวด ซึ่งทำให้มีอิทธิพลต่อการกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์ ดังนั้นเมื่อ

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 68-69.

มนุษย์มีความพอใจกับการกระทำความผิดก็เลือกที่จะกระทำความผิด แต่ถ้ามุขยู้ว่าความเพิดเพลินและความพอใจที่ได้รับน้อยกว่าความเจ็บปวดทรมานในการลงโทษแล้ว มุขยู้ก็จะไม่เลือกกระทำผิด โดยคิจะยับยั้งไม่กระทำผิดนั้นเสีย ฉะนั้นเพื่อควบคุมการกระทำผิดอย่างได้ผล จึงควรรอกกฎหมายโดยอาศัยความเพิดเพลินและความเจ็บปวดเป็นบรรทัดฐานในการกำหนดโทษ โดยก่อนที่จะมีการลงโทษผู้กระทำผิดอย่างรุนแรงนั้นจะต้องให้ประชาชนยอมรับ และเห็นชอบด้วยกฎหมายกับการกำหนดโทษนั้นก่อนที่กฎหมายจะมีผลใช้บังคับใช้ต่อไป

2.3.1.2 สำนักอาชญวิทยาทงคั้งเดิม

กล่าวคือแนวความคิดของสำนักอาชญวิทยาทงคั้งเดิมเกิดขึ้นในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 โดยสำนักอาชญวิทยาทงคั้งเดิมแทบไม่มีความแตกต่างจากแนวความคิดของสำนักอาชญวิทยาทงคั้งเดิมเท่าใดนัก เพียงแต่มีความแตกต่างในกรณีที่ได้เสนอให้มีการนำสาเหตุปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชญากรรม และเหตุอันควรปรานีมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อนำมาลดหย่อนผ่อนโทษของอาชญากรรม เด็ก, คนชรา, คนวิกลจริต, คนปัญญาอ่อน เป็นต้น หรือการเสนอว่าควรมีการยอมรับคำให้การของผู้เชี่ยวชาญ หรือผู้ชำนาญการที่เกี่ยวข้องแก่คดีเพื่อประกอบการพิจารณาคดี เช่น แพทย์,จิตแพทย์,จิตเวช,นิติเวช เป็นต้น

โดยมีนักอาชญวิทยาคนสำคัญของสำนักอาชญวิทยาทงคั้งเดิม เช่น Rossi (รอสซี่) Garraud (การ์ราด) และ Joly (จอลี่) เป็นต้นอันอาจกล่าวได้ว่าสำนักอาชญวิทยาทงคั้งเดิมมีความเห็นว่าแนวความคิดของ Beccaria เป็นแนวความคิดที่ดีก็ตามแต่การนำมาใช้ยังมีจุดอ่อนบางประการดังนี้คือ⁴⁹

1) แนวความคิดของสำนักอาชญวิทยาทงคั้งเดิมมุ่งสนใจศึกษาที่การประกอบอาชญากรรมพฤติกรรมของอาชญากรโดยละเลยความแตกต่างระหว่างบุคคล และสถานการณ์แห่งคดี หรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำผิด

2) แนวความคิดของสำนักอาชญวิทยาทงคั้งเดิม การกำหนดโทษโดยใช้หลักเจตจำนงอิสระ (Free Will) อย่างเคร่งครัดโดยมีข้อยกเว้น ซึ่งไม่เป็นธรรมและไม่เหมาะสม เพราะผู้กระทำผิดมีทั้งเด็ก เยาวชน คนชรา คนวิกลจริต หรือเพราะต้องกระทำโดยจำเป็น (Necessity) ดังนั้นจึงเป็นกรณีที่ควรได้รับการพิจารณาลดหย่อนโทษเพราะไม่มีเจตจำนงอิสระอย่างเต็มที่

3) แนวความคิดของอาชญวิทยาทงคั้งเดิมมีการกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำผิดเป็นเกณฑ์เดียวกัน โดยผู้กระทำผิดต้องได้รับโทษเท่าเทียมกัน แต่ในทางความเป็นจริง

⁴⁹ อัจฉริยา ชุตินันท์. อ้างแล้ว เชมอรรถที่ 47. หน้า 69-70.

ผู้กระทำความผิดหลายประเภท ได้แก่ ผู้กระทำความผิดครั้งแรก ผู้กระทำความผิดซ้ำ ซึ่งตามหลักเกณฑ์ของ Beccaria (เบ็คคาเรีย) ผู้กระทำความผิดครั้งแรกต้องได้รับโทษเท่ากับผู้กระทำความผิดซ้ำจึงไม่เป็นธรรมและเหมาะสม

ด้วยเหตุดังกล่าว นักอาชญาวิทยาทั้งดั้งเดิมจึงได้นำข้อบกพร่องของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิมมาแก้ไขปรับปรุงให้มีความเหมาะสม และสอดคล้องกับความเป็นจริงในทางปฏิบัติ เพื่อให้ได้รับความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น โดยได้มีการเสนอแนวความคิดที่เป็นประโยชน์ 4 ประการ ดังนี้คือ⁵⁰

1) นำเสนอให้ศาลนำพฤติการณ์แห่งคดีรวมทั้งสภาพแวดล้อมทางธรรมชาติ สังคม และผู้กระทำความผิด มาใช้ประกอบการพิจารณาพิพากษาคดี ผลที่ติดตามมา คือกระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลได้เริ่มหันมาให้ความสนใจต่อสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับสภาพแวดล้อมทางธรรมชาติ และทางสังคมที่ผู้กระทำความผิดต้องประสบอยู่ในการดำรงชีวิตประจำวัน

2) นำเสนอให้กระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลได้ตระหนักถึงความจำเป็นในการที่ควรนำประวัติ หรือภูมิหลังของผู้กระทำความผิดมาประกอบการพิจารณา โดยไม่เพียงแต่จำกัดการพิจารณาเฉพาะพฤติกรรมขณะประกอบอาชญากรรมเท่านั้น

3) นำเสนอและกระตุ้นให้กระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลยอมรับฟังคำให้การของผู้เชี่ยวชาญเฉพาะสาขาที่เกี่ยวข้องกับลักษณะคดี เช่น สาขาแพทยศาสตร์ สาขานิติเวช วิทยา และสาขาจิตเวช เป็นต้น เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาพิพากษาคดีได้อย่างถ่องแท้ยิ่งขึ้น โดยถือว่าผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ชำนาญเหล่านี้จัดเป็นพยานบุคคลประเภทหนึ่ง

4) นำเสนอและกระตุ้นให้กระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลได้หันมาให้ความสนใจกับกลุ่มบุคคลที่อาจมีความรับผิดชอบแตกต่างไปจากบุคคลทั่วไป กลุ่มบุคคลที่จัดเป็นกรณีพิเศษเหล่านี้ย่อมไม่สามารถกำหนดเจตจำนงอิสระได้โดยทัดเทียมกับบุคคลอื่น และสมควรที่กฎหมายควรให้ความปราณีจากการกระทำความผิดได้แก่ เด็ก บุคคลวิกลจริต บุคคลปัญญาอ่อน และคนชรา ความรู้สึกผิดชอบและเจตนาของบุคคลในขณะประกอบอาชญากรรม

อนึ่งสาระสำคัญทั้งสี่ประการได้นำไปสู่ประการที่ได้นำไปสู่การปรับปรุงหลักอาชญาวิทยาดั้งเดิมให้เหมาะสมยิ่งขึ้น ดังนั้นแนวคิดหลักของสำนักอาชญาวิทยาทั้งดั้งเดิมก็คือ การนำสาเหตุปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชญากรรม ตลอดจนเหตุอันควรแก่การปราณี การลดหย่อนผ่อนโทษมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดี และอาจกล่าวได้ว่าแนวความคิดของสำนัก

⁵⁰ อัจฉริยา ชุตินันท์. อ้างแล้ว เชมอรรถที่ 47. หน้า 70-71.

อาชญาวิทยาที่ดั้งเดิมมีความสำคัญ และมีอิทธิพลที่ช่วยผลักดันให้เกิดการแก้ไขกฎหมายอาญา วิธีพิจารณาคดีของศาลในสมัยปัจจุบัน

2.3.1.3 สำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม

กล่าวคือสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม เกิดขึ้นประมาณราวปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 จนถึงต้นศตวรรษที่ 20 ซึ่งถือว่าเป็นยุคที่วิทยาศาสตร์มีความเฟื่องฟูมากที่สุด จึงทำให้ นักวิชาการสาขาต่างๆ หันมาสนใจนำวิธีการทางวิทยาศาสตร์มาประยุกต์ใช้กันอย่างแพร่หลายในการแก้ไขปัญหาด้านต่างๆ ได้แก่ ปัญหาสังคม เศรษฐกิจ และอาชญากรรม ด้วยเหตุนี้กลุ่มนักวิชาการรุ่นใหม่ได้มีการร่วมกันจัดตั้งสำนักที่เรียกว่า “ปรัชญาวิทยาศาสตร์ทางอาชญาวิทยา” โดยใช้หลักว่า “เหตุ นำมาซึ่งผล” เป็นเครื่องกำหนดวิธีการศึกษาค้นคว้าทางด้านอาชญาวิทยาซึ่งต่อมา เรียกว่า สำนักปฏิฐานนิยม

โดยแนวความคิดของสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยมได้เปลี่ยนปรัชญาของการลงโทษใหม่จาก “การแก้แค้นมาเป็นการแก้ไขบำบัดรักษาฟื้นฟูจิตใจให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดี” ซึ่งอย่างไรก็ดีเราอาจสรุปสาระสำคัญของแนวความคิดของสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม ได้ดังนี้คือ⁵¹

1) เสนอแนวความคิดที่เบนความสนใจการศึกษาอาชญากรรมไปสู่การศึกษาอาชญากร โดยสำนักนี้เชื่อว่า ถ้าไม่มีอาชญากรย่อมไม่มีอาชญากรรมและการกำหนดโทษทางอาญาย่อมหมดความจำเป็นได้โดยใช้วิธีการทางวิทยาศาสตร์ และสถิติมาประยุกต์เพื่อมาประกอบการศึกษา

2) เสนอแนวความคิดว่าผู้กระทำความผิด หรืออาชญากรเปรียบเสมือนผู้ป่วยที่ต้องการบำบัดรักษาแก้ไขฟื้นฟูร่างกายและจิตใจไม่ใช่มุ่งที่การลงโทษ

3) เสนอแนวความคิดว่าการกำหนดโทษต้องให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล

4) เสนอความคิดว่าการควบคุมผู้กระทำความผิดควรจำแนกแยกขังตามลักษณะของผู้กระทำความผิดเป็นรายๆ ไปเช่น อาชญากรโดยกำเนิด อาชญากรที่ติดนิสัย รวมทั้งอาชญากรวิกลจริต ควรแยกขังไว้ต่างหาก

5) เสนอแนวความคิดว่า มนุษย์ทุกคนต่างอยู่ภายใต้อิทธิพลของสภาพแวดล้อมซึ่งมูลเหตุจูงใจนำไปสู่การกระทำความผิดหรือพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนได้ หรือเรียกว่า “เจตจำนงประสงค์” ฉะนั้น เมื่อมนุษย์กระทำความผิด สังคมและสิ่งแวดล้อมควรจะต้องรับผิดชอบต่อผู้กระทำความผิดนั้นด้วย

⁵¹ อัจฉริยา ชุตินันท์. อ้างแล้ว เชมอรรถที่ 47. หน้า 72.

กล่าวคือ สำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม มีลอมโบโรโซ (Lombroso) เป็นนักอาชญาวิทยาและเป็นแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านชีววิทยา ชีวภาพ กายภาพและมานุษยวิทยา โดยสุ่มตัวอย่างเพื่อค้นหาถึงลักษณะที่แตกต่างทางกายภาพจากนักโทษในเรือนจำ นักโทษที่เป็นคนวิกลจริต คนปกติธรรมดา และกลุ่มทหารในกองทัพจากกะโหลกศีรษะ ขนาดของสมอง และส่วนอื่นๆของร่างกายของอาชญากรกับบุคคลปกติ โดยมักพบว่าคนที่เป็นอาชญากรจะมีกะโหลกศีรษะที่ต่อกับไขสันหลังมีลักษณะที่ผิดปกติไม่เหมือนกับบุคคลปกติที่ไม่ได้กระทำความผิด แต่ในทางกลับกันอาชญากรจะมีลักษณะที่เหมือนกับมนุษย์ในสมัยป่าเถื่อน หรือสัตว์ป่าที่มีรูปร่างถดถอย และสัญชาตญาณที่ป่าเถื่อนติดมาจากบรรพบุรุษทางสายเลือด

โดยลอมโบโรโซ (Lombroso) พบว่า⁵²อาชญากรจะมีลักษณะโดดเด่นที่สังเกตได้จากรูปร่างภายนอก เช่น เค้าหน้าเหมือนลิง โหนกแก้มสูง จมูกงุ้มคด คีวคก ขากรรไกรกว้างและโต ไม่ค่อยมีเคราหรือมีเคราน้อย หน้าผากต่ำ หรือกะโหลกศีรษะผิดส่วนและไม่ค่อยมีความรู้สึกต่อความเจ็บปวด ลอมโบโรโซได้สรุปไว้ว่าบุคคลที่ลักษณะดังกล่าวตั้งแต่ 3 อย่างเป็นต้น ไปจัดว่าเป็นบุคคลที่มีลักษณะเป็นอาชญากร โดยเชื่อว่าอาชญากรเป็นลักษณะที่ได้มาโดยกำเนิด จากการที่เขานำเสนอดังกล่าวทำให้เขาเป็นเจ้าของทฤษฎี “อาชญากรโดยกำเนิด” และได้มีการนำเสนอแนวความคิดที่สำคัญแบ่งประเภทอาชญากรรมออกเป็นอาชญากรโดยกำเนิด อาชญากรที่กระทำความผิดเป็นครั้งคราว อาชญากรที่กระทำความผิดเพราะกดดันทางอารมณ์ อาชญากรวิกลจริต

นอกจากนี้ลอมโบโรโซ (Lombroso) ได้มีการนำเสนอวิธีการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดไว้ดังนี้คือ นำเสนอให้ใช้การลงโทษประหารชีวิตเฉพาะในกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขผู้กระทำความผิดนั้นได้แล้ว นำเสนอให้มีทัณฑสถานพิเศษโดยจัดให้มีการฝึกอาชีพเพื่อเป็นการผ่อนคลายนักโทษ นำเสนอให้มีการแยกการควบคุมผู้กระทำความผิดครั้งแรกออกจากผู้กระทำความผิดซ้ำ นำเสนอให้มีการคุมประพฤติผู้กระทำความผิดเพียงเล็กน้อย นำเสนอให้เรือนจำหรือทัณฑสถานควรมีการปรับปรุงให้เหมาะสมกับผู้ต้องขังเป็นรายบุคคล และนำเสนอให้มีการพิจารณาแลพิพากษาคดีต่อผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่าสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยมมีแนวความคิดที่เป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้⁵³

1) มีแนวความคิดว่ามนุษย์ทุกคนต่างอยู่ภายใต้อิทธิพลของสภาพแวดล้อม ซึ่งเป็นมูลเหตุจูงใจที่นำไปสู่การกระทำความผิด หรือมีพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนได้

⁵² อัจฉริยา ชุตินันท์. อ่างแล้ว เชนงอรรถที่ 47. หน้า 72.

⁵³ อัจฉริยา ชุตินันท์. อ่างแล้ว เชนงอรรถที่ 47. หน้า 72.

2) มีแนวความคิดว่าในการควบคุม หรือจำคุกผู้กระทำความผิดควรแยกการควบคุมตามลักษณะของผู้กระทำความผิดเป็นรายๆ ไป แต่สำหรับเฉพาะอาชญากร โดยกำเนิดควรแยกขังไว้โดยเด็ดขาด

3) มีแนวความคิดว่าการกำหนดโทษต้องให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล ไม่ใช่เหมาะสมเฉพาะฐานความผิดเท่านั้น

4) มีแนวความคิดว่าอาชญากรเปรียบเสมือนผู้ป่วย ที่ต้องได้รับการบำบัดรักษาเพื่อแก้ไขฟื้นฟูสภาพจิตใจ ไม่ใช่จะมุ่งลงโทษเพียงอย่างเดียว

5) มีแนวความคิดว่าถ้าไม่มีอาชญากรข่อมไม่มีอาชญากรรม

2.3.1.4 สำนักอาชญาวิทยาสังคมสมัยใหม่

สำนักอาชญาวิทยาสังคมสมัยใหม่ กล่าวคือ แนวความคิดโดยมุ่งแก้ไขที่ต้นเหตุแห่งอาชญากรรมโดยการป้องกันการเกิดอาชญากรรมโดยเป็นการศึกษาจากสาเหตุในการกระทำความผิดรวมทั้งการแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดี คือเน้นการใช้มาตรการอื่นแทนการใช้เรือนจำแก่ผู้กระทำความผิด เช่นการคุมประพฤติ, การพักการลงโทษ , การรอกการลงโทษ , การชะลอการฟ้อง, การทำงานสาธารณะแทนการจำคุก, ชุมชนบำบัด เป็นต้น โดยมาตรการนี้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในประเทศที่เจริญได้นำไปใช้ซึ่งปรากฏในประเทศสหราชอาณาจักร, สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, ญี่ปุ่น, สิงคโปร์ และไทย เป็นต้น

นักอาชญาวิทยากลุ่มนี้ได้มีวิธีการซึ่งเรียกว่า “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์”⁵⁴ โดยเห็นว่าการลงโทษทางอาญาไม่สามารถป้องกันและควบคุมอาชญากรรม โดยควรให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขผู้กระทำความผิด และปรับปรุงพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดเพราะจะทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับตัวเป็นคนดีของสังคมได้

กล่าวโดยสรุปคือ สำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิมมีแนวความคิดที่ต่อต้านการลงโทษด้วยวิธีการที่รุนแรง โหดร้าย และ ไร้มนุษยธรรม แต่สำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิมมีแนวคิดว่าการบัญญัติกฎหมายต้องกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับอาชญากรรม ต่อมาสำนักอาชญาวิทยากึ่งดั้งเดิมจะเห็นได้ว่าแนวความคิดของสำนักนี้ไม่ได้แตกต่างจากสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิมสักเท่าไร แต่มีการนำเหตุอันควรปรานีเช่นเด็ก คนชรา คนวิกลจริต คนปัญญาอ่อน เป็นต้น มาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อนำมาเป็นเหตุลดหย่อนโทษ หรือมีการนำเสนอว่าควรมีการยอมรับคำให้การของผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ชำนาญการที่เกี่ยวข้องกับคดี เช่น แพทย์ จิตแพทย์ จิตเวช นิติเวช มาประกอบการพิจารณาคดี ต่อมาเกิดแนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยมมีการเปลี่ยน

⁵⁴ อัจฉริยา ชุตินันท์. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 47. หน้า 76.

แนวความคิดของการลงโทษใหม่จากการแก้แค้นทดแทนมาเป็นการแก้ไขบำบัดรักษาฟื้นฟูจิตใจให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดี ต่อมาเกิดแนวความคิดของสำนักอาชญาวิทยาสังคมสมัยใหม่ซึ่งเป็นการมุ่งแก้ไขที่ต้นเหตุแห่งอาชญากรรมโดยการป้องกันอาชญากรรม โดยเป็นการศึกษาจากสาเหตุในการกระทำความผิดรวมทั้งการแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดี ผู้วิจัยเห็นว่าโทษทางอาญาป้องกันอาชญากรรมได้ แต่หากจะให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นให้การบังคับใช้กฎหมายการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศของบุคคลในครอบครัวที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะใกล้ชิดกับผู้ถูกระทำ เมื่อมีการพ้นโทษแล้วจะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันภายในครอบครัวเดียวกันได้อย่างไร ควรมีการศึกษาสาเหตุของการกระทำความผิดของบุคคลดังกล่าว เพื่อนำไปสู่การแก้ไขฟื้นฟูให้ผู้กระทำความผิดกลับเป็นคนดี โดยจะเป็นการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำที่สัมฤทธิ์ผล

2.3.2 ทฤษฎีป้องกันสังคม

ในทางอาชญาวิทยาถือว่าเบคคาเรียและเบนซัมเป็นผู้นำการเปลี่ยนแปลงมาสู่ความหมายดั้งเดิมของการป้องกันสังคม เนื่องจากผู้ต่อต้านการใช้อำนาจตามอำเภอใจของศาล และจำกัดกรอบการลงโทษไม่ให้รุนแรงเกินสัดส่วนที่ควรจะเป็นต่อจากนั้นทฤษฎีปฏิฐานนิยมของสำนักอาชญาวิทยาอิตาลีเสนอได้เรียกร้องให้รักษาพื้นฐานทางศีลธรรมของกฎหมายอาญาไว้ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของนโยบายการป้องกันสังคม โดยนักปฏิฐานนิยมได้ให้ปรัชญาใหม่ของการลงโทษที่รุนแรงแต่เพียงอย่างเดียวมีการเสนอให้เน้นความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดระหว่างกฎหมายอาญา และศีลธรรมพร้อมกับเน้นย้ำว่าแนวคิดของการป้องกันสังคมคือ การส่งเสริมการใช้มาตรการป้องกัน เขียวยา และฟื้นฟูแก้ไขอย่างสัมพันธ์เพื่อลดการหวนคืนผู้กระทำความผิดไปสู่พฤติกรรม

เราจะเห็นได้ว่าแนวคิดของการป้องกันสังคมจึงเกี่ยวกับการสร้างระบบของมาตรการทางอาญาเพื่อการฟื้นฟูแก้ไขเพื่อคุ้มครองสังคมจากผู้กระทำความผิดที่เป็นอันตรายต่อสังคม จึงจะเห็นได้ว่าแนวคิดดังกล่าวเป็นการปฏิบัติมาตรการลงโทษที่ใช้วิธีการที่รุนแรงโดยมีการนำหลักมนุษยธรรมเข้ามาในระบบของการบริหารงานยุติธรรมทางอาญา เพื่อคุ้มครองบุคคลในสังคม มีการสร้างความจำเป็นที่ปฏิบัติต่ออาชญากรรมอย่างซื่อสัตย์จริงทางสังคม และการกระทำของบุคคลในความหมายเช่นนี้ ถือว่าการป้องกันสังคมจึงเป็นรูปแบบใหม่ของความพยายามในการแก้ไขปัญหของอาชญากรรม และเป็นแนวนโยบายใหม่ในการกำหนดนโยบายทางอาญาในการควบคุมอาชญากรรม

โดยมาร์ค อังเซล (Marc Ancel) เน้นได้อธิบายว่าแนวคิดของการป้องกันสังคมนั้นเป็นนโยบายทางสังคมเชิงรุกในการป้องกันคุ้มครองบุคคลในสังคม และขณะเดียวกันก็เป็นการคุ้มครองผู้กระทำความผิดด้วยเช่นกัน จึงจะเห็นได้ว่าการป้องกันสังคมเป็นการกำหนดไว้ว่าผู้กระทำความผิดควรได้รับการปฏิบัติภายใต้กรอบและวิธีการทางกฎหมาย

ลักษณะของทฤษฎีป้องกันสังคม (Characteristics)

มาร์ค อังเซล ได้แบ่งลักษณะของการป้องกันสังคมไว้ดังนี้คือ⁵⁵

1) การป้องกันสังคมมีจุดมุ่งหมายที่ไม่ใช่การลงโทษความผิด แต่เป็นการมุ่งคุ้มครองสังคมจากการกระทำผิดทางอาญา โดยหาทางแก้ไขปัญหาอาชญากรรมด้วยวิธีการให้สอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบัน

2) การสร้างนโยบายทางอาญาแบบใหม่แทนการลงโทษแบบแก้แค้นทดแทน เนื่องจากการลงโทษดังกล่าวไม่สามารถหยุดยั้งการกระทำผิดของผู้กระทำผิดได้ ด้วยเหตุนี้ทฤษฎีป้องกันสังคมจึงต่อต้านกฎหมายอาญาที่ใช้วิธีการปราบปรามอย่างรุนแรง หรือไม่สนับสนุนวิธีการที่ไม่ใช่กฎหมายอาญา ไม่ว่าจะเป็นการแยกผู้กระทำผิดออกจากกลุ่ม ฉะนั้นนโยบายทางอาญาควรให้ความสำคัญแก่วิธีการดำเนินการกับตัวบุคคลมากกว่าส่วนรวม โดยมุ่งที่การป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิด

3) กระบวนการแก้ไขปัญหาอาชญากรรมเป็นการให้ความสำคัญโดยมีการนำวิทยาศาสตร์ผนวกกับความร่วมมือของบุคลากรแขนงต่างๆเพื่อแก้ไขปัญหาอาชญากรรม และแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด

4) กระบวนการกลับคืนสู่สังคมของผู้กระทำผิดจะเกิดขึ้นได้ต้องมีการส่งเสริมมนุษยธรรมในกระบวนการฟื้นฟูผู้กระทำผิดด้วย โดยต้องมีการสร้างความรู้สำนึกผิดชอบใจให้เกิดขึ้นในตัวผู้กระทำผิดด้วยเกิดขึ้นในตัวผู้กระทำผิดเอง และทำให้เขาเห็นคุณค่าในตัวของเขาเอง ดังนั้นปัจจัยสำคัญก็คือผู้กระทำผิดจึงต้องให้ความร่วมมือในการแก้ไขปัญหาอาชญากรรมด้วย

กล่าวโดยสรุป คือ การลงโทษทางกฎหมายอาญาของการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศของบุคคลในครอบครัว โดยมีการเพิ่มโทษหนักขึ้นกว่ากรณีการกระทำผิดของบุคคลทั่วไป เพื่อเป็นการป้องปรามเข้มข้มยับยั้งไม่ให้มีการกระทำผิด หรือการแยกผู้กระทำผิดออกจากสังคม แต่เนื่องจากมาตรการทางอาญามีวัตถุประสงค์ในการลงโทษมากกว่าการฟื้นฟูผู้กระทำผิด ทำให้การลงโทษทางอาญาไม่สามารถป้องกันสังคมจากอาชญากรรมทางเพศได้อย่างมีประสิทธิภาพ ผู้วิจัยเห็นว่านโยบายทางอาญาควรให้ความสำคัญกับมาตรการป้องกัน เยียวยาและฟื้นฟูแก้ไขอย่างสัมพันธ์เพื่อลดการหวนคืนผู้กระทำผิดไปสู่การกระทำผิดซ้ำ เพื่อประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเพศ ตัวอย่างกรณีนโยบายกฎหมาย

⁵⁵ อุทัย อาทิวา. (2558). ทฤษฎีอาชญาวิทยากับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัดวิเจพรินดีง. หน้า 165 .

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 เนื่องจากปัญหาดังกล่าวมีความละเอียดอ่อนซับซ้อนเกี่ยวพันกับบุคคลใกล้ชิด มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากการกระทำความคิดเกี่ยวกับเพศระหว่างบุคคลทั่วไป การใช้มาตรการทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาเพียงอย่างเดียวไม่สามารถป้องกันอาชญากรรมทางเพศได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะกฎหมายอาญามีเจตนารมณ์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดมากกว่าที่จะแก้ไขผู้กระทำความผิด ดังนั้นหากมีการนำมาตรการตามพระราชบัญญัติดังกล่าวมาบังคับใช้ควบคู่กับการลงโทษทางอาญา เช่น การศึกษาสาเหตุในการกระทำความผิดเกิดจากการดื่มแอลกอฮอล์ หรือเสพยาเสพติด แล้วนำตัวผู้กระทำความผิดไปบำบัดให้หายจากสิ่งเหล่านั้น ผู้กระทำความผิดก็จะไม่หวนกลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก

2.4 วิวัฒนาการของกฎหมายไทยเกี่ยวกับความผิดทางเพศ

การศึกษาถึงวิวัฒนาการการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศจะเห็นได้ว่าในแต่ละยุคสมัยมีการบัญญัติเป็นความผิดและมีการกำหนดโทษทางอาญาที่แตกต่างกันไป โดยมีการแบ่งประเภทของความผิดออกเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานอนาจาร และมีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดด้วย นอกจากนี้ยังมีการกำหนดความรับผิดชอบของบุคคลในครอบครัวกรณีมีส่วนช่วยเหลือหรือสนับสนุนการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศอีกด้วย

2.4.1 วิวัฒนาการของกฎหมายการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามกฎหมายตราสาม

ดวง

กฎหมายตราสามดวงเกิดขึ้นในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชมีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทางเพศไว้ในพระไอยการลักษณะฝ่าฝืน ซึ่งกฎหมายลักษณะฝ่าฝืนเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา การนำเอาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามาบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะฝ่าฝืน เพราะผู้ร่างกฎหมายเห็นว่าการล่วงละเมิดภรรยาผู้อื่นเป็นการละเมิดอำนาจปกครองของรัฐและอำนาจอิสระของสามี การข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายตราสามดวงมีสองประการ คือ

1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ในกฎหมายฉบับนี้ การกระทำที่จัดเป็นการข่มขืนกระทำชำเรานั้น กฎหมายได้ใช้คำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” โดยคำว่า “ข่มขืน” นั้นแสดงอยู่ในตัวแล้วว่าไม่มีความยินยอมจากฝ่ายที่ถูกกระทำ แต่ได้มีการใช้วิธีการใดวิธีการหนึ่งขึ้นใจบังคับ จนถึงขั้นเกิดการ “ชำเรา” อันหมายถึงมีการ

ร่วมประเวณีกัน ส่วน “ข่มขืนมิถึงชำเรา” หมายถึง ได้มีการบังคับขืนใจแต่ยังไม่มีการร่วมประเวณีต่อกัน ดังปรากฏในตัวอย่างต่อไปนี้⁵⁶

1 มาตราหนึ่ง ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมพิศเมียทวิคูณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมพิศเมีย

40 มาตราหนึ่ง พระครูภิกษุสามเณร พิศเมียท่านถึงชำเรา ชื่อว่า ปาราชิก ให้สึกออกแล้วให้ไหม โดยพระราชกฤษฎีกา

46 มาตราหนึ่ง เจ้าเงินก็ดี พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินก็ดี ข่มขืนหญิงทาสถึงชำเราหญิง ร้องแรกมีสักขีพยานช้ ท่านให้แบ่งข้าตัวหญิงนั้นเสียถึงหนึ่งๆ ให้มันส่งให้แก่เจ้าเงินถ้าจับมือถือนมกอดจูบข่มขืนไม่ถึงชำเรา พิจารณาเปนสัง ให้แบ่งข้าตัวเป็น 4 ส่วน ลดส่วน 1 ให้แก่เจ้าเงิน 3 ส่วน ถ้ามันยอมด้วยช้ อย่าให้แบ่งทุนเขาขึ้นเสียเลย ถ้ามันมิสมักอยู่ด้วยแลมันจะหย่าช้ มันยังเกิดบุตรด้วยเจ้าเงินแลพี่น้อง ลูก หลาน แห่งเจ้าเงินไม่ จึงให้มันส่งข้าตัวจงถ้วน

71 มาตราหนึ่ง ชายใดข่มขืนหญิงม่ายถึงชำเรา ให้เอาเบี้ยในประณมพิศเมียทำ 5 ส่วน ยกเสีย 1 เอา 4 ส่วน ตั้งไหมเป็นสิน ไหมกึ่งพิไนกึ่ง ถ้าข่มขืนมิทำชำเราให้ไหมกึ่งถึงชำเรา

76 มาตราหนึ่ง ชายใดมีเมียแล้วข่มขืนลูกสาว หลานสาวท่านถึงชำเราให้ไหมชายนั้นกึ่งประณมพิศเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเรา ให้ไหมกึ่งถึงชำเรา

78 มาตราหนึ่ง ชายใดข่มขืนหญิงเดกไม่รู้เดียงษา มิถึงชำเรา ให้ไหมเถ่าเบี้ยประณมพิศเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราสายโลหิตไหล ให้ไหมเท่าเบี้ยประณมพิศเมียทวิคูณ ถ้าคบตีหญิงทำให้บาดเจ็บด้วย ท่านให้ไหมชายนั้นโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง

88 มาตราหนึ่ง ชายใดไม่ได้สู่ขอลูกสาว หลานสาวท่าน และบังอาจว่าตนเร็วแรงดีผู้เดียวก็ดี ภาพวกเพื่อนไปด้วยก็ดี เข้ากุมเกาะ เบาะ ฉะแลง ลูกสาวหลานสาว แลเมียท่านไปด้วยแรงตน หญิงนั้นร้องแรก ขัดขวาง มีคนรู้เห็นได้ยิน ข่มขืนหญิงนั้นได้ถึงชำเราก็คดี มิได้ถึงชำเราก็คดี หญิงนั้นมาหาความเป็นสังไซร์ ให้ไหม โดยพระราชกฤษฎีกาเดิม ถ้าข่มขืนหญิงมีบาดเจ็บช้ ให้ไหมโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง พวกซึ่งไปด้วยนั้นให้ไหมกึ่ง ถ้าชายหลายคนข่มขืน โทรมเอาหญิงนั้นช้ ให้ลงโทษแก่ชายนั้นด้วยหนัก 60 ที ให้ไหมตามบรรดาศักดิ์ทวิคูณ เพราะมันบังอาจหยาบช้ต่อแผ่นดินเมืองท่าน

105 มาตราหนึ่ง ชายให้สู่ขอลูกสาว หลานสาวท่าน บิดา มารดาหญิง ยินยอมให้ชายได้ให้มีขึ้นหมากหมั้นนั้นจะทำการยังมีได้ทำการ ชายอื่นบังอาจว่าตนเร็วแรง เกาะกุม เบาะ ฉะแลง

⁵⁶ องค์การตำรวจภูธร (2537). กฎหมายตราสามดวง เล่ม 2 (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: อรุณการพิมพ์. หน้า 205-262.

หญิงนั้นด้วยแรงตน ข่มขืนหญิงนั้นถึงชำเราก็คดี พิจารณาเป็นสังข์ไชรี ท่านว่าล่องพระราชอาชาความ เมืองท่าน ให้ส่งหญิงนั้นให้แก่บิดามารดาแล้ว ให้ทวนชายต้นเหตุด้วยลดหนึ่ง 50 ที ถ้ามีพวกไป ด้วยให้ทวนคล 50 ที จงทุกคนให้โหมชายต้นเหตุโดยผิดเมียท่านในชั้นหมากนั้นจึงควร

กล่าวโดยสรุป คือ พระโอยการลักษณะผัวเมีย มีการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยแบ่งออกเป็น ความผิดฐานข่มขืนถึงชำเรา กับ ความผิดฐานข่มขืนไม่ถึงชำเรา ความผิดฐานข่มขืนถึงชำเรา ซึ่งพระโอยการลักษณะผัวเมียใช้คำว่า “ข่มขืนถึงชำเรา” หมายถึง การที่ฝ่ายชาย มีการใช้กำลังบังคับขืนใจด้วยวิธีการอย่างใด ๆ แก่ฝ่ายหญิงโดยหญิงนั้นไม่ยินยอมจึงต้องยอมให้ฝ่ายชายร่วมประเวณี ส่วนคำว่า “ข่มขืนไม่ถึงชำเรา” มีความหมายแตกต่างจากการ “ข่มขืนถึงชำเรา” แม้จะมีการบังคับขืนใจฝ่ายหญิงแต่ไม่มีการร่วมประเวณีกัน ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลอะไรก็ตาม ซึ่งเปรียบเทียบได้กับความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน โดยมีอัตราโทษที่ต่ำกว่าการ “ข่มขืนถึงชำเรา” ส่วนเรื่องความยินยอมนั้น หากฝ่ายหญิงไม่ยินยอมย่อมจะเกิดความผิดฐาน ข่มขืนถึงชำเรา หรือ ข่มขืนไม่ถึงชำเรา แต่ถ้าฝ่ายหญิงยินยอมกฎหมายจะใช้คำว่า ทำชู้

โดยจะพบว่ากฎหมายพระโอยการลักษณะผัวเมียไม่ปรากฏความผิดฐานข่มขืนภริยาสาเหตุน่าจะมาจากการสมัยนั้นให้ความสำคัญกับอำนาจการปกครอง เมื่อหญิงยังเป็นเด็กก็ย่อมตกอยู่ในอำนาจปกครองของบิดา มารดา ถ้าบิดา มารดา ตายหญิงอาจตกอยู่ในอำนาจปกครองของญาติพี่น้อง หากหญิงแต่งงานกับชาย อำนาจปกครองย่อมโอนจากบิดา มารดา ไปยังผู้เป็นสามี

2) ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลในครอบครัว

พระโอยการลักษณะผัวเมียได้บัญญัติบทลงโทษผู้ที่กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเครือญาติ โดยแบ่งออกเป็นสองกรณี กล่าวคือ⁵⁷

(1) ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกัน

มาตรา 36 บัญญัติว่า พ่อ แม่ ลูก พี่ น้อง ชายหลาน ตาหลาน ลุงน้าหลานทำชู้กันไว้ ให้ทำพลอยผู้นั้นเสียในชะเล ให้เจ้าพ่อแม่พี่น้องพลเมืองท่านทั้ง 4 ประตุ ไก่ 8 ตัว ให้พระสงฆพราหมณาจารย์สวดมนตรทำพิธีการระงับอุบาทว์จันไร น้ำฟ้า น้ำฝน จึงจะตกเป็นประโยชน์แก่คนทั้งหลาย ฝ่ายพ่อ แม่ พี่ น้อง รู้ว่าลูก หลาน ทำมิชอบมิได้ว่ากล่าวท่านว่า เลมิด ให้ลงโทษโดยโทษาญโทษ

กล่าวโดยสรุป คือ กฎหมายลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ซึ่งเป็นพ่อ แม่กับลูก พี่น้องกับน้อง ตายายกับหลาน ลุงน้ากับหลาน น่าจะหมายความรวมถึงการมี

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 222-223.

เพศสัมพันธ์ระหว่าง ปู่ ย่า กับ หลาน และ ป้า อา กับ หลานด้วย โดยความยินยอมของกันและกัน เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “ทำชั่ว” ส่วนคำว่าพี่น้องหมายความรวมถึง พี่น้องร่วมบิดา มารดา หรือร่วมแต่บิดา หรือ มารดา แต่ไม่รวมถึงลูกพี่ลูกน้อง เพราะอยู่ในลำดับชั้นของญาติที่ห่างออกไปไกล นอกจากนี้กฎหมายยังบัญญัติให้ลงโทษผู้กระทำความผิดแล้วยังมีการบัญญัติให้ลงโทษแก่ พ่อ แม่ พี่ น้อง ซึ่งรู้เห็นว่าลูก หลาน พี่ น้อง ของตนกระทำความผิดดังกล่าวแล้ว แต่ไม่ได้ว่ากล่าวห้ามปรามการกระทำเช่นนั้น อาจเปรียบเทียบได้กับความผิดฐานสนับสนุนในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาระบบปัจจุบัน โดยถือว่า พ่อ แม่ พี่ น้อง ช่วยเหลือ หรือ ให้ความสะดวก หรือ ยุยงส่งเสริม แล้วแต่กรณี

(2) ระหว่างผู้ที่ไม่ได้มีสายโลหิตเดียวกัน⁵⁸

มาตรา 35 บัญญัติว่า หลานทำชู้ด้วยเมียลูกตาปู่อาวน้ำที่ตนเอง มันผู้มิกลัวกรง มันมียายแก่บาบ ดังนั้น ให้เอามันคนร้ายจำใส่ตรวน ชื่อ คา เอาน้ำมิกสักหน้าทั้งหญิง ชาย เอาเชือกหนึ่งผูกคอเอาห้องตีทะเลวนรอบตลาดแล้วเอาขึ้นขาหย่างยิงด้วยลูกสั้น โดด แลให้ตีด้วยลวดหนักละ 25-50 ทีแล้วทำให้พลอยเสียนอกเมืองอย่าให้คูเยี่ยงกัน ถ้าจะไล่ลูกสั้น โดดมิให้ยิงเล่มละ 30000

กล่าวโดยสรุปคือ กฎหมายลงโทษผู้กระทำความผิดที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต โดยบัญญัติลงโทษต่างจากกรณีผู้กระทำความผิดที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต เนื่องจากเป็นกรณีที่เป็นกรณีเพศสัมพันธ์กับญาติที่เกิดจากการสมรส คือ ภริยา ของ ลูก ตา ปู่ อา น้ำ พี่ ของผู้กระทำความผิด โดยการสมครใจที่จะมีเพศสัมพันธ์ต่อกันระหว่างชายกับหญิง เพราะกฎหมายบัญญัติใช้คำว่า “ชู้” ในขณะที่ชายหรือหญิงต่างมีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งมีบทลงโทษผู้กระทำความผิดทั้งชายและหญิงอย่างรุนแรง พร้อมเนรเทศออกจากเมือง หากเป็นกรณีที่ฝ่ายหญิงไม่ยินยอมสมครใจยอมไม่ใช่การทำชู้ ฉะนั้นจะเอาผิดแก่หญิงไม่ได้แต่จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวยังไม่รวมถึงกรณีการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยงกับลูกเลี้ยง

2.4.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

ต่อมามีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศขึ้นมาใหม่ เนื่องจากเล็งเห็นว่า กฎหมายฉบับเก่ายังมีข้อบกพร่องหลายประการ คือ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 โดยมีการแยกฐานความผิดออกเป็น ความผิดฐานกระทำชำเรา กับ ความผิดฐานพยายามที่จะข่มขืนกระทำชำเรา กล่าวคือ⁵⁹

⁵⁸ องค์การคำของคุรุสภา. อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 56. หน้า 223.

⁵⁹ สุมันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. (2552). ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 46.

2.4.2.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง

มาตรา 3 ชายใดกระทำชำเราหญิงในเหตุ 4 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนกระทำชำเราหญิง คือ

ข้อ 1 ขึ้นใจหญิง

ข้อ 2 หญิงยินยอม

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายขู่เชือดจะทำร้ายร่างกายและชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึงยินยอม

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ฤายินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่า 12 ปี ลงมาให้ลงโทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 10 ปี ลงมา กับ ให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ฤามีให้ทำการหนักด้วยก็ดีแล้วจะปรับเป็นเงินทำขวัญให้แก่หญิงตั้งแต่ 1,000 บาทลงมาด้วยก็ได้

อนึ่งผู้ใดรับโทษฐานข่มขืนกระทำชำเราครั้งหนึ่งแล้ว ภายหลังยังกลับข่มขืนกระทำผิดอีกเป็นครั้งที่ 2 ที่ 3 ต่อไป จะให้ลงโทษเพิ่มขึ้นตั้งแต่ 60 ที ลงมาเพิ่มเข้ากับโทษจำคุกและโทษปรับอีกด้วยก็ได้

มาตรา 6 ผู้ใดพยายามหรือจะข่มขืนกระทำชำเราที่ดี ซึ่งเป็นการผิดต่อมาตรา 3 มาตรา 4... พิจารณาเป็นสัตย์ให้ลงโทษจำคุก

มาตรา 7 ผู้ใดรู้เห็นเป็นใจด้วย ฤาช่วยอุดหนุนต้นเหตุในการข่มขืนกระทำชำเราที่ดี พิจารณาเป็นสัตย์ให้ลงโทษจำคุก

กล่าวโดยสรุปคือ พระราชกำหนดดังกล่าวมีการแยกฐานความผิดระหว่างความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กับ ความผิดฐานพยายามที่จะข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศหากหญิงอายุต่ำกว่า 12 ปี ลงมาไม่ว่าหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ย่อมเป็นความผิดซึ่งต่างกับประมวลกฎหมายอาญาในฉบับปัจจุบันเรื่องการกำหนดอายุไม่เกิน 15 ปี นอกจากนี้พระราชกำหนดดังกล่าวยังมีการกำหนดลักษณะฐานความผิดเฉพาะในกรณีการสนับสนุนกระทำความผิดหรือสมรู้เป็นใจในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งต่างจากประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันไม่มีการกำหนดลักษณะฐานความผิดดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ

2.4.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งได้ร่างขึ้นในปี พ.ศ. 2440 เพื่อให้ระบบกฎหมายไทยเทียบเท่ากับกฎหมายนานาประเทศ โดยมีพระบรมราชโองการให้ใช้ในปี พ.ศ. 2451

โดยถือว่าเป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของประเทศไทย และได้บัญญัติกฎหมายการกระทำ ความผิดเกี่ยวเพศไว้ในหมวดที่ 2 กล่าวคือ⁶⁰

2.4.3.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง

มาตรา 243 บัญญัติว่า ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือ ด้วยวาจา ขู่ข่มขู่กระทำชำเราจิตใจหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของนั่นเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราจิตใจหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของนั่นเอง ท่านว่ามันข่มขืนทำชำเรา มีความผิด ต้องระวางโทษคุกกันกับที่ว่ามันนั้น

ถ้าแลในการกระทำความผิดเช่นว่าในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้น มีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่า มันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปีและให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

2.4.3.2 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง

มาตรา 244 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ขวบ ถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตามหรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้นมีบาดเจ็บอย่างสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไป และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลเด็กหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้กระทำความผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วย อีกโทษหนึ่ง (พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2474 มาตรา 9 ให้แก่อายุในมาตรานี้เป็นสิบสามขวบ)

2.4.3.3 ความผิดฐานร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติ⁶¹

มาตรา 247 บัญญัติว่า “ความผิดอย่างใดใดที่ว่ามีมาใน มาตรา 243 , 244, 245 และ 246 นั้น ถ้าผู้กระทำเป็นบิดา มารดา หรือ ปู่ ย่า ตา ยาย ก็ดี ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกกระทำร้ายไว้ก็ดี

⁶⁰ หยุค แสงอุทัย. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 357-358.

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 363.

เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองรักษาผู้ถูกระทำร้ายก็ดี ท่านว่าระวางโทษของมันผู้กระทำผิดหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ที่ว่ามานั้นหนึ่งในสาม”

กล่าวโดยสรุปคือ มาตรา 247 เป็นเหตุเพิ่มโทษของความผิดตามมาตรา 243 และมาตรา 244 ถ้าผู้กระทำมีฐานะเป็น บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย หมายถึง บุพการีของผู้กระทำความผิด ซึ่งมีความสัมพันธ์เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป แต่ไม่หมายความรวมถึง พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ ซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัว เช่น ปู่ ย่า ตา ยาย ที่เป็นพี่น้องของปู่ ย่า ตา ยาย หรือ ลุง ป้า น้า อา พี่น้อง เป็นต้น และมีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษของบุคคล ซึ่งไม่ได้มีสายสัมพันธ์ทางสายโลหิต เช่น ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกระทำ หรือเจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองรักษาผู้ถูกระทำร้าย

2.4.4 ประมวลกฎหมายอาญาฉบับก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2550

โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายอาญาเสียใหม่ เพราะตั้งแต่ได้ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญาในพุทธศักราช 2451 เป็นต้นมาพฤติการณ์ของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมาก จึงเห็นสมควรปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา รวมถึงความผิดเกี่ยวกับเพศด้วย

อย่างไรก็ตามความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 276 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง โดยตั้งแต่ พ.ศ. 2499 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบันมีการแก้ไขในส่วนของอัตราโทษ ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษเพิ่มขึ้นตามพฤติการณ์ของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

2.4.4.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง⁶²

มาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

“ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือ วัตถุระเบิด หรือ โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และ ปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท จำคุกตลอดชีวิต”

การกระทำความผิดตามมาตรานี้ หมายความว่า

- 1) การข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเอง

⁶² ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติม) พ.ศ. 2550

2) การกระทำชำเราหญิง ได้แก่ การเอาของฝ่ายชายผ่านเข้าไปในช่องสังวาสของหญิง แม้ล่วงลับเข้าไปเพียงนิดเดียวก็เป็นความผิดสำเร็จ แต่หากเป็นการกระทำแก่ช่องทางอื่นของหญิง เช่น ทางปากหรือทางทวารหนัก ไม่ใช่เป็นความผิดฐานนี้

3) คำว่า “หญิง” หมายถึง เพศที่ถือกำเนิดมาเป็นเพศที่สามารถออกลูกได้ ไม่ใช่ชายแปลงเพศ

กล่าวโดยสรุปคือ มาตรา 276 ใช้คำว่า “ผู้ใด” แสดงว่าในส่วนของผู้กระทำความผิด นอกจากผู้ชายจะเป็นผู้กระทำความผิดแล้ว ยังรวมถึงกรณีที่หญิงอาจเป็นผู้กระทำความผิดในฐานะเป็นตัวการร่วมกับชายผู้กระทำความผิด แม้ประมวลกฎหมายจะไม่ได้บัญญัติคำว่า “ยินยอม” เช่น ในกฎหมายเก่า แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติคำว่า “ข่มขืน...โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” ย่อมเห็นได้ชัดว่าหญิงถูกกระทำโดยไม่ได้สมัครใจยินยอม

2.4.4.2 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง⁶³

มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท ”

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือ จำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำตามวรรคแรก หรือวรรคสอง ได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง และเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือ ได้กระทำโดยมีอาวุธ หรือ วัตถุระเบิด หรือ โดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือ จำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดกำลังรับโทษในความนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป

⁶³ ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติม) พ.ศ. 2550

กล่าวโดยสรุปคือ การกระทำชำเราต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีตามมาตรานี้ ไม่ต้องคำนึงว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็ตาม แม้เด็กหญิงหรือเด็กชายสมัครใจให้ความยินยอมก็เป็นความผิด เนื่องจากความอ่อนเยาว์ทั้งสภาพร่างกาย สติปัญญา จิตใจอ่อนไหวง่าย และประสบการณ์น้อย ถือว่ายังไม่มีความรับผิดชอบเพียงพอที่จะให้ความยินยอม นอกจากกฎหมายต้องการคุ้มครองเด็กแล้วยังคุ้มครองไปถึงอำนาจปกครองของบิดา มารดา เพื่อที่ไม่ให้เด็กถูกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

2.4.4.3 ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลในครอบครัว

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศของบุคคลในครอบครัวตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 285 โดยบัญญัติถึงกรณีระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกัน กับไม่มีสายโลหิตเดียวกัน แต่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นความผิด โดยเฉพาะและครอบคลุมดังเช่นพระไอยการลักษณะศัวมีย์⁶⁴

1) ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกัน โดยบัญญัติเพียงว่าเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศแก่ผู้สืบสันดาน ซึ่งหมายความถึงเป็นการกระทำของบุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดานเท่านั้น ไม่ได้หมายความรวมถึงญาติลำดับอื่นๆ เหมือนดังเช่นกฎหมายพระไอยการลักษณะศัวมีย์

2) ระหว่างผู้ที่ไม่ใช่สายโลหิตเดียวกัน

โดยบัญญัติกรณีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศของมิสสถานะเป็นผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล กระทำต่อผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ และในความอนุบาล โดยความเป็นผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ และผู้อนุบาลต้องชอบด้วยกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป คือ จะเห็นได้ว่ากรณีผู้กระทำกับผู้ถูกระทำไม่ได้มีความสัมพันธ์กันทางสายโลหิตก็ตาม เช่น ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความดูแล แต่กฎหมายบัญญัติให้รับโทษหนักขึ้นเช่นเดียวกับบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต เนื่องจากหน้าที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์และความใกล้ชิด หน้าที่ความรับผิดชอบตามกฎหมาย การกระทำความผิดของบุคคลดังกล่าวจึงมีลักษณะความร้ายแรงเช่นเดียวกับบุคคลที่มีสายสัมพันธ์ทางสายโลหิต อย่างไรก็ตามไม่ครอบคลุมถึงบุคคลซึ่งไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ ทั้งที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะเช่นเดียวกัน

⁶⁴ ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติม) พ.ศ. 2550