

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับเหตุเพิ่มโทษการกระทำความผิดทางเพศ

ในบทนี้จะศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับเหตุเพิ่มโทษในการกระทำความผิดทางเพศ ทั้งในส่วนของกฎหมายภายในประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ โดยจะทำการศึกษาเพื่อนำมาประยุกต์ใช้กับการแก้ไขปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่ได้กระทำต่อผู้อยู่ในความปกครองของไทยว่ามีแนวทางที่มีความเหมาะสม และมีประโยชน์มากน้อยเพียงใดที่จะนำมาปรับใช้กับกฎหมายอาญาของไทย เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายกับการแก้ไขปัญหากรณีดังกล่าวให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

3.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับเหตุเพิ่มโทษการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายระหว่างประเทศ

พันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งไทยเป็นภาคีสันติสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน เช่นอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ เป็นต้น เมื่อประเทศไทยลงนามเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวแล้วต้องดำเนินการตามพันธผูกพันตามบทบัญญัติในอนุสัญญา โดยต้องมีการบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าว เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กจากการกระทำความผิดของบุคคลทั่วไป หรือแม้แต่บุคคลในครอบครัว

3.1.1 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) หรือ (CRC) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก คือ ข้อตกลงระหว่างประเทศที่จัดทำขึ้นโดยสหประชาชาติ (คณะกรรมการด้านสิทธิมนุษยชน) โดยได้รับการรับรองจากที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติในปี 2532 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กบอกลักษณะของคำว่า “เด็ก” หมายถึง บุคคลทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนนั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น และมาตรฐานสิทธิมนุษยชนของเด็ก เพื่อช่วยให้ประเทศต่างๆ ให้ความคุ้มครองดูแลเด็กได้อย่างเหมาะสม

ปัจจุบันอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรองมากที่สุดในโลก โดยเกือบทุกประเทศ (196 ประเทศ) ได้เข้าเป็นภาคีแล้วซึ่งประเทศไทยได้ลงนามเข้า

เป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2535 อนุสัญญาฉบับนี้ระบุรายละเอียดของสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ไว้ว่าทุกประเทศต้องรับประกันเด็กในประเทศของตน ได้แก่¹

- 1) สิทธิที่จะมีชีวิตรอด - ได้รับการดูแลสุขภาพขั้นพื้นฐาน มีสันติภาพ และความปลอดภัย
- 2) สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา - มีครอบครัวที่อบอุ่น ได้รับการศึกษาที่มีคุณภาพ และมีภาวะโภชนาการที่เหมาะสม
- 3) สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง - ให้ออกห่างจากการทำร้าย การถูกล่วงละเมิด การถูกทอดทิ้ง และการแสวงประโยชน์ในทุกรูปแบบ
- 4) สิทธิที่ในการมีส่วนร่วม - ในการแสดงความคิดเห็น แสดงออก การมีผู้รับฟัง และมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในเรื่องที่มีผลกระทบต่อตนเอง

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

อนุสัญญาข้อที่ 19 บัญญัติว่า “รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ด้านนิติบัญญัติ บริหาร สังคมและการศึกษา ในอันที่จะคุ้มครองเด็กจากรูปแบบทั้งปวงของความรุนแรง ทั้งทางร่างกายและจิตใจ การทำร้ายหรือการกระทำอันมิชอบ การทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาท การปฏิบัติที่ผิดหรือการแสวงประโยชน์ รวมถึงการกระทำอันมิชอบทางเพศขณะอยู่ในการดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นใดซึ่งเด็กนั้นอยู่ในความดูแล”

อนุสัญญาข้อที่ 34 บัญญัติว่า “รัฐภาคีรับที่จะคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และการกระทำทางเพศที่มิชอบทุกรูปแบบเพื่อการนี้ รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ทั้งมาตรการภายในประเทศ และมาตรการทวิภาคีและพหุภาคีเพื่อป้องกัน ก) การชักจูง หรือบีบบังคับเด็กให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศใดๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ข) การแสวงประโยชน์จากเด็กในการค้าประเวณี หรือการกระทำอื่นๆ ที่เกี่ยวกับเพศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ค) การแสวงประโยชน์จากเด็กในการแสดงลามกอนาจาร และที่เกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร

กล่าวโดยสรุปคือ เนื่องจากเด็กยังไม่มีวุฒิภาวะ อารมณ์ ความคิด การตัดสินใจ หรือไม่สามารถดูแลตนเองได้ เด็กจึงสมควรได้รับการคุ้มครองจากความรุนแรงทั้งทางร่างกายและจิตใจ การกระทำอันมิชอบทางเพศขณะอยู่ในความดูแลของบิดา มารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือ

¹ กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน. (2555). อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.djop.go.th/law/2012-06-30-16-03-00. [2560, 15 สิงหาคม]

บุคคลอื่นซึ่งเด็กอยู่ในความดูแลตามอนุสัญญาสิทธิเด็กข้อที่ 19 โดยจะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศผู้ถูกระงับและผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์ในฐานะใดฐานะหนึ่ง เช่น บิดา มารดา พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ ซึ่งอาศัยโอกาสที่เด็กต้องพึ่งพากระทำความผิดต่อเด็ก รัฐจึงต้องออกกฎหมายในการคุ้มครองเด็กเกี่ยวกับการกระทำความผิดดังกล่าว และมีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ถ้าหากกระทำต่อบุคคลซึ่งกำหนดไว้ในมาตราดังกล่าวต้องรับโทษหนึ่งในสาม แต่อย่างไรก็ตามมาตราดังกล่าวยังมีข้อจำกัดของผู้ที่อยู่ในความปกครองหมายถึงเฉพาะผู้ผู้ในความปกครองตามกฎหมายเท่านั้น ทำให้เด็กบางกรณีไม่ได้รับการคุ้มครอง ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าควรที่มีการบัญญัติกฎหมายมาตรา 285 ให้ครอบคลุมถึงผู้ปกครองตามความเป็นจริง เพื่อให้เด็กได้รับคุ้มครองตามกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาเด็กมาตรา 19 ยังให้มีการคุ้มครองเด็กซึ่งอยู่ในความดูแลของผู้ปกครองตามความเป็นจริง

3.1.2 อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสตรีที่ถูกกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

3.1.2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ

สมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับรองอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบเมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2522 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 3 กันยายน 2524 สำหรับพิธีสารเลือกรับสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับรองเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2542 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2543 ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญานี้โดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2528

ความหมายของอนุสัญญานี้ คำว่า “การเลือกปฏิบัติต่อสตรี”² หมายถึง การแบ่งแยก กีดกัน หรือการจำกัดใดๆ เพราะเหตุแห่งเพศ หรือมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับ การได้อุปโภคหรือใช้โดยสตรี โดยไม่คำนึงถึงสถานภาพด้านการสมรสบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมของพลเมืองหรือด้านอื่นๆ

สาระสำคัญของอนุสัญญานี้ คือ การจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ รวมทั้งการประกันว่าสตรีและบุรุษมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติและดูแลจากรัฐอย่างเสมอภาคกัน

ส่วนบทบัญญัติของอนุสัญญานี้ กล่าวคือ เป็นการคุ้มครองสตรีในด้านของการเสมอภาคกับบุรุษ ด้านสังคม วัฒนธรรม การเมือง เศรษฐกิจ เช่น สิทธิในการเลือกตั้ง การสนับสนุนให้ดำรงตำแหน่งที่สำคัญความเท่าเทียมกันในกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ และการศึกษา โดยได้รับ

² กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพกระทรวงยุติธรรม. (2555). อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/index.php/2012-11-20.../701-2012-11-20-07-14-10>. [2560, 10 สิงหาคม].

ความเท่าเทียมกันในด้านสิทธิและโอกาสที่จะได้รับการจ้างงานและสิทธิด้านแรงงาน รวมถึงการป้องกันความรุนแรงต่อสตรีในสถานที่ทำงาน ความเท่าเทียมกันในการเข้าถึงบริการด้านสุขภาพ โดยเฉพาะสตรีมีครรภ์และหลังคลอดบุตร การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางด้านกฎหมายของสตรี โดยศาลต้องให้ความยุติธรรมต่อสตรีเท่ากับบุรุษ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่หรือสถาบันของรัฐ รัฐภาคีต้องมีมาตรการที่เหมาะสม ซึ่งหมายความรวมถึงการตรากฎหมาย เพื่อเป็นการการปราบปรามการลักลอบการค้าประเวณีและการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากสตรีทุกรูปแบบ

กล่าวโดยสรุปคือ การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อสตรีย่อมเป็นการกระทำที่ส่งผลต่อสภาพร่างกาย และจิตใจของสตรีอย่างรุนแรง ฉะนั้นเมื่อสตรีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา ควรได้รับการปฏิบัติและได้รับความยุติธรรมเท่าเทียมกับบุรุษ เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้ คือ การจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ รวมทั้งการประกันว่าสตรีและบุรุษมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติและดูแลจากรัฐอย่างเสมอภาคกัน ซึ่งรัฐต้องมีการตรากฎหมายและมาตรการที่เหมาะสม เพื่อเป็นการการปราบปรามการลักลอบการค้าประเวณีและแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากสตรีทุกรูปแบบ

3.1.2.2 ปฏิญญาว่าด้วยการจัดการใช้ความรุนแรงต่อสตรี

ปฏิญญาฉบับนี้ได้ให้ความหมายของคำว่า “ความรุนแรงต่อสตรี” หมายถึง การกระทำใดๆ ที่เป็นความรุนแรงที่เกิดจากอคติทางเพศ ซึ่งเป็นผลให้เกิดความทุกข์ทรมานแก่สตรี รวมทั้งการขู่เข็ญ คุกคาม กีดกัน เสรีภาพทั้งในที่สาธารณะและในชีวิตส่วนตัว นอกจากนี้ยังให้รวมถึงความรุนแรงดังต่อไปนี้³

1) ความรุนแรงต่อร่างกาย เพศ และจิตใจที่เกิดขึ้นในครอบครัว รวมทั้งการทุบตี การทารุณกรรมทางเพศต่อเด็กและสตรีในบ้าน ความรุนแรงอันมีเหตุมาจากของหมิ่นที่ฝ่ายหญิงให้กับครอบครัวสามี การข่มขืน โดยคู่สมรส การขลิบอวัยวะเพศสตรี และข้อปฏิบัติตามประเพณี และสถานที่ต่างๆ อันเป็นอันตรายต่อสตรี ความรุนแรงที่ไม่ได้เกิดจากคู่สมรส และความรุนแรงที่เป็น การหาประโยชน์จากสตรี

2) ความรุนแรงต่อร่างกาย เพศ และจิตใจที่เกิดขึ้นภายในชุมชนทั่วไป รวมถึงการข่มขืน การทารุณกรรมทางเพศ การลวนลามทางเพศ การข่มขู่ในสถานที่ทำงาน ในสถาบันการศึกษาและสถานที่ต่างๆ การค้าหญิงและการบังคับค้าประเวณี

³ ศูนย์ข้อมูลความรุนแรงต่อเด็กสตรีและความรุนแรงในครอบครัว. (2557). นโยบายและแผนขจัดความรุนแรงต่อเด็กและสตรี (ออนไลน์). เข้าถึงจาก: http://www.stop-women.blogspot.com/2015/02/blog-post_29.html. [2560, 10 สิงหาคม].

3) ความเพิกเฉยของรัฐต่อความรุนแรงไม่ว่าจะเป็นความรุนแรงที่เกิดทางร่างกาย ทางเพศหรือทางจิตใจ

นอกจากนั้นในปฏิญญานี้ได้รับรองสิทธิของสตรีไว้ กล่าวคือ ในข้อ 3 ของปฏิญญาบัญญัติว่า สตรีควรได้รับความเท่าเทียมในการรับประโยชน์และการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทุกด้าน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม พลเมืองและด้านอื่นๆ สิทธิดังกล่าวคือ

- 1) สิทธิในชีวิต
- 2) สิทธิแห่งความเสมอภาค
- 3) สิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของบุคคล
- 4) สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายอย่างเท่าเทียม
- 5) สิทธิที่จะเป็นอิสระจากการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบ
- 6) สิทธิที่จะสามารถบรรลุถึงความสุขกายและสุขภาพจิตที่ได้มาตรฐานสมบูรณ์
- 7) สิทธิในการมีข้อตกลงที่ยุติธรรมและพอใจในการทำงาน
- 8) สิทธิที่จะไม่ตกอยู่ในสภาพทุกข์ทรมาน หรือการกระทำที่โหดร้าย หรือการลงโทษ หรือการปฏิบัติที่เลวทราม ไร้มนุษยธรรม

รัฐควรประณามความรุนแรงต่อสตรี และไม่ควรอ้างชนบธรรมเนียมประเพณี หรือศาสนาใดๆ เพื่อหลีกเลี่ยงพันธหน้าที่ในการขจัดความรุนแรง รัฐควรติดตามนโยบายเกี่ยวกับการขจัดความรุนแรงต่อสตรี โดยวิธีที่เหมาะสมทุกประการโดยไม่ชักช้า เพื่อให้บรรลุจุดหมายนี้ รัฐภาคีทั้งหลายของอนุสัญญานี้ ตกลงที่จะ⁴

- 1) พิจารณาให้สัตยาบัน หรือการรับรองต่ออนุสัญญานี้ว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ หรือการยกเลิกข้อสงวนของอนุสัญญา
- 2) ลงเว้นจากการเข้าไปมีส่วนร่วมในความรุนแรงต่อสตรี
- 3) ปฏิบัติการอย่างเข้มแข็ง โดยสอดคล้องกับกฎหมายของประเทศเพื่อป้องกัน สืบสวนและลงโทษ การกระทำความรุนแรงต่อสตรีไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยบุคคลหรือโดยรัฐ
- 4) พัฒนามาตรการลงโทษทางอาญา ทางแพ่ง แรงงานและการลงโทษทางการบริหารจัดการด้วยกฎหมายภายในประเทศ เพื่อลงโทษและชดเชยต่อความเลวร้ายที่เกิดขึ้นกับผู้หญิงที่ประสบกับความรุนแรง สตรีผู้ถูกกระทำควรมีโอกาสเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม เช่น ได้รับการคุ้มครองด้านกฎหมายสตรีที่ถูกทำร้ายได้รับความทุกข์ทรมานจากความรุนแรงควรได้รับ

⁴ ธีรพล วัฒนศักดิ์. (2558). เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 19-21.

การรักษาที่มีประสิทธิภาพอย่างเพียงพอ รัฐควรให้ข้อมูลแก่สตรีถึงสิทธิที่จะได้รับการชดเชยจากกลไกเหล่านั้น

5) พิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการพัฒนาแผนการปฏิบัติการแห่งชาติเพื่อสนับสนุนการคุ้มครองสตรีจากความรุนแรงทั้งปวง หรือข้อกำหนดเพื่อความมุ่งประสงค์ดังกล่าวในแผนปฏิบัติการต่างๆ ที่มีอยู่ให้พิจารณาความร่วมมือที่เหมาะสมจากองค์กรพัฒนาเอกชน โดยเฉพาะที่ทำงานเกี่ยวข้องกับปัญหาความรุนแรงต่อสตรี

6) พัฒนาวิธีการป้องกัน และมาตรการด้านต่างๆ ทั้งด้านกฎหมาย การเมืองบริการ และวัฒนธรรมอย่างรอบด้าน เพื่อส่งเสริมการป้องกันสตรีจากความรุนแรงทุกรูปแบบ และประกันว่าการตกเป็นเหยื่อของสตรีจะไม่เกิดขึ้นซ้ำอีก จากข้อบกพร่องทางกฎหมายหรือมาตรการอื่นที่มีได้คำนึงถึงประเด็นทางเพศ

7) การปฏิบัติเพื่อรับประกันว่าสตรีผู้ถูกรักษาด้วยความรุนแรง และเด็กจะได้รับความช่วยเหลือ การพักฟื้น การดูแลเด็ก การบำรุง การรักษา การให้คำปรึกษา การบริการด้านสุขภาพและการบริการทางสังคม สิ่งอำนวยความสะดวกและการให้การสนับสนุน และมาตรการที่เหมาะสมอื่นๆ เพื่อสนับสนุน ความปลอดภัยและการฟื้นฟูทางร่างกายและจิตใจของสตรีเหล่านั้น ตามทรัพยากรที่มีอยู่ในขอบเขตมากที่สุดที่สามารถจัดหาได้ หรือเมื่อมีความจำเป็นต้องอาศัยแนวทางความร่วมมือระหว่างประเทศที่มีอยู่

8) ให้รัฐจัดเตรียมงบประมาณเพื่อจัดหาทรัพยากรที่เพียงพอในการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการขจัดความรุนแรงต่อสตรี

9) จัดให้มีมาตรการเพื่อรับประกันว่าเจ้าหน้าที่ด้านกฎหมาย และเจ้าหน้าที่ของรัฐรับผิดชอบหน้าที่ตามนโยบายที่จะป้องกัน สืบสวนและลงโทษการกระทำรุนแรงต่อสตรีได้รับการอบรมเพื่อให้มีความเข้าใจต่อความเป็นสตรี

10) นำมาตรการทุกอย่างที่เหมาะสมมาปฏิบัติ โดยเฉพาะด้านการศึกษาเพื่อปรับปรุงแบบแผน ความประพฤติทางสังคม วัฒนธรรมของบุรุษและสตรี เพื่อขจัดอคติทางเพศ ประเพณีปฏิบัติและข้อปฏิบัติอื่นๆ ทั้งปวง ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความคิดที่เพศใดเพศหนึ่งมีความด้อยกว่าหรือเหนือกว่าอีกเพศหนึ่งและจัดการจำกัดบทบาททางเพศของบุรุษและสตรี

11) สนับสนุนการวิจัย การรวบรวมข้อมูล และการเรียบเรียงสถิติที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบต่างๆ ของความรุนแรงต่อสตรี โดยเฉพาะความรุนแรงในครอบครัวและส่งเสริมการวิจัยถึงสาเหตุความรุนแรง ธรรมชาติของความรุนแรงและผลกระทบของความรุนแรงต่อสตรี ความมีประสิทธิภาพของมาตรการที่สามารถนำมาใช้เพื่อป้องกันและแก้ไขความรุนแรงต่อสตรี ซึ่งควรเผยแพร่ผลงานวิจัยและสถิติต่างๆ แก่สาธารณชน

12) นำมาตรการขจัดความรุนแรงต่อสตรีมาใช้โดยเฉพาะกับสตรีกลุ่มที่มีความเสี่ยงต่อความรุนแรง

13) รวมข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องความรุนแรงต่อสตรีและมาตรการที่ได้นำไปปฏิบัติตามหลักการของปฏิญญานี้ ในรายงานที่เสนอต่อองค์การสหประชาชาติตามระเบียบที่กำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนต่างๆ

14) ส่งเสริมการพัฒนาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติการตามหลักการที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้

15) ตระหนักถึงบทบาทอันสำคัญของขบวนการสตรีและองค์กรพัฒนาเอกชนทั่วโลก ในการสร้างจิตใต้สำนึก ความตระหนักและในการบรรเทาปัญหาความรุนแรงต่อสตรี

16) อำนาจความสะดวกและส่งเสริมงานของขบวนการสตรีและองค์กรพัฒนาเอกชน และร่วมมือกับองค์กรเหล่านี้ทั้งในระดับท้องถิ่น ระดับประเทศและระดับภูมิภาค

17) ส่งเสริมองค์การความร่วมมือระหว่างประเทศในภูมิภาคที่ประเทศของตนเป็นสมาชิกให้บรรจุการขจัดความรุนแรงต่อสตรีเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติการขององค์กรตามที่เห็นสมควร

กล่าวโดยสรุปคือ การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศของบุคคลในครอบครัวนั้นเป็นความรุนแรงต่อร่างกาย ทางเพศ และจิตใจ รวมทั้งการทุบตี การทารุณกรรมทางเพศต่อเด็กและสตรี ซึ่งเป็นผลให้เกิดความทุกข์ทรมานแก่สตรี โดยปฏิญญาว่าด้วยการขจัดการใช้ความรุนแรงต่อสตรีได้ยืนยันว่าความรุนแรงต่อสตรีเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของสตรี ทำให้ประโยชน์ที่สตรีจะได้รับสิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นต้องถูกทำลายหรือลดน้อยลง โดยคำนึงถึงความล้มเหลวที่เคยเป็นมาในการปกป้อง ซึ่งส่งเสริมสิทธิเหล่านั้นและเสรีภาพ เมื่อเกิดกรณีความรุนแรงต่อสตรี ทั้งนี้รัฐภาคีไม่อาจเพิกเฉยต่อความรุนแรงที่เกิดขึ้น รัฐภาคีต้องมีมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสตรีจากความรุนแรงดังกล่าว

3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับเหตุเพิ่มโทษความผิดทางเพศกรณีผู้ใช้อำนาจปกครองของกฎหมายต่างประเทศ

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศของบุคคลในครอบครัวของกฎหมายอาญาต่างประเทศมีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษเช่นเดียวกับกฎหมายอาญาไทย แต่กฎหมายอาญาของต่างประเทศมีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวของบุคคลให้ครอบคลุมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงด้วย

ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายอาญาของไทยให้ความหมายของผู้ที่อยู่ในความปกครองหมายรวมถึงเด็กที่อยู่ในความปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้น

3.2.1 การกำหนดเหตุเพิ่มโทษความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีผู้ใช้อำนาจปกครอง ของ สาธารณรัฐฝรั่งเศส

มีการบัญญัติความผิดว่าด้วยการกระทำความรุนแรงทางเพศไว้ในส่วนที่ 3 ตั้งแต่บทบัญญัติ มาตรา 222-22 ถึงมาตรา 222-30 ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.2.1.1 หลักการกำหนดความรับผิดและการกำหนดโทษทางอาญา

หลักการในการกำหนดโทษทางอาญาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสประกอบด้วยหลัก 3 ประการ คือ⁵

1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการลงโทษ โดยเป็นหลักการให้องค์การที่มีอำนาจ จะลงโทษได้แต่เฉพาะโทษที่กำหนดไว้ตามกฎหมายเท่านั้น เพื่อเป็นการวางกรอบในการใช้ดุลพินิจ ประกอบการลงโทษ และกฎหมายยังมีการกำหนดอัตราโทษที่จำกัดไว้ในกฎหมายด้วย

2) หลักความได้สัดส่วนและความเสมอภาคการลงโทษ เป็นหลักการที่สำคัญในการ กำหนดอัตราโทษ โดยการกำหนดอัตราโทษให้มีความเหมาะสมกับความหนักเบาของความผิด

3) หลักความเสมอภาคตามกฎหมาย แต่หลักการนี้ยังมีข้อจำกัดหลายประการของผู้ ถูกกล่าวหา เช่น ฐานะทางเศรษฐกิจ ฐานะทางสังคม ทางเพศ ทางศาสนา ทางเชื้อชาติ เป็นต้น ใน ชั้นของการกำหนดโทษ

กฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศสแบ่งระดับความรุนแรงออกเป็น ความผิดอุกฤษฏ์ โทษ ความผิดมัชฌิมโทษ ความผิดลหุโทษ⁶

กรณีความผิดอุกฤษฏ์โทษ ได้แก่ ความผิดซึ่งมีบทลงโทษ จำคุกหรือกักขังตลอดชีวิต จำคุกหรือกักขังสามสิบปี จำคุกหรือกักขังห้าสิบปี ความผิดมัชฌิมโทษ ได้แก่ โทษจำคุก โทษปรับ โทษปรับรายวัน โทษการทำงานบริการสาธารณะ โทษห้ามหรือจำกัดสิทธิตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 136-1 โทษเสริมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 130-10 ความผิดลหุโทษตามกฎหมายสาธารณรัฐ ฝรั่งเศสกำหนดขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความมีวินัยของส่วนรวม หรือเพื่อสนับสนุนการปราบปรามที่รวดเร็วที่สุดและรักษาความมั่นคงของการบริหารราชการที่ดีของประเทศ จึงมีเพียงแต่ โทษปรับ

ลักษณะเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดซึ่งมีผลต่อการกำหนดโทษ กล่าวคือ

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 75.

⁶ ธีรตล วัฒนศักดิ์. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 4. หน้า 75.

- 1) หากมีการขอมรับสารภาพ ผู้กระทำความผิดรับสารภาพก็ได้รับการลงโทษครั้งหนึ่ง
- 2) อายุของผู้กระทำความผิดเป็นเหตุสำคัญของการพิจารณาคดี หากผู้กระทำความผิดเป็นเยาว์อายุไม่เกิน 18 ปี กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ จะต้องถูกควบคุมอยู่ในสถานที่ควบคุมพิเศษ
- 3) การกระทำความผิดติดนิสัย ผู้กระทำความผิดครั้งแรกอาจได้รับการอภัยโทษ หรือรอการลงโทษ หรือได้รับการลงโทษสถานเบา

3.2.1.2 ความรับผิดชอบทางอาญารฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำชำเราเด็ก

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศสบัญญัติไว้ในมาตรา 222-23 การกระทำที่สอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ ไม่ว่าจะตามลักษณะการกระทำนั้น หรือกระทำต่อบุคคลอีกคนหนึ่งโดยใช้ความรุนแรง การบีบบังคับ การข่มขู่ หรือทำให้ประหลาดใจ เป็นการข่มขืน การข่มขืนต้องระวางโทษจำคุก 15 ปี⁷

3.2.1.3 เหตุเพิ่มโทษความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีผู้ใช้อำนาจปกครอง

เหตุเพิ่มโทษตามกฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศสบัญญัติไว้ในมาตรา 222-24 การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุก 20 ปี ซึ่งพิจารณาจากลักษณะของการกระทำ สถานะของผู้กระทำ และผู้เสียหาย เมื่อมีการกระทำความผิดต่อไปนี้⁸

- (1) การกระทำนั้นทำให้เกิดเสียอวัยวะหรือทุพพลภาพอย่างถาวร
- (2) การกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี
- (3) การกระทำต่อบุคคลซึ่งมีภาวะเปราะบางเป็นพิเศษ เนื่องจากอายุ ความเจ็บป่วย ความบกพร่อง ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจ หรือต่อผู้ที่ตั้งครรภ์ โดยปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนหรือล่วงรู้โดยผู้กระทำผิด
- (4) การกระทำโดยบุพการีตามกฎหมาย สายโลหิตหรือบุพการีบุญธรรม หรือโดยบุคคลอื่นที่มีอำนาจเหนือผู้เสียหาย
- (5) เป็นการกระทำโดยบุคคลที่ใช้อำนาจจากตำแหน่งของตนในทางที่มีชอบ
- (6) ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคนร่วมกันไม่ว่าจะโดยการเป็นหัวหน้า หรือด้วยการเป็นผู้สนับสนุน
- (7) เป็นการกระทำโดยใช้อาวุธหรือข่มขู่ว่าจะใช้อาวุธ

⁷ France Criminal Code . (2005). (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://www.file:///C:/Users/BEE/Downloads/France_Criminal-Code-updated-on-12-10-2005%20\(8\).pdf](http://www.file:///C:/Users/BEE/Downloads/France_Criminal-Code-updated-on-12-10-2005%20(8).pdf)

[2560, 16 มิถุนายน]

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

(8) ผู้เสียหายถูกนำไปพบกับผู้กระทำผิดที่กระทำเหล่านี้โดยการใช้เครือข่ายการติดต่อสื่อสาร เพื่อเผยแพร่ข้อมูลข้อความถึงผู้ชมโดยไม่เฉพาะเจาะจง

(9) กระทำเนื่องมาจากมีการนิเทศเกี่ยวกับเรื่องทางเพศของผู้เสียหาย

นอกจากเหตุให้รับโทษหนักขึ้นตามบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว หากผู้กระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราจนเป็นเหตุให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุก 30 ปีตามมาตรา 222-25 หรือถ้าการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตต้องเป็นกรณีที่เคยกระทำความผิดมาก่อน โดยใช้หรือกระทำในลักษณะทรมาณหรือป่าเถื่อน ตามมาตรา 222-26 และยังสามารถมีการบัญญัติการกระทำความผิดฐานการคุกคามทางเพศนอกเหนือจากการข่มขืน ต้องระวางโทษจำคุก 2 ปีและปรับ 75,000 ฟรังก์ ไว้ในมาตรา 222-27 ซึ่งความผิดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 222-27 ต้องระวางโทษจำคุก 7 ปีและปรับ 100,000 ฟรังก์ในกรณีดังต่อไปนี้ (1) กรณีที่ทำให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บหรือมีความผิดปกติทางโครงสร้าง (2) กระทำโดยบุพการีโดยกฎหมาย สืบสายโลหิตหรือบุพการีบุญธรรม หรือโดยบุคคลอื่นใดที่มีอำนาจเหนือผู้เสียหาย (3) กระทำโดยบุคคลที่ใช้อำนาจจากหน้าที่ของตนในทางที่มีชอบ (4) กระทำโดยผู้กระทำความผิดหรือพวก 2 คนหรือมากกว่านั้น (5) กระทำโดยการใช้หรือข่มขู่ว่าจะใช้อาวุธ ตามมาตรา 222-28 ส่วนการคุมทางเพศนอกเหนือจากข่มขืน ต้องระวางโทษจำคุก 7 ปี และปรับ 100,000 ฟรังก์ในกรณีที่กระทำต่อ (1) กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี (2) การกระทำต่อบุคคลซึ่งมีภาวะเปราะบางเป็นพิเศษ เนื่องจากอายุ ความเจ็บป่วย ความบกพร่อง ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจ หรือต่อผู้ที่ตั้งครรภ์ โดยปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจน หรือล่วงรู้โดยผู้กระทำความผิด ตามมาตรา 222-29 และความผิดดังที่ระบุไว้ในมาตรา 222-29 ต้องระวางโทษจำคุก 10 ปี และปรับ 150,000 ฟรังก์ (1) ในกรณีที่ทำให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บหรือมีความผิดปกติทางโครงสร้าง (2) กระทำโดยบุพการีโดยกฎหมาย สืบสายโลหิตหรือบุพการีบุญธรรม หรือโดยบุคคลอื่นใดที่มีอำนาจเหนือผู้เสียหาย (3) กระทำโดยบุคคลที่ใช้อำนาจจากหน้าที่ของตนในทางที่มีชอบ (4) กระทำโดยผู้กระทำความผิดหรือพวก 2 คนหรือมากกว่านั้น (5) กระทำโดยการใช้หรือข่มขู่ว่าจะใช้อาวุธ (6) กระทำเนื่องมาจากมีการนิเทศเกี่ยวกับเรื่องทางเพศของผู้เสียหาย⁹ตามมาตรา 222-30

คดีข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐฝรั่งเศส จัดว่าเป็นความผิดร้ายแรงและกฎหมายให้อออายุ 15 ปี เป็นเกณฑ์สำหรับวินิจฉัยในเรื่องการให้ความยินยอมในการกระทำความผิดดังกล่าว สำหรับการพิจารณาความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” นั้น สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้กำหนดลักษณะของการกระทำไว้เหมือนกับประเทศอื่นๆ เพียงแต่แตกต่างกัน คือ ในเรื่องของอายุเท่านั้นที่ไม่เท่ากัน ส่วนเรื่องของเจตนาในการกระทำความผิดนั้นต้องปรากฏว่า

⁹ France Criminal Code . (2005). อ้างแล้ว เจริงวรรคที่ 7. หน้า 39-40.

ผู้กระทำได้รู้ถึงข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบแห่งความผิด หรือข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุที่ทำให้มีโทษหนักขึ้น ถ้าผู้กระทำไม่รู้ย่อมแสดงว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิด¹⁰

กล่าวโดยสรุป คือ กฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศ และบัญญัติเหตุเพิ่มโทษหนักขึ้น เช่น กรณีข่มขืนกระทำชำเราโดยบุพการีตามกฎหมายหรือบุพการีตามสายโลหิต รวมทั้งผู้เป็นบุพการีโดยการรับบุตรบุญธรรม หรือการกระทำโดยบุคคลใดๆ ก็ตามซึ่งเป็นผู้มีอำนาจเหนือผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยจะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษคุ้มครองผู้ถูกระทำทั้งที่มีสายสัมพันธ์ตามสายโลหิต และไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ทำให้เด็กซึ่งอยู่ในความปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายและผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทุกคน ซึ่งแตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 คุ้มครองเฉพาะเด็กที่มีสายสัมพันธ์ทางสายโลหิตและเด็กที่อยู่ในความปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้น ไม่รวมถึงเด็กที่อยู่ในความปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง

3.2.2 การกำหนดเหตุเพิ่มโทษความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีผู้ใช้อำนาจปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีการแบ่งแยกการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย ออกเป็น 2 ชนิด กล่าวคือ การกระทำความผิดทางอาญา และการกระทำผิดกฎหมาย ซึ่งการกระทำผิดกฎหมาย เช่น การทำผิดกฎจราจร การขับรถเกินอัตราที่กำหนด เป็นเพียงกฎหมายเพื่อความสะดวกในการปกครองประชาชน อย่างไรก็ตามจะเห็นว่าเป็นการละเมิดบทบัญญัติกฎหมายแต่ไม่ใช่เป็นการกระทำความผิดทางอาญา ซึ่งการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวไม่ค่อยมีผลกระทบต่อความสงบสุขของสังคมเมื่อเปรียบเทียบกับกระทำความผิดทางอาญา

3.2.2.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดและการกำหนดโทษทางอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาได้วางหลักเกณฑ์การกำหนดโทษของจำเลยในการกระทำความผิดทางอาญาอย่างชัดเจน ซึ่งปรากฏตามมาตรา 46 และมาตรา 47 ดังต่อไปนี้¹¹

1) การกำหนดโทษ ตามมาตรา 46

¹⁰ สาวิตรี ภูไชยแสง. (2552). เจอนใจแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย:ศึกษาอายุผู้เสียหายที่เป็นเด็กในความผิดเกี่ยวกับเพศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 71-72.

¹¹ ธีรพล วัฒนศักดิ์. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 4. หน้า 68.

(1) ความชั่วของผู้กระทำความผิดจะเป็นพื้นฐานในการกำหนดอัตราโทษ โดยต้องพิจารณาถึงผลดีว่าการกำหนดโทษดังกล่าวกระทบต่อการดำเนินชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิดในอนาคต

(2) ศาลจะต้องชั่งน้ำหนักจากข้อเท็จจริง ทั้งที่เป็นส่วนดีและส่วนเสียของผู้กระทำความผิด โดยพิจารณาจากมูลเหตุของการกระทำความผิด เป้าหมายของผู้กระทำความผิด ความรู้สึกนึกคิดซึ่งเห็นได้จากการกระทำความผิด จิตใจที่มีอยู่ในการกระทำ ความร้ายแรงของการกระทำผิด หน้าที่ ลักษณะของการกระทำความผิด ผลสะท้อนถึงความชั่วของการกระทำความผิด ประวัติสถานภาพทางสังคม ฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด ความประพฤติของผู้กระทำความผิด ภายหลังจากการกระทำความผิด รวมทั้งความพยายามของผู้กระทำความผิดในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย

(3) พฤติการณ์ซึ่งเป็นลักษณะขององค์ประกอบความผิดไม่ต้องนำมาพิจารณา

2) มาตรา 47 เรื่องหลักการกำหนดโทษทางอาญา

(1) การลงโทษจำคุกระยะเวลาต่ำกว่า 6 เดือน จะต้องเป็นกรณีดังต่อไปนี้ ข้อเท็จจริงพิเศษเกี่ยวกับการกระทำ ลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิด และความจำเป็นเพื่อจะรักษาระเบียบกฎหมายของบ้านเมือง หรือเพื่อความเหมาะสมของผู้กระทำความผิด

(2) ภายในบังคับของวรรคแรก หากกฎหมายไม่ได้กำหนดโทษปรับ และความผิดนั้นมีโทษจำคุก 6 เดือน ไม่ใช่ข้อที่จะนำมาพิจารณา โดยศาลจะลงโทษปรับสถานเดียว ถ้ากฎหมายมีการกำหนดโทษจำคุกขั้นต่ำ โทษปรับต้องได้สัดส่วนกับอัตราโทษจำคุกขั้นต่ำ

3.2.2.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น มาตรา 177 บัญญัติว่า การบังคับในทางเพศ (*Sexuelle Noetigung*) การข่มขืนกระทำชำเรา (*Vergewaltigung*)¹²

(1) บุคคลใดบังคับบุคคลอื่น 1. โดยใช้กำลังบังคับ 2. โดยการข่มขู่จะทำให้เกิดอันตรายโดยพลันแก่ร่างกาย หรือชีวิต หรือ 3. โดยอาศัยโอกาสที่เหยื่อมาอยู่ในอำนาจของผู้กระทำความผิด หรือของบุคคลที่สาม หรือให้มีการกระทำในทางเพศกับผู้กระทำความผิด หรือบุคคลที่สาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 1 ปี

(2) ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 2 ปี หากมีเหตุฉกรรจ์ โดยหลักการแล้วเหตุฉกรรจ์ถือว่ามีอยู่ในกรณีที่ 1. ผู้กระทำความผิดได้ข่มขืนกระทำชำเราเหยื่อ หรือมีการกระทำในทางเพศกับเหยื่อในลักษณะทำนองเดียวกับการกระทำชำเรา หรือยอมให้เหยื่อกระทำในทางเพศกับตนในลักษณะทำนองเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งการกระทำในทางเพศที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน

¹² สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์. (2558). วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาด้วยหลักกฎหมายเยอรมัน (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัดเจริญรัฐการพิมพ์. หน้า 94-95.

กับการข่มขืนกระทำชำเราจะทำให้คุณค่าของเหยื่อลดลงเป็นกรณีพิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อการกระทำดังกล่าวมีส่วนเกี่ยวข้องกับที่มีการรुक้าเข้าไปในร่างกาย (การข่มขืนกระทำชำเรา) 2. ได้มีการร่วมกระทำ ความผิดระหว่างบุคคลหลายคน 3. ฯลฯ

ตามกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ความผิดฐานกระทำมิชอบในทางเพศแก่ผู้ที่อยู่ในความดูแล โดยจากการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี พบว่ามีการวางหลักแห่งการเพิ่มโทษในการกระทำความผิดกล่าวไว้ต่อไปนี้

1) การข่มขืนกระทำชำเราในเครือญาติ บัญญัติไว้ในมาตรา 173¹³ (1) ผู้ใดก็ตามที่กระทำการร่วมประเวณีกับผู้สืบสันดานร่วมสายโลหิตเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับ (2) ผู้ใดก็ตามที่กระทำการร่วมประเวณีกับญาติร่วมสายโลหิตเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปีหรือปรับ และยังใช้บังคับกับความสัมพันธ์เป็นญาติได้สิ้นสุดลงไปด้วย พี่น้องร่วมสายโลหิตเดียวกันที่กระทำการร่วมประเวณีกันเอง ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน (3) ผู้สืบสันดานและพี่น้องไม่ต้องรับผิดตามมาตราี้หากว่าอายุยังไม่ถึง 18 ปีในขณะที่กระทำ

3) การข่มขืนกระทำชำเรากับผู้ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครอง บัญญัติไว้ในมาตรา 174¹⁴ (1) ผู้ใดก็ตามที่มีกิจกรรมทางเพศ (1) กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปีที่ไว้วางใจตนจากการเลี้ยงดู ให้การศึกษา และดูแล (2) กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีที่ไว้วางใจตนจากการเลี้ยงดู ให้การศึกษา และดูแล หรือผู้ที่เป็นลูกน้องในกรณีการจ้างงานหรือความสัมพันธ์ทางการงาน โดยการให้การพึ่งพาที่มาจากจากการเลี้ยงดู ให้การศึกษา และดูแล การจ้างงานหรือความสัมพันธ์ทางการงานไปในทางที่มิชอบ หรือ (3) กับบุตรสืบสายโลหิตหรือรับเป็นบุตรบุญธรรมที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือยอมให้บุคคลดังกล่าวมีกิจกรรมทางเพศกับตนเอง ต้องระวางโทษจำคุก 3 เดือนถึง 5 ปี

(2) ภายใต้เงื่อนไขของอนุมาตราที่ (1) ข้อ 1 ถึง 3 ข้างต้น ผู้ใดก็ตาม 1. มีกิจกรรมทางเพศโดยมีบุคคลนั้นอยู่ด้วย หรือ 2. ชักจูงให้บุคคลนั้นมีกิจกรรมทางเพศโดยมีตนอยู่ด้วย เพื่อที่จะสนองความใคร่ทางเพศเพื่อตนเองหรือบุคคลนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับ

(3) การพยายามกระทำต้องได้รับโทษ

(4) ในกรณีภายใต้อนุมาตรา (1) ข้อย่อยที่ 1 ข้างต้น หรืออนุมาตรา (2) ข้างต้นเกิดขึ้นร่วมกับอนุมาตรา (1) ข้อย่อยที่ 1 ศาลอาจมีคำสั่งให้นำตัวเด็กออกมาภายใต้มาตรานี้ โดยพิจารณาถึงการกระทำของบุคคลนั้นซึ่งเป็นอันตรายจากการกระทำผิดมีลักษณะเพียงเล็กน้อย

¹³ German Criminal Code. (2013). (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://www. file:///C:/Users/BEE/Downloads/Germany_CC_am2013_en%20\(10\).pdf](http://www.file:///C:/Users/BEE/Downloads/Germany_CC_am2013_en%20(10).pdf) [2560, 15 มิถุนายน]

¹⁴ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12. หน้า 104.

3) การล่วงละเมิดทางเพศของนักโทษ คนไข้ และบุคคลที่อยู่ในความดูแลของสถาบัน ตามบทบัญญัติมาตรา 174 a (1) ผู้ใดก็ตามที่มีกิจกรรมทางเพศกับนักโทษหรือบุคคลที่ถูกคุมขังโดย คำสั่งของหน่วยงานภาครัฐซึ่งไว้วางใจตนจากการเลี้ยงดู การให้การศึกษา การควบคุมดูแล หรือการ ดูแล โดยใช้ตำแหน่งของตน ไปในทางที่มีชอบ หรือยอมให้บุคคลนั้นมีกิจกรรมทางเพศกับตนเอง ต้องระวางโทษจำคุก 3 เดือนถึง 5 ปี (2) ผู้ใดก็ตามล่วงละเมิดบุคคลที่ตนรับเข้ามาอยู่ในสถาบัน สำหรับบุคคลที่เจ็บป่วยหรือต้องการความช่วยเหลือและไว้วางใจตนจากการควบคุมดูแลหรือการ ดูแล โดยมีกิจกรรมทางเพศกับบุคคลนั้น โดยแสวงประโยชน์จากความเจ็บป่วยหรือการต้องการ ความช่วยเหลือของบุคคลนั้น หรือยอมให้บุคคลนั้นมีกิจกรรมทางเพศกับตนเอง ต้องระวางโทษ เช่นเดียวกัน (3) การพยายามกระทำต้องได้รับโทษ

4) โดยการใช้ประโยชน์จากตำแหน่งหน้าที่การงานกระทำคามผิดทางเพศ บัญญัติไว้ใน มาตรา 174 b (1) ผู้ใดก็ตามที่มีตำแหน่งที่ราชการเข้าร่วมในกระบวนการยุติธรรม หรือ กระบวนการที่มุ่งหมายใช้มาตรการดูแลเพื่อบำบัดฟื้นฟู และให้หมดความสามารถหรือคุมขังซึ่ง กำหนดขึ้น โดยหน่วยงานภาครัฐ โดยใช้ภาวะการพึ่งพาจากกระบวนการไปในทางที่มีชอบ มี กิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจในกระบวนการ หรือยอมให้บุคคลนั้นมีกิจกรรมทาง เพศกับตนเอง ต้องระวางโทษจำคุก 3 เดือนถึง 5 ปี (2) การพยายามกระทำต้องได้รับโทษ

5) โดยการใช้ประโยชน์จากการได้รับความไว้วางใจในการให้คำปรึกษา การรักษา หรือการดูแลอื่นใดแก่ผู้ป่วยหรือคนพิการ รวมไปถึงผู้ป่วยโรคจิต บัญญัติไว้ในมาตรา 174 c¹⁵ (1) ผู้ใดก็ตามที่มีกิจกรรมทางเพศกับบุคคลซึ่งไว้วางใจตนจากการให้คำปรึกษา การรักษาหรือดูแล เพราะความเจ็บป่วยหรือความพิการทางจิตใจซึ่งรวมถึงการติดยาเสพติด หรือเพราะว่าความเจ็บป่วย หรือความพิการทางร่างกาย โดยใช้การให้คำปรึกษา การรักษาหรือดูแล ความสัมพันธ์ไปในทางที่มี ชอบ หรือยอมให้บุคคลนั้นมีกิจกรรมทางเพศกับตนเอง ต้องระวางโทษจำคุก 3 เดือนถึง 5 ปี (2) ผู้ใดก็ตามที่มีกิจกรรมทางเพศกับบุคคลนั้นกับบุคคลที่ไว้วางใจตนจากการรักษาที่เป็นการบำบัดทาง จิต โดยใช้ความสัมพันธ์ในการรักษาดังกล่าวไปในทางที่มีชอบ หรือยอมให้บุคคลนั้นมีกิจกรรม ทางเพศกับตนเอง ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน (3) การพยายามกระทำต้องได้รับโทษ

6) การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี หรือผู้ได้อนุญาตให้ เด็กกระทำเช่นเดียวกันกับบุคคลนั้น หรือเป็นการกระทำโดยการชักชวนเด็กให้กระทำความผิด เกี่ยวกับเพศต่อบุคคลอื่นหรืออนุญาตให้ผู้อื่นกระทำเช่นเดียวกันนั้นต่อเด็กเป็นผู้กระทำความผิด บัญญัติไว้ในมาตรา 176¹⁶ (1) ผู้ใดก็ตามที่มีกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี (เด็ก) หรือ

¹⁵ German Criminal Code. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13.

¹⁶ German Criminal Code. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13.

ยอมให้เด็กมีกิจกรรมทางเพศกับตนเอง ต้องระวางโทษจำคุก 6 เดือนถึง 10 ปี (2) ผู้ใดก็ตามชักจูงเด็กให้ทำกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่สามหรือยอมให้บุคคลที่สามมีกิจกรรมทางเพศกับเด็ก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน(3) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่รุนแรง ต้องระวางโทษไม่น้อยกว่า 1 ปี (4) ผู้ใดก็ตาม

1. มีกิจกรรมทางเพศโดยมีเด็กอยู่ด้วย
 2. ชักจูงให้เด็กมีกิจกรรมทางเพศ หากว่าการกระทำนั้นไม่อาจลงโทษได้ตามอนุมาตรา (1) หรือ อนุมาตรา (2) ข้างต้น
 3. ให้สิ่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรแก่เด็ก (มาตรา 11(3)) เพื่อชักจูงให้เด็กมีกิจกรรมทางเพศกับ หรือโดยมีผู้กระทำความผิดหรือบุคคลที่สามอยู่ด้วย หรือยอมให้ผู้กระทำความผิดหรือบุคคลที่สามมีกิจกรรมทางเพศกับเด็ก หรือ
 4. ให้สิ่งที่แสดงให้เห็นหรือรูปภาพลามกอนาจาร สิ่งบันทึกเสียง สื่อที่มีเนื้อหาลามกอนาจาร หรือถ้อยคำที่ลามกอนาจาร ต้องระวางโทษจำคุก 3 เดือนถึง 5 ปี
 5. ผู้ใดก็ตามจัดหา หรือสัญญาว่าจะจัดหาเด็กเพื่อกระทำความผิดภายใต้อนุมาตราที่ (1) ถึง (4) ข้างต้น หรือผู้ที่ตกลงกับบุคคลอีกคนหนึ่งว่ากระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุก 3 เดือนถึง 5 ปี
 6. การพยายามกระทำความผิดต้องได้รับโทษ อนุมาตรานี้ไม่ใช่บังคับกับความผิดภายใต้อนุมาตรา (4) ข้อ 3 และ 4 รวมถึงอนุมาตรา (5) ข้างต้น
- มาตรา 180 บัญญัติว่า¹⁷ ทำให้ผู้เยาว์ทำกิจกรรมทางเพศ
- 1) ผู้ใดก็ตามขยงให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปีกระทำความกิจกรรมทางเพศกับ หรือโดยมีบุคคลภายนอกอยู่ หรือผู้ใดก็ตามขยงให้เกิดการกระทำทางเพศของบุคคลภายนอกต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี
 - (1) โดยเป็นคนกลาง หรือ
 - (2) โดยสร้างโอกาส

ต้องรับผิดโดยระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับ บทบัญญัติในวรรคแรกข้อต้นไม่ใช่บังคับกับกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่รับผิดชอบดูแลผู้เยาว์ หากว่าไม่ได้ประพฤติดังร้ายแรงในหน้าที่อย่างร้ายแรงในหน้าที่ให้การศึกษาของตนที่รับผิดชอบดูแลผู้เยาว์
 - 2) ผู้ใดก็ตามชักจูงให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีกระทำความกิจกรรมทางเพศกับหรือโดยมีบุคคลภายนอกอยู่ หรือทนทุกขจากการกระทำทางเพศของบุคคลภายนอกโดยได้รับรางวัลที่เป็น

¹⁷ German Criminal Code. อังแล้ว เจริญธรรมที่ 13.

เงิน หรือผู้ใดก็ตามขยงให้เกิดการกระทำดังกล่าวโดยเป็นคนกลาง ต้องรับผิดชอบโดยระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับ

3) ผู้ใดก็ตามชักจูงให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีซึ่งไว้วางใจตนจากการเลี้ยงดู ให้การศึกษา หรือดูแล หรือผู้ที่เป็นบริวารของตนจากการจ้างงานหรือความสัมพันธ์ทางการงาน โดยใช้ภาวะการพึ่งพาจากการเลี้ยงดู ให้การศึกษา หรือดูแล หรือผู้ที่เป็นบริวารของตนจากการจ้างงานหรือความสัมพันธ์ทางการงานไปในทางที่มีชอบให้กระทำกิจกรรมทางเพศกับ หรือมีบุคคลภายนอกอยู่ หรือทนทุกข์จากการกระทำทางเพศของบุคคลภายนอก ต้องรับผิดชอบโดยระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับ

4) ในกรณีตามอนุมาตรา (2) และ (3) ข้างต้น แม้พยายามก็ต้องได้รับโทษ¹⁸

ตามกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีความผิดฐานกระทำมิชอบทางเพศแก่ผู้ที่อยู่ในความดูแล ตามมาตรา 174 กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองพัฒนาการทางเพศของเด็กไม่ให้ถูกรบกวนจากตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นผู้ที่ยังต้องพึ่งพาอาศัย เพื่อเป็นให้กฎหมายในมาตราดังกล่าวเป็นภารกิจในการคุ้มครองความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวให้เป็นไปด้วยดี ซึ่งความสัมพันธ์ในลักษณะของการอยู่ในฐานะที่มีอิทธิพลเหนือกว่า หรือลักษณะของการให้ความดูแลระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ จึงควรที่จะไกลห่างจากอิทธิพลใดๆ ที่จะก่อให้เกิดการกระทำ ความผิดเกี่ยวเพศ จากหลักการดังกล่าวไม่ว่าเด็กจะให้ความยินยอม หรือเป็นผู้ที่เริ่มกระทำก่อนก็ตาม ไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญ

โดยมีการแบ่งกลุ่มของเด็กที่จะได้รับการคุ้มครอง ตามมาตรา 174 ออกเป็นสามกลุ่ม กลุ่มแรก คือ เด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 16 ปี ที่อยู่ในความดูแลของผู้กระทำความผิด เพื่อที่จะให้การศึกษาอบรมสั่งสอนในการดำเนินชีวิต กลุ่มที่สอง คือ เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี หากว่าเด็กอยู่ในความดูแลของผู้กระทำความผิดเช่นเดียวกับกลุ่มแรก หรือเป็นเด็กที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของผู้กระทำความผิดจากความสัมพันธ์ที่เกิดจากหน้าที่การงาน และผู้กระทำความผิดอาศัยโอกาสจากการที่เด็กต้องพึ่งพาอาศัยตนเองไปกระทำการอันมิชอบทางเพศแก่เด็ก กลุ่มที่สาม คือ เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งเป็นบุตร หรือบุตรบุญธรรมของผู้กระทำความผิด

ส่วนอำนาจปกครองของผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องอยู่ในฐานะที่มีอิทธิพลเหนือเด็กตามความเป็นจริง อย่างไรก็ตามต้องมีการพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป กล่าวคือต้องมีการพิจารณาตามข้อเท็จจริงว่าเด็กเข้าไปอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่า และต้องอยู่ในลักษณะที่ต้องพึ่งพาอาศัยจากการดูแลของผู้กระทำความผิด ในกรณีความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องมีความสัมพันธ์ใน

¹⁸ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12. หน้า 104-105.

ลักษณะที่มีอิทธิพลเหนือกว่าเด็กเป็นระยะเวลาที่นานพอสมควร ไม่ใช่เพียงแต่ในระยะเวลาสั้นๆ เท่านั้น

กล่าวโดยสรุปคือ กฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีการบัญญัติ ความผิดฐานกระทำมิชอบในทางเพศแก่ผู้ที่อยู่ในความดูแล โดยมีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษกรณี ข่มขืนกระทำชำเราในเครือญาติซึ่งมีสายสัมพันธ์ในเครือญาติ หากเป็นการกระทำชำเรา กับ ผู้สืบสันดานร่วมสายโลหิต รวมถึงกรณีการกระทำชำเราระหว่างพี่ชายหรือน้องชาย และพี่สาวหรือน้องสาว แต่มีข้อยกเว้นหากการกระทำชำเราระหว่างพี่น้องผู้กระทำอายุต่ำกว่า 18 ปีไม่ต้องรับโทษ ตามบทบัญญัติมาตรา 173 ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 นั้นไม่ได้มีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษถึงกรณีหากเป็นการกระทำชำเราระหว่าง พี่ชาย น้องชาย พี่สาว น้องสาว นอกจากนี้ กฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังได้มีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษ การข่มขืนกระทำชำเรา กับผู้ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครอง ไม่ว่าจะมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือไม่มีสายสัมพันธ์ทางสายโลหิต และผู้ใช้อำนาจปกครองยังรวมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงด้วย ซึ่งต่างกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 บัญญัติเหตุเพิ่มโทษเฉพาะกรณีผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้น

3.2.3 การกำหนดเหตุเพิ่มโทษความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีผู้ใช้อำนาจปกครองของมลรัฐ อิลลินอยส์ สหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาประกอบไปด้วยมลรัฐต่างๆ 50 รัฐ รวมตัวเข้าเป็นประเทศเดียวกันเรียกว่า สหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตามบรรดามลรัฐทั้งปวงยังคงมีความเป็นอิสระในบางเรื่องโดยอำนาจของมลรัฐจะแตกต่างจากอำนาจของรัฐบาลกลาง ซึ่งมีอำนาจส่วนใหญ่เกี่ยวกับกรณีระหว่างมลรัฐต่อมลรัฐ และกรณีระหว่างสหรัฐอเมริกากับประเทศอื่นๆ ดังนั้นเรื่องใดที่เกี่ยวกับเหตุการณ์ภายในมลรัฐของมลรัฐ โดยเฉพาะและไม่เกี่ยวกับมลรัฐอื่น มลรัฐนั้นย่อมมีอำนาจเด็ดขาดและสูงสุด เพราะแต่ละมลรัฐมีรัฐบาลเป็นของตนเอง โดยมีผู้ว่าการมลรัฐเป็นหัวหน้ารัฐบาล มีหน่วยงานราชการต่างๆ เป็น ผู้รับผิดชอบการบริหารกิจการต่างๆภายในมลรัฐ แต่ละมลรัฐในเมืองหลวงและมีรัฐสภาเป็นของตนเอง อาจจะมีการบัญญัติกฎหมายของแต่ละมลรัฐเอง แต่การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวนี้จะต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงไม่ใช่เรื่องที่แปลกหากการกระทำความคิดในเรื่องเดียวกัน บางกรณีอาจจะ เป็นความคิดในมลรัฐหนึ่งและในอีกมลรัฐหนึ่งอาจจะไม่เป็นความคิดก็ได้

3.2.3.1 หลักการในการกำหนดความผิดและกำหนดโทษทางอาญา

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งออกเป็นสองส่วน โดยแต่ละส่วนจะมีกลไกอิสระอยู่ในตัวเอง ซึ่งส่วนแรก ได้แก่ การพิจารณาวินิจฉัย และส่วนที่สอง คือ การกำหนดโทษ¹⁹

1) การพิจารณาวินิจฉัยความผิด

เป็นการนำพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิด โดยจะพิสูจน์จากการกระทำและเจตนาชั่วร้ายของจำเลยว่ามีเพียงพอตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ โดยปกติผู้พิพากษาจะทำหน้าที่วินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาของจำเลยในความผิดที่ไม่ร้ายแรง แต่สำหรับคดีร้ายแรงหน้าที่ดังกล่าวมักเป็นบทบาทของระบบลูกขุน

2) การพิจารณากำหนดโทษ

การที่สหรัฐอเมริกา มีระบบการปกครองแบบสหพันธรัฐ ทำให้รัฐแต่ละรัฐมีอำนาจบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้บังคับภายในรัฐของตัวเองได้โดยอิสระ ตราบเท่าที่กฎหมายดังกล่าวไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นเหตุให้กฎหมายขาดความเป็นเอกภาพทั้งยังส่งให้กระบวนการกำหนดโทษจำเลยคดีอาญาของรัฐแต่ละรัฐแตกต่างกันด้วย กล่าวคือการกำหนดโทษจำเลยมิได้อยู่ในอำนาจของบุคคลหนึ่งบุคคลใด โดยเฉพาะ แต่การกำหนดโทษจำเลยจะดำเนินการอย่างเป็นกระบวนการ โดยการเปิดโอกาสให้บุคคลหลายฝ่ายเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดโทษของจำเลย ไม่ว่าจะเป็นอัยการ ทนายความ ผู้เสียหายหรือการยอมให้บุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับการกำหนดโทษจำเลยโดยทางอ้อม เช่น การที่คณะลูกขุนใหญ่ใช้อำนาจที่จะไม่ดำเนินคดีกับบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือตามที่ตำรวจไม่ดำเนินคดีกับผู้ซึ่งกระทำความผิดไม่ร้ายแรง เช่น ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการจับฉ้ายานพาหนะ เป็นต้น

หากพิจารณาเฉพาะองค์ประกอบหลักอาจกล่าวได้ว่า กระบวนการกำหนดโทษจำเลยในคดีอาญาของสหรัฐอเมริกาประกอบด้วย ผู้บัญญัติกฎหมาย ศาล และคณะกรรมการพักการลงโทษ โดยผู้บัญญัติกฎหมายเป็นตัวกำหนดโทษไว้สำหรับความผิดหนึ่งๆ ส่วน ศาลคือผู้ทำหน้าที่กำหนดอัตราโทษที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดภายในขอบเขตของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ สำหรับคณะกรรมการพักการลงโทษเป็นผู้พิจารณาว่าผู้กระทำความผิดซึ่งต้องคำพิพากษาลงโทษนั้นจะได้กลับสู่สังคมเมื่อใด กลไกต่างๆ เหล่านี้ต่างมีขึ้นต้นความสัมพันธ์กันอย่างต่อเนื่องเป็นลำดับ²⁰

¹⁹ ธีรพล วัฒนศักดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4. หน้า 80.

²⁰ ธีรพล วัฒนศักดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4. หน้า 81-82.

1) ในส่วนของศาลหรือผู้พิพากษาเกี่ยวกับการกำหนดโทษนั้นเกิดขึ้นหลังจากศาลตัดสินว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดแล้ว โดยศาลจะต้องดำเนินการกำหนดโทษจำเลยภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือตามที่ศาลกำหนดหรือภายในระยะเวลาอันสมควร โดยทั่วไปหากความผิดนั้นเป็นความผิดไม่ร้ายแรงหรือเป็นความผิดเล็กน้อย การกำหนดโทษจะทำไปพร้อมกับการพิพากษาคดี แต่สำหรับความผิดร้ายแรงหรือเพื่อความเหมาะสมบางประการ เช่น กรณีศาลมีคำสั่งให้พนักงาน สืบเสาะหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลย หรือกรณีคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสงค์ที่จะเสนอข้อเท็จจริงบางประการเพิ่มเติม ในกรณีดังกล่าวมานี้การกำหนดโทษจะทำได้ต่อเมื่อมีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด

2) การรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยโดยการ ใช้รายงานก่อนพิพากษา รายงานดังกล่าวได้แก่

รายงานสืบเสาะข้อเท็จจริงประกอบด้วยข้อเท็จจริง กล่าวคือ สภาพพฤติกรรมแห่งคดี ประวัติการกระทำความผิด สุขภาพทางกาย ภาวะแห่งจิต ประวัติครอบครัว ภูมิหลังสถานภาพทางการเงิน ประวัติทางการศึกษา นิสัยและความประพฤติ ประวัติการทำงาน บังคับอื่นซึ่งอาจมีผลกระทบต่อพฤติกรรมของจำเลย และสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการกำหนดอัตราโทษ หรือการปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟูตัวจำเลยได้ ข้อเท็จจริงที่ศาลต้องการ และความเห็นของพนักงานคุมประพฤติที่มีต่อจำเลย

รายงานการตรวจทางจิตหากปรากฏว่าจำเลยป่วยที่มีอาการทางจิต ศาลมีอำนาจสั่งให้นักจิตวิทยาเป็นผู้รวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยเพิ่มเติมในรูปของรายงานอื่นๆ ได้ เพื่อให้ศาลจะได้มีข้อมูลเพียงพอต่อการกำหนดอัตราโทษหรือการกำหนดวิธีปฏิบัติต่อจำเลย ในทางปฏิบัติหากปรากฏว่าจำเลยป่วยเป็นโรคจิต ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกาให้อำนาจศาลมีคำสั่งให้นักจิตวิทยาและนักจิตวิเคราะห์ทำรายงานการตรวจกายจิตเสนอต่อศาล เพื่อประโยชน์ในการกำหนดเงื่อนไขพิเศษแก่จำเลยได้

รายงานของเรือนจำ ก่อนการพิพากษาศาลอาจสั่งให้กรมราชทัณฑ์หรือบุคคลอื่นใดเป็นผู้ทำรายงานเพื่อข้อมูลบางอย่างเพิ่มเติม เพื่อนำมาใช้ในการกำหนดอัตราโทษจำเลย โดยไม่คำนึงว่าจำเลยจะถูกตัดสินว่ากระทำความผิดร้ายแรงหรือไม่ก็ตาม โดยปกติข้อมูลที่ศาลต้องการจะระบุไว้ในคำสั่งของศาลอย่างชัดเจน โดยข้อมูลเหล่านั้นจะไม่มีรายงานสืบเสาะข้อเท็จจริงและรายงานการตรวจทางจิต

3) การกำหนดอัตราโทษ กระบวนการพิจารณาขึ้นกำหนดโทษถือเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาคดีเนื่องจากต้องมีการนำพยานหลักฐานมาสืบ จึงจะอยู่ในบังคับของหลักการอำนวยความสะดวกตามกฎหมาย โดยปกติการพิจารณากำหนดอัตราโทษจะกระทำ ภายหลังจากศาลตัดสินว่า

จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดประมาณสองถึงสามสัปดาห์ เพื่อให้ทุกฝ่ายเตรียมพร้อมการหาข้อมูล เพื่อนำมาใช้ในการกำหนดโทษ เมื่อศาลตัดสินว่าจะลงโทษจำเลยสถานใด หรือใช้มาตรการใดก็ตาม จะต้องมีการอ่านคำพิพากษาให้จำเลยทราบด้วย

รัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกาได้ออกแนวทางการกำหนดโทษในคดีอาญาเพื่อใช้เป็นมาตรการลงโทษผู้กระทำความผิด โดยมีการคำนึงถึงปัจจัยสำคัญสองมิติคือ ระดับความรุนแรงของการกระทำความผิดกับภูมิหลัง หรือประวัติอาชญากรรมของผู้กระทำความผิดประกอบกัน อีกนัยหนึ่งถ้ากระทำความผิดร้ายแรงมากและมีประวัติความผิดซ้ำมาก อัตราโทษก็ยิ่งสูงขึ้นเช่นกัน แต่ถ้าเป็นความผิดที่ร้ายแรงน้อยและมีประวัติกระทำความผิดน้อย โทษก็ยิ่งต่ำ นับเป็นการนำเอาปัจจัยด้านภูมิหลังของผู้กระทำผิดเข้ามาเป็นองค์ประกอบในการพิจารณากำหนดอัตราโทษอย่างชัดเจน โดยหลักดังกล่าวเรียกว่า หลัก Just Desert เป็นพื้นฐานของการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาทั้งหมด ซึ่งเน้นในเรื่องความได้สัดส่วนของการกำหนดโทษในแต่ละฐานความผิด

โทษและแนวทางการกำหนดอัตราโทษของสหรัฐอเมริกาโดยมีการยึดหลักการ 4 ประการที่สำคัญดังต่อไปนี้²¹

1) หลักความมีเหตุมีผล หมายความว่า การกำหนดโทษของผู้พิพากษาจะต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ โดยการกำหนดโทษดังกล่าวจะต้องมีเหตุผลอย่างเพียงพอและสามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจได้

2) ความสอดคล้อง หมายถึงในคดีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน แนวทางในการกำหนดโทษของผู้พิพากษาจะต้องมั่นคงไม่เปลี่ยนแปลงไปมา

3) หลักความได้สัดส่วน หมายถึง ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดอัตราโทษจะต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมและความพอเหมาะพอควร

4) หลักความไม่มีอคติ หมายถึง การใช้ดุลพินิจในการกำหนดอัตราโทษจะต้องไม่เกินไปตามอำเภอใจของผู้มีหน้าที่ในการกำหนดอัตราโทษ

ส่วนเหตุผลของการกำหนดอัตราโทษโดยใช้ตารางสหรัฐอเมริกา มีที่มาจากจำนวนประชากรและจำนวนมลรัฐในสหรัฐอเมริกาซึ่งมีจำนวนมาก ความได้สัดส่วนระหว่างจำนวนผู้พิพากษากับประชากรต่างกันพอสมควร จึงได้มีการศึกษาหลักการมาวิเคราะห์ผสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นโดยใช้ระยะเวลายาวนานจนกระทั่งสามารถคำนวณออกมาเป็นการใช้ตารางในการกำหนดอัตราโทษ ซึ่งต่างจากประเทศในภาคพื้นยุโรป หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) โดยระบบของประเทศเหล่านั้นเป็นระบบการพิจารณาความ ซึ่งจะประกอบไปด้วยคณะผู้พิพากษาและคณะลูกขุนทำให้การพิจารณาคดีมีความละเอียดอ่อน เนื่องจากประชากรประเทศ

²¹ ธีรพล วัฒนศักดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4. หน้า 82-83.

เหล่านั้นมีจำนวนไม่มากนัก ดังนั้นความได้สัดส่วนระหว่างผู้พิพากษาและประชากรว่ามีความเหมาะสม จึงทำให้ประเทศในยุโรปจึงไม่จำเป็นที่จะต้องมีการสร้างตารางการกำหนดอัตราโทษขึ้นมา

ตารางการกำหนดของคณะกรรมการกำหนดโทษตามคำพิพากษาสหรัฐอเมริกา แสดงการกำหนดโทษจำคุกเป็นเดือน โดยตารางการกำหนดโทษนี้มีที่มาจากพระราชบัญญัติการควบคุมอาชญากรรมแบบเบ็ดเสร็จ ต่อมาคณะกรรมการจัดทำแนวทางการกำหนดโทษได้เสนอกฎหมายฉบับใหม่เรียกว่า พระราชบัญญัติการปฏิรูปการกำหนดโทษ ปี 1984 โดยหลักการกำหนดโทษ 3 ประการคือ²²

- 1) การกำหนดโทษต้องตรงกับความเป็นจริง
- 2) การกำหนดโทษต้องมีความเสมอภาค และปราศจากความลำเอียง
- 3) การกำหนดโทษต้องได้สัดส่วนกับความผิด โดยระดับการลงโทษจะต้องมีความเหมาะสม

เหมาะสม

โดยตารางกำหนดอัตราโทษดังกล่าวมีการแบ่งเป็นแนวดิ่งและแนวนอน โดยแนวดิ่งหมายถึงระดับความผิด ซึ่งศาลจะใช้กำหนดตามกฎหมาย หมายความว่าฐานความผิดในกฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกาได้แบ่งระดับความร้ายแรงของความผิดแต่ละฐานเอาไว้ และแนวนอนได้แก่ ประวัติอาชญากรรมของผู้กระทำความผิด ศาลจะกำหนดให้เป็นตามความเหมาะสม อย่างไรก็ตามตารางนี้มีความสลับซับซ้อน และมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการกำหนดอัตราโทษ โดยทั่วไปผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องเลือกความผิดตามตาราง ถ้าตรงกับบทบัญญัติของกฎหมายตามลักษณะของความผิด โดยเฉพาะเมื่อมีการเลือกระดับความผิดได้แล้วจึงพิจารณาประวัติอาชญากรรม และหลังจากนั้นจึงกำหนดอัตราโทษตามตารางประวัติ ดังนั้นการกระทำความผิดจะแบ่งออกเป็น 6 ระดับ ได้แก่²³

ระดับที่ 1 มี 0 หรือ 1 โดย 0 หมายความว่าถึง ไม่เคยกระทำความผิดมาก่อน และ 1 หมายถึง กระทำความผิดมาแล้วหนึ่งครั้ง

ระดับ 2 มี 2 หรือ 3 หมายถึง เคยกระทำความผิดมาแล้วสองหรือสามครั้ง

ระดับที่ 3, 4, 5, 6 หมายถึง เคยทำผิดมาแล้วสี่ครั้ง ห้าครั้งหรือหกครั้ง เป็นต้น

3.2.3.2 ความรับผิดชอบทางอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นหรือกระทำชำเราต่อเด็ก

สหรัฐอเมริกาได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายตัวอย่าง คือ Model Penal Code โดยได้จัดทำขึ้นมาเป็นต้นแบบของกฎหมายอาญาในแต่ละมลรัฐ โดยได้นำไปใช้เป็นแนวทางในการ

²² ธีรพล วัฒนศักดิ์. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 4. หน้า 83-84.

²³ ธีรพล วัฒนศักดิ์. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 4. หน้า 84.

บัญญัติเป็นกฎหมายภายในมลรัฐโดยมาตรา 213.1²⁴ ของ Model Penal Code บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า ชายใดได้กระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนจะถูกกล่าวหาว่ากระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ถ้าชายบังคับหญิงโดยใช้กำลังหรือโดยการข่มขู่ว่าจะทำอันตรายให้ถึงแก่ชีวิต หรือควบคุมหญิงโดยการใช้จ่ายทำให้ได้รับอันตรายสาหัส ทำให้เจ็บปวดอย่างรุนแรง ลักพาหญิง หรือทำให้บุคคลใดๆ ได้รับการทรมานหรือทำให้อยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือโดยการควบคุมหญิงนั้นไว้ด้วยการวางยา หรือโดยการใช้จ่ายโดยที่หญิงไม่รู้อะไร การใช้จ่าย หรือ โดยการดื่มสุราของมีนเมา หรือ โดยใช้วิธีการอื่นใด เพื่อให้หญิงไม่สามารถปกป้องตนเองได้ หรือทำให้หญิงหมดสติ หรือกระทำต่อหญิงอายุไม่เกิน 10 ปี นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเรายังหมายความรวมถึงการกระทำชำเราทั้งหมดหรือบางส่วน และรวมถึงการผ่านเข้าไปเพียงเล็กน้อยโดยไม่จำเป็นต้องหลั่งน้ำสุจิอีกด้วย

อย่างไรก็ตามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในสหรัฐอเมริกานั้นมิได้เป็นความผิดที่มี การบัญญัติไว้ในกฎหมายของรัฐบาลกลาง หากแต่เป็นความผิดตามกฎหมายของแต่ละรัฐ

กฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ สหรัฐอเมริกา

มาตรา 11-0.1

“สมาชิกครอบครัว” หมายถึง²⁵ พ่อแม่ ปู่ ย่า ตา ยาย ลูก ป้า ลุง ป้าของพ่อแม่ ลุงหรือ อาของพ่อแม่ ป้าหรือน้ำของพ่อแม่ ไม่ว่าจะสืบสายโลหิตทั้งหมด เพียงครั้งหนึ่ง หรือโดยรับเป็น บุตรบุญธรรม และรวมถึงปู่ ย่า ตา ยายเลี้ยง พ่อแม่เลี้ยง หรือ บุตรเลี้ยง “สมาชิกครอบครัว” ยัง หมายถึง ผู้ถูกกล่าวหาที่อยู่อาศัยในบ้านเรือนเดียวกับเด็กอย่างต่อเนื่องอย่างน้อย 6 เดือนในกรณีที่ ผู้เสียหายเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี

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

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

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

²⁴ จีรุตล วัฒนศักดิ์. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 4. หน้า 84.

²⁵ Criminal Offenses (720 ILCS 5/) Criminal Code of 2012. (2012). (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก:

<http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs4.asp?DocName=072000050HArt.+11&ActID=1876&ChapterID=53&SeqStart=14400000&SeqEnd=21000000> [2560, 15 มิถุนายน]

(b) การตรวจหรือกระบวนการทางการแพทย์ที่กระทำโดยแพทย์ พยาบาล หรือบุคลากรโรงพยาบาลหรือทางการแพทย์ พ่อแม่ หรือผู้ดูแล ด้วยความมุ่งหมายและในลักษณะที่สอดคล้องกับมาตรฐานทางการแพทย์ที่สมเหตุสมผลไม่เป็นความผิดตามมาตรา 11-1.20 11-1.30 11-1.40 11-1.50 หรือ 11-1.60 ของประมวลกฎหมายนี้

มลรัฐอิลลินอยส์ ได้บัญญัติเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศไว้ในประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ 2012 มาตรา 11-1.20 บัญญัติว่า²⁶ บุคคลกระทำความผิดทางอาญาร่วมขึ้นกระทำชำเรา เมื่อบุคคลนั้นกระทำความผิดทางเพศ

(a) ผู้ใดกระทำการประทุษร้ายทางเพศทางอาญา โดยการที่ผู้นั้นได้กระทำการสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ และ

- (1) ใช้กำลังหรือข่มขู่ว่าจะใช้กำลัง
- (2) รู้ว่าผู้เสียหายไม่สามารถเข้าใจลักษณะการกระทำหรือไม่สามารถให้ความยินยอมโดยต่างรู้ได้
- (3) เป็นสมาชิกในครอบครัวของผู้เสียหาย และผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือ
- (4) เป็นผู้ที่มีอายุ 17 ปีขึ้นไปและได้รับความไว้วางใจ มีอำนาจ หรือมีการกำกับดูแลต่อผู้เสียหาย และผู้เสียหายมีอายุ 13 ปีถึง 18 ปี

(b) บทกำหนดโทษ

- (1) การประทุษร้ายทางเพศทางอาญา เป็นความผิดชั้นร้ายแรงลำดับชั้นที่ 1 เว้นแต่
 - (A) ผู้ใดที่ถูกตัดสินว่ากระทำผิดในความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญาดังที่บัญญัติไว้ในย่อหน้า (a) (1) หรือ (a) (2) หลังจากก่อนหน้านี้เคยถูกตัดสินว่ากระทำผิดในความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญา หรือความผิดฐานแสวงหาประโยชน์จากเด็ก หรือเป็นผู้ที่ถูกตัดสินว่ากระทำผิดในความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญาดังที่บัญญัติไว้ในย่อหน้า (a) (1) หรือ (a) (2) หลังจากก่อนหน้านี้เคยถูกตัดสินว่ากระทำผิดในความผิดตามกฎหมายของมลรัฐนี้หรือมลรัฐอื่นใดในความผิดที่เท่าเทียมกันอย่างมากกับความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญา หรือความผิดฐานแสวงหาประโยชน์จากเด็ก เป็นการกระทำผิดชั้นร้ายแรงในลำดับ X ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 30 ปี แต่ไม่เกิน 60 ปี เว้นแต่ผู้นั้นมีอายุต่ำกว่า 18 ปีในขณะที่กระทำความผิด ผู้นั้นจะต้องได้รับโทษตามมาตรา 5-4. 5-105 ของประมวลกฎหมายราชทัณฑ์ การกระทำผิดซ้ำเป็นครั้งที่ 2 หรือมากกว่านั้นต้องระวางโทษหลังจากได้ใช้บทกำหนดโทษขั้นต่ำตามที่บัญญัติไว้ในย่อหน้า (A) นี้

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

(B) ผู้ใดที่อายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ในขณะที่กระทำความผิดและผู้ที่ถูกตัดสินว่ากระทำผิดในความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญาดังที่บัญญัติไว้ในย่อหน้า (a) (1) หรือ (a) (2) หลังจากก่อนหน้านี้เคยถูกตัดสินว่ากระทำผิดในความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญาโดยมีเหตุเพิ่มโทษ (aggravated criminal sexual assault) หรือความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญาโดยมีลักษณะล่าเหยื่อ (predatory criminal sexual assault) หรือเป็นผู้ที่ถูกตัดสินว่ากระทำผิดในความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญาดังที่บัญญัติไว้ในย่อหน้า (a) (1) หรือ (a) (2) หลังจากก่อนหน้านี้เคยถูกตัดสินว่ากระทำผิดในความผิดตามกฎหมายของมลรัฐนี้ หรือมลรัฐอื่นใดในความผิดที่เท่าเทียมกันอย่างมากกับความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญา โดยมิเหตุเพิ่มโทษ หรือความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศทางอาญาโดยมีลักษณะล่าเหยื่อ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต การกระทำผิดซ้ำเป็นครั้งที่ 2 หรือมากกว่านั้นต้องระวางโทษหลังจากได้ใช้บทกำหนดโทษขั้นต่ำตามที่บัญญัติไว้ในย่อหน้า (B) นี้ ผู้กระทำความผิดที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีในขณะที่กระทำความผิด ผู้นั้นจะต้องได้รับโทษตามมาตรา 5-4.5-105 ของประมวลกฎหมายราชทัณฑ์

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

สำหรับในส่วนของ การเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ ประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ มาตรา 11-1.60 บัญญัติว่า²⁷ บุคคลที่กระทำการในความผิดฐานข่มขืนดังต่อไปนี้ต้องได้รับโทษหนักขึ้นเมื่อ

(a) ผู้ใดกระทำล่วงละเมิดทางเพศทางอาญาโดยมีเหตุเพิ่มโทษ โดยการที่ผู้นั้นได้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศทางอาญา และด้วยพฤติการณ์ใดพฤติการณ์หนึ่งดังต่อไปนี้อันเป็นเหตุเพิ่มโทษ (i) ในระหว่างกระทำความผิด หรือ (ii) เพื่อความมุ่งหมายในย่อหน้าที่ (7) อันเป็นส่วนหนึ่งของพฤติกรรมของการกระทำผิด

(1) บุคคลที่แสดง ข่มขู่ว่าจะใช้ หรือใช้อาวุธอันตราย หรือวัตถุอื่นใดที่เห็นเป็นรูปร่าง หรือใช้ในลักษณะที่อยู่ภายใต้พฤติการณ์นั้นทำให้ผู้เสียหายเชื่อ โดยสมเหตุสมผลว่าวัตถุนั้นเป็นอาวุธอันตราย

(2) บุคคลที่ทำให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บ

(3) ผู้เสียหายอายุ 60 ปีขึ้นไป

(4) ผู้เสียหายเป็นคนที่พิการทางร่างกาย

²⁷ Criminal Offenses (720 ILCS 5) Criminal Code of 2012. อ้างแล้ว เจริงวรรคที่ 25. หน้า 5.

(5) บุคคลที่กระทำในลักษณะที่ข่มขู่หรือทำให้เป็นอันตรายต่อชีวิตของผู้เสียหาย หรือบุคคลอื่นใด

(6) บุคคลที่กระทำการล่วงละเมิดทางเพศทางอาญาในระหว่างที่กระทำ หรือพยายามกระทำความผิดขั้นร้ายแรงอื่นใด หรือ

(7) บุคคลที่นำพา (โดยการฉ้อ การทำให้สุดคม กินเข้าไป โอนความเป็นเจ้าของ หรือวิธีการอื่นใด) สารควบคุมใดๆ ไปสู่ผู้เสียหายด้วยความมุ่งหมายนอกเหนือจากทางการแพทย์โดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย หรือ โดยการข่มขู่ หรือการหลอกลวง

(b) ผู้ใดที่กระทำการล่วงละเมิดทางเพศทางอาญาโดยมีเหตุเพิ่มโทษ โดยผู้ผู้นั้นกระทำพฤติกรรมทางเพศต่อผู้เสียหายที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีและผู้ผู้นั้นเป็นสมาชิกครอบครัว

(c) ผู้ใดที่กระทำการล่วงละเมิดทางเพศทางอาญาโดยมีเหตุเพิ่มโทษ ในกรณีที่

(1) ผู้ผู้นั้นมีอายุ 17 ปีขึ้นไป และ (i) กระทำพฤติกรรมทางเพศต่อผู้เสียหายที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี หรือ (ii) กระทำพฤติกรรมทางเพศต่อผู้เสียหายที่มีอายุเกิน 13 ปีแต่ไม่เกิน 17 ปี และโดยใช้กำลังหรือข่มขู่ว่าจะใช้กำลังกระทำการนั้น หรือ

(2) ผู้ผู้นั้นมีอายุต่ำกว่า 17 ปีขึ้นไป และ (i) กระทำพฤติกรรมทางเพศต่อผู้เสียหายที่มีอายุต่ำกว่า 9 ปี หรือ (ii) กระทำพฤติกรรมทางเพศต่อผู้เสียหายที่มีอายุเกิน 9 ปีแต่ไม่เกิน 17 ปี และโดยใช้กำลังหรือข่มขู่ว่าจะใช้กำลังกระทำการนั้น หรือ

(d) ผู้ใดที่กระทำการล่วงละเมิดทางเพศทางอาญาโดยมีเหตุเพิ่มโทษ ในกรณีที่ผู้ผู้นั้นกระทำการสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ หรือกระทำพฤติกรรมทางเพศต่อผู้เสียหายที่มีอายุเกิน 13 ปีแต่ไม่เกิน 17 ปี และผู้ผู้นั้นมีอายุมากกว่าผู้เสียหายอย่างน้อย 5 ปี หรือ

(e) ผู้ใดที่กระทำการล่วงละเมิดทางเพศทางอาญาโดยมีเหตุเพิ่มโทษ ในกรณีที่ผู้ผู้นั้นกระทำพฤติกรรมทางเพศต่อผู้เสียหายที่พิการทางสติปัญญาที่ลึกซึ้งและรุนแรง

(f) ผู้ใดที่กระทำการล่วงละเมิดทางเพศทางอาญาโดยมีเหตุเพิ่มโทษ ในกรณีที่ผู้ผู้นั้นกระทำการสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ หรือกระทำพฤติกรรมทางเพศต่อผู้เสียหายที่มีอายุเกิน 13 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี และผู้ผู้นั้นมีอายุ 17 ปีขึ้นไป และได้รับความไว้วางใจ มีอำนาจ หรือมีการกำกับดูแลต่อผู้เสียหาย

(g) บทกำหนดโทษ กระทำการล่วงละเมิดทางเพศทางอาญาโดยมีเหตุเพิ่มโทษเป็นความผิดขั้นรุนแรงในลำดับขั้นที่ 2

กล่าวโดยสรุปคือ กฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์สหรัฐอเมริกา มีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษกฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา กรณีผู้กระทำเป็นสมาชิกในครอบครัวและผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ ซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่อ่อนแอ เปราะบาง และต้องอยู่ในความดูแลของผู้ดูแล

เป็นพิเศษ โดยผู้กระทำที่เป็นสมาชิกในครอบครัวนี้อาจหมายรวมถึงทั้งผู้ที่ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย หรือผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง โดยแตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ต้องเป็นกรณีผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้น

จากการศึกษาการกระทำความคิดเกี่ยวกับเพศเหตุเพิ่มโทษกรณีผู้ใช้อำนาจปกครองสรุปได้ว่า กฎหมายอาญาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการบัญญัติครอบคลุมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย และผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เนื่องจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสให้ความสำคัญต่อการกระทำความคิดเกี่ยวกับเพศของเด็ก ทั้งที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตและไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ส่วนกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองของผู้กระทำความคิด โดยมีกลุ่มเด็กที่ได้รับการคุ้มครองสามกลุ่ม กลุ่มแรก คือ เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ซึ่งอยู่ในความดูแลของผู้กระทำความคิด กลุ่มที่สอง คือ เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี หากว่าเด็กอยู่ในความดูแลของผู้กระทำความคิดเช่นกลุ่มแรก หรือเด็กซึ่งอยู่ภายใต้การบัญชาของผู้กระทำความคิดซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความคิดและผู้ถูกกระทำความคิดเกิดจากหน้าที่การงาน และผู้กระทำความคิดอาศัยโอกาสจากการที่เด็กต้องพึ่งพิงการกระทำความคิดแก่เด็ก กลุ่มที่สาม คือ เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งเป็นบุตร หรือบุตรบุญธรรมของผู้กระทำความคิด ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายบัญญัติคุ้มครองเด็กที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต และไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ส่วนกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ สหรัฐอเมริกา มีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษหากผู้กระทำความคิดและผู้ถูกกระทำความคิดมีสายสัมพันธ์กันเกี่ยวกับในลักษณะที่มีหน้าที่ดูแล หรือเป็นบุคคลที่ได้รับให้ความไว้วางใจ โดยผู้ถูกกระทำความคิดมีอายุตั้งแต่ 13 ปี บริบูรณ์ แต่ไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ หรือกรณีผู้กระทำเป็นสมาชิกในครอบครัวและผู้ถูกกระทำความคิดมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส กฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ สหรัฐอเมริกา มีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษการกระทำความคิดเกี่ยวกับเพศครอบคลุมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายและผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 มีการบัญญัติเฉพาะกรณีผู้กระทำความคิดซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น โดยไม่ได้มีการบัญญัติถึงกรณีผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง หรือตีความกฎหมายมาตราดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง หรือพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่าเด็กอยู่ในความปกครองของบุคคลใด เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัว เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพในการข่มขู่ยับยั้งปราบปรามไม่ให้บุคคลดังกล่าวอาศัยโอกาสกระทำความคิดแก่เด็กซึ่งอยู่ในความปกครอง

3.2.4 บทความกฎหมายต่างประเทศ

3.2.4.1 Mother Who Fails to Protect Their Children from Sexual Abuse: Addressing the Problem of Denial²⁸

Christine Adams กล่าวว่ามารดาที่ไม่อาจปกป้องคุ้มครองบุตรของตนจากการทารุณกรรมทางเพศได้ : เข้าถึงปัญหาของการปฏิเสธ การทารุณกรรมทางเพศเป็นรูปแบบการทารุณกรรมต่อเด็กซึ่งได้รับรายงานว่าเพิ่มขึ้นรวดเร็วที่สุด โดยส่วนใหญ่เป็นการร่วมประเวณีระหว่างผู้ใกล้ชิดทางพันธุกรรมอย่างมากซึ่งกระทำโดยบิดาและบิดาเลี้ยง ศาลและกฎหมายพยายามจะเข้าถึงปัญหาทางสังคมที่รุนแรงนี้โดยขยายความรับผิดชอบทางอาญาไปถึงผู้กระทำผิดที่เป็นคนในครอบครัวที่ไม่อาจแทรกแซงเพื่อหยุดการทารุณกรรมได้ บทความนี้บ่งบอกว่ากฎหมายกำหนดข้อปฏิบัติและควรปฏิบัติต่อมารดาที่ยอมให้คุ้มครองของตนทารุณกรรมทางเพศต่อบุตรของตน ใน 2 ประเด็นคำถามคำถามแรกคือ ภาครัฐควรกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาต่อมารดาที่ไม่แทรกแซงเพื่อหยุดการทารุณกรรมทางเพศต่อบุตรของตนหรือไม่ เพราะวามารดาอยู่ในภาวะที่จะปฏิเสธมิให้มีการทารุณกรรมทางเพศได้ คำถามที่สองคือ หากว่าภาครัฐไม่ควรกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา แล้วควรจัดการกับ “มารดาที่ปฏิเสธ” อย่างไร

การปฏิเสธ คือ การที่มารดาไม่รับรู้หรือแม้แต่ว่าอย่างมีสติคิดว่ากำลังเกิดการทารุณกรรมขึ้นทำให้ไม่สามารถแทรกแซงเพื่อปกป้องคุ้มครองบุตรของตน ถึงแม้ว่าจะมีหลักฐานอย่างชัดเจนว่า คุ้มครองของตนกำลังทารุณกรรมบุตรของตน โดยมารดาที่อยู่ในภาวะปฏิเสธเพียงแค่นิ่งเฉยๆ และยอมให้การทารุณกรรมดำเนินต่อไปเป็นปีๆ ในทางกฎหมายเป็นสิ่งที่จัดการได้ยากขึ้น ในขณะที่สถานการณ์ซับซ้อนขึ้นในสภาวะที่มีอันตรายมากที่สุดโดยไม่ใช่เพียงแค่เฉพาะถูกทารุณกรรมทางร่างกาย แต่ยังรวมถึงการที่มารดาไม่อาจรับรู้ว่ามีทารุณกรรม หรือไม่ยอมเชื่อว่าบุตรของตนกำลังเผชิญหน้ากับการถูกทารุณกรรมอยู่

1) สาเหตุและข้อบ่งชี้การปฏิเสธของมารดา

การปฏิเสธเป็นกลไกการปกป้องทางจิตวิทยาที่บุคคลใช้ในการนำความจริงที่ทุกขเวทนาและความรู้สึกเจ็บปวดออกไปจากจิตใจ เมื่อมารดาตกอยู่ในภาวะปฏิเสธว่ามีทารุณกรรมบุตรของตน การปฏิเสธปกป้องคุ้มครองมารดาจากความเจ็บปวดที่รู้เกี่ยวกับการทารุณกรรม จากความรู้สึกโกรธและถูกทรยศที่มีต่อคุ้มครองที่กระทำทารุณกรรม และจากความรู้สึกผิดในตนเองที่ไม่ได้ปกป้องคุ้มครองบุตรของตน บางทีอาจล่วงรู้ว่ากำลังเกิดการทารุณกรรม แต่ขจัดความรู้สึกเหล่านี้ออกไป และบางทีหลีกเลี่ยง โอกาสที่จะทำให้การสมรสพังทลาย มารดาจึงปฏิเสธว่ามีทารุณ

²⁸ Christine Adams. (2537). **Mother Who Fails to Protect Their Children from Sexual Abuse: Addressing the Problem of Denial** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://heinonline.org>. [2560, 4 กันยายน].

กรรมเกิดขึ้น Roland Summit อธิบายไว้ว่า การปฏิเสธอาจจะมาจากภาวะพึ่งพิงคู่ครองของตน จาก การที่ต้องขึ้นอยู่กับความเห็นชอบและการหยิบบั้นให้ของบิดาของบุตร อยู่ในภาวะแยกแยะทาง จิตใจว่า ไม่ว่าจะเป็บุตรหรือบิดาของบุตรที่โกหกและไม่น่าไว้วางใจ ซึ่งมารดาที่ต้องการความ มั่นคงและการปรับเปลี่ยนในชีวิตต้องมาจากความไว้วางใจที่มีต่อคู่ครอง การยอมรับทางเลือก (ที่จะ เอาเรื่องหรือจัดการกับคู่ครอง) เป็นการทำลายครอบครัวและตัวตนของมารดาเอง มารดาที่ไม่มี ความสามารถทางการเงินต้องพึ่งพาคู่ครองของตนมีแนวโน้มที่จะปฏิเสธ หรือแม้แต่มารดาที่มีเงิน ส่งเสียเลี้ยงดูคู่ครองและบุตรบางครั้งยังเชื่อมั่นในตัวคู่ครองปกป้องดูแลครอบครัวได้ จึงมักจะยังคง เห็นว่าต้องการคู่ครองและไม่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ตามลำพัง มารดาบางคนไม่สามารถเผชิญหน้ากับ สภาวะที่บุตรของตนถูกทารุณกรรมเพราะว่าตัวมารดาเองเคยตกเป็นเหยื่อของการถูกบิดาทารุณ กรรมร่วมประเวณีมาก่อน ยากที่จะยอมรับความจริงว่าตนยอมให้บุตรสาวของตนกลายเป็นเหยื่อ การทารุณกรรมซึ่งตนเคยตกอยู่ในสภาวะนั้นมาเช่นเดียวกัน

มารดาบางคนยังคงปฏิเสธอยู่แม้ว่าจะมีพฤติกรรมแสดงให้เห็นการทารุณกรรมก่อน เกิดการร่วมประเวณี เช่น บิดายืนกรานที่จะนอนใกล้บุตรสาว พยายามที่จะเห็นบุตรสาวเปลือยกาย หรือพยายามอวดอวัยวะเพศของตน และสัมผัสร่างกายบุตรสาวแบบไม่ปกติ เมื่อเกิดกิจกรรมทาง เพศขึ้นเหยื่อมักจะมีการทิ้งทางร่างกายและพฤติกรรมอย่างเห็นได้ชัด แม้ว่าจะมีสิ่งที่แสดงให้เห็น เหล่านี้ก็ตาม มารดาบางคนยังคงปฏิเสธที่จะเชื่อว่ามี การทารุณกรรมเกิดขึ้น ในบางกรณียังโทษ บุตรสาวของตนด้วยซ้ำว่าเป็นต้นเหตุให้เกิดการร่วมประเวณี ตัวอย่างเช่น เด็กหญิงถูกพ่อทารุณ กรรมทางเพศอย่างต่อเนื่องพยายามที่จะบอกมารดาของตนหลายครั้งแต่ก็ถูกดัดบทตลอด เมื่อถึง เวลาที่พ่อไม่อยู่บ้าน เด็กหญิงให้แม่ดูรูปถ่ายอนาจารของตัวเองที่พ่อได้ถ่ายไว้ ทำให้แม่ตกใจ มากจนยากที่จะเชื่อ จนในที่สุดเด็กหญิงจำต้องยอมรับการปฏิเสธของพ่อว่ามี การร่วมประเวณี แต่ ทั้งพ่อและแม่ก็ปฏิเสธอย่างเป็นทางการเป็นปรปักษ์ต่อบุตรสาวของตนเองโดยเรียบบุตรสาวว่าเป็นผู้ทรยศต่อ ครอบครัว จนในที่สุดบุตรต้องไปอยู่กับครอบครัวอุปถัมภ์

2) ผลจากการปฏิเสธของมารดาต่อเหยื่อ

นอกเหนือจากการที่เหยื่อถูกทารุณกรรมอย่างต่อเนื่องแล้ว การปฏิเสธของมารดาเป็น การกระทำซ้ำต่อเหยื่ออีก จากการศึกษาพบว่าเป็นการสร้าง ความชอกช้ำทางจิตใจมากยิ่งขึ้น ก่อให้เกิดผลร้ายทางจิตใจมากกว่าทารุณกรรมดังกล่าวเสียอีก เหยื่อที่ถูกบิดาร่วมประเวณีมา ยาวนานต้องเข้ารับการรักษาภาวะหดหู่อย่างรุนแรงและภาวะความผิดปกติทางจิต การบำบัดรักษา พบว่าอาการเหล่านี้ไม่ใช่เป็นผลมาจากการทารุณกรรมโดยถูกร่วมประเวณี แต่เป็นเพราะความ โกรธที่มีต่อมารดาซึ่งเป็นพยานการทารุณกรรมโดยถูกร่วมประเวณีมาโดยตลอด และต่อมาเมื่อมี การสืบพยานในศาลได้ปฏิเสธว่าไม่รู้เห็นสิ่งที่เกิดขึ้น การศึกษายังพบว่าบุตรที่ไม่ได้รับการอุปการะ

ดูแลจากพ่อแม่จะได้รับความกระทบกระเทือนทางอารมณ์มากกว่าบุตรที่ได้รับการอุปการะดูแลบ้าง มีผลกระทบต่อพฤติกรรมของบุตรเมื่อมารดาของตนมีปฏิกิริยา โดยแสดงออกด้วยความโกรธและการลงโทษ บุตรที่เผชิญกับปฏิกิริยาด้านลบจากพ่อแม่ของตนมีอาการแสดงให้เห็นมากกว่าถึง 2 เท่า ครั้ง นอกจากนี้ผลในทางร้ายจากการปฏิเสธของมารดาต่อบุตรแล้ว ยังเกิดผลทางอ้อมในทางร้ายจากการยอมให้มีการทารุณกรรมเกิดขึ้นต่อไป จึงเป็นเหตุผลให้มารดาที่ปฏิเสธต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาต่อการทารุณกรรมของคู่ครองของตนด้วย

3) แนวโน้มทางกฎหมายให้บิดามารดาต้องรับผิดชอบด้วย

ศาลและกฎหมายได้ขยายความรับผิดชอบทางอาญาออกไปให้รวมถึงบิดามารดาที่ยอมให้เกิดการทารุณกรรมต่อบุตรของตนด้วยเหตุผลที่ว่า (1) บิดามารดามีหน้าที่ตามกฎหมายในการปกป้องคุ้มครองบุตร (2) บิดามารดาที่ยอมให้เกิดการทารุณกรรมต้องเป็นไปตามมาตรฐานวิญญูชน (3) ดีความได้เป็นอย่างดีตามบทบัญญัติว่าด้วยการทารุณกรรมต่อเด็กให้รวมถึงบิดามารดาที่ยอมให้เกิดการทารุณกรรม (4) ตามหลักเหตุใกล้ชิดบิดามารดาไม่ให้ความสนใจต่อการรักษาพยาบาลบุตรของตน และ (5) การทารุณกรรมต่อเด็กเป็นอาชญากรรมโดยเจตนา นอกจากนี้กฎหมายในหลายมลรัฐยังบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบทางอาญาโดยเฉพาะเมื่อไม่อาจปกป้องคุ้มครองเด็กจากการถูกละเมิดได้

3.1) ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System)

(1) บิดามารดามีหน้าที่ตามกฎหมายในการปกป้องคุ้มครองบุตร

ศาลเห็นว่าบิดามารดาที่ไม่ได้พยายามหยุดการทารุณกรรมของคู่ครองของตนต่อบุตรของตนอาจต้องรับผิดชอบทางอาญา หลายศาลเห็นว่าหน้าที่ของบิดามารดาต้องรวมถึงหน้าที่ปกป้องคุ้มครองบุตรของตนจากการทารุณกรรมของบุคคลภายนอก เช่น ศาลสูงแห่งมลรัฐเซาท์คาโรไลน่า เห็นว่า บิดามีความผิดจากการที่ไม่อาจคุ้มครองบุตรของตน โดยไม่แทรกแซงพฤติกรรมของมารดาที่กระทำทารุณและยอมให้มารดาทำให้นุตรอดอยาก รวมทั้งรู้เห็นสิ่งที่เกิดขึ้นแต่ปกปิดไว้ ศาลสูงในมลรัฐนอร์ทแคโรไลน่าเห็นว่ามารดาละเว้นการปกป้องคุ้มครองบุตร เพราะเพียงแค่มองดูคู่ครองของตนตีบุตรชายของตนอย่างรุนแรงจนกระทั่งบุตรต้องไปถ่ายเลือด มารดาต้องรับผิดชอบทางอาญา ศาลเห็นว่าการปฏิเสธจำเป็นต้องมีระดับหนึ่งของการรับรู้ว่าเป็นไปได้ที่จะมีการทารุณกรรม ซึ่งนำไปสู่การตัดสินใจได้ว่าให้มารดารับผิดชอบ ในทางตรงกันข้ามการปฏิเสธทำให้อ่างได้ว่าไม่รู้ ไม่มีสติรับรู้ ไม่สามารถทำอะไรได้จากการรู้ในสิ่งที่เกิดขึ้นดังกล่าวซึ่งทำให้มารดาพ้นจากความรับผิดชอบได้

(2) ตามมาตรฐานวิญญูชน

ศาลเห็นว่าวิญญูชนคนหนึ่งที่เผชิญกับข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันพึงกระทำตามหน้าที่ปกป้องบุตรของตน ดังนั้นเมื่อการละเว้นกระทำเป็นความผิดทางอาญา ศาลครอบครัวนิวเจอร์ซีย์เห็นว่า

ตีใช้มาตรฐานวิญญูชนมาพิเคราะห์แม้ว่ามารดาไม่รู้จริงๆ ว่าบุตรสาวของตนถูกพ่อเลี้ยงทารุณกรรมในบ้าน แต่จะเข้าข่ายว่ายอมให้การทารุณกรรมเกิดขึ้นเมื่อมีหลักฐานที่เป็นรูปธรรมว่ามารดาควรจะมีมาตรการเชิงปกป้องคุ้มครองที่เพียงพอ จากการบิดามารดาที่รับผิดชอบ มารดาควรดำเนินการตามขั้นตอนในการสืบสวน เพราะมารดาเห็นว่าสามีของเธอเป็นคนที่รุนแรงมาก แคทาลินเห็นว่าพ่อเลี้ยงทารุณกรรมทางเพศต่อแฟนของเธอและได้แจ้งให้แม่ของเธอทราบ มารดาบอกว่าไม่เชื่อและไม่ต้องการให้มายุ่งเกี่ยวกับอีกต่อไป ศาลเห็นว่าหลักฐานที่ชี้ให้เห็นความเสี่ยงที่รับรู้ได้

3.2) ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System)

ถึงแม้ว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร ไม่ได้ระบุขอบเขตความรับผิดชอบที่เฉพาะเจาะจงให้รวมถึงบิดามารดาซึ่งยอมให้เกิดทารุณกรรม แต่ศาลได้ตีความบทบัญญัติกฎหมายได้อย่างเสรีให้รวมถึงบิดามารดาที่ยอมให้เกิดทารุณกรรมด้วย ตีความอย่างกว้างตามตามหลักเหตุใกล้ชิด และการทารุณกรรมต่อเด็กเป็นอาชญากรรมโดยเจตนา

(1) ตีความบทบัญญัติกฎหมายได้อย่างเสรี

ศาลสูงของวิสคอนซินเห็นว่า ใน²⁹คดี Williquette ตีความคำว่า “โดยรู้” ให้รวมถึงมารดาที่ควรจะได้รู้ว่าบุตรของตนถูกทารุณกรรม จากการที่ทราบเรื่องที่เกิดขึ้นจากบุตรทั้งสอง แต่ “ปฏิเสธ” ที่จะรู้ข้อเท็จจริงนี้โดยบอกกับบุตรของตนว่า “อย่าไปกังวลกับมัน” และสัญญาที่จะไปพูดคุยกับบิดาที่เป็นผู้กระทำทารุณกรรมต่อบุตร แต่ปรากฏว่าไม่เคยไปพูดคุยตามที่สัญญาเลย จึงเห็นได้ว่า มารดาอาจอยู่ในสถานะที่ทำให้บุตรของตนถูกทารุณกรรมโดยรู้อยู่ และโดยเฉพาะมารดาปฏิเสธที่จะเชื่อบุตรของตนที่ดูเหมือนว่าถูกทารุณกรรม

(2) ตีความอย่างกว้างตามตามหลักเหตุใกล้ชิด

ศาลแห่งมลรัฐแมรี่แลนด์ในคดี³⁰ Fabritz v. State ตีความอย่างกว้างตามหลักเหตุใกล้ชิดโดยเห็นว่าบิดามารดาที่ยอมให้การทารุณกรรมเกิดขึ้นต้องรับผิดชอบต่อการทารุณกรรมต่อเด็กด้วย บิดามารดาละเว้นไม่ให้ความสนใจ ถ้าเข้าต่อการรักษาพยาบาลบุตรที่ถูกทารุณกรรมจนทำให้การบาดเจ็บมากยิ่งขึ้น ตามกฎหมายการทารุณกรรมเด็กรวมถึงการทำให้ได้รับบาดเจ็บทางกายต่อเด็กโดยการปฏิบัติที่โหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมหรืออันเนื่องมาจากการกระทำที่มุ่งร้าย โดยกฎหมายมุ่งหมายให้รวมถึง การละเว้นไม่กระทำของบิดามารดาด้วย เมื่อบุตรแสดงอาการของการถูกทารุณกรรม อย่างเช่น เจ็บปวดหรือบาดเจ็บที่บริเวณก้นและหรืออวัยวะเพศ อาเจียน ผื่นร้าย หรือเพื่อออกมาทางเพศ ฯลฯ การที่มารดาไม่ให้ความสนใจในการรักษาพยาบาลต่อบุตรอาจเข้าข่ายว่า

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 529.

³⁰ Christine Adams. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 27. หน้า 530.

เป็นกระทำที่โหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมซึ่งทำให้ได้รับบาดเจ็บต่อไปและตกอยู่ในภาวะถูกทารุณกรรมต่อไป

(3) การทารุณกรรมต่อเด็กเป็นอาชญากรรมโดยเจตนา

หลายศาลได้ขยายความรับผิดชอบไปถึงบิดามารดาที่ยอมให้เกิดการทารุณกรรมโดยการปฏิเสธ ในคดี³¹ Childers v. State ศาลสูงของมลรัฐเนวาด้าเห็นว่า มารดาที่มีความผิดฐานทารุณกรรมและเพิกเฉยต่อบุตรผู้เยาว์ ศาลยื่นข้อกล่าวหาว่า “โดยเจตนา” ของศาลล่างว่า ครอบคลุมทั้งการกระทำหรือละเว้นกระทำในเรื่องนี้ กฎหมายไม่ต้องการให้มีความหมายว่า เจตนาใดๆ ที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บหรือได้เปรียบใดๆ ก็ตาม ในกรณีที่มารดาปฏิเสธมารดาต้องมีเจตนากระทำหรือละเว้นกระทำในเรื่องนี้ โดยยอมให้บุตรของตนไปตกอยู่ในสถานการณ์ทารุณกรรมที่บุตรอาจได้รับความเจ็บปวดทางร่างกายหรือความทุกข์ระทมทางจิตใจ ในคดี³² Smith v. State ศาลมลรัฐอินเดียนาเห็นว่า โดยรู้หรือโดยเจตนาอัน ฝ่ายรัฐพิสูจน์เพียงว่า บิดามารดาที่เป็นจำเลยล่วงรู้ข้อเท็จจริงที่ทำให้ตื่นตัวเหมือนเช่นบิดามารดาที่เป็นวิญญูชนทั่วไป ภายใต้พฤติการณ์นั้นพึงต้องปกป้องคุ้มครองบุตร มารดาที่ปฏิเสธอาจต้องรับผิดชอบเพราะมารดาไม่อาจปกป้องคุ้มครองบุตรโดยอ้างอิงตามมาตรฐานวิญญูชน ส่วนมารดาที่ละเว้นกระทำอาจต้องรับผิดชอบการทารุณกรรมต่อเด็กโดยไม่ต้องพิสูจน์ถึงขั้นว่ามารดาเจตนาอนุญาตให้สามีภริยาของตนกระทำทารุณกรรมต่อบุตรของตน เพียงพิสูจน์ว่ามารดาที่ละเว้นกระทำไม่อาจปกป้องคุ้มครองบุตรของตนได้³³

ขยายความรับผิดชอบทางอาญาของบิดามารดาที่ยอมให้เกิดการทารุณกรรมไปถึงมารดาที่ปฏิเสธ ศาลและกฎหมายได้ขยายความรับผิดชอบทางอาญาต่อการทารุณกรรมเด็กให้รวมถึงบิดามารดาที่ล่วงรู้แต่ไม่ทำอะไรเพื่อหยุดทารุณกรรมต่อบุตรของตนซึ่งกระทำโดยผู้ครองของตน แต่มีข้อพิจารณาในกรณีที่มารดาควรจะล่วงรู้ดังกล่าวแต่ความจริงแล้วไม่ได้ล่วงรู้เพราะว่ามารดาอยู่ในสภาวะปฏิเสธต่อการทารุณกรรม

4) ข้อโต้แย้งที่มุ่งให้ชะลอการฟ้องคดีและให้มีการรักษา

เพื่อให้มารดาที่ปฏิเสธสามารถสร้างให้มีสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัยแก่บุตรของตนได้ในปัจจุบันและอนาคต อัยการควรมีให้มีการชะลอการฟ้องคดีต่อมารดาที่ปฏิเสธ หากว่ายอมรับการรักษาทางจิตเวชและเข้ารับการอบรมหลักสูตรเกี่ยวกับการทารุณกรรมทางเพศต่อเด็ก การยอมรับการรักษาทางจิตเวชส่งผลดีในหลายเหตุผล ประการแรก การลงโทษมารดาที่ไม่ได้กระทำ เมื่อเห็น

³¹ Christine Adams. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27. หน้า 532.

³² Christine Adams. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27. หน้า 533.

³³ Christine Adams. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27. หน้า 533.

ภาวะที่มารดาไม่อาจกระทำเพราะอยู่ในภาวะที่มีไร้ความสามารถทางจิตใจ จากการศึกษาที่ไม่สามารถรับรู้ว่ามีอาการทางจิตเวชเกิดขึ้น มารดาขาดเจตนามุ่งร้ายตามองค์ประกอบของเจตนาในทางอาญา หรือตั้งใจให้บุตรของตนถูกทารุณกรรมทางเพศ ประการที่สอง คือ งานวิจัยชี้ให้เห็นว่า การปฏิเสธเป็นสภาวะที่รักษาได้ ดังนั้นจึงควรเน้นไปที่การเยียวยา มากกว่าการรับโทษจำคุก มารดาที่ไม่ได้รับการรักษาซึ่งเผชิญกับความชอกช้ำทางจิตใจจากการร่วมประเวณี โดยบิดามักจะไม่อาจจัดการกับสถานการณ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และต่อมาอาจได้รับการเยียวยาที่ไม่สร้างสรรค์ บางคนหันไปใช้วิธีการลงโทษหรืออับอายที่จะหยุดการทารุณกรรม

การรักษาทำให้มารดาดังกล่าวพัฒนาความชำนาญการจนเป็นมารดาที่ปกป้องคุ้มครองและตอบสนองได้อย่างเพียงพอ บางส่วนเห็นว่า การถูกจำคุกไม่ได้ขัดขวางการรักษา อย่างไรก็ตามการรักษาในเรือนจำมีประสิทธิผลน้อยกว่า เพราะทำให้มารดาถูกตีตราและอับอาย สังคมว่าเป็นผู้กระทำผิดอาญาและถูกจำคุก โดยอาจทำให้กลายเป็นความชอกช้ำในจิตใจและบั่นทอนความสามารถในการต่อสู้กับปัญหา ประการที่สามคือ หากว่ามารดาที่ปฏิเสธถูกจำคุก บุตรก็อาจจะถูกย้ายออกจากบ้านให้ไปอยู่กับญาติ สถานรับเลี้ยง หรือการดูแลทดแทน เด็กอาจกลายเป็นเหยื่อต่อไปจากผู้ชายที่เห็นว่าบุตรนำดีใจหรือเปราะบางเพราะว่าถูกทารุณกรรม นอกจากนี้การย้ายไปอยู่ที่อื่นทำให้เด็กต้องเปลี่ยนโรงเรียน โบสถ์ ขาดการติดต่อกับเพื่อนที่คุ้นเคยและไม่ได้ทำกิจกรรม ประการที่สี่คือ หากปราศจากการรักษาระยะยาวที่เพียงพอ มารดาที่ได้รับการปล่อยตัวจากเรือนจำสามารถอุปการะเลี้ยงดูบุตรของตนได้ต่อไป แต่อาจกลับไปคบหากับผู้กระทำผิดที่ร่วมประเวณีกับบุตรของตนถึงแม้ว่ามีเงื่อนไขการอุปการะเลี้ยงดูไม่ให้ผู้กระทำผิดอยู่ในบ้านเดียวกัน การรักษาทางจิตเวชอาจลดโอกาสความเป็นไปได้ที่มารดาจะกลับไปอยู่กับผู้กระทำผิด หรือหากกลับไปอยู่ด้วยกันแต่ช่วยทำให้มารดาปกป้องคุ้มครองบุตรของตนได้ดีขึ้น

5) ประโยชน์ที่ได้รับจากการรักษามารดาที่ปฏิเสธ

การบังคับรักษาทางจิตเวชช่วยทำให้อารมณ์ของมารดามีหวังมากขึ้น สำหรับตนเองและบุตร ประการแรก มารดาที่ได้รับการรักษาจะสร้างความสัมพันธ์ที่ดีและเข้มแข็งมากขึ้นต่อบุตร เหล่านั้นซึ่งตกเป็นเหยื่อและให้สามารถปกป้องคุ้มครองได้ นอกจากนี้ยังสามารถรับรู้และใส่ใจต่อพฤติกรรมที่ต่อไปในทางทารุณกรรมได้ในระยะเริ่มแรก เพื่อจัดการกับพฤติกรรมทารุณกรรมที่เคยได้เรียนรู้มา ประการที่สองคือ การที่มารดาดูแลเอาใจใส่บุตรของตนได้มากขึ้นเพิ่มโอกาสที่จะทำให้สภาวะทางอารมณ์ฟื้นฟูกลับมาได้ ทำให้บุตรที่ถูกทารุณกรรมทางเพศอาจป่วยทางจิตน้อยลง หากว่าได้รับการเอาใจใส่ดูแลจากมารดาของตน ประการที่สามคือ ทำให้มารดาที่ปฏิเสธได้เรียนรู้ที่จะเลือกว่าจะหลีกเลี่ยงการทำให้กลายเป็นเหยื่อ และแสดงบทบาทอันเป็นแบบอย่างให้กับบุตรสาวของตนได้ ในที่สุดก็จะมีสภาวะทางอารมณ์ที่ดีเพียงพอจะสั่งสอนบุตร มิให้ต้องทนต่อการถูกทารุณ

กรรมไม่ว่าในรูปแบบใด บุตรที่ถูกทารุณกรรมเรียนรู้ที่จะดูแลบิดามารดาจนเป็นครอบครัวที่มีชีวิตปกติสุข และมีโอกาสน้อยลงที่จะคบหากับคู่ครองที่ประพฤติดัวไม่ดีเมื่อเติบโตขึ้นเป็นผู้ใหญ่ สูดท้ายคือ การรักษามักจะให้ความรู้เกี่ยวกับลักษณะและความแพร่หลายของทารุณกรรมทางเพศ ต่อเด็ก มารดาเรียนรู้ทั้งสืบเสาะ ป้องกันทารุณกรรมและยังคุ้นเคยกับบริการและหน่วยงานที่ช่วยเหลือตน

6) ประโยชน์จากการบังคับรักษา

การศึกษาพบว่า บิดามารดาที่ได้รับคำสั่งศาลดูเหมือนว่าจะเข้ารับการรักษာได้ สมบูรณ์กว่าและมีระดับการปรับปรุงแก้ไขที่มากกว่าการเข้าร่วมโดยสมัครใจ มีแนวโน้มว่าครอบครัวได้รับประโยชน์จากคำสั่งศาลที่เน้นตามลักษณะการให้คำปรึกษาหรือการบำบัด ชื่อผู้ให้คำปรึกษาหรือผู้ให้การบำบัด ความถี่และระยะเวลาการรักษาและมีความประพฤดิที่เปลี่ยนไปและปฏิบัติตามเงื่อนไขศาลกำหนดไว้เสร็จสิ้น ยังคงมีแนวโน้มทำให้มารดาได้มีโอกาสพัฒนาเครื่องมือที่จำเป็นต่อการต่อสู้กับการปฏิเสธของตนและให้การเอาใจใส่ดูแลบุตรสาวของตนได้ดีกว่ามารดาที่ไม่ได้รับการรักษาใดๆ เลย

7) การออกแบบโครงการการรักษามารดาที่ปฏิเสธ

โครงการการรักษาจะต้องเข้าถึงความต้องการทางอารมณ์ของมารดาในหลายมิติ โดยรวมเอาวิธีการบำบัดรายบุคคล เป็นกลุ่ม และการสมรส ที่สำคัญที่สุดคือ ทำให้มารดามีพลังที่เข้มแข็งในครอบครัวและฟื้นฟูความสัมพันธ์ระหว่างมารดาและบุตรสาวของตน มารดาต้องการสนับสนุนช่วยเหลืออย่างเข้มข้นตั้งแต่ในระยะเริ่มแรก กลุ่มสนับสนุนช่วยเหลือที่ประกอบไปด้วยมารดาที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเผยทารุณกรรมที่มีการร่วมประเวณี โดยบิดาจะมีบทบาทสำคัญในการสนับสนุนช่วยเหลือทันทีและในระยะยาวต่อผู้หญิงเหล่านี้ได้ ประการแรกคือ ทำให้เห็นว่าเกิดการปลดปล่อยและการสนับสนุนช่วยเหลือจากผู้ที่มิหม่อมองโดยตรงต่อประเด็นปัญหานี้เป็นสิ่งที่มีความสำคัญ โดยสามารถสอนคนรุ่นต่อไปได้ ประการที่สองคือ มักจะมาพร้อมกับความช่วยเหลือทางการเงิน การส่งต่อเพื่อรับความช่วยเหลือทางกฎหมายและการแพทย์ พี่เลี้ยงเด็กและการจ้างงาน การสนับสนุนช่วยเหลือทางอารมณ์ตลอดเวลา 24 ชั่วโมง ประการที่สามคือ ช่วยให้มีมารดาไม่รู้สึกลัวว่าอ้างว้างโดดเดี่ยวในบ้านจากการสร้างเครือข่ายทางสังคมที่สร้างสรรค์เพื่อเพิ่มความนับถือในตนเองและบรรเทาความรู้สึกอับอาย มารดาจะมีโอกาสช่วยเหลือผู้อื่นได้ต่อไปโดยสามารถแบ่งปันประสบการณ์และสนับสนุนช่วยเหลือในรูปแบบอื่น สูดท้ายคือ สามารถให้การสนับสนุนช่วยเหลือในระยะยาวต่อมารดาที่ปฏิเสธซึ่งต้องการมีสภาพแวดล้อมที่ดีต่อบุตรและตนเอง

ความพยายามของศาลและกฎหมายที่จะต่อสู้กับความแพร่หลายของทารุณกรรมต่อเด็กทำให้เกิดเป็นแนวโน้มในสหรัฐอเมริกาที่กำหนดให้บิดามารดาต้องรับผิดชอบต่อการที่บิดามารดา

ไม่อาจป้องกันไม่ให้บุตรของตนถูกทารุณกรรมจากคู่ครองของตน อย่างไรก็ตามควรจะจำกัดขอบเขตเฉพาะมารดาที่ปฏิเสธซึ่งควรมีทางเลือกระหว่างเข้าร่วมใน โครงการรักษา หรือถูกฟ้องคดีในทางอาญา การบังคับให้เข้าร่วมในการรักษาทางจิตเวช และการให้การศึกษากับทารุณกรรมทางเพศต่อเด็ก ได้รับการสนองตอบเชิงสร้างสรรค์ในหลายสถานการณ์ที่มารดาที่ปฏิเสธ และบุตรของตนประสบมา การสนองตอบเช่นนี้ทำให้ทราบได้ว่าหนทางที่ดีที่สุดคือ การรักษาความสัมพันธ์ระหว่างมารดาและบุตร รวมถึงความพยายามที่จะให้มารดามีสภาพจิตใจที่สามารถปกป้องคุ้มครองบุตรของตนเองได้ อย่างไรก็ตามมารดาที่ปฏิเสธยังคงต้องรับผิดชอบต่อการที่ตนเองไม่อาจปกป้องคุ้มครองบุตรของตนจากอาชญากรรมที่เลวทรามดังกล่าวได้ จึงควรต้องพยายามให้เกิดสมดุลระหว่างประโยชน์ของมารดา บุตร และสังคม โดยให้มารดาได้เลือกระหว่างการรักษาทางจิตเวช และการฟ้องคดีทางอาญา ทั้งนี้ความสำเร็จขึ้นอยู่กับประสิทธิผลของโครงการทางจิตเวชและความเข้มงวดของข้อกำหนดให้มารดาเข้าร่วมโครงการ

กล่าวโดยสรุปคือ บิดา มารดาที่ไม่อาจปกป้องบุตรของตนเองจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ รัฐควรมีการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาจากการกระทำความผิดดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งการปฏิเสธมีหลายกรณีด้วยกัน เช่น การที่มารดาไม่รับรู้หรือรู้อย่างมีสติแต่อยู่ในภาวะปฏิเสธเพียงแค่นั้นเฉยๆ และยอมให้บุตรของตัวเองถูกกระทำ หรือไม่ยอมเชื่อว่าบุตรของตนเองกำหนดถูกกระทำ ความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยจะเห็นได้ว่าในหลายมลรัฐของสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบทางอาญา เมื่อไม่อาจปกป้องเด็กจากการกระทำความผิดดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามจากภาวะการปฏิเสธรักษาควรเน้นไปที่การบำบัดรักษามากกว่าการลงโทษจำคุก เนื่องจากการรักษาดังกล่าวลดโอกาสความเป็นไปได้ที่มารดาจะกลับไปอยู่กับผู้กระทำความผิด หรือหากกลับไปอยู่ด้วยกันจะช่วยให้มารดาสามารถปกป้องคุ้มครองบุตรของตนเองได้ ผู้วิจัยเห็นว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศของพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง บุคคลในครอบครัว ต่อเด็กในความปกครองยังมีบุคคลอื่น เช่น บิดา มารดา เครือญาติมีส่วนรับรู้โดยเป็นตัวการร่วมหรือเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิด ควรมีการบัญญัติลักษณะความรับผิดชอบของบุคคลดังกล่าว เพื่อให้การบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองเด็ก

3.2.4.2 THE PUNISHMENT OF PARENT-CHILD SEXUAL ABUSE การลงโทษต่อทารุณกรรมทางเพศระหว่างบิดามารดาและบุตร³⁴

Grainne Mckcever กล่าวว่าเมื่อรัฐบัญญัติว่าด้วยการลงโทษการร่วมประเวณีโดยบิดาใช้บังคับในปี 1908 แนวคิดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรแคบลงกว่าความสัมพันธ์ที่

³⁴ Grainne Mckcever. (2539). **The Punishment of Parent-Child Sexual Abuse** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.heinonline.org>. [2560, 4 กันยายน].

เป็นจริง ตามบรรทัดฐานสังคมของการสมรสแล้วก็ต้องมีบุตร แต่ทุกวันนี้เมื่อมีการสมรสแล้วยังมีการอยู่กินด้วยกันโดยไม่สมรส การอุปถัมภ์ การรับเป็นบุตรบุญธรรม การสมรสใหม่ ทำให้เกิดสภาพที่เด็กไม่ได้ถูกบิดามารดาทางสายโลหิตอุปการะเลี้ยงดูมา ซึ่งมาพร้อมกับสถานการณ์การทารุณกรรมทางเพศโดยผู้ที่อยู่ในฐานะเป็นพ่อแม่ ไม่ว่าจะเป็บบิดามารดาสืบสายโลหิตหรือผู้มีอำนาจปกครองต่อบุตร ที่ผ่านมามาจนถึงปัจจุบันกฎหมายไม่ได้ครอบคลุมถึงสถานการณ์นี้ กฎหมายต้องยอมรับว่าความแตกต่างซึ่งทำให้เกิดพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมและบุตรพึงต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการถูกทารุณกรรมทางเพศโดยผู้ที่อยู่ในฐานะเป็นพ่อแม่ แต่เดิมมาโดยทั่วไปแล้วมักจะลงโทษผู้กระทำผิดด้วยการจำคุก กลับปรากฏว่าการปกป้องคุ้มครองดังกล่าวก็ไม่สมบูรณ์จากการที่ปัญหาการทารุณกรรมดังกล่าวไม่ใช่ปัญหาทางเพศที่ไกลตัว แต่มาจากแรงจูงใจจากความต้องการในการเข้าครอบงำและควบคุมมากกว่าความพึงพอใจทางเพศ และหากว่ากฎหมายไม่ได้จัดการต่อปัญหาเหล่านี้อย่างเพียงพอ การจำคุกเป็นเพียงการแก้ปัญหาชั่วคราวและเป็นปัญหาในระยะยาว บทความนี้ตรวจสอบปัญหานี้ในสองประเด็น ประการแรกคือ ต้องปฏิรูปความผิดฐานร่วมประเวณีโดยบิดาให้มิชอบเขตกว้างขึ้นครอบคลุมพฤติกรรมทางเพศที่ผิดกฎหมายทั้งโดยคนในครอบครัวและคนที่ถูกมองว่ามีอำนาจปกครองบุตร ประการที่สองคือ ในการฟ้องคดีต่อบิดามารดาที่ทารุณกรรมทางเพศต่อบุตรของตนพึงต้องพิจารณาตรวจสอบการลงโทษในปัจจุบันเสียใหม่จากโทษจำคุกไปเป็นการริษยาและการฟื้นฟูสภาพเมื่อใดก็ตามที่เป็นไปได้

1) ให้คำจำกัดความการทารุณกรรมระหว่างบิดามารดาและบุตร (เด็ก) เสียใหม่

การทารุณกรรมทางเพศเป็นประสบการณ์ที่บั่นทอนและเป็นอันตรายต่อบุตรด้วยในระดับที่นอกเหนือจากความสามารถของเด็กที่จะรับได้ การทรยศต่อความรับผิดชอบของผู้ที่อยู่ในฐานะเป็นพ่อแม่ทำให้เด็กรู้สึกว่าย่ำแย่และการดูแลไม่มีค่า นักสังคมวิทยา นักจิตวิทยา และนักสังคมสงเคราะห์เน้นย้ำว่าครอบครัวเป็นส่วนสำคัญในการพัฒนาตัวตนของเด็กและความสามารถในการปรับตัวเข้ากับสังคม เด็กที่ถูกกระทำทารุณกรรมในครอบครัวที่พึงต้องปกป้องคุ้มครองเขามักจะได้รับผลกระทบทางจิตวิทยา ซึ่งเกี่ยวข้องกับอำนาจและการควบคุมของบิดามารดาที่มีต่อเด็ก เมื่อเกิดทารุณกรรมทางเพศขึ้น สามารถนำกฎหมายอาญามาใช้คุ้มครองบุคคลจากครอบครัว

การกระทำต้องห้ามมิให้ร่วมประเวณีโดยบิดาจำกัดอยู่เพียงแค่ความสัมพันธ์ทางสายโลหิตภายในครอบครัว แต่ว่าเป็นความจริงผู้ใดก็ตามที่มีอำนาจปกครองต่อเด็กด้วยความไว้วางใจ อำนาจ และมีอิทธิพลต่อเด็ก แล้วใช้สถานะนี้มากระทำทารุณกรรมต่อเด็ก เช่น พ่อแม่อุปถัมภ์ พ่อเลี้ยง ทำให้เด็กต้องได้รับบาดเจ็บชอกช้ำทางจิตใจเช่นเดียวกันกับพ่อแม่ที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกระทำทารุณกรรมต่อเด็ก นั่นคือไม่ได้คำนึงความสัมพันธ์เกี่ยวข้องทาง

กายภาพของพวกเขา การร่วมประเวณีโดยบิดาเป็นสิ่งผิด ไม่เพียงแต่เพราะมีการล่วงละเมิดทางเพศ และการฝ่าฝืนข้อห้ามทางเพศ แต่ยังมีปัจจัยอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย คือ ทำลายความไว้วางใจ ขอบเขตความสัมพันธ์ และละเมิดต่อความเป็นเด็ก

ในปัจจุบันการทารุณกรรมทางเพศระหว่างบิดามารดาและบุตรถูกลงโทษในไอร์แลนด์เหนือโดยเป็นการร่วมประเวณีโดยบิดา หรือภายใต้บทบัญญัติทั่วไปในกฎหมายอาญา อย่างเช่น ข่มขืน ร่วมประเวณีโดยผิดกฎหมาย การร่วมประเวณีระหว่างผู้ชายคนหนึ่งกับลูกเลี้ยง หรือลูกอุปถัมภ์ไม่ได้เข้าข่ายข้อห้ามการร่วมประเวณีโดยบิดา แต่เข้าข่ายเป็นการร่วมประเวณีโดยผิดกฎหมายต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี โดยเป็นความผิดเพราะเกณฑ์อายุมากกว่าเพราะว่าความสัมพันธ์พิเศษ แต่การทารุณกรรมทางเพศต่อเด็ก โดยบุคคลทั้งหลายที่อยู่ในฐานะพ่อแม่ถูกกำหนดแยกออกไปความผิด ไม่จำเป็นต้องอาศัยแนวคิดเชิงลงโทษ แต่พึงต้องให้ความสำคัญและใส่ใจต่อความรุนแรง ดังนั้นจึงต้องให้คำจำกัดความอาชญากรรมของการร่วมประเวณีโดยบิดาเสียใหม่ โดยให้ครอบคลุมบุคคลอื่นที่อยู่ในฐานะพ่อแม่ ทั้งสืบสายโลหิต อุปถัมภ์ บุญธรรม เลี้ยง และผู้ที่อยู่กินด้วยกันฉันท์สามีภริยาในระยะยาวว่าเป็นผู้อยู่ในฐานะพ่อแม่ด้วย

นอกจากนี้ ครอบคลุมทุกรูปแบบของการทารุณกรรมทางเพศ ไม่เพียงแต่ร่วมประเวณี เพราะในข้อเท็จจริงที่ปรากฏยังมีการกระทำในลักษณะอื่นๆ ด้วย รวมถึงในเชิงแสวงประโยชน์ นอกลดต่อเด็กจนนำไปสู่การร่วมประเวณี ในขณะที่ดูเหมือนจะไร้ประโยชน์ที่จะแยกความแตกต่างระหว่างบิดามารดาที่มีความเกี่ยวข้องทางสายโลหิตกับบุตรและผู้ที่ไม่มีความเกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตามเห็นได้ว่าการกำหนดความผิดต่อการทารุณกรรมที่มีจากความไว้วางใจและอำนาจนั้น กว้างขวางเกินไป ซึ่งก็ต้องขยายให้รวมไปถึงบุคคลอื่นๆ ด้วย เช่น ครู ผู้นำเยาวชน เจ้าหน้าที่ดูแลเด็กโดยยึดเอาตามเกณฑ์อายุ 18 ปี ทำให้เกิดความยากลำบากในทางปฏิบัติ เช่นเดียวกับทารุณกรรมโดยผู้ที่เด็กไว้วางใจแต่เป็นผู้ที่อยู่นอกครอบครัวโดยทั่วไปแล้วไม่ได้เป็นการทารุณกรรมทางเพศโดยผู้ที่อยู่ในฐานะพ่อแม่ โดยในแต่ละส่วนมีแง่มุมทางจิตวิทยาแตกต่างกันมากซึ่งกฎหมายต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงนี้

2) ผู้กระทำผิดควรจะถูกลงโทษอย่างไร

ข้อพิจารณาสำคัญคือ ประโยชน์ของเด็กซึ่งเป็นสิ่งสูงสุดจึงต้องพิจารณาการลงโทษต่อการร่วมประเวณีโดยบิดาก่อให้เกิดผลประโยชน์ในระยะยาวจริงๆ ต่อเหยื่อในระยะยาวหรือไม่ การจำคุกเป็นภาพสะท้อนให้เห็นว่าสังคมไม่ได้ยอมรับและให้นำผู้กระทำผิดออกไปจากเด็ก อย่างน้อยก็ชั่วระยะเวลาหนึ่ง แต่จะเกิดอะไรขึ้นต่อไปหากว่าผู้กระทำผิดยังคงปฏิเสธปัญหาหรือไม่สำนึกในสิ่งที่ตนก่อขึ้น หลังจากได้รับการปล่อยตัวออกมา หากว่าไม่มีการปกป้องคุ้มครองและหากว่าไม่ใช่เหยื่อรายเดิม เหยื่อหรือเด็กคนอื่นก็เสี่ยงที่จะได้รับอันตรายจากการทารุณกรรมโดย

บุคคลนั้นต่อไปอีก Yates เห็นว่าการจำคุกผู้กระทำผิดร่วมกับผู้กระทำผิดทางเพศคนอื่นๆ ไม่ได้เกิดผลอะไรเลย หากว่าไม่ได้มีการฟื้นฟูสภาพผู้กระทำผิดซึ่งมักไม่ค่อยเกิดขึ้น ผู้กระทำผิดก็จะกลับมาก่อทำความผิดซ้ำอีกเมื่อได้รับการปล่อยตัว ในขณะที่ปัจจุบันมักจะมุ่งเน้นไปที่การลงโทษเชิงตอบโต้และเชิงข่มขู่ยับยั้ง ซึ่งต้องเปลี่ยนไปสู่วิธีการเชิงบำบัดฟื้นฟูสภาพผู้กระทำผิด โดยเน้นการให้การรักษามากกว่า

Viinikka เห็นว่าผลจากการมองว่าผู้กระทำผิดทางเพศเป็นผู้ที่ป่วยมีแนวโน้มในทางปฏิบัติให้มุ่งเน้นการปรับเปลี่ยนจากระบบการในทางอาญาไปสู่การรักษาในเชิงจิตเวช ปัญหาจะเกิดขึ้นได้หากว่ากำหนดความต้องการของผู้กระทำผิด (ให้มีการรักษา) ขัดกับความต้องการของเด็ก (ได้รับการปกป้องคุ้มครอง) ซึ่งจะต้องทำให้เกิดความสมดุล โดยเห็นว่าในระยะยาวการจัดการปัญหาในเชิงลงโทษต่อการร่วมประเวณีโดยบิดาและผู้กระทำผิดไม่ได้ผลดี

ในแง่การประเมินและการรักษาผู้กระทำผิดทางเพศ ผู้ประกอบวิชาชีพมองว่าขั้นตอนแรกและสำคัญที่สุดต่อการฟื้นฟูสภาพคือ การให้ผู้กระทำผิดยอมรับว่าตนต้องรับผิดชอบต่อพฤติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายของตน หากผู้กระทำผิดที่ไม่ยอมรับในสิ่งนี้ จะไม่ยอมให้เข้าร่วมในโปรแกรมการรักษา ซึ่งมีข้อกังวลว่าหากไม่ยอมรับก็เป็นไปได้มากที่จะนำไปสู่การกระทำผิดซ้ำอีก ทัศนคติที่สะท้อนความคิดของผู้กระทำผิดว่า ลูกความของเขาเรียนรู้ว่ามีปัญหาในครอบครัวของเขาและเขาตั้งใจจะเข้าร่วมในการรักษาตามที่ศาลสั่ง อย่างไรก็ตามยังคงปฏิเสธว่ามีการกระทำผิดจากพฤติกรรมทางเพศดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าหากมีการส่งไปเข้ารับการรักษาโดยไม่มีการค้นหา และตัดสินว่าเกิดการทารุณกรรมขึ้น อาจเท่ากับว่าเป็นการสมรู้ร่วมคิดกับผู้กระทำผิด การแทรกแซงล้มเหลว เพราะผู้กระทำผิดไม่ได้ออมรับและตระหนัก และมีโอกาสกระทำผิดซ้ำอีกได้ ในแง่การปกป้องคุ้มครองสิทธิของเด็ก มีโครงการการรักษาในไอร์แลนด์เหนือซึ่งสนองตอบต่อคำสั่งศาล และการส่งต่อทางด้านสังคมสงเคราะห์ต่อผู้ที่เคยกระทำผิดมาก่อน

การใช้วิธีการคุมประพฤติอาจเป็นทางเลือกที่ง่ายสำหรับการนำมาใช้กับผู้กระทำผิดทางเพศลักษณะนี้ แต่อาจไม่ใช่วิธีการที่ได้ผลเท่ากับการมีโปรแกรมการรักษาที่เข้มข้นและต่อเนื่องอย่างเพียงพอ หากมีการฝ่าฝืนจะถูกฟ้องคดีด้วยกระบวนการที่รวดเร็วและจริงจัง ซึ่งจะเป็นทางเลือกมากขึ้นไม่ใช่เพียงแต่การฟ้องคดี การลงโทษด้วยการจำคุก ซึ่งทำให้ความเจ็บปวดชอกช้ำทางจิตใจของเด็กอันเนื่องมาจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาน้อยลงไปและให้มีการแทรกแซงในทันทีโดยไม่ชักช้า ส่งผลดีต่อการหยุดการกระทำทารุณกรรมทางเพศต่อเด็ก รวมถึงการแยกเด็กออกจากบ้านและให้เด็กอยู่ในการดูแลต่างหากอาจไม่ใช่วิธีการที่ดี เพราะทำให้เกิดปัญหาความแตกแยกในครอบครัว ความรู้สึกผิดที่มีการแฉ่งแฉ่งและทำให้เกิดการดำเนินการแทรกแซงต่อปัญหานี้ หนทางที่ดีคือ ให้ผู้กระทำผิดได้รับการลงโทษอย่างน้อยก็คุมประพฤติ เปิดโอกาสให้เหยื่อได้รับ

โอกาสให้กลับคืนสู่ครอบครัว โดยมีการเตรียมสภาพจิตใจให้พร้อมต่อการกลับสู่สภาพเดิม โดยไม่มีภัยอันตรายคุกคามทางอารมณ์ จิตวิทยา หรือทางร่างกายอยู่ได้รับการปกป้องคุ้มครองในบ้าน

ควรต้องรื้อทึ่งแนวคิดที่ว่าทารุณกรรมทางเพศระหว่างบิดามารดาและบุตรเป็นอาชญากรรมทางเพศอย่างเดียวและควรมองปัญหานี้ในหลายมิติ การแก้ปัญหาจึงต้องครอบคลุมหลายองค์ประกอบซึ่งนำบิดามารดาไปสู่การกระทำทารุณกรรมต่อบุตรของตน ในกรณีที่เกิดจากความไม่สมดุลทางจิตวิทยา ต้องเข้าถึงด้วยโปรแกรมการรักษาที่มีประสิทธิผลและสร้างสรรค์ การจำคุกจนได้รับการปล่อยตัวไม่ได้เปลี่ยนพฤติกรรมของผู้กระทำผิดหลายคนก็กลับไปกระทำผิดซ้ำอีก การตัดสินใจว่าผู้กระทำทารุณกรรมทางเพศโดยผู้ที่อยู่ในฐานะเป็นพ่อแม่มีความผิดและต้องได้รับโทษไม่ได้บังคับให้ผู้กระทำทารุณกรรมยอมรับความรับผิดชอบต่ออาชญากรรมที่ได้ทำลงไป หรือเผชิญหน้ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเหยื่อ กฎหมายต้องยอมรับข้อเท็จจริงนี้ และพัฒนากฎหมายให้มีผลบังคับได้จริงรวมถึงสถานะทางจิตวิทยาด้วย

กล่าวโดยสรุปคือ การกระทำความผิดเกี่ยวเพศต่อเด็กไม่ได้จำกัดแต่เพียงผู้กระทำ ความผิดที่อยู่ในฐานะบิดา มารดาเท่านั้น แต่ในความเป็นจริงแล้วยังมีผู้มีอำนาจปกครองต่อเด็กด้วยความไว้วางใจ อำนาจ และอิทธิพลเหนือเด็กแล้วมีการใช้สถานะดังกล่าวกระทำผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็ก เช่น พ่อแม่อุปถัมภ์ พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง ซึ่งทำให้เด็กได้รับบาดเจ็บชอกช้ำทางจิตใจ เช่นเดียวกันพ่อแม่ที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกระทำผิดต่อเด็ก โดยบทลงโทษของบุคคลดังกล่าวตามมาตราการทางอาญา คือ การลงโทษจำคุกเป็นการแก้ปัญหาได้เพียงระยะเวลาหนึ่ง หลังจากได้รับการปล่อยตัวทำให้เด็กเสี่ยงที่จะได้รับอันตรายจากบุคคลนั้นอีก ควรมีการนำวิธีเชิงบำบัดฟื้นฟูผู้กระทำผิดเพื่อที่ผู้กระทำผิดจะไม่ได้หวนกลับไปกระทำผิดซ้ำอีก ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 มีการบัญญัติให้ครอบคลุมถึงผู้ใช้ อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เนื่องจากสถานการณ์ในปัจจุบันเด็กไม่ได้อยู่ในอำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้น และเพื่อไม่ให้บุคคลดังกล่าวอาศัยช่องว่างทางกฎหมายในการกระทำผิดต่อเด็ก อีกทั้งมาตรการลงโทษทางอาญาป้องกันได้แต่หากจะให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นในการบังคับใช้กฎหมาย ควรมีการนำมาตรการบำบัดฟื้นฟูผู้กระทำผิดควบคู่กับมาตรการทางอาญา

3.2.4.3 พฤติการณ์ที่ไม่ปกป้องคุ้มครองเด็กนำไปสู่ความรับผิดชอบในบางสถานการณ์ที่กฎหมายคอมมอนลอว์หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ระบุให้เป็นหน้าที่ของบุคคลโดยเฉพาะต่อความปลอดภัยของผู้อื่น ดังนั้นบุคคลที่มีหน้าที่ตามกฎหมายอาจถูกลงโทษทางอาญาหากว่าบุคคลนั้นไม่กระทำตามหน้าที่เมื่อเด็กถูกกระทำทารุณ ในคดีครอบครัวอาจใช้ข้อค้นพบที่ว่าบุคคลไม่ปกป้องคุ้มครอง และอาจนำไปสู่การสิ้นสุดสิทธิหรืออำนาจปกครองเมื่อศาลเห็นว่าให้แยกพ่อแม่และเด็กเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก ศาลตัดสินให้ระงับสิทธิในการปกครองที่มีต่อเด็กเพราะไม่

ปกป้องคุ้มครองบุตรสาวจากการกระทำทารุณทางเพศของลูกชาย ในมลรัฐต่างๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกา มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรกำหนดหน้าที่ตามกฎหมายในการให้การปกป้องคุ้มครอง (เช่น ในคดี รูปแบบความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีกระทำทารุณในสภาวะที่จำยอม ซึ่งมีบทกำหนดโทษตั้งแต่ความผิดลหุโทษไปจนถึงความผิดขั้นรุนแรงจำคุกไม่เกิน 5 ปี หากเด็กเสียชีวิตก็ต้องรับผิดชอบฆาตกรรมเมื่อพบว่ามีเจตนาร้าย ความรับผิดชอบของการไม่ปกป้องเด็กได้มักจะเป็นไปตามองค์ประกอบคือ (1) จำเลยมีหน้าที่ตามกฎหมายในการคุ้มครองเด็ก (2) จำเลยเล็งเห็นได้โดยแท้จริงหรือคาดการณ์ได้ว่าอาจเกิดทารุณกรรมขึ้น (3) เด็กตกอยู่ในสภาวะทารุณกรรมดังกล่าว และ (4) จำเลยไม่ป้องกันทารุณกรรมดังกล่าวได้ บทบัญญัติในบางมลรัฐเปิดโอกาสให้มีข้อต่อสู้ได้ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาแล้วว่า การกระทำในเชิงป้องกันใดๆ อาจก่อให้เกิดอันตรายทางกายต่อตนเอง หรือเพิ่มอันตรายต่อเด็กได้

ตามกฎหมายอาญาของมลรัฐนิวยอร์ก มาตรา 260.10 (New York Consolidated Laws, Penal Law § 260.10) ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน บัญญัติว่า บุคคลมีความผิดฐานทำให้เป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพของเด็กเมื่อ

1) บุคคลกระทำในลักษณะที่ไปในทางเป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพทางร่างกาย จิตใจ หรือศีลธรรมของเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี หรือสั่ง หรือให้เด็กดังกล่าวประกอบอาชีพที่มีความเสี่ยงมากที่จะได้รับอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพ

2) โดยการเป็นพ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือบุคคลอื่นที่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการดูแลหรือปกครองเด็กอายุต่ำกว่า 17 ปี บุคคลนั้นไม่หรือปฏิเสธที่จะใช้ความบากบั่นโดยสมเหตุสมผลในการควบคุมเด็กดังกล่าวเพื่อป้องกันไม่ให้เป็น “เด็กที่ถูกทารุณกรรม” “เด็กที่ถูกปล่อยปละละเลย” “เด็กวัยรุ่นเนร” หรือ “บุคคลที่ต้องการการควบคุมดูแล”

ความผิดตามบทบัญญัติข้างต้นตั้งแต่เดิมนั้นอยู่ในประเภทความผิดลหุโทษ ระดับชั้น A แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอายุของเด็กและกำหนดให้เป็นการกระทำผิดขั้นรุนแรง นั่นคือ ในข้อย่อที่ 1 ไม่ว่าชายหรือหญิงที่มีเจตนากระทำในลักษณะที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสวัสดิภาพทางร่างกายหรือจิตใจหรือต่อศีลธรรมของเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี รวมถึงกรณีสั่ง หรือให้เด็กดังกล่าวประกอบอาชีพที่มีความเสี่ยงมากที่จะได้รับอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพ ย่อมมีความผิดฐานทำให้เด็กได้รับอันตราย มีข้อสังเกตว่า กฎหมายข้างต้นไม่ได้กำหนดให้อัยการพิสูจน์ว่าได้รับบาดเจ็บหรืออันตรายจริงๆ เพียงแต่ไปเน้นที่ “มีโอกาส” ทำให้เด็กได้รับบาดเจ็บหรืออันตราย ไม่ว่าจะทางร่างกาย ทางจิตใจ หรือทางศีลธรรม ในข้อย่อที่ 2 ในกรณีที่พ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือบุคคลอื่นที่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการดูแลหรือปกครองเด็กถูกกล่าวหาว่าไม่ได้สั่งจำเป็นในการดำรงชีพ

หรือไม่ใช้ความบากบั่นที่สมเหตุสมผลในการควบคุมดูแลเด็กอายุต่ำกว่า 17 ปีเพื่อป้องกันมิให้เด็กถูกทารุณกรรม ถูกปล่อยปละละเลย เด็กที่ต้องการการควบคุมดูแล หรือเด็กเกร ฯลฯ³⁵

การทำให้เด็กได้รับอันตรายในระดับที่เป็นความผิดขั้นรุนแรงพิจารณาตามปัจจัยที่ก่อให้เกิดความรุนแรงมากขึ้น ปัจจัยแรกคือ เจตนา เป็นที่ยอมรับกันว่าคนเราสามารถผิดพลาดกันได้ หากว่าจำเลยเพียงแค่ประมาทหรือไม่ใส่ใจต่อเด็กก็อาจถูกตั้งข้อหาหรือลงโทษในระดับของลหุโทษ แต่หากพบว่ากระทำโดยความตั้งใจหรือโดยเจตนา จำเลยอาจต้องถูกตั้งข้อหาหรือลงโทษในระดับความผิดขั้นรุนแรง ปัจจัยที่สองคือ ระดับของความเสียหาย ยิ่งมีความเสียหายมาก ยิ่งถูกตั้งข้อหาหนักขึ้น ตัวอย่างเช่น ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียและ โอไฮโอจะเพิ่มข้อหาเมื่อเกิดความเสียหายที่จะทำให้ได้รับอันตรายทางร่างกายอย่างมากหรือเสียชีวิตได้ บางมลรัฐจะเพิ่มข้อหาทำให้เด็กได้รับอันตรายเมื่อเด็กต้องทนทุกข์ทางจิตใจด้วย³⁶

ในส่วนของการตั้งข้อหาทำให้เด็กได้รับอันตรายนั้น กฎหมายระบุให้มีข้อต่อผู้ที่สมเหตุสมผลได้ สำหรับกรณีทั่วไปซึ่งจำเลยอาจชี้ให้เห็นได้ว่าเพียงแค่ประมาทหรือไม่ใส่ใจอาจทำให้ได้รับการลดข้อหาฐานความผิดมาเป็นความผิดลหุโทษได้ แต่ยากที่จะมีข้อต่อผู้ในกรณีที่ทำให้เด็กตกอยู่ในภาวะที่ได้รับอันตรายสูง บทลงโทษสำหรับข้อหาการทำให้เด็กได้รับอันตรายในระดับที่เป็นความผิดขั้นรุนแรงในมลรัฐส่วนใหญ่มักตัดสินลงโทษผู้กระทำผิดให้รับโทษจำคุก 2-20 ปี แต่อาจถูกคุมประพฤติได้หากว่าไม่เคยมีประวัติอาชญากรรมมาก่อน การคุมประพฤติในข้อหาฐานความผิดขั้นรุนแรงในบางมลรัฐต้องรับโทษจำคุกขั้นต่ำเสียก่อนที่จะถูกคุมประพฤติ การคุมประพฤตินี้รวมถึงต้องเข้ารับการอบรมหลักฐานการเป็นบิดามารดาที่เอาใจใส่ดูแลบุตรให้ครบถ้วนตามเกณฑ์ที่กำหนด มิเช่นนั้นแล้วผู้กระทำผิดจะถูกยกเลิกการคุมประพฤติ บทลงโทษในข้อหานี้ยังมีผลกระทบต่อสิทธิหรืออำนาจในการปกครองดูแลบุตรด้วย ไม่ว่าจะถูกเพิกถอนหรือมีข้อจำกัดเงื่อนไขการใช้อำนาจปกครองบุตร ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ความรุนแรงของการกระทำ³⁷

³⁵ Law Office of Rochelle S. Berliner. (n.d.). **Endangering the Welfare of a Child**. Available from (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.rochelleberliner.com/CriminalDefense/DomesticViolence/EndangeringtheWelfareofaChild.aspx>. [2560, 28 พฤศจิกายน].

³⁶ Jeanne A. Fugate. (2001). **Who's Failing Whom? A Critical Look at Failure-To-Protect Laws** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-76-1-Fugate.pdf>. [2560, 28 พฤศจิกายน]

³⁷ Free Advice. (2017). **Felony Child Endangerment**. Accessed on 22 November 2017 (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://criminal-law.freeadvice.com/criminal-law/violent_crimes/felony-child-endangerment.html. [2560] 28 พฤศจิกายน].

เช่น ในคดี Campbell v. State, 999 P.2d 649, 654 (Wyo. 2000) ศาลตัดสินว่า Campbell เมื่อมีนาคมปี ค.ศ. 2000 ว่ามีความผิดขั้นรุนแรงฐานทำให้เด็กได้รับอันตราย (child endangerment) ในคดี Degren v. State, 722 A.2d 887, 88 (Md. 1999) ศาลตัดสินว่าหญิงที่กระทำทารุณต่อเด็กเมื่อปรากฏว่าหญิงคนนั้นมองดูสามีของเธอมีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงอายุ 12 ปีที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับ 38 ในคดี People v. Carroll, 715 N.E.2d 500, 500 (N.Y. 1999) ศาลตัดสินว่าแม่เลี้ยงที่เทียบเท่าได้กับกระทำการโดยหน้าที่เป็นพ่อแม่ของผู้ถูกระทำและเห็นว่าจะมีความผิดฐานทำให้เด็กตกอยู่ในสภาวะได้รับอันตราย นอกจากนี้การไม่รายงานเหตุการณ์ทารุณกรรมและการปล่อยปละละเลยเด็กทำให้เกิดภาวะเสี่ยงการทำให้เด็กได้รับอันตรายในระดับที่สูงขึ้น³⁹

บทบัญญัติกฎหมายของมลรัฐโอคลาโฮมา สหรัฐอเมริกา (Oklahoma Statutes) แก้ไขเพิ่มเติมปี 2014 21 OK Stat § 21-852.1 (2014) หมวด 21 อาชญากรรมและการลงโทษ มาตรา 21-852.1. ทำให้เด็กได้รับอันตราย (Child Endangerment)

A. บุคคลที่เป็นพ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือผู้ที่มีอำนาจปกครองหรือควบคุมเด็กดังกล่าวจำกัดความไว้ในมาตรา 1-1-105 ของหมวด 10A กระทำให้เด็กได้รับอันตรายเมื่อบุคคลนั้น

- 1) โดยรู้อยู่แล้วยังยอมให้มีการกระทำทารุณต่อเด็กทางร่างกายหรือทางเพศ
- 2) โดยรู้อยู่แล้วยังยอมให้เด็กอยู่ในพื้นที่ที่มีการผลิตหรือพยายามผลิตวัตถุอันตราย...
- 3) โดยรู้อยู่แล้วยังยอมให้เด็กอยู่ในรถที่ผู้เช่ารถดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือของมี

เมาอย่างอื่น

4) เป็นคนขับรถ ผู้เช่ารถ หรือผู้ที่ควบคุมรถทางกายภาพที่ฝ่าฝืนกฎหมาย....ในขณะที่ขนส่ง หรือมีเด็กดังกล่าวอยู่ในรถอย่างไรก็ตามบุคคลนั้นอาจยกเป็นข้อต่อสู้ได้ว่ามีความเข้าใจโดยสมเหตุสมผลว่าการกระทำใดๆ เพื่อหยุดการกระทำทารุณทางกายหรือทางเพศ หรือไม่ยอมให้เด็กเข้าไปในอยู่ในรถกับบุคคลที่มีเมมาแล้วจะก่อให้เกิดอันตรายทางร่างกายมากมายต่อบุคคลนั้นหรือเด็ก....

C. ผู้ใดที่ฝ่าฝืนมาตรานี้มีความผิดขั้นรุนแรงต้องระวางโทษจำคุกในความควบคุมของกรมราชทัณฑ์ไม่เกินสี่ (4) ปี หรือปรับไม่เกินห้าพันดอลลาร์ (5,000.00) หรือทั้งจำทั้งปรับ⁴⁰

³⁸ Jeanne A. Fugate. (2001). op.cit.

³⁹ American Humane. (2013). **Child neglect** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.americanhumane.org/children/stop-child-abuse/fact-sheets/child-neglect.html>. [2560, 28 พฤศจิกายน]

⁴⁰ Oklahoma Statutes. (2014). **Article 21-852.1.1** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://law.justia.com/codes/oklahoma/2014/title-21/section-21-852.1>. [2560, 28 พฤศจิกายน].

จึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติว่าด้วยการทำให้เด็กได้รับอันตราย (Child Endangerment) ห้ามการกระทำทารุณทางกายและทางเพศต่อเด็ก ซึ่งมีการใช้บังคับกฎหมายต่อผู้กระทำทารุณและผู้ทำให้เด็กได้รับอันตรายอย่างเท่าเทียมกัน หากว่าบุคคลหนึ่งกระทำทารุณหรือทำให้/ยอมให้มีการกระทำทารุณต่อเด็กเกิดขึ้น ไม่ว่าจะทางกายหรือทางเพศ ย่อมเป็นความผิดขั้นรุนแรงโดยมิโทษสูงสุดถึงจำคุกตลอดชีวิต (ตามมาตรา 21 § 843.5) โดยการกระทำทารุณทางเพศต่อเด็กได้แก่ การสัมผัสไปในทางเพศทุกรูปแบบ การแสวงหาประโยชน์ทางเพศไม่ว่าจะเป็นต้นเหตุ ทำให้เกิด หรือยอมให้เกิดการกระทำทารุณทางเพศต่อเด็ก รวมถึงการข่มขืน การร่วมประเวณีระหว่างบุคคลร่วมสายโลหิตเดียวกัน และการกระทำที่ลามกหรืออนาจาร หากว่าพ่อหรือแม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับการกระทำทารุณต่อเด็ก อาจจะถูกตั้งข้อกล่าวหาทั้งสองส่วนคือ ทารุณกรรมและการทำให้เด็กได้รับอันตรายภายใต้ประมวลกฎหมายโอคลาโฮมา⁴¹

บทบัญญัติกฎหมายเด็ก เยาวชน และครอบครัว ค.ศ. 2005 (Children, Youth and Families Act 2005 – CYFA) ของรัฐวิกตอเรีย เครือรัฐออสเตรเลีย มาตรา 493 ความผิดว่าด้วยการไม่คุ้มครองเด็กจากอันตราย

(1) บุคคลที่มีหน้าที่ดูแลเด็ก

(a) กระทำโดยเจตนาเป็นผลให้ หรืออาจส่งผลให้

(i) เด็กได้รับอันตรายมากอันเนื่องมาจาก

(A) ได้รับการบาดเจ็บทางร่างกาย

(B) การกระทำทารุณทางเพศ

(ii) เด็กได้รับอันตรายทางอารมณ์หรือทางจิตวิทยาในลักษณะที่ทำให้หรืออาจทำให้พัฒนาการทางอารมณ์หรือสติปัญญาได้รับความเสียหายอย่างมาก หรือ

(iii) พัฒนาการทางร่างกายหรือสุขภาพได้รับอันตรายอย่างมาก

(b) กระทำโดยเจตนาเป็นผลให้ หรืออาจส่งผลให้พัฒนาการทางร่างกายหรือสุขภาพได้รับอันตรายอย่างมาก

มีความผิดและต้องรับโทษไม่เกินกว่า 50 หน่วย (Penalty Units*) หรือจำคุกไม่เกิน 12 เดือน

⁴¹ Wirth Law Office. (2016). **How Serious Is Child Endangerment Oklahoma? Okmulgee Lawyer Blog** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.okmulgeelawyer.com/okmulgee-attorney-blog/2016/05/child-endangerment-oklahoma>. [2560, 28 พฤศจิกายน]

(หมายเหตุ *หนึ่งหน่วย Penalty Unit ตามกฎหมายรัฐวิกตอเรียเท่ากับค่าปรับเป็นเงินประมาณ 155 ดอลลาร์ออสเตรเลีย (ณ 1 กรกฎาคม 2016) หน่วยนี้คิดเป็นอัตราเงินค่าปรับแตกต่างกันไป โดยขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละรัฐ

มีข้อสังเกตว่า การไม่คุ้มครองเด็กขึ้นอยู่กับ การพิสูจน์ว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือไม่ เพียงใด ซึ่งอาจยากที่จะพิสูจน์ แต่อาจเทียบเคียงได้ การพิเคราะห์กฎหมายว่าด้วย “การไม่คุ้มครอง” ของสหราชอาณาจักร รัฐเซาท์เวลส์เครือรัฐออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ นอกจากนี้กรมยุติธรรมได้ให้ความเห็น⁴²ว่า การกระทำที่จะเป็นความผิดตามกฎหมายเมื่อ (1) รู้หรือเชื่อว่าเด็กที่อยู่ในความปกครองหรือดูแลของตน หรืออยู่ในครัวเรือนของตนกำลังถูกทารุณกรรมทางเพศหรือทารุณกรรมที่อาจส่งผลให้ได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือเสียชีวิต (2) เด็กที่อยู่อาศัยในครัวเรือนเดียวกันกับตนเสียชีวิตเพราะว่าถูกกระทำทารุณและผู้ใหญ่ดังกล่าวล่วงรู้ถึงทารุณกรรมและความรุนแรงของทารุณกรรมนั้นด้วย⁴³

The Cummins Inquiry ยังได้พิเคราะห์บทบัญญัติ “การไม่คุ้มครอง (Failure to Protect provision)” เมื่อเกิดกรณีสมาชิกในครอบครัวทำความรุนแรงในครอบครัวซึ่งมีข้อสังเกตว่า หากมีการประกาศใช้บทบัญญัตินี้ใหม่ต้องกำหนดให้พิสูจน์ว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้เป็นหรือตกอยู่ในภาวะเป็นผู้ทำความรุนแรงในครอบครัวเป็นองค์ประกอบความผิดและกำหนดให้พิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัย

บทบัญญัติ “การไม่คุ้มครอง (Failure to Protect provision)” หรือการไม่อาจคุ้มครองเด็กยังปรากฏอยู่ในกฎหมายของสหราชอาณาจักร รัฐเซาท์เวลส์เครือรัฐออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์⁴⁴

กฎหมายสหราชอาณาจักร Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004 ผู้เสียหายคือ เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี หรือผู้ใหญ่ที่เปราะบาง (ผู้ที่อายุมากกว่า 16 ปีที่ไม่สามารถปกป้องตนเอง

⁴² Recommendation 47. P. Cummins, D. Scott & B. Scales (‘Cummins Inquiry). (2012). **Report of the Protecting Victoria’s Vulnerable Children Inquiry, report prepared for the Minister of Community Services** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.childprotectioninquiry.vic.gov.au/report-pvvc-inquiry.html>. [2560, 28 พฤศจิกายน].

⁴³ Cummins, Scott & Scales. (2012). **Parliament of Victoria** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.researchgate.net/publication/270453954_Research_Crimes_Amendment_Protection_of_Children_Bill_2014. [2560, 28 พฤศจิกายน].

⁴⁴ Cummins, Scott & Scales. (2012). **Parliament of Victoria** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.researchgate.net/publication/270453954_Research_Crimes_Amendment_Protection_of_Children_Bill_2014. [2560, 28 พฤศจิกายน].

จากความรุนแรง ทารุณกรรม หรือการปล่อยปละละเลยได้ เพราะความพิการทางร่างกายหรือจิตใจ หรือป่วยด้วยโรคตามอายุหรืออย่างอื่น)

ผู้ที่ต้องรับผิดชอบ คือ สมาชิกในครอบครัวหรือครัวเรือน รวมถึงบุคคลซึ่งแม้ว่าจะไม่ได้อยู่อาศัยในครัวเรือนหากว่าเข้ามาเยี่ยมเยียนครัวเรือนอยู่บ้างในช่วงระยะเวลาที่พอจะถือได้ว่าบุคคลนั้นเป็นสมาชิกในครัวเรือน

ขอบเขตความผิด คือ ในขณะที่เสียชีวิต บุคคลที่ต้องรับผิดชอบเป็นสมาชิกในครัวเรือนเดียวกันกับผู้เสียหาย มักจะพบปะติดต่อกับผู้เสียหายบ่อยครั้ง ทำให้เกิดความเสียหายมากของการได้รับอันตรายทางร่างกายต่อผู้เสียหาย ไม่ว่าการกระทำของบุคคลนั้นก่อให้เกิดการเสียชีวิตหรือบุคคลนั้นควรได้รู้ถึงความเสียหายโดยไม่กระทำการตามขั้นตอนที่คาดหวังไว้ว่าจะต้องปกป้องคุ้มครองผู้เสียหาย โดยการกระทำนั้นได้เกิดขึ้นในพฤติการณ์ที่บุคคลนั้นคาดการณ์หรือควรจะคาดการณ์ได้

บทกำหนดโทษ คือ จำคุกสูงสุด 14 ปีและหรือ โทษปรับในกรณีที่เด็กเสียชีวิต

กฎหมายรัฐสภาที่เวสต์แคเรียรัฐออสเตรเลีย (Criminal Law Consolidated Act 1935)

ผู้เสียหาย คือ เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี หรือผู้ใหญ่ที่เปราะบาง (ผู้ที่อายุมากกว่า 16 ปีที่ไม่สามารถปกป้องตนเองจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย เพราะความพิการทางร่างกายหรือจิตใจหรือป่วยด้วยโรคหรืออ่อนกำลัง)

ผู้ที่ต้องรับผิดชอบ คือ ผู้ที่มีหน้าที่ต้องดูแลผู้เสียหาย ซึ่งตามกฎหมายนี้ได้แก่ พ่อแม่ หรือผู้ปกครอง หรือผู้ที่ได้เข้ามารับผิดชอบดูแลผู้เสียหาย

ขอบเขตความผิด คือ ได้รู้หรือควรได้รู้ถึงความเสียหายต่อผู้เสียหายจากการกระทำที่ผิดกฎหมายโดยไม่กระทำการตามขั้นตอนที่สมเหตุสมผลเพื่อปกป้องคุ้มครองผู้เสียหายจากความเสียหายอันตรายนั้น และการไม่กระทำการปกป้องคุ้มครองนั้นเข้าข่ายรุนแรงเป็นความผิดทางอาญาที่มีบทลงโทษ

บทกำหนดโทษ คือ จำคุกสูงสุด 14 ปีในกรณีที่เด็กเสียชีวิต จำคุกสูงสุด 5 ปีในกรณีที่เด็กได้รับบาดเจ็บ

กฎหมายนิวซีแลนด์ (Crimes Amendment Act (No.3) 2011)

ผู้เสียหาย คือ เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือผู้ใหญ่ที่เปราะบาง (ผู้ที่ไม่สามารถปกป้องคุ้มครองตนเองได้เนื่องจากถูกคุมขัง อายุ เจ็บป่วยด้วยโรค หรือมีความบกพร่องทางจิตใจ หรือเหตุอื่นใดที่ถอนตัวออกจากการดูแลหรือหน้าที่ของบุคคลอีกคนหนึ่ง)

ผู้ที่ต้องรับผิดชอบ คือ สมาชิกในครอบครัวหรือครัวเรือนเดียวกัน หรือเจ้าหน้าที่โรงพยาบาล สถาบัน หรือที่อยู่อาศัยซึ่งผู้เสียหายอยู่อาศัย สมาชิกในครอบครัวหรือครัวเรือน

เดียวกัน อาจได้แก่ รวมถึงบุคคลซึ่งแม้ว่าจะไม่ได้อยู่อาศัยในครัวเรือน แต่พบปะติดต่อย่างใกล้ชิดกับครัวเรือนบ่อยครั้งและเยี่ยมชมครัวเรือนไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีความสัมพันธ์คุ้นเคยกับผู้เสียหายหรือไม่ก็ตาม

ขอบเขตความผิด คือ รู้ว่าผู้เสียหายเสี่ยงได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิต ได้รับอันตรายทางกายขั้นรุนแรง หรือถูกทารุณกรรมทางเพศอันเนื่องมาจากการกระทำหรืองดเว้นกระทำการของบุคคลอีกคนหนึ่ง รวมถึงไม่อาจดำเนินการตามขั้นตอนที่สมเหตุสมผลเพื่อปกป้องคุ้มครองผู้เสียหายจากความเสียหายได้

บทกำหนดโทษ คือ จำคุกสูงสุด 10 ปี (ไม่มีบทกำหนดโทษที่แตกต่างไปตามความรุนแรงของผลที่เกิดขึ้น เช่น เสียชีวิตหรือได้รับบาดเจ็บ

กล่าวโดยสรุป คือ พฤติการณ์ของบิดา มารดา ผู้ปกครอง ที่ไม่อาจปกป้องเด็กจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ จะพบว่ากฎหมายต่างประเทศมีการบัญญัติลักษณะของการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของบุคคลดังกล่าว ในการที่ไม่ปกป้องคุ้มครองเด็ก เช่นกฎหมายอาญามลรัฐนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา กฎหมายอาญามลรัฐโอคลาโฮมา สหรัฐอเมริกา เป็นต้น ผู้วิจัยเห็นว่านำแนวทางกฎหมายของต่างประเทศดังกล่าวมาบัญญัติกำหนดลักษณะของบิดา มารดา บุคคลในครอบครัว มีส่วนรับรู้โดยเป็นตัวการร่วม หรือเป็นผู้สนับสนุน จะต้องให้การบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 เป็นมาตรการยับยั้งป้องกันการกระทำความผิดต่อเด็กมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

3.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับเหตุเพิ่มโทษการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายไทย

การกระทำความผิดเกี่ยวเพศของไทยมีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวเพศมาตรา 276 ถึงมาตรา 287/2 และมีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในกฎหมายอาญามาตรา 285 ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลดังกล่าวต้องรับโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามของการกระทำความผิดในมาตรานั้นๆ

3.3.1 ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

มาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดย การใช้วัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อกุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

การกระทำชำเราผู้อื่น มี 3 ลักษณะ ได้แก่⁴⁵

(1) การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของตน โดยเอาของลับชายผ่านเข้าไปในช่องสังวาสของหญิง แม้ล่วงล้ำเพียงไปเพียงนิดเดียว เชื่อพรหมจารียังไม่ขาดน้ำอสุจิยังไม่เคลื่อนก็ตาม ก็เป็นความผิดสำเร็จ แต่ถ้าอวัยวะเพศชายไม่สามารถล่วงล้ำเข้าไปได้ ไม่ว่าเพราะอวัยวะเพศหญิงเล็กเกินไป หรืออวัยวะเพศชายไม่แข็งแรงพอ แม้น้ำอสุจิเคลื่อน เชื่อพรหมจารีขาดก็อาจเป็นเพียงพยายาม

(2) การกระทำชำเรา หมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้ อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นเป็นความผิดนี้ ชายที่แปลงเพศเป็นหญิงจึงอาจถูกกระทำความผิดฐานนี้ หรือ

(3) การใช้สิ่งอื่นใด เช่น อวัยวะเพศเทียม หากตีความอย่างแคบไม่น่าจะ หมายถึง อวัยวะเพศเช่นนี้ หรือใช้มือจับอวัยวะเพศหญิง เพราะไม่ได้ใช้คำว่า “อวัยวะอื่นใด” แต่หากตีความอย่างกว้างก็รวมไปด้วย ใช้สิ่งดังกล่าวกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนัก

ส่วนการ “ข่มขืน” ได้แก่ การฝืนใจหรือการบังคับ หากผู้ถูกกระทำยินยอมย่อมไม่เป็นการผิด

“วิธีการทำ” อาจเป็น โดยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้⁴⁶

⁴⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2560). กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 237-238.

⁴⁶ คณิต ณ นคร. (2559). กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 523-524.

(1) โดยขู่เชิญด้วยประการใดๆ

คำว่า “ขู่เชิญ” หมายความว่า ทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต ซึ่งอาจเป็นการกระทำต่อหญิงนั่นเอง หรือต่อผู้อื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับหญิงนั้น เช่น ขู่ว่าจะฆ่าบุตรของหญิงก็ได้ และอาจจะเป็นการขู่ต่อทรัพย์สิน เช่น ขู่ว่าจะเอาไปจุดเผาบ้านของหญิง เป็นต้น

(2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย

คำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กาย หรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึง การกระทำที่เป็นเหตุให้บุคคลอื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยไม่ว่าจะใช้ยาทำให้มีเมาสะกดจิต หรือใช้วิธีที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน

(3) โดยผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

คำว่า “โดยผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” หมายถึงกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้ เช่น เนื่องจากช็อก อ่อนเพลียจนหมดกำลัง หรือการที่เมาสุราหมดสติก็อยู่ในความหมายดังกล่าว

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ กระทำโดยมีเจตนาข่มขืนกระทำชำเรา

“กระทำโดยเจตนา” คือ⁴⁷ รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น โดยการกระทำโดยเจตนาจึงต้องประกอบด้วย ส่วนที่ “รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด” หรืออาจเรียกว่า “ส่วนรู้” กับ “ส่วนประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล” หรืออาจเรียกว่า “ส่วนต้องการ”

ดังนั้น “ต้องเป็นการกระทำโดยมีเจตนาข่มขืนกระทำชำเราผู้ถูกระทำ ” และผู้กระทำต้องการข่มขืนกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความสมัครใจของผู้ถูกระทำ

เหตุเพิ่มโทษตามมาตรา 285

ถ้าการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 เป็นการกระทำต่อผู้สืบสันดาน คือ ลูก หลาน เหลน ซึ่งถูกต้องตามกฎหมาย หรือตามความเป็นจริง ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล เช่น ครูใหญ่ซึ่งมีหน้าที่ในการดูแลเด็กนักเรียนตลอดเวลาที่โรงเรียนเปิดสอนตามปกติ หรือครูพลศึกษาระหว่างทำการสอนวิชาพลศึกษา เป็นต้น ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ เช่น พัดตีหรือผู้ต้องขัง แต่ไม่ได้หมายความรวมถึงกำนันกับลูกบ้าน โดยผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ต้องเป็นผู้ปกครองตามกฎหมาย

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 524-525.

การแก้ไขมาตรา 276 เมื่อปีพ.ศ. 2550 สภานิติบัญญัติแห่งชาติให้เหตุผลหลักของการแก้ไขไว้ว่า เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเรื่องการจัดการความแตกต่างของเพศและความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง ความแตกต่างของมาตรา 276 ก่อนแก้ไขและหลังการแก้ไข กล่าวคือ

(1) คำว่า “ผู้ใด” ตามมาตรา 276 เดิม แสดงว่าส่วนของผู้กระทำความผิดนอกจากชายจะเป็นผู้กระทำความผิดแล้ว ยังหมายความครอบคลุมถึงหญิงด้วย โดยอาจจะมีความสัมพันธ์ในฐานะเป็นตัวการร่วมกับชายผู้กระทำความผิดได้ ส่วนมาตรา 276 แก้ไขใหม่ ผู้กระทำความผิดอาจเป็นชายหรือหญิง โดยหญิงไม่ต้องอาศัยความเป็นตัวการร่วม

(2) คำว่า “ผู้อื่น” ตามมาตรา 276 เดิม ชายกระทำต่อหญิง ส่วนมาตรา 276 แก้ไขใหม่ ชายกระทำต่อชาย หรือ หญิงกระทำต่อชาย หรือ หญิงกระทำต่อหญิง โดยไม่ต้องอาศัยความเป็นตัวการร่วม

(3) คำว่า “กระทำชำเรา” ตามมาตราเดิม หมายถึง การเอาอวัยวะเพศชายล้วงล้าเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน ส่วนมาตรา 276 แก้ไขใหม่ ไม่จำเป็นต้องมีการล้วงล้าหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศก็ได้ เพียงแต่ใช้อวัยวะเพศของตนถูไถอยู่ที่ปากช่องคลอดด้านนอกยังไม่ได้ล้วงล้าเข้าไปก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ซึ่งตามกฎหมายเดิมเป็นเพียงความผิดฐานพยายามกระทำชำเรา

(4) กระทำชำเราตามมาตรา 276 เดิม หมายความว่า จะต้องมีการร่วมเพศและสอดใส่อวัยวะเพศ โดยใช้อวัยวะเพศชายจะต้องล้วงล้าเข้าไปในช่องคลอดของหญิงเท่านั้น ส่วนมาตรา 276 แก้ไขใหม่ หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ซึ่งเป็นการให้ความหมายอย่างกว้างต่างจากกฎหมายเดิม

(5) มาตรา 276 เดิม บัญญัติว่า ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่มิใช่ภริยาตน...และการที่สามีข่มขืนภริยาของตนไม่เป็นความผิด ส่วนมาตรา 276 แก้ไขใหม่ บัญญัติว่า ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น... และการที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนก็เป็นความผิด

2) ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

มาตรา 277 ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน และเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป”

เหตุเพิ่มโทษมาตรา 285

ถ้าการกระทำชำเราเด็กตามมาตราดังกล่าว เป็นการกระทำแก่ผู้สิ้นدان ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม แต่ทั้งนี้อายุของเด็กเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดที่ผู้กระทำความผิดต้องรู้ ตามมาตรา 59 วรรคสาม หากผู้เสียหายเป็นเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ผู้กระทำความผิดจะอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้การกระทำของตนเองพ้นความผิดไม่ได้

องค์ประกอบของความผิดที่แตกต่างไปจากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276

(1) ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของผู้กระทำความผิดอายุของผู้เสียหายตามมาตรา 277 จะมีอายุน้อยกว่าผู้เสียหายที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276

(2) ความยินยอมของเด็กที่ถูกกระทำชำเราตามมาตรานี้ไม่มีผลทางกฎหมาย แม้การกระทำชำเรานั้นเด็กได้สมัครใจ หรือยินยอมให้กระทำชำเราก็คือเป็นความผิด สาเหตุเพราะกฎหมายเห็นว่าไม่ควรให้ผู้กระทำความผิดอ้างความยินยอมของเด็กที่มีอายุระหว่าง 13 ถึง 15 ปีนี้ เป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุบรรเทาโทษ เพื่อหาผลประโยชน์จากเด็กอีกต่อไป เนื่องจากเด็กวัยนี้ส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโต และพัฒนาการทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรม และประสบการณ์ไม่เพียงพอ⁴⁸

⁴⁸ คณิต ณ นคร. อ่างแล้ว เจริงรรถที่ 47. หน้า 533.

องค์ประกอบภายในของความผิดนี้ คือ เจตนา⁴⁹ กล่าวคือ ผู้กระทำต้องรู้ว่าเด็กนั้นอายุมากกว่า 13 ปีแต่ไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีชักริยาหรือสามีของตน และผู้กระทำต้องกระทำชำเราเด็กนั้น โดยองค์ประกอบอื่นนอกจากนี้คล้ายกันกับมาตรา 276

วรรคสองเป็นคำจำกัดความของการกระทำชำเรา หมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น

วรรคสามเป็นบทเพิ่มโทษ โดยมีอายุของผู้ถูกระทำมาเป็นองค์ประกอบของความผิด กล่าวคือ หากกระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกิน 13 ปี ต้องระวางโทษสูงขึ้น

วรรคสี่เป็นบทเพิ่มโทษโดยมีลักษณะของการกระทำเป็นองค์ประกอบความผิด กรณีมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือเด็กชาย และเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยอาวุธ ต้องระวางโทษเพิ่มขึ้น

วรรคห้า เป็นบทยกเว้นโทษ หากการกระทำดังกล่าวผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปีกระทำต่อเด็กที่มีอายุกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นยินยอมและภายหลังศาลให้อนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกันผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ

กล่าวโดยสรุปคือ องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติการกระทำความผิดฐานนี้คือ การที่บุคคลกระทำชำเราเด็กที่อายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีชักริยาของตน โดยเจตนากระทำชำเราเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี การคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปีเป็นพิเศษถือเป็นแนวความคิดใหม่ โดยฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าไม่ควรให้ผู้กระทำความผิดอ้างความยินยอมของเด็กที่อายุไม่เกิน 15 ปีนี้ขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิด หรือบรรเทาโทษ เนื่องจากเด็กที่อายุนานี้ส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโต และพัฒนาการทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรม และประสบการณ์ไม่เพียงพอ ฉะนั้นความยินยอมของเด็กอายุระหว่างนี้จึงไม่เป็นข้อสำคัญ แม้เด็กจะยินยอมก็เป็นการกระทำความผิดตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของเด็กเป็นข้อเท็จจริงอันเป็น “องค์ประกอบของความผิด” ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของเด็ก

3) ความผิดฐานอนาจารบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี

มาตรา 278 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี โดยขู่เชิญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁴⁹ คณิต ฒ นคร. อ่างแล้ว เจริงรรถที่ 47. หน้า 533-534.

การครอบงำประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้⁵⁰คือ การที่บุคคลกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยบุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

ผู้กระทำ คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร

ผู้ถูกกระทำ คือ บุคคลอายุกว่า 15 ปี ซึ่งอาจเป็นหญิงหรือชาย หรือผู้ถูกกระทำอาจเป็นเพศเดียวกันกับผู้กระทำก็ได้ เช่น อาจเป็นชายต่อชาย หญิงต่อหญิงก็ได้

การกระทำ คือ การกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี โดยฝ่าฝืนการสมัครใจของผู้ถูกกระทำ

อนาจาร⁵¹ หมายความว่า ความประพฤติน่าอัปยศ ลามก น่าบัดสี ทำให้เป็นที่น่าอัปยศเป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในทางเพศ เช่น การสัมผัสจับต้องอวัยวะเพศของเด็ก การกอด ปล้ำ นุดมือเด็ก เป็นต้น

บุคคลที่สามอาจเป็นตัวการ หรืออาจไม่ใช่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ เช่น ผู้กระทำบังคับให้บุคคลอื่นกระทำอนาจารแก่คนที่หลับอยู่ หรือบุคคลที่สามอาจตกเป็นเหยื่อของการกระทำได้ เช่น บังคับให้บุคคลสองคนทำอนาจารต่อหน้าตน ซึ่งโดยทั่วไปความผิดอาญาเป็นความผิดที่ผู้กระทำต้องกระทำเอง แต่สำหรับความผิดฐานนี้อาจเป็นความผิดที่ไม่ต้องทำเอง⁵²

ความผิดฐานนี้เป็นทำนองเดียวกับความผิดต่อเสรีภาพในข้อหนึ่งคือ การขู่เข็ญ หรือการใช้กำลังประทุษร้ายอาจกระทำต่อบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถูกกระทำได้⁵³

(2) องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้⁵⁴ คือ กระทำโดยมีเจตนากระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี

“กระทำโดยเจตนา”⁵⁵คือกระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด และในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น “กระทำโดยเจตนา” จึงประกอบด้วยส่วนประกอบสองส่วน คือ “รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด” หรืออาจ

⁵⁰ คณิต ฒ นคร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 47. หน้า 544.

⁵¹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2560). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 14). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 206.

⁵² คณิต ฒ นคร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 47. หน้า 545.

⁵³ คณิต ฒ นคร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 47. หน้า 545.

⁵⁴ คณิต ฒ นคร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 47. หน้า 545.

⁵⁵ คณิต ฒ นคร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 47. หน้า 545.

เรียกสั้นๆว่า “ส่วนรู้” กับ “ส่วนประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล” หรืออาจเรียกสั้นๆว่า “ส่วนต้องการ”

ดังนั้น “กระทำโดยมีเจตนากระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี” คือ การที่ผู้กระทำรู้ว่า ผู้ถูกกระทำเป็นบุคคลอายุกว่า 15 ปี และผู้กระทำต้องการกระทำอนาจาร โดยฝ่าฝืนความสมัครใจของผู้นั้น

4) ความผิดฐานอนาจารเด็ก

มาตรา 279 วรรคแรก บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

(1) องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้⁵⁶ คือ การที่บุคคลกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี

ผู้กระทำ คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายจำกัดว่าจะเป็นใครและไม่จำกัดเพศ

การกระทำ คือ การกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี

กระทำอนาจารแก่เด็ก หมายความว่าถึงไม่เพียงแต่การกระทำอนาจารต่อหน้าเด็ก แต่หมายความว่าถึงการกระทำด้วยร่างกายของเด็ก หรือกระทำที่ร่างกายของเด็ก โดยไม่สำคัญว่าการเริ่มกระทำจะเกิดจากใคร

กระทำอนาจารต่อหน้าเด็ก เช่น การร่วมเพศกันให้เด็กดู

กระทำอนาจารด้วยร่างกายของเด็ก เช่น ให้เด็กสัมผัสอวัยวะเพศของผู้กระทำ

กระทำอนาจารที่ร่างกายของเด็ก เช่น กอด จูบ หรือลูบคลำเด็ก

(2) องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้⁵⁷ คือ กระทำโดยมีเจตนากระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี

“กระทำโดยเจตนา”⁵⁸ คือกระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด และในขณะที่ผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น “กระทำโดยเจตนา” จึงประกอบด้วยส่วนประกอบสองส่วน คือ “รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด” หรืออาจเรียกสั้นๆว่า “ส่วนรู้” กับ “ส่วนประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล” หรืออาจเรียกสั้นๆว่า “ส่วนต้องการ”

⁵⁶ คณิต ฒ นคร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 47. หน้า 547.

⁵⁷ คณิต ฒ นคร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 47. หน้า 548.

⁵⁸ คณิต ฒ นคร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 47. หน้า 548.

ดังนั้น “กระทำโดยมีเจตนากระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี” คือ การที่ผู้กระทำรู้ว่า เด็กอายุยังไม่เกินกว่า 15 ปี และผู้กระทำต้องการกระทำอนาจารแก่เด็กนั้น

เหตุเพิ่มโทษ ตามมาตรา 285

ความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278 มาตรา 279 หากเป็นการกระทำต่อ ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความ ปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักขึ้นกว่าที่บัญญัติไว้ สำหรับความผิดนั้นๆ หนึ่งในสาม แต่ถ้าปรากฏว่าเด็กมีอายุไม่เกิน 13 ปี ผู้กระทำความผิดจะอ้าง ความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้ตนเองพ้นผิดจากการกระทำความผิดไม่ได้ (มาตรา 285/1)

ข้อแตกต่างความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่า 15 ปี ตามมาตรา 278 และความผิด ฐานกระทำอนาจารเด็ก

1) อายุของผู้ถูกระทำ มาตรา 278 ต้องเป็นการกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี ส่วนมาตรา 279 ต้องเป็นการกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี

2) ผู้กระทำรู้ว่าผู้ถูกระทำเป็นบุคคลอายุกว่า 15 ปี และผู้กระทำการอนาจารโดย ผู้ถูกระทำไม่ยินยอม ส่วนมาตรา 279 ผู้กระทำรู้ว่าผู้ถูกระทำเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี และ ผู้กระทำการอนาจารเด็กนั้น ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ยินยอมไม่ใช่สาระสำคัญ

3) หากเด็กไม่ยินยอม ตามมาตรา 279 โดยมีการขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลัง ประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจว่าเป็น บุคคลอื่น ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักขึ้นกว่าวรรคแรก ส่วนมาตรา 278 นั้น ผู้กระทำต้องระวาง โทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 285

เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามมาตรา 285 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำ ความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277ทวิ มาตรา 277ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำต่อผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้ที่อยู่ใน ความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรืออยู่ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษ หนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม”

องค์ประกอบภายนอกของบทบัญญัติดังกล่าว มีดังนี้

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

(2) เป็นการกระทำต่อผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม”

มาตรา 285 เป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกกระทำเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุเพิ่มโทษ

คำว่า “ผู้สืบสันดาน” นักกฎหมายที่มีความรู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาแบ่งออกเป็นสองแนวทาง แนวทางแรก กล่าวคือ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์⁵⁹ อธิบายว่าการตีความให้รวมถึงผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง จะมีผลเป็นการตีความในทางเป็นผลร้ายแก่จำเลยในคดีอาญา ซึ่งเป็นการตีความโดยไม่ชอบด้วยหลักการตีความตามกฎหมายอาญา โดยความเห็นดังกล่าวเป็นไปในทำนองเดียวกันกับ ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย⁶⁰ อธิบายว่าผู้สืบสันดาน คือ บุตร หลาน เหลน ลื้อ ที่ชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ไม่รวมถึงบุตรบุญธรรมเพราะเจตนาของบทบัญญัติ มาตรา 285 เป็นบทเพิ่มโทษเพื่อลงโทษบุพการีที่กระทำต่อบุตรของตนเองตามความเป็นจริงเท่านั้น เพราะการกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการทำลายศีลธรรมอย่างร้ายแรง โดยแนวทางที่สองเป็นแนวคำวินิจฉัยตามคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมาตามตัวอย่างดังนี้ คือ

(1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2993/2530 วินิจฉัยว่า การข่มขืนกระทำชำเราผู้สืบสันดานจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 นั้น หมายถึงกระทำแก่ผู้สืบสันดานในทางสายโลหิต โดยแท้จริง เพราะบทกฎหมายมาตรานี้ไม่ได้มุ่งลงโทษหนักขึ้นเฉพาะการกระทำแก่บุตรชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงใช้คำว่า “กระทำแก่ผู้สืบสันดาน” ดังนั้น การข่มขืนกระทำชำเราผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมา แม้ผู้นั้นจะไม่ใช่บุตรชอบด้วยกฎหมายของจำเลยก็ตาม ก็ถือว่าจำเลยได้กระทำต่อผู้สืบสันดาน ตามความหมายมาตรา 285 แล้ว นอกจากนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1384/2516 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 926/2509 วินิจฉัยทำนองเดียวกันว่า ผู้สืบสันดานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 หมายความว่า ผู้สืบเชื้อสายโดยตรง (ผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง) ดังนั้นบุตรบุญธรรมจึงไม่ใช่ผู้สืบสันดานตามกฎหมายมาตราดังกล่าว คำว่าผู้อยู่ในความปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 282 ควรต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อกฎหมายอาญามาตรา 285 บัญญัติถึงความเป็นผู้ปกครอง หมายถึงผู้ปกครองตามกฎหมาย หาก

⁵⁹ จิตติ ดิงศภัทย์. (2548). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 และภาค 3 (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัดจรัสจักรพิมพ์. หน้า 791-792.

⁶⁰ อรรถสิทธิ์ วัฒนศักดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4. หน้า 53.

ต้องการให้มีความหมายนอกเหนือไปถึงความปกครองโดยพฤตินัยด้วยแล้ว ย่อมจะต้องมีการบัญญัติไว้เป็นพิเศษ

(2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 219/2554 วินิจฉัยว่าการข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยงไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำชำเราแก่ผู้สืบสันดาน และผู้อยู่ในความปกครองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ผู้อยู่ในความปกครองตามบทบัญญัติดังกล่าวต้อง หมายถึงผู้อยู่ในความปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้เสียหายเป็นเพียงลูกเลี้ยงของจำเลยที่ 1 ซึ่งตามกฎหมายไม่ได้ผู้ปกครองของจำเลยที่ 1 และผู้เสียหายไม่ใช่ผู้สืบสันดานของจำเลยที่ 1 ด้วย จำเลยที่ 1 ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแก่ผู้สืบสันดาน และผู้อยู่ในความปกครองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 คงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรก (เดิม)

(3) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8825/2554 วินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี โดยใช้กำลังประทุษร้ายและพยายามข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ อันเป็นการกระทำความผิดเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท นาย ธ. (บิดา) นำผู้เสียหายมาฝากไว้กับนาง ล.(ป้า) ภริยาของจำเลย (ลุงเขย) ช่วยดูแลเพื่ออำนวยความสะดวกในการศึกษาของผู้เสียหาย ดังนั้น อำนาจการปกครองยังอยู่กับนาย ธ. ผู้เป็นบิดาของผู้เสียหาย การกระทำของจำเลยจึงไม่เข้าเหตุจรรยาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ที่จะทำให้จำเลยได้รับโทษหนักขึ้น การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคแรก (เดิม)

(4) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8720/2549 วินิจฉัยว่า “ผู้อยู่ในความปกครอง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อข้อเท็จจริงได้ความว่าผู้เสียหายเป็นบุตรของนาง จ. และไม่ปรากฏว่านาง จ. ถูกถอนอำนาจปกครอง หรือมีการแต่งตั้งให้จำเลยเป็นผู้ปกครองผู้เสียหาย ดังนั้น นาง จ. ซึ่งเป็นมารดาของผู้เสียหายจึงเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 แม้นาง จ. มารดาผู้เสียหายส่งผู้เสียหายมาอยู่กับจำเลย (พี่เขย) และภริยาซึ่งเป็นพี่สาวนาง จ. ตั้งแต่ยังเล็ก แต่อำนาจปกครองผู้เสียหายก็ยังคงอยู่กับนาง จ. มารดาผู้เสียหาย ไม่ใช่จำเลย การกระทำของจำเลยต่อผู้เสียหายจึงไม่ใช่การกระทำต่อผู้อยู่ในความปกครอง ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285

ศาสตราจารย์ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ⁶¹ ให้ความเห็นว่า การตัดสินของศาลฎีกาในทำนองเดียวกันแบบนี้ ทำให้คิดว่ากฎหมายอาญาใช้คำว่า “ผู้อยู่ในความปกครอง” หากไม่ถือว่าเด็กอยู่ในความปกครองของใคร ในเมื่อมีผู้ใช้อำนาจปกครองไม่ได้ปกครอง ส่วนที่ผู้ปกครองตามความเป็นจริงไม่ใช่ผู้ใช้อำนาจปกครองแล้วจะปกครองกันอย่างไร หากนำความหมายตามประมวลกฎหมาย

⁶¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 46. หน้า 212-213.

แพ่งและพาณิชย์มาใช้กับประมวลกฎหมายอาญาย่อมไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ซึ่งต้องการคุ้มครองเด็ก โดยอาศัยข้อเท็จจริงเป็นหลักควรพิจารณาว่าเด็กอยู่ในความปกครองตามความเป็นจริงด้วย ไม่ควรพิจารณาเฉพาะในแง่ของผู้อยู่ในความปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น เนื่องจากเป็นเรื่องอิทธิพลต่อเด็กโดยตรงอย่างไม่มีทางหลีกเลี่ยงได้ เพราะการกระทำดังกล่าวกระทบต่อเนื้อตัวร่างกายไม่ใช่เป็นเพียงการกระทบต่อสิทธิในทางแพ่งเท่านั้น โดยเราจะเห็นได้ว่าผู้ปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ มีความใกล้ชิดและมีอิทธิพลต่อเด็กมากกว่า ครู หรืออาจารย์ที่โรงเรียนเสียอีก ซึ่งโดยปกติเด็กต้องพึ่งพาอาศัยพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ ในการดำรงชีวิตประจำวันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

ส่วนความหมายของคำว่า “ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ศาสตราจารย์ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ⁶² อธิบายว่า ไม่ได้หมายถึงเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ในฐานะครู หรืออาจารย์ซึ่งมีหน้าที่สอนหรือเคยสอนศิษย์เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามครูหรืออาจารย์ต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแลปกป้องศิษย์ด้วย และได้มีการกระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติต่อศิษย์ในระหว่างมีหน้าที่ดังกล่าวด้วย ถ้าหากครูหรืออาจารย์ไม่มีหน้าที่ในขณะที่เกิดเหตุ และอยู่ในเวลาควบคุมดูแลแม้จะมีการกระทำต่อศิษย์ก็ไม่ต้องรับโทษเพิ่มขึ้น ส่วนกรณีครูใหญ่ ครูพลະ กระทำอนาจารเด็กซึ่งเป็นศิษย์อยู่ในความดูแล การพิจารณาเรื่องนี้ต้องพิจารณาตามความเป็นจริงว่า การเป็นครูมีอิทธิพลเหนือศิษย์มากกว่าคนทั่วไป ควรต้องมีการพิจารณาอย่างละเอียดด้วยตามตัวอย่างดังนี้ คือ

(1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 421/2546 วินิจฉัยว่า คำว่า “ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ต้องตีความโดยเคร่งครัดซึ่งความหมายของข้อความที่ว่า ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลนั้นไม่ได้หมายถึงเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ในฐานะครู หรืออาจารย์ซึ่งมีหน้าที่สอนหรือเคยสอนศิษย์เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามครูหรืออาจารย์ต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแลปกป้องศิษย์ด้วย และได้มีการกระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติต่อศิษย์ในระหว่างมีหน้าที่ดังกล่าวด้วย จำเลยเป็นเพียงครูหรืออาจารย์สอนกวดวิชาตามที่มีผู้ไปสมัครเรียนตามความสมัครใจ และเมื่อโจทก์ร่วมที่ 2 สมัครเรียนและชำระค่าสมัครแล้วจะไปเรียนหรือไม่ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับความสนใจที่ไต่หาความรู้แสดงว่าจำเลยไม่มีหน้าที่รับผิดชอบควบคุมดูแลปกป้องรักษาโจทก์ที่ 2 ก็ไม่ใช่กระทำต่อศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลย อันจะเป็นผลให้จำเลยต้องรับโทษหนักขึ้น เมื่อการกระทำของจำเลยไม่ต้องด้วยกรณีที่ต้องรับโทษหนักขึ้น ตามมาตรา 285 หากเป็นเพียงความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก และไม่ได้เป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้โจทก์ร่วมที่ 2 รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตาย จึงเป็นความผิดอันยอมความได้ตามมาตรา 281

⁶² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 46. หน้า 213.

(2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7980/2540 วินิจฉัยว่า จำเลยไม่มีหน้าที่ดูแลศิษย์ในเวลาดังกล่าวในขณะที่เกิดเหตุ เพราะเหตุเกิดที่บ้านของ พ. และนอกเวลาควบคุมของจำเลย แม้จำเลยกระทำอนาจารผู้เสียหาย การกระทำของจำเลยก็มีใช่เป็นการกระทำต่อศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล

(3) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2353/2538 วินิจฉัยว่า จำเลยไม่เคยสอนในชั้นที่ผู้เสียหายเรียน จำเลยสอนเด็กเล็ก และไม่ได้เป็นครูใหญ่ หรือครูเวร ผู้เสียหายจึงไม่ใช่ศิษย์ที่อยู่ในความดูแลของจำเลย

สำหรับผู้อยู่ในความดูแลควบคุมตามหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 หมายถึง⁶³ ผู้กระทำมีหน้าที่ควบคุมและผู้ถูกกระทำอยู่ในความควบคุม การที่ข้าราชการชั้นผู้น้อยอยู่ในบังคับบัญชาของอธิบดี ในการปฏิบัติราชการนั้น ไม่อยู่ในความควบคุมตามความหมายแห่งมาตราดังกล่าว กล่าวคือ ต้องอยู่ในความควบคุมโดยเด็ดขาด เช่น นักโทษพิศิตี ดำรงกับผู้ต้องขังบนโรงพัก จึงจะเพิ่มโทษได้ เป็นต้น

ตามตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2453/2515 ที่ได้วินิจฉัยว่าการใช้กำลังกายกอดรัดและบีบคลั้นนมของผู้เสียหายจนฟกช้ำ เป็นการประทุษร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 ไม่เป็นมูลความผิดฐานทำร้ายร่างกายตาม มาตรา 296 อีกบทหนึ่งต่างหาก การที่โจทก์เป็นข้าราชการผู้น้อย (ตำแหน่งหัวหน้าแผนก) อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของจำเลย (ตำแหน่งอธิบดี) ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามระเบียบแบบแผนนั้น หากผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285

3.3.2 ตารางเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276 กับความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก มาตรา 277 และความผิดฐานกระทำอนาจาร มาตรา 278 กับความผิดฐานอนาจารตามเด็ก มาตรา 279 ตามประมวลกฎหมายอาญา

ฐานความผิด	อายุ	ความยินยอม	เหตุอันยอมความ ได้	เหตุเพิ่มโทษ
ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา 276	15 ปีขึ้นไป	1. หากเด็กให้ความยินยอม ไม่เป็นความผิด	เป็นความผิดอันยอมความได้ตามมาตรา 276 วรรคแรกหากการกระทำนั้น	ถ้ากระทำแก่ผู้สืบสันดานศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความปกครอง

⁶³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 46. หน้า 213.

		2. หากเด็กไม่ให้ความยินยอม เป็นความผิด	1. ไม่ได้เกิดขึ้นต่อหน้าธารกำนัล 2. ไม่เป็นเหตุให้ผู้กระทำได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย 3. ไม่ได้เป็นการกระทำแก่บุคคลตามมาตรา 285	ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้หนึ่งในสาม
ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277	ไม่เกิน 15 ปี	เด็กจะให้ความยินยอม หรือไม่ให้ความยินยอม เป็นความผิด	เป็นความผิดอันยอมความไม่ได้ แต่มีเหตุยกเว้นโทษ หากบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปีกระทำแก่เด็กอายุกว่า 13 ปีและยังไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ถ้ากำลังรับโทษอยู่ก็ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดไป	ถ้ากระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้หนึ่งในสาม

<p>ความผิดฐานกระทำ อนาจาร ตามมาตรา 278</p>	<p>15 ปีขึ้นไป</p>	<p>1. หากเด็กให้ ความยินยอมไม่ เป็นความผิด 2. หากเด็กไม่ให้ ความยินยอม เป็น ความผิด</p>	<p>เป็นความผิดอัน ยอมความได้ หาก การกระทำนั้น 1. ไม่ได้เกิดขึ้นต่อ หน้าธารกำนัล 2. ไม่เป็นเหตุให้ ผู้ถูกระทำรับ อันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความ ตาย</p>	<p>ถ้ากระทำแก่ ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ใน ความดูแล ผู้อยู่ ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความ อนุบาล ผู้กระทำ ต้องระวางโทษ หนักกว่าที่ กฎหมายกำหนด ไว้หนึ่งในสาม</p>
<p>ความผิดฐานกระทำ อนาจารเด็ก ตาม มาตรา 279</p>	<p>ไม่เกิน 15 ปี</p>	<p>เด็กจะให้ความ ยินยอม หรือไม่ก็ ตามเป็นความผิด</p>	<p>เป็นความผิดอัน ยอมความไม่ได้</p>	<p>ถ้ากระทำแก่ ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ใน ความดูแล ผู้อยู่ ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความ อนุบาล ผู้กระทำ ต้องระวางโทษ หนักกว่าที่ กฎหมายกำหนด ไว้หนึ่งในสาม</p>

3.3.3 ความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดหลายคน

มาตรา 84 บัญญัติว่า “ผู้ใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดไม่ว่าด้วยการใช้ บังคับ ชูเจ้าคุณ จ้างวานหรือยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด ผู้นั้นเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด

ถ้าความผิดมิได้กระทำลงไม่ว่าจะเป็นเพราะผู้ถูกใช้ไม่ยอมกระทำ ยังไม่ได้กระทำ หรือเหตุอื่นใด ผู้ใช้ต้องระวางโทษเพียงหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

ถ้าผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ และถ้าผู้ถูกใช้เป็นบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี ผู้พิการ ผู้ทุพพลภาพ ลูกจ้างหรือผู้ที่อยู่ได้บังคับบัญชาของผู้ใช้ ผู้ที่มีฐานะยากจน หรือผู้ต้องพึ่งพาผู้ใช้เพราะเหตุป่วยเจ็บหรือไม่ว่าทางใด ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้ใช้กึ่งหนึ่งของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับผู้นั้น”

กล่าวโดยสรุปคือ ผู้ใช้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84 แบ่งออกเป็น 2 กรณี กรณีแรก คือ การก่อให้ผู้อื่นกระทำความผิด โดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งให้ผู้อื่นตัดสินใจในการกระทำความผิดนั้น เช่น ด้วการใช้ บังคับ ชูเชิญ ช้าง วานหรือยุงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด ถ้าไม่ใช่กรณีดังกล่าวผู้ถูกใช้คงไม่ได้กระทำความผิด กรณีที่สอง คือ การกระทำความผิดโดยอ้อม ผู้ถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดของผู้ใช้ โดยผู้ถูกใช้ไม่รู้ถึงเจตนาการกระทำความผิดของผู้ใช้ ในกรณีเช่นนี้ผู้ถูกใช้ไม่ต้องรับโทษตามกฎหมายในฐานะกระทำโดยเจตนาเช่นเดียวกับผู้ใช้

มาตรา 83 บัญญัติว่า “ในกรณีความผิดใดเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ผู้ที่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันนั้นเป็นตัวการ ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

ความผิดในเรื่องของตัวการเกิดขึ้นจากกรณีบุคคลสองคนขึ้นไป มีเจตนากระทำความผิดอย่างเดียวกัน และมีการร่วมกันกระทำด้วย หากมีเจตนาแต่ไม่ได้มีการกระทำร่วมกัน หรือมีการกระทำร่วมกันแต่หากไม่ได้มีเจตนาร่วมกัน ก็ไม่ถือว่าเป็นตัวการ จึงเห็นได้ว่าการเป็นตัวการจึงประกอบด้วยกรณีดังต่อไปนี้

การร่วมมือหรือการร่วมกันทำนั้น ต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ประกอบการกระทำว่า ผู้กระทำให้รู้ถึงการร่วมมือหรือไม่ และรู้หรือไม่ว่าการร่วมมือจะเป็นเหตุให้เกิดผลอันเป็นความผิดนั้น โดยอาจเกิดขึ้นได้หลายลักษณะ ดังนี้⁶⁴

1) การแบ่งหน้าที่กันทำ เพื่อให้เกิดการกระทำความผิดสำเร็จไม่ว่าการกระทำนั้น จะเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการกระทำความผิดทั้งหมด เนื่องจากความรับผิดชอบทางอาญาเรื่องตัวการเพียงแสดงออกว่ามีการร่วมกันกระทำความผิด หรือจะกระทำความผิดร่วมกันไม่ต้องถึงขนาดต้องกระทำด้วยมือตนเอง เช่น มีการวางแผนแบ่งหน้าที่กันทำ โดยไม่จำเป็นว่าทุกคนต้องได้กระทำความผิด

⁶⁴ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์. (2560). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่18). กรุงเทพฯ:วิญญูชน. หน้า 126-130.

2) การอยู่ร่วมในที่ที่เกิดเหตุ จะต้องอยู่ในลักษณะซึ่งมีเจตนาในการช่วยเหลือได้ทันที ไม่ว่าจะเป็นการช่วยเหลือด้วยตนเอง หรือการห้ามปรามไม่ให้คนอื่นยุ่ง มีการจับไว้ให้คนอื่นทำร้าย ทำให้ไม่อาจป้องกันตนเองได้ หรืออาจมีพฤติกรรมต่างๆ เช่น การที่ยืนร่วมกับผู้กระทำความผิด ตลอดเวลาจนมีการกระทำความผิดสำเร็จแล้วหนีไปด้วยกัน ถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ได้กระทำความผิด แต่หากอยู่ห่างออกไปไม่ถือว่าเป็นตัวการ หรือเพียงพาดคนร้ายไปรู้จักบ้านที่จะปล้น แล้วแยกทางออกไปไม่ได้ร่วมปล้นไม่เป็นตัวการ เป็นต้น

3) การร่วมใจ คือ มีการแสดงเจตนาร่วมกันกระทำความผิด โดยทุกคนที่กระทำจะต้องรู้ถึงการกระทำของกันและกัน ซึ่งมุ่งให้การกระทำความผิดสำเร็จเสมือนหนึ่งว่ากระทำด้วยตนเอง อย่างไรก็ตามเจตนาร่วมกันไม่จำเป็นต้องสมรู้ร่วมคิดกันมาก่อน ถ้าเป็นพวกเดียวกันเจอเหตุการณ์เฉพาะหน้าอย่างหนึ่งอย่างใด จึงร่วมมือกันกระทำความผิดอย่างเดียวกันในขณะนั้นก็เพียงพอแล้ว นอกจากนี้เจตนาร่วมกันนี้จะต้องเป็นเจตนาร่วมในการกระทำความผิดทั้งหมดที่เดียว กล่าวคือ

(3.1) เจตนาร่วมกันนั้นมีอยู่เพียงวาระใด การกระทำความผิดร่วมกันก็มีได้เพียงวาระนั้น

(3.2) ผู้กระทำร่วมกันต้องรู้ถึงเจตนาของกันและกัน

(3.3) เจตนาร่วมกันกระทำความผิดนั้นต้องมิตลอดถึงการกระทำทุกอันที่เป็นความผิด

อย่างไรก็ตามในเรื่องตัวการนั้นจะต้องเป็นการร่วมกระทำความผิดโดยเจตนาเท่านั้น จะเป็นการกระทำความผิดร่วมกันโดยประมาทไม่ได้ ตามความหมายของมาตรา 83

4) โทษของตัวการ มาตราท้าย บัญญัติว่า “...ตัวการต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น” หมายความว่า ผู้ร่วมกระทำความผิดทั้งหมดต้องรับโทษเหมือนกันในความผิดที่มุ่งกระทำ

กล่าวโดยสรุป ความผิดในเรื่องข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่ร่วมกันกระทำความผิดได้ โดยผู้ร่วมกระทำความผิดไม่ต้องเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดทุกคน เพียงแต่คนใดคนหนึ่งกระทำชำเรา ผู้ที่ร่วมกระทำความผิดก็มีความผิดฐานเป็นตัวการ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 แต่กรณีบิดา มารดา บุคคลในครอบครัวมีส่วนรับรู้โดยเป็นตัวการในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ เช่น แม่บังคับลูกสาววัย 15 ปี ให้พ่อเลี้ยงข่มขืน ด้วยความหวาดกลัวลูกสาวจึงยอมหลับนอนกับพ่อเลี้ยงและถูกล่วงละเมิดทางเพศต่อเนื่องนับ 10 ครั้ง โดยทุกครั้งแม่จะนั่งดูอยู่ด้วยหลังจากเสร็จกิจแม่ก็จะนำยาคุมฉุกเฉินมาให้รับประทานทุกครั้ง บุคคลดังกล่าวสมควรได้รับโทษเพิ่มขึ้นจากกรณีของบุคคลทั่วไป โดยควรมีการกำหนดเป็นฐานความผิดเฉพาะในกรณีดังกล่าว

มาตรา 86 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำด้วยประการใดๆ อันเป็นการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดก่อน หรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมีไม่รู้ถึง

การช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม ผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่สนับสนุนนั้น”

การสนับสนุนการกระทำความผิดของผู้อื่นต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้⁶⁵

1) เป็นการสนับสนุนการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งของผู้อื่นใน “ความผิดที่กระทำโดยเจตนา”

2) ความผิดที่กระทำโดยเจตนาตาม (1) ต้องอย่างน้อย “ผิดกฎหมาย” และ

3) จะต้องปรากฏว่ามีความเชื่อมโยงระหว่างความผิดนั้นกับการกระทำ ที่เป็นการสนับสนุนการกระทำความผิดทำนองเดียวกับกรณีการใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด

กล่าวโดยสรุปคือ กรณีที่บิดา มารดา บุคคลในครอบครัวมีส่วนรับรู้ หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 86 หากบุคคลดังกล่าวกระทำการใดๆ อันเป็นการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่บุคคลในครอบครัวกระทำความผิดก่อน หรือขณะกระทำความผิดจะไม่ได้ไม่รู้ถึงการให้ความช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกก็ตาม ต้องระวางโทษเพียงสองในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศที่สนับสนุน เมื่อพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกกระทำมีความสัมพันธ์ละเอียดอ่อนซับซ้อนเกี่ยวพันใกล้ชิดบุคคลดังกล่าว ควรได้รับโทษเท่ากับตัวการในการกระทำความผิด

มาตรา 91 บัญญัติว่า “เมื่อปรากฏว่าผู้ใดกระทำการอันเป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน ให้ศาลลงโทษผู้นั้นทุกกรรมเป็นกระทงความผิดไป แต่ไม่ว่าจะมีการเพิ่มโทษ ลดโทษ หรือลดมาตราส่วนโทษด้วยหรือไม่ก็ตาม เมื่อรวมโทษทุกกระทงแล้ว โทษจำคุกทั้งสิ้นต้องไม่เกินกำหนดดังต่อไปนี้”

(1) สิบปี สำหรับกรณีความผิดกระทงที่หนักที่สุดมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินสามปี

(2) ยี่สิบปี สำหรับกรณีความผิดกระทงที่หนักที่สุดมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปี แต่ไม่เกินสิบปี

(3) ห้าสิบปี สำหรับกรณีความผิดกระทงที่หนักที่สุดมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสิบปีขึ้นไป เว้นแต่กรณีศาลลงโทษจำคุกตลอดชีวิต

การลงโทษตามบทบัญญัติมาตรา 91 เดิม “ไม่เปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจอย่างใดเลย หากไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแล้ว ข้อมกระทบต่อหลักการลงโทษทางอาญา อย่างไรก็ตาม การที่ศาลเรียงโทษตามกระทงอาจทำให้เกิดผลที่ไม่น่าเป็นไปได้ เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 ซึ่งมีโทษจำคุกตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไป แต่หากมีกระทำความผิดฐานปลอมเอกสารหลายๆครั้ง

⁶⁵ คณิต ณ นคร. (2560). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ:วิญญูชน. หน้า 470.

⁶⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 65. หน้า 153-155

ผู้กระทำความผิดอาจได้รับโทษ 20 ปี 30 ปี 40 ปี โดยจะเห็นได้ว่าความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตายกลับได้รับโทษน้อยกว่าความผิดฐานปลอมเอกสารเสียอีก ทั้งที่ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นมีความร้ายแรงมากกว่า และประการที่สำคัญ คือ แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษสำหรับความผิดทุกกรรมที่ตนเองได้กระทำก็ตาม แต่การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถจับกุมตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษเสียก่อน แต่ปล่อยให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดหลายครั้ง ก็ถือว่าเป็นความผิดของรัฐด้วยการลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นระยะเวลาที่ยาวนานเกินไปย่อมขัดวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญา ในแง่ของการข่มขู่ยับยั้งหรือแก้ไขผู้กระทำความผิดและบางครั้งก็ไม่เหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิดด้วย นอกจากนี้กรณีการลงโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือประหารชีวิต จะระวางโทษจำคุกมีกำหนดเวลาอย่างไร หรือจะมีการระวางโทษประหารชีวิตสองกระทง

อย่างไรก็ตามกฎหมายอาญามีข้อยกเว้นความผิดบางฐานมีลักษณะเป็นความผิดหลายกระทงแต่กฎหมายกำหนดให้ลงโทษเพียงกระทงเดียว ศาลก็ต้องลงโทษเพียงกระทงเดียว ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลงเงินตรา ตามมาตรา 248 ความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลงดวงตรา มาตรา 263 ความผิดเกี่ยวกับเอกสาร ตามมาตรา 268 ความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ ตามมาตรา 269/4 ความผิดเกี่ยวกับหนังสือเดินทาง ตามมาตรา 269/13 การปลอมบัตรประชาชนอันเป็นเอกสารราชการ แล้วมีการนำไปใช้กับสมุดบัญชีเงินฝากที่มีการทำสำเนาปลอมขึ้น ซึ่งเป็นการใช้เอกสารสิทธิและปลอมเอกสารสิทธิ เมื่อจำเลยเป็นทั้งผู้ปลอมและใช้ลงโทษฐานปลอมเอกสารสิทธิ แต่เพียงกระทงเดียว ตามมาตรา 268 วรรคสอง

กล่าวโดยสรุปคือ การกระทำความผิดกรรมต่างวาระก่อนมีการแก้ไขทำให้ความผิดหลายกระทงที่เคยลงโทษเรียงกระทงซึ่งอาจจำคุกถึง 200 กว่าปี เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายใหม่ศาลลงโทษจำคุกเพียง 50 ปี ตามมาตรา 91 (3) เช่น จำเลยได้กระทำฆ่าเราเด็กหญิงอายุ 11 ปีเศษ ยังไม่เกิน 13 ปี ซึ่งมีโชภริยาหรือสามีของตน ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 โดยจำเลยกระทำฆ่าเราผู้เสียหายในปี 2558 รวม 7 ครั้ง และในปี 2559 5 ครั้ง จะเห็นได้ว่าหลังเกิดเหตุแต่ละครั้ง ผู้เสียหายได้พ้นจากภยันตรายอันเกิดจากการกระทำความผิดของจำเลยแล้ว แม้ว่าจำเลยกระทำฆ่าเราผู้เสียหายครั้งที่ 2 ห่างจากครั้งที่ 1 ประมาณ 3 ถึง 4 วัน ครั้งที่สามห่างจากครั้งที่สองเพียง 2 วัน ครั้งที่ห้าห่างจากครั้งที่สี่ 1 วัน ครั้งที่ห้าห่างจากครั้งที่หก 2 วัน และครั้งที่หกห่างจากครั้งที่เจ็ด 2 ถึง 3 วัน อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าการกระทำของจำเลยแต่ละครั้งเป็นการกระทำต่อผู้เสียหายคนละวันต่างวาระกัน และไม่ได้เป็นการกระทำต่อเนื่องกัน จึงเป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน จำเลยกระทำฆ่าเราผู้เสียหายรวม 7 ครั้ง เป็นความผิด 7 กระทง แม้จำเลยต้องรับโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ก็ตามแต่เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายใหม่ศาลลงโทษเพียง 50 ปี ตามมาตรา 91 (3)

3.3.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1566 บัญญัติว่า “บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา

อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) มารดาหรือบิดาตาย
- (2) ไม่แน่นอนว่ามารดาหรือบิดามีชีวิตอยู่หรือตาย
- (3) มารดาหรือบิดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ
- (4) มารดาหรือบิดาต้องเข้ารักษาตัวในโรงพยาบาลเพราะจิตฟั่นเฟือน
- (5) ศาลสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา
- (6) บิดาและมารดาตกลงกันตามที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ตกลงกันได้”

มาตรา 1568 บัญญัติว่า “เมื่อบุคคลใดมีบุตรติดมาได้สมรสกับบุคคลอื่น อำนาจปกครองที่มีต่อบุตรอยู่กับผู้ที่บุตรนั้นติดมา”

กล่าวโดยสรุปคือ ผู้อยู่ในความปกครองตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 282 ต้องตีความ โดยเคร่งครัด เมื่อกฎหมายมาตราดังกล่าวบัญญัติถึงความเป็นผู้ปกครอง จึงหมายความว่าผู้ปกครองตามกฎหมาย หากต้องการให้มีความหมายนอกเหนือไปจากความปกครองโดยพฤตินัยด้วยแล้ว ก็ย่อมจะต้องบัญญัติไว้เป็นพิเศษ ดังนั้นแม้บิดา หรือมารดาได้ทำการสมรสใหม่ อำนาจการปกครองอยู่ที่บิดา มารดา เดิม หรือ เด็กอยู่ในความปกครองของเครือญาติ พี่ น้อง อำนาจการปกครองเด็กก็ยังคงอยู่ที่บิดา หรือมารดาเด็ก พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ พี่น้อง ไม่ใช่ผู้ปกครองตามกฎหมายของเด็กจึงไม่ต้องรับโทษเพิ่มขึ้น ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285

3.3.5 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“บิดามารดา” หมายความว่า บิดามารดาของเด็กไม่ว่าจะสมรสกันหรือไม่

“ผู้ปกครอง” หมายความว่า บิดา มารดา ผู้อนุบาล ผู้รับบุตรบุญธรรมและผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และให้หมายความถึงพ่อเลี้ยงแม่เลี้ยง ผู้ปกครองสวัสดิภาพ นายจ้าง ตลอดจนบุคคลอื่นซึ่งรับเด็กไว้ในอุปการะเลี้ยงดูซึ่งเด็กอาศัยอยู่ด้วย

“ครอบครัวอุปถัมภ์” หมายความว่า บุคคลที่รับเด็กไว้ในอุปการะเลี้ยงดูอย่างบุตร

กล่าวโดยสรุปคือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ได้ให้ความหมายของคำว่า ผู้ใช้อำนาจตามปกครองไว้อย่างแคบเฉพาะผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้น แต่พระราชบัญญัติ

คุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 หมายความว่ารวมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายและผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง

มาตรา 25 บัญญัติว่า “ผู้ปกครองต้องไม่กระทำการดังต่อไปนี้”

(1) ทอดทิ้งเด็กไว้ในสถานรับเลี้ยงเด็กหรือสถานพยาบาลหรือไว้กับบุคคลที่รับจ้างเลี้ยงเด็กหรือที่สาธารณะหรือสถานที่ใดๆ โดยไม่มีเจตนาที่ไม่รับเด็กกลับคืน

(2) ละทิ้งเด็กไว้ ณ สถานที่ใดๆ โดยไม่จัดให้มีการป้องกันดูแลสวัสดิภาพหรือให้การเลี้ยงดูที่เหมาะสม

(3) จงใจหรือละเลยไม่ให้สิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีวิตหรือสุขภาพอนามัย จนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของเด็ก

(4) ปฏิบัติต่อเด็กในลักษณะที่เป็นการขัดขวางการเจริญเติบโตหรือพัฒนาการของเด็ก

(5) ปฏิบัติต่อเด็กในลักษณะที่เป็นการเลี้ยงดูโดยมิชอบ

มาตรา 26 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการ ดังต่อไปนี้”

(1) กระทำหรือละเว้นการกระทำอันเป็นการทารุณกรรมต่อร่างกายหรือจิตใจของเด็ก

(2) จงใจหรือละเลยไม่ให้สิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีวิต หรือรักษาพยาบาลแก่เด็กที่อยู่ในความดูแลของตน จนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกาย หรือจิตใจของเด็ก

(3) บังคับ ชูเชิญ ชักจูง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควร หรือน่าจะทำให้เด็กมีความประพฤติเสี่ยงต่อการกระทำผิด

(4) โฆษณาทางสื่อมวลชน หรือเผยแพร่ด้วยประการใด เพื่อรับเด็กหรือยกเด็กให้แก่บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ญาติของเด็ก เว้นแต่เป็นการกระทำของทางราชการ หรือได้รับอนุญาตจากทางราชการแล้ว

(5) บังคับ ชูเชิญ ชักจูง ส่งเสริม ยินยอม หรือกระทำด้วยประการใดให้เด็กไปเป็นขอทาน เด็กเร่ร่อน หรือใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการขอทานหรือการกระทำผิด หรือกระทำด้วยประการใดอันเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็ก

(6) ใช้ จ้าง หรือวานเด็กให้ทำงาน หรือกระทำการอันอาจเป็นอันตรายแก่ร่างกาย หรือจิตใจมีผลกระทบต่อเจริญเติบโต หรือขัดขวางต่อพัฒนาการของเด็ก

(7) บังคับ ชูเชิญ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กเล่นกีฬา หรือให้กระทำการใด เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้า อันมีลักษณะเป็นการขัดขวางต่อการเจริญเติบโต หรือพัฒนาการของเด็ก หรือมีลักษณะเป็นการทารุณกรรมต่อเด็ก

(8) ใช้หรือยินยอมให้เด็กเล่นการพนันไม่ว่าชนิดใด หรือเข้าไปในสถานที่เล่นการพนัน สถานค้าประเวณี หรือสถานที่ที่ห้ามมิให้เด็กเข้า

(9) บังคับ ชูเชิญ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดง หรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจาร ไม่ว่าจะ เป็นเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทน หรือเพื่อการใด

(10) จำหน่าย แลกเปลี่ยน หรือให้สุรา หรือบุหรี่แก่เด็ก เว้นแต่การปฏิบัติทางการแพทย์ ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งมีโทษตามกฎหมายอื่นที่หนักกว่าก็ให้ลงโทษตามกฎหมายนั้น

กล่าวโดยสรุปคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มีการกำหนดลักษณะความผิด และโทษ บิดา มารดา ผู้ปกครองเพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กซึ่งอยู่ในความปกครอง เช่น กรณีมารดา บังคับ ชูเชิญ ทบตีให้ลูกสาวของตนเองร่วมหลับนอนกับพ่อเลี้ยง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน หรือปรับไม่เกิน 30,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับนั้นรับโทษน้อยเกินไป เมื่อเทียบกับความร้ายแรงของการทำความผิด เนื่องจากเจตนารมณ์ของมาตรา 26 ไม่ได้มีความมุ่งหมายจะลงโทษทางอาญาเป็นสำคัญ เพียงเพื่อป้องปรามไม่ให้กระทำการอันมิชอบต่อเด็ก โดยมุ่งหวังให้ผู้ปกครองเอาใจใส่และให้ความสำคัญในการเลี้ยงดูเด็กให้ถูกต้อง แต่ความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีการบัญญัติลงโทษบิดา มารดา หรือผู้ปกครองเด็ก เป็นลักษณะความรับผิดชอบเฉพาะดังเช่นพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

3.3.6 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“ความรุนแรงในครอบครัว” หมายความว่า การกระทำใดๆ โดยมุ่งประสงค์ให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือกระทำโดยเจตนาในลักษณะที่น่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลในครอบครัว หรือบังคับหรือใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมให้บุคคลในครอบครัวต้องกระทำการ ไม่กระทำการ หรือยอมรับการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด โดยมีขอบแต่ไม่รวมถึงการกระทำโดยประมาท

“บุคคลในครอบครัว” หมายความว่า คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมถึงบุคคลใดๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน

กล่าวโดยสรุปคือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ได้ให้ความหมายของคำว่า ผู้สืบสันดาน และผู้ใช้อำนาจปกครองไว้อย่างแคบ แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ได้มีการบัญญัติถึงบุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคล

ใดๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน ซึ่งเป็นการให้ความหมายในการตีความของบุคคลในครอบครัวอย่างกว้าง

3.3.7 พระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษเนื่องในโอกาสแรกนับแต่ขึ้นทรงราชย์สืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2559

มาตรา 5 บัญญัติว่า “ผู้ต้องโทษดังต่อไปนี้ ให้ได้รับพระราชทานอภัยโทษปล่อยตัวไป”

- (1) ผู้ต้องกักขัง
- (2) ผู้ทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนค่าปรับ
- (3) ผู้ได้รับการปล่อยตัวคุมประพฤติ เว้นแต่ผู้ซึ่งต้องโทษตามบัญชีลักษณะความผิด

ท้ายพระราชกฤษฎีกานี้ หรือผู้ซึ่งต้องโทษตามคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเกินแปดปี ในความผิดฐานผลิตนำเข้า หรือส่งออก หรือผลิต นำเข้า หรือส่งออกเพื่อจำหน่าย หรือจำหน่ายหรือมิไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย ตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ กฎหมายว่าด้วยมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือกฎหมายว่าด้วยวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท และผู้ซึ่งต้องโทษในความผิดตามมาตรา 276 วรรคสาม มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตรี มาตรา 280 มาตรา 285 หรือมาตรา 343 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

กรณีผู้ต้องกักขังตามวรรคหนึ่ง (1) ซึ่งเป็นนักโทษเด็ดขาด และยังไม่ได้รับโทษกักขังแทนโทษจำคุกหรือยังไม่ได้ถูกกักขังแทนค่าปรับ ให้ผู้ต้องกักขังนั้นได้รับพระราชทานอภัยโทษปล่อยตัวไปในส่วนของโทษกักขังแทนโทษจำคุกหรือในส่วนของการกักขังแทนค่าปรับ แล้วแต่กรณี

มาตรา 8 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 9 มาตรา 10 มาตรา 11 และมาตรา 12 นักโทษเด็ดขาด ซึ่งต้องโทษตามบัญชีลักษณะความผิดท้ายพระราชกฤษฎีกานี้ ให้ได้รับพระราชทานอภัยโทษลดโทษดังต่อไปนี้”

- (1) ผู้ต้องโทษประหารชีวิต ให้ลดลงเป็นโทษจำคุกตลอดชีวิต
- (2) ผู้ต้องโทษจำคุกตลอดชีวิต ให้เปลี่ยนเป็นกำหนดโทษจำคุกห้าสิบปี แล้วให้ลดโทษตามลำดับชั้นนักโทษเด็ดขาดตามกฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์หรือกฎหมายว่าด้วยเรือนจำทหารดังต่อไปนี้

ชั้นเยี่ยม 1 ใน 3

ชั้นดีมาก 1 ใน 4

ชั้นดี 1 ใน 5

โดยให้นับโทษจำคุกนั้นตั้งแต่วันที่ต้องรับโทษ เว้นแต่กรณีที่จะต้องนับโทษต่อจากคดีอื่นให้นับโทษต่อจากคดีอื่นนั้น

(๑) ผู้ต้องโทษจำคุกไม่ถึงตลอดชีวิตให้ลดโทษจากกำหนดโทษตามลำดับชั้นนักโทษเด็ดขาดตามกฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์ หรือกฎหมายว่าด้วยเรือนจำทหารตาม (1)

มาตรา 14 บัญญัติว่า “นักโทษเด็ดขาดซึ่งต้องโทษในความผิดตามมาตรา 276 วรรคสาม มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 280 มาตรา 285 และมาตรา 343 แห่งประมวลกฎหมายอาญาไม่อยู่ในข่ายได้รับพระราชทานอภัยโทษตามพระราชกฤษฎีกานี้”

บัญชีลักษณะความผิดท้ายพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษเนื่องในโอกาสแรกนับแต่ขึ้นทรงราชย์สืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2559

(1) ความผิดในภาค 2 ความผิด แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 276 วรรคหนึ่ง มาตรา 282 และมาตรา 283

กล่าวโดยสรุปคือ ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กซึ่งอยู่ในความปกครองของตนเองตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 เมื่อได้รับโทษตามที่ศาลมีคำพิพากษาแล้วไม่อยู่ในเงื่อนไของของการพระราชทานอภัยโทษปล่อยตัว เนื่องจากเป็นความผิดที่เป็นข้อยกเว้นไม่ได้รับการพระราชทานอภัยโทษปล่อยตัว ประกอบเป็นความผิดซึ่งไม่ได้อยู่ในบัญชีลักษณะความผิดท้ายพระราชกฤษฎีกาจึงไม่เข้าข่ายให้ได้รับพระราชทานอภัยโทษลดโทษ และไม่อยู่ในข่ายได้รับพระราชทานอภัยโทษตามพระราชกฤษฎีกานี้ โดยผู้วิจัยเห็นว่าผู้กระทำความผิดได้รับโทษเพียงพอเหมาะสมต่อการกระทำความผิดแล้ว ควรมีการนำมาตรการพักโทษมาบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดเพื่อให้โอกาสผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดีของสังคมต่อไป

3.4 ตารางเปรียบเทียบเหตุเพิ่มโทษการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาไทยและกฎหมายต่างประเทศ

กฎหมายอาญา	บทบัญญัติ	เหตุเพิ่มโทษความผิดเกี่ยวกับเพศ	หมายเหตุ
ประมวลกฎหมายอาญาไทย	มาตรา 285	1. ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 280 มาตรา 282 หรือ มาตรา 283 2. เป็นการกระทำแก่	ผู้อยู่ในความปกครองหมายถึงเด็กที่อยู่ในความปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้นไม่รวมถึงเด็กที่อยู่ใน

		<p>2.1 ผู้สืบสันดาน</p> <p>2.2 ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล</p> <p>2.3 ผู้อยู่ในความควบคุม หรือหน้าที่ราชการ หรือ</p> <p>2.4 ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ ในความอนุบาล</p> <p>3. ผู้กระทำความผิดที่โทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม</p>	<p>ความปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง</p>
<p>ประมวลกฎหมายอาญา</p> <p>สาธารณรัฐฝรั่งเศส</p>	<p>มาตรา 222-24</p>	<p>1. กระทำให้เกิดเสียอวัยวะหรือทุพพลภาพถาวร</p> <p>2. กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี</p> <p>3. กระทำต่อบุคคลซึ่งมีภาวะเปราะบางเป็นพิเศษไม่ว่าด้วยอายุ ความเจ็บป่วย ความบกพร่อง ความพิการทางร่างกาย หรือจิตใจ หรือต่อผู้ตั้งครรภ์</p> <p>4. กระทำโดยบุพการี ตามกฎหมาย หรือตามสายโลหิตหรือบุพการีบุญธรรม</p>	<p>ผู้ปกครอง</p> <p>หมายความรวมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายและผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง</p>

		<p>5. การกระทำของบุคคล ซึ่งมีอำนาจเหนือ ผู้ถูกระทำ</p> <p>6. การกระทำโดยบุคคล ซึ่งใช้อำนาจจาก ตำแหน่งของตนในทาง มิชอบ</p> <p>7. กระทำโดยบุคคล หลายคนไม่ว่าจะเป็น ตัวการหรือผู้สนับสนุน</p> <p>8. กระทำโดยการใช้ อาวุธหรือข่มขู่ว่าจะใช้ อาวุธ</p>	
ประมวลกฎหมายอาญา สหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนี	มาตรา 173 และ มาตรา 174	<p>1. การกระทำต่อเครือ ญาติซึ่งได้แก่ ผู้สืบสันดานร่วม สายโลหิตเดียวกันหรือ ญาติร่วมสายโลหิต เดียวกัน รวมถึงการ กระทำระหว่างพี่น้อง</p> <p>2. การกระทำต่อผู้ซึ่งอยู่ ภายใต้ปกครอง ดูแล หรือให้การศึกษา</p> <p>2.1 เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ซึ่งอยู่ในความ ดูแล เพื่อที่จะให้ การศึกษาอบรมสั่งสอน ในการดำเนินชีวิต</p> <p>2.2 เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี หากว่าเด็กอยู่ใน</p>	ผู้ปกครอง หมายความรวมถึง ผู้ใช้อำนาจปกครอง ตามกฎหมายและ ผู้ใช้อำนาจปกครอง ตามความเป็นจริง

		<p>ความดูแล หรือเด็กอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของผู้กระทำผิดจากความสัมพันธ์ที่เกิดจากหน้าที่การงาน และได้อาศัยโอกาสจากการที่เด็กต้องพึ่งพิงตนเองไปกระทำมิชอบทางเพศแก่เด็ก</p> <p>2.3 เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งเป็นลูกของผู้กระทำผิด หรือเป็นบุตรบุญธรรมของผู้กระทำผิด</p>	
ประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ สหรัฐอเมริกา	มาตรา 11-1.60	<ol style="list-style-type: none"> 1. ชูว่าจะใช้อาวุธอันตราย หรือเชื่อว่าเป็นอาวุธอันตรายทำร้ายร่างกาย 2. ทำให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บ 3. เป็นการกระทำต่อผู้สูงอายุตั้งแต่หกสิบขึ้นไป 4. ผู้เสียหายเป็นคนพิการทางร่างกาย 5. มีการใช้สารควบคุมต่อผู้เสียหายด้วยความมุ่งหมายนอกเหนือจากทางการแพทย์ 	<p>ผู้ปกครอง</p> <p>หมายความรวมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายและผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง</p>

		<p>6. กระทำต่อผู้เสียหายที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และผู้กระทำเป็นสมาชิกครอบครัว</p> <p>7. เป็นบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจ หรือมีหน้าที่ดูแลและมีความเกี่ยวข้องกับผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายมีอายุตั้งแต่ 13 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี</p>	
--	--	---	--

3.5 ตารางเปรียบเทียบความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดหลายคนตามประมวลกฎหมายอาญาไทย

กฎหมายอาญา	ผู้ใช้	ตัวการ	ผู้สนับสนุน
ประมวลกฎหมายอาญา	<p>มาตรา 84 แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ</p> <p>1. มาตรา 84 วรรคแรก ผู้ใดก่อให้เกิดผู้กระทำความผิดไม่ว่าด้วยการใช้ บังคับขู่ เจ็บใจ จ้างวาน หรือยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด ผู้นั้นเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด</p> <p>2. มาตรา 85 ผู้ใดโฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้</p>	<p>มาตรา 83 ในกรณีความผิดเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่ได้ร่วมกระทำ ความผิดด้วยกันนั้นเป็นตัวการ ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น</p>	<p>มาตรา 86 ผู้ใดกระทำความผิดประการใดๆ อันเป็นการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดก่อน หรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะไม่รู้ถึงความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม ผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนโทษ</p>

	<p>กระทำความผิดและความผิดนั้นมิกำหนดโทษไม่ต่ำกว่า 6 เดือน</p> <p>โทษ แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนเป็นตำรวจ 2. ถ้าความผิดไม่ได้กระทำลง ผู้ใช้ให้กระทำความผิดต้องระวางโทษต้องระวางโทษ 1 ใน 3 ของฐานความผิดนั้น 3. กรณีผู้ใช้ตามมาตรา 85 ต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น 		<p>ผู้สนับสนุนต้องระวางโทษ 2 ใน 3 ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่สนับสนุน</p>
--	--	--	---