



ปัญหาการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีการมีเพศสัมพันธ์

โดยความยินยอมระหว่างเด็ก

โดย

นายณัฏฐ์ ลีลาอมรพันธ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

กฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปัญหาการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีการมีเพศสัมพันธ์  
โดยความยินยอมระหว่างเด็ก

โดย

นายณัฏฐ์ ลีลาอมรพันธ์



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

กฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



THE PROBLEMS IN THE PROCEDURE OF JUVENILE OFFENDERS  
WHO COMMIT SEXUAL OFFENCES AGAINST MINORS WITH  
CONSENT

BY

MR. NATTHARAT LEELAAMORNPHAN



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS  
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS  
CRIMINAL LAW  
FACULTY OF LAW  
THAMMASAT UNIVERSITY  
ACADEMIC YEAR 2015  
COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSIT

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายณัฏฐ์ ลีลาอมรพันธ์

เรื่อง

ปัญหาการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็ก

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อวันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2559

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ณภัทร สรอัคร์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(อาจารย์ ประธาน จุฬาโรจน์มนตรี)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(อาจารย์ ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็ก
ชื่อผู้เขียน	นายณัฏฐ์ ลีลาอมรพันธ์
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายอาญา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ณภัทร สร้อทนต์
ปีการศึกษา	2558

### บทคัดย่อ

ประเทศไทยมีการพัฒนาและปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สอดคล้องและตรงตามเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็กอยู่โดยตลอด ซึ่งความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นเด็กหรือผู้เยาว์ ได้มีการปรับปรุงและแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558 เพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการพิจารณาความผิดเกี่ยวกับเด็ก และมุ่งหวังเพื่อแก้ปัญหาคดีผู้กระทำความผิดใช้การบีบบังคับผู้เสียหายให้สมรสเพื่อใช้เป็นทางออกให้มิต้องรับโทษ แต่การแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว กลับพบว่ายังเกิดปัญหาในทางปฏิบัติกรณีมีการดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม และการแก้ไขความผิดดังกล่าวมิได้แก้ปัญหาได้จริง คือ บทบัญญัติในมาตรา 277 วรรคท้าย กำหนดเงื่อนไขที่เด็กหรือเยาวชนนั้นจะต้องปฏิบัติก่อนได้รับการบรรเทาโทษหรือรอลงอาญา ซึ่งไม่อำนวยความสะดวกให้แก่เด็กอย่างแท้จริง และเป็นช่องโหว่ที่ก่อให้เกิดผู้แสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบนำบทบัญญัติของกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด โดยใช้การดำเนินคดีเด็กหรือเยาวชนมาเรียกรับเงินเพื่อแลกกับการไม่ถูกดำเนินคดี ประกอบกับการสมรสมิใช่ทางออกและไม่ควรนำเรื่องสมรสมาเป็นข้อระงับความผิดในกฎหมายอาญา อันก่อให้เกิดปัญหาแก่เด็กและสังคมตามมา

จากการศึกษาจากแนวคิดคุ้มครองเด็กและการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็ก ตลอดจนปัญหาที่เกิดขึ้นจากการดำเนินคดีต่อเด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมพบว่า การปฏิบัติต่อเด็กในกระบวนการยุติธรรมย่อมต้องแตกต่างจากผู้ใหญ่ เนื่องด้วยสภาพความสมบูรณ์ในร่างกายและจิตใจมีน้อยกว่า การหาสาเหตุถึงการกระทำความผิดของเด็กและมุ่งฟื้นฟูแก้ไขเด็ก จึงเป็นสิ่งที่สำคัญมากกว่าการลงโทษเด็กที่ได้ก่อประโยชน์ต่อ

ตัวเด็กหรือสังคมแต่อย่างใด ซึ่งแนวคิดเหล่านี้ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ รวมถึงในประเทศไทยที่ได้ยอมรับหลักการและบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับใช้ให้เป็นไปตามแนวกฎหมายสากล แต่แม้จะมีแนวคิดที่มีเจตนารมณ์มุ่งคุ้มครองเด็กเหมือนกัน กลับพบว่าหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศ รวมทั้งการดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมกลับแตกต่างจากประเทศไทย

การกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา สหภาพรัฐสวิส และประเทศอังกฤษ อาจแตกต่างกันทั้งเรื่องเนื้อหาฐานความผิด และเกณฑ์อายุขั้นต่ำของเด็กหรือเยาวชนที่สามารถให้ความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศได้ แต่ต่างก็บัญญัติให้บุคคลใดกระทำความผิดต่อเด็กไม่ว่าจะเกิดจากความยินยอมหรือไม่ ผู้กระทำความผิดมีความผิดฐานข่มขืนทันที โดยผลของกฎหมาย (Statutory Rape) และหากพบว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าวเกิดขึ้นจากความยินยอมของเด็กหรือเยาวชนที่มีอายุไล่เลี่ยเอง กล่าวคือ เด็กหรือเยาวชนมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้ว ทั้งสี่ประเทศข้างต้นได้บัญญัติกำหนดข้อยกเว้นหรือกำหนดวิธีปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชนที่กระทำผิดแตกต่างกัน แบ่งได้ออกเป็นสองกลุ่ม คือ ประเทศที่กำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กไม่มีความผิด และประเทศที่กำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กเป็นความผิดแต่ไม่ดำเนินคดี เมื่อเด็กหรือเยาวชนภายหลังได้รับการยกเว้นโทษแล้ว ก็ต้องได้รับการอบรมฟื้นฟูเพื่อปรับเปลี่ยนพฤติกรรมและไม่เกิดการกระทำ ความผิดซ้ำอีก ตามวิธีการอบรมและความเหมาะสมของแต่ละประเทศ ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการมุ่งคุ้มครองเด็กและมุ่งแก้ไขฟื้นฟูเด็กให้ปรับเปลี่ยนพฤติกรรมเป็นคนดีมากกว่าการมุ่งลงโทษเด็กซึ่งไม่ก่อประโยชน์ใดๆ

ประเทศไทยในฐานะที่ยอมรับแนวคิดการคุ้มครองเด็ก ทั้งได้บัญญัติกฎหมายคุ้มครองเด็กให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ย่อมสมควรดำเนินคดีและลงโทษต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม แต่ควรให้โอกาสแก่เด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดในครั้งแรกและเป็นไปตามเงื่อนไขตามมาตรา 277 วรรคท้าย นำมาตรการฟื้นฟูและแก้ไขมาใช้ภายหลังยกเว้นโทษแก่เด็กหรือเยาวชนตามที่กฎหมายคุ้มครองเด็กบัญญัติ และควรเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์อายุของเด็กตามมาตรา 277 วรรคท้ายให้เหมาะสม โดยกำหนดอายุขั้นต่ำของเด็กผู้เสียหายและให้นำเกณฑ์อายุที่ไล่เลี่ยกันระหว่างเด็กหรือเยาวชนผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิดเป็นตัวพิจารณาแทน รวมทั้งยกเลิกการสมรสเพื่อใช้เป็นทางออกสำหรับยุติความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก เป็นช่องโหว่ของกฎหมายที่ผู้แสวงหาผลประโยชน์มักใช้เป็นทางออกเพื่อมิให้ตนต้องรับผิดหรือนำมาใช้เพื่อแลกกับเงินค่าตอบแทน นอกจากนี้ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการมุ่งคุ้มครองเด็กและให้บทบัญญัติกฎหมายสอดคล้องกัน ระหว่างความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ที่มีมาควบคู่กันเมื่อ

ดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม จึงเห็นควรบัญญัติกฎหมายให้มี  
ข้อยกเว้นเช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 วรรคท้าย เพื่อมิให้เกิดความ  
ลักลั่นในการบังคับใช้กฎหมายที่เด็กได้รับการบรรเทาโทษในความผิดฐานกระทำชำเราแล้ว แต่ยังคง  
ต้องได้รับโทษในความผิดฐานพรากผู้เยาว์อยู่ ซึ่งไม่ตรงตามเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็ก อันจะ  
ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเด็กอย่างสูงสุดต่อไป

**คำสำคัญ:**ความผิดเกี่ยวกับเพศ, ความยินยอม, เด็ก



Thesis Title	THE PROBLEMS IN THE PROCEDURE OF JUVENILE OFFENDERS WHO COMMIT SEXUAL OFFENCES AGAINST MINORS WITH CONSENT
Author	Mr.Nattharat Leelaamornphan
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Criminal Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Assistant Professor Naphat Sora-at, Ph.D.
Academic Years	2015

## ABSTRACT

Thai laws have been developed and modified in order to be compliance with and match to the spirit of the child protection all the time. The sexual intercourse offence against a child not yet over fifteen years of age or a juvenile was modified and amended in according to the Act Amending the Criminal Code (No. 23), B.E. 2558 in order to create the suitability for procedure of the child offences. Also, it expects to resolve the problems in the case of that the offender forces the injured person to settle the case by marriage without any liability to punishment. However, the aforesaid attempt cannot reach to its objection, and in practically, there are still problems in the procedure of juvenile offenders who commit sexual offences against a child or a juvenile with consent. It could be seen that such amendment cannot solve the problems. In other words, the last paragraph of Section 277 of the Criminal Code stipulates the precedent conditions for a child or a juvenile to perform prior to be granted a relief or a suspended sentence, which it cannot provide the true justice to the child. In addition, it is the gap in the law resulting in that a person, who wishes to wrongfully obtain the interest from it, can use the law as his tool to commit a crime by the way of using the child procedure to demand the offender for compensation in exchange of not being prosecuted. Furthermore, the marriage is not the resolve of this circumstance and should not be used as the relief to not be prosecuted in the criminal law, which may raise more issues against a child or a juvenile in the future.



From the research on the concept of child protection and the stipulation of the offences relating to sexuality with consent between child, including the problems raised by the proceeding against a child who has sex with his/her consent, it is seen that the treatment of child must be different from an adult since the child has less physical and mental integrity than the adult. Therefore, searching for a clause of offences committed by a child and aiming for the rehabilitation of child are more important than punishment which is not provide any benefit to the child or the society. These methods are acknowledged by nations, including Thailand which accepts the principle and rules and regulations in order to enforce in accordance with the international law. Despite the same objection to protect a child, the principle to stipulate the offences relating to sexuality, including the proceeding against a child or a juvenile who has sex with his/her consent of nations are different from Thailand.

The United State of America, Canada, Switzerland, and England have differently stipulated the offences relating to sexuality in the content, the minimum age of child or juvenile who is able to provide his/her consent. However, these nations have similarly stipulated that whoever commits sexual intercourse with a child or a juvenile with or without consent shall be guilty of rape by the law (Statutory of Rape). Additionally, in the case of that such sexual offences are committed mutually consent between the child or a juvenile offender and the injured person who is also a child or a juvenile, which both of them are about the same age meaning that the child and the juvenile has sex with his/her consent, the four nations as mentioned above have differently stipulated the impunity and the treatment of child or juvenile who is the offender, which can be classified in two categories. The first one is the nations who stipulate that a sexual intercourse with mutually consent between child is not guilty, and the second one is the nations who stipulate that a sexual intercourse with mutually consent between child is guilty, but not prosecuted. After a child or a juvenile is granted an impunity, he/she shall be entered into the rehabilitation program in order to change his/her behavior and make sure that he/she will not commit the same crime again in accordance with the method and suitability of each nation. The objective of such procedure is more to protect and rehabilitate the child to change his/her behavior to be a good person than to punish the child, which will not be any good for him/her.

Thailand, which has accepted the principle of child protection and stipulated the Child Protection Act in accordance with the Convention of the Right of the Child, should not prosecute or punish a child or a juvenile who has sex with

mutually consent. In contrast, Thailand should provide a child or a juvenile an opportunity for the first crime and execute pursuant to the last paragraph of Section 277 of the Criminal Code to apply the rehabilitation measure after the child or the juvenile is granted the impunity in accordance with the Child Protection Act. In addition, the age range of child of the last paragraph of Section 277 should be properly amended by setting the minimum age of a child who is the injured person and applying the principle, for the procedure, of that the injured person is about the same age as the offender. Also, the settlement of the sexual intercourse case by marriage, which is the gap of the law for whoever seeks the interest from it in exchange to not be punished or to use as a tool for demanding the compensation, should be cancelled. Furthermore, in order to comply with the objective of the child protection and to build the consistency between the sexual intercourse offence and the abduction of child offence. Regularly, there two offences are simultaneously proceeded in the case of sexual offences committed by the offender who is a child or a juvenile with consent of the injured person who also is a child or juvenile. Therefore, the abduction of child offence should have an impunity as the sexual intercourse offence in accordance with the last paragraph of Section 277 of the Criminal Code. This method is to prevent inconsistency with the enforcement of the law in the case of that a child, who is granted the relief in the sexual intercourse offence, is still liable to punishment in the abduction of child offence, which shall not be in light of objection to protect a child, and to result in the highest interest of child in the future.

**Keywords:** SEXUAL OFFENCES, CONSENT, MINORS

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้สำเร็จสมบูรณ์ ผู้ศึกษาต้องขอขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท ที่ท่านกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำต่างๆ อันเป็นประโยชน์ในการจัดทำวิทยานิพนธ์นี้ขึ้น ตั้งแต่ผู้ศึกษาวางเค้าโครง จนกระทั่งปรับปรุงแก้ไข วิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวจนสำเร็จเรียบร้อย แม้ภายหลังผู้ศึกษาจักได้เปลี่ยนอาจารย์ที่ปรึกษาเป็น ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ณภัทร สรอัทธม์ แล้ว ท่านก็ยังคงช่วยเหลือด้วยดีเสมอมา และขอขอบพระคุณคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ประกอบด้วย ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ ประธานกรรมการสอบ และอาจารย์ ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ รวมถึงอาจารย์ประธาน จุฬารोजनाมนตรี ที่ทุกท่านสละเวลาอันมีค่า คอยให้คำแนะนำเพิ่มเติมที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งใน วิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวจนสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

นอกจากนี้ ผู้ศึกษาต้องขอขอบพระคุณบิดา มารดา และครอบครัว ที่เป็นผู้สนับสนุน และให้ความช่วยเหลือในทุกๆ ด้าน อันเป็นแรงผลักดันให้ผู้ศึกษาประสบความสำเร็จได้ถึงทุกวันนี้ บุคคลรอบกายของผู้ศึกษา พี่ๆ เพื่อนๆ น้องๆ ตลอดจนเพื่อนทุกท่านที่ศึกษาในระดับชั้นเดียวกัน และบุคคลที่มีได้เอ่ยนามทุกท่าน โดยเฉพาะกลุ่มเราจะจบไปด้วยกัน ที่คอยให้กำลังใจแก่ผู้ศึกษา รวมทั้ง ญาติ พี่เตี้ย ที่เสียสละเวลาอันมีค่าช่วยแปลภาษาต่างประเทศให้อย่างเต็มใจไม่บ่าเบียด โดยให้ความช่วยเหลือและให้ข้อมูลต่างๆ ที่เป็นประโยชน์ ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวจนกระทั่ง สำเร็จด้วย

นายณัฐภูมิ ลีลาอมรพันธ์

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(4)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและสภาพของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	5
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	5
1.4 สมมติฐานการศึกษา	5
1.5 วิธีการศึกษา	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	6
บทที่ 2 แนวคิดที่ว่าด้วยการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีการมีเพศสัมพันธ์ โดยความยินยอมระหว่างเด็ก	7
2.1 แนวความคิดในการกำหนดความผิดอาญา	7
2.1.1 ความหมายของกฎหมายอาญา	7
2.1.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา	8
2.2 แนวคิดการดำเนินคดีเด็ก	9
2.2.1 แนวคิดการกระทำความผิดของเด็ก	10
2.2.1.1 ความหมายของการกระทำความผิดของเด็ก	10
2.2.1.2 สาเหตุของการกระทำความผิดของเด็ก	12
2.2.2 การปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำความผิด	14

2.2.2.1	ปรัชญาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำความผิด	14
2.2.2.2	การปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำความผิดในปัจจุบัน	17
2.3	แนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก	19
2.3.1	แนวคิดสิทธิเด็ก	20
2.3.1.1	เสาหลักแห่งสิทธิ	21
2.3.1.2	หลักประกันการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็ก	23
2.3.2	แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก	25
2.4	หลักความยินยอม	28
2.4.1	ความยินยอมซึ่งยกเว้นความผิด	29
2.4.2	ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้	32
2.5	กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเด็ก	32
2.5.1	ปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวา ค.ศ.1924	33
2.5.2	อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989	34
2.5.3	กฎแห่งกรุงปักกิ่ง ค.ศ.1985	37
2.5.4	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550	41
2.5.5	พระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546	44
2.6	กฎหมายอาญา	47
2.6.1	วิวัฒนาการของกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศไทย	47
2.6.1.1	เกณฑ์อายุของเด็กในการให้ความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศ	47
2.6.1.2	เกณฑ์อายุความรับผิดชอบทางอาญาของเด็ก	53
2.6.2	ความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีเด็กเป็นผู้กระทำความผิด	55
2.6.2.1	ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก (ม.277)	55
2.6.2.2	ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก (ม.279)	64
2.6.2.3	ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ (ม.317)	67
2.6.3	มาตรการภายหลังยกเว้นโทษ	70
บทที่ 3	กฎหมายต่างประเทศที่ยกเว้นความผิดหรือไม่ดำเนินคดีกรณีการมีเพศสัมพันธ์ โดยความยินยอมระหว่างเด็ก	73
3.1	ประเทศสหรัฐอเมริกา	74

3.2 ประเทศแคนาดา	92
3.3 สมาพันธรัฐสวิส	99
3.4 ประเทศอังกฤษ	105
บทที่ 4 บทวิเคราะห์การดำเนินคดีได้กกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม	113
4.1 เปรียบเทียบการดำเนินคดีได้กกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่าง กฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ	113
4.1.1 เปรียบเทียบกักลุ่มประเทศที่กำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม ระหว่างเด็กไม่เป็นความผิด	113
4.1.1.1 การดำเนินคดีในความผิดเกี่ยวกับเพศ	114
4.1.1.2 การกำหนดอายุในการให้ความยินยอมการกระทำเกี่ยวกับเพศ	116
4.1.1.3 การกำหนดข้อยกเว้นกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม ระหว่างเด็ก	117
4.1.1.4 มาตรการภายหลังยกเว้นโทษ	122
4.1.2 เปรียบเทียบกักลุ่มประเทศที่กำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม ระหว่างเด็กเป็นความผิดแต่ไม่ดำเนินคดี	126
4.1.2.1 การดำเนินคดีในความผิดเกี่ยวกับเพศ	126
4.1.2.2 การกำหนดอายุในการให้ความยินยอมการกระทำเกี่ยวกับเพศ	128
4.1.2.3 การกำหนดข้อยกเว้นกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม ระหว่างเด็ก	129
4.1.2.4 มาตรการภายหลังยกเว้นโทษ	133
4.1.3 ตารางเปรียบเทียบการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศและข้อยกเว้นกรณี การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กตามกฎหมายของประเทศต่างๆ	136
4.2 วิเคราะห์สภาพปัญหาการดำเนินคดีได้กกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม	137
4.2.1 ด้านอำนวยความสะดวก	138
4.2.2 ด้านการพิจารณาพิพากษาคดี	140
4.2.3 ปัญหาการนำกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด	143
4.2.4 ปัญหาการสมรส	144

4.2.5 ปัญหาทางสังคม	148
4.3 วิเคราะห์แนวทางการแก้ไขปัญหา	149
4.3.1 ยกเว้นโทษแก่เด็กทั้งสองที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม	150
4.3.2 เปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์อายุของเด็กในเหตุยกเว้นโทษ	153
4.3.3 ยกเลิกบทบัญญัติที่ให้การสมรสเป็นเหตุยกเว้นโทษ	154
4.3.4 กำหนดข้อยกเว้นในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ให้สอดคล้องกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก	157
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	159
5.1 บทสรุป	159
5.2 ข้อเสนอแนะ	163
บรรณานุกรม	166
ประวัติผู้เขียน	173

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและสภาพของปัญหา

ความยินยอมเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (General principle of law) ที่นำมาใช้เพื่อยกเว้นความผิดทางอาญา หากผู้ให้ความยินยอมให้ความยินยอมโดยสมัครใจปราศจากการถูกข่มขู่ หลอกลวง หรือความสำคัญผิด ทั้งความยินยอมผู้ถูกระทำให้ความยินยอมไปโดยตลอด โดยความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วนั้นผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด ดังเช่นความผิดบางฐานเมื่อได้รับความยินยอมแล้วย่อมไม่มีความผิด (Volenti non fit injuria) เพราะขาดองค์ประกอบความผิด คือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความยินยอมเป็นองค์ประกอบสำคัญในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหากความยินยอมเกิดขึ้นโดยบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วผู้กระทำชำเราย่อมไม่มีความผิด แต่หากผู้ถูกระทำให้เป็นเพียงเด็กไร้เดียงสาที่ยังเยาว์วัย กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ทั้งนี้เนื่องด้วยความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมาย (Statutory Rape) มีเจตนารมณ์มุ่งถึงการคุ้มครองและปกป้องเด็กเป็นสำคัญ ส่งผลให้ผู้กระทำไม่สามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหายมาใช้เป็นเหตุปฏิเสธความรับผิดชอบของตนได้ ซึ่งรวมถึงในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเด็กหรือเยาวชนด้วย ประเทศไทยได้รับหลักการของความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมายนี้ให้สอดคล้องกับนานาประเทศ โดยบัญญัติให้การกระทำกิจกรรมทางเพศใดๆ กับเด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปี ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะให้ความยินยอมหรือไม่ ย่อมเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 และความผิดตาม มาตรา 279 แต่ทั้งนี้หากพบว่าการมีเพศสัมพันธ์เกิดขึ้นโดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือเยาวชน และเยาวชนผู้กระทำอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำชำเราต่อเด็กซึ่งมีอายุเกินกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปี เยาวชนนั้นย่อมมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก แต่ศาลเยาวชนและครอบครัวอาจใช้ดุลยพินิจในการลงโทษเท่าใดก็ได้ หากเข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามความในมาตรา 277 วรรคท้าย

ประเทศไทยมีการพัฒนาและปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สอดคล้องและตรงตามเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็กอยู่โดยตลอดเพื่อให้เป็นไปตามหลักกฎหมายสากล ซึ่งความผิดกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นเด็กหรือผู้เยาว์ ได้มีการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมปรากฏตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) ในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2558 แล้ว จากเนื้อหามาตรา 277 วรรคท้ายเดิม บัญญัติว่า “ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุเกินกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบ



ห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป” แก้ไขมาตรา 277 วรรคท้ายใหม่ บัญญัติว่า “ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็ก ซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กผู้ถูกระทำนั้นยินยอม ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก หรือจะอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกันโดยกำหนดเงื่อนไขให้ต้องดำเนินการภายหลัง การสมรสก็ได้ และเมื่อศาลได้พิจารณามีคำสั่งอย่างใดแล้ว ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมาย กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ในการพิจารณาของศาลให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและเด็ก ผู้ถูกระทำความผิดสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกระทำได้”

โดยการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการพิจารณาความผิดเกี่ยวกับเด็กที่จากเดิมศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณารกระทำผิด เปลี่ยนเป็นศาลเยาวชนและครอบครัวเป็นผู้พิจารณารกระทำผิดระหว่างเด็กแทน เนื่องจากมีความเชี่ยวชาญในการตรวจสอบและใช้ดุลยพินิจ นอกจากนี้บทบัญญัติใหม่นี้มีความมุ่งหวังเพื่อแก้ปัญหากรณีผู้กระทำความผิดใช้การบีบบังคับผู้เสียหายให้สมรสเพื่อใช้เป็นทางออกให้ไม่ต้องรับโทษ แต่การแก้ไขบทบัญญัตินี้ดังกล่าว กลับพบว่ายังเกิดปัญหาในทางปฏิบัติกรณีมีการดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม และการแก้ไขความผิดดังกล่าวมิได้แก้ปัญหาได้จริง กล่าวคือ

ประการแรก การกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กโดยความยินยอมเป็นความผิดและดำเนินคดีในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไม่อำนวยความสะดวกแก่เด็กอย่างแท้จริง เนื่องจากเด็กหรือเยาวชนไม่ควรถูกต้องโดนลงโทษจากการมีเพศสัมพันธ์ตั้งแต่แรก เพราะเด็กหรือเยาวชนนั้นมิได้มีเจตนากระทำความผิดเช่นผู้ใหญ่ที่มีการไตร่ตรองถึงผลของการกระทำอย่างดีแล้วจึงลงมือกระทำ เมื่อเปรียบเทียบกับเด็กหรือเยาวชนนั้นก็กลับไม่รู้ถึงการกระทำของตนได้เพียงพอ และยังขาดเหตุผลในการคิดและตัดสินใจได้ดีเมื่อเทียบกับผู้ใหญ่ การมีเพศสัมพันธ์ดังกล่าวจึงเกิดขึ้นจากความอยากรู้อยากลอง ซึ่งเป็นพัฒนาการเกี่ยวกับเพศในช่วงระหว่างอายุ ซึ่งหากปล่อยให้มีการดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชนเหล่านั้นในความผิดทั้งสองฐานแล้ว ย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ในการปกป้องและคุ้มครองเด็กตามหลักสากลที่นานาประเทศให้การยอมรับ ทั้งยังเป็นการเลือกปฏิบัติต่อเด็กเนื่องด้วยการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างทั้งสองผู้กระทำและผู้ถูกระทำยอมเป็นได้ทั้งผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายภายในตัวเอง

ประการที่สอง หากปล่อยให้มีการดำเนินคดีแก่เด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้ว กฎหมายได้กำหนดทางออกไว้ตามบทบัญญัติในมาตรา 277 วรรคท้าย กำหนดให้เยาวชนที่อายุต่ำกว่า 18 ปีกระทำต่อเด็กอายุมากกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี หากศาลเยาวชนและครอบครัวมีคำสั่งอนุญาตให้สมรสหรือมีคำสั่งให้คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กแล้วศาลจะลงโทษเด็กเท่าใดก็ได้ ซึ่งเป็นการกำหนดเงื่อนไขที่เด็กหรือเยาวชนนั้นจะต้องปฏิบัติก่อนได้รับการลดโทษ หรือหากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ข้างต้น อาทิ อายุของเด็กหรือเยาวชนไม่สอดคล้องหรือเด็กไม่สามารถทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลก็มีแนวทางออกคือใช้วิธีพิพากษาเด็กให้เป็นความผิดฐานกระทำชำเรา และใช้วิธีการรอลงอาญาแก่เด็กหรือเยาวชนนั้น ในส่วนของความผิดฐานพรากผู้เยาว์กลับไม่มีบทบัญญัติเหตุบรรเทาโทษ เหมือนเช่นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้งที่ความร้ายแรงของความผิดข่มขืนมีมากกว่า ผลคือเด็กหรือเยาวชนนั้นต้องรับผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 แม้ว่าจะได้รับการลดโทษในความผิดฐานกระทำชำเราเพราะเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 277 วรรคท้าย ผลของความไม่สอดคล้องกันในบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสอง ก่อให้เกิดความลักลั่นไม่เหมาะสมในการดำเนินคดี และแนวทางออกที่ใช้วิธีรอลงอาญากลับมิใช่การแก้ไขปัญหาก็ถูกต้อง เพราะเด็กไม่ควรต้องถูกดำเนินคดีมาตั้งแต่แรกแล้ว การที่เด็กหรือเยาวชนทั้งสองรักใคร่ชอบพอกันและมีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอม กลับต้องตกเป็นผู้กระทำผิดตามบทบัญญัติดังกล่าว ย่อมไม่ส่งผลดีแก่เด็กหรือเยาวชนทำให้เด็กหยุดพัฒนาการทางช่วงวัยเช่นดังเด็กทั่วไป และเมื่อถูกสังคมนำหน้าว่าเป็นอาชญากรแล้วย่อมส่งผลให้เด็กถูกกีดกันและเลือกปฏิบัติ ยิ่งเป็นการผลักดันให้เด็กกลายมาเป็นอาชญากรที่แท้จริงได้

ประการที่สาม การดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม กลับเป็นช่องโหว่ที่ก่อให้เกิดผู้แสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบนำบทบัญญัติของกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด โดยใช้การดำเนินคดีเด็กหรือเยาวชนมาเรียกรับเงิน เพื่อแลกกับการไม่ถูกดำเนินคดีซึ่งกระทำได้ตั้งแต่ก่อนฟ้องคดีหรือในระหว่างดำเนินคดี อาทิ ผู้กระทำความผิดต่อเด็กอาจใช้วิธีข่มขู่หรือบีบบังคับผู้ปกครองเด็กหรือตัวเด็กโดยเสนอผลตอบแทนที่สูงมากเป็นการตอบแทนเพื่อให้ตนได้รับโทษน้อยลง หรือผู้ปกครองของเด็กผู้เสียหายเป็นผู้เรียกรับเงินเอง อันเป็นการยอมความที่ขัดต่อกฎหมายไม่สามารถอ้างได้ ซึ่งหากฝ่ายเด็กผู้กระทำความผิดไม่ดำเนินการตามที่เรียกร้องผลคือต้องตกเป็นจำเลยในคดีและอาจถูกพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิด เสียทั้งประวัติ เสียอนาคต บทบัญญัติตามมาตรา 277 วรรคท้ายที่กำหนดให้เงื่อนไขการสมรสเป็นเหตุแห่งการลดโทษ และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 จึงกลายมาเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบได้

ประการที่สี่ ที่กฎหมายบัญญัติให้การสมรสเป็นทางออกกรณีมีการดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 วรรคท้าย คือ ในกรณีเด็กหรือเยาวชนทั้งสองมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมและทั้งสองมีอายุตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และภายหลังเด็กหรือเยาวชนทั้งสองตกลงยินยอมสมรสกันแล้วศาลจะลงโทษเท่าใดก็ได้ นั่น เมื่อพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วความยินยอมของเด็กระหว่างอายุ 13 ถึง 15 ปี ย่อมมิใช่ความยินยอมที่แท้จริงเพราะเด็กยังขาดวุฒิภาวะ การรับรู้ผิดชอบชั่วดีหรือความรับผิดชอบต่างๆ ยังมีน้อย ขาดการวางแผนชีวิตคู่ที่ดีก่อนที่จะมีการสมรส แม้ว่าเด็กทั้งสองจะมีเจตนาชอบพอรักใคร่กันจริง ก็เป็นเพียงรักในเยาว์วัยซึ่งโดยส่วนใหญ่ขาดการไตร่ตรองหรือวางแผนชีวิตเท่าที่ควรนัก ในสภาพหน้าอาจเกิดจิตใจโลเลหรือเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา ส่งผลให้เกิดการหย่าร้างตามมาทำให้เด็กที่เกิดจากผู้เยาว์ทั้งสองคนนี้เป็นปัญหาทางสังคมตามมา ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดหลักเกณฑ์ที่เด็กสามารถให้ความยินยอมได้คือ อายุ 17 ปี ซึ่งเป็นอายุที่กฎหมายพิจารณาแล้วว่ามีความเหมาะสม ซึ่งหากปล่อยให้มีการสมรสระหว่างเด็กหรือเยาวชนที่ไม่พร้อมสมรสก่อนวัยอันควรแล้ว ย่อมส่งผลให้เกิดปัญหาที่ตามมาหลายประการ อาทิ การมีบุตรก่อนวัยอันควรซึ่งจะส่งผลให้เป็นปัญหาทางสังคมต่อไป หรือเมื่อมีการสมรสตามคำสั่งของศาลฯ ย่อมส่งผลให้เด็กหรือผู้เยาว์ทั้งสองเปลี่ยนสถานะมาเป็นผู้บรรลุนิติภาวะโดยผลของกฎหมาย ทำให้ไม่ได้รับความคุ้มครองเช่นผู้เยาว์ทั่วไปตามพรบ.คุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ที่ให้ความคุ้มครองแก่เด็กกรณีเกิดการกระทำความผิด ย่อมชี้ให้เห็นว่าการสมรสมิใช่ทางออกและไม่ควรนำเรื่องสมรสมาเป็นข้อระงับความผิดในกฎหมายอาญาไม่

ประการที่ห้า การดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม ซึ่งเด็กหรือเยาวชนทั้งสองมิได้มีเจตนาในการกระทำความผิดตั้งแต่แรก จะยิ่งก่อปัญหาทางสังคมมากมาย อาทิ การดำเนินคดีต่อเด็กนั้นย่อมเป็นการทำลายสถาบันครอบครัวของเด็กสองฝ่าย ครอบครัวของทั้งสองย่อมไม่สามารถปรองดองและกลับมามีความสัมพันธ์ที่ดีต่อกันได้ โดยกลับยิ่งทำให้เด็กทั้งสองที่รักใคร่และมีความสัมพันธ์เป็นคู่รักไม่สามารถใช้ชีวิตร่วมกันได้อีกต่อไป หรือหากปล่อยให้มีการสมรสระหว่างเด็กหรือเยาวชนแล้ว ปัญหาทางสังคมที่จะตามมาคือปัญหาการมีบุตรก่อนวัยอันควร ซึ่งบุตรที่เกิดจากเด็กทั้งสองเมื่อเกิดขึ้นจากความไม่พร้อมของบิดาหรือมารดาของเด็กที่ขาดการวางแผนก่อนมีบุตรที่ดี ย่อมส่งผลให้กลายมาเป็นปัญหาทางสังคมในอนาคต สาเหตุเนื่องด้วยเด็กที่เกิดขึ้นจากความไม่พร้อมของบิดามารดา ย่อมมีแนวโน้มขาดความอบอุ่นและ ขาดการอบรมสั่งสอนที่ดีจากบิดาหรือมารดา ภายหลังหากบุตรของเด็กเหล่านี้เติบโตขึ้นย่อมง่ายต่อการถูกชักชวนไปในทางที่ผิดได้ง่ายกว่าเด็กทั่วไปที่มีการอบรมและสั่งสอนจากบุคคลที่มีความพร้อมในการมีบุตร

ด้วยเหตุดังที่ได้กล่าวมานี้ข้าพเจ้าจึงมีความสนใจที่จะศึกษาในเรื่องดังกล่าว เพื่อนำไปวิเคราะห์ เปรียบเทียบ และหาแนวทางที่เหมาะสมกับสภาพสังคมของประเทศไทยต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อวิเคราะห์ถึงแนวความคิดว่าด้วยการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็ก ว่าควรบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาหรือไม่
2. เพื่อวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดอายุให้ความยินยอมของเด็ก ที่ใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดให้เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายไทย
3. เพื่อวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กว่าควรบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา และสมาพันธรัฐสวิส
4. เพื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศและปัญหาในการดำเนินคดีต่อเด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม
5. เพื่อวิเคราะห์ถึงแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศและการดำเนินคดีต่อเด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม

## 1.3 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาแนวคิด หลักเกณฑ์ ของการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็ก การคุ้มครองเด็ก เกณฑ์ในการกำหนดอายุเด็กในการให้ความยินยอมตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนปัญหาที่เกิดขึ้นจากการดำเนินคดีต่อเด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม ทั้งนี้ เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวควรเป็นความผิดหรือไม่ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

## 1.4 สมมุติฐานการศึกษา

การกำหนดความผิดและดำเนินคดีอาญากรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กที่อายุใกล้เคียงกันยังไม่เหมาะสม เนื่องด้วยเมื่อพิจารณาถึงเจตนาของเด็กแล้วพบว่ามิได้มีเจตนากระทำความผิดเช่นดังผู้ใหญ่ การมุ่งลงโทษเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กจึงขัดต่อแนวคิดในการมุ่งคุ้มครองเด็ก และแม้ว่าจะได้บัญญัติทางออกในกรณีผู้กระทำเป็นเด็กไว้ตามมาตรา 277 วรรคท้าย แต่ก็ยังสามารถใช้ได้อย่างจำกัดเพราะมีเงื่อนไขบางประการที่ไม่เหมาะสม ส่งผลให้เกิดปัญหากับเด็กมากกว่าเป็นการแก้ไขปัญหาสังคม ประกอบกับเมื่อพิจารณากฎหมายต่างประเทศ

แล้ว พบว่าการกำหนดความผิดกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กไม่สอดคล้องกับกฎหมายต่างประเทศอีกด้วย การยกเว้นความรับผิดให้กับเด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมและอายุใกล้เคียงกัน น่าจะเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมเพื่อการคุ้มครองเด็กและไม่ขัดแย้งกับประโยชน์สาธารณะ

## 1.5 วิธีการศึกษา

เป็นการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary research) โดยการศึกษารวบรวมข้อมูลจากแหล่งข้อมูลต่างๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา ตั๋วบทกฎหมาย ตำราวิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ บทความ วารสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ ตลอดจนคำพิพากษาศาลฎีกา เพื่อที่จะได้รวบรวมข้อมูลและวิเคราะห์เปรียบเทียบให้ได้ข้อสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อทราบถึงแนวความคิดว่าด้วยการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กว่าควรบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาหรือไม่
2. เพื่อทราบถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดอายุให้ความยินยอมของเด็ก ที่ใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดให้เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายไทย
3. เพื่อทราบถึงหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กว่าควรบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา และสมาพันธรัฐสวิส
4. เพื่อทราบถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศและปัญหาในการดำเนินคดีต่อเด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม
5. เพื่อทราบถึงแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศและการดำเนินคดีต่อเด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม

## บทที่ 2

### แนวความคิดว่าด้วยการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็ก

การกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็ก ย่อมขึ้นอยู่กับที่มาและเจตนารมณ์ในแต่ละสังคมของรัฐว่าควรกำหนดว่าเป็นความผิดหรือไม่ ทั้งนี้ ความร้ายแรงของการกระทำและแนวคิดเกี่ยวกับเด็กในเรื่องการคุ้มครองและปฏิบัติต่อเด็กผู้กระทำความผิด ย่อมเป็นรากฐานสำคัญที่นำมาใช้พิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวของเด็กควรเป็นความผิดหรือไม่อย่างไร

#### 2.1 แนวความคิดในการกำหนดความผิดอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษ การกำหนดให้ความผิดใดเป็นกฎหมายอาญาหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับเจตจำนงของรัฐนั้นๆ

##### 2.1.1 ความหมายของกฎหมายอาญา

พฤติกรรมใดที่มีความหมายเป็น “อาชญากรรม” มีคำอธิบายไว้ดังนี้

1. พฤติกรรมที่ก่อให้เกิดภัยอันตราย หรือภัยอันคุกคามข่มขู่ทำให้ประชาชนเกิดความรู้สึกไม่ปลอดภัยมั่นคง
2. พฤติกรรมที่เป็นเหตุให้กระทำความผิด
3. พฤติกรรมที่ทำลายความมั่นคงของสังคม รัฐบาล หรือเศรษฐกิจถ้าพฤติกรรมใดเป็นบ่อเกิดหรือคุกคามทำให้เกิดอันตรายและสร้างความรู้สึกไม่ปลอดภัย เหล่านี้รัฐอาจกำหนดให้เป็นความผิดอาญา

ภัยอันตรายย่อมขึ้นอยู่กับสังคมนั้นคิดว่าพฤติกรรมใดน่ารังเกียจ แต่พฤติกรรมที่ก่อความเดือดร้อนแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของบุคคล หรือความมั่นคงปลอดภัยของชุมชน ถือว่าเป็นภัยอันตรายทั้งสิ้น ในบางพฤติกรรมที่แม้ไม่เป็นการคุกคามความปลอดภัยของประชาชนหรือทรัพย์สิน เช่น การไปเปลือยในที่สาธารณะ หรือการค้าประเวณี อาจกำหนดเป็นความผิดอาญาได้หากรัฐมองว่าเป็นต้นเหตุให้เกิดความผิด นอกจากนี้ ในความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย

(Crimes without victims) เช่น การมีเพศสัมพันธ์ทางเพศกับเด็กด้วยความยินยอม ก็ถือเป็นอาชญากรรมเนื่องจากเด็กต้องการปกป้องคุ้มครองจากรัฐ เป็นต้น<sup>1</sup>

ดังนั้นกฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่า การกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ กฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด หรือบังคับให้มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด โดยผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามจะต้องได้รับโทษ<sup>2</sup>

### 2.1.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา

โดยทั่วไปแล้วจารีตประเพณี ศาสนาและศีลธรรม ย่อมมีส่วนสำคัญที่ก่อให้เกิดกฎหมาย หากกฎหมายใดสอดคล้องกับจารีตประเพณี ศาสนาและศีลธรรมแล้ว การบังคับใช้และการปฏิบัติตามกฎหมายย่อมกระทำและเข้าใจได้ง่ายขึ้น เช่น การฆ่าคนตาย การทำร้ายร่างกาย ซึ่งบุคคลทั่วไปย่อมเข้าใจได้ว่าเป็นเรื่องที่ผิดศีลธรรมและผิดกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายและศีลธรรมส่วนใหญ่ย่อมมีความเกี่ยวพันกันทั้งสิ้น แต่ในบางกรณีการกระทำของบุคคลอาจเป็นเพียงเรื่องผิดศีลธรรมแต่ไม่ผิดกฎหมาย เช่น การพูดโกหก การดื่มของมึนเมา เป็นสิ่งที่ผิดต่อศีลธรรมแต่กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิด หรือในบางกรณีอาจเป็นเรื่องผิดกฎหมายแต่ไม่ผิดศีลธรรม เช่น กรณีความรับผิดชอบในทางอาญา แม้ว่าผู้กระทำจะมีเจตนาหรือประมาท กฎหมายก็ยังกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิด ดังนั้น การกำหนดความผิดอาญาจะนำเพียงศีลธรรมมาใช้เป็นเครื่องมือในการกำหนดว่าการกระทำหรือไม่กระทำการใดเป็นความผิดอาญาทุกกรณีไม่ได้ เพราะกฎหมายและศีลธรรมมิได้สอดคล้องกันทุกกรณี<sup>3</sup> นอกจากความผิดอาญาส่วนใหญ่มีลักษณะที่มาจากศีลธรรมเป็นความผิดในตัวเองแล้ว (mala in se) ยังมีความผิดบางประเภทที่มีได้เกี่ยวข้องกับศีลธรรมใดๆ เลยซึ่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด (mala prohibita) อาทิ กฎหมายจราจรที่กำหนดให้การขับรถต้องมีใบอนุญาตขับขี่ หรือ กฎหมายควบคุมโรงงานอุตสาหกรรมไม่ให้ปล่อยสารพิษมาทำอันตรายแก่ชุมชน เป็นต้น

<sup>1</sup> วิชาเกียรติ มีนะ กนิษฐ, สังคมกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2555), น.107-112.

<sup>2</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินตติ้ง, 2551), น.1.

<sup>3</sup> เพ็ญอ้าง, น.2-8.

การกำหนดความผิดอาญาจึงเป็นเรื่องยากที่จะหาขอบเขตแน่นอนได้ จึงต้องวางไว้กว้างๆ เพียงว่าการกระทำใดที่กฎหมายเห็นว่าผิดแล้วสมควรได้รับโทษหรือไม่ ถ้าควรลงโทษจะลงโทษรุนแรงเพียงใด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อมิให้เกิดความเสียหาย ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สินของผู้อื่น และเพื่อรักษาความสงบสุขของรัฐ รวมทั้งความสงบเรียบร้อยของสังคมด้วย<sup>4</sup>

กล่าวโดยสรุปว่าในการกำหนดความผิดอาญาว่าการกระทำใดหรือไม่กระทำการใดเป็นความผิด ย่อมขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐนั้นๆ ว่ารัฐต้องการควบคุมหรือบังคับในเรื่องใด โดยพิจารณาจากจารีตประเพณี ศาสนา ศีลธรรม รวมถึงเหตุผลเฉพาะเรื่องเฉพาะราวที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับศีลธรรมใดๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม

## 2.2 แนวคิดการดำเนินคดีเด็ก

เดิมแนวความคิดเกี่ยวกับสัมคมแต่ก่อนมองว่าผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็ก เช่น เด็กนิสัยชอบลักเล็กขโมยน้อยหรือมีพฤติกรรมก้าวร้าวแกล้ง เป็นเด็กที่มีสันดานชั่วร้ายและไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงนิสัยของเด็กได้ เนื่องจากเชื่อว่าเด็กที่เกิดมามีกรรมกรรมพันธุ์ซึ่งติดตัวมาแต่เกิด ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น เด็กผู้กระทำความผิดก็จะถูกลงโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดผู้ใหญ่ กล่าวคือ ใช้วิธีการคุมขังหรือการลงโทษที่รุนแรง ซึ่งการถูกคุมขังนั้นเมื่อไม่มีการแยกเด็กและผู้ใหญ่ออกจากกันแล้ว ย่อมทำให้เด็กซึมซับและเลียนแบบพฤติกรรมร้ายๆ ของนักโทษผู้ใหญ่ ทำให้เกิดความเคยชินจนกลายเป็นสันดานทำให้ไม่สามารถแก้ไขเด็กที่เป็นอาชญากรได้อีกต่อไป ซึ่งสอดคล้องกับแนวความคิดที่ว่าเด็กกระทำผิดเพราะความชั่วร้ายอยู่ในสันดานตั้งแต่กำเนิด

ต่อมาแนวความคิดในปัจจุบันได้เปลี่ยนไป โดยนักวิชาการอาชญาวิทยาพบว่าผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กมีสันดานชั่วตั้งแต่กำเนิด และแนวความคิดเดิมนั้นไม่ถูกต้อง เนื่องจากสังคมย่อมต้องมีทั้งคนดีและเลว และส่วนใหญ่เด็กผู้กระทำความผิดมักได้รับการปลูกฝังความชั่วหรือสิ่งที่ไม่ดีในภายหลัง และยังสามารถแก้ไขให้เป็นคนดีได้ ซึ่งเด็กนั้นโดยทั่วไปมีวุฒิภาวะน้อยขาดความยับยั้งชั่งใจหรือรู้เท่าไม่ถึงการณ์เช่นผู้ใหญ่ การลงโทษจึงสมควรลงโทษเด็กผู้กระทำความผิดเท่าเทียมกับผู้ใหญ่ที่กระทำความผิด ดังนั้น หากมุ่งลงโทษเด็กด้วยวิธีการที่รุนแรงหรือกระทำการใดๆ อันเป็นการขับไล่ไสส่งเด็กย่อมเป็นการส่งเสริมให้เด็กเป็นอาชญากรที่แท้จริงมากยิ่งขึ้น แต่ถ้ามุ่งแก้ไขและให้โอกาสเด็ก

<sup>4</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2551), น.14-15.



ส่งเสริมและช่วยแก้ไขสาเหตุแห่งการกระทำความผิดให้เด็กเหล่านี้แล้ว ย่อมทำให้เด็กกลับกลายเป็นคนดีไม่ตกเป็นอาชญากรอีกต่อไป<sup>5</sup> การพัฒนาแนวความคิดที่พิจารณาถึงลักษณะของเด็กผู้กระทำความผิดแต่ละราย โดยพิจารณาจากวัยวุฒิและคุณวุฒิ ร่างกาย จิตใจ ที่แตกต่างจากผู้ใหญ่ ย่อมส่งผลให้แนวทางในการดำเนินคดีเด็กในปัจจุบันมุ่งแก้ไขฟื้นฟูเด็กเพื่อให้กลับคืนสังคมได้ต่อไป

### 2.2.1 แนวคิดการกระทำความผิดของเด็ก

การกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน (Juvenile Delinquency) เป็นพฤติกรรมต่อต้านสังคมหรือฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นการกระทำความผิดโดยมิได้เจตนา จนกระทั่งการกระทำความผิดโดยเจตนาซึ่งเป็นความผิดร้ายแรง ทั้งนี้ ย่อมขึ้นอยู่กับสังคมนั้นเป็นผู้กำหนด แต่ทั้งนี้การกระทำความผิดอาญาของเด็กควรมุ่งเฉพาะเด็กที่กระทำความผิดอย่างแท้จริงและก่อให้เกิดปัญหาทางสังคมเท่านั้น<sup>6</sup> ดังนั้น แนวคิดการกระทำความผิดของเด็กหากมีที่มาหรือสาเหตุแตกต่างจากการกระทำความผิดของผู้ใหญ่แล้ว การดำเนินคดีแก่เด็กผู้กระทำความผิดก็จักต้องมีวิธีที่เปลี่ยนไปรวมถึงการลงโทษเด็กด้วย แนวคิดนี้จึงมีความสำคัญเพื่อที่จะเข้าใจการกระทำความผิดของเด็กและจะส่งผลให้เกิดการบัญญัติความผิดลงโทษเด็กให้เหมาะสมต่อไป เพราะ “เด็กและเยาวชนจะเป็นผู้วินิจฉัยอนาคตของชาติตนเอง”<sup>7</sup>

#### 2.2.1.1 ความหมายของการกระทำความผิดของเด็ก

ความหมายของการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน ต้องพิจารณาถึงพฤติกรรมอาชญากรรม (Criminal behavior) คือ การกระทำที่ผิดกฎหมายอาญา และพฤติกรรมเบี่ยงเบน (Deviant behavior) คือ พฤติกรรมหรือการกระทำความผิดที่แปลกแยกไปจากบรรทัดฐานของสังคมหรือมาตรฐานของสังคม อาทิ จารีตประเพณี ขนบธรรมเนียม วัฒนธรรม และความเชื่อ ซึ่งทั้งอาชญากรรมและพฤติกรรมเบี่ยงเบนมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ เป็นพฤติกรรมที่ผิดแผกจากกฎเกณฑ์หรือระเบียบของสังคม โดยมีมาตรการของการควบคุมทางสังคมเป็นตัวกำหนดเกณฑ์

<sup>5</sup> จารุณี ตันตยาคม, คำอธิบายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนและคดีส่วนแบ่งเกี่ยวกับผู้เยาว์ในศาลคดีเด็กและเยาวชน, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ประยูรวงศ์ จำกัด, 2533), น.3-5.

<sup>6</sup> ประธาน วัฒนาวาณิชย์, หนังสือประกอบการบรรยายกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนและกฎหมายเกี่ยวกับความผิดของเด็ก, (กรุงเทพมหานคร : แผนกการพิมพ์เอกสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น.5-6.

<sup>7</sup> เพ็งอ้ง, น.1.

คือ พฤติกรรมอาชญากรรมมีการควบคุมอย่างเป็นทางการ (formal control) เป็นตัวชี้วัดพฤติกรรม และพฤติกรรมเบี่ยงเบนมีการควบคุมอย่างไม่เป็นทางการ (informal control) เป็นตัวชี้วัดพฤติกรรม<sup>8</sup>

บ่อเกิดแห่งการนำไปสู่การกระทำความผิดระหว่างเด็กและผู้ใหญ่อยอมแตกต่างกัน เนื่องด้วยความแตกต่างทั้งทางด้านเหตุผล สภาพแวดล้อม สิ่งสำคัญคือความแตกต่างทางด้านอายุที่ก่อให้เกิดผลทางด้านบุคลิกภาพ สังคม จริยธรรมอย่างมาก เพราะผู้ใหญ่ย่อมมีความรู้ มีเหตุผล มีความยับยั้งชั่งใจได้ดีกว่าเด็ก<sup>9</sup> การใช้หลักเกณฑ์แยกแยะระหว่างการกระทำความผิดของเด็กและการกระทำความผิดของผู้ใหญ่โดยทั่วไปใช้สถานะ บุคคลและอายุเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยเฉพาะอายุย่อมเป็นเส้นแบ่งความรู้สึกผิดชอบ (Responsibility) ที่มีความแตกต่างกันอันจะส่งผลต่อการลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดนั้น<sup>10</sup> เกณฑ์อายุจึงเป็นตัวกำหนดจุดเริ่มต้นของความรับผิดชอบทางอาญาและเป็นหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อเด็กผู้กระทำความผิดโดยใช้วิธีการสำหรับเด็กไม่ลงโทษอย่างผู้ใหญ่<sup>11</sup>

การกระทำความผิดของเด็กหรือเยาวชนย่อมไม่ถือว่าเป็นอาชญากรเช่น การกระทำความผิดของผู้ใหญ่ เด็กจึงมิใช่อาชญากรแต่เป็นเพียงพฤติกรรมเบี่ยงเบนเท่านั้น ในพจนานุกรมทางกฎหมายของแบล็ค (Black's Law Dictionary) ให้ความหมายของคำว่า "delinquent child" หมายถึง ผู้เยาว์ที่มีอายุไม่เกินที่กำหนดไว้ ซึ่งได้ฝ่าฝืนกฎหมายใดๆ ซึ่งการกระทำนั้นไม่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ ซึ่งความหมายของการกระทำความผิดของเด็กหรือเยาวชน คือการกระทำความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา และการกระทำผิดต่อกฎหมายอื่นๆ ซึ่งบัญญัติให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลเยาวชนและครอบครัวจะพิพากษาหรือมีคำสั่ง<sup>12</sup>

<sup>8</sup> สุดสงวน สุธีสร, อาชญาวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.17.

<sup>9</sup> ประธาน วัฒนาพาณิชย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6, น.5-6.

<sup>10</sup> เพ็งอ้อ, น.8.

<sup>11</sup> สง่า ลีระกมิต, กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520), น.8.

<sup>12</sup> บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายเกี่ยวกับเยาวชนและครอบครัวแนวประยุกต์, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท วิทย์พัฒน์ จำกัด, 2546), น.18-19.

การให้ความหมายดังกล่าวมีความสอดคล้องกับมุมมองทางด้านอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (Criminology and Penology) ที่ไม่ถือว่าเด็กและเยาวชนที่กระทำเป็นอาชญากร แต่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเพียงพฤติกรรมเบี่ยงเบนเท่านั้น

### 2.2.1.2 สาเหตุของการกระทำผิดของเด็ก

สาเหตุการกระทำผิดของเด็กหรือเยาวชนมีความแตกต่างจากผู้ใหญ่ เนื่องด้วยเด็กยังด้อยในด้านสติปัญญา ความรู้ผิดชอบ ทั้งร่างกายและจิตใจประกอบกับสิ่งแวดล้อมต่างๆ ที่ช่วยให้เด็กมีพฤติกรรมเบี่ยงเบน ซึ่งอาจเป็นสาเหตุให้เด็กหรือเยาวชนถูกชักจูงให้กระทำผิดหรือตกเป็นเครื่องมือในการกระทำผิดได้ง่าย พบว่ามีสาเหตุสำคัญดังนี้

#### 1. สาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนในด้านกฎหมาย

การกระทำผิดของเด็กหรือเยาวชนนักกฎหมายมองว่าสาเหตุเกิดจากความเยาว์วัย รู้เท่าไม่ถึงการณ์หรือการถูกหลอกลวงใช้โดยผู้ใหญ่ การกระทำของเด็กและเยาวชนจึงมิใช่การกระทำผิดอาญาและไม่เป็นอาชญากร หากแต่เป็นเพียงพฤติกรรมเบี่ยงเบนเท่านั้น เมื่อเด็กและเยาวชนกระทำผิดจึงไม่ลงโทษเด็กหากแต่ใช้วิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนแทนการลงโทษ เพื่อแก้ไขความประพฤติ และไม่เรียกเด็กว่าอาชญากรหากแต่เรียกว่าผู้ที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนแทน<sup>13</sup>

#### 2. สาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนในด้านของสังคมวิทยา

การกระทำผิดของเด็กหรือเยาวชนนักสังคมวิทยามองว่าสาเหตุเกิดจากเด็กเลือกคบเพื่อนหรือกับคนประพฤติไม่ดี รวมถึงสภาพแวดล้อมที่ไม่เหมาะสม ประกอบกับเด็กนั้นมีสภาวะทางจิตใจที่อ่อนแอถูกชักจูงหรือชักนำไปได้ง่าย อิทธิพลของผู้ประพฤติไม่ดีย่อมส่งผลต่อพฤติกรรมของเด็กให้ประพฤติไม่ดีจนพัฒนาการกลายเป็นการกระทำผิดในที่สุด

#### 3. สาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนในด้านจิตวิทยา

กระทำผิดของเด็กหรือเยาวชนนักจิตวิทยามองว่าสาเหตุเกิดจากหลายทฤษฎี กล่าวคือ บางทฤษฎีมองว่าสาเหตุที่เด็กกระทำผิดเนื่องจากความผิดปกติทางร่างกายหรือสาเหตุเกิดจากความผิดปกติทางจิต อันเป็นความผิดปกติที่มีมาตั้งแต่เกิดทางพันธุกรรม หรือเกิด

---

<sup>13</sup> คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, “กระบวนการยุติธรรมเด็กและเยาวชน,” ในการนำเสนอผลงานวิจัยแห่งชาติ 2522, จัดโดยคณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร, 2552 : น.21.

จากความเจ็บไข้ได้ป่วย อุบัติเหตุ อันเป็นความผิดปกติที่เกิดขึ้นภายหลังซึ่งส่งผลให้เกิดปมด้อยและทำให้เกิดความน้อยเนื้อต่ำใจ มองโลกในแง่ร้าย จนพัฒนาเป็นการกระทำความผิดในที่สุด<sup>14</sup>

นอกจากสาเหตุหลักๆ 3 ประการแล้ว สรุปได้ว่าสาเหตุที่เป็นปัจจัยก่อให้เกิดการกระทำความผิด มีสาเหตุสำคัญดังนี้

1. สาเหตุจากความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจของเด็กหรือเยาวชน กล่าวคือ ความบกพร่องทางร่างกายอาจเป็นสิ่งที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดทางพันธุกรรม เช่น โรคปัญญาอ่อน หรือสาเหตุจากความพิการส่งผลให้เด็กรู้สึกน้อยเนื้อต่ำใจ เป็นปมด้อย และมีอารมณ์รุนแรงเมื่อมีการข่มขู่อาจใช้วิธีการที่ไม่เหมาะสมในการหาทางออกหรือแก้ปัญหา ในส่วนของความบกพร่องทางจิตอาจเกิดจากสภาวะทางจิตใจของเด็กที่ยังไม่พัฒนาเต็มที่ต่างจากผู้ใหญ่ เช่น วัยรุ่น ย่อมมีความคิดคะนอง โมโหง่ายขาดความอดทนและควบคุมอารมณ์ไม่ได้เมื่อมีสิ่งเร้าจากภายนอก รวมถึงสัญชาตญาณทางอารมณ์ ความอยากรู้อยากเห็น อาจเป็นสาเหตุของการกระทำความผิดได้ นอกจากนี้ สติปัญญาและความรู้เท่าไม่ถึงการณ์อันเนื่องมาจากประสบการณ์ชีวิตด้อยกว่าผู้ใหญ่ จึงอาจถูกชักชวนใจไปในทางที่ไม่ดีได้ง่าย ที่สำคัญการศึกษาของเด็กพบว่าเด็กที่กระทำความผิดมักมีการศึกษาน้อยหรือไม่สนใจในการพัฒนาความรู้ ทำให้แก้ปัญหาอย่างไร้เหตุผลเพราะไม่สามารถคิดหรือนำความรู้มาใช้ได้ กระทั่งอาจมีพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนถึงขั้นกระทำความผิดได้

2. สาเหตุจากความบกพร่องของครอบครัวเด็กหรือเยาวชน เนื่องจากครอบครัวถือว่าเป็นส่วนสำคัญที่ส่งเสริมให้เด็กหรือเยาวชนมีพฤติกรรมหรือบุคลิกภาพที่ดีหรือไม่ดี เพราะครอบครัวย่อมใกล้ชิดต่อตัวเด็กอย่างมาก ซึ่งอิทธิพลจากปัจจัยดังกล่าวย่อมทำให้เด็กเกิดพฤติกรรมเลียนแบบจากสภาพแวดล้อมใกล้ตัวที่สุด ดังนั้น สาเหตุที่เด็กกระทำความผิดอันเนื่องมาจากความบกพร่องของครอบครัว อาทิ ครอบครัวไม่ปรองดองหรือแตกแยก มีบิดามารดาติดยาเสพติด ติดพนัน หรือปล่อยปละละเลยไม่ดูแลบุตร ครอบครัวยากจนหรือมีบุตรมากเกินไป ย่อมเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดเด็กขาดความรักความอบอุ่น เกิดปมด้อย จิตใจห่อเหี่ยวบอบช้ำและซึมซับพฤติกรรมร้ายๆ มาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ อันส่งผลให้เด็กอาจเลือกใช้วิธีที่ผิดเพื่อชดเชยสิ่งที่ขาดหรือแก้ปัญหาจนถึงขั้นกระทำความผิด นอกจากนี้ การที่ครอบครัวเข้มงวดเกินไปอาจส่งผลร้ายให้แก่เด็กมากกว่าผลดี เนื่องด้วยหากเด็กได้รับการคาดหวังจากครอบครัวมากเกินไปโดยใช้วิธีการที่เข้มงวดแก่เด็ก ย่อมส่งผลให้เด็ก

<sup>14</sup> มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์, “โครงการวิจัยเรื่องบทบาทผู้พิพากษาในศาลเยาวชนและครอบครัวของไทยศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีของฝรั่งเศส,” (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.22-24.

เป็นคนเก็บกดและไม่มีความสุข ทำให้เกิดความบกพร่องทางอารมณ์และก่อให้เกิดพฤติกรรมที่มีปัญหา

3. สาเหตุจากปัญหาสังคมและสิ่งแวดล้อม เนื่องด้วยสิ่งแวดล้อมทางสังคมมีผลต่อพฤติกรรมของเด็กเพราะเด็กย่อมมีพฤติกรรมเลียนแบบจากสภาพแวดล้อมที่เกิดขึ้น เช่น เด็กที่อาศัยอยู่ในชุมชนแออัด หรือใกล้สถานอบายมุข สถานเริงรมย์ ย่อมเป็นสิ่งเร้าให้เด็กกระทำความผิดได้ง่ายขึ้น รวมถึงการคบเพื่อนของเด็กหรือเยาวชน เมื่อเด็กยังอ่อนเยาว์และไม่สามารถแยกแยะผิดชอบชั่วดีได้เฉกเช่นผู้ใหญ่ การที่อยู่กับเพื่อนในวัยใกล้เคียงกันย่อมเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้เด็กมีพฤติกรรมเยี่ยงเพื่อนในกลุ่ม ซึ่งหากเพื่อนไม่ดีย่อมชักจูงหรือแนะนำเด็กไปในทางที่ไม่ดีด้วย จนในที่สุดอาจกลายเป็นอาชญากรรม นอกจากนี้ อิทธิพลของสื่อต่างๆ มีผลถึงพฤติกรรมของเด็กได้ เนื่องจากเด็กจะเรียนรู้และซึมซับจากสื่อ

4. สาเหตุจากด้านเศรษฐกิจ กล่าวคือ ครอบครัวที่ยากจนหรือการมีปัญหาทางด้านการเงินของผู้ปกครอง ย่อมส่งผลให้เด็กมีทัศนคติที่ไม่ดีและเกิดการเปรียบเทียบกับบุคคลอื่น จนส่งผลให้เด็กกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินเพื่อชดเชยสิ่งที่ตนไม่มี เช่น เมื่อครอบครัวเด็กยากจนชีวิตความเป็นอยู่ของเด็กย่อมแล้งแค้น ไม่มีอันจะกินและเมื่อป่วยก็จะไม่ได้รับการรักษา จึงกลายเป็นปมด้อยอันนำไปสู่การกระทำความผิดในที่สุด<sup>15</sup>

## 2.2.2 การปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำความผิด

อิทธิพลของแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กหรือเยาวชน ย่อมส่งผลต่อการปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดว่าควรมีแนวทางและควรปฏิบัติเช่นไรเมื่อเด็กหรือเยาวชนเข้าสู่กระบวนการพิจารณาในฐานะผู้ต้องหรือในฐานะกระทำความผิด

### 2.2.2.1 ปรัชญาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำความผิด

แนวความคิดหรือปรัชญาในการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดในปัจจุบันได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของสำนักอาชญาวิทยาสังคม 2 สำนัก อันก่อให้เกิดปรัชญาที่มุ่งต่อการลงโทษและปรัชญาที่มุ่งเน้นต่อการแก้ไขฟื้นฟู โดยมีหลักการ ดังนี้

#### (1) สำนักดั้งเดิมหรือสำนักคลาสสิก (Classic School)

เนื่องจากระบบกฎหมายและการลงโทษในสมัยเดิมยังมีความไม่แน่นอนและยังไม่สามารถยับยั้งผู้กระทำความผิดได้ จึงเกิดสำนักแนวคิดในช่วงศตวรรษที่ 18 มีซีซาร์ เบคคาเรีย (Cesare Baccaria) และเจเรมี แบนแทม (Jeremy bentham) เป็นผู้นำของสำนัก โดยเสนอว่า

<sup>15</sup> วรวิทย์ ฤทธิพิศ, หลักกฎหมายการดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2553), น.14-15.

เพื่อให้เกิดความยุติธรรมในการดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดจึงมีความจำเป็นที่ต้องลงโทษอย่างเที่ยงธรรมและเท่าเทียมภายใต้กฎหมาย

สำนักนี้เชื่อว่ามนุษย์มีความสามารถในการใช้เหตุผลและสามารถกำหนดหรือเลือกเองได้ว่าการกระทำใดถูกต้องหรือไม่ถูกต้อง เมื่อมนุษย์เป็นผู้ใช้เหตุผลในการคิดวิเคราะห์ก่อนที่จะกำหนดพฤติกรรมเช่นใดแล้ว การเลือกกระทำสิ่งใดมนุษย์ย่อมต้องคำนึงถึงประโยชน์ได้เสียจากการกระทำของตนเสมอ ดังนั้น กฎหมายต้องให้ผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดมากกว่าผลดีหรือประโยชน์ที่เขาจะได้รับจากการกระทำผิด การลงโทษจึงเป็นเครื่องมือในการข่มขู่ยับยั้งการกระทำ ความผิดและเป็นการป้องกันอาชญากรรม การบังคับใช้กฎหมายต้องมีความแน่นอน รวดเร็วเมื่อใช้แล้วจะต้องลงโทษผู้กระทำความผิดได้อันส่งผลให้ผู้กระทำความผิดเกิดความกลัวและไม่อยากที่จะกระทำความผิดได้อีก<sup>16</sup>

ทฤษฎี Free will จึงเป็นทฤษฎีที่ถือว่าทุกคนมีอิสรภาพที่จะเลือกเอาตามใจตนว่าจะกระทำความผิดหรือไม่อย่างไร และเนื่องจากกฎหมายได้กำหนดโทษอย่างชัดเจนแล้วว่า จะได้รับการลงโทษเท่าใด หากการกระทำความผิดเมื่อซังน้ำหนกแล้วว่าจะก่อให้เกิดความสุข ความพอใจมากกว่าการลงโทษที่จะก่อให้เกิดความทุกข์ที่จะได้รับในภายภาคหน้า ผู้กระทำก็จะเลือกสิ่งที่ตนคิดว่าดีที่สุดในอันเป็นผลในการป้องกันอาชญากรรม แต่เนื่องจากหลักสำคัญของทฤษฎี Free will คือต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิด (Punishment to fit the crime) เมื่อบุคคลแต่ละคนมีเหตุผลและความคิดในการไตร่ตรองไม่เท่ากัน อาทิ บางคนสติสัมปชัญญะไม่ดี หรือป่วยทางจิต หรือในกรณีเป็นเด็กที่ยังไม่สามารถรับรู้ผิดชอบชั่วดีได้ การกำหนดโทษอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกันจึงเป็นปัญหาจนพัฒนาแนวคิดว่าควรกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด (Punishment to fit the criminal)<sup>17</sup>

อาจสรุปได้ว่าปรัชญาที่มุ่งต่อการลงโทษ แนวความคิดนี้จะกำหนดโทษและลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างเท่าเทียมกันโดยจะไม่พิจารณาในเรื่องความแตกต่างทางด้านอายุหรือเพศของผู้กระทำความผิด โดยมุ่งหวังเพื่อเป็นการแก้แค้นต่อผู้กระทำความผิด ป้องกันหรือยับยั้ง

<sup>16</sup> มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น.25-26.

<sup>17</sup> ชาย เสวิกุล, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), น.182-183.

บุคคลอื่นที่คิดกระทำความผิดให้เกิดความกลัวและมีกลัวกระทำความผิด และปราบปรามผู้กระทำความผิดมิให้เกิดการกระทำผิดขึ้นอีก<sup>18</sup>

## (2) สำนักปฏิธานนิยม (Positive School)

เนื่องจากอิทธิพลของความเจริญทางวิทยาศาสตร์เข้ามามีอิทธิพลเหนือหลักเหตุผลและปรัชญา จึงเกิดสำนักแนวคิดในช่วงศตวรรษที่ 19 มีซีซาร์ ลอมโบโรโซ (Cesare Lombroso) ราฟเฟลโล กาโรฟาโล (Raffaello Farofaro) และเอ็นริโก เฟอริ (Enrico ferri) ได้เสนอให้นำหลักวิทยาศาสตร์มาใช้วิเคราะห์ถึงสาเหตุการกระทำความผิด เนื่องจากมองว่าบุคคลใดหากกระทำความผิดย่อมต้องเกิดจากปัจจัยต่างๆ อาทิ ความกดดันทั้งทางด้านร่างกายหรือจิตใจ สภาพสังคม เช่น เกิดจากความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ ความยากจน ซึ่งส่งผลให้ผู้กระทำความผิดตัดสินใจเลือกที่กระทำโดยมิใช้เหตุผลมาพิจารณาถึงผลดีหรือร้ายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำที่ก่อขึ้น<sup>19</sup>

แนวคิดนี้จึงไม่เห็นด้วยกับแนวคิดเดิมที่ลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อแก้แค้น หากแต่การลงโทษควรมุ่งเน้นเพื่อแก้ไขสาเหตุการกระทำความผิดเป็นการถูกต้องมากกว่า นอกจากนี้การลงโทษอย่างรุนแรงไม่อาจหยุดยั้งการกระทำความผิดได้เนื่องจากอาชญากรเกิดจากความผิดปกติในการรับรู้ผิดชอบชั่วดีจึงไม่สนใจในบทลงโทษที่รุนแรงแต่อย่างใด การลงโทษจึงไม่อาจแก้ไขปัญหาอาชญากรรม<sup>20</sup> สำนักนี้จึงมุ่งศึกษาและวิเคราะห์ถึงตัวอาชญากรเป็นสำคัญว่าอะไรเป็นสาเหตุที่แท้จริงในการกระทำความผิด เมื่อทราบแล้วจะได้มีแนวทางในการรักษาแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้เข้ากับสังคมและปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง ผลจากแนวคิดนี้ ทำให้การลงโทษผ่อนคลายความรุนแรงลง การลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อข่มขู่จึงมิใช่ความมุ่งหมายของสำนักนี้ หากแต่ความมุ่งหมายแท้จริงคือการอบรมแก้ไขให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสปรับตัวและแก้ไขพฤติกรรมให้ถูกต้องต่อไป<sup>21</sup>

อาจสรุปได้ว่าปรัชญาที่มุ่งต่อการแก้ไข ฟื้นฟู แนวความคิดนี้จะมุ่งแก้ไข และฟื้นฟูเหล่าผู้กระทำความผิดซึ่งพิจารณาแล้วว่ายังสามารถแก้ไข เยียวยาได้ โดยปรับเปลี่ยนแก้ไข พฤติกรรมคนบางจำพวกแทนที่การลงโทษ มักพบแนวคิดนี้ในสังคมเสรีนิยม โดยในปัจจุบันพบว่าการ

<sup>18</sup> ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง และ คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, แผนยุทธศาสตร์ศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2552-2556, (กรุงเทพมหานคร : ศาลเยาวชนและครอบครัว, 2551), น.23.

<sup>19</sup> มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14, น.26.

<sup>20</sup> ชาย เสวิกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น.184-185.

<sup>21</sup> มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14, น.27-28.

ปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดโดยใช้การแก้ไข ฟื้นฟู สามารถทำให้เด็กปรับเปลี่ยนพฤติกรรมไปในทางที่ดี ซึ่งเหมาะสมกว่าการนำมาตรการลงโทษมาใช้เนื่องด้วยเด็กหรือเยาวชนสามารถเยียวยาแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หากอยู่ภายใต้มาตรการแก้ไขและฟื้นฟูที่เหมาะสม<sup>22</sup>

### 2.2.2.2 การปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำความผิดในปัจจุบัน

ได้อธิบายแล้วว่าในอดีตสำนักอาชญาวิทยาคลาสสิก เชื่อว่าบุคคลใดเมื่อเลือกกระทำการสิ่งใดย่อมเป็นไปโดยเจตจำนงอิสระ (Free will) ภายใต้ความพึงพอใจหรือความเจ็บปวดที่คาดคะเนไว้ล่วงหน้าแล้ว ดังนั้นเมื่อทุกคนมีอิสระในการเลือกกระทำการสิ่งใด หากรัฐต้องการยับยั้งมิให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นจึงต้องกำหนดโทษให้รุนแรงเพียงพอที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดกลัวและไม่ก่อความผิดขึ้น ซึ่งการลงโทษผู้กระทำความผิดต้องกระทำอย่างเสมอภาค โดยมิต้องคำนึงถึงอายุ สภาพร่างกาย สภาพจิตใจ ส่งผลให้การลงโทษไม่มีการแบ่งแยกระหว่างเด็กหรือผู้ใหญ่<sup>23</sup> จนกระทั่งเกิดแนวคิดปรัชญาพระมหากษัตริย์ที่ว่ารัฐเป็นบิดาของเด็กทุกคนภายในรัฐ โดยเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษมีการจัดตั้งศาลเพื่อพิทักษ์และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กโดยมุ่งเน้นการแก้ไขฟื้นฟูเด็กเป็นสำคัญ กำหนดกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กไว้โดยเฉพาะแยกต่างหากจากกระบวนการยุติธรรมที่ใช้สำหรับผู้ใหญ่กระทำความผิด แต่การคำนึงถึงสิทธิเด็กยังน้อยพอสมควร ต่อมาเริ่มมีกระแสเรียกร้องให้คำนึงถึงสิทธิเด็กในกระบวนการยุติธรรมมากยิ่งขึ้น ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่เด็กเป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งหลักการคุ้มครองสิทธิของผู้กระทำความผิดเด็กหรือเยาวชนได้พัฒนาเรื่อยมาจนนำมาใช้ร่วมกับการบำบัดแก้ไขฟื้นฟูเด็กตามแนวคิดรัฐเป็นบิดาของเด็กทุกคนภายในรัฐ<sup>24</sup>

ปัจจุบันสังคมมองว่าเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำความผิด สาเหตุที่ก่ออาชญากรรมอาจเกิดจากความเยาว์วัยหรือความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ รวมถึงการถูกหลอกล่อใช้จากผู้ใหญ่ ประกอบกับโดยทั่วไปแล้วเด็กหรือเยาวชนยังมีจิตใจอ่อนแอ ไม่มั่นคง จึงถูกชักจูงให้ไปในทางที่ไม่ดีได้ง่าย การกระทำความผิดของเด็กหรือเยาวชนจึงไม่ควรลงโทษทางอาญา (penalty) เนื่องด้วยเด็กไม่ใช่อาชญากรรมแต่เป็นเพียงพฤติกรรมเบี่ยงเบนเท่านั้น<sup>25</sup> ผู้ที่กระทำความผิดทางอาญาจึงมิใช่ผู้ที่เลวร้าย

<sup>22</sup> ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง และ คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 18*, น.23.

<sup>23</sup> ประธาน วัฒนวานิชย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.22.

<sup>24</sup> อัจฉรียา ชูตินันท์, กฎหมายเกี่ยวกับคดีเด็กเยาวชนและคดีครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2552), น.22-23.

<sup>25</sup> บุญเพราะ แสงเทียน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.39-40.



เสมอไป เช่น เด็กหรือเยาวชน การลงโทษที่รุนแรงย่อมไม่เกิดประโยชน์เพราะจะยิ่งสร้างปัญหาให้แก่สังคมในระยะยาว เนื่องด้วยหากมีการลงโทษและรีดลอนเสรีภาพแล้ว อาจทำให้เด็กซึมซับพฤติกรรมจนพัฒนากลายเป็นอาชญากรที่แท้จริงได้<sup>26</sup>

การแก้ไขฟื้นฟู (Re-habitation) ที่มุ่งเน้นในการแก้ไขฟื้นฟูและบำบัดผู้กระทำความผิดทั้งร่างกายและจิตใจ รวมทั้งการปรับเปลี่ยนบุคลิกภาพ (Modification) เพื่อส่งเสริมให้ผู้ต้องโทษปรับเปลี่ยนทัศนคติและการกระทำให้ดีขึ้น<sup>27</sup> จึงถูกนำมาใช้แก่เด็กผู้กระทำความผิด แทนการมุ่งเน้นการลงโทษ (Punishment) ซึ่งไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ และยังเป็นผลลึกลับให้เด็กกลายเป็นอาชญากรที่แท้จริงด้วย ซึ่งสอดคล้องกับสาเหตุการกระทำความผิดของเด็กที่เกิดจากปัญหาทางจิตอ่อนแอหรือความเยาว์วัย รวมทั้งปัจจัยในการเลียนแบบพฤติกรรมต่างๆ จนเกิดการกระทำความผิดเกิดขึ้น

การแก้ไขปัญหาของเด็กผู้กระทำความผิดโดยการใช้วิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนแทนการลงโทษเพื่อแก้ไขความประพฤติจึงเป็นทางเลือกที่เหมาะสม ซึ่งมีหลายวิธี อาทิ กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative justice) มาตรการชะลอการฟ้อง การจัดให้มีแนวทางการลงโทษอื่นๆ แทนการลงโทษจำคุกที่รีดลอนอิสรภาพของผู้กระทำความผิด

### (1) กระบวนการยุติธรรมเชิงเยียวยาแก้ไข

เด็กเป็นผู้ที่มีความอ่อนไหวทางอารมณ์ ถูกครอบงำความคิดได้ง่ายจากบุคคลอื่น การที่เด็กกระทำความผิดทางอาญา เนื่องด้วยเด็กได้รับผลกระทบในทางลบของการกระทำของบุคคลอื่นที่ปฏิบัติต่อเด็กไม่เหมาะสม ด้วยเหตุผลดังกล่าวรัฐจึงต้องเข้าไปแทรกแซงอำนาจปกครองเด็กของบิดาและมารดา โดยทำหน้าที่แทนก่อนที่เด็กจะกระทำความผิดขึ้น โดยการเข้าแทรกแซงจะต้องพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดที่เด็กจะได้รับเป็นอันดับแรก วัตถุประสงค์ของรัฐในการเข้าแทรกแซงเพื่อปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟูเด็กมากกว่าที่จะมุ่งลงโทษเด็กเพื่อที่จะทำให้เด็กเปลี่ยน

<sup>26</sup> วิทยาลัยข้าราชการศาลยุติธรรม, “มาตรการลงโทษทางอาญาศึกษากรณีความผิดฐานพรากผู้เยาว์และความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกี่ยวข้อง,” ในการฝึกอบรมหลักสูตรการพัฒนานิติกรระดับต้น รุ่นที่ 1, จัดโดยสถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2555 : น.26.

<sup>27</sup> ลัดตะนา อินทพล, “การหันเหเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดออกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย-ลาว,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.39-40.

พฤติกรรมได้<sup>28</sup> หลักการกระบวนการยุติธรรมเชิงเยียวยาแก้ไขได้นำมาใช้ในการดำเนินการกระทำ ความผิดทางอาญาแทนแนวคิดที่มุ่งเน้นการลงโทษผู้กระทำความผิด ซึ่งการลงโทษไม่สามารถแก้ไข ปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดให้กลับเป็นคนดีได้ทั้งหมด แตกต่างจากแนวคิดยุติธรรม เชิงเยียวยาแก้ไขซึ่งพิจารณาถึงภาพรวมและผลกระทบที่เกิดขึ้น เพื่อเยียวยาแก้ปัญหาให้แก่ทุกฝ่าย และสร้างความสมานฉันท์ให้เกิดขึ้นได้ โดยหลักการจะให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องร่วมกันช่วยแก้ไขปัญหา อาติ การประชุมประสานสัมพันธ์ภาพระหว่างเหยื่อกับผู้เสียหาย (Victim-offender Mediation) หรือ การประชุมกลุ่ม (Conference) ซึ่งแตกต่างจากเดิมที่มองว่ารัฐเท่านั้นที่สามารถเข้ามา ดำเนินการได้

หลักเกณฑ์ในการกำหนดประ เภทความผิดทางอาญาที่จะนำกระบวนการ ยุติธรรมเชิงเยียวยาแก้ไขมาใช้ได้ ย่อมขึ้นอยู่กับความหนักเบาและความรุนแรงของความผิดทางอาญา ในแต่ละประเทศที่จะกำหนดและ วางหลักเกณฑ์ขึ้น แต่ทั่วประเทศนำหลักการและแนวคิดนี้มาใช้กับ เด็กหรือเยาวชนผู้กระทำความผิดโดยมุ่งหวังเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กหรือเยาวชน กระบวนการ ยุติธรรมเชิงเยียวยาแก้ไขเกิดจากการเปลี่ยนแปลงแนวคิดและวิธีการที่มีต่ออาชญากรรมที่แต่เดิมมอง ว่าเป็นการกระทำต่อรัฐโดยตรง รัฐจึงต้องเข้ามาดำเนินการซึ่งผู้เสียหายไม่สามารถเข้ามามีส่วนร่วมได้ ซึ่งแตกต่างจากแนวคิดใหม่ที่เปิดโอกาสให้บุคคลที่เกี่ยวข้องเข้าร่วมในกระบวนการยุติธรรม โดย มุ่งหวังให้เกิดการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งระหว่างคู่กรณีซึ่งเมื่อเสร็จสิ้นกระบวนการแล้วปัญหาความ ขัดแย้งที่เกิดขึ้นจะยุติลง<sup>29</sup>

### 2.3 แนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก

แนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองเด็กหรือเยาวชนเกิดขึ้นจากหลักรัฐเป็นบิดาของเด็ก (the state is the father) เป็นหลักสำคัญในแนวคิดกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กหรือเยาวชน สาเหตุเนื่องด้วยเด็กนั้นมีจิตใจอ่อนไหวง่าย ไร้เดียงสา ต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองอยู่ตลอดเวลา จนกว่าจะเติบโตเป็นผู้ใหญ่ ซึ่งจะต้องให้การอบรมเลี้ยงดูและแนะนำแนวทางในการดำเนินชีวิต จึง

<sup>28</sup> อภิรติ โพธิ์พร้อม, “การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชน หนทางสู่ความยั่งยืนตอนที่ 1,” วารสารยุติธรรมปริทัศน์, เล่ม 6, ปีที่ 5, น.23-26 (สิงหาคม-กันยายน 2554).

<sup>29</sup> ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง และคณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อ้างแล้ว เชียงอรุณที่ 18*, น.62-63.

เกิดเป็นแนวคิดดังกล่าวและในปัจจุบันแนวคิดนี้ได้รับการยอมรับทั่วโลก แนวความคิดกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กหรือเยาวชนนี้ มีมุมมองว่าเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำความผิดได้รับอิทธิพลจากบุคคลภายนอกหรือสภาพแวดล้อมอันส่งผลให้เด็กกระทำความผิด จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเข้าแทรกแซงอำนาจการปกครองของเด็กจากบิดามารดา โดยรัฐจะมีบทบาทเป็นเสมือนบิดามารดาของเด็ก โดยอบรมเลี้ยงดูและปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟูเด็กผู้กระทำความผิดมากกว่าที่จะลงโทษเด็กอย่างรุนแรง ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมและเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็ก อันเป็นการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

นอกจากที่รัฐจักนำแนวคิดรัฐเป็นบิดาของเด็กมาแทรกแซงโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญแล้ว เพื่อให้เด็กและเยาวชนที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมได้รับการคุ้มครองตามมาตรฐานสากล รัฐต้องคำนึงถึงสิทธิเด็กที่ได้รับการคุ้มครองตามข้อตกลงต่างๆ ซึ่งได้ถูกบัญญัติไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก<sup>30</sup>

### 2.3.1 แนวคิดสิทธิเด็ก

อิทธิพลของแนวความคิดในการรับรองสิทธิเด็กเริ่มต้นครั้งแรกโดยนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) โดยมีแนวคิดที่ว่าสิทธิเด็กเป็นสิทธิสากล (Universal Right) และเป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute Right) ซึ่งเด็กจะต้องได้รับการคุ้มครองและปกป้องโดยไม่มีเงื่อนไขและข้อยกเว้นใด<sup>31</sup> จากอิทธิพลของแนวความคิดดังกล่าวและสังคมตระหนักถึงความสำคัญในการคุ้มครองเด็กจากการละเมิดสิทธิเด็กและปัญหาทารุณเด็ก ก่อให้เกิดปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Declaration on the Rights of the Child) ฉบับแรก ณ นครเจนีวา เมื่อปี ค.ศ.1924 เพื่อปกป้องคุ้มครองเด็ก ซึ่งได้กำหนดให้เด็กจำเป็นต้องได้รับอาหาร การรักษาพยาบาล การช่วยเหลือ แต่การกำหนดดังกล่าวมิใช่สิทธิที่แท้จริงของเด็กแต่อย่างใด ต่อมาเมื่อสหประชาชาติได้ลงมติรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) เมื่อปี ค.ศ.1948 กำหนดให้เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลและการช่วยเหลือพิเศษ โดยมุ่งหวังให้เด็กต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองพิเศษ แต่กลับหลงลืมว่าเด็กควรมีสิทธิในฐานะที่เป็นพลเมืองและสิทธิในการเลือกตั้ง กระทั่ง สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ยอมรับในสิทธิดังกล่าวในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในฐานะ

<sup>30</sup> มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น.25-28.

<sup>31</sup> คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น.14.

พลเมืองและสิทธิในทางการเมืองของเด็ก เมื่อ ค.ศ.1959<sup>32</sup> และได้พัฒนาหลักการที่ใช้ปฏิบัติกับเด็ก และเยาวชนที่กระทำความผิด โดยใช้วิธีแก้ไขแทนการลงโทษ กระทั่งสหประชาชาติได้ประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ.1989 ข้อ 2 ความว่า “เด็กมีความสำคัญมากจึงควรได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย ดังนั้น เมื่อเด็กกระทำความผิด จึงไม่ควรถูกลงโทษแบบเดียวกับผู้ใหญ่ ทั้งนี้เพราะเด็กกระทำความผิดด้วยความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ หรือเป็นเพราะสภาพแวดล้อมและปัจจัยอื่นๆ ปีบับคับ เช่น ความยากจนทำให้เด็กต้องลักขโมยคบเพื่อนไม่ดี ถูกหลอกลวง จนถูกจับในที่สุด เป็นต้น ดังนั้น จึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในปัจจุบันแล้วว่าความผิดที่เด็กกระทำนั้นแตกต่างกับความผิดที่ผู้ใหญ่กระทำทั้งในแง่เจตนาและการกระทำ”<sup>33</sup>

### 2.3.1.1 เสาหลักแห่งสิทธิ<sup>34</sup>

สิทธิเด็กได้ถูกบัญญัติไว้ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 โดยกำหนดให้เด็กที่ผูกพันรัฐภาคีให้ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีโดยหลักแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ และมีการจัดตั้งคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็ก (The Committee on the Rights of the Child) เพื่อตรวจสอบการเคารพสิทธิเด็กในประเทศสมาชิกทำให้เกิดผลในทางปฏิบัติอย่างจริงจังในระหว่างประเทศสมาชิก โดยมีหลักการและสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเด็ก ดังนี้

1. สิทธิที่จะอยู่รอด (Right of survival) กล่าวคือ เด็กมีสิทธิในการมีชีวิต อยู่รอดและได้รับการพัฒนา<sup>35</sup> เด็กมีสิทธิได้รับการเลี้ยงดูจากบิดาและมารดาหรือบุคคลในครอบครัว

<sup>32</sup> ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง และ คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อั้งแล้ว เจริญรอดที่ 18*, น.14.

<sup>33</sup> ศิริชัย จันทร์สว่าง, “การปรับปรุงและพัฒนาทางเลือกของศาลในการแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น.9-10. อ้างถึงใน มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์, *อั้งแล้ว เจริญรอดที่ 14*, น.21.

<sup>34</sup> ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง และ คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อั้งแล้ว เจริญรอดที่ 18*, น.14.

<sup>35</sup> Article 6(1) States Parties recognize that every child has the inherent right to life. 6(2) States Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child.

อาทิ ในด้านการศึกษา ด้านสุขภาพอนามัย รวมทั้งการได้รับพัฒนาอย่างเต็มที่<sup>36</sup> และเด็กจะไม่ถูกแยกจากบิดามารดา เว้นแต่หน่วยงานที่มีอำนาจซึ่งอาจถูกทบทวนโดยศาลกระทำเป็นไปเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก<sup>37</sup>

2. สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Right of Protection) กล่าวคือ เด็กจะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติทั้งในด้านเชื้อชาติ เพศ ศาสนา ภาษา ความคิดเห็นทางการเมืองหรืออื่นๆ รวมถึงได้รับการคุ้มครองการกลั่นแกล้งทุกรูปแบบ<sup>38</sup> โดยรัฐจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรกตามมาตรฐานที่กำหนดไว้โดยหน่วยงานที่มีอำนาจ

3. สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา (Right of Development) กล่าวคือ เด็กมีสิทธิได้รับการพัฒนาตามวัยของเด็กในแนวทางที่เหมาะสม<sup>39</sup> อาทิ การศึกษา การรับข่าวสาร สิทธิที่จะได้รับมาตรฐานความเป็นอยู่พอเพียงกับการพัฒนาทางร่างกาย จิตใจ และความรู้

---

<sup>36</sup> Article 7(1) The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents.

<sup>37</sup> Article 9(1) States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child.

<sup>38</sup> Article 2(1) States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social, property, disability, birth or other status.

Article 2(2) States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status, activities, expressed opinions, or beliefs of the child's parents, legal guardians, or family members.

<sup>39</sup> Article 5 States Parties shall respect the responsibilities, rights and duties of parents or, where applicable, the members of the extended family or community as provided for by local custom, legal guardians or other persons legally

4. สิทธิที่จะมีส่วนร่วม (Right of Participation) กล่าวคือ เด็กมีสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นของตนเองโดยเสรีในเรื่องที่ส่งผลกระทบต่อตนเอง โดยจะได้รับการพิจารณาตามสมควรแก่อายุและวุฒิภาวะของเด็ก<sup>40</sup> รวมทั้งสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกทางความคิดผ่านสื่อต่างๆ โดยไม่จำกัด<sup>41</sup> เว้นแต่เป็นข้อจำกัดทางกฎหมายและที่จำเป็นเท่านั้น<sup>42</sup>

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมุ่งกำหนดให้เด็กมีสิทธิในตนเอง โดยได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็ก ทั้งนี้ รัฐภาคีต้องกำหนดการคุ้มครองที่ไม่ต่ำกว่าอนุสัญญานี้ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ตามอนุสัญญานี้ต่อไป

### 2.3.1.2 หลักประกันการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็ก

หลักประกันการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชนได้ถูกบัญญัติให้ความคุ้มครองไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 ข้อ 37 และ 40 ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีกรณีดำเนินกระบวนการยุติธรรมแก่เด็กผู้กระทำความผิด อย่างน้อยต้องได้รับหลักประกันขั้นต่ำ ดังต่อไปนี้

1. ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมต่อเด็กและเยาวชน เด็กจะไม่ได้รับการทรมาน หรือถูกปฏิบัติ หรือลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม ในการลงโทษเด็กศาลจะพิพากษาลงโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตแก่เด็กไม่ได้<sup>43</sup> การจับกุม กักขัง หรือคุมขัง อันเป็นการรุกรอนสิทธิ

---

responsible for the child, to provide, in a manner consistent with the evolving capacities of the child, appropriate direction and guidance in the exercise by the child of the rights recognized in the present Convention.

<sup>40</sup> Article 12 States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

<sup>41</sup> Article 13(1) The child shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of the child's choice.

<sup>42</sup> Article 13(2) The exercise of this right may be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary.

<sup>43</sup> Article 37(a) No child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Neither capital punishment nor life

เสรีภาพเด็กต้องกระทำโดยเป็นทางเลือกสุดท้ายและต้องใช้ระยะเวลาให้น้อยที่สุด<sup>44</sup> ซึ่งหากมีการริตรอนสิทธิเสรีภาพแก่เด็กจริงจะต้องปฏิบัติต่อเด็กด้วยมนุษยธรรมและเคารพศักดิ์ศรีแต่กำเนิดของมนุษย์ ในลักษณะที่คำนึงถึงความต้องการของบุคคลในวัยนั้น และต้องแยกต่างหากจากผู้ใหญ่ ซึ่งในระหว่างช่วงเวลาดังกล่าวเด็กมีสิทธิติดต่อกับครอบครัว<sup>45</sup> และขอความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่นที่เหมาะสม<sup>46</sup>

2. กรณีที่เด็กถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา จะต้องได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่สอดคล้องกับการส่งเสริมความสำนึกในศักดิ์ศรีและคุณค่าของเด็ก ต้องคำนึงถึงอายุของเด็ก และส่งเสริมให้เด็กกลับคืนสู่สังคม<sup>47</sup> นอกจากนี้ เด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด จะต้องได้รับการ

---

imprisonment without possibility of release shall be imposed for offences committed by persons below eighteen years of age.

<sup>44</sup> Article 37(b) No child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily. The arrest, detention or imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time.

<sup>45</sup> Article 37(c) Every child deprived of liberty shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner which takes into account the needs of persons of his or her age. In particular, every child deprived of liberty shall be separated from adults unless it is considered in the child's best interest not to do so and shall have the right to maintain contact with his or her family through correspondence and visits, save in exceptional circumstances.

<sup>46</sup> Article 37(d) "Every child deprived of his or her liberty shall have the right to prompt access to legal and other appropriate assistance..."

<sup>47</sup> Article 40(1) States Parties recognize the right of every child alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law to be treated in a manner consistent with the promotion of the child's sense of dignity and worth, which reinforces the child's respect for the human rights and fundamental freedoms of others and which takes into account the child's age and the desirability of promoting the child's reintegration and the child's assuming a constructive role in society.

สันนิษฐานว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะได้พิสูจน์ว่ามีความผิด<sup>48</sup> ซึ่งหากพบจะต้องแจ้งข้อหาทันทีต่อบิดา มารดา หรือผู้ปกครองเด็กตามกฎหมายโดยตรงเพื่อที่จะได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายอย่างเหมาะสม<sup>49</sup> การสืบสวนสอบสวนเด็กจะบังคับให้สารภาพไม่ได้<sup>50</sup> โดยกระบวนการดำเนินคดีต้องเป็นไปอย่างรวดเร็วและเป็นกลางจากการพิจารณาของศาล<sup>51</sup> นอกจากนี้ รัฐควรส่งเสริมให้ตรา กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์อายุของเด็ก หากเด็กอายุน้อยเกินไปตามกำหนดอายุขั้นต่ำย่อมถือว่าไม่มี ความสามารถที่จะฝ่าฝืนกฎหมายอาญา<sup>52</sup> ความสามารถที่จะฝ่าฝืนกฎหมายอาญา<sup>53</sup> ทั้งควรกำหนด มาตรการที่เหมาะสมมาใช้แก่เด็ก โดยมีต้องอาศัยกระบวนการตุลาการในการพิพากษาลงโทษเด็ก<sup>54</sup>

### 2.3.2 แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก

หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The best Interests of the Child Principle) มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิของเด็ก เนื่องด้วยแนวความคิดที่ว่าเด็กมีคุณค่ารัฐจึงควร ต้องให้การปกป้องคุ้มครอง และเมื่อเด็กแตกต่างจากผู้ใหญ่รัฐจึงควรส่งเสริมและพัฒนาเด็กอย่างเต็ม

---

<sup>48</sup> Article 40(2)(i) To be presumed innocent until proven guilty according to law.

<sup>49</sup> Article 40(2)(ii) To be informed promptly and directly of the charges against him or her, and, if appropriate, through his or her parents or legal guardians, and to have legal or other appropriate assistance in the preparation and presentation of his or her defence.

<sup>50</sup> Article 40(2)(iv) “ Not to be compelled to give testimony or to confess guilt...”

<sup>51</sup> Article 40(2)(iii) “To have the matter determined without delay by a competent, independent and impartial authority or judicial body in a fair hearing according to law...”

<sup>52</sup> Article 40(3)(a) The establishment of a minimum age below which children shall be presumed not to have the capacity to infringe the penal law.

<sup>53</sup> Article 40(3)(a) The establishment of a minimum age below which children shall be presumed not to have the capacity to infringe the penal law.

<sup>54</sup> คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น.14.



ศักยภาพโดยไม่อาจเพิกเฉยได้ อันเป็นแนวคิดที่ก่อให้เกิดหลักการเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก<sup>55</sup> โดยได้บัญญัติรับรองไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 ในมาตรา 3(1)<sup>56</sup> วางหลักว่า ในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงเป็นลำดับแรก จากหลักดังกล่าวถือได้ว่าเป็นแนวคิดที่มีความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นอย่างมาก ซึ่งกำหนดให้การออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อเด็กไม่ว่ากรณีใดๆ จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งสำคัญและลำดับแรก ประโยชน์สูงสุดของเด็กย่อมหมายถึงสิทธิประโยชน์ทั้งปวงที่พึงได้ในฐานที่เกิดมาและมีชีวิตรอดอยู่ภายในกรอบอนุสัญญาฯ ให้การรับรองหรือโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไป ย่อมเห็นได้ว่าเป็นสิทธิประโยชน์ของเด็ก<sup>57</sup> หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตราต่างๆ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็ก อาทิ มาตรา 9(1)<sup>58</sup> และ 9(3)<sup>59</sup> วางหลักว่ารัฐ

---

<sup>55</sup> ไพรัช บวรสมพงษ์, “การคุ้มครองเด็กผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญากับประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็ก,” (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.65-69.

<sup>56</sup> Article 3(1) 1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

<sup>57</sup> วุชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, “มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำ ความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก,” ตุลาหาชะ, เล่ม 41, ปีที่ 5, น.19 (กันยายน-ตุลาคม 2537).

<sup>58</sup> Article 9(1) States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child’s place of residence.

<sup>59</sup> Article 9(3) States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct

ภาคีต้องประกันว่า เด็กจะไม่ถูกแยกจากบิดามารดาโดยขัดกับความประสงค์ของบิดามารดา เว้นแต่ในหน่วยงานที่มีอำนาจซึ่งอาจพิจารณาโดยศาลจะกำหนดตามกฎหมายและวิธีพิจารณาที่ใช้บังคับว่าการแยกนี้จำเป็นเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก และต้องเคารพสิทธิของเด็กที่ถูกแยกจากบิดามารดาให้ติดต่อกับบิดาหรือมารดาอย่างสม่ำเสมอเพื่อรักษาความสัมพันธ์ เว้นแต่เป็นการขัดต่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก มาตรา 18(1)<sup>60</sup> วางหลักว่ารัฐต้องประกันและให้ความช่วยเหลือเพื่อให้บิดาและมารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายรับผิดชอบในการเลี้ยงดูและดูแล รวมทั้งพัฒนาเด็กตามสิทธิที่เด็กพึงได้รับ มาตรา 20(1)<sup>61</sup> วางหลักว่าเด็กที่ถูกพรากจากสภาพครอบครัวโดยถาวรหรือชั่วคราว เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กรัฐจัดต้องให้ความคุ้มครองและช่วยเหลือเป็นพิเศษตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ มาตรา 37(C)<sup>62</sup> วางหลักว่าเด็กทุกคนที่ถูกรื้อถอนเสรีภาพต้องได้รับการปฏิบัติด้วยมนุษยธรรม และด้วยความเคารพในศักดิ์ศรีแต่กำเนิดของมนุษย์ โดยเฉพาะเด็กที่ถูกรื้อถอนเสรีภาพจะต้องแยกต่างหากจากผู้ใหญ่ เว้นแต่จะพิจารณาเห็นว่าเป็นประโยชน์สูงสุดต่อเด็กที่จะไม่แยกเช่นนั้น มาตรา

---

contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests.

<sup>60</sup> Article 18(1) States Parties shall use their their best efforts to ensure recognition of the principle that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child. Parents or, as the case may be, legal guardians, have the primary responsibility for the upbringing and development of the child. The best interests of the child will be their basic concern.

<sup>61</sup> Article 20(1) A child temporarily or permanently deprived of his or her family environment, or in whose own best interests cannot be allowed to remain in that environment, shall be entitled to special protection and assistance provided by the state.

<sup>62</sup> Article 37(C) Every child deprived of liberty shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner which takes into account the needs of persons of his or her age. In particular, every child deprived of liberty shall be separated from adults unless it is considered in the child's best interest not to do so and shall have the right to maintain contact with his or her family through correspondence and visits, save in exceptional circumstances.

40(2)(B)(iii)<sup>63</sup> วางหลักว่า เด็กทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาจะต้องได้รับการตัดสินโดยไม่ชักช้า จากหน่วยงานหรือศาลที่มีอำนาจเป็นอิสระและเป็นกลางและพิจารณาความอย่างยุติธรรมตามกฎหมาย โดยต้องให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่นที่เหมาะสม เว้นแต่ไม่เป็นประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก เมื่อคำนึงถึงอายุของเด็กหรือสถานการณ์บิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมาย

ปัจจุบันแนวคิดดังกล่าวในหลายประเทศให้ความสำคัญเป็นอย่างมากโดยเฉพาะความมีคุณค่าในตัวของเด็กหรือเยาวชนแต่ละบุคคล ทำให้รัฐต้องตระหนักและมุ่งการพัฒนาเด็กในทุกๆ ด้านเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของเด็กและเยาวชนจนไปสู่แนวคิดเพื่อประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็กหรือเยาวชน

#### 2.4 หลักความยินยอม

โดยทั่วไปแล้ว ความยินยอมของผู้เสียหายไม่มีความสำคัญที่จะทำให้การกระทำใดเป็นความผิดหรือไม่เป็นความผิด เนื่องด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญาลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อรักษาความมั่นคงของชุมชน แต่มีความผิดบางประเภทที่กฎหมายยอมให้นำหลักความยินยอมไม่เป็นความผิด (Volenti non fit injuria) มาใช้ ซึ่งความผิดบางประเภทที่กฎหมายถือว่าเป็นการกระทำได้ก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย<sup>64</sup>

ความยินยอมอาจหมายความว่า การจงใจปล่อยเหตุการณ์อย่างหนึ่งเกิดขึ้น โดยไม่ขัดขวางทั้งๆ ที่จะสามารถขัดขวางได้ ซึ่งต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้น โดยแสดงออกด้วยการกระทำด้วยตนเองหรือให้ผู้อื่นกระทำแทนตนเป็นการแสดงความประสงค์

---

<sup>63</sup> Article 40(2)(B)(iii) To have the matter determined without delay by a competent, independent and impartial authority or judicial body in a fair hearing according to law, in the presence of legal or other appropriate assistance and, unless it is considered not to be in the best interests of the child, in particular, taking into account his or her age or situation, his or her parents or legal guardian.

<sup>64</sup> จิตติ ดิงศรัทีย, คำอธิบายกฎหมายอาญามาตรา 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (นนทบุรี : ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง, 2555), น.831.

ต่อผู้กระทำความผิดนั้น ให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้กระทำได้<sup>65</sup> โดยการแสดงออกซึ่งความประสงค์ได้ว่าตนยินยอมนั้น อาจแสดงออกได้โดยชัดแจ้งหรือปริยายก็ได้<sup>66</sup>

ในทางกฎหมายอาญามีความยินยอมของผู้เสียหายอยู่ 2 ลักษณะ<sup>67</sup> คือ

ความยินยอมของผู้เสียหายทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด เพราะขาดองค์ประกอบภายนอก เช่น ในความผิดบางฐานความยินยอมของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบความผิด (Elements of a Crimes) ซึ่งหากผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้วความผิดย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้<sup>68</sup> เช่น การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 เมื่อผู้เสียหายยินยอมการกระทำของจำเลยที่ 1 และที่ 2 ก็ไม่เป็นความผิด<sup>69</sup>

ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นยกเว้นการกระทำความผิด ความยินยอมซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความผิดแม้มิได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาโดยตรง แต่ศาลฎีกาเคยวางหลักเป็นบรรทัดฐานว่ามีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาอยู่ ซึ่งศาลนำหลักกฎหมายทั่วไปไปขยายมาใช้แม้จะมีได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร โดยไม่ขัดต่อประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 เนื่องด้วยนำมาใช้ให้เป็นคุณแก่ผู้กระทำนั้นเอง<sup>70</sup> โดยความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้<sup>71</sup>

#### 2.4.1 ความยินยอมซึ่งยกเว้นความผิด

หลักความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิดหรือทำร้าย (Volenti non fit injuria) นั้น มีที่มาจากหลักกฎหมายโรมันและเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งนำมาใช้บังคับทั้งทางแพ่งและอาญา แม้ว่าหลักดังกล่าวจะมีได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้อย่างชัดแจ้งในกฎหมายอาญาไทย แต่เนื่อง

<sup>65</sup> เพิงอ้วง, น.835-836.

<sup>66</sup> เพิงอ้วง, น.838.

<sup>67</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสต์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.435-436.

<sup>68</sup> แสวง บุญเลิศวิภาส, *หลักกฎหมายอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2546), น.86.

<sup>69</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 7841/2552

<sup>70</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสต์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.432.

<sup>71</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508

ด้วยการใช้เป็นคนแก่ผู้กระทำ ศาลจึงหยิบยกมาเป็นเหตุยกเว้นความผิดแก่ผู้กระทำได้<sup>72</sup> โดยความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นหลักทั่วไปอันเป็นเหตุยกเว้นความผิดนั้น ต้องเข้าเงื่อนไขดังนี้

1. เป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ หมายถึง ความยินยอมเกิดขึ้นโดยไม่มีการหลอกลวง ให้ผู้เสียหายเข้าใจผิด หรือผู้เสียหายยินยอมอันเนื่องจากสำคัญผิด หรือไม่มีการข่มขู่ด้วยประการใดๆ เพื่อให้ผู้เสียหายให้ความยินยอม<sup>73</sup>

เกี่ยวกับการหลอกลวง อาทิ ความผิดฐานฉ้อโกงที่การหลอกลวงถือเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความผิด หากผู้เสียหายหลงเชื่อและผู้กระทำความผิดได้ไปซึ่งทรัพย์สินแล้ว การได้รับความยินยอมมาโดยการหลอกลวง ผู้กระทำความผิดย่อมไม่สามารถอ้างความยินยอมมาเป็นข้อแก้ตัวให้ตนไม่ต้องรับผิดได้ แต่ในกรณีการหลอกลวงที่มีข้อองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามมาตรา ๒๗๖ ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ยินยอมอันเป็นการข่มขืน หากผู้เสียหายถูกกระทำชำเราโดยตนยินยอมให้กระทำเพราะผู้กระทำหลอกให้หลงในเหตุที่ต้องกระทำ ดังนั้น จะถือว่าผู้เสียหายไม่ยินยอมอันเป็นผลให้การกระทำเป็นความผิดไม่ได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดทำให้ผู้เสียหายเข้าใจว่าเป็นบุคคลอื่นก็เป็นความผิด

เกี่ยวกับความสำคัญผิด หากผู้เสียหายให้ความยินยอมโดยเข้าใจผิดไม่รู้พฤติการณ์ที่เป็นจริงแม้จะไม่มีมีการหลอกลวงใดๆ จะถือเป็นความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ รวมถึง ความยินยอมของผู้มีจิตบกพร่องหรือมีเมมาจนไม่รู้สภาพและผลของการให้ความยินยอมไป

เกี่ยวกับการข่มขู่ ความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้กำลังประทุษร้าย ขู่เชิญ ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมหรือทำให้ผู้เสียหายกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน อันเป็นการกระทำต่อผู้เสียหายหรือบุคคลที่สาม ย่อมไม่ใช่ความยินยอมแต่เป็นเพียงความจำยอมเท่านั้น<sup>74</sup>

ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเด็ก แม้ว่าผู้เสียหายยังไม่บรรลุนิติภาวะแล้วอายุยังน้อย หากสามารถรู้ผิดชอบและรู้ถึงผลของความยินยอมของตนโดยไม่ถึงกับไร้เดียงสาหรือเด็กเกินไป กฎหมายยอมรับว่าเป็นความยินยอมที่ยกเว้นความผิดได้ เช่น หญิงอายุ ๑๖ ปีซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะและยังอยู่ในปกครองของบิดาอาจให้ความยินยอมทางเพศได้<sup>75</sup>

<sup>72</sup> ไพจิตร ปุณฺณพินธ์, “ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย,” ตุลพาหะ, เล่ม 1, ปีที่ 20, น.27-30 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2516).

<sup>73</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.432.

<sup>74</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64, น.839-844.

<sup>75</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 513/2469

2. ความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี ในการวินิจฉัยว่าการกระทำขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีนั้น ต้องพิจารณาตามความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในท้องที่และเวลาที่เกิดการกระทำนั้น<sup>76</sup> โดยศีลธรรมอันดีนั้นย่อมเกิดจากประเพณีของแต่ละท้องที่ และไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งในกฎหมายอาญาก็ได้ เนื่องด้วยการยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาอันเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดแตกต่างจากบทบัญญัติที่มุ่งลงโทษต่อผู้กระทำความผิด อันเกิดผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดจึงต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้อย่างชัดแจ้ง เช่น กรณีหยอกล้อโดยมีการแตะเนื้อต้องตัวกันไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย<sup>77</sup> เพราะถือได้ว่าทั้งสองสมัครใจให้ความยินยอมและไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี หรือการเล่นกีฬา อาทิ การชกมวย ที่เป็นการทำร้าย ย่อมไม่เป็นความผิดเพราะกฎหมายไม่ถือว่าขัดต่อศีลธรรมอันดี ทั้งนี้ ผู้เล่นกีฬาจะต้องเล่นด้วยความมุ่งหมายในทางกีฬาเท่านั้น หรือ การผ่าตัดรักษาผู้ป่วยในทางการแพทย์ โดยทั่วไปแล้วย่อมต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนเสมอแพทย์จึงจะมีอำนาจในการผ่าตัดรักษาผู้ป่วยได้ เพราะถือเป็นการทำร้ายแต่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายเป็นเหตุยกเว้นความผิด แต่หากในขณะนั้นผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้เนื่องด้วยหมดสติและหากไม่รักษาโดยเร็วจะเกิดอันตรายแก่ชีวิต แพทย์ย่อมมีอำนาจกระทำได้เพราะถือเป็นการยินยอมโดยปริยาย ทั้งนี้หากแพทย์กระทำโดยมีเจตนาเพื่อรักษาผู้ป่วยอย่างสุดความสามารถ และใช้ความระมัดระวังอันควรแก่วิชาชีพโดยปราศจากความประมาทแล้ว หากการกระทำดังกล่าวส่งผลให้ผู้ป่วยเกิดอันตรายแก่กายหรือชีวิต แพทย์ย่อมไม่เป็นความผิด<sup>78</sup>

3. เป็นความยินยอมที่มีอยู่จนถึงขณะ กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ไม่ได้มีการบอกเลิกความยินยอมนั้น หากบอกเลิกแล้วผู้กระทำยังขึ้นกระทำต่อไปก็ไม่มีเหตุที่จะยกเว้นความผิดให้แก่ผู้กระทำได้<sup>79</sup> กล่าวคือ ความยินยอมที่จะยกเว้นความผิด ต้องเป็นความยินยอมที่มีอยู่ในขณะกระทำความผิดโดยผู้เสียหายอาจให้ความยินยอมก่อนหรือขณะที่มีการกระทำความผิด โดยไม่มีการบอกเลิกความยินยอมก่อนการกระทำความผิดสิ้นสุดลง ซึ่งการบอกเลิกความยินยอมทางอาญาจะบอกเลิกเมื่อไหร่ก็ได้ก่อนที่ความผิดจักสำเร็จ ดังนั้น หากเป็นความยินยอมเมื่อกระทำความผิดสำเร็จแล้วย่อมไม่มีผลลบล้างความผิด เช่น การตัดผม ผู้กระทำถือได้ว่ากระทำครบองค์ประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกายแล้ว แต่การกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิด เนื่องด้วยผู้เสียหายให้ความยินยอมก่อนหรือขณะตัดผม โดยผู้เสียหายสามารถบอกเลิกความยินยอมนั้นเมื่อไหร่

<sup>76</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.432.

<sup>77</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 787/2483

<sup>78</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64*, น.847-856.

<sup>79</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.432.

ก็ได้ ซึ่งหากมีการบอกเลิกความยินยอมแล้วผู้กระทำยังฝืนตัดผมอยู่ย่อมเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย<sup>80</sup>

#### 2.4.2 ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้

ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ แม้จะไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา แต่ทางกฎหมายยอมรับว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ โดยลักษณะการกระทำในกรณีความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น<sup>81</sup>

เนื่องด้วยในสถานการณ์หนึ่งอาจมีความจำเป็นเร่งด่วนที่บุคคลผู้กระทำมีอำนาจขอให้ผู้เสียหายให้ความยินยอมได้ แต่สันนิษฐานได้ว่าผู้เสียหายต้องยินยอมให้กระทำอย่างแน่นนอน เช่น เพราะผู้เสียหายซึ่งเป็นเจ้าของบ้านไม่อยู่ในที่นั้น และท่อน้ำเกิดรั่ว ผู้กระทำจึงเข้าไปในบ้านเพื่อซ่อมแซมท่อน้ำรั่วในระหว่างที่เจ้าของบ้านไม่อยู่ อันพอเข้าใจได้ว่าพฤติการณ์ดังกล่าวผู้เสียหายคงยินยอมให้กระทำ หรือการเข้าเล่นกีฬาที่คาดหมายได้ว่าต้องเกิดอันตราย เช่น การชกมวย เหล่านี้ถือได้ว่าเป็นการยินยอมให้ทำอันตรายแก่กายแล้ว รวมถึงกรณีผู้ป่วยบาดเจ็บสาหัสไม่ได้สติ ย่อมเป็นการเร่งด่วนที่แพทย์ต้องผ่าตัดฉุกเฉินได้ทันทีโดยมิต้องรอความยินยอมของผู้เสียหาย หากเป็นที่คาดหมายได้ว่าในสถานการณ์เช่นนั้นหากผู้เสียหายได้สติย่อมต้องให้ความยินยอมในการผ่าตัดอย่างแน่นนอน เพราะถ้าหากรอช้าย่อมเกิดอันตรายแก่ชีวิตของผู้ป่วย<sup>82</sup>

#### 2.5 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเด็ก

ทั่วโลกได้ตระหนักถึงแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิเด็กและได้ร่วมมือพัฒนามาตรฐานระหว่างประเทศเรื่อยมา กระทั่งเกิดตราสารฉบับแรกที่รองรับแนวคิดเพื่อคุ้มครองการละเมิดสิทธิเด็ก โดยได้กำหนดให้เด็กจำเป็นต้องได้รับอาหาร การรักษาพยาบาล การช่วยเหลือ แม้ว่าบัญญัติดังกล่าวจะไม่ได้กำหนดให้เด็กมีสิทธิที่แท้จริงอย่างใด เพราะมีเพียงการคุ้มครองเด็กจากการกระทำที่ละเมิดต่อเด็กเท่านั้น แต่ถือได้ว่าแนวคิดการคุ้มครองเด็กได้เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในตราสารระหว่างประเทศฉบับแรก ซึ่งภายหลังได้พัฒนาก่อให้เกิดปฏิญญาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กต่อไป

<sup>80</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64*, น.845-846.

<sup>81</sup> คณิต ฌ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2551), น.240.

<sup>82</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64*, น.838.

### 2.5.1 ปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวา ค.ศ.1924 (The Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924)

เป็นตราสารฉบับแรกที่ทำให้การคุ้มครองสิทธิของเด็กโดยได้ลงมติรับรองปฏิญญาดังกล่าวเมื่อวันที่ 26 กันยายน ค.ศ.1924 ซึ่งถือเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้รับแนวคิดเพื่อการคุ้มครองการละเมิดสิทธิเด็ก ซึ่งในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กตามปฏิญญาฉบับนี้ได้กำหนดหลักพื้นฐานไว้ 5 ประการ คือ

- (1) เด็กจำเป็นต้องได้รับการพัฒนาทั้งร่างกายและจิตใจ
- (2) เด็กจำเป็นต้องได้รับอาหาร ได้รับการรักษาพยาบาลเมื่อเจ็บป่วย ได้รับความช่วยเหลือกรณีเป็นคนยากไร้หรือด้อยโอกาส หากเด็กเป็นผู้กระทำความผิดต้องได้รับการปรับปรุงแก้ไข รวมทั้งหากมีการทอดทิ้งเด็กต้องได้รับการคุ้มครองและสงเคราะห์เด็ก
- (3) เด็กจำเป็นต้องได้รับความช่วยเหลืออย่างทันที่และเป็นลำดับแรกเมื่อเกิดภาวะยากลำบาก
- (4) เด็กจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองอันเนื่องจากการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กในทุกรูปแบบ
- (5) เด็กจำเป็นต้องได้รับการเลี้ยงดูและช่วยเหลือจากมนุษยชาติ

ผู้ที่มีหน้าที่ในการปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชนเพื่อคุ้มครองสิทธิพื้นฐาน 5 ประการตามปฏิญญาฉบับดังกล่าวกำหนดให้เป็นหน้าที่ของมนุษย์ทุกคน แต่ทั้งนี้ จากเนื้อหาในตราสารฉบับดังกล่าวแม้ว่าจะมีเนื้อหาในการมุ่งคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นหลัก แต่ก็ได้กล่าวถึงความต้องการของเด็กเป็นพิเศษไว้แต่อย่างใด ทั้งนี้ได้ให้กำหนดให้เด็กมิใช่ผู้ทรงสิทธิด้วยตัวเองอย่างแท้จริง ประกอบกับผู้ที่มีหน้าที่ในการปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชนมิใช่หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิเด็ก หากแต่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของมนุษย์ทุกคน แต่อย่างไรก็ดีปฏิญญาฉบับดังกล่าวนี้มีความสำคัญยิ่งที่ก่อให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศอย่างจริงจังในการพัฒนาแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเด็กและจัดทำสนธิสัญญาเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ต่อไป<sup>83</sup>

<sup>83</sup> จีราวัฒน์ แซ่มชัยพร, “การคุ้มครองเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.6-8.



## 2.5.2 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 (Convention on the Rights of the Child)

แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิเด็กได้ริเริ่มและพัฒนาจากปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวา ค.ศ. 1924 โดยมีเจตนามุ่งคุ้มครองเด็กซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้พัฒนาเรื่อยมา จนกระทั่งสหประชาชาติได้มีการลงนามและบังคับใช้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กในปี ค.ศ.1989 โดยอนุสัญญาดังกล่าวได้วางหลักประกันในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเกี่ยวกับเด็กและเยาวชน โดยนิยามเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญานี้ไว้ในมาตรา 1 “เด็ก หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้น ตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น”<sup>84</sup>

หลักการของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแท้จริงแล้วมีหลักการสำคัญ 2 ประการ คือ

(1) สิทธิติดตัวมาตั้งแต่เกิด (Inherit right) โดยกำหนดให้รัฐต้องรับประกันความอยู่รอดและการพัฒนาของเด็ก กล่าวคือ เด็กจะมีสิทธิตามกฎหมายคุ้มครองตั้งแต่เกิด อาทิ เด็กต้องได้รับความปลอดภัยเมื่อคลอดและรอดพ้นเป็นทารก มีสิทธิจดทะเบียนทันทีหลังจากเกิด โดยมีสิทธิที่จะมีชื่อ สัญชาติ และได้รับการเลี้ยงดูจากบิดามารดาอย่างเต็มที่ โดยจะไม่มีใครจำกัดสิทธิเด็กหรือละเมิดสิทธิเด็กได้

(2) หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The best interests of the Child) การดำเนินการใดๆ ของรัฐต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ โดยมุ่งคุ้มครองและพัฒนาเด็กทั้งร่างกายและจิตใจ โดยต้องสนับสนุนและส่งเสริมให้เด็กพัฒนาจนเป็นคนที่มีความสามารถและเติบโตได้อย่างมีอนาคต ซึ่งจะต้องไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการทำลายชีวิตและอนาคตของเด็ก<sup>85</sup>

<sup>84</sup> Article 1 of Convention on the Right of the child said “For the purposes of the present Convention, a child means every humen being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier”

<sup>85</sup> คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, “ร่างรายงานฉบับสมบูรณ์โครงการวิจัย เรื่องการปรับเปลี่ยนกลไกเชิงสถาบันเพื่อเสริมสร้างสมรรถนะในการทำงานด้านเด็กขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น,” (กรุงเทพมหานคร : กองทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (UNICEF), 2553), น.8.

ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 ได้กำหนดมาตรฐานให้องค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนในกรณีมีการดำเนินคดีเด็กหรือเยาวชนไว้ มีรายละเอียดดังนี้

### (1) มาตรฐานด้านนิติบัญญัติ<sup>86</sup>

ในการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเด็กต้องคำนึงถึงหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ กล่าวคือ การรับรองสิทธิเด็ก การคุ้มครองสิทธิเด็กหรือส่งเสริมเด็ก ในการตรากฎหมายเหล่านี้ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กซึ่งได้บัญญัติรับรองไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มาตรา 3<sup>87</sup> “การกระทำใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กไม่ว่าจะเป็นการกระทำขององค์การสงเคราะห์ภาครัฐหรือเอกชน สถาบันศาล หรือสถาบันบริหาร หรือสถาบันนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและลำดับแรก” ดังนั้น ประโยชน์สูงสุดของเด็กจึงเป็นหลักสำคัญที่รัฐต้องคำนึงอยู่เสมอ ดังนั้น ในการตรากฎหมายกำหนดโทษเด็กหรือกฎหมายกำหนดวิธีปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำผิดจึงต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญ

ในการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเด็กต้องคำนึงถึงการไม่เลือกปฏิบัติต่อเด็กผู้กระทำความผิด (discrimination) ทั้งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ความทุพพลภาพ ฯลฯ ได้รับรองและบัญญัติไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มาตรา 2<sup>88</sup> ซึ่งปัจจุบันหลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อเด็กถือเป็นหลักสากลที่ทั่วโลกยอมรับ

<sup>86</sup> วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 57*, น.18-20.

<sup>87</sup> Article 3(1) of Convention on the Right of the child said “In all actions concerns concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.”

<sup>88</sup> Article 2(1) States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child’s or his or her parent’s or legal guardian’s race, colour, sex, language, religion, political, or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.

การตรากฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับเด็กต้องคำนึงถึงความเหมาะสม และความสอดคล้องต่ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งได้บัญญัติรับรองไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มาตรา 4 ดังนั้นหากการตรากฎหมายที่มีบทลงโทษแก่เด็กหรือการปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำความผิด การร่างกฎหมายดังกล่าวจึงต้องสอดคล้องกับอนุสัญญาฉบับนี้เสมอ

## (2) มาตรฐานด้านบริหาร<sup>89</sup>

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดแนวทางในการปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำความผิดไว้ โดยมีสาระสำคัญในกระบวนการพิจารณาคดีตั้งแต่เริ่มต้นคดีจนถึงมีคำพิพากษาบัญญัติไว้ในมาตรา 37 และ 40 โดยมีหลักการสำคัญ ดังนี้ จะลงโทษเด็กในความผิดอาญาในกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายภายในบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดมาใช้เพื่อลงโทษเด็กไม่ได้ และเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาต้องได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ก่อนเสมอ จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำความผิดจริง และในการปฏิบัติต่อเด็กจะเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างไม่ได้ โดยเด็กทั้งหลายจะต้องได้รับหลักประกันว่าจะไม่ถูกรุขมหรือถูกลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือถูกริดลอนอิสระเสรีภาพโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือผลการ หากมีการริดลอนอิสระภาพต่อเด็กก็ต้องแตกต่างหากจากผู้ใหญ่ และการควบคุมหรือจำคุกจะต้องเหมาะสมกับสภาพความผิดและอายุของเด็กผู้กระทำความผิด นอกจากนี้เด็กต้องได้รับการช่วยเหลือทางกฎหมายและต่อสู้คดีอย่างเต็มที่รวมถึงมีสิทธิติดต่อบิดาและมารดาซึ่งในทุกขั้นตอนจะต้องคำนึงและเคารพต่อสิทธิของเด็กเป็นสำคัญ

## (3) มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กในกระบวนการยุติธรรม<sup>90</sup>

การปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำความผิดมีเจตนารมณ์เพื่อมุ่งคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและฟื้นฟูแก้ไขเด็กให้กลับคืนสู่สังคมได้ การดำเนินคดีจึงแตกต่างกับผู้ใหญ่ที่มุ่งลงโทษเพื่อให้มีกล้ากระทำผิดซ้ำอีก ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดมาตรฐานที่สำคัญๆ ไว้ในการปฏิบัติต่อเด็กในชั้นพิจารณาคดี อาทิ การดำเนินคดีจะต้องรวดเร็วและเปิดโอกาสให้เด็กต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ โดยเด็กจะไม่ถูกบังคับให้รับผิดหรือสารภาพ ศาลจะต้องมีความเป็นอิสระในการพิจารณาคดี หรือในกรณีมีคำพิพากษาแล้ว อาทิ ต้องไม่ลงโทษ ทรมาณหรือกระทำทารุณกรรมเด็ก แต่จะต้องปฏิบัติต่อเด็กด้วยความมีมนุษยธรรมและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทั้งนี้หากเด็กถูกจำกัดอิสรภาพแล้วต้องคำนึงถึงการแก้ไขให้เด็กเป็นคนดีและส่งเสริมการศึกษารวมทั้งอาชีพให้แก่เด็ก

<sup>89</sup> วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 57*, น.20-23.

<sup>90</sup> *เพ็ญอ้าง*, น.23-26.

### 2.5.3 กฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับเด็กและเยาวชน ค.ศ.1985 (กฎแห่งกรุงปักกิ่ง)<sup>91</sup>

กฎแห่งกรุงปักกิ่งกำเนิดขึ้นโดยมติสหประชาชาติเมื่อวันที่ 6 กันยายน ค.ศ.1985 และให้การยอมรับผนวกกฎดังกล่าวไว้ในมติที่ 40/33 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อปกป้องสิทธิมนุษยชนแก่เด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิด กฎนี้เป็นเงื่อนไขขั้นต่ำสำหรับประเทศสมาชิกในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กหรือเยาวชน กล่าวคือ เป็นหลักมาตรฐานขั้นต่ำ (Standard Minimum Rules) สำหรับดำเนินการต่อผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเด็กหรือเยาวชนโดยจะต้องใช้กฎนี้อย่างเท่าเทียมและไม่มีการแบ่งแยกเสมอ<sup>92</sup> และมีสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศเป็นคำแนะนำที่ได้รับการรับรองจากที่ประชุมสหประชาชาติและลงมติรับรอง มีข้อเสนอสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่มีสถานะทางกฎหมาย<sup>93</sup> โดยมีการวางหลักสำคัญในการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิด ดังนี้

#### (1) หลักการทั่วไป

ในส่วนนี้ได้ให้นิยามแก่ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กและเยาวชน คือ เด็กและเยาวชนซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดกฎหมายหรือถูกพบว่ากระทำความผิดกฎหมาย<sup>94</sup> ซึ่งตามวิธีพิจารณาเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดต้องมีกฎหมายและวิธีดำเนินการสอบสวนวิธีพิจารณาสำหรับความผิดด้วยวิธีแตกต่างจากผู้ใหญ่<sup>95</sup> อายุของความรับผิดชอบอาญาของเด็กและเยาวชนไม่ควร

<sup>91</sup> ศุนย์เครือข่ายสิทธิเด็กเอเชียเนืท, “กฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน(กฎแห่งกรุงปักกิ่ง),” *จุลพาหะ*, เล่มที่ 4, ปีที่ 53, น.123-148 (ธันวาคม 2540).

<sup>92</sup> Rules 2.1 the Beijing Rules said “The following Standard Minimum Rules shall be applied to juvenile offenders impartially, without distinction of any kind, for example as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinions, national or social origin, property, birth or other status.”

<sup>93</sup> มาตาลักษณะ ออรุงโรจน์, *อ้างแล้ว เขิงอรรถที่ 14*, น.17.

<sup>94</sup> Rules 2.2(C) A juvenile offender is a child or young person who is alleged to have committed or who has been found to have committed an offence.

<sup>95</sup> Rules 2.2(A) A juvenile is a child or young person who, under the respective legal systems, may be dealt with for an offence in a manner which is different from an adult.

กำหนดให้ต่ำเกินไป โดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงเรื่องวุฒิภาวะทางอารมณ์ จิตใจและปัญญา<sup>96</sup> และต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นเพศ ผิวดำ เชื้อชาติ ศาสนา การเมือง ความคิดเห็น ฯลฯ ซึ่งในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมที่เด็กและเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดจะได้รับการคุ้มครองในทุกขั้นตอน อาทิ สิทธิที่จะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ สิทธิที่จะถูกแจ้งข้อกล่าวหา สิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำ สิทธิที่จะได้รับคำปรึกษา สิทธิที่จะได้ให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองปรากฏตัวอยู่ สิทธิที่จะต่อสู้คดีและซักค้านพยาน<sup>97</sup>

ในกระบวนการยุติธรรมเกี่ยวกับเด็กและเยาวชนจะมุ่งเน้นไปที่ความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กและเยาวชน และให้เกิดความมั่นใจว่าการปฏิบัติต่อเด็กผู้กระทำความผิดต้องได้สัดส่วนกับความผิดที่ได้กระทำลงไป ซึ่งในเรื่องหลักการได้สัดส่วน เป็นเครื่องมือจำกัดบทลงโทษ ซึ่งรัฐต้องลงโทษให้ได้สัดส่วนกับความผิด นอกจากที่การลงโทษจักต้องคำนึงถึงความร้ายแรงของความผิดแล้ว การพิจารณาถึงสภาพแวดล้อมและรายละเอียดของผู้กระทำความผิดแต่ละรายต้องกระทำด้วย เช่น ดูเรื่องการกลับตัวกลับใจหรือความพยายามบรรเทาความเสียหาย<sup>98</sup> นอกจากนี้ การใช้ดุลยพินิจในการบริการงานยุติธรรมเกี่ยวกับเด็กและเยาวชน รัฐสามารถใช้ดุลยพินิจได้ในทุกขั้นตอนของกระบวนการเกี่ยวกับเด็ก อาทิ การสอบสวน ฟ้องร้อง พิจารณาคดี และการติดตามผลคำพิพากษา แต่ต้องคำนึงว่าการใช้ดุลยพินิจในทุกขั้นตอนจะต้องมีความน่าเชื่อถือและมีเหตุผล รวมถึง

---

<sup>96</sup> Rules 4.1 In those legal systems recognizing the concept of the age of criminal responsibility for juveniles, the beginning of that age shall not be fixed at too low an age level, bearing in mind the facts of emotional, mental and intellectual maturity.

<sup>97</sup> Rules 7.1 Basic procedural safeguards such as the presumption of innocence, the right to be notified of the charges, the right to remain silent, the right to counsel, the right to the presence of a parent or guardian, the right to confront and cross-examine witnesses and the right to appeal to a higher authority shall be guaranteed at all stages of proceedings.

<sup>98</sup> Rules 5.1 “The juvenile justice system shall emphasize the well-being of the juvenile and shall ensure that any reaction to juvenile offenders shall always be in proportion to the circumstances of both the offenders and the offence...”

ก่อนใช้ดุลยพินิจผู้ใช้ต้องผ่านการอบรมอย่างดีแล้ว<sup>99</sup> เด็กย่อมมีสิทธิและได้รับความคุ้มครองในทุกขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา อาทิ การสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ สิทธิที่จะถูกแจ้งข้อหา สิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำ ฯลฯ<sup>100</sup>

## (2) หลักการสอบสวนและฟ้องคดี

โดยในการปฏิบัติหน้าที่ต้องคำนึงถึงการเคารพสถานภาพทางกฎหมายของเด็กและเยาวชนอยู่เสมอ<sup>101</sup> ซึ่งในระหว่างดำเนินการสอบสวนและนำตัวเด็กผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมแล้ว จำต้องใช้ดุลยพินิจที่เหมาะสมและให้สอดคล้องกับหลักการของกฎฉบับนี้ โดยมุ่งเน้นให้เด็กกลับคืนสู่สังคมโดยนำทางเลือกอื่นมาทดแทนกระบวนการดำเนินคดีและลงโทษต่อเด็กหรือเยาวชน<sup>102</sup> การควบคุมตัวไว้พิจารณาคดีต้องเป็นทางเลือกสุดท้ายที่จะใช้และระยะเวลาคุมต้องสั้นที่สุดด้วย<sup>103</sup>

---

<sup>99</sup> Rules 6 “In view of the varying special needs of juveniles as well as the variety of measures available, appropriate scope for discretion shall be allowed at all stages of proceedings and at the different levels of juvenile justice ministrations, including investigation, prosecution, adjudication and the follow-up of dispositions...”

<sup>100</sup> Rules 7 Basic procedural safeguards such as the presumption of innocence, the right to be notified of the charges, the right to remain silent, the right to counsel, the right to the presence of a parent or guardian, the right to confront and cross-examine witnesses and the right to appeal to a higher authority shall be guaranteed at all stages of proceedings.

<sup>101</sup> Rules 10.3 Contacts between the law enforcement agencies and a juvenile offender shall be managed in such a way as to respect the legal status of the juvenile, promote the well-being of the juvenile and avoid harm to her or him, with due regard to the circumstances of the case.

<sup>102</sup> Rules 11.1 Consideration shall be given, wherever appropriate, to dealing with juvenile offenders without resorting to formal trial by the competent authority, referred to in rule 14.1 below.

<sup>103</sup> Rules 13.1 Detention pending trial shall be used only as a measure of last resort and for the shortest possible period of time.

### (3) หลักการพิจารณาคดี

ศาลที่พิจารณาคดีต้องคำนึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเสมอ หากไม่ปล่อยเด็กและเยาวชนที่กระทำผิดผู้มีอำนาจพิจารณาคดีควรดำเนินการกับเด็กอย่างยุติธรรมและสมเหตุสมผล<sup>104</sup> เด็กและเยาวชนจะต้องมีที่ปรึกษากฎหมายและบิดา มารดาอยู่ด้วยในระหว่างถูกดำเนินคดี<sup>105</sup> เด็กและเยาวชนจะต้องมีที่ปรึกษากฎหมายและบิดามารดาอยู่ในระหว่างถูกดำเนินคดีหรือในขณะที่สอบสวน<sup>106</sup> โดยในการพิจารณาคดีต้องมีข้อกำหนดว่าในการปฏิบัติต่อความผิดต้องได้สัดส่วนกล่าวคือ ต้องได้สัดส่วนกับสภาพและความรุนแรงของความผิดและต้องได้สัดส่วนกับความต้องการของเด็กและสังคมด้วย นอกจากนี้การจำกัดอิสรภาพควรกระทำหลังจากมีการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนและต้องจำกัดให้น้อยที่สุด ซึ่งหากมีการจำกัดอิสรภาพจริงจะต้องเป็นกรณีที่เด็กกระทำความผิดรุนแรงเกี่ยวกับการทำร้ายผู้อื่น หรือกระทำความผิดอย่างร้ายแรงบ่อยครั้งจนไม่สามารถแก้ไขได้ด้วยวิธีอื่น แต่ทั้งนี้ไม่ควรใช้วิธีการประหารชีวิตหรือการลงโทษทางร่างกายต่อเด็ก ซึ่งทุกกระบวนการควรให้ผู้มีอำนาจยุติการดำเนินคดีแก่เด็กเมื่อใดก็ได้<sup>107</sup> และก่อนที่จะมีคำพิพากษาใดๆ ต้องมีการสืบสวนภูมิหลังและสภาพความเป็นอยู่ของเด็กก่อนเสมอ<sup>108</sup> การดำเนินคดีต้องเป็นไปโดยเร็วและไม่ล่าช้า<sup>109</sup>

---

<sup>104</sup> Rules 14.1 Where the case of a juvenile offender has not been diverted (under rule 11), she or he shall be dealt with by the competent authority (court, tribunal, board, council, etc.) according to the principles of a fair and just trial.

<sup>105</sup> Rules 15.1 Throughout the proceedings the juvenile shall have the right to be represented by a legal adviser...

Rules 15.2 The parents or the guardian shall be entitled to participate in the proceedings...

<sup>106</sup> Rules 15.1 Throughout the proceedings the juvenile shall have the right to be represented by a legal adviser...

Rules 15.2 The parents or the guardian shall be entitled to participate in the proceedings...

<sup>107</sup> Rules 17 Guiding principles in adjudication and disposition.

<sup>108</sup> Rules 16.1 In all cases except those involving minor offences, before the competent authority renders a final disposition prior to sentencing, the background and circumstances in which the juvenile is living or the conditions under

นอกจากนี้ประวัติของเด็กต้องเก็บเป็นความลับและไม่ควรถูกนำมาใช้ภายหลังเมื่อเด็กโตเป็นผู้ใหญ่แล้วกระทำความผิดอีก<sup>110</sup>

หลักการปฏิบัติต่อเด็กผู้กระทำความผิดทั้งกรณีใช้สถานฝึกอบรมแบบปิดหรือไม่ใช้สถานฝึกอบรมแบบปิด ย่อมเป็นไปโดยคำนึงถึงการมุ่งฟื้นฟูเด็ก และส่งเสริมความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กเป็นสำคัญ<sup>111</sup> ดังนั้น กระบวนการที่ปฏิบัติต่อเด็กจึงเน้นหนักไปที่การปรับปรุงพฤติกรรมของเด็กเพื่อให้สามารถกลับคืนสู่สังคมได้ต่อไป

#### 2.5.4 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

เนื่องจากไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กค.ศ. 1989 ตั้งแต่วันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2535 กฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยจึงได้บัญญัติให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กโดยมีเจตนารมณ์เพื่อปกป้องและคุ้มครองเด็ก โดยได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1. หลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติ ได้ถูกบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้<sup>112</sup> บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันทางกฎหมาย เมื่อ

which the offence has been committed shall be properly investigated so as to facilitate judicious adjudication of the case by the competent authority.

<sup>109</sup> Rules 20.1 Each case shall from the outset be handled expeditiously, without any unnecessary delay.

<sup>110</sup> Rules 21.1 Records of juvenile offenders shall be kept strictly confidential and closed to third parties...

Rules 21.2 Records of juvenile offenders shall not be used in adult proceedings in subsequent cases involving the same offender.

<sup>111</sup> Rules 23 – 26 the Beijing Rules.

<sup>112</sup> โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 30



เสมอภาคแล้วจึงมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างซึ่งเป็นหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (Unjust Discrimination)<sup>113</sup>

2. สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล โดยได้บัญญัติให้ทุกคนมีสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล อาทิ บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การทรมาน ทารุณกรรมหรือลงโทษอย่างไร มนุษยธรรมจะกระทำมิได้ แต่การลงโทษตามคำพิพากษา หรือตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ถือเป็นการลงโทษที่โหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม มีสิทธิเสรีภาพในเคหสถาน มีเสรีภาพในการเดินทางและเลือกถิ่นที่อยู่ มีสิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ข้อมูลส่วนบุคคลและความเป็นอยู่ส่วนตัว มีสิทธิเสรีภาพในการสื่อสาร) และมีเสรีภาพในการนับถือศาสนาใดๆ<sup>114</sup>

3. สิทธิเสรีภาพในการศึกษา ได้กำหนดให้รัฐต้องจัดให้มีการศึกษาและให้หลักประกันด้านคุณภาพของการศึกษา โดยรัฐมีหน้าที่ต้องให้การสนับสนุนและจัดหาทรัพยากรเพื่อพัฒนาคุณภาพการศึกษา โดยให้ทุกคนสามารถเข้าถึงการศึกษา (Access to Education) อย่างเท่าเทียมกันโดยเฉพาะผู้ยากไร้ พิการหรือทุพพลภาพ<sup>115</sup> โดยบัญญัติไว้ให้บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย ผู้ยากไร้ผู้พิการหรือทุพพลภาพหรืออยู่ในสภาวะยากลำบากต้องได้รับสิทธิตามวรรคหนึ่งและการสนับสนุนจากรัฐเพื่อให้ได้รับการศึกษาโดยทัดเทียมกับบุคคลอื่น<sup>116</sup>

4. สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ บุคคลย่อมมีสิทธิในการรับบริการสาธารณสุขที่เหมาะสมและได้มาตรฐานจากรัฐอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ<sup>117</sup> และเด็กมีสิทธิในการอยู่รอดและได้รับการพัฒนาด้านร่างกาย จิตใจ และสติปัญญาตามพัฒนาการและสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม<sup>118</sup> เด็กและเยาวชน ต้องได้รับการคุ้มครองจากรัฐให้ปราศจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม ซึ่งการแทรกแซงเพื่อจำกัดสิทธิเด็กและเยาวชนจะกระทำ

<sup>113</sup> มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2550) เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 3 ฉบับปรับปรุงเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2555), น.153.

<sup>114</sup> โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 32 ถึงมาตรา 37

<sup>115</sup> มานิตย์ จุมปา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 113*, น.312.

<sup>116</sup> โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 49

<sup>117</sup> โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 51

<sup>118</sup> โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 52

มิได้<sup>119</sup> สาเหตุเนื่องด้วยเด็กและเยาวชนเป็นกลุ่มที่มีความอ่อนแอในสังคม จึงต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองเป็นพิเศษยิ่งกว่าบุคคลทั่วไป<sup>120</sup>

5. สิทธิในด้านสังคม การสาธารณสุข การศึกษาและวัฒนธรรม โดยมีหลักการทั่วไปคือเพื่อคุ้มครองและพัฒนาเด็ก สนับสนุนการอบรมเลี้ยงดูและให้การศึกษาแก่เด็กให้สอดคล้องกันในทุกระดับ และเสริมสร้างพัฒนาสถาบันครอบครัวและชุมชน<sup>121</sup>

ในส่วนของ การดำเนินกระบวนการยุติธรรมเกี่ยวกับเด็กใน คดีอาญา ได้บัญญัติรับรองโดยวางหลักปฏิบัติในส่วนที่ 4 สิทธิในกระบวนการยุติธรรมไว้มีหลักที่สำคัญดังนี้ คือ

1. สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง มาจากหลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (nullum crimen, nulla poena sine lege)<sup>122</sup> ซึ่งกำหนดว่าบุคคลไม่ต้องรับโทษอาญาเว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้<sup>123</sup>

2. สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์ เป็นหลักการพื้นฐานของนานาประเทศที่ได้บัญญัติหลักนี้ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลที่ถูกดำเนินคดีอาญา<sup>124</sup> ซึ่งกำหนดว่าในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด โดยก่อนที่จะมีคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้<sup>125</sup>

3. สิทธิในกระบวนการยุติธรรม ได้วางหลักให้บุคคลมีสิทธิไว้ดังนี้ คือ สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่ายสะดวกรวดเร็วและทั่วถึง ในส่วนของสิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา

<sup>119</sup> โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 42

<sup>120</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สิทธิเด็กตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : กลุ่มงานผลิตเอกสารสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2555), น.29.

<sup>121</sup> โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 80

<sup>122</sup> มานิตย์ จุมปา, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 113, น.213.

<sup>123</sup> โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 39

<sup>124</sup> มานิตย์ จุมปา, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 113, น.229.

<sup>125</sup> โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 39

อย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐาน อาทิ การได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับข้อเท็จจริง และตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดี ครอบงำคณะกรรมการและการไต่ทราบบทผลประกอบคำวินิจฉัยคำพิพากษาหรือคำสั่ง ฯลฯ บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้องรวดเร็วและเป็นธรรม บุคคลที่เกี่ยวข้องในคดีมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งมีสิทธิได้รับการคุ้มครองและความช่วยเหลือที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ นอกจากนี้ เด็กและเยาวชนย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอย่างเหมาะสมและได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในคดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศ ฯลฯ<sup>126</sup>

### 2.5.5 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546<sup>127</sup>

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เป็นกฎหมายภายในที่เกิดขึ้นจากการที่ไทยเข้าร่วมเป็นประเทศภาคีสมาชิกในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2535 และมีผลใช้บังคับเมื่อ 16 เมษายน 2535 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็กให้สอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าว โดยมุ่งเน้นเด็กที่ถูกทารุณกรรมหรือได้รับการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมจากบุคคลในครอบครัวหรือสังคม โดยกฎหมายดังกล่าวมีเนื้อหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและพัฒนาเด็ก โดยมีการกำหนดถึงขั้นตอนและวิธีปฏิบัติต่อเด็กให้เหมาะสม ทั้งกำหนดหน้าที่ในสถาบันครอบครัวหรือสังคม รวมถึงการคุ้มครองเด็กมิให้ถูกทารุณกรรม หรือตกเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ<sup>128</sup>

เด็กที่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ กำหนดในมาตรา 4 วางหลักว่า “เด็ก หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส” เด็กจึงต้องอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ ในกรณีที่เด็กได้สมรสก่อนวัยอันควร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้เด็กสมรสกันได้เมื่อเด็กชายและหญิงอายุ 17 ปีบริบูรณ์ เว้นแต่ในกรณีที่ศาลอนุญาตให้สมรสก่อนหน้านั้นได้<sup>129</sup> ดังนั้น ตามความในมาตรา 4 นี้หากเด็กอายุต่ำกว่า

<sup>126</sup> โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 40

<sup>127</sup> “พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546”, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 120 ตอน 95 ก (วันที่ 2 ตุลาคม 2546)

<sup>128</sup> วรวิทย์ ฤทธิพิศ, สารระสำคัญเกี่ยวกับกฎหมายคุ้มครองเด็ก, ดุลพาน, เล่ม 1, ปีที่ 51, น.97-99 (มกราคม-เมษายน 2547).

<sup>129</sup> โปรดดู ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 20

18 ปีบริบูรณ์ดำเนินการสมรสโดยศาลอนุญาตยอมส่งผลให้เด็กกลายเป็นผู้บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส และไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้

การปฏิบัติต่อเด็กตามกฎหมายฉบับนี้มีหลักสำคัญ คือ เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม<sup>130</sup> โดยกำหนดให้ผู้ปกครองต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูอบรมสั่งสอนพัฒนาเด็กตามสมควรแต่ต้องไม่ต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดและต้องคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่อยู่ในความดูแลของตนมิให้ตกอยู่ในภาวะที่จะเกิดอันตรายแก่กายหรือใจ<sup>131</sup> นอกจากนี้กฎหมายจะกำหนดหน้าที่ให้ผู้ปกครองปฏิบัติต่อเด็กอย่างไรแล้ว ยังมีบทบัญญัติที่ห้ามผู้ปกครองกระทำต่อเด็ก อาทิ ทอดทิ้งหรือละทิ้งเด็ก ปฏิบัติต่อเด็กที่เป็นการขัดขวางการเจริญเติบโตหรือพัฒนาการของเด็ก หรือปฏิบัติต่อเด็กที่เป็นการเลี้ยงดูโดยมิชอบ<sup>132</sup> กล่าวคือ ไม่ให้การอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน หรือพัฒนาเด็กตามมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดตามกฎหมายอาจส่งผลให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของเด็ก<sup>133</sup> นอกจากนี้ กฎหมายยังบัญญัติครอบคลุมไปถึงบุคคลทั่วไป เพื่อให้การคุ้มครองการละเมิดเด็กเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยห้ามบุคคลทั่วไปปฏิบัติต่อเด็กแม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอมหรือไม่ก็ตาม อาทิ กระทำหรือละเว้นกระทำอันเป็นการทารุณกรรมต่อร่างกายหรือจิตใจของเด็ก บังคับ ชูเชื้อ ชักจูง ส่งเสริมหรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่ดีหรือทำให้ประพฤตีส่อต่อการกระทำผิด<sup>134</sup>

กฎหมายฉบับนี้นอกจากจะกำหนดหลักการปฏิบัติต่อเด็กแล้ว ยังได้กำหนดถึงการสงเคราะห์เด็กในกรณีที่เป็นเด็กเร่ร่อนหรือกำพร้า ถูกทอดทิ้งหรือพลัดหลงรวมถึงเด็กที่ผู้ปกครองไม่สามารถดูแลเด็กได้ เช่น ถูกขัง พิกัด ยากจน ฯลฯ และการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กโดยมุ่งเน้นไปที่เด็กที่ถูกทารุณกรรม เด็กที่เสี่ยงต่อการกระทำผิดและเด็กที่อยู่ในสภาพที่ต้องได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพ อันได้แก่ เด็กที่ต้องหาว่ากระทำความผิดแต่อายุไม่ถึงเกณฑ์ เด็กที่ศาลหรือผู้อำนวยการสถานพินิจและคุ้มครองเด็กส่งมารับการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก<sup>135</sup> รวมถึงการพัฒนาและฟื้นฟูเด็กซึ่งทั้งหมดจะต้องเป็นไปตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยนอกจากครอบครัวของเด็กที่มีหน้าที่ใน

<sup>130</sup> โปรดดู พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 มาตรา 22

<sup>131</sup> โปรดดู พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 มาตรา 23

<sup>132</sup> โปรดดู พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 มาตรา 25

<sup>133</sup> โปรดดู พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 มาตรา 4

<sup>134</sup> โปรดดู พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 มาตรา 25

<sup>135</sup> “กฎกระทรวงกำหนดเด็กที่อยู่ในสภาพที่จำต้องได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพ”, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอน 84 (วันที่ 22 สิงหาคม 2549)

การปฏิบัติต่อเด็กแล้ว ยังกำหนดให้เป็นหน้าที่ของหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องต้องเข้ามาช่วยเหลือ ให้คำปรึกษา และส่งเสริม เช่นมีผู้คุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก มีสถานรับเลี้ยงเด็ก สถานสงเคราะห์ ฯลฯ โดยมีคณะกรรมการคุ้มครองเด็กเป็นผู้ตรวจสอบการดำเนินงานว่าเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่

ดังนั้น เด็กผู้กระทำผิดแต่อายุไม่ถึงเกณฑ์ต้องรับโทษหรือเด็กที่ศาลหรือผู้อำนวยการสถานพินิจและคุ้มครองเด็กส่งมารับการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก ถือเป็นเด็กที่พึงได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายคุ้มครองเด็ก ทั้งนี้ ไม่ว่าเด็กผู้กระทำผิดจะถูกส่งมอบโดยพนักงานสอบสวน<sup>136</sup> ศาล หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องใดๆ พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กมีหน้าที่ต้องรับตัวเด็กเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กต่อไป โดยวิธีการคุ้มครองเด็กสวัสดิภาพเด็กจะเริ่มจากการสืบเสาะ และพินิจเกี่ยวกับเด็กและครอบครัวเพื่อหาวิธีการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กอย่างเหมาะสม โดยพิเคราะห์ถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวเด็ก ความสัมพันธ์ในครอบครัว และความประพฤติต่างๆ ประกอบซึ่งหากเด็กจำเป็นต้องคุ้มครองสวัสดิภาพก็ต้องส่งไปยังสถานคุ้มครองสวัสดิภาพ สถานพัฒนาและฟื้นฟู สถานแรกรับ รวมถึงสถานสงเคราะห์เด็ก แต่ในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่เห็นว่ายังไม่สมควรส่งตัวเด็กไปยังสถานที่ดังกล่าว ก็ให้มอบตัวเด็กแก่ผู้ปกครองหรือบุคคลที่ยินยอมรับตัวเด็กไปแต่ทั้งนี้ พนักงานเจ้าหน้าที่อาจวางข้อกำหนดหรือเงื่อนไข เพื่อป้องกันการกระทำผิดซ้ำ ประพฤติเสียหาย ดังนี้

- (1) ระมัดระวังมิให้เด็กเข้าไปในสถานที่หรือห้องที่ได้อันจะจูงใจให้เด็กประพฤติตนไม่สมควร
- (2) ระมัดระวังมิให้เด็กออกนอกสถานที่ที่อยู่อาศัยในเวลากลางคืน เว้นแต่มีเหตุจำเป็น
- (3) ระมัดระวังมิให้เด็กคบหาสมาคมกับบุคคลที่จะชักนำไปในทางเสื่อมเสีย
- (4) ระมัดระวังมิให้เด็กกระทำการใดอันเป็นเหตุประพฤติน่าเสียหาย
- (5) จัดให้เด็กได้รับการศึกษาอบรมตามสมควรแก่อายุ สติปัญญา และความสนใจของเด็ก
- (6) จัดให้เด็กได้ประกอบอาชีพที่เหมาะสมกับความถนัดและความสนใจของเด็ก

---

<sup>136</sup> “ระเบียบคณะกรรมการคุ้มครองเด็กแห่งชาติว่าด้วยวิธีการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่ต้องหาว่ากระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดแต่อายุยังไม่ถึงเกณฑ์ต้องรับโทษทางอาญา พ.ศ.2555”, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129 ตอน 194 ง (ฉบับพิเศษ)(วันที่ 25 ธันวาคม 2555)

(7) จัดให้เด็กได้เข้ารับการบำบัดฟื้นฟู โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อแก้ไขสาเหตุในการกระทำความผิดของเด็ก<sup>137</sup>

พระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กนี้มีเจตนารมณ์เพื่อปกป้องและคุ้มครองเด็กซึ่งบัญญัติให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยมาตรการทางกฎหมายที่นำมาใช้แก่เด็กและเยาวชนนั้นอาจใช้มาตรการได้ทั้งก่อนหรือภายหลังกระทำความผิด แต่ต้องเป็นเด็กถูกทารุณกรรมหรือได้รับการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมจากบุคคลในครอบครัวหรือสังคม เด็กที่เสี่ยงต่อการกระทำความผิด และเด็กที่ต้องได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพ อันได้แก่ เด็กที่ต้องหาว่ากระทำความผิดแต่อายุไม่ถึงเกณฑ์ เด็กที่ศาลหรือผู้อำนวยการสถานพินิจ และคุ้มครองเด็กส่งมารับการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กย่อนำมาตรการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กมาใช้แก่เด็กได้

## 2.6 กฎหมายอาญา

ความผิดเกี่ยวกับเพศได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา จึงต้องศึกษาถึงวิวัฒนาการของกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ และศึกษาถึงความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานกระทำอนาจารเพื่อให้ทราบว่าการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กหรือเยาวชนเป็นความผิดหรือไม่ อย่างไร

### 2.6.1 วิวัฒนาการของกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศไทย

การกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ในประเทศไทยเป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กมีมาตั้งแต่อดีต โดยแนวคิดในการมุ่งคุ้มครองเด็กหญิงให้มิต้องถูกล่วงละเมิดทางเพศใดๆ นั้นได้พัฒนาเรื่อยมาจากอดีตถึงปัจจุบัน ซึ่งการศึกษาย่อมทำให้ทราบได้ถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ว่าเหตุใดจึงต้องกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กหรือเยาวชนเป็นความผิด

#### 2.6.1.1 เกณฑ์อายุของเด็กในการให้ความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศ

โดยทั่วไปแล้วในความผิดเกี่ยวกับเพศ หากผู้เสียหายให้ความยินยอมโดยสมัครใจแก่ผู้กระทำชำเราหรือผู้กระทำอนาจารแล้ว ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด ซึ่งการให้ความยินยอมในเรื่องเกี่ยวกับเพศนี้ ผู้ถูกกระทำต้องรู้ว่าตนจะถูกกระทำชำเราหรือถูกกระทำอนาจารและยัง

<sup>137</sup> วรวิทย์ ฤทธิพิศ, หลักกฎหมายการดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2553), น.148-150.

เต็มใจให้กระทำจึงจะไม่ใช่ความผิด แต่ความยินยอมดังกล่าวไม่สามารถนำมาอ้างได้แก่ผู้ให้ความยินยอมที่เป็นเด็ก เนื่องด้วยสาเหตุที่ว่าเด็กอายุยังน้อยและไม่รู้ผิดชอบชั่วดีพอเมื่อเทียบกับผู้ใหญ่จึงต้องมีการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กเหล่านี้ โดยเกณฑ์อายุของเด็กในการให้ความยินยอมย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย โดยเมื่อพิจารณาในเรื่องความยินยอมของเด็กในความผิดเกี่ยวกับเพศของกฎหมายไทย พบว่าได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องอายุของเด็กในการให้ความยินยอมไว้ตั้งแต่อดีต ดังนี้

(ก) พระราชกำหนดใหม่

เป็นกฎหมายโบราณฉบับแรกที่ถูกถือเป็นกฎหมายแม่บทของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งยึดถือและบัญญัติให้สอดคล้องกับแนวทางของศาสนาพุทธที่กำหนดข้อห้ามไว้ใน ศีลข้อ 3 “กาเม สุมิจฉาจาราเวรมณี สิกขาปท สมာธิยามิ” แปลได้ว่า “พึงงดเว้นจากการล่วงเกินบุตรภรรยาผู้อื่น” ด้วยเหตุนี้ตามพระราชกำหนดใหม่จึงลงโทษผู้กระทำความผิดที่ล่วงเกินบุตรหรือภรรยาผู้อื่น โดยบัญญัติว่า “ห้ามข่มขืนกระทำชำเราหญิง...เว้นแต่หญิงนั้นจะยินยอมสมัครใจด้วย” และแม้หญิงจะยินยอมสมัครใจด้วย กฎหมายก็เอาผิดชายได้ถ้าหญิงนั้น “เป็นเด็กอันมิได้ปราณาเมถุน” เพราะในสมัยนั้นเห็นว่าการร่วมประเวณีบุตรภรรยา ผู้อื่นนอกจากจะเป็นความผิดต่อเสรีภาพและชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้เสียหายแล้ว ยังเป็นการล่วงละเมิดศีลในทางศาสนาอีกด้วย<sup>138</sup> อันแสดงให้เห็นถึงแนวคิดดั้งเดิมในการกำหนดอายุของเด็กในการให้ความยินยอมทางเพศได้จะต้องไม่ใช่เด็ก

(ข) กฎหมายลักษณะผัวเมีย

ต่อมาในสมัยอยุธยาตอนต้น ได้มีการตรากฎหมายลักษณะผัวเมียและมีการบัญญัติเรื่องอายุของเด็กในการให้ความยินยอมไว้ใน มาตรา 78 บัญญัติว่า “ชายใดข่มขืนหญิงเด็กไม่รู้เตี้ยงขามิถึงชำเรา ใช้ไหมเท่าเบียประณมผิตเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิตไหล ให้ไหมเท่าเบียประณมผิตเมียทวีคูณ ถ้าตบตีหญิงทำให้มีบาดเจ็บด้วย ท่านให้ไหมชายนั้นโดยบาดเจ็บอีกโสเดหนึ่ง” ซึ่งกฎหมายเดิมกำหนดว่าการร่วมประเวณีต้องเป็นระหว่างชายและเด็กหญิง โดยถ้าเด็กหญิงมีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ย่อมเป็นความผิด ซึ่งได้กำหนดอายุหญิงในการให้ความยินยอมไว้ปรากฏตามลักษณะวิวาท มาตรา 11 กำหนดให้เด็กที่ไม่รู้เตี้ยงสา คือเด็กที่อายุต่ำกว่า 7 ขวบลงมา<sup>139</sup>

ในส่วนของความผิดฐานกระทำอนาจารยังไม่ปรากฏในตัวบท แต่มีการบัญญัติในเรื่องที่ใกล้เคียงกับอนาจารไว้ในหมวดหมู่ความผิดภรรยาท่านยังมีถึงชำเรา อาทิ ตามมาตรา 75 บัญญัติว่า “บุรุษผู้ใดจับข้อมือหยอกบุตรท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรท่านก็ดี แลอุตุลากบุตรท่าน

<sup>138</sup> ประสิทธิ์ พัฒนอมร, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), น.13-14.

<sup>139</sup> เพิ่งอ้าง, น.14-18.

ไปกอดจูบ ทำชู้ แลทำประการใดก็ดี ท่านว่าชายนั้นผิดให้ลงโทษโดยโทษานุโทษ” ในความผิดนี้แม้เด็กหญิงจะยินยอมหรือไม่ชายผู้กระทำก็มีความผิดอยู่ดีโดยกฎหมายถือว่าเป็นการกระทำผิดต่อสามีหรือบิดาหญิงเพราะกฎหมายมุ่งคุ้มครองเกียรติชาย โดยการจับมือหรือการกอดจูบ ถือได้ว่าใกล้เคียงกับความผิดฐานอนาจารในปัจจุบัน<sup>140</sup>

(ค) พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118

ตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ซึ่งได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 9 เมษายน พ.ศ.2442 ในช่วงสมัยสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 5 ได้ขยายเกณฑ์อายุเด็กในการให้ความยินยอมเกี่ยวกับเพศสูงขึ้นเป็นลำดับ ปรากฏได้บัญญัติในเรื่องความยินยอมของหญิงไว้ตามมาตรา 3 บัญญัติว่า “ชายใดชำเราด้วยหญิง ในเหตุ 4 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิง คือ... ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดีแต่หญิงนั้นอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา”<sup>141</sup> ตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ได้ขยายเกณฑ์อายุเด็กหญิงที่จะให้ความยินยอมเกี่ยวกับเพศเพิ่มมากขึ้นจากกฎหมายลักษณะผัวเมียเดิม 7 ขวบแก่เป็น 12 ปี ในส่วนของความผิดฐานอนาจารนี้ไม่ปรากฏในต้วบของพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 แต่อย่างใด

(ง) กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

ในพ.ศ.2450 ได้มีการตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ขึ้นใหม่ โดยได้ยกเลิกพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณีฯ เดิม โดยได้อาศัยหลักกฎหมายในต่างประเทศเป็นต้นแบบ ซึ่งในเรื่องเกณฑ์อายุความยินยอมของเด็กนี้ได้บัญญัติให้สอดคล้องกับกฎหมายเดิม ปรากฏตามมาตรา 244 วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าผู้ใดกระทำชำเราหญิงอายุต่ำกว่าสิบสอง ขวบ ย่อมมีความผิดแม้ว่าเด็กหญิงจะให้ความยินยอมหรือไม่ก็ตาม หากเด็กได้รับบาดเจ็บสาหัส ตามมาตรา 244 วรรคสองหรือเด็กนั้นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 244 วรรคสาม ผู้กระทำผิดย่อมรับโทษ

<sup>140</sup> สุมนัส ตั้งเจริญกิตติคุณ, “ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.45.

<sup>141</sup> ประสิทธิ์ พัฒนอมร, *อ้างแล้ว เชียงอรรถที่ 138*, น.18-20.



หนักขึ้น ต่อมา ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาชญา พ.ศ. 2474 โดยขยายเกณฑ์อายุการให้ความยินยอมของเด็กเพิ่มขึ้นจากเดิม 12 ปีเป็น 13 ปี<sup>142</sup>

ความผิดฐานอนาจารเด็ก มาตรา 245 วางหลักเกณฑ์ไว้เช่นเดียวกับความผิดกระทำชำเราคือว่าผู้ใดกระทำอนาจารหญิงอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ ย่อมมีความผิด โดยในทบหมิได้อธิบายในเรื่องความยินยอมไว้ แต่เทียบเคียงได้ว่าเป็นความผิดแม้ว่าเด็กหญิงจะให้ความยินยอมหรือไม่ก็ตาม ซึ่งต่อมา ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาชญา พ.ศ.2474 โดยขยายเกณฑ์อายุเด็กผู้ถูกระทำเพิ่มขึ้นจากเดิม 12 ปีเป็น 13 ปี<sup>143</sup>

(จ) ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 ก่อนมีการแก้ไขในปี พ.ศ.2550

เกณฑ์อายุของเด็กที่จะให้ความยินยอมเกี่ยวกับเพศนี้ได้พัฒนาเรื่อยมา กระทั่งได้ตราประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 เนื่องด้วยกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ใช้บังคับมานานและล้าสมัย สมควรปรับปรุงให้มีความเหมาะสมและเป็นระบบมากยิ่งขึ้น จึงได้ทำการยกร่างประมวลกฎหมายอาญาและประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2500 โดยในความผิดเกี่ยวกับเพศนี้ มีการแก้ไขที่สำคัญ อาทิ การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเพิ่มเติมในปี พ.ศ.2525 ปรากฏตามมาตรา 277<sup>144</sup> บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสามปีโดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามต้องระวางโทษจำคุก” และครั้งที่สองในปี 2530 ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเพิ่มเติม โดยขยายเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมของเด็กในเรื่องเพศ สาเหตุเพราะตามกฎหมายเดิมได้คุ้มครองเด็กโดยกำหนดอายุให้ความยินยอมในเรื่องทางเพศไว้เพียง 13 ปีเท่านั้น ซึ่งผู้กระทำผิดมักอ้างความยินยอมของเด็กขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษ อันเป็นการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบจากเด็ก ซึ่งเด็กยังเจริญเติบโตและพัฒนาร่างกาย จิตใจ รวมทั้งประสบการณ์ไม่สมบูรณ์ จึงสมควรขยายเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมของเด็กในเรื่องเพศนี้ให้สูงขึ้นอีก ตามมาตรา 277<sup>145</sup> บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอม

<sup>142</sup> ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น.50-52.

<sup>143</sup> *เพิ่งอ้าง*, น.52-54.

<sup>144</sup> “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2525”, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 99 ตอน 108 (ฉบับพิเศษ) (วันที่ 6 สิงหาคม 2525)

<sup>145</sup> “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2530”, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 104 ตอน 173 (ฉบับพิเศษ) (วันที่ 1 กันยายน 2530)

หรือไม่ก็ตามต้องระวางโทษ... ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษ” ซึ่งได้มีการเพิ่มโทษให้สูงขึ้น หากเป็นการกระทำซ้ำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปี แต่ทั้งนี้ ในมาตรา 277 วรรคสาม บัญญัติว่า ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำต่อเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอมแล้วศาลอนุญาตให้ชายและหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป” ซึ่งในกรณีที่ชายรักใคร่กับเด็กหญิงและเด็กหญิงยินยอมชาย ชายอาจไม่ต้องรับโทษได้หากศาลอนุญาตให้สมรส อันเป็นเงื่อนไขให้ชายไม่ต้องรับโทษจากการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กสาวนั่นเอง

ความผิดฐานอนาจาร มาตรา 279 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำผิดกระทำโดยขู่เชิญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ”

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยที่ได้บัญญัติในเรื่องการให้ความยินยอมของเด็กในเรื่องเกี่ยวกับเพศ ศาตราจารย์โชค จารุจินดา ได้มีความคิดเห็นว่าเด็กที่อายุไม่เกินสิบสามปีนั้นยังไม่โตพอที่จะรู้เรื่องการประเวณี ดังนั้น ความยินยอมของเด็กในช่วงอายุดังกล่าวจึงไม่ถือว่าเป็นความสมัครใจอย่างแท้จริง สอดคล้องกับนายแพทย์ณรงค์ สิงห์ประเสริฐ ให้ความเห็นว่าเด็กอายุสิบสามปียังไม่มีความรู้เรื่องเพศที่เพียงพอโดยเฉพาะเด็กต่างจังหวัดที่ยังขาดความรู้ในเรื่องนี้ เพราะเด็กยังไม่ทราบว่าการร่วมประเวณีระหว่างชายและตนคืออะไร เด็กหญิงอาจกลัว เกรงใจหรืออยากรู้ เพราะไม่เคยเห็น จึงยอมให้ชายกระทำซ้ำเราโดยตนไม่ขัดขืน ซึ่งหากเด็กอายุเกินกว่าสิบสามปียินยอมให้ชายร่วมเพศโดยไม่มีคามผิด อาจให้กำเนิดบุตรและเป็นปัญหาในอนาคตได้<sup>146</sup>

(ฉ) ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 หลังมีการแก้ไขในปี พ.ศ.2550

กฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2550 สาเหตุเนื่องด้วยกฎหมายเดิมยังมีการเลือกไม่ปฏิบัติและมีเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ จึงได้มีการแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกันระหว่างชายหรือหญิง และเพื่อให้สอดคล้องกับหลักห้ามเลือกปฏิบัติ ซึ่งการแก้ไขครั้งนี้ ได้มีการเปลี่ยนแปลงผู้กระทำและผู้ถูกระทำเดิมต้องเป็นชายกระทำ

<sup>146</sup> นवलจันทร์ ทศนชัยกุล, รายงานการวิจัยการศึกษาความผิดเกี่ยวกับเพศ: กรณีข่มขืนกระทำซ้ำเรา, (กรุงเทพมหานคร : คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2525), น. 26-28.

ต่อเด็กหญิงเท่านั้น แต่ตามที่ปรับปรุงแก้ไขใหม่นี้ผู้กระทำและผู้ถูกระทำจะเป็นเพศใดก็ได้ไม่จำกัด นอกจากนี้ ยังได้ให้คำนิยามกระทำชำเราใหม่โดยขยายขอบเขตให้กว้างมากยิ่งขึ้น ไม่จำกัดที่ต้องเป็น อวัยวะเพศชายสอดใส่อวัยวะเพศหญิงเท่านั้น<sup>147</sup> โดยมีการเปลี่ยนแปลง ดังนี้

ความผิดฐานข่มขืนกระทำเราเด็ก มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโหมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน หรือได้กระทำโดยมีอาวุธหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษ

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป”

เดิมเหตุยกเว้นโทษได้กำหนดเพียงว่าถ้าชายกระทำต่อเด็กหญิงซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอมชายไม่ต้องรับโทษ อันเป็นช่องโหว่ในการหลีกเลี่ยงให้ชายผู้กระทำไม่ต้องรับผิดหากมีการสมรสกับเด็กหญิง ดังนั้น กฎหมายที่มีการแก้ไขใหม่นี้จึงกำหนดให้เฉพาะเยาวชนชายที่อายุไม่เกินกว่าสิบแปดปีกระทำผิดหากศาลอนุญาตให้สมรส ไม่ต้องรับโทษซึ่งเป็นการบัญญัติให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กหรือเยาวชนโดยความยินยอมนั้น หากเด็กหรือเยาวชนทั้งสองทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดคือการสมรสแล้ว เด็กหรือเยาวชนก็จะไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กนั่นเอง

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก มาตรา 279 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ

<sup>147</sup> โปรดดู เหตุผลการประกาศใช้ “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550”, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอน 56ก (วันที่ 9 กันยายน 2550)

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ”

การกระทำอนาจารเด็กได้เปลี่ยนแปลงในส่วนของผู้กระทำและผู้ถูกระทำเช่นเดียวกัน โดยกำหนดให้ผู้กระทำผิดและผู้เสียหายเป็นเพศใดก็ได้ ซึ่งแตกต่างจากเดิมที่ผู้กระทำจะต้องเป็นชายและผู้เสียหายจะต้องเป็นหญิงเท่านั้น ในส่วนนิยามของการกระทำอนาจารยังคงมีความหมายเช่นเดิม

### 2.6.1.2 เกณฑ์อายุความรับผิดชอบทางอาญาของเด็ก

กฎหมายไทยในอดีตได้ยอมรับแนวคิดที่เด็กอายุน้อยย่อมไม่รู้ผิดชอบชั่วดีพอที่จะควรลงโทษทางอาญามานานแล้ว โดยมองว่าจิตใจของเด็กและผู้ใหญ่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นความรู้สึกผิดชอบหรือนิสัยใจคอ โดยตามกฎหมายเก่าพระไอยการลักษณะวิवादิดำกัน บทที่ 10 ได้บัญญัติว่า “อนึ่ง เด็ก 7 เข้า ถ้า 70 เป็นคนหลงไหล ไปด่าตีท่านท่านมิให้ปรับไหมมีโทษแต่ให้นายบ้านนายเมืองช่วยว่ากล่าวให้สมักสมาผู้เจ้านั้นโดยควร” โดยให้เหตุผลในบทที่ 11 ว่า “เพราะต่างคนต่างน้อยมีรู้อภัยความเสมอใจบ้าง” ซึ่งต่อมาในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 56 บัญญัติว่า “ถ้าเด็กอายุยังไม่เกินเจ็ดขวบกระทำความผิด ท่านว่ายังมีรู้อภัยอย่าให้ลงอาญาแก่มันเลย” อันเป็นแนวคิดสนับสนุนว่าเด็กผู้กระทำความผิดไม่ควรลงโทษ เพราะหากลงโทษแล้วย่อมจะกลายเป็นการทารุณต่อเด็ก<sup>148</sup>

แนวคิดนี้ได้พัฒนาเรื่อยมา กระทั่งในปี 2551 ได้มีการแก้ไขหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดอายุเด็กในความรับผิดชอบทางอาญา ปรากฏตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 21 สาเหตุเนื่องด้วยเดิมการกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กยังไม่เหมาะสมและไม่สอดคล้องกับเกณฑ์อายุเด็กทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ อาทิ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กค.ศ.1989 นอกจากนี้ ในทางการแพทย์พบว่าเด็กที่มีอายุระหว่างเจ็ดปีถึงสิบสองปี มีพัฒนาด้านความคิดสติปัญญาและจริยธรรมไม่สมบูรณ์ ขาดความรู้สึกผิดชอบชั่วดีและไม่สามารถคาดการณ์ผลที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของตนได้ และเมื่อดูจากสถิติการกระทำความผิดแล้วในช่วงระหว่างอายุของเด็กดังกล่าวพบการกระทำความผิดน้อยมากหรือไม่มีเลย<sup>149</sup> โดยกฎหมายอาญาที่มีการแก้ไข

<sup>148</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64*, น.998-999.

<sup>149</sup> โปรตตุ เหตุผลในการประกาศใช้ “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 21) พ.ศ.2551”, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 125 ตอน 30ก (วันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2551)

นี้สามารถแบ่งออกเป็นช่วงอายุ ดังต่อไปนี้

### (ก) เด็กอายุยังไม่เกิน 10 ปี

มาตรา 73 ประมวลกฎหมายอาญา ได้วางหลักเกณฑ์ว่า เด็กอายุไม่เกินสิบปีกระทำความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ กล่าวคือ การกระทำความผิดของเด็กเป็นความผิดเพราะครอบครัวประกอบความผิดตามกฎหมายแล้วเพียงแต่กฎหมายถือว่ามิเหตุยกเว้นโทษให้แก่เด็ก ทั้งนี้กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้พนักงานสอบสวนส่งตัวเด็กผู้กระทำความผิดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก<sup>150</sup> ดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายด้วยอันเป็นแนวคิดในการมุ่งแก้ไขฟื้นฟูเด็กอันก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าการลงโทษเด็กนั่นเอง

### (ข) เด็กอายุกว่า 10 ปี ถึง 15 ปี

มาตรา 74 ประมวลกฎหมายอาญา ได้วางหลักเกณฑ์ว่า เด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปีกระทำความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ กล่าวคือ เด็กในช่วงวัยดังกล่าวถือว่ามีความรับผิดชอบในทางอาญาบ้างแล้วซึ่งยังไม่ควรใช้วิธีการลงโทษเช่นเดียวกับผู้ใหญ่กระทำความผิด จึงได้มีการกำหนดวิธีปฏิบัติต่อเด็กไว้โดยเฉพาะ แต่ให้ศาลมีอำนาจดำเนินการดังต่อไปนี้

1. ว่ากล่าวตักเตือนเด็กแล้วปล่อยตัวไป ถ้าศาลเห็นสมควรเรียกบิดา มารดา หรือผู้ปกครองเด็กมาตักเตือนด้วยก็ได้
2. ศาลมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กแก่บิดา มารดาหรือผู้ปกครองได้ถ้าเห็นว่าบุคคลดังกล่าวสามารถดูแลเด็กได้ ซึ่งอาจกำหนดเงื่อนไขชำระเงินให้แก่ศาลหากเด็กกระทำความผิดขึ้นอีกหรือในกรณีที่มีบุคคลอื่นนอกจากบิดา มารดาหรือผู้ปกครอง ศาลอาจมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กได้ถ้าเห็นว่าบุคคลดังกล่าวสามารถดูแลเด็กได้ ซึ่งอาจกำหนดเงื่อนไขชำระเงินให้แก่ศาลหากเด็กกระทำความผิดขึ้นอีก
3. ศาลมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติดังกล่าวของเด็ก อันเป็นการวางข้อกำหนดผูกพันผู้มีหน้าที่ปกครองเด็กไว้
4. ศาลมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กอยู่กับบุคคลหรือองค์กรที่ศาลเห็นว่าเหมาะสมเพื่อดูแลอบรมและสั่งสอนตามระยะเวลาที่ศาลได้กำหนด
5. ส่งตัวเด็กไปยังโรงเรียน หรือสถานฝึกอบรม หรือสถานที่ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อฝึกอบรมเด็ก<sup>151</sup>

<sup>150</sup> จิตติ ตังศภักดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64*, น.1000-1001.

<sup>151</sup> *เพ็ญอ้าง*, น.1001-1004.

### (ค) เด็กอายุกว่า 15 ปี ถึง 18 ปี

มาตรา 75 ประมวลกฎหมายอาญา ได้วางหลักเกณฑ์ว่า ผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีกระทำความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นทั้งหมดเกี่ยวกับบุคคลนั้น ว่าควรลงโทษหรือไม่ถ้าเห็นว่าการลงโทษก็ให้ดำเนินการตามมาตรา 74 แต่หากเห็นว่าควรลงโทษให้ลดโทษกึ่งหนึ่ง สาเหตุเนื่องด้วยบุคคลในวัยดังกล่าวไม่ถึงว่าเป็นเด็กแล้ว กล่าวคือมีความรู้สึกผิดชอบและรู้ถึงผลของการกระทำของตน ซึ่งศาลจะใช้ดุลยพินิจในการชั่งน้ำหนักว่าควรลงโทษบุคคลดังกล่าวหรือไม่ โดยพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆ ในการพิจารณาและพิพากษา<sup>152</sup>

#### 2.6.2 ความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีเด็กเป็นผู้กระทำความผิด

ประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศได้บัญญัติให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กหรือเยาวชนโดยความยินยอมเป็นความผิด ซึ่งเป็นความผิดพื้นฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กด้วยภายในตัวเอง แต่หากเข้าใจเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว เด็กหรือเยาวชนดังกล่าวอาจได้รับการบรรเทาโทษได้

##### 2.6.2.1 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

เมื่อปี พ.ศ. 2558 ได้มีการแก้ไขกฎหมายในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ ในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 23 พ.ศ. 2558 เมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2558 โดยมีเหตุผลเนื่องด้วยตามที่กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุกว่าสิบสามปีแต่ไม่เกินสิบห้าปีไม่ต้องรับโทษ หากศาลอนุญาตให้ผู้กระทำความผิดสมรสกับผู้เสียหายที่เป็นเด็กนั้น ทำให้เกิดปัญหากรณีเด็กถูกบังคับให้ยินยอมสมรสกับผู้กระทำความผิดโดยศาลไม่อาจตรวจสอบได้ สมควรกำหนดให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีในลักษณะนี้ นำมาตรการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กมาใช้หรือพิจารณาอนุญาตให้สมรสโดยกำหนดเงื่อนไขที่จะดำเนินการภายหลังการสมรสด้วย เพื่อให้มีการตรวจสอบความยินยอมของเด็กในการสมรสได้อย่างละเอียดรอบคอบยิ่งขึ้นและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของเด็กอย่างแท้จริง และในกรณีที่ศาลมีคำสั่งอย่างใดแล้ว ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดใช้การสมรสเป็นเหตุให้ไม่ต้องรับโทษและโดยที่บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดต่อเสรีภาพที่กระทำต่อเด็กได้กำหนดให้อายุเด็กเป็นองค์ประกอบความผิด ทำให้ผู้กระทำความผิดอ้างความสำคัญผิดหรือความไม่รู้ในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเพื่อไม่ต้องรับโทษหรือได้รับยกเว้นโทษ หรือ

<sup>152</sup> เพิ่งอ้าง, น.1018-1020.

ได้รับโทษน้อยลงได้ สมควรกำหนดให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศหรือความผิดต่อเสรีภาพซึ่งได้กระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบสามปี ไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมากยิ่งขึ้น อีกทั้งสมควรปรับปรุงอัตราโทษปรับให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติ<sup>153</sup> โดยมีรายละเอียดที่แก้ไขใหม่ ดังนี้

มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ...

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษ...

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโหมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน หรือได้กระทำโดยมีอาวุธหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษ...

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กผู้ถูกระทำนั้นยินยอมศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก หรือจะอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกันโดยกำหนดเงื่อนไขให้ต้องดำเนินการภายหลังการสมรสก็ได้ และเมื่อศาลได้พิจารณามีคำสั่งอย่างใดแล้ว ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ในการพิจารณาของศาลให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติสติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำผิดและเด็กผู้ถูกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกระทำ หรือเหตุอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกระทำด้วย”

---

<sup>153</sup> โปรดดู เหตุผลในการประกาศใช้ “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ.2558”, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่ 10ก (วันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2558)

เมื่อพิจารณาความผิดฐานกระทำชำเราเด็กแล้ว จะเห็นได้ว่าคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้มุ่งคุ้มครองความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็กหญิง<sup>154</sup> ซึ่งสามารถแยกองค์ประกอบออกได้ดังนี้

#### องค์ประกอบภายนอก

##### 1. ผู้ใด

กฎหมายไม่ได้ระบุว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำจะต้องเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศหรือไม่ ดังนั้น ผู้กระทำหรือผู้ถูกกระทำย่อมหมายถึงบุคคลเพศใดก็ได้กระทำต่อบุคคลเพศใดก็ได้เช่นเดียวกัน เช่น ชายกระทำต่อชาย ชายกระทำต่อหญิง หรือหญิงกระทำต่อหญิง เป็นต้น<sup>155</sup>

##### 2. กระทำชำเรา โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

“ชำเรา” ตามความหมายของพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายว่า การร่วมประเวณี, กระทำการร่วมเพศ<sup>156</sup> ซึ่งก็คือการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างกันนั่นเอง โดยในวรรคสองได้ให้คำจำกัดความใหม่ของคำว่ากระทำชำเรา หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตของการกระทำชำเราให้เพิ่มขึ้น สาเหตุเนื่องด้วยปัจจุบันพฤติกรรมหรือกิจกรรมทางเพศของบุคคลได้รวมถึงการกระทำชำเราที่ผิดธรรมชาติด้วย เช่น การใช้วัตถุสอดใส่ในอวัยวะเพศ หรือการใช้อวัยวะเพศกระทำต่อส่วนอื่นนอกจากอวัยวะเพศของผู้กระทำ เช่น ทางทวารหนักหรือช่องปาก ซึ่งการกระทำชำเราผิดธรรมชาตินี้ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายทางร่างกายหรือจิตใจไม่น้อยไปกว่าการประเวณีที่เจริญแล้ว<sup>157</sup> โดยมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขจากเดิมการกระทำชำเราต้องเป็นการกระทำชำเราโดยธรรมชาติ กล่าวคือ เป็นการกระทำระหว่างชายและหญิงโดยการนำของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชาย “ล้วงล้า” เข้าไปในช่องสรีงวาสของหญิง แม้เข้าไปเพียงนิดเดียวและชายยังไม่สำเร็จความใคร่ก็ตาม แต่กฎหมายใหม่ได้เปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมว่านอกจากจะต้องเป็น “อวัยวะเพศ” กระทำ

<sup>154</sup> คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2553), น.423.

<sup>155</sup> เกียรติขจร วัจนะ สวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิดเล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดจิรัชการพิมพ์, 2550), น.306.

<sup>156</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542, สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2558, จาก <http://msk-school.net/TRIED2542/keywords.html>

<sup>157</sup> สมน์ส ตั้งเจริญกิจกุล, อ้างแล้ว เจริญกิจกุล, 140, น.12-13.



ต่อ “อวัยวะเพศ” แล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด เช่น อวัยวะเพศของเทียมหรือนิ้วมือ กระทำต่อ “อวัยวะเพศ” หรือ “ทวารหนัก” นอกจากนี้ “อวัยวะเพศ” ยังสามารถกระทำในช่องทางอื่นได้ เช่น “ทางปาก” หรือ “ทวารหนัก” ก็เป็นการชำเราได้เช่นเดียวกัน<sup>158</sup> และการกระทำชำเรา ต้องเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ มิใช่เพื่อความสนุกสนานหรือเพื่อทำร้ายร่างกายด้วย<sup>159</sup> ดังนั้น ถ้ากระทำเพื่อสนองความใคร่ต่อผู้ถูกกระทำย่อมไม่มีความผิด เพราะผู้ถูกกระทำให้ความยินยอม

แม้ว่ากฎหมายจะใช้คำว่า “กระทำกับ” ซึ่งมีปัญหาว่าการกระทำชำเราอันเป็นความผิดสำเร็จนั้นจะต้องเป็นกรณีที่อวัยวะเพศ “ล่วงล้ำ” เหมือนเช่นกฎหมายเดิมหรือไม่<sup>160</sup> หรือหากเพียงแต่การใช้อวัยวะเพศถูกละเมิดอวัยวะเพศ อันเป็นความผิดอนาจารตามกฎหมายเดิม<sup>161</sup> ซึ่งการถูกละเมิดหรือสัมผัสย่อมอยู่ในความหมายของคำว่า “กระทำกับ” ได้เช่นเดียวกัน และจะถือว่าเป็นการกระทำชำเราหรือไม่ ในกรณีนี้ศาลฎีกาได้ให้ความหมายการกระทำชำเราไว้อย่างชัดเจนว่า การกระทำชำเราตาม ป.อ.มาตรา 277 วรรคแรก หมายถึง การร่วมประเวณี ต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าไปในอวัยวะเพศของอีกฝ่าย ดังนั้น การกระทำชำเราไม่ว่าจะกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นจึงยังต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดให้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากด้วย โดยให้เหตุผลว่าหากเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นด้วยอวัยวะส่วนใดหรือวัตถุสิ่งใดก็เป็นการกระทำชำเราไปทั้งหมดซึ่งไม่ถูกต้อง เพราะมาตรา 277 วรรคสองเป็นเพียงการขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในส่วนของอวัยวะที่ถูกกระทำว่าไม่จำเป็นต้องกระทำต่ออวัยวะเพศเท่านั้น แต่สามารถกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากก็ได้<sup>162</sup>

อาจสรุปแนวคำพิพากษาได้ว่าการกระทำชำเราตามวรรคสองเป็นการเพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณีอย่างไรเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็ยังคงมีความหมายอยู่ว่าต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำ หรือล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักหรือในช่องปากของผู้ถูกกระทำ หากมีการใช้สิ่งของอย่าง

<sup>158</sup> ทวีเกียรติ มีนะ กนิษฐ, กฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดจิรัชการพิมพ์, 2556), น.196-197.

<sup>159</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เซึ่งรรถที่ 155, น.310.

<sup>160</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 848/2548

<sup>161</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 3577/2551

<sup>162</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5448/2557

อื่น เช่น อวัยวะเพศของเทียมก็จำเป็นต้องมีการล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกระทำ เช่นเดียวกัน<sup>163</sup> หรือการใช้ปากต่ออวัยวะเพศใดๆ ก็ย่อมต้องมีการล้วงล้ำด้วยจึงจะเป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหากไม่มีการล้วงล้ำแล้วย่อมมีความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น เช่น ผู้กระทำความผิดต่ออวัยวะเพศของเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราแล้ว แต่หากผู้กระทำความผิดเพียงเลียอวัยวะเพศเด็ก เมื่ออวัยวะเพศยังไม่เข้าไปในช่องปากย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำชำเรา จึงมีความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กเท่านั้น<sup>164</sup>

ดังนั้น หากอวัยวะเพศของชายยังมีได้ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง เช่น เพียงแต่ถูไถอยู่ที่ปากช่องคลอดด้านนอก<sup>165</sup> แม้ผู้กระทำจะมีเจตนาที่จะให้อวัยวะเพศล้วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดก็ตาม แต่ไม่สามารถเข้าไปได้และนำอสุจิเคลื่อนที่แล้ว หรือเอื้อพรหมจารีฉีกขาดแล้วก็ตาม<sup>166</sup> อาจเนื่องด้วยปัญหาอวัยวะเพศของชายเองเช่นไม่แข็งตัว<sup>167</sup> หรือช่องคลอดของหญิงมีขนาดเล็กเกินไป ย่อมเป็นเพียงพยายามกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเท่านั้น

ในเรื่องการให้ความยินยอมของเด็กผู้ถูกระทำ แม้เด็กสมัครใจให้ความยินยอม การกระทำก็เป็นความผิด เช่น หากเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีมีเพศสัมพันธ์ต่อกันด้วยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย ทั้งเด็กชายและเด็กหญิงย่อมมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กทั้งสองคน<sup>168</sup> แต่อาจมีเหตุผลโทษตามมาตรา 277 วรรคท้าย เหตุผลที่ประมวลกฎหมายอาญา ไม่ถือเอาความยินยอมของเด็กมาพิจารณา เนื่องด้วยเด็กอายุน้อยย่อมไม่มีความรู้ผิดชอบพอที่จะให้ความยินยอมได้<sup>169</sup>

### 3. เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีไข้ภรรยาหรือสามีของตน

อายุของเด็กถือเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานนี้ ดังนั้น เด็กผู้ถูกระทำจะต้องอายุไม่เกินสิบห้าปี โดยสาเหตุเนื่องด้วยเดิมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดกำหนดให้หญิงอายุ 15 ปีสามารถสมรสได้ จึงเป็นที่มาในการนำเอาหลักเกณฑ์อายุ 15 ปี เป็น

<sup>163</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 4164/2555

<sup>164</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 15309/2553

<sup>165</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 874/2591

<sup>166</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1706/2498

<sup>167</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 4166/2547

<sup>168</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 155*, น.311.

<sup>169</sup> หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญาภาค 2-3*, พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.187.

เกณฑ์ในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศ<sup>170</sup>

กรณีเด็กเป็นคู่สมรส ผู้กระทำชำเราย่อมไม่ผิดตามมาตรา 277 นี้เพราะ ผู้ถูกกระทำจะต้องมิใช่คู่สมรสของผู้กระทำ ดังนั้น ในกรณีที่เด็กคู่สมรสซึ่งอายุไม่เกินสิบห้าปีของผู้กระทำไม่ยินยอมให้กระทำชำเราแล้ว ผู้กระทำอาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา 276 ได้ และในกรณีที่เด็กคู่สมรสซึ่งอายุไม่เกินสิบห้าปีของผู้กระทำให้ความยินยอมแล้วย่อมไม่เป็นความผิดทั้งในมาตรา 276 และ 277<sup>171</sup>

#### องค์ประกอบภายใน

เจตนาธรรมดา หากผู้กระทำชำเราเข้าใจว่าเด็กหญิงที่กระทำชำเราอายุเกินสิบห้าปี แต่ความจริงแล้วเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี เช่น เด็กรูปร่างสูงใหญ่และหน้าตาโตความเป็นจริงมาก ย่อมขาดเจตนาในการกระทำความผิด ผู้กระทำจึงไม่มีความผิด<sup>172</sup> เพราะไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด<sup>173</sup>

#### วรรคสาม กระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี เป็นเหตุเพิ่มโทษ

ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี เด็กหญิงยินยอมจะไม่ยินยอมก็เป็นความผิดเช่นเดียวกันกับการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีแต่มีบทลงโทษสูงกว่า เนื่องด้วยกฎหมายถือว่าเด็กอายุไม่เกินสิบสามปียังไม่มีความรู้ผิดชอบพอที่จะให้ความยินยอมได้<sup>174</sup> ในส่วนของความสำคัญผิดในอายุของเด็กอันเป็นองค์ประกอบความผิด ผู้กระทำความผิดซึ่งได้กระทำชำเราต่อเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบสามปี ไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความรับผิดทางอาญา<sup>175</sup> ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมากยิ่งขึ้น

<sup>170</sup> ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 158*, น.199.

<sup>171</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 155*, น.312.

<sup>172</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 65/2547

<sup>173</sup> มาตรา 59 วรรคสาม ประมวลกฎหมายอาญา “ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น มิได้”

<sup>174</sup> หยุต แสงอุทัย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 169*, น.187.

<sup>175</sup> มาตรา 285/1 ประมวลกฎหมายอาญา “การกระทำความผิดตามมาตรา 277... หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปีห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น”

วรรคสี่ หากการกระทำความผิดตามวรรคแรกหรือวรรคสองได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็ก หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ

ผู้ถูกกระทำอาจเป็นเด็กชายหรือเด็กหญิงก็ได้ ซึ่งการกระทำซ้ำเราโดยการ “โทรม” คือกระทำซ้ำเราเด็กมากกว่าสองคนขึ้นไปโดยต้องมีลักษณะผลัดเปลี่ยนหมุนเวียนกัน<sup>176</sup> แม้กระทำเพียงชั้นพยายามก็เป็นการโทรมเด็กหญิงแล้ว ซึ่งเด็กต้องไม่ให้ความยินยอม<sup>177</sup> ซึ่งถ้าหากเด็กยินยอมย่อมไม่เป็นการโทรม

อาวุธปืน อาวุธที่มีกลไกในการใช้อิง เป็นอาวุธโดยสภาพ

วัตถุระเบิด วัตถุเคมีเมื่อขยายตัวแล้วจะเกิดระเบิดขึ้น

อาวุธ หมายความว่ารวมถึงสิ่งที่ไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ซึ่งได้ใช้หรือเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างอาวุธ<sup>178</sup>

วรรคห้า ถ้าการกระทำซ้ำเราเป็นการกระทำระหว่างเด็กหรือเยาวชน ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะลงโทษเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ หากเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(ก) ผู้กระทำอายุไม่เกิน 18 ปีกระทำกับเด็กอายุกว่า 13ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี

ในแนวความคิดการคุ้มครองเด็กกฎหมายอาญาเดิมได้บัญญัติเพิ่มอายุเด็กจากเดิม 13 ปี เป็น 15 ปี เนื่องจากเด็กอายุในช่วงระหว่างดังกล่าวยังไม่มีสติปัญญาเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอจึงควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ<sup>179</sup>

อนึ่ง เด็กอายุไม่เกิน 18 ปีผู้กระทำความผิดฐานกระทำซ้ำเราเด็ก ที่ศาลอาจใช้ดุลยพินิจในการลดโทษหากเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 277 วรรคท้าย เด็กผู้ถูกกระทำที่ให้ความยินยอมจะต้องมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ไม่เกินสิบห้าปีเท่านั้น ดังนั้น หากเป็นการกระทำต่อเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบสามปีแม้ว่าเด็กผู้ถูกกระทำจะให้ความยินยอมก็ตาม เด็กผู้กระทำผิดย่อมมีความผิดตามมาตรา

<sup>176</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2499/2527

<sup>177</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2073/2537

<sup>178</sup> คณิต ฌ นคร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 154*, น.425.

<sup>179</sup> โปรดดู เหตุผลในการประกาศใช้ “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2530”, *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 104 ตอน 173 (วันที่ 10 สิงหาคม 2530)

277 และไม่สามารถอ้างมาตรา 277 วรรคท้ายมาเป็นเหตุผลโทษได้<sup>180</sup>

(ข) เด็กผู้ถูกระทำให้ความยินยอมแล้ว

โดยทั่วไปความยินยอมของเด็กย่อมไม่เป็นสาระสำคัญเพราะไม่ว่าจะยินยอมหรือไม่ผู้กระทำความผิดเป็นความผิด แต่ในมาตรา 277 วรรคท้ายกำหนดเหตุผลโทษให้แก่เด็กหรือเยาวชนผู้กระทำความผิดที่อายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำกับเด็กอายุกว่าสิบสามปีแต่ไม่เกินสิบห้าปี หากเด็กยินยอมให้กระทำโดยสมัครใจย่อมเป็นเหตุผลโทษได้ สาเหตุเนื่องด้วยตามมาตรา 277 วรรคท้ายมีเจตนารมณ์เพื่อต้องการรักษาความสงบสุขของสังคมและสถาบันครอบครัว จึงเปิดโอกาสให้เด็กและผู้กระทำความผิดสมรสกัน<sup>181</sup> แต่หากเด็กผู้ถูกระทำให้ไม่ยินยอมแม้ชายผู้กระทำความผิดจะจดทะเบียนสมรสกับหญิง ย่อมไม่สามารถนำมาเป็นเหตุผลโทษได้<sup>182</sup> นอกจากนี้ หากศาลไม่มีคำสั่งให้เยาวชนผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายที่เป็นเด็กสมรสกันแล้ว ผู้กระทำความผิดมีความผิดแม้ว่าผู้เสียหายจะให้ความยินยอมในการกระทำซ้ำเราก็คงตาม<sup>183</sup>

การสมรสที่ศาลอนุญาตให้เด็กหรือเยาวชนทั้งสองสมรสกัน กฎหมายกำหนดให้ต้องเป็นคนละเพศกัน กล่าวคือ เป็นการสมรสระหว่างชายและหญิงเท่านั้น โดยเป็นไปตามสภาพของเพศที่ถือกำเนิดมาตั้งแต่แรก<sup>184</sup> ในกรณีเป็นเพศเดียวกัน เช่น ชายกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อหญิง ย่อมไม่สามารถสมรสกันได้ตามสภาพ ซึ่งสามารถแบ่งเกณฑ์อายุของเด็กที่ต้องการสมรสออกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีแรกเด็กทั้งสองอายุไม่ถึง 17 ปี บริบูรณ์ ย่อมไม่สามารถสมรสกันเองได้เว้นแต่มีคำสั่งศาลอนุญาตให้สมรส เด็กทั้งสองจึงจะสามารถสมรสกันได้<sup>185</sup> ในกรณีที่สองหากเด็กทั้งสองมีอายุเกินกว่า 17 ปีบริบูรณ์แล้ว ย่อมสามารถสมรสกันได้เองโดยมิต้องขออนุญาตศาลแต่อย่างใด<sup>186</sup>

<sup>180</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 4142/2552

<sup>181</sup> สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 140*, น.61.

<sup>182</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 7664/2544

<sup>183</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 4418/2533

<sup>184</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524

<sup>185</sup> โปรตตุ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448

<sup>186</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2269/2544

หากศาลเยาวชนและครอบครัวมีคำสั่งให้คุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กทั้งสอง การคุ้มครองสวัสดิภาพนี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ที่กำหนดให้บุคคลที่ควรเข้ารับการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก คือ เด็กที่ถูกทำทารุณกรรม เด็กที่เสี่ยงต่อการกระทำความผิดและเด็กที่ต้องได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพ ซึ่งเป็นมาตรการคุ้มครองเด็กให้ได้รับการปกป้องคุ้มครองจากบุคคลที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ซึ่งเป็นความร่วมมือของหลายฝ่าย อาทิ กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือแก่เด็กโดยแยกตัวเด็กออกจากภัยอันตราย และคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก เช่น ใช้วิธีการบำบัดฟื้นฟูร่างกายและจิตใจ อบรมให้การเลี้ยงดูฝึกหัดอาชีพ หรืออบรมจริยธรรม หรืออาจส่งตัวไปที่สถานคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก อาจเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ครอบครัวเป็นผู้ดูแลเด็กโดยมีเงื่อนไขให้ปฏิบัติ เช่น ห้ามให้เด็กออกนอกบ้านช่วงกลางคืน หรือห้ามไม่ให้ไปสถานที่ที่ไม่ควร ห้ามคบเพื่อนที่ไม่ดี ฯลฯ ซึ่งจะมีเจ้าหน้าที่คอยดูแลอีกชั้นหนึ่งนอกเหนือจากการดูแลโดยครอบครัว ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าตามกฎหมายคุ้มครองเด็กนั้นสามารถนำมาใช้แก่เด็กเสี่ยงที่ยังไม่เกิดการกระทำความผิดใดๆ ขึ้นเลย อันเป็นมาตรการของกฎหมายที่กำหนดให้ใช้ก่อนที่จะมีความผิดใดๆ เกิดขึ้น โดยมีเจตนารมณ์ในการป้องกันและคุ้มครองเด็ก รวมถึงฟื้นฟูแก้ไขเด็กที่มีพฤติกรรมไม่ดีให้เป็นไปในแนวทางที่ถูกต้อง

เมื่อศาลเยาวชนและครอบครัวได้พิจารณามีคำสั่งอย่างใดแล้ว ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ซึ่งกฎหมายได้เปิดช่องให้ศาลฯ สามารถใช้ดุลยพินิจในการบรรเทาโทษแก่เด็กได้ ซึ่งก่อนที่จะมีคำพิพากษาใดๆ ศาลเยาวชนและครอบครัวต้องพิจารณาถึงสภาพของเด็กทั้งสอง และพฤติการณ์ในคดี อาทิ อายุ ประวัติ ความประพฤติสติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกกระทำความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกกระทำหรือเหตุอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกกระทำด้วย เพื่อให้การพิพากษาของศาลเยาวชนและครอบครัวเป็นไปตามเจตนารมณ์และเกิดความเหมาะสมแก่เด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมในคดีต่อไป

สรุป การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กหรือเยาวชนย่อมเป็นความผิดฐานกระทำความชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 โดยจะไม่พิจารณาถึงความยินยอมของเด็กผู้เสียหายแต่อย่างใด แต่ในกรณีเข้าเหตุบรรเทาโทษ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดเป็นเยาวชนที่อายุต่ำกว่า 18 ปี มีเพศสัมพันธ์กับเด็กที่อายุมากกว่า 13 ปีแต่ไม่เกิน 15 ปีด้วยความสมัครใจ และปราศจากการขู่เข็ญหรือบังคับใดๆ แล้ว ผู้นั้นอาจได้รับการบรรเทาโทษหากศาลเยาวชนและครอบครัวมีคำสั่งให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกกระทำหรือผู้กระทำความผิด ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก หรืออาจมีคำสั่งอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกันได้โดยกำหนดเงื่อนไขให้ต้องดำเนินการภายหลังการสมรสได้

### 2.6.2.2 ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ...

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เชิญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ...”

เมื่อพิจารณาความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กแล้ว จะเห็นได้ว่าคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้มุ่งคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศ<sup>187</sup> ซึ่งสามารถแยกองค์ประกอบออกได้ดังนี้

#### องค์ประกอบภายนอก

##### 1. ผู้ใด

กฎหมายไม่ได้ระบุว่าผู้กระทำต้องเป็นเพศใด ดังนั้น ผู้กระทำความผิดอนาจารเด็กนี้อาจเป็นได้ทั้งชายหรือหญิง

##### 2. กระทำอนาจาร

การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศและต้องมีการกระทำต่อร่างกายของบุคคลอื่นโดยตรง เช่น กอด จูบ ลูบ คลำ ร่างกายเด็กเพื่อความใคร่ทางเพศ<sup>188</sup> รวมถึงการทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย<sup>189</sup> ซึ่งการกระทำอนาจารผู้กระทำอาจเป็นผู้กระทำเองหรืออาจให้ผู้เสียหายกระทำต่อร่างกายผู้กระทำได้ เช่น ให้ผู้อื่นจับอวัยวะเพศของตน แต่หากเป็นการกระทำที่มีใจเพื่อความใคร่หรือทางกามรมณ์แล้ว แม้ว่าจะมีการสัมผัสร่างกายของเด็กโดยตรงย่อมไม่เป็นความผิดอนาจารนี้ เช่น การจับมือหรือจับอวัยวะเพศเพื่อความสะดวกในการกระทำความผิดวิงวาททรัพย์ไม่เป็นความผิดฐานอนาจาร<sup>190</sup> หรือการจับแขนหญิงเพื่อลากไปชมขึ้นกระทำชำเราเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายเพื่อพาตัวผู้เสียหายไปเท่านั้น ไม่เป็นความผิดฐานอนาจาร<sup>191</sup> รวมถึงผู้กระทำ

<sup>187</sup> คณิศ ฌ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 154*, น.432.

<sup>188</sup> หยุต แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 169*, น.188.

<sup>189</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 4836/2547

<sup>190</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2690/2525

<sup>191</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 3668/2545

ผิดจะข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายโดยจับมือทั้งสองข้างและใช้มือปิดปาก ไม่เป็นความผิดฐานอนาจาร<sup>192</sup>นอกจากนี้ การพูด หรือการเขียนภาพซึ่งไม่สมควรทางเพศ ไม่เป็นความผิดอนาจารตามมาตรานี้ เช่นเดียวกัน อาทิ การเล่าเรื่องลามกให้เด็กฟังหรือการวาดการ์ตูนลามกให้เด็กอ่าน ไม่เป็นความผิดอนาจาร เป็นต้น<sup>193</sup>

ความผิดฐานอนาจารย่อมรวมอยู่ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในตัวเอง เพราะหากพิสูจน์ได้ว่าเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา หรือความผิดสำเร็จแล้ว ย่อมไม่ต้องพิจารณาความผิดฐานอนาจารแต่อย่างใด ทำนองเดียวกับความผิดฐานฆ่าและทำร้ายร่างกายนั่นเอง<sup>194</sup> แต่หากปรากฏว่าก่อนที่จะมีการข่มขืนมีการกระทำอนาจารด้วย เช่น อุ้มผู้เสียหายเข้าไปในป่าแล้วกอดจูบ จากนั้นได้อุ้มเข้าไปอีก 20 เส้นแล้วพยายามข่มขืนกระทำชำเรา นอกจากจะมีความผิดฐานพยายามกระทำชำเราแล้ว ยังผิดฐานอนาจารด้วย<sup>195</sup>

### 3. แก่เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

การกระทำอนาจารต่อเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีแม้เด็กจะให้ความยินยอมก็เป็นความผิดตามมาตรา 279 นี้ ซึ่งต่างจากกรณีการอนาจารต่อบุคคลอายุเกินสิบห้าปี เมื่อผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้วย่อมไม่เป็นความผิด<sup>196</sup>

#### องค์ประกอบภายใน เจตนากระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี

หากผู้อนาจารเข้าใจว่าเด็กหญิงที่อนาจารอายุเกินสิบห้าปี แต่ความจริงแล้วเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี เช่น เด็กรูปร่างสูงใหญ่และหน้าตาโตความเป็นจริงมาก ย่อมขาดเจตนาในการกระทำความผิด ผู้กระทำจึงไม่มีความผิด<sup>197</sup>

วรรคสอง หากการกระทำความผิดตามวรรคแรกใช้วิธีอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ต้องรับโทษหนักขึ้น

(ก) โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ คือ การกระทำให้เด็กต้องกลัวว่าจะเป็อันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน ของเด็กเองรวมถึงของผู้อื่นด้วย อาทิ การถือมีดเพื่อข่มขู่ให้กลัว<sup>198</sup> วิธีการขู่เข็ญอาจกระทำด้วยกิริยาหรือวาจาก็ได้<sup>199</sup>

<sup>192</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1525/2548

<sup>193</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 155*, น.323-324.

<sup>194</sup> *เพ็งอ้าง*, น.327-329.

<sup>195</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2115/2533

<sup>196</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2245/2537

<sup>197</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5176/2538



(ข) โดยใช้กำลังประทุษร้าย<sup>200</sup> ทางกายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำโดยใช้แรงทางกายภาพหรือด้วยวิธีอื่น เช่น การจับมือถือแขนหรือการกอด<sup>201</sup> การแตะเนื้อต้องตัวหญิง ก็เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายแล้ว ไม่ต้องถึงขั้นทำร้ายหรือทุบตี<sup>202</sup>

(ค) โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ คือ การที่ผู้เสียหายจำยอมโดยไม่สมัครใจซึ่งในภาวะนั้นไม่สามารถขัดขืนได้อาจเกิดขึ้นก่อนหรือในขณะที่กระทำก็ได้ เช่น การใช้ยานอนหลับหรือการทำให้หมดสติ รวมถึงการใช้วิธีใดๆ เช่น ฉุดหญิงไปในป่าส่งผลให้หญิงไม่สามารถขัดขืนหรือขอความช่วยเหลือจากใครได้<sup>203</sup> เป็นต้น

(ง) โดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น คือ ต้องเป็นความสำคัญผิดในตัวบุคคลมิใช่เป็นความสำคัญผิดในคุณสมบัติ อาทิ หลอกผู้เสียหายโดยแกล้งทำตัวเป็นคู่สมรส เป็นต้น<sup>204</sup>

หากเป็นความยินยอมที่เกิดจากความโง่เขลาเบาปัญญาของเด็ก ไม่ถือเป็นการขู่เชือดโดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือไม่ทำให้เด็กอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ อาทิ หลอกรักษาโรคโดยใช้นิ้วล้วงเข้าไปในช่องคลอด ไม่เป็นความผิดฐานอนาจาร (ตามกฎหมายใหม่การกระทำดังกล่าวย่อมอยู่ในความหมายของการกระทำชำเราแล้ว)<sup>205</sup> แต่ความยินยอมให้อาจารย์ที่เกิดจากเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปีผู้กระทำย่อมมีความผิด เช่น โอบกอดเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบห้าปีนานประมาณหนึ่งนาที มีความผิดฐานอนาจารเด็กตามมาตรา 279<sup>206</sup> เนื่องจากความผิดฐานนี้ไม่คำนึงว่าเด็กจะให้ความยินยอมหรือไม่

<sup>198</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 4066/2545

<sup>199</sup> จิน ดารา, “ข่มขืนกระทำชำเรา,” บทบัญญัติ, เล่ม 25, ตอน 1, น.77 (มกราคม 2511).

<sup>200</sup> โปรดดู ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(6)

<sup>201</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 3953/2539

<sup>202</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 158, น.201.

<sup>203</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 271/2475

<sup>204</sup> จิตติ ดิงสภักดิ์, กฎหมายอาญามาตรา 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจรรยาธรรมพิมพ์, 2548), น.739-741.

<sup>205</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5837/2530

<sup>206</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 10328/2546

สรุป ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 279 ได้บัญญัติให้การกระทำอนาจารต่อเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี เป็นความผิดโดยไม่พิจารณาถึงความยินยอมของเด็กแต่อย่างใด และการกระทำอนาจารถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำชำเราภายในตัว ดังนั้นแล้ว การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กโดยความยินยอม ผู้กระทำจึงมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 แต่เพียงบทเดียว

### 2.6.2.3 ความผิดฐานพรากผู้เยาว์

ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 บัญญัติว่า “ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษ...

ผู้ใดโดยทุจริต ซื่อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากตามวรรคแรก ต้องระวางโทษ...

ถ้าความผิดตามมาตรานี้ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร ผู้กระทำต้องระวางโทษ...”

เมื่อพิจารณาความผิดฐานพรากผู้เยาว์แล้ว จะเห็นได้ว่าคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้มุ่งคุ้มครองอำนาจปกครอง<sup>207</sup> ซึ่งเป็นสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแล ของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล<sup>208</sup> ผู้เสียหายในความผิดฐานพรากผู้เยาว์นี้ จึงได้แก่บุคคลดังกล่าว มิใช่เด็กผู้ถูกพราก สามารถแยกองค์ประกอบออกได้ดังนี้

#### องค์ประกอบภายนอก

##### 1. ผู้ใด

กฎหมายไม่ได้ระบุว่าผู้กระทำต้องเป็นเพศใด ดังนั้น ผู้กระทำความผิดพรากผู้เยาว์นี้อาจเป็นได้ทั้งชายหรือหญิง และไม่จำกัดอายุของผู้กระทำผิด

2. พรากไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล โดยปราศจากเหตุอันสมควร

<sup>207</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 75/2532

<sup>208</sup> คณิต ฌ นคร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 154*, น.228-229.

การ “พราว” คือ การพาตัวเด็กไปจากความปกครอง ดูแล โดยไม่จำกัดวิธีการ แม่ไม่ได้ใช้กำลังหรือหลอกลวงแต่อย่างใด<sup>209</sup> ทำให้อำนาจปกครองดูแลของบิดามารดาเด็กถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือนโดยบิดาเด็กมารดาเด็กไม่รู้เห็นยินยอมด้วย อันเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดาเด็ก<sup>210</sup> โดยขณะเด็กถูกพราวต้องอยู่ในความปกครองดูแลของบิดามารดาหรือบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดขณะพราว และการพราวต้องมีลักษณะพาไปหรือแยกไปจากอำนาจปกครองดูแลของบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลดังกล่าวไม่ว่าเพียงชั่วคราวหรือถาวรย่อมมีความผิด นอกจากนี้การพราวไม่คำนึงถึงระยะทางว่าพาไปใกล้ไกล เช่น แม่เด็กเต็มใจมาหาที่บ้านและผู้กระทำผิดได้พาเด็กเข้าไปในห้องนอนเพื่ออนาจาร<sup>211</sup> หรือเด็กหลบหนีออกจากบ้านด้วยความเต็มใจและผู้กระทำผิดได้พาเด็กไปที่ต่างๆ<sup>212</sup> ย่อมถือเป็นการพราวแล้ว ดังนี้ หากเด็กหรือผู้เยาว์เต็มใจไปอยู่กับบุคคลอื่นเอง โดยไม่มีการพราว เช่น เด็กเข้าห้องน้ำโดยมิได้นัดแนะกับผู้กระทำเพียงแต่ผู้กระทำฉวยโอกาสเดินตามเข้าไปในห้องน้ำเพื่อขอกระทำชำเราเอง<sup>213</sup> หรือเด็กมิได้อยู่ในความปกครองดูแลของบุคคลดังกล่าวโดยเด็ดขาดแล้ว เช่น เด็กเร่ร่อน เด็กหนีออกจากบ้าน<sup>214</sup> และมีพฤติการณ์ไม่กลับไปในความดูแลของบุคคลผู้ปกครองอีก<sup>215</sup> หรือบุคคลผู้ปกครองดูแลให้ความยินยอม<sup>216</sup> ย่อมไม่เป็นการพราว

ผู้ปกครอง หมายถึง ผู้มีฐานะทางกฎหมายเกี่ยวพันกับผู้เยาว์ เช่น บิดามารดาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง

ผู้ดูแล หมายถึง ผู้ควบคุมระวางรักษาผู้เยาว์โดยข้อเท็จจริง เช่น ครูอาจารย์ นายจ้าง หรือผู้ได้รับมอบหมายจากบิดามารดาให้ผู้ดูแล<sup>217</sup>

<sup>209</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เซิงอรรถที่ 158*, น.279

<sup>210</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 4287/2549

<sup>211</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5484/2555

<sup>212</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 8052/2549

<sup>213</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 7673/2551

<sup>214</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2591/2540

<sup>215</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 582/2527

<sup>216</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5880/2546

<sup>217</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5844/2552

ความผิดฐานพรากรผู้เยาว์เป็นความผิดสำเร็จทันทีเมื่อมีการพรากรเด็กให้พ้นจากผู้ปกครองหรือผู้ดูแล หากยังไม่ได้พรากรแต่เป็นการยื้อแย่งพยายามนำเด็กไป เป็นเพียงพยายามเท่านั้น

โดยปราศจากเหตุอันสมควร คือ ถ้ามีเหตุอันสมควรในการพาเด็กไปย่อมไม่มีความผิด เช่น บิดาพรากรเด็กจากการปกครองของมารดาไปเพื่อส่งเสียเลี้ยงดูให้การศึกษา เป็นต้น<sup>218</sup>

### 3. แก่เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี

การพรากรเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีโดยปราศจากเหตุอันสมควร แม้เด็กจะให้ความยินยอมก็เป็นความผิดตามมาตรา 317 นี้

องค์ประกอบภายใน เจตนาพรากรเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี

หากผู้กระทำผิดไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของเด็ก ย่อมขาดเจตนาในการกระทำความผิด ผู้กระทำจึงไม่มีความผิด<sup>219</sup> แต่หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ผู้กระทำจะอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของเด็กมาเป็นเหตุให้ตนพ้นผิดไม่ได้ ทั้งนี้ตามบทบัญญัติมาตรา 321/1

วรรคสาม ถ้าความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรก กระทำโดยมีมูลเหตุชักจูงใจพรากรไปเพื่อหากำไรหรือพรากรไปเพื่อการอนาจาร ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น

(ก) หากำไร คือ แสวงหาประโยชน์ในทางทรัพย์สิน อาทิ ให้เด็กไปขอทานหาเงินให้ ขายหรือให้เช่าเด็ก ให้เด็กแต่งตัวเป็นสามเณรเพื่อเรียกรับเงิน

(ข) อนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ เช่น การจับมือถือแขน กอดจูบลูบลำ หรือการแตะเนื้อต้องตัวหญิง ก็เป็นการอนาจารแล้วแม้เด็กยินยอมก็เป็นความผิด แต่หากผู้กระทำมิได้มีเจตนามุ่งโดยตรงในทางเพศ<sup>220</sup> เช่น พาเด็กต่ำกว่า 15 ปีไปโดยเด็กเต็มใจและประสงค์อยู่กินเป็นสามีภรรยา การกระทำความผิดเจตนาเพื่อการอนาจาร ผู้กระทำความผิดไม่มีความผิดตามความในมาตรา 317 วรรคสาม แต่เมื่อการพรากรเด็กต่ำกว่า 15 ปี เป็นไปโดยปราศจากเหตุอันสมควร ผู้กระทำมีความผิดฐานพรากรผู้เยาว์ตามมาตรา 317 วรรคแรกเท่านั้น<sup>221</sup>

<sup>218</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 158*, น.280

<sup>219</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 6405/2539

<sup>220</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 158*, น.281

<sup>221</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1258/2542

ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองแตกต่างกัน กล่าวคือ ความผิดฐานพรากผู้เยาว์เจตนากรรมของกฎหมายมุ่งคุ้มครองอำนาจปกครอง ซึ่งผู้เสียหายได้แก่บิดามารดาหรือบุคคลที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ในความผิดฐานกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจารเจตนากรรมของกฎหมายมุ่งคุ้มครองเด็กผู้เสียหาย ดังนี้ แม้ได้กระทำชำเราในคราวเดียวกันก็ถือเป็นความผิดหลายกรรม เช่น พรากเด็กไปเพื่อกระทำชำเราโดยเด็กยินยอม แม้ว่าจะกระทำต่อเนื่องในวันเดียวกันก็เป็นการกระทำผิดสองกรรมแตกต่างกัน<sup>222</sup>

ดังนั้น ในกรณีที่เด็กทั้งสองมีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอมและมีการดำเนินคดีต่อเด็กผู้กระทำในความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 277 และความผิดฐานพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจารตามมาตรา 317 วรรคสาม หากเป็นไปตามเงื่อนไขตามมาตรา 277 วรรคท้าย ย่อมมีเหตุที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจพิพากษาลงโทษต่อผู้กระทำผิดเพียงใดก็ได้ ซึ่งส่งผลให้เด็กอาจไม่ต้องรับโทษหรือได้รับโทษน้อยลงในความผิดฐานกระทำชำเรา แต่ในส่วนของความผิดฐานพรากผู้เยาว์นี้มีได้มียกเว้นไว้ดังเช่นความผิดตามมาตรา 277 ซึ่งเด็กผู้กระทำยังคงต้องรับผิดในความผิดตามมาตรา 317 วรรคสามอยู่ เว้นแต่เด็กผู้กระทำจะพิสูจน์ได้ว่าการพรากได้กระทำไปโดยเด็กผู้เสียหายยินยอมและตนประสงค์จะอยู่กินฉันท์สามีภรรยา กับเด็กผู้เสียหายตั้งแต่ต้น ย่อมไม่เป็นการพรากไปเพื่อการอนาจารแต่อย่างใดก็ดี เด็กผู้กระทำยังคงมีความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 วรรคแรก<sup>223</sup>

สรุป ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 ได้บัญญัติให้การพรากเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีไปโดยปราศจากเหตุอันสมควร เป็นความผิดโดยไม่พิจารณาถึงความยินยอมของเด็กแต่อย่างใด และหากผู้กระทำผิดมีเจตนาพรากไปเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารจะได้รับโทษหนักขึ้นตามวรรคสาม ทั้งนี้ การพรากเด็กไปเพื่อกระทำชำเราเป็นความผิดหลายกรรมแตกต่างกัน ดังนั้นแล้วการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กด้วยความยินยอม ผู้กระทำจะมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 และความผิดฐานพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจารตามมาตรา 317 วรรคสามด้วย

### 2.6.3 มาตรการภายหลังยกเว้นโทษ

มาตรการภายหลังยกเว้นโทษเด็กหรือเยาวชน ซึ่งศาลเยาวชนและครอบครัวในประเทศไทยใช้ปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่ไม่ต้องรับโทษเนื่องด้วยอายุหรือลักษณะ คดีหรือเหตุอื่นใด ถูกบัญญัติในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 เมื่อศาลฯ พิจารณารายงานสืบเสาะข้อเท็จจริง

<sup>222</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 3218/2549

<sup>223</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 854/2545

ของเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำความผิดและความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจแล้ว โดยพิจารณาจากอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ ความสัมพันธ์ ของครอบครัว นิสัย และพฤติการณ์ประกอบต่างๆ แล้ว หากศาลฯ เห็นควรว่าเด็กไม่มีความผิด หรือไม่ควรต้องได้รับโทษ แต่เด็กมีพฤติกรรมที่ส่อไปในทางที่จะกระทำความผิดได้ง่ายหรืออยู่ใน สภาพแวดล้อมที่อาจทำให้กระทำความผิดหรืออาจเกิดการกระทำความผิดซ้ำ ศาลฯ อาจว่ากล่าวตักเตือน เด็กและปล่อยตัว หรือปล่อยตัวเด็กโดยกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีการที่ใช้ปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชน ดังนี้

- (1) ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนเข้าไปในสถานที่หรือห้องที่ได้อันอาจชักนำให้เด็กหรือ เยาวชนนั้นกระทำความผิด
- (2) ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนออกนอกสถานที่อยู่อาศัยในเวลากลางคืน เว้นแต่จะมี เหตุจำเป็นหรือได้รับอนุญาตจากบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วย
- (3) ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนคบหาสมาคมกับบุคคลที่อาจชักนำไปสู่การกระทำความผิด
- (4) ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนประพฤติตนอันอาจนำไปสู่การกระทำความผิด
- (5) ให้เด็กหรือเยาวชนไปรายงานตัวต่อศาล พนักงานคุมประพฤติ หรือนักสังคม สงเคราะห์เป็นครั้งคราว
- (6) ให้เด็กหรือเยาวชนไปศึกษา เข้ารับการฝึกอบรม รับคำปรึกษาแนะนำ รับการ รักษาแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ประกอบสมาธิ หรือให้เด็กหรือเยาวชนเข้ารับการอบรมศีลธรรม จริยธรรม และหน้าที่พลเมือง
- (7) ให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือองค์การซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วย หรือบุคคลหรือองค์การที่รับเลี้ยงดูเด็กหรือเยาวชนนั้น กระทำหรือห้ามมิให้กระทำการใด ๆ เกี่ยวกับการ อบรมเลี้ยงดูเด็กหรือเยาวชนตามที่ศาลกำหนด
- (8) กำหนดเงื่อนไขอื่นใดเพื่อพัฒนาและส่งเสริมความประพฤติของเด็กหรือเยาวชน ระยะเวลาที่จะให้เด็กหรือเยาวชนปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้น มีกำหนดไม่เกิน 1 ปี และ เด็กหรือเยาวชนต้องมีอายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์ ทั้งนี้ หากข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ของเงื่อนไขเพื่อ คุ้มครองความประพฤติเด็กหรือเยาวชนได้เปลี่ยนแปลงไป ศาล ฯ อาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือเพิกถอนเงื่อนไข ทั้งหมดหรือบางส่วน หรือจะกำหนดเงื่อนไขอื่นเพิ่มเติมก็ได้<sup>224</sup> โดยผู้รับผิดชอบในการควบคุมและ

<sup>224</sup> โปรดดู พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชน และครอบครัว พ.ศ.2553 มาตรา 138

ดูแล ได้แก่ พนักงานคุมประพฤติ นักสังคมสงเคราะห์ หรือผู้คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่มีหน้าที่สอดส่อง และทำรายงานเสนอต่อศาล ซึ่งในกรณีที่เด็กหรือเยาวชนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลฯ กำหนด ศาลฯ มีอำนาจเรียกเด็กหรือเยาวชน รวมถึงบิดา มารดา ผู้ปกครอง ซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ หรือ องค์การที่รับเลี้ยงดูเด็กหรือเยาวชนมาตักเตือน แต่ถ้าเด็กหรือเยาวชนไม่เปลี่ยนแปลงพฤติกรรมเสี่ยง ดังกล่าว ศาลฯ มีอำนาจส่งตัวเด็กหรือเยาวชนนั้นไปแก้ไขบำบัดฟื้นฟูในสถานที่ตามที่ศาลเห็นสมควร เป็นเวลาไม่เกิน 1 ปีก็ได้ แต่เด็กหรือเยาวชนต้องอายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์<sup>225</sup>

ดังนั้น เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมและภายหลังที่ศาลฯ ได้มีการดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนนั้นแล้ว หากปรากฏว่าเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำผิดอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งกฎหมายอาญากำหนดให้เด็กไม่ต้องรับโทษ หากศาลฯ เห็นสมควรเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำ ความผิดซ้ำและส่งเสริมให้เด็กพัฒนาเติบโตไปในทางที่ถูกต้อง ศาลฯ มีอำนาจกำหนดเงื่อนไขและวิธี ปฏิบัติต่อเด็กใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวางในการกำหนดวิธีการแก้ไขและฟื้นฟูเด็กให้เหมาะสมกับตัว เด็ก จนกว่าเด็กหรือเยาวชนจะปรับปรุงความประพฤติและเติบโตเป็นคนดีในสังคมได้ แต่หากปรากฏ ว่าเยาวชนผู้กระทำผิดอายุตั้งแต่ 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี หากศาลฯ เห็นว่าเป็นการจำเป็นที่ต้อง พิพากษาลงโทษมากกว่าที่จะปล่อยตัวเยาวชน เพื่อแก้ไขและฟื้นฟูเยาวชนโดยใช้วิธีตัดอสรภาพ ศาลฯ อาจพิพากษาลงโทษเด็กและนำวิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนใช้แทนการลงโทษอาญาหรือวิธีการเพื่อ ความปลอดภัยได้ ดังนี้

(1) เปลี่ยนโทษจำคุกหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นการส่งตัวเด็กหรือเยาวชนไป ควบคุมเพื่อฝึกอบรมในสถานศึกษา สถานฝึกอบรม หรือสถานแนะนำทางจิต ตามเวลาที่ศาลฯ กำหนดแต่เด็กหรือเยาวชนต้องอายุไม่เกิน 24 ปีบริบูรณ์

(2) เปลี่ยนโทษปรับเป็นการคุมความประพฤติ โดยจะกำหนดเงื่อนไขข้อเดียวหรือ หลายข้อก็ได้ ในกรณีที่ศาลได้พิจารณาความหนักเบาแห่งข้อหาและพฤติการณ์แห่งคดีแล้วเห็นว่าควร จะควบคุมตัวเด็กหรือเยาวชนตามข้อ (1) ต่อไปอีก หลังจากที่เด็กหรือเยาวชนนั้นมีอายุครบ 24 ปี บริบูรณ์แล้วให้ศาลระบุในคำพิพากษาให้ส่งตัวไปจำคุกไว้ในเรือนจำตามเวลาที่ศาลกำหนด<sup>226</sup>

<sup>225</sup> โปรดดู พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชน และครอบครัว พ.ศ.2553 มาตรา 139

<sup>226</sup> โปรดดู พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชน และครอบครัว พ.ศ.2553 มาตรา 142

### บทที่ 3

## กฎหมายต่างประเทศที่ยกเว้นความผิดหรือไม่ดำเนินคดีกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดย ความยินยอมระหว่างเด็ก

ในนานาประเทศต่างมองว่าเด็กควรได้รับการปกป้องคุ้มครองเนื่องจากเด็กแตกต่างจากผู้ใหญ่ ดังนั้นในการให้ความยินยอมที่เกี่ยวข้องต่อทางเพศใดๆ หากเป็นความยินยอมที่เกิดจากเด็กที่มีอายุต่ำจนเกินไป ผู้กระทำย่อมไม่สามารถอ้างความยินยอมนั้นเพื่อมิให้ตนต้องรับผิดชอบได้ อันเป็นไปตามหลักความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมาย (statutory rape) ซึ่งกฎหมายที่กำหนดความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมายนั้นขึ้นอยู่กับหลักที่ว่า บุคคลไม่สามารถที่จะให้ความยินยอมตามกฎหมายสำหรับการมีเพศสัมพันธ์ได้ จนกว่าผู้นั้นจะมีอายุถึงเกณฑ์ที่กำหนด ดังนั้น กฎหมายให้ถือว่าการมีเพศสัมพันธ์ในขณะที่อายุยังไม่ถึงเกณฑ์นั้นเป็นเพศสัมพันธ์ที่ปราศจากความยินยอม

การกำหนดให้เพศสัมพันธ์ระหว่างผู้ใหญ่และเด็กเป็นความผิดเช่นนี้ กฎหมายมุ่งจะให้ความคุ้มครองแก่เด็กและไม่ให้ผู้ใหญ่เอาเปรียบเด็ก โดยวัตถุประสงค์แรกเริ่มของของความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมายคือต้องการปกป้องเด็กหญิงจากชายที่จะเอาเปรียบพวกเขาในอดีตจึงมักกำหนดทางออกคือการบังคับให้แต่งงานกัน (“shotgun wedding”) เพื่อให้หญิงสาวนั้นได้แต่งงานและเพื่อป้องกันการตั้งครรภ์อันไม่พึงประสงค์ ในอดีตผู้ชายอาจแก้ต่างจากความผิดนี้ได้โดยพิสูจน์ว่าเหยื่อของเขานั้นเคยมีประสบการณ์ทางเพศมาก่อนแล้ว และเนื่องจากการพิสูจน์เรื่องความยินยอมในชั้นศาลเป็นไปได้ยาก กฎหมายนี้จึงสามารถลดภาระการพิสูจน์ลงเหลือเพียงพิสูจน์ว่าเหยื่อนั้นมีอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่จะให้ความยินยอมต่อการกระทำทางเพศนั้น

แต่ในกรณีที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำแล้ว ผู้เชี่ยวชาญด้านพฤติกรรมเด็กส่วนใหญ่เห็นพ้องต้องกันว่าพฤติกรรมการลองผิดลองถูกเกี่ยวกับกิจกรรมทางเพศนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการพัฒนาตามปกติของเด็ก<sup>1</sup> ซึ่งผลสำรวจโดยกระทรวงสาธารณสุขแห่งสหรัฐอเมริกา (the US Department of Health and Welfare) ชี้ว่ามากกว่า 1 ใน 3 ของเด็กอายุ 14 ปีเคยเล่นกับอวัยวะเพศของเด็ก (genital play) คนอื่นและประมาณ 1 ใน 5 เริ่มมีเพศสัมพันธ์แล้วด้วยความสมัครใจ

---

<sup>1</sup> Robert Longo and D.S. Prescott, Current Perspectives: Working with Sexually Aggressive Youth and Youth with Sexual Behavior Problems (Holyoke, MA : NEARI Press, 2006) Retrieved November 15, 2015, from [http://www.davidprescott.net/coso\\_goodpeople.pdf](http://www.davidprescott.net/coso_goodpeople.pdf)



มากกว่า 40% ของเด็กอายุ 16 ปีทั้งเพศหญิงและชายเคยมีเพศสัมพันธ์แล้ว<sup>2</sup> นอกจากนี้ผู้เชี่ยวชาญด้านพัฒนาการเด็กเห็นว่ากิจกรรมเกี่ยวกับเพศระหว่างเด็กโดยความยินยอม รวมถึงการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างวัยรุ่นนั้นไม่มีอันตรายต่อสภาพจิตและในทางกลับกันประสบการณ์นี้อาจเป็นผลดีในแง่ของการพัฒนาด้วย<sup>3</sup> ยิ่งไปกว่านั้น การตีตราเด็กคนหนึ่งว่าเป็นอาชญากรทางเพศ ย่อมเกิดผลกระทบในทางลบมากกว่าผลดี การทำเช่นนั้นทำให้เกิดมลทินติดตัวและการตัดสินจากคนรอบข้างที่เด็กจะต้องใช้ชีวิตอยู่กับมัน<sup>4</sup>

ดังนั้น ข้อยกเว้นเพื่อยกเว้นโทษ บรรเทาโทษหรือไม่ดำเนินคดีแก่เด็กทางอาญาสำหรับกรณีเพศสัมพันธ์ระหว่างวัยรุ่นที่อายุใกล้เคียงกันและไม่มี การบังคับขืนใจโดยมีเพศสัมพันธ์กันอย่างสมัครใจ จึงเป็นสิ่งที่หลายประเทศยอมรับและบัญญัติไว้

### 3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายของอเมริกาฯ ได้บัญญัติไว้ใน Model Penal code ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายอาญาแม่แบบ อันถือเป็นแบบให้แต่ละมลรัฐนำไปปรับใช้เพื่อความเหมาะสมในแต่ละมลรัฐ โดยได้บัญญัติเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดที่เกี่ยวข้องไว้ดังนี้

#### ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 213.1 บัญญัติว่า “(1) ชายใดกระทำชำเรากับหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาของตน ย่อมมีความผิดฐานกระทำชำเรา เมื่อ

- (ก) ใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เชือดว่าจะทำอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย
- (ข) ทำให้หญิงอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยการใช้ยา

<sup>2</sup> US Department of Health, Education, and Welfare, National Institute of Child Health and Human Development, “National Longitudinal Study of Adolescent Health 2000,” Accessed November 16, 2015, from [https://www.hrw.org/reports/2007/us0907/7.htm#\\_ftnref251](https://www.hrw.org/reports/2007/us0907/7.htm#_ftnref251)

<sup>3</sup> Center for Disease Control, “Sexual Behavior Among High School Students—U.S. 1990,” Morbidity and Mortality Weekly Report, volume 40, Issue 51, p. 885-888 (January 1992).

<sup>4</sup> Human rights watch, “No Easy Answers Sex Offender Law in the US,” HUMAN LIGHTS WATCH, volume 19, Issue 4, p. 65 (September 2007).

- (ค) ทำให้หญิงหมดสติ  
 (ง) หญิงนั้นอายุต่ำกว่า 10 ปี”<sup>5</sup>

ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 213.4 บัญญัติว่า “บุคคลใดสัมผัสทางเพศต่อผู้อื่น ซึ่งมีใช้คู่สมรสย่อมมีความผิดฐานกระทำอนาจารเมื่อ (4) ผู้อื่นนั้นมีอายุต่ำกว่า 10 ปี”<sup>6</sup>

ตามกฎหมายทั้งสองนี้ได้บัญญัติให้เด็กที่สามารถให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ไว้ที่อายุ 10 ปีขึ้นไป สอดคล้องกับความผิดฐานอนาจารซึ่งเป็นการสัมผัสทางเพศ (sexual contact) หมายถึงการจับต้องอวัยวะเพศหรือส่วนอื่น ของบุคคลอื่นเพื่อให้เกิดอารมณ์ทางเพศ ก็กำหนดอายุของเด็กที่สามารถให้ความยินยอมได้ไว้ที่อายุ 10 ปีขึ้นไป เช่นเดียวกัน

---

<sup>5</sup> Section 213.1 Rape and related offences. (1) Rape. A male who has sexual intercourse with a female not his wife is guilty of rape if: (a) he compels her to submit by force or by threat of imminent death, serious bodily injury, extreme pain or kidnapping, to be inflicted on anyone; or  
 (b) he has substantially impaired her power to appraise or control her conduct by administering or employing without her knowledge drugs, intoxicants or other means for the purpose of preventing resistance; or  
 (c) the female is unconscious; or  
 (d) the female is less than 10 years old.

Rape is a felony of the second degree unless (i) in the course thereof the actor inflicts serious bodily injury upon anyone, or (ii) the victim was not a voluntary social companion of the actor upon the occasion of the crime and had not previously permitted him sexual liberties, in which cases the offense is a felony of the first degree. Sexual intercourse includes intercourse per os or per anum, with some penetration however slight; emission is not required.

<sup>6</sup> Section 213.4 Sexual assault.

A person who has sexual contact with another not his spouse, or causes such other to have sexual conduct with him, is guilty of sexual assault, a misdemeanor, if...

(4) the other person is less than 10 years old; or...

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบไปด้วยมลรัฐจำนวน 50 มลรัฐ ซึ่งแล้วแต่มีประมวลกฎหมายอาญาซึ่งบังคับใช้ภายในมลรัฐของตนเอง (state law) เกณฑ์การบัญญัติในเรื่องอายุของเด็กที่ให้ความยินยอมจึงแตกต่างกันออกไป ซึ่งโดยเฉลี่ยแล้วจะกำหนดที่อายุ 12 ถึง 18 ปีแล้วแต่ความเหมาะสม นอกจากนี้ยังพบว่าหากเป็นกรณีที่มีความผิดเกี่ยวกับเพศเกิดขึ้นโดยไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลของมลรัฐใดรัฐหนึ่งรัฐบาลกลางได้กำหนดให้บังคับใช้ตามกฎหมายรัฐบาลกลาง (Federal law) อาทิ การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กเกิดขึ้นที่น่านน้ำพิเศษ ในมาตรา 2243<sup>7</sup> บัญญัติว่าผู้ใดกระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลซึ่งมีอายุตั้งแต่ 12 ปีแต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้ถูกกระทำนั้นมียุ่ น้อยกว่าผู้กระทำความผิดตั้งแต่ 4 ปีขึ้นไปต้องระวางโทษ จะเห็นได้ว่ากฎหมายอเมริกาได้มีแนวทางในการคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญ โดยมองว่าเด็กควรได้รับการปกป้องคุ้มครองจึงส่งผลให้เด็กไม่สามารถให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ได้ จึงต้องมีการบัญญัติเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เด็กเหล่านี้ และลงโทษแก่บุคคลผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นการกำหนดความผิดสำหรับการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ในการให้ความยินยอม อันถือได้ว่าเป็นการข่มขืนโดยผลของกฎหมาย (Statutory rape)

ในกรณีที่เด็กมิได้มีเจตนากระทำความผิดเกี่ยวกับเพศดังเช่นทั่วไป แต่เป็นกรณีที่เด็กทั้งสองที่อายุไล่เลี่ยกันและมีความสัมพันธ์ในฐานะแฟน รักใคร่กันและเต็มใจมีเพศสัมพันธ์ระหว่างกันแล้ว กฎหมายจะถือว่าเด็กทั้งสองหรือเด็กชายเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศนี้หรือไม่ ในกฎหมายประเทศอเมริกามีแนวคิดที่ว่าเมื่อเด็กผู้ถูกกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศควรได้รับการปกป้องคุ้มครองแล้ว ยังต้องให้ความคุ้มครองแก่เด็กผู้กระทำความผิดด้วย โดยแนวคิดดังกล่าวได้รับการยอมรับ

<sup>7</sup> Section 2243 Federal law.

(a)Of a Minor.—Whoever, in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States or in a Federal prison, or in any prison, institution, or facility in which persons are held in custody by direction of or pursuant to a contract or agreement with the head of any Federal department or agency, knowingly engages in a sexual act with another person who—

(1) has attained the age of 12 years but has not attained the age of 16 years; and

(2) is at least four years younger than the person so engaging;

or attempts to do so, shall be fined under this title, imprisoned not more than 15 years, or both.

รับเป็นการทั่วไปในหลายมลรัฐแต่ทั้งนี้ย่อมขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของแต่ละมลรัฐว่าจะนำแนวคิดดังกล่าวมาใช้และบัญญัติให้เหมาะสมอย่างไร ซึ่งในบางมลรัฐเห็นควรว่าหากเด็กทั้งสองเต็มใจมีเพศสัมพันธ์กันแล้วผู้กระทำไม่ต้องรับโทษจึงบัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้นของกฎหมาย (statutory exception) หรือในบางมลรัฐกำหนดให้เด็กสามารถยกข้อต่อสู้เพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษได้ (affirmative defense) หรือเป็นเหตุผลหย่อนโทษซึ่งเรียกหลักนี้ว่า “Romeo and Juliet”

### 3.1.1. ข้อยกเว้นการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กไม่เป็นความผิด

เนื่องจากผู้เยาว์มักมีพฤติกรรมที่สุ่มเสี่ยงเนื่องจากขาดความเป็นผู้ใหญ่และยังไม่มี ความรับผิดชอบเพียงพอทำให้นำไปสู่ความประมาท ความหุนหันพลันแล่นและการกระทำที่ สะเพร่า<sup>8</sup> รวมถึงพฤติกรรมล่องผิดล่องถูกถึงการเรียนรู้ในทางเพศและการจัดการกับอารมณ์ทางเพศ ซึ่งเป็นหนึ่งในภาวะที่วัยรุ่นทั่วไปต้องเผชิญ การทดลองเกี่ยวกับเพศจึงถือเป็นส่วนหนึ่งของ กระบวนการพัฒนาของวัยรุ่น ดังนั้น การกำหนดให้การทดลองทางเพศระหว่างวัยรุ่นโดยความ ยินยอมเป็นอาชญากรรมย่อมเป็นการขัดต่อความจริงด้านพัฒนาการทางเพศของผู้เยาว์ และ เนื่องจากกฎหมายมีขึ้นเพื่อต้องการปกป้องคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์อันเนื่องมาจากเด็กมีความ เปราะบางจึงควรที่จะปกป้องคุ้มครองเด็กโดยให้เด็กไม่สามารถให้ความยินยอมในทางเพศได้ ซึ่งเป็น หลักการที่ดีแต่กลับแย่งลงหากผู้ต้องหาและผู้เสียหายเป็นเด็กหรือผู้เยาว์ทั้งคู่ ทั้งนี้ แม้ว่าความจริงแล้ว เด็กควรได้รับการปกป้องอันตรายจากผู้ใหญ่ที่กระทำความผิด แต่หากเป็นเด็กด้วยกันซึ่งมิได้มีเจตนา กระทำความผิดดังเช่นผู้ใหญ่แล้ว การที่กฎหมายกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่าง ผู้เยาว์ด้วยกันเป็นความผิดจึงไม่เป็นการช่วยปกป้องคุ้มครองเด็กแต่อย่างใด กลับส่งผลให้เป็นการขัด ต่อการพัฒนาการของวัยรุ่นอันเป็นหลักการพื้นฐานของระบบยุติธรรมทางอาญาสำหรับเยาวชน

นอกจากนี้ กฎหมายที่กำหนดความผิดต่อผู้เยาว์ย่อมก่อให้เกิดความเสี่ยงในการ บังคับใช้กฎหมายตามอำเภอใจและเลือกปฏิบัติได้ ซึ่งเด็กที่ถูกตราหน้าว่าเป็นผู้กระทำความผิดทาง เพศอาจเกิดภาวะซึมเศร้าและความวิตกกังวล ส่งผลให้ขัดขวางการพัฒนาทางสังคมตามปกติอันอาจ ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่เด็กเหล่านี้จะกระทำความผิดด้วย เพราะเด็กที่เป็นอาชญากรทางเพศอาจได้รับ ผลร้ายทางสังคม<sup>9</sup> เช่น ถูกกีดกันจากเพื่อนเมื่อทราบว่าเป็นอาชญากร ด้วยเหตุผลเหล่านี้ย่อมไม่ก่อให้เกิด

<sup>8</sup> Roper V Simmons, 543 U.S. 551 (2005).

<sup>9</sup> Brief of Juvenile Center and Children’s Law Center, “Commonwealth of Kentucky Supreme court no.2013-Sc-000254,” Accessed November 16, 2015, from <http://apps.courts.ky.gov/Supreme/briefs/13SC254-DG-AC.pdf>

เกิดประโยชน์ในการลงโทษเด็กผู้กระทำผิดแต่อย่างใด

กฎหมายและแนวคำพิพากษาในหลายรัฐ จึงเห็นว่าไม่สมควรที่จะกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้เยาว์โดยความยินยอมเป็นความผิดทางอาญา โดยรัฐเกือบทั้งหมดในประเทศอเมริกาได้กำหนดให้มีการบรรเทาโทษหรือไม่ให้มีการลงโทษเด็กเลย โดยจะพิจารณาจากอายุของเด็กที่ยินยอมมีเพศสัมพันธ์เป็นเกณฑ์ เช่นในรัฐ New York, Oklahoma, Oregon, South Carolina, Vermont, Indiana ฯลฯ ซึ่งมีเพียงสองรัฐเท่านั้นที่ไม่มีการบรรเทาโทษเด็กเลยคือ รัฐ New Mexico และ Massachusetts กฎหมาย Romeo and Juliet จะยกเว้นความผิดเกี่ยวกับเพศในกรณีที่บุคคลกระทำผิดเกี่ยวกับเพศแต่ทั้งสองมีอายุใกล้เคียงกัน ซึ่งหลักนี้กำหนดเกณฑ์ในอายุของทั้งคู่เสียหายและผู้ต้องหาที่คบหากันนั้นทำให้เกิดความสมดุลระหว่างการคุ้มครองผู้เยาว์และการยอมรับการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างกัน<sup>10</sup>

หลัก Romeo and Juliet มีหลักเกณฑ์ในการนำมาใช้โดยจะนำมาใช้กรณีที่ผู้ต้องหาและผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศมีอายุใกล้เคียงกันและไม่เกินจำนวนปีที่กำหนด โดยผู้กระทำจะอ้างหลักนี้ได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย แต่ทั้งนี้ ใช่ว่าหลัก Romeo and Juliet สามารถนำมาใช้เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดหรือเป็นเหตุบรรเทาโทษได้ทุกกรณี เพราะอายุในความยินยอมของผู้เสียหายยังมีอายุขั้นต่ำสุดที่จะเริ่มให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำที่เป็นเด็กได้ ซึ่งหากเด็กที่ให้ความยินยอมมีอายุที่ต่ำเกินไปการกระทำของเด็กย่อมเป็นความผิดได้ เช่น ในรัฐ Texas กำหนดเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมเกี่ยวกับเพศอายุ 17 ปีขึ้นไป แต่ในกรณีที่เด็กผู้กระทำมีอายุมากกว่าผู้เสียหายไม่เกิน 3 ปีและผู้เสียหายมีอายุ 14 ปีขึ้นไป เด็กผู้กระทำไม่ต้องรับผิด ทั้งนี้เพื่อลดหรือยกเว้นความรับผิดทางอาญาสำหรับวัยรุ่นที่มีเพศสัมพันธ์กันโดยความสมัครใจ

นอกจากนี้ ในกรณีที่ศาลในบางมลรัฐมิได้บัญญัติหลัก Romeo and Juliet ไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายเพื่อเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดหรือเป็นเหตุบรรเทาโทษ แต่ก็มีความเห็นว่าการที่ลงโทษผู้เยาว์ในความผิดรุนแรงเท่ากับผู้ใหญ่ในความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมาย (statutory rape) เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งคำพิพากษาได้ยับยั้งเหตุผลของการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่มีกฎหมายและเลือกปฏิบัติ ดังเช่น ในรัฐ Ohio คดี In re D.B.<sup>11</sup> ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ว่าความผิดการกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีเป็นความผิด ศาลพิพากษาว่าการใช้กฎหมายนี้บังคับกับกรณีที่คู่กรณีอีกฝ่ายอายุต่ำกว่า 13 ปีเช่นเดียวกันนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องด้วยเป็นการกระทำที่ละเมิดหลักการให้ความคุ้มครองอย่าง เสมอภาค (Equal Protection Clause) และความไม่

<sup>10</sup> *ibid*, p.5.

<sup>11</sup> In re D.B., 950N.E. 2d 528 (Ohio 2011).

ชัดเจนของกฎหมายดังกล่าวนำไปสู่การเลือกปฏิบัติและขัดต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ (Due Process) ตามรัฐธรรมนูญ<sup>12</sup> หรือในรัฐ Vermont คดี In Re G.T.<sup>13</sup> ศาลฎีกาพิพากษาในทำนองเดียวกันว่าบุคคลหนึ่งไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมายได้ หากบุคคลนั้นเองก็มีอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่จะให้ความยินยอมแก่การมีเพศสัมพันธ์ได้<sup>14</sup> ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาได้ตั้งหลักเกณฑ์ว่าการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมถือเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ (due process) ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้ตีความคุ้มครองไปถึงการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมที่เกิดขึ้นจากเพศเดียวกันหรือรักร่วมเพศ ว่าการที่กฎหมายของรัฐที่กำหนดให้การร่วมเพศระหว่างบุคคลเพศเดียวกันเป็นความผิดนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งทำให้การร่วมเพศระหว่างบุคคลเพศเดียวกันเป็นเรื่องชอบด้วยกฎหมายในทุกรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย<sup>15</sup>

หลัก Romeo and Juliet จึงเป็นหลักที่หลายมลรัฐในประเทศอเมริกาให้การยอมรับและนำมาบัญญัติใช้แก่ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กซึ่งมีอายุใกล้เคียงกับผู้เสียหายไม่เกินจำนวนปีที่กำหนด ซึ่งเป็นการแก้ปัญหาสำหรับวัยรุ่นที่มีเพศสัมพันธ์กันโดยความยินยอมให้ไม่ต้องรับผิดทางอาญา โดยอาจนำมาบัญญัติใช้เป็นเหตุไม่ต้องรับโทษ เหตุบรรเทาโทษ หรือนำมาใช้เป็นข้อต่อสู้ให้ไม่ต้องรับโทษแตกต่างกันไป ซึ่งขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์และความเหมาะสมของแต่ละรัฐนั้นๆ โดยพบว่าในแต่ละรัฐมีการนำหลัก Romeo and Juliet มาปรับใช้ในหลายๆ รัฐ ดังนี้

### (1) มลรัฐนิวยอร์ก (New York)

#### ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

มาตรา 130.25 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเมื่อผู้นั้นกระทำชำเราผู้อื่นที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้เพราะอายุต่ำกว่า 17 ปี”<sup>16</sup> กล่าวคือ มลรัฐนิวยอร์กกำหนดให้เด็กที่สามารถให้ความยินยอมในทางเพศได้จะต้องมีอายุ 17 ปีขึ้นไปและหากเด็กผู้ถูกกระทำมีอายุน้อยมาก อาทิ ต่ำกว่า 15 ปี หรือ ต่ำกว่า 13 ปี ผู้ถูกกระทำชำเราย่อมได้รับโทษสูง

<sup>12</sup>Carissa Byrne Hessick and Judith M. Stinson, “JUVENILES, SEX OFFENSES, AND THE SCOPE OF SUBSTANTIVE LAW,” TEXAS TECH LAW REVIEW, Vol. 46:5, P19 (June 2013).

<sup>13</sup> In Re G.T., 758 A.2d 301 (Vermont 2000)

<sup>14</sup> Brief of Juvenile Center and Children’s Law Center, *supra note 9*, P.5.

<sup>15</sup> Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

<sup>16</sup> Section 130.25 Rape in the third degree.

ขึ้นตามลำดับ แม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอมก็ตาม ทั้งนี้ ผู้กระทำความผิดและผู้ถูกระทำจะเป็นเพศใดก็ได้

แต่หากปรากฏว่าผู้กระทำและผู้ถูกระทำเป็นผู้เยาว์มีอายุไล่เลี่ยกันและมีเพศสัมพันธ์ระหว่างกันโดยความยินยอมแล้ว ตามความในมาตรา 130.30 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับสอง เมื่อผู้กระทำอายุ 18 ปีขึ้นไปและกระทำชำเราบุคคลที่อายุต่ำกว่า 15 ปี แต่จำเลยสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ ถ้าหากในขณะกระทำความผิดจำเลยมีอายุมากกว่าผู้ถูกระทำไม่เกิน 4 ปี”<sup>17</sup> ดังนั้น หากเด็กผู้ถูกระทำอายุไม่เกิน 15 ปีและให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์แก่เด็กผู้กระทำอายุไล่เลี่ยกันไม่เกิน 4 ปี ผู้กระทำสามารถยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ให้ตนต้องรับผิดได้ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กนี้ แต่ในกรณีที่ผู้ถูกระทำเด็กมากจนเกินไปคืออายุต่ำกว่า 11 ปี<sup>18</sup> กฎหมายไม่เปิดช่องให้ผู้กระทำสามารถยกข้อต่อสู้ใดๆ มาเพื่อปฏิเสธมิให้ตนต้องรับโทษได้

---

A person is guilty of rape in the third degree when:

1. He or she engages in sexual intercourse with another person who is incapable of consent by reason of some factor other than being less than seventeen years old;
2. Being twenty-one years old or more, he or she engages in sexual intercourse with another person less than seventeen years old.

<sup>17</sup> Section 130.30 Rape in the second degree.

A person is guilty of rape in the second degree when:

1. being eighteen years old or more, he or she engages in sexual intercourse with another person less than fifteen years old;

It shall be an affirmative defense to the crime of rape in the second degree as defined in subdivision one of this section that the defendant was less than four years older than the victim at the time of the act. Rape in the second degree is a class D felony.

<sup>18</sup> Section 130.35 Rape in the First degree.

A person is guilty of rape in the first degree when he or she engages in sexual intercourse with another person:

3. Who is less than eleven years old; or

### ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

มาตรา 130.55 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีความผิดฐานอนาจารในระดับสามเมื่อกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้นั้น แต่ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำมีอายุมากกว่า 14 ปีแต่ไม่เกิน 17 ปี และผู้กระทำอายุมากกว่าผู้ถูกกระทำไม่เกิน 5 ปี ผู้กระทำสามารถยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิดได้”<sup>19</sup> กล่าวคือ ความยินยอมของผู้ถูกกระทำเริ่มต้นที่อายุ 17 ปี และจะมีโทษสูงขึ้นหากเป็นการกระทำอนาจารต่อเด็กที่ต่ำกว่า 14 ปี และต่ำกว่า 11 ปีตามลำดับ

แต่ในกรณีที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำเป็นผู้เยาว์มีอายุใกล้เคียงกันและยินยอมให้สัมผัสทางเพศแล้ว (Sexual contact) โดยเป็นเด็กอายุมากกว่า 14 ปีแต่ไม่เกิน 17 ปีให้ความยินยอมสัมผัสทางเพศต่อเด็กผู้กระทำอายุใกล้เคียงกันไม่เกิน 5 ปี ผู้กระทำสามารถยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ให้ตนต้องรับผิดได้ในความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

สรุป ในรัฐนิวยอร์กได้บัญญัติให้เด็กที่มีเพศสัมพันธ์ต่อกันโดยความยินยอม สามารถยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ให้ตนต้องรับผิดในความผิดฐานกระทำอนาจารได้ถ้าเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด คือ เด็กผู้กระทำจะต้องอายุต่ำกว่า 18 ปีกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี และมีอายุห่างกันไม่เกิน 4 ปี ในส่วนของความผิดฐานกระทำอนาจารต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด คือ เด็กผู้ถูกกระทำจะต้องมีอายุระหว่าง 14 ปีถึง 17 ปี และผู้กระทำมีอายุห่างกันไม่เกิน 5 ปี จึงจะสามารถยกเป็นข้อต่อสู้มิให้ตนต้องรับผิดได้

---

4. Who is less than thirteen years old and the actor is eighteen years.

<sup>19</sup> Section 130.55 Sexual abuse in the third degree.

A person is guilty of sexual abuse in the third degree when he or she subjects another person to sexual contact without the latter's consent;

except that in any prosecution under this section, it is an affirmative defense that (a) such other person's lack of consent was due solely to incapacity to consent by reason of being less than seventeen years old, and (b) such other person was more than fourteen years old, and (c) the defendant was less than five years older than such other person.



## (2) มลรัฐเท็กซัส Texas

### ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

มาตรา 22.011 บัญญัติว่า “บุคคลใดกระทำชำเราเด็กด้วยวิธีใดๆ โดยเด็กนั้นอายุต่ำกว่า 17 ปี เป็นความผิด แต่ผู้ต้องหาสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิดได้ หากผู้ต้องหาอายุมากกว่าผู้เสียหายไม่เกิน 3 ปี ในขณะที่กระทำความผิดและต้องไม่เป็นบุคคลขึ้นทะเบียนว่าได้เป็นผู้กระทำความผิดทางเพศ โดยผู้เสียหายต้องมีอายุ 14 ปีหรือมากกว่านั้น และต้องมีใช้บุคคลที่กฎหมายห้ามมิให้สมรสกับผู้กระทำความผิด”<sup>20</sup> กล่าวคือ มลรัฐเท็กซัสกำหนดให้อายุที่สามารถให้ความยินยอมของเด็กนั้นเริ่มต้นที่อายุ 17 ปี ซึ่งหากผู้ถูกกระทำอายุต่ำกว่า 17 ปีแม้จะให้ความยินยอมแล้ว ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

แต่ในกรณีที่ผู้กระทำอายุไล่เลี่ยห่างกับผู้ถูกกระทำไม่เกิน 3 ปี และเป็นความยินยอมของผู้ถูกกระทำความผิดอายุมากกว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 17 ปี หากเข้าเงื่อนไขหลักเกณฑ์

---

<sup>20</sup> Section 22.011. Sexual assault

(a) A person commits an offense if the person:

(2) intentionally or knowingly:

- (A) causes the penetration of the anus or sexual organ of a child by any means;
- (B) causes the penetration of the mouth of a child by the sexual organ of the actor;
- (C) causes the sexual organ of a child to contact or penetrate the mouth, anus, or sexual organ of another person, including the actor;
- (D) causes the anus of a child to contact the mouth, anus, or sexual organ of another person, including the actor; or
- (E) causes the mouth of a child to contact the anus or sexual organ of another person, including the actor.

(e) It is an affirmative defense to prosecution under Subsection (a)(2):

(2) that: (A) the actor was not more than three years older than the victim and at the time of the offense:

- (B) the victim: (i) was a child of 14 years of age or older; and (ii) was not a person whom the actor was prohibited from marrying or purporting to marry or with whom the actor was prohibited from living under the appearance of being married

อายุและเกิดจากความยินยอมแล้ว ผู้กระทำย่อมสามารถยกเหตุเพื่อมิให้ตนต้องรับผิดในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กได้

#### ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

มาตรา 21.11 บัญญัติว่า “บุคคลใดกระทำอนาจารเด็กอายุต่ำกว่า 17 ปี โดยสัมผัสทางเพศต่อเด็กหรือให้เด็กสัมผัสทางเพศของผู้กระทำเป็นความผิด แต่ผู้ต้องหาสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิดได้ หากผู้ต้องหาหมียอายุมากกว่าผู้เสียหายไม่เกิน 3 ปี และไม่ได้ข่มขู่ บังคับหรือใช้กำลังกับเด็กซึ่งในขณะที่กระทำความผิดต้องไม่เป็นบุคคลขึ้นทะเบียนว่าได้เป็นผู้กระทำความผิดทางเพศ”<sup>21</sup> กล่าวคือ ในความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กกำหนดให้อายุที่สามารถให้ความยินยอมของเด็กนั้นเริ่มต้นที่อายุ 17 ปี หากผู้ใดกระทำต่อเด็กแม้ได้รับความยินยอมจะมีความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กทันที ซึ่งการสัมผัสทางเพศ<sup>22</sup> หมายถึง การกระทำดังต่อไปนี้ โดยมีเจตนาเพื่อกระตุ้นอารมณ์ทางเพศของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยการสัมผัสรวมถึงการสัมผัสผ่านเสื้อผ้าทวารหนัก

<sup>21</sup> Section 21.11. Indecency with a child.

(a) A person commits an offense if, with a child younger than 17 years of age, whether the child is of the same or opposite sex, the person:

(1) engages in sexual contact with the child or causes the child to engage in sexual contact; or

(b) It is an affirmative defense to prosecution under this section that the actor:

(1) was not more than three years older than the victim and of the opposite sex;

(2) did not use duress, force, or a threat against the victim at the time of the offense; and

(3) at the time of the offense: (A) was not required under Chapter 62, Code of Criminal Procedure, to register for life as a sex offender; or (B) was not a person who under Chapter 62 had a reportable conviction or adjudication for an offense under this section.

<sup>22</sup> Section 21.01. Definitions. In this chapter: (2) "Sexual contact" means, except as provided by Section 21.11, any touching of the anus, breast, or any part of the genitals of another person with intent to arouse or gratify the sexual desire of any person.

หน้าอก หรือส่วนใดของอวัยวะของเด็ก หรือการใช้ทวารหนัก หน้าอกหรืออวัยวะเพศของผู้กระทำ สัมผัสร่างกายส่วนใดของเด็กรวมถึงการสัมผัสผ่านเสื้อผ้า

แต่ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 17 ปี ให้ความยินยอมและผู้กระทำอายุไล่เลี่ยห่างกันไม่เกิน 3 ปีแล้ว อันเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดแล้ว ผู้กระทำสามารถยกข้อต่อสู้ดังกล่าวให้ตนไม่ต้องรับผิดชอบกระทำอนาจารเด็กได้

สรุป ในรัฐเท็กซัสได้บัญญัติให้เด็กที่มีเพศสัมพันธ์ต่อกันโดยความยินยอมสามารถยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ให้ตนต้องรับผิดชอบในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กได้ถ้าเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด คือ เด็กผู้ถูกกระทำต้องมีอายุมากกว่า 14 ปีแต่ไม่เกิน 17 ปี และผู้กระทำมีอายุห่างกันไม่เกิน 3 ปี ในส่วนของความผิดฐานกระทำอนาจารต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด คือ เด็กผู้ถูกกระทำจะต้องมีอายุต่ำกว่า 17 ปี และผู้กระทำมีอายุห่างกันไม่เกิน 3 ปี โดยการต้องปราศจากการข่มขู่ บังคับหรือใช้กำลังต่อเด็กจึงจะสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ให้ตนต้องรับผิดชอบได้

### (3) มลรัฐ Oklahoma

#### ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

มาตรา 21-1111 กำหนดให้อายุที่สามารถให้ความยินยอมของเด็กนั้น เริ่มต้นที่อายุ 16 ปี และหากเด็กผู้ถูกกระทำมีอายุ ต่ำกว่า 14 ปีผู้กระทำชำเราต้องได้รับโทษสูงขึ้นตามลำดับ<sup>23</sup> ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเรา คือ “การกระทำชำเราซึ่งมีการล่วงล้ำทวารหนักหรืออวัยวะเพศหญิงของผู้ที่ไม่ใช่คู่สมรสของผู้กระทำ ในกรณีต่อไปนี้ ผู้ถูกกระทำมีอายุต่ำกว่า 16 ปี”<sup>24</sup>

แต่หากเป็นกรณีที่เด็กผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์แล้วและมีอายุมากกว่า 14 ปีแต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้กระทำมีอายุไม่เกิน 18 ปี ในมาตรา 21-1112 บัญญัติว่า “มิให้ผู้กระทำมีความผิดฐานข่มขืน ในกรณีที่ผู้กระทำมีเพศสัมพันธ์กับเด็กที่มีอายุตั้งแต่ 14 ปีขึ้นไป

<sup>23</sup> Section 21-1114. Rape in first degree Second degree.

A. Rape in the first degree shall include: 1. rape committed by a person over eighteen (18) years of age upon a person under fourteen (14) years of age; or

<sup>24</sup> Section 21-1111. A. Rape is an act of sexual intercourse involving vaginal or anal penetration accomplished with a male or female who is not the spouse of the perpetrator and who may be of the same or the opposite sex as the perpetrator under any of the following circumstances:

1. Where the victim is under sixteen (16) years of age;

โดยได้รับความยินยอมจากเด็ก เว้นแต่ในกรณีที่ผู้กระทำผิดมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป”<sup>25</sup> ดังนั้น หากผู้กระทำมีอายุต่ำกว่า 18 ปีกระทำต่อเด็กที่มีอายุระหว่าง 14 ปีถึง 16 ปีโดยความยินยอม กฎหมายของรัฐ Oklahoma บัญญัติให้เด็กไม่ต้องรับผิด

#### ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

มาตรา 21-1123 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการต่อไปนี้โดยเจตนาส่งข้อความลามกให้แก่เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปีเพื่อให้เด็กมีเพศสัมพันธ์กับตนหรือผู้อื่น หรือมอง สัมผัส หรือลูบคลำร่างกายหรือส่วนลับของเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ในทางลามกซึ่งขัดต่อศีลธรรมของสังคม แต่มิให้ใช้บังคับในกรณีที่ผู้ต้องหาอายุมากกว่าผู้ถูกกระทำไม่เกิน 3 ปี”<sup>26</sup> กล่าวคือ กำหนดให้อายุความยินยอมของเด็กต้องมีอายุ 16 ปีขึ้นไป ซึ่งความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กนี้บัญญัติไว้อย่างสอดคล้องกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

แต่หากการกระทำอนาจารดังกล่าว เป็นการกระทำต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 16 ปี และผู้กระทำอายุห่างกับผู้เสียหายไม่เกิน 3 ปี อันเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

สรุป ในรัฐ Oklahoma ได้บัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้นของกฎหมาย (statutory exception) ให้เด็กที่มีเพศสัมพันธ์ต่อกันโดยความยินยอมไม่ต้องรับผิดในความผิดฐาน

<sup>25</sup> Section 21-1112. Age limitation on conviction for rape.

No person can be convicted of rape or rape by instrumentation on account of an act of sexual intercourse with anyone over the age of fourteen (14) years, with his or her consent, unless such person was over the age of eighteen (18) years at the time of such act.

<sup>26</sup> Section .21-1123. Lewd or indecent proposals or acts as to child under 16 - Sexual battery.

A. Any person who shall knowingly and intentionally:

1. Make any oral, written or electronically or computer-generated lewd or indecent proposal to any child under sixteen (16) years of age for the child to have unlawful sexual relations or sexual intercourse with any person; or
2. Look upon, touch, maul, or feel the body or private parts of any child under sixteen (16) years of age in any lewd or lascivious manner by any acts against public decency and morality, as defined by law; or

กระทำชำเราเด็กได้ถ้าเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด คือ เด็กผู้ถูกระงับต้องมีอายุมากกว่า 14 ปีแต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้กระทำมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ในส่วนของความผิดกระทำอนาจารต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด คือ เด็กผู้ถูกระงับต้องมีอายุต่ำกว่า 16 ปี และผู้กระทำมีอายุห่างกันไม่เกิน 3 ปี

#### (4) มลรัฐ Vermont

##### ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

มาตรา 3252(c) กำหนดให้อายุที่สามารถให้ความยินยอมของเด็กนั้น เริ่มต้นที่อายุ 16 ปี โดยกำหนดความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมาย (statutory rape) ไว้ว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการทางเพศต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี เว้นแต่ กรณีที่ผู้กระทำอายุต่ำกว่า 19 ปี และเด็กมีอายุอย่างน้อย 15 ปีและยินยอมต่อการกระทำนั้น”<sup>27</sup> ดังนั้น หากผู้กระทำมีอายุต่ำกว่า 19 ปี กระทำต่อเด็กที่มีอายุมากกว่า 15 ปีถึง 16 ปีโดยความยินยอม กฎหมายของรัฐ Vermont บัญญัติให้เด็กไม่ต้องรับผิด

##### ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

มาตรา 2602 กำหนดว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำอนาจารต่อร่างกายของเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี โดยมีเจตนาเพื่อกระตุ้นอารมณ์ทางเพศหรือสนองความต้องการทางเพศของตนหรือของเด็กนั้น ซึ่งมาตรานี้มิให้ใช้บังคับในกรณีที่ผู้กระทำมีอายุต่ำกว่า 19 ปี และเด็กมีอายุอย่างน้อย 15 ปีและยินยอมต่อการกระทำนั้น”<sup>28</sup> ซึ่งหลักเกณฑ์ในเรื่องอายุที่เด็กสามารถให้ความยินยอม

---

except as provided in Section 3 of this act. The provisions of this section shall not apply unless the accused is at least three (3) years older than the victim.

<sup>27</sup> Section 3252 (c) No person shall engage in a sexual act with a child who is under the age of 16, except: (2) where the person is less than 19 years old, the child is at least 15 years old, and the sexual act is consensual.

<sup>28</sup> Section 2602. Lewd or lascivious conduct with child.

(a)(1) No person shall willfully and lewdly commit any lewd or lascivious act upon or with the body, or any part or member thereof, of a child under the age of 16 years, with the intent of arousing, appealing to, or gratifying the lust, passions, or sexual desires of such person or of such child.

(2) This section shall not apply if the person is less than 19 years old, the child is at least 15 years old, and the conduct is consensual.

ได้และหลักเกณฑ์อายุของผู้กระทำที่จะมีต้องรับผิดชอบ มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กนั่นเอง

สรุป ในรัฐ Vermont ได้บัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้นของกฎหมาย (statutory exception) ให้เด็กที่มีเพศสัมพันธ์ต่อกันโดยความยินยอมมีต้องรับผิดชอบในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กได้ถ้าเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด คือ เด็กผู้ถูกระทำต้องมีอายุมากกว่า 15 ปีแต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้กระทำมีอายุต่ำกว่า 19 ปี ในส่วนของความผิดกระทำอนาจารต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดตามหลักเกณฑ์อายุเช่นเดียวกันกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

แต่ทั้งนี้ เคยมีการวินิจฉัยกรณีที่ไม่เข้าข้อยกเว้นตามหลักเกณฑ์อายุข้างต้น ศาลเคยวินิจฉัยและมีทางออกแก่เด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมไว้ในคดี In Re G.T.<sup>29</sup> แห่งรัฐ Vermont ศาลฎีกาได้ตัดสินว่าบุคคลหนึ่งไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมายได้ หากบุคคลนั้นเองก็มีอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่จะให้ความยินยอมแก่การมีเพศสัมพันธ์ได้ ในคดีนี้ G.T. อายุ 14 ปี และ M.N. อายุ 12 ปี ซึ่งเป็นเพื่อนบ้านกันได้มีการกระทำทางเพศกัน (Sexual conduct) โดยความยินยอม G.T. ถูกจับกุมและถูกพิพากษาให้ G.T. มีความผิด เขาได้โต้แย้งว่าเขาไม่อาจเป็นได้ทั้งผู้กระทำผิดและผู้ถูกระทำผิดได้ในเวลาเดียวกัน เนื่องด้วยถูกจัดอยู่ในกลุ่มของผู้เยาว์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง ศาลฎีกาแห่งรัฐ Vermont ตัดสินว่าบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมาย (statutory rape) ไม่ใช่บังคับแก่กรณีที่ต้องหาอายุต่ำกว่าเกณฑ์ในการให้ความยินยอมเช่นกัน ซึ่งชี้ให้เห็นว่าแม้เด็กทั้งสองที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมและไม่เข้าเงื่อนไขหลักเกณฑ์อายุที่กำหนดไว้ อันเป็นความผิด ศาลก็ยังมีความคิดว่าเด็กสมควรต้องได้รับโทษ และพยายามหาทางออกให้เด็กมีต้องรับโทษนั่นเอง

### (5) มลรัฐ Ohio

#### ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

มาตรา 2907.02 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นที่มีใช้คู่สมรสของตน ในกรณีต่อไปนี้ (b) ผู้ถูกระทำมีอายุต่ำกว่า 13 ปี โดยไม่คำนึงถึงว่าผู้กระทำจะรู้ถึงอายุของผู้ถูกระทำหรือไม่”<sup>30</sup> กล่าวคือ กำหนดให้อายุที่สามารถให้ความยินยอมของเด็กนั้นเริ่มต้นที่อายุ

<sup>29</sup> In Re G.T., 758 A.2d 301 (Vermont 2000)

<sup>30</sup> Section 2907.02 Rape.

(1) No person shall engage in sexual conduct with another who is not the spouse of the offender or who is the spouse of the offender but is living separate and apart from the offender, when any of the following applies: (b) The other person

13 ปี ซึ่งน่าสนใจว่ามลรัฐ Ohio มีได้บัญญัติข้อยกเว้นของกฎหมาย หรือข้อต่อสู้ที่ผู้ต้องหาสามารถยกขึ้นเพื่อยกเว้นความรับผิดของตน ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กไว้ดังเช่นหลายๆ รัฐ

#### ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

มาตรา 2907.05 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดสัมผัสทางเพศต่อผู้อื่นที่มีใช้คู่สมรสของตน หรือก่อให้เกิดผู้อื่นนั้นสัมผัสตนเองในทางเพศ ในกรณีต่อไปนี้ ผู้อื่นนั้นมีอายุต่ำกว่า 13 ปี โดยไม่คำนึงถึงว่าผู้กระทำจะรู้ถึงอายุของผู้ถูกกระทำหรือไม่”<sup>31</sup> ดังนั้น หากมีการกระทำชำเราหรือการสัมผัสทางเพศต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี ผู้กระทำย่อมมีความผิดแม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอมในการกระทำก็ตาม ซึ่งบัญญัติไว้สอดคล้องกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและมีได้บัญญัติข้อยกเว้นของกฎหมาย หรือข้อต่อสู้ที่ผู้ต้องหาสามารถยกขึ้นเพื่อยกเว้นความรับผิดของตน เช่นเดียวกัน

สรุป แม้ว่ารัฐ Ohio จะมีได้บัญญัติข้อยกเว้นของกฎหมาย (statutory exception) หรือข้อต่อสู้ที่ผู้ต้องหาสามารถยกขึ้นเพื่อยกเว้นความรับผิดของตน (affirmative defense) ไว้ดังเช่นหลายๆ รัฐในกรณีของเด็กที่มีเพศสัมพันธ์ต่อกันโดยความยินยอมมิต้องรับผิดในความผิดฐานกระทำชำเราหรือในความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กก็ตาม ในคดี In Re D.B.<sup>32</sup> แห่งรัฐ Ohio ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยว่ากฎหมายที่กำหนดว่าการกระทำทางเพศต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีเป็นความผิด หากมีการนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้บังคับกับคู่กรณีอีกฝ่ายที่เป็นผู้กระทำอายุต่ำกว่า 13 ปี เช่นเดียวกันย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยศาลให้เหตุผลว่าการที่ตัวบทกฎหมายมิได้ระบุไว้ว่าในกรณีที่เด็กทั้งสองอายุต่ำกว่า 13 ปี จะถือว่าคู่กรณีฝ่ายใดเป็นผู้กระทำผิดหรือฝ่ายใดเป็นผู้เสียหายจึงตัดสินว่ากฎหมายนี้ไม่มีความชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีมาตรฐานและไม่เลือกปฏิบัติได้ ดังนั้น การที่รัฐดำเนินคดีเด็กอายุ 12 ปีในข้อหากระทำชำเราเด็กอายุ 11 ปีย่อมเป็น

is less than thirteen years of age, whether or not the offender knows the age of the other person.

<sup>31</sup> Section 2907.05 Gross sexual imposition.

(A) No person shall have sexual contact with another, not the spouse of the offender; cause another, not the spouse of the offender, to have sexual contact with the offender; or cause two or more other persons to have sexual contact when any of the following applies:

(4) The other person, or one of the other persons, is less than thirteen years of age, whether or not the offender knows the age of that person.

<sup>32</sup> In Re D.B. 950N.E. 2d 528 (Ohio 2011)

การกระทำที่ละเมิดหลักการให้ความคุ้มครองอย่างเสมอภาค (Equal Protection Clause) และความไม่ชัดเจนของกฎหมายดังกล่าวนำไปสู่การบังคับใช้โดยเลือกปฏิบัตินั้น ย่อมละเมิดต่อหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ (Due Process) ตามรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษานี้เป็นการนำหลัก Romeo and Juliet มาใช้ในการพิจารณานั้นเอง ซึ่งแม้จะมีได้บัญญัติหลักกฎหมายไว้อย่างชัดเจนดังเช่นมลรัฐอื่น แต่ก็มีแนวคำพิพากษาวางหลักเกณฑ์ให้เด็กที่อายุใกล้เคียงกันและมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม มิต้องรับผิดนั้นเอง

#### (6) มลรัฐแคนซัส (Kansas)

รัฐ Kansas ได้ตระหนักว่าพฤติกรรมการทดลองมีเพศสัมพันธ์กันระหว่างวัยรุ่นไม่ควรถูกลงโทษเหมือนอย่างการข่มขืนกระทำชำเรา จึงได้มีบทบัญญัติที่เรียกกันทั่วไปว่า Romeo and Juliet มาใช้ลดหย่อนความผิดในกรณีที่ทั้งสองมีอายุใกล้เคียงกัน โดยปรากฏในความผิดเกี่ยวกับเพศ ดังนี้

##### ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

มาตรา 21-352 บัญญัติว่า “การร่วมเพศโดยความสมัครใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายคือกรณีที่ (1) การร่วมเพศ (2) การร่วมเพศอันผิดธรรมชาติ (3) การสัมผัสหรือลูบไล้ในทางอนาจารกระทำต่อเด็กที่มีอายุตั้งแต่ 14 ปีแต่ไม่เกิน 16 ปีและผู้ต้องหามีอายุต่ำกว่า 19 ปีโดยมีอายุมากกว่าเด็กไม่เกิน 4 ปี โดยผู้ที่เกี่ยวข้องในการกระทำนั้นมีเพียงผู้ต้องหาและเด็กเท่านั้น ทั้งนี้ผู้ต้องหาและเด็กต้องเป็นเพศตรงข้ามกัน”<sup>33</sup> กล่าวคือ อายุความยินยอมของเด็กเริ่มต้นที่อายุ 16 ปี

<sup>33</sup> Section 21-3522. Unlawful voluntary sexual relations.

(a) Unlawful voluntary sexual relations is engaging in voluntary: (1) Sexual intercourse; (2) sodomy; or (3) lewd fondling or touching with a child who is 14 years of age but less than 16 years of age and the offender is less than 19 years of age and less than four years of age older than the child and the child and the offender are the only parties involved and are members of the opposite sex.

(b) (1) Unlawful voluntary sexual relations as provided in subsection (a)(1) is a severity level 8, person felony.

(2) Unlawful voluntary sexual relations as provided in subsection (a)(2) is a severity level 9, person felony.

(3) Unlawful voluntary sexual relations as provided in subsection (a)(3) is a severity level 10, person felony.



หากฝ่าฝืนย่อมมีความผิด แต่หากเด็กผู้ถูกระทำมีอายุมากกว่า 14 ปีแต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้ต้องหาอายุต่ำกว่า 19 ปี และมีอายุใกล้เคียงกันไม่เกิน 4 ปี ซึ่งเป็นไปตามเงื่อนไขแล้ว เด็กผู้กระทำผิดจะได้รับการลดหย่อนโทษ แต่มีข้อสำคัญว่าเด็กผู้กระทำและผู้ถูกระทำจะต้องเป็นเพศตรงข้ามกัน

ซึ่งแม้ว่ากฎหมายแห่งรัฐ Kansas จะได้บัญญัติอย่างชัดเจนว่าผู้กระทำและผู้ถูกระทำต้องเป็นเพศตรงข้ามกันถึงจะได้รับการบรรเทาโทษ แต่ภายหลังศาลก็ได้บัญญัติรับรองว่าให้นำบทบรรเทาโทษดังกล่าวมาใช้แก่พวกที่ร่วมเพศด้วย โดยในคดี *Limon v. Kansas* นาย Matthew Limon อายุ 18 ปีถูกจับได้ว่ามีเพศสัมพันธ์กับเด็กชาย M.A.R. ซึ่งอายุไม่ถึง 15 ปี ในคดีนี้ทั้งสองคนเป็นเพศชายมิใช่เพศตรงข้ามกัน จึงมีอาจใช้บังคับในกรณีนี้ได้ นาย Limon จึงถูกดำเนินคดีและพิพากษาความผิดตามโดยมิได้รับการลดหย่อนโทษ กระทั่งคดีขึ้นสู่ศาลสูงแห่งรัฐ Kansas ได้ตัดสินว่าบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา และให้ตัดสินยกเลิกเงื่อนไขที่เด็กทั้งสองต้องเป็นเพศตรงข้ามกัน และพิจารณาว่าการตัดสินดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญ นาย Limon จึงได้รับการปล่อยตัวไป<sup>34</sup>

#### ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

บัญญัติไว้ในมาตรา 21-352 ไว้เช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก โดยกำหนดอายุความยินยอมของเด็กเริ่มต้นที่อายุ 16 ปี หากฝ่าฝืนย่อมมีความผิด แต่หากเด็กผู้ถูกระทำมีอายุมากกว่า 14 ปีแต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้ต้องหาอายุต่ำกว่า 19 ปี และมีอายุใกล้เคียงกันไม่เกิน 4 ปี ซึ่งเป็นไปตามเงื่อนไขแล้ว เด็กผู้กระทำผิดจะได้รับการลดหย่อนโทษ

สรุป ในรัฐ Kansas ได้บัญญัติไว้เป็นเหตุลดหย่อนโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งให้เด็กที่มีเพศสัมพันธ์ต่อกันโดยความยินยอมรับโทษน้อยลงในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก และความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กได้ถ้าเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด กล่าวคือ เด็กผู้ถูกระทำต้องมีอายุมากกว่า 14 ปีแต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้กระทำมีอายุต่ำกว่า 19 ปี และอายุห่างกันไม่เกิน 4 ปี จึงจะสามารถลดหย่อนโทษได้ โดยผู้กระทำและผู้ถูกระทำจะเป็นเพศใดก็ได้

หลัก *Romeo and Juliet exception* จึงเป็นหลักที่กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาให้การยอมรับโดยทั่วไปให้เป็นข้อยกเว้นสำหรับเด็กที่มีอายุใกล้เคียงกัน ถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อกำหนดโทษให้เบาลงสำหรับกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีอายุไม่ถึงเกณฑ์ในการให้ความยินยอม และในขณะเดียวกันกฎหมายก็ยังสามารถคงไว้ซึ่งความผิดอันเด็ดขาดระหว่างผู้ใหญ่และเด็ก โดยเหตุผล

---

<sup>34</sup> Shulamit H. Shvartsman, “Romeo And Romeo”: An Examination of *Limon v. Kansas* in Light of *Lawrence v. Texas*,” Seton Hall Law Review, Volume 35, Issue 1, p.359-361 (2005).

ของการบัญญัติข้อยกเว้นเหล่านี้แก่เด็กผู้กระทำความผิด ก็เนื่องจากเหตุผลที่ว่ากรณีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กไม่สมควรได้รับโทษเท่ากับการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้ใหญ่กับเด็กนั่นเอง<sup>35</sup>

### 3.1.2 มาตรการภายหลังยกเว้นโทษ

มาตรการภายหลังยกเว้นโทษเด็กซึ่งศาลเยาวชนและครอบครัวในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติแต่ไม่ต้องรับโทษเนื่องด้วยอายุหรือลักษณะคดีหรือเหตุอื่นใด ศาลฯ จะต้องพิจารณาคดีเด็กหรือเยาวชนโดยใช้ข้อมูลที่รวบรวมจากพนักงานคุมประพฤติได้แก่ข้อมูลเกี่ยวกับตัวเด็ก และจากบุคคลแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับตัวเด็กเพื่อหาสาเหตุถึงการกระทำความผิด รวมถึงพิจารณาถึงข้อมูลด้านจิตเวชและจิตวิทยาเป็นรายงานที่เรียกว่า Social Study ซึ่งเป็นรายงานที่ใช้สำหรับการพิจารณาพิพากษาคดีเมื่อพิจารณาเห็นว่าสมควรว่าเด็กกระทำความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษและควรต้องแก้ไขฟื้นฟูเด็ก ศาลจะปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชนโดยสามารถแยกวิธีแก้ไขและฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำความผิดออกได้เป็นสองวิธี<sup>36</sup> ดังนี้

(1) วิธีแก้ไขที่ไม่ตัดอิสระภาพ (treatment in freedom) เป็นวิธีการแก้ไขและฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชน โดยเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนสามารถกลับตัวแก้ไขเป็นคนดีได้ในสังคมภายนอก เพียงแต่อาจมีมาตรการหรือเงื่อนไขที่ศาลฯ กำหนดขึ้น หรือภายใต้การคุมประพฤติของพนักงานตามที่ศาลฯ เห็นสมควร อาทิ ศาลฯ อาจยกฟ้อง ตักเตือนเด็กแล้วปล่อยตัวไปโดยให้อยู่ในความดูแลของบิดา มารดาผู้ปกครองหรือบุคคลที่ศาลเห็นสมควร

ใช้วิธีการคุมประพฤติเด็ก (Probation) โดยการคุมประพฤตินี้จุดมุ่งหมายเพื่อแก้ไขและฟื้นฟูเด็กเฉพาะรายเป็นสำคัญ ข้อกำหนดในการคุมประพฤติ เช่น ต้องเชื่อฟังคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายของบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง, ต้องไปโรงเรียนสม่ำเสมอหรือประกอบอาชีพเป็นกิจจะลักษณะ, ละเว้นจากการคบหาสมาคมกับพวกมิจฉาชีพ, ละเว้นการประพฤติตนไม่เรียบร้อยในสถานที่ต่างๆ เป็นต้น ระยะเวลาในการคุมประพฤติดาจกำหนดแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ ซึ่งอาจกำหนดได้ตั้งแต่ 3 ถึง 6 เดือน หากเด็กมีความประพฤติที่ดีขึ้นแล้วพนักงานคุมประพฤติก็น่าจะร้องขอต่อศาลฯ ให้ยกเลิกคุมประพฤติเด็กหรือเยาวชนได้

<sup>35</sup> Jake Tover, "For Never Was A Story Of More Woe Than This Of Juliet And Her Romeo"--An Analysis Of The Unexpected Consequences Of Florida's Statutory Rape Law And Its Flawed "Romeo And Juliet" Exception," *Nova Law Review*, Volume 38, Issue 1, p.160 (2014).

<sup>36</sup> สง่า สีนะกมิต, *กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน*, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520), น.46-48.

มอบเด็กไว้ยังบ้านทดแทน (Foster-home) ระยะสั้นหรือระยะยาว หรือกำหนดวิธีให้เด็กเข้าโครงการบำบัดแบบเข้าไปเย็นกลับก็ได้ (day treatment programs) หรือบ้านกึ่งวิถี (half way houses) ซึ่งเป็นสถานฝึกอบรมโดยอาศัยชุมชนเป็นพื้นฐาน

## (2) วิธีแก้ไขที่ตัดอิสรภาพ (treatment in the institution)

ศาลฯ อาจส่งตัวเด็กไปยังสถานฝึกอบรมแต่มีแนวโน้มที่ใช้น้อยกว่าวิธีการอื่น โดยจะใช้ต่อเมื่อไม่อาจใช้วิธีการคุมประพฤติหรือมอบเด็กไว้ยังบ้านทดแทนได้แล้ว หรือเคยใช้วิธีต่างๆ แล้วไม่ได้ผลเท่านั้น ส่งผลให้ต้องตัดอิสรภาพของเด็กชั่วคราวโดยควบคุมตัวไว้เพื่อฝึกและอบรมให้กลับตนเป็นพลเมืองดีต่อไป ซึ่งในกรณีที่ศาลฯ เห็นสมควรส่งตัวเด็กหรือเยาวชนให้เข้ารับการฝึกอบรม ศาลฯ จะส่งตัวเด็กยังหน่วยงาน ที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยว่าเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำผิดควรไปรับการฝึกที่ใดและเป็นระยะเวลาใด ซึ่งสถานฝึกและอบรมในสหรัฐส่วนมากเรียกว่า Training School หรือ Industrial School อาจอยู่ในการดำเนินการของรัฐหรือเอกชน โดยในสถานฝึกอบรมดังกล่าวจะมีนักสังคมสงเคราะห์ เรียกว่า Social Worker หรือ Case Worker เพื่อคอยแนะนำและช่วยเหลือเด็กหรือเยาวชน มีการส่งเสริมเด็กทั้งเยาวชนในด้านการเรียนส่งเสริมทางวิชาชีพ บางแห่งอาจมีนักจิตวิทยาหรือแพทย์คอยดูแลร่างกายและจิตใจแก่เด็ก<sup>37</sup> ทั้งนี้ เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมและในกรณีมีการดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชนและภายหลังที่เด็กหรือเยาวชนได้รับการยกเว้นโทษหรือได้รับโทษน้อยลงแล้ว หากศาลฯ เห็นสมควรเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำ ความผิดซ้ำและส่งเสริมให้เด็กพัฒนาเติบโตไปในทางที่ถูกต้อง ศาลฯ มีอำนาจใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวางในการกำหนดวิธีการแก้ไขและฟื้นฟูเด็กให้เหมาะสมกับตัวเด็กและไม่จำกัดระยะเวลาในการฟื้นฟูแก้ไข จนกว่าเด็กหรือเยาวชนจะปรับปรุงความประพฤติและเติบโตเป็นคนดีในสังคมได้

## 3.2 ประเทศแคนาดา

ความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศแคนาดาได้วางหลักเกณฑ์ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา (Criminal Code R.S.C 1985) จากเดิมกฎหมายกำหนดให้ความยินยอมของเด็กเริ่มต้นที่อายุ 14 ปี กระทั่งเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2008 ได้ขยายเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมเกี่ยวกับเพศของเด็กสูงขึ้นเป็นอายุ 16 ปี เพื่อปกป้องเด็กหรือเยาวชนให้ได้รับการคุ้มครองมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะในความผิดที่เป็นทางการค้าหรือหาประโยชน์เกี่ยวกับกิจกรรมทางเพศ อาทิ การขายประเวณี การ

<sup>37</sup> บุญเพราะ แสงเทียน, คำบรรยายกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์พิมพ์อักษร, 2540), น.60-65.

ถ่ายภาพลามก หรือการกระทำทางเพศต่อผู้เยาว์ในความดูแล เกณฑ์การให้ความยินยอมของเด็กจะเพิ่มสูงขึ้นเป็นอายุ 18 ปี เกณฑ์อายุนี้บังคับใช้กับความผิดทางเพศทุกฐาน ตั้งแต่ฐานกระทำอนาจาร ไปถึงการกระทำชำเราเด็ก ดังนี้

#### ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

มาตรา 271 บัญญัติว่า “บุคคลมีความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศ (Sexual assault) ถ้าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราต่อบุคคลอื่น”<sup>38</sup> กล่าวคือ การข่มขืนกระทำชำเราต่อบุคคลอื่นย่อมเป็นความผิด และหากเป็นการกระทำต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 16 ปี ย่อมได้รับโทษหนักขึ้น เห็นได้ว่าประเทศแคนาดา กำหนดอายุความยินยอมของเด็กที่อายุ 16 ปีขึ้นไป ทั้งนี้ กฎหมายประเทศแคนาดา มิได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ผู้เสียหายอายุเกินกว่า 16 ปี ไว้อย่างชัดเจน แต่ได้บัญญัติไว้ให้เป็นความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศ และเนื่องจากมิได้ให้ความหมายคำว่าประทุษร้ายทางเพศไว้ โดยเฉพาะ จึงต้องพิจารณาจากนิยามของการทำร้าย (assault) ว่าเป็นการกระทำโดยข่มขู่หรือใช้กำลังบังคับหรือทำโดยฝ่าฝืนความต้องการของผู้เสียหาย<sup>39</sup> ซึ่งศาลฎีกาเคยตีความในกรณีผู้กระทำความผิดได้จับหน้าอกหญิงผู้เสียหายที่อายุเกินกว่า 16 ปี โดยปราศจากความยินยอม ว่าเป็นความผิด

---

<sup>38</sup> Section 271 Sexual Assault.

Everyone who commits a sexual assault is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term of not more than 10 years or, if the complainant is under the age of 16 years, to imprisonment for a term of not more than 14 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year.

<sup>39</sup> Section 265. (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

(b) he attempts or threatens, by an act or a gesture, to apply force to another person, if he has, or causes that other person to believe on reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose; or

(c) while openly wearing or carrying a weapon or an imitation thereof, he accosts or impedes another person or begs.

ฐานประทุษร้ายทางเพศตามความในมาตรา 271 แล้ว<sup>40</sup> ซึ่งความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศแก่ผู้เสียหายที่อายุเกินกว่า 16 ปี จะต้องกระทำโดยฝ่าฝืนความยินยอมของผู้เสียหาย โดยมีการใช้กำลังใดๆ ซึ่งครอบคลุมทั้งการข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารด้วย

#### ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

มาตรา 151 บัญญัติ “บุคคลมีความผิดฐานกระทำอนาจารเมื่อบุคคลนั้นใช้วิธีข่มขู่หรือสิ่งของใดสัมผัสโดยตรงหรืออ้อมต่อร่างกายหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี เพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ”<sup>41</sup> นอกจากนี้ตามความในมาตรา 152 ยังรวมถึงกรณีทีล่อลวงให้เด็กสัมผัสทางเพศต่อร่างกายตนเองโดยตรงหรือโดยอ้อมด้วย<sup>42</sup> ซึ่งความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กนี้สอดคล้องกับความผิดฐานกระทำชำเรา ที่ได้บัญญัติเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมของเด็กที่อายุ 16 ปีขึ้นไปเช่นเดียวกัน

---

<sup>40</sup> Elizabeth Sheery, “Sexual assault law in Canada : What women to know,” [rabble.ca](http://rabble.ca) (3 November 2014) Retrieved November 30, 2015, from <http://rabble.ca/news/2014/11/sexual-assault-law-canada-what-women-need-to-know>.

<sup>41</sup> Section 151 Sexual Interference.

Every person who, for a sexual purpose, touches, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, any part of the body of a person under the age of 16 years

(a) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term of not more than 14 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year.

<sup>42</sup> Section 151 Invitation to sexual touching.

Every person who, for a sexual purpose, invites, counsels or incites a person under the age of 16 years to touch, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, the body of any person, including the body of the person who so invites, counsels or incites and the body of the person under the age of 16 years

การกระทำทางเพศใดๆ ต่อเด็กผู้เสียหายที่อายุต่ำกว่า 16 ปี แม้ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ บุคคลนั้นย่อมมีความผิด<sup>43</sup> ที่กฎหมายแคนาดาบัญญัติกฎหมายเช่นนี้ก็เนื่องด้วยมีเจตนารมณ์ในการ มุ่งคุ้มครองเด็ก โดยเห็นว่าเด็กที่อายุต่ำกว่า 16 ปี ย่อมไม่รู้ถึงความรู้สึกผิดชอบชั่วดีในการให้ความ ยินยอมดังกล่าวของเด็กจึงไม่สามารถอ้างเพื่อเป็นเหตุยกเว้นความผิดแก่ผู้กระทำได้ และหากการ กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กเป็นการกระทำที่มุ่งไปในทางการค้าเพื่อกิจกรรมทางเพศแล้วนั้น ผู้ ที่กระทำความผิดย่อมต้องได้รับโทษที่หนักขึ้นด้วย

### 3.2.1. ข้อยกเว้นกรณีมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กไม่เป็นความผิด

กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นของเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมนี้ไว้ สำหรับกรณี ที่คู่กรณีมีอายุใกล้เคียงกัน (“Close in age” exception) เช่น ผู้เยาว์อายุ 14 หรือ 15 ปี สามารถให้ ความยินยอมต่อกิจกรรมทางเพศได้หากคู่กรณีอีกฝ่ายมีอายุมากกว่าตนไม่ถึง 5 ปี และกิจกรรมนั้นไม่ เกี่ยวข้องกับการหาประโยชน์จากการใช้อำนาจปกครองหรือดูแลผู้เยาว์ นั้นแปลว่ากิจกรรมทางเพศ ใดๆ ย่อมเป็นความผิดทางอาญา หากผู้กระทำความผิดมีอายุมากกว่าผู้เยาว์ตั้งแต่ 5 ปีขึ้นไปและมีใช้คู่สมรส ของผู้เยาว์นั้น สำหรับผู้เยาว์อายุ 12-13 ปี ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมต่อกิจกรรมทางเพศได้ ต่อเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายมีอายุมากกว่าตนไม่เกิน 2 ปีและไม่มีการหาประโยชน์จากการใช้อำนาจปกครอง หรือดูแลผู้เยาว์<sup>44</sup> โดยกฎหมายแคนาดาได้บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 150.1 โดยแบ่งเกณฑ์อายุของ เด็กที่ให้ความยินยอมเกี่ยวกับเพศไว้ ดังนี้

#### (1) ผู้เสียหายให้ความยินยอมมีอายุระหว่าง 12 – 13 ปี

มาตรา 150.1(2) ข้อยกเว้นกรณีผู้เสียหายอายุ 12 – 13 ปี บัญญัติว่า “เมื่อผู้ต้องหาถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางเพศ อาทิ ความผิดฐานกระทำความผิดตามมาตรา 271 หรือความผิดฐานกระทำความผิดตามมาตรา 151 ในคดีที่ผู้เสียหายมีอายุ 12 ปี หรือ มากกว่า

<sup>43</sup> Section 150.1 Consent no defence

(1) Subject to subsections (2) to (2.2), when an accused is charged with an offence under section 151 or 152 or subsection 153(1), 160(3) or 173(2) or is charged with an offence under section 271, 272 or 273 in respect of a complainant under the age of 16 years, it is not a defence that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge.

<sup>44</sup> Department of Justice, “Age of consent to sexual activity”, Accessed November 17, 2015, from <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/other-autre/clp/faq.html>

แต่ไม่เกิน 14 ปี หากผู้เสียหายให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์หรือกิจกรรมทางเพศใดๆ ในครั้งดังกล่าว ผู้ต้องหาสามารถยกความยินยอมเช่นนั้นของผู้เสียหายขึ้นต่อสู้เพื่อไม่ให้ตนต้องรับผิดได้ ต่อเมื่อผู้ต้องหาที่มีอายุมากกว่าผู้เสียหายไม่เกิน 2 ปี และผู้ต้องหาไม่ได้มีฐานะเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจตามกฎหมายของผู้เสียหายหรือมีอำนาจปกครองตามกฎหมายเหนือผู้เสียหายและต้องมีใช้บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับผู้เสียหายในลักษณะที่ผู้เสียหายจะต้องพึ่งพาตน และต้องไม่มีความสัมพันธ์กับผู้เสียหายในลักษณะเอาเปรียบหรือแสวงหาผลประโยชน์อันมิชอบต่อผู้เสียหาย”<sup>45</sup>

หลักเกณฑ์ข้อยกเว้นดังกล่าว ครอบคลุมทั้งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก โดยกำหนดให้ผู้เสียหายจะต้องมีอายุระหว่าง 12 ถึง 13 ปี ซึ่งผู้กระทำต้องมีอายุไล่เลี่ยกันไม่เกิน 2 ปี ซึ่งกฎหมายแคนาดาได้ยกข้อยกเว้นดังกล่าวให้ไม่ต้องรับผิดหากเป็นการกระทำระหว่างเด็กด้วยกันนั่นเอง ทั้งนี้ เด็กทั้งสองต้องให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์หรือยินยอมให้แตะเนื้อต้องตัวด้วยเสมอ และเด็กผู้กระทำต้องมีได้เกี่ยวข้องกับการหาประโยชน์จากการใช้อำนาจปกครองหรือดูแลผู้เยาว์ จึงจะสามารถยกข้อต่อสู้เพื่อมิให้ตนต้องรับผิดได้

## (2) ผู้เสียหายให้ความยินยอมมีอายุระหว่าง 14 – 15 ปี

มาตรา 150.1(2.1) ข้อยกเว้นกรณีผู้เสียหายอายุ 14 – 15 ปี บัญญัติว่า “เมื่อผู้ต้องหาถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางเพศ อาทิ ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 271 หรือความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 151 ในคดีที่ผู้เสียหายมีอายุ 14 ปี หรือมากกว่าแต่ไม่เกิน 16 ปี หากผู้เสียหายให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์หรือกิจกรรมทางเพศใดๆ ในครั้งดังกล่าว ผู้ต้องหาสามารถยกความยินยอมเช่นนั้นของผู้เสียหายขึ้นต่อสู้เพื่อไม่ให้ตนต้องรับผิดได้ ต่อเมื่อผู้ต้องหาที่มีอายุมากกว่าผู้เสียหายไม่เกิน 5 ปี และผู้ต้องหาไม่ได้มีฐานะเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจตามกฎหมายของผู้เสียหายหรือมีอำนาจปกครองตามกฎหมายเหนือผู้เสียหายและต้องมีใช้

<sup>45</sup> Section 150.1(2) When an accused is charged with an offence under section 151 or 152, subsection 173(2) or section 271 in respect of a complainant who is 12 years of age or more but under the age of 14 years, it is a defence that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge if the accused

(a) is less than two years older than the complainant; and

(b) is not in a position of trust or authority towards the complainant, is not a person with whom the complainant is in a relationship of dependency and is not in a relationship with the complainant that is exploitative of the complainant.

บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับผู้เสียหายในลักษณะที่ผู้เสียหายจะต้องพึ่งพาตน และต้องไม่มีความสัมพันธ์กับผู้เสียหายในลักษณะเอาเปรียบหรือแสวงหาผลประโยชน์อันมิชอบต่อผู้เสียหาย”<sup>46</sup>

หลักเกณฑ์ข้อยกเว้นดังกล่าว ครอบคลุมทั้งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก โดยกำหนดให้ผู้เสียหายจะต้องมีอายุระหว่าง 14 ถึง 15 ปี ซึ่งผู้กระทำต้องมีอายุไล่เลี่ยกันไม่เกิน 5 ปี ซึ่งกฎหมายแคนาดาได้ยกข้อยกเว้นดังกล่าวให้ไม่ต้องรับผิดหากเป็นการกระทำระหว่างเด็กหรือเยาวชนด้วยกันนั่นเอง ทั้งนี้ เด็กหรือเยาวชนทั้งสองต้องให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์หรือยินยอมให้แต่จะต้องตัวด้วยเสมอ และเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำต้องมีได้เกี่ยวข้องกับการหาประโยชน์จากการใช้อำนาจปกครองหรือดูแลผู้เยาว์ จึงจะสามารถยกข้อต่อสู้เพื่อมิให้ตนต้องรับผิดได้

อนึ่ง มีบทยกเว้นความรับผิดกรณีความผิดทางเพศกระทำโดยเด็กที่มีอายุน้อยมาก กล่าวคือ อายุระหว่าง 12 ถึง 13 ปี ในมาตรา 150.1(3) บัญญัติว่า “บุคคลผู้มีอายุ 12 – 13 ปี จะไม่ถูกดำเนินคดีในความผิดเกี่ยวกับเพศในความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 151 เว้นแต่บุคคลเช่นว่านั้นมีฐานะเป็นผู้ที่ได้รับ ความไว้วางใจตามกฎหมายของผู้เสียหายหรือมีอำนาจปกครองเหนือผู้เสียหายและต้องมีใช้บุคคลที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ผู้เสียหายจะต้องพึ่งพาตน และต้องไม่มีความสัมพันธ์กับผู้เสียหายในลักษณะเอาเปรียบหรือแสวงหาผลประโยชน์อันมิชอบต่อผู้เสียหาย”<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Section 150.1 (2.1) If an accused is charged with an offence under section 151 or 152, subsection 173(2) or section 271 in respect of a complainant who is 14 years of age or more but under the age of 16 years, it is a defence that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge if the accused

(a) is less than five years older than the complainant; and

(b) is not in a position of trust or authority towards the complainant, is not a person with whom the complainant is in a relationship of dependency and is not in a relationship with the complainant that is exploitative of the complainant.

<sup>47</sup> Section 150.1(3) No person aged twelve or thirteen years shall be tried for an offence under section 151 or 152 or subsection 173(2) unless the person is in a position of trust or authority towards the complainant, is a person with whom



สรุป กฎหมายประเทศแคนาดาเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนที่มีอายุใกล้เคียงกันมีความสัมพันธ์รักใคร่ต่อกันและมีเพศสัมพันธ์กันด้วยความยินยอมแล้ว ย่อมไม่ควรถูกต้องได้รับโทษเฉกเช่นเดียวกันกับผู้ใหญ่กระทำความผิด จึงได้บัญญัติเหตุให้เด็กหรือเยาวชนสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ให้ตนไม่ต้องรับผิดชอบในความผิดฐานข่มขืนกระทำความชำร่า หรือความผิดฐานกระทำอนาจารได้หากเข้าเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้

### 3.2.2 มาตรการภายหลังยกเว้นโทษ

มาตรการภายหลังยกเว้นโทษเด็กซึ่งศาลเยาวชนและครอบครัวในประเทศแคนาดาใช้ปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติแต่ไม่ต้องรับโทษเนื่องด้วยอายุหรือลักษณะคดีหรือเหตุอื่นใด ศาลฯ จะนำวิธีการสำหรับเด็กและเยาวชน (Youth Sentence) มาใช้เพื่อฟื้นฟูแก้ไขเด็ก ซึ่งเป็นไปตามแนวทางของกฎหมายความยุติธรรมอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน (The Youth Criminal Justice Act:YCJA) ที่ประเทศแคนาดานำมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมที่ผู้กระทำความผิดเป็นเด็กหรือเยาวชน โดยมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญ คือ เน้นแก้ไขฟื้นฟูให้เด็กผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดี ซึ่งมีนโยบายให้ทุกส่วนมีส่วนร่วมในการช่วยฟื้นฟูและแก้ไขเด็ก อาทิ ประชาชนในสังคมต้องมีส่วนร่วมในการพัฒนาเด็กและเยาวชนและให้คำแนะนำ เพื่อตอบสนองความต้องการของเด็กและเยาวชน รวมทั้งชุมชน พ่อแม่ และครอบครัวของเด็กหรือเยาวชน ต้องมีวิธีการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันอาชญากรรม และให้คำแนะนำแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องต่อการกระทำผิด ฯลฯ<sup>48</sup>

ในการพิจารณาคดีที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิด ศาลฯ จะพิจารณาเด็กหรือเยาวชน โดยคำนึงถึงระดับการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดของเยาวชนผู้นั้น ความเสียหายที่เหยื่อได้รับไม่ว่าจะเกิดการกระทำที่เจตนาหรือความเสียหาย การชดใช้ความเสียหาย ระยะเวลาที่เด็กถูกควบคุมตัว ประวัติการกระทำความผิดและความประพฤติ พฤติการณ์ความร้ายแรงแห่งคดี ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วหากศาลฯ เห็นสมควรว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดจริงแต่ยังไม่ควรถูกลงโทษ หรือเด็กเสี่ยงที่ควรได้รับการแก้ไขและฟื้นฟูศาลฯ ก็จะใช้วิธีการเกี่ยวกับเด็ก (Youth Sentence) เช่น การ

---

the complainant is in a relationship of dependency or is in a relationship with the complainant that is exploitative of the complainant.

<sup>48</sup> ชัยวิทย์ ฤทธิพิชัยวัฒน์, “มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา: ศึกษาบทบาทพนักงานอัยการตามมาตรา 86 ของพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2557), น.69-70.

ดักเตือน, การกำหนดเงื่อนไขโดยใช้วิธีการคุมประพฤติ ฯลฯ แต่หากเด็กหรือเยาวชนสมควรได้รับการลงโทษทางอาญา (Adult Sentence) ศาลก็จะมีคำพิพากษาลงโทษเด็กและส่งไปยังสถานกักกันสำหรับเด็ก (Youth Custody Facility) อันเป็นการตัดอิสรภาพแก่เด็กซึ่งไม่สามารถนำมาใช้แก่เด็กที่อายุต่ำกว่า 12 ปีได้ หรือเรือนจำเฉพาะเยาวชน (Penitentiary) ซึ่งเป็นกรณีที่เด็กหรือเยาวชนต้องคำพิพากษาตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไป

ภายหลังที่ศาลฯ ได้มีคำพิพากษาและเลือกใช้วิธีการลงโทษแก่เด็กหรือเยาวชนตามที่กฎหมายกำหนด คือ การตำหนิโทษ (Reprimand), ปรับ (Fine), ชดเชยค่าเสียหาย (Compensation), ชดใช้ราคา (Pay Purchaser), บำเพ็ญประโยชน์ (Personal Service), การบำบัดโดยชุมชน (Community Service), คุมประพฤติ (Probation)<sup>49</sup> หรือส่งตัวเด็กหรือเยาวชนไปยังสถานฝึกอบรมที่กฎหมายกำหนดตามความเหมาะสมที่ศาลฯ เห็นควรแล้ว เด็กหรือเยาวชนจะอยู่ภายใต้การดูแลของบุคคลที่เหมาะสมหรือเจ้าหน้าที่ เช่น พนักงานคุมประพฤติ หรืออาสาสมัครหรือผู้ปกครองคอยควบคุมและดูแลเด็ก คอยให้ความรู้และคำแนะนำที่เหมาะสมแก่เด็กหรือเยาวชน เพื่อแก้ไขและฟื้นฟูทำให้เด็กหรือเยาวชนกลับตนเป็นคนดีโดยไม่กระทำความผิดซ้ำต่อไป

### 3.3 สมาพันธรัฐสวิส (Switzerland)

ความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายของสวิสฯ ได้บัญญัติไว้ใน Swiss Criminal Code ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดให้ความยินยอมเกี่ยวกับเพศของเด็กผู้ถูกกระทำเริ่มต้นที่อายุ 16 ปี อันเป็นเกณฑ์อายุขั้นต่ำที่ทางกฎหมายกำหนดและบังคับใช้ครอบคลุมถึงความผิดทุกฐานที่อยู่ในหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี มาตรา 187 บัญญัติว่า “บุคคลใดมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศกับเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี หรือยุ้งให้เด็กกระทำการดังกล่าวหรือมีส่วนร่วมทำให้เด็กต้องกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือโทษปรับ”<sup>50</sup> ตามมาตรา 187 แห่งประมวลกฎหมายอาญาสมาพันธรัฐสวิสฯ ได้

<sup>49</sup> อโนทัย ศรีดาวเรือง, “การคุ้มครองสิทธิและสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดอาญา: ศึกษากรณีอำนาจศาลเยาวชนและครอบครัวในการโอนคดีตามมาตรา 97 วรรคสอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2557), น.78-92.

<sup>50</sup> Article 187 Sexual acts with children.

บัญญัติอย่างชัดเจนกำหนดโทษแก่บุคคลใดที่เป็นผู้กระทำโดยตรงหรือผู้มีส่วนร่วมใดๆ ในการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กชายหรือหญิงที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ในการให้ความยินยอมย่อมเป็น ความผิด โดยมีต้องพิจารณาถึงความยินยอมของเด็กแต่อย่างใด ซึ่งความผิดทุกฐานที่อยู่ในหมวด ความผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าว มีดังนี้

#### ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 190 บัญญัติว่า “ผู้ใดบังคับขู่脅ให้หญิงใดต้องจำยอมมีเพศสัมพันธ์โดยข่มขู่ หรือประทุษร้ายทางร่างกายหรือจิตใจ หรือทำให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ต้องระวางโทษโทษ จำคุกตั้งแต่หนึ่งถึงสิบปี”<sup>51</sup> ซึ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นี้ ต้องเป็นการกระทำชำเราต่อหญิง โดยปราศจากความยินยอมเท่านั้น หากเป็นเพศชายกระทำต่อกันโดยปราศจากความยินยอมของอีก ฝ่ายแล้ว จะเป็นการกระทำทางเพศใดๆ ที่เสมือนกับการมีเพศสัมพันธ์โดยฝ่าฝืนความยินยอม เป็น ความผิดตามมาตรา 189<sup>52</sup>

#### ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 158 บัญญัติว่า “บุคคลใดกระทำความผิดโดยแสดงการกระทำทางเพศต่อหน้า บุคคลอื่นที่ไม่ยินยอม บุคคลใดคุกคามทางเพศทางร่างกายหรือภาษาลามก ต้องระวางโทษ..”<sup>53</sup> ซึ่ง

1. Any person who engages in a sexual act with a child under 16 years of age, or, incites a child to commit in a sexual act, is liable to a custodial sentence not exceeding five years or to a monetary penalty.

<sup>51</sup> Article 190 Rape

Any person who forces a person of the female sex by threats or violence, psychological pressure or by being made incapable of resistance to submit to sexual intercourse is liable to a custodial sentence of from one to ten years.

<sup>52</sup> Article 189 Offences against sexual liberty and honour.

Any person who uses threats, force or psychological pressure on another person or makes that other person incapable of resistance in order to compel him or her to tolerate a sexual act similar to intercourse or any other sexual act is liable to a custodial sentence not exceeding ten years or to a monetary penalty.

<sup>53</sup> Article 198 any person who causes offence by performing a sexual act in the presence of another who does not expect it,

บัญญัติแตกต่างจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเล็กน้อยในเรื่องเพศของผู้ถูกระทำจะเป็นเพศใดก็ได้ แต่ในส่วนเกณฑ์อายุของเด็กที่สามารถให้ความยินยอมกำหนดไว้ที่อายุ 16 ปี สอดคล้องกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา รวมถึงความผิดเกี่ยวกับเพศใดๆ ที่กระทำต่อเด็ก อันเป็นการบัญญัติเพื่อปกป้องเด็กจากการล่วงละเมิดทางเพศของผู้ใหญ่ทุกรูปแบบ

### 3.3.1. ข้อยกเว้นการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กไม่เป็นความผิด

กรณีที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดต่อเพศระหว่างกันเอง และอายุระหว่างเด็กผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายอายุห่างกันไม่เกินตามที่กฎหมายกำหนด ตามความในมาตรา 187 บัญญัติว่า “การกระทำตามมาตรา 187 ไม่เป็นความผิดหากอายุของบุคคลทั้งสองฝ่ายห่างกันไม่เกิน 3 ปี”<sup>54</sup> เห็นได้ว่าหากเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศระหว่างเด็กและมีอายุห่างกันไม่เกิน 3 ปี แล้ว เด็กผู้กระทำไม่มีความผิด อันเป็นข้อยกเว้นให้เด็กไม่ต้องได้รับโทษเช่นเดียวกันกับผู้ใหญ่กระทำความผิด ซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์ของนานาชาติประเทศที่มุ่งคุ้มครองเด็กและฟื้นฟูเด็กผู้กระทำความผิดมากกว่าที่จะมุ่งลงโทษเด็ก ซึ่งหากเด็กหรือเยาวชนอายุห่างกันไม่เกิน 3 ปี มิได้มีความประสงค์ในการกระทำความผิด เช่น เด็กทั้งสองรักใคร่กันและมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้ว กฎหมายบัญญัติให้เด็กไม่มีความผิด

นอกจากนี้กฎหมายได้เปิดช่องให้แกพนักงานอัยการสามารถใช้ดุลยพินิจเลือกดำเนินคดีต่อเยาวชนผู้กระทำความผิดหรือให้ใช้ค่าปรับแทนได้ หากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยตามมาตรา 187 บัญญัติว่า “ถ้าผู้กระทำความผิดยังไม่ถึงอายุ 20 ขณะกระทำความผิดหรือเป็นการกระทำความผิดครั้งแรกและหากมีสถานการณ์พิเศษหรือถ้าเด็กเป็นคู่สมรสหรือจดทะเบียนคู่ชีวิต พนักงานผู้มีอำนาจฟ้องร้องดำเนินคดีอาจดำเนินคดีต่อศาลหรือลงโทษปรับ”<sup>55</sup> ซึ่งกำหนดให้การดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดที่อายุไม่เกิน 20 ปีหรือผู้กระทำความผิดครั้งแรก พนักงานผู้มีอำนาจฟ้องร้องดำเนินคดีสามารถใช้ดุลยพินิจให้ผู้กระทำความผิดชดใช้ค่าปรับแทนการถูก

---

any person who sexually harasses another physically or through the use of indecent language, is liable on complaint to a fine.

<sup>54</sup> Article 187 2. The act is not an offence if the difference in age between the persons involved is not more than three years.

<sup>55</sup> Article 187 3. If the offender has not reached the age of 20 at the time of the act or the first of the acts, and if there are special circumstances, or if the child is the spouse or registered partner of the offender, the responsible authority may dispense with prosecution, referral to the court or the imposition of a penalty.

ดำเนินคดี หรือจะเลือกดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิดเกี่ยวกับเพศโดยไม่นำการปรับมาใช้ได้ อันเป็นกระบวนการกลั่นกรองเบื้องต้นก่อนสำนวนจะได้เสนอต่อศาลเพื่อลดปัญหาในการนำคดีที่ไม่ควรแก่การพิจารณาซึ่งการพิพากษาไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ ต่อสาธารณะได้

### 3.3.2 มาตรการภายหลังยกเว้นโทษ

กระบวนการพิจารณาและลงโทษเด็กหรือเยาวชนที่กระทำผิดของสมาพันธ์รัฐสวิส ถูกบัญญัติแยกเฉพาะใน Juvenile Criminal Code (JCC) อันเป็นประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับเด็กของสวิสฯ ซึ่งบัญญัติถึงมาตรการและการลงโทษต่างๆ เกี่ยวกับเด็กหรือเยาวชนที่แยกต่างหากจากกระบวนการยุติธรรมของผู้ใหญ่ โดยกฎหมายนี้ใช้บังคับกับเด็กอายุตั้งแต่ 10 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปีและเด็กหรือเยาวชนต้องไม่กระทำความผิดซ้ำในความผิดเดิมจึงจะนำวิธีการเหล่านี้มาใช้บังคับได้<sup>56</sup> โดยทั่วไปศาลจะมีคำพิพากษาแก่เด็กหรือเยาวชนที่กระทำผิด โดยออกคำพิพากษาได้ดังนี้

1. สั่งจำคุกหรือกักกัน โดยกำหนดระยะเวลาได้ไม่เกิน 1 ปี
2. เข้าสถานกักกัน
3. เข้าสถานฝึกอบรม
4. เข้าสถานบำบัด
5. กรณีเยาวชนเข้าสถานกักกันมากกว่า 1 เดือน และหากปรากฏว่าบุคคลเหล่านั้นมีความประพฤติที่ดีขึ้น เยาวชนนั้นสามารถย้ายจากสถานกักกันไปยังสถานฝึกอบรมได้
6. เข้าสถานฝึกอบรมเอกชน<sup>57</sup>

<sup>56</sup> The federal council, “Juvenile criminal law,” Accessed April 3, 2016, from <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20031353/index.html>.

<sup>57</sup> Article 27 C.Exécution

La privation de liberté qui ne dépasse pas un an peut être exécutée sous forme de semi-détention (art. 77b CP<sup>1</sup>). Celle qui ne dépasse pas un mois peut être exécutée sous forme de journées séparées (art. 79, al. 2, CP) ou sous forme de semi-détention.

La privation de liberté est exécutée dans un établissement pour mineurs qui doit assurer à chaque mineur une prise en charge éducative adaptée à sa personnalité et, notamment, un encadrement propre à préparer son intégration sociale après sa libération.

ซึ่งคำพิพากษาของศาลฯ ลงโทษเด็กผู้กระทำความผิดเพื่อฟื้นฟูแก้ไขให้เด็กหรือเยาวชนกลับตนเป็นคนดี ทั้งนี้ มาตรการบางอย่างอาจกำหนดอายุของเด็กที่จะพิพากษาลงโทษได้ อาทิ การสั่งให้เด็กเข้าสถานกักกันต้องใช้บังคับกับเด็กผู้กระทำความผิดที่อายุมากกว่า 15 ปีขึ้นไปโดยใช้ระยะเวลาไม่เกิน 1 ปี หรือหากเด็กอายุมากกว่า 16 ปี สามารถเข้าสถานกักกันได้ไม่เกิน 4 ปี<sup>58</sup> หรือศาลฯอาจลงโทษให้ผู้เยาว์ทำประโยชน์สาธารณะหรือสั่งปรับเงินแทน หรือใช้วิธีการคุมประพฤติ ทั้งนี้ หากศาลฯ เห็นว่าเด็กไม่ควรถูกต้องได้รับโทษศาลฯ จะมีคำสั่งยกเว้นโทษแก่เด็กหรือเยาวชนและปล่อยตัวทันทีก็ได้หากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด อาทิ ถ้าการลงโทษนั้นจะเป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพของเด็กมากกว่าการลงโทษ, การกระทำความผิดและผลของการกระทำความผิดเป็นการกระทำความผิดเล็กน้อย, ผู้เยาว์ได้พยายามเยียวยาความเสียหายด้วยตนเองโดยชดเชยค่าเสียหาย โดยเกิดจากการกระทำความผิดเล็กน้อย, ผู้เยาว์ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดของตนและศาลเห็นว่า

---

L'établissement doit être à même de favoriser le développement de la personnalité du mineur. Ce dernier doit avoir la possibilité d'y entreprendre, d'y poursuivre ou d'y terminer une formation ou d'y exercer une activité lucrative si la possibilité de fréquenter une école, de suivre un apprentissage ou d'exercer une activité lucrative en dehors de l'établissement ne peut être envisagée.

Un traitement doit être prodigué au mineur pour autant que son état l'exige et qu'il y soit ouvert.

Si la privation de liberté dure plus d'un mois, une personne dotée des compétences requises et indépendante de l'institution accompagne le mineur et l'aide à faire valoir ses intérêts.

L'exécution des peines peut être confiée à des établissements privés.

<sup>58</sup>Article 25 Privation de liberté a. Contenu et conditions.

Est passible d'une privation de liberté d'un jour à un an le mineur qui a commis un crime ou un délit s'il avait quinze ans le jour où il l'a commis.

Est condamné à une privation de liberté de quatre ans au plus le mineur qui avait seize ans le jour de l'infraction.

ลงโทษไม่สมควร, ผู้เยาว์ถูกลงโทษจากผู้ปกครองอย่างเหมาะสมแล้ว หรือการกระทำความผิดเล็กน้อยเกิดขึ้นมานานแล้วและผู้เยาว์มีพฤติกรรมที่ดีขึ้น เป็นต้น<sup>59</sup>

นอกจากนี้ ศาลฯ อาจใช้มาตรการโดยมีคำสั่งออกกฎหมายหรือเงื่อนไขแก่บิดา มารดา หรือผู้ปกครองเด็กให้สอดส่องดูแลและควบคุมผู้เยาว์ให้ปฏิบัติตามคำสั่งตามที่ศาลกำหนด หรืออาจสั่งห้ามเด็กพบปะผู้ใดเลยเป็นระยะเวลาไม่เกิน 7 วัน หรืออาจมีคำสั่งห้ามผู้เยาว์กระทำความผิด เช่น ห้ามเข้าใกล้กิจกรรมที่เสี่ยงต่อการกระทำความผิดทางเพศกับบุคคลอื่น หรือห้ามคบเพื่อนที่ไม่ดีเสี่ยงต่อการกระทำความผิด ฯลฯ โดยศาลอาจตั้งพนักงานคุมประพฤติเพื่อคอยควบคุมดูแลเด็กหรืออาจใส่เครื่องติดตามตัวแก่เด็กเพื่อควบคุมให้ทำตามคำสั่งของศาลฯ ซึ่งวิธีต่างๆ นี้มีขึ้นเพื่อแก้ไขและฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนให้กลับตนเป็นคนดีโดยไม่กระทำความผิดซ้ำต่อไป

---

<sup>59</sup> Article 21 Exemption de peine.

1. L'autorité de jugement renonce à prononcer une peine:

a. si la peine risque de compromettre l'objectif visé par une mesure de protection déjà ordonnée ou qui sera ordonnée dans la procédure en cours;

b. si la culpabilité du mineur et les conséquences de l'acte sont peu importants;

c. si le mineur a réparé lui-même le dommage dans la mesure de ses moyens ou a fourni un effort particulier pour compenser le tort causé, si la réprimande visée à l'art. 22 est la seule peine envisageable et si l'intérêt public et l'intérêt du lésé à poursuivre le mineur pénalement sont peu importants;

d. si le mineur a été directement atteint par les conséquences de son acte au point qu'une peine serait inappropriée;

e. si le mineur a déjà été suffisamment puni par ses parents, par une autre personne responsable de son éducation ou par des tiers; ou

f. si une période relativement longue s'est écoulée depuis l'acte, si le comportement du mineur a donné satisfaction et si l'intérêt public et l'intérêt du lésé à poursuivre le mineur pénalement sont peu importants.

### 3.4 ประเทศอังกฤษ

ความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายของอังกฤษได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 (The Sexual Offences Act 2003) ซึ่งใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2004 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลจากผู้ทำผิดทางเพศได้มากขึ้น โดยกำหนดให้ความยินยอมเกี่ยวกับเพศของเด็กเริ่มต้นที่อายุ 16 ปี และหากเป็นการกระทำความผิดต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 13 ปี ผู้กระทำจะได้รับโทษหนักขึ้น แบ่งออกได้ตามหลักเกณฑ์อายุผู้เสียหาย ดังนี้

(1) ความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 13 ปี

ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก (Rape of a child under 13)

มาตรา 5 บัญญัติว่า “บุคคลกระทำความผิดทางอาญารัฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กเมื่อบุคคลนั้นโดยเจตนา ใช้อวัยวะเพศชายของตนสอดใส่เข้าสู่อวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของบุคคลอื่น และผู้ถูกกระทำนั้นมีอายุต่ำกว่า 13 ปี”<sup>60</sup> ซึ่งในความผิดฐานนี้ระบุให้ผู้กระทำต้องเป็นเพศชายเท่านั้น และต้องกระทำโดยใช้อวัยวะเพศตนสอดใส่ต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของเด็กซึ่งไม่จำกัดเพศ และเด็กผู้เสียหายนั้นอายุต่ำกว่า 13 ปี โดยเด็กจะให้ความยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำความผิดมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

นอกจากนี้ หากผู้กระทำมิได้ใช้อวัยวะเพศตนสอดใส่เข้าสู่อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของเด็กต่ำกว่า 13 ปี ตามความในมาตราก่อน แต่ได้ใช้อวัยวะอื่น เช่น นิ้วมือ หรือสิ่งอื่นใด เช่น อวัยวะเทียม สอดใส่ต่ออวัยวะเพศ หรือทวารหนัก ของเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีแทน ตามความในมาตรา 6 ผู้กระทำความผิดมีความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการสอดใส่ (Assault of a child under 13 by penetration)<sup>61</sup> ซึ่งกำหนดโทษไว้เทียบเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก แต่

<sup>60</sup> Section 5 Rape of a child under 13

(1) A person commits an offence if—

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person with his penis, and

(b) the other person is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

<sup>61</sup> Section 6 Assault of a child under 13 by penetration

(1) A person commits an offence if—



แตกต่างกันตรงที่ในความผิดฐานนี้ผู้กระทำจะเป็นเพศใดก็ได้ อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำทางเพศที่เสมือนการมีเพศสัมพันธ์ต่อเด็กนั่นเอง

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก (Sexual assault of a child under 13)

มาตรา 7 บัญญัติว่า “บุคคลนั้นกระทำความผิดฐานอนาจารเด็ก ถ้าสัมผัสต่อตัวเด็ก โดยมีเจตนาในทางเพศ และกระทำต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 13 ปี”<sup>62</sup> ซึ่งการสัมผัสทางเพศนั้น นอกจากการสัมผัสด้วยอวัยวะส่วนใดของร่างกายแล้ว ยังรวมถึงการสัมผัสด้วยสิ่งต่างๆ ด้วย เช่น อวัยวะเพศเทียม ฯลฯ

(2) ความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 16 ปี

ความผิดฐานกระทำกิจกรรมทางเพศต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี (Sexual activity with a child)

มาตรา 9 บัญญัติว่า “ความผิดฐานกระทำกิจกรรมทางเพศกับเด็ก บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 18 ขึ้นไปกระทำความผิดทางอาญา เมื่อบุคคลนั้นโดยเจตนาสัมผัสบุคคลอื่นและการสัมผัสนั้นเป็นการสัมผัสในทางเพศ โดยผู้ถูกกระทำมีอายุต่ำกว่า 16 ปี” ซึ่งแบ่งออกได้เป็นสองกรณี คือกรณี

(a)he intentionally penetrates the vagina or anus of another person with a part of his body or anything else,

(b)the penetration is sexual, and

(c)the other person is under 13.

(2)A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

<sup>62</sup> Section 7 Sexual assault of a child under 13

(1)A person commits an offence if—

(a)he intentionally touches another person,

(b)the touching is sexual, and

(c)the other person is under 13.

(2)A person guilty of an offence under this section is liable—

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

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

แรกหากการสัมผัสนั้นมีการสอดใส่ ผู้กระทำผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี และกรณีที่สองหากไม่มีการสอดใส่ผู้กระทำต้องระวางโทษเบาลง<sup>63</sup> จะเห็นได้ว่าความผิดตามมาตราี้มีความหมายและขอบเขตกว้างมาก ซึ่งรวมการสัมผัสทางร่างกายโดยมีเจตนาทางเพศใดๆ จนกระทั่งการล่วงล้ำของอวัยวะเพศด้วยวิธีต่างๆ ด้วย

กฎหมายอังกฤษได้บัญญัติความผิดเพื่อลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดที่ได้กระทำความผิดต่อเด็กหรือเยาวชน โดยไม่พิจารณาถึงความยินยอมของเด็กแต่อย่างใด ปรากฏตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น แต่หากเป็นกรณีที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดต่อเพศเอง โดยผู้กระทำเป็นเด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปี กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 9 ถึง 12 โดยกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16

---

<sup>63</sup> Section 9 Sexual activity with a child

(1) A person aged 18 or over (A) commits an offence if—

(a) he intentionally touches another person (B),

(b) the touching is sexual, and

(c) either—

(i) B is under 16 and A does not reasonably believe that B is 16 or over,

or

(ii) B is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section, if the touching involved—

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

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

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

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

is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

(3) Unless subsection (2) applies, a person guilty of an offence under this section is liable—

ปี ให้รับโทษตามมาตรา 3<sup>64</sup> ซึ่งบัญญัติให้เด็กผู้กระทำความผิดได้รับโทษที่ต่ำลงเมื่อเปรียบเทียบกับความผิดที่กระทำขึ้นโดยผู้ใหญ่

ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ เกณฑ์อายุเด็กในการให้ความยินยอมคือ 16 ปี ซึ่งมีข้อสังเกตว่าหากเด็กเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่ย่อมต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน สาเหตุเนื่องจากผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กก็สามารถหาประโยชน์หรือล่อลวงเด็กด้วยกันเองได้ กฎหมายอังกฤษจึงกำหนดให้การกระทำทางเพศต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปีเป็นความผิด เพื่อปกป้องเด็กที่เป็นเหยื่อ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้ว เด็กที่มีอายุเท่ากันหรือใกล้เคียงกันมักจะไม่ได้ถูกดำเนินคดีสำหรับการกระทำทางเพศ หากปรากฏว่าทั้งสองสมัครใจยินยอมมีเพศสัมพันธ์ และความยินยอมนี้มีได้เกิดจากการล่อลวงหรือแสวงหาประโยชน์อื่นใด

#### 3.4.1 การ มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กเป็นความผิดแต่ไม่ดำเนินคดี

แนวปฏิบัติของอัยการสำหรับคดีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเด็ก (CPS Legal Guidance on Youth Offenders) โดยสำนักงานอัยการ (The Crown Prosecution Service) ได้กำหนดแนวปฏิบัติสำหรับพนักงานอัยการ ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ที่พนักงานอัยการ ควรพิจารณาในกรณีเมื่อเด็กถูกกล่าวหาว่ามีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเกิดขึ้น โดยจะพิจารณาว่าการดำเนินคดีต่อเด็กผู้กระทำความผิดนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะหรือไม่<sup>65</sup> ซึ่งประโยชน์สาธารณะที่สำคัญในประเด็นนี้ คือการปกป้องคุ้มครองเด็ก โดยรัฐสภาในประเทศอังกฤษไม่ประสงค์ที่จะลงโทษเด็กโดยไม่จำเป็น และกฎหมายอาญาก็มิได้ประสงค์ที่จะเข้าแทรกแซงในส่วนที่ไม่เหมาะสม ซึ่งในการผ่านร่างกฎหมายดังกล่าว Lord Falconer กล่าวว่า “สิ่งที่สำคัญสำหรับพวกเราคือการคุ้มครองเด็ก ไม่ใช่การลงโทษเด็ก ในกรณีที่ความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างเด็กนั้นไม่ได้มีการล่อลวงหรือใช้กำลัง การดำเนินคดีเด็กฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายย่อมไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนและไม่เป็นประโยชน์ต่อเด็กด้วย”

<sup>64</sup> Section 13 Child sex offences committed by children or young persons

(1)A person under 18 commits an offence if he does anything which would be an offence under any of sections 9 to 12 if he were aged 18.

(2)A person guilty of an offence under this section is liable—

<sup>65</sup> The Crown Prosecution Service, “Prosecution Policy and Guidance,” Accessed November 4, 2015, from [http://www.cps.gov.uk/news/fact\\_sheets/sexual\\_offences/](http://www.cps.gov.uk/news/fact_sheets/sexual_offences/).

ดังนั้น เมื่อมีการดำเนินคดีแก่เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ในความผิดเกี่ยวกับเพศ จะมีขั้นตอนแนวปฏิบัติในการดำเนินคดี The Directors Guidance on Charging<sup>66</sup> โดยต้องส่งเรื่องสู่สำนักงานอัยการเพื่อให้วินิจฉัยว่าจะดำเนินคดีหรือไม่ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้ต้องหาไร้สารภาพหรือไม่ ซึ่งพนักงานอัยการจะพิจารณาเด็กคู่กรณีจากองค์ประกอบต่างๆ เช่น อายุของคู่กรณี, สภาพจิตใจของคู่กรณี, คู่กรณีสมัครใจร่วมเพศสัมพันธ์นั้นหรือไม่, มีการบังคับหรือล่อลวงหรือไม่, ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี และมีการใช้ประโยชน์จากความเชื่อใจหรือหน้าที่การดูแลเด็กหรือไม่ โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาผู้กระทำผิดเกี่ยวกับเพศที่เป็นเด็กตามระเบียบสำหรับอัยการ

ระเบียบสำหรับอัยการ (Code for Crown Prosecutor) กำหนดปัจจัยที่อัยการจะนำมาใช้ในการพิจารณาว่าสมควรดำเนินคดีผู้ต้องหาในความผิดทางเพศที่เป็นเด็กหรือไม่และการดำเนินคดีได้จะเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ มีองค์ประกอบดังนี้

1. อายุและความเข้าใจ ความรู้สึกนึกคิดของผู้ต้องหา ซึ่งอาจหมายถึงรวมถึงข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ต้องหานั้นถูกบุคคลอื่นใช้แสวงหาประโยชน์อย่างไม่ชอบ, บังคับ, ชูเชิญ หลอกลวง ล่อลวง จนเป็นเหตุให้กระทำความผิดเช่นนั้นหรือไม่
2. อายุของผู้เสียหาย เช่น มีอายุเท่ากัน หรือแตกต่างกันไม่มากจากผู้ต้องหา
3. ผู้เสียหายกระทำกิจกรรมทางเพศโดยสมัครใจหรือไม่ เช่น ผู้เสียหายเข้าใจถึงการกระทำของตนเองหรือไม่ และได้กระทำด้วยความสมัครใจอย่างแท้จริงและเป็นอิสระหรือไม่
4. ระดับการพัฒนาทางด้านเพศ ร่างกาย จิตใจ และการศึกษาของคู่กรณีมีความเท่าเทียมกันหรือไม่
5. ลักษณะ และ ระยะเวลาของความสัมพันธ์ของคู่กรณี มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์แบบหนุ่มสาวในวัยรุนอย่างแท้จริงหรือไม่
6. มีลักษณะของการใช้ประโยชน์อย่างไม่ถูกต้อง, บังคับ, ชูเชิญ หลอกลวง ล่อลวง ในความสัมพันธ์ของคู่กรณีหรือไม่
7. ลักษณะของการกระทำ
8. สิ่งใดเป็นประโยชน์ที่สุดและดีที่สุดต่อสวัสดิภาพของผู้เสียหาย

---

<sup>66</sup> Police Officers and Crown Prosecutors, “The Directors Guidance on Charging,” Accessed October 4, 2015, from [https://www.cps.gov.uk/publications/docs/dpp\\_guidance\\_4.pdf](https://www.cps.gov.uk/publications/docs/dpp_guidance_4.pdf).

### 9. สิ่งใดเป็นประโยชน์ที่สุดและดีที่สุดต่อสวัสดิภาพของจำเลย<sup>67</sup>

โดยหลังจากที่พนักงานอัยการได้พิจารณาตามหลักเกณฑ์ในระเบียบสำหรับอัยการแล้ว พนักงานอัยการควรให้ผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับผู้กระทำผิดเด็กเข้าตรวจดูเอกสารต่างๆที่เกี่ยวข้องและให้ตัดสินใจในประเด็นสำคัญของคดี โดยเฉพาะการตัดสินใจว่าจะดำเนินคดีเด็กนั้นหรือไม่ นอกจากนี้ ต้องมีการแจ้งให้หัวหน้าของสำนักงานอัยการแห่งนั้นๆ (Chief Crown Prosecutors) ทราบ ในกรณีที่คดีมีทั้งผู้ต้องหาและผู้เสียหายเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี และรวมถึงกรณีที่พนักงานอัยการไม่ดำเนินคดีต่อเด็กเนื่องด้วยให้เหตุผลทางพยานหลักฐานหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งคดีดังกล่าวทุกคดีต้องได้รับการตรวจสอบโดยอัยการผู้เชี่ยวชาญทั้งด้านความผิดฐานข่มขืนและด้านเด็กทนายที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการทำคดีเหล่านี้ควรประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญด้านเด็กด้วย

ในกรณีที่ความผิดทางเพศที่กระทำโดยเด็กมีหลักฐานเพียงพอที่จะดำเนินคดีได้ อัยการต้องพิจารณาข้อมูลให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้เพื่อประกอบการประเมินประโยชน์ต่อสาธารณะ ข้อมูลเช่นว่านั้นได้แก่ข้อมูลเกี่ยวกับภูมิหลังของผู้ต้องหา และพฤติการณ์แวดล้อมของความผิดที่กล่าวหา รวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับเหยื่อ การไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนนี้อาจส่งผลให้ศาลทำการตรวจสอบการตัดสินใจของอัยการอีกครั้ง โดยในคดี R v DPP<sup>68</sup> พนักงานอัยการได้มีความเห็นสั่งฟ้องเด็กผู้กระทำ ความผิดทางเพศโดยมิได้พิจารณาตามระเบียบสำหรับอัยการ (Code for Crown Prosecutor) ว่าสมควรลงโทษเด็กและเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ซึ่งศาลในคดีนี้ได้ตรวจสอบและเพิกถอนการตัดสินใจของอัยการที่สั่งฟ้องเด็ก อันเนื่องด้วยมิได้ทำตามระเบียบดังกล่าว

ระเบียบของอัยการ (Code for Crown Prosecutors) ยังกำหนดว่าควรนำความเห็นของเหยื่อและครอบครัวของเหยื่อมาประกอบการพิจารณาด้วย นอกจากนี้ อัยการควรพิจารณาประโยชน์ของเด็กผู้กระทำประกอบการประเมินว่าการดำเนินคดีต่อเด็กนั้นจะเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ในการลงความเห็นว่าดำเนินคดีผู้กระทำผิดเด็กหรือไม่นั้น อัยการควรใช้บทบัญญัติของระเบียบสำหรับอัยการไปในทางที่สอดคล้องกับนโยบายของสำนักงานอัยการที่มีต่อผู้กระทำผิดเด็กและความผิดเกี่ยวกับเพศ<sup>69</sup>

<sup>67</sup> The Crown Prosecution Service, “Prosecution Policy and Guidance,” Accessed October 4, 2015, from [http://www.cps.gov.uk/legal/p\\_to\\_r/rape\\_and\\_sexual\\_offences/soa\\_2003\\_and\\_soa\\_1956/#a26](http://www.cps.gov.uk/legal/p_to_r/rape_and_sexual_offences/soa_2003_and_soa_1956/#a26)

<sup>68</sup> R v DPP, ex parte B 93 Cr App R 416. (1991).

<sup>69</sup> The Crown Prosecution Service, *Supra note 67*, Accessed October 4, 2015, from [http://www.cps.gov.uk/legal/v\\_to\\_z/youth\\_offenders/#a01](http://www.cps.gov.uk/legal/v_to_z/youth_offenders/#a01)

โดยสรุป ในกรณีที่น่าจะทำได้กระทำความผิดโดยใช้วิธีการบังคับ หรือ มีอายุมากกว่าผู้เสียหายมาก กรณีเช่นนี้มีโอกาสสูงที่จำเลยจะถูกฟ้องคดีต่อศาลเพื่อลงโทษจำเลยในความผิดทางเพศ ในขณะเดียวกัน หากการร่วมเพศนั้นเป็นไปโดยความสมัครใจของผู้เสียหายแท้จริง ผู้ต้องมีแนวโน้มที่จะไม่ถูกดำเนินคดี

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายเป็นเด็กซึ่งมีอายุและความรู้สึกนึกคิดเท่ากันหรือใกล้เคียงกัน ได้มีเพศสัมพันธ์กันด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายอย่างแท้จริง โดยไม่มีการข่มขู่ บังคับ หรือมีเจตนาทุจริต ในกรณีเช่นนี้ทางรัฐสภาไม่มีความประสงค์ที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กเนื่องจากเห็นว่าการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อย่างใดต่อสาธารณะ แต่จะดำเนินการป้องกันโดยใช้วิธีการให้การศึกษาแก่เด็ก รวมถึงการจัดให้เด็กและครอบครัวของเด็กนั้นเข้าถึงองค์กรที่ให้คำแนะนำและคำปรึกษาแทน

### 3.4.2 มาตรการภายหลังยกเว้นโทษเด็ก

มาตรการภายหลังยกเว้นโทษเด็กซึ่งศาลเยาวชนและครอบครัว (Juvenile court) ในประเทศอังกฤษใช้ปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติแต่ไม่ต้องการโทษเนื่องด้วยอายุหรือลักษณะ คดีหรือเหตุอื่นใด ซึ่งอยู่ในลักษณะที่จำต้องได้รับการคุ้มครองดูแลเป็นพิเศษ (child in need of care and protection) เมื่อศาลฯ พิจารณาและสืบเสาะจากข้อเท็จจริงของตัวเด็กหรือเยาวชน ความสัมพันธ์ของครอบครัว นิสัย และพฤติกรรมประกอบต่างๆ แล้ว ศาลฯ อาจกำหนดวิธีการที่ใช้ปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชนที่กระทำผิด ดังต่อไปนี้

(1) ศาลฯ เห็นสมควรว่ายังไม่สมควรส่งตัวเด็กหรือเยาวชนไปรับการฝึกอบรมหรือคุมประพฤติศาลฯ อาจปล่อยตัวเด็กได้ทันที โดยไม่มีเงื่อนไขได้ หรืออาจปล่อยตัวเด็กโดยมีเงื่อนไขห้ามประพฤติผิดซ้ำภายในระยะเวลาที่กำหนด 1 ปี หรือภายใน 1 ปี แต่ไม่เกิน 3 ปีก็ได้

(2) ศาลฯ เห็นสมควรให้เด็กต้องถูกคุมประพฤติภายในระยะเวลาที่กำหนด และอาจสั่งเพิ่มเติมให้เด็กผู้ถูกคุมประพฤติเข้ารับการบำบัดที่สถานแนะนำทางจิต หรือ Probation Hotel หรือ Probation Home ภายในกำหนดไม่เกิน 1 ปีได้

(3) ศาลฯ อาจส่งตัวเด็กหรือเยาวชนที่มีอายุตั้งแต่ 10 ปีแต่ไม่เกิน 21 ปี เข้ารับการอบรมยังศูนย์ฝึกอบรม Attendance Center เป็นระยะเวลาไม่เกิน 24 ชั่วโมง โดยสถานที่ดังกล่าวเจ้าหน้าที่จะอบรมเด็กหรือเยาวชนและส่งเสริมในด้านต่างๆ อาทิ ด้านพฤติกรรม ด้านการศึกษา ด้านอาชีพ เป็นต้น

(4) หากศาลฯ พบว่าสาเหตุที่เด็กกระทำความผิดเกิดขึ้นจากปัญหาทางครอบครัว เช่น ครอบครัวแตกแยก เด็กขาดความอบอุ่นหรือเกิดจากสภาพแวดล้อมที่ไม่เหมาะสมต่อตัวเด็ก ศาลฯ อาจสั่งให้ส่งตัวเด็กหรือเยาวชนไปอยู่ในความดูแลของบุคคลที่สามซึ่งเป็นญาติหรือบุคคลอื่นใดที่

เหมาะสมในการดูแลเด็กเป็นระยะเวลาชั่วคราวจนกว่าสถานการณ์ในครอบครัวเด็กจะกลับเป็นดังเดิมก็ได้ หรือจะให้อยู่ในความดูแลกระทันเด็กเติบโตพอที่จะดูแลตนเองได้ซึ่งกำหนดไว้ที่อายุ 18 ปี

(5) ในกรณีที่ศาลฯ พิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรการทั่วไปไม่เหมาะสมกับเด็กหรือเยาวชนให้เติบโตเป็นบุคคลที่ดีในสังคมได้ ศาลฯ อาจสั่งให้ส่งตัวเด็กหรือเยาวชนไปรับการฝึกและอบรมยังสถานที่ฝึกและอบรมได้ ซึ่งสถานฝึกอบรมมีทั้งแบบระยะสั้นระยะยาว อาทิ Approved School เป็นที่ฝึกอบรมสำหรับเด็กและเยาวชนที่กระทำผิดและรวมถึงเด็กที่ต้องการได้รับการดูแลเป็นพิเศษ โดยจะมีการสอนทั้งด้านความรู้และวิชาชีพ เพื่อส่งเสริมให้เด็กหรือเยาวชนกลับตนเป็นคนดีและอยู่ในสังคมได้ ฯลฯ<sup>70</sup>

เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมถือเป็นเด็กที่ต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษ ซึ่งในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นสมควรไม่ดำเนินคดีหรือในกรณีมีการดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชนและภายหลังที่เด็กหรือเยาวชนได้รับการยกเว้นโทษหรือได้รับโทษน้อยลงแล้ว หากศาลฯ เห็นสมควรเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำและส่งเสริมให้เด็กพัฒนาเติบโตไปในทางที่ถูกต้อง ศาลฯ มีอำนาจใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวางในการกำหนดวิธีการแก้ไขและฟื้นฟูเด็กให้เหมาะสมกับตัวเด็ก จนกว่าเด็กหรือเยาวชนจะปรับปรุงความประพฤติและเติบโตเป็นคนดีในสังคมได้

---

<sup>70</sup> บุญเพราะ แสงเทียน, *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 37*, น.47-52.

## บทที่ 4

### บทวิเคราะห์การดำเนินคดีเด็กกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม

การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือเยาวชนที่อายุใกล้เคียงกัน ประเทศไทยควรที่จะกำหนดให้เป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและควรดำเนินคดีลงโทษแก่ผู้กระทำชำเรานั้นหรือไม่ จำต้องศึกษาเปรียบเทียบกับนานาประเทศที่ได้มีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ว่ามีทางออกเช่นใด และต้องศึกษาถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกำหนดความผิดหรือดำเนินคดีลงโทษต่อเด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม เพื่อที่จะได้พิจารณาว่าการลงโทษนั้นสมควรแล้วหรือไม่และเกิดประโยชน์ต่อสังคมอย่างไร

#### 4.1 เปรียบเทียบการดำเนินคดีเด็กกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างกฎหมายประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศไทยได้กำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์โดยความยินยอมเป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 และหากเป็นการกระทำของเด็กหรือเยาวชนแล้วอาจมีเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 277 วรรคท้าย ซึ่งพบว่าเมื่อพิจารณาถึงการกำหนดความผิดหรือการดำเนินคดีต่อเด็กในประเทศแคนาดา สมาพันธรัฐสวิส สหรัฐอเมริกาหรือประเทศอังกฤษ ต่างก็บัญญัติกฎหมายโดยมีเจตนารมณ์ในการปกป้องคุ้มครองเด็กหรือเยาวชนดังเช่นประเทศไทย แต่การกำหนดความผิดหรือการดำเนินคดีต่อเด็กกลับมีความแตกต่างกัน ผู้ศึกษาจึงได้เปรียบเทียบการกำหนดความผิดหรือการดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมนี้ เพื่อที่จะได้พิจารณาและนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมต่อไป

##### 4.1.1 เปรียบเทียบกับกลุ่มประเทศที่กำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กไม่เป็นความผิด

การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือเยาวชนที่มีอายุใกล้เคียงกัน ในประเทศไทยบัญญัติให้เป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก แต่หากเป็นการกระทำของเด็กหรือเยาวชนแล้วอาจได้รับการบรรเทาโทษหากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด คือศาลเยาวชนและครอบครัวต้องมีคำสั่งอนุญาตให้เด็กสมรสกันหรือให้คุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก เมื่อเปรียบเทียบกับกลุ่มประเทศที่กำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กหรือเยาวชนนั้นไม่เป็นความผิดพบว่ามี ความแตกต่างกันหลายประการ



#### 4.1.1.1 การดำเนินคดีในความผิดเกี่ยวกับเพศ

##### (ก) ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กของทั้งสามประเทศไม่พิจารณาถึงความยินยอมของเด็กผู้เสียหายแต่อย่างใด หากกระทำชำเราต่อเด็กที่เกณฑ์อายุต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดแล้วย่อมมีความผิด โดยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 กำหนดให้บุคคลใดกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีโดยเด็กจะให้ความยินยอมหรือไม่ เป็นความผิดตามมาตรา 277 นี้ และหากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีผู้กระทำย่อมได้รับโทษหนักขึ้น ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศแคนาดา (Criminal Code R.S.C 1985) บัญญัติไว้ใกล้เคียงกับกฎหมายไทยกล่าวคือ บุคคลใดกระทำประทุษร้ายทางเพศต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี แม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอมหรือไม่ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 272 แต่ทั้งนี้ไม่มีการกำหนดอายุเด็กขั้นต่ำสุดที่ผู้กระทำจะได้รับโทษสูงขึ้นเช่นกฎหมายไทย สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาของสมาพันธรัฐสวิส (Swiss Criminal Code) ตามมาตรา 187 ที่บัญญัติให้บุคคลใดกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี แม้ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่เป็นความผิดเช่นเดียวกัน ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราเด็กไว้ตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งใช้บังคับภายในมลรัฐ (State law) โดยเกณฑ์อายุที่บุคคลกระทำชำเราเด็กเป็นความผิด แม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอมหรือไม่อยู่ในระหว่างอายุ 12 ถึง 18 ปี ซึ่งแล้วแต่ความเหมาะสมของแต่ละรัฐ

ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กของทั้งสามประเทศ เพศของผู้กระทำและผู้ถูกระทำแตกต่างกันบางประเทศ โดยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 บัญญัติว่าผู้กระทำชำเราและผู้ถูกระทำชำเราสามารถเป็นเพศใดก็ได้ ไม่จำกัดเพศ ซึ่งสอดคล้องกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กที่บัญญัติในประเทศแคนาดา ที่ผู้กระทำชำเราและผู้ถูกระทำชำเราจะเป็นเพศใดก็ได้ รวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกาหลายมลรัฐส่วนใหญ่ได้มีการบัญญัติให้การกระทำชำเราจะเป็นเพศใดก็ได้ แต่ทั้งนี้ ในประมวลกฎหมายอาญาแม่แบบ (Model Penal code) กลับระบุว่า การกระทำชำเราผู้กระทำต้องเป็นเพศชายและผู้ถูกระทำชำเราต้องเป็นเพศหญิงเท่านั้น สาเหตุอาจเนื่องด้วยกฎหมายดังกล่าวอาจมิได้มีการปรับปรุงให้เกิดความเหมาะสม เนื่องด้วยเป็นเพียงต้นแบบให้มลรัฐต่างๆ นำมาปรับใช้ให้เหมาะสมภายในรัฐนั้นๆ และมิได้มีสภาพบังคับหรือมีบทลงโทษใดๆ นั่นเอง แต่ในสมาพันธรัฐสวิส ระบุว่า การข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นการกระทำต่อเพศหญิงเท่านั้น โดยผู้กระทำจะเป็นเพศใดก็ได้ หากกระทำต่อผู้เสียหายเพศชายเสมือนกันกับการมีเพศสัมพันธ์ต่ออีกฝ่ายโดยปราศจากความยินยอมจะเป็นความผิดอีกฐานหนึ่ง

ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กของทั้งสามประเทศ ให้นิยามความผิดฐานกระทำชำเราเด็กที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ระบุให้ต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ “ล้วงล้ำ” ต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ และให้รวมถึงการใช้สิ่งอื่นใดของผู้กระทำล้วงล้ำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกระทำเท่านั้น แต่ตามประมวลกฎหมายประเทศแคนาดา มาตรา 272 ในความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศ (sexual assault) ได้ขยายขอบเขตของการกระทำชำเราให้มากขึ้นโดยครอบคลุมถึงการกระทำอนาจารใดๆ ย่อมเป็นความผิดตามกฎหมายนี้ด้วย ซึ่งศาลฎีกาเคยตีความว่าการจับหน้าอกผู้หญิงที่อายุเกินกว่า 16 ปีเพื่อสนองในทางเพศของผู้กระทำ ย่อมเป็นความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศตาม มาตรา 272 นี้ด้วย ส่วนในสวิสฯ ตามมาตรา 187 การกระทำทางเพศทุกรูปแบบต่อเด็กย่อมเป็นความผิด (sexual acts) ซึ่งการกระทำชำเราตาม มาตรา 190 ต้องเป็นการล้วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิง (sexual intercourse) หรือ หากกระทำต่อเพศชาย ต้องเป็นการกระทำทางเพศใดๆ ที่เสมือนกับการมีเพศสัมพันธ์ (sexual act similar to intercourse) เช่น กระทำทางทวารหนัก ฯลฯ ถูกบัญญัติใน มาตรา 189 ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกาในแต่ละมลรัฐได้กำหนดนิยามของการกระทำชำเราไว้คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ การกระทำชำเราจะต้องมีการล้วงล้ำและต้องเป็นการกระทำของอวัยวะเพศกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำ

#### (ข) ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กของทั้งสามประเทศไม่พิจารณาถึงความยินยอมของเด็กผู้เสียหายแต่อย่างใด หากกระทำอนาจารต่อเด็กที่เกณฑ์อายุต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดแล้วย่อมมีความผิด โดยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 กำหนดให้ผู้ใดกระทำอนาจารเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีโดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ยอมเป็นความผิดตามมาตรานี้ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศแคนาดา (Criminal Code R.S.C 1985) บัญญัติไว้ใกล้เคียงกับกฎหมายไทย กล่าวคือ บุคคลใดกระทำอนาจารต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี เป็นความผิดตาม มาตรา 151 สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาของสมาพันธรัฐสวิส (Swiss Criminal Code) ตาม มาตรา 187 ที่บัญญัติให้บุคคลใดอนาจารเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี แม้ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่เป็นความผิดเช่นเดียวกัน ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กไว้ตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งใช้บังคับภายในมลรัฐ (State law) โดยเกณฑ์อายุที่บุคคลกระทำอนาจารเด็กเป็นความผิด แม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอมหรือไม่อยู่ในระหว่างอายุ 12 ถึง 18 ปี ซึ่งแล้วแต่ความเหมาะสมของแต่ละรัฐ

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กของทั้งสามประเทศผู้กระทำและผู้ถูกระทำจะเป็นเพศใดก็ได้ไม่จำกัด โดยตามประมวลกฎหมายอาญาตามมาตรา 279 บัญญัติว่าผู้กระทำอนาจารและผู้ถูกระทำอนาจารสามารถเป็นเพศใดก็ได้ ไม่จำกัดเพศ ซึ่งสอดคล้องกับความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กที่บัญญัติในประเทศแคนาดา สวิตเซอร์แลนด์ รวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ผู้กระทำซ้ำเราและผู้ถูกระทำซ้ำเราจะเป็นเพศใดก็ได้เช่นเดียวกัน

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กของทั้งสามประเทศให้นิยามความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กไว้คล้ายคลึงกัน โดยกำหนดให้การสัมผัสต่อร่างกายเด็กหรือส่วนหนึ่งส่วนใด โดยมีวัตถุประสงค์ทางเพศย่อมเป็นความผิด กล่าวคือ การกระทำอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 คือการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศและต้องมีการกระทำต่อร่างกายของบุคคลอื่นโดยตรง เช่น กอด จูบ ลูบ คลำ โดยมีความประสงค์เพื่อความใคร่ทางเพศ อาจเป็นผู้กระทำเองหรือให้ผู้เสียหายกระทำต่อร่างกายตนได้ เช่น บังคับให้ผู้เสียหายจับของลับของตน เป็นต้น ซึ่งตามประมวลกฎหมายประเทศแคนาดา มาตรา 151 ในความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก (sexual interference) กำหนดให้บุคคลมีความผิดฐานกระทำซ้ำเราเมื่อบุคคลนั้นใช้อวัยวะหรือสิ่งของใดสัมผัสโดยตรงหรืออ้อมต่อร่างกายหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายเด็ก เพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ ซึ่งมาตรา 151 ผู้กระทำเป็นผู้กระทำอนาจารต่อผู้เสียหายโดยตรง แต่หากผู้กระทำบังคับหรือล่อลวงให้ผู้เสียหายที่เป็นเด็กสัมผัสร่างกายตนเพื่อทางใคร่แล้ว ย่อมเป็นความผิดฐานอนาจารเช่นเดียวกัน (Invitation to sexual touching) ส่วนในสวิตเซอร์แลนด์ การกระทำอนาจารตามมาตรา 194 คือการเปิดเผยอวัยวะเพศในที่สาธารณะ (Indecent Conduct) และในมาตรา 198 ความผิดฐานคุกคามทางเพศ (Sexual harassment) คล้ายกับความผิดอนาจารในประเทศอื่นๆ กล่าวคือ เป็นความผิดเมื่อคุกคามทางเพศโดยสัมผัสต่อเนื้อตัวผู้เสียหายโดยตรงรวมถึงการใช้ภาษาลามกด้วย ซึ่งความผิดทั้งสองฐานนี้หากเจตนากระทำต่อเด็กย่อมมีความผิดตามมาตรา 187 ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกาในแต่ละมลรัฐได้กำหนดนิยามของการกระทำอนาจาร (Sexual contact) ไว้คล้ายคลึงกัน กล่าวคือจะต้องสัมผัสต่อเนื้อตัวของผู้เสียหายโดยตรง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทางเพศ

#### 4.1.1.2 การกำหนดอายุในการให้ความยินยอมการกระทำเกี่ยวกับเพศ

ความผิดฐานกระทำซ้ำเราเด็กตามมาตรา 277 กำหนดอายุความยินยอมของเด็กผู้ถูกระทำให้ต้องมีอายุ 15 ปีบริบูรณ์จึงสามารถให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ได้ ดังนั้น หากเด็กผู้ถูกระทำอายุต่ำกว่า 15 ปีแม้จะให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ต่อบุคคลผู้กระทำก็ตาม ผู้กระทำนั้นย่อมมีความผิดฐานกระทำซ้ำเราเด็ก และหากเป็นการกระทำซ้ำเราต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีผู้กระทำย่อมได้รับโทษหนักขึ้น ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศแคนาดา (Criminal Code R.S.C 1985) และประมวลกฎหมายอาญาของสมาพันธรัฐสวิส (Swiss Criminal

Code) บัญญัติไว้ใกล้เคียงกับกฎหมายไทยกล่าวคือ เด็กจะให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์ได้เมื่ออายุ 16 ปีบริบูรณ์ ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาแต่ละมลรัฐได้บัญญัติให้เด็กสามารถให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์ได้เมื่ออายุระหว่าง 12 ถึง 18 ปี แล้วแต่ความเหมาะสมของแต่ละรัฐ

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 279 กำหนดอายุความยินยอมของเด็กผู้กระทำให้ต้องมีอายุ 15 ปีบริบูรณ์จึงสามารถให้ความยินยอมในการสัมผัสทางเพศใดๆ ได้ซึ่งสอดคล้องกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กที่กำหนดอายุของความยินยอมไว้ที่อายุ 15 ปี เช่นเดียวกัน ส่วนประมวลกฎหมายอาญาประเทศแคนาดา (Criminal Code R.S.C 1985) และประมวลกฎหมายอาญาของสมาพันธรัฐสวิส (Swiss Criminal Code) บัญญัติไว้ใกล้เคียงกับกฎหมายไทยกล่าวคือ เด็กจะให้ความยินยอมในการกระทำทางเพศใดๆ ได้เมื่ออายุ 16 ปีบริบูรณ์ ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาแต่ละมลรัฐได้บัญญัติให้เด็กสามารถให้ความยินยอมมี การกระทำทางเพศได้เมื่ออายุระหว่าง 12 ถึง 18 ปี แล้วแต่ความเหมาะสมของแต่ละรัฐ

#### 4.1.1.3 การกำหนดข้อยกเว้นกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็ก

โดยทั่วไปการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กหรือเยาวชนที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ ย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กโดยผลของกฎหมาย (statutory rape) ซึ่งบทบัญญัตินี้จะไม่พิจารณาถึงความยินยอมของเด็กแต่อย่างใด และเนื่องด้วยการกระทำชำเราข่มขืนกลืนการกระทำอนาจารไปในตัว ดังนั้น เมื่อบุคคลใดมีเพศสัมพันธ์กับเด็กที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ย่อมมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กแต่เพียงบทเดียว จากการศึกษาพบว่าเจตนารมณ์ในการลงโทษระหว่างเด็กและผู้ใหญ่ย่อมแตกต่างกัน สาเหตุเนื่องด้วยเหตุผลที่ว่าเด็กหรือผู้เยาว์ยังขาดเจตนาในการกระทำผิดเช่นผู้ใหญ่ที่มีการคิดไตร่ตรองอย่างถี่ถ้วนแล้วจึงลงมือกระทำความผิด ดังนั้น การกำหนดความผิดกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ย่อมแตกต่างจากการกำหนดความผิดกรณีผู้ใหญ่มีเพศสัมพันธ์กับเด็ก

##### (ก) การกำหนดข้อยกเว้นของแต่ละประเทศ

การมีเพศสัมพันธ์โดยความสมัครใจระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีอายุตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ประเทศไทยกำหนดเหตุบรรเทาโทษไว้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคท้าย ที่แก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2558 กำหนดให้เยาวชนที่กระทำชำเราเด็กอาจได้รับเหตุบรรเทาโทษ หากศาลเยาวชนและครอบครัวพิจารณาแล้วว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนด ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 277 วรรคท้ายเดิมก่อนที่มีการแก้ไข ที่บัญญัติให้เยาวชนมีต้องรับผิดฐานกระทำชำเราเด็กถ้าศาลอนุญาตให้เด็กทั้งสองสมรสกัน แตกต่างจากประเทศแคนาดาที่กำหนดให้การกระทำชำเราไม่มีความผิด หากเป็นไปตามหลัก “Close in age” exception คือ เมื่อเด็กหรือ

เยาวชนทั้งสองมีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจและมีอายุใกล้เคียงกันแล้ว หากมีการดำเนินคดีต่อเด็กในความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศ (Sexual assault) ตามมาตรา 150.1 กำหนดให้ผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นเด็กหรือเยาวชนนั้นสามารถยกความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นต่อสู้เพื่อมิให้ตนต้องรับผิดได้ ถ้าเป็นไปตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กำหนด สอดคล้องกับสมาพันธ์รัฐสวิสที่กำหนดให้การกระทำชำเราไม่มีความผิด หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าเด็กหรือเยาวชนมีอายุตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดและมีความสัมพันธ์กันโดยความยินยอม

ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้การกระทำชำเราไม่มีความผิดหรือเป็นเหตุบรรเทาโทษ ซึ่งแล้วแต่ละมรัฐจะบัญญัติให้เกิดความเหมาะสมอย่างไร หากเป็นไปตามหลัก Romeo and Juliet คือ เมื่อเด็กหรือเยาวชนทั้งสองมีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจและมีอายุใกล้เคียงกันแล้ว บางรัฐได้บัญญัติให้ผู้กระทำสามารถยกข้อต่อสู้ให้ตนไม่ต้องรับผิดได้ (affirmative defence) เช่น ในมลรัฐนิวยอร์ก (New York) มลรัฐเท็กซัส (Texas) หรือบางรัฐอาจบัญญัติเป็นข้อยกเว้นของกฎหมาย (statutory exception) อาทิ มลรัฐ Oklahoma มลรัฐ Vermont นอกจากนี้ในบางรัฐแม้มีได้บัญญัติกรณีดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นให้เด็กไม่ต้องรับโทษหรือให้เด็กสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ได้ดังเช่นรัฐต่างๆ ไป แต่ก็ได้นำหลัก Romeo and Juliet มาปรับใช้ในคำพิพากษากระทั่งเป็นแนวบรรทัดฐานให้แก่รัฐอื่นๆ ให้เด็กไม่ต้องรับผิด อาทิ มลรัฐ Ohio รวมถึงบางรัฐที่ได้นำหลักดังกล่าวมาบัญญัติเพื่อเป็นเหตุบรรเทาโทษให้แก่เยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์กับเด็กโดยความยินยอม เช่น ในรัฐ Kansas เป็นต้น

#### (ข) เพศของเด็กหรือเยาวชนที่เข้าข้อยกเว้น

ข้อยกเว้นของความผิดฐานกระทำชำเราเด็กของทั้งสามประเทศผู้กระทำและผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศใดก็ได้ไม่จำกัด โดยประเทศไทยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 มิได้ระบุว่าคุณกระทำและผู้ถูกกระทำต้องเป็นเพศใดเพศหนึ่ง และเมื่อพิจารณาเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 277 วรรคท้ายนี้ ก็มีได้ระบุไว้เช่นเดียวกัน ดังนั้น เด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดตามมาตรา 277 นี้ไม่ว่าเพศใดๆ หากเข้าเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามที่ศาลเยาวชนและครอบครัวกำหนดไว้อาจได้รับเหตุบรรเทาโทษจากศาลได้ แต่ทั้งนี้ ในกรณีที่ศาลอนุญาตให้เยาวชนผู้กระทำผิดสมรสกับเด็กผู้เสียหาย การสมรสย่อมกระทำได้เฉพาะเด็กต่างเพศกันเท่านั้น เด็กเพศเดียวกันย่อมไม่สามารถสมรสกันได้ แต่เด็กเพศเดียวกันอาจใช้ทางออกตามมาตรา 277 วรรคท้ายคือ ศาลอาจมีคำสั่งให้คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กทั้งสองตามกฎหมายคุ้มครองเด็กเพื่อใช้เป็นเหตุบรรเทาโทษได้ สอดคล้องกับประเทศแคนาดา ความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศต่อเด็ก (Sexual assault) ตามมาตรา 150.1 และสมาพันธ์รัฐสวิสในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก (Sexual intercourse) ตามมาตรา 187 ก็มีได้ระบุว่าคุณกระทำและผู้ถูกกระทำต้องเป็นเพศใดเพศหนึ่งเช่นเดียวกับประเทศไทย ดังนั้น เยาวชน

ที่กระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก อาจได้รับการยกเว้นโทษหรือยกเป็นข้อต่อสู้ให้ตนไม่ต้องรับผิดได้ทั้งเพศชายและหญิง แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาเนื่องด้วยกฎหมายของแต่ละมลรัฐ (Statutory rape) บัญญัติไว้แตกต่างกัน โดยมลรัฐส่วนใหญ่ระบุชัดว่าเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำจะเป็นเพศใดก็ได้ หากเข้าเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายในแต่ละรัฐกำหนด เด็กหรือเยาวชนย่อมไม่ต้องรับโทษหรือสามารถยกข้อต่อสู้เพื่อให้ตนไม่ต้องรับผิดหรือเป็นเหตุบรรเทาโทษได้ แต่ในบางรัฐ เช่น รัฐ Kansas แม้ระบุชัดว่าเยาวชนผู้กระทำความผิดที่จะได้รับการลดหย่อนโทษต้องเป็นการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศตรงข้ามกันเท่านั้นจึงจะได้รับการลดหย่อนโทษ แต่ศาลฎีกาแห่งรัฐ Kansas ก็ได้พิพากษารองรับว่าการเลือกปฏิบัติทางเพศจะกระทำมิได้ บุคคลทุกคนย่อมได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างเท่าเทียม อันเป็นการวางแนวบรรทัดฐานว่าผู้กระทำที่จะได้รับข้อยกเว้นให้ไม่ต้องรับผิดนั้นจะเป็นเพศใดก็ได้นั่นเอง

### (ค) หลักเกณฑ์อายุของเด็กหรือเยาวชนที่เข้าข้อยกเว้น

ในประเทศไทยหลักเกณฑ์อายุที่เด็กหรือเยาวชนจะได้รับการบรรเทาโทษตามมาตรา 277 วรรคท้าย จำกัดช่วงอายุว่าต้องเป็นการกระทำโดยเยาวชนอายุต่ำกว่า 18 ปีกระทำชำเราต่อเด็กอายุเกินกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปีโดยเด็กผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมเท่านั้น ซึ่งหากเป็นการกระทำชำเราต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี แม้ผู้กระทำที่เป็นเยาวชนจะอายุเทียบเท่าหรือใกล้เคียงกัน ย่อมไม่สามารถอ้างเหตุตามมาตรา 277 วรรคท้ายมาเพื่อใช้ในการบรรเทาโทษได้ แตกต่างจากประเทศแคนาดาที่เด็กหรือเยาวชนจะไม่ต้องรับผิดนั้น ต้องพิจารณาถึงเกณฑ์อายุของเด็กหรือเยาวชนทั้งสอง โดยแบ่งอายุของเด็กหรือเยาวชนออกเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มแรกผู้เสียหายอายุมากกว่า 12 ปี แต่ไม่เกิน 14 ปี หากผู้กระทำมีอายุมากกว่าผู้เสียหายไม่เกิน 2 ปี ผู้กระทำสามารถยกความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นต่อสู้เพื่อมิให้ตนต้องรับผิดได้ และกลุ่มสองผู้เสียหายอายุมากกว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี หากผู้กระทำมีอายุมากกว่าผู้เสียหายไม่เกิน 5 ปี ผู้กระทำสามารถยกความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นต่อสู้เพื่อมิให้ตนต้องรับผิดได้เช่นเดียวกัน ซึ่งประเทศแคนาดายึดตามหลัก “Close in age” exception กล่าวคือ เด็กผู้ต้องหาที่สามารถยกเหตุความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้อต่อสู้เพื่อมิให้ตนต้องรับผิดนั้นต้องมีอายุใกล้เคียงกันและหากเด็กผู้เสียหายอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ในข้อยกเว้นแล้ว เด็กหรือเยาวชนผู้นั้นย่อมไม่สามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อมิให้ตนต้องรับผิดได้ กล่าวคือเป็นเด็กที่อายุต่ำกว่า 12 ปีนั่นเอง

ในสหพันธรัฐสวิสได้กำหนดข้อยกเว้นให้การกระทำทางเพศทุกรูปแบบต่อเด็กไม่เป็นความผิด หากปรากฏว่าเด็กผู้เสียหายและเด็กผู้กระทำอายุห่างกันไม่เกิน 3 ปี (The act is not an offence) ซึ่งมีข้อสังเกตว่าอายุของผู้เสียหายที่สวิสฯ กำหนดนี้ ไม่มีขอบเขตจำกัดดังเช่นกฎหมายไทยหรือกฎหมายแคนาดา เพราะใช้คำว่า “เด็กอายุห่างกันไม่เกิน 3 ปี” ซึ่งหมายความว่าเด็กผู้เสียหายจะอายุเท่าใดก็ตาม หากมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้วเด็กผู้กระทำ ย่อมไม่มีความผิด ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดเกณฑ์อายุที่เด็กหรือเยาวชนมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้วไม่ต้องรับโทษ หรือผู้เยาวชนกระทำสามารถยกความยินยอมของเด็กผู้เสียหายขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อมิให้ตนต้องรับผิดได้ หรือยกความยินยอมเป็นเหตุบรรเทาโทษ แตกต่างกันไปตามแต่ละมลรัฐ แต่ทั้งนี้เด็กผู้กระทำและผู้ถูกกระทำต้องอายุใกล้เคียงกันและอยู่ในช่วงระหว่าง 12-18 ปี ตามความเหมาะสมของแต่ละมลรัฐ

อนึ่ง แม้ว่าในแต่ละมลรัฐจะกำหนดช่วงอายุไว้ชัดเจนเพื่อให้เด็กผู้กระทำมิต้องรับโทษนั้น แต่เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่ากรณีมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กมิใช่การกระทำ ความผิด และรัฐไม่มีความประสงค์จะดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชน ดังนั้นในกรณีที่เด็กหรือเยาวชนทั้งสองมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้ว แม้ว่าอายุของเด็กหรือเยาวชนนั้นจะมิได้เข้าเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ตามช่วงอายุที่แต่ละมลรัฐกำหนด ส่งผลให้ไม่สามารถนำเหตุความยินยอมของเด็กผู้เสียหายมาใช้เป็นเหตุให้ตนมิต้องรับโทษหรือยกความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ในเรื่องดังกล่าวศาลฎีกาได้แสวงหาทางออกเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการปกป้องคุ้มครองเด็ก โดยได้หยิบยกเหตุผลจากรัฐธรรมนูญมาใช้เป็นทางออกในการพิจารณาแก่เด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมให้มิต้องได้รับโทษแม้ว่าอายุของเด็กทั้งสองจะมิได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ตาม เช่น ในรัฐ Ohio กำหนดให้การกระทำชำเราต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีเป็นความผิดและเนื่องจากอายุของผู้เสียหายน้อยเกินไปจึงไม่สามารถยกเหตุความยินยอมมาเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนมิต้องรับโทษได้ แต่ในคดีที่การกระทำชำเราเกิดขึ้นโดยผู้กระทำที่เป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีเช่นเดียวกัน ศาลฎีกาได้พิพากษาไม่ดำเนินคดีแก่เด็กนั้น โดยให้เหตุผลว่าการลงโทษเด็กผู้กระทำที่อายุต่ำกว่า 13 ปีเช่นเดียวกันนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องด้วยเป็นการกระทำที่ละเมิดหลักการให้ความคุ้มครองอย่างเสมอภาค และการเลือกปฏิบัติ สอดคล้องกับรัฐ Vermont ที่ศาลฎีกาพิพากษาในทำนองเดียวกันว่าบุคคลหนึ่งไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมายได้ หากบุคคลนั้นเองก็มีอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่จะให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ อันแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของประเทศอเมริกาว่าไม่ประสงค์จะดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแต่อย่างใด

### (ง) การกำหนดเงื่อนไขข้อยกเว้น

การมีเพศสัมพันธ์โดยความสมัครใจระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ ที่มีอายุตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ประเทศไทยกำหนดเหตุบรรเทาโทษไว้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย กำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวอาจมีคำสั่งอนุญาตให้เด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมสมรสกันภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด หรืออาจมีคำสั่งให้คุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กทั้งสองแล้ว ศาลเยาวชนและครอบครัวจะพิพากษาลงโทษเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำความผิดเพียงใดก็ได้ อันเป็นเงื่อนไขที่ต้องปฏิบัติตามที่ศาลฯ จะพิพากษาให้เด็กหรือเยาวชนมีความผิดฐานกระทำความชำเราเด็กแล้วจึงนำการบรรเทาโทษมาใช้เป็นทางออก กลับไม่พบว่าประเทศแคนาดา ประเทศสหรัฐอเมริกา และสมาพันธรัฐสวิส ได้นำเงื่อนไขการสมรสของเด็กหรือเยาวชนทั้งสองมาเป็นเหตุให้คดีอาญาระงับหรือไม่ดำเนินคดีแก่เด็ก รวมถึงทั้งสามประเทศไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กทั้งสองเช่นในกฎหมายไทย อันเป็นเงื่อนไขในการบรรเทาโทษมาใช้แก่เด็กหรือเยาวชนแต่อย่างใด

นอกจากนี้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย ก่อนที่ศาลเยาวชนและครอบครัวจะมีคำสั่งใดๆ อันเป็นเหตุบรรเทาโทษให้ศาลพิจารณาและให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกกระทำ หรือเหตุอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกกระทำด้วย ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับทั้งสามประเทศในกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความสมัครใจระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีอายุใกล้เคียงกัน แม้ทั้งสามประเทศจะมีได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนเช่นในมาตรา 277 วรรคท้ายของประเทศไทย แต่ทั้งสามประเทศก็มีเงื่อนไขที่กำหนดหน้าที่ให้ศาลพิจารณาให้ได้ความว่าเด็กหรือเยาวชนทั้งสองมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมจริง หรือให้เด็กหรือเยาวชนมีหน้าที่ยกความยินยอมของผู้เสียหายมาใช้เป็นข้อต่อสู้เพื่อมิให้ตนต้องรับผิด ดังนี้

ประเทศแคนาดาหากเด็กหรือเยาวชนผู้ต้องหาสามารถพิสูจน์ให้ศาลเชื่อได้ว่าการมีเพศสัมพันธ์ของทั้งสองเป็นไปด้วยความสมัครใจ และปรากฏว่าอายุของทั้งสองมีอายุใกล้เคียงกันตามที่กฎหมายกำหนด ศาลย่อมพิพากษายกฟ้องให้เด็กไม่ต้องรับผิดตามข้อยกเว้นในมาตรา 150.1 ส่วนในสมาพันธรัฐสวิสกำหนดให้ศาลต้องพิจารณาและใช้ดุลยพินิจว่าการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กหรือเยาวชนนั้นเกิดขึ้นโดยความยินยอมหรือไม่ หากพิสูจน์แล้วข้อเท็จจริงปรากฏว่าเด็กหรือเยาวชนมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมจริงและเข้าเงื่อนไขตามเกณฑ์อายุที่เด็กไม่ต้องรับโทษคือห่างกันไม่เกิน 3 ปี แล้ว ศาลต้องปล่อยตัวเด็กทันที ประเทศสหรัฐอเมริกาแต่ละมลรัฐได้บัญญัติข้อยกเว้นในกรณีที่มีการดำเนินคดีแก่เด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแตกต่างกันไป แต่ทั้งนี้เด็กหรือเยาวชนทั้งสองต้องมีอายุที่ใกล้เคียงกันและไม่เด็กจนเกินไปซึ่งอยู่ในระหว่างอายุ 12-18 ปี โดยบาง



รัฐอาจบัญญัติไว้โดยตรงให้เด็กมีต้องรับโทษ หรือบางรัฐอาจบัญญัติให้เด็กหรือเยาวชนสามารถยกเหตุความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้อต่อสู้ให้ตนมีต้องรับผิดได้ หรือบางรัฐอาจใช้เป็นเหตุบรรเทาโทษ แต่ทั้งนี้ ไม่ว่าจะแต่ละรัฐจะกำหนดไว้เป็นเช่นไรสุดท้ายแล้วยอมเป็นหน้าที่ของศาลที่จะพิจารณาให้ได้ความว่าการมีเพศสัมพันธ์ของเด็กหรือเยาวชนทั้งสองเกิดจากความยินยอมจริงหรือไม่ หากพิสูจน์แล้วข้อเท็จจริงปรากฏว่าเด็กหรือเยาวชนมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมจริง ดังนี้ ศาลยอมพิพากษาไปตามที่กฎหมายแต่ละรัฐบัญญัติไว้คือเด็กไม่ต้องรับโทษหรือมีความผิดแต่ได้รับการลดโทษ มีข้อสังเกตว่า แม้ตัวบทกฎหมายในบางรัฐจะกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของอายุที่เป็นเหตุยกเว้นให้เด็กมีต้องได้รับโทษไว้อย่างตายตัว แต่เมื่อมีการดำเนินคดีต่อเด็กที่อายุไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น เกิดการกระทำชำเราเด็กที่อายุน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดเป็นข้อยกเว้นไว้โดยเด็กยินยอมและผู้กระทำก็อายุไล่เลี่ยกันเช่นเดียวกัน ในบางรัฐก็ยังแสวงหาทางออกให้แก่เด็กเพื่อมิให้ต้องรับโทษอันเป็นไปตามเจตนารมณ์ในการปกป้องคุ้มครองเด็กและเพื่อให้การพิพากษานั้นก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเด็กอย่างแท้จริง

โดยสรุป ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 ของประมวลกฎหมายอาญาไทย กำหนดเหตุบรรเทาโทษไว้ในมาตรา 277 วรรคท้าย ซึ่งหากพบว่ามี การดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้ว ศาลเยาวชนและครอบครัวอาจพิจารณาอนุญาตให้เด็กทั้งสองสมรสกันหรือมีคำสั่งให้คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กทั้งสอง ซึ่งศาลเยาวชนและครอบครัวต้องคำนึงถึงตัวเด็กและพฤติกรรมของเด็กในคดีเป็นสำคัญก่อนที่จะมีคำพิพากษาใดๆ แก่เด็กหรือเยาวชนนั้น เมื่อเทียบกับประเทศแคนาดาแล้ว รัฐไม่ประสงค์ดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม หากเป็นไปตามเงื่อนไขคือทั้งสองมีอายุไล่เลี่ยกันและการมีเพศสัมพันธ์เกิดขึ้นโดยความยินยอมแล้ว เด็กผู้กระทำสามารถยกความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้อต่อสู้เพื่อมิให้ตนต้องรับผิดได้ ส่วนในสมาพันธรัฐสวิส หากเด็กหรือเยาวชนมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมและมีอายุห่างกันไม่เกิน 3 ปี เด็กผู้กระทำไม่มีความผิด และในประเทศสหรัฐอเมริกา ในบางรัฐอาจบัญญัติไว้โดยตรงให้เด็กมีต้องรับโทษ หรือบางรัฐอาจบัญญัติให้เด็กหรือเยาวชนสามารถยกเหตุความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้อต่อสู้ให้ตนมีต้องรับผิดได้ หรือบางรัฐอาจใช้เป็นเหตุบรรเทาโทษ แต่ทั้งนี้ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าเด็กหรือเยาวชนทั้งสองต้องมีอายุไล่เลี่ยกันและมีเพศสัมพันธ์กันโดยความยินยอม

#### 4.1.1.4 มาตรการภายหลังยกเว้นโทษ

จากการศึกษาพบว่าเมื่อมีการดำเนินคดีเด็กหรือเยาวชนในความผิดเกี่ยวกับเพศ ทั้งในประเทศไทย, ประเทศสหรัฐอเมริกา, ประเทศแคนาดาและสมาพันธรัฐสวิส ต่างก็มีกระบวนการสืบเสาะและพินิจเกี่ยวกับเด็กและครอบครัวเพื่อหาวิธีการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กอย่างเหมาะสมก่อนมีคำพิพากษาหรือออกมาตรการใดๆ โดยพิเคราะห์ถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวเด็กหรือ

เยาวชน ความสัมพันธ์ในครอบครัว นิสัย และพฤติกรรมประกอบต่างๆ และเมื่อภายหลังศาลฯ ได้มีคำพิพากษาต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมอันเป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ไม่ว่าจะพิพากษาลงโทษเด็ก หรือมีเหตุให้เด็กไม่ต้องรับโทษ หรือเหตุใดๆ ซึ่งตามกฎหมายคุ้มครองเด็กในประเทศไทย กำหนดให้เป็น “เด็กที่ต้องได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพ” สอดคล้องกับในประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนดให้เด็กและเยาวชนที่เหล่านี้ ถือเป็น “เด็กที่ต้องการเอาใจใส่ดูแล” (child in need of supervision) ซึ่งศาลฯ จะต้องพิจารณาคดีเด็กหรือเยาวชนโดยใช้ข้อมูลที่รวบรวมจากพนักงานคุมประพฤติได้แก่ข้อมูลเกี่ยวกับตัวเด็ก และจากบุคคลแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับตัวเด็กเพื่อหาสาเหตุถึงการกระทำผิด เป็นรายงานที่เรียกว่า Social Study ใช้สำหรับการพิจารณาพิพากษาคดีและเป็นแนวทางแก้ไขฟื้นฟูเด็ก รวมทั้งแนวทางที่ศาลฯ จะปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชน ในส่วนของประเทศแคนาดา ศาลฯ จะนำวิธีการสำหรับเด็กและเยาวชน (Youth Sentence) มาใช้เพื่อฟื้นฟูแก้ไขเด็ก ซึ่งคำพิพากษาของศาลฯ จะคำนึงถึงระดับการมีส่วนร่วมในการกระทำผิดของเยาวชนผู้นั้นและความเสียหายที่เหยื่อได้รับมีมากน้อยเพียงใด มีการชดใช้ความเสียหายหรือไม่ ระยะเวลาที่เด็กถูกควบคุมตัวและประวัติการกระทำผิดและความประพฤติ รวมทั้งพฤติกรรมความร้ายแรงแห่งคดี ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วหากศาลฯ เห็นสมควรว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำผิดจริงแต่ยังไม่ควรลงโทษ หรือเด็กเสี่ยงที่ควรได้รับการแก้ไขและฟื้นฟูศาลฯ ก็จะใช้วิธีการเกี่ยวกับเด็ก (Youth Sentence) ส่วนสหพันธรัฐสวิส ในประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับเด็กของสวิสฯ (Juvenile Criminal Code (JCC) ได้ระบุมาตรการและการลงโทษต่างๆ เกี่ยวกับเด็กหรือเยาวชนที่แยกต่างหากจากกระบวนกรยุติธรรมของผู้ใหญ่ ซึ่งเด็กหรือเยาวชนที่จะนำมาตรการเกี่ยวกับเด็กตามกฎหมายนี้มาใช้บังคับได้ ต้องอายุตั้งแต่ 10 ปี ขึ้นไปแต่ไม่เกิน 18 ปี และเด็กหรือเยาวชนต้องไม่กระทำความผิดซ้ำในความผิดเดิมจึงจะนำวิธีการเหล่านี้มาใช้บังคับได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าทั้งสี่ประเทศนี้ มีมาตรการและวิธีการเกี่ยวกับเด็กมาใช้เพื่อประโยชน์ของเด็กให้ได้รับการฟื้นฟูแก้ไขและปรับเปลี่ยนพฤติกรรมมิให้เกิดการกระทำผิดซ้ำ โดยแบ่งมาตรการเกี่ยวกับเด็กได้ออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้

1. ใช้มาตรการที่ไม่ตัดอิสระภาพของเด็กหรือเยาวชน ในประเทศไทยเมื่อศาลฯ มีคำพิพากษาให้เด็กไม่ต้องรับโทษเนื่องด้วยอายุไม่ถึงเกณฑ์ คือ เด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี<sup>1</sup> หรือเข้าเหตุยกเว้นตามมาตรา 277 วรรคท้าย คือใช้วิธีคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กหรือสมรสภายใต้เงื่อนไขที่ศาลกำหนด หากศาลฯ เห็นสมควรเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำผิดซ้ำและส่งเสริมให้เด็กพัฒนาเติบโตไปในทางที่ถูกต้อง ศาลฯ มีอำนาจและใช้ดุลยพินิจกำหนดเงื่อนไขและวิธีปฏิบัติต่อเด็กเพื่อแก้ไขและฟื้นฟูเด็กให้เหมาะสม จนกว่าเด็กหรือเยาวชนจะปรับปรุงความประพฤติและเติบโตเป็นคนดี

<sup>1</sup>โปรดดู ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74

ในสังคมได้ ซึ่งกฎหมายไทยได้บัญญัติมาตรการเกี่ยวกับเด็กไว้อย่างสอดคล้องกันทั้งในกฎหมายคุ้มครองเด็ก กฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 กล่าวคือ ภายหลังจากที่ศาลฯ พิจารณารายงานสืบเสาะข้อเท็จจริงของเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำผิดและความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจแล้ว หากศาลฯ เห็นควรว่าเด็กไม่มีความผิดหรือไม่ควรต้องได้รับโทษ แต่เด็กมีพฤติกรรมที่ส่อไปในทางที่จะกระทำผิดได้ง่ายหรืออยู่ในสภาพแวดล้อมที่อาจทำให้กระทำผิดหรืออาจเกิดการกระทำความผิดซ้ำ ศาลฯ มีอำนาจว่ากล่าวตักเตือนเด็กและปล่อยตัว หรือปล่อยตัวเด็กโดยคุมประพฤติ หรือมอบตัวเด็กแก่ผู้ปกครองหรือบุคคลที่ยินยอมรับตัวเด็กไป หรือกำหนดเงื่อนไขและวิธีการที่ใช้ปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชน อาทิ ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนเข้าไปในสถานที่หรือห้องที่ได้อันอาจชักนำให้เด็กหรือเยาวชนนั้นกระทำความผิด, ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนออกนอกสถานที่อยู่อาศัยในเวลากลางคืน, ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนคบหาสมาคมกับบุคคลที่อาจชักนำไปสู่การกระทำความผิด, ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนประพฤติตนอันอาจนำไปสู่การกระทำความผิด, ให้เด็กหรือเยาวชนเข้ารับการศึกษา ปรึกษาปรึกษาแนะนำ แก้ไขบำบัดฟื้นฟู ประกอบสัมมาชีพ ฯลฯ โดยอาจกำหนดระยะเวลาให้เด็กปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไม่เกิน 1 ปี และมีผู้รับผิดชอบในการควบคุมและดูแล ได้แก่ พนักงานคุมประพฤติ นักสังคมสงเคราะห์ หรือผู้คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่มีหน้าที่สอดส่องและทำรายงานเสนอต่อศาล สอดคล้องกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีมาตรการและวิธีการเกี่ยวกับเด็กทำนองเดียวกับประเทศไทย โดยวิธีแก้ไขที่ไม่ตัดอิสระภาพ (treatment in freedom) เช่น ศาลฯ อาจยกฟ้อง หรือตักเตือนเด็กแล้วปล่อยตัวไปโดยให้อยู่ในความดูแลของบิดามารดาผู้ปกครองหรือบุคคลที่ศาลเห็นสมควร หรืออาจมีมาตรการหรือเงื่อนไขที่กำหนดขึ้นให้เหมาะสมแก่เด็ก อาทิ ใช้วิธีการคุมประพฤติเด็ก (Probation) ระยะเวลาในการคุมประพฤติกำหนดได้ตั้งแต่ 3 ถึง 6 เดือน หรือมอบเด็กไว้ยังบ้านทดแทน (Foster-home) ระยะสั้นหรือระยะยาว หรือกำหนดวิธีให้เด็กเข้าโครงการบำบัดแบบเข้าไปเย็นกลับก็ได้ (day treatment programs) หรือบ้านกึ่งวิถี (half way houses) ซึ่งเป็นสถานฝึกอบรมโดยอาศัยชุมชนเป็นพื้นฐาน เป็นต้น

ประเทศแคนาดาบัญญัติมาตรการคล้ายกับกฎหมายคุ้มครองเด็กของประเทศไทย กล่าวคือ มีนโยบายให้ทุกส่วนมีส่วนร่วมในการช่วยฟื้นฟูและแก้ไขเด็ก อาทิ ประชาชนในสังคมต้องมีส่วนร่วมในการพัฒนาเด็กและเยาวชนและให้คำแนะนำ เพื่อตอบสนองความต้องการของเด็กและเยาวชน รวมทั้งชุมชน พ่อแม่ และ ครอบครัวของเด็กหรือเยาวชนต้องมีวิธีการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันอาชญากรรม และให้คำแนะนำแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องต่อการกระทำผิด ฯลฯ ซึ่งวิธีการเกี่ยวกับเด็ก (Youth Sentence) ที่ศาลฯ นำมาใช้เพื่อให้ป้องกันเด็กที่เสี่ยงกระทำความผิดหรือป้องกันมิให้เด็กกระทำความผิดซ้ำ เช่น การตักเตือน, การกำหนดเงื่อนไขโดยใช้วิธีการคุมประพฤติ ฯลฯ ส่วนสมาพันธ์รัฐสวิส กำหนดมาตรการเพื่อแก้ไขและฟื้นฟูเด็ก โดยหากเป็นเด็กที่เสี่ยงต่อการกระทำความผิดซ้ำ ศาลฯ

อาจมีคำสั่งออกกฏหรือเงื่อนไขแก่บิดา มารดาหรือผู้ปกครองเด็กให้สอดส่องดูแลและควบคุมผู้เยาว์ให้ปฏิบัติตามคำสั่งตามที่ศาลกำหนด หรืออาจมีคำสั่งห้ามผู้เยาว์กระทำการกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับความผิด เช่น ห้ามเข้าใกล้กิจกรรมที่เสี่ยงต่อการกระทำความผิดทางเพศกับบุคคลอื่น หรือห้ามคบเพื่อนที่ไม่ดีเสี่ยงต่อการกระทำความผิด ฯลฯ โดยศาลอาจตั้งพนักงานคุมประพฤติเพื่อคอยควบคุมดูแลเด็กหรืออาจใส่เครื่องติดตามตัวแก่เด็กเพื่อควบคุมให้ทำตามคำสั่งของศาลฯ นอกจากนี้ ศาลฯ อาจลงโทษให้ผู้เยาว์ทำประโยชน์สาธารณะหรือใช้วิธีการคุมประพฤติ ซึ่งวิธีต่างๆ นี้มีขึ้นเพื่อแก้ไขและฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนให้กลับตนเป็นคนดีโดยไม่กระทำความผิดซ้ำต่อไป

2. ใช้มาตรการที่ตัดอิสระภาพของเด็กหรือเยาวชน ในประเทศไทยเมื่อศาลฯ มีคำพิพากษาลงโทษเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม หากปรากฏว่าเป็นการกระทำของเยาวชนอายุตั้งแต่ 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปีและไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 277 วรรคท้าย หากศาลฯ เห็นว่าเป็นการจำเป็นที่ต้องพิพากษาลงโทษมากกว่าที่จะปล่อยตัวเยาวชน เพื่อแก้ไขและฟื้นฟูเยาวชนโดยใช้วิธีตัดอิสระภาพ ศาลฯอาจพิพากษาลงโทษเด็กและนำวิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนใช้แทนการลงโทษอาญาหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยได้ อาทิ เปลี่ยนโทษจำคุกหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นการส่งตัวเด็กหรือเยาวชนไปควบคุมเพื่อฝึกอบรมในสถานศึกษา สถานฝึกอบรม หรือสถานแนะนำทางจิต ตามเวลาที่ศาลฯ กำหนดแต่เด็กหรือเยาวชนต้องอายุไม่เกิน 24 ปีบริบูรณ์ หากศาลฯ เห็นว่าควรควบคุมตัวเด็กหรือเยาวชนต่อไปอีก หลังจากที่เด็กหรือเยาวชนนั้นมีอายุครบ 24 ปีบริบูรณ์แล้วให้ศาลระบุในคำพิพากษาให้ส่งตัวไปจำคุกไว้ในเรือนจำตามเวลาที่ศาลกำหนด เป็นต้น ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา หากเลือกใช้ชีวิตแก้ไขที่ตัดอิสระภาพ (treatment in the institution) ศาลฯ อาจส่งตัวเด็กไปยังสถานฝึกอบรม เมื่อปรากฏว่าไม่อาจใช้วิธีการคุมประพฤติหรือมอบเด็กไว้ยังบ้านทดแทนได้แล้ว หรือเคยใช้ชีวิตต่างๆ แล้วไม่ได้ผลเท่านั้น โดยควบคุมตัวไว้เพื่อฝึกและอบรมใน Training School หรือ Industrial School ซึ่งสถานฝึกอบรมดังกล่าวจะมีนักสังคมสงเคราะห์ Social Worker หรือ Case Worker คอยแนะนำให้ความช่วยเหลือและส่งเสริมเด็กหรือเยาวชนในด้านการเรียนและวิชาชีพ บางแห่งอาจมีนักจิตวิทยาหรือแพทย์คอยดูแลร่างกายและจิตใจแก่เด็ก

ประเทศแคนาดา หากเด็กหรือเยาวชนสมควรได้รับการลงโทษทางอาญา (Adult Sentence) ศาลฯก็จะมีคำพิพากษาลงโทษเด็กและส่งไปยังสถานกักกันสำหรับเด็ก (Youth Custody Facility) อันเป็นการตัดอิสระภาพแก่เด็กซึ่งไม่สามารถนำมาใช้แก่เด็กที่อายุต่ำกว่า 12 ปีได้ หรือเรือนจำเฉพาะเยาวชน (Penitentiary) ซึ่งเป็นกรณีที่เด็กหรือเยาวชนต้องคำพิพากษาตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไป เด็กหรือเยาวชนจะอยู่ภายใต้การดูแลของบุคคลที่เหมาะสมหรือเจ้าหน้าที่ เช่น พนักงานคุมประพฤติ หรืออาสาสมัครหรือผู้ปกครองคอยควบคุมและดูแลเด็กคอยให้ความรู้และคำแนะนำที่เหมาะสมแก่เด็กหรือเยาวชน ส่วนในสมาพันธรัฐสวิส หากศาลฯ ประสงค์แก้ไขและฟื้นฟูเด็กโดยใช้วิธี

ตัดอิสรภาพแล้ว การส่งให้เด็กเข้าสถานกักกันต้องใช้บังคับกับเด็กผู้กระทำผิดที่อายุมากกว่า 15 ปีขึ้นไปและใช้ระยะเวลาไม่เกิน 1 ปี หรือหากเด็กอายุมากกว่า 16 ปี สามารถเข้าสถานกักกันได้ไม่เกิน 4 ปี นอกจากนี้ กรณีเยาวชนเข้าสถานกักกันมากกว่า 1 เดือน และเด็กหรือเยาวชนนั้นมีความประพฤติที่ดีขึ้น ศาลฯ อาจย้ายเด็กจากสถานกักกันไปยังสถานฝึกอบรมได้

สรุป เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมและภายหลังมีการดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชนโดยได้รับการยกเว้นโทษหรือได้รับโทษน้อยลงแล้ว หากศาลฯ เห็นสมควรเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำและส่งเสริมให้เด็กพัฒนาเติบโตไปในทางที่ถูกต้อง ศาลฯ ในประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และสมาพันธรัฐสวิสมีอำนาจใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวางในการกำหนดวิธีการแก้ไขและฟื้นฟูเด็กให้เหมาะสมกับตัวเด็กและไม่จำกัดระยะเวลาในการฟื้นฟูแก้ไข จนกว่าเด็กหรือเยาวชนจะปรับปรุงความประพฤติและเติบโตเป็นคนดีในสังคมได้ต่อไป

#### 4.1.2 เปรียบเทียบกับกลุ่มประเทศที่กำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กเป็นความผิดแต่ไม่ดำเนินคดี

การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือเยาวชนที่มีอายุใกล้เคียงกัน ในประเทศไทยบัญญัติให้เป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก แต่หากเป็นการกระทำของเด็กหรือเยาวชนแล้วอาจได้รับการบรรเทาโทษหากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด คือศาลเยาวชนและครอบครัวต้องมีคำสั่งอนุญาตให้เด็กสมรสกันหรือให้คุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก เมื่อเปรียบเทียบกับกลุ่มประเทศที่กำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กหรือเยาวชนนั้นเป็นความผิดแต่ไม่ดำเนินคดีต่อเด็ก พบว่ามีความแตกต่างกันหลายประการ

##### 4.1.2.1 การดำเนินคดีในความผิดเกี่ยวกับเพศ

###### (ก) ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กของทั้งสองประเทศไม่พิจารณาถึงความยินยอมของเด็กผู้เสียหายแต่อย่างใด หากกระทำชำเราต่อเด็กที่เกณฑ์อายุต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดแล้วย่อมมีความผิด โดยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 กำหนดให้บุคคลใดกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีโดยเด็กจะให้ความยินยอมหรือไม่ เป็นความผิดตามมาตรา 277 และหากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีผู้กระทำย่อมได้รับโทษหนักขึ้น ซึ่งตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ (The Sexual Offences Act 2003) บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก กำหนดให้บุคคลใดกระทำชำเราต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี แม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอมหรือไม่ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 9 และหากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีผู้กระทำย่อมได้รับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 5

ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กของทั้งสองประเทศ กำหนดให้เพศของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำแตกต่างกัน โดยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 บัญญัติว่าผู้กระทำชำเราและผู้ถูกกระทำชำเราสามารถเป็นเพศใดก็ได้ไม่จำกัดเพศ ซึ่งตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ (The Sexual Offences Act 2003) กำหนดให้ความผิดข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ตามมาตรา 5 ระบุให้ผู้กระทำต้องเป็นเพศชาย และผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศใดก็ได้ แต่ใน ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการสอดใส่ตามมาตรา 6 ซึ่งได้กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี มิได้ระบุเพศผู้กระทำและผู้ถูกกระทำไว้ ความผิดฐานนี้จึงเป็นเพศใดก็ได้ นอกจากนี้หากเป็นการกระทำชำเราต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ตามมาตรา 9 กลับมิได้ระบุไว้เช่นดังความผิดฐานกระทำชำเราเด็กต่ำกว่า 13 ปี ตามมาตรา 5 ดังนั้น ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำความผิดตามมาตรา 9 จึงเป็นเพศใดก็ได้เช่นเดียวกัน

ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กของทั้งสองประเทศให้นิยามความผิดฐานกระทำชำเราเด็กไว้คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ การกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 ระบุให้ต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ “ล้วงล้ำ” ต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกกระทำ และให้รวมถึงการใช้สิ่งอื่นใดของผู้กระทำล้วงล้ำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำเท่านั้น ซึ่งความผิดฐานกระทำชำเราของไทยนี้ได้รับอิทธิพลจากประเทศอังกฤษ โดยพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ (The Sexual Offences Act 2003) ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี (Rape of a child under 13) ไว้ตามมาตรา 5 ระบุให้การข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศชายล้วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของเด็กผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นเพศใดก็ได้ และหากผู้กระทำมิได้ใช้อวัยวะเพศของตนเป็นวัตถุในการกระทำ แต่ใช้อวัยวะเทียมหรืออวัยวะอื่นใด เช่น นิ้วมือ สอดใส่ต่ออวัยวะเพศหรือทางทวารหนักของเด็ก ย่อมมีความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการสอดใส่ (Assault of a child under 13 by penetration) ตามความในมาตรา 6 ซึ่งกำหนดโทษไว้เทียบเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 5 นอกจากนี้การกระทำกิจกรรมทางเพศที่ได้กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี (Sexual activity with a child) นอกจากบัญญัติให้การกระทำชำเราเด็กเป็นความผิดแล้วยังครอบคลุมถึงการกระทำอนาจารเด็กอีกด้วย โดยกำหนดให้การสัมผัสต่อร่างกายหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ในทางเพศแล้วย่อมมีความผิดฐานนี้ โดยการกำหนดโทษหนักเบาขึ้นอยู่กับการกระทำ กล่าวคือ หากมีการสอดใส่ผู้กระทำย่อมได้รับโทษหนักขึ้นตามความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 9

### (ข) ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กของทั้งสองประเทศไม่พิจารณาถึงความยินยอมของเด็กผู้เสียหายแต่อย่างใด หากกระอนาจารต่อเด็กที่เกณฑ์อายุต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด

แล้วย่อมมีความผิด โดยตามประมวลกฎหมายอาญาตามมาตรา 279 กำหนดให้ผู้ใดกระทำอนาจารเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีโดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ยอมเป็นความผิดตามมาตรา 279 นี้ ซึ่งตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ (The Sexual Offences Act 2003) ได้บัญญัติความผิดฐานอนาจารเด็กไว้ในมาตรา 7 ซึ่งเป็นการกระทำชำเราต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ผู้กระทำย่อมมีความผิดตามมาตรา 279 นี้ ซึ่งโทษในความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 279 กำหนดโทษไว้เทียบเท่าเช่นในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 และความผิดฐานกระทำอนาจารโดยสอดใส่ตามมาตรา 280 ซึ่งกำหนดโทษไว้ให้จำคุกตลอดชีวิต นอกจากนี้หากเป็นการกระทำอนาจารต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี กฎหมายประเทศอังกฤษได้บัญญัติให้เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 279 ซึ่งความผิดฐานนี้ได้รวมความผิดฐานกระทำชำเราไว้ด้วยนั่นเอง

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กของทั้งสามประเทศผู้กระทำและผู้ถูกระทำจะเป็นเพศใดก็ได้ไม่จำกัด โดยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 279 บัญญัติว่าผู้กระทำอนาจารและผู้ถูกระทำอนาจารสามารถเป็นเพศใดก็ได้ ไม่จำกัดเพศ ซึ่งสอดคล้องกับความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กที่บัญญัติในประเทศอังกฤษในมาตรา 7 หรือมาตรา 9 ที่ผู้กระทำชำเราและผู้ถูกระทำชำเราจะเป็นเพศใดก็ได้

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กของทั้งสองประเทศให้นิยามความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กไว้คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ การกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 279 คือการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศและต้องมีการกระทำต่อร่างกายของบุคคลอื่นโดยตรง เช่น กอด จูบ ลูบ คลำ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความใคร่ในทางเพศ อาจเป็นผู้กระทำเองหรือให้ผู้เสียหายกระทำต่อร่างกายตนได้ เช่น บังคับให้ผู้เสียหายจับของลับของตน เป็นต้น ซึ่งตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ (The Sexual Offences Act 2003) ในความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 7 หรือมาตรา 9 บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกัน คือ การกระทำอนาจารต้องเป็นการสัมผัสร่างกายหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของเด็ก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความใคร่ในทางเพศ ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานกระทำอนาจารนี้ ซึ่งสองมาตรานี้มีข้อแตกต่างที่อายุเด็กของผู้ถูกระทำและโทษที่ผู้กระทำจะได้รับเท่านั้น

#### 4.1.2.2 การกำหนดอายุในการให้ความยินยอมการกระทำเกี่ยวกับเพศ

ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 กำหนดอายุความยินยอมของเด็กผู้ถูกระทำให้ต้องมีอายุ 15 ปีบริบูรณ์จึงสามารถให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ได้ ดังนั้น หากเด็กผู้ถูกระทำอายุต่ำกว่า 15 ปีแม้จะให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ต่อบุคคลผู้กระทำก็ตาม ผู้กระทำนั้นย่อมมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก และหากเป็นการกระทำชำเราต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีผู้กระทำย่อมได้รับโทษหนักขึ้น ซึ่งตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ (The Sexual Offences Act 2003) บัญญัติไว้ใกล้เคียงกับกฎหมายไทยกล่าวคือ เด็กจะให้ความยินยอมมี

เพศสัมพันธ์ได้เมื่ออายุ 16 ปีบริบูรณ์ หากฝ่าฝืนกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ผู้กระทำย่อมมีความผิดและหากเป็นการกระทำข่มขืนกระทำชำเราต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีผู้กระทำย่อมได้รับโทษหนักขึ้นด้วย

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 279 กำหนดอายุความยินยอมของเด็กผู้กระทำให้ต้องมีอายุ 15 ปีบริบูรณ์จึงสามารถให้ความยินยอมในการสัมผัสทางเพศใดๆ ได้ซึ่งสอดคล้องกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กที่กำหนดอายุของความยินยอมไว้ที่อายุ 15 ปี เช่นเดียวกัน ส่วนตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ (The Sexual Offences Act 2003) บัญญัติไว้ใกล้เคียงกับกฎหมายไทยกล่าวคือ เด็กจะให้ความยินยอมในการกระทำทางเพศใดๆ ได้เมื่ออายุ 16 ปีบริบูรณ์ หากต่ำกว่า 16 ปีผู้กระทำย่อมมีความผิดและหากเป็นการกระทำอนาจารต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีผู้กระทำย่อมได้รับโทษหนักขึ้นด้วย

#### 4.1.2.3 การกำหนดข้อยกเว้นกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็ก

##### (ก) การกำหนดข้อยกเว้นของแต่ละประเทศ

การมีเพศสัมพันธ์โดยความสมัครใจระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีอายุตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ประเทศไทยกำหนดเหตุบรรเทาโทษไว้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคท้าย ที่แก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2558 กำหนดให้เยาวชนที่กระทำชำเราเด็กอาจได้รับเหตุบรรเทาโทษ หากศาลเยาวชนและครอบครัวพิจารณาแล้วว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนด ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 277 วรรคท้ายเดิมก่อนที่มีการแก้ไข ที่บัญญัติให้เยาวชนมีต้องรับผิดฐานกระทำชำเราเด็กถ้าศาลอนุญาตให้เด็กทั้งสองสมรสกัน แตกต่างจากประเทศอังกฤษที่กำหนดให้การกระทำชำเราเป็นความผิดโดยไม่ได้มีการบัญญัติเหตุยกเว้นความรับผิดชอบหรือเหตุบรรเทาโทษใดๆ ไว้ในกรณีที่เด็กเป็นผู้กระทำผิดไม่ว่าอย่างไรใด ปรากฏตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ (The Sexual Offences Act 2003) กำหนดให้บุคคลใดกระทำชำเรากระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี แม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอมหรือไม่ยอมเป็นความผิดตามมาตรา 9 และหากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีผู้กระทำย่อมได้รับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 5 สาเหตุเนื่องด้วยประเทศอังกฤษเห็นว่าผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กก็สามารถหาประโยชน์หรือล่อลวงเด็กด้วยกันได้ จึงได้บัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กที่ถูกกระทำชำเราไว้

แต่อย่างไรก็ดี ประเทศอังกฤษให้อำนาจแก่พนักงานอัยการใช้ดุลยพินิจสั่งไม่ฟ้องดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมได้ ถ้าปรากฏเป็นไปตามเงื่อนไขที่ระบุไว้สำหรับอัยการกำหนดไว้ว่าการดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนนั้นไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ กล่าวคือ ในทางปฏิบัติก่อนที่มีการดำเนินคดีใดที่ผู้กระทำผิดเป็นเด็ก หากพฤติการณ์



ชี้ให้เห็นว่าการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กเกิดขึ้นโดยความสมัครใจอย่างแท้จริง โดยมีได้เกิดจากการบังคับ ชูเชิญใดๆ และเด็กทั้งสองอายุใกล้เคียงกันแล้ว สำนักงานอัยการ (The Crown Prosecution Service) ได้กำหนดแนวปฏิบัติสำหรับพนักงานอัยการ ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ที่พนักงานอัยการควรพิจารณาในกรณีเมื่อเด็กถูกล่ามว่ามีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเกิดขึ้น โดยจะพิจารณาว่าการดำเนินคดีต่อเด็กผู้กระทำผิดนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะหรือไม่ ซึ่งประโยชน์สาธารณะที่สำคัญในประเด็นนี้ คือการปกป้องคุ้มครองเด็ก โดยรัฐสภาในประเทศอังกฤษไม่ประสงค์ที่จะลงโทษเด็กโดยไม่จำเป็น ดังนั้น เมื่อมีการดำเนินคดีแก่เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ในความผิดเกี่ยวกับเพศ จะมีขั้นตอนแนวปฏิบัติในการดำเนินคดี The Directors Guidance on Charging โดยต้องส่งเรื่องสู่สำนักงานอัยการเพื่อให้วินิจฉัยว่าจะดำเนินคดีหรือไม่ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้ต้องหาได้รับสารภาพหรือไม่ ซึ่งพนักงานอัยการจะพิจารณาเด็กคู่กรณีจากองค์ประกอบต่างๆ เช่น อายุของคู่กรณีเท่ากันหรือใกล้เคียงกันหรือไม่, สภาพจิตใจของคู่กรณี, คู่กรณีสมัครใจร่วมเพศสัมพันธ์นั้นหรือไม่, มีการบังคับหรือล่อลวงหรือไม่, ระยะเวลาและความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี และมีการใช้ประโยชน์จากความเชื่อใจหรือหน้าที่การดูแลเด็กหรือไม่ รวมทั้งวิธีการใดที่จะเป็นประโยชน์ต่อเด็กทั้งสองที่สุด อันเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาผู้กระทำผิดเกี่ยวกับเพศที่เป็นเด็กตามระเบียบสำหรับอัยการ (Code for Crown Prosecutor)

### (ข) เพศของเด็กหรือเยาวชนที่เข้าข้อยกเว้น

ข้อยกเว้นของความผิดฐานกระทำความชำเราเด็กของประเทศไทยและประเทศอังกฤษมีความแตกต่างกัน โดยความผิดฐานกระทำความชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 และเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 277 วรรคท้าย มิได้ระบุว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำต้องเป็นเพศใดเพศหนึ่ง ดังนั้น เด็กหรือเยาวชนไม่ว่าเพศใดที่กระทำความผิดตามมาตรา 277 หากเข้าเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามที่ศาลเยาวชนและครอบครัวกำหนดไว้อาจได้รับเหตุบรรเทาโทษจากศาลได้ แต่ทั้งนี้ ในกรณีที่ศาลอนุญาตให้เยาวชนผู้กระทำผิดสมรสกับเด็กผู้เสียหาย การสมรสย่อมกระทำได้เฉพาะเด็กต่างเพศกันเท่านั้น เด็กเพศเดียวกันย่อมไม่สามารถสมรสกันได้ แต่เด็กเพศเดียวกันอาจใช้ทางออกตามมาตรา 277 วรรคท้ายคือ ศาลอาจมีคำสั่งให้คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กทั้งสองตามกฎหมายคุ้มครองเด็กเพื่อใช้เป็นเหตุบรรเทาโทษได้ แตกต่างจากประเทศอังกฤษที่ในทางปฏิบัติตามระเบียบสำหรับอัยการได้กำหนดหลักเกณฑ์ไม่ให้พนักงานอัยการดำเนินคดีแก่เด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม หากการดำเนินคดีไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ โดยระเบียบดังกล่าวมิได้ระบุว่าเด็กทั้งสองที่มีเพศสัมพันธ์หรือกิจกรรมทางเพศจะต้องเป็นเพศใด ดังนั้น หากเป็นการมีเพศสัมพันธ์หรือกิจกรรมทางเพศใดๆ ระหว่างเด็กทั้งสองไม่ว่าเพศใด หากพนักงานอัยการพิจารณาตามระเบียบสำหรับอัยการอย่าง

ครบถ้วนแล้วและเห็นว่า การดำเนินคดีไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ พนักงานอัยการสามารถใช้ดุลยพินิจและมีคำสั่งไม่ดำเนินคดีต่อเด็กได้

### (ค) หลักเกณฑ์อายุของเด็กหรือเยาวชนที่เข้าข่ายยกเว้น

ในประเทศไทยหลักเกณฑ์อายุที่เด็กหรือเยาวชนจะได้รับการบรรเทาโทษตามมาตรา 277 วรรคท้าย จำกัดช่วงอายุว่าต้องเป็นการกระทำโดยเยาวชนอายุต่ำกว่า 18 ปีกระทำซ้ำเราต่อเด็กอายุเกินกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปีโดยเด็กผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมเท่านั้น ซึ่งหากเป็นการกระทำซ้ำเราต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี แม้ผู้กระทำที่เป็นเยาวชนจะอายุเทียบเท่าหรือใกล้เคียงกัน ย่อมไม่สามารถอ้างเหตุตามมาตรา 277 วรรคท้ายมาเพื่อใช้ในการบรรเทาโทษได้ แตกต่างจากประเทศอังกฤษที่ระเบียบสำหรับอัยการมิได้มีหลักเกณฑ์ในเรื่องอายุชัดเจนว่าต้องอยู่ในช่วงระหว่างอายุใดๆ จึงจะเข้าหลักเกณฑ์ที่ไม่ดำเนินคดีต่อเด็ก เพียงแต่ก่อนที่จะมีการดำเนินคดีเกี่ยวกับเพศแก่ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็ก พนักงานอัยการต้องพิจารณาถึงอายุเด็กก่อนเสมอว่าอายุเท่ากันหรือใกล้เคียงกันหรือไม่ ดังนั้น หลักเกณฑ์ในเรื่องอายุที่เด็กจะไม่ถูกดำเนินคดีในประเทศอังกฤษจึงยืดหยุ่นกว่าของประเทศไทยที่กำหนดช่วงอายุไว้ตายตัว และไม่สามารถปรับเปลี่ยนให้เหมาะสมแก่พฤติการณ์ในการกระทำความผิดแต่ละคดีได้

### (ง) การกำหนดเงื่อนไขข้อยกเว้น

การมีเพศสัมพันธ์ด้วยความสมัครใจระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีอายุตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ประเทศไทยกำหนดเหตุบรรเทาโทษไว้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคท้าย กำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวอาจมีคำสั่งอนุญาตให้เด็กที่มีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอมสมรสกันภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด หรืออาจมีคำสั่งให้คุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กทั้งสองแล้ว ศาลเยาวชนและครอบครัวจะพิพากษาลงโทษเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำความผิดเพียงใดก็ได้ อันเป็นเงื่อนไขที่ต้องปฏิบัติก่อนที่ศาลฯ จะพิพากษาให้เด็กหรือเยาวชนมีความผิดฐานกระทำซ้ำเราเด็กแล้วจึงนำการบรรเทาโทษมาใช้เป็นทางออก กลับไม่พบว่าประเทศอังกฤษ ได้นำเงื่อนไขการสมรสของเด็กหรือเยาวชนทั้งสองมาเป็นเหตุให้คดีอาญาระงับหรือไม่ดำเนินคดีแก่เด็ก รวมถึงไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กทั้งสองเช่นในกฎหมายไทย อันเป็นเงื่อนไขในการบรรเทาโทษมาใช้แก่เด็กหรือเยาวชนแต่อย่างใด

นอกจากนี้ หากศาลเยาวชนและครอบครัวมีคำสั่งให้คุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กทั้งสองหรืออนุญาตให้เด็กทั้งสองสมรสกัน ซึ่งหากมีคำสั่งใดๆ แล้วศาลจะลงโทษเด็กผู้กระทำความผิดเพียงใดก็ได้ โดยให้ศาลพิจารณาและให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหาการศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำผิดและเด็กผู้ถูกกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกกระทำ หรือเหตุอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็ก

ผู้ถูกระทำด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติที่ได้มีการแก้ไขใหม่นี้พบว่าหลักเกณฑ์ที่ศาลเยาวชนและครอบครัวต้องคำนึงในการพิจารณาเกี่ยวกับตัวเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำผิดก่อนที่จะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งใดๆ นั้น เมื่อเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ในระเบียบสำหรับอัยการ (Code for Crown Prosecutors) ของประเทศอังกฤษแล้วพบว่ามีความใกล้เคียงกัน กล่าวคือ ในกรณีมีการดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้ว พนักงานอัยการจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในระเบียบสำหรับอัยการ โดยพิจารณาถึงอายุของเด็กหรือเยาวชนคู่กรณีว่าอายุเท่ากันหรือใกล้เคียงกันหรือไม่ และสภาพจิตใจของคู่กรณีเป็นอย่างไร นอกจากนี้ก่อนหรือขณะมีเพศสัมพันธ์คู่กรณีสมัครใจยินยอมหรือไม่, การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีมีการบังคับหรือล่อลวงหรือไม่, ระยะเวลาและความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี และมีการใช้ประโยชน์จากความเชื่อใจหรือหน้าที่การดูแลเด็กหรือไม่ รวมทั้งวิธีการใดที่จะเป็นประโยชน์ต่อเด็กทั้งสองที่สุด หากพนักงานอัยการเห็นว่าการดำเนินคดีต่อเด็กไม่เป็นประโยชน์ทางสาธารณะใดๆ แล้ว ย่อมใช้ดุลยพินิจไม่สั่งฟ้องดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชนได้ ซึ่งชี้ให้เห็นว่าหลักเกณฑ์ที่ต้องพิจารณาก่อนที่จะมีคำพิพากษาแก่เด็กเหล่านั้น ทั้งประเทศไทยและประเทศอังกฤษต่างต้องการเข้าใจถึงปัญหาของเด็กหรือเยาวชนแต่ละราย เพื่อให้การพิพากษานั้นก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเด็กอย่างแท้จริง

แต่จากการศึกษาพบว่ามีความแตกต่างกัน กล่าวคือ เหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 277 วรรคท้ายของไทย กำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวเป็นผู้คำนึงถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าวก่อนที่จะมีคำพิพากษาใดๆ แก่เด็กหรือเยาวชนนั้น แต่ประเทศอังกฤษมิได้กำหนดหน้าที่ให้เป็นหน้าที่ของศาลแต่เพียงผู้เดียวที่ต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าว กลับแบ่งหน้าที่ให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องช่วยพิจารณาว่าควรมีการดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชนนั้นหรือไม่ โดยกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมว่านอกจากพนักงานอัยการจะต้องพิจารณาถึงระเบียบอัยการแล้วว่าการดำเนินคดีต่อเด็กนั้น เป็นประโยชน์ทางสาธารณะใดๆ หรือไม่ ยังกำหนดหน้าที่ให้พนักงานอัยการควรให้ผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับผู้กระทำผิดเด็กเข้าตรวจสอบเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องและให้ตัดสินใจในประเด็นสำคัญของคดี โดยเฉพาะการตัดสินใจว่าจะดำเนินคดีเด็กนั้นหรือไม่ นอกจากนี้ ต้องมีการแจ้งให้หัวหน้าของสำนักงานอัยการแห่งนั้นๆ (Chief Crown Prosecutors) ทราบ ในกรณีที่คดีมีทั้งผู้ต้องหาและผู้เสียหายเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี และรวมถึงกรณีที่พนักงานอัยการไม่ดำเนินคดีต่อเด็กเนื่องด้วยให้เหตุผลทางพยานหลักฐานหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งคดีดังกล่าวทุกคดีต้องได้รับการตรวจสอบโดยอัยการผู้เชี่ยวชาญทั้งด้านความผิดฐานข่มขืนและด้านเด็ก ทนายที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการทำคดีเหล่านี้ควรประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญด้านเด็กด้วย และหากพนักงานอัยการไม่พิจารณาตามหลักเกณฑ์ในระเบียบอัยการแล้ว มีดุลยพินิจในการสั่งดำเนินคดีเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดย

ความยินยอม หากศาลพิจารณาแล้วว่าพนักงานอัยการมิได้พิจารณาตามระเบียบสำหรับอัยการ ศาลย่อมเพิกถอนการตัดสินใจของพนักงานอัยการที่สั่งฟ้องเด็กได้

โดยสรุป ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 ของประมวลกฎหมายอาญาไทย กำหนดเหตุบรรเทาโทษไว้ในมาตรา 277 วรรคท้าย ซึ่งหากพบว่ามีการดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอมแล้ว ศาลเยาวชนและครอบครัวอาจพิจารณาอนุญาตให้เด็กทั้งสองสมรสกันหรือมีคำสั่งให้คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กทั้งสอง ซึ่งศาลเยาวชนและครอบครัวต้องคำนึงถึงตัวเด็กและพฤติกรรมของเด็กในคดีเป็นสำคัญก่อนที่จะมีคำพิพากษาใดๆ แก่เด็กหรือเยาวชนนั้น เมื่อเทียบกับประเทศอังกฤษแล้ว แม้ว่าจะมิได้บัญญัติข้อยกเว้นหรือเหตุบรรเทาโทษให้แก่เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอมแล้ว แต่ได้มีระเบียบสำหรับอัยการในการพิจารณาเพื่อสั่งฟ้องดำเนินคดีหรือไม่โดยเทียบกับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหากเป็น กรณีที่จำเลยได้กระทำความผิดโดยใช้วิธีการบังคับ หรือ มีอายุมากกว่าผู้เสียหายมาก กรณีเช่นนี้มีโอกาสสูงที่จำเลยจะถูกฟ้องคดีต่อศาลเพื่อลงโทษจำเลยในความผิดเกี่ยวกับเพศ ในขณะเดียวกัน หากการร่วมเพศนั้นเป็นไปโดยความสมัครใจของผู้เสียหายอย่างแท้จริง ผู้ต้องหามีแนวโน้มที่จะไม่ถูกดำเนินคดี

#### 4.1.2.4 มาตรการภายหลังยกเว้นโทษ

จากการศึกษาพบว่าเมื่อมีการดำเนินคดีเด็กหรือเยาวชนในความผิดเกี่ยวกับเพศ ทั้งในประเทศไทยและประเทศอังกฤษ ต่างก็มีการบวกรับการสืบเสาะและพินิจเกี่ยวกับเด็กและครอบครัวเพื่อหาวิธีการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กอย่างเหมาะสมก่อนมีคำพิพากษา หรือออกมาตรการใดๆ โดยพิจารณาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวเด็กหรือเยาวชน ความสัมพันธ์ในครอบครัว นิสัย และพฤติกรรมประกอบต่างๆ และเมื่อภายหลังศาลฯ ได้มีคำพิพากษาต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอมอันเป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กไม่ว่าจะพิพากษาลงโทษเด็ก หรือมีเหตุให้เด็กไม่ต้องรับโทษ หรือเหตุใดๆ ซึ่งตามกฎหมายคุ้มครองเด็กในประเทศไทย กำหนดให้เป็น “เด็กที่ต้องได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพ” สอดคล้องกับในประเทศอังกฤษที่กำหนดให้เด็กและเยาวชนที่อัยการมิได้ดำเนินคดีในความผิดเกี่ยวกับเพศเพราะไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ ถือเป็น “เด็กที่ต้องได้รับการคุ้มครองดูแลเป็นพิเศษ” (child in need of care and protection) เช่นเดียวกัน ดังนั้น คำพิพากษาใดๆ ของศาลฯ ย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์ของเด็กให้ได้รับการฟื้นฟูแก้ไขและปรับเปลี่ยนพฤติกรรมมิให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำ โดยแบ่งมาตรการเกี่ยวกับเด็กได้ออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้ 1. ใช้มาตรการที่ไม่ตัดอิสรภาพของเด็กหรือเยาวชน ในประเทศไทยเมื่อศาลฯ มีคำพิพากษาให้เด็กไม่ต้องรับโทษเนื่องด้วยอายุไม่ถึงเกณฑ์ คือ เด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี หรือเข้าเหตุยกเว้นตามมาตรา 277 วรรคท้าย คือใช้วิธีคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กหรือสมรสภายใต้เงื่อนไขที่ศาลกำหนด หากศาลฯ เห็นสมควรเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำและส่งเสริมให้เด็กพัฒนาเติบโตไป

ในทางที่ถูกต้อง ศาลฯ มีอำนาจและใช้ดุลยพินิจกำหนดเงื่อนไขและวิธีปฏิบัติต่อเด็กเพื่อแก้ไขและฟื้นฟูเด็กให้เหมาะสม จนกว่าเด็กหรือเยาวชนจะปรับปรุงความประพฤติและเติบโตเป็นคนดีในสังคมได้ ซึ่งกฎหมายไทยได้บัญญัติมาตรการเกี่ยวกับเด็กไว้อย่างสอดคล้องกันทั้งในกฎหมายคุ้มครองเด็ก กฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 กล่าวคือ ภายหลังจากที่ศาลฯ พิจารณารายงานสืบเสาะข้อเท็จจริงของเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำผิดและความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจแล้ว หากศาลฯ เห็นควรว่าเด็กไม่มีความผิดหรือไม่ควรต้องได้รับโทษ แต่เด็กมีพฤติกรรมที่ส่อไปในทางที่จะกระทำผิดได้ง่ายหรืออยู่ในสภาพแวดล้อมที่อาจทำให้กระทำผิดหรืออาจเกิดการกระทำความผิดซ้ำ ศาลฯ มีอำนาจว่ากล่าวตักเตือนเด็กและปล่อยตัว หรือปล่อยตัวเด็กโดยคุมประพฤติ หรือมอบตัวเด็กแก่ผู้ปกครองหรือบุคคลที่ยินยอมรับตัวเด็กไป หรือกำหนดเงื่อนไขและวิธีการที่ใช้ปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชน อาทิ ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนเข้าไปในสถานที่หรือท้องที่ใดอันอาจชักนำให้เด็กหรือเยาวชนนั้นกระทำความผิด, ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนออกนอกสถานที่อยู่อาศัยในเวลากลางคืน, ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนคบหาสมาคมกับบุคคลที่อาจชักนำไปสู่การกระทำความผิด, ห้ามมิให้เด็กหรือเยาวชนประพฤติตนอันอาจนำไปสู่การกระทำความผิด, ให้เด็กหรือเยาวชนเข้ารับการฝึกอบรม รับคำปรึกษาแนะนำ แก้ไขบำบัดฟื้นฟู ประกอบสัมมาชีพ ฯลฯ โดยอาจกำหนดระยะเวลาให้เด็กปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไม่เกิน 1 ปี และมีผู้รับผิดชอบในการควบคุมและดูแล ได้แก่ พนักงานคุมประพฤติ นักสังคมสงเคราะห์ หรือผู้คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่มีหน้าที่สอดส่องและทำรายงานเสนอต่อศาล

ในส่วนของประเทศอังกฤษบัญญัติมาตรการคล้ายกับประเทศไทย คือ ภายหลังพนักงานอัยการไม่ดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลเนื่องจากไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ หรือมีการดำเนินคดีต่อศาลฯ แล้ว แต่ศาลฯ เห็นว่าเด็กกระทำความผิดจริงแต่ไม่ควรลงโทษ ซึ่งอยู่ในลักษณะที่จำต้องได้รับการคุ้มครองดูแลเป็นพิเศษ (child in need of care and protection) เมื่อศาลฯ พิจารณาและสืบเสาะจากข้อเท็จจริงของตัวเด็กหรือเยาวชนและพฤติการณ์ประกอบต่างๆ แล้ว ศาลฯ อาจกำหนดวิธีการที่ใช้ปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิด อาทิ หากศาลฯ เห็นว่ายังไม่สมควรส่งตัวเด็กหรือเยาวชนไปรับการฝึกอบรมหรือคุมประพฤติดศาลฯ อาจปล่อยตัวเด็กได้ทันทีโดยไม่มีเงื่อนไข หรืออาจปล่อยตัวเด็กโดยมีเงื่อนไขห้ามประพฤติผิดซ้ำภายในระยะเวลาที่กำหนด 1 ปี หรือภายใน 1 ปี แต่ไม่เกิน 3 ปีก็ได้, ส่งคุมประพฤติภายในระยะเวลาที่กำหนด และอาจสั่งเพิ่มเติมให้เด็กผู้ถูกคุมประพฤติเข้ารับการบำบัดที่สถานแนะนำทางจิต หรือ Probation Hotel หรือ Probation Home ภายในกำหนดไม่เกิน 1 ปีได้, ส่งตัวเด็กหรือเยาวชนที่มีอายุตั้งแต่ 10 ปีแต่ไม่เกิน 21 ปี เข้ารับการอบรมยังศูนย์ฝึกอบรม Attendance Center เป็นระยะเวลาไม่เกิน 24 ชั่วโมง โดยสถานที่ดังกล่าวเจ้าหน้าที่จะอบรมเด็กหรือเยาวชนและส่งเสริมในด้านต่างๆ อาทิ ด้านพฤติกรรม ด้านการศึกษา ด้าน

อาชีพ เป็นต้น นอกจากนี้ หากศาลฯ พบว่าสาเหตุที่เด็กกระทำความผิดเกิดขึ้นจากปัญหาทางครอบครัว เช่น ครอบครัวแตกแยก เด็กขาดความอบอุ่นหรือเกิดจากสภาพแวดล้อมที่ไม่เหมาะสมต่อตัวเด็ก ศาลฯ อาจสั่งให้ส่งตัวเด็กหรือเยาวชนไปอยู่ในความดูแลของบุคคลที่สามซึ่งเป็นญาติหรือบุคคลอื่นใดที่เหมาะสมในการดูแลเด็กเป็นระยะเวลาชั่วคราวจนกว่าสถานการณ์ในครอบครัวเด็กจะกลับเป็นดังเดิมก็ได้ หรือจะให้อยู่ในความดูแลกระทั่งเด็กเติบโตพอที่จะดูแลตนเองได้ซึ่งกำหนดไว้ที่อายุ 18 ปี

ใช้มาตรการที่ตัดอิสรภาพของเด็กหรือเยาวชน ในประเทศไทยเมื่อศาลฯ มีคำพิพากษาลงโทษเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม หากปรากฏว่าเป็นการกระทำของเยาวชนอายุตั้งแต่ 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปีและไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 277 วรรคท้าย หากศาลฯ เห็นว่าเป็นการจำเป็นที่ต้องพิพากษาลงโทษมากกว่าที่จะปล่อยตัวเยาวชน เพื่อแก้ไขและฟื้นฟูเยาวชนโดยใช้วิธีตัดอิสรภาพ ศาลฯอาจพิพากษาลงโทษเด็กและนำวิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนใช้แทนการลงโทษอาญาหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยได้ อาทิ เปลี่ยนโทษจำคุกหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นการส่งตัวเด็กหรือเยาวชนไปควบคุมเพื่อฝึกอบรมในสถานศึกษา สถานฝึกอบรม หรือสถานแนะนำทางจิต ตามเวลาที่ศาลฯ กำหนดแต่เด็กหรือเยาวชนต้องอายุไม่เกิน 24 ปีบริบูรณ์ หากศาลฯ เห็นว่าควรควบคุมตัวเด็กหรือเยาวชนต่อไปอีก หลังจากที่เด็กหรือเยาวชนนั้นมีอายุครบ 24 ปีบริบูรณ์แล้วให้ศาลระบุในคำพิพากษาให้ส่งตัวไปจำคุกไว้ในเรือนจำตามเวลาที่ศาลกำหนด เป็นต้น ในส่วนของประเทศอังกฤษในกรณีที่ศาลฯ พิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรการทั่วไปไม่เหมาะสมกับเด็กหรือเยาวชนให้เติบโตเป็นบุคคลที่ดีในสังคมได้ ศาลฯ อาจสั่งให้ส่งตัวเด็กหรือเยาวชนไปรับการฝึกและอบรมยังสถานที่ฝึกและอบรมได้ ซึ่งสถานฝึกอบรมมีทั้งแบบระยะสั้นระยะยาว อาทิ Approved School เป็นที่ฝึกอบรมสำหรับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดและรวมถึงเด็กที่ต้องการได้รับการดูแลเป็นพิเศษ โดยจะมีการสอนทั้งด้านความรู้และวิชาชีพ เพื่อส่งเสริมให้เด็กหรือเยาวชนกลับตนเป็นคนดีและอยู่ในสังคมได้ ฯลฯ

สรุป เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมถือเป็นเด็กที่ต้องได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายไทย และถือเป็นเด็กที่ต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษตามกฎหมายประเทศอังกฤษ ไม่ว่าจะเด็กจะได้รับการยกเว้นโทษหรือไม่ดำเนินคดีแก่เด็กหรือไม่ หากศาลฯ เห็นว่าเด็กจำเป็นต้องได้รับการแก้ไขความประพฤติเพื่อเติบโตไปในทางที่ถูกต้อง และแก้ไขฟื้นฟูมิให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำอีก ศาลฯ ก็มีอำนาจกำหนดวิธีการแก้ไขและฟื้นฟูเด็กให้เหมาะสมกับตัวเด็กจนกว่าเด็กหรือเยาวชนจะปรับปรุงความประพฤติและเติบโตเป็นคนดีในสังคมได้

4.1.3 ตารางเปรียบเทียบการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศและข้อยกเว้น กรณีการมีเพศสัมพันธ์ โดยความยินยอมระหว่างเด็กตามกฎหมายของประเทศต่างๆ

ประเทศ	ความผิดเกี่ยวกับเพศ	หลักเกณฑ์อายุของเด็กผู้เสียหาย	ข้อยกเว้น
สหรัฐอเมริกา	กระทำชำเราเด็ก	12-18 ปี ซึ่งเป็นไปตามความเหมาะสมของแต่ละมลรัฐ	หากเด็ก (ผู้กระทำ) มีอายุไล่เลี่ยกับเด็ก (ผู้ถูกกระทำ) และทั้งสองสมัครใจมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้ว เด็กอาจไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับการลดหย่อนโทษ ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของแต่ละมลรัฐ
	อนาจารเด็ก		
แคนาดา	กระทำชำเราเด็ก	ต่ำกว่า 16 ปี	แบ่งเป็น 2 เกณฑ์อายุ คือ 1.เด็ก (ผู้ถูกกระทำ) มีอายุระหว่าง 12-13 ปี และเด็ก (ผู้กระทำ) อายุไล่เลี่ยมากกว่าไม่เกิน 2 ปี เด็กอาจไม่ต้องรับโทษ 2. เด็ก (ผู้ถูกกระทำ) มีอายุระหว่าง 14-15 ปี และเด็ก (ผู้กระทำ) อายุไล่เลี่ยมากกว่าไม่เกิน 5 ปี เด็กอาจไม่ต้องรับโทษ
	อนาจารเด็ก		
สวีเดน	กระทำชำเราเด็ก	ต่ำกว่า 16 ปี	หากเด็ก (ผู้กระทำ) มีอายุไล่เลี่ยกับเด็ก (ผู้ถูกกระทำ) ไม่เกิน 3 ปี และทั้งสองสมัครใจมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้ว เด็กไม่มีความผิด
	อนาจารเด็ก		
อังกฤษ	กระทำชำเราเด็ก	ต่ำกว่า 16 ปี ต้องระวางโทษหนักขึ้นหากกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี	หากเด็ก (ผู้กระทำ) มีอายุไล่เลี่ยกับเด็ก (ผู้ถูกกระทำ) และทั้งสองสมัครใจมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้ว กฎหมายเปิดช่องให้พนักงานอัยการใช้ดุลยพินิจในการสั่งไม่ฟ้องได้ ถ้าการดำเนินคดีไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ
	อนาจารเด็ก		

ไทย	กระทำชำเราเด็ก	ต่ำกว่า 15 ปี ต้อง ระวางโทษหนักขึ้น หากกระทำต่อเด็ก อายุต่ำกว่า 13 ปี	หากเด็ก (ผู้กระทำ) มีอายุไม่เกิน 18 ปี มีเพศสัมพันธ์กับเด็ก (ผู้ถูกกระทำ) อายุ 13-15 ปี โดยความยินยอม หาก ศาลฯ มีคำสั่งให้ใช้กฎหมายคุ้มครอง เด็กแก่ทั้งสอง หรืออนุญาตให้เด็กทั้ง สองสมรสกันแล้ว ศาลจะลงโทษเด็ก เท่าใดก็ได้
	อนาจารเด็ก		

#### 4.2 วิเคราะห์สภาพปัญหาการดำเนินคดีเด็กกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม

แม้ว่าประเทศไทยจะได้ตระหนักถึงความสำคัญของเด็กที่เป็นอนาคตของชาติและมุ่งกระทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งได้มีการบัญญัติรับรองแนวคิดในการมุ่งคุ้มครองและส่งเสริมพัฒนาศักยภาพเด็กไว้ในรัฐธรรมนูญ 2550 และในกฎหมายอาญาหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศ ก็ได้มีการพัฒนาแนวคิดดังกล่าวเพื่อให้สอดคล้องเป็นไปตามยุคสมัย โดยมุ่งคุ้มครองและปกป้องเด็กอย่างเต็มที่ มิให้ต้องตกเป็นเหยื่อจากผู้กระทำความผิดที่มุ่งประสังครายซึ่งรวมถึงเยาวชนผู้กระทำผิดด้วย โดยได้มีการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 23 พ.ศ. 2558 จากสาเหตุที่ว่าผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กต่ำกว่า 15 ปี มักใช้การสมรสกับเด็กเป็นทางออกในการที่มิให้ตนต้องรับโทษ ซึ่งศาลมีอาจตรวจสอบได้ จึงจำเป็นต้องกำหนดให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวกลางเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดี เนื่องด้วยเชี่ยวชาญในคดีที่เยาวชนเป็นผู้กระทำความผิด ส่งผลดีให้การพิจารณาเด็กเป็นไปอย่างละเอียดรอบคอบและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของเด็กอย่างแท้จริง โดยให้ศาลฯ เลือกใช้ดุลยพินิจนำมาตราการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กมาใช้หรืออนุญาตให้เด็กทั้งสองสมรสกัน ในคดีที่เด็กทั้งสองมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม เมื่อออกคำสั่งใดแล้ว ศาลฯ จะลงโทษเด็กผู้กระทำผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดเพียงใดก็ได้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์และสิ่งแวดล้อมทั้งผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำ อันแตกต่างจากเดิม ที่หากศาลอนุญาตให้เด็กทั้งสองสมรสกันแล้วเด็กก็ต้องรับโทษ ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองเด็กที่อายุต่ำเกินไป ซึ่งความยินยอมของเด็กเกิดจากความเข่าวรัยและขาดความรู้หรือเหตุผลดังเช่นผู้ใหญ่ อันมิใช่ความยินยอมอย่างแท้จริง

แต่หากเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคท้ายที่ได้มีการแก้ไขใหม่อย่างถาวรแล้ว กลับพบว่าการกำหนดความผิดและดำเนินคดีแก่เด็กที่มีเพศสัมพันธ์



โดยความยินยอมกลับไม่ก่อประโยชน์ใด โดยขัดต่อเจตนารมณ์ในการปกป้องคุ้มครองเด็กซึ่งเป็นแนวทางของนานาประเทศและการสมรสในวัยเด็กกลับก่อให้เกิดปัญหาตามมาในอนาคตมากกว่าที่จะเป็นการแก้ไขปัญหา นอกจากนี้ ยังพบถึงปัญหาการดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศและในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ซึ่งไม่สอดคล้องกันในบทบัญญัติของกฎหมายก่อให้เกิดความสับสนไม่เหมาะสมในการดำเนินคดีและไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยพบว่าก่อให้เกิดปัญหาดังต่อไปนี้

#### 4.2.1 ด้านอำนวยการยุติธรรม

เนื่องจากความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี มีเจตนารมณ์ขึ้นเพื่อปกป้องความบริสุทธิ์ของเด็ก แม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอมผู้กระทำย่อมไม่สามารถยกเหตุแห่งความยินยอมดังกล่าวมาใช้เพื่อให้ตนมีข้อรับโทษได้ เนื่องจากการให้ความยินยอมของเด็กนั้นไม่เหมือนเช่นการให้ความยินยอมของผู้ใหญ่ บทบัญญัตินี้ย่อมทำให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัวที่จะกระทำความผิดต่อเด็ก มาตรา 277 จึงเป็นประโยชน์ในการคุ้มครองเด็กที่เยาว์วัยและอยู่ในระหว่างพัฒนาจากบุคคลผู้กระทำผิด แต่บทบัญญัติดังกล่าวกลับไม่ก่อประโยชน์ใดๆ ในกรณีที่ถูกกระทำเป็นเด็กและเป็นการมีเพศสัมพันธ์โดยความสมัครใจของทั้งสอง เด็กผู้กระทำกลับมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ซึ่งแม้ว่ากฎหมายจะเปิดช่องให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจลงโทษเด็กผู้กระทำเท่าใดก็ได้ แต่บทบัญญัติดังกล่าวกลับไม่อำนวยความสะดวกให้แก่วัยเด็กอย่างแท้จริง เพราะเมื่อพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์นั้นเกิดขึ้นจากความสมัครใจของทั้งสอง เด็กหรือผู้เยาว์จึงไม่ควรต้องถูกดำเนินคดีดังเช่นการกระทำของผู้ใหญ่มาตั้งแต่แรก เนื่องด้วยเด็กหรือผู้เยาว์ยังไม่รู้ถึงการกระทำของตนได้เพียงพอและยังขาดเหตุผลในการคิดตัดสินใจได้ดีเมื่อเทียบกับผู้ใหญ่ การมีเพศสัมพันธ์ดังกล่าวเกิดจากความอยากรู้อยากลอง ซึ่งเป็นช่วงของวัยแห่งการเรียนรู้และทดลอง อันมิใช่การกระทำโดยเจตนาที่เกิดจากการคิดไตร่ตรองและตัดสินใจอย่างถี่ถ้วนเช่นผู้ใหญ่ผู้กระทำความผิด ดังนั้น จึงควรมุ่งให้ความรู้และให้ความเข้าใจแก่เด็กผู้กระทำมากกว่าที่จะมุ่งลงโทษเด็ก

เมื่อเด็กไม่ควรถูกดำเนินคดีมาตั้งแต่แรกแล้ว การปล่อยให้มีการดำเนินคดีแก่เด็กที่มีได้มีเจตนาในการกระทำความผิดมาตั้งแต่ต้น ย่อมส่งผลให้ได้รับผลกระทบทางจิตใจ ซึมเศร้าและเป็นการตีตราว่าเด็กเป็นอาชญากร ทั้งการดำเนินคดีต่อเด็กยังทำให้เด็กเสียประวัติไม่สามารถลบประวัติความผิดที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งแม้ว่าศาลอาจใช้ดุลยพินิจพิพากษาว่าเด็กกระทำผิดและใช้วิธีการรอลงอาญา แต่เนื่องจากสังคมได้ตีตราเด็กว่าเป็นอาชญากรแล้ว เด็กย่อมถูกเลือกปฏิบัติจากเพื่อนฝูงและสังคม ถูกกีดกันจากบุคคลเหล่านั้น กระทั่งเด็กต้องไปเลือกคบกับเหล่าผู้กระทำผิดที่แท้จริง จนซึมซับพฤติกรรมร้ายๆ ของบุคคลเหล่านั้น กลายเป็นอาชญากรที่แท้จริงได้ ซึ่งแม้ว่าจะมีเหตุบรรเทาโทษ

ตามมาตรา 277 วรรคท้าย เพื่อนำมาบังคับใช้ในกรณีที่เกิดเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศแล้ว แต่  
ก็ใช้บังคับได้จำกัดโดยมีเงื่อนไขที่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาระหว่างเด็กที่มีเพศสัมพันธ์ได้จริง แต่กลับจะ  
ยิ่งก่อให้เกิดผลร้ายแก่เด็กมากกว่าก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเด็ก

บทบัญญัติตามมาตรา 277 วรรคท้าย บัญญัติข้อยกเว้นให้ช่วงอายุระหว่างเด็ก  
ผู้กระทำและผู้ถูกระทำกำหนดไว้ตายตัวโดยต้องเป็นกรณีที่เยาวชนอายุต่ำกว่า 18 ปี กระทำชำเรา  
ต่อเด็กอายุมากกว่า 13 แต่ไม่เกิน 15 ปีโดยเด็กให้ความยินยอม ซึ่งหากไม่เข้าหลักเกณฑ์แล้วศาล  
เยาวชนและครอบครัวย่อมไม่สามารถนำมาตรา 277 วรรคท้ายมาเป็นเหตุบรรเทาโทษให้แก่เด็ก เมื่อ  
พิจารณาแล้วพบว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยจำกัดอายุเด็กที่จะเข้าข้อยกเว้นให้ศาลบรรเทาโทษตาม  
มาตรา 277 วรรคท้าย ต้องมีช่วงอายุที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ซึ่งหากเป็นเยาวชนต่ำกว่า 18 ปีมี  
เพศสัมพันธ์กับเด็กที่อายุต่ำกว่า 13 ปี โดยความยินยอมแล้วย่อมมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตาม  
ความในมาตรา 277 วรรคสอง<sup>2</sup> โดยไม่สามารถใช้ทางออกตามความในมาตรา 277 วรรคท้ายได้  
เพราะไม่เข้าเงื่อนไขหลักเกณฑ์ของอายุที่เป็นข้อยกเว้น อันแสดงให้เห็นว่ากฎหมายมิได้มีความ  
ยืดหยุ่นและไม่สามารถนำมาปรับใช้แก่เด็กได้ทุกกรณี รวมถึงหากเป็นกรณีที่เยาวชนจะอายุครบ 18 ปี  
ในระดับชั้นมัธยมปลายปีที่ 6 มีเพศสัมพันธ์กับเด็กอายุ 13 ปีในระดับชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 1 ซึ่งอายุมิได้  
ใกล้เคียงและห่างกันอย่างเห็นได้ชัด การยินยอมของเด็กอาจเกิดจากการล่อลวงซึ่งแตกต่างจากความ  
ยินยอมของเด็กที่อายุใกล้เคียงกัน เยาวชนอาจยกข้อยกเว้นตามความในมาตรา 277 วรรคท้ายเพื่อเป็น  
เหตุบรรเทาโทษได้ ดังนั้น บทบัญญัติตามความในมาตรา 277 จึงมิได้อำนวยความยุติธรรมให้เด็ก  
อย่างแท้จริง

นอกจากนี้ ในการดำเนินคดีกับเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความ  
ยินยอมบทบัญญัติในความผิดฐานพรากผู้เยาว์เด็กมาตรา 317 มักถูกนำมาใช้ควบคู่กับความผิดฐาน  
กระทำชำเราเด็กมาตรา 277 อยู่เสมอ แต่เมื่อพิจารณาความผิดทั้งสองฐานนี้กลับพบว่ามิบบทบัญญัติ  
และข้อแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเรามีเจตนาารมณ์ของ  
กฎหมายที่มุ่งคุ้มครองหญิงซึ่งเป็นผู้เสียหาย คุณธรรมทางกฎหมายคือเสรีภาพในทางเพศ โดยมีเหตุ  
ลดโทษเพื่อคุ้มครองเด็กตามบทบัญญัติมาตรา 277 วรรคท้าย แต่ในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตาม  
มาตรา 317 นั้น คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คืออำนาจปกครองของบิดา มารดา ฯลฯ  
แม้ว่าเด็กผู้ถูกระทำยินยอมด้วยเหตุตามมาตรา 277 วรรคท้าย กล่าวคือ เด็กอายุไม่เกิน 18 ปี  
กระทำต่อเด็กอายุอายุกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปี แต่ก็ไม่มีบทบัญญัติเหตุยกเว้นโทษหรือเหตุลดโทษ  
เหมือนเช่นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้งที่ความร้ายแรงของความผิดข่มขืนมีมากกว่า ผลคือเด็ก

<sup>2</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 4142/2552

หรือเยาวชนนั้นต้องรับผิดชอบพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 แม้ว่าจะได้รับการลดโทษในความผิดฐานกระทำชำเราเพราะเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 277 วรรคท้าย ผลของความไม่สอดคล้องกันในบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสอง ก่อให้เกิดความสับสนไม่เหมาะสมในการดำเนินคดี และไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในการอำนวยความยุติธรรมแก่เด็กอย่างแท้จริง

จากการศึกษาพบว่าเหล่านานาประเทศต่างให้ความสำคัญแก่เด็กและเยาวชน โดยการกระทำใดๆ ของรัฐย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กและมีเจตนารมณ์ในการปกป้องคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญ เด็กจึงควรได้รับการปกป้องและคุ้มครองอย่างเท่าเทียมไม่ว่าจะเป็นผู้ถูกระงับที่กฎหมายได้บัญญัติรับรองไว้แล้ว ยังรวมถึงผู้กระทำที่ควรต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองจากรัฐอย่างเท่าเทียมเช่นเดียวกัน ดังนั้นในกรณีที่เด็กหรือผู้เยาว์รักใคร่และต่างสมัครใจมีเพศสัมพันธ์ต่อกัน โดยปราศจากการข่มขู่หรือบังคับใดๆ แล้ว การบัญญัติข้อยกเว้นให้เด็กผู้กระทำได้รับการยกเว้นโทษย่อมอำนวยความยุติธรรมให้แก่เด็กอย่างแท้จริง และยังเป็น การไม่เลือกปฏิบัติซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดในการปกป้องเด็กด้วย แต่เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคท้าย ที่ได้มีการแก้ไขใหม่ในปี พ.ศ.2558 และในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 กลับพบว่ามีได้เป็นไปตามเจตนารมณ์และอำนวยความยุติธรรมแก่เด็ก เพราะความผิดทั้งสองฐานนี้กลับเลือกปกป้องคุ้มครองเฉพาะเด็กผู้ถูกระงับเท่านั้น แต่กลับไม่ให้ความคุ้มครองแก่เด็กผู้กระทำแต่อย่างใด ทั้งที่ความจริงแล้ว เด็กทั้งสองเป็นได้ทั้งสถานะผู้กระทำผิดและผู้เสียหายภายในตนเอง อันเกิดจากการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กทั้งสอง ดังนั้น การเลือกคุ้มครองบุคคลหนึ่งและลงโทษบุคคลใดเพียงลำพังจึงเป็นการเลือกปฏิบัติต่อเด็กกันด้วย

สรุป การกำหนดความผิดในกรณีที่เด็กมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมให้เป็นความผิดย่อมก่อให้เกิดปัญหาในการอำนวยความยุติธรรมให้แก่เด็ก เนื่องจากเด็กไม่ควรถูกต้องถูกลงโทษตั้งแต่แรก ซึ่งหากปล่อยให้มีการดำเนินคดีแก่เด็กเหล่านี้แล้วย่อมก่อให้เกิดผลกระทบทั้งต่อตัวเด็กและไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ ต่อสังคม

#### 4.2.2 ด้านการพิจารณาพิพากษาคดี

จากการศึกษาพบว่า การพิจารณาและพิพากษาคดีที่เด็กหรือเยาวชนมีเพศสัมพันธ์กัน ศาลเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้ความว่าการกระทำดังกล่าวของเด็กทั้งสองเกิดจากความยินยอมหรือไม่ ซึ่งในกรณีที่พบว่ามี การให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์กันและมีสถานะความสัมพันธ์เป็นคู่รักกันจริง โดยเป็นการกระทำของเยาวชนอายุต่ำกว่า 18 ปีกระทำชำเราต่อเด็กอายุกว่า 13 ปีแต่ไม่เกิน 15 ปี ศาลเยาวชนและครอบครัวมักจะเลือกใช้การสมรสระหว่างเด็กเป็น

ทางออกเพื่อให้มีต้องได้รับโทษ<sup>3</sup> แต่ในกรณีที่ศาลเยาวชนและครอบครัวพบว่าเด็กทั้งสองมิได้มีเจตนาสมรสกันจริง เพียงแต่ต้องการให้ตนมีต้องได้รับโทษหรือได้รับการบรรเทาโทษแล้วนั้น หากปรากฏว่าทั้งสองเคยมีความสัมพันธ์เช่นคู่รักและมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้ว ศาลเยาวชนและครอบครัวจะพิพากษาเด็กผู้กระทำผิดให้มีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 และใช้วิธีการลงโทษต่อเด็กผู้กระทำผิดแทน<sup>4</sup> รวมถึงในกรณีที่เด็กทั้งสองมีสถานะความสัมพันธ์เป็นคู่รักกันจริง แต่ไม่เข้าเงื่อนไขอายุที่กฎหมายกำหนด คือ เป็นการกระทำชำเราโดยเยาวชนที่อายุต่ำกว่า 18 ปีกระทำชำเราต่อเด็กอายุ 12 ปีซึ่งไม่เข้าเงื่อนไข ศาลเยาวชนและครอบครัวอาจใช้วิธีพิพากษาให้การกระทำของเยาวชนดังกล่าวเป็นความผิด แต่ให้รอลงอาญาไว้แทนได้ ซึ่งไม่ว่ากรณีใดๆ ในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 กลับไม่มีบทบัญญัติเหตุยกเว้นโทษหรือเหตุผลโทษเหมือนเช่นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้น เมื่อเด็กอายุไม่เกิน 18 ปีกระทำชำเราต่อเด็กอายุกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปี โดยยินยอมและภายหลังทั้งสองประสงค์สมรสกัน ความผิดตามมาตรา 277 จึงยุติลง (ปัจจุบันมาตรา 277 วรรคท้าย มีการแก้ไขใหม่ ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดเพียงใดก็ได้) แต่ในส่วนความผิดตามมาตรา 317 วรรค 3 ที่ฟ้องขอให้ลงโทษนั้น เมื่อปรากฏว่าเด็กทั้งสองรักกันและสมรสแล้ว จึงมิใช่การพรากผู้เยาว์เพื่ออนาจาร แต่เป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรก<sup>5</sup> เห็นได้ว่าผู้กระทำความผิดนั้นก็ยังต้องรับโทษและถูกดำเนินคดีในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 ต่อไปอยู่ดี ซึ่งในทางปฏิบัติกรณีมีความผิดเช่นนี้เกิดขึ้น ศาลมักใช้วิธีการลงโทษผู้กระทำความผิด อันเป็นการแก้ปัญหาที่ไม่สอดคล้องกับสภาพปัจจุบัน เนื่องด้วยเด็กหรือเยาวชนทั้งสองยินยอมมีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจและประสงค์สมรสกันตั้งแต่แรก แต่กฎหมายกลับไม่เอื้อประโยชน์และมีได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายตามที่วางหลักไว้แต่อย่างใด

จากแนวทางปฏิบัติของศาลเยาวชนและครอบครัวที่ใช้วิธีการรอลงโทษในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานพรากผู้เยาว์นั้น มิได้เป็นการแก้ไขปัญหาที่ถูกต้องแต่อย่างใด เนื่องด้วยผู้ศึกษาได้กล่าวข้างต้นแล้วว่า เด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมนั้นไม่ควรจะต้องถูกพิพากษาลงโทษตั้งแต่แรกอยู่แล้ว เพราะเด็กมิได้มีเจตนาในการกระทำความผิดเหมือนเช่นกรณีผู้ใหญ่กระทำความผิด การดำเนินคดีและลงโทษแก่เด็กที่มีเพศสัมพันธ์ระหว่างกันโดยความยินยอมจึงมีแต่จะส่งผลร้ายแก่เด็กและส่งผลให้เด็กถูกตราหน้าว่าเป็นอาชญากร ดังนั้น การแก้ไขปัญหาด้วยอนุญาตให้เด็กสมรสกันเพื่อให้เด็กได้รับการบรรเทาโทษ หรือการพิพากษาให้เด็กหรือเยาวชนเป็น

<sup>3</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2269/2544

<sup>4</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 342/2555

<sup>5</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 854/2545

ผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 277 และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 โดยนำวิธีการรอลงอาญามาใช้ ย่อมส่งผลร้ายให้เด็กเสียประวัติเพราะต้องถูกพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิดและต้องถูกส่งคุมตราบนัว่าเป็นอาชญากร ซึ่งเป็นการซ้ำเติมต่อเด็กที่ไม่ได้มีเจตนากระทำความผิดแต่อย่างใด

ผลการสำรวจข้อมูลของกระทรวงสาธารณสุขในปี พ.ศ.2555 พบว่าเด็กนักเรียนชายชั้น ม.2 (ช่วงอายุระหว่าง 13-14 ปี) เพศชายร้อยละ 5.3 และเพศหญิงร้อยละ 5.1 เคยมีเพศสัมพันธ์แล้ว ในส่วน of นักเรียนชั้น ม.5 (ช่วงอายุระหว่าง 16-17 ปี) เพศชายร้อยละ 24.8 และเพศหญิงร้อยละ 20.2 เคยมีเพศสัมพันธ์ และนักเรียนปวช.ปี 2 เพศชายร้อยละ 46.1 และเพศหญิงร้อยละ 51.1 เคยมีเพศสัมพันธ์แล้วเช่นเดียวกัน<sup>6</sup> จากผลสำรวจดังกล่าวชี้ให้เห็นว่าเด็กหรือผู้เยาว์เรียนรู้และทดลองเรื่องเพศระหว่างกันตั้งแต่ช่วงอายุที่น้อยมาก โดยทั้งสองมีสถานะความสัมพันธ์เป็นคู่รักกัน การมีเพศสัมพันธ์หรือการกระทำทางเพศใดๆ จึงเกิดขึ้นจากความสมัครใจอย่างแท้จริงของเด็กทั้งสอง ดังนั้น การพิจารณาและพิพากษาคดีที่เด็กหรือผู้เยาว์มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมให้เป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 ย่อมเป็นการซ้ำเติมเด็กและผลักไสให้เด็กกลายเป็นอาชญากรที่แท้จริง เพราะเมื่อเด็กถูกพิพากษาว่ามีความผิดและถูกควบคุมตัวในสถานที่ที่กำหนดแล้ว อาจทำให้เด็กซึมซับพฤติกรรมที่ร้ายๆ จากสภาพแวดล้อมที่เด็กอาศัยอยู่ในขณะนั้น นอกจากนี้ การดำเนินคดีแก่เด็กเหล่านี้ ย่อมส่งผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณาคดีของศาล อันทำให้เกิดความล่าช้า และ คดีรกรศาล ซึ่งการดำเนินคดีดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ทางสังคมทั้งไม่ใช่คดีที่ศาลเยาวชนและครอบครัวควรต้องหยิบยกคดีดังกล่าวมาพิจารณาและวินิจฉัยต่อไป

สรุป การกำหนดความผิดในกรณีที่ได้มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมให้เป็นความผิดย่อมก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาพิพากษาคดีแก่เด็ก ซึ่งในทางปฏิบัติพบว่าศาลเยาวชนและครอบครัวมักอนุญาตให้เด็กและเยาวชนสมรสกัน หรืออาจใช้การพิพากษาเยาวชนให้มีความผิดและใช้วิธีการรอลงอาญาไปเป็นทางออก เพื่อมิให้เด็กต้องถูกจำคุกซึ่งไม่ใช่ทางแก้ปัญหาที่แท้จริง เนื่องด้วยสาเหตุที่เด็กหรือเยาวชนไม่ควรต้องถูกดำเนินคดีมาตั้งแต่แรก และการพิจารณาและพิพากษาในประเด็นคดีดังกล่าวย่อมส่งผลให้คดีรกรศาล และการดำเนินคดีต่อเด็กเหล่านี้ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ทางสังคมด้วย

<sup>6</sup> รัชดา ธารภาค, “เซ็กซ์เสี่ยงของคนวัยเรียน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2558, จาก <http://www.whaf.or.th/?p=3127>

#### 4.2.3 ปัญหาการนำกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด

จากการศึกษาพบว่าในคดีที่เยาวชนถูกดำเนินคดีในข้อหากระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีและความผิดฐานพรากผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 15 ปีในปัจจุบัน มักพบข้อเท็จจริงว่าการมีเพศสัมพันธ์ของทั้งสองเป็นไปด้วยความสมัครใจอย่างแท้จริงและเด็กทั้งสองนั้นรักใคร่ชอบพอกันมาตั้งแต่แรก โดยมีสถานะความสัมพันธ์เป็นคู่รักกัน ผู้ประสงค์ดำเนินคดีในความผิดทั้งสองฐานนี้จึงมิใช่ตัวเด็กผู้เสียหายโดยตรง หากแต่เกิดขึ้นโดยความตั้งใจของผู้ปกครองเด็กนั้น ซึ่งปัญหาที่พบในทางปฏิบัติของการดำเนินคดีในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 คือ บทบัญญัติทั้งสองกลายมาเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบจากบรรดาผู้ปกครองฝ่ายเด็ก ที่เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นช่องทางในการหารายได้โดยทุจริตทั้งที่แท้จริงแล้วเจตนารมณ์ของบทบัญญัติตามมาตรา 277 และมาตรา 317 มีขึ้นเพื่อปกป้องและคุ้มครองเด็กที่ยังเยาว์วัยมิให้ถูกล่วงละเมิดทางเพศจากบุคคลที่ประสงค์กระทำความผิด และคุ้มครองอำนาจปกครองของบุคคลที่กฎหมายกำหนด แต่บทบัญญัตินี้กลับส่งผลร้ายมากกว่าที่จะเป็นผลดีแก่เด็กอย่างแท้จริง โดยพบว่า การนำกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบนั้นสามารถนำมาใช้ได้ตั้งแต่ก่อนมีการเริ่มฟ้องคดีจนกระทั่งก่อนมีคำพิพากษาในคดี แบ่งออกได้ดังนี้

ก่อนที่มีการดำเนินคดีในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 ผู้ปกครองของฝ่ายเด็กหญิงซึ่งส่วนใหญ่อ้างว่าอยู่ในฐานะผู้เสียหายนั้น มักนำบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมาใช้เพื่อเป็นช่องทางในการเรียกรับเงินจากผู้ปกครองอีกฝ่ายเพื่อแลกกับการไม่ถูกดำเนินคดี โดยใช้วิธีการข่มขู่หรือการต่อรองแก่เด็กชายหรือผู้ปกครองฝ่ายเด็กชายว่าหากไม่ชำระเงินค่าตอบแทนตามเงื่อนไขแล้วตนจะฟ้องคดีต่อเด็กหรือเยาวชนนั้น ส่งผลให้เยาวชนหรือผู้ปกครองของฝ่ายเด็กชายต้องยอมทำตามเงื่อนไข เพราะยอมต้องเกรงกลัวว่าจะส่งผลให้ตนเสียประวัติหรือเสียอนาคตจากการพิพากษาให้มีความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก และเนื่องด้วยความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ซึ่งหากมีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนแล้วย่อมไม่สามารถยอมความกันเองระหว่างคู่ความได้ ทั้งการถอนฟ้องใดๆ ก็ไม่ตัดสิทธิ์ของพนักงานอัยการที่ประสงค์ดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชนผู้กระทำผิดต่อไปแทน ดังนั้น เด็กชายหรือผู้ปกครองดังกล่าวจึงเลือกที่จะยอมจ่ายเงินค่าตอบแทนแก่ผู้เรียกร้องเพื่อยุติการดำเนินคดีอาญาของฝ่ายนั้น แต่เมื่อพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้ว การเจรจาจ่ายเงินกันระหว่างทั้งสองฝ่ายก็ได้ทำให้คดีอาญาระงับแต่อย่างใด ผู้แสวงหาผลประโยชน์เหล่านี้จึงอาจใช้ช่องทางจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมาใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์อันมิชอบ โดยเรียกรับเงินจากอีกฝ่ายหลายครั้งหลายคราอย่างไม่สิ้นสุดได้

ในระหว่างการพิจารณาคดีก่อนที่ศาลเยาวชนและครอบครัวจะมีคำพิพากษาในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 มักนำบทบัญญัติตามมาตรา 277 วรรคท้าย มาใช้เพื่อเป็นช่องทางในการเรียกรับเงินจากผู้ปกครองอีกฝ่ายเพื่อแลกกับการบรรเทาโทษในความผิดได้เช่นเดียวกัน โดยอาจเกิดขึ้นจากฝ่ายผู้ปกครองของเด็กหญิงผู้เสียหายที่จะเรียกเงินค่าตอบแทนเป็นจำนวนสูงเพื่อต่อรองให้อีกฝ่ายชำระเพื่อแลกกับการบรรเทาโทษเอง หรืออาจเกิดขึ้นโดยผู้ปกครองฝ่ายเด็กชายผู้กระทำผิด เสนอค่าตอบแทนเป็นจำนวนมากเพื่อแลกกับการบรรเทาโทษจากศาลเยาวชนและครอบครัวได้เช่นเดียวกัน ซึ่งหากทั้งสองฝ่ายมีการจ่ายค่าตอบแทนตามข้อตกลงแล้ว ผู้ปกครองของเด็กหญิงผู้เสียหายก็ใช้วิธีให้เด็กหญิงอ้างต่อศาลเยาวชนและครอบครัวว่าตนสมัครใจให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์นั้น เพื่อให้ศาลเยาวชนและครอบครัวใช้เหตุบรรเทาโทษตามความในมาตรา 277 วรรคท้าย<sup>7</sup> มาใช้เป็นทางออก ส่งผลให้ในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ก็จะได้ประโยชน์ไปด้วย เพราะจะมีใช้การพรากไปเพื่อการรอนาจารแต่เป็นการพรากตามมาตรา 317 เท่านั้น และเนื่องจากมีเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 277 วรรคท้ายแล้ว ย่อมเป็นเหตุให้ศาลอาจรอลงอาญาในความผิดฐานพรากได้ด้วย ดังนั้น ย่อมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่เด็กหญิงผู้เสียหายโดยตรงเลย แต่กลับก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ปกครองของฝ่ายเด็กหญิงนั้นในการเรียกรับผลประโยชน์โดยมิชอบ หรือเป็นประโยชน์ต่อฝ่ายเด็กชายผู้กระทำความผิดที่สามารถนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงความผิดให้ได้รับโทษน้อยลง

สรุป การกำหนดความผิดในกรณีที่ได้มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมให้เป็นการผิดย่อมก่อให้เกิดปัญหาการนำกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ซึ่งกลายเป็นเครื่องมือที่เหล่าผู้แสวงหาผลประโยชน์อันมิชอบนำมาใช้เป็นช่องทางในการหารายได้ และก่อให้เกิดผลร้ายแก่เด็กมากกว่าที่จะปกป้องคุ้มครองเด็กผู้เสียหายที่ยังเยาว์วัยตามเจตนารมณ์ และบทบัญญัติดังกล่าวกลับก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ปกครองของฝ่ายเด็กหญิงนั้นในการเรียกรับผลประโยชน์โดยมิชอบ หรือเป็นประโยชน์ต่อฝ่ายเด็กชายผู้กระทำความผิดที่สามารถนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงความผิดให้ได้รับโทษน้อยลงด้วย

#### 4.2.4 ปัญหาการสมรส

จากการศึกษาพบว่าวัตถุประสงค์แรกเริ่มของการกำหนดความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก เจตนารมณ์มีขึ้นเพื่อปกป้องเด็กผู้หญิงจากผู้ชายที่จะเอาเปรียบด้วยการล่วงละเมิดทางเพศในอดีตจึงมักกำหนดทางออกให้แก่ชายผู้กระทำความผิดให้มีต้องรับโทษด้วยการบังคับให้แต่งงานกันเพื่อแก้ไขปัญหา ประกอบกับเมื่อพิจารณาถึงวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีไทยมาช้านาน

<sup>7</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 7664/2544

ชีวิตความเป็นอยู่เป็นระบบครอบครัว และมีศาสนาพุทธเป็นศาสนาประจำชาติ โดยถือว่าเรื่องเพศสำหรับเด็กเป็นเรื่องต้องห้ามและผิดศีลธรรมของศาสนา จึงไม่ควรส่งเสริมให้มีความยินยอมทางเพศ<sup>8</sup> ดังนั้นลักษณะและรูปแบบของการมีเพศสัมพันธ์จึงเป็นไปเพื่อสร้างครอบครัวเท่านั้น บทบัญญัติตามมาตรา 277 วรรคท้ายจึงได้บัญญัติให้การสมรสเป็นทางออกให้แก่เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมให้ศาลเยาวชนและครอบครัวสามารถใช้ดุลยพินิจในการลงโทษเท่าใดก็ได้ แต่ในปัจจุบันแนวคิดเรื่องการมีเพศสัมพันธ์ได้พัฒนาและเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก เนื่องด้วยวัฒนธรรมและค่านิยมเกี่ยวกับเพศระหว่างชายและหญิงเปลี่ยนไป ประกอบกับมีการยอมรับในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความเท่าเทียมในทางเพศ ส่งผลให้ปัจจุบันการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายหญิงเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจของทั้งสอง และมีลักษณะเป็นไปเพื่อความสนุกและเพื่อสนองอารมณ์ระหว่างคู่คนมากกว่าการสร้างครอบครัวเช่นในอดีต ดังนั้น บทบัญญัติตามมาตรา 277 วรรคท้าย ที่ได้มีการประกาศใช้ตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบันที่กำหนดให้การสมรสเป็นทางออกแก่เด็กทั้งสองที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมให้ได้รับการบรรเทาโทษให้น้อยลงจึงมิใช่ทางออกที่ถูกต้อง และจากการศึกษาไม่ปรากฏว่าประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดาหรือประเทศสวิสฯ ได้บัญญัติให้การสมรสระหว่างเด็กเป็นทางออกเพื่อให้เด็กมีต้องรับโทษหรือเป็นเหตุบรรเทาโทษในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กแต่อย่างใด การกำหนดให้การสมรสเป็นทางออกในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กจึงก่อให้เกิดปัญหาดังต่อไปนี้

ประการแรก เนื่องด้วยการสมรสระหว่างเด็กหรือเยาวชนอาจมิได้เกิดขึ้นจากความสมัครใจของทั้งสองที่จะสมรสกันจริง โดยอาจเกิดขึ้นจากการยอมความกันเองระหว่างผู้ปกครองของฝ่ายเด็กชายกับผู้ปกครองฝ่ายเด็กหญิง หรือระหว่างตัวเด็กผู้กระทำผิดเองกับผู้ปกครองของฝ่ายเด็กผู้เสียหาย ซึ่งทั้งสองกรณีอาจมีการเสนอเงินค่าตอบแทนจำนวนมากเพื่อแลกกับการสมรสให้ตนไม่ต้องรับผิดหรือได้รับการบรรเทาโทษเท่านั้น ภายหลังเด็กทั้งสองก็จะหย่าร้างกันไปเพราะมิได้มีเจตนาสมรสกันจริง ดังนั้น หากกำหนดให้การสมรสระหว่างเด็กหรือเยาวชนเป็นทางออกให้แก่ผู้กระทำความผิด นอกจากจะไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างเด็กทั้งสองแล้ว ยังเป็นการซ้ำเติมเหล่าเด็กผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยเยาวชนผู้กระทำความผิดจริง ที่นอกจากตนต้องถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยตนมิได้ยินยอมแล้ว ตนยังต้องยอมสมรสกับบุคคลที่เป็นผู้ข่มขืนกระทำชำเราตนอีก ย่อมก่อให้เกิดความบอบช้ำทั้งร่างกายและจิตใจแก่เด็กผู้เสียหาย การสมรสระหว่างเด็กหรือเยาวชนทั้งสอง

<sup>8</sup> สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมประสานงานเยาวชนแห่งชาติ, รายงานผลการดำเนินงานของประเทศไทย ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (ฉบับที่ 1), (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์การศาสนา, 2549), น.28-35.



ยอมมิใช่เกิดจากความรักและความสมัครใจสมรสกันจริงหากแต่การสมรสเป็นเพียงการกระทำเพื่อ แลกกับผลประโยชน์ที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกันระหว่างผู้ปกครองฝ่ายเด็กชายและเด็กหญิงเท่านั้น

ประการที่สอง ในกรณีการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กทั้งสอง เกิดขึ้นจากความรัก และมีความสัมพันธ์เป็นคู่รักกัน เมื่อมีการดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชนในความผิดฐานกระทำชำเรา เด็กตามมาตรา 277 แล้ว หากเด็กหรือเยาวชนทั้งสองสมัครใจและประสงค์สมรสกันจริงนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดหลักเกณฑ์ที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมสมรสได้เมื่อ อายุ 17 ปีบริบูรณ์<sup>9</sup> สาเหตุเนื่องด้วยผู้เยาว์ที่อายุ 17 ปีบริบูรณ์ มีความพร้อมและรับรู้ผิดชอบชั่วดี พอที่จะให้ความยินยอมในการสมรสได้ เมื่อเปรียบเทียบกับเด็กในช่วงอายุระหว่าง 13 – 15 ปี เด็กยัง อายุอ่อนเกินกว่าที่จะให้ความยินยอมในการสมรสได้ ความยินยอมของเด็กในช่วงอายุระหว่าง 13 – 15 ปี จึงมิใช่ความยินยอมที่แท้จริง เพราะเด็กยังขาดวุฒิภาวะ การรับรู้ผิดชอบชั่วดีหรือความ รับผิดชอบต่างๆ ย่อมมีน้อยเมื่อเทียบกับผู้ใหญ่ ขาดการวางแผนชีวิตที่ดี ดังนั้น การตัดสินใจของเด็ก ย่อมขาดการไตร่ตรองและรู้เท่าทันเช่นการตัดสินใจของผู้ใหญ่ที่มีประสบการณ์และวิญญูที่มากกว่า ซึ่งทราบถึงผลในการกระทำของตนเป็นอย่างดี ประกอบกับความรักของเด็กหรือเยาวชนทั้งสองเป็น เพียงรักในวัยเยาว์ ซึ่งในภายภาคหน้าอาจเกิดจิตใจโลเลเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา ซึ่งหากศาล เยาวชนและครอบครัวอนุญาตให้เด็กหรือเยาวชนทั้งสองมีการสมรสกันจริงแล้ว ในภายภาคหน้าเด็ก ทั้งสองอาจหย่าร้างได้ในอนาคตอันเนื่องจากสาเหตุที่ได้กล่าวมาข้างต้น จากสถิติพบว่าปัจจุบันปัญหา การหย่าร้างได้เพิ่มสูงขึ้นเรื่อยๆ โดยสถิติในช่วงปี พ.ศ.2555 การหย่าร้างของคู่สมรสคิดเป็น 35% เมื่อเทียบกับการสมรสในช่วงระหว่างปีเดียวกัน<sup>10</sup> ยิ่งเป็นการชี้ว่าการสมรสไม่ใช่ทางออก ซึ่งหาก ปลดปล่อยให้มีการสมรสระหว่างเด็กหรือเยาวชนทั้งสองที่ยังไม่มีความพร้อมต่อการสมรส โดยเป็นการ สมรสก่อนวัยอันควรแล้วเด็กย่อมต้องหมดอนาคตมิได้เรียนหนังสือเหมือนเช่นเด็กทั่วไป และปัญหาที่ จะเกิดขึ้นตามมาคือการมีบุตรก่อนวัยอันควรอันเนื่องจากขาดการวางแผนก่อนการมีบุตรและเลี้ยง ดูดูแลบุตร อาจส่งผลกระทบต่อและเป็นปัญหาในอนาคตต่อตัวเด็กหรือเยาวชนทั้งสองและเป็นปัญหาทาง สังคมต่อไป

นอกจากนี้ การสมรสก่อนวัยอันควรย่อมก่อให้เกิดการตั้งครมโดยไม่พร้อม จาก การศึกษาจากสถิติที่ประชุมองค์การอนามัยโลก (World Health Organization: WHO) พบว่า

<sup>9</sup> มาตรา 1448 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชาย และหญิงมีอายุ 17 บริบูรณ์แล้ว...”

<sup>10</sup> พรรณพิมล วิบุลากร, “ครอบครัวไทยหย่าร้างสูงเกินปีละแสนคู่,” โพสต์ทูเดย์ (18 เมษายน 2557) สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2558 จาก [www.thaihealth.or.th](http://www.thaihealth.or.th)

ค่าเฉลี่ยของผู้หญิงที่ตั้งครรภ์ก่อนอายุ 20 ปี ของทั่วโลกอยู่ที่ 65 ต่อ 1,000 คน ส่วนค่าเฉลี่ยของประเทศไทยมีผู้หญิงตั้งครรภ์ที่อายุต่ำกว่า 20 ปี จำนวน 70 ต่อ 1,000 คน ซึ่งเป็นตัวเลขสูงเมื่อเทียบกับค่าเฉลี่ยของทั่วโลก และเมื่อพิจารณาข้อมูลสภาวะการมีบุตรของวัยรุ่นไทย ในปี พ.ศ. 2552 มีมารดาวัยรุ่นอายุต่ำกว่า 20 ปีคลอดบุตร จำนวน 787,739 คน คิดเป็นร้อยละ 13.551 ซึ่งสูงกว่าค่าเฉลี่ยมาตรฐานที่องค์การอนามัยโลกกำหนดไว้ที่ไม่เกินร้อยละ 10 นอกจากนี้พบว่าอายุเฉลี่ยของการตั้งครรภ์วัยรุ่นอยู่ที่ 13-15 ปี ซึ่งการตั้งครรภ์ก่อนวัยอันควรนอกจากจะส่งผลเสียต่อร่างกายเด็กที่ยังขาดความพร้อมทางร่างกาย กล่าวคือ ทางกายภาพเห็นว่าการตั้งครรภ์ของเด็กสาวมีอัตราเสี่ยงที่จะได้รับผลกระทบต่อการเจริญเติบโตของร่างกาย เช่น ในเรื่องความสูง ภาวะแทรกซ้อนจากการตั้งครรภ์ที่มากกว่าผู้ใหญ่ตั้งครรภ์ อาทิ ภาวะความดันโลหิตสูงจากการตั้งครรภ์ซึ่งส่งผลให้มีการตายมากเป็น 3.5 เท่าของมารดาที่อายุ 20 ปีขึ้นไป หรือภาวะเจ็บครรภ์นานและการคลอดติดขัด ซึ่งมักเกิดจากการเจริญเติบโตของกระดูกเชิงกรานยังไม่สมบูรณ์ ภาวะการคลอดก่อนกำหนดสูง และอัตราการตายของมารดาที่อายุต่ำกว่า 20 ปีแล้ว ยังส่งผลถึงเด็กทารกที่เกิดจากมารดาอายุน้อยจะมีน้ำหนักแรกเกิดน้อยกว่าปกติ 2 เท่า ซึ่งทารกน้ำหนักน้อยจะมีปัญหาเรื่องระบบประสาท เช่น ปัญญาอ่อน สมองพิการ หรือพิการสูงกว่าทารกทั่วไปมาก และอาจเจ็บป่วยหรือเสียชีวิตง่ายด้วย ดังนั้น การส่งเสริมให้ใช้การสมรสเป็นทางออกระหว่างเด็กนอกจากจะขัดต่อการส่งเสริมและรณรงค์ไม่ให้เด็กวัยรุ่นท้องก่อนวัยอันควรของหน่วยงานต่างๆ แล้ว ยังเป็นการผลักดันให้เด็กได้รับอันตรายจากการมีบุตรก่อนวัยอันควรด้วย<sup>11</sup>

ประการที่สาม หากศาลเยาวชนและครอบครัวอนุญาตให้เด็กหรือเยาวชนสมรสกันแล้ว เด็กหรือเยาวชนทั้งสองย่อมตกเป็นผู้บรรลุนิติภาวะตามผลของกฎหมาย ส่งผลให้เด็กหรือเยาวชนนั้นเสียประโยชน์จากบทบัญญัติของกฎหมายอื่นๆ ที่บัญญัติขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อปกป้องและคุ้มครองเด็ก อาทิ ตามพระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 กำหนดให้เด็กที่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ต้องเป็นบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ และไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส<sup>12</sup> ดังนั้น หากศาลเยาวชนและครอบครัวมีคำสั่งอนุญาตให้เด็กทั้งสองสมรสกัน

<sup>11</sup> สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ปัญหาเยาวชนหญิงที่ตั้งครรภ์ก่อนวัยอันควรกับมิติสิทธิมนุษยชน ฉบับสมบูรณ์, (นครปฐม : คณะสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล, 2555), น.42-63.

<sup>12</sup> มาตรา 4 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 “เด็ก หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส...”

แล้วตามมาตรา 277 วรรคท้าย เด็กหรือเยาวชนนั้นย่อมตกเป็นผู้บรรลุนิติภาวะ และมีได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองเด็กฉบับนี้อีกต่อไป

สรุป การกำหนดความผิดในกรณีที่เด็กมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมให้เป็นการผิดและนำการสมรสมาใช้เป็นทางออกเพื่อเป็นเหตุบรรเทาโทษ ย่อมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่เด็กหรือเยาวชนทั้งสองแต่อย่างใด กลับยิ่งสร้างปัญหาต่อตัวเด็กหรือเยาวชนนั้นหรือก่อให้เกิดปัญหาทางสังคมตามมาภายหลังอันเนื่องมาจากความไม่พร้อมในการสมรส นอกจากนี้หากศาลเยาวชนและครอบครัวมีคำสั่งอนุญาตให้เด็กหรือเยาวชนสมรสกันแล้ว เด็กหรือเยาวชนนั้นย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอื่นๆ ที่มีเจตนารมณ์ขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองเด็กอีกต่อไป

#### 4.2.5 ปัญหาทางสังคม

จากการศึกษาพบว่า การดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 ไม่ว่าจะอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลเยาวชนและครอบครัว หรืออยู่ระหว่างที่มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดให้เด็กหรือเยาวชนมีความผิดแล้วแต่รอลงอาญา ย่อมก่อให้เกิดปัญหาที่ตามมามากมาย เพราะด้วยเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏตั้งแต่แรกแล้วว่าเด็กหรือเยาวชนมิได้มีเจตนาในการกระทำความผิดมาตั้งแต่แรก แต่กลับต้องมาถูกดำเนินคดีและถูกพิพากษาภายหลังว่าเป็นผู้กระทำความผิดจริง การมุ่งลงโทษเด็กนอกจากจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมในด้านใดๆ แล้ว กลับจะยิ่งส่งผลร้ายต่อตัวเด็กหรือเยาวชนโดยตรง และเกิดผลกระทบทางสังคมตามมาหลายประการ ดังนี้

ประการแรก การกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์เป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานพรากผู้เยาว์ เมื่อมีการดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชนทั้งสองที่มีได้มีเจตนาในการกระทำความผิดตั้งแต่แรก การดำเนินคดีต่อเด็กนั้นย่อมเป็นการทำลายสถาบันครอบครัวของเด็กสองฝ่าย กล่าวคือ เนื่องด้วยผู้ปกครองของเด็กหรือเยาวชนแต่ละฝ่ายต่างต่อสู้คดีเพื่อให้ตนเป็นผู้ชนะ คดี โดยไม่พิจารณาถึงผลที่ตามมาของตัวเด็กทั้งสองในอนาคตว่าหากกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้เด็กทั้งสองสมรสหรือนำมาตรการคุ้มครองเด็กมาใช้แก่เด็กทั้งสองแล้ว ครอบครัวของทั้งสองย่อมไม่สามารถปรองดองและกลับมามีความสัมพันธ์ที่ดีต่อกันได้ โดยกลับยิ่งทำให้เด็กทั้งสองที่รักใคร่และมีความสัมพันธ์เป็นคู่รักไม่สามารถใช้ชีวิตร่วมกันได้อีกต่อไป

ประการที่สอง เด็กหรือเยาวชนที่ถูกดำเนินคดีในความผิดทั้งสองฐาน แม้ว่าศาลจะยังมีคำพิพากษาใดๆ แต่เด็กดังกล่าวย่อมถูกตราหน้าว่าเป็นอาชญากรแล้ว การใช้ชีวิตในสังคมย่อมต้องถูกกีดกันจากบุคคลทั่วไป และถูกเหยียดหยามว่าเป็นอาชญากรทั้งที่ความจริงเยาวชนดังกล่าวมิได้มีเจตนากระทำความผิดตั้งเช่นกรณีทั่วไป เมื่อเด็กถูกแรงกดดันจากในสังคมที่มองว่า

เป็นผู้กระทำความผิด ย่อมทำให้เกิดความอึดอัดและมีการแก้ไขปัญหาที่ผิดวิธีไป อาทิ ต้องไปคบกับบุคคลที่ไม่ดี ซึ่งในอนาคตเด็กนี้ก็จะมีซบเซาพฤติกรรมร้ายๆ ของบุคคลเหล่านั้นก็จะกลายมาเป็นอาชญากรที่แท้จริงได้

ประการที่สาม หากมีการดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนในความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 277 และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 แล้ว ศาลเยาวชนและครอบครัวอนุญาตให้เด็กทั้งสองสมรสกันตามคำสั่งและใช้วิธีการรองอายุในความผิดฐานพรากฯ ปัญหาทางสังคมที่จะตามมาภายหลังการสมรส คือปัญหาการมีบุตรก่อนวัยอันควร ซึ่งบุตรที่เกิดจากเด็กทั้งสองเมื่อเกิดขึ้นจากความไม่พร้อมของบิดาหรือมารดาของเด็กที่ขาดการวางแผนก่อนมีบุตรที่ดี ย่อมส่งผลให้กลายมาเป็นปัญหาทางสังคมในอนาคต สาเหตุเนื่องด้วยเด็กที่เกิดขึ้นจากความไม่พร้อมของบิดามารดา ย่อมมีอารมณ์ที่แปรปรวน สุขภาพจิตไม่ดี และมีแนวโน้มขาดความอบอุ่นและขาดการอบรมสั่งสอนที่ดีจากบิดาหรือมารดา ภายหลังหากบุตรของเด็กเหล่านี้เติบโตขึ้นย่อมง่ายต่อการถูกชักชวนไปในทางที่ผิดได้ง่ายกว่าเด็กทั่วไปที่มีการอบรมและสั่งสอนจากบุคคลที่มีความพร้อมในการมีบุตร ซึ่งจากการศึกษาในสหรัฐอเมริกาพบว่าลูกชายของแม่อายุ 17 ปีหรือน้อยกว่า มีโอกาสก่ออาชญากรรมและถูกคุมขังมากกว่าลูกชายของแม่ที่อายุตั้งแต่ 20 ปีขึ้นไป ถึง 2.2 เท่า<sup>13</sup>

สรุป การดำเนินคดีเกี่ยวกับเพศในกรณีที่ได้มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมให้ เป็นความผิด นอกจากจะส่งผลร้ายแก่เด็กหรือเยาวชนโดยตรงแล้ว ยังก่อให้เกิดปัญหาทางสังคมตามมาในอนาคต กล่าวคือ เป็นการบ่อนทำลายสถาบันของครอบครัวทั้งสองให้แตกแยกจากการดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนนั้น นอกจากนี้บุตรที่เกิดขึ้นจากการสมรสของเด็กหรือเยาวชนทั้งสองที่ยังขาดความพร้อมและการวางแผนในการเลี้ยงดูบุตรที่ดีแล้ว เด็กย่อมเติบโตและถูกชักชวนไปในทางที่ผิดได้ง่ายกว่าเด็กที่มีการอบรมเลี้ยงดูที่ดีจากบิดาหรือมารดาที่มีความพร้อมมากกว่า

#### 4.3 วิเคราะห์แนวทางการแก้ไขปัญหา

จากการศึกษาพบว่าการบัญญัติให้การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์เป็นความผิด และมี การดำเนินคดีลงโทษแก่เด็กหรือผู้เยาว์ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานพรากผู้เยาว์ กลับไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ แก่เด็กและสังคม ทั้งยังก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ ตามมาอีกมากมาย กล่าวคือ เมื่อมีการปล่อยให้มีการดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชนที่มีได้มี

<sup>13</sup> ศรีเพ็ญ ตันติเวสส, สถานการณ์การตั้งครุฑในวัยรุ่นในประเทศไทย 2556, (นนทบุรี : โครงการประเมินเทคโนโลยีและนโยบายสุขภาพ, 2556), น.62-63.

เจตนาในการกระทำความผิดมาตั้งแต่ต้น ย่อมส่งผลให้ได้รับผลกระทบทางจิตใจ ซึมเศร้าและเป็นการ ตีตราว่าเด็กเป็นอาชญากร อันจะเป็นการผลักดันให้เด็กกลายเป็นผู้กระทำความผิดที่แท้จริงต่อไป การดำเนินคดีต่อเด็กยังทำให้เด็กเสียประวัติไม่สามารถลบประวัติความผิดที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งแม้ว่าศาล อาจใช้ดุลยพินิจพิพากษาว่าเด็กกระทำความผิดและใช้วิธีการรอลงอาญา แต่เนื่องจากสังคมได้ตีตราเด็กว่า เป็นอาชญากรแล้ว เด็กย่อมถูกเลือกปฏิบัติจากเพื่อนฝูงและสังคม ถูกกีดกันจากบุคคลเหล่านั้น กระทั่งเด็กต้องไปเลือกคบกับเหล่าผู้กระทำความผิดที่แท้จริง จนซึมซับพฤติกรรมร้ายๆ ของบุคคลเหล่านั้น กลายเป็นอาชญากรที่แท้จริงได้ และแม้ว่าจะมีเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 277 วรรคท้าย เพื่อนำมา บังคับใช้ในกรณีนี้ที่เด็กเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศแล้ว แต่ก็ใช้บังคับได้จำกัดและมีเงื่อนไขบาง ประการที่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาระหว่างเด็กที่มีเพศสัมพันธ์ได้จริง กลับจะยิ่งก่อให้เกิดผลร้ายแก่เด็ก มากกว่าประโยชน์ อาทิ ช่วงอายุระหว่างเด็กผู้กระทำและผู้ถูกกระทำกำหนดไว้ตายตัวโดยต้องเป็น กรณีที่เยาวชนอายุต่ำกว่า 18 ปี กระทำชำเราต่อเด็กอายุมากกว่า 13 แต่ไม่เกิน 15 ปี อาจมิใช่ความ ยินยอมที่แท้จริงของเด็ก หรือหากยินยอมจริงแต่อายุไม่เข้าหลักเกณฑ์ศาลย่อมไม่สามารถนำมาตรา 277 วรรคท้ายมาเป็นเหตุบรรเทาโทษให้แก่เด็กผู้กระทำได้ หรือหากเข้าหลักเกณฑ์อายุตามมาตรา 277 วรรคท้าย และศาลอนุญาตให้เด็กสมรสกันได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดแล้ว เมื่อปรากฏว่าช่วงวัย เด็กยังเป็นช่วงที่อยู่ในระหว่างพัฒนาการทั้งด้านร่างกายและจิตใจ การยึดเยียดให้เด็กทั้งสองสมรสกัน โดยที่เด็กยังมีความพร้อมใดๆ ในการสมรส ทั้งยังไม่มีการวางแผนถึงชีวิตคู่ที่ดี ย่อมสร้างปัญหาที่ ตามมาทั้งในเรื่องการหย่าร้างในอนาคต การมีบุตรก่อนวัยอันควร เมื่อเด็กเติบโตมาย่อมขาดการ อบรมเลี้ยงดูที่ดี และอาจพัฒนากลายเป็นอาชญากรได้ ปัญหาเหล่านี้เป็นสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจาก การกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์เป็นความผิด

ผู้ศึกษาพบว่า การแก้ไขปัญหาดังกล่าวตามมาตรา 277 วรรคท้าย และมาตรา 317 อันเป็น ความผิดที่จะนำมาใช้แก่พฤติการณ์ที่พบว่าเด็กหรือผู้เยาว์มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม ควร แก้ปัญหาและมีแนวทางแก้ไขที่กำหนดไว้ดังต่อไปนี้

#### 4.3.1 ยกเว้นโทษแก่เด็กทั้งสองที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม

จากการศึกษาพบว่า การกำหนดความผิดและดำเนินคดีอาญาต่อเด็กที่มี เพศสัมพันธ์โดยความยินยอมมิได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อตัวเด็กและทางสังคมแต่อย่างใด เพราะเด็กที่มี เพศสัมพันธ์โดยความยินยอมมิได้มีพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดภัยอันตราย หรือพฤติกรรมใดๆ ที่สร้าง ความเดือดร้อนแก่บุคคลอื่น ทั้งเด็กผู้กระทำและผู้ถูกกระทำต่างก็เป็นได้ผู้เสียหายและผู้กระทำผิดใน ตนเอง จึงไม่มีความจำเป็นใดที่จะต้องลงโทษเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมให้เป็น ความผิดทางอาญา และเมื่อสาเหตุของการกระทำของเด็กเกิดจากความเยาว์วัยและความ

รู้เท่าไม่ถึงการณ์ การปฏิบัติต่อเด็กจึงควรยกเว้นโทษให้แก่เด็กทั้งสองมากกว่าการมุ่งลงโทษเด็ก โดยนำมาตรการแก้ไขฟื้นฟูมาปรับใช้มิให้เด็กกระทำผิดซ้ำ เพื่อให้สอดคล้องกับแนวความคิดในการมุ่งคุ้มครองเด็ก เนื่องด้วยหากพิจารณาถึงความต้องการของเด็กอย่างแท้จริงแล้ว ด้วยวัยที่อยู่ในระหว่างพัฒนาการทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ พบว่าเด็กในช่วงวัยรุ่นย่อมต้องมีความอยากรู้ อยากรลองในเรื่องเพศเป็นธรรมดา เมื่อเกิดรักใคร่ชอบพอบุคคลใดแล้ว ย่อมอยากที่จะมีความสัมพันธ์ที่ลึกซึ้งซึ่งเกิดจากความยินยอมของเด็กหรือเยาวชนทั้งสองอย่างแท้จริง การมีเพศสัมพันธ์ของทั้งสองจึงมิได้เกิดจากเจตนาที่จะกระทำความผิดมาตั้งแต่แรก ไม่ได้กระทำซ้ำเราโดยฝ่าฝืนความต้องการของฝ่ายหญิง อันปราศจากความยินยอมหรือข่มขู่บังคับใดๆ การมุ่งลงโทษเด็กหรือเยาวชนให้เป็นความผิดย่อมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ ต่อเด็กหรือเยาวชน กลับจะยิ่งเป็นการผลักไสไล่ส่งเด็กให้เป็นอาชญากรที่แท้จริงได้ เพราะเมื่อมีการนำกระบวนการยุติธรรมมาใช้สำหรับเด็กหรือเยาวชนแล้วแม้ว่ายังอยู่ในระหว่างพิจารณาคดี เด็กหรือเยาวชนย่อมต้องขาดโอกาสศึกษาเล่าเรียนตามปกติ อาจถึงขั้นลาออกจากโรงเรียนหรือไม่สามารถกลับเข้าชั้นเรียนใหม่ได้ ประกอบกับระยะเวลาในการพิจารณาคดีเป็นไปอย่างยาวนาน ซึ่งผลกระทบที่ตามมาเมื่อเด็กเรียนไม่จบแล้วย่อมไม่ได้ทำงานหรือทำงานในที่ที่ไม่ดี นอกเหนือไปกว่านั้นเมื่อประวัติของเด็กหรือเยาวชนเสียไปเพราะ ถูกตราหน้าว่าเป็นอาชญากรแล้ว ย่อมส่งผลให้ต้องถูกกีดกันจากคนในสังคม ทั้งสังคมเพื่อนหรือสังคมทำงาน ไม่ไว้วางใจในตัวเด็กและเลือกปฏิบัติต่อเด็กนั้นๆ ทัศนคติของเด็กหรือเยาวชนย่อมมีความคิดที่เปลี่ยนแปลงไป ไปเลือกคบกับเพื่อนหรือกลุ่มบุคคลที่ไม่ดีและเรียนรู้ซึมซับพฤติกรรมมร้ายๆ ทำให้การใช้ชีวิตของเด็กเปลี่ยนไปมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดง่ายขึ้น การพัฒนาของเด็กหรือเยาวชนย่อมสะดุดหยุดลง

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา หรือสมาพันธรัฐสวิสก็ต่างยอมรับถึงแนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก และต่างก็มีมุมมองว่าเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมและมีอายุที่ใกล้เคียงกันไม่ควรต้องถูกลงโทษเช่นดังผู้ใหญ่ โดยได้กำหนดให้เด็กหรือเยาวชนไม่ต้องรับโทษหากมีอายุใกล้เคียงกันอย่างมาก นอกจากนี้เนื่องจากเด็กเป็นวัยที่ควรได้รับการปกป้องคุ้มครอง ในประเทศสหรัฐอเมริกาถึงกับมีการตีความและขยายขอบเขตของกฎหมายที่ไม่ยึดหยุ่นและไม่เอื้ออำนวยต่อเด็กอย่างแท้จริง เพื่อให้เกิดความเหมาะสมและเป็นไปตามเจตนารมณ์ที่สร้างขึ้น ซึ่งข้อจำกัดเหล่านี้ได้แก่ การจำกัดเพศของเด็กว่าต้องเป็นการกระทำความผิดระหว่างเพศชายและหญิง หรือเกณฑ์ช่วงอายุของเด็กที่ตายตัวเกินไป ไม่สามารถนำหลัก Romeo and Juliet มาปรับใช้เพื่อให้เด็กไม่ต้องรับโทษได้หากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด จึงได้มีการนำหลักต่างๆ มาปรับใช้ทั้งตีความให้การร่วมเพศระหว่างบุคคลเพศเดียวกันเป็นเรื่องชอบด้วยกฎหมาย หรือเด็กย่อมไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมายได้ถ้าบุคคลผู้กระทำนั้นเองก็เป็นผู้อายุไม่ถึงหลักเกณฑ์ที่จะให้ความยินยอมได้ ซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์ในการปกป้องคุ้มครองเด็กทั้งสอง ที่ถือได้ว่าเป็นทั้งผู้เสียหายและ

ผู้กระทำความผิดภายในตัว ซึ่งให้เห็นว่าประเทศอเมริกาให้ความสำคัญถึงเจตนาารมณ์ในการปกป้องคุ้มครองเด็กมากกว่าทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งหากทบัญญัติของกฎหมายไม่สอดคล้องกับเจตนาารมณ์แล้วก็จะนำหลักต่างๆ มาปรับใช้เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กต่อไป สอดคล้องกับสวิสฯ ที่กำหนดเพียงว่าหากมีเพศสัมพันธ์เกิดขึ้นโดยความยินยอมและเด็กหรือเยาวชนอายุห่างกันไม่เกิน 3 ปี เด็กหรือเยาวชนย่อมไม่มีความผิด

ประเทศอังกฤษแม้ว่าจะกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กเป็นความผิดและไม่มีบทบัญญัติใดมายกเว้นความรับผิดไว้ แต่รัฐก็ไม่ได้ประสงค์ลงโทษหรือดำเนินคดีต่อเด็กที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเป็นการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กที่มีอายุใกล้เคียงกัน โดยได้นำระเบียบสำหรับอัยการมาปรับใช้เพื่อให้พนักงานอัยการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนถึงตัวเด็กหรือเยาวชนทั้งสอง รวมถึงพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆ ซึ่งหากการดำเนินคดีต่อเด็กไม่ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะใดๆ แล้ว พนักงานอัยการก็จะมีความเห็นไม่สั่งฟ้องเด็กหรือเยาวชนนั้น ซึ่งหากพนักงานอัยการปลั่งผลหรือไม่พิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบสำหรับอัยการแล้ว ศาลสามารถเข้ามาตรวจสอบว่าพนักงานอัยการปฏิบัติตามระเบียบที่กำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งหากไม่ได้ปฏิบัติตามระเบียบแล้วย่อมเป็นการใช้ดุลยพินิจสั่งฟ้องที่ไม่เหมาะสม ศาลย่อมสามารถเพิกถอนความเห็นสั่งฟ้องของพนักงานอัยการได้ ซึ่งให้เห็นว่าประเทศอังกฤษมิได้มีความประสงค์ที่จะดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมมาตั้งแต่แรก เพราะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ

เมื่อเด็กหรือเยาวชนมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมเกิดขึ้นในประเทศดังกล่าวแล้ว ทั้งสี่ประเทศจะมุ่งคุ้มครองและแก้ไขฟื้นฟูเด็กเป็นสำคัญ โดยไม่ประสงค์ลงโทษเด็กแต่จะนำวิธีการเกี่ยวกับเด็กมาใช้ที่เหมาะสมเพื่อเปลี่ยนแปลงความประพฤติของเด็กให้ดีขึ้น และมีให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำ โดยอาจส่งตัวเด็กไปยังสถานฝึกอบรมที่รัฐกำหนด สถานบำบัด ศูนย์ฝึกอบรมต่างๆ หรืออาจกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติของเด็ก จนกว่าเด็กจะพัฒนาและมีพฤติกรรมที่ดีขึ้นไม่กระทำความผิดซ้ำอีก เช่น ในสวิสฯ ศาลฯ สามารถมีคำสั่งห้ามเด็กเข้าใกล้กิจกรรมที่จะก่อให้เกิดกระทำผิดทางเพศได้ หรือมีคำสั่งให้บิดา มารดา คอยควบคุมเด็กมิให้กระทำความผิด หรือห้ามเด็กคบเพื่อนที่เสี่ยงต่อการกระทำผิด ฯลฯ

ดังนั้น ประเทศไทยในฐานะที่ยอมรับแนวคิดการคุ้มครองเด็กทั้งได้บัญญัติกฎหมายคุ้มครองเด็กให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ย่อมสมควรดำเนินคดีและลงโทษต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น เพราะการลงโทษหรือพิพากษาให้เด็กหรือเยาวชนมีความผิดไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ แต่ประเทศไทยควรให้โอกาสเด็กโดยหากเป็นการกระทำความผิดครั้งแรกและเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 277 วรรคท้าย ให้ยกเว้นโทษแก่เด็กทั้งสอง และให้นำมาตรการฟื้นฟูแก้ไขตามกฎหมายคุ้มครองเด็กมาปรับใช้ภายหลังยกเว้นโทษแก่

เด็กหรือเยาวชน โดยมุ่งปรับเปลี่ยนพฤติกรรมและให้ความรู้ความเข้าใจแก่เด็กหรือเยาวชนทั้งสอง บำบัดฟื้นฟูให้เกิดการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กหรือเยาวชนซ้ำอีก อันเป็นไปตามเจตนารมณ์ในการ ปกป้องคุ้มครองเด็กและเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กต่อไป

#### 4.3.2 เปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์อายุของเด็กในเหตุยกเว้นโทษ

จากการศึกษาพบว่าเหตุบรรเทาโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย ที่บัญญัติว่า หากเป็นการกระทำของเยาวชนที่อายุต่ำกว่า 18 ปี กระทำซ้ำเราต่อเด็กที่อายุ กว่า 13 ปีแต่ไม่เกิน 15 ปีโดยเด็กยินยอม และหากศาลเยาวชนและครอบครัวมีคำสั่งอนุญาตให้เด็ก ทั้งสองสมรสหรือมีคำสั่งให้คุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กทั้งสองแล้ว ศาลจะลงโทษเด็กหรือเยาวชน เท่าใดก็ได้ นั่น กลับพบว่าเกณฑ์อายุดังกล่าวมีความตายตัวและไม่สามารถนำมาปรับใช้ให้เกิดความ เหมาะสมในแต่ละคดีที่เกิดขึ้นให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการปกป้องคุ้มครองเด็กได้จริง เนื่องจาก หากเด็กหรือเยาวชนมีเพศสัมพันธ์โดยความสมัครใจของทั้งสอง แต่เกณฑ์อายุของเด็กทั้งสองไม่เข้า เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 277 วรรคท้าย อาทิ เด็กหรือเยาวชนมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแต่ เด็กชายมีอายุจะครบ 18 ปีศึกษาในระดับชั้นมัธยมปลายปีที่ 6 และเด็กหญิงมีอายุเพียง 13 ปีศึกษา ในชั้นมัธยมต้นปีที่ 1 ซึ่งอายุห่างกันกว่า 5 ปีมิได้ใกล้เคียงกัน การยินยอมของเด็กอาจเกิดจากการล่อลวง ซึ่งแตกต่างจากความยินยอมของเด็กที่อายุใกล้เคียงกันได้ บทบัญญัติจึงมีความตายตัวไม่เหมาะสมและ ขัดต่อเจตนารมณ์ในการปกป้องคุ้มครองเด็กที่นานาประเทศยอมรับหลักการไว้

ในประเทศแคนาดากำหนดเกณฑ์อายุตายตัวไว้เช่นดังประเทศไทย โดยหากเด็กมี เพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้วเด็กหรือเยาวชนนั้นสามารถยกความยินยอมของเด็กผู้เสียหายขึ้น เป็นข้อต่อสู้ไม่ให้ตนรับผิดชอบได้ ซึ่งกำหนดอายุต่ำสุดที่เด็กผู้กระทำสามารถอ้างความยินยอมได้เด็ก ผู้เสียหายต้องอายุ 12 ปีขึ้นไป และผู้กระทำอายุต้องใกล้เคียงกับผู้เสียหายไม่เกิน 2 ปี เมื่อเปรียบเทียบกับของประเทศไทยแล้ว ประเทศแคนาดากำหนดเกณฑ์อายุไว้ต่ำกว่าของไทย 1 ปี สอดคล้องกับ ประเทศอเมริกาที่กำหนดอายุขั้นต่ำไว้ที่ 12 ปี โดยแต่ละมลรัฐกำหนดเกณฑ์อายุเด็กทั้งสองไว้ว่าต้อง อายุใกล้เคียงกันและมีอายุระหว่าง 12-18 ปี แล้วแต่ความเหมาะสมของแต่ละรัฐ ที่เด็กผู้กระทำจะไม่ ต้องรับโทษหรือได้รับการบรรเทาโทษไว้ แต่บางมลรัฐก็ยังตีความขยายขอบเขตเกณฑ์ของอายุเด็ก ผู้เสียหาย โดยไม่อิงกับบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อใช้เป็นทางออกให้แก่เด็กหรือเยาวชนที่มี เพศสัมพันธ์โดยความยินยอมให้ไม่ต้องรับโทษ ซึ่งมีความยืดหยุ่นและเหมาะสมกว่าการกำหนดเกณฑ์ อายุของเด็กไว้ตายตัวและไม่สามารถนำมาปรับใช้แก่เด็กได้ทุกกรณี เช่นในสมาพันธรัฐสวิสที่กฎหมาย มีความยืดหยุ่นโดยกำหนดไว้ช่วงกว้างๆ ว่าเด็กหรือเยาวชนอายุห่างกับเด็กผู้เสียหายไม่เกิน 3 ปี และ มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้วเด็กผู้กระทำไม่มีความผิด



ประเทศอังกฤษก็เช่นเดียวกัน ที่ระเบียบสำหรับอัยการมิได้กำหนดตายตัวไว้ว่า เด็กผู้เสียหายและเด็กผู้กระทำผิดจะต้องอายุเท่าใด เพียงแต่กำหนดขอบเขตไว้กว้างๆ ว่าให้พนักงานอัยการพิจารณาอายุของเด็กทั้งสองว่ามีอายุเท่าใดใกล้เคียงกันหรือไม่และความสัมพันธ์ของเด็กทั้งสองเป็นอย่างไร เพื่อนำมาพิจารณาว่าการดำเนินคดีต่อเด็กนั้นเกิดประโยชน์ต่อเด็กหรือสังคมหรือไม่ เท่ากับว่าเกณฑ์อายุของเด็กนั้นจะมีช่วงระหว่างอายุเท่าใดก็ได้ หากพิจารณาแล้วได้ความว่าการดำเนินคดีต่อเด็กไม่เกิดประโยชน์ใดๆ แล้ว พนักงานอัยการสามารถมีคำสั่งไม่ดำเนินคดีต่อเด็กได้ทันที ซึ่งเป็นการบัญญัติให้พนักงานอัยการสามารถใช้ดุลยพินิจให้เหมาะสมแก่เด็กหรือเยาวชนในแต่ละคดีได้ ซึ่งมีความยืดหยุ่นและนำมาปรับใช้ได้ดีกว่าการกำหนดอายุเด็กไว้ตายตัวและศาลไม่สามารถใช้ทางออกอย่างอื่นได้เช่นในประเทศไทย

ดังนั้นแล้ว เห็นควรเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์อายุของเด็กทั้งสองที่จักได้รับการยกเว้นโทษตามมาตรา 277 วรรคท้าย ให้เหมาะสมขึ้นดังเช่นประเทศอื่นที่ใช้เกณฑ์อายุใกล้เคียงมาเป็นตัวกำหนดให้เด็กหรือเยาวชนต้องรับโทษ เนื่องด้วยมีความตายตัวและเป็นขอบเขตที่กว้างเกินไปไม่สามารถนำมาปรับใช้ให้เกิดความเหมาะสมแก่เด็กหรือเยาวชนได้ในทุกกรณี โดยกำหนดอายุขั้นต่ำของเด็กผู้เสียหายที่อายุ 13 ปี เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 277 วรรคสอง และเนื่องด้วยเมื่อศึกษาจากวิวัฒนาการของกฎหมายที่เกี่ยวกับความยินยอมในประเทศไทยแล้วเป็นเกณฑ์อายุที่เหมาะสม ทั้งสอดคล้องกับรายงานทางการแพทย์ที่มองว่าเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปียังไม่มีความรู้เรื่องเพศเพียงพอที่จะให้ความยินยอม และให้นำเกณฑ์อายุระหว่างเด็กหรือเยาวชนผู้เสียหายกับผู้กระทำผิดเป็นตัวพิจารณาแทน เช่น หากเด็กหรือเยาวชนทั้งสองที่สมัครใจมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมมีอายุที่ใกล้เคียงกันไม่เกินกี่ปี และเด็กผู้เสียหายอายุขั้นต่ำไม่เกิน 13 ปีแล้ว เด็กทั้งสองจักได้รับการยกเว้นโทษ อันจะเกิดความยืดหยุ่นและเหมาะสมมากกว่าที่กฎหมายบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันได้

#### 4.3.3 ยกเลิกบทบัญญัติที่ให้การสมรสเป็นเหตุยกเว้นโทษ

การสมรส คือการที่ชายและหญิงประสงค์ที่จะอยู่กินกันฉันท์สามีภรรยา การสมรสย่อมต้องเกิดจากความรักของบุคคลทั้งสองเป็นอันดับแรก และมาจากการคิดไตร่ตรองอย่างรอบคอบแล้วว่าประสงค์ใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ทั้งสองจึงต้องมีความพร้อมและมีการวางแผนที่ดีก่อนที่จะมีการสมรสใดๆ เกิดขึ้น เพราะเมื่อสมรสแล้วทั้งสองย่อมมีหน้าที่ความรับผิดชอบในการดูแลซึ่งกันและกัน รวมถึงเมื่อบุตรของทั้งสองเกิดขึ้นแล้ว เด็กย่อมควรที่จะได้รับการเลี้ยงดูจากทั้งสองอย่างดีที่สุด เพื่อที่จะได้เป็นเด็กที่เติบโตขึ้นมาคนดีในสังคมต่อไป การสมรสจึงเป็นเรื่องที่สำคัญอย่างมากและเกิดจากความประสงค์ของชายและหญิงอย่างแท้จริง ดังนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคท้ายที่ได้บัญญัติให้การสมรสเป็นเหตุบรรเทาโทษทางอาญา โดยให้ศาลเยาวชนและครอบครัวอาจมีคำสั่งอนุญาตให้เด็กทั้งสองสมรสกันภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหากศาลอนุญาตให้

สมรสแล้วศาลจะลงโทษเด็กเท่าใดก็ได้ นั่น กลับไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ แก่เด็กทั้งสองเพราะการสมรสเป็นเรื่องในทางแพ่งไม่ควรจะนำมารวมกับกฎหมายอาญาแต่อย่างใด ทั้งการสมรสต้องเกิดจากความยินยอมอย่างแท้จริงของชายและหญิง แต่เด็กหรือเยาวชนนั้นยังเยาว์วัยเกินกว่าที่จะให้ความยินยอมได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงได้กำหนดอายุความยินยอมในการสมรสของผู้เยาว์ไว้ที่อายุ 17 ปีบริบูรณ์ ซึ่งหากปล่อยให้มีการสมรสกันจริงย่อมจะส่งผลร้ายแก่เด็กทั้งสองมากกว่าผลดี

นอกจากนี้เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้แสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบมักใช้การต่อรองทางการเงินเพื่อเป็นเหตุให้ตนไม่ต้องรับโทษหรือได้รับโทษน้อยลง เมื่อเด็กทั้งสองไม่ได้รักกันตั้งแต่แรกแล้วแต่ถูกบังคับให้สมรสกันย่อมให้เกิดปัญหาตามมาในอนาคตอย่างมากมาย อาทิ เมื่อศาลอนุญาตให้สมรสแล้ว อาจส่งผลให้เด็กหญิงท้องก่อนวัยอันควร ขณะที่ฝ่ายชายยังไม่มีความพร้อมในการเลี้ยงดูบุตรหรือมีรายได้ที่เพียงพอเพื่อใช้จุนเจือครอบครัวซึ่งจะส่งผลให้เกิดการหย่าร้างต่อไป และการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กหรือเยาวชนในปัจจุบันนี้ เป็นเพียงเพื่อสนองอารมณ์โดยมิได้มีความคิดที่จะสร้างครอบครัวหรือใช้ชีวิตคู่ร่วมกันแต่อย่างใด การบังคับให้สมรสกันระหว่างเด็กหรือเยาวชนทั้งสองจึงไม่ใช่ทางออกที่ดี รวมถึงการสมรสระหว่างเด็กย่อมก่อให้เกิดปัญหาการมีบุตรก่อนวัยอันควรตามมา ซึ่งพัฒนาการทางด้านร่างกายของเด็กเมื่อเทียบกับผู้ใหญ่แล้วย่อมมีน้อยกว่า หากมีการตั้งครรภ์ในช่วงภาวะร่างกายที่ไม่พร้อมแล้ว อาจส่งผลให้เกิดอันตรายทั้งต่อเด็กสาวและบุตรที่เกิดด้วย

ประกอบกับ เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ประเทศสวีเดน และประเทศอังกฤษกลับมิได้นำเรื่องการสมรสระหว่างเด็กหรือเยาวชนมาใช้เพื่อเป็นข้อยุติทางอาญาดังเช่นประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคท้ายแต่อย่างใด การสมรสจึงเป็นช่องโหว่ของกฎหมายที่ผู้แสวงหาผลประโยชน์มักใช้เป็นทางออกเพื่อมิให้ตนต้องรับผิดชอบนำมาใช้เพื่อแลกกับเงินค่าตอบแทน และการสมรสไม่ได้แก้ปัญหาจากการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็ก รวมถึงไม่เกิดประโยชน์ดังเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้น จึงเห็นควรให้มีการยกเลิกการสมรสเพื่อใช้เป็นทางออกสำหรับยุติความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

อนึ่ง เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 277 วรรคท้าย ในกรณีที่เด็กทั้งสองมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้ว ศาลฯ อาจมีคำสั่งให้คุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กทั้งสอง ซึ่งการคุ้มครองสวัสดิภาพนี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 อันเป็นมาตรการคุ้มครองเด็กให้ได้รับการฟื้นฟูและแก้ไขเด็กให้มีพฤติกรรมที่ดีขึ้น โดยนำมาตรการที่หลากหลายมาปรับใช้เพื่อให้เกิดความเหมาะสมแก่เด็กแต่ละคน ซึ่งจากการศึกษาแล้วพบว่า การคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายคุ้มครองเด็ก มีความสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 73 ถึง 76 และพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวฯ กล่าวคือ หากเด็กได้กระทำผิดแต่

ไม่ต้องรับโทษ เนื่องด้วยเหตุอายุไม่ถึงเกณฑ์หรือตามที่กฎหมายกำหนด หากศาลฯ เห็นสมควร ศาลฯ อาจนำมาตรการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กมาปรับใช้ภายหลังยกเว้นโทษแก่เด็กได้ อาทิ เมื่อศาลฯ ยกเว้นโทษและใช้วิธีคุ้มครองสวัสดิภาพแก่เด็กทั้งสองที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้ว จะมีการสืบเสาะถึงพฤติกรรมของเด็กเพื่อค้นหาสาเหตุการกระทำผิดที่เกิดขึ้น และจะกำหนดรูปแบบมาตรการแก้ไขและฟื้นฟูเด็กทั้งสองให้เหมาะสม เช่น อาจกำหนดหน้าที่และเงื่อนไขในการเลี้ยงดูให้แก่สถาบันครอบครัวเด็ก เพราะเป็นสถาบันแรกที่ใกล้ชิดผูกพันกับเด็กหรือเยาวชนมากที่สุด และการอบรมที่ถูกต้องจะส่งผลต่อพฤติกรรมของเด็กอย่างมาก หรืออาจส่งเด็กทั้งสองเข้ารับการอบรมศึกษาความรู้เกี่ยวกับเพศอย่างถูกต้อง เพื่อให้เด็กหรือเยาวชนสามารถทราบถึงผลการกระทำของตนว่าอยู่ในวัยที่ยังไม่ควร และหากในกรณีที่มีเพศสัมพันธ์แล้วจะต้องป้องกันก่อนเสมอ หรืออาจมีคำสั่งห้ามเด็กทั้งสองอยู่ด้วยกันตามลำพัง ซึ่งเกี่ยวข้องกับกิจกรรมที่เสี่ยงต่อการกระทำผิดทางเพศ หรือกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องให้ความช่วยเหลือแก่เด็ก โดยใช้วิธีการบำบัดฟื้นฟูร่างกายและจิตใจ อบรมให้การเลี้ยงดู ฝึกหัดอาชีพ หรืออบรมจริยธรรม หรืออาจส่งตัวไปที่สถานคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก เป็นต้น

มาตรการภายหลังยกเว้นโทษที่ได้บัญญัติในมาตรา 277 วรรคท้าย ซึ่งได้มีการแก้ไขล่าสุดเมื่อปี 2558 ที่ให้นำวิธีการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กมาปรับใช้กับเด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่ามีความเหมาะสมเป็นอย่างมาก ที่ศาลฯ ควรนำวิธีดังกล่าวมาใช้ปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของเด็กหรือเยาวชนทุกรายที่มีเพศสัมพันธ์ที่ได้รับการบำบัดฟื้นฟูในทางที่เหมาะสม อันเป็นการแก้ไขที่ตรงจุดถึงสาเหตุของการกระทำผิด ที่เกิดจากตัวเด็กทั้งสองเองมากกว่าที่จะใช้การสมรสเป็นทางออก เพราะเมื่อนำมาตรการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กมาปรับใช้ภายหลังยกเว้นโทษเด็กแล้ว จักได้รับประโยชน์หลายประการ โดยเด็กทั้งสองจะได้รับการอบรมสั่งสอนและบำบัดแก้ไขพฤติกรรมไปในแนวทางที่ถูกต้องจากบุคคลที่เหมาะสมและสภาพแวดล้อมที่เอื้อต่อการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของเด็ก เมื่อเด็กได้รับการแก้ไขฟื้นฟูไปในทางที่ถูกต้องเห็นคุณและโทษจากการกระทำของตน เด็กทั้งสองก็จะไม่กระทำความผิดซ้ำให้เป็นปัญหาในภายภาคหน้า และหากแก้ปัญหาการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กแล้ว การท้อก่อนวัยอันควรย่อมไม่สามารถเกิดขึ้นได้ ปัญหาสังคมที่เด็กถูกทอดทิ้งหรือเติบโตไปในทางที่ไม่เหมาะสมก็จะไม่สามารถเกิดขึ้นได้ ซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหาย่างบูรณาการและสอดคล้องกับยุคสมัยในปัจจุบัน

ดังนั้น เห็นควรยกเลิกบทบัญญัติในมาตรา 277 วรรคท้าย ที่ให้การสมรสระหว่างเด็กเป็นเหตุยกเว้นโทษ แต่ให้คงบทบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายคุ้มครองเด็กไว้ โดยให้นำวิธีการดังกล่าวมาปรับใช้แก่เด็กทั้งสองที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม ภายหลัง

ได้รับการยกเว้นโทษจากศาลฯ ทุกกรณี เพื่อฟื้นฟูแก้ไขเด็กทั้งสองให้มีพฤติกรรมที่เหมาะสมและไม่กระทำผิดซ้ำต่อไป

#### 4.3.4 กำหนดช้อยกเว้นความรับผิดชอบในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ให้สอดคล้องกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

โดยทั่วไปแล้ว การดำเนินคดีกับเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม เด็กหรือเยาวชนมักถูกดำเนินคดีในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ซึ่งเกิดควบคู่กันโดยเสมอ แต่ในความผิดทั้งสองฐานนี้กลับมีบทบัญญัติและข้อแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีเจตนาารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองหญิง ซึ่งเป็นผู้เสียหาย คุณธรรมทางกฎหมายคือเสรีภาพในทางเพศ ในกรณีที่เด็กผู้ถูกกระทำยินยอม คือผู้กระทำความผิดเป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำชำเราต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กผู้ถูกกระทำนั้นยินยอม หากต้องด้วยเหตุตามมาตรา 277 วรรคท้ายแล้ว คือในกรณีเห็นควรคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก หรือศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกันโดยกำหนดเงื่อนไขให้ต้องดำเนินการภายหลัง เมื่อศาลมีคำสั่งใดแล้ว ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ อันเป็นเหตุผลโทษ แต่ในความผิดฐานพรากผู้เยาว์นั้น คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คืออำนาจปกครองของบิดา มารดา ฯลฯ แม้ว่าเด็กผู้ถูกกระทำยินยอมต้องด้วยเหตุตามมาตรา 277 วรรคท้าย กล่าวคือ เด็กอายุไม่เกิน 18 ปีกระทำต่อเด็กอายุกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปี แต่ก็ไม่มีบทบัญญัติเหตุยกเว้นโทษหรือเหตุผลโทษ เหมือนเช่นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้งที่ความร้ายแรงของความผิดข่มขืนมีมากกว่า ตัวอย่าง กรณีมีการดำเนินคดีต่อเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ในทางพิจารณาของศาลหากเด็กอายุไม่เกิน 18 ปีกระทำชำเราต่อเด็กอายุกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปี และภายหลังทั้งสองประสงค์สมรสกัน ความผิดฐานกระทำชำเราจึงได้รับการบรรเทาโทษตามมาตรา 277 วรรคท้าย แต่ในส่วนความผิดฐานพรากตามมาตรา 317 วรรค 3 ที่ฟ้องขอให้ลงโทษ เมื่อปรากฏว่าเด็กทั้งสองรักกันและสมรสแล้ว จึงมิใช่การพรากผู้เยาว์เพื่ออนาจาร แต่เป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรก<sup>14</sup> เห็นได้ว่าผู้กระทำความผิดนั้นก็ยังต้องรับโทษและถูกดำเนินคดีในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 ต่อไปอยู่ดี

ผลของบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องนี้ จึงทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติเกิดขึ้น กล่าวคือ มักกลายเป็นเครื่องมือของผู้ปกครอง ในการนำมาใช้เป็นข้อต่อรองในการดำเนินคดีกับเด็กผู้กระทำความผิดเช่นเดียวกันกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก โดยมีการเรียกรับเงินเพื่อแลกกับ

<sup>14</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 854/2545

การไม่ถูกดำเนินคดี อันเป็นช่องโหว่ของกฎหมายที่ผู้กระทำเลือกใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ ซึ่งหากปล่อยให้มีการดำเนินคดีพิพากษาลงโทษและใช้วิธีรอลงอาญาแล้ว ผลที่ตามมาคือ เด็กต้องถูกตราหน้าว่าเป็นผู้กระทำความผิด เสียประวัติ เสียอนาคตและถูกกีดกันจากสังคม อันไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่เด็กและสังคมแต่อย่างใด ดังนั้น เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็กและให้บทบัญญัติของกฎหมายสอดคล้องกัน ระหว่างความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ที่มีที่มาควบคู่กันเมื่อดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม จึงเห็นควรบัญญัติกฎหมายให้มีข้อยกเว้นเฉพาะเช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 วรรคท้าย เพื่อมิให้เกิดความลักลั่นในการบังคับใช้กฎหมายที่เด็กได้รับการบรรเทาโทษในความผิดฐานกระทำชำเราแล้ว แต่ยังคงต้องได้รับโทษในความผิดฐานพรากผู้เยาว์อยู่ดี ซึ่งไม่ตรงตามเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็ก นอกจากนี้ ยังเป็นการยุติปัญหาจากการนำกฎหมายมาเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ เรียกรับเงินเพื่อแลกกับการไม่ถูกดำเนินคดีได้ อันจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเด็กอย่างสูงสุด และลดคดีจากศาลที่นำคดีมาฟ้องร้องเพื่อใช้เป็นข้ออ้างในการเรียกรับเงินด้วย

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

ความยินยอมเป็นองค์ประกอบสำคัญในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหากความยินยอมเกิดขึ้นโดยบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วผู้กระทำชำเราย่อมไม่เป็นความผิด แต่หากได้กระทำชำเราต่อเด็ก ผู้กระทำย่อมไม่สามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหายมาใช้เป็นเหตุปฏิเสธความรับผิดชอบของตนได้ ทั้งนี้เนื่องด้วยความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมาย (Statutory Rape) มีเจตนารมณ์มุ่งถึงการคุ้มครองและปกป้องเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งเกณฑ์อายุของเด็กที่สามารถให้ความยินยอมเกี่ยวกับเพศในแต่ละประเทศกำหนดไว้แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับวัฒนธรรมและความเหมาะสมของประเทศนั้นๆ ประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในประเทศที่ได้รับหลักการของความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมายนี้มาบังคับใช้ โดยบัญญัติและกำหนดให้การกระทำชำเราต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะให้ความยินยอมหรือไม่ ย่อมเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา

การกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กในประเทศไทยมีการพัฒนาและปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับนานาประเทศ โดยได้รับอิทธิพลจากแนวคิดที่ว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและแนวคิดเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งแนวคิดเหล่านี้เป็นหลักสากลที่กฎหมายได้บัญญัติรับรองไว้ และพัฒนาเรื่อยมาเพื่อให้เหมาะสมไปตามยุคสมัย อาทิ ปฎิญญาแห่งกรุงเจนีวาอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก กฎแห่งกรุงปักกิ่ง เป็นต้น ส่งผลให้มีการส่งเสริมสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กมากยิ่งขึ้น และมีมุมมองต่อเด็กผู้กระทำผิดแตกต่างจากผู้ใหญ่ว่าเด็กมิใช่อาชญากร หากแต่เกิดจากสภาพแวดล้อมหรือการเลี้ยงดูที่ไม่เหมาะสมเป็นตัวก่อให้เกิดการกระทำผิดขึ้น การปฏิบัติต่อเด็กในกระบวนการยุติธรรมจึงต้องแตกต่างจากผู้ใหญ่ เนื่องด้วยสภาพความสมบูรณ์ในร่างกายและจิตใจมีน้อยกว่า รวมถึงการหาสาเหตุถึงการกระทำผิดของเด็กและมุ่งฟื้นฟูแก้ไขเด็กเป็นสิ่งที่สำคัญมากกว่าการลงโทษเด็กที่มีได้ก่อประโยชน์ต่อตัวเด็กหรือสังคมแต่อย่างใด ซึ่งแนวคิดเหล่านี้ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศและได้บัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายภายใน โดยกำหนดวิธีการใช้บังคับและวิธีปฏิบัติต่อเด็กย่อมแตกต่างกันตามความเหมาะสม รวมถึงในประเทศไทยที่ได้ยอมรับหลักการและบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับใช้ให้เป็นไปตามแนวกฎหมายสากล ไม่ว่าจะในรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองเด็กรวมถึงในประมวลกฎหมายอาญาด้วย

การกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา สมาพันธรัฐสวิส และประเทศอังกฤษ ต่างก็มีความแตกต่างกันทั้งในเรื่องเนื้อหาฐานความผิด และ

เกณฑ์อายุขั้นต่ำของเด็กหรือเยาวชนที่สามารถให้ความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศได้ ทั้งนี้ เป็นผลจากสภาพแวดล้อม ประเพณี และวัฒนธรรมของแต่ละประเทศที่แตกต่างกัน แต่หากพิจารณาอย่างถี่ถ้วนในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศดังกล่าวแล้ว กลับมีเจตนารมณ์ในการมุ่งคุ้มครองเด็กเช่นเดียวกัน คือ กำหนดให้บุคคลใดกระทำชำเราต่อเด็กไม่ว่าจะเกิดจากความยินยอมหรือไม่ ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานข่มขืนทันทีโดยผลของกฎหมาย (Statutory Rape)

หากพบว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าวเกิดขึ้นจากความยินยอมของเด็กหรือเยาวชนเอง กล่าวคือ เด็กหรือเยาวชนมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้ว ทั้งสี่ประเทศข้างต้นได้บัญญัติกำหนดข้อยกเว้นหรือกำหนดวิธีปฏิบัติต่อกฎหมายสำหรับเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดแตกต่างกัน แบ่งได้ออกเป็น 2 กลุ่ม คือ ประเทศที่กำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กไม่เป็นความผิด ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และสมาพันธรัฐสวิส โดยบัญญัติข้อยกเว้นรับรองไว้ในกฎหมายอาญาโดยตรง บ้างก็กำหนดให้เด็กที่มีเพศสัมพันธ์ไม่เป็นความผิด บ้างก็กำหนดให้เป็นความผิด แต่เด็กผู้กระทำสามารถยกข้อต่อสู้เรื่องความยินยอมของเด็กผู้เสียหายมาเป็นเหตุให้ตนไม่ต้องรับโทษได้ หรือเป็นเหตุบรรเทาโทษ ฯลฯ และประเทศที่กำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กเป็นความผิดแต่ไม่ดำเนินคดี ได้แก่ ประเทศอังกฤษ โดยไม่ได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้ในกฎหมายโดยตรง แต่ให้ผู้มีอำนาจในการฟ้องดำเนินคดีซึ่งคือพนักงานอัยการสามารถใช้ดุลยพินิจในการตัดสินใจว่าจะดำเนินคดีต่อกฎหมายหรือไม่ โดยเปรียบเทียบกับประโยชน์สาธารณะว่าการลงโทษเกิดประโยชน์หรือไม่ ฯลฯ

ข้อยกเว้นและแนวทางในการปฏิบัติต่อกฎหมายสำหรับเด็กหรือเยาวชนของแต่ละประเทศ ไม่ว่าจะแตกต่างกันอย่างไร แต่หลักการสำคัญกลับมีความเหมือนหรือคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ เด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดฐานกระทำชำเรา จะอ้างข้อยกเว้นใดๆ ให้ตนไม่ต้องได้รับโทษได้ จะต้องปรากฏว่าการมีเพศสัมพันธ์เกิดขึ้นโดยความยินยอมของผู้เสียหายอย่างแท้จริง และอายุของผู้เสียหายกับผู้กระทำต้องมีอายุไล่เลี่ยห่างกันไม่เกินตามที่กฎหมายของแต่ละประเทศได้กำหนดไว้ เมื่อเด็กหรือเยาวชนภายหลังได้รับการยกเว้นโทษหรือบรรเทาโทษแล้ว ต่างก็ถือเป็นเด็กที่จำต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษ (child in need of care and protection) หรือเด็กที่ต้องการเอาใจใส่ดูแล (child in need of supervision) และต้องได้รับการอบรมฟื้นฟูเพื่อปรับเปลี่ยนพฤติกรรมให้เหมาะสมและไม่เกิดการกระทำความผิดซ้ำอีก ซึ่งมาตรการเกี่ยวกับเด็กหรือเยาวชนภายหลังได้รับการยกเว้นโทษนี้ ต่างก็บัญญัติถึงวิธีการอบรมแก้ไขเด็กที่แตกต่างกันตามความเหมาะสมของแต่ละประเทศ ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการมุ่งคุ้มครองเด็กและมุ่งแก้ไขฟื้นฟูเด็กให้ปรับเปลี่ยนพฤติกรรมเป็นคนดีมากกว่าการมุ่งลงโทษเด็กซึ่งไม่ก่อประโยชน์ใดๆ

เมื่อเปรียบเทียบกับข้อกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กตามกฎหมายไทย พบว่าได้บัญญัติแนวคิดเรื่องเกณฑ์อายุของเด็กในการให้ความยินยอมทางเพศไว้ตั้งแต่พระราชกำหนดใหม่ และได้พัฒนาเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันถูกบัญญัติรับรองไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ซึ่งได้มีการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุด ปรากฏตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) ในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2558 ว่าหากผู้กระทำชำเราอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำต่อเด็กอายุตั้งแต่ 13 ปีแต่ไม่เกิน 15 ปี และเด็กผู้ถูกกระทำยินยอม ศาลฯ จะมีคำสั่งให้คุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กทั้งสองตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก หรือจะอนุญาตให้ทั้งสองสมรสกันโดยกำหนดเงื่อนไขให้ต้องดำเนินการภายหลังสมรสก็ได้ และเมื่อศาลได้มีคำสั่งอย่างใดแล้ว ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายเพียงใดก็ได้ ในการพิจารณาของศาลให้คำนึงถึง อายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของเด็กทั้งสอง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกกระทำด้วย

โดยการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการพิจารณาความผิดเกี่ยวกับเด็ก และมุ่งหวังเพื่อแก้ปัญหากรณีผู้กระทำความผิดใช้การบีบบังคับผู้เสียหายให้สมรสเพื่อใช้เป็นทางออกให้มิต้องรับโทษ แต่การแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว กลับพบว่ายังเกิดปัญหาในทางปฏิบัติ กรณีมีการดำเนินคดีต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม และการแก้ไขความผิดดังกล่าวมิได้แก้ปัญหาได้จริง กล่าวคือ การกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กโดยความยินยอม เป็นความผิดและดำเนินคดีในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไม่อำนวยความสะดวกธรรมแก่เด็กอย่างแท้จริง เนื่องจากเด็กหรือเยาวชนไม่ควรถูกต้องโดนลงโทษจากการมีเพศสัมพันธ์ตั้งแต่แรก เพราะเด็กหรือเยาวชนนั้นไม่รู้ถึงการกระทำของตนได้เพียงพอ และยังขาดเหตุผลในการคิดและตัดสินใจได้ดีเมื่อเทียบกับผู้ใหญ่ การมีเพศสัมพันธ์ดังกล่าวจึงเกิดขึ้นจากความอยากรู้ อยากลอง ซึ่งเป็นพัฒนาการเกี่ยวกับเพศในช่วงระหว่างอายุ หากปล่อยให้มีการดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชนเหล่านั้นในความผิดทั้งสองฐานแล้ว ย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ในการปกป้องและคุ้มครองเด็กตามหลักสากลที่นานาประเทศให้การยอมรับ ทั้งยังเป็นการเลือกปฏิบัติต่อเด็กเนื่องด้วยการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างทั้งสองผู้กระทำและผู้ถูกกระทำยอมเป็นได้ทั้งผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายภายในตัวเอง

และหากปล่อยให้มีการดำเนินคดีแก่เด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมแล้ว กฎหมายได้กำหนดทางออกไว้ตามบทบัญญัติในมาตรา 277 วรรคท้าย กำหนดให้เยาวชนที่อายุต่ำกว่า 18 ปี กระทำต่อเด็กอายุมากกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี หากศาลฯ มีคำสั่งอนุญาตให้สมรสหรือมีคำสั่งให้คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กแล้วศาลฯ จะลงโทษเด็กเท่าใดก็ได้ ซึ่งเป็นการกำหนดเงื่อนไขที่เด็กหรือ



เยาวชนนั้นจะต้องปฏิบัติก่อนได้รับการลดโทษ หรือหากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ข้างต้น อาทิ อายุของเด็กหรือเยาวชนไม่สอดคล้องหรือเด็กไม่สามารถทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลมักมีแนวทางออกคือใช้วิธีพิพากษาเด็กให้เป็นความผิดฐานกระทำชำเราและใช้วิธีการรอลงอาญาแก่เด็กหรือเยาวชน ทั้งในส่วนของความผิดฐานพรากผู้เยาว์ก็ไม่มีบทบัญญัติเหตุบรรเทาโทษ เหมือนเช่นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผลคือเด็กหรือเยาวชนนั้นต้องรับผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 แม้ว่าจะได้รับการลดโทษในความผิดฐานกระทำชำเราเพราะเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 277 วรรคท้าย ความไม่สอดคล้องกันในบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสอง ก่อให้เกิดความสับสนไม่เหมาะสมในการดำเนินคดี และแนวทางออกที่ใช้วิธีรอลงอาญากลับมิใช่การแก้ไขปัญหาก็ถูกต้อง เพราะเด็กไม่ควรต้องถูกดำเนินคดีและตกเป็นผู้กระทำผิดเกิดผลร้ายแก่เด็ก ทำให้เด็กหยุดพัฒนาการตามวัยเช่นเด็กทั่วไป และเมื่อถูกสั่งคุมตรวจหน้าว่าเป็นอาชญากรแล้วย่อมส่งผลให้เด็กถูกกีดกันและเลือกปฏิบัติยิ่งเป็นการผลักดันให้เด็กกลายมาเป็นอาชญากรที่แท้จริงได้

นอกจากนี้ การดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม กลับเป็นช่องโหว่ที่ก่อให้เกิดผู้แสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ นำบทบัญญัติของกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด โดยใช้การดำเนินคดีเด็กหรือเยาวชนมาเรียกรับเงินเพื่อแลกกับการไม่ถูกดำเนินคดี และที่กฎหมายบัญญัติให้การสมรสเป็นทางออกตามมาตรา 277 วรรคท้าย เมื่อพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วความยินยอมของเด็กระหว่างอายุ 13 ถึง 15 ปี ย่อมมิใช่ความยินยอมที่แท้จริงเพราะเด็กยังขาดวุฒิภาวะ การรับรู้ผิดชอบชั่วดีหรือความรับผิดชอบต่างๆ ยังมีน้อย ขาดการวางแผนชีวิตคู่ที่ดีก่อนที่จะมีการสมรส แม้ว่าเด็กทั้งสองจะมีเจตนาชอบพอรักใคร่กันจริง ก็เป็นเพียงรักในเยาว์วัยซึ่งโดยส่วนใหญ่ขาดการไตร่ตรองหรือวางแผนชีวิตเท่าที่ควรนัก ในสภาพภาคหน้าอาจเกิดจิตใจเลเลหรือเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา ส่งผลให้เกิดการหย่าร้างตามมา และเป็นปัญหาทางสังคมในภาคหน้า อาทิ การดำเนินคดีต่อเด็กนั้นย่อมเป็นการทำลายสถาบันครอบครัวของเด็กสองฝ่าย ครอบครัวของทั้งสองย่อมไม่สามารถปรองดองและกลับมามีความสัมพันธ์ที่ดีต่อกันได้ หรือปัญหาการมีบุตรก่อนวัยอันควร ซึ่งบุตรที่เกิดจากเด็กทั้งสองเมื่อเกิดขึ้นจากความไม่พร้อมของบิดาหรือมารดาของเด็กที่ขาดการวางแผนก่อนมีบุตรที่ดี ย่อมส่งผลให้กลายมาเป็นปัญหาทางสังคมในอนาคต ฯลฯ ซึ่งชี้ให้เห็นว่าการสมรสมิใช่ทางออกและไม่ควรนำเรื่องสมรสมาเป็นข้อระงับความผิดในกฎหมายอาญา

ประเทศไทยในฐานะที่ยอมรับแนวคิดการคุ้มครองเด็กทั้งได้บัญญัติกฎหมายคุ้มครองเด็กให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ย่อมสมควรดำเนินคดีและลงโทษต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม แต่ควรให้โอกาสแก่เด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดในครั้งแรกและเป็นไปตามเงื่อนไขตามมาตรา 277 วรรคท้าย นำมาตรการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายคุ้มครองเด็กมาปรับใช้ภายหลังยกเว้นโทษแก่เด็กทั้งสองเพื่อบำบัดและฟื้นฟูพฤติกรรมไปในทางที่เหมาะสม

อันเป็นไปตามเจตนารมณ์ในการปกป้องคุ้มครองเด็กและเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก และควรเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์อายุของเด็กตามมาตรา 277 วรรคท้าย ให้เหมาะสมดังเช่นประเทศอื่นที่ใช้เกณฑ์อายุไล่เลี่ยมาเป็นตัวกำหนดให้เด็กหรือเยาวชนได้รับการยกเว้นโทษ เนื่องด้วยมีความตายตัวและเป็นขอบเขตที่กว้างเกินไปไม่สามารถนำมาปรับใช้ให้เกิดความเหมาะสมแก่เด็กหรือเยาวชนได้ในทุกกรณี โดยกำหนดอายุขั้นต่ำของเด็กผู้เสียหาย และให้นำเกณฑ์อายุระหว่างเด็กหรือเยาวชนผู้เสียหายกับผู้กระทำผิดเป็นตัวพิจารณาแทน อันจะเกิดความยืดหยุ่นและเหมาะสมมากกว่าที่กฎหมายบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันได้

เมื่อการสมรสเป็นช่องโหว่ของกฎหมายที่ผู้แสวงหาผลประโยชน์มักใช้เป็นทางออกเพื่อมิให้ตนต้องรับผิดชอบหรือนำมาใช้เพื่อแลกกับเงินค่าตอบแทน และการสมรสไม่ได้แก้ปัญหาจากการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็ก ส่งผลเสียมากกว่าผลดี จึงเห็นควรให้มีการยกเลิกการสมรสเพื่อใช้เป็นทางออกสำหรับบุติความผิดฐานกระทำชำเราเด็กในบทบัญญัติมาตรา 277 วรรคท้ายเสีย แต่ให้คงการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กภายหลังยกเว้นโทษแก่เด็กทั้งสองมาใช้ทุกกรณีแทน และเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการมุ่งคุ้มครองเด็กและให้บทบัญญัติกฎหมายสอดคล้องกันระหว่างความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ที่มีมาควบคู่กันเมื่อดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม จึงเห็นควรบัญญัติกฎหมายให้มีข้อยกเว้นเฉพาะเช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 วรรคท้าย เพื่อมิให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมายที่เด็กได้รับการยกเว้นโทษในความผิดฐานกระทำชำเราแล้ว แต่ยังคงต้องได้รับโทษในความผิดฐานพรากผู้เยาว์อยู่ ซึ่งไม่ตรงตามเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็ก อันจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเด็กอย่างสูงสุดต่อไป

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาแนวความคิดว่าด้วยการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดฐานพรากผู้เยาว์กรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็ก การคุ้มครองเด็ก เกณฑ์ในการกำหนดอายุเด็กในการให้ความยินยอมตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ข้อยกเว้นที่เด็กไม่ต้องรับผิดชอบหรือเหตุบรรเทาโทษต่างๆ รวมทั้งมาตรการภายหลังยกเว้นโทษเด็กของกฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย ตลอดจนปัญหาที่เกิดขึ้นจากการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมทั้งในปัจจุบันและในอนาคต เพื่อให้บทบัญญัติของกฎหมายเป็นไปตามแนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่ และให้สอดคล้องกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กของนานาประเทศ รวมทั้งให้เป็นไปเพื่อประโยชน์อย่างแท้จริงของเด็กให้เติบโต

และพัฒนาเป็นคนดีของสังคม ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางที่เหมาะสมกรณีที่เด็กหรือเยาวชนมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม ดังต่อไปนี้

1. เพื่อให้สอดคล้องกับแนวความคิดในการคุ้มครองเด็ก และฟื้นฟูแก้ไขเด็กมากกว่าที่จะมุ่งลงโทษเด็กหรือเยาวชนทั้งสองกรณีมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม เห็นควรแก้ไขบทบัญญัติในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 วรรคท้าย โดยยกเว้นโทษแก่เด็กหรือเยาวชนทั้งสองที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม ในความผิดฐานกระทำชำเราซึ่งได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรก และยกเลิกการสมรสเพื่อเป็นเงื่อนไขให้เด็กมีต้องรับโทษ แต่ให้เด็กหรือเยาวชนทั้งสองต้องเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูและแก้ไขพฤติกรรมตามกฎหมายเด็กภายหลังได้รับการยกเว้นโทษแทนทุกกรณี เพื่อให้เด็กและเยาวชนมีพฤติกรรมที่ดีขึ้นและมีให้เกิดการกระทำผิดซ้ำ รวมทั้งเปลี่ยนแปลงเกณฑ์อายุของเด็กหรือเยาวชนให้เหมาะสม ซึ่งจะเป็นไปตามแนวทางคุ้มครองเด็กและอำนวยความสะดวกให้เด็กอย่างแท้จริง โดยแก้ไขบทบัญญัติในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 วรรคท้าย ดังนี้

มาตรา 277 วรรคท้าย “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุห่างกันไม่เกินสามปี โดยเด็กผู้ถูกระทำนั้นยินยอม และอายุสิบสามปีขึ้นไป หากเป็นการกระทำความผิดครั้งแรกให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวยกเว้นโทษแก่บุคคลทั้งสอง แต่ให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำและผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กมาบังคับใช้เพื่อแก้ไขและฟื้นฟูเด็ก ในการพิจารณาและมีคำสั่งใดๆ ของศาลให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สุขภาพ การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำผิดและเด็กผู้ถูกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกระทำ หรือเหตุอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกระทำด้วย แต่หากศาลพบว่ามีใช่เป็นการกระทำความผิดครั้งแรก ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

2. เพื่อให้เกิดความสอดคล้องในบทบัญญัติของกฎหมายในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 มิให้เกิดความลักลั่นไม่เหมาะสมในการบังคับใช้กฎหมาย โดยหากศาลยกเว้นโทษแก่เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมในความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 277 วรรคท้าย และนำวิธีการเกี่ยวกับเด็กมาแก้ไขฟื้นฟูปรับเปลี่ยนพฤติกรรมเด็กแทนแล้ว เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการปกป้องคุ้มครองเด็ก เห็นควรเพิ่มเติมข้อยกเว้นโทษแก่เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมในบทบัญญัติความผิดฐานพรากผู้เยาว์มาตรา 317 ในวรรคท้ายใหม่ด้วย ดังนี้

มาตรา 317 “ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรางเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษ...

ผู้ใดโดยทุจริต ซื่อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรางตามวรรคแรก ต้องระวางโทษ...

ถ้าความผิดตามมาตรานี้ได้กระทำให้ก่อทำร้าย หรือเพื่อการอนาจาร ผู้กระทำต้องระวางโทษ...

ถ้าความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ต้องด้วยลักษณะความผิดในมาตรา 277 และเป็นกรกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุห่างกันไม่เกินสามปี โดยเด็กผู้ถูกรกระทำนั้นยินยอมและอายุสิบสามปีขึ้นไป หากเป็นการกระทำความผิดครั้งแรกให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัววงโทษแก่บุคคลทั้งสอง แต่ให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกรกระทำและผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กมาบังคับใช้เพื่อแก้ไขและฟื้นฟูเด็ก ในการพิจารณาและมีคำสั่งใดๆ ของศาลให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤตีสติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำผิดและเด็กผู้ถูกรกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกรกระทำ หรือเหตุอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกรกระทำด้วย แต่หากศาลพบว่ามิใช่เป็นการกระทำความผิดครั้งแรก ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

## บรรณานุกรม

### หนังสือและบทความในหนังสือ

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญาภาคความผิดเล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม.

กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดจิรัชการพิมพ์, 2550.

\_\_\_\_\_ . คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม.

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2551.

คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. “กระบวนการยุติธรรมเด็กและเยาวชน.” ใน  
การนำเสนอผลงานวิจัยแห่งชาติ 2522. จัดโดยคณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร, 2552.

คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. “ร่างรายงานฉบับสมบูรณ์โครงการวิจัยเรื่องการ  
ปรับเปลี่ยนกลไกเชิงสถาบันเพื่อเสริมสร้างสมรรถนะในการทำงานด้านเด็กขององค์กร  
ปกครองส่วนท้องถิ่น.” กรุงเทพมหานคร : กองทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (UNICEF),  
2553.

คณิต ฒ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : บริษัท  
สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2551.

\_\_\_\_\_ . กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : บริษัท  
สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2553.

จารุณี ต้นตยาคม. คำอธิบายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนและคดีส่วนแบ่ง  
เกี่ยวกับผู้เยาว์ในศาลคดีเด็กและเยาวชน. กรุงเทพมหานคร : บริษัท ประยูรวงศ์ จำกัด,  
2533.

จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจิรัช  
การพิมพ์, 2548.

\_\_\_\_\_ . คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 11. นนทบุรี : บริษัท ศูนย์การพิมพ์  
เพชรรุ่ง จำกัด, 2555.

ชาย เสวิกุล. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,  
2517.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม.  
กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดจิรัชการพิมพ์, 2556.

- \_\_\_\_\_ . คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม.  
กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2551.
- \_\_\_\_\_ . สังคัมกับกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : บริษัท  
สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2555.
- นวลจันทร์ ทิศนชัยกุล. รายงานการวิจัยการศึกษาความผิดเกี่ยวกับเพศ: กรณีข่มขืนกระทำชำเรา.  
กรุงเทพมหานคร : คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2525.
- บรรวิทย์ เป็รื่องวงศ์. “ปัญหาและอุปสรรคการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546,”  
กรุงเทพมหานคร : สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาล  
ยุติธรรม, 2555.
- บุญเพราะ แสงเทียน. กฎหมายเกี่ยวกับเยาวชนและครอบครัวแนวประยุกต์. กรุงเทพมหานคร :  
บริษัท วิทย์พัฒน์ จำกัด, 2546.
- \_\_\_\_\_ . คำบรรยายกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน.  
กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์พิมพ์อักษร, 2540.
- ประธาน วัฒนาวาณิชย์. หนังสือประกอบการบรรยายกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชน  
และกฎหมายเกี่ยวกับความผิดของเด็ก. กรุงเทพมหานคร : แผนกการพิมพ์เอกสารคณะ  
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2550) เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 3 ฉบับ  
ปรับปรุงเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.
- มาตลาักษณ์ ออรุ่งโรจน์. โครงการวิจัยเรื่องบทบาทผู้พิพากษาในศาลเยาวชนและครอบครัวของไทย  
ศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีของฝรั่งเศส. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- วรวิทย์ ฤทธิพิศ. หลักกฎหมายการดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไข  
เพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2553.
- วิทยาลัยข้าราชการศาลยุติธรรม. “มาตรการลงโทษทางอาญาศึกษากรณีความผิดฐานพรากผู้เยาว์  
และความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกี่ยวข้อง.” ในการฝึกอบรมหลักสูตรการพัฒนานิติกรระดับต้น  
รุ่นที่ 1. จัดโดยสถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม,  
2555.

ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง และคณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. แผนยุทธศาสตร์ศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2552-2556. กรุงเทพมหานคร : ศาลเยาวชนและครอบครัว, 2551.

ศรีเพ็ญ ตันติเวสส. สถานการณ์การตั้งครุฑในวัยรุ่นในประเทศไทย 2556. นนทบุรี : โครงการประเมินเทคโนโลยีและนโยบายสุขภาพ, 2556.

สง่า ลีนะกมิต. กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน. พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520.

สุดสงวน สุธีสร. อาชญาวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

แสงว บัญเลิศวิภาส. หลักกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2546.

สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมประสานงานเยาวชนแห่งชาติ. รายงานผลการดำเนินงานของประเทศไทย ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (ฉบับที่ 1), กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์การศาสนา, 2549.

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ปัญหาเยาวชนหญิงที่ตั้งครรภ์ก่อนวัยอันควรกับมิติสิทธิมนุษยชน ฉบับสมบูรณ์. นครปฐม : คณะสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล, 2555.

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. สิทธิเด็กตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : กลุ่มงานผลิตเอกสารสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2555.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

อัจฉริยา ชูตินันท์. กฎหมายเกี่ยวกับคดีเด็ก เยาวชนและคดีครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2552.

### **บทความวารสาร**

จิน ดารา. “ข่มขืนกระทำชำเรา.” บทบัญญัติ. เล่ม 25. ตอน 1. (มกราคม 2511) : 77.

ไพจิตร ปุญญาพันธ์. “ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย.” ตุลพาหะ. เล่ม 1. ปีที่ 20. (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2516) : 27-30.

- วรวิทย์ ฤทธิพิศ. สาระสำคัญเกี่ยวกับกฎหมายคุ้มครองเด็ก. ตุลพาหะ. เล่ม 1. ปีที่ 51. (มกราคม-เมษายน 2547) : 97-99.
- วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. “มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก.” ตุลพาหะ. เล่ม 41. ปีที่ 5. (กันยายน-ตุลาคม 2537) : 18-23.
- ศุภณีย์ เครือข่ายสิทธิเด็กเอเชียเนืท. “กฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน(กฎแห่งกรุงปักกิ่ง).” ตุลพาหะ. เล่ม 4. ปีที่ 53. (ธันวาคม 2540) : 123-148.
- อภิรดี โพธิ์พร้อม. “การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนหนทางสู่ความยั่งยืนตอนที่ 1.” วารสารยุติธรรมปริทัศน์. เล่ม 6. ปีที่ 5. (สิงหาคม-กันยายน 2554) : 23-26.

### บทความหนังสือพิมพ์

- พรรณพิมล วิปลากร. “ครอบครัวไทยหย่าร้างสูงเกินปีละแสนคู่.” โพสต์ทูเดย์. (18 เมษายน 2557). [www.thaihealth.or.th](http://www.thaihealth.or.th), 22 พฤศจิกายน 2558.

### วิทยานิพนธ์

- จิราวัฒน์ แซ่มชัยพร. “การคุ้มครองเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- ชิตชนก แผ่นสุวรรณ. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.
- ชัยวิทย์ ฤทธิพิชัยวัฒน์. “มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา: ศึกษาบทบาทพนักงานอัยการตามมาตรา 86 ของพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2557.
- ประสิทธิ์ พัฒนอมร. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.



ไพรัช บวรสมพงษ์. “การคุ้มครองเด็กผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญากับประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็ก.” วิทยานิพนธ์ดุสิต บัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

ลัดตะนา อินทพล. “การหันเหเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดออกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย - ลาว.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. “ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

อโนทัย ศรีดาวเรือง. “การคุ้มครองสิทธิและสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดอาญา: ศึกษากรณีอำนาจศาลเยาวชนและครอบครัวในการโอนคดีตามมาตรา 97 วรรคสอง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2557.

### สื่ออิเล็กทรอนิกส์

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542. <http://mkskschool.net/TRIED2542/keywords.html>, 10 ตุลาคม 2558

รัชดา ธรรภาค, เซ็กซ์เสี่ยงของคนวัยเรียน, มุลนิธิสร้างความสำเร็จเรื่องสุขภาพผู้หญิง (สคส.), <http://www.whaf.or.th/?p=3127>, 25 ตุลาคม 2558

### เอกสารอื่นๆ

กฎกระทรวงกำหนดเด็กที่อยู่ในสภาพที่จำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพ. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123. ตอน 84, วันที่ 22 สิงหาคม 2549.

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2525. ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 99. ตอน 108, 6 สิงหาคม 2525.

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2530. ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 104. ตอนที่ 173, 10 สิงหาคม 2530

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550. ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 125. ตอน 56ก, 9 กันยายน 2550.

- พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 21) พ.ศ.2551. ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 125. ตอน 30ก, 7 กุมภาพันธ์ 2551.
- พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ.2558. ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 132. ตอนที่ 10ก, 13 กุมภาพันธ์ 2558.
- พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546. ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 120. ตอนที่ 95ก, 2 ตุลาคม 2546.
- พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 . ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 127. ตอนที่ 72ก, 22 พฤศจิกายน 2553.
- ระเบียบคณะกรรมการคุ้มครองเด็กแห่งชาติว่าด้วยวิธีการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่ต้องหาว่ากระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดแต่อายุยังไม่ถึงเกณฑ์ต้องรับโทษทางอาญา พ.ศ. 2555. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129. ตอน 194 ง (ฉบับพิเศษ), วันที่ 25 ธันวาคม 2555.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550. ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 124. ตอนที่ 43ก, 24 สิงหาคม 2550.

## Articles

- Center for Disease Control. "Sexual Behavior Among High School Students—U.S. 1990." Morbidity and Mortality Weekly Report. volume 40. Issue 51. (January 1992): 885-888.
- Hessick, Carissa Byrne and Stinson, Judith M. "JUVENILES, SEX OFFENSES, AND THE SCOPE OF SUBSTANTIVE LAW." TEXAS TECH LAW REVIEW. Vol. 46:5 (June 2013): 19.
- Human rights watch. "No Easy Answers Sex Offender Law in the US." HUMAN RIGHTS WATCH. volume 19. Issue 4. (September 2007): 65.
- Shvartsman, Shulamit H. "Romeo And Romeo": An Examination of Limon V. Kansas in Light of Lawrence V. Texas." Seton Hall Law Review. Volume 35. Issue 1. (2005): 359-361.
- Tover, Jake. "For Never Was A Story Of More Woe Than This Of Juliet And Her Romeo"--An Analysis Of The Unexpected Consequences Of Florida's Statutory

Rape Law And Its Flawed "Romeo And Juliet" Exception." Nova Law Review.  
Volume 38. Issue 1. (2014): 160.

## Electronics

Brief of Juvenile Center and Children's Law Center. "Commonwealth of Kentucky Supreme court no.2013-Sc-000254." <http://apps.courts.ky.gov/Supreme/briefs/13SC254-DG-AC.pdf>, November 16, 2015.

Department of Justice. "Age of consent to sexual activity." <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/other-autre/clp/faq.html>, November 17, 2015.

Longo, Robert and Prescott, D.S. "Current Perspectives: Working with Sexually Aggressive Youth and Youth with Sexual Behavior Problems." Holyoke, MA : NEARI Press, 2006. [http://www.davidprescott.net/coso\\_goodpeople.pdf](http://www.davidprescott.net/coso_goodpeople.pdf), November 15, 2015.

Police Officers and Crown Prosecutors. "The Directors Guidance on Charging." [https://www.cps.gov.uk/publications/docs/dpp\\_guidance\\_4.pdf](https://www.cps.gov.uk/publications/docs/dpp_guidance_4.pdf), October 4, 2015.

The Crown Prosecution Service, "Prosecution Policy and Guidance," [http://www.cps.gov.uk/legal/p\\_to\\_r/rape\\_and\\_sexual\\_offences/soa\\_2003\\_and\\_soa\\_1956/#a26](http://www.cps.gov.uk/legal/p_to_r/rape_and_sexual_offences/soa_2003_and_soa_1956/#a26), October 4, 2015.

US Department of Health, Education, and Welfare, National Institute of Child Health and Human Development. "National Longitudinal Study of Adolescent Health 2000." [https://www.hrw.org/reports/2007/us0907/7.htm#\\_ftnref251](https://www.hrw.org/reports/2007/us0907/7.htm#_ftnref251), November 16, 2015.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายณัฏฐ์ ลีลาอมรพันธ์
วันเดือนปีเกิด	22 พฤศจิกายน 2531
วุฒิการศึกษา	2553 : นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2554 : เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติ บัณฑิตสภา
ตำแหน่ง	ทนายความ
ผลงานทางวิชาการ	
	ณัฏฐ์ ลีลาอมรพันธ์. “การทุจริตโดยขอคืนภาษีมูลค่าเพิ่มจากการส่งออก.” <u>เอกสารภาษีอากร</u> . เล่ม 385. ปีที่ 33 (กันยายน 2556): 18-24.
ประสบการณ์ทำงาน	พ.ศ.2555-2556 ผู้ช่วยนักกฎหมาย สำนักกฎหมายธรรมนิติ พ.ศ.2557-2559 นิติกรงานคดีพิเศษ บริษัท คูโบต้าลีส์ซิ่ง จำกัด พ.ศ.2559 ทนายความอิสระ