

บทที่ 4

บทวิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 กรณีผู้ใช้ อำนาจปกครองตามความเป็นจริง

บทนี้จะเป็นการวิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ทำให้พบว่าการบัญญัติกฎหมายยังมีช่องว่างทางกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบันได้บัญญัติถึงเหตุเพิ่มโทษกรณีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้ที่อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาลให้ต้องรับโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามของผิดนั้นๆ แต่ถ้าเป็นกรณีที่เป็นผู้มีความสัมพันธ์พิเศษ เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง บุคคลในครอบครัว เหตุใดบุคคลเหล่านี้จึงไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งบุคคลเหล่านี้เป็นบุคคลที่อยู่ในสถาบันครอบครัวและต้องรับโทษหนักกว่าบุคคลทั่วไป ทั้งนี้ได้นำมาศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ โดยทำการศึกษาวิเคราะห์แยกตามประเด็นปัญหาเพื่อนำมาปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายของไทยให้มีความเหมาะสมกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

4.1 ปัญหาการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ศึกษากรณีผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 276 ถึงมาตรา 280 และมาตรา 282 ถึงมาตรา 283 ต่อผู้ที่อยู่ในความปกครองซึ่งมีสายสัมพันธ์ทางสายโลหิต และไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ตามมาตรา 285 เป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ถูกกระทำซึ่งอยู่ใต้อิทธิพล อำนาจครอบงำ หรือผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือกว่าผู้ถูกกระทำ จึงทำให้กฎหมายต้องกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าบุคคลทั่วไป เพื่อเป็นการข่มขู่ยับยั้งป้องกันปราบปรามไม่ให้ผู้กระทำความผิดอาศัยโอกาสดังกล่าวกระทำความผิดต่อผู้ที่อยู่ในความปกครอง อย่างไรก็ตามพบว่าความหมายตามมาตรา 285 ก่อให้เกิดปัญหาในการอธิบายข้อความของความหมาย ซึ่งไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 อีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของบทบัญญัติมาตราดังกล่าว ทำให้เกิดปัญหาช่องว่างทางกฎหมายในการใช้เหตุเพิ่มโทษการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ไม่สามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบันให้ครอบคลุมถึงการกระทำความผิด

โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงซึ่งมีความสัมพันธ์ในลักษณะเดียวกันกับผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย แต่การกระทำของบุคคลดังกล่าวไม่สามารถปรับใช้เหตุเพิ่มโทษตามมาตรา 285 ได้

จากการวิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้บุคคลซึ่งกำหนดไว้ในมาตราดังกล่าวต้องรับโทษหนักขึ้น เมื่อพิจารณาถ้อยของคำว่า ผู้สืบสันดาน กฎหมายต้องการคุ้มครองเด็กจาก ปู่ ย่า ตา ยาย บิดา มารดา ซึ่งมีสายสัมพันธ์ทางสายโลหิต และถ้อยคำ ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล อย่างไรก็ตามบุคคลเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องพิจารณาเลยว่ามีสายสัมพันธ์ทางสายโลหิตเหมือนกับกรณีของผู้สืบสันดาน แต่เป็นการมุ่งคุ้มครองผู้อยู่ในความปกครองของผู้กระทำความผิด ซึ่งมีอิทธิพลเหนือกว่าผู้ถูกระทำทำนองเดียวกัน โดยสามารถสรุปความสัมพันธ์ตามมาตรา 285 ออกเป็น (1) ความสัมพันธ์ทางสายโลหิตลักษณะครอบครัว คือ ผู้สืบสันดาน (2) กรณีไม่ได้ความสัมพันธ์ทางสายโลหิตแต่เป็นลักษณะความสัมพันธ์ในครอบครัว คือ ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ ในความอนุบาล (3) กรณีไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตแต่เป็นลักษณะอำนาจจากหน้าที่การศึกษา คือ กรณีศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของครูอาจารย์ (4) กรณีไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตแต่เป็นลักษณะอำนาจหน้าที่การงาน คือ ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ เช่น นักโทษกับพัศดี ตำรวจกับผู้ต้องขังบน โรงพัก เป็นต้น

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า มาตรา 285 มีการกำหนดลักษณะความสัมพันธ์ของผู้กระทำความผิดที่มีอิทธิพลเหนือกว่า อำนาจครอบงำ ผู้ถูกระทำความผิดได้หลายรูปแบบในลักษณะดังกล่าวข้างต้น แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 285 กลับมีการให้ความหมายไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของมาตราดังกล่าว ส่งผลทำให้ผู้กระทำความผิดบางกรณีไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น ตามมาตรา 285 และทำให้ผู้ถูกระทำความผิดไม่ได้รับความคุ้มครองตามความมุ่งหมายของกฎหมายเท่าเทียมกันทุกคน

4.1.1 ปัญหาคำนิยามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285

โดยผู้วิจัยจะอธิบายถ้อยคำความหมาย ของคำว่า “ผู้สืบสันดาน” กับ “ผู้อยู่ในความปกครองปกครอง” กล่าวคือ การให้ความหมายของมาตรา 285 โดยคำนึงเฉพาะความสัมพันธ์ทางกฎหมายไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของบัญญัติดังกล่าว ทำให้ไม่สามารถปรับใช้กับความสัมพันธ์ตามความเป็นจริงที่เกิดขึ้น เนื่องจากการตีความตามกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษรต่างจากกฎหมายอื่น ด้วยเหตุที่ว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดความผิด และบทโทษโดยอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยให้คำนิยามดังนี้

1) กรณีผู้สืบสันดาน

การให้ความหมายของคำว่า “ผู้สืบสันดาน” ตามมาตรา 285 พบว่ามีแนวความคิดเห็นออกเป็น 2 แนวทาง โดยแนวทางที่หนึ่ง กล่าวว่า ผู้สืบสันดาน คือ บุตร หลาน เลน ลื้อ ที่ชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ควรตีความให้รวมถึงผู้ที่ไม่ใช่ผู้สืบสันดานโดยชอบด้วยกฎหมาย จะมีผลเป็นการตีความในทางที่เป็นผลร้ายแก่จำเลยในคดีอาญามากขึ้นไม่ชอบด้วยหลักการตีความกฎหมายอาญา ส่วนแนวทางที่สอง ตีความหมายของคำว่าผู้สืบสันดาน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2) หมายถึง ผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง กล่าวคือ รวมถึงบุตรนอกกฎหมายด้วย ซึ่งก็น่าจะมีเหตุผลเพราะหากบิดากระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุตรนอกกฎหมายต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตราดังกล่าวเช่นกัน โดยต่อมาศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ผู้สืบสันดานตามมาตรา 285 หมายถึงผู้สืบสันดานในทางสืบสายโลหิตอย่างแท้จริง โดยจะเห็นได้ว่ามาตราดังกล่าวไม่ได้มุ่งลงโทษหนักขึ้นเฉพาะการกระทำต่อบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาคำอื่นในมาตรา 285 หากเป็นการกระทำแก่ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ ในความอนุบาล ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นซึ่งจะเห็นได้ว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวระหว่างผู้กระทำ ความผิดกับผู้ถูกกระทำไม่จำเป็นต้องมีสายสัมพันธ์ตามสายโลหิต เพียงแต่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำในลักษณะอำนาจเหนือกว่าตามหน้าที่การศึกษา หน้าที่การงาน ดังนั้นจะเห็นได้ว่าความมุ่งหมายของมาตรา 285 ไม่ได้มุ่งคุ้มครองความสัมพันธ์ตามสายโลหิตเพียงอย่างเดียว แต่ความมุ่งหมายของมาตราดังกล่าว คือ ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำ ความผิดในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ผู้วิจัยเห็นว่าลูกเลี้ยงควรได้รับการคุ้มครองตามความมุ่งหมายของมาตรา 285 แม้ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง แต่อยู่ในลักษณะที่พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง มีอิทธิพลเหนือกว่าลูกเลี้ยงเช่นเดียวกันกับผู้สืบสันดาน โดยเป็นไปตามข้อยกเว้นของหลักการตีความกฎหมายอาญา หากการตีความขยายตรงตามความมุ่งหมายแห่งกฎหมายซึ่งปรากฏจากตัวบทกฎหมายชอบที่จะทำได้

2) ผู้อยู่ในความปกครอง

การให้ความหมายของคำว่า “ผู้อยู่ในความปกครอง” หมายถึง ความปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ไม่รวมถึงความปกครองตามพุดินัย โดยจะเห็นได้ว่าการกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดเป็นการนำถ้อยคำตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาอธิบายความหมายของผู้อยู่ในความปกครองตามกฎหมายอาญา มาตรา 285 ซึ่งการใช้ความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาอธิบายความหมายตามมาตรา 285 ทำให้เกิดปัญหากรณีผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เภริยาซึ่ง

รับลูกเลี้ยงหรือหลานมาดูแลซึ่งได้รับมอบหมายจากบิดา มารดาของเด็กให้ทำหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเสมือนบิดา มารดา แต่การให้ความหมายดังกล่าวตามมาตรา 285 เป็นเหตุให้ผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ หากกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้อยู่ในความปกครองของตนเอง เป็นเหตุให้บุคคลดังกล่าวไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285 การตัดสินใจของศาลฎีกาในทำนองดังกล่าวทำให้คิดว่า กฎหมายอาญาใช้คำว่า “ผู้อยู่ในความปกครอง” หากไม่ถือว่าผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงเป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูเด็ก แล้วจะให้ถือว่าเด็กอยู่ในความปกครองของใคร ในเมื่อผู้มีหน้าที่ปกครองตามกฎหมายไม่ได้อุปการะเลี้ยงดูเด็ก ส่วนผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงกฎหมายถือว่าบุคคลดังกล่าวไม่ใช่ผู้ปกครองเด็ก การตีความหมายของถ้อยคำดังกล่าวโดยใช้ความหมายของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้วนำมาใช้กับกฎหมายอาญาในกรณีเช่นนี้ ย่อมไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย มาตรา 285 ที่ต้องการคุ้มครองเด็ก โดยไม่ได้มุ่งหมายที่ความหมายของผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ ฉะนั้นการตีความตามความหมายถ้อยคำของมาตรานี้ควรถือตามความเป็นจริงว่าในขณะที่มีการกระทำความผิดเด็กอยู่ในความปกครองของบุคคลใด เพราะเป็นเรื่องที่มีอิทธิพลเหนือเด็กโดยตรง ซึ่งเด็กไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ และการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าวเป็นการกระทำต่อร่างกายและจิตใจของเด็ก ไม่ใช่เป็นการกระทำความผิดเพียงสิทธิตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น

นอกจากนี้ถ้าพิจารณาลักษณะความสัมพันธ์ที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตในกรณีอื่น เช่น กรณีครูหรืออาจารย์กระทำต่อศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล หรือผู้อยู่ในความคุ้มครองหน้าที่ราชการ กรณีตำรวจกับผู้ต้องขังบนโรงพัก ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าผู้ปกครองตามความเป็นจริงเช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง และเครือญาติ มีความใกล้ชิดและมีอิทธิพลเหนือเด็กมากกว่ากรณีของครูหรืออาจารย์ และตำรวจกับผู้ต้องขังบนโรงพักเสียอีก เพราะเด็กต้องพึ่งพาอาศัยพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง และเครือญาติ ในการดำรงชีวิตประจำวันอย่างไม่มีทางหลีกเลี่ยง ทำให้การตีความดังกล่าวยังเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นหนึ่งในสาม จึงเป็นช่องว่างทางกฎหมายในการใช้เหตุเพิ่มโทษในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กตามกฎหมายอาญา มาตรา 285

ในขณะที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มีการให้ความหมายของคำว่า “ผู้ปกครอง” หมายความว่า บิดา มารดา ผู้อนุบาล ผู้รับบุตรบุญธรรมและผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และให้หมายความรวมถึง พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง ผู้ปกครองสวัสดิภาพ นายจ้าง ตลอดจนบุคคลอื่นซึ่งรับเด็กไว้ในอุปการะเลี้ยงดูซึ่งเด็กอาศัยอยู่ด้วย และคำว่า “ครอบครัวอุปถัมภ์” หมายความว่า บุคคลที่รับเด็กไว้ในอุปการะเลี้ยงดูอย่างบุตร เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเห็นได้ว่าครอบครัวอุปถัมภ์ทั้งผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายและผู้ใช้อำนาจ

ปกครองตามความเป็นจริง ซึ่งแตกต่างจากความหมายของมาตรา 285 นั้นเป็นการให้ความหมายอย่างแคบไม่สอดคล้องกับปัญหาข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคม นอกจากนี้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มีการให้ความหมายของคำว่า “บุคคลในครอบครัว หมายความว่า คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กิน หรือเคยอยู่กินฉันสามีภริยาโดยไม่จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมถึงบุคคลใดๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน” จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีการให้ความหมายอย่างกว้างครอบคลุมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายและผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง แตกต่างจากความหมายของมาตรา 285 ซึ่งเป็นการให้ความหมายจำกัดเฉพาะผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้น

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีการนำแนวความคิดนิยามของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มาปรับใช้ในการอธิบายความหมายของถ้อยคำ “ผู้อยู่ในความปกครอง” ตามมาตรา 285 เพื่อให้ครอบคลุมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เนื่องจากการกำหนดเหตุเพิ่มโทษขึ้นตามมาตราดังกล่าว มาจากปัจจัยทางด้านความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้ถูกระทำความผิด ทำให้ลักษณะของการกระทำความผิดมีลักษณะร้ายแรงกว่าการกระทำความผิดของบุคคลทั่วไป กฎหมายจึงต้องมีการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ คือ การข่มขู่ยับยั้งป้องกันการกระทำความผิด โดยไม่ให้ผู้กระทำความผิดอาศัยโอกาสที่ตนมีอิทธิพลหรือมีอำนาจเหนือกว่าผู้ถูกระทำ ซึ่งส่งผลให้การกระทำความผิดเป็นไปได้ง่ายหรือสะดวกขึ้น เนื่องจากสถานการณ์ดังกล่าวบังคับให้ผู้ถูกระทำต้องถูกบังคับ ขืนใจ หรือจำยอมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และมีโอกาสในการกระทำความผิดซ้ำ จึงต้องบัญญัติให้บุคคลดังกล่าวต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าบุคคลทั่วไป

4.1.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบเหตุเพิ่มโทษความผิดเกี่ยวกับเพศระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ กรณีผู้ใช้อำนาจปกครอง

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 276 ถึงมาตรา 280 และมาตรา 282 ถึงมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้อยู่ในความปกครอง ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามตามมาตรา 285 ซึ่งศาลฎีกาวางหลักว่า กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัดจึงมีการตีความคำว่า “ผู้อยู่ในความปกครอง” หมายถึงเฉพาะผู้อยู่ในความปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 285 ต้องเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ซึ่งการตีความของมาตราดังกล่าวทำให้ผู้ที่อยู่ในความปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ หาก

กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อลูกเลี้ยง หรือหลานของตนเองไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นหนึ่งในสาม เนื่องจากเหตุเพิ่มโทษหนักขึ้นหนึ่งในสาม เป็นการพิจารณาเฉพาะความสัมพันธ์ตามกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์เท่านั้น แต่ไม่ได้พิจารณาตามข้อเท็จจริงว่าเด็กอยู่ในความปกครองของบุคคลใดเป็นสำคัญ ทั้งที่มาตรา 285 บัญญัติขึ้นเพื่อความมุ่งหมายในการคุ้มครองเด็ก แต่การตีความดังกล่าวกลับเป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงกระทำความผิดต่อเด็ก และทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายในการใช้เหตุเพิ่มโทษในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศของผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง

เมื่อผู้วิจัยวิเคราะห์เปรียบเทียบเหตุเพิ่มโทษความผิดเกี่ยวกับเพศระหว่างกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศ กรณีผู้ใช้อำนาจปกครองพบว่าเหตุเพิ่มโทษความผิดเกี่ยวกับเพศ ของมลรัฐอิลลินอยส์ สหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) สหพันธรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส ใช้ระบบประมวลกฎหมายอาญา (Civil Law) โดยมีการบัญญัติคุ้มครองเด็กที่อยู่ในความปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองครอบคลุมถึงกรณีผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย และผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง โดยไม่ได้คำนึงถึงสถานะของผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ แต่มุ่งคุ้มครองผู้ถูกกระทำความผิดไม่ว่าผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำจะมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต โดยกฎหมายอาญาสหพันธรัฐเยอรมนีมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 174 ว่าผู้กระทำความผิดจะต้องอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าผู้ถูกกระทำตามความเป็นจริง โดยไม่ได้บัญญัติให้หมายถึงเฉพาะผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้น อย่างไรก็ตามกรณีผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงจะต้องมีการพิจารณาเป็นกรณีไป กล่าวคือ ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าเด็กเข้าไปอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่าและต้องพึ่งพิงดูแลจากผู้กระทำความผิด โดยความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริงดังกล่าวระหว่างผู้กระทำความผิด จะต้องมีความสัมพันธ์ที่เหนือกว่าเป็นระยะเวลาที่นานพอสมควร ไม่ใช่ความสัมพันธ์เพียงระยะสั้นเท่านั้น ดังนั้นหากว่าเด็กเข้าไปอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่าและต้องพึ่งพิงการดูแลจาก พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ โดยบุคคลดังกล่าวให้การศึกษาดูแล เป็นระยะเวลานานพอสมควร หากบุคคลดังกล่าวอาศัยโอกาสจากการที่เด็กต้องพึ่งพาอาศัยตนเองกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็ก พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 174

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายอาญาสหพันธรัฐเยอรมนียังมีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำเราในเครือญาติไว้โดยเฉพาะ กรณีกระทำชำเรา ผู้สืบสันดานร่วมสายโลหิตเดียวกัน หรือการกระทำชำเราญาติร่วมสายโลหิตเดียวกัน รวมทั้งกรณีการกระทำชำเราระหว่างพี่ชาย น้องชาย พี่สาว น้องสาว ร่วมสายโลหิตเดียวกัน แต่มีข้อยกเว้นว่าผู้สืบสันดานและพี่น้องไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 173 หากว่าบุคคลดังกล่าวมีอายุไม่ถึง 18

ปีในขณะที่กระทำความผิด โดยสอดคล้องกับกฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศสเหตุเพิ่มโทษการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามบัญญัติมาตรา 222-24 กับความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศซึ่งไม่ใช่การข่มขืนกระทำชำเรา ตามบทบัญญัติมาตรา 222-30 ทั้งสองมาตรามีการบัญญัติครอบคลุมกรณีผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายซึ่งไม่ได้มีสายสัมพันธ์ทางสายโลหิต เช่น กรณีผู้รับบุตรบุญธรรมกระทำต่อบุตรบุญธรรม ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายโดยมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต เช่น กรณีบุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดาน ความหมายของบุพการี หมายถึงบุพการีโดยชอบด้วยกฎหมายและบุพการีโดยร่วมสายโลหิต หรือกรณีผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือเหยื่อ หรือได้รับมอบหมายไว้วางใจซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่น กรณีพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติกระทำความผิดต่อเด็กซึ่งอยู่ในความปกครองของตนเองต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 222-24 หรือมาตรา 222-30 แล้วแต่กรณี

นอกจากนี้ กฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ สหรัฐอเมริกา มีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศครอบคลุมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย และผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง โดยบัญญัติไว้ในมาตรา มาตรา 11-1.60 กรณีผู้กระทำความผิดเป็นสมาชิกในครอบครัว ซึ่งกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ สหรัฐอเมริกาตามบทบัญญัติมาตรา 11-0.1 ได้ให้ให้ความหมายอย่างกว้างของคำว่า “สมาชิกในครอบครัว” หมายถึง พ่อแม่ ปู่ ย่า ตา ยาย ลูก ป้า ลุง ป้า ของพ่อแม่ ป้าหรือน้ำของพ่อแม่ ไม่ว่าจะสืบสายโลหิตทั้งหมดหรือเพียงครึ่งหนึ่ง หรือโดยรับเป็นบุตรบุญธรรม และรวมถึง ปู่ ย่า ตา ยายเลี้ยง พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง หรือ บุตรเลี้ยง นอกจากนี้ “สมาชิกในครอบครัว” ยังหมายถึง ผู้ถูกกล่าวหาที่อาศัยอยู่ในบ้านเรือนเดียวกันกับเด็กอย่างต่อเนื่องอย่างน้อย 6 เดือน ในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งจะเห็นได้ว่าการให้คำนิยามดังกล่าวไม่ได้จำกัดเพียงผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้น ยังหมายความรวมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เพราะการกระทำความผิดของสมาชิกในครอบครัวอาศัยความสัมพันธ์ใกล้ชิดหรืออาศัยอำนาจเหนือกว่ากระทำความผิดต่อเด็ก หรือกรณีผู้กระทำความผิดซึ่งไม่ได้เป็นสมาชิกในครอบครัวแต่ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ถูกกล่าวหาอาศัยอยู่ในบ้านเรือนเดียวกันกับเด็กอย่างต่อเนื่องอย่างน้อย 6 เดือน เช่น เครือญาติซึ่งไม่ได้เป็นสมาชิกในครอบครัว เช่น พี่เขย ลุงเขย น้ำเขย หลานเขย ลูกพี่ลูกน้องของเด็ก พี่เลี้ยงเด็ก เพื่อนของสมาชิกในครอบครัว คนรับใช้ เป็นต้น หรือกรณีบุคคลอื่นที่ได้รับความไว้วางใจ หรือมีหน้าที่ดูแลเด็ก อาศัยโอกาสที่บิดา มารดาของเด็ก ให้ความความไว้วางใจกระทำความผิดต่อเด็กตามมาตรา 11.1.60 โดยจะเห็นได้ว่าการให้คำนิยามของกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์เป็นการให้ความอย่างกว้างทำให้เด็กได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพและได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ส่งผลให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษเพิ่มขึ้น

ต่างจากการกระทำความผิดของบุคคลทั่วไป โดยไม่ทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายในการใช้เหตุเพิ่มโทษการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเช่นกฎหมายอาญาของไทย

ในขณะที่เดียวกันอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อที่ 2 และข้อที่ 19 ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก จากอนุสัญญาดังกล่าวเด็กควรได้รับการคุ้มครองจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศขณะอยู่ในการดูแลของผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นใดซึ่งเด็กอยู่ในความดูแล เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ ทั้งนี้ไม่ควรเลือกปฏิบัติต่อเด็กและการให้ความสำคัญแก่เด็กทุกคนเท่าเทียมกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของเด็ก ในเรื่องสถานะของเด็กว่าเด็กต้องอยู่ในความปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเท่านั้น เพื่อให้เด็กได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 285 โดยปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันทุกคน เนื่องจากประเทศไทยได้ลงนามเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ทำให้ต้องปฏิบัติตามพันธะผูกพันต่างๆตามบทบัญญัติไว้ในอนุสัญญา ซึ่งเป็นกรณีที่ประเทศไทยต้องดำเนินการบัญญัติกฎหมาย และปรับปรุงกฎหมายภายในที่มี เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อที่ 2 และข้อที่ 19 กรณีเหตุเพิ่มโทษของผู้ใช้อำนาจปกครองให้ครอบคลุมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงด้วย เพื่อให้เด็กได้รับการคุ้มครองตามมาตราดังกล่าวทุกคน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส กฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์ สหรัฐอเมริกา มีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษความผิดเกี่ยวกับเพศโดยมุ่งคุ้มครองผู้ถูกกระทำความผิดเป็นสำคัญ โดยไม่ได้พิจารณาแต่เพียงว่าผู้กระทำความผิดต้องเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายหรือไม่อย่างเช่นกฎหมายของไทย จึงทำให้เกิดปัญหาช่องว่างทางกฎหมายในการใช้เหตุเพิ่มโทษการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศของผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 โดยมีการบัญญัติถ้อยคำ ผู้อยู่ในความปกครอง ให้ครอบคลุมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เพื่อให้เด็กทุกคนได้รับการคุ้มครองตามความมุ่งหมายของมาตราดังกล่าว

มาตรา 285 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ หรือ มาตรา 277 ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆหนึ่งในสาม”

ผู้อยู่ในความปกครองตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า “ผู้อยู่ในความปกครองโดยชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และให้หมายความรวมถึง พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง ตลอดจนบุคคลอื่น

ซึ่งรับเด็กไว้ในความอุปการะเลี้ยงดูหรือซึ่งเด็กอาศัยอยู่ด้วย หรือต้องพึ่งพาอาศัย และอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน”

4.1.3 ข้อจำกัดกฎหมายเกี่ยวกับอัตราโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 91

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามมาตรา 276 ถึงมาตรา 280 มาตรา 282 ถึงมาตรา 283 ซึ่งเป็นการกระทำต่อผู้สืบสันดาน หรือผู้ที่อยู่ในความปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต้องระวางโทษหนักกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆหนึ่งในสามตามมาตรา 285 อย่างไรก็ตามหากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ให้ครอบคลุมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ กระทำต่อลูกเลี้ยง บุตรหลานของตนเองต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตราดังกล่าวก็ตาม แต่ถึงอย่างไรก็ตามการลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวมีข้อจำกัดในการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 91

ผู้วิจัยขอยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา 1438/2549 ข้อจำกัดตามมาตรา 91 กรณีเหตุเพิ่มโทษความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 285 บัญญัติให้ต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆหนึ่งในสาม โดยจำเลยกระทำความผิดตามมาตรา 277 วรรคสาม ประกอบมาตรา 285 ศาลระวางโทษหนักกว่าโทษของมาตรา 277 วรรคสาม หนึ่งในสาม ลงโทษจำคุก 26 ปี ซึ่งพฤติกรรมการกระทำซ้ำเราผู้เสียหายหลายครั้งต่างเวลากัน ทำให้การกระทำของจำเลยเป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน ลงโทษทุกกรรมเป็นกระทงความผิดไป ตามมาตรา 91 จำคุกกระทงละ 26 ปี รวม 4 ครั้ง เป็นจำคุก 104 ปี เนื่องจากจำเลยให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาคดี มีเหตุบรรเทาโทษลดโทษให้กึ่งหนึ่ง ตามมาตรา 78 คงจำคุกจำเลย 52 ปี อย่างไรก็ตามมีข้อจำกัดในการลงโทษไม่เกินกำหนดระยะเวลา 50 ปี ตามมาตรา 91 (3) เนื่องจากมีการแก้ไขมาตรา 91 โดยให้เหตุผลว่าในบางคดีโทษที่มีการเพิ่มโทษหรือโทษจำคุกรวมของการเรียงกระทงลงโทษจึงสูงเกินสมควร หรือไม่ได้สัดส่วนกับความผิดที่มีลักษณะและผลร้ายต่างกัน ทำให้ลงโทษไม่เป็นธรรมและไม่ได้ผลเท่าที่ควร เพื่อให้การลงโทษเป็นไปด้วยความเป็นธรรมและได้ผลดีขึ้น

ในขณะที่เดียวกันผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นผู้ต้องโทษให้รับพระราชทานอภัยโทษปล่อยตัวไปดังต่อไปนี้ (1) ผู้ต้องขัง (2) ทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์ (3) ได้รับการปล่อยตัวคุมประพฤติ เว้นแต่ผู้ซึ่งต้องโทษตามบัญชีลักษณะความผิดท้ายพระราชกฤษฎีกานี้ และผู้ซึ่งต้องโทษในความผิดตามมาตรา 276 วรรคสาม มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 280 มาตรา 285 ฉะนั้นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ที่อยู่ในความปกครองของตนเองตามมาตรา 285 ไม่ได้รับการพระราชทานอภัยโทษโดยการปล่อยตัวคุมประพฤติตามมาตรา 5 ประกอบกับมาตรา 8 ความผิดตามมาตรา 285 ไม่ใช่โทษตามบัญชีลักษณะความผิดท้ายพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ จึงไม่ได้รับการพระราชทานอภัยโทษโดยการลดโทษ เพราะบัญชีลักษณะ

ความผิดท้ายพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวบัญญัติแต่เพียงความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ เฉพาะความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง มาตรา 282 และมาตรา 283 เท่านั้น ไม่รวมถึงความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 285 และมาตรา 14 แห่งพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษเนื่องโอกาสแรกนับแต่ขึ้นทรงราชย์สืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2559 ผู้กระทำความผิดที่เป็นนักโทษเด็ดขาดซึ่งต้องโทษตามความผิดมาตรา 276 วรรคสาม มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277ตรี มาตรา 280 และมาตรา 285 ประมวลกฎหมายอาญาไม่อยู่ในเครือข่ายให้ได้รับการพระราชทานอภัยโทษ

โดยทางผู้วิจัยเห็นว่าอัตราโทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับตามข้อจำกัดอัตราโทษ 50 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 91(3) ประกอบกับข้อยกเว้นที่ไม่ได้รับการพระราชทานอภัยโทษ ปลดปล่อยตัวคุมประพฤติตามมาตรา 5 ข้อยกเว้นที่ไม่ได้รับการพระราชทานอภัยโทษโดยการลดโทษตามมาตรา 8 และไม่เข้าข่ายพระราชทานอภัยโทษตามมาตรา 14 แห่งพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษเนื่องโอกาสแรกนับแต่ขึ้นทรงราชย์สืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2559 เพียงพอและเหมาะสมกับการกระทำความผิดแล้ว อย่างไรก็ตามผู้วิจัยเห็นด้วยกับมาตรการพักโทษซึ่งเป็นการปลดปล่อยผู้กระทำความผิดออกไปก่อนครบกำหนดโทษตามคำพิพากษาภายใต้เงื่อนไขการคุมประพฤติที่กำหนด โดยการพักโทษดังกล่าวไม่ใช่เป็นสิทธิของผู้ต้องขังแต่เป็นประโยชน์ที่ทางราชการให้แก่ นักโทษเด็ดขาดที่มีความประพฤติดี มีความก้าวหน้าทางการศึกษา ทำงานเกิดเป็นผลดีแก่เรือนจำ หรือทำความชอบแก่ทางราชการเป็นพิเศษ เป็นต้น โดยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของกรมราชทัณฑ์ และเงื่อนไขของการพักโทษ เพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้รับการบำบัดฟื้นฟูและเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นพลเมืองที่ดีของสังคม ซึ่งจะเป็นการยับยั้งไม่ให้ผู้กระทำความผิด หวนกลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก

นอกจากนี้ผู้วิจัยเห็นว่าแม้ว่าโทษจำคุกไม่สามารถที่จะแก้ปัญหาคาการกระทำความผิดของผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำต่อเด็กที่อยู่ในความปกครองได้ก็ตาม เมื่อพิจารณาจากความสัมพันธ์จากความสัมพันธ์ของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำบุคคลดังกล่าวมีลักษณะที่เอื้อประโยชน์ต่อการกระทำความผิด ทำให้เด็กซึ่งอยู่ในความปกครองย่อมลดโอกาสในการป้องกันตนเองจากผู้กระทำความผิดก็ย่อมจะน้อยลงไปด้วย และเป็นการสร้างโอกาสในการกระทำความผิดต่อเด็กมากยิ่งขึ้น อีกทั้งความผิดมีลักษณะความรุนแรงต่อเด็กทั้งทางร่างกายและจิตใจ ประกอบกับพฤติการณ์ในการกระทำความผิดซ้ำอย่างต่อเนื่องมากกว่ากรณีของผู้กระทำความผิดทั่วไป ด้วยเหตุผลดังกล่าวกฎหมายอาญาจึงไม่อาจละเว้นวัตถุประสงค์ในการแก้แค้นทดแทน หรือข่มขู่ป้องกันอาชญากรรม โดยการเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดมากกว่ากรณีของบุคคลทั่วไปให้รับโทษหนักขึ้นหนึ่งในสาม แต่

การลงโทษทางกฎหมายอาญาควรทำควบคู่กับมาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดมาปรับใช้ร่วมกันเพื่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย และลดโอกาสในการกระทำความผิดซ้ำ

4.2 ปัญหาขอบเขตความรับผิดชอบตามกฎหมายอาญา กรณี บิดา มารดา บุคคลในครอบครัวมีส่วนรับรู้โดยเป็นตัวการร่วม หรือเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กโดยส่วนใหญ่เป็นการกระทำระหว่างผู้ใกล้ชิดที่ไม่จะเป็นการกระทำโดยบิดา หรือพ่อแม่เลี้ยง โดยจะพบว่าศาลและกฎหมายของต่างประเทศพยายามจะแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยให้มีการขยายความรับผิดชอบไปถึงผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลในครอบครัวที่ไม่อาจแทรกแซงเพื่อหยุดการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยกฎหมายควรกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาต่อบิดา มารดา บุคคลในครอบครัว ที่มีการยอมให้คุ้มครองของตนเองกระทำความผิดทางเพศต่อบุตร หรือหลานของตนเอง กล่าวคือ รัฐควรมีการบัญญัติกฎหมายกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาต่อบิดา มารดา ที่ไม่แทรกแซงเพื่อหยุดการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุตรของตนเอง การปฏิเสธดังกล่าวคือ การที่มารดาไม่รับรู้หรือแม้รู้ว่ามีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งทำให้ไม่สามารถแทรกแซงเพื่อปกป้องคุ้มครองบุตรของตน อย่างไรก็ตามถึงแม้จะมีหลักฐานชัดเจนว่าคุ้มครองของตนเองกำลังกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุตรของตนเอง โดยมารดาอยู่ในสภาวะปฏิเสธเพียงแค่อินดี้และยอมให้คุ้มครองกระทำความผิดทางเพศต่อบุตรของตนเองเป็นระยะเวลายาวนานต่อเนื่องแล้ว การมีส่วนรับรู้ของ บิดา มารดา บุคคลในครอบครัวดังกล่าวทำให้ผู้กระทำความผิดมีพฤติกรรมเป็นการกระทำความผิดซ้ำต่อเด็ก จากการศึกษาพบว่า การกระทำของบิดา มารดาดังกล่าวเป็นการสร้างความชอกช้ำทางจิตใจก่อให้เกิดผลร้ายมากกว่าการกระทำความผิดทางเพศของบิดา หรือพ่อแม่เลี้ยง เสียอีก นอกจากนี้เด็กที่ถูกบิดา พ่อเลี้ยงกระทำความผิดทางเพศต้องเข้ารับการรักษาความผิดปกติทางจิต ไม่ใช่เป็นการบำบัดผลจากการกระทำความผิด แต่เป็นผลจากการที่มารดามีส่วนรับรู้ในการกระทำดังกล่าว นอกจากนี้จากกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้มีการกำหนดลักษณะความรับผิดชอบทางอาญาของบิดา มารดา บุคคลในครอบครัวมีส่วนรับรู้โดยการเป็นตัวการร่วม หรือเป็นผู้สนับสนุน ให้ลักษณะของการกระทำดังกล่าวเป็นลักษณะความผิดเฉพาะ เมื่อมีการกระทำความผิดของบุคคลดังกล่าวอาจเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยอาจเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ซึ่งมีการแยกการวินิจฉัยระหว่างการกระทำความผิดในฐานะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน เพื่อวิเคราะห์ถึงความรับผิดชอบและบทลงโทษซึ่งมีความลดหลั่นกันไปด้วย

4.2.1 วิเคราะห์ขอบเขตความรับผิดชอบของบิดา มารดา บุคคลในครอบครัว ในฐานะตัวการร่วม ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน

ความรับผิดชอบทางอาญาอาจมีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องกับหลายคน โดยการเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ของการกระทำความผิดซึ่งจะแยกการพิจารณาวิเคราะห์ถึงความรับผิดชอบและบทลงโทษ ซึ่งมีความลดหล่นกันไปในกรณีดังต่อไปนี้

1) วิเคราะห์ขอบเขตความรับผิดชอบของบิดา มารดา บุคคลในครอบครัวในฐานะเป็นตัวการ

การเป็นตัวการร่วมกันกระทำความผิดตามมาตรา 83 ต้องเป็นการกระทำความผิดโดยเจตนาระหว่างบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป โดยมีการแบ่งหน้าที่กันทำหรือการอยู่ร่วมกันในที่เกิดเหตุ ในลักษณะที่เจตนาเข้าช่วยเหลือได้ทันที ไม่ว่าจะเป็นการเข้าช่วยเหลือด้วยตนเอง หรือจับไว้ให้คนอื่นทำร้าย เป็นต้น ผู้วิจัยขอยกกรณีตัวอย่างของมารดาในฐานะตัวการร่วมกระทำความผิดกับสามีใหม่ของตนเองในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อลูกเลี้ยง เช่น กรณีพ่อเลี้ยงกระทำชำเราเมียเจตนาในการข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยงโดยแม่มีการทบทวนสติของตนเองเพื่อให้มีเพศสัมพันธ์กับสามีใหม่ของตนเอง ซึ่งทุกครั้งที่สามีใหม่มีเพศสัมพันธ์กับลูกสาวแม่ของเด็กก็จะนั่งอยู่ด้วย ภายหลังมีเพศสัมพันธ์แม่ก็จะเป็นผู้จัดหาหยาคุมมาให้ลูกทานทุกครั้ง จะเห็นได้ว่าการกระทำของแม่และพ่อเลี้ยงมีลักษณะของการกระทำความผิดร่วมกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยมีการกระทำร่วมกันและเจตนากระทำความผิดร่วมกันในขณะกระทำความผิด แม้มารดาไม่ได้ร่วมในการข่มขืนกระทำชำเราเด็ก แต่การที่แม่นั่งอยู่ในขณะมีพ่อเลี้ยงมีเพศสัมพันธ์กับเด็กมีพฤติการณ์ในลักษณะที่พร้อมจะช่วยเหลือทันทีทันใด นอกจากนี้ยังมีพฤติกรรมการจัดหาหยาคุมให้เด็กรับประทานทุกครั้ง การกระทำของแม่จึงเป็นความผิดฐานเป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศของพ่อเลี้ยงหรือกรณีพฤติการณ์ของมารดาช่วยจับแขนจับขาของลูกตนเองเพื่อให้พ่อเลี้ยงกระทำชำเราลูกเลี้ยง โดยจะเห็นได้ว่าความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่ร่วมกันกระทำความผิดได้ ซึ่งมารดาผู้ร่วมกระทำความผิดไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ลงมือข่มขืนกระทำชำเราด้วย เพียงแต่พ่อเลี้ยงลงมือกระทำชำเราแต่เพียงผู้เดียว มารดาก็มีความผิดฐานเป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83

2) วิเคราะห์ขอบเขตความรับผิดชอบของบิดา มารดา บุคคลในครอบครัว ในฐานะเป็นผู้ใช้

ผู้ใช้ให้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 84 บัญญัติว่า “ผู้ใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดไม่ว่าด้วยการใช้ บังคับ ชูเกียรติ หรือยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด” ซึ่งหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติดังกล่าว การใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดต้องมีเจตนาก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดด้วย โดยการก่อ หมายความว่า การกระทำใดอันเป็นเหตุให้บุคคลอื่นตกลงกระทำความผิด หากผู้อื่นมี

เจตนาในการกระทำความผิดอยู่ก่อนแล้วไม่ถือว่าเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด การที่พ่อเลี้ยงแม่เลี้ยง เจตนาข่มขืนกระทำชำเราต่อลูกเลี้ยงอยู่แล้ว แม้อบิดา มารดา จะมีการกระทำด้วยการใช้บังคับ ชูเชิญ หรือยุยงส่งเสริม ให้พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยงกระทำชำเราลูกของตนเอง ไม่ถือว่าเป็นบิดา มารดา ก่อให้พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง กระทำความผิด จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าบิดา มารดา เป็นผู้ชี้ให้พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84 อย่างไรก็ตามหากพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง บุคคลในครอบครัว ไม่ได้มีเจตนาที่จะข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยง หรือหลานของตนเองอยู่ก่อนแล้ว แต่บิดา มารดา บุคคลในครอบครัว มีพฤติการณ์ในการก่อให้เกิดบุคคลดังกล่าวกระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นการใช้ บังคับ ชูเชิญ จ้าง วาน ยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด ดังนั้นการกระทำของบิดา มารดา บุคคลในครอบครัว ต้องรับผิดในฐานะเป็นผู้ชี้ให้พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง บุคคลในครอบครัว ข่มขืนกระทำชำเราบุตร หรือ หลานของตนเองแล้วแต่กรณี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84

3) วิเคราะห์ขอบเขตความรับผิดของบิดา มารดา บุคคลในครอบครัว ในฐานะผู้สนับสนุน ผู้สนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ อันเป็นการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดก่อน หรือขณะกระทำความผิด แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะไม่ได้รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม” จากบทบัญญัติดังกล่าวการจะเป็นผู้สนับสนุนให้ผู้อื่นกระทำความผิดจะต้องปรากฏว่า มีการกระทำความผิดเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกก่อนหรือขณะกระทำความผิด ไม่ว่าจะผู้กระทำความผิดจะรู้ถึงการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกหรือไม่ก็ตามเช่น กรณีนาง ก. ขับรถจักรยานยนต์พาเด็กหญิง ข. ไปยังกระท่อมในไร่มันสำปะหลัง เพื่อให้พ่อเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเรา แม้นาง ก. จะคบคิดกับพ่อเลี้ยงมาก่อนก็ตามแต่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนพ่อเลี้ยงจะข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง ข. ในขณะที่พ่อเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราไม่ปรากฏว่า นาง ก. ได้กระทำการอันมีลักษณะเป็นตัวการร่วมกระทำความผิดด้วย เนื่องจากนาง ก. ได้ขับรถจักรยานยนต์กลับก่อนแล้วปล่อยให้เด็กหญิง ข. อยู่กับพ่อเลี้ยงตามลำพัง แม้นาง ก. จะไม่ได้มีส่วนร่วมในเหตุการณ์และไม่ได้ร่วมข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง ข. จึงไม่อาจถือว่า นาง ก. เป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิด แต่อย่างไรก็ตามพฤติการณ์ของนาง ก. ที่ขับรถจักรยานยนต์พาเด็กหญิง ข. ไปให้พ่อเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราโดยคบคิดมาก่อนนั้นเป็นการกระทำความผิดเป็นการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่พ่อเลี้ยงกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง ข. ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสาม และการกระทำของนาง ก. เป็นการกระทำโดยมีเจตนาครบถ้วนตามหลักเกณฑ์องค์ประกอบความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสามประกอบมาตรา 86 ดังนั้นนาง ก. ถือเป็นผู้กระทำความผิดในลักษณะของการเป็นผู้สนับสนุนความผิดเกี่ยวกับเพศตาม มาตรา 86 ประมวลกฎหมายอาญาแล้ว

ดังนั้น การกระทำความผิดของบิดา มารดา บุคคลในครอบครัว เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศของพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เครือญาติ อาจมีความรับผิดชอบเป็นตัวการร่วมตามมาตรา 83 หรือผู้สนับสนุนตามมาตรา 86 แล้วแต่กรณีย่อมเป็นการรับโทษเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เมื่อพิจารณาจากปัจจัยในการกำหนดเหตุจรรยาตามประมวลกฎหมายอาญาไทย โดยมีลักษณะของพฤติการณ์ที่มีความร้ายแรงของการกระทำ เช่น ตัวผู้กระทำความผิดดูจากบทบาทของผู้กระทำความผิดซึ่งผู้กระทำเป็นบิดา มารดา บุคคลในครอบครัว ตัวผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นเด็กมีความอ่อนแอ หรือไร้ความสามารถที่จะป้องกันหรือต่อสู้ผู้กระทำความผิด ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำโดยอาศัยความไว้วางใจ อาศัยความใกล้ชิด หรืออาศัยอำนาจผู้กระทำที่มีต่อผู้ถูกกระทำ ลักษณะของการกระทำความผิดโดยมีการร่วมกระทำความผิดหลายคน ประกอบกับโอกาสในการกระทำความผิดเพราะผู้กระทำมีอำนาจเหนือกว่าเอื้อประโยชน์ต่อการกระทำความผิด อันทำให้การกระทำความผิดสะดวกขึ้นหรือมีความสำเร็จในการกระทำความผิดมากขึ้น ผู้วิจัยเห็นว่าเมื่อพิจารณาจากปัจจัยในการกำหนดเหตุจรรยาดังกล่าว ควรมีการกำหนดความรับผิดชอบของบิดา มารดา บุคคลในครอบครัวเป็นลักษณะความผิดเฉพาะกรณีบุคคลดังกล่าวมีส่วนรับรู้โดยเป็นตัวการร่วม หรือเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลในครอบครัว

4.2.2 วิเคราะห์ขอบเขตความรับผิดชอบของบิดา มารดา บุคคลในครอบครัว ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 25 ได้มีการกำหนดมาตรการที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองเด็กและกำหนดลักษณะความรับผิดชอบของบิดา มารดา ผู้อนุบาล ผู้รับบุตรบุญธรรม ผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมถึง พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง ผู้ปกครองสวัสดิภาพ นายจ้าง และตลอดบุคคลอื่นซึ่งรับเด็กไว้ในความอุปการะเลี้ยงดู หรือซึ่งเด็กอาศัยอยู่ด้วย จะต้องไม่กระทำการปฏิบัติต่อเด็กในลักษณะที่เป็นการเลี้ยงดูโดยไม่ชอบ เช่น ในกรณีผู้ปกครองของเด็กชักจูงให้เด็กซึ่งอยู่ในความปกครองของตนเองมีเพศสัมพันธ์กับพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เพื่อให้บุคคลดังกล่าวทำมาหาเลี้ยงบิดา มารดาของเด็ก หรืออยู่ในลักษณะที่ต้องพึ่งพาอาศัยในการใช้ชีวิตประจำวัน เป็นต้น ผู้ปกครองมีความผิดตามมาตรา 25 (3) แต่เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 25 เป็นบทบัญญัติห้ามผู้ปกครองไม่ให้กระทำการเท่านั้น โดยถือว่าเป็นมาตรการปฏิบัติต่อเด็ก कोईอย่างใดอย่างหนึ่งแต่ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ปกครอง หากผู้ปกครองฝ่าฝืนในการกระทำความผิดต่อเด็กตามมาตรา 25 นี้ อาจต้องรับโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา เช่น ถ้าการกระทำของผู้ปกครองในการชักจูงให้เด็กมีเพศสัมพันธ์กับพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง การกระทำของบุคคลดังกล่าวอาจเข้าองค์ประกอบความผิดฐานเป็นตัวการร่วม หรือเป็นผู้สนับสนุน การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

สำหรับมาตรา 26 ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ถือเป็นบทบัญญัติห้ามบุคคลทั่วไปไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือบุคคลอื่นใด ต้องห้ามไม่ให้กระทำการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 26 โดยไม่คำนึงว่าเด็กจะยินยอมด้วยการกระทำของผู้ปกครองด้วยหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้มีเจตนาให้ผู้ปกครองมีความรับผิดชอบและให้ความสำคัญต่อการเลี้ยงดูเด็กที่อยู่ในความปกครองมากยิ่งขึ้น กรณีการกระทำความผิดของบิดา มารดา บุคคลในครอบครัว กระทำหรือละเว้นการกระทำอันเป็นการทารุณกรรมต่อร่างกาย หรือจิตใจของเด็ก ตามมาตรา 26 (1) ซึ่งได้มีการให้คำนิยามของคำว่า “ทารุณกรรม” หมายความว่า การกระทำหรือละเว้นการกระทำด้วยประการใดๆ จนเป็นเหตุให้เด็กเสื่อมเสียเสรีภาพ หรือเกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ การกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก การใช้ให้เด็กกระทำหรือประพฤติในลักษณะที่น่าจะเป็นอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือขัดต่อกฎหมาย หรือศีลธรรมอันดี ทั้งนี้ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม เช่นนาง ก. มารดาของเด็กหญิง ข. อายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์และยังไม่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส นาง ก. บังคับให้เด็กหญิง ข. มีเพศสัมพันธ์กับพ่อเลี้ยงของตนเอง โดยเด็กหญิง ข. ไม่ยินยอมกับการกระทำของนาง ก. มารดาและพ่อเลี้ยงของตนเอง การกระทำของนาง ก. ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 26 (1) และเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาความผิดฐานเป็นตัวการร่วมหรือเป็นผู้สนับสนุนแล้วแต่กรณี หรือกรณีตามมาตรา 26 (3) การบังคับ ชู่เชิญ ชักจูง ส่งเสริม หรือ ยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควร หรือน่าจะทำให้เด็กมีความประพฤติเสี่ยงต่อการกระทำผิด เป็นบทลงโทษบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง ที่ส่งเสริมหรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควร หรือน่าจะทำให้เด็กมีความประพฤติเสี่ยงต่อการกระทำความผิด ต้องเป็นพฤติกรรมที่ผู้ปกครองส่งเสริมหรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควร หรือน่าจะทำให้เด็กมีความประพฤติเสี่ยงต่อการกระทำความผิดต่อกฎหมาย เช่น พฤติกรรมของพ่อเลี้ยงและมารดาของเด็กมีเพศสัมพันธ์กันต่อหน้าเด็กวัย 3 ขวบผ่านสื่อสังคมออนไลน์ และขณะมีเพศสัมพันธ์ดังกล่าวบุคคลทั้งสองมีการพูดจาหว่านล้อมให้เด็กมีส่วนร่วมด้วยการให้เด็กใช้ปากกอด จูบ ลูบคลำมารดาของเด็กแล้วจะชื้อขนมให้เด็กรับประทาน เพื่อแลกกับการที่มารดาและพ่อเลี้ยงของเด็กจะได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินจำนวน 400 บาท โดยมีการเผยแพร่ลงในกลุ่มสมาชิกสังคมออนไลน์ ดังนั้นการกระทำของพ่อเลี้ยงและมารดาของเด็กมีความผิดฐานชักจูง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควร หรือน่าจะทำให้เด็กมีความประพฤติเสี่ยงต่อการกระทำความผิด และความผิดตามมาตรา 26 (9) การบังคับ ชู่เชิญใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดง หรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจาร ไม่ว่างจะเป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทน หรือเพื่อการใด

อย่างไรก็ตามเนื่องจากมาตรา 26 วรรคหนึ่งได้บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ไม่ว่างเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ห้ามไม่ให้ผู้ใดกระทำการ ดังต่อไปนี้...” ดังนั้นการ

กระทำของนาง ก. กรณีกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นการทารุณกรรมต่อร่างกาย หรือจิตใจของเด็กถึงขั้นเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 หรือ มาตรา 86 แล้ว หรือความผิดฐานอื่นตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว จะไม่นำบทบัญญัติมาตรา 26 นี้ไปใช้บังคับแต่จะบังคับและโทษตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากเจตนารมณ์หลักในบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มุ่งหมายจะลงโทษทางอาญาเป็นสำคัญ เพียงเพื่อเป็นการป้องปรามไม่ให้กระทำการอันมิชอบต่อเด็ก โดยมุ่งหวังให้ผู้ปกครองเอาใจใส่และให้ความสำคัญในการเลี้ยงดูเด็กให้ถูกต้อง

4.2.3 วิเคราะห์ขอบเขตความรับผิดชอบบิดา มารดา บุคคลในครอบครัว ฐานเป็นตัวการร่วม ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนของกฎหมายต่างประเทศ

กฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีการบัญญัติความผิดฐานทำให้ผู้เยาว์ทำกิจกรรมทางเพศเป็นความผิดลักษณะเฉพาะแตกต่างหากจากความผิดฐานเป็นตัวการ หรือผู้สนับสนุน ตามประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 180 โดยมีการแบ่งลักษณะของการกระทำความผิดออกเป็น 3 ลักษณะ คือ (1) ผู้ใดก็ตามยุยงให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี กระทำกิจกรรมทางเพศ หรือโดยมีบุคคลภายนอกอยู่ หรือ ผู้ใดยุยงให้เกิดการกระทำทางเพศของบุคคลภายนอกต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี โดยการเป็นคนกลาง หรือโดยการสร้างโอกาส ต้องระวางโทษ แต่อย่างไรก็ตามโดยการสร้างโอกาสไม่ใช่บังคับกับกรณีผู้กระทำผิดที่เป็นผู้รับผิดชอบดูแลผู้เยาว์ หากว่าไม่ได้ประพฤติดังกล่าวร้ายแรงในหน้าที่ให้การศึกษาของตนที่รับผิดชอบต่อผู้เยาว์ (2) ผู้ใดก็ตามชักจูงให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี กระทำกิจกรรมทางเพศกับหรือโดยบุคคลภายนอกอยู่ หรือทนทุกข์จากการกระทำทางเพศของบุคคลภายนอกโดยได้รับรางวัลที่เป็นเงิน หรือผู้ใดก็ตามยุยงให้เกิดการกระทำความผิดดังกล่าวโดยเป็นคนกลาง (3) ผู้ใดก็ตามชักจูงให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งไว้วางใจตนจากการเลี้ยงดู ให้การศึกษา หรือดูแล หรือเป็นผู้บริวารของตนจากการจ้างงาน หรือความสัมพันธ์ทางการงาน โดยใช้ภาวะการพึ่งพาจากการเลี้ยงดู ให้กระทำกิจกรรมทางเพศกับ หรือมีบุคคลภายนอกอยู่ หรือทนทุกข์จากการกระทำทางเพศของบุคคลภายนอก ต้องระวางโทษ

ความผิดฐานทำให้ผู้เยาว์กระทำกิจกรรมทางเพศตามมาตรา 180 (3) ย่อมหมายความว่าหากผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมาย หรือผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง กรณี บิดา มารดา พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง บุคคลในครอบครัว ชักจูงให้เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองของตนเองโดยการเลี้ยง ให้การศึกษา ดูแล หรือโดยใช้ภาวะการพึ่งพาจากการเลี้ยงดู ให้กระทำกิจกรรมทางเพศ เช่น บิดา มารดาชักจูงให้บุตรของตนเองกระทำกิจกรรมทางเพศกับพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง หรือกรณีพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง ชักจูงให้ลูกเลี้ยงกระทำกิจกรรมทางเพศกับบุคคลในครอบครัว บุคคลดังกล่าวย่อมต้องรับผิดชอบฐานทำให้ผู้เยาว์ต้องทำกิจกรรมทางเพศตามกฎหมายอาญาสหพันธ์

สาธารณรัฐเยอรมนีมาตรา 180 (3) เป็นความผิดเฉพาะโดยไม่ต้องพิจารณาตามบทบัญญัติทั่วไปว่าการกระทำของบุคคลดังกล่าวต้องรับผิดฐานเป็นตัวการร่วมหรือฐานเป็นผู้สนับสนุนตาม ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยหากมีการกำหนดลักษณะของการกระทำความผิดกรณี บิดา มารดา มีส่วนรับรู้โดยการเป็นตัวการร่วมหรือเป็นผู้สนับสนุนให้พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยงกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเลี้ยงลูกเลี้ยง ต้องพิจารณาตามบทบัญญัติทั่วไปว่าการกระทำของบุคคลดังกล่าว เป็นการกระทำความผิดโดยเป็นตัวการร่วมต้องรับผิดตามมาตรา 83 หรือต้องรับผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนตามมาตรา 86 เนื่องจากกฎหมายอาญาของไทยไม่มีการบัญญัติความผิดลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดเฉพาะ ซึ่งหากมีการบัญญัติความผิดดังกล่าวก็จะเป็นตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษ คือ การข่มขู่ยับยั้งป้องกันอาชญากรรมทางเพศกรณีผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำความผิดซึ่งมีความสัมพันธ์ในลักษณะมีอิทธิพลหรืออำนาจเหนือกว่าผู้ถูกกระทำ เพื่อไม่ให้บุคคลดังกล่าวอาศัยโอกาสดังกล่าวมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดต่อเด็กซึ่งอยู่ในความปกครองของตนเอง โดยควรมีการกำหนดความรับผิดในลักษณะดังกล่าวเช่นกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายอาญา มาตรา 285 มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ในขณะที่กฎหมายหลายมลรัฐของสหรัฐอเมริกาได้ขยายความรับผิดทางอาญาออกไปให้รวมถึงบิดา มารดา ที่ยอมให้มีการกระทำความผิดทางเพศแก่บุตรของตนเองด้วยเหตุผลที่ว่า (1) บิดา มารดา มีหน้าที่ตามกฎหมายในการปกป้องคุ้มครองบุตรของตนเอง (2) บิดา มารดาที่ยอมให้มีการกระทำความผิดทางเพศต้องไปเป็นตามมาตรฐานวิญญูชน (3) ติความได้อย่างเสรีตามบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กให้รวมถึงบิดา มารดา ที่ยอมให้มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ (4) ตามหลักใกล้ชิด (5) การกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเป็นอาชญากรรมโดยเจตนา กรณีบิดา มารดา มีหน้าที่ตามกฎหมายในการปกป้องคุ้มครองบุตร หากศาลเห็นว่าบิดา มารดาไม่ได้พยายามหยุดการทารุณกรรมของคู่ครองต่อบุตรของตนเอง อาจทำให้บุคคลดังกล่าวอาจต้องรับผิดทางอาญา โดยศาลเห็นว่าหน้าที่ของบิดา มารดา ต้องรวมถึงหน้าที่ปกป้องคุ้มครองบุตรของตนเองจากการทารุณกรรมของบุคคลภายนอก รวมทั้งกรณีรู้เห็นสิ่งที่เกิดขึ้นแต่ปกปิดความผิดนั้นไว้ด้วย เช่น บิดา มารดา อาจมีความผิดทางอาญาจากการที่ไม่คุ้มครองบุตรของตน โดยไม่แทรกแซงพฤติกรรมของพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง ที่กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุตรของตนเอง รวมทั้งกรณีรู้เห็นในการกระทำความผิดของพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยงที่กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุตรของตนเองแต่เลือกที่จะปกปิดความผิดเอาไว้มากกว่าจะปกป้องคุ้มครองบุตรของตนเอง หรือกรณีศาลครอบครัวนิวเจอร์ซีย์เคสที่ที่ใช้มาตรฐานวิญญูชนมาพิเคราะห์ว่าแม่มารดาไม่ได้รู้จริงๆว่าบุตรสาวของตนเองถูกพ่อเลี้ยงกระทำความผิดทางเพศในบ้าน แต่จะเข้าข่ายความรับผิดหรือไม่ว่ายอมให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเกิดขึ้น เมื่อมีหลักฐานว่ามารดาควรมีมาตรการเชิงปกป้องคุ้มครองที่เพียงพอ

มารดาต้องรับผิดชอบทางอาญาเนื่องจากขั้นตอนการสืบสวนมารดาเห็นว่าสามีของตนเองมีพฤติกรรมชอบใช้ความรุนแรง และบุตรสาวได้แจ้งให้มารดาทราบแล้ว แต่มารดาไม่เชื่อและไม่ต้องการให้มายุ่งเกี่ยวกับอีกต่อไป โดยศาลเห็นว่าหลักฐานที่ชี้ให้เห็นว่ามารดามีความเสี่ยงที่รับรู้ได้

อย่างไรก็ตามแม้กฎหมายบางมลรัฐซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะไม่ได้ระบุขอบเขตความผิดที่เฉพาะเจาะจงให้รวมถึงบิดา มารดา ซึ่งยอมให้เกิดการกระทำความผิดดังกล่าว แต่ศาลได้มีการตีความบทบัญญัติกฎหมายได้อย่างเสรีให้รวมถึงบิดามารดาที่ยอมให้เกิดการกระทำความผิด โดยเป็นการตีความอย่างกว้างตามหลักเหตุใกล้ชิด และการกระทำความผิดต่อเด็กเป็นอาชญากรรมโดยเจตนา เช่น ศาลสูงของวิสคอนซินมีการตีความบทบัญญัติกฎหมายได้อย่างเสรีโดยตีความของคำว่า “โดยรู้” ให้รวมถึงมารดาที่ควรจะได้รู้ว่าบุตรของตนถูกทารุณกรรม จากการที่ทราบเรื่องที่เกิดขึ้นจากบุตร แต่ปฏิเสธที่จะรู้ข้อเท็จจริงโดยบอกกับบุตรของตนว่า “อย่าไปกังวลกับมัน” และสัญญาที่จะไปพูดคุยกับบิดาซึ่งเป็นผู้กระทำทารุณกรรมต่อบุตร แต่ปรากฏว่าไม่เคยพูดคุยตามที่เคยสัญญาเลย จึงเห็นได้ว่ามารดาอาจอยู่ในสถานะที่ทำให้บุตรของตนถูกทารุณกรรมโดยรู้อยู่ และโดยเฉพาะมารดาปฏิเสธที่จะเชื่อบุตรของตนเอง หรือกรณีศาลแห่งมลรัฐแมรี่แลนด์มีการตีความอย่างกว้างตามหลักใกล้ชิด โดยเห็นว่าบิดามารดาที่ยอมให้มีการทารุณกรรมเกิดขึ้นต้องรับผิดชอบต่อการกระทำความผิดดังกล่าวต่อเด็กด้วย โดยกฎหมายมุ่งหมายให้รวมถึงการละเว้นไม่กระทำของบิดามารดาด้วย เมื่อบุตรมีการแสดงอาการอย่างใดอย่างหนึ่งเช่น เจ็บปวดหรือบาดเจ็บที่ก้นและหรืออวัยวะเพศ เป็นต้น หรือกรณีศาลสูงของมลรัฐเนวาด้าเห็นว่า มารดาที่มีความผิดฐานทารุณกรรมและเพิกเฉยต่อบุตรผู้เยาว์ โดยศาลมีการตีความ “โดยเจตนา” ครอบคลุมทั้งการกระทำและละเว้นการกระทำ ในกรณีที่มารดามีการปฏิเสธมารดาต้องมีเจตนากระทำ หรือละเว้นกระทำในเรื่องนี้โดยยินยอมให้บุตรของตนตกอยู่ในสถานการณ์ทารุณกรรม ที่บุตรอาจได้รับความเจ็บปวดทางร่างกายหรือความทุกข์ระทมทางจิตใจ และกรณีที่ศาลมลรัฐอินเดียนาเห็นว่าฝ่ายรัฐเพียงต้องพิสูจน์ว่าบิดามารดาที่เป็นจำเลย ต้องล่วงรู้ข้อเท็จจริงเหมือนเช่นบิดามารดาที่เป็นวิญญูชนทั่วไป ภายใต้พฤติการณ์ต้องปกป้องคุ้มครองบุตร หากมารดาปฏิเสธอาจต้องรับผิดชอบในกรณีไม่อาจปกป้องคุ้มครองบุตร โดยอ้างอิงตามมาตรฐานวิญญูชน ส่วนกรณีที่มารดาละเว้นอาจต้องรับผิดชอบต่อการทารุณกรรมเด็ก โดยไม่ต้องพิสูจน์ถึงขั้นว่ามารดาเจตนาอนุญาตให้สามีกระทำทารุณกรรมต่อบุตรของตนเอง เพียงพิสูจน์ว่ามารดาที่ละเว้นกระทำไม่อาจปกป้องคุ้มครองบุตรของตนเองได้ก็เพียงพอแล้ว

นอกจากนี้ในมลรัฐต่างๆของสหรัฐอเมริกามีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดหน้าที่ตามกฎหมายในการปกป้องคุ้มครองเด็ก เช่นกฎหมายอาญามลรัฐนิวเจอร์ซีย์ มาตรา 260.10 บัญญัติว่า “บุคคลที่มีความผิดฐานทำให้เป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพของเด็ก โดยการเป็นพ่อแม่

ผู้ปกครอง หรือบุคคลอื่นที่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการดูแล หรือปกครองเด็กอายุต่ำกว่า 17 ปี บุคคลนั้นไม่ปฏิเสธที่จะใช้ความบากบั่นโดยสมเหตุสมผลในการควบคุมเด็กดังกล่าวเพื่อป้องกันไม่ให้เป็น “เด็กที่ถูกทารุณกรรม” “เด็กที่ถูกปล่อยปละละเลย” “เด็กเกเร” หรือ “บุคคลที่ต้องการการควบคุมดูแล” ซึ่งความผิดตามบทบัญญัตินี้บิดา มารดา หรือบุคคลอื่นที่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการดูแลหรือปกครองเด็กถูกกล่าวหาว่าไม่ใช้ความบากบั่นสมเหตุสมผลในการควบคุมเด็กอายุต่ำกว่า 17 ปี เพื่อป้องกันไม่ให้เด็กถูกทารุณกรรม บุคคลดังกล่าวต้องรับผิดตามมาตรา 260.10 โดยกฎหมายดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้อัยการพิสูจน์ว่าได้รับบาดเจ็บหรืออันตรายจริงๆ เพียงแต่เน้นไปที่ “มีโอกาส” ทำให้เด็กได้รับบาดเจ็บหรืออันตรายไม่ว่าจะทางร่างกาย ทางจิตใจ หรือทางศีลธรรม การทำให้เด็กได้รับอันตรายโดยพิจารณาจากปัจจัยแรก คือ เจตนา หากว่าผู้กระทำความผิดเพียงแต่ประมาทหรือไม่ใส่ใจต่อเด็กก็อาจถูกตั้งข้อกล่าวหาหรือลงโทษในระดับลหุโทษ แต่หากเป็นการกระทำความผิดโดยเจตนา ผู้กระทำความผิดอาจถูกตั้งข้อกล่าวหาหรือบทลงโทษในระดับความผิดขั้นรุนแรง ปัจจัยที่สอง คือ ระดับของความเสียหาย ความเสียหายมากย่อมต้องถูกตั้งข้อกล่าวหาหนัก เช่น ตัวอย่างคดีในคดี *Degren v. State*, 722 A.2d 887, 88 (Md. 1999) ศาลตัดสินว่าหญิงที่กระทำความผิดต่อเด็ก เมื่อปรากฏว่าหญิงคนนั้นมองคูสามีของเขามีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงอายุ 12 ปีที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกัน หรือคดี *People v. Carroll*, 715 N.E.2d 500, 500 (N.Y. 1999) ศาลตัดสินว่าแม่เลี้ยงที่เทียบเท่าได้กับกระทำการ โดยหน้าที่เป็นพ่อแม่ของผู้ถูกกระทำ และเห็นว่ามี ความผิดฐานทำให้เด็กตกอยู่ในสภาวะได้รับอันตราย นอกจากนี้การไม่รายงานเหตุการณ์ทารุณกรรม และการปล่อยปละละเลยเด็กทำให้เกิดภาวะเสี่ยงการทำให้เด็กได้รับอันตรายในระดับที่สูงขึ้น บุคคลดังกล่าวย่อมมีความผิดตามบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว

จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติกฎหมายอาญาของมลรัฐ โอคลาโฮมา สหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติลักษณะความผิดของบิดา มารดา ผู้ปกครอง ไว้ในมาตรา 21-852.1.1 บัญญัติว่า การทำให้เด็กได้รับอันตราย A. บุคคลที่เป็นพ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือผู้ที่มีอำนาจปกครองหรือควบคุมเด็กดังกล่าว คำจำกัดความไว้ในมาตรา 1-1-105 ของหมวด 10A กระทำให้เด็กได้รับอันตรายเมื่อบุคคลนั้น (1) โดยรู้อยู่แล้วยังยอมให้มีการกระทำทารุณต่อเด็กทางร่างกายหรือทางเพศ โดยจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวว่าด้วยการทำให้เด็กได้รับอันตราย หากว่าบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ที่มีอำนาจปกครองหรือควบคุมเด็กกระทำทารุณกรรมหรือยอมให้มีการทารุณกรรมต่อเด็กซึ่งอยู่ในความปกครองของตนเอง ไม่ว่าจะทางกายหรือทางเพศย่อมเป็นความผิดขั้นรุนแรง โดยการทารุณกรรมทางเพศต่อเด็ก ได้แก่ การสัมผัสทางเพศทุกรูปแบบ การแสวงหาประโยชน์ทางเพศไม่ว่าจะเป็นต้นเหตุทำให้เกิด หรือยอมให้เกิดการกระทำทารุณทางเพศต่อเด็ก ซึ่งรวมถึงการข่มขืน การร่วมประเวณีระหว่างบุคคลร่วมสายโลหิตเดียวกัน และการกระทำที่ลามกหรืออนาจาร หากว่าบิดา

มารดา ผู้ปกครอง เข้าไปเกี่ยวข้องกับทารุณกรรมทางเพศต่อเด็กของพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง บุคคลในครอบครัว อาจถูกตั้งข้อกล่าวหาว่าทั้งสองส่วน คือ ทารุณกรรมและการทำให้เด็กได้รับอันตรายภายใต้กฎหมายอาญามลรัฐโอคลาโฮมา

โดยจะเห็นได้ว่าการไม่คุ้มครองเด็กขึ้นอยู่กับการพิสูจน์ว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือไม่เพียงใดซึ่งเป็นการยากต่อการพิสูจน์ แต่อาจเทียบเคียงพิเคราะห์กฎหมายว่าด้วย “การไม่คุ้มครอง” ของสหราชอาณาจักร รัฐเซาท์เวลส์เครือรัฐออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ นอกจากนี้กรมยุติธรรมได้ให้ความเห็นไว้ว่าการกระทำที่จะเป็นความผิดตามกฎหมายดังกล่าว (1) รู้หรือเชื่อว่าเด็กที่อยู่ในความปกครองหรือดูแลของตน หรืออยู่ในครัวเรือนของตนกำลังถูกทารุณกรรมทางเพศหรือทารุณกรรมที่อาจส่งผลให้ได้รับบาดเจ็บสาหัส หรือเสียชีวิต (2) เด็กที่อยู่ในอาศัยในครัวเรือนเดียวกันกับคนเสียชีวิต เพราะว่าถูกกระทำทารุณและผู้ใหญ่ดังกล่าวล่วงรู้ถึงการทารุณกรรม และความรุนแรงของการทารุณกรรมนั้นด้วย นอกจากบัญญัติว่าด้วยการไม่คุ้มครอง หรือ การไม่อาจคุ้มครองเด็กยังปรากฏอยู่ในกฎหมายของสหราชอาณาจักร กฎหมายรัฐเซาท์เวลส์เครือรัฐออสเตรเลีย และกฎหมายนิวซีแลนด์ โดยกฎหมายสหราชอาณาจักร (Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004) ผู้เสียหาย คือ เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี หรือผู้ใหญ่ที่เปราะบาง (ผู้ที่อายุมากกว่า 16 ปีที่ไม่สามารถปกป้องตนเองจากความรุนแรง ทารุณกรรม หรือการปล่อยปละละเลยได้ เพราะความพิการทางร่างกายหรือจิตใจหรือป่วยด้วยโรคตามอายุหรืออย่างอื่น) ผู้ที่ต้องรับผิดชอบ คือ สมาชิกในครอบครัวหรือครัวเรือน รวมถึงบุคคลซึ่งแม้ว่าจะไม่ได้อยู่อาศัยในครัวเรือนหากว่าเข้ามาเยี่ยมเยียนครัวเรือนอยู่บ้างในช่วงระยะเวลาที่พอจะถือได้ว่าบุคคลนั้นเป็นสมาชิกในครัวเรือน ขอบเขตความผิด คือ ในขณะที่เสียชีวิต บุคคลที่ต้องรับผิดชอบเป็นสมาชิกในครัวเรือนเดียวกันกับผู้เสียหาย มักจะพบปะติดต่อกับผู้เสียหายบ่อยครั้ง ทำให้เกิดความเสียหายมากของการได้รับอันตรายทางร่างกายต่อผู้เสียหาย ไม่ว่าการกระทำของบุคคลนั้นก่อให้เกิดการเสียชีวิตหรือบุคคลนั้นควรได้รู้ถึงความเสียหายมากโดยไม่กระทำการตามขั้นตอนที่คาดหวังไว้ว่าจะต้องปกป้องคุ้มครองผู้เสียหาย โดยการกระทำนั้นได้เกิดขึ้นในพฤติการณ์ที่บุคคลนั้นคาดการณ์หรือควรจะคาดการณ์ได้ย่อมต้องรับผิดชอบตามกฎหมายดังกล่าว

กฎหมายรัฐเซาท์เวลส์เครือรัฐออสเตรเลีย (Criminal Law Consolidated Act 1935) ผู้เสียหาย คือ เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี หรือผู้ใหญ่ที่เปราะบาง (ผู้ที่อายุมากกว่า 16 ปีที่ไม่สามารถปกป้องตนเองจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย เพราะความพิการทางร่างกายหรือจิตใจหรือป่วยด้วยโรคหรืออ่อนกำลัง) ผู้ที่ต้องรับผิดชอบ คือ ผู้ที่มีหน้าที่ต้องดูแลผู้เสียหาย ซึ่งตามกฎหมายนี้ได้แก่ พ่อแม่หรือผู้ปกครอง หรือผู้ที่ได้เข้ามารับผิดชอบดูแลผู้เสียหาย ขอบเขตความผิด คือ ได้รู้หรือควรได้รู้ถึงความเสียหายมากต่อผู้เสียหายจากการกระทำที่ผิดกฎหมายโดยไม่กระทำการตามขั้นตอนที่

สมเหตุสมผลเพื่อปกป้องคุ้มครองผู้เสียหายจากความเสียหายอันร้ายแรง และการไม่กระทำการปกป้องคุ้มครองนั้นเข้าข่ายรุนแรงเป็นความผิดทางอาญาที่มีบทลงโทษ ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายนิวซีแลนด์ (Crimes Amendment Act (No.3) 2011) ผู้เสียหาย คือ เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือผู้ใหญ่ที่เปราะบาง (ผู้ที่ไม่สามารถปกป้องคุ้มครองตนเองได้เนื่องจากถูกคุมขัง อายุ เจ็บป่วยด้วยโรค หรือมีความบกพร่องทางจิตใจ หรือเหตุอื่นใดที่ถอนตัวเองออกจากการดูแลหรือหน้าที่ของบุคคลอีกคนหนึ่ง) ผู้ที่ต้องรับผิดชอบ คือ สมาชิกในครอบครัวหรือครัวเรือนเดียวกัน หรือเจ้าหน้าที่โรงพยาบาล สถาบัน หรือที่อยู่อาศัยซึ่งผู้เสียหายอยู่อาศัย สมาชิกในครอบครัวหรือครัวเรือนเดียวกัน อาจได้แก่รวมถึงบุคคลซึ่งแม้ว่าจะไม่ได้อยู่อาศัยในครัวเรือน แต่พบปะติดต่ออย่างใกล้ชิดกับครัวเรือนบ่อยครั้งและเยี่ยมชมครัวเรือน ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีความสัมพันธ์คุ้นเคยกับผู้เสียหายหรือไม่ก็ตาม ขอบเขตความผิด คือ รู้ว่าผู้เสียหายเสี่ยงได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิต ได้รับอันตรายทางกายขั้นรุนแรง หรือถูกทารุณกรรมทางเพศอันเนื่องมาจากการกระทำหรือละเว้นกระทำการของบุคคลอีกคนหนึ่ง รวมถึงไม่อาจดำเนินการตามขั้นตอนที่สมเหตุสมผลเพื่อปกป้องคุ้มครองผู้เสียหายจากความเสียหายได้ ย่อมต้องรับผิดชอบตามกฎหมายดังกล่าว

อีกทั้งประเทศไทยได้ลงนามเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ต้องดำเนินการตามพันธะผูกพันต่างๆตามบทบัญญัติในอนุสัญญาดังกล่าว โดยประเทศไทยจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก จึงควรมีการกำหนดความรับผิดชอบกรณี บิดามารดา บุคคลในครอบครัวมีส่วนรับรู้ โดยการเป็นตัวการร่วม หรือเป็นผู้สนับสนุนการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับเพศเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อที่ 34 เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศที่ไม่ชอบทุกรูปแบบ รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการทางกฎหมาย เพื่อป้องกันการชักจูง หรือบังคับให้เด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศใดๆที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จากเหตุผลดังกล่าวรัฐควรมีการบัญญัติลักษณะความรับผิดชอบของบุคคลดังกล่าวให้แตกต่างจากการกระทำ ความผิดของบุคคลทั่วไป เนื่องจากผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกระทำความผิดมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันในฐานะใดฐานะหนึ่ง เพื่อเป็นการคุ้มครองและป้องกันเด็กไม่ให้ผู้กระทำความผิดอาศัยโอกาสดังกล่าวในการชักจูงหรือบังคับให้เด็กซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองของตนเองมีส่วนร่วม ในกิจกรรมทางเพศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะส่งผลให้การบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้กฎหมายของไทยในอดีตได้มีบทบัญญัติการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ ตามกฎหมายตราสามดวง พระไอยการลักษณะฝ่าฝืนมาตรา 35 และมาตรา 36 มีการบัญญัติห้ามการกระทำความผิดและมีบทลงโทษผู้ที่กระทำความผิด กรณีพ่อแม่กับลูก พี่กับน้อง ปู่ ย่า ตา ยาย ลุง ป้า น้า อา กับหลาน และกรณีหลานกับเมียของลุง ตา ปู่ อา น้า หรือเมียของพี่ เป็นต้น และยัง

ลงโทษ พ่อ แม่ พี่น้อง ที่สนับสนุนรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดดังกล่าวด้วยตามมาตรา 36 และพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มาตรา 7 ผู้ใดรู้เห็นเป็นใจด้วย ฤๅอุคหนุน ต้นเหตุในการข่มขืนกระทำชำเราก็ดี พิจารณาเป็นสัจย์ให้ลงโทษ จะเห็นได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับ ดังกล่าวมีความทันสมัยเทียบเท่ากับกฎหมายต่างประเทศในการกำหนดความรับผิดในลักษณะ ดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีการกำหนดลักษณะความรับผิดเฉพาะกรณีของบิดา มารดา บุคคลใน ครอบครัวมีส่วนรับรู้โดยการเป็นตัวการ หรือผู้สนับสนุนการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยมีการ นำกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี บทบัญญัติมาตรา 180 ความรับผิดเฉพาะของผู้ปกครองซึ่งชักจูงให้เด็กซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองกระทำกิจกรรมทางเพศ อีกทั้งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ เคาท์ตี้ มลรัฐวิสคอนซิน มลรัฐแมรี่แลนด์ มลรัฐเนวาด้า มลรัฐอินเดียน่า สหรัฐอเมริกา กำหนด ความรับผิดทางอาญาต่อบิดามารดาที่ไม่แทรกแซงเพื่อยุติการทารุณกรรมทางเพศของบุตรตนเอง รวมถึงบิดา มารดามีหน้าที่ปกป้องคุ้มครองบุตรของตนจากการทารุณกรรมของบุคคลภายนอก และ กฎหมายอาญามลรัฐนิวเจอร์ซีย์ มาตรา 260.10 กฎหมายอาญามลรัฐโอคลาโฮมา มาตรา 21-852.1. รวมทั้งกฎหมายสหราชอาณาจักร กฎหมายรัฐเซาท์เวลส์ เครื่องมือรัฐออสเตรเลีย กฎหมายนิวซีแลนด์ มีการกำหนดลักษณะความรับผิดของบุคคลในครอบครัวรู้ว่าเด็กซึ่งอยู่ในความปกครองเสี่ยงถูก ทารุณกรรมทางเพศอันเนื่องจากการกระทำหรือละเว้นกระทำของบุคคลในครอบครัว และรวมถึง ไม่อาจดำเนินการตามขั้นตอนที่สมเหตุสมผลเพื่อปกป้องคุ้มครองเด็กจากความเสี่ยงได้ นอกจากนี้ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยรัฐภาคีต้องดำเนินการตามมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันและชัก จูง หรือบังคับให้เด็กมีกิจกรรมทางเพศ ดังนี้

มาตรา 285 วรรคสาม บัญญัติว่า “บิดา มารดา บุคคลในครอบครัว มีส่วนรับรู้โดยการ เป็นตัวการร่วม หรือเป็นผู้เป็นสนับสนุนการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ”

4.3 หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษกรณีผู้มีส่วนรับรู้โดยเป็นตัวการร่วมหรือเป็น ผู้สนับสนุนการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

การพิจารณาหลักการได้สัดส่วนในการลงโทษจะต้องมีการพิจารณาขนาดของความเสียหายต่อสังคมกับขนาดของการลงโทษประกอบด้วย โดยจะเห็นได้ว่าอาชญากรที่สร้างความเสียหายต่อสังคมต้องรับโทษหนัก ส่วนอาชญากรที่สร้างความเสียหายต่อสังคมน้อยกว่าควรรับ โทษเบากว่า ได้นำไปสู่การกำหนดโทษที่รุนแรงเพื่อนำไปสู่ความชอบธรรมในการลงโทษ ผู้เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ เป็นจริงที่ว่ารัฐควรลงโทษอาชญากรให้ได้สัดส่วน กับความเสียหายต่อสังคม แต่หลักการของการลงโทษอีกส่วนหนึ่ง กล่าวคือ การลงโทษให้

เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน ซึ่งจะเห็นได้ว่าเมื่อมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศฐาน ความผิดเดียวกัน แต่ก็อาจจะต้องรับ โทษทางอาญาต่างกันของผู้กระทำความผิด เช่น อายุของผู้กระทำความผิด อายุของผู้เสียหาย เวลาที่กระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำความผิด โอกาสในการกระทำความผิด เป็นต้น เพื่อนำไปสู่การกำหนดโทษและการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด ดังจะกล่าวต่อไปนี้

4.3.1 อัตราโทษกรณีบุคคลทั่วไปและบุคคลในครอบครัวกรณีมีส่วนร่วมรับรู้โดยเป็นตัวการร่วมหรือเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศของบุคคลทั่วไป เช่น การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 หรือการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 โดยมีบุคคลอื่นกระทำด้วยประการใดๆ อันเป็นการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดก่อน หรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะไม่ได้รู้ถึงการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกก็ตาม เช่น เช่น การที่นาย ก. พาเด็กหญิง ข. ไปให้นาย ค. กระทำชำเราเด็กหญิง แม้นาย ก. จะคิดคบกับนาย ค. มาก่อนก็ตาม แต่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนนาย ค. จะกระทำชำเราเด็กหญิง ข. ในขณะที่นาย ค. กระทำชำเราเด็กหญิงผู้เสียหาย ไม่ปรากฏว่านาย ก. ได้กระทำการใดอันมีลักษณะของการเป็นตัวร่วมกระทำความผิดดังกล่าวด้วย ทั้งนาย ก. ไม่ได้มีส่วนร่วมในเหตุการณ์และไม่ได้ร่วมกระทำชำเราเด็กหญิง ข. ด้วย จึงฟังไม่ได้ว่านาย ก. เป็นตัวการร่วมกระทำความผิด การกระทำของนาย ก. จึงเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 86 ประกอบมาตรา 277 ดังนั้นนาย ก. เป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงต้องระวางโทษสองในสามของมาตรา 277 หรือกรณี นาย ก. ร่วมกันกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง โดยนาง ข. ไม่ได้ลงมือข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงก็ตาม แต่ได้มีการจับแขนจับขาของเด็กหญิงเพื่อให้นาย ก. กระทำชำเราเด็กหญิง ดังนั้นนาง ข. เป็นตัวการร่วมกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง นาง ก. ผู้ที่ได้ร่วมกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงด้วยกันนั้นเป็นตัวการ ต้องระวางโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 83 ประกอบมาตรา 277 ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าว บิดา มารดา บุคคลในครอบครัวเป็นผู้มีส่วนร่วมรับรู้โดยการเป็นตัวการร่วม หรือเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศของ พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง เภรบุญชาติ ต้องรับผิดฐานเป็นตัวการร่วม หรือเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 หรือมาตรา 86 แล้วแต่กรณี

ในขณะที่อัตราโทษของบิดา มารดา บุคคลในครอบครัว ตามมาตรา 26 (1) กระทำหรือละเว้นการกระทำอันเป็นการทารุณกรรมต่อร่างกาย หรือจิตใจของเด็ก มาตรา 26 (3) บังคับ ชู้เจ็ญ

ชักจูง ส่งเสริมหรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควรหรือน่าจะทำให้เด็กมีความประพฤติเลวร้ายต่อการกระทำผิด 26 (9) พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 พบว่าหาก บิดา มารดา บุคคลในครอบครัวกระทำคามผิดฐานบังคับ ชู่เชิญ ใ้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดง หรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจาร ไม่ว่าจะเป็นเพื่อใ้ได้มาซึ่งค่าตอบแทน หรือเพื่อการใด บุคคลดังกล่าวต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน หรือปรับไม่เกิน 3 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับตามมาตรา 78 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการกำหนดอัตราโทษที่น้อยเกินไป เมื่อเปรียบเทียบกับกระทำความผิดซึ่งมีลักษณะของความร้ายแรงย่อมไม่ได้สัดส่วนในการกำหนดอัตราโทษของความผิดดังกล่าว เนื่องจากเจตนารมณ์ของมาตราดังกล่าวไม่ได้มุ่งหมายที่จะลงโทษทางอาญาเป็นสำคัญ แต่เป็นเพียงเพื่อป้องปรามไม่ให้กระทำการอันไม่ชอบต่อเด็กโดยมุ่งหวังให้ผู้ปกครองเอาใจใส่และให้ความสำคัญต่อการเลี้ยงดูเด็กให้ถูกต้อง แต่บทลงโทษตามมาตรา 78 มีข้อยกเว้นตามมาตรา 26 วรรคแรก “ภายใต้บังคับบทบัญญัติกฎหมายอื่น...” ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 26 ถึงขั้นเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว จะไม่นำบทบัญญัติมาตรา 26 มาบังคับใช้แต่จะบังคับและลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตามหากมีการบังคับและลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 83 หรือมาตรา 86 ก็รับโทษเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ของผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นตัวการร่วมหรือผู้สนับสนุน เช่น บิดา มารดา บุคคลในครอบครัวกับผู้ถูกระทำความผิด มีความสัมพันธ์ละเอียดอ่อนซับซ้อนเกี่ยวพันใกล้ชิด โดยลักษณะของการกระทำความผิดต่างจากการเป็นตัวการร่วม หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศระหว่างบุคคลทั่วไป ซึ่งความร้ายแรงของความผิดย่อมส่งผลกระทบต่อผู้ถูกระทำความผิดทั้งทางร่างกายและจิตใจมากกว่าการกระทำของบุคคลทั่วไป ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำความผิดฐานเดียวกันก็ตาม แต่ปรากฏว่ามีความแตกต่างของผู้กระทำความผิดอยู่หลายประการ เช่น ผู้กระทำความผิดและผู้ถูกระทำความผิดมีความสัมพันธ์กัน โอกาสที่เอื้อประโยชน์ต่อการกระทำความผิด ลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิด โอกาสในการกระทำความผิดสำเร็จ ผู้วิจัยเห็นว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลในครอบครัวเท่ากับบุคคลทั่วไป ย่อมไม่ได้สัดส่วนของการลงโทษกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด เมื่อพิจารณาจากปัจจัยดังกล่าว การกระทำของบุคคลดังกล่าวควรได้รับโทษหนักกว่าบุคคลทั่วไป

นอกจากนี้กฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคนร่วมกัน ไม่ว่าจะโดยการเป็นตัวการหรือด้วยการเป็นผู้สนับสนุน ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 222-24 โดยสอดคล้องกับกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหาก

กระทำโดยมิได้การร่วมกระทำความคิดระหว่างบุคคลหลายคน ถือเป็นเหตุเพิ่มโทษที่กฎหมายต้องลงโทษหนักขึ้น ด้วยเหตุผลที่ว่า การร่วมกระทำความคิดในกรณีดังกล่าวจะเป็นการเพิ่มอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับตัวผู้เสียหายที่เป็นเหยื่อ เพราะว่าหากผู้กระทำความผิดหลายคนยอมทำให้โอกาสในการที่เหยื่อจะป้องกันตนเองได้ ก็ย่อมที่จะน้อยลงซึ่งเป็นการสร้างโอกาสในการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดให้มีโอกาสกระทำความผิดมากยิ่งขึ้นนั่นเอง อย่างไรก็ตามถ้าพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศสกับกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ย่อมคุ้มครองเหยื่อได้ดีกว่า เนื่องจากหากมีผู้ร่วมกระทำความคิดตั้งแต่สองคนขึ้นไปก็เข้าหลักเกณฑ์ของการเป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องมีการกระทำในลักษณะที่เป็นการโทรมเต็กอย่างในกฎหมายอาญาของไทยแต่อย่างใด ทางผู้วิจัยเห็นว่าควรนำหลักกฎหมายของกฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศสและกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาเป็นแนวทางในการกำหนดลักษณะความรับผิดชอบของบิดา มารดา บุคคลในครอบครัว ซึ่งมีส่วนรับรู้โดยการเป็นตัวการร่วมหรือเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กต้องรับโทษเพิ่มขึ้น ต่างจากกรณีการเป็นตัวการร่วมหรือเป็นผู้สนับสนุนของบุคคลทั่วไป เพราะจากกฎหมายของทั้งสองประเทศการกระทำความผิดดังกล่าวของผู้กระทำความผิดร่วมกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเป็นเหตุเพิ่มโทษ ฉะนั้นการที่บิดา มารดา บุคคลในครอบครัวมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดต่อเด็ก ซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือเด็กต้องพึ่งพาอาศัย มีอิทธิพลครอบงำเหนือเด็ก ย่อมเป็นการเพิ่มโอกาสในการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดมีเพิ่มมากยิ่งขึ้นกว่าการกระทำความผิดของบุคคลทั่วไป และเมื่อเด็กซึ่งอยู่ในความปกครองของบุคคลดังกล่าวโอกาสที่เด็กจะป้องกันตนเองจากผู้กระทำความผิดย่อมที่จะน้อยลงไปอีกเช่นกัน

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรนำแนวทางกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและกฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส ทฤษฎีความได้สัดส่วนในการลงโทษ มาเป็นแนวทางในการเพิ่มโทษของบิดา มารดา บุคคลในครอบครัว ที่มีส่วนรับรู้โดยการเป็นตัวการร่วม หรือเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดของพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง บุคคลในครอบครัวให้รับโทษหนักขึ้นกว่าบุคคลทั่วไป เนื่องจากการกระทำความผิดร่วมกันหลายคนดังกล่าว โดยการเป็นตัวการร่วมหรือเป็นผู้สนับสนุน และความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกกระทำมีลักษณะที่มีอำนาจเหนือกว่าซึ่งทำให้โอกาสในการกระทำความผิดของพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง บุคคลในครอบครัว มีโอกาสในการกระทำความผิดได้สำเร็จมากขึ้น และการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวมีความเสี่ยงต่อการกระทำความผิดซ้ำ เนื่องจากพฤติการณ์ของบุคคลในครอบครัวมีส่วนช่วยอำนวยความสะดวกต่อการกระทำความผิด ดังนั้นควรบัญญัติให้กรณีของบุคคลในครอบครัวที่มีส่วนรับรู้โดยการเป็นตัวการร่วม หรือเป็นผู้สนับสนุน ควรรับโทษหนักกว่ากรณีการกระทำความผิดของบุคคลทั่วไป เพื่อให้

สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษในการข่มขู่ยับยั้งการป้องปรามการกระทำความผิดไม่ให้ผู้กระทำความผิดใช้อำนาจเหนือกว่ามีส่วนร่วมกระทำความผิดต่อเด็กและเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายตามมาตรา 285 ที่มีความมุ่งหมายในการคุ้มครองเด็กให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

มาตรา 285 วรรคสามบัญญัติว่า มาตรา 285 วรรคสาม บัญญัติว่า “บิดา มารดา บุคคลในครอบครัว มีส่วนรับรู้โดยการเป็นตัวการร่วม หรือเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ และให้เพิ่มโทษที่จะลงโทษแก่ตัวการร่วมกึ่งหนึ่งของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับผู้นั้น”