



แนวคิดใหม่ในการลงโทษผู้ใช้ให้เด็กกระทำผิดทางอาญา

โดย

นางสาวดาริกา ศรีพงษ์พันธุ์กุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

แนวคิดใหม่ในการลงโทษผู้ใช้ให้เด็กกระทำผิดทางอาญา

โดย

นางสาวดาริกา ศรีพงษ์พันธุ์กุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



THE NEW CONCEPT OF PUNISHMENT FOR INSTIGATOR OF
JUVENILE DELINQUENCY

BY

MISS DARIKA SRIPONGPUNKUL



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 UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาวดาริกา ศรีพงษ์พันธุ์กุล

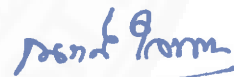
เรื่อง

แนวคิดใหม่ในการลงโทษผู้ใช้ให้เด็กกระทำผิดทางอาญา

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

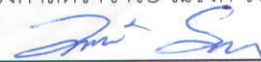
เมื่อ วันที่ 9 สิงหาคม พ.ศ. 2559

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



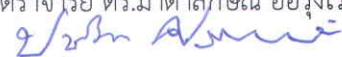
(รองศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รณกรณ์ บุญมี)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	แนวคิดใหม่ในการลงโทษผู้ใช้ให้เด็กกระทำผิดทางอาญา
ชื่อผู้เขียน	นางสาวดาริกา ศรีพงษ์พันธุ์กุล
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

แนวคิดในการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนเป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับในระดับสากลและมีการบัญญัติรับรองแนวคิดดังกล่าวไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งมีเนื้อหาหลักในการบัญญัติรับรองสิทธิเด็กและกำหนดหลักการสำคัญในการคุ้มครองเด็กไว้เป็นการเฉพาะ ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้ นอกจากเด็กจะได้รับความคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชนแล้ว ยังได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากการถูกทารุณกรรมและการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ รวมทั้งจากการกระทำใด ๆ อันจะเป็นการขัดขวางต่อการเจริญเติบโตและพัฒนาการโดยสมบูรณ์ของเด็ก โดยมีจุดมุ่งหมายหลักในการมุ่งคุ้มครอง “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” (the best interest of the child) เป็นสำคัญ มีผลให้การกระทำใด ๆ ต่อเด็กจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ดังนั้น หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนี้จึงถือเป็นหลักการสำคัญในการปฏิบัติต่อเด็ก อันเป็นหน้าที่ที่ทุกคนจะต้องยึดถือปฏิบัติไม่ว่าภาครัฐหรือภาคเอกชน

ในปัจจุบันหลาย ๆ ประเทศรวมทั้งประเทศไทยประสบปัญหาการทารุณกรรมต่อเด็กและการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กและเยาวชน โดยหนึ่งในรูปแบบของการทารุณกรรมและการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กและเยาวชน ได้แก่ การใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการทำความผิดทางอาญาหรือเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์ รวมทั้งการชักจูงให้เด็กและเยาวชนเข้ามามีส่วนร่วมในการทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดและการค้าประเวณี เนื่องจากเด็กและเยาวชนเป็นบุคคลซึ่งอาจถูกชักจูงได้โดยง่าย ประกอบกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กนั้นเอื้อประโยชน์ต่อเด็กด้วยการมุ่งแก้ไขฟื้นฟูเด็กผู้กระทำผิดมากกว่าการลงโทษ ผู้กระทำผิดเหล่านี้จึงอาศัยโอกาสจากช่องทางดังกล่าวนำไปสู่การชักจูงให้เด็ก

และเยาวชนเข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำความผิด อันเป็นการกระทำที่ส่งผลเสียหายต่อเด็กและเยาวชนอย่างร้ายแรงและส่งผลกระทบต่องสังคมโดยรวมอย่างมาก

การใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดอันเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กนั้น ถือเป็น การกระทำที่ขัดต่อหลักการคุ้มครองเด็กและหลักการคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญอย่างร้ายแรง เนื่องจากเป็นหน้าที่ของบุคคลทุกคนที่จะต้องช่วยกันดูแลและส่งเสริมให้เด็กและเยาวชนสามารถเติบโตและมีพัฒนาการที่สมบูรณ์เพื่อเป็นอนาคตของชาติต่อไป ดังนั้น ผู้ใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดและแสวงหาประโยชน์จากเด็ก ถือว่าผู้กระทำมีเจตนาอันชั่วร้ายและกระทำการอันน่าตำหนิอย่างยิ่ง แม้ในปัจจุบันประเทศไทยจะมีการกำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าวไว้ก็ตาม แต่ยังไม่มีความเหมาะสมและเพียงพอต่อการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ เพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกแสวงหาประโยชน์และการใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด โดยเมื่อได้พิจารณาศึกษาเปรียบเทียบบทลงโทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมายต่างประเทศแล้ว เห็นสมควรให้มีการแก้ไขบทบัญญัติกำหนดแนวทางการลงโทษสำหรับผู้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดให้เหมาะสมและสอดคล้องกับแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิเด็กโดยคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

คำสำคัญ: ผู้ใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด, การแสวงหาประโยชน์จากเด็ก, การทารุณกรรมเด็ก, ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

Thesis Title	The New Concept of Punishment for Instigator of Juvenile Delinquency
Author	Miss Darika Sripongpunkul
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Criminal Law Faculty of Law Thammasat University
Thesis Advisor	Assistant Prof. Matalak Orungrote, Ph.D.
Academic Years	2015

ABSTRACT

The concept of protection of the rights of child has been accepted worldwide and also has been prescribed in an international law, for instance, The Convention on the Rights of the Child. The main idea of this Convention is to ensure children's rights and to provide the main principles to protecting children's rights base on human rights law. Moreover, the children also have the protection from abusing and unlawful exploitation, including every other actions which hinders child development. It aims primarily to protect "the best interest of the child", any actions for child needed to be done base on that principles. It is both private's and public's duty to uphold "the best interest of the child".

Nowadays, Thailand and many countries around the world experiencing child abuse and unlawful of child exploitation. One of the forms of abuse and exploitation of juvenile is using them committing crime or exploiting them for user's own advantage. As well as encourage youth to get involved in the offense. Especially for an offense related to drugs and prostitution. Since the juvenile may have been easily influenced by that. The criminal justice system for children benefits children with the aim to rehabilitate young offenders more than punishing them. The offenders use that advantage to persuade young people to get involved in the offense which resulted in serious damage to children, also the society.

Using juvenile as a tool for one own unlawful exploitation is considered seriously contrary to the principle of the protection of children and to the concept of “ the best interest of the child” . Since it is the duty of every individual to help and encourage children and young people grow and develop themselves to be the future of the nation. Therefore, instigator of juvenile delinquency is a person who has vicious intention and culpable action. Even though, Thailand has imposed sanctions on this matter, however, it is not sufficient to solve the problem. Comparing the penalties for child offenders between international law and Thai law, we definitely need to change our law in accordance with the concept of protection of children's rights by concerning “ the best interest of the child” . According to the change of the law, children will be protected from exploitation and being used as a tool for criminals.

Keywords: Instigator of Juvenile Delinquency, Child Exploitation, Child Abuse, The Best Interest of the Child

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี เนื่องจากได้รับความเมตตากรุณาจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์ ที่รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและคอยสละเวลาให้คำแนะนำที่ดีแก่ผู้เขียนเสมอมา ขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ที่ปรึกษามา ณ โอกาสนี้ และขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญที่ได้ให้เกียรติเป็นประธานคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์ และท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. รณกรณ์ บุญมี ที่ได้ให้ความกรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ อีกทั้งคอยให้คำชี้แนะและให้คำปรึกษาในประเด็นต่าง ๆ เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณสำนักงานกิจการยุติธรรม โดยสถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม ที่ได้จัดทำโครงการสนับสนุนผลงานวิจัยในระดับบัณฑิตศึกษา ประจำปีงบประมาณ 2558 ขึ้น เพื่อเป็นการสนับสนุนทุนการทำวิทยานิพนธ์หรือดุษฎีนิพนธ์ระดับบัณฑิตศึกษาด้านกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม ซึ่งได้ให้ทุนสนับสนุนในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แก่ผู้เขียน

เหนือสิ่งอื่นใดผู้เขียนขอขอบพระคุณบิดามารดา พี่สาวทั้งสอง พี่ชาย ต้อมและครอบครัวอันเป็นที่รักของผู้เขียนทุกท่านที่ให้การสนับสนุนและคอยให้กำลังใจแก่ผู้เขียนตลอดมา ขอขอบพระคุณผู้บังคับบัญชา หัวหน้างานและเพื่อนร่วมงานทุกท่านที่เข้าใจและให้กำลังใจในการเรียนปริญญาโทของผู้เขียน ทั้งนี้ขอขอบคุณเพื่อนนักศึกษาปริญญาโท สาขากฎหมายอาญา รหัส 57 ทุกคนที่ได้ร่วมทุกข์ร่วมสุขและคอยดูแลซึ่งกันและกันมาตลอดระยะเวลาสองปี โดยเฉพาะอย่างยิ่งนางสาวณัฐธิดา ใจเย็นที่คอยให้ความช่วยเหลือผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้อย่างยิ่ง ขอขอบคุณพี่หมีที่คอยให้กำลังใจและคอยกระตุ้นให้ผู้เขียนตั้งใจทำหน้าที่ของตนให้สำเร็จ โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ย่อมไม่อาจสำเร็จลุล่วงได้หากขาดกำลังใจและความช่วยเหลือจากคนใดคนหนึ่งไป

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนหวังว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อสังคมโดยรวมและเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่สนใจจะศึกษากฎหมายต่อไป

นางสาวดาริกา ศรีพงษ์พันธุ์กุล

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(2)
กิตติกรรมประกาศ	(3)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	6
1.5 วิธีการศึกษา	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	6
บทที่ 2 ข้อความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนจากการถูกแสวงหาประโยชน์และการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา	7
2.1 ข้อความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนจากการถูกแสวงหาประโยชน์	7
2.1.1 แนวคิดพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชน	7
2.1.1.1 หลักสิทธิมนุษยชน	8
2.1.1.2 หลักคุ้มครองเด็กจากการถูกใช้แสวงหาประโยชน์ในทุกรูปแบบ	11
2.1.1.3 หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก	13
2.1.2 แนวคิดในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้แสวงหาประโยชน์	16
2.1.2.1 รูปแบบของการแสวงหาประโยชน์จากเด็กและเยาวชน	19

2.1.2.2 การแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบการใช้เด็กและเยาวชน กระทำความผิด	25
2.1.2.3 ผลกระทบต่อเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้กระทำความผิด	27
2.1.3 วิวัฒนาการของกฎหมายคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชน	30
2.1.3.1 ตามกฎหมายระหว่างประเทศ	31
2.1.3.2 ตามกฎหมายภายในประเทศ	36
2.2 ข้อความคิดเกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา	41
2.2.1 ทฤษฎีและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ	42
2.2.1.1 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ	42
2.2.1.2 ทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ	44
2.2.2 แนวคิดในการกำหนดโทษและกำหนดเหตุจูงใจ	45
2.2.2.1 ปัจจัยในการกำหนดโทษและกำหนดเหตุจูงใจ	47
2.2.2.2 ลักษณะการบัญญัติเหตุจูงใจ	51
2.2.3 แนวคิดในการกำหนดเหตุจูงใจในฐานะผู้ใช้	53
2.2.3.1 การกำหนดความผิดในฐานะผู้ใช้	53
2.2.3.2 การกำหนดโทษในฐานะผู้ใช้	55
บทที่ 3 การลงโทษผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดทางอาญาในต่างประเทศ	57
3.1 การกำหนดเป็นฐานความผิดใหม่	57
3.1.1 ในประมวลกฎหมายอาญา	57
3.1.1.1 มลรัฐ Oklahoma ประเทศสหรัฐอเมริกา	58
3.1.1.2 มลรัฐ Georgia ประเทศสหรัฐอเมริกา	65
3.1.2 ในกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา	71
3.1.2.1 ประเทศอียิปต์	71
3.1.2.2 ประเทศเกาหลีใต้	74
3.1.2.3 ประเทศสิงคโปร์	77
3.2 การกำหนดเป็นเหตุจูงใจ	80

3.2.1	ในประมวลกฎหมายอาญา	80
3.2.1.1	มลรัฐ Oklahoma ประเทศสหรัฐอเมริกา	81
3.2.1.2	ประเทศเกาหลีใต้	82
3.2.1.3	ประเทศจีน	85
3.2.2	ในกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา	89
3.2.2.1	ประเทศอียิปต์	90
3.2.2.1	ประเทศจีน	95
บทที่ 4	วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางในการลงโทษผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดทางอาญาตามกฎหมายไทย	97
4.1	การลงโทษผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดทางอาญาตามกฎหมายไทย	97
4.1.1	ตามประมวลกฎหมายอาญา	97
4.1.1.1	ประมวลกฎหมายอาญา ก่อนแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2559	98
4.1.1.2	ประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2559	103
4.1.2	ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546	111
4.1.2.1	บทกำหนดความผิด	111
4.1.2.2	บทกำหนดโทษ	113
4.2	แนวทางการลงโทษผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดทางอาญา	115
4.2.1	แนวทางการกำหนดความผิด	116
4.2.1.1	กรณีกำหนดเป็นฐานความผิดใหม่	116
4.2.1.2	กรณีกำหนดเป็นเหตุฉกรรจ์	117
4.2.2	แนวทางการกำหนดโทษ	119
4.2.2.1	พิจารณาจากความชั่วร้ายของเจตนาของผู้ใช้เด็ก	120
4.2.2.2	พิจารณาจากความร้ายแรงของภัยที่ใช้ให้เด็กกระทำ	124
4.2.2.3	พิจารณาจากพฤติการณ์พิเศษอื่น ๆ	128
บทที่ 5	บทสรุปและข้อเสนอแนะ	132
5.1	บทสรุป	132

5.2 ข้อเสนอแนะ	137
บรรณานุกรม	140
ภาคผนวก	146
ประวัติผู้เขียน	151



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

การกระทำความผิดทางอาญาเป็นการกระทำที่สังคมตำหนิและเห็นร่วมกันว่าสมควรได้รับการลงโทษ เนื่องจากเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งนอกจากจะสร้างความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเป็นการเฉพาะรายแล้ว ยังส่งผลให้สังคมโดยรวมได้รับความเสียหายอีกด้วย ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามไม่ให้เกิดการกระทำความผิด รวมทั้งเยียวยาให้สังคมกลับคืนสู่ความสงบเรียบร้อยอีกครั้ง กระบวนการยุติธรรมจึงเข้ามามีบทบาทสำคัญในการจัดการกับผู้กระทำความผิดโดยการนำผู้นั้นมาลงโทษ

ในการกระทำความผิดอาญาเรื่องหนึ่ง ผู้กระทำความผิดสามารถเข้ามาเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดได้ในหลายสถานะ กล่าวคือ เป็นผู้กระทำความผิดเองโดยตรง เป็นผู้กระทำความผิดเองโดยอ้อม เป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ซึ่งความรับผิดชอบและโทษจะแตกต่างกันไปตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การกระทำความผิดทางอาญาในปัจจุบันมักเกิดขึ้นในรูปแบบของการร่วมกันกระทำความผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรูปแบบขององค์กรอาชญากรรมที่มีแนวโน้มในการชักนำเด็กและเยาวชนให้เข้ามามีส่วนร่วมหรือถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดทางอาญามากขึ้นเรื่อยๆ ด้วยเหตุที่ว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนในปัจจุบันมุ่งแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดให้สามารถกลับตนเป็นคนดีและกลับคืนสู่สังคมได้มากกว่ามุ่งลงโทษเด็กให้หลบจำที่อาจก่อให้เกิดตราบาปติดตัวเด็ก ตัวอย่างเช่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 73 กำหนดให้ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกิน 10 ปีไม่ต้องรับโทษ ตามมาตรา 74 กรณีผู้กระทำความผิดเป็นเด็กอายุกว่า 10 ปีแต่ไม่เกินกว่า 15 ปี กำหนดให้เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษแต่ศาลอาจมีคำสั่งให้ใช้วิธีการสำหรับเด็กได้ เช่น การวางข้อกำหนดผู้ปกครองในการดูแลมิให้ก่อเหตุร้ายขึ้นอีก การกำหนดเงื่อนไขในการคุมประพฤติ หรือการส่งตัวเด็กและเยาวชนไปฝึกอบรม เป็นต้น ส่วนกรณีผู้กระทำความผิดมีอายุกว่า 15 ปีแต่ต่ำกว่า 18 ปีนั้นตามมาตรา 75 กำหนดว่าศาลมีดุลพินิจเลือกใช้วิธีการสำหรับเด็กแทนการลงโทษได้ หรือกรณีศาลเห็นสมควรพิพากษาลงโทษ ศาลจะต้องลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงกึ่งหนึ่ง นอกจากนี้ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ได้กำหนดไว้ในหมวด 7 ว่าด้วยมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา โดยกำหนดให้ใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาสำหรับเด็กได้ในกรณีเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ด้วยการจัดทำ

แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูจำเลย ซึ่งสามารถกระทำได้ทั้งในชั้นก่อนฟ้องคดี (ชั้นสถานพินิจ) และชั้นหลังฟ้องคดี (ชั้นศาล) หากผลการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูจำเลยเป็นที่น่าพอใจ มีผลทำให้สิทธิในการนำคดีอาญามาฟ้องเป็นอันระงับไป ดังนั้น ในทางความเป็นจริงแม้เด็กและเยาวชนจะถูกจับดำเนินคดีและถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดจริง ก็มักจะไม่ได้รับโทษทางอาญาหรือมีโอกาสน้อยที่จะได้รับโทษทางอาญา ด้วยเหตุนี้ผู้กระทำความผิดจึงอาศัยโอกาสจากการที่กระบวนการยุติธรรมเป็นประโยชน์สำหรับเด็ก ทั้งยังอาศัยความรู้ดีและความดีของเด็กระหว่างการสอบสวนของเด็กและเยาวชนที่ยังมีวุฒิภาวะไม่เพียงพอในการคิดไตร่ตรองให้ละเอียดรอบคอบก่อนจะตัดสินใจกระทำการใดไป ทำให้สามารถถูกชักจูงได้ง่าย และใช้ช่องทางดังกล่าวแสวงหาประโยชน์จากเด็กและเยาวชนโดยการชักจูงเด็กและเยาวชนให้เข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำความผิดหรือใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดมากขึ้น

สำหรับความผิดทางอาญาที่เด็กและเยาวชนมักถูกใช้เป็นเครื่องมือหรือถูกชักจูงเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ไม่ว่าจะเป็นผู้ขาย ผลิต หรือขนส่งยาเสพติดให้แก่ผู้ซื้อ ความผิดเกี่ยวกับการค้าประเวณี ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ทั้งในปัจจุบันมีการให้เด็กและเยาวชนเข้าร่วมในกระบวนการก่อการร้าย ดังเช่นกรณีชาวใหญ่ระดับโลกที่กองกำลังรัฐอิสลามในประเทศอิรักและซีเรีย หรือกลุ่มไอเอส ได้เผยแพร่คลิปสังหารนายโมฮัมเหม็ด ซาอิด อีสมาอิล มุสซาลัม ตัวประกันชาวอิสราเอล โดยเหตุการณ์ในคลิปวิดีโอเป็นภาพนายมุสซาลัมสวมชุดนั่งโทษสี่สัมนั่งคุกเข่าอยู่เบื้องหน้าสมาชิกกลุ่มไอเอสที่มีทั้งเด็กและผู้ใหญ่ ก่อนที่สมาชิกซึ่งเป็นผู้ใหญ่จะออกคำสั่งด้วยภาษาฝรั่งเศสให้เด็กชายฆ่านายมุสซาลัม โดยเด็กชายได้ยกปืนขนาด 9 มม. ขึ้นมายิงเข้าที่ศีรษะนายมุสซาลัมและยิงซ้ำอีก 2 นัดไปยังร่างที่นอนอยู่บนพื้น¹ ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวสร้างความตื่นตระหนกแก่ประชาคมโลกเป็นอย่างมาก ดังที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า เมื่อเด็กและเยาวชนได้เข้าไปเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดไม่ว่าในสถานะใด เด็กและเยาวชนย่อมเรียนรู้และซึมซับการกระทำในสิ่งที่ผิดที่ไม่พึงกระทำนั้นและอาจเติบโตไปเป็นอาชญากรในอนาคต ทั้งการที่เด็กและเยาวชนต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอาจสร้างตราบาปให้แก่เด็ก แม้เด็กและเยาวชนอาจไม่ต้องรับโทษจากการกระทำความผิดนั้นก็ตาม ซึ่งอาจส่งผลต่อความคิด ทัศนคติและพัฒนาการในด้านต่างๆของเด็กทั้งทางกายภาพและทางจิตใจ

เด็กและเยาวชน คือ ทรัพยากรที่มีคุณค่าอันเป็นอนาคตของชาติและสังคมโลกซึ่งสมควรได้รับการคุ้มครอง และเป็นหน้าที่ของบุคคลทุกคนไม่จำกัดเพียงบิดามารดาหรือผู้ปกครองเท่านั้นที่จะต้องช่วยกันคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนให้สามารถเติบโตและมีพัฒนาการไปในทางที่เหมาะสมทั้งทางร่างกายและจิตใจ ทั้งนี้ สิทธิเด็กและเยาวชนได้รับการรับรองทั้งจากกฎหมายระหว่าง

¹ http://www.prachachat.net/news_detail.php?newsid=1426051683, สืบค้นวันที่ 20 ตุลาคม 2558.

ประเทศและกฎหมายภายในประเทศ กล่าวคือ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ได้บัญญัติรับรองสิทธิเด็กไว้ในข้อตกลงต่างๆ อาทิ กฎบัตรสหประชาชาติ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ได้มีการบัญญัติรับรองหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ในขณะเดียวกัน กฎหมายภายในประเทศ ได้แก่ กฎหมายไทย ได้มีการบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็กไว้เช่นกันทั้งในประมวลกฎหมายและในกฎหมายเฉพาะ อาทิ ประมวลกฎหมายอาญา ในบางฐานความผิดกำหนดให้การกระทำความผิดต่อเด็กและเยาวชนถือเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น หรือกรณีผู้กระทำความผิดเป็นเด็กและเยาวชนอาจถือเป็นเหตุยกเว้นโทษหรือเหตุผลโทษได้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีบทบัญญัติคุ้มครองการดำเนินคดีอาญาแก่เด็กและเยาวชนไว้หลายประการ เช่น สิทธิในการมีทนาย สิทธิที่จะไม่ได้รับการลงโทษประหารชีวิต เป็นต้น นอกจากนี้ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีเด็กและเยาวชนไว้เป็นการเฉพาะ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ซึ่งคำนึงถึงความสำคัญและจำเป็นที่กฎหมายจะต้องเข้ามาคุ้มครองและดูแลสวัสดิภาพของเด็กเป็นกรณีพิเศษ ทั้งยังบัญญัติรับรองหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้เช่นกัน ดังนี้ จะเห็นได้ว่าทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในล้วนมุ่งคุ้มครองเด็กและเยาวชนเพื่อให้ได้รับการพัฒนาทั้งทางร่างกายและจิตใจในสถานะที่เหมาะสม ให้สามารถเจริญเติบโตขึ้นเป็นทรัพยากรที่มีคุณค่าต่อสังคมในอนาคต ดังนั้นการดำเนินการต่างๆ ที่เกี่ยวกับเด็กและเยาวชนจึงต้องคำนึงและยึดถือหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ (the best interest of the child)

ดังนั้น เมื่อเด็กและเยาวชนซึ่งเป็นทรัพยากรที่มีความสำคัญและสมควรได้รับการคุ้มครองถูกใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์ โดยผู้กระทำความผิดอาศัยโอกาสจากความด้อยประสบการณ์และด้อยวุฒิภาวะของเด็กซึ่งทำให้ถูกชักจูงได้ง่าย และประกอบกับกระบวนการยุติธรรมในปัจจุบันเอื้อประโยชน์ต่อเด็กและเยาวชน จึงอาศัยช่องทางดังกล่าวชักจูงให้เด็กและเยาวชนเข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำความผิดหรือใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ผู้กระทำความผิดเหล่านี้ถือว่ามีเจตนาที่ชั่วร้ายอย่างมาก และกระทำการอันน่าตำหนิอย่างยิ่ง อันจะส่งผลเสียทั้งต่อตัวเด็กและสังคมโดยรวม ทั้งยังเป็นการปฏิบัติผิดหน้าที่อย่างร้ายแรงในการให้ความคุ้มครองแก่เด็กและเยาวชน ซึ่งถือเป็นหน้าที่ของบุคคลทุกคนที่จะต้องช่วยกันปกป้องคุ้มครองเด็กและเยาวชนให้ได้รับการพัฒนาในทางที่เหมาะสมและเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่สมบูรณ์ต่อไปในอนาคต ในกรณีดังกล่าวนี้ แม้จะมีบทบัญญัติทางกฎหมายที่กำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดเหล่านี้ไว้แล้ว แต่ก็ไม่เพียงพอที่จะป้องปรามมิให้ผู้กระทำความผิดเหล่านี้เกิดความเกรงกลัวหรือสำนึกในหน้าที่แต่อย่างใด แต่กลับมีแนวโน้มที่จะเพิ่มจำนวนและทวีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อย ๆ

ด้วยเหตุนี้ การบังคับใช้มาตรการเพิ่มโทษหรือการกำหนดให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ถือเป็นแนวทางหนึ่งที่ทำให้ผู้กระทำความผิดยับยั้งชั่งใจก่อนที่จะตัดสินใจกระทำความผิด เนื่องจากต้องพิจารณาว่าผลประโยชน์ที่ตนจะได้รับจากการกระทำความผิดนั้นคุ้มค่าเพียงพอสําหรับผลเสีย (ต้นทุนในการกระทำความผิด) ที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำความผิดหรือไม่ ตามแนวความคิดของนักอาชญาวิทยาแห่งสำนักคลาสสิกซึ่งมี ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) เป็นผู้นำ ซึ่งเบ็คคาเรียได้กล่าวไว้ว่า “เจตนาของการลงโทษ ไม่ควรจะเป็นการทรมานผู้กระทำความผิด หรือชดเชยความผิด แต่ควรจะป้องกันบุคคลอื่นมิให้กระทำความผิดเช่นเดียวกันนั้น และการลงโทษที่ยุติธรรมควรมีอัตราความรุนแรงพอเพียงที่จะยับยั้งบุคคลอื่นๆ การลงโทษตามวัตถุประสงค์นี้ก็เพื่อจะทำให้ผู้กระทำความผิดเข็ดหลาบ และเกรงกลัวจนไม่กล้ากระทำความผิดอีกต่อไป อีกประการหนึ่งก็เพื่อเป็นการเตือนมิให้คนอื่นทำตามอย่างผู้กระทำความผิดเพราะจะถูกลงโทษเช่นเดียวกัน” ซึ่งในกฎหมายไทยก็ได้นำหลักการนี้มาใช้ในการกระทำความผิดในบางกรณีเช่นกัน ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 มาตรา 6 กำหนดให้ผู้ที่สนับสนุนหรือช่วยเหลือผู้กระทำความผิดก่อนหรือขณะกระทำความผิด ปกปิด ซ่อนเร้น หรือเอาไปเสียซึ่งยาเสพติดหรือวัตถุใดๆที่ใช้ในการกระทำความผิดเพื่อช่วยเหลือผู้กระทำความผิด ซึ่แนะหรือติดต่อบุคคลอื่น เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิด ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับตัวการในความผิดนั้น และมาตรา 7 กำหนดว่าผู้ใดพยายามกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดสำเร็จ เป็นต้น ถือเป็นตัวอย่างสำคัญที่แสดงให้เห็นว่ากฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะปราบปรามมิให้บุคคลกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด จึงได้บัญญัติกำหนดโทษไว้สูง แม้จะมีใช้ผู้กระทำความผิดโดยตรงเป็นเพียงผู้กระทำความผิดโดยอ้อม กฎหมายก็กำหนดให้ต้องรับโทษหนักเช่นเดียวกัน

ดังนั้นเพื่อเป็นการปกป้องและคุ้มครองเด็กและเยาวชน มิให้ถูกชักนำไปในทางที่ผิดหรือเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอาญาไม่ว่าในฐานะใดก็ตาม ทั้งเป็นการป้องกันและปราบปรามมิให้บุคคลใดใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดทางอาญา เพื่อให้เด็กสามารถเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณค่าของสังคมต่อไปในอนาคต จึงเห็นสมควรศึกษากรณีปัญหาดังกล่าว เพื่อนำไปสู่การนำเสนอแนวทางและมาตรการต่างๆในการปกป้องและคุ้มครองเด็กและเยาวชนให้ห่างไกลจากการกระทำความผิดทางอาญา และเพื่อรักษาประโยชน์สูงสุดของเด็กและเยาวชนให้มีโอกาสเติบโตและพัฒนาไปในแนวทางที่ถูกต้องเหมาะสมต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเด็ก ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

1.2.2 เพื่อวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมของบทบัญญัติทางกฎหมายไทยในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กในปัจจุบัน

1.2.3 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับแนวทางในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดทางอาญา

1.2.4 เพื่อนำเสนอหาแนวทางที่เหมาะสมในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้ เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดทางอาญา โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การที่เด็กและเยาวชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอาญา ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะมีความผิดหรือต้องรับโทษในทางอาญาหรือไม่ก็ตาม ล้วนก่อให้เกิดความเสียหายและกระทบต่อเด็กและเยาวชนทั้งสิ้น ซึ่งทำให้เด็กและเยาวชนได้เรียนรู้และซึมซับการกระทำเหล่านั้นอันเป็นผลเสียต่อการกำหนดทิศทางการดำเนินชีวิตของเด็กและเยาวชนในอนาคต แต่กฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดทางอาญา จึงควรมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวและเพื่อคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กและเยาวชนต่อไป

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาเรื่องการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดทางอาญา โดยศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็ก ตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) และกฎหมายของต่างประเทศบางประเทศ รวมถึงศึกษากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง อาทิ ประมวลกฎหมายอาญา และกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา เพื่อนำเสนอแนวทางการกำหนดความรับผิดชอบที่เหมาะสมและสอดคล้องกับแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิเด็กต่อไป

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ศึกษาวิจัยทางเอกสาร ทั้งเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ หนังสือ ตำรา บทความ รายงานการวิจัย วารสารทางกฎหมาย ข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต และกฎหมายในประเทศไทย และต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เพื่อทราบแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการเข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำความผิดทางอาญา

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 เพื่อทราบแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็ก ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

1.6.2 เพื่อทราบถึงความเหมาะสมของบทบัญญัติทางกฎหมายไทยเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กในปัจจุบัน

1.6.3 เพื่อทราบแนวทางในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดทางอาญาตามกฎหมายต่างประเทศ

1.6.4 เพื่อทราบแนวทางที่เหมาะสมในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดทางอาญา โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

บทที่ 2

ข้อความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนจากการถูกแสวงหาประโยชน์ และการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา

แม้หลักสิทธิมนุษยชนจะได้รับการรับรองไว้อย่างเป็นสากลในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ แต่การละเมิดสิทธิมนุษยชนก็ยังปรากฏให้เห็นอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะการละเมิดสิทธิเด็กและเยาวชน เช่น การล่วงละเมิดทางเพศ การใช้ความรุนแรงต่อเด็ก การใช้แรงงานเด็ก และการใช้เด็กในขบวนการค้ายาเสพติด เป็นต้น ทั้งในปัจจุบันมีการแสวงหาประโยชน์จากเด็กและเยาวชนในรูปแบบของการใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดทางอาญา ซึ่งเป็นการกระทำที่มีความร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อตัวเด็กและเยาวชนเป็นอย่างมาก จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักสากลของการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกแสวงหาประโยชน์ รวมทั้งแนวคิดและทฤษฎีในการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา เพื่อแสวงหาแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นต่อไป

2.1 ข้อความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนจากการถูกแสวงหาประโยชน์

เด็กและเยาวชนเป็นทรัพยากรที่มีคุณค่า แต่ด้วยปัจจัยหลายประการ เช่น ความอ่อนวัย ความอ่อนประสบการณ์ และความอ่อนแอทางกายภาพ ทำให้เด็กและเยาวชนถูกล่วงละเมิดได้ง่าย กฎหมายจึงต้องเข้ามาช่วยปกป้องคุ้มครองและรับรองสิทธิของเด็กและเยาวชนเหล่านี้เพื่อมิให้ถูกล่วงละเมิด จึงเกิดแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิเด็กอันมีวิวัฒนาการมาอย่างต่อเนื่องตั้งแต่อดีตจนได้รับการยอมรับเป็นสากลในปัจจุบัน ทั้งยังมีการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับและกฎหมายภายในของประเทศต่างๆรวมถึงประเทศไทยก็บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวนี้เช่นกัน

2.1.1 แนวคิดพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชน

สิทธิของเด็กและเยาวชนซึ่งได้รับการรับรองตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ สิทธิมนุษยชนพื้นฐานทั่วไป (fundamental general human rights) ที่จะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกันกับผู้ใหญ่ และ สิทธิมนุษยชนพิเศษ (special human rights) ที่จำเป็นจะต้องได้รับความคุ้มครองในระหว่างที่เป็นเด็ก โดยมีหลักการสำคัญอันเป็นหลักการพื้นฐานซึ่งเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชน ดังนี้

2.1.1.1 หลักสิทธิมนุษยชน (Human Rights)

“มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันศักดิ์ศรีและสิทธิ...”¹ จากการยอมรับศักดิ์ศรีโดยกำเนิด และสิทธิที่เท่าเทียมกันและที่ไม่อาจเพิกถอนได้ของสมาชิกทั้งมวลแห่งครอบครัวมนุษยชาติ เป็นพื้นฐานแห่งอิสรภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพในโลก จึงมีความจำเป็นที่สิทธิมนุษยชนควรได้รับความคุ้มครองโดยหลักนิติธรรม ซึ่งสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ศักดิ์ศรีและค่าของมนุษย์ สิทธิที่เท่าเทียมกันของบรรดาชายและหญิงได้รับการยืนยันไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน พ.ศ.2491²

สิทธิมนุษยชน (human rights) หมายถึง สิทธิที่มนุษย์ทุกคนมีอย่างเท่าเทียมกัน ได้แก่ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคโดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนชาติใด อาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิดหรือสถานะอื่น³ เป็นต้น อีกทั้งทุกคนมีความเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติและได้รับความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ⁴ ซึ่งสิทธิมนุษยชนได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศและตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยสามารถจำแนกออกได้เป็น 4 ประเภท คือ สิทธิพลเมือง (civil rights) สิทธิทางการเมือง (political rights) สิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม (economic and social rights) และสิทธิทางวัฒนธรรม (cultural rights)

หลักการสำคัญที่สุดของสิทธิมนุษยชน คือ มนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกัน จึงเป็นเหตุผลสำคัญที่มนุษย์ต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เพราะมนุษย์มีเกียรติภูมิและศักดิ์ศรีที่เกิดมาเป็นมนุษย์ มนุษย์ทุกคนเกิดมาแล้วย่อมมีสิทธิในตัวเอง แต่เพราะมนุษย์แต่ละคนเกิดมามีฐานะไม่เท่ากัน และเนื่องจากมนุษย์เป็นสัตว์สังคมจึงต้องมาอยู่ร่วมกัน ทำให้เกิดการละเมิดสิทธิของผู้อื่นได้ ดังนั้นเพื่อมิให้มีการละเมิดสิทธิซึ่งกันและกัน และตระหนักถึงสิทธิของตนเองและผู้อื่น กฎหมายจึงต้องเข้ามารับรองและคุ้มครองสิทธิดังกล่าว

¹ Universal Declaration of Human Rights, adopted and proclaimed by General Assembly resolution 217A (III) of 10 December 1948, Article 1.

² Universal Declaration of Human Rights, adopted and proclaimed by General Assembly resolution 217A (III) of 10 December 1948, Preamble.

³ Universal Declaration of Human Rights, adopted and proclaimed by General Assembly resolution 217A (III) of 10 December 1948, Article 2.

⁴ Universal Declaration of Human Rights, adopted and proclaimed by General Assembly resolution 217A (III) of 10 December 1948, Article 7.

สิทธิเด็ก (children's rights) ถือเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งของหลักสิทธิมนุษยชน (human rights) ภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน พ.ศ.2491 แม้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะมีได้ให้คำนิยามของคำว่า “เด็ก” ไว้ก็ตาม แต่ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้ให้ความหมายของเด็กไว้ว่า เด็กหมายถึงมนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น⁵ ซึ่งเด็กทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองในฐานะมนุษย์คนหนึ่ง ดังนั้น เด็กทุกคนไม่ว่าจะเกิดมามีร่างกายที่สมบูรณ์หรือไม่ก็ตาม หรือเป็นเด็กที่ด้อยโอกาสในลักษณะใดก็ตาม เช่น เด็กที่ถูกทอดทิ้ง เด็กเร่ร่อน เด็กที่ถูกทารุณกรรม เด็กที่ถูกใช้แรงงานอย่างผิดกฎหมาย เป็นต้น ย่อมได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกัน ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานอันมนุษย์ทุกคนมีและกฎหมายให้การรับรองให้ยังได้รับการยืนยันไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง พ.ศ.2509 อันรับรองว่าเด็กทุกคนมีสิทธิได้รับความคุ้มครองที่จำเป็นตามสถานะของผู้เยาว์ จากครอบครัว สังคม และรัฐ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ เด็กทุกคนต้องได้รับการจดทะเบียนการเกิด และเด็กทุกคนมีสิทธิได้มาซึ่งสัญชาติ⁶ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กและเยาวชนนี้ได้รับการรับรองไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (the convention on the rights of the child) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่ให้ความสนใจเป็นอย่างยิ่งกับการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษและการดูแลผู้เยาว์ อันได้กำหนดเกี่ยวกับเรื่องของสิทธิเด็กไว้โดยตรง โดยสามารถแบ่งออกได้ 4 ประการ⁷ ดังนี้

(1) สิทธิที่จะมีชีวิตรอด (right of survival)

เด็กทุกคนเมื่อเกิดมาแล้วย่อมมีสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่ ไม่ว่าจะเกิดมามีร่างกายที่สมบูรณ์หรือไม่ก็ตาม โดยเด็กที่เกิดมาต้องได้รับการจดทะเบียนการเกิด และได้รับการเลี้ยงดูอย่างดีที่สุด ทั้งด้านสุขภาพร่างกาย จิตใจ ที่อยู่อาศัย โภชนาการ และการบริการทางการแพทย์ โดยบิดามารดา หรือผู้ปกครอง หากกรณีที่ไม่มียุติบิดามารดาหรือผู้ปกครอง รัฐก็ต้องเข้าไปดูแล เพื่อให้เด็กสามารถอยู่รอดและสามารถเจริญเติบโตได้อย่างสมบูรณ์ สำหรับสิทธิในการมีชีวิตนี้ อาทิ สิทธิที่จะได้รับปัจจัยพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต เช่น อาหาร ที่อยู่อาศัย เครื่องนุ่งห่ม ยารักษาโรค สิทธิรับวัคซีนป้องกันโรคต่างๆ สิทธิที่จะได้รับอาหารในปริมาณที่เพียงพอและสะอาด เป็นต้น

(2) สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา (right of development)

⁵ The 1989 Convention on the Rights of the Child (CRC), Article 1.

⁶The International Covenant on Civil and Political Rights 1966 (ICCPR), Article 24.

⁷ The 1989 Convention on the Rights of the Child (CRC).

เด็กทุกคนจะได้รับสิทธิให้มีสภาพความเป็นอยู่ที่เหมาะสมกับพัฒนาการ ด้านร่างกาย จิตใจ สังคม รวมถึงความต้องการ ความพึงพอใจ และความสุขของเด็ก ได้แก่ การมีส่วนร่วม ในกิจกรรมครอบครัว โรงเรียน และสังคม ทั้งได้มีโอกาสเล่น พักผ่อน ได้รับข้อมูลข่าวสาร มีอิสระ ในการคิดและการแสดงออก ได้รับการกล่อมเกลาทางด้านจิตใจ ความรู้ ความคิดที่เหมาะสมกับวัย และที่สำคัญที่สุดเด็กทุกคนต้องได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน รวมทั้งครอบคลุมถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่เด็กมี ความต้องการจะพัฒนาตนเองให้เต็มศักยภาพ สำหรับสิทธิที่จะได้รับการพัฒนานี้ เช่น สิทธิที่จะได้รับ การศึกษา การเล่น การพักผ่อนหย่อนใจ การมีส่วนร่วมในกิจกรรมด้านวัฒนธรรม การเข้าถึงข้อมูล ข่าวสารและการมีเสรีภาพทางความคิด สติปัญญาและศาสนา

(3) สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครอง (right of protection)

สิทธิที่เด็กต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการทารุณกรรมและการล่วง ละเมิดทุกรูปแบบ อาทิเช่น

- การทารุณกรรมทางร่างกาย ซึ่งเกิดจากการทำโทษที่รุนแรงเกินไป เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายเด็ก ทำให้เด็กได้รับความเจ็บปวด เกิดบาดแผล หรือรอยฟกช้ำ เช่น เขียนตี ตบ ตะบอง ต่อย กระทบ กักขัง จับมัด เป็นต้น

- การทารุณกรรมทางด้านจิตใจ เป็นการกระทำที่แสดงออกท่าทางหรือ วาจา ซึ่งทำให้เด็กรู้สึกขาดความรัก น้อยเนื้อต่ำใจ เสียใจ เกิดความกลัวหรือหวาดระแวง เกิด ความรู้สึกหรือทัศนคติที่ไม่ดีกับตนเอง เช่น การดูต่ำ ตะคอก ประจาน เป็นต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าว มีความรุนแรงมากกว่าการว่ากล่าวตักเตือนหรือสั่งสอนโดยปกติ

- การล่วงละเมิดทางเพศ เช่น การมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก หรือการให้เด็ก มาเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศ เป็นต้น ถือเป็นแสวงหาประโยชน์ทางเพศกับเด็ก โดยที่เด็กยังไม่มี ความเข้าใจในเรื่องดังกล่าวหรือตกอยู่ในสถานการณ์ที่ไม่อาจขัดขืนได้ ซึ่งจะส่งผลให้เด็กเกิดการ เรียนรู้และพัฒนาการทางบุคลิกภาพที่ผิดปกติได้

- การใช้แรงงานเด็ก ถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสวงหาผลประโยชน์ จากเด็กในเชิงพาณิชย์ ซึ่งอาจส่งผลต่อพัฒนาการของเด็ก ทำให้เด็กขาดการเรียนรู้ การศึกษา การ พัฒนาทางด้านร่างกาย จิตใจ ศีลธรรมและสังคมของเด็ก

(4) สิทธิที่จะมีส่วนร่วม (right of participation)

เป็นสิทธิที่ให้ความสำคัญกับการแสดงออกทั้งในด้านความคิดและการ กระทำของเด็กในการเป็นส่วนหนึ่งของสังคมที่อาศัยอยู่ รวมทั้งการเรียกร้องสิทธิในชีวิตความเป็นอยู่ ของตนที่อาจถูกกระทบ ด้วยการอนุญาตให้เด็กได้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับ ตนเองและสามารถแสดงความคิดเห็นโดยไม่กระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ซึ่งการให้สิทธิ แก่เด็กที่จะมีบทบาทในชุมชนและชาติ รวมทั้งสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับชีวิต

ของตนเองนี้ ช่วยเพิ่มโอกาสในการมีส่วนร่วมของเด็กต่อสังคมและทำให้เด็กสามารถปรับตัวอยู่ร่วมในสังคมได้อย่างสงบสุข เพื่อเป็นผู้ใหญ่ที่ดีและมีความรับผิดชอบในอนาคต

2.1.1.2 หลักคุ้มครองเด็กจากการถูกใช้แสวงหาประโยชน์ในทุกรูปแบบ

จากแนวคิดพื้นฐานเรื่องสิทธิมนุษยชนสำหรับเด็กและสิทธิเด็ก ซึ่งได้รับการยอมรับและรับรองในปัจจุบันว่า เด็กและเยาวชนนั้นนอกจากจะได้รับการคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในฐานะมนุษย์คนหนึ่งแล้ว ยังมีสิทธิได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากการล่วงละเมิดและการแสวงหาประโยชน์ในทุกรูปแบบ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับด้วยกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่กำหนดเรื่องการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนไว้โดยตรง อันมีรายละเอียดที่สำคัญดังต่อไปนี้

- อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (The Convention on the Rights of the Child 1989/CRC)

อนุสัญญานี้ได้กำหนดหลักการในการปฏิบัติต่อเด็กและการปกป้องคุ้มครองเด็กเพื่อเป็นแนวทางให้แก่รัฐภาคีทั้งหลายนำไปปรับใช้ โดยเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแล และการช่วยเหลือเป็นพิเศษ โดยเฉพาะความคุ้มครองและช่วยเหลือที่จำเป็น เพื่อให้เด็กสามารถมีความรับผิดชอบต่อชุมชนของตนได้อย่างเต็มที่ และเพื่อให้เด็กสามารถพัฒนาบุคลิกภาพได้อย่างกลมกลืนและเต็มที่ ทั้งได้เติบโตในสิ่งแวดล้อมหรือในบรรยากาศแห่งความผาสุก ความรักและความเข้าใจ โดยในอนุสัญญานี้ได้กำหนดหลักการคุ้มครองเด็กไว้ให้เป็นหน้าที่ของรัฐภาคีต้องปฏิบัติตามหลายประการด้วยกัน ดังต่อไปนี้

ประการที่แรก รัฐภาคีจะต้องดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวงด้านนิติบัญญัติ บริหาร สังคมและการศึกษา ในอันที่จะคุ้มครองเด็กจากรูปแบบทั้งปวงของความรุนแรง ทั้งทางร่างกายและจิต การทำร้ายหรือการกระทำอันมิชอบ การทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาท การปฏิบัติที่ผิดหรือการแสวงหาประโยชน์ รวมถึงการกระทำอันมิชอบทางเพศ ขณะอยู่ในความดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นใดซึ่งเด็กนั้นอยู่ในความดูแล⁸

ประการที่สอง รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง รวมทั้งมาตรการทางนิติบัญญัติ บริหาร สังคม และทางการศึกษาที่จะคุ้มครองเด็กจากการใช้โดยผิดกฎหมายซึ่งยาเสพติด รวมทั้งสารที่มีพิษต่อจิตประสาทอื่นๆ ที่ได้นิยามไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง และที่จะป้องกันการใช้เด็กเพื่อการผลิต และค้าโดยผิดกฎหมายซึ่งสารเช่นว่านั้น⁹

⁸ The 1989 Convention on the Rights of the Child (CRC), Article 19.

⁹ The 1989 Convention on the Rights of the Child (CRC), Article 33.

ประการที่สาม รัฐภาคีรับที่จะคุ้มครองเด็กจากการแสวงประโยชน์ทางเพศ และการกระทำทางเพศที่มีขอบทุกรูปแบบ เพื่อการนี้ รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวงทั้งมาตรการภายในประเทศ และมาตรการทวิภาคีและพหุภาคีเพื่อป้องกันการชักจูง หรือบีบบังคับให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศใดๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การแสวงประโยชน์จากเด็กในการค้าประเวณี หรือการกระทำอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับเพศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การแสวงประโยชน์จากเด็กในการแสดงลามกอนาจาร และที่เกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร¹⁰

ประการที่สี่ รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวงทั้งในระดับประเทศ ระดับทวิภาคีและพหุภาคี เพื่อป้องกันการลักพา การขาย หรือการลักลอบค้าเด็ก ไม่ว่าจะด้วยวัตถุประสงค์ใดหรือในรูปแบบใด¹¹

ประการสุดท้าย รัฐภาคีจะคุ้มครองเด็กจากการถูกแสวงประโยชน์ในทุกรูปแบบอื่นทั้งหมดที่เป็นผลร้ายต่อสวัสดิภาพของเด็กไม่ว่าในด้านใด¹²

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นถือเป็นกฎหมายหลักในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็ก ซึ่งได้บัญญัติคุ้มครองเด็กจากการถูกแสวงหาประโยชน์ในทุกรูปแบบอันถือเป็นหลักการสำคัญที่ทุก ๆ ประเทศพึงต้องนำไปบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายภายในของตน

- พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง การค้าเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography)

พิธีสารฉบับนี้เป็นการขยายมาตรการที่รัฐภาคีควรดำเนินการเพื่อให้บรรลุความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยเฉพาะข้อ 33, 34, 35 และ 36 ที่จะประกันการคุ้มครองเด็กจากการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก ทั้งยอมรับถึงสิทธิของเด็กที่จะได้รับการคุ้มครองจากการแสวงประโยชน์ทางเศรษฐกิจ และจากการทำงานใดที่น่าจะเป็นอันตราย หรือที่ขัดขวางรบกวนต่อการศึกษาของเด็ก หรือที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ หรือต่อพัฒนาการทางร่างกาย จิตใจ จิตวิญญาณ ศีลธรรม หรือสังคมของเด็ก และยอมรับว่ากลุ่มผู้ที่อยู่ในภาวะอ่อนแอและล่อแหลมต่ออันตรายอย่างยิ่งจำนวนหนึ่ง ซึ่งรวมทั้งเด็กหญิง อยู่ในภาวะเสี่ยงมากยิ่งขึ้นต่อการถูกแสวงประโยชน์ทางเพศและเด็กผู้หญิงเป็นกลุ่มที่มีสัดส่วนสูงกว่ากลุ่มอื่นๆในบรรดาผู้

¹⁰ The 1989 Convention on the Rights of the Child (CRC), Article 34.

¹¹ The 1989 Convention on the Rights of the Child (CRC), Article 35.

¹² The 1989 Convention on the Rights of the Child (CRC), Article 36.

ที่ถูกแสวงประโยชน์ทางเพศ¹³ โดยกำหนดหลักการสำคัญให้รัฐภาคีทั้งหลายต้องปฏิบัติอันมีสาระสำคัญ ดังนี้

รัฐภาคีทั้งหลายจะต้องห้ามการค้าเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกที่เกี่ยวข้องกับเด็กตามที่ระบุไว้ในพิธีสารนี้¹⁴

รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องประกันว่า การกระทำหรือกิจกรรมใดเพื่อความมุ่งประสงค์ในการแสวงประโยชน์ทางเพศจากเด็ก จัดส่งอวัยวะของเด็กเพื่อผลกำไร นำเด็กมาเพื่อการบังคับใช้แรงงานจะต้องถูกกำหนดให้ครอบคลุมอยู่ภายใต้กฎหมายอาญาหรือกฎหมายที่มีโทษอาญาอย่างเต็มที่ไม่ว่าความผิดทั้งหลายเช่นว่านั้นจะกระทำภายในประเทศหรือข้ามชาติ รวมทั้งความพยายาม และการสมรู้ร่วมคิดหรือการมีส่วนร่วมในการกระทำใดดังกล่าว และรัฐภาคีจะต้องทำให้ความผิดเช่นว่านั้นลงโทษได้โดยบทลงโทษที่เหมาะสมโดยคำนึงถึงลักษณะที่ร้ายแรงของความผิดนั้น¹⁵

รัฐภาคีทั้งหลายจะต้องรับรองหรือสร้างเสริม ปฏิบัติและเผยแพร่กฎหมาย มาตรการทางการบริหาร นโยบายและโครงสร้างทางสังคมเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความผิดตามที่กล่าวในพิธีสารนี้ จะต้องให้ความสนใจเป็นพิเศษเพื่อคุ้มครองเด็กผู้ซึ่งอ่อนแอและล่อแหลมต่ออันตรายอย่างยิ่งจากความผิดเช่นว่านั้น¹⁶

พิธีสารฉบับนี้กำหนดหลักการสำคัญในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบการค้าเด็ก ค่าประเวณีและสื่อลามกอนาจารของเด็ก และเป็นหน้าที่ของรัฐภาคีจะต้องออกกฎหมายภายในเพื่อให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าว

2.1.1.3 หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child)

หลักการว่าด้วย “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interest of the child)” อันเป็นแนวทางปฏิบัติต่อเด็กและเป็นฐานคุณค่าสำคัญที่นักวิชาชีพตลอดจนผู้มีส่วน

¹³ Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution A/RES/54/263 of 25 May 2000, entered into force on 18 January 2002.

¹⁴ Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography, Article 1.

¹⁵ Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography, Article 3.

¹⁶ Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography, Article 9

เกี่ยวข้องในการดูแลคุ้มครองเด็กต้องให้ความสำคัญและยึดถือปฏิบัติ ซึ่งมีการบัญญัติรับรองหลักการนี้ไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ในมาตรา 3(1) อันมีหลักการว่า การกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยรัฐหรือเอกชน จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก¹⁷(primary consideration) โดยการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนี้ถูกนำมาใช้ในการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็ก ไม่สามารถนำมาใช้ได้โดยลำพังแต่จะต้องมีปัจจัยต่างๆมาประกอบการพิจารณา เช่น กรณีเกิดความขัดแย้งระหว่างสิทธิของบิดามารดาและสิทธิเด็ก หรือกรณีเกิดความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ของรัฐกับผลประโยชน์ของเด็ก เป็นต้น¹⁸ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ต้องนำมาพิจารณาในทุกการกระทำที่เกี่ยวกับเด็กไม่ว่าในทางตรงหรือทางอ้อม อีกทั้งเด็กทุกคนมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามหลักนี้โดยไม่มีการแบ่งแยก เพื่อให้เด็กและเยาวชนสามารถเจริญเติบโตและมีพัฒนาการที่สมบูรณ์

แม้ในอนุสัญญาฉบับดังกล่าวจะมีได้มีการให้คำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้ว่ามีความหมายและขอบเขตเช่นไร เนื่องจากต้องการให้สามารถนำไปปรับใช้ได้กับทุกกรณีเป็นการทั่วไปที่เกิดขึ้นกับเด็กซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณี และปรับใช้ได้กับทุกความแตกต่างของปัจจัยต่างๆของสังคม เช่น ความแตกต่างด้านวัฒนธรรม เศรษฐกิจ และศาสนา เป็นต้น จึงไม่สามารถที่จะให้ความหมายที่แน่นอนและชัดเจนได้¹⁹ โดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนี้ได้มีการวางหลักไว้ครั้งแรกโดยศาลประเทศอังกฤษเมื่อปี ค.ศ. 1765 ในคดี *Blissets Case*²⁰ อัน

¹⁷ The 1989 Convention on the Rights of the Child (CRC), Article 3

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.

¹⁸ จีราวัฒน์ แซ่มชัยพร, “การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตาม มาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.30.

¹⁹ เฟิงอ้วง, น.88.

²⁰ Klaff, Ramsay Laing, “The Tender Year Doctrine : A Defense”, California Law Review, (March,1982) Retrieved March 1, 2016 , from <https://www.google.co.th/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjv5sSw8anNAhXBopQKHV39AvkQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fscholarship.law>

เป็นคดีการใช้อำนาจปกครองบุตร โดยคำพิพากษาของศาลตอนหนึ่งได้ตัดสินว่า “ถ้าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่เห็นด้วย ศาลจะกระทำสิ่งที่ปรากฏว่าเป็นสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับเด็ก” แต่ในคดีดังกล่าวศาลเองก็มิได้ให้คำจำกัดความของคำว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม Jean Zermatten ได้ให้ความหมายของ “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ว่า หมายถึง จุดมุ่งหมายสูงสุดที่จะก่อให้เกิดความผาสุก (well-being) แก่เด็ก²¹ ทั้งทางกายภาพ สุขภาพจิต และสถานะทางสังคม และ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล ได้ให้คำจำกัดความของผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่า หมายถึง สิทธิประโยชน์ของเด็กทั้งปวงที่มีพึงได้ในฐานที่เกิดมาและมีชีวิตรอดอยู่ภายในกรอบอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กให้การรับรองหรือโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปย่อมเห็นได้ว่าเป็นสิทธิประโยชน์ของเด็ก²² ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่า ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก หมายถึง การพิจารณาสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับเด็กเพื่อประโยชน์สุขหรือความผาสุกของเด็กในทุกๆด้าน

สำหรับการพิจารณาว่าสิ่งใดถือเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น ประกอบด้วยขั้นตอนสำคัญสองประการ คือ การประเมินสถานการณ์และการตัดสินใจเลือกสิ่งที่เป็นประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งถือเป็นขั้นตอนที่สำคัญ โดยจะต้องนำปัจจัยหรือข้อเท็จจริงที่จำเป็นทุกประการซึ่งมีความเฉพาะเจาะจงสำหรับเด็กแต่ละรายหรือเด็กแต่ละกลุ่มมาพิจารณาประกอบการตัดสินใจ อาทิ ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับบุคคลในครอบครัว พัฒนาการทางร่างกาย จิตใจและอารมณ์ของเด็ก วัฒนธรรมของสังคม สิ่งแวดล้อมรอบตัวเด็ก รวมทั้งความต้องการหรือความปรารถนาของเด็ก เป็นต้น เนื่องจากข้อเท็จจริงแห่งคดีและปัจจัยในการพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในแต่ละกรณีย่อมแตกต่างกันไป และนำข้อมูลดังกล่าวมาประเมินและชั่งน้ำหนักของสิ่งที่จะเป็นประโยชน์ที่ดีที่สุดสำหรับเด็กทั้งในระยะสั้นและระยะยาว²³ และเหมาะสมกับสถานการณ์ในกรณีนั้นมากที่สุด โดยจะต้องพิจารณาในแง่มุมต่างๆทุกแง่มุมอย่างรอบคอบ ทั้งจากสถานการณ์ในอดีต สถานการณ์ในปัจจุบัน และสถานการณ์ที่คาดหวังในอนาคตอันเป็นประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็ก

ประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น มีความเป็นพลวัตที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาเมื่อเวลาผ่านไป ขึ้นอยู่กับองค์ประกอบและปัจจัยต่าง ๆ โดยเฉพาะเจาะจงสำหรับเด็กแต่ละ

berkeley.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D2206%26context%3Dcalifornialawreview&usq=AFQjCNFGlKK3zm2U4PwwCrN6DGfmw2bpA&bvm=bv.124272578,d.dGo

²¹ Jean Zermattan, “The Best Interests of the Child from Literal Analysis, Function and Implementation: Working report 2010,” pp.11.

²² วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, “มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก”, *อุลพาห*, เล่มที่ 5, ปีที่ 41, 2536, น.19.

²³ จิราวัฒน์ แซ่มชัยพร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 18*, น.46.

บุคคล เช่น เด็กเติบโตขึ้น เด็กมีพัฒนาการและความสามารถมากขึ้น หรือสถานการณ์บางอย่างเปลี่ยนแปลงไป เป็นต้น ดังนั้น ในกรณีที่สถานการณ์บางอย่างเปลี่ยนแปลงไปอาจส่งผลให้ประโยชน์สูงสุดของเด็กอาจเปลี่ยนแปลงไปด้วย จึงจำเป็นต้องทำการประเมินสถานการณ์ใหม่อีกครั้ง ส่วนกระบวนการตัดสินใจนั้น จะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองและรับรองสิทธิของเด็กในการมีชีวิตรอด ในความปลอดภัย และสิทธิในการได้รับการพัฒนาอย่างสมบูรณ์ ซึ่งเรียกร้องให้ในการตัดสินใจทุกครั้ง ผู้มีอำนาจหน้าที่จะต้องชั่งน้ำหนักความเหมาะสมของการกระทำต่างๆอันเกี่ยวข้องกับเด็ก โดยพิจารณาจากปัจจัยที่เกี่ยวข้องทุกประการ โดยจะต้องพิจารณาถึงสิทธิของเด็ก และหน้าที่ของบุคคลทั้งหลายที่มีต่อเด็กไม่ว่าจะเป็นรัฐหรือเอกชนประกอบด้วย ซึ่งกระบวนการตัดสินใจนี้มีเป้าหมายสำคัญในการแก้ปัญหาที่ยั่งยืนสำหรับเด็ก และจะถูกนำมาใช้ในกรณีที่เรื่องนั้นถือเป็นเรื่องสำคัญต่อชีวิตของเด็กในปัจจุบันและในอนาคต²⁴

2.1.2 แนวคิดในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้แสวงหาประโยชน์

The world Health Organization (1999) ได้ให้คำนิยามคำว่า “การล่วงละเมิดหรือ การทารุณกรรมเด็ก” (child abuse or maltreatment) หมายถึง รูปแบบทั้งปวงของการเลี้ยงดูโดยมิชอบทั้งทางร่างกายและจิตใจ การล่วงละเมิดทางเพศ การละเลยหรือการประตบัติโดยประมาทหรือการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์หรือทางอื่น ๆ ซึ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย การดำรงชีวิต พัฒนาการ และเกียรติยศชื่อเสียงของเด็ก²⁵ ซึ่งการทารุณกรรมเด็กสามารถจำแนกออกได้เป็นหลายประเภท ดังต่อไปนี้²⁶

- การทารุณกรรมร่างกาย คือ การทำร้ายร่างกายเด็กโดยเจตนามิใช่โดยประมาท รวมถึงการลงโทษที่ใช้วิธีการรุนแรงเกินสมควรด้วย

- การทารุณกรรมจิตใจ คือ การสร้างบาดแผลให้เกิดขึ้นแก่จิตใจของเด็กอันเกิดจากความผิดพลาดของผู้ปกครองหรือผู้ใหญ่ในการเลี้ยงดูให้ความรัก ความอบอุ่น และความรู้สึกปลอดภัยแก่เด็กตามที่พวกเขาควรจะได้รับ อีกทั้งสภาพแวดล้อมและความสัมพันธ์ระหว่างเด็กและผู้ปกครอง ไม่มีความมั่นคง ไม่ส่งเสริมต่อพัฒนาการของเด็ก หรือเต็มไปด้วยการบังคับขู่เข็ญ

²⁴ Daja Wenke, Guidelines Promoting the Human Rights and the Best Interests of the Child in Transnational Child Protection Cases, (Printing House KOPA, 2015), pp.20.

²⁵ Blue Knot Foundation, “What is Child Abuse,” Retrieved April 5, 2016, from <http://www.blueknot.org.au/WHAT-WE-DO/Resources/General-Information/What-is-child-abuse>.

²⁶ *Ibid.*

- การเลี้ยงดูโดยปล่อยปละละเลยหรือการประตักตีโดยประมาท ซึ่งเด็กเป็นบุคคลที่จำเป็นต้องได้รับการดูแลอย่างใกล้ชิดทั้งทางร่างกายและจิตใจ ต้องการความรักความอบอุ่น ความปลอดภัย อาหาร เสื้อผ้าเครื่องนุ่งห่ม การศึกษา เนื่องจากวัยเด็กเป็นวัยที่ยังไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้อย่างเต็มที่ จึงต้องการบุคคลที่คอยควบคุมและดูแลเพื่อให้สามารถเจริญเติบโตและมีพัฒนาการด้านต่าง ๆ ได้อย่างสมบูรณ์

- การทารุณกรรมทางเพศ เช่น การล่วงละเมิดทางเพศเด็ก การให้เด็กเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศกับผู้ใหญ่หรือบุคคลใด ๆ รวมถึงการให้เด็กค้าประเวณี การผลิตและการค้าสื่อลามกอนาจารของเด็กด้วย

นอกจากนี้ ในปัจจุบันมีการทารุณกรรมเด็กในรูปแบบต่าง ๆ มากมาย รวมทั้งการใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ซึ่งจากการนำทฤษฎีพื้นฐานที่เกี่ยวข้องมาวิเคราะห์กับพฤติกรรมการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนในปัจจุบันแล้ว จะพบว่าเด็กเป็นบุคคลซึ่งถูกชักจูงได้ง่าย ผู้กระทำความผิดจึงอาศัยโอกาสจากช่องทางดังกล่าวในการชักจูงเด็กมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด โดยจากทฤษฎีพื้นฐานต่าง ๆ สามารถอธิบายถึงสาเหตุในการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนได้ ดังนี้

- ทฤษฎีอาชญากรรมแนวจิตวิทยา (Psychological Theories of Crimes)²⁷

จิตใจของมนุษย์นั้นมีการพัฒนาและเรียนรู้ตั้งแต่เกิดจนเข้าสู่วัยเด็กและเติบโตเป็นผู้ใหญ่ โดยเฉพาะวัยเด็กที่เป็นวัยเรียนรู้และซึมซับสิ่งต่างๆ ได้มากที่สุด ทฤษฎีนี้ทำการศึกษาโดยการวิเคราะห์ถึงสภาพจิตใจของบุคคลในขณะที่กระทำความผิด เพื่อหาสาเหตุในการกระทำความผิดของมนุษย์ ตามทฤษฎีนี้เชื่อว่า พฤติกรรมอาชญากรรมของบุคคลเกิดจากการพัฒนาทางจิตใจที่ไม่สมบูรณ์ อีกทั้งลักษณะนิสัยของบุคคลซึ่งเป็นแรงจูงใจสำคัญในการจะกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับกรอบมโนธรรมในวัยเด็กและความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับบุคคลในครอบครัว ดังนั้นตามทฤษฎีนี้หากเด็กและเยาวชนขาดความรักความเอาใจใส่จากบิดามารดา ขาดการพัฒนาทางอารมณ์ และไม่ได้รับการขัดเกลาทางจิตใจให้รู้จักแยกแยะถูกผิด ให้ยึดมั่นและเคารพในกฎเกณฑ์ของสังคมตั้งแต่แรก ย่อมมีแนวโน้มที่จะมีนิสัยก้าวร้าวและไม่เคารพต่อกฎเกณฑ์ของสังคมและมีแนวโน้ม

²⁷ พรชัย ขันดี, ธัชชัย ปิตะนีละกุล และ อัศวิน วัฒนวิบูลย์, ทฤษฎี และงานวิจัยทางอาชญาวิทยา (Criminology : Theories and Research), พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : บริษัท บุ๊คเน็ต จำกัด, 2543), น.61-69.

ที่จะกระทำความผิดมากกว่าเด็กที่ได้รับการขัดเกลาจิตใจมาเป็นอย่างดี โดยอาจเริ่มจากการละเมิดกฎเกณฑ์เล็ก ๆ น้อย ๆ ไปจนถึงการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงได้²⁸

- ทฤษฎีอาชญาวิทยาแนวสังคมศาสตร์ (Sociological Theories of Crimes)²⁹

ทฤษฎีนี้เชื่อว่า ปัจจัยภายนอกหรือสภาพแวดล้อมทางสังคมและวัฒนธรรมหรือเศรษฐกิจนั้น อาจเป็นสาเหตุที่ทำให้บุคคลมีพฤติกรรมอาชญากรรมได้ และเมื่อใดที่สังคมขาดกลไกในการควบคุมหรือบรรเทาพื้นฐานทางสังคมไม่สามารถควบคุมการกระทำของมนุษย์ได้ จากความหลากหลายในสังคมอาจนำไปสู่ความขัดแย้งและการถอยห่างทางวัฒนธรรม รวมทั้งความยากจนหรือความแตกต่างระหว่างฐานะทางเศรษฐกิจย่อมนำไปสู่การกระทำผิดได้อย่างรวดเร็ว ทฤษฎีนี้แสดงให้เห็นว่าปัจจัยภายนอกมีส่วนสำคัญในการขัดเกลาและหล่อหลอมเด็กและเยาวชนได้เช่นกันและมีผลต่อการกระทำความผิดทางอาญาของเด็กและเยาวชน ไม่ว่าจะเป็น ย่านที่อยู่อาศัย สภาพชุมชนที่เกิดอาชญากรรมบ่อยครั้งหรือเป็นแหล่งมั่วสุม บรรยากาศในโรงเรียนหรือในชุมชน ระดับผลการเรียน ระดับการศึกษาของบิดามารดา อาชีพของบิดามารดา เป็นต้น³⁰ ล้วนส่งผลต่อการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนได้ทั้งสิ้น

- ทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคม (Social Learning Theory)³¹

ทฤษฎีนี้ตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่าพฤติกรรมของอาชญากรเป็นผลมาจากปัจจัยทางสังคม ผู้ที่เป็นอาชญากรอาชีพนั้นได้รับการฝึกฝนและเรียนรู้เช่นเดียวกับอาชีพอื่น ๆ ไม่มีใครเป็นอาชญากรโดยกำเนิด แต่พฤติกรรมอาชญากรรมนั้นเกิดจากกระบวนการเรียนรู้ โดยบุคคลได้เรียนรู้พฤติกรรมอาชญากรรม และมีความเห็นด้วยกับพฤติกรรมที่ละเมิดกฎหมายนั้น ซึ่งมีตัวแปรสำคัญในการเรียนรู้ ได้แก่ ความถี่ ระยะเวลา การให้ความสำคัญ และความเข้มข้น จึงได้ข้อสรุปว่าการเข้าไปเกี่ยวข้องกับการประพฤติดังกล่าวมากเกินไป ย่อมมีอิทธิพลต่อบุคคลในการกระทำผิด ดังนั้น สาเหตุสำคัญประการหนึ่งของพฤติกรรมอาชญากรรมของเด็กและเยาวชน คือ การมีเพื่อนเป็นอาชญากรหรือการ

²⁸ นงลักษณ์ อานี, “แนวทางใหม่ในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาและการดำเนินคดี กรณีผู้กระทำความผิดเป็นเด็กและเยาวชน,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ดุสิต บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น. 44.

²⁹ พรชัย ชันดี, ธัชชัย ปิตะนีละกุล และ อัครวิน วัฒนวิบูลย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 27*, น.70.

³⁰ นงลักษณ์ อานี, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 28*, น.44.

³¹ พรชัย ชันดี, ธัชชัย ปิตะนีละกุล และ อัครวิน วัฒนวิบูลย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 27*, น.108-121.

อยู่ในแก๊งอาชญากร นอกจากนี้ เมื่อเด็กและเยาวชนได้เรียนรู้หรือเลียนแบบจากสิ่งใดซึ่งเป็นต้นแบบอันไม่สมควร ไม่ว่าจะเป็นการเลียนแบบเพื่อน บิดามารดา หรือจากสื่อต่างๆ หรือการเข้าไปเกี่ยวข้องกับบุคคลซึ่งเป็นบุคคลไม่ดีหรือเป็นอาชญากร ย่อมนำไปสู่การกระทำความผิดและอาจกลายเป็นอาชญากรอาชีพต่อไปในอนาคตได้เช่นกัน

2.1.2.1 รูปแบบของการแสวงหาประโยชน์จากเด็กและเยาวชน

สำหรับสถานการณ์การละเมิดสิทธิเด็กและเยาวชนในประเทศไทยมีปรากฏในหลายรูปแบบ ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมาหลายทศวรรษและยังคงดำรงสืบเนื่องในสังคมไทย ทั้งมีแนวโน้มจะขยายความรุนแรงกว้างขวางขึ้น ในประเทศไทยมีเด็กประมาณ 1 ใน 8 คน ที่มีฐานะยากจน โดยร้อยละ 7.1 ของเด็กอายุระหว่าง 0-17 ปี หรือประมาณ 1.2 ล้านคนจากประชากรทั้งหมดที่มีอายุระหว่าง 0-17 ปีเป็นเด็กกำพร้าและมีภาวะเสี่ยง จากข้อมูลการสำรวจพฤติกรรมเด็กพบว่าเด็กประมาณ 3,825 คนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ถูกล่วงละเมิดทางเพศ ใน พ.ศ. 2548 ตัวเลขนี้เพิ่มสูงขึ้นเกือบถึง 5,300 คนใน พ.ศ. 2549 คิดเป็นอัตราส่วนการเพิ่มขึ้นเท่ากับร้อยละ 36 อัตราส่วนดังกล่าวสอดคล้องกับการบันทึกข้อมูลของศูนย์พึ่งได้ การเพิ่มขึ้นดังกล่าวนี้ยังสอดคล้องกับฐานข้อมูลของศาล โดยจำนวนคดีที่เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดทางเพศเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี เพิ่มขึ้นร้อยละ 40 ในช่วง พ.ศ. 2545 ถึง พ.ศ. 2549 จากประมาณ 6,000 คดี เพิ่มมาเป็นมากกว่า 10,000 คดี จากข้อมูลที่ได้จากศูนย์พึ่งได้ มีประชาชน 15,882 คนเข้ามาขอรับบริการในระหว่าง พ.ศ. 2549 หรือประมาณ 44 คดีต่อวัน ตัวเลขดังกล่าวเพิ่มสูงขึ้นมากอย่างมีนัยสำคัญ ใน พ.ศ. 2552 ศูนย์พึ่งได้ของกระทรวงสาธารณสุขได้ดำเนินการเกี่ยวกับปัญหาความรุนแรงต่อผู้หญิงและเด็กจำนวน 22,925 คดี มีจำนวนเด็กที่เป็นเหยื่อของการใช้ความรุนแรง 12,031 คดี และในจำนวนเด็กดังกล่าว ร้อยละ 87 เป็นเด็กหญิง ซึ่งตัวเลขดังกล่าวนี้อาจเป็นเพียงเศษเสี้ยวหนึ่งของกรณีที่เกิดขึ้นจริง³² ดังจะเห็นได้จากตารางแสดงจำนวนการใช้ความรุนแรงต่อเด็กและจำนวนผู้เสียหายเด็กจากการถูกแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ในภาคผนวก

ในสังคมไทยปัจจุบัน สามารถจำแนกรูปแบบของการแสวงหาประโยชน์จากเด็กและเยาวชนออกได้เป็นรูปแบบต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

- การใช้แรงงานเด็ก

องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization) หรือ ILO ได้กำหนดมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศเกี่ยวกับการใช้แรงงานเด็กให้

³² องค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (ยูนิเซฟ) ประเทศไทย, “การวิเคราะห์สถานการณ์เด็กและสตรี พ.ศ. 2554,” สืบค้นวันที่ 20 มีนาคม 2559, จาก www.unicef.org/thailand/tha/141020_Addressing_the_gaps_report_TH.pdf.

ประเทศสมาชิกปฏิบัติตาม โดยตราอนุสัญญาฉบับที่ 182 ว่าด้วยรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก (Worst Forms of Child Labour) ค.ศ. 1999 ซึ่งถือเป็นหนึ่งในอนุสัญญาที่มีความสำคัญยิ่งอันเป็นอนุสัญญาที่ ILO มีนโยบายส่งเสริมและติดตามผลให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติให้สอดคล้องกับอนุสัญญานี้ แม้จะไม่ได้สัตยาบันก็ตาม เนื่องจากเป็นอนุสัญญาที่กำหนดมาตรฐานแรงงานเกี่ยวกับประเด็นหลัก 4 ประการ ภายใต้ปฏิญญา ILO เรื่อง หลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน (ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights Work) ในประเด็นเรื่อง การยกเลิกการใช้แรงงานเด็กให้เป็นผล ซึ่งระบุให้ การที่ผู้ใหญ่ใช้ จัดให้ หรือเสนอให้เด็กกระทำการอันผิดกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการผลิตและการขนส่งยาเสพติด ถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการใช้แรงงานเด็กที่เลวร้ายที่สุด รวมถึงการแสวงหาประโยชน์ในทางเพศจากเด็ก การค้าเด็ก การจ้างงานที่อาจส่งผลเสียต่อสุขภาพอนามัย ความปลอดภัย และศีลธรรมอันดีของเด็ก ก็ถูกพิจารณาว่าเป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการใช้แรงงานเด็กที่เลวร้ายที่สุดเช่นกัน ซึ่งรัฐภาคีมีหน้าที่จะต้องหามาตรการในการป้องกัน

การใช้แรงงานเด็กถือเป็นรูปแบบของการละเมิดต่อเด็กที่แพร่หลายที่สุดในโลก³³ ภายใต้กระแสโลกาภิวัตน์ที่กระตุ้นให้การแข่งขันในตลาดโลกรุนแรง และมีความสำคัญมากขึ้นต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ ผู้ประกอบการในหลายประเทศต่างแสวงหาวิธีการบริหารธุรกิจให้มีต้นทุนต่ำ เพื่อต้องการให้ได้กำไรสูงสุดและขยายโอกาสให้ธุรกิจสามารถคงอยู่และแข่งขันในตลาดเสรีได้ดีที่สุด การลักลอบใช้แรงงานเด็กกลายเป็นช่องทางสำคัญ ที่เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการที่เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตนในหลายกิจการประหยัดต้นทุนการผลิตโดยการเอารัดเอาเปรียบและละเมิดสิทธิเด็ก ทำให้กลายเป็นปัญหาที่สำคัญในหลายประเทศทั่วโลก โดยเฉพาะในกลุ่มประเทศที่กำลังพัฒนาทั้งในเขตภูมิภาคเอเชียและภูมิภาคอื่นๆ โดยองค์การแรงงานระหว่างประเทศได้ประเมินว่า (ในปี 2554) มีเด็กประมาณ 217.7 ล้านคนทั่วโลก (อายุ 5-17 ปี) ถูกใช้แรงงาน งานส่วนใหญ่ที่เด็กทำมีลักษณะซ้ำซาก เป็นอันตรายต่อสุขภาพและความปลอดภัย และมากกว่าครึ่งของเด็กเหล่านี้ถูกใช้แรงงานในรูปแบบที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ (126.3 ล้านคน) นอกจากนี้ ข้อมูลจากการคาดประมาณแรงงานเด็กระหว่างปี พ.ศ.2543-2555 พบว่า แรงงานเด็กในภาคอุตสาหกรรมและภาคบริการมีแนวโน้มจะเพิ่มขึ้น รวมไปถึงแรงงานเด็กที่ทำงานในครัวเรือนและทำงานในสภาพแวดล้อมที่เป็นอันตราย เช่น การทำงานในร้านอาหาร บาร์ ร้านคาราโอเกะ งานก่อสร้าง กิจกรรมที่ผิดกฎหมาย เช่น กระบวนการค้ายาเสพติด ขอบทาน การแสวงหาประโยชน์ทางเพศเชิงพาณิชย์ เป็นเหยื่อการค้ามนุษย์และแรงงานบังคับ เป็นต้น อีกทั้งจากการประมาณการพบว่าภูมิภาค

³³ ศิรินันท์ กิตติสุขสถิต และคณะ, “โครงการศึกษาสภาพปัญหาการใช้แรงงานเด็กในรูปแบบที่เลวร้ายของประเทศไทย”, สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล, 2554, น.32.

เอเชียแปซิฟิกมีเด็กที่ถูกใช้แรงงานมากที่สุด จึงถือเป็นปัญหาที่ต้องการแก้ไขอย่างเร่งด่วนในภูมิภาคนี้ ซึ่งการใช้แรงงานเด็กถือเป็นกิจกรรมที่ส่งผลกระทบต่อเด็กทั้งพัฒนาการทางกาย ทางใจ สังคม อารมณ์ และการศึกษา

สำหรับสถานการณ์การใช้แรงงานเด็กของประเทศไทยในปัจจุบันมีการเปลี่ยนแปลงไปเมื่อเทียบกับสถานการณ์ในอดีต มุมมองและทัศนคติของคนไทยที่มีต่อบทบาทของเด็ก ไม่ว่าจะเป็นหน้าที่ที่เด็กควรต้องรับผิดชอบ การประพฤติปฏิบัติตัว และบทบาทในการทำงาน เปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมากเมื่อเปรียบเทียบกับช่วงเวลาในอดีต โดยเป็นผลจากการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างประชากรไทย การพัฒนาทางเศรษฐกิจ และการเปลี่ยนแปลงมุมมองด้านคุณค่าในสังคม ขณะเดียวกัน ภาครัฐยังไม่สามารถจัดบริการสังคมที่เข้าถึงประชากรกลุ่มต่างๆได้อย่างทั่วถึง ภายใต้สภาพแวดล้อมที่ยังขาดระบบคุ้มครองเด็กที่มีประสิทธิภาพอย่างเพียงพอ ก่อให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายแก่ผู้ที่มีฐานะหาประโยชน์ในการละเมิดต่อเด็ก ซึ่งปัจจัยเหล่านี้ส่งผลต่อสถานการณ์การใช้แรงงานเด็กในประเทศไทย ในปัจจุบันการใช้แรงงานเด็กยังมีปรากฏให้เห็นอยู่ในสถานประกอบการ กิจการต่าง ๆ แม้จะมีจำนวนลดลงเมื่อเปรียบเทียบกับในอดีต จากรายงานสำนักงานประกันสังคม ณ เดือนมีนาคม พ.ศ.2550 มีแรงงานเด็ก (อายุ 15-17 ปี) จำนวน 104,198 คน ในขณะที่ ณ เดือนมีนาคม พ.ศ.2541 มีประมาณ 230,000 คน โดยแรงงานเด็กส่วนใหญ่จะกระจุกตัวอยู่ในเขตพื้นที่กรุงเทพมหานครและปริมณฑล ในสถานประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็กเป็นส่วนใหญ่ เช่น กิจการตัดเย็บเสื้อผ้า เจียรระโนพลอย ซ่อมยานยนต์ สถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิง และร้านอาหาร เป็นต้น อีกทั้งมีแรงงานเด็กจำนวนมากทำงานอยู่ในภาคเกษตรกรรม กิจการประมง โรงงาน และทำงานรับใช้ภายในบ้าน โดนแรงงานเหล่านี้เปรียบเสมือนแรงงานที่ไร้ตัวตน ต้องทำงานตรากตรำ ถูกแสวงหาประโยชน์ บางส่วนถูกกักขัง และมีบางส่วนถูกค้ามนุษย์ ซึ่งส่งผลให้ประเทศไทยเป็นประเทศปลายทางอันดับหนึ่งของการค้าเด็กและผู้หญิงข้ามแดน³⁴

แม้ว่าการใช้แรงงานเด็กในประเทศไทยจะลดลง แต่สภาพการทำงานของแรงงานเด็กกลับไม่ดีขึ้นหรืออยู่ในสภาพที่แย่ลง เนื่องจากแรงงานเด็กส่วนใหญ่มีชั่วโมงการทำงานที่มากกว่า 8 ชั่วโมงต่อวัน ได้รับค่าจ้างต่ำกว่าค่าจ้างขั้นต่ำที่กฎหมายแรงงานกำหนด ทำงานในสภาพแวดล้อมที่อันตราย รวมทั้งถูกข่มขู่บังคับด้วยกำลัง ยิ่งไปกว่านั้นแม้แรงงานเด็กในภาพรวมจะลดลง แต่เป็นการลดลงของแรงงานเด็กชาวไทยเป็นหลัก ขณะที่แรงงานเด็กจากประเทศเพื่อนบ้านกับเพิ่มขึ้น เนื่องจากไทยมิได้เป็นเพียงตลาดแรงงานเท่านั้น แต่ยังเป็นจุดผ่านของกระบวนการค้ามนุษย์ที่นำแรงงานเด็กจากประเทศเพื่อนบ้านผ่านไทยไปยังประเทศที่สามอีกด้วย สำหรับการใช้แรงงานเด็ก

³⁴ เฟิงอ้วง.

ในรูปแบบที่เลวร้าย พบว่าส่วนใหญ่จะถูกตัวในอาชีพงานบ้าน พนักงานร้านอาหารโอเคะ สถานบริการ
ขอทานและการบังคับใช้แรงงานอื่น ๆ

นอกจากนี้ ยังปรากฏการใช้แรงงานเด็กในรูปแบบของการใช้ทาสหรือ
รูปแบบของการค้ามนุษย์รวมถึงการซื้อขายแลกเปลี่ยนแรงงานเด็กเหมือนการค้าขายสินค้าที่ไม่มีชีวิต
จิตใจ เป็นการบังคับให้เด็กไปทำงานในสถานที่และประเภทงานที่ไม่สมควรใจ และไม่ได้รับค่าจ้างที่เป็น
ธรรม หรือถูกบังคับให้ทำงานเพื่อใช้หนี้ โดยการบังคับดังกล่าวมีลักษณะรุนแรงและละเมิดต่อผู้อื่น
และผู้ค้ามนุษย์กระทำเพื่อหวังกำไรจากการกระทำความผิดดังกล่าว ซึ่งรูปแบบการบังคับอาจเกิดจากสถานะ
ผูกมัดโดยหนี้สิน ถูกหลอก ถูกลักพาตัว ถูกกักขังในที่ทำงาน ถูกบังคับทางจิตใจ ถูกยึดค่าแรงหรือ
เอกสารแสดงตัวตน เป็นต้น ดังข้อมูลที่แสดงในตารางที่ 3-4 ในภาคผนวก

**- การใช้ จัดหา หรือเสนอเด็กเพื่อการค้าประเวณี เพื่อผลิตสื่อลามก
หรือแสดงลามก**

สืบเนื่องจากผลการประเมินของคณะกรรมการผู้ชำนาญการด้านการอนูวัติ
ให้เป็นไปตามอนุสัญญาและคำแนะนำ (The Committee of Experts on the Application of
Conventions and Recommendations) (International Labour Organization : ILO) (2011)
รายงานว่า ตามประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศ ได้ระบุการห้ามทำ ผลิต มีไว้ หรือ
นำเข้าซึ่งเอกสาร หรือสิ่งอื่นใดอันลามก เพื่อประโยชน์ทางการค้า³⁵ แต่ในทางปฏิบัติในประเทศไทย
ยังมีการวางโซ้ว และการซื้อขายภาพยนตร์ และภาพเด็กที่เป็นสื่อลามกเหล่านี้อยู่ และตามผลประเมิน
ยังระบุอีกว่าสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานสตรีแห่งชาติ รายงานว่า มีเด็กอายุต่ำ
กว่า 18 ปี ประมาณ 22,500 – 40,000 คน ตกเป็นเหยื่อการค้าประเวณี ซึ่งคิดเป็นประมาณร้อยละ
15-20 ของพนักงานขายบริการทางเพศทั้งหมด อันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและ
ปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ.2539³⁶ นอกจากนี้ยังมีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการค้ามนุษย์ด้วย
ดังแสดงให้เห็นจากตารางที่ 5 แสดงข้อมูลเด็กไทยที่เกี่ยวข้องกับการขายบริการทางเพศในภาคผนวก

รูปแบบหลักๆ ของการแสวงประโยชน์ทางเพศเชิงพาณิชย์จากเด็ก ได้แก่
การค้าประเวณีเด็ก สื่อลามกอนาจารเด็ก และการค้าเด็กเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ ส่วนรูปแบบอื่นๆ
ยังรวมถึงการแสวงประโยชน์ทางเพศจากเด็กในอุตสาหกรรมการท่องเที่ยว และในบางกรณียังรวมถึง
การแต่งงานก่อนวัยอันสมควรอีกด้วย

³⁵ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 287.

³⁶ ศิรินันท์ กิตติสุขสถิต และคณะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 33*, น.2.

การค้าประเวณีเด็ก (prostitution of children) คือ การใช้เด็กเพื่อกิจกรรมทางเพศ โดยมีค่าตอบแทนเป็นเงินสดให้กับเด็ก หรือบุคคลที่สาม รวมทั้งความต้องการขั้นพื้นฐาน เช่น อาหาร ที่พักอาศัย ความปลอดภัย หรือความช่วยเหลือด้านต่าง ๆ เช่น ผลการเรียนที่สูงขึ้นหรือเงินพิเศษสำหรับซื้อของใช้ การค้าประเวณีเด็กเกิดขึ้นเมื่อมีผู้ได้รับผลประโยชน์จากการเจรจาตกลงทางธุรกิจซึ่งเด็กถูกนำไปใช้ตอบสนองวัตถุประสงค์ทางเพศ การค้าประเวณีเด็กเกิดจากปัจจัยทางสังคม วัฒนธรรม และเศรษฐกิจ การบังคับใช้กฎหมายที่หละหลวมก็เป็นปัจจัยทำให้การค้าประเวณีเด็กยังคงมีอยู่ในแต่ละสังคม เด็กที่เป็นบุตรของผู้ที่ขายบริการทางเพศเป็นเด็กกลุ่มหนึ่งที่มีเสี่ยงต่อการถูกนำมาค้าประเวณี รวมทั้งเด็กไร้บ้าน เด็กหนีออกจากบ้าน และเด็กที่ถูกทอดทิ้ง³⁷

สื่อลามก อนาจารเด็ก (child pornography) หมายถึง การนำเสนอรูปภาพ สื่อวิดีโอ ที่เด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศจริง ๆ หรือกิจกรรมใด ๆ ก็ตามที่เด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศจริง ๆ หรือการเลียนแบบกิจกรรมทางเพศ หรือสื่อไปในทางเพศ หรือภาพโป๊เปลือยของเด็ก สื่อลามกอนาจารเด็กจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ การนำเสนอภาพโป๊เปลือยของเด็กและภาพยั่ววนทางเพศของเด็กโดยไม่มีกิจกรรมทางเพศ และการนำเสนอกิจกรรมทางเพศที่เด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมดังกล่าว³⁸

การค้าเด็ก (trafficking of children) ประกอบด้วย การกระทำทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับการจัดหาคนเข้าทำงาน การขนส่งภายในหรือข้ามประเทศโดยอาศัยการหลอกลวงหรือการบังคับขู่เข็ญ การใช้กำลัง การผูกมัดด้วยหนี้สินเพราะเด็กไม่อาจสมัครใจหากทราบล่วงหน้าว่าตนถูกแสวงหาประโยชน์ หรือการฉ้อฉล เพื่อล่อลวงละเมิด เช่น บังคับให้ค้าประเวณี แสวงหาประโยชน์จากการใช้แรงงาน เปลี่ยนถ่ายอวัยวะ หรือการรับเป็นบุตรบุญธรรมโดยผิดกฎหมาย เด็กทุกคนที่ตกเป็นเหยื่อการค้าต่างก็เปราะบางอย่างยิ่งต่อการถูกทารุณกรรมและแสวงหาประโยชน์ทางเพศ เพราะถูกเคลื่อนย้ายออกจากครอบครัวและชุมชนที่คุ้นเคยที่คอยปกป้องพวกเขาอยู่³⁹

การท่องเที่ยวเพื่อมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก (child sex tourism) คือ การแสวงหาประโยชน์ทางเพศเชิงพาณิชย์จากเด็กโดยบุคคลที่เดินทางจากสถานที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่ง และมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับเด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปี คนกลุ่มนี้มักเดินทางจากประเทศที่ร่ำรวยไปสู่ประเทศที่ด้อยพัฒนามากว่า แต่อาจเป็นนักเดินทางภายในประเทศนั้นเองก็ได้ ซึ่งจะเป็นใครก็ได้ในสังคม อาจเป็นผู้ที่ชื่นชอบการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กโดยเฉพาะหรือผู้ล่อลวงละเมิดเนื่องจากสถานการณ์พาไป ทำให้พวกเขาฉวยโอกาสในการมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก เช่น การที่สามารถเข้าถึงเด็กได้ง่าย การไม่เป็น

³⁷ เฟิ่งอ๋าง, น.20.

³⁸ เฟิ่งอ๋าง.

³⁹ เฟิ่งอ๋าง.

ที่รู้จัก การอยู่ห่างไกลจากข้อกำหนดทางจริยธรรมและสังคม ซึ่งปกติเป็นตัวควบคุมความประพฤติ ผู้แสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กใช้ประโยชน์จากสิ่งอำนวยความสะดวกที่บริษัทพักรักษาโรค รีสอร์ท ภัตตาคาร ในการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก⁴⁰

การแต่งงานก่อนวัยอันควร (child marriage) คือ การแต่งงานของเด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปี และมีการใช้เด็กเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศเพื่อแลกเปลี่ยนกับการใช้เงินสด หรือ สิ่งของเป็นการตอบแทน ส่งผลให้เด็กที่แต่งงานแล้วสูญเสียการคุ้มครองที่เด็กพึงได้รับไป บางครั้งเป็นการบังคับให้แต่งงาน หรือแต่งงานชั่วคราวเพื่อปกปิดการค้าประเวณี การลักพาตัวเด็ก⁴¹

- การใช้ จัดหา หรือเสนอเด็กเพื่อกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย โดยเฉพาะเพื่อการผลิตและขนส่งยาเสพติด

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ค.ศ.1988 ได้ระบุว่าเด็กได้ถูกใช้เป็นผู้ลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ทำให้เกิดภัยร้ายแรงอันประมาทมิได้ จึงกำหนดให้รัฐภาคีต้องนำมาตรการที่จำเป็นเพื่อบัญญัติให้การกระทำโดยเจตนาเกี่ยวกับยาเสพติดดังกล่าวเป็นความผิดอาญา ตามกฎหมายภายในของตน ซึ่งในปัจจุบันเกิดปัญหากรณีผู้ใหญ่ใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด มีเด็กในหลายประเทศถูกบังคับหรือล่อลวงให้ทำงานในกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย เช่น การผลิต ขนส่ง และเข้าร่วมในกระบวนการค้ายาเสพติด หรือการลักลอบขนส่งสินค้าผิดกฎหมายระหว่างพื้นที่หรือระหว่างประเทศ ซึ่งถือเป็นปัญหาที่สำคัญที่ส่งผลให้เด็กและเยาวชนมีพฤติกรรมไปในทางที่ไม่เหมาะสมและเกิดการกระทำความผิดในลักษณะต่าง ๆ ตามมา เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน การทำร้ายร่างกาย กลุ่มเด็กแว้น กลุ่มเด็กติดเกมส์ เป็นต้น เด็กเหล่านี้มีความผิดในคดีอาญา และมีความเสี่ยงต่อความรุนแรง และการกักขังหน่วงเหนี่ยวในรูปแบบต่าง ๆ เช่น ในประเทศปากีสถาน พบว่า มีเด็กจำนวนหนึ่งถูกบังคับหรือล่อลวงให้ลักลอบขนถ่ายค้าขายสินค้าต้องห้าม และยาเสพติด เช่นเดียวกับประเทศไทย มีรายงานระบุว่า มีเด็กจำนวนหนึ่งเข้าร่วมกระบวนการขนถ่ายและค้าขายยาเสพติดประเภทแอมเฟตามีน นอกจากนี้ จากผลการประเมินของคณะกรรมการผู้ชำนาญการด้านอนุวัติให้เป็นไปตามอนุสัญญาและคำแนะนำยังระบุว่า ในปี 2543 พบว่ามีเด็กอายุเพียง 10 ขวบเข้าร่วมในกระบวนการค้ายาเสพติด รวมทั้งยังพบว่าผู้ส่งยาเสพติดส่วนใหญ่เป็นเด็กที่มีอายุระหว่าง 12 ถึง 16 ปี⁴²

⁴⁰ เฟิ่งอ๋าง, น.21.

⁴¹ เฟิ่งอ๋าง.

⁴² เฟิ่งอ๋าง.

จากสถิติของกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนรายงานว่า ในปี พ.ศ. 2555 มีเด็กและเยาวชนอายุเกิน 10 ปี แต่ไม่ถึง 15 ปี ถูกดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด มีจำนวนเพิ่มมากขึ้น ดังแสดงในตารางที่ 6 ในภาคผนวก ซึ่งปัญหาดังกล่าวถือเป็นปัญหาสำคัญที่รัฐจำเป็นต้องดำเนินมาตรการต่างๆ ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป

2.1.2.2 การแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบการใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด

ในปัจจุบันปัญหาการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนถือว่าเป็นปัญหาสำคัญอย่างยิ่งอันสมควรได้รับการแก้ไข ซึ่งหนึ่งในสาเหตุการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนนั้นมาจากการถูกผู้ใหญ่ใช้หรือชักจูงให้กระทำความผิด ซึ่งสามารถแบ่งพิจารณาได้ ดังนี้

(1) ลักษณะการร่วมกระทำความผิดระหว่างผู้ใหญ่กับเด็กและเยาวชน⁴³

สามารถเข้าร่วมได้ทั้งในทางตรง กล่าวคือ การร่วมกระทำความผิดในลักษณะของผู้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันหรือในลักษณะของตัวการร่วม รวมถึงในลักษณะของผู้ใช้ไม่ว่าจะร่วมกันลงมือกระทำความผิดหรือมีการแบ่งหน้าที่กันทำ เช่น การให้เด็กเป็นผู้ดักทางในขณะที่ตนลงมือกระทำความผิด หรือในความผิดเกี่ยวกับการจำหน่ายยาเสพติด ผู้ใหญ่จะพาเด็กไปในสถานที่ซึ่งจะมีการจำหน่ายหรือแลกเปลี่ยนยาเสพติดและตนจับตามองดูอยู่ห่างๆ โดยส่งให้เด็กไปกระทำความผิดแทน เมื่อเด็กกระทำความผิดสำเร็จก็จะจ่ายเงินรางวัลเป็นค่าตอบแทนแก่เด็ก เป็นต้น ส่วนในทางอ้อม กล่าวคือ มิได้เข้าร่วมในการกระทำความผิดกับเด็กโดยตรง แต่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของเด็ก อาจอยู่ในลักษณะของผู้สนับสนุน หรือในลักษณะของผู้ส่งเสริมให้เด็กกระทำความผิด เช่น การรับซื้อของโจรจากเด็ก การสอนหรือการแสดงวิธีการกระทำความผิดให้แก่เด็กและการให้อาหารหรืออุปกรณ์สำหรับใช้ในการกระทำความผิดแก่เด็ก รวมถึงการปลุกฝังให้เด็กเห็นว่าการกระทำความผิดเป็นเรื่องง่าย ได้ผลตอบแทนสูงและทำให้พวกเขาซึมซับว่าการกระทำความผิดสามารถกระทำได้และอยากที่จะกระทำความผิด เป็นต้น

(2) รูปแบบในการชักจูงให้เด็กเข้าร่วมในการกระทำความผิดทางอาญา⁴⁴

- การให้สินบน หรือ ให้รางวัล ถือเป็นวิธีการหนึ่งที่ผู้ใหญ่มักใช้ในการชักจูงหรือล่อลวงให้เด็กและเยาวชนเข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำความผิด สำหรับรางวัลที่ให้แก่เด็ก เช่น เงิน ยาเสพติด เสื้อผ้าหรือเครื่องประดับ รวมถึงการให้การยอมรับ นับถือและให้ความรู้ ก็ถือเป็นการให้รางวัลในอีกรูปแบบหนึ่งเช่นกัน

⁴³ Cheryl Frank, “Abuse of a difference kind: Adults using children to commit crime”, *SA Crime Quarterly*, No.16, June 2006, pp.16.

⁴⁴ *Ibid*, pp.16-17.

- การใช้ความรุนแรง หรือ การบังคับขู่เข็ญ ถือเป็นวิธีการหนึ่งที่ผู้ใหญ่ใช้ในการบังคับให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด เช่น การทำร้ายร่างกาย การล่วงละเมิดทางเพศ การกลั่นแกล้ง ทรมาน หรือข่มเหง โดยอาจมีการใช้อาวุธร่วมด้วย เช่น อาวุธปืนหรือมีด ในการข่มขู่เด็ก เป็นต้น หรืออาจใช้วิธีการหลอกลวงโดยการให้สิ่งของและรางวัลแก่เด็กก่อน เมื่อเด็กกลับไปแล้วจึงไปบังคับให้เด็กกระทำความผิดเป็นการตอบแทน

- อิทธิพลจากครอบครัว ในหลายๆกรณีการกระทำความผิดเกิดจากการได้รับการผลักดันจากครอบครัว เนื่องจากสภาพแวดล้อมและสถานการณ์ต่างๆ เช่น ความยากจน การปล่อยปละละเลยของผู้ปกครอง และการล่วงละเมิดต่อเด็ก ทำให้เด็กไม่ได้รับการดูแลเอาใจใส่ และไม่มีแบบอย่างที่ดีในการดำเนินชีวิต หรือจากการซึมซับพฤติกรรมที่ไม่ดีต่างๆจากบุคคลในครอบครัวและเลียนแบบพฤติกรรมดังกล่าว

จากการศึกษาดังกล่าวพบว่า เด็กส่วนใหญ่ถูกบังคับให้เข้าร่วมในการกระทำความผิด แต่อย่างไรก็ตาม เด็กเหล่านี้ก็ยังคงเป็นผู้ตัดสินใจในขั้นสุดท้ายว่าจะเข้าร่วมในการกระทำความผิดหรือไม่ ซึ่งเด็กส่วนใหญ่ตัดสินใจที่จะร่วมกระทำความผิดโดยหวังจะได้รับรางวัลตอบแทน นอกจากนี้ ปัจจัยสำคัญที่ผู้ใหญ่ใช้ในการล่อลวงให้เด็กร่วมในการกระทำความผิด คือ ยาเสพติด และ แอลกอฮอล์ โดยผู้ใหญ่จะใช้เป็นรางวัลเพื่อแลกเปลี่ยนกับการกระทำความผิดของเด็ก⁴⁵

สำหรับสถานการณ์ของเด็กที่ต้องเข้าสู่กระบวนการทางกฎหมายในประเทศไทยมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง กล่าวคือ ใน พ.ศ. 2546 มีคดีทั้งสิ้น 29,915 คดี ต่อมาใน พ.ศ. 2552 ได้เพิ่มขึ้นเป็น 46,371 คดี คดีเด็กและเยาวชนส่วนใหญ่ผู้กระทำความผิดเป็นเยาวชนอายุระหว่าง 15 ถึง 18 ปี หรือคิดเป็นร้อยละ 79 ของคดีในพ.ศ. 2552 จำนวนผู้กระทำความผิดที่เป็นเยาวชนหญิงคงที่อยู่ร้อยละ 7 ถึง 8 ของคดีทั้งหมด ทั้งนี้ มีความเข้าใจโดยทั่วไปว่าเด็กที่กระทำความผิดมักเป็นเด็กที่มีพื้นฐานจากครอบครัวที่ยากจนและมีการศึกษาต่ำ อย่างไรก็ตาม ข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดที่เป็นเยาวชนเผยให้เห็นสิ่งที่แตกต่างออกไป กล่าวคือ ใน พ.ศ. 2550 เยาวชนผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่ศึกษาอยู่ชั้นมัธยมศึกษาตอนต้น (ร้อยละ 40) รองลงมาเป็นนักเรียนระดับประถมศึกษา (ร้อยละ 30) และมีคดีเพียงร้อยละ 4 เท่านั้นที่ผู้กระทำความผิดไม่ได้รับการศึกษาเลย การกระทำความผิดส่วนมากเป็นเรื่องการใช้ยาเสพติด ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ (เช่น ลักขโมย ปล้นทรัพย์) และการทำร้ายร่างกาย ใน พ.ศ. 2549 และพ.ศ. 2550 อัตราการกระทำความผิดซ้ำอยู่ที่ร้อยละ 11.9 และร้อยละ 12.9 ตามลำดับ สิ่งนี้ชี้ให้เห็นว่าแผนงานที่จัดทำขึ้นเพื่อฟื้นฟูเยาวชน

⁴⁵ *Ibid*, pp.18.

ผู้กระทำความผิดไม่เพียงพอและขาดประสิทธิภาพ⁴⁶ แนวโน้มที่มีเด็กกระทำความผิดเพิ่มมากขึ้นและต้องถูกควบคุมตัวในสถานฝึกอบรมเด็กและเยาวชนที่มีความแออัดเป็นปัญหาที่สำคัญ ไม่เพียงแต่เยาวชนผู้กระทำความผิดจะเสียโอกาสทางการศึกษาเป็นระยะเวลาเนิ่นนาน แต่ยังคงตั้งข้อรังเกียจไปตลอดชีวิต แม้ประเทศไทยจะมีแนววิธีในการฟื้นฟูเยาวชนผู้กระทำความผิดมากกว่าที่จะลงโทษ แต่ระบบก็ยังคงมีมาตรการที่มีลักษณะเป็นเชิงลงโทษ เช่น การควบคุมตัว จำนวนเยาวชนผู้กระทำความผิดที่เพิ่มสูงขึ้นทำให้การให้บริการด้านการฟื้นฟูไม่เพียงพอ และนำไปสู่ปัญหาศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชนมีความแออัด แม้จะมีนโยบายที่เป็นมิตรกับเด็ก เช่น ขั้นตอนในการสืบสวนที่เป็นมิตรกับเด็ก และการเบี่ยงเบนคดีออกจากกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนปกติ โดยใช้วิธีการประชุมกลุ่มครอบครัวและชุมชน แต่จำนวนเยาวชนผู้กระทำความผิดที่เข้าสู่กระบวนการเบี่ยงเบนคดีดังกล่าวนี้มีเพียงร้อยละ 10 จากทั้งหมด 124 เนื่องจากข้อหาของเด็กส่วนใหญ่เป็นความผิดเล็กน้อย จึงควรมีกระบวนการยุติธรรมทางเลือกอื่นนอกเหนือจากกระบวนการยุติธรรมที่เป็นทางการ เมื่อไม่นานนี้มีการพัฒนาในด้านบวก คือมีการเพิ่มอายุขั้นต่ำการรับผิดทางอาญา คือเพิ่มจาก 7 ปีเป็น 10 ปี แม้ว่าอายุขั้นต่ำ 10 ปีนี้ยังถือว่าต่ำเมื่อพิจารณาจากมาตรฐานสากล แต่การปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวได้ทำให้เด็กกว่า 300 คนต่อปีสามารถออกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและเข้าสู่ระบบการคุ้มครองเด็กซึ่งเด็กจะได้รับการดูแล ที่สำคัญคือจำเป็นต้องมีมาตรการในการป้องกันและการคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพเพื่อลดภาวะความเสี่ยงที่เด็กและเยาวชนจะกลายเป็นผู้กระทำความผิด ระบบยุติธรรมและระบบคุ้มครองเด็กจำเป็นต้องร่วมมือกันเพื่อแก้ปัญหาซึ่งเป็นสาเหตุของการกระทำความผิดของเยาวชน และส่งเสริมให้มีการปรับปรุงการบริการด้านการฟื้นฟูและการช่วยเด็กคืนสู่สังคม

2.1.2.3 ผลกระทบต่อเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้กระทำความผิด

การทารุณกรรมก่อให้เกิดผลกระทบต่อเด็กและเยาวชนผู้ตกเป็นเหยื่อได้ในหลายด้าน ซึ่งไม่สามารถจะแยกออกจากกันอย่างชัดเจน เนื่องจากการกระทำทารุณแต่ละครั้งอาจส่งผลกระทบต่อเด็กได้ในหลาย ๆ ด้านพร้อมกัน ตัวอย่างเช่น การทารุณกรรมทางร่างกายที่ส่งผลเสียหายต่อสมองของเด็ก ก็อาจส่งผลกระทบต่อพัฒนาการ การเรียนรู้ และพัฒนาการทางอารมณ์ของเด็กได้อีกด้วย ทั้งนี้อาจขึ้นอยู่กับปัจจัยอื่น ๆ ประกอบด้วย เช่น อายุของเด็กหรือสถานะของเด็กในขณะที่ถูกทารุณกรรม รูปแบบหรือประเภทของการทารุณกรรม ความถี่และระยะเวลาในการถูก

⁴⁶ องค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (ยูนิเซฟ) ประเทศไทย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถ* ที่ 32.

ทารุณกรรม รวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับผู้กระทำทารุณกรรม เป็นต้น⁴⁷ โดยสามารถจำแนกประเภทของผลกระทบที่เกิดแก่เด็กและเยาวชนจากการทารุณกรรมได้ ดังต่อไปนี้

(1) ผลกระทบทางกายภาพ (physical health consequences)

ผลกระทบทางกายภาพ หมายถึง การบาดเจ็บทางร่างกายซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ทั้งในระดับการบาดเจ็บเล็กน้อย เช่น ฟกช้ำ เกิดบาดแผลเล็กน้อย ไปจนถึงการบาดเจ็บขั้นรุนแรง เช่น กระดูกหัก ตกเลือด หรือ ถึงแก่ความตาย เป็นต้น⁴⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การบาดเจ็บที่กระทบกระเทือนต่อศีรษะของเด็ก แม้จะไม่แสดงอาการทันที แต่ถือเป็นสิ่งที่อันตรายต่อเด็กอย่างมาก โดยเฉพาะเด็กทารกหากถูกกระทบกระเทือนทางศีรษะอาจส่งผลกระทบต่อพัฒนาการทางสมองของเด็กในระยะยาวและอาจเชื่อมโยงไปถึงสุขภาพจิตของเด็กหรืออาจส่งผลให้เด็กตายได้⁴⁹ นอกจากนี้ แม้บาดแผลทางร่างกายนั้นจะสามารถรักษาให้หายได้ แต่อย่างไรก็ตาม การทารุณกรรมดังกล่าวอาจสร้างความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและสร้างรอยแผลในจิตใจเด็กจนไม่อาจลบเลือนได้

(2) ผลกระทบทางจิตใจ (psychological consequences)

ประสบการณ์อันเลวร้ายที่ได้รับจากการถูกทารุณกรรมอาจก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงต่ออารมณ์ความรู้สึกและจิตใจของเด็ก ทำให้เด็กเกิดความกลัว หวาดระแวง ไม่ไว้ใจผู้อื่น และแยกตัวออกจากสังคม ไม่สามารถเข้าสังคมหรือเข้ากับบุคคลอื่นได้ มีความรู้สึกหดหู่ สิ้นหวัง และลดความภาคภูมิใจในตัวเอง ทั้งยังมีผลทำให้เด็กมีพัฒนาการต่ำ เรียนรู้ได้ช้าและปรับตัวเข้ากับสังคมได้ยาก โดยการถูกทารุณกรรมทางร่างกายและการล่วงละเมิดทางเพศถือเป็นปัจจัยเสี่ยงสำคัญที่ก่อให้เกิดผลกระทบทางจิตใจ⁵⁰ อีกทั้งมักจะเกิดร่วมกับผลกระทบด้านอื่น ๆ เช่น ผลกระทบทางร่างกาย หรือ ผลกระทบทางพฤติกรรม เป็นต้น อันส่งผลสำคัญต่อการดำเนินชีวิตของเด็กต่อไปในอนาคต

(3) ผลกระทบทางพฤติกรรม (behavioral consequences)

⁴⁷ Child Welfare Information Gateway, “Long-Term Consequences of Child Abuse and Neglect,” July, 2013, Retrieved April 5, 2016, from www.childwelfare.gov/pub/factsheets/sp_long_term_consequences.cfm.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Tarullo A., “Effects of child maltreatment on the developing brain,” 2012, Retrieved April 5, 2016, from www.cehd.umn.edu/ssw/cascw/attributes/PDF/publications/CW360-CEED_Winter2012.pdf.

⁵⁰ Child Welfare Information Gateway, *supra note 47*.

การทารุณกรรมไม่ว่าจะก่อให้เกิดผลกระทบทางพฤติกรรมแก่เด็กที่เป็นเหยื่อทุกคน แต่อย่างไรก็ตาม ผลกระทบทางพฤติกรรมก็ถือเป็นปัญหาสำคัญที่อาจเกิดขึ้นจากการทารุณกรรมได้เช่นกัน จากการศึกษาหลากหลายงานวิจัย พบว่า เด็กที่ถูกทารุณกรรมและเด็กที่กระทำ ความผิดนั้นมีความสัมพันธ์ระหว่างกัน โดยเด็กที่เคยถูกทารุณกรรมมีแนวโน้มที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับ การกระทำผิดหรือกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย⁵¹ ตัวอย่างเช่น เด็กที่เคยถูกทำร้ายร่างกายจากบิดามารดา หรือบุคคลในครอบครัวในวัยเด็ก มีแนวโน้มที่จะใช้ความรุนแรงต่อบุตรผู้เยาว์ของตน หรือเด็กที่เคย ถูกล่วงละเมิดทางเพศในวัยเด็ก ก็มีแนวโน้มสูงที่จะเป็นผู้กระทำความผิดจากการล่วงละเมิดทางเพศ เช่นกัน⁵² นอกจากนี้ จากการศึกษายังพบว่า เด็กที่เคยถูกทารุณกรรมมักจะมีพฤติกรรมในการใช้สิ่ง เสพติด เช่น บุหรี่ แอลกอฮอล์ และยาเสพติด เป็นต้น เพื่อหวังเป็นที่พึ่งทางใจของตนอีกด้วย

(4) ผลกระทบทางสังคม (societal consequences)

การทารุณกรรมบ่อยครั้งที่มีมักจะเกิดขึ้นภายในครอบครัว แต่ผลกระทบที่เกิดขึ้นไม่ได้หยุดอยู่เพียงแค่นั้น สังคมภายนอกก็ได้รับผลกระทบจากการกระทำดังกล่าวด้วยเช่นกัน ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม ตัวอย่างเช่น ในทางตรง รัฐต้องเข้ามารับภาระในการดูแลเด็กที่เป็นเหยื่อจากการทารุณกรรม รวมทั้งหามาตรการต่าง ๆ ในการเยียวยาผู้เสียหาย และมาตรการต่างๆ ในการป้องกันการกระทำความผิดดังกล่าว ส่วนในทางอ้อม การทารุณกรรมนำมาซึ่งผลกระทบในด้านต่างๆ เช่น เด็กซึ่งถูกทารุณกรรมอาจมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนหรือกลายเป็นผู้กระทำความผิด อาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับยาเสพติด ซึ่งรัฐจะต้องเสียค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น สำหรับการจัดการกับปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นตามมา อาทิ ค่าใช้จ่ายในกระบวนการยุติธรรมเพื่อจัดการกับผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นเด็กหรือผู้ใหญ่ ค่าใช้จ่ายในการช่วยเหลือเหยื่อหรือผู้เสียหายจากการกระทำความผิด หรือค่าใช้จ่ายในการปราบปรามยาเสพติด เป็นต้น⁵³

⁵¹ Gold J., Wolan Sullivan M., & Lewis M., “The relation between abuse and violent delinquency: The conversion of shame to blame in juvenile offenders,” *Child Abuse & Neglect*, Volume 35, Issue 7, July 2011, pp.459-467.

⁵² Xiangming F., & Corso P., “Child maltreatment, youth violence, and intimate partner violence: Developmental relationships,” *American Journal of Preventative Medicine*, 2007, Retrieved April 5, 2016, from www.ajpm-online.net/article/PIISO749379707003492/fulltext.

⁵³ Child Welfare Information Gateway, *supra note 47*.

เมื่อพิจารณาถึงสถานการณ์การใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการกระทำ ความผิดอาญาอันเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสวงหาประโยชน์จากเด็กที่ส่งผลเสียหายต่อเด็กอย่าง ร้ายแรง ซึ่งการกระทำความผิดดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อเด็กได้ในทุกๆ ด้าน ประการแรก ผลกระทบทางกายภาพ เช่น การใช้กำลังบังคับขู่เข็ญให้เด็กกระทำ ความผิด หรือเด็กอาจได้รับบาดเจ็บจากการกระทำ ความผิดตามที่ถูกใช้ เป็นต้น ประการที่สอง ผลกระทบทางจิตใจ เช่น การถูก ใช้ให้กระทำ ความผิดอาจเปลี่ยนทัศนคติและการมองโลกของเด็กให้กลายเป็นคนมองโลกในแง่ร้ายได้ ไม่อาจแยกแยะถูกผิด ปลีกตัวออกจากสังคม และอาจสร้างตราบาปขึ้นภายในจิตใจของเด็กได้ เป็นต้น ประการที่สาม ผลกระทบทางพฤติกรรม เช่น ทำให้เด็กมีพฤติกรรมเบี่ยงเบน จดจำและเรียนรู้ที่จะ กระทำ ความผิด และอาจกลายเป็นผู้กระทำผิดติดนิสัยหรืออาชญากรอาชีพได้ในอนาคต เป็นต้น ประการสุดท้าย ผลกระทบทางสังคม คือ เด็กผู้เป็นเหยื่อจากการถูกแสวงหาประโยชน์ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเนื้อชิ้นในสังคม โดยการกระทำ ความผิดตามที่ถูกใช้ ดังนั้นรัฐจะต้องเข้ามาจัดการกับ ผู้กระทำ ความผิดทั้งที่เป็นเด็กและผู้ใหญ่ ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการกับผู้กระทำ ความผิด ในการ เยียวยาผู้เสียหาย และในการดำเนินมาตรการต่างๆ เพื่อป้องกันการกระทำ ความผิดอีกด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการทารุณกรรม นั้นย่อมขึ้นอยู่กับแต่ละสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในการทารุณกรรม รวมทั้งลักษณะเฉพาะตัวของเด็กแต่ละ บุคคล ประกอบกับสภาพแวดล้อมหรือปัจจัยภายนอกอื่น ๆ ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบที่แตกต่างกัน ไปแล้วแต่กรณี บางกรณีอาจก่อให้เกิดผลกระทบที่รุนแรง อาจจะไม่แสดงออกในระยะเวลานั้นแต่ มีผลในระยะยาว เด็กบางคนอาจได้รับผลกระทบเฉพาะบางด้าน ขณะที่บางคนอาจได้รับผลกระทบใน ทุกๆ ด้าน นอกจากนี้ ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการทารุณกรรมนั้น ส่งผลทั้งต่อตัวเด็ก ต่อบุคคลที่ เกี่ยวข้อง และต่อสังคม จึงถือเป็นปัญหาสำคัญที่ทุก ๆ ฝ่ายต้องร่วมกันป้องกันและแก้ไขปัญหาต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐซึ่งมีหน้าที่คุ้มครองความสงบสุขของประชาชน จึงจำเป็นต้องหามาตรการ ต่าง ๆ ที่เหมาะสมในการยับยั้งป้องกันการทารุณกรรมต่อเด็ก โดยคำนึงถึงปัจจัยเสี่ยงที่เกี่ยวข้อง ทั้งหมด เพื่อให้เกิดผลเป็นการป้องกันที่มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง

2.1.3 วิวัฒนาการของกฎหมายคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชน

เด็กเป็นทรัพยากรที่มีคุณค่าซึ่งจะต้องเติบโตไปเป็นกำลังสำคัญในการพัฒนา ประเทศต่อไปในอนาคต เมื่อประชาคมโลกได้ตระหนักถึงความสำคัญของเด็กแล้ว จึงได้เกิดแนวคิดใน การคุ้มครองสิทธิเด็กขึ้น เพื่อที่จะคุ้มครองให้เด็กสามารถเติบโตและมีพัฒนาการได้อย่างสมบูรณ์เป็น บุคลากรที่มีคุณภาพต่อไปในอนาคต จึงมีการจัดทำกฎหมายและตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ อันมีเนื้อหาสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็ก โดยแนวคิดการคุ้มครองเด็กนี้ได้มีการพัฒนามา อย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน ดังจะกล่าวต่อไป

2.1.3.1 ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

เนื่องจากประชาคมโลกตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิเด็กและเห็นควรจะต้องให้ความคุ้มครองแก่เด็กเป็นพิเศษ แม้สิทธิเด็กจะถือเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชนอันได้รับความคุ้มครองตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็ตาม แต่ในขณะนั้นยังไม่มีตราสารซึ่งให้ความคุ้มครองแก่เด็กเป็นการเฉพาะ ในทางระหว่างประเทศจึงมีการจัดทำตราสารอันมีเนื้อหาเฉพาะในการคุ้มครองสิทธิเด็กขึ้นโดยตรง ซึ่งรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กและสิทธิอันจะได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษเนื่องจากการเป็นเด็กอันมีวิวัฒนาการ ดังนี้

(1) ปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1924 (The Geneva Declaration of the Rights of the Child 1924)

ในปี พ.ศ.2467 (ค.ศ.1924) องค์การสันนิบาตชาติได้ประกาศ “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กหรือปฏิญญาเจนีวา” (the Declaration of Geneva 1924) ขึ้น ซึ่งถือเป็นตราสารระหว่างประเทศฉบับแรกที่กำหนดเรื่องการคุ้มครองสิทธิเด็กไว้โดยตรง และรับรองว่าเด็กจะต้องได้รับการดูแลเอาใจใส่และการช่วยเหลือเป็นพิเศษ⁵⁴ โดยในคำปรารภของปฏิญญานี้กำหนดว่า “มนุษยชาติเป็นหนี้สิ่งที่ดีที่สุดที่จะต้องมอบให้แก่เด็ก”⁵⁵ ทั้งนี้ในเนื้อหาของปฏิญญาดังกล่าวได้กำหนดหลักการพื้นฐานสำหรับการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กไว้ 5 ประการ⁵⁶ ดังนี้

- เด็กจะต้องได้รับการพัฒนาตามสภาวะปกติทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ
- เด็กจะต้องได้รับอาหาร เด็กที่ป่วยจะต้องได้รับการรักษาพยาบาล เด็กที่ด้อยโอกาสจะต้องได้รับการช่วยเหลือ เด็กที่เป็นผู้กระทำความผิดกฎหมายจะต้องได้รับการปรับปรุงและเด็กทารกและเด็กที่ถูกทอดทิ้งจะต้องได้รับความคุ้มครองและการสงเคราะห์
- เด็กจะต้องเป็นกลุ่มแรกที่ได้รับการช่วยเหลืออย่างทันที่ทั้งที่อยู่ในภาวะยากลำบาก
- เด็กจะต้องอยู่ในฐานะที่สมควรที่จะดำรงชีวิตอยู่ และต้องได้รับการปกป้องจากการแสวงหาประโยชน์จากเด็กในทุกรูปแบบ

⁵⁴ Cynthia Price Cohen, United Nations: Convention on the Rights of the Child, 4-6 International Legal Materials 1448 (1989), อ้างถึงใน, อังถึงใน, อิงอร จินตนาเลิศ, “กลไกระหว่างประเทศเพื่อการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น.15.

⁵⁵ The Geneva Declaration of the Rights of the Child 1924.

⁵⁶ *Ibid.*

- เด็กจะต้องได้รับการเลี้ยงดูโดยตระหนักว่าพรสวรรค์ของเด็กจะต้องได้รับการช่วยเหลือจากมนุษยชาติ

เมื่อพิจารณาถึงหลักการพื้นฐานทั้ง 5 ประการแล้ว จะพบว่าเนื้อหาของปฏิญญานี้มีได้กล่าวถึงความต้องการเป็นพิเศษของเด็กไว้แต่อย่างใด เนื่องจากเป็นสนธิสัญญาฉบับแรกที่จัดทำขึ้นโดยความคิดทั่วไปที่เกี่ยวกับสิทธิเด็ก ดังนั้นการให้ความคุ้มครองจึงยังมีขอบเขตที่จำกัด อีกทั้งเนื้อหาในปฏิญญาใช้คำว่า “เด็กจะต้องได้รับ...” ซึ่งหมายถึงเด็กเป็นบุคคลที่ถูกคุ้มครอง (object) มิใช่บุคคลที่เป็นผู้ทรงสิทธิในตัวเอง (subject)⁵⁷ นอกจากนี้ยังไม่มีกรกล่าวถึงภาระหน้าที่ของรัฐที่จะปฏิบัติเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กแต่อย่างใด

(2) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1948 (The United Nations Declaration of the Rights of the Child 1948)

ภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น ในปลายปี ค.ศ.1940 องค์การสหประชาชาติได้นำปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1924 ขึ้นมาพิจารณาใหม่และได้มีการร่างปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้น โดยยังคงหลักการพื้นฐานและเนื้อหาส่วนใหญ่ของปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาไว้ และมีการเพิ่มเติมเนื้อหาบางส่วน ซึ่งในปฏิญญานี้กำหนดหลักการพื้นฐานไว้ 7 ประการ⁵⁸ คือ

- เด็กจะต้องได้รับความคุ้มครองโดยไม่คำนึงถึงสีผิว เชื้อชาติ สัญชาติ หรือความเชื่อทางศาสนา

- เด็กจะต้องได้รับความดูแลเอาใจใส่ที่เหมาะสมจากครอบครัว

- เด็กจะต้องได้รับวิธีการที่จำเป็นสำหรับการพัฒนาตามปกติ ทางกาย ทางศีลธรรม และทางศาสนา

- เด็กที่หิวโหยจะต้องได้รับอาหาร เด็กที่ป่วยจะต้องได้รับการรักษาพยาบาล เด็กที่มีความบกพร่องทางกายหรือจิตใจจะต้องได้รับความช่วยเหลือ เด็กที่ปรับตัวต่อสภาพแวดล้อมไม่ได้จะต้องได้รับการศึกษาใหม่ เด็กกำพร้าและเด็กที่ถูกทอดทิ้งต้องได้รับที่พำนักและการช่วยเหลือ

- เด็กจะต้องเป็นกลุ่มแรกที่ได้รับการช่วยเหลืออย่างทันท่วงทีในภาวะยากลำบาก

⁵⁷ Malfrid Grude Flekkoy, *A Voice for the Children: Speaking Out as Their Ombudsman*, (London: Jessica Kingley Publishers, 1991), pp.213, อ้างถึงใน, อิงอร จินตนา เลิศ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 54*, น.9-13.

⁵⁸ The Declaration of the Rights of the Child 1948.

- เด็กจะต้องได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่จากสวัสดิการสังคม และความช่วยเหลือจากรัฐ เด็กจะต้องได้รับการฝึกฝนเท่าที่จะสามารถกระทำได้ในเวลาที่เหมาะสมแก่การดำรงชีวิต และต้องได้รับความคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์ทุกรูปแบบ

- เด็กจะต้องได้รับการดูแลโดยตระหนักว่าพรสวรรค์ของเด็กจะต้องได้รับการช่วยเหลือจากมนุษยชาติ

หากพิจารณาจากบทบัญญัติของปฏิญญาดังกล่าวแล้ว จะพบว่าแม้จะมีการปรับปรุงเพิ่มเติมเนื้อหาของการคุ้มครองสิทธิเด็กแล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีได้ให้ความสำคัญต่อความต้องการของเด็กอย่างเพียงพอ อย่างไรก็ตามปฏิญญาดังกล่าวก็ถือเป็นพัฒนาการอีกขั้นหนึ่งของแนวคิดในการให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิเด็กในทางระหว่างประเทศ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าประชาคมโลกยังคงให้ความสำคัญและใส่ใจต่อการคุ้มครองสิทธิเด็กอย่างต่อเนื่อง

(3) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1959 (The United Nations Declaration of the Rights of the Child 1959)

หลังจากนั้น ในปี พ.ศ.2502 (ค.ศ.1959) องค์การสหประชาชาติได้ประกาศ “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก” (the United Nations Declaration on the Rights of the Child 1959) โดยบทบัญญัติของปฏิญญาดังกล่าวนี้นี้ประกอบด้วยเนื้อหา 2 ส่วน คือ ส่วนแรกเป็นส่วนอารัมภบทที่ได้กล่าวรับรองสิทธิของเด็กทั้งก่อนและหลังกำเนิด และส่วนที่สองเป็นหลักการที่ให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิแก่เด็กทั้งสิ้น 10 ประการอันเป็นหลักการสำคัญของหลักสิทธิมนุษยชนที่นำมาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 เห็นได้จากการรับรองให้เด็กสามารถมีสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้เป็นฉบับแรก⁵⁹ นอกจากนี้ยังได้ปรากฏหลักการที่สำคัญในการให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิเด็กอีกสองประการ คือ หลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อเด็ก (non-discrimination) และหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่จะต้องได้รับการพิจารณาว่ามีความสำคัญสูงสุด (the best interests of the child shall be the paramount consideration)⁶⁰ ซึ่งมีข้อกำหนดในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่สำคัญ เช่น เด็กและเยาวชนพึงได้รับการพิทักษ์คุ้มครองเป็นพิเศษ อันจะช่วยให้เด็กสามารถพัฒนาทั้งทางกาย ทางสมอง และจิตใจเพื่อให้ร่วมอยู่ในสังคมได้อย่างปกติชนรวมทั้งเด็กและเยาวชนพึงได้รับการปกป้องให้พ้นจากการถูกทอดทิ้ง จากความโหดร้ายทารุณ และการถูกข่มเหงรังแกทุกชนิด และจะต้องไม่กลายเป็นสินค้าไม่ว่าในรูปใด ทั้งจะต้องไม่มีการรับเด็กเข้าทำงานก่อนวัยอันสมควร ไม่มีการกระทำใด ๆ อันจะมีชกแจงหรืออนุญาตเด็กให้จำต้องรับจ้างทำงาน ซึ่งอาจจะเป็นผลร้ายต่อสุขภาพของเด็ก หรือเป็นเหตุให้การพัฒนาทางกายทางสมองและทางจิตใจ

⁵⁹ Malfrid Grude Flekkoy, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 57*, น. 15.

⁶⁰ จิรวัดน์ แซ่มชัยพร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 18*. น.11.

ของเด็กต้องเสื่อมลง เป็นต้น แต่เนื่องจากปฏิญญาดังกล่าว ไม่มีผลผูกพันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ จึงทำให้หลายประเทศไม่มีการนำไปยึดถือปฏิบัติอย่างเป็นทางการ

(3) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (The Convention on the Rights of the Child 1989)

เนื่องจากตราสารระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กทั้ง 3 ฉบับที่กล่าวมาก่อนหน้านี้ มีสถานะเป็นเพียงถ้อยแถลงทั่วไปยังไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย รัฐสมาชิกแห่งสหประชาชาติจึงมีความเห็นว่าตราสารระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กนั้น จะต้องมิผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติตามมิใช่แค่กำหนดหลักการไว้เป็นแนวทางแก่รัฐภาคีเพียงอย่างเดียว⁶¹ จึงได้มีการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้น ซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้ถือเป็นรากฐานสำคัญในเรื่องสิทธิของเด็ก⁶² อันมุ่งที่จะตั้งมาตรฐานสากลเพื่อให้ความคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษ โดยมีที่มาจากประกาศต่าง ๆ ของสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก และมีจำนวนสมาชิกที่ลงนามให้สัตยาบันทั้งหมด 193 ประเทศ⁶³ ซึ่งประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในประเทศที่ได้ลงนามเป็นภาคีสมาชิก เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2535 และมีผลบังคับใช้ในประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 26 เมษายน 2535

ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้ “เด็ก” หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น⁶⁴ อนุสัญญาฉบับนี้ประกอบด้วยเนื้อหาส่วนอารัมภบทและบทบัญญัติ 54 มาตรา โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ส่วน⁶⁵ ดังนี้

- ส่วนอารัมภบท เป็นส่วนที่กล่าวเกริ่นนำถึงลักษณะและหลักการพื้นฐานของปัญหาที่ต้องจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้น ถือว่าเป็นส่วนที่มีความสำคัญในการตีความอนุสัญญาฯ โดยกำหนดให้ต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานของสหประชาชาติและต้องมีความสอดคล้องกับตราสารระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และเหตุจำเป็นในการจัดทำอนุสัญญา

⁶¹ จีราวัฒน์ แซ่มชัยพร, *อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 18*, น.11.

⁶² Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Fact Sheet No. 10 : The Rights of the Child, Geneva, n.d.

⁶³ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, “Ratifications and Reservations, 13 July 2007,” Retrieved March 1, 2016, from www.ohchr.org/English/countries/ratification.

⁶⁴ The Convention on the Rights of the Child 1989, Article 1.

⁶⁵ จีราวัฒน์ แซ่มชัยพร, *อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 18*, น.12-19.

เนื่องจากเด็กมีความอ่อนแอ จึงต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ ทั้งยังเน้นย้ำในการให้ความดูแล และคุ้มครองเด็กถือเป็นหน้าที่ของทุกส่วนจะต้องให้ความร่วมมือ โดยเฉพาะความรับผิดชอบของครอบครัว

- ส่วนหลักการและสิทธิที่ได้รับการคุ้มครอง เริ่มตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 41 ซึ่งรัฐภาคีจะต้องให้การรับรองสิทธิเป็นพิเศษแก่เด็ก โดยแบ่งออกได้เป็น 6 หลักการคือ หลักการให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล หลักการให้การคุ้มครองร่างกาย ชีวิต เสรีภาพและสวัสดิภาพของเด็กจากการถูกละเมิด หลักการให้การคุ้มครองสิทธิพลเมือง หลักการให้การคุ้มครองเด็กที่กระทำความผิด หลักการคุ้มครองเด็กผู้ด้อยโอกาสรวมถึงเด็กที่ขาดไร้อุปการะและเด็กที่มีกายทุพพลภาพ และหลักการให้สวัสดิการสังคมแก่เด็ก

- ส่วนของกลไกเพื่อปฏิบัติตามอนุสัญญา เริ่มตั้งแต่มาตรา 42 ถึงมาตรา 45 ซึ่งได้มีการกำหนดขอบเขตขั้นตอนการปฏิบัติตามอนุสัญญาไว้ โดยต้องการให้รัฐภาคีนำเสนอเป็นระยะ ๆ นอกจากนี้ยังมีการกำหนดถึงองค์ประกอบและคุณสมบัติของคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิเด็กที่ทำหน้าที่ในการพิจารณารายงานที่รัฐภาคีได้นำเสนอต่อสหประชาชาติ

- ส่วนของบทบัญญัติที่กล่าวถึงการให้การรับรองอนุสัญญาในมาตรา 46 ถึงมาตรา 54 ซึ่งจะประกอบด้วยเงื่อนไขการให้สัตยาบันและการภาคยานุวัติ การมีผลบังคับใช้ของอนุสัญญา การตั้งข้อสงวนรวมทั้งการขอแก้ไขบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาโดยรัฐภาคี

เนื่องจากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นอนุสัญญาที่จัดทำขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กในด้านต่าง ๆ ฉะนั้น อนุสัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญของโลกที่ให้การคุ้มครองสิทธิของเด็ก⁶⁶ ซึ่งบัญญัติให้ความคุ้มครองในด้านร่างกาย ชีวิต เสรีภาพและสวัสดิภาพของเด็กไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ มุ่งคุ้มครองไม่ให้เด็กถูกข่มเหงรังแกหรือถูกละเมิดสิทธิเหนือร่างกาย ชีวิต เสรีภาพรวมทั้ง สวัสดิภาพ ไม่ว่ากรณีใด ๆ นอกจากนี้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กยังได้กำหนดหลักการว่าด้วย “ประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็ก⁶⁷ (the best interest of the child)” อันเป็นแนวทางปฏิบัติต่อเด็ก และเป็นฐานคุณค่าสำคัญที่นักวิชาชีพตลอดจนผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการดูแลคุ้มครองเด็กต้องให้ความสำคัญและยึดถือปฏิบัติ โดยรัฐภาคีจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก

⁶⁶ Adam Lopatka, “SYMPOSIUM: IMPLEMENTATION OF UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD: Background: An introduction to the United Nations Convention on the Rights of the Child”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, (Fall 1996) (Lexis March 2006), อ้างถึงใน จีรววัฒน์ แซ่มชัยพร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 18*, น.19.

⁶⁷ The Convention on the Rights of the Child 1989, Article 3.

เพื่อให้เด็กและเยาวชนสามารถเจริญเติบโตและมีพัฒนาการที่สมบูรณ์ แม้อันอนุสัญญาจะมีได้มีการให้คำจำกัดความของคำว่า “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้ แต่ก็มีผู้ให้ความหมายไว้ว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กหมายถึง สิทธิประโยชน์ของเด็กทั้งปวงที่พึงมีพึงได้ในฐานที่เกิดมาและมีชีวิตรอดอยู่ภายในกรอบอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กให้การรับรองหรือโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปย่อมเห็นได้ว่าเป็นสิทธิประโยชน์ของเด็ก⁶⁸ และบัญญัติให้ความคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกแสวงหาประโยชน์ในทุกรูปแบบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากการถูกแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ ยาเสพติดและจากการจ้างงาน รวมทั้งยังกำหนดให้เป็นหน้าที่ของทุกๆสถาบัน ไม่ว่าจะเป็นครอบครัว ภาคเอกชนและที่สำคัญคือ ภาครัฐที่จะต้องเข้ามาช่วยกันส่งเสริมและผลักดันทั้งออกมาตรการต่างๆเพื่อให้เป็นไปตามอนุสัญญาดังกล่าว

2.1.3.2 ตามกฎหมายภายในประเทศ

การที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาเกี่ยวกับเด็กหลายฉบับรวมทั้งลงนามรับรองในอนุสัญญาสิทธิเด็ก ส่งผลให้ประเทศไทยต้องบัญญัติกฎหมายให้มีความเหมาะสม ในการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนเป็นการเฉพาะเพื่อคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนในด้านต่าง ๆ จนกระทั่งในปัจจุบันประเทศไทยก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่รวมทั้งพัฒนาแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่เดิมนั้นให้มีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก เช่น พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 กำหนดวิธีการพิเศษที่นำมาใช้แก่เด็กที่กระทำความผิด โดยเน้นให้ได้รับการสงเคราะห์ เยียวยาและแก้ไขแทนที่จะลงโทษจำคุก อีกทั้งการให้การศึกษาบรมและฝึกฝนอาชีพเพื่อเป็นแนวทางในการดำรงชีวิตที่ดีงามต่อไป สำหรับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่เป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมายไทยสามารถพิจารณาได้จากกฎหมายดังต่อไปนี้

(1) ในประมวลกฎหมาย

ในประมวลกฎหมายของไทยได้กำหนดหลักการในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดทางอาญาไว้ในประมวลกฎหมายอาญาและในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อันมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

- ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยมีบทบัญญัติซึ่งมีหลักการในการคุ้มครองสิทธิเด็กที่สำคัญ คือ บทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการที่นำมาใช้สำหรับเด็กที่กระทำความผิด ซึ่งการปฏิบัตินั้นมีวิธีการที่แตกต่างกันโดยคำนึงถึงอายุเป็นหลัก แยกออกได้ดังนี้

⁶⁸ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 22*, น.19.

(1) เด็กอายุไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเด็ก นั้นไม่ต้องรับโทษ⁶⁹ เนื่องจากได้รับการสันนิษฐานว่าไม่มีความสามารถในการกระทำความผิดอาญา กล่าวคือ เด็กนั้นไม่อาจมีความสามารถในการกระทำความผิดอาญาได้ จึงห้ามเด็ดขาดมิให้ลงโทษ อาญาแก่เด็ก แต่ยิ่งถือว่าการกระทำของเด็กก็ยังคงเป็นความผิดอยู่เพียงแต่กฎหมายกำหนดให้ไม่ต้องรับ โทษเท่านั้น

(2) เด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติ เป็นความผิดเด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ศาลอาจดำเนินการวางข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ประกอบด้วยตามที่เห็นสมควร⁷⁰ โดยทั่วไปยังคงถือว่าไม่มีความสามารถในการกระทำความผิดอาญา แต่ในความคิดสมัยใหม่จะมีการระบุอายุในการกระทำความผิดตามลักษณะความผิดไม่สันนิษฐาน ให้เป็นคุณทั้งหมด ตามกฎหมายอาญาไทยจะลงโทษเด็กนั้นไม่ได้ แต่ศาลอาจใช้วิธีการสำหรับเด็กเพื่อ แก้ไขปรับปรุงตัวเด็กได้

(3) บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำการอันกฎหมาย บัญญัติไว้เป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่พ้องเกี่ยวกับผู้นั้นในอันที่จะควร วินิจฉัยว่าสมควรลงโทษหรือไม่ ถ้าไม่ควรก็จัดการตามมาตรา 74 ถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษา ลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษลงกึ่งหนึ่ง⁷¹ ศาลจะต้องพิจารณาว่าจะควรลงโทษแก่เด็กหรือไม่ ทั้งนี้ ศาลจะต้องคำนึงว่าเด็กนั้นย่อมมีความเจริญของมันสมองและร่างกายผิดกับผู้ใหญ่และมีลักษณะ กระทำผิดได้ง่าย การกระทำผิดของเด็กจึงมีลักษณะเป็นโรคซึ่งควรจะได้รับ การเยียวยารักษาให้หาย และศาลต้องคำนึงถึงความยุติธรรมด้วย

(4) ผู้ใดอายุตั้งแต่สิบแปดปีแต่ไม่เกินยี่สิบปี กระทำการอันกฎหมาย บัญญัติเป็นความผิด ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดมาตราส่วนโทษลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้⁷² โดยทั่วไป แล้วจะถือว่า ผู้ที่มีอายุตั้งแต่สิบแปดปีมีความรับผิดชอบเป็นผู้ใหญ่ได้แล้ว แต่อาจไม่จริงเสมอไป เนื่องจากมีกรณีไม่น้อยที่บุคคลอายุกว่าสิบเจ็ดปี แต่มีความรู้สึกลึกซึ้งยังไม่เต็มที่ เพราะมันสมองยัง เจริญเติบโตช้า ถ้าศาลจะลงโทษก็อาจไม่เหมาะสม มาตรานี้จึงเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจที่จะลด มาตราส่วนโทษลงหนึ่งในสามหรือไม่เกินกึ่งหนึ่งได้

⁶⁹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 73.

⁷⁰ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 74.

⁷¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 75.

⁷² ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 76.

ทั้งยังมีบทบัญญัติที่กำหนดให้อายุของผู้เสียหายถือเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นในบางฐานความผิด เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ เป็นต้น

-ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีบทบัญญัติซึ่งเป็นหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดดังนี้

(1) ในการสอบปากคำจำเลยซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี⁷³ในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพความผิดทรัพย์บางฐานหรือคดีความผิดอื่นที่มีอัตราโทษจำคุกซึ่งจำเลยที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีร้องขอ ให้แยกกระทำเป็นส่วนคดีในสถานที่ที่เหมาะสมสำหรับเด็ก รวมทั้งต้องจัดให้มีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอและพนักงานอัยการร่วมอยู่ด้วยในการสอบปากคำนั้น และกรณีการสอบปากคำเด็กคนใดหรือคำถามใดอาจจะมีผลกระทบกระเทือนต่อจิตใจเด็กอย่างรุนแรงให้พนักงานสอบสวนถามผ่านนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์เป็นการเฉพาะตามประเด็นคำถามของพนักงานสอบสวนโดยมิให้เด็กได้ยินคำถามของพนักงานสอบสวนและห้ามมิให้ถามเด็กซ้ำซ้อนหลายครั้งโดยไม่มีเหตุอันสมควร⁷⁴

(2) ในกรณีการชี้ตัวผู้ต้องหาที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีให้พนักงานสอบสวนจัดให้มีการชี้ตัวในสถานที่ที่เหมาะสมสำหรับเด็กและสามารถป้องกันมิให้ผู้ต้องหาที่เป็นเด็กนั้นเห็นตัวบุคคลที่จะทำการชี้ตัว⁷⁵

(3) ในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกิน 18 ปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ถ้าจำเลยไม่มีทนายความ ศาลจะต้องตั้งทนายความให้⁷⁶

(2) ในกฎหมายพิเศษ

นอกจากประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งกำหนดหลักการในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับเด็กและเยาวชนแล้ว ประเทศไทยยังการตราพระราชบัญญัติซึ่งกำหนดวิธีในการพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน รวมทั้งพระราชบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่เด็กและเยาวชนเป็นการเฉพาะ เพื่อให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายระหว่างประเทศฉบับต่าง ๆ อันประเทศไทยได้ลงนามเป็นภาคีสมาชิก ดังนี้

⁷³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา, 134/2.

⁷⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา, 133 ทวิ.

⁷⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา, 133 ตรี.

⁷⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา, 173.

-พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดี เยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553

เจตนารมณ์ที่สำคัญของพระราชบัญญัตินี้คือเพื่อปรับปรุงกระบวนการวิธีพิจารณาคดีอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนให้เกิดประโยชน์ในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนอย่างแท้จริง โดยคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชนเป็นสำคัญ ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ได้มีการปรับปรุงวิธีพิจารณาคดีอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนให้มีความเหมาะสมมากขึ้นและให้เป็นไปตามอนุสัญญาต่างๆที่ไทยเข้าร่วมเป็นภาคีรวมถึงการให้ความช่วยเหลือและสงเคราะห์เด็กและเยาวชนเท่าที่จำเป็นและต้องการให้มีศาลชำนาญการพิเศษที่มีวิธีพิจารณาคดีเป็นพิเศษแตกต่างจากศาลธรรมดา รวมทั้งกำหนดให้ผู้พิพากษาที่ทำหน้าต้องเป็นผู้พิพากษาที่มีความชำนาญเฉพาะด้าน

ลักษณะพิเศษของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลเยาวชนและครอบครัวซึ่งกำหนดไว้เฉพาะแตกต่างจากศาลธรรมดาเช่น การไม่ควบคุมตัวเด็กปะปนกับผู้ใหญ่ การแยกห้องพิจารณาสำหรับเด็กออกเป็นเอกเทศ บรรยากาศในห้องพิจารณาจะไม่เคร่งครัดเท่าผู้ใหญ่ และมีบรรยากาศที่เป็นกันเองมากกว่า รวมทั้งการพิจารณาคดีต้องกระทำเป็นความลับห้ามกระทำให้ปรากฏแก่สาธารณชน เป็นต้น

การคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษตามพระราชบัญญัตินี้ซึ่งแตกต่างจากกรณีผู้ใหญ่ เช่นเมื่อมีการจับกุมเด็กหรือเยาวชนที่ต้องหาว่ากระทำความผิดได้จะต้องนำตัวเด็กไปตรวจสอบการจับที่ศาลเยาวชนภายใน 24 ชั่วโมง⁷⁷ การถามปากคำต้องกระทำให้เสร็จภายใน 24 ชั่วโมงนับแต่นำตัวเด็กมาถึงที่ทำการของพนักงานสอบสวนและในการแจ้งข้อกล่าวหาและสอบปากคำเด็กและเยาวชนที่ต้องหาว่ากระทำความผิดนั้นจะต้องมีที่ปรึกษากฎหมายอยู่ร่วมด้วยเสมอ⁷⁸ อีกทั้งกฎหมายยังบัญญัติให้สามารถใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาแก่เด็กได้หากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ทั้งในชั้นก่อนฟ้องคดีและหลังฟ้องคดี โดยในชั้นก่อนฟ้องคดีถือเป็นดุลพินิจของผู้อำนวยการสถานพินิจในการพิจารณาให้ใช้มาตรการพิเศษนี้ ส่วนในชั้นหลังฟ้องคดีถือเป็นดุลพินิจของศาล ซึ่งหากการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูจำเลยประสบผลสำเร็จ ย่อมมีผลให้สิทธิในการดำเนินคดีอาญาเป็นอันระงับไป⁷⁹

⁷⁷ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553, มาตรา 72.

⁷⁸ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553, มาตรา 75.

⁷⁹ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553, หมวด 7 มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา.

-พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 กำหนดหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กในด้านต่าง ๆ โดยเฉพาะความคุ้มครองในเรื่องการประพฤติดุปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชน(การเลี้ยงดู) ซึ่งการปฏิบัติต่อเด็กนั้นจะต้องคำนึงถึง “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” เป็นสำคัญ โดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องดังนี้

ตามมาตรา 4 กำหนดนิยามคำว่า “เด็ก” ที่จะได้รับ ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ว่า หมายถึง บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส ส่วนบิดามารดาถือตามความเป็นจริงไม่ว่าจะสมรสกันหรือไม่ สำหรับผู้ปกครองหมายความว่า บิดามารดา ผู้อนุบาล ผู้รับบุตรบุญธรรม และผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และให้หมายความรวมถึงพ่อเลี้ยงแม่เลี้ยง ผู้ปกครองสวัสดิภาพ นายจ้าง ตลอดจนบุคคลอื่นซึ่งรับเด็กไว้ในความอุปการะเลี้ยงดูหรือซึ่งเด็กอาศัยอยู่ด้วย นอกจากนี้ ยังกำหนดนิยามคำว่า “การเลี้ยงดูโดยมิชอบ” หมายถึง การไม่ให้อุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน หรือพัฒนาเด็กตามมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดในกฎกระทรวง จนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของเด็ก และคำว่า “ทารุณกรรม” หมายความว่า การกระทำหรือละเว้นการกระทำด้วยประการใดๆ จนเป็นเหตุให้เด็กเสื่อมเสีย เสรีภาพหรือเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ การกระทำผิดทางเพศต่อเด็ก การใช้เด็กให้กระทำหรือประพฤตินในลักษณะที่น่าจะเป็นอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจหรือขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ทั้งนี้ ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

ต่อมาในหมวด 2 ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเด็กไว้ โดยมีหลักการสำคัญ คือ การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใด ให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม⁸⁰ ซึ่งในมาตรา 25 กำหนดหน้าที่ของผู้ปกครองว่าจะต้องไม่กระทำการต่อไปนี้ คือ จงใจหรือละเลยไม่ให้อุปการะเลี้ยงดูหรือสิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีวิตหรือสุขภาพอนามัยจนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของเด็ก ปฏิบัติต่อเด็กในลักษณะที่เป็นการขัดขวางการเจริญเติบโตหรือพัฒนาการของเด็ก หรือปฏิบัติต่อเด็กในลักษณะที่เป็นการเลี้ยงดูโดยมิชอบ

ส่วนในมาตรา 26 กำหนดให้เป็นหน้าที่ของบุคคลทุกคน ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการอันเป็นการทารุณกรรมต่อร่างกายหรือจิตใจของเด็ก จงใจหรือละเลยไม่ให้อุปการะเลี้ยงดูหรือสิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีวิตหรือรักษาพยาบาลแก่เด็กที่อยู่ในความดูแลของตน จนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของเด็ก บังคับ ชูเชื้อ ชักจูง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กประพฤติดนไม่สมควรหรือน่าจะทำให้เด็กมีความประพฤติดีเสี่ยงต่อการกระทำผิด หรือกระทำความผิดใดให้เด็กไปเป็นขอทาน เด็กเร่ร่อน หรือใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการขอทานหรือการกระทำผิด หรือกระทำความผิด

⁸⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546, มาตรา 22.

ประการใดอันเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็ก ให้เด็กเล่นกีฬาหรือให้กระทำการใดเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้าอันมีลักษณะเป็นการขัดขวางต่อการเจริญเติบโตหรือพัฒนาการของเด็ก หรือมีลักษณะเป็นการทารุณกรรมต่อเด็ก รวมถึงการใช้ จ้าง หรือวานเด็กให้ทำงานหรือกระทำการอันอาจเป็นอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจมีผลกระทบต่อเจริญเติบโต หรือขัดขวางต่อพัฒนาการของเด็ก ใช้หรือยินยอมให้เด็กเล่นการพนันไม่ว่าชนิดใดหรือเข้าไปในสถานที่เล่นการพนัน สถานค้าประเวณี หรือสถานที่ที่ห้ามมิให้เด็กเข้า รวมทั้งบังคับ ชูเชื้อ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดงหรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจาร ไม่ว่าจะ เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทนหรือเพื่อการใด สำหรับผู้ที่ฝ่าฝืนมาตรา 26 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ⁸¹ แต่ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวมีโทษตามกฎหมายอื่นที่หนักกว่าก็ให้ลงโทษตามกฎหมายนั้น ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กของไทยได้บัญญัติรองรับหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กตามที่ประเทศไทยได้ลงนามเข้าร่วมเป็นรัฐภาคีและลงนามให้สัตยาบันในอนุสัญญาดังกล่าว

2.2 ข้อความคิดเกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา

เมื่อบุคคลมีความรับผิดชอบทางอาญาแล้ว บุคคลนั้นจะถูกลงโทษทางอาญา ทั้งโทษอาญาจะต้องมีประสิทธิภาพในการยับยั้งมิให้คนที่กระทำผิดแล้วหวนกลับไปทำผิดอีก และจะต้องมีประสิทธิภาพในการยับยั้งมิให้คนอื่นเลียนแบบการกระทำผิดนั้น ในทางตรงข้าม หากโทษทางอาญาไม่มีประสิทธิภาพ ก็จะทำให้เกิดการกระทำผิดซ้ำ หรืออาชญากรรมเลียนแบบ ซึ่งจะทำให้สังคมไม่สงบสุข และแสดงถึงความล้มเหลวของกฎหมายอาญา ดังนั้น การศึกษาเรื่องโทษทางอาญาเพื่อพัฒนาให้มีประสิทธิภาพจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง⁸²

⁸¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546, มาตรา 78.

⁸² ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาขั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559),

2.2.1 ทฤษฎีและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

เป็นเวลานานมาแล้วที่สังคมโดยทั่วไปตระหนักว่ากฎหมายอาญาเป็นสิ่งจำเป็นยิ่งต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม มาตรการที่กฎหมายอาญานำมาใช้เพื่อคุ้มครองส่วนได้เสียของสังคม และชักนำให้สมาชิกของสังคมหันมาประพฤติปฏิบัติในแนวทางที่ถูกที่ควร คือ การลงโทษ ซึ่งหมายถึง การที่รัฐกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับผลร้าย เพราะเหตุที่ผู้นั้นฝ่าฝืนกฎหมาย ดังนั้น โทษจึงเป็นลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งของกฎหมายอาญา

2.2.1.1 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

เหตุผลที่ว่าทำไมจึงต้องมีการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นขึ้นอยู่กับปฏิกิริยาของสังคมที่มีอยู่ต่อผู้กระทำความผิดในขณะนั้น⁸³ ซึ่งอาจจะมีความเปลี่ยนแปลงไปบ้างตามแต่ละยุคสมัย ในยุคที่สังคมยังไม่เจริญวัตถุประสงค์หลักในการลงโทษก็เพื่อแก้แค้นทดแทนการกระทำความผิด ต่อมาในยุคที่สังคมเจริญขึ้นวัตถุประสงค์ในการลงโทษได้เปลี่ยนแปลงเป็นเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตาม การยับยั้งป้องกันและการคุ้มครองสังคมอันเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของการลงโทษก็ยังคงมีอยู่ในทุกยุคทุกสมัย โดยสามารถสรุปวัตถุประสงค์ของการลงโทษออกได้เป็น 4 ประการ⁸⁴คือ

(1) เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (retribution)

การแก้แค้นทดแทนเป็นวัตถุประสงค์ดั้งเดิมซึ่งเป็นที่แพร่หลายในสมัยโบราณและเป็นหลักการลงโทษที่เก่าแก่ที่สุด เป็นไปตามแนวคิดที่ว่า ผู้ใดกระทำการใดย่อมได้รับผลตอบแทนการกระทำนั้น⁸⁵ ซึ่งในกฎหมาย Lex Talionis หรือ Talion Law ได้กำหนดหลักการแก้แค้นที่ได้สัดส่วนว่า “อาชญากรควรได้รับการลงโทษเสมอกับความบาดเจ็บและความเสียหายที่อาชญากรก่อขึ้นให้กับผู้เสียหาย” กฎเกณฑ์ดังกล่าวต่อมาถูกเรียกว่า “กฎตาต่อตา” (an eye for an eye principle) ซึ่งความเข้าใจในปัจจุบันอาจมองว่าเป็นการตอบโต้ที่รุนแรง แต่แท้จริงแล้วกฎเกณฑ์นี้เป็นที่มาของหลักความได้สัดส่วน (proportionality principle) และการแก้แค้นจะต้องไม่เกินไปกว่าความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ⁸⁶ ในอดีตได้เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายแก้แค้นผู้กระทำความผิดเอง

⁸³ นรินทร์ ไทรพิภ, “การรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากการเพิ่มโทษกับเหตุการณ์จริงในคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), น.19-25.

⁸⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ : พลสยามพริ้นติ้ง, 2551), น.846-848.

⁸⁵ เฟิงอ้วง.

⁸⁶ ปกป้อง ศรีสนิท, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 82, น.165.

แต่ในปัจจุบันการแก้แค้นต้องกระทำโดยผ่านทางกระบวนการยุติธรรม ดังนั้น การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนจะได้ผลต่อเมื่อได้กระทำโดยรวดเร็วรุนแรงและเป็นธรรม หากกระบวนการยุติธรรมไม่สามารถให้ความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหายได้แล้ว ประชาชนย่อมขาดความเชื่อมั่นและกลับไปสู่การแก้แค้นด้วยตนเองทำให้สังคมเกิดความวุ่นวายอย่างไม่สิ้นสุด

(2) เพื่อเป็นการข่มขู่ยับยั้งหรือป้องกันอาชญากรรม (intimidation or deterrence)

การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่หรือป้องกันอาชญากรรม เพิ่งจะมีขึ้นในศตวรรษที่ 18 ตามแนวความคิดของสำนักคลาสสิก โดยซีซาร์ เบคคาเรีย (Cesare Beccaria) ได้กล่าวว่า “เจตนาของการลงโทษไม่ควรจะเป็นการทรมานผู้กระทำความผิดหรือชดเชยความผิด แต่ลงโทษเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเข็ดหลาบ และเกรงกลัวจนไม่กล้ากระทำความผิดอีกต่อไป อีกประการหนึ่งก็เป็นการยับยั้งมิให้ผู้อื่นเลียนแบบผู้กระทำความผิด เพราะจะถูกลงโทษเช่นเดียวกัน และการลงโทษที่ยุติธรรมจะต้องมีอัตราความรุนแรงพอเพียงที่จะยับยั้งการกระทำความผิดได้”⁸⁷ โทษประหารชีวิต และโทษจำคุกระยะยาว มีลักษณะของการข่มขู่ยับยั้ง รวมทั้งการเขียนที่ใช้ในประเทศสิงคโปร์ มาเลเซีย และบรูไน แม้จะกระทบต่อสิทธิมนุษยชน แต่ก็สอดคล้องกับการข่มขู่ยับยั้งและมีประสิทธิภาพในการยับยั้งผู้กระทำความผิดได้เป็นอย่างดี⁸⁸

(3) เพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขหรือแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (reformation, rehabilitation)

เป็นวัตถุประสงค์การลงโทษที่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนมากที่สุด⁸⁹ โดยตามแนวคิดของวัตถุประสงค์นี้มองว่าอาชญากรถือเป็นผู้ป่วยซึ่งสามารถรักษาฟื้นฟูให้กลับเข้าสู่สังคมได้ ด้วยเหตุนี้วิธีลงโทษผู้กระทำความผิดจึงเน้นหนักไปในทางบำบัดมากกว่าการลงโทษ เช่น การอบรมทางศาสนาและทางศีลธรรม การฝึกอาชีพ การให้การศึกษากลับไป การรักษาพยาบาล การแก้ไขสภาพแวดล้อม และการให้ความช่วยเหลือหลังพ้นโทษ และหากฟื้นฟูสำเร็จสังคมก็จะได้ประโยชน์จากการลงโทษดังกล่าว เพราะผู้กระทำความผิดจะไม่หวนกลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าการลงโทษไม่ควรมีวัตถุประสงค์เพื่อการแก้แค้นทดแทนหรือข่มขู่เท่านั้น แต่ควรมีมิติของการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเพื่อทำให้บุคคลเหล่านั้นกลับเข้าสู่สังคมได้ตามปกติด้วย อย่างไรก็ตามการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูนี้อาจไม่มีผลเป็นการยับยั้งอาชญากรรมเลียนแบบ เนื่องจากไม่ก่อให้เกิดความเกรงกลัวต่อโทษที่อาจได้รับจากการกระทำความผิด

⁸⁷ นรินทร์ ไทรพิท, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 83*, น.19-25.

⁸⁸ ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 82*, น.166.

⁸⁹ *เพ็ญอ้าง*. น.167.

(4) เพื่อเป็นการคุ้มครองสังคม หรือตัดความสามารถในการกระทำ ความผิด (protection of society or incapacitation)

ทฤษฎีนี้มุ่งคุ้มครองสังคมจากการกระทำผิดซ้ำโดยการตัดความสามารถ ในการกระทำผิดทำให้ผู้กระทำผิดหมดโอกาสที่จะกระทำผิดได้อีก อย่างน้อยก็ในช่วงระยะเวลา หนึ่งซึ่งผู้นั้นต้องโทษอยู่ ดังนั้น โทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกมีกำหนดเวลา จึงเป็น โทษที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ข้อนี้ เนื่องจากมีลักษณะเป็นการตัดโอกาสกระทำความผิดของ ผู้กระทำผิดเป็นการชั่วคราวหรือตลอดไป โดยเฉพาะโทษจำคุกอันเป็นวิธีการจำกัดอิสรภาพและการ เคลื่อนไหวของผู้กระทำความผิดและลดความสามารถ (disablement) ในการกระทำผิด ปัจจุบันได้มีการ นำโทษจำคุกมาใช้กับผู้กระทำความผิดเกือบทุกประเภท ซึ่งวิธีการลงโทษที่มุ่งคุ้มครองสังคมนี้ เหมาะสมจะนำไปใช้กับอาชญากรที่ทำความผิดเป็นสันดาน (habitual offenders) และอาชญากรวิกลจริต (abnormal offenders)⁹⁰

2.2.1.2 ทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ

ประเภทของทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ โดยในความเห็นทางตำราสามารถ แบ่งออกได้เป็น 4 ฝ่าย ดังต่อไปนี้

ความเห็นทางตำราฝ่ายแรก⁹¹ เห็นว่าทฤษฎีการลงโทษประกอบไปด้วย

- 1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นตอบแทนการกระทำความผิด
- 2) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อยับยั้งมิให้เกิดการกระทำความผิดอย่างเดียวกัน
- 3) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิดให้กลับตนเป็นคนดี
- 4) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมจากผู้กระทำผิด

ความเห็นทางตำราฝ่ายที่สอง⁹² เห็นว่าทฤษฎีการลงโทษประกอบไปด้วย

- 1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นตอบแทนการกระทำความผิด

ขึ้นอีก

⁹⁰ นรินทร์ ไทรฟัก, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 87, น.24-25.

⁹¹ ประสพสุข บุญเดช, “ดุลพินิจในการกำหนดโทษ” ตุลาพาหะ, เล่ม 2, ปีที่ 44 (เมษายน-มิถุนายน 2540), น.161-186.

⁹² แสง บุญเฉลิมวิภาส, “แนวความคิดเกี่ยวกับดุลพินิจในการลงโทษ”, รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์, รวบรวมโดย มูลนิธินิติธรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ : บริษัท พิมพ์ดี จำกัด, 2534, น.196-202.

2) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันการกระทำความผิด โดยวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อยับยั้งการกระทำความผิด เพื่อปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิด และเพื่อป้องกันสังคมของความเห็นฝ่ายแรกนั้น ก็คือทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษเพื่อป้องกันตามความเห็นทางตำราของฝ่ายที่สองนั่นเอง

ความเห็นทางตำราฝ่ายที่สาม⁹³ เห็นว่าทฤษฎีการลงโทษประกอบไปด้วยวัตถุประสงค์ ดังนี้

- 1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นตอบแทนการกระทำความผิด
- 2) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ผู้กระทำความผิด

โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปราบปรามผู้ร้าย ป้องกันการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีก เพื่อตัดสันดานผู้ร้าย และเพื่อให้ชดใช้ค่าเสียหายอันเป็นการบรรเทาความเสียหาย

ความเห็นทางตำราฝ่ายที่สี่⁹⁴ เห็นว่าทฤษฎีการลงโทษประกอบไปด้วย

- 1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้น
- 2) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องปราม
- 3) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดโอกาสมิให้กระทำความผิดอีก
- 4) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อฟื้นฟูผู้กระทำความผิด
- 5) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อชดเชยความเสียหาย
- 6) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อให้สาสมกับความผิดที่ได้กระทำ

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของทฤษฎีต่าง ๆ แล้วจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการลงโทษเป็นไปตามทฤษฎีหลักด้วยการลงโทษ คือ เพื่อแก้แค้นทดแทน เพื่อป้องกันสังคม และเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด

2.2.2 แนวคิดในการกำหนดโทษและกำหนดเหตุฉกรรจ์

โทษทางอาญาจะถูกกำหนดล่วงหน้าโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยการกำหนดเป็นระวางโทษ และเมื่อฝ่ายตุลาการพิพากษาว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดและต้องรับโทษ ฝ่ายตุลาการ

⁹³ วิชา มหาคุณ, “ผู้พิพากษากับการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ”, อุลพาหะ, เล่ม 2, ปีที่ 24, (มีนาคม-เมษายน), 2527 น.54-69.

⁹⁴ ไชยยศ วรรณนทีศิริ, “ดุลพินิจในการลงโทษผู้กระทำความผิด”, อุลพาหะ, เล่ม 5, ปีที่ 41, (กันยายน-ตุลาคม), 2537 น.119-128.

จะเป็นผู้กำหนดบทลงโทษที่แน่นอนให้กับผู้กระทำความผิดแต่ละคน⁹⁵ ดังนั้นการกำหนดโทษในกฎหมายนั้นจึงสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี ได้แก่

กรณีแรก การกำหนดโทษโดยฝ่ายนิติบัญญัติ คือ ผู้ร่างกฎหมายจะต้องกำหนดโทษเพื่อใช้กับความผิดฐานต่าง ๆ โดยหลักมักจะเทียบเคียงจากกฎหมายต่างประเทศหรือกฎหมายไทยที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน ซึ่งการกระทำความผิดนั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ระดับหลัก ๆ คือ ความผิดร้ายแรง และความผิดไม่ร้ายแรง ตัวอย่างเช่น ในยุคแรกกฎหมายฝรั่งเศสจัดความผิดและโทษเป็น 2 กลุ่ม⁹⁶ ได้แก่ “อาชญากรใหญ่” (le grand criminel) และ “อาชญากรเล็ก” (le petit criminel) โดยพิจารณาจากความรุนแรงของความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดก่อขึ้น โดยอาชญากรใหญ่เป็นลักษณะของการกระทำความผิดที่กระทบกระเทือนรัฐ ดังนั้นโทษที่จะลงแก่อาชญากรประเภทนี้จะรุนแรงเพื่อเป็นตัวอย่างและข่มขู่มิให้มีการก่ออาชญากรรมเลียนแบบ โทษที่จะใช้จึงเป็นโทษประหารชีวิตและโทษจำคุกระยะยาว เช่น โทษจำคุกตลอดชีวิต โทษจำคุก 10 ปีขึ้นไป และจะไม่ใช้โทษปรับ แนวคิดในการกำหนดโทษประเภทนี้จึงสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งและป้องกันอาชญากรรม ในทางกลับกัน อาชญากรขนาดเล็กกระทำความผิดซึ่งกระทบกระเทือนต่อผู้เสียหายเป็นหลัก ดังนั้นโทษที่จะลงแก่อาชญากรขนาดเล็กจึงเป็นโทษที่เน้นไปในทางแก้ไขปรับปรุงเป็นหลัก โทษที่จะใช้จึงเป็นโทษจำคุกระยะสั้น โทษปรับและโทษอื่น ๆ เพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด แนวคิดในการกำหนดโทษประเภทนี้จึงสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด แนวคิดในการแบ่งแยกอาชญากรใหญ่และอาชญากรเล็กนี้สะท้อนให้เห็นในประมวลกฎหมายอาญาไทยเช่นเดียวกัน เช่น ในความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ในกลุ่มอาชญากรใหญ่ ผู้กระทำความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิตและจำคุกตั้งแต่ 15 ถึง 20 ปี ส่วนในกลุ่มอาชญากรเล็ก ผู้กระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 391 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นต้น ดังนั้นในการกำหนดความผิดและกำหนดโทษจะต้องพิจารณาเบื้องต้นว่า อาชญากรดังกล่าวสร้างความเสียหายแก่รัฐเป็นหลักหรือสร้างความเสียหายแก่ผู้เสียหายเป็นหลัก แล้วจึงกำหนดรูปแบบการลงโทษและขนาดของบทลงโทษให้สอดคล้องกับความรุนแรงของความผิดดังกล่าว⁹⁷

⁹⁵ ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 82, น.169-173.

⁹⁶ เฟิ่งอ้าง.

⁹⁷ เฟิ่งอ้าง.

กรณีที่สอง การกำหนดโทษโดยคำพิพากษาของฝ่ายตุลาการ คือ เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดโทษอย่างกว้างไว้ในกฎหมาย จึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายตุลาการที่จะใช้ดุลพินิจในการปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำผิดแต่ละราย โดยในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวจะต้องคำนึงปัจจัย 2 ประการ ได้แก่ เหตุทางภาวะวิสัย (objective cause) หมายถึง ขนาดของความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคมจากการกระทำผิดนั้น หากการกระทำผิดก่อให้เกิดความเสียหายมาก อาชญากรก็ควรถูกลงโทษอย่างหนัก ในทางกลับกันหากการกระทำผิดนั้นสร้างความเสียหายไม่มาก อาชญากรก็ควรได้รับโทษสถานเบา⁹⁸ อันเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ (principle of proportionality) และเหตุทางอัตวิสัย (subjective cause) หมายถึง เหตุส่วนตัวหรือลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำผิดแต่ละรายที่แตกต่างกัน เช่น ผู้ที่กระทำผิดเพราะรู้เท่าไม่ถึงการณ์ไม่ควรถูกลงโทษหนักเท่าผู้ที่กระทำผิดเพราะไม่ยำเกรงต่อกฎหมาย เป็นต้น หลักการนี้เรียกว่า “หลักการใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำผิดแต่ละคน”⁹⁹

2.2.2.1 ปัจจัยในการกำหนดโทษและกำหนดเหตุจรรยา

สำหรับแนวคิดในการกำหนดโทษและแนวคิดในการกำหนดเหตุจรรยาในกฎหมายไทยเพื่อให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำผิดในแต่ละฐานนั้น มีปัจจัยในการพิจารณาดังต่อไปนี้

(1) แนวความคิดในการกำหนดโทษในกฎหมายไทย

การลงโทษในปัจจุบันตามกฎหมายไทยเน้นการกำหนดโทษผู้กระทำผิดให้ได้สัดส่วนกับการกระทำ โดยมีแนวความคิดที่สำคัญ 3 ประการ¹⁰⁰คือ

- แนวความคิดที่คำนึงถึงผลของการกระทำ คือ ถ้าผลของการกระทำเกิดขึ้นร้ายแรงมาก การลงโทษก็หนักขึ้นตามส่วนของผลที่กระทำ ในทางตรงกันข้ามถ้าผลของการกระทำเกิดขึ้นเป็นผลเล็กน้อย การลงโทษก็ลดน้อยลงตามสัดส่วน เช่น ความผิดฐานฆ่าเจ้าพนักงานซึ่งกระทำตามหน้าที่¹⁰¹ย่อมถูกลงโทษประหารชีวิต แต่ถ้าเนื่องจากใช้กำลังประทุษร้ายเจ้าพนักงานต้องโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปีเท่านั้น¹⁰²

- แนวความคิดที่คำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำ คือ ถ้าผู้กระทำผิดคนใดมีจิตใจชั่วมากกฎหมายก็จะกำหนดโทษหนักเบาตามส่วนของความชั่วในจิตใจ คือดุถึงเจตนาร้ายของ

⁹⁸ เฟื่องอ้าง, น.173-174.

⁹⁹ เฟื่องอ้าง, น.175-177.

¹⁰⁰ นรินทร์ ไทรพัก, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 83, น.25-26.

¹⁰¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 289 (2).

¹⁰² ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 138.

ผู้กระทำความผิดว่ามีมากน้อยเพียงใด ดังนั้น แม้ว่าการกระทำความผิดอย่างเดียวกันอาจได้รับโทษหนักเบาแตกต่างกันตามแต่ผู้กระทำมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลร้ายเพียงใดหรือไม่ เช่นในความผิดฐานใช้กำลังประทุษร้ายเหมือนกัน แต่เจตนาต่างกัน คือ มาตรา 113 เจตนาเพื่อล้มล้างหรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานกบฏ ต้องระวางโทษประหารชีวิตเปรียบเทียบกับมาตรา 391 เจตนาทำร้ายโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ก็มีความผิดเพียงลหุโทษเท่านั้น

- แนวความคิดที่คำนึงถึงภัยอันจะเกิดขึ้น คือการกระทำที่แม้ว่าผลของความผิดจะยังไม่เกิดขึ้นหรือเจตนาของผู้กระทำความผิดไม่มีเช่นนั้น แต่ผลของการกระทำความผิดอาจเกิดขึ้นได้ เช่น มาตรา 110 วรรค 3 ว่า “ถ้าการกระทำนั้นมีลักษณะอันน่าจะเป็นอันตรายแก่พระชนม์ หรือชีวิต ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต” ผู้นั้นต้องรับโทษ

(2) แนวคิดในการกำหนดเหตุฉกรรจ์

สำหรับแนวคิดในการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามกฎหมายไทยนั้นแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากการกระทำความผิดซ้ำ และกรณีผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์

เหตุฉกรรจ์ หมายถึง เหตุที่ทำให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้น หรือเพิ่มขึ้นเนื่องจากไม่ใช่การกระทำความผิดอย่างธรรมดาสามัญ แต่เป็นการกระทำความผิดที่มีความร้ายแรง¹⁰³ และสร้างความเสียหายแก่สังคมอย่างมาก โดยจะต้องประกอบด้วยพฤติการณ์ หรือข้อเท็จจริง หรือลักษณะการกระทำที่ร้ายแรงหรือฉกรรจ์ รวมถึงการกระทำผิดโดยมีเจตนาร้ายแรงเป็นพิเศษ หรือได้กระทำความผิดโดยไม่คำนึงถึงความสงบสุขของสังคมส่วนรวม ซึ่งผลของการกระทำนั้นย่อมมีอันตรายร้ายแรงเป็นพิเศษต่อสังคมหรือชุมชน และยิ่งพฤติการณ์หรือลักษณะของการกระทำกระทบต่อความรู้สึกของประชาชนรุนแรงเพียงใด การกำหนดโทษสำหรับความผิดนั้นก็เลยยิ่งสูงขึ้นเพียงนั้น

การกำหนดเหตุฉกรรจ์ถือเป็นแนวคิดที่สอดคล้องกับหลักการลงโทษที่มีลักษณะเป็นการตอบแทนความร้ายแรงของการกระทำตามแนวคิดของสำนักคลาสสิกซึ่งถือว่าความหนักเบาของการลงโทษจะต้องกำหนดตามความร้ายแรงแห่งอันตรายของผู้กระทำความผิดแต่ละคน และอันตรายนี้วัดได้จากขีดแห่งความเสียหายอันเกิดจากการกระทำความผิด โดยกฎหมายที่จะพื้งนำมาใช้เพื่อป้องกันการกระทำความผิดนั้น จะต้องรุนแรงขึ้นตามขีดที่การกระทำนั้นได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน รวมทั้งยังสอดคล้องกับวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งและ

¹⁰³ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาเฉพาะเรื่อง ประมวลกฎหมายอาญา ลัทธิพิชัยโดยใช้อุบายมิได้หรือไม่ และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย, (กรุงเทพฯ : แสงทองการพิมพ์, 2517), น.15.

ป้องกันการกระทำความผิด ซึ่งมีแนวคิดว่าการกำหนดโทษให้สูงขึ้นหรือหนักขึ้น จะมีผลในการยับยั้ง (Deterrence) บุคคลมิให้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย¹⁰⁴

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามแนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ทางกฎหมายอาญา การกำหนดเหตุการณ์ถือเป็นทางเลือกหนึ่งในการยับยั้งอาชญากรในการกระทำความผิดอันมีแนวคิด ว่า¹⁰⁵ “อาชญากรส่วนมากมองการกระทำความผิดที่เป็นอาชญากรรมอย่างมีเหตุผล โดยจะกระทำความผิดเมื่อผลประโยชน์คาดหวัง (benefits) มากกว่าต้นทุนคาดหวัง (costs) และในทางตรงกันข้ามจะไม่กระทำความผิดเมื่อต้นทุนคาดหวังมากกว่าผลประโยชน์คาดหวัง” ซึ่งผลประโยชน์คาดหวังของอาชญากร หมายถึง ประโยชน์ที่อาชญากรคาดว่าจะได้รับจากการกระทำความผิดอาญา โดยคำนวณจากมูลค่าทรัพย์สินที่จะได้จากการกระทำความผิดประกอบกับโอกาสในการหลบหนีจากการถูกจับกุม ส่วนต้นทุนคาดหวังของอาชญากร หมายถึง สิ่งที่อาชญากรต้องคิดก่อนที่จะตัดสินใจกระทำความผิดว่าตนจะได้รับผลเสียอย่างไรบ้างหากถูกจับกุม โดยพิจารณาจากขนาดของบทลงโทษประกอบกับโอกาสในการถูกจับกุม ถ้าขนาดบทลงโทษและโอกาสในการถูกจับกุมสูง ย่อมส่งผลให้ต้นทุนคาดหวังสูงเช่นกัน และอาจไม่คุ้มกับผลประโยชน์คาดหวังที่จะได้รับจากการกระทำความผิดอาชญากรจึงเลือกที่จะไม่กระทำความผิด ดังนั้น การเพิ่มขนาดของบทลงโทษจึงถือเป็นทางเลือกหนึ่งในการยับยั้งอาชญากร เพราะมีผลทำให้อาชญากรเกรงกลัวต่อโทษที่สูงขึ้น

สำหรับปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณากำหนดเหตุการณ์นั้นสามารถแบ่งแยกได้ดังนี้¹⁰⁶

- ผลของการกระทำ คือ การกำหนดโทษต้องคำนึงถึงปริมาณของความเสียหายที่เกิดขึ้น หากการกระทำความผิดนั้นก่อให้เกิดผลที่ร้ายแรงมาก โทษที่กำหนดสำหรับความผิดนั้นก็หนักขึ้น ยิ่งการกระทำความผิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงเพียงใด โทษที่ต้องได้รับก็จะเพิ่มขึ้นตามส่วน ตัวอย่างเช่น กรณีทำร้ายร่างกาย หากไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ในกรณีนี้ย่อมได้รับโทษเพียงสถานเบา หากผลจากการทำร้ายดังกล่าวก่อให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้เสียหาย ก่อให้เกิดอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตาย โทษที่กำหนดไว้ก็จะสูงขึ้นตามลำดับ

¹⁰⁴ ประธาน วัฒนวาณิชย์, “แนวความคิดในการลงโทษ : การวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 2, ปีที่ 12, กันยายน 2524, น.9-13.

¹⁰⁵ ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 82, น.77-94.

¹⁰⁶ พิชัย ด้านพัฒนามงคล, “เหตุการณ์ในความผิดฐานลักทรัพย์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น.16.

- จิตใจของผู้กระทำ คือ การกำหนดโทษโดยคำนึงถึงความชั่วร้ายของจิตใจของผู้กระทำความผิด โดยพิจารณาจากทั้งเจตนาธรรมดาและเจตนาพิเศษประกอบกัน ถ้าผู้กระทำมีจิตใจที่ชั่วร้ายมาก กฎหมายก็จะกำหนดโทษให้หนักขึ้น¹⁰⁷ แม้ลักษณะของการกระทำจะเป็นอย่างเดียวกัน แต่ความชั่วในจิตใจแตกต่างกันการกำหนดโทษย่อมแตกต่างกันด้วย ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานพรากผู้เยาว์อันเป็นการละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดาหรือผู้ปกครองของเด็ก หากได้กระทำไปโดยมีเจตนาเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร ผู้นั้นจะต้องรับโทษหนักขึ้น¹⁰⁸ เนื่องจากความชั่วร้ายภายในจิตใจของผู้กระทำมีมากกว่าในกรณีปกติ

- ตัวผู้ถูกระทำ คือ การกำหนดโทษโดยคำนึงถึงตัวผู้ถูกระทำหรือตัวทรัพย์สินซึ่งถูกประทุษร้ายอันกฎหมายประสงค์ให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ ซึ่งปัจจัยดังกล่าวนี้ส่งผลต่อโอกาสและความสำเร็จของการกระทำความผิด ตัวอย่างเช่น หากผู้ถูกระทำความผิดมีความอ่อนแอทั้งทางกายภาพ ทางวุฒิภาวะ หรือทางจิตใจ ย่อมเป็นฝ่ายเสียเปรียบและอาจตกเป็นเป้าหมายของผู้กระทำผิดได้ง่ายกว่าบุคคลในสภาวะปกติ สำหรับตัวอย่างบุคคลซึ่งมีความอ่อนแอ เช่น เด็ก ผู้พิการ ผู้สูงอายุ เป็นต้น ในอีกกรณีคือกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองตัวผู้ถูกระทำซึ่งอยู่ในสถานะพิเศษหรือสำคัญ เป็นการคุ้มครองเนื่องจากสถานะของบุคคลมิใช่จากความอ่อนแอ เช่น เจ้าพนักงาน บุพการี เป็นต้น

- ลักษณะของการกระทำ คือ การกำหนดโทษโดยคำนึงถึงรูปแบบหรือวิธีการในการกระทำความผิด หากรูปแบบและวิธีการกระทำความผิดมีความรุนแรงมาก ย่อมส่งผลให้โทษที่กำหนดสำหรับความผิดนั้นหนักขึ้นด้วย ตัวอย่างเช่น การกระทำความผิดโดยใช้กำลังประทุษร้าย การมีหรือใช้อาวุธ การกระทำโดยทารุณโหดร้าย เป็นต้น ปัจจัยดังกล่าวย่อมส่งผลให้ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากความร้ายแรงของการกระทำ

- ปริมาณความผิดที่เกิดขึ้น คือ การกำหนดโทษโดยคำนึงถึงจำนวนคดีที่เกิดขึ้นในสังคม เพื่อจุดประสงค์ในการยับยั้งการกระทำความผิดดังกล่าว หากเป็นความผิดนั้นเป็นความผิดที่เกิดขึ้นบ่อยย่อมแสดงให้เห็นว่าการลงโทษตามปกติไม่สามารถยับยั้งการกระทำความผิดนั้นได้ เนื่องจากผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย ดังนั้นจึงต้องกำหนดโทษให้มีความรุนแรงเพิ่มมากขึ้น ซึ่งถือเป็นวิธีการหนึ่งที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัวต่อกฎหมายและลดปริมาณของความผิด แต่ปัจจัยนี้อาจจะต้องพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ประกอบด้วย

¹⁰⁷ หยุด แสงอุทัย, “การกำหนดโทษสำหรับความผิดในประมวลกฎหมายอาญา,” อุลพาน, เล่มที่ 7, ปีที่ 8, (สิงหาคม 2503), น.931-935.

¹⁰⁸ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 317.

2.2.2.2 ลักษณะการบัญญัติเหตุจรรยา

บทจรรยาที่ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายมีลักษณะที่สำคัญ¹⁰⁹ คือ

(1) ต้องมีพื้นฐานมาจากบทธรรมดาซึ่งการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลต้องเป็นไปตามโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา

(2) ต้องเป็นบทกฎหมายที่กำหนดให้ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงประกอบการกระทำผิดนั้นมีความร้ายแรงมากขึ้นกว่าการกระทำผิดในกรณีปกติธรรมดา

ลักษณะของการบัญญัติบทจรรยาตามกฎหมายอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่

(1) กำหนดบทจรรยาเป็นอีกมาตราหนึ่งแยกออกมาต่างหากจากบทธรรมดา ตัวอย่างเช่น ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่น บทธรรมดาบัญญัติอยู่ในมาตรา 295 ส่วนบทจรรยาบัญญัติอยู่ในมาตรา 296-298

(2) กำหนดบทจรรยาอยู่ในวรรคถัดไปของมาตราเดียวกันกับบทธรรมดา ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นบัญญัติอยู่ในมาตรา 276 บทธรรมดาบัญญัติไว้ในวรรคแรก ส่วนบทจรรยาบัญญัติอยู่ในวรรคสามของมาตราเดียวกัน

การกำหนดเหตุจรรยาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะพิจารณาจากพฤติการณ์ต่าง ๆ ซึ่งสามารถสรุปได้¹¹⁰ ดังนี้

(1) ฝ่ายผู้กระทำความผิด สามารถแบ่งออกได้เป็น ตัวผู้กระทำ โดยถ้าผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการกระทำความผิด กฎหมายจะกำหนดให้รับโทษหนักขึ้น เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นบัญญัติอยู่ในมาตรา 276 และ การกระทำถ้าการกระทำนั้นมีลักษณะอุกอาจรุนแรง เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตายหากกระทำโดยมีลักษณะทารุณโหดร้าย¹¹²หรือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราถ้ากระทำในลักษณะอันเป็นการโหมหนิงหรือกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธ¹¹³ย่อมเป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้น

(2) ฝ่ายผู้ถูกกระทำความผิด สามารถแบ่งออกได้เป็น ตัวผู้ถูกกระทำ หากความผิดนั้นกระทำต่อบุคคลซึ่งกฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ กฎหมายก็

¹⁰⁹ พิชัย ด้านพัฒนามงคล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 106*, น.19-20.

¹¹⁰ *เพ็ญอ้าง*, น.21-22.

¹¹¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 209.

¹¹² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289.

¹¹³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276.

บัญญัติให้ต้องรับโทษหนักขึ้น เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตายที่ผู้ตายเป็นเจ้าของพนักงานหรือบุพการี หรือ ความผิดเกี่ยวกับเพศที่ผู้เสียหายเป็นเด็กกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้น และ ตัวทรัพย์ โดยทรัพย์ที่ถูกประทุษร้ายนั้นเป็นทรัพย์ที่มีความสำคัญ เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์หากทรัพย์ ซึ่งถูกประทุษร้ายเป็นทรัพย์อันมีหรือใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ ทรัพย์ของผู้มีอาชีพกสิกรรมอันมีไว้ สำหรับประกอบกสิกรรมหรือได้มาจากประกอบกสิกรรม หรือพระพุทธรูปหรือวัตถุในทางศาสนาอัน เป็นที่สักการะบูชาของประชาชนหรือเก็บไว้เป็นสมบัติของชาติ ผู้กระทำผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้น

(3) มูลเหตุจงใจหรือเจตนา พิจารณาจากความชั่วร้ายในจิตใจของผู้กระทำ หากมีความชั่วร้ายมาก กฎหมายก็กำหนดให้ต้องรับโทษหนักขึ้น เช่น ความผิดฐานฆ่าคน ตายเพื่อตระเตรียมการหรือปกปิดการกระทำผิดอื่น หรือความผิดฐานพรากผู้เยาว์ถ้ากระทำโดย มีเจตนาพิเศษเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร กฎหมายกำหนดให้ต้องรับโทษหนักขึ้น

(4) ผลของการกระทำ เป็นการพิจารณาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจาก การกระทำผิด หากความผิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายมากผู้กระทำก็จะต้องรับโทษหนักขึ้น เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายถึงการทำร้ายทำให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บมาก ผู้กระทำผิดยิ่งต้อง รับโทษหนักขึ้น หรือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายหรือได้รับ อันตรายสาหัส และความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ อาทิ ความผิดฐานชิงทรัพย์หากเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับ อันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย รวมทั้งความผิดฐานวางเพลิง เผาทรัพย์หากเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย ย่อมถือเป็นผลที่กฎหมาย กำหนดให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเช่นกัน

(5) สถานที่ ถือเป็นพฤติการณ์อย่างหนึ่งในการพิจารณาเหตุฉกรรจ์ตามกฎหมายไทย หากความผิดนั้นได้กระทำในสถานที่สำคัญ กฎหมายก็กำหนดให้ต้องรับโทษหนักขึ้นได้ เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์หากได้กระทำในเคหสถาน สถานที่ราชการ หรือสถานบริการขนส่ง สาธารณะต่าง ๆ กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้น หรือความผิดฐานลักทรัพย์ที่ เป็นพระพุทธรูปหรือวัตถุในทางศาสนาหากกระทำในวัด สำนักสงฆ์ สถานที่อันเป็นที่เคารพในทาง ศาสนาผู้กระทำผิดย่อมต้องระวางโทษหนักขึ้นเช่นกัน

(6) โอกาสในการทำความผิด ถือเป็นปัจจัยที่เอื้อประโยชน์ต่อการ กระทำความผิดซึ่งมีผลต่อความสะดวกหรือความสำเร็จในการทำความผิด อันการทำความผิด โดยอาศัยโอกาสดังกล่าวกฎหมายอาจกำหนดให้ต้องรับโทษหนักขึ้นได้ เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ใน เวลากลางคืน หรือในสถานที่อันเกิดภัยพิบัติซึ่งประชาชนกำลังตื่นตระหนกตกใจ อันเป็นการฉวย โอกาสที่ผู้เสียหายขาดความระมัดระวัง กฎหมายจึงกำหนดให้ต้องรับโทษหนักขึ้น

2.2.3 แนวคิดในการกำหนดเหตุการณ์ในฐานะผู้ใช้

การร่วมกระทำความผิด หมายถึงการเข้าร่วมในการกระทำความผิดของผู้อื่น ไม่ว่าจะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ผู้ร่วมกระทำความผิดเหล่านี้ต้องรับผิดชอบ เช่นกัน แต่ในกรณีของผู้ใช้และผู้สนับสนุนกฎหมายมีอาจกำหนดโทษไว้อย่างชัดเจนได้ จึงต้องยึดความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดมาเป็นฐานในการกำหนดโทษ ดังนั้นความรับผิดชอบของผู้ใช้และผู้สนับสนุนจึงต้องมีความรับผิดชอบของผู้อื่นเป็นหลักเสมอ¹¹⁴

2.2.3.1 การกำหนดความผิดในฐานะผู้ใช้

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 84 บัญญัติว่า “ผู้ใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดไม่ว่าด้วยวิธีการใช้ บังคับ ชูเชิญ จ้าง วานหรือยุยงส่งเสริมหรือด้วยวิธีอื่นใด ผู้นั้นเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด” ผู้ใช้จึงถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการร่วมกระทำความผิดทางอาญา คำว่า “ก่อ” ที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ หมายถึง ก่อเจตนากระทำความผิด ถ้าผู้กระทำได้ตัดสินใจที่จะกระทำความผิดอยู่ก่อนแล้ว ผู้กำหนดให้ผู้อื่นกระทำความผิดย่อมไม่อาจถือเป็น “ผู้ใช้ให้กระทำความผิด” ได้¹¹⁵

ในระบบ civil law การที่จะลงโทษผู้ร่วมกระทำความผิดได้นั้นขึ้นอยู่กับว่ามีการกระทำที่ผิดกฎหมายของผู้ถูกใช้หรือไม่ กล่าวคือ ความรับผิดชอบของผู้ร่วมกระทำความผิดจะขึ้นอยู่กับความผิดที่กระทำโดยเจตนาของผู้กระทำความผิด สภาพการณ์ของความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้ร่วมกระทำความผิดที่ต้องขึ้นอยู่กับกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดนี้เรียกว่า “หลักการอยู่ในอาณัติของความผิด”¹¹⁶ ดังนั้น ผู้ใช้จะมีความรับผิดชอบเมื่อครบองค์ประกอบ 3 ประการ¹¹⁷ คือ

- ต้องมีการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง
- การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา
- มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดอาญา

เมื่อครบองค์ประกอบทั้งสามประการนี้ผู้ “ก่อ” ย่อมมีความรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้ใช้ทันที

¹¹⁴ อชิรญาณ จันทร์พูล, “ผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.26.

¹¹⁵ คณิต ณ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมาย และพื้นฐานการเข้าใจ, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2556), น.80.

¹¹⁶ เฝิงอ้าง.

¹¹⁷ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.102.

สำหรับการก่อให้เกิดกระทำคามผิดนั้นอาจทำได้โดยไม่จำกัดวิธี ไม่ว่าจะเป็นการใช้ บังคับ ชูเชิญ จ้าง วาน ยุยงส่งเสริม การสั่ง การขอร้อง การพนัน การทำ หรือลอบให้กระทำ และมีผลทำให้ผู้ถูกใช้เกิดเจตนาที่จะกระทำคามผิด

การใช้เป็นการก่อให้เกิดเจตนากระทำคามผิดขึ้น ซึ่งหากไม่มีการใช้แล้ว โอกาสที่จะเกิดการกระทำคามผิดของผู้กระทำคามผิดก็จะน้อยลงหรือไม่มีเลย ดังนั้น ผู้ใช้จึงมีความชั่วมากกว่าและอันตรายมากกว่าผู้กระทำคามผิด แม้อีกทางหนึ่งจะมีผู้เห็นว่า ผู้กระทำคามผิดเป็นผู้ตัดสินใจขั้นสุดท้ายว่าจะกระทำผิดหรือไม่ จึงเป็นผู้ควบคุมหรือเป็นนายเหนือการกระทำของตน และเป็นผู้มีเจตนากระทำคามผิด จึงถือว่าน่าตำหนิหรือมีความชั่วมากกว่าผู้ร่วมกระทำคามผิดไม่ว่าจะเป็นผู้ใช้หรือผู้สนับสนุน¹¹⁸ อีกทั้งโดยมากแล้วผู้ใช้มักจะเป็นบุคคลที่อยู่ในตำแหน่งสำคัญ เช่น เป็นหัวหน้า เป็นผู้บงการหรือวางแผนซึ่งมีความอันตรายร้ายแรงอย่างยิ่ง ทำให้เห็นได้ว่าบางกรณีผู้มีความอันตรายยิ่งกว่าผู้กระทำคามผิดเสียอีก¹¹⁹

เด็กและเยาวชนเป็นบุคคลที่กฎหมายประสงค์ให้การคุ้มครองสิทธิเป็นพิเศษ ซึ่งการกระทำใด ๆ ต่อเด็กนั้นจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยรัฐหรือเอกชนก็ตาม ดังนั้น การก่อหรือชักจูงให้เด็กและเยาวชนกระทำคามผิดถือเป็นการกระทำที่ก่ออันตรายอย่างร้ายแรงต่อเด็กและขัดต่อหลักการคำนึงถึงผลประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ เนื่องจากการชักนำเด็กและเยาวชนไปในทางที่ผิดอันจะส่งผลเสียหายต่อความผาสุกของเด็กในอนาคต จึงเป็นการกระทำที่น่าตำหนิอย่างยิ่ง อีกทั้งผู้กระทำยังมีเจตนาที่ชั่วร้ายอย่างยิ่งที่อาศัยโอกาสแสวงหาประโยชน์จากเด็กด้วยการนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำคามผิด จะเห็นได้ว่าการกระทำคามผิดนี้มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิเด็กและเป็นรูปแบบหนึ่งของการทารุณกรรมเด็กและเยาวชนซึ่งจะต้องมีการกำหนดความผิดไว้เป็นกรณีเฉพาะแยกจากความผิดฐานก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำคามผิดในกรณีทั่วไปอันเป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐภาคีที่จะต้องดำเนินมาตรการทั้งปวงเพื่อยับยั้งและป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กและเยาวชน ดังเช่นประเทศไทยที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 84 ที่กำหนดให้ผู้บุคคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีจะต้องรับโทษเพิ่มขึ้น อันเป็นการกำหนดความรับผิดที่เพิ่มขึ้นในฐานผู้ใช้เด็ก

¹¹⁸ เอกมล บำรุงพงศ์, “ความรับผิดในทางอาญาของตัวการและผู้ใช้ : ศึกษาเฉพาะความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวผู้กระทำ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.8-10.

¹¹⁹ เฝิงอ้วง, น.11-12.

2.2.3.2 การกำหนดโทษในฐานะผู้ใช้

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 84 วรรคสองและวรรคสาม¹²⁰

บัญญัติว่า

“ถ้าความผิดมิได้กระทำลง ไม่ว่าจะ เป็นเพราะผู้ถูกใช้ไม่ยอมกระทำ ยังไม่ได้กระทำหรือเหตุอื่นใด ผู้ใช้ต้องระวางโทษเพียงหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

ถ้าผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ แต่ถ้าผู้ถูกใช้เป็นเด็กหรือเยาวชนอายุไม่เกินสิบแปดปี ผู้พิการหรือเจ็บป่วย ลุกจ้ำงหรือผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชา ผู้ที่มีฐานะยากจนหรือผู้ที่ต้องพึ่งพาผู้ใช้ไม่ว่าทางใด ให้ลงโทษผู้ใช้เพิ่มขึ้นอีกกึ่งหนึ่งของโทษที่ศาลกำหนด”

ในวรรคสอง กรณีความผิดที่ถูกใช้ยังไม่ได้กระทำลงหมายถึงการกระทำความผิดยังไม่ได้เริ่มต้นเลย ผู้ใช้ต้องรับโทษหนึ่งในสามของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ในกรณีนี้มีผู้เห็นว่าการกำหนดโทษในกรณีนี้มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเองอันเป็นการเริ่มต้นความผิด(Inchoate offence) ซึ่งหากจัดให้เป็นระบบ การกำหนดโทษในลักษณะนี้ควรจะบัญญัติไว้ในภาคความผิด¹²¹

ส่วนในกรณีผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้ ซึ่งกฎหมายไม่ได้บัญญัติความผิดและกำหนดโทษไว้โดยเฉพาะ ต้องอาศัยความผิดของตัวผู้ลงมือกระทำโดยถือว่าต้องรับโทษเสมือนตัวการ หลักการกำหนดโทษผู้ใช้ให้รับโทษเสมือนตัวการในกรณีที่ผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น เป็นหลักการที่มีมานานแล้ว เพราะกฎหมายถือว่าเป็นตัวการร่วมสำคัญที่ทำให้เกิดการกระทำความผิด เนื่องจากผู้ใช้เป็นผู้ก่อเจตนาให้เกิดการกระทำความผิด หมายความว่าผู้ใช้จะต้องได้รับโทษเสมือนหนึ่งว่าตนเป็นคนลงมือกระทำความผิดเอง คงให้ถือว่าผู้ใช้เป็นตัวการตามมาตรา 83 ตามหลักโทษของผู้ใช้ในกรณีที่ความผิดได้กระทำลง ผู้ใช้ต้องรับโทษเท่าตัวการ

นอกจากนี้ ตามมาตรา 84 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติอันเป็นเหตุอุกฉกรรจ์ในการกำหนดให้ผู้ใช้ต้องรับโทษหนักขึ้นอีกกึ่งหนึ่ง หากผู้ถูกใช้เป็นบุคคลดังต่อไปนี้ ได้แก่ เด็กหรือเยาวชนอายุไม่เกินสิบแปดปี ผู้พิการหรือเจ็บป่วย ลุกจ้ำงหรือผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชา ผู้ที่มีฐานะยากจนหรือผู้ที่ต้องพึ่งพาผู้ใช้ เนื่องจากเห็นว่าการใช้บุคคลเหล่านี้ในการกระทำความผิดนั้น เป็นการ

¹²⁰ ประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับ 25) พ.ศ.2559, มาตรา 84.

¹²¹ ธีสุทธิ์ พันธุ์ฤทธิ์, ผู้กระทำความผิดหลายคน (ตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน), พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2550), น.90-102.

ฉวยโอกาสจากความบกพร่องหรือความอ่อนแอทางร่างกายหรือจิตใจของบุคคลอื่น ทำให้ผู้นั้นตกอยู่ในสถานะที่อาจถูกชักจูงได้ง่าย ถือว่าใช้โอกาสดังกล่าวนี้กระทำการอันน่าตำหนิอย่างมาก

ดังนั้นในกรณีนี้หากผู้ใหญ่เป็นผู้ใช้หรือก่อให้เกิดเด็กและเยาวชนกระทำความผิด หากเด็กและเยาวชนยังมีได้ลงมือกระทำความผิดผู้ใหญ่ซึ่งเป็นผู้ใช้ต้องรับโทษเพียงหนึ่งในสามจากที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดที่ใช้ให้เกิดกระทำ หากเด็กได้กระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้ ผู้ที่ก่อหรือยุยงให้เกิดกระทำความผิดนั้นต้องระวางโทษเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดเอง และต้องรับโทษเพิ่มขึ้นอีกกึ่งหนึ่งจากโทษที่ศาลกำหนด ซึ่งแม้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในมาตราดังกล่าวแล้วก็ตาม แต่ก็ยังไม่มีความเหมาะสมซึ่งจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4



บทที่ 3

การลงโทษผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดทางอาญาในต่างประเทศ

ในเรื่องสิทธิเด็กและการคุ้มครองเด็กและเยาวชนนั้น นอกจากจะได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในระดับสากลแล้ว ประเทศต่าง ๆ ก็ได้มีการรับเอาหลักการและแนวคิดตามกฎหมายระหว่างประเทศมาบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายภายในของตนเช่นกัน และเมื่อได้ทำการศึกษากฎหมายของต่างประเทศในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่ถูกนำเข้ามามีส่วนร่วมกับการกระทำความผิดทางอาญาแล้ว พบว่าในหลาย ๆ ประเทศให้ความสำคัญกับการที่เด็กและเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดหรือประพฤตินอกทางที่มีขอบ โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ใหญ่ที่จะดูแลเด็กและเยาวชนให้ประพฤตินอกทางที่ถูกที่ควรและเหมาะสม และที่สำคัญคือต้องป้องกันไม่ให้เข้ามาเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ซึ่งในที่นี้ผู้เขียนได้เลือกศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้กระทำความผิดทางอาญาของประเทศจีน เกาหลีใต้ อียิปต์ สิงคโปร์ และกฎหมายของมลรัฐ Oklahoma และมลรัฐ Georgia ประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากประเทศดังกล่าวเหล่านี้ประสบปัญหาการละเมิดสิทธิเด็กในรูปแบบของการใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด และได้มีการบัญญัติแก้ไขกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งจากการศึกษบทบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศในการแก้ไขปัญหานี้ในเรื่องดังกล่าวนี้สามารถแบ่งแนวทางในการกำหนดบทลงโทษแก่ผู้ใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดออกได้เป็น 2 รูปแบบ ดังต่อไปนี้

3.1 การกำหนดเป็นฐานความผิดใหม่

การกำหนดเป็นฐานความผิดใหม่ คือ การบัญญัติเพิ่มบทกฎหมายซึ่งกำหนดความผิดและกำหนดโทษสำหรับความผิดฐานใช้เด็กกระทำความผิดหรือยุยงส่งเสริมให้เด็กกระทำความผิดขึ้นมาโดยเฉพาะ แยกต่างหากจากบททั่วไปและกำหนดระวางโทษสำหรับความผิดนั้นไว้เป็นการเฉพาะ โดยไม่ต้องอาศัยฐานความผิดอื่นใดบทบัญญัติใดเป็นฐานในการกำหนดโทษ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายในรูปแบบนี้ตามที่ผู้เขียนได้ศึกษามานั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระดับ คือ ในประมวลกฎหมายอาญาและในกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา

3.1.1 ในประมวลกฎหมายอาญา

กรณีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้ให้กระทำความผิดไว้ในกฎหมายอาญาในส่วนของการกำหนดความผิดและการกำหนดโทษซึ่งเป็น

กฎหมายทั่วไป จากการศึกษาพบว่าประเทศที่บัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ ได้แก่ มลรัฐ Oklahoma และ มลรัฐ Georgia ของประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.1.1 มลรัฐ Oklahoma ประเทศสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ประสบปัญหาการกระทำ ความผิดของเด็กและเยาวชนสูงมาก จึงมีนโยบายในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการออกกฎหมาย เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เด็กและเยาวชนถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดโดยเฉพาะใน ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด โดยมลรัฐ Oklahoma ได้มีการบัญญัติกำหนดฐานความผิดในเรื่อง การ ก่อหรือยุยงส่งเสริมให้ผู้เยาว์กระทำความผิดไว้ในกฎหมายอาญาส่วนที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Oklahoma Statutes) ใน Title 21. (Crimes and Punishments) Chapter 31A (Contributing to Delinquency of Minors) ซึ่งมีรายละเอียดที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

- กรณีการก่อ ช่วยเหลือ สนับสนุนหรือส่งเสริมให้ผู้เยาว์เสี่ยงต่อการ กระทำความผิด ใน มาตรา 856¹ A และ B บัญญัติไว้ ว่า :

“A. 1. เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ผู้ใดโดยรู้หรือเจตนา ก่อ ช่วยเหลือ สนับสนุน หรือส่งเสริม ผู้เยาว์ให้เป็น ยังคงเป็น หรือกลายเป็นเด็กที่เสี่ยงต่อการกระทำ ความผิด หรือเด็กหนีออกจากบ้าน ผู้นั้นกระทำความผิดไม่ร้ายแรง สำหรับการกระทำความผิดครั้ง แรกต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹ 2015 Oklahoma Statutes, Title 21 Crimes and Punishments, Chapter 31A Contributing to Delinquency of Minors, Section 21-856. Causing, aiding, abetting or encouraging minor to be delinquent or runaway child, to commit felony or to become involved with criminal street gang.

“A. 1. Except as otherwise specifically provided by law, every person who shall knowingly or willfully cause, aid, abet or encourage a minor to be, to remain, or to become a delinquent child or a runaway child, upon conviction, shall, for the first offense, be guilty of a misdemeanor punishable by imprisonment in a county jail not to exceed one (1) year, or by a fine not to exceed One Thousand Dollars (\$1,000.00), or by both such fine and imprisonment.

B. Every person convicted of a second or any subsequent violation of this section shall be guilty of a felony punishable by imprisonment in the custody of the Department of Corrections not to exceed three (3) years, or by a fine not exceeding Five Thousand Dollars (\$5,000.00), or by both such fine and imprisonment.”

B. ผู้ใดถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดเป็นครั้งที่ 2 หรือฝ่าฝืนอนุมาตราอื่นในมาตรานี้ ผู้นั้นกระทำความผิดร้ายแรงต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือ ปรับไม่เกิน 5,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จากกฎหมายดังกล่าวบุคคลซึ่งอาจถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดฐานก่อให้เกิดผู้เยาว์กระทำความผิดนั้น หมายความว่า บุคคลใด ๆ โดยไม่ต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ตามกฎหมายหรือความสัมพันธ์ตามความเป็นจริงระหว่างผู้นั้นกับผู้เยาว์ และให้หมายความรวมถึงนิติบุคคลหรือองค์กรต่าง ๆ ด้วย² เมื่อได้กระทำการอันครบตามองค์ประกอบต่อไปนี้

ประการแรก เป็นการกระทำโดยรู้ หรือ โดยจงใจ

ประการที่สอง เป็นการกระทำอันมีลักษณะ ก่อ ชักจูง ช่วยเหลือ สนับสนุน หรือยุยงส่งเสริมให้ผู้อื่นกระทำความผิด ซึ่งการยุยงส่งเสริมในที่นี้ นอกจากความหมายตามปกติแล้ว ยังหมายความรวมถึง การเจตนาหรือจงใจละเว้นการกระทำอันจะเป็นผลโดยตรงในการป้องกันการกระทำใดหรือป้องกันการกระทำความผิดของผู้เยาว์ ในขณะที่ผู้นั้นสามารถกระทำเช่นนั้นได้³ ดังนั้นถ้าผู้นั้นรู้ถึงการกระทำผิดและเจตนาละเว้นการกระทำเพื่อยับยั้งป้องกันการกระทำผิดซึ่งตนสามารถทำได้ในขณะนั้น ย่อมถือเป็นการส่งเสริมให้ผู้เยาว์กระทำความผิดตามความหมายในหมวดนี้ด้วย

ประการที่สาม บุคคลที่ถูกก่อให้เกิดกระทำความผิดนั้นเป็น “ผู้เยาว์หรือเด็ก” ซึ่งหมายถึง ชายหรือหญิงที่อายุยังไม่ครบ 18 ปีบริบูรณ์ ในขณะที่มีการกระทำความผิด⁴

ประการสุดท้าย การก่อดังกล่าวส่งผลให้ หรือ อาจส่งผลให้ผู้เยาว์กลายเป็นผู้กระทำความผิดหรือประพฤติตนเหลวไหล ใน มาตรา 857-4. ได้ให้คำนิยามของ “เด็กที่เสี่ยงต่อการกระทำความผิด” (delinquent child) ว่าหมายความว่า ผู้เยาว์ซึ่งจะฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายอาญาของรัฐนี้ หรือจะฝ่าฝืนหรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (ก) คบค้าสมาคมกับโจร บุคคลไม่ดีหรือบุคคลที่ประพฤติผิดศีลธรรม
- (ข) เข้าไปในบ้านที่มีกิตติศัพท์เสียหายบ่อย ๆ
- (ค) เข้าไปในร้านหรือสถานที่ที่มีการเล่นการพนันบ่อย ๆ

² 2015 Oklahoma Statutes, Title 21 Crimes and Punishments, Chapter 31A Contributing to Delinquency of Minors, Section 21-857-1.

³ 2015 Oklahoma Statutes, Title 21 Crimes and Punishments, Chapter 31A Contributing to Delinquency of Minors, Section 21-857-3.

⁴ 2015 Oklahoma Statutes, Title 21 Crimes and Punishments, Chapter 31A Contributing to Delinquency of Minors, Section 21-857-2.

(ง) เข้าไปในร้านหรือสถานที่ใด ๆ ซึ่งมีการผลิต ที่จัดเก็บหรือจำหน่าย สุราบ่อย ๆ

(จ) มีไว้ในครอบครองหรือเป็นเจ้าของรูปภาพ รูปวาด หนังสือ สมุด เครื่องมือ อุปกรณ์หรือวัตถุใด ๆ ซึ่งลามกอนาจารหรือผิดศีลธรรม

(ฉ) เจตนาเปิดเผยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายในสถานที่ใด ๆ ไม่ว่าจะ เป็นในที่สาธารณะหรือที่รโหฐาน อันเป็นการกระทำที่น่ารังเกียจ เพื่อการอนาจาร เพื่อสนอง ความใคร่ หรือเพื่อเข้าร่วมในการจัดทำหรือผลิตสื่อลามกอนาจารหรือวัตถุลามกใด ๆ

(ช) ครอบครอง ขนส่ง จำหน่าย หรือ เข้าร่วมและช่วยเหลือในการ จำหน่ายการขนส่งหรือการผลิตสุรา หรือกระทำการอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน

(ฌ) หนีจากบิตามารดาหรือผู้มีอำนาจปกครองตามกฎหมายโดย ปราศจากเหตุผลสมควร⁵ ปราศจากการอนุญาตจากบิตามารดาหรือผู้ปกครอง หรือบิตามารดาหรือ ผู้ปกครองไม่รู้ที่อยู่ของเด็ก

(ญ) ฝ่าฝืนบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติควบคุมสารอันตราย

โดยในเรื่องนี้ได้มีคำพิพากษาของศาล Criminal Court of Appeals of Oklahoma ได้ตัดสินวางหลักไว้ใน คดี WALLIN V. STATE⁶ ซึ่งจำเลยถูกฟ้องในข้อหาทำให้ผู้เยาว์ เสี่ยงต่อการกระทำความผิด โดยจำเลยรู้และจงใจก่อ ช่วยเหลือ และยุยงส่งเสริมให้เด็กหญิง Nancy King อายุ 9 ปี ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ให้กลายเป็นผู้กระทำความผิดหรือประพฤติดนเลวไหล โดย กระทำการอันน่ารังเกียจด้วยการเรียกเด็กหญิงไปที่รถของตนและเปิดเผยของลับของตนแก่เด็กหญิง เพื่อสนองความใคร่ โดยมีเจตนาเพื่อปลุกเร้าความใคร่ภายในจิตใจของเด็กหญิง Nancy ซึ่งศาลในคดี นี้ได้พิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิด โดยเด็กซึ่งถูกก่อให้กระทำความผิดหรือประพฤติดนเลวไหล นั้นไม่จำเป็นต้องกระทำความผิดหรือประพฤติดนเลวไหลก็ตาม แต่พิจารณาจากการกระทำของ จำเลยในขณะที่กระทำว่า ถ้าการกระทำนั้นอาจส่งผลโดยตรงทำให้เด็กเสี่ยงต่อการกระทำความผิดแล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมถือเป็นความผิด เนื่องจากบทบัญญัตินี้ประกอบด้วยวัตถุประสงค์หลักสอง ประการ คือ เพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากความชั่วร้ายและบุคคลซึ่งอาจชักนำให้พวกเขาหลงผิด และเพื่อลงโทษบุคคลซึ่งกระทำความผิด ดังนั้น การตีความจะต้องตีความให้กว้างเพื่อให้เป็นไปตาม

⁵ เหตุผลสมควร ตัวอย่างเช่น อันตรายจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศระหว่างญาติพี่น้อง สถานการณ์ที่คุกคามต่อชีวิต หรือสถานการณ์ที่อาจกระทบกระเทือนต่อจิตใจ เป็นต้น

⁶ WALTER LAVOY WALLIN v. STATE, No. A-10623, Criminal Court of Appeals of Oklahoma, Retrieved February 1, 2016 from <http://casetext.com/case/wallin-v-state-3>.

วัตถุประสงค์ของกฎหมาย เพราะหากตีความแคบเกินไปจะทำให้กฎหมายดังกล่าวนั้นเสียประโยชน์ และไม่อาจบรรลุตามวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนได้

- กรณีการก่อ ช่วยเหลือสนับสนุนหรือส่งเสริมผู้เยาว์ให้เข้าไปเกี่ยวข้องกับกลุ่มอาชญากรรม ใน มาตรา 856⁷ D และ E บัญญัติว่า :

“D. ผู้ใดโดยรู้หรือจงใจ ก่อ ช่วยเหลือ สนับสนุน ส่งเสริม ยุยง ชักจูง ผู้เยาว์ ให้มีส่วนร่วม เข้าร่วม หรือคบค้าสมาคมกับกลุ่มอาชญากรรม ซึ่งมีความหมายตามอนุมาตรา F หรือเป็นสมาชิกกลุ่มใด ๆ เพื่อวัตถุประสงค์ในการก่ออาชญากรรม ผู้นั้นกระทำความผิดร้ายแรง ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 5,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ

E. ผู้ใดถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดในอนุมาตรา D เป็นครั้งที่ 2 หรือมากกว่านั้น ผู้นั้นกระทำความผิดร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 5 ปีแต่ไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 5,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ”

สำหรับคำว่า “กลุ่มอาชญากรรม” ใน มาตรา 856 F ได้บัญญัติให้คำนิยามไว้ว่า:

“F. กลุ่มอาชญากรรม หมายถึง องค์กรอาชญากรรมที่ยังคงดำเนินการอยู่ สมาคม หรือกลุ่มที่มีสมาชิกตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป ซึ่งส่งเสริม สนับสนุน ช่วยเหลือ หรือมีส่วนร่วมใน

⁷ 2015 Oklahoma Statutes, Title 21 Crimes and Punishments, Chapter 31A Contributing to Delinquency of Minors, Section 21-856.

“D. Every person who shall knowingly or willfully cause, aid, abet, encourage, solicit, or recruit a minor to participate, join, or associate with any criminal street gang, as defined by subsection F of this section, or any gang member for the purpose of committing any criminal act shall, upon conviction, be guilty of a felony punishable by imprisonment in the custody of the Department of Corrections for a term of not more than five (5) years, or a fine not to exceed Five Thousand Dollars (\$5,000.00), or both such fine and imprisonment.

E. Every person convicted of a second or subsequent violation of subsection D of this section shall be guilty of a felony punishable by imprisonment in the custody of the Department of Corrections for a term not less than five (5) years nor more than ten (10) years, or by a fine not exceeding Five Thousand Dollars (\$5,000.00), or by both such fine and imprisonment.”

การกระทำความผิดเพื่อเป็นเงื่อนไขในการเข้าเป็นสมาชิกหรือให้ยังคงเป็นสมาชิก โดยกระทำการต่อไปนี

1. ทำร้ายร่างกายหรือทำร้ายร่างกายโดยอาวุธร้ายแรง ตามที่บัญญัติใน มาตรา 645
2. ทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย ตามที่บัญญัติใน มาตรา 646
3. ปล้นทรัพย์โดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือข่มขู่ให้กลัว ตามที่บัญญัติใน มาตรา 791- 797
4. ปล้นทรัพย์หรือพยายามปล้นทรัพย์โดยมีอาวุธอันตรายหรืออาวุธปืน ตามที่บัญญัติใน มาตรา 801
5. ฆ่าคนตายโดยผิดกฎหมายหรือฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา ตามที่บัญญัติใน มาตรา 691-722
6. จำหน่าย ครอบครองเพื่อจำหน่าย ขนส่ง ผลิต เสนอขาย เสนอผลิต วัตถุอันตรายที่กฎหมายควบคุม ตามที่บัญญัติใน มาตรา 2-101 (Title 63 of the Oklahoma Statutes)
7. ค้ายาเสพติด ตามที่บัญญัติใน the Trafficking in Illegal Drugs Act, มาตรา 2-414 (Title 63 of the Oklahoma Statutes)
8. วางเพลิง ตามที่บัญญัติใน มาตรา 1401-1403
9. ชักจูงหรือข่มขู่พยานหรือคณะลูกขุน ตามที่บัญญัติใน มาตรา 388, 455 และ 545
10. ลักทรัพย์อันเป็นยานพาหนะ ตามที่บัญญัติใน มาตรา 1720
11. ข่มขืนกระทำชำเรา ตามที่บัญญัติใน มาตรา 1111
12. กรรโชกทรัพย์ ตามที่บัญญัติใน มาตรา 1481
13. ลักลอบขนอาวุธในยานพาหนะ ตามที่บัญญัติใน มาตรา 1289.13
14. มีอาวุธในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต ตามที่บัญญัติใน มาตรา 1289.8
15. ยิงปืน ตามที่บัญญัติใน มาตรา 652”

ในมาตรานี้เป็นบทบัญญัติที่กำหนดความผิดในฐานยุยงส่งเสริมให้ผู้เยาว์ เข้าร่วมในกลุ่มอาชญากรรม อันหมายถึงองค์กรอาชญากรรมหรือกลุ่มบุคคลตั้งแต่ 5 คนขึ้นไปซึ่งยังคง ดำเนินการอยู่ และได้กระทำการอันมีลักษณะเป็นความผิดร้ายแรง เช่น การทำร้ายร่างกาย ปล้น ทรัพย์ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดหรือความผิดเกี่ยวกับอาวุธ เป็นต้น โดยกฎหมายกำหนดโทษไว้ดังนี้

ในกรณีกระทำความผิดครั้งแรกต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 5,000 ดอลลาร์ หรือ ทั้งจำทั้งปรับ หากเป็นกรณีกระทำความผิดเป็นครั้งที่สองหรือกว่านั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 5 ปี แต่ไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 5,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ จะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดโทษไว้ค่อนข้างสูงเมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติใน มาตรา 856 A และ B เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากความผิดที่ยุงให้เด็กกระทำแล้ว การให้เด็กเข้าร่วมในกลุ่มอาชญากรรมเพื่อก่ออาชญากรรมหรือกระทำความผิดร้ายแรงย่อมสร้างความเสียหายและอันตรายต่อเด็กอย่างมาก จึงต้องกำหนดโทษให้สูงเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเด็กจากการถูกชักจูงให้กระทำความผิด

- กรณีการก่อ ช่วยเหลือ สนับสนุน หรือยุยงส่งเสริมให้ผู้เยาว์มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด⁸ ใน มาตรา 856.1⁹ บัญญัติไว้ว่า:

⁸ The Uniform Controlled Dangerous Substances Act, Section 2-101 of Title 63 of the Oklahoma Statutes.

⁹ 2015 Oklahoma Statutes, Title 21 Crimes and Punishments, Chapter 31A Contributing to Delinquency of Minors, Section 21-856.1 Causing, aiding, abetting or encouraging minor to participate in certain drug-related crimes

“Every person who shall knowingly, intentionally or willfully cause, aid, abet or encourage a minor child to:

1. Distribute, dispense, possess or manufacture a controlled dangerous substance, as provided in the Uniform Controlled Dangerous Substances Act, Section 2-101 et seq. of Title 63 of the Oklahoma Statutes;

2. Create, distribute, or possess a counterfeit controlled dangerous substance, as defined by Section 2-101 of Title 63 of the Oklahoma Statutes;

3. Distribute any imitation controlled substance as defined by Section 2-101 of Title 63 of the Oklahoma Statutes;

4. Conspire or participate in any scheme, plan or act for the purposes of avoiding, eluding or evading arrest or detection by law enforcement authorities for crimes involving controlled substances as defined by Section 2-101 of Title 63 of the Oklahoma Statutes; or

5. Violate any penal provisions of the Uniform Controlled Dangerous Substances Act,

“ผู้ใด โดยรู้ เจตนา หรือจงใจ ก่อ ช่วยเหลือ สนับสนุน หรือยุยงส่งเสริม
ให้ผู้เยาว์

1. จำหน่าย ครอบครอง หรือผลิต สารอันตรายซึ่งได้รับการควบคุมตาม
พระราชบัญญัติควบคุมสารอันตราย

2. ทำ จำหน่าย หรือครอบครอง สารอันตรายซึ่งถูกควบคุมตาม
พระราชบัญญัติควบคุมสารอันตรายอันทำปลอมขึ้น

3. จำหน่าย สารอันตรายซึ่งถูกควบคุมตามตามพระราชบัญญัติควบคุม
สารอันตรายอันทำเลียนแบบขึ้น

4. สมรู้ร่วมคิด หรือมีส่วนร่วมในโครงการ แผนการ หรือการกระทำใด ๆ
เพื่อหลบหนีหรือเพื่อให้พ้นจากการถูกจับกุม จากความผิดตามพระราชบัญญัติควบคุมสารอันตราย

5. ฝ่าฝืนบทบัญญัติใด ๆ ในพระราชบัญญัติควบคุมสารอันตราย
ผู้นั้นกระทำความผิดร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 20 ปี และปรับ
ไม่เกิน 200,000 ดอลลาร์ ค่าพิพากษานี้ไม่อยู่ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยเรื่องการรอลงอาญา
เว้นแต่จะถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดเป็นครั้งแรก”

สำหรับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินี้ดังกล่าว เพื่อเป็นการป้องกันมิให้
ผู้เยาว์เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับยาเสพติดหรือถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด
ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดให้กรณีการก่อให้ผู้เยาว์กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ไม่ว่าจะใน
กระบวนการหรือขั้นตอนใด ๆ ทั้งการผลิต ครอบครองและจำหน่ายอันเป็นความผิดตาม
พระราชบัญญัติควบคุมสารอันตราย เป็นฐานความผิดใหม่อีกบทหนึ่งแยกต่างหากจากการก่อให้
ผู้เยาว์กระทำความผิดในกรณีทั่วไป อีกทั้งบทบัญญัติได้กำหนดโทษสำหรับฐานความผิดนี้ไว้สูง คือ
ระวางโทษจำคุกไม่เกิน 20 ปี และปรับไม่เกิน 200,000 ดอลลาร์ แม้จะไม่กำหนดโทษขั้นต่ำไว้ก็ตาม
ซึ่งคำพิพากษาของศาลในกรณีนี้ยังไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยเรื่องการรอลง
โทษหรือรอกำหนดโทษอีกด้วย เว้นแต่จะเป็นการกระทำความผิดครั้งแรก

shall be guilty of a felony punishable by imprisonment in the State
Penitentiary for a term not more than twenty (20) years and a fine of not more than
Two Hundred Thousand Dollars (\$200,000.00). Said sentence shall not be subject to
statutory provisions for suspended sentences, or deferred sentences except when the
conviction is for a first offense.”

เมื่อพิจารณากฎหมายอาญาของมลรัฐ Oklahoma แล้วจะเห็นได้ว่า บัญญัติดังกล่าวมีขึ้นเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกชักจูงเด็กและเยาวชนไปในทางที่ผิด ทั้งนี้ ผู้กระทำถือว่ามี ความผิดและความผิดสำเร็จทันทีเมื่อได้มีการกระทำการอันจะเป็นผลโดยตรง หรือมีแนวโน้มโดยตรงที่จะทำให้เกิดการกระทำผิดหรือประพฤติดันเหลวไหล โดยไม่คำนึงว่าเด็กนั้นจะได้ กระทำความผิดหรือประพฤติดันเหลวไหลตามที่ถูกชักจูงหรือไม่ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวนั้นจะ ก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อตัวเด็กและส่งผลกระทบต่อเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเด็กได้กระทำ ความผิดไปตามที่ถูกชักจูงย่อมส่งผลกระทบต่อเด็กอย่างยิ่ง ซึ่งการชักจูงให้เด็กและเยาวชน กระทำความผิดนี้เป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญอันเป็น หลักการพื้นฐานสำคัญในการคุ้มครองสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ดังนี้ การบัญญัติความผิด ฐานชักจูงส่งเสริมให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดนี้จึงสอดคล้องและเป็นไปตามหลักการคุ้มครอง สิทธิเด็กโดยเฉพาะอย่างยิ่งในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก นอกจากนี้ กฎหมายอาญาของมลรัฐ Oklahoma ยังมีการแบ่งแยกกระบวนโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดโดยพิจารณาจากความ ร้ายแรงของผลกระทบที่เกิดขึ้นกับเด็ก อันสามารถพิจารณาได้จากระดับความร้ายแรงของฐาน ความผิดที่ก่อให้เกิดการกระทำ หากก่อให้เกิดการทำความผิดที่ไม่ร้ายแรง ก็ถือเป็นความผิดไม่ร้ายแรง และได้รับโทษเพียงสถานเบา แต่หากก่อให้เกิดการทำความผิดที่มีความร้ายแรง เช่น ความผิดเกี่ยวยา เสพติด หรือ องค์การอาชญากรรม ย่อมถือเป็นความผิดร้ายแรงและต้องรับโทษสถานหนัก นอกจากนี้ ยังมีการแยกกรณีก่อกำให้ผู้เยาว์กระทำความผิดอาญาร้ายแรงไว้อีกบทหนึ่ง โดยเป็นบทกำหนดให้รับ โทษหนักขึ้นซึ่งจะกล่าวต่อไปในข้อ 3.2

3.1.1.2 มลรัฐ Georgia¹⁰ ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐ Georgia ได้บัญญัติความผิดฐานยุยงส่งเสริมให้ผู้เยาว์กระทำ ความผิดไว้ใน Title 16 (Crimes and Offenses) Chapter 12 (Offenses against Public Health and Morals) Article 1 (General Provisions) อันมีรายละเอียดที่สำคัญดังต่อไปนี้

- กรณีก่อกำให้ผู้เยาว์กระทำความผิดหรือเป็นสาเหตุให้ผู้เยาว์ต้องได้รับการ ดูแล บัญญัติไว้ใน มาตรา 16-12-1 (b) (1)¹¹ (Contributing to the delinquency, unruliness, or deprivation of a minor) ว่า :

¹⁰ 2015 Georgia Code.

¹¹ 2015 Georgia Code, Title 16 Crimes and offenses, Chapter 12 Offense against public health and morals, Article 1 General provisions, Section 16-12-1 Contributing to the delinquency, unruliness, or deprivation of a minor

“(b) ผู้ใดกระทำการอันถือเป็นความผิดฐานยุยงส่งเสริมให้ผู้เยาว์กระทำความผิดหรือเป็นสาเหตุให้ผู้เยาว์ต้องได้รับการดูแล เมื่อผู้นั้น:

(1) รู้หรือจงใจ ก่อ ยุยงส่งเสริม ช่วยเหลือ สนับสนุน หรือรู้เห็นเป็นใจให้ผู้เยาว์กระทำความผิดหรือประพฤติตนเหลวไหล”

ในอนุมาตรา (b) ได้บัญญัติกำหนดความผิดฐานยุยงส่งเสริมให้ผู้เยาว์กระทำความผิด ซึ่งแบ่งออกเป็นข้อต่าง ๆ ตามลักษณะของการกระทำความผิดและความร้ายแรงของการกระทำ สำหรับข้อ (1) ได้กำหนดให้การก่อ ยุยงส่งเสริม หรือช่วยเหลือสนับสนุนให้ผู้เยาว์กระทำความผิดหรือประพฤติตนเหลวไหล (delinquent act)¹² ถือว่าเป็นความผิด จะต้องได้รับโทษตามกฎหมาย โดยคำว่า “ผู้เยาว์” ในที่นี้ หมายถึง บุคคลใด ๆ ที่อายุต่ำกว่า 17 ปีในขณะที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด หรือบุคคลใด ๆ ที่อายุต่ำกว่า 18 ปี¹³ โดยผู้นั้นได้กระทำการอันเป็นการยุยงส่งเสริมช่วยเหลือสนับสนุน หรือรู้เห็นเป็นใจให้ผู้เยาว์กระทำการอันกำหนดเป็นความผิดโดยกฎหมายซึ่งมี

“(b) A person commits the offense of contributing to the delinquency or dependency of a minor or causing a child to be a child in need of services when such person:

(1) Knowingly and willfully encourages, causes, abets, connives, or aids a minor in committing a delinquent act;”

¹² 2015 Georgia Code, Title 15 Courts, Chapter 11 Juvenile code, Article 1 General provisions, Section 15-11-2 Definitions

(19) “Delinquent act” means:

(A) An act committed by a child designated a crime by the laws of this state, or by the law of another state if the act occurred in that state, under federal laws, or by local ordinance, and the act is not an offense applicable only to a child or a juvenile traffic offense;

(B) The act of disobeying the terms of supervision contained in a court order which has been directed to child who has been adjudicated to have committed a delinquent act; or

(C) Failing to appear as required by a citation issued for an act that would be a crime if committed by an adult.

¹³ 2015 Georgia Code, Title 16, Chapter 12, Article 1, Section 16-12-1 (A)(3).

ลักษณะไม่ร้ายแรง หรือฝ่าฝืนเงื่อนไขการคุมประพฤติที่ศาลกำหนดเนื่องจากการกระทำความผิดครั้งก่อน รวมถึงการจะกระทำการซึ่งถืออาชญากรรมหากได้กระทำโดยผู้ใหญ่แต่เกิดความผิดพลาดขึ้น

- กรณีก่อกำให้ผู้เยาว์กระทำความผิดอาญาร้ายแรง ใน มาตรา 16-12-1 (b)

(4)¹⁴ บัญญัติไว้ว่า :

“(4) รู้หรือจงใจ จ้างวาน ชักชวน มีส่วนร่วม ตกลงกัน สมรู้ร่วมคิด ยุยง ส่งเสริม ช่วยเหลือ สนับสนุนหรือสั่งให้ผู้เยาว์กระทำความผิดอาญาร้ายแรง ซึ่งมีการใช้กำลังหรือความรุนแรงเป็นองค์ประกอบของความผิด หรือกระทำการใดซึ่งหากได้กระทำโดยผู้ใหญ่จะถือเป็นความผิดอาญาร้ายแรงที่มีการใช้ความรุนแรงเป็นองค์ประกอบของความผิด”

ในอนุมาตรา (b) ข้อ (4) เป็นกรณีการก่อกำให้ผู้เยาว์กระทำความผิดซึ่งถือเป็นความผิดอาญาร้ายแรง หรือกระทำการซึ่งอาจถือเป็นความผิดอาญาร้ายแรงหากได้กระทำโดยผู้ใหญ่ โดยการกระทำดังกล่าวมีการใช้กำลังบังคับหรือใช้ความรุนแรงเป็นองค์ประกอบของความผิดด้วย

- กรณีก่อกำให้ผู้เยาว์กระทำความผิดอาญาร้ายแรงโดยมีการมอบอาวุธให้ผู้เยาว์เพื่อใช้ในการกระทำความผิด ใน มาตรา 16-12-1 (b) (5)¹⁵ บัญญัติไว้ว่า :

“(5) รู้หรือจงใจ มอบอาวุธปืน อาวุธอันตราย หรือวัตถุอันตรายใด ๆ ให้แก่ผู้เยาว์เพื่อกระทำความผิดอาญาร้ายแรงซึ่งมีการใช้กำลังหรือความรุนแรงเป็นองค์ประกอบของ

¹⁴ 2015 Georgia Code, Title 16, Chapter 12, Article 1, Section 16-12-1 (b)

“(4) Knowingly and willfully hires, solicits, engages, contracts with, conspires with, encourages, abets, or directs any minor to commit any felony which encompasses force or violence as an element of the offense or delinquent act which would constitute a felony which encompasses force or violence as an element of the offense if committed by an adult;”

¹⁵ 2015 Georgia Code, Title 16, Chapter 12, Article 1, Section 16-12-1(b)

“(5) Knowingly and willfully provides to a minor any firearm as defined in Code Section 16-11-127.1, any dangerous weapon as defined in Code Section 16-11-121, or any hazardous object as defined in Code Section 20-2-751 to commit any felony which encompasses force or violence as an element of the offense or delinquent act which would constitute a felony which encompasses force or violence as an element of the offense if committed by an adult;”

ความผิด หรือกระทำการใดซึ่งหากได้กระทำโดยผู้ใหญ่อะไรจะถือเป็นความผิดอาญาร้ายแรงที่มีการใช้ความรุนแรงเป็นองค์ประกอบของความผิด”

ในอนุมาตรา (b) ข้อ (5) กรณีการก่อกำให้ผู้เยาว์กระทำความผิดนั้นได้มีการมอบอาวุธให้แก่ผู้เยาว์เพื่อใช้ในการกระทำความผิดด้วย สำหรับอาวุธอันตราย¹⁶ เช่น ปืนบาซูก้า ปืนไรเฟิล ปืนยิงจรวด หรืออาวุธอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกันซึ่งออกแบบมาเพื่อทำร้ายหรือฆ่าคนและเป็นอาวุธที่มีพลังในการทำลายล้างสูง ส่วนวัตถุอันตราย¹⁷ เช่น มีด มีดโกน กริช ดาบ กระบอง กระบองสองท่อน ดาวกระจาย ลูกดอก หรือสนับมือ ไม่ว่าจะทำด้วยโลหะ ไม้ หรือวัสดุใดที่คล้ายคลึงกัน เป็นต้น โดยการมอบอาวุธให้แก่ผู้เยาว์นั้นเพื่อกระทำความผิดร้ายแรงและมีการใช้อาวุธประกอบในการกระทำความผิด จะเห็นได้ว่าอาวุธต่าง ๆ มีความร้ายแรงซึ่งใช้ในการทำอันตรายบุคคลจึงเป็นการกระทำที่มีลักษณะร้ายแรงอย่างยิ่ง

- กรณีก่อกำให้ผู้เยาว์กระทำความผิดอาญาร้ายแรงเกี่ยวกับทรัพย์ ในมาตรา 16-12-1 (b) (6)¹⁸ บัญญัติไว้ว่า :

“(6) รู้หรือจงใจ จ้างวาน ชักชวน มีส่วนร่วม ตกลงกัน สมรู้ร่วมคิด ยุยง ส่งเสริม ช่วยเหลือ สนับสนุนหรือสั่งให้ผู้เยาว์กระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ซึ่งถือเป็นความผิดอาญาร้ายแรงหากได้กระทำโดยผู้ใหญ่”

ในอนุมาตรา (b) ข้อ (6) กรณีการก่อกำให้ผู้เยาว์กระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในฐานะลักทรัพย์ (smash and grab burglary) ซึ่งเป็นการให้ผู้เยาว์เข้าไปในอาคารหรือ

¹⁶ 2015 Georgia Code, Title 16 Crimes and offenses, Chapter 11 Offense against public order and safety, Article 4 Dangerous instrumentalities and practices, Part 2 Possession of dangerous weapons, Section 16-11-121 Definitions (1).

¹⁷ 2015 Georgia Code, Title 20 Education, Chapter 2 Elementary and secondary education, Article 16 Students, Part 2 Discipline, Subpart 2 Public school disciplinary tribunals, Section 20-2-751 Definitions (4).

¹⁸ 2015 Georgia Code, Title 16, Chapter 12, Article 1, Section 16-12-1(b)

“(6) Knowingly and willfully hires, solicits, engages, contracts with, conspires with, encourages, abets, or directs any minor to commit any smash and grab burglary which would constitute a felony if committed by an adult.”

เคสสถานเพื่อลักทรัพย์โดยมีการทำอันตรายสิ่งกีดกั้นเพื่อป้องกันหรือคุ้มครองทรัพย์¹⁹ เช่น การทุบทำลายหน้าต่าง หรือตู้กระจก เป็นต้น ซึ่งถือเป็นการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง

- บทกำหนดโทษ ใน มาตรา 16-12-1 (d) และ (e)²⁰ บัญญัติไว้ว่า :

“(d) ผู้ที่ถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดใน อนุ (b) (1) ต้องระวางโทษ

ดังนี้

(1) จำเลยถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดเป็นครั้งแรกหรือครั้งที่สอง ผู้นั้นกระทำความผิดอาญาไม่ร้ายแรงและต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ หรือจำคุกไม่เกิน 12 เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁹ 2015 Georgia Code, Title 16 Crimes and offenses, Chapter 7 Damage to and intrusion upon property, Article 1 Burglary, Section 16-7-2 Smash and grab burglary; “retail establishment” defined; penalty.

²⁰ 2015 Georgia Code, Title 16, Chapter 12, Article 1, Section 16-12-1 (b)

“(d) A person convicted pursuant to paragraph (1) or (2) of subsection (b) of this Code section shall be punished as follows:

(1) Upon conviction of the first or second offense, the defendant shall be guilty of a misdemeanor and shall be fined not more than \$1,000.00 or shall be imprisoned for not more than 12 months, or both fined and imprisoned; and

(2) Upon the conviction of the third or subsequent offense, the defendant shall be guilty of a felony and shall be fined not less than \$1,000.00 nor more than \$5,000.00 or shall be imprisoned for not less than one year nor more than three years, or both fined and imprisoned.

(e) A person convicted pursuant to paragraph (4), (5), or (6) of subsection (b) or paragraph (1) of subsection (d.1) of this Code section shall be guilty of a felony and punished as follows:

(1) Upon conviction of the first offense, the defendant shall be imprisoned for not less than one nor more than ten years; and

(2) Upon conviction of the second or subsequent offense, the defendant shall be imprisoned for not less than three years nor more than 20 years.”

(2) จำเลยถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดเป็นครั้งที่สามหรือกว่านั้น ผู้นั้นกระทำความผิดอาญาร้ายแรงและต้องระวางโทษปรับไม่น้อยกว่า 1,000 ดอลลาร์แต่ไม่เกินกว่า 5,000 ดอลลาร์ หรือจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปีแต่ไม่เกินกว่า 3 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ”

การกระทำความผิดในอนุมาตรา (b) ข้อ (1) ได้แก่ การก่อให้เกิดผู้เยาว์กระทำความผิดหรือประพฤตินเลวไหล ซึ่งความผิดที่ก่อให้เกิดผู้เยาว์กระทำนั้นมีลักษณะไม่ร้ายแรง การให้กระทำการอันไม่เหมาะสม หรือประพฤตินเลวไหลผิดหน้าที่ อันมีบทกำหนดโทษอยู่ในอนุมาตรา (d) โดยถ้าเป็นการกระทำความผิดครั้งแรกหรือครั้งที่สองตามกฎหมายถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาญาไม่ร้ายแรง ซึ่งต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ หรือจำคุกไม่เกิน 12 เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่หากเป็นกรณีการกระทำความผิดเป็นครั้งที่สามขึ้นไปจะถือเป็นการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงซึ่งผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษปรับไม่น้อยกว่า 1,000 ดอลลาร์แต่ไม่เกินกว่า 5,000 ดอลลาร์ หรือจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปีแต่ไม่เกินกว่า 3 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

“(e) ผู้ที่ถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดใน อนุ (b) (4), (5) หรือ (6) ผู้นั้นกระทำความผิดอาญาร้ายแรง ต้องระวางโทษ ดังนี้

(1) จำเลยถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดเป็นครั้งแรก ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ไม่เกินกว่า 3 ปี

(2) จำเลยถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดเป็นครั้งที่สองหรือกว่านั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 3 ปี แต่ไม่เกินกว่า 20 ปี”

การกระทำความผิดในอนุมาตรา (b) ข้อ (4), (5) หรือ (6) ถือเป็นการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง เนื่องจากเป็นการก่อให้เกิดผู้เยาว์กระทำความผิดอาญาซึ่งมีลักษณะร้ายแรง รวมทั้งมีการใช้ความรุนแรงเป็นองค์ประกอบในการกระทำความผิด ซึ่งผู้กระทำความผิดจะต้องระวางโทษจำคุก กรณีกระทำความผิดเป็นครั้งแรก ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ไม่เกินกว่า 3 ปี แต่กรณีกระทำความผิดเป็นครั้งที่สองขึ้นไปผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 3 ปี แต่ไม่เกินกว่า 20 ปี

นอกจากนี้ ในอนุมาตรา (c) ยังกำหนดว่าแม้ผู้เยาว์จะไม่ได้รับการพิพากษาว่ากระทำความผิด หรือต้องได้รับการดูแล ก็ไม่อาจยกเป็นข้อต่อสู้ในหมวดนี้ได้ ดังนั้นผู้กระทำถือว่ามีคามผิดแม้ผู้เยาว์จะไม่ได้กระทำความผิดตามที่ถูกก่อหรือกระทำไม่สำเร็จก็ตาม

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า มลรัฐ Georgia มีแนวคิดในเรื่องการคุ้มครองเด็กจากการถูกใช้หรือก่อให้เกิดกระทำความผิดเช่นเดียวกับมลรัฐ Oklahoma โดยได้บัญญัติความผิดสำหรับการกระทำอันเป็นการยุยงส่งเสริมให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดหรือประพฤตินเลวไหลไว้เป็นฐานความผิดหนึ่งแยกต่างหากจากความผิดฐานผู้ใช้ในกรณีทั่วไป ทั้งนี้ การกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดนั้นยังมีการแบ่งแยกออกเป็นระดับต่าง ๆ โดยคำนึงถึงระดับความ

ร้ายแรงของผลกระทบเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อเด็ก ซึ่งอาจพิจารณาได้จากฐานความผิดที่ก่อให้เกิด
 กระทำ หากความผิดที่ใช้ให้เด็กกระทำนั้นมีความร้ายแรง ย่อมก่อให้เกิดกระทบเสียหายร้ายแรงต่อ
 เด็กเช่นกัน ดังนั้นผู้กระทำย่อมสมควรได้รับโทษหนักขึ้นตามส่วน สำหรับมลรัฐ Georgia ได้แบ่งระดับ
 การลงโทษ ดังนี้ คือ ก่อให้เกิดความผิดไม่ร้ายแรง ก่อให้เกิดความผิดร้ายแรง และการ
 กระทำความผิดซ้ำ ผู้กระทำความผิดจะต้องระวางโทษสูงขึ้นตามลำดับ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า
 การกำหนดความผิดดังกล่าวเป็นไปตามหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กและสอดคล้องกับหลักการคำนึงถึง
 ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

3.1.2 ในกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา

กรณีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้ให้
 กระทำความผิดในลักษณะของการกำหนดเป็นฐานความผิดขึ้นใหม่ในกฎหมายคุ้มครองเด็กโดยเฉพาะ
 และเป็นกฎหมายที่มีการกำหนดโทษทางอาญาไว้สำหรับผู้ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งประเทศที่มี
 การบัญญัติในลักษณะดังกล่าวและผู้เขียนได้เลือกศึกษา ได้แก่ ประเทศอียิปต์ ประเทศเกาหลีใต้และ
 ประเทศสิงคโปร์ เนื่องจากประเทศทั้งสามเป็นประเทศที่ประสบปัญหาการละเมิดสิทธิเด็กและ
 คำนึงถึงการแก้ไขปัญหาเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนด้วยการออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อ
 แก้ไขปัญหาดังกล่าว

3.1.2.1 ประเทศอียิปต์

ประเทศอียิปต์เป็นประเทศหนึ่งที่ประสบปัญหาการทารุณกรรมและการ
 แสวงหาประโยชน์จากเด็ก เนื่องจากขาดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการป้องกันและ
 คุ้มครองเด็ก²¹ ต่อมาจึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายขึ้นใหม่ในปี 2008 แต่เดิมกฎหมายเรื่องเด็ก
 และเยาวชนซึ่งกระทำความผิดของประเทศอียิปต์ได้กำหนดอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา (The
 Egyptian Criminal Code) หมวด 10 มาตรา 64 ถึงมาตรา 73 ต่อมาหมวดดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไป
 เนื่องจากประเทศอียิปต์ได้เข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก กฎกรุงปักกิ่ง รวมทั้ง
 ข้อเสนอแนะกรุงริยาร์ด ซึ่งส่งผลให้อียิปต์เพิ่มความสนใจในปัญหาเกี่ยวกับเด็กมากขึ้นและตระหนักถึง
 ความสำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็ก จึงได้แก้ไขกฎหมาย The Child Law No. 126/2008
 อันได้บัญญัติครอบคลุมกฎหมายเกี่ยวกับเด็กทั้งหมดไว้ในกฎหมายฉบับดังกล่าว โดยหลักการสำคัญ
 ของกฎหมายนี้คือ มุ่งเน้นการป้องกันการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนที่มีความเสี่ยง มากกว่า

²¹ The UNICEF Egypt, “Fact sheet: child protection,” Retrieved March 15, 2016, from http://www.unicef.org/egypt/Fact_Sheet_-_Child_Protection.pdf.

การแก้ไขเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด²² ในกฎหมายนี้จะประกอบด้วยบทบัญญัติซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนในด้านต่าง ๆ รวมทั้งการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดโดยกำหนดฐานความผิดสำหรับผู้ซึ่งก่อหรือชักจูงให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด และบทเพิ่มโทษสำหรับผู้ที่กระทำความผิดต่อเด็กและเยาวชนซึ่งมีสาระสำคัญดังจะกล่าวต่อไป

สำหรับ “เด็ก” ที่จะได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองเด็กนี้ จะต้องเป็นบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์²³ และกฎหมายนี้ยังได้บัญญัติรับรองสิทธิเด็กในเรื่องต่าง ๆ เช่น สิทธิที่จะมีชีวิตรอด สิทธิที่จะได้รับการพัฒนาที่สมบูรณ์ และสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากการทำร้ายและความรุนแรงทุกรูปแบบ²⁴ เป็นต้น นอกจากนี้ ในหมวด 8 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดกฎหมายอาญาไว้เป็นกรณีเฉพาะอีกด้วย โดยเด็กที่กระทำความผิดในขณะที่อายุต่ำกว่า 12 ปี เด็กนั้นยังไม่มี ความรับผิดชอบทางอาญา²⁵ แต่ถ้าเด็กนั้นอายุกว่า 7 ปี แต่ต่ำกว่า 12 ปี และได้กระทำความผิดอาญาร้ายแรง (felony) หรือความผิดอาญาไม่ร้ายแรง (misdemeanor)²⁶ ศาลอาจนำวิธีการสำหรับเด็กมาใช้ได้ อาทิ การว่ากล่าวตักเตือน การมอบตัวให้ผู้ปกครองรับไปดูแล การส่งไปบำบัดที่โรงพยาบาลหรือการส่งไปที่ศูนย์ควบคุมดูแล²⁷

สำหรับกรณีการกำหนดฐานความผิดขึ้นใหม่เพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้ให้กระทำความผิดนั้น ในกฎหมายคุ้มครองเด็กของอียิปต์ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 116 bis(a)²⁸ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

²² Nisrine Abiad and Farkhanda Zia Mansoor, Criminal law and the rights of the child in Muslim states: a comparative and analytical perspective, (British Institute of International and Comparative Law: London, 2010), pp.101-130.

²³ The Egyptian child law 1996, Amended 2008, Article 2.

²⁴ The Egyptian child law 1996, Amended 2008, Article 3.

²⁵ The Egyptian child law 1996, Amended 2008, Article 94.

²⁶ ใน Criminal code ของประเทศอียิปต์ได้แบ่งประเภทของความผิดออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ ความผิดอาญาร้ายแรง (felony) ซึ่งต้องระวางโทษจำคุก ใช้แรงงานชั่วคราวหรือตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต ความผิดอาญาไม่ร้ายแรง (misdemeanor) ซึ่งต้องระวางโทษกักกันหรือโทษปรับเกินกว่า 1,000 อียิปต์ปอนด์ และความผิดลหุโทษ (violation หรือ contravention) ซึ่งต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 1,000 อียิปต์ปอนด์.

²⁷ The Egyptian child law 1996, Article 101.

²⁸ The Egyptian child law 1996, Amended 2008, Article 116 bis.

“ผู้ใดซึ่งนำเข้า ส่งออก ผลิต ทำซ้ำ เผยแพร่ ครอบครอง โฆษณา สื่อลามกอนาจารที่ใช้เด็กหรือเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก...ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 2 ปี และปรับไม่น้อยกว่า 10,000 อียิปต์ปอนด์ แต่ไม่เกิน 50,000 อียิปต์ปอนด์

เว้นแต่กฎหมายอื่นจะบัญญัติโทษไว้หนักกว่า การกระทำความผิดต่อไปนี้ต้องระวางโทษตามข้างต้น

(a) ผู้ใด ใช้คอมพิวเตอร์ อินเทอร์เน็ต ระบบเครือข่าย หรือการตูน ในการตระเตรียม การบันทึก กระบวนการ การแสดง การทำสำเนา การเผยแพร่ กิจกรรมลามกอนาจาร หรือ ใช้ ชักจูง หรือ แสวงหาประโยชน์โดยให้เด็กเข้าร่วมในการค้าประเวณี หรือกิจกรรมลามกอนาจาร หรือหมิ่นประมาทเด็ก หรือขายเด็ก

(b) ผู้ใดใช้ คอมพิวเตอร์ อินเทอร์เน็ต ระบบเครือข่าย หรือการตูน ในการชักจูงให้เด็กประพฤติตนไม่สมควร ใช้เด็กกระทำความผิด หรือให้เข้าร่วมในกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย หรือผิดศีลธรรม แม้ความผิดตามที่ถูกชักจูงนั้นจะไม่เกิดขึ้น”

“(a) Shall be imprisoned for a period of not less than two (2) years and a fine of not less than ten thousand (10,000) Egyptian pounds, and not exceeding fifty thousand (50,000) Egyptian pounds any one importing, or exporting, or producing, or preparing, or viewing, or printing, or promoting, or possessing, or broadcasting pornographic material using children, or related to the sexual exploitation of children. Tools and other instrumentalities used to commit these crimes and proceeds derived from such offences shall be seized, and the premises used to commit such offences shall be closed for a period not less than six (6) months. All the above shall be undertaken without violating the rights of those with good intentions

Without prejudice to any stronger penalty prescribed in any other law, each of the following shall be subject to the same penalty:

a) anyone using a computer or internet or information networks or cartoons to prepare, or save, or process, or display, or print or publish or promote pornographic activities, or induce or exploit children to engage in prostitution or pornographic activities or defame them, or sell them.

b) anyone using a computer or internet or information networks or cartoons to induce children to delinquency or use them in committing crimes or engage them in illegitimate activities or immoral acts, even if the crime did not occur.”

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นกรณีกฎหมายกำหนดลงโทษบุคคลที่ใช้คอมพิวเตอร์หรือระบบเครือข่ายในการชักจูงเด็กให้กระทำความผิดหรือประพฤติดนทูลรวม ทั้งใช้ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเกี่ยวกับเด็ก โดยอาศัยความทันสมัยของเทคโนโลยี ในปัจจุบันนำอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์และระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ซึ่งทำให้ง่ายต่อการกระทำความผิดหรือการชักจูงเด็ก อีกทั้งยังง่ายต่อการเข้าถึงและติดต่อ ล่อลวงเด็กอีกด้วย เนื่องจากบทบัญญัตินี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกชักจูงหรือถูกใช้ เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด และมีวัตถุประสงค์ในการยับยั้งป้องกันการกระทำความผิดต่อ เด็ก จึงกำหนดให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบแม้เด็กจะไม่ได้กระทำความผิดไปตามที่ถูกชักจูงก็ตาม จึงถือเป็น ความผิดสำเร็จทันทีที่ได้ลงมือกระทำการชักจูงเด็ก และกำหนดโทษสำหรับความผิดฐานนี้ไว้ค่อนข้าง สูง โดยกำหนดให้ผู้กระทำผิดต้องระวางโทษทั้งจำคุกและปรับ ได้แก่ จำคุกไม่น้อยกว่า 2 ปีโดยไม่มี การกำหนดอัตราโทษชั้นสูง และปรับไม่น้อยกว่า 10,000 อียิปต์ปอนด์แต่ไม่เกินกว่า 50,000 อียิปต์ ปอนด์

เมื่อพิจารณากฎหมายคุ้มครองเด็กของประเทศอียิปต์แล้ว จะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์สำคัญในการยับยั้งและป้องกันมิให้เด็กและเยาวชนเข้ามาเกี่ยวข้องกับกิจกรรมหรือการกระทำที่ผิดกฎหมาย รวมทั้งคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกแสวงหา ประโยชน์ โดยจุดมุ่งหมายหลักเพื่อคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญอันเป็นไปตามหลักการ สำคัญในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

3.1.2.2 ประเทศเกาหลีใต้

ประเทศเกาหลีใต้เป็นอีกหนึ่งประเทศที่ประสบปัญหาการทารุณกรรมต่อ เด็กหลังจากที่ได้ลงนามเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กในปี ค.ศ.1991 รัฐบาลของประเทศ เกาหลีใต้ได้มีความพยายามในการรับรองสิทธิของเด็ก ทั้งยังยกให้การแก้ปัญหการทารุณกรรมต่อ เด็กและเยาวชนขึ้นเป็นนโยบายสำคัญที่สมควรได้รับการแก้ไขอย่างเร่งด่วน²⁹ จึงมีการออกกฎหมาย และแก้ไขกฎหมายหลายฉบับอันมีเนื้อหาสำคัญในการรับรองสิทธิและให้ความคุ้มครองแก่เด็กและ เยาวชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก³⁰ ซึ่งเนื้อหาสำคัญจะเน้นให้ความ คุ้มครองแก่สวัสดิภาพเด็กและเยาวชนจากสิ่งยั่วยุต่าง ๆ ที่เป็นอันตรายต่อเด็กและเยาวชน เช่น จาก สื่อต่าง ๆ ที่อาจเป็นอันตรายต่อเด็กและเยาวชน จากเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และสารเสพติดต่าง ๆ

²⁹ United Nations Study on Violence against Children Response to questionnaire received from the Government of the Republic of Korea.

³⁰ The Korean Juvenile Protection Act 1997, Amended by Act No.9932, January 18, 2010.

รวมทั้งการกระทำหรือกิจกรรมใด ๆ ซึ่งเป็นอันตรายต่อเด็กและเยาวชน เพื่อมิให้เด็กและเยาวชนเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับสิ่งใดหรือกิจกรรมใด ๆ ที่เป็นอันตรายอันจะส่งผลเสียต่อเด็กและเยาวชน

สำหรับเด็กและเยาวชน (Juvenile) ที่จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่า 19 ปีบริบูรณ์³¹ ซึ่งในพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดฐานความผิดสำหรับผู้กระทำการอันเป็นการชักจูงให้เด็กและเยาวชนประพฤติตนเหลวไหลหรือเสี่ยงต่อการกระทำผิดอันจะส่งผลเสียแก่เด็กและเยาวชน โดยกำหนดไว้ใน มาตรา 26-2³² (ข้อห้ามกิจกรรมที่เป็นอันตรายต่อเด็กและเยาวชน) โดยมีสาระสำคัญดังนี้

³¹ The Korean Juvenile Protection Act 1997, Amended 2010, Article 2.

³² The Korean Juvenile Protection Act 1997, Amended 2010, Article 26-2 (Prohibition of Acts Harmful to Juveniles)

“No one shall perform the act falling under each of the following subparagraphs:

1. The act of having juveniles sexually entertain through their physical contacts and the exposure of their sexual organs for the purpose of making profits, and other act of arranging such lascivious things;
2. The act of having juveniles drink with clienteles or entertain such clienteles songs and dance, and other act of arranging such entertaining things for the purpose of making profits;
3. The act of having juveniles perform the lascivious act for the purpose of making profits or entertainment;
4. The act of showing the physically deformed parts of juveniles to the public for the purpose of making profits or entertainment;
5. The act of having juveniles beg for money or goods or using them as a means to beg for money or goods;
6. The act of abusing juveniles;
7. The act of having juveniles lure customers on the street for the purpose of making profits;
8. The act of disrupting public morality by permitting male and female juveniles to sleep on the same beds and other act of providing a place to that end; and
9. Deleted [by Act No. 6261, Feb 3, 2000]

“ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการขู่ข่มขู่หรือในอนุมาตราต่อไปนี้

1. การให้ความบันเทิงทางเพศแก่เด็กและเยาวชนผ่านการสัมผัสร่างกาย และการเปิดเผยอวัยวะเพศของเด็กและเยาวชนเพื่อหากำไรหรือเพื่อสนองความใคร่
2. การใช้ให้เด็กและเยาวชนร่วมตีกับลูกค้ำหรือให้สร้างความบันเทิงแก่ลูกค้ำด้วยการร้องเพลงและการเต้น หรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการให้ความบันเทิงเพื่อหากำไร
3. การให้เด็กและเยาวชนกระทำการกิจกรรมอันลามกอนาจาร โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไรหรือเพื่อความบันเทิง
4. การแสดงอวัยวะส่วนที่พิกลพิการของเด็กและเยาวชนต่อสาธารณะ เพื่อหากำไรหรือเพื่อความบันเทิง
5. การให้เด็กและเยาวชนขอลานเพื่อเงินหรือสิ่งของ หรือใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการขอลานเงินหรือสิ่งของ
6. การกระทำอันเป็นการทารุณกรรมเด็ก
7. การใช้เด็กและเยาวชนเป็นลิ่งล่อลวงลูกค้ำบนท้องถนนเพื่อหากำไร...”

ในอนุมาตรา 1 เป็นกรณีการให้ความบันเทิงทางเพศแก่เด็กและเยาวชน ผ่านการเปิดเผยอวัยวะเพศหรือการสัมผัสร่างกายโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความใคร่หรือเพื่อแสวงหากำไร ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมและไม่สมควรแก่เด็กและเยาวชน โดยผู้กระทำการฝ่าฝืนอนุมาตรานี้ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ไม่เกิน 10 ปี³³ การฝ่าฝืนบทบัญญัติในอนุมาตรานี้ถือเป็นการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดโทษไว้ค่อนข้างสูง โดยกำหนดให้ผู้กระทำผิดต้องระวางโทษจำคุกขั้นต่ำ 1 ปีและระวางโทษจำคุกขั้นสูงถึง 10 ปี นอกจากนี้ยังไม่มีกำหนดโทษปรับสำหรับความผิดดังกล่าวนี้ด้วย

การกระทำความผิดในอนุมาตรา 2 และ 3 มีลักษณะเป็นการใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลกำไร โดยการให้เด็กและเยาวชนกระทำการกิจกรรมอันไม่สมควร อาทิ ให้ร่วมตีกับลูกค้ำ ให้เด็กและเยาวชนร้องเพลงหรือเต้น หรือกระทำการกิจกรรมอันลามกอนาจาร โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความบันเทิงหรือเพื่อหากำไร ซึ่งการฝ่าฝืนอนุมาตราดังกล่าวต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี³⁴ จะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดระวางโทษไว้ค่อนข้างสูงเช่นกัน คือ จำคุกไม่เกิน 10 ปี แม้จะไม่มีกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำไว้ก็ตาม อีกทั้งยังไม่มีกำหนดโทษปรับไว้อีกด้วย

³³ The Korean Juvenile Protection Act 1997, Amended 2010, Article 49-2.

³⁴ The Korean Juvenile Protection Act 1997, Amended 2010, Article 49-3.

กรณีการฝ่าฝืนอนุมาตรา 4, 5 และ 6 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี³⁵ โดยอนุมาตรา 4 เป็นการใช้อวัยวะในร่างกายที่ไม่สมประกอบ พิกลพิการหรือทุพพลภาพของเด็กและเยาวชนแสดงต่อสาธารณะเพื่อความบันเทิงหรือเพื่อแสวงหากำไร อันอาจสร้างความอับอายให้แก่เด็กและเยาวชนได้ สำหรับในอนุมาตรา 5 เป็นการใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการแสวงหากำไรด้วยการใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำตนเป็นขอทานหรือใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการขอทานของตน ส่วนในอนุมาตรา 6 เป็นกรณีการทารุณกรรมเด็กและเยาวชนซึ่งรวมถึงการใช้เด็กและเยาวชนในทางที่ผิด ซึ่งเป็นการบัญญัติในลักษณะที่กว้างมาก

สุดท้ายการฝ่าฝืนอนุมาตรา 7 เป็นกรณีการใช้เด็กและเยาวชนเป็นสิ่งดึงดูดใจหรือล่อลวงลูกค้าบนท้องถนน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 20 ล้านบาท³⁶ เป็นกรณีเดียวที่มีการกำหนดโทษปรับไว้ด้วย

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าประเทศเกาหลีใต้เห็นถึงความสำคัญของการคุ้มครองสิทธิเด็กและและเยาวชน ทั้งกำหนดให้เป็นหน้าที่ของทุกคนที่จะต้องให้ความดูแลและเลี้ยงดูเด็กในทางที่ถูกที่ควร และจะต้องไม่ใช่เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์ อันเป็นไปตามหลักการคุ้มครองเด็กจากการถูกแสวงหาประโยชน์ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่รัฐภาคีจะต้องดำเนินมาตรการทั้งปวงเพื่อยับยั้งป้องกันการแสวงหาประโยชน์จากเด็กในทุกรูปแบบ ซึ่งผู้ที่ฝ่าฝืนจะต้องรับโทษ อีกทั้งโทษที่กำหนดไว้สำหรับผู้กระทำความผิดนี้เป็นโทษที่สูง จึงเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดโทษเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อยับยั้งป้องกันการกระทำความผิด แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวยังมีข้อบกพร่องบางประการ เช่น การบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่กว้างเกินไปและไม่ชัดเจน ตัวอย่างเช่น ในมาตรา 26-2 อนุมาตรา 6 ซึ่งทำให้ยากต่อการตีความ เป็นต้น นอกจากนี้ในพระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติความผิดฐานจำหน่ายสารเสพติดให้แก่เด็กและเยาวชน แต่กลับไม่รวมถึงการให้เด็กและเยาวชนเข้าร่วมในกระบวนการขนส่ง การผลิต และจำหน่ายสารเสพติดดังกล่าว

3.1.2.3 ประเทศสิงคโปร์

เพื่อให้เป็นไปตามหลักการที่กำหนดไว้ใน The Worst Forms of Child Labour Convention 1999 (No. 182) เพื่อขจัดการใช้แรงงานเด็กในรูปแบบที่เลวร้ายที่สุด และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ประเทศสิงคโปร์จึงได้มีการแก้ไขกฎหมาย Children and Young Person Act (Chapter 38)³⁷ ในปี 2011 เพื่อรองรับหลักการดังกล่าว ซึ่งในกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์

³⁵ The Korean Juvenile Protection Act 1997, Amended 2010, Article 49-4.

³⁶ The Korean Juvenile Protection Act 1997, Amended 2010, Article 50.

³⁷ Children and Young Person Act (Chapter 38) 1993, Amended 2011.

หลักในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชน รวมทั้งคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกทารุณกรรมทุกรูปแบบ³⁸

ประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของบิดามารดาหรือผู้ปกครองในการที่จะเลี้ยงดูและควบคุมดูแลเด็กและเยาวชนในทางที่ถูกต้องและให้ความคุ้มครองเด็กในหลายด้านทั้งในด้านร่างกาย จิตใจ พัฒนาการทางอารมณ์ รวมทั้งคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์ ในพระราชบัญญัตินี้ได้ให้คำจำกัดความของบุคคลซึ่งจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายออกเป็น 3 ประเภท³⁹ ได้แก่ “เด็ก” (child) คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี “เด็กและเยาวชน” (juvenile) คือ บุคคลชายหรือหญิงที่มีอายุตั้งแต่ 7 ปีขึ้นไปแต่ต่ำกว่า 16 ปี และ “เยาวชน” (young person) หมายถึง บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 14 ปีขึ้นไปแต่ต่ำกว่า 16 ปี ซึ่งเด็กและเยาวชนจะต้องได้รับการดูแลและคุ้มครองเป็นพิเศษในกรณีต่อไปนี้ เช่น ไม่มีบิดามารดาหรือผู้ปกครอง หรือมีแต่ไม่สามารถทำหน้าที่ได้ ทำให้เด็กเสี่ยงต่อการกระทำความผิดหรือประพฤติตนไม่สมควร⁴⁰ ทั้งได้กำหนดความผิดและกำหนดโทษสำหรับผู้ซึ่งกระทำการอันส่งผลเสียต่อเด็กหรือเลี้ยงดูเด็กในทางที่มีขอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้กำหนดฐานความผิดสำหรับการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดของเด็กหรือเยาวชนไว้ใน มาตรา 6⁴¹ โดยมีสาระสำคัญดังนี้

³⁸ UNICEF, “Analysis of Domestic Laws related to Violence against Children: Singapore,” June 2015, Retrieved March 15, 2016, from http://www.unicef.org/eapro/Country_fact_sheet_Singapore-Final_16Jul15.pdf.

³⁹ Children and Young Person Act (Chapter 38) 1993, Section 2.

⁴⁰ Children and Young Person Act (Chapter 38) 1993, Section 4.

⁴¹ Children and Young Person Act (Chapter 38) 1993, Section 6
Contribution to delinquency of child or young person

“6. (1) Any person who causes or procures any child or young person or, having the custody, charge or care of a child or young person, allows that child or young person to be in any place for the purpose of —

(a) begging or receiving alms, or of inducing the giving of alms, whether or not there is any pretence of singing, playing, performing or offering anything for sale; or

(b) carrying out of illegal hawking, illegal lotteries, gambling or other illegal activities or activities detrimental to the health or welfare of the child,

“(1) บุคคลใดเป็นเหตุให้หรือจัดให้เด็กหรือเยาวชน หรือมีความปกครอง มีหน้าที่ควบคุมดูแลเด็กหรือเยาวชน อนุญาตให้เด็กหรือเยาวชนเข้าไปในสถานที่ใด ๆ โดยมี วัตถุประสงค์เพื่อ

(ก) ขอด่านหรือรับเงินบริจาค หรือชักจูงให้มีการบริจาค ไม่ว่าจะมีการ ร้องเพลง เล่นเกม หรือเสนอขายของด้วยหรือไม่ก็ตาม

(ข) ดำเนินการเร่ขายของที่ผิดกฎหมาย สลากผิดกฎหมาย การเล่นพนัน หรือกิจกรรมอื่นที่ผิดกฎหมาย หรือกิจกรรมที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพหรือสวัสดิภาพของเด็ก

ถือว่ามีความผิดและต้องรับโทษ ปรับไม่เกิน 2,000 เหรียญ หรือจำคุกไม่ เกิน 12 เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) ถ้าบุคคลนั้นมีความปกครอง มีหน้าที่ดูแลเด็กหรือเยาวชนถูกกล่าวหา ว่ากระทำความผิดตามมาตรานี้ บุคคลนั้นมีการกระการพิสูจน์ว่าอนุญาตให้เด็กหรือเยาวชนเข้าไปใน สถานที่นั้นเพื่อวัตถุประสงค์ใด ไม่เช่นนั้นให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าอนุญาตให้เข้าไปเพื่อวัตถุประสงค์ ดังกล่าว เว้นแต่จะพิสูจน์ได้เป็นอย่างอื่น”

จากบทบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดฐานความผิดสำหรับการชักจูงส่งเสริม ให้เด็กและเยาวชนเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการกระทำความผิดหรือกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย หรือให้เด็กและ เยาวชนประพฤติตนไม่สมควรอันมีลักษณะเป็นการใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการแสวงหา ประโยชน์ทางทรัพย์สินหรือแสวงหากำไร โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของบุคคลทุกคนโดยเฉพาะอย่าง ยิงบิดามารดาหรือผู้ปกครองซึ่งมีหน้าที่ในการปกครองและควบคุมดูแลที่จะต้องช่วยกันควบคุมดูแล เด็กและเยาวชนให้ประพฤติตนให้เหมาะสม และสำหรับผู้ซึ่งฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวนี้จะต้องระวาง โทษจำคุกไม่เกิน 12 เดือนหรือปรับไม่เกิน 2,000 เหรียญ หรือทั้งจำทั้งปรับ ทั้งนี้ ในกฎหมายดังกล่าว บัญญัติฐานความผิดไว้ในลักษณะกว้าง ๆ เพื่อให้ครอบคลุมทุกรูปแบบของการชักจูงให้เด็กและ เยาวชนกระทำความผิดและกำหนดโทษสำหรับการฝ่าฝืนไว้สูง แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวมิได้

shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction to a fine not exceeding \$2,000 or to imprisonment for a term not exceeding 12 months or to both.

(2) If a person having the custody, charge or care of a child or young person is charged with an offence under this section and it is proved that the child or young person was in any place for any such purpose and that the person charged allowed the child or young person to be in the place, he shall be presumed to have allowed him to be in the place for that purpose unless the contrary is proved.”

มีการจำแนกฐานความผิดที่ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำออกอย่างชัดเจน เพื่อกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิดที่ซุกจุกให้เด็กและเยาวชนกระทำและผลเสียที่จะเกิดขึ้นกับเด็กและเยาวชน

3.2 การกำหนดเป็นเหตุฉกรรจ์

การกำหนดเป็นเหตุฉกรรจ์ คือ การบัญญัติบทกฎหมายซึ่งเป็นบทกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น เนื่องจากลักษณะของการกระทำหรือพฤติการณ์ในการกระทำความผิดรวมถึงข้อเท็จจริงบางประการนั้นมีความร้ายแรงกว่าในกรณีปกติ ดังนั้น กฎหมายจึงเห็นว่าโทษที่กำหนดไว้สำหรับผู้กระทำความผิดในกรณีทั่วไปนั้นยังไม่เหมาะสม จึงต้องมีการกำหนดบทลงโทษที่เพิ่มขึ้น โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงบางประการเรียกว่า เหตุฉกรรจ์ เมื่อการกระทำความผิดนั้นประกอบด้วยพฤติกรรมที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นเหตุฉกรรจ์ ย่อมส่งผลให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น สำหรับการกำหนดบทฉกรรจ์ในความผิดฐานใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดนั้นถือเป็นพฤติการณ์ที่มีความร้ายแรงและส่งผลเสียหายต่อเด็กและเยาวชนอย่างยิ่ง เนื่องจากผู้กระทำความผิดได้อาศัยโอกาสแสวงหาประโยชน์จากเด็กและเยาวชนด้วยการใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ซึ่งการกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องอาศัยโทษในบททั่วไปซึ่งเป็นบทกำหนดโทษในแต่ละฐานความผิดก่อนและต้องระวางโทษเพิ่มขึ้นตามอัตราที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ บทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศอันเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองของเด็กและเยาวชนที่บัญญัติในรูปแบบของการกำหนดเหตุฉกรรจ์นี้ซึ่งผู้เขียนได้ทำการศึกษาสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระดับ คือ ความคุ้มครองในระดับประมวลกฎหมายอาญาและความคุ้มครองในระดับกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา

3.2.1 ในประมวลกฎหมายอาญา

สำหรับประเทศที่กำหนดให้ความผิดฐานผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดถือเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นซึ่งได้บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปนั้น ได้แก่ มลรัฐ Oklahoma ของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเกาหลีใต้และประเทศจีน

3.2.1.1 มลรัฐ Oklahoma (ประเทศสหรัฐอเมริกา)⁴²

มลรัฐ Oklahoma ได้มีการบัญญัติกำหนดความผิดฐานก่อให้ผู้เยาว์กระทำความผิดไว้ใน มาตรา 21-856 C.⁴³ (การก่อ ช่วยเหลือ สนับสนุนหรือส่งเสริมผู้เยาว์ให้กระทำความผิด หรือประพฤติดนเลวไหล หรือหนีออกจากบ้าน หรือให้กระทำความผิดร้ายแรง หรือให้เข้าไปเกี่ยวข้องกับกลุ่มอาชญากรรม) ซึ่งเป็นบทบรรณาธิกที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นอันมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

“C. ผู้ใดอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป โดยรู้หรือเจตนา ก่อ ช่วยเหลือ สนับสนุน หรือยุยงส่งเสริมให้ผู้เยาว์กระทำความผิด หรือมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด ซึ่งถือเป็นความผิดอาญาร้ายแรงหากได้กระทำโดยผู้ใหญ่ ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดอาญาร้ายแรงต้องระวางโทษสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น หรือ ระวางโทษสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับฐานความผิดที่ก่อ ช่วยเหลือ สนับสนุน หรือยุยงส่งเสริมให้ผู้เยาว์กระทำหรือมีส่วนร่วมในการกระทำ”

จากบทบัญญัติข้างต้น กรณีดังกล่าวเป็นบทกำหนดโทษสำหรับผู้ซึ่งก่อให้ผู้เยาว์กระทำความผิดอันถือเป็นความผิดอาญาร้ายแรงหากได้กระทำโดยผู้ใหญ่ ซึ่งผู้ที่จะต้องรับโทษหนักขึ้นในกรณีนี้จะจำกัดเฉพาะบุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปเท่านั้น ดังนั้นจึงไม่รวมถึงกรณีที่ได้กหรือผู้เยาว์เป็นผู้ก่อให้ผู้เยาว์ด้วยกันกระทำความผิด โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมิได้กำหนดให้เป็นดุลพินิจของศาลในการตัดสินลงโทษสูงสุดแก่ผู้กระทำความผิด แต่เป็นบทกำหนดให้ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษสูงสุดที่กำหนดไว้ในกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น ซึ่งโทษที่ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษสูงสุดนั้นสามารถพิจารณาได้จาก 2 ฐานความผิด ได้แก่ โทษสูงสุดที่กำหนดไว้สำหรับความผิดฐานก่อให้ผู้เยาว์กระทำความผิดนั้น หรือโทษสูงสุดที่กำหนดไว้สำหรับฐานความผิดที่ก่อให้ผู้เยาว์กระทำ ตัวอย่างเช่น

⁴² 2015 Oklahoma Statutes.

⁴³ 2015 Oklahoma Statutes, Title 21 Crimes and Punishments, Chapter 31A Contributing to Delinquency of Minors, Section 21-856.

“C. Every person eighteen (18) years of age or older who shall knowingly or willfully cause, aid, abet, or encourage a minor to commit or participate in committing an act that would be a felony if committed by an adult shall, upon conviction, be guilty of a felony punishable by the maximum penalty allowed for conviction of the offense or offenses which the person caused, aided, abetted, or encouraged the minor to commit or participate in committing.”

การก่อให้เกิดผู้เยาว์เข้าร่วมในองค์กรอาชญากรรมถือเป็นความผิดอาญาร้ายแรง ตาม มาตรา 856 D.⁴⁴ ซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หากบุคคลอายุกว่า 18 ปีใช้ให้ผู้เยาว์คนหนึ่งไปชักจูงให้ผู้เยาว์อีกคนเข้าร่วมในองค์กรอาชญากรรม ถือเป็นกรก่อให้เกิดผู้เยาว์กระทำความผิดซึ่งถือเป็นความผิดอาญาร้ายแรง ดังนั้นผู้นั้นจะต้องระวางโทษสูงสุดสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าวคือ จำคุก 5 ปี หรือกรณีบุคคลอายุกว่า 18 ปีใช้ให้ผู้เยาว์กระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนา อันถือเป็นความผิดอาญาร้ายแรงซึ่งต้องระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต⁴⁵ ผู้นั้นจะต้องระวางโทษสูงสุดสำหรับฐานฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนา คือ โทษประหารชีวิต เป็นต้น

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องและเป็นไปตามหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก เนื่องจากการใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดนั้นถือว่าผู้กระทำความผิดนั้นมีเจตนาที่ชั่วร้ายในการจะแสวงหาประโยชน์จากเด็ก ทั้งการให้เด็กเข้ามาเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้นยังก่อให้เกิดผลกระทบต่อเด็กอย่างร้ายแรงกฎหมายของมลรัฐ Oklahoma จึงกำหนดให้พฤติการณ์ดังกล่าวถือเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ผู้ใช้จะต้องระวางโทษหนักขึ้น

3.2.1.2 ประเทศเกาหลีใต้

นอกจากบทบัญญัติกำหนดฐานความผิดสำหรับผู้ซึ่งชักจูงให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดหรือประพฤติน่าสมควรมิในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กแล้ว ประเทศเกาหลีใต้ยังได้มีการบัญญัติหลักการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกแสวงหาประโยชน์จากการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปอีกด้วย ในลักษณะเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์ในกรณีที่ใช้ให้เด็กและเยาวชนนั้นกระทำความผิดหรือสนับสนุนให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด โดยบัญญัติไว้ใน Section 3 ว่าด้วยเรื่องการร่วมกระทำความผิด (Complicity), มาตรา 34⁴⁶ (ผู้กระทำความผิดเองโดยอ้อม และการเพิ่มโทษสำหรับผู้ใช้และผู้สนับสนุน) อันมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁴⁴ 2015 Oklahoma Statutes, Title 21 Crimes and Punishments, Chapter 31A Contributing to Delinquency of Minors.

⁴⁵ 2015 Oklahoma Statutes, Title 21 Crimes and Punishments, Chapter 31A Contributing to Delinquency of Minors, Section 21-701.9.

⁴⁶ The Korean Criminal Code 1953, Amended by Act No.7623, July 29, 2005, Section 3 complicity, Article 34 Principal through Innocent Human Agent and Aggravation of Punishment for Particular Instigation or Aiding and Abetting.

“(1) ผู้ใดกระทำความผิดด้วยการใช้หรือช่วยเหลือหรือสนับสนุนผู้อื่นซึ่งไม่ต้องรับโทษสำหรับการกระทำนั้นหรือต้องรับโทษเพียงฐานกระทำโดยประมาท ผู้นั้นต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้ในฐานผู้ใช้หรือผู้สนับสนุน

(2) ผู้ใดกระทำความผิดในวรรคก่อนโดยการใช้ ช่วยเหลือหรือสนับสนุนผู้อื่นซึ่งเป็นผู้อยู่ภายใต้อำนาจหรือภายใต้การควบคุมดูแลของตน ผู้นั้นจะต้องรับโทษเพิ่มขึ้นอีกกึ่งหนึ่งของโทษสูงสุดหรือรับโทษสูงสุดตามที่กำหนดไว้สำหรับตัวการในกรณีเป็นผู้ใช้ และรับโทษเสมือนตัวการในกรณีที่ช่วยเหลือหรือสนับสนุน”

ตามบทบัญญัติในมาตรา 34 บุคคลต้องรับผิดเมื่อได้ใช้ ช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้บุคคลอื่นกระทำความผิด ซึ่งในกรณีนี้บุคคลที่ถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด (Innocent Agent) นั้น ไม่ต้องรับโทษสำหรับการกระทำดังกล่าว ตัวอย่างเช่น กระทำไปโดยขาดเจตนา หรือเนื่องจากความอ่อนเยาว์หรืออ่อนอายุ หรือกระทำความผิดไปด้วยความประมาทเลินเล่อ จึงไม่ต้องรับผิดในการกระทำดังกล่าว แต่สำหรับผู้ควบคุมหรือบงการให้ผู้ถูกใช้เป็นเครื่องมือกระทำความผิดนั้น ยังคงมีความรับผิดอยู่แม้ผู้นั้นจะไม่ได้ลงมือกระทำความผิดเอง บุคคลดังกล่าวจึงไม่ใช่ผู้กระทำความผิดโดยตรง ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าเขาไม่ใช่ตัวการ แต่เป็นเพียงผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดเท่านั้น ซึ่งเรียกว่า ผู้กระทำความผิดโดยอ้อม (Indirect principal offender) โดยตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเกาหลีได้กำหนดให้บุคคลเหล่านี้ต้องรับผิดในฐานผู้ใช้หรือผู้สนับสนุน (แตกต่างจากของไทยซึ่งในกรณีเดียวกันบุคคลดังกล่าวต้องรับผิดในฐานตัวการหรือเปรียบเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดเอง)⁴⁷

“(1) A person who commits a crime by instigating or aiding and abetting another who is not punishable for such conduct, or who is punishable as an offender through negligence, shall be punishable in accordance with the provision for an instigator or accessory

(2) A person who cause the results envisaged in the preceding paragraph by instigating or aiding and abetting another person who is under his control and supervision, shall be punished by increasing one half of the maximum term or maximum amount of penalty provided for principal in the case of instigating, and the penalty provided for principal in the case of aiding and abetting.”

⁴⁷ เกียรติขจร วัจนสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ : พลสยามพริ้นติ้ง, 2551), น.653-661.

อย่างไรก็ตาม ในมาตรา 34 กำหนดให้ บุคคลผู้ใช้บุคคลอื่นให้กระทำความผิด ถือเป็นผู้กระทำความผิดโดยอ้อม ซึ่งโทษที่จะได้รับนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี ได้แก่

ก. ตามมาตรา 34(1) กำหนดให้ผู้กระทำความผิดโดยอ้อมในกรณีปกติ หรือในกรณีทั่วไปต้องระวางโทษในฐานะผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนสำหรับความผิดนั้น ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเกาหลีใต้ ผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด ต้องรับโทษเสมือนตัวการ⁴⁸ ซึ่งจะต้องรับผิดชอบเมื่อได้มีการกระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้ หากความผิดตามที่ถูกใช้ยังมิได้กระทำการให้นำบทบัญญัติในฐานะสมคบหรือเตรียมการกระทำความผิด (Conspiracies or Preparations) มาใช้โดยอนุโลม⁴⁹ ซึ่งจำกัดเฉพาะบางฐานความผิดเท่านั้น เช่น ฐานก่อจลาจล⁵⁰ หรือฐานก่อให้เกิดการระเบิด⁵¹ เป็นต้น ส่วนผู้ช่วยเหลือหรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดของผู้อื่นนั้น ต้องรับโทษฐานเป็นผู้สนับสนุน ซึ่งโทษที่จะลงแก่ผู้สนับสนุนนั้นต้องลดลงให้น้อยกว่าตัวการ⁵²

ข. ตามมาตรา 34(2) กำหนดเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ผู้กระทำความผิดโดยอ้อมต้องรับโทษเพิ่มขึ้นอีกกึ่งหนึ่งจากโทษสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดฐานผู้ใช้หรือต้องรับโทษสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดฐานตัวการในกรณีเป็นผู้ใช้ หรือรับโทษเสมือนตัวการในกรณีเป็นผู้สนับสนุน เหตุที่กฎหมายบัญญัติเช่นนั้นเนื่องด้วยบุคคลผู้กระทำความผิดนั้นเป็นผู้มีอำนาจหรือมีหน้าที่ตามศีลธรรมหรือตามกฎหมายที่จะต้องควบคุมดูแลและให้คำแนะนำแก่ผู้ถูกใช้ เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดนั้น แต่กลับละเลยหรือไม่ยอมปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวของตน ทั้งยังใช้อำนาจและหน้าที่ของตนไปในทางที่มีชอบอีกด้วย และด้วยเหตุผลอีกประการคือกฎหมายต้องการลงโทษผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นหัวหน้าหรือผู้บงการให้หนัก จึงกำหนดโทษของบุคคลเหล่านี้ไว้สูง⁵³

⁴⁸ The Korean Criminal Code 1953, Amended 2005, Section 3, Article 31(1).

⁴⁹ The Korean Criminal Code 1953, Amended 2005, Section 3, Article 31(2), (3).

⁵⁰ The Korean Criminal Code 1953, Amended 2005, Section 3, Article 90.

⁵¹ The Korean Criminal Code 1953, Amended 2005, Section 3, Article 120.

⁵² The Korean Criminal Code 1953, Amended 2005, Section 3, Article 32.

⁵³ Paul Kichyun Ryu, “New Korean Criminal Code of October 3, 1953--An Analysis of Ideologies Embedded in it, The,” Journal of Criminal Law and Criminology, Volume 48, Issue 3, (1957-1958), pp.275-295.

เช่นเดียวกับในความผิดฐานกบฏ⁵⁴หรือฐานก่อตั้งองค์กรอาชญากรรม⁵⁵ที่ผู้บงการหรือผู้เป็นหัวหน้าจะต้องระวางโทษหนักที่สุด เพื่อให้เหมาะสมกับความชั่วร้ายของเจตนาและเพื่อยับยั้งป้องกันการกระทำความผิดดังกล่าว

ประเทศเกาหลีใต้ได้มีการนำหลักเรื่องการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา โดยกำหนดเป็นเหตุจูงใจให้ผู้ชู้เด็ก รวมทั้งผู้ที่ร่วมกระทำความผิดกับเด็กทั้งในฐานะตัวการและผู้สนับสนุนจะต้องระวางโทษเพิ่มขึ้น อันเป็นมาตรการอย่างหนึ่งในการยับยั้งป้องกันมิให้มีการชักจูงเด็กให้เข้าร่วมในการกระทำความผิดทางอาญาซึ่งสอดคล้องกับหลักการสำคัญในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและอนุสัญญาว่าด้วยการจัดรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก อย่างไรก็ตาม แม้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเกาหลีใต้จะมีการกำหนดบทเพิ่มโทษสำหรับผู้ชู้หรือผู้สนับสนุนไว้ก็ตาม แต่จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวมิได้มีการแบ่งแยกกระดัดของโทษตามระดับของความร้ายแรงของฐานความผิดที่ใช้ให้เด็กกระทำไว้ให้ชัดเจนหรือแบ่งแยกตามความร้ายแรงของการกระทำความผิดแต่อย่างใด

3.2.1.3 ประเทศจีน

เนื่องจากประเทศจีนเป็นประเทศที่ประสบปัญหาการทารุณกรรมเด็กและเยาวชนทั้งทางร่างกาย จิตใจ และทางเพศ รวมทั้งการแสวงหาประโยชน์จากเด็กและการค้าเด็ก รัฐบาลได้เห็นถึงความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายภายในเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน⁵⁶ จึงได้มีความพยายามในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการแก้ไขกฎหมายขยายขอบเขตของความคุ้มครองเด็กและเยาวชนทั้งจากการทารุณกรรมและการแสวงหาประโยชน์⁵⁷ เพื่อให้เป็นไปตามหลักการในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและอนุสัญญาว่าด้วยการจัดรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก ประเทศจีนจึงได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา⁵⁸ ในปี ค.ศ.1997 ซึ่งมีเนื้อหา

⁵⁴ The Korean Criminal Code 1953, Amended 2005, Part 2 Individual Provisions, Chapter 1 Crime Concerning Insurrection, Article 87.

⁵⁵ The Korean Criminal Code 1953, Amended 2005, Part 2 Individual Provisions, Chapter 5 Crimes Injurious to Public Peace, Article 114.

⁵⁶ UNICEF, Our Priorities, “Child abuse and exploitation” Retrieved March, 2016 from <http://www.unicef.cn/en/child-protection/child-abuse-and-exploitation/>

⁵⁷ United Nations Economic and Social Council, “UNICEF Child Protection Strategy,” E/ICEF/2008/5/Rev.1.

⁵⁸ The Chinese Criminal Code 1979, Amended by the Fifth Session of the Eighth National People’s Congress on March 14, 1997.

เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้เป็นเครื่องมือหรือถูกชักจูงให้เข้ามาร่วมในการกระทำความผิด โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณีดังต่อไปนี้

- กรณีก่อให้เกิดเด็กและเยาวชนกระทำความผิดในกรณีทั่วไป บัญญัติอยู่ในมาตรา 29⁵⁹ โดยมีสาระสำคัญว่า

“ผู้ใดก่อให้เกิดบุคคลอื่นกระทำความผิดทางอาญาผู้นั้นจะต้องรับโทษตามสถานะที่เข้าร่วมในการกระทำความผิดนั้น ถ้าผู้ใดก่อให้เกิดบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีให้กระทำความผิดทางอาญา ผู้นั้นต้องระวางโทษหนักขึ้น

ถ้าผู้ถูกใช้ให้กระทำความผิดไม่ได้กระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้ ผู้ใช้อาจได้รับโทษน้อยลง หรือได้รับการลดโทษ”

การร่วมกระทำความผิด (joint crime) หมายถึง การที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปร่วมกันกระทำความผิดโดยเจตนา ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศจีนนั้นสามารถแบ่งบทบาทของการร่วมกระทำความผิดออกได้เป็น 4 ประเภท คือ ตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน และผู้ซึ่งถูกบังคับข่มขู่หรือยุยงให้กระทำความผิด⁶⁰ การร่วมกระทำความผิดในฐานะผู้ใช้นั้นถือว่าเป็นผู้เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำความผิด ซึ่งแตกต่างจากในกรณีผู้สนับสนุนที่อาจไม่ได้เกี่ยวข้องโดยตรงแต่กระทำการอันเป็นการช่วยเหลือผู้กระทำความผิด เช่น การให้อาหาร ให้ข้อมูล หรือเครื่องมือ เป็นต้น สำหรับผู้ใช้คือบุคคลที่มีเจตนาก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด ซึ่งผู้ใช้ถือว่ามีความผิดทันทีที่ได้กระทำการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด โดยกฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดตามสถานะที่เขาเข้าร่วมในการกระทำความผิดนั้น แต่ในกรณีที่ผู้ถูกใช้ไม่ได้กระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้หรือการใช้นั้นไม่ได้ก่อให้เกิดการกระทำความผิดโดยตรง จะถือเป็นเหตุลดโทษที่ทำให้ผู้ใช้ได้รับโทษน้อยลง และหากผู้ใช้ได้ก่อให้เกิดบุคคลอายุ

⁵⁹ The Chinese Criminal Code 1979, Amended 1997, Chapter II Crimes, Section 3 Joint Crimes, Article 29

“One who instigates others to commit a crime shall be punished according to the role he plays in the joint crime. One who instigates a person under the age of eighteen to commit a crime shall be given a heavier punishment.

If the instigated person does not commit the instigated crime, the instigator may be given a lesser punishment or a mitigated punishment.”

⁶⁰ Ronald C. Keith and Zhiqiu Lin, “New Crime in China Public order and Human Rights,” 2005, P.97-98, Retrieved March 5, 2016, from https://books.google.co.th/books?id=diOAAgAAQBAJ&pg=PT111&dq=Article+26+organized+crime+china&hl=th&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q=Article%2026%20&f=false

ต่ำกว่า 18 ปีกระทำความผิด ผู้ใช้จะต้องระวางโทษสถานหนักหรือได้รับการลงโทษอย่างรุนแรง ซึ่งโทษหนักขึ้นที่ศาลจะลงแก่ผู้กระทำความผิดได้นั้นจะต้องอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดสำหรับความผิดในแต่ละฐานความผิดซึ่งใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด⁶¹ ถือเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ศาลลงโทษโทษผู้ใช้ในกรณีดังกล่าวอย่างหนักและสูงกว่าในกรณีปกติ โดยจะหนักเพียงใดนั้นถือเป็นดุลพินิจของศาลในการกำหนดโดยพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมต่าง ๆ เช่น ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด หรืออันตรายที่อาจกระทบต่อสังคมจากการกระทำความผิด เป็นต้น ประกอบการใช้ดุลพินิจลงโทษผู้กระทำความผิดด้วย

- กรณีก่อให้เกิดเด็กและเยาวชนกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด บัญญัติอยู่ในมาตรา 347⁶² วรรค 6 ซึ่งมีรายละเอียดสำคัญ ดังนี้

⁶¹ The Chinese Criminal Code, Chapter 4 the Concrete Application of Punishments, Section 1 Sentencing, Article 62.

⁶² The Chinese Criminal Code 1979, PART 2 Special Provisions, Chapter 6 Crimes of Disrupting the Order of Social Administration, Section 7 Crimes of Smuggling, Trafficking, Transporting and Manufacturing Drugs, Article 347.

“Those who commit the crimes of smuggling, trafficking, transporting and manufacturing drugs, regardless of the quantity of drugs, shall be investigated for their criminal responsibility and punished according to the Criminal Law.

Those who smuggle, traffic, transport or manufacture drugs with one of the following conditions are to be punished by 15 years of fixed-term imprisonment, life imprisonment or death sentence, and, in addition, confiscation of their properties:

(1) Smuggling, trafficking, transporting or manufacturing opium with a quantity of more than 1,000 grams [e 0344], heroin or with a quantity of more than 50 grams or other narcotics with a large quantify;

(2) The principal leaders of criminal groups engaged in smuggling, trafficking, transporting and manufacturing drugs;

(3) Those who use arms to cover up smuggling, trafficking, transporting and manufacturing drugs;

(4) Those who use violence to resist inspection, detention or arrest in serious situation; and

“ผู้ใดใช้หรือยุยงให้เยาวชนเข้าร่วมในการลักลอบนำเข้า การค้า การขนส่งหรือการผลิตยาเสพติด หรือขายยาเสพติดให้แก่เยาวชน ผู้นั้นต้องระวางโทษหนักขึ้น”

(5) Those who take part in organized international drug trafficking activities.

Those who smuggle, traffic, transport or manufacture opium with a quantity less than 1,000 grams but more than 200 grams, those who smuggle, traffic, transport or manufacture heroin or methylaniline with a quantity less than 50 grams but more than 10 grams, and those who deal with other drugs in large quantity are to be sentenced to more than seven years of fixed-term imprisonment and, in addition, be sentenced to a fine.

Those who smuggle, traffic, transport or manufacture opium with a quantity less than 200 grams, those who smuggle, traffic, transport or manufacture heroin or methylaniline with a quantity less than 10 grams, or those who deal with a small quantity of other drugs are to be sentenced to less than three years of fixed-term imprisonment, detention or control, and, in addition, be sentenced to a fine. In more serious cases, those law offenders are to be sentenced to more than three years but less than seven years of fixed-term imprisonment and, in addition, be sentenced to a fine.

Units which commit the crimes as stated in (2), (3) and (4) above are to be penalized with a fine.

Their leading personnel directly responsible for those acts and other directly responsible personnel are to be punished in accordance with the above sections of this article.

Those who utilize or urge youngsters to engage in smuggling, trafficking, transporting or manufacturing drugs or selling drugs to youngsters are to be punished in a heavier manner.

As to those who commit crimes repeatedly, the quantities of drugs involved in smuggling, trafficking, transporting and manufacturing will be combined in the judgment for sentencing.”

ตามประมวลกฎหมายอาญาของจีนกำหนดระวางโทษในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดไว้ดังนี้

- ต้องระวางโทษจำคุก 15 ปี จำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต ในกรณีลักลอบขนส่ง นำเข้า ผลิตยาเสพติด ซึ่งประกอบด้วยพฤติการณ์ อาทิ มียาเสพติดในปริมาณเยอะมาก เช่น ฝิ่นมากกว่า 1,000 กรัม เฮโรอีนมากกว่า 50 กรัม เป็นต้น หรือผู้กระทำความผิดเป็นหัวหน้ากระบวนกรค้ายาเสพติด หรือมีการใช้อาวุธหรือความรุนแรงในการกระทำความผิด หรือเข้าร่วมในองค์กรค้ายาเสพติดข้ามชาติ

- ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 7 ปีและโทษปรับ ในกรณีลักลอบขนส่ง นำเข้า ผลิตยาเสพติด ซึ่งเป็นฝิ่นปริมาณมากกว่า 200 กรัมแต่น้อยกว่า 1,000 กรัม หรือเฮโรอีนหรือเมทิลลานีลีนปริมาณมากกว่า 10 กรัมแต่น้อยกว่า 50 กรัม

- ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีและโทษปรับ ในกรณีลักลอบขนส่ง นำเข้า ผลิตยาเสพติด ซึ่งเป็นฝิ่นปริมาณน้อยกว่า 200 กรัม หรือเฮโรอีนหรือเมทิลลานีลีนปริมาณน้อยกว่า 10 กรัม หรือยาเสพติดประเภทอื่นอันมีปริมาณเล็กน้อย เว้นแต่เป็นกรณีรุนแรงศาลอาจลงโทษเกินกว่า 3 ปีได้แต่ต้องไม่เกิน 7 ปี

จะเห็นได้ว่า เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศจีนกำหนดโทษในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดไว้ค่อนข้างสูง นอกจากนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองไม่ให้มีการนำเด็กและเยาวชนเข้ามาร่วมในกระบวนกรค้ายาเสพติดหรือมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด จึงกำหนดให้ผู้ใดซึ่งชักจูงเด็กและเยาวชนให้เข้าร่วมในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดไม่ว่าจะในกระบวนกรขนส่ง ผลิต นำเข้า หรือขาย ผู้นั้นจะต้องระวางโทษหนักขึ้น เช่นเดียวกัน กฎหมายมิได้กำหนดระวางโทษที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นไว้อย่างชัดเจน จึงเป็นดุลพินิจของศาลในการกำหนดระวางโทษผู้กระทำความผิดให้หนักขึ้นกว่ากรณีทั่วไป

สำหรับประเทศจีนได้นำหลักการของการคุ้มครองเด็กจากการถูกแสวงหาประโยชน์จากการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็กมาบัญญัติรับรองไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเพื่อแก้ไขปัญหาการใช้เด็กในการกระทำความผิด โดยแยกออกเป็นสองกรณีคือ กรณีใช้เด็กในความผิดทั่วไปและกรณีใช้เด็กในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดซึ่งสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กตามกฎหมายระหว่างประเทศดังได้กล่าวมาข้างต้น

3.2.2 ในกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา

สำหรับการบัญญัติความผิดและโทษทางอาญาของผู้ซึ่งใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดทางอาญาไว้ในกฎหมายคุ้มครองเด็กโดยเฉพาะอันมีลักษณะของการ

กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเป็นเหตุฉกรรจ์นั้น มีประเทศที่บัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ได้แก่ ประเทศอียิปต์ และประเทศจีน

3.2.2.1 ประเทศอียิปต์

สำหรับประเทศอียิปต์นอกจากจะมีบทบัญญัติคุ้มครองเด็กในลักษณะของการกำหนดฐานความผิดขึ้นใหม่แล้ว ในกฎหมายคุ้มครองเด็กของอียิปต์ยังมีบทบัญญัติคุ้มครองเด็กและเยาวชนในลักษณะเพิ่มโทษหรือกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นอีกด้วยอันได้บัญญัติไว้ใน The Child Law⁶³ โดยได้กำหนดไว้ใน มาตรา 116 และ มาตรา 116ทวิ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

- กรณียุ้งให้เด็กกระทำความผิดอาญาไม่ร้ายแรงแต่การนั้นไม่สำเร็จ ในมาตรา 116 วรรคแรก⁶⁴ บัญญัติไว้ว่า:

“เว้นแต่จะเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ผู้ใหญ่คนใดยุ้งให้เด็กกระทำความผิดอาญาไม่ร้ายแรง ฝึกเด็กให้กระทำ ช่วยเหลือ หรือสนับสนุนไม่ว่าทางใด แต่การนั้นไม่เป็นไปตามจุดมุ่งหมายของเขา ผู้นั้นต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษสูงสุดที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

ในวรรคแรกเป็นการบัญญัติกำหนดโทษสำหรับผู้ชักจูง ยุ้งส่งเสริม ช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้เด็ก⁶⁵กระทำความผิดอาญาไม่ร้ายแรง⁶⁶(misdemeanours) แต่การนั้นไม่สำเร็จตามความมุ่งหมายของเขา โดยในประมวลกฎหมายอาญาของอียิปต์ ผู้กระทำความผิดแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ผู้กระทำความผิดเอง (perpetrator) และผู้ร่วมกระทำความผิด

⁶³ The Egyptian Child Law 1996, Amended by Law No.126 of 2008.

⁶⁴ The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 116 paragraph.1

“Without prejudice to the provisions of criminal involvement, any adult who induces a child to commit a misdemeanor, or trains him to do it, or helps him, or facilitates it in any way, but did not attain his goal, shall be sentenced to half the maximum sentence decreed for this crime.”

⁶⁵ ตามบทนิยามใน The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 2 “เด็ก หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์”.

⁶⁶ The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 11.

(accomplice) ซึ่งบุคคลจะถือเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดอาญาและต้องรับโทษต่อเมื่อได้กระทำการต่อไป⁶⁷

1. ไซให้ผู้อื่นกระทำการอันถือเป็นความผิด ถ้าการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นจากการใช้ดังกล่าว
2. ยินยอมให้ผู้อื่นกระทำความผิด และการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นจากการยินยอมดังกล่าว
3. มอบอาวุธ เครื่องมือ หรือวัตถุใด ๆ แก่ผู้กระทำความผิดเพื่อใช้ในการกระทำความผิด โดยรู้หรือควรจะรู้ว่าผู้นั้นจะ ใช้ในการกระทำความผิด ให้ความช่วยเหลือไม่ว่าทางใด การกระทำอันเป็นการเตรียมการ อันเป็นสาเหตุให้เกิดการกระทำความผิดหรือช่วยให้การกระทำความผิดสำเร็จ

ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาของอียิปต์แล้วจะเห็นว่า ผู้ร่วมกระทำความผิดคือบุคคลที่ได้กระทำการอันมีลักษณะเป็นการก่อหรือไซให้ผู้อื่นกระทำความผิด ยินยอมให้ผู้อื่นกระทำความผิด หรือให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนผู้กระทำความผิดไม่ว่าทางใด ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมอบอาวุธให้ผู้กระทำความผิดเพื่อใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งในกรณีผู้ใช้นั้นจะมีความรับผิดชอบเมื่อผู้ถูกใช้ได้ลงมือกระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้ เนื่องจากในตบพบัญญัติว่า “ถ้าความผิดนั้นเกิดขึ้น” และความผิดนั้นต้องเกิดขึ้นจากการใช้ดังกล่าวด้วย แต่สำหรับกรณีผู้ใช้เด็กและเยาวชนให้กระทำความผิดหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญา ถ้าการนั้นไม่เป็นไปตามเจตนาของผู้ใช้หรือความผิดนั้นไม่ได้กระทำลง ผู้ใช้ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบ แต่ผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายคุ้มครองเด็ก มาตรา 116 วรรคแรก คือ ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบแม้เด็กและเยาวชนจะไม่ได้มีการลงมือกระทำความผิดตามที่ถูกใช้ก็ตาม โดยผู้กระทำความผิดจะต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษสูงสุดที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่ใช้ให้เด็กกระทำ การพิจารณาลงโทษผู้ใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดในกรณีนี้จึงต้องพิจารณาโดยอาศัยโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายในแต่ละฐานความผิดที่ใช้ให้เด็กกระทำ อีกทั้งบทบัญญัติดังกล่าวบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าบุคคลซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดในกรณีนี้จำกัดเฉพาะผู้ใหญ่เท่านั้น คือ บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป ดังนั้น จึงไม่รวมถึงกรณีที่ใช้เด็กด้วยกันให้กระทำความผิด

- กรณียอมให้เด็กกระทำความผิดอาญาร้ายแรงแต่การนั้นไม่สำเร็จ ในมาตรา 116 วรรคสี่⁶⁸ บัญญัติไว้ว่า:

⁶⁷ The Egyptian Criminal Code 1937, Part 4 Complicity of several persons in one crime, Article 40.

⁶⁸ The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 116 paragraph.4.

“ผู้ใหญ่คนใดผู้หนึ่งให้เด็กกระทำความผิดอาญาร้ายแรง ตระเตรียมให้เด็กกระทำความช่วยเหลือ หรือสนับสนุนไม่ว่าทางใดๆ แต่การนั้นไม่สำเร็จตามความมุ่งหมายของเขา ผู้นั้นต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับผู้ใช้ให้กระทำความผิด”

ในวรรคสี่เป็นบทกำหนดโทษสำหรับบุคคลซึ่งผู้หนึ่งให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดอาญาร้ายแรง⁶⁹ (felony) รวมถึงการตระเตรียมการ ช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดอีกด้วย แม้การนั้นจะไม่สำเร็จหรือเด็กไม่ได้กระทำความผิดไปตามที่ผู้ใช้ซึ่งผู้หนึ่งจะไม่มีควมรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา แต่ตามกฎหมายคุ้มครองเด็กกำหนดให้ผู้ใช้มีความรับผิดชอบและต้องรับโทษในฐานะผู้ใช้ซึ่งเทียบได้กับกรณีความผิดสำเร็จ ซึ่งตามกฎหมาย Article 41 กำหนดให้ผู้ใช้ต้องรับผิดชอบเท่ากับตัวการ และเช่นเดียวกันบุคคลที่จะต้องรับโทษในกรณีนี้จำกัดเฉพาะผู้ใหญ่ซึ่งใช้เด็ก แต่ไม่รวมถึงกรณีที่เด็กใช้เด็กด้วยกันให้กระทำความผิด

- กรณีบังคับข่มขู่ให้เด็กกระทำความผิดหรือกรณีผู้กระทำความผิดและเด็กมีความสัมพันธ์กัน ในมาตรา 116 วรรคสอง⁷⁰ บัญญัติไว้ว่า:

“ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 6 เดือน หากผู้นั้นได้ใช้วิธีการบังคับ ขู่เข็ญหรือข่มขู่ต่อเด็ก หรือผู้นั้นกับเด็กมีความเกี่ยวข้องกัน หรือเป็นผู้มีหน้าที่ในการดูแลควบคุมเด็ก หรือผู้ที่ได้รับตัวเด็กไปตามกฎหมาย”

ในกรณีการใช้ ผู้ย่ง ส่งเสริม ช่วยเหลือ หรือสนับสนุนให้เด็กกระทำความผิดนั้น ได้กระทำในลักษณะการบังคับข่มขู่ให้เด็กกระทำความผิด หรือผู้ที่กระทำความผิดนั้นเป็นบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเด็กหรือมีหน้าที่ควบคุมดูแลเด็กไม่ว่าจะในทางกฎหมายหรือในทางข้อเท็จจริงหรือได้รับตัวเด็กไปโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ผู้กระทำความผิดจะต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 6 เดือน อันเป็นการกำหนดระวางโทษขั้นต่ำไว้ ดังนั้น การพิจารณาว่า

“Shall be penalized with the penalty set forth for cases of instigating a crime, any adult who induces a child to commit a felony, or prepares the child for this, or helps him, or facilitates it in any way, but did not attain his goal.”

⁶⁹ The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 10.

⁷⁰ The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 116 paragraph.2

“The penalty shall be imprisonment for a period of not less than six (6) months if the offender uses coercive or threatening methods with the child, or if he is related to him, or is one of those responsible for his upbringing or watching over him, or one to whom the child was delivered to by virtue of the Law, or was a servant to any of the aforementioned.”

ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษเท่าใดนั้นจะต้องพิจารณาจากฐานความผิดที่เขาใช้ให้เด็กกระทำความผิด แต่หากการกระทำความผิดดังกล่าวประกอบด้วยองค์ประกอบข้อใดข้อหนึ่งข้างต้น ศาลจะต้องกำหนดโทษให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 6 เดือนนั่นเอง เนื่องจากพฤติการณ์ร้ายแรงในการกระทำความผิดต่อเด็กหรือผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีหน้าที่พิเศษแต่ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ ทั้งยังอาศัยโอกาสจากความใกล้ชิดกับเด็กชกจู๋หรือใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด กฎหมายจึงเห็นสมควรต้องลงโทษบุคคลเหล่านี้ให้หนักขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับพฤติการณ์ในการกระทำความผิด

- กรณีกระทำความผิดต่อเด็กหลายคน ในมาตรา 116 วรรคสาม⁷¹

บัญญัติไว้ว่า:

“ในทุก ๆ กรณี หากความผิดนั้นได้กระทำต่อเด็กมากกว่า 1 คน แม้จะต่างช่วงเวลากัน ผู้นั้นจะต้องระวางโทษไม่น้อยกว่า 1 ปีแต่ไม่เกินกว่า 7 ปี”

ส่วนในวรรคสามบัญญัติกำหนดเพิ่มโทษสำหรับกรณีผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดต่อเด็กมากกว่าหนึ่งคน ไม่ว่าจะกระทำในเวลาเดียวกันหรือต่างเวลากันก็ตาม เนื่องจากความร้ายแรงของการกระทำและเจตนาที่ชั่วร้ายของผู้กระทำความผิด รวมทั้งอันตรายและผลเสียที่จะเกิดแก่เด็กทั้งหลายผู้ตกเป็นเหยื่อจากการกระทำดังกล่าว กฎหมายจึงกำหนดระวางโทษไว้สูง คือ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกขั้นต่ำไม่น้อยกว่า 1 ปีและขั้นสูงสุดไม่เกิน 7 ปี เพื่อให้เหมาะสมกับพฤติการณ์ในการกระทำความผิดดังกล่าว

- กรณีเหตุฉกรรจ์ในความผิดที่กระทำต่อเด็ก ในมาตรา 116 ทวิ⁷²

บัญญัติไว้ว่า:

⁷¹ The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 116 paragraph.3

“In all cases, if the crime is committed on more than one child, even at different times, the penalty shall be imprisonment for a period not less than one (1) year, and not exceeding seven (7) years.”

⁷² The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 116bis

“The minimum penalty decreed for any crime shall be doubled if the crime is committed by an adult against a child, or if it is committed by one of the parents, or by one of the child’s guardians, or by people in charge of supervising or upbringing the child, or by those who have authority over the child, or by a servant to any of the above mentioned.”

“โทษขั้นต่ำที่กำหนดไว้สำหรับความผิดใด ๆ ให้เพิ่มขึ้นเป็นสองเท่า ถ้าความผิดนั้นได้กระทำโดยผู้ใหญ่ต่อเด็ก หรือได้กระทำโดยบิดาหรือมารดา หรือได้กระทำโดยผู้ปกครองหรือผู้ดูแลของเด็ก หรือผู้ที่มีอำนาจเหนือเด็ก”

จากบทบัญญัติดังกล่าว ถือเป็นบททั่วไปที่กำหนดให้การกระทำความผิดโดยผู้ใหญ่ต่อเด็กหรือโดยบิดามารดาหรือผู้มีหน้าที่ปกครองดูแลเด็กกระทำความผิดต่อเด็กถือเป็นเหตุฉกรรจ์ที่มีผลทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ดังนั้น หากเป็นกรณีผู้ใหญ่ใช้ให้เด็กกระทำความผิด หรือบิดา มารดา ผู้ปกครองหรือผู้มีหน้าที่ดูแลใช้ให้บุตรของตนหรือเด็กในปกครองดูแลของตนกระทำความผิด และเด็กได้กระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้นั้น ผู้นั้นย่อมมีความรับผิดชอบในฐานะผู้ร่วมกระทำผิด และต้องระวางตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดที่ใช้ให้เด็กกระทำ และตามบทบัญญัตินี้กำหนดให้โทษขั้นต่ำที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับนั้นต้องเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่า

จากบทบัญญัติทั้งหมดข้างต้น จะเห็นได้ว่าประเทศอียิปต์เห็นถึงความสำคัญของการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบของการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดหรือถูกชักจูงให้เข้ามาเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดอาญา จึงกำหนดให้ผู้ใหญ่ใช้เด็กจะต้องรับโทษสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าว เนื่องจากกฎหมายเห็นว่าบุคคลเหล่านี้มีเจตนาอันชั่วร้ายและการกระทำความผิดดังกล่าวอาจส่งผลเสียหายต่อเด็กและเยาวชนอย่างมาก ดังนั้น เพื่อเป็นการยับยั้งและป้องกันการกระทำความผิดดังกล่าว จึงต้องกำหนดให้บุคคลเหล่านี้ต้องรับผิดชอบในฐานะผู้ร่วมกระทำผิดอันถือเป็นความผิดสำเร็จทันทีที่มีการใช้แม้ว่าเด็กจะไม่ได้กระทำการไปตามที่ถูกใช้หรือการกระทำนั้นไม่สำเร็จตามจุดมุ่งหมายของเขาก็ตาม อีกทั้งกฎหมายยังได้กำหนดเหตุฉกรรจ์สำหรับการกระทำความผิดที่มีพฤติการณ์ร้ายแรง ได้แก่ มีการบังคับข่มขู่ให้เด็กกระทำความผิดหรือความผิดนั้นได้กระทำต่อเด็กมากกว่าหนึ่งคน หรือกรณีผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีหน้าที่แต่กระทำความผิดหน้าที่ไว้อีกด้วย เพื่อให้เหมาะสมกับพฤติการณ์และความร้ายแรงของการกระทำความผิดและเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกแสวงหาประโยชน์ในการกระทำความผิดอาญาอีกด้วย

สำหรับกฎหมายคุ้มครองเด็กอียิปต์ได้กำหนดความผิดและกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดฐานก่อให้เกิดเด็กและเยาวชนกระทำความผิดไว้อย่างชัดเจน โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษตามระดับความร้ายแรงของพฤติการณ์ในการกระทำความผิดอันเป็นไปตามหลักการในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญในการคุ้มครองผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเพื่อให้สามารถเจริญเติบโตและมีพัฒนาการได้อย่างสมบูรณ์

3.2.2.1 ประเทศจีน

เพื่อรองรับหลักการการคุ้มครองเด็กและเยาวชนตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและอนุสัญญาว่าด้วยการจัดรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก นอกจากนี้จะมีบทบัญญัติคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ประเทศจีนยังมีบทบัญญัติคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้กระทำความผิดในกฎหมายพิเศษ ได้แก่ กฎหมายคุ้มครองเด็ก (The Protection of Minors 1991) ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญในการคุ้มครองสุขภาพร่างกายและจิตใจของเด็กและเยาวชน ทั้งยังรับรองสิทธิตามกฎหมายของเด็กและผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก รวมทั้งส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนในด้านต่าง ๆ เพื่อให้เติบโตเป็นอนาคตที่ดีของชาติต่อไป⁷³ โดย “เด็กและเยาวชน” (minors) ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี⁷⁴ โดยในกฎหมายได้กำหนดหน้าที่สำหรับครอบครัว โรงเรียนและสังคมในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากอันตรายและการทารุณกรรมในทุกรูปแบบ ทั้งยังมีบทกำหนดความรับผิดของบุคคลที่ฝ่าฝืนกฎหมายอีกด้วย โดยในเรื่องของการใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือกระทำความผิดหรือให้เด็กและเยาวชนเข้าร่วมในกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย ได้มีการบัญญัติไว้ใน มาตรา 53⁷⁵ อันมีรายละเอียด ดังนี้

“ผู้ใดก่อให้เกิดผู้เยาว์กระทำการอันฝ่าฝืนกฎหมายหรือกระทำความผิดทางอาญา ต้องระวางโทษหนักขึ้นตามกฎหมาย

ผู้ใดล่อลวง ก่อหรือใช้กำลังบังคับให้ผู้เยาว์ ใช้หรือเสพยาเสพติดหรือเข้าร่วมในการค้าประเวณีต้องระวางโทษหนักขึ้นตามกฎหมาย”

บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ผู้กระทำความผิดซึ่งก่อให้เกิดเด็กและเยาวชนกระทำความผิดหรือฝ่าฝืนกฎหมายหรือเข้าร่วมในกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับ

⁷³ The Chinese Protection of Minors 1991, Chapter 1 General Provisions, Article 1.

⁷⁴ The Chinese Protection of Minors 1991, Chapter 1 General Provisions, Article 2.

⁷⁵ The Chinese Protection of Minors 1991, Chapter 6 Legal Responsibility, Article 53

“Whoever instigates a minor to break law or commit criminal offences shall be given heavier punishment according to law.

Whoever lures, instigates or forces a minor to take or inject drugs or engage in prostitution shall be given heavier punishment according to law.”

ยาเสพติดและการค้าประเวณี ต้องระวางโทษหนักขึ้นตามกฎหมาย โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดระวางโทษว่าผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้นเพียงใด แต่กำหนดให้เป็นดุลพินิจของศาลในการพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดในกรณีดังกล่าวอย่างหนัก ซึ่งแม้บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะมีความสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและอนุสัญญาว่าด้วยการจัดรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็กและมีขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวนี้มีความซ้ำซ้อนกับบทบัญญัติเพิ่มโทษของผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของจีนที่บัญญัติให้ผู้ใช้เด็กต้องรับโทษหนักขึ้นเช่นกัน

โดยสรุป จะเห็นได้ว่ากฎหมายในแต่ละประเทศตามที่คุณเขียนได้ศึกษามานั้น เห็นตรงกันว่าการกระทำความผิดฐานก่อหรือใช้เด็กกระทำความผิดอาญานั้นถือเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กและเป็นรูปแบบหนึ่งของการทารุณกรรมเด็ก อันเป็นการขัดต่อหลักการคุ้มครองผลประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างร้ายแรง ทั้งยังก่อให้เกิดผลเสียหายต่อเด็กและเยาวชนอย่างยิ่ง ซึ่งสมควรมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อยับยั้งป้องกันการกระทำความผิดดังกล่าว โดยแต่ละประเทศต่างใช้มาตรการทางกฎหมายในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวซึ่งอาจแตกต่างกันไปตามแต่นโยบายของแต่ละประเทศ อาทิ บางประเทศกำหนดเป็นฐานความผิดขึ้นใหม่ ส่วนบางประเทศกำหนดเป็นเหตุการณ์ให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น หรือบางประเทศกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ส่วนในบางประเทศกำหนดไว้ในกฎหมายอื่นซึ่งมีโทษทางอาญา สำหรับประเทศไทยนั้นมีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวเช่นกัน ซึ่งจะมีลักษณะใดและมีความเหมาะสมหรือไม่นั้นจะทำการวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางในการลงโทษผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด ทางอาญาตามกฎหมายไทย

ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กกำหนดหลักการให้รัฐภาคีทั้งหลายมีหน้าที่ต้องดำเนินการมาตรการทั้งปวงเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในทุกรูปแบบ รวมถึงรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานและสิทธิในการได้รับการพัฒนาอย่างสมบูรณ์ นอกจากนี้ตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก กำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ในการป้องกันและปราบปรามการใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดหรือในกิจกรรมที่ผิดกฎหมายโดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดและการค้าประเวณีอันเป็นรูปแบบหนึ่งของการใช้แรงงานเด็กที่เลวร้ายที่สุด ดังนั้นรัฐภาคีทั้งหลายจึงมีพันธกรณีในการดำเนินการมาตรการทั้งปวง โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการทางกฎหมาย ในการปกป้องคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากถูกแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบของการใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดและการชักจูงเด็กและเยาวชนไปในทางที่ผิด จากที่กล่าวมา ในบทนี้ได้ศึกษาวิเคราะห์ถึงบทบัญญัติคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามกฎหมายไทยในปัจจุบันว่ามีการกำหนดความผิดและกำหนดโทษที่เหมาะสมหรือไม่ และมีแนวทางในการลงโทษทางอาญาแก่ผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดอย่างไรโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศตามที่ได้ศึกษามา

4.1 การลงโทษผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดทางอาญาตามกฎหมายไทย

การกระทำความผิดในลักษณะการใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด ถือเป็นความผิดและอาจพิจารณาโทษผู้ใช้ได้ตามกฎหมาย 2 ฉบับ คือ ในประมวลกฎหมายอาญา และในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546

4.1.1 ตามประมวลกฎหมายอาญา

การลงโทษผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยสามารถแบ่งพิจารณาได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายมาตรา 84 และกรณีภายหลังมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 84 (ฉบับที่ 25) พ.ศ. 2559

4.1.1.1 ประมวลกฎหมายอาญา ก่อนแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2559

ในประมวลกฎหมายอาญาเดิม ก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 84 ในปี พ.ศ.2559 ว่าด้วยเรื่องของผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด บัญญัติลงโทษผู้ให้ไว้ดังนี้

“มาตรา 84 ผู้ใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดไม่ว่าด้วยการใช้ บังคับขู่เข็ญ จ้างวานหรือยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด ผู้นั้นเป็นผู้ให้กระทำความผิด

ถ้าผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการถ้า ความผิดมิได้กระทำลง ไมว่าจะเป็นเพราะผู้ถูกใช้ไม่ยอมกระทำ ยังไม่ได้กระทำหรือเหตุอื่นใด ผู้ใช้ ต้องระวางโทษเพียงหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าไม่ได้มีการกำหนด บทลงโทษสำหรับผู้ให้เด็กและเยาวชน (บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี) กระทำความผิดไว้เป็นกรณี พิเศษแต่อย่างใด ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ใหญ่ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด การพิจารณาโทษของผู้ ใช้ในกรณีดังกล่าวจึงต้องพิจารณาตามบททั่วไป เช่นเดียวกับการใช้ผู้ใหญ่ (บุคคลอายุตั้งแต่สิบแปด ปีขึ้นไป) ให้กระทำความผิด ซึ่งเมื่อได้ทำการพิจารณาเปรียบเทียบกันระหว่างกรณีการใช้เด็กและ เยาวชนให้กระทำความผิดและการใช้ผู้ใหญ่ให้กระทำความผิด จะเห็นว่ากรณีทั้งสองมีความแตกต่างกัน ซึ่งมีผลให้การกำหนดโทษสำหรับทั้งสองกรณีควรกำหนดให้แตกต่างกัน โดยสามารถพิจารณา ถึงความแตกต่างในกรณีดังต่อไปนี้

(1) สถานะของบุคคลที่กฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครอง

สถานะของบุคคลมีผลต่อระดับความคุ้มครองตามกฎหมาย โดยบุคคลที่ อยู่ในสถานะอ่อนแอหรือมีความสำคัญเป็นพิเศษ เช่น เด็ก คนพิการ หรือเจ้าพนักงาน เป็นต้น กฎหมายย่อมต้องการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ ดังนั้น สถานะของบุคคลที่แตกต่างกันย่อมได้รับความ คุ้มครองตามกฎหมายที่แตกต่างกัน เมื่อพิจารณาจากสถานะของบุคคลซึ่งถูกใช้เป็นเครื่องมือใน การกระทำความผิด สามารถแบ่งออกเป็นสองกรณีดังนี้

กรณีใช้ผู้ใหญ่กระทำความผิด (บุคคลทั่วไป) บุคคลทุกคนเมื่อเกิดมาและมีสภาพบุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองเป็นสากลไว้ในหลักสิทธิ มนุษยชนอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น สิทธิในชีวิตร่างกาย เกียรติยศ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สิน เป็นต้น ซึ่ง บุคคลใดจะละเมิดมิได้ ดังนั้น บุคคลทุกคนย่อมได้รับความคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชน แต่เมื่อ พิจารณาถึงภาวะทางร่างกายและทางจิตใจ ผู้ใหญ่ถือว่าเป็นบุคคลที่อยู่ในภาวะที่สมบูรณ์ทั้งทาง ร่างกายและจิตใจ ทั้งยังมีความสามารถสมบูรณ์ตามกฎหมาย หากผู้ใหญ่ถูกก่อให้เกิดกระทำความผิด ก่อนการลงมือกระทำความผิดจะต้องผ่านกระบวนการคิดและตัดสินใจ โดยได้ใช้หรือควรจะได้ใช้ วิจารณญาณในการชั่งน้ำหนักถึงผลดีผลเสียที่ตนจะได้รับจากการกระทำความผิดนั้นแล้ว จึงได้

ตัดสินใจกระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้ ทั้งการตัดสินใจนั้นมิได้เกิดจากการถูกบังคับหรือข่มขู่ แต่ผู้ถูกใช้ได้ตัดสินใจกระทำไปโดยอิสระด้วยเจตนาของตน จึงถือว่ามี ความชั่วและสมควรได้รับการลงโทษ เช่นกัน

กรณีใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด เด็กและเยาวชนถือเป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชนเช่นกัน นอกจากนี้ด้วยสถานะความเป็นเด็กซึ่งมีความอ่อนแอและมีพัฒนาการที่ไม่สมบูรณ์ทั้งทางร่างกายและจิตใจ กฎหมายจึงเห็นถึงความสำคัญของการให้ความคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษและได้มีการรับรองไว้ในระดับสากลในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็กไว้เป็นการเฉพาะ โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐภาคีต้องดำเนินมาตรการทั้งปวงเพื่อให้เป็นไปตามหลักการในอนุสัญญา อันมีหลักการสำคัญคือ “หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interest of the child)” ซึ่งการกระทำใด ๆ ต่อเด็กจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ดังนั้น รัฐภาคีจึงมีพันธกรณีที่จะต้องดำเนินมาตรการเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก และป้องกันการแสวงหาประโยชน์จากเด็กในทุก รูปแบบโดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับยาเสพติดและทางเพศ รวมถึงการใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด ถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสวงหาประโยชน์จากเด็กและเป็นรูปแบบหนึ่งของการใช้แรงงานเด็กในรูปแบบที่เลวร้ายที่สุด

ทั้งนี้ ประเทศไทยได้รับเอาแนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิเด็กมาบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายภายใน พิจารณาได้จากกฎหมายภายในฉบับต่าง ๆ อาทิ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้บิดามารดามีหน้าที่เลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์¹หรือกำหนดให้นิติกรรมที่ผู้เยาว์ทำโดยมิได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมตกเป็นโมฆียะ² เว้นแต่จะเป็นกรณีที่กฎหมายอนุญาตให้ผู้เยาว์ทำเองได้โดยไม่ต้องรับความยินยอม ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ว่า ผู้เยาว์ยังมีพัฒนาการไม่สมบูรณ์จึงกำหนดให้เป็นหน้าที่ของบิดามารดาจะต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร แต่เมื่อพ้นจากความเป็นผู้เยาว์แล้วบิดามารดาย่อมไม่มีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรอีกต่อไป เว้นแต่จะทุพพลภาพไม่สามารถเลี้ยงดูตนเองได้ เนื่องจากกฎหมายเห็นว่าเมื่อพ้นจากความเป็นผู้เยาว์แล้วย่อมถือเป็นบุคคลที่มีความสามารถและพัฒนาการที่สมบูรณ์เพียงพอที่จะดูแลตนเองได้ และในประมวลกฎหมายอาญากำหนดให้ความผิดบางฐานที่กระทำต่อเด็ก เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศ ถือเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น หรือกำหนดให้อายุของผู้กระทำความผิดมีผลต่อการรับโทษทางอาญา แม้การกระทำนั้นจะถือเป็นความผิด แต่ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนนั้นอาจไม่ต้องรับโทษทางอาญา โดยศาลอาจกำหนดให้ใช้วิธีการสำหรับเด็กกับ

¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564.

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21.

ผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนแทนการลงโทษทางอาญาได้ นอกจากนี้ยังได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ขึ้น เพื่ออนุวัติการตามหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กให้มีผลบังคับใช้ภายในประเทศอีกด้วย โดยมีเนื้อหาสำคัญในการรับรองสิทธิเด็กและคุ้มครองผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก รวมทั้งคุ้มครองเด็กจากการทารุณกรรมและการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในทุกรูปแบบหรือจากการกระทำใด ๆ อันจะมีผลเป็นการขัดขวางการเจริญโตหรือส่งผลเสียหายต่อพัฒนาการที่สมบูรณ์ของเด็กและเยาวชน ซึ่งจากบทกฎหมายข้างต้น แสดงให้เห็นว่า กฎหมายของไทยรับเอาแนวคิดในการคุ้มครองเด็กมาบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายภายใน ดังนั้น สถานะเด็กและเยาวชนจึงเป็นสถานะที่กฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ การชักจูงให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดย่อมก่อให้เกิดผลเสียหายต่อเด็กและเยาวชนอย่างมากจึงสมควรกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้กระทำผิดดังกล่าวไว้เป็นกรณีพิเศษเช่นกัน

(2) โอกาสในการกระทำความผิดสำเร็จ

เมื่อพิจารณาจากโอกาสสำเร็จที่ผู้ใช้จะก่อให้เกิดผู้ถูกใช้ตัดสินใจกระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้ เมื่อเปรียบเทียบระหว่างการก่อให้เกิดเด็กกระทำความผิดและการก่อให้เกิดผู้ใหญ่กระทำความผิดนั้นมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้ รูปแบบหรือวิธีการในการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดนั้นมีผลอย่างมากในการจูงใจให้ผู้ถูกใช้ตัดสินใจกระทำความผิด โดยการก่ออาชญากรรมได้ไม่จำกัดวิธี ตัวอย่างเช่น การสัญญาจะให้รางวัลแลกเปลี่ยนตอบแทน การใช้อิทธิพลเหนือผู้ถูกใช้ การกระทำเป็นตัวอย่าง เป็นต้น ซึ่งรูปแบบต่าง ๆ ล้วนมีผลที่แตกต่างกันไปในแต่ละบุคคล อันสามารถพิจารณาถึงความแตกต่างได้ดังนี้

กรณีใช้ผู้ใหญ่กระทำความผิด เนื่องจากผู้ใหญ่ถือเป็นบุคคลที่มีพัฒนาการสมบูรณ์ทั้งทางร่างกายและจิตใจ สามารถใช้วิจารณญาณในการพิจารณาไตร่ตรองให้ละเอียดรอบคอบก่อนการตัดสินใจกระทำสิ่งใด มีกระบวนการคิดที่มีเหตุผลและสามารถยับยั้งชั่งใจก่อนการตัดสินใจกระทำความผิด รวมทั้งมีความสามารถในการแยกแยะผิดถูกได้ว่าสิ่งใดควรและสิ่งใดไม่ควร จึงยากต่อการหลอกลวงหรือชักจูงให้กระทำความผิด ดังนั้น โอกาสสำเร็จในการถูกหลอกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดจึงเกิดได้ยาก แต่มักจะเกิดขึ้นจากการตัดสินใจกระทำความผิดด้วยตนเองโดยพิจารณาและประเมินถึงความเสี่ยงที่จะได้รับผลร้ายอันเกิดจากการกระทำความผิดนั้นแล้ว ทั้งนี้ เมื่อมีการชักจูงให้กระทำความผิด ผู้ใหญ่ควรจะมี ความยับยั้งชั่งใจและใช้วิจารณญาณพิจารณาเลือกในทางที่ถูก แต่หากผู้ใหญ่นั้นตัดสินใจเลือกที่จะกระทำความผิดย่อมถือว่ามีเจตนาที่ชั่วร้ายเช่นกันอันไม่สมควรได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ

กรณีใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด เด็กและเยาวชนถือเป็นบุคคลที่ยังมีความสามารถและพัฒนาการที่ไม่สมบูรณ์ โดยการจะมีพัฒนาการที่สมบูรณ์ได้นั้นจะต้องผ่านการเจริญเติบโตทางร่างกายพร้อมกับกระบวนการเรียนรู้ของสมองและจิตใจ เมื่อพิจารณาจากทฤษฎี

พื้นฐานที่อธิบายเกี่ยวกับสาเหตุการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนแล้ว จะพบว่าเด็กและเยาวชนเปรียบเสมือนผ้าขาว เป็นวัยแห่งการเรียนรู้และการเลียนแบบและจะปฏิบัติตามบุคคลที่ตนยึดถือเป็นแบบอย่างโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลใกล้ชิด จึงเป็นบุคคลที่ถูกชักจูงได้ง่าย เนื่องด้วยความอ่อนวัย อ่อนอายุและอ่อนประสบการณ์ ทั้งยังเป็นบุคคลซึ่งอ่อนแอและอยู่ในภาวะที่ล่อแหลมต่ออันตรายและการถูกทารุณกรรม รวมทั้งถูกแสวงหาประโยชน์ได้โดยง่ายอย่างยิ่ง จึงมีผู้อาศัยโอกาสแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบจากช่องทางดังกล่าวในการชักจูงเด็กมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ซึ่งเด็กและเยาวชนยังมีวุฒิภาวะไม่เพียงพอที่จะใช้เหตุผลคิดพิจารณาให้ละเอียดรอบคอบก่อนการตัดสินใจ และยังไม่สามารถชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีและผลเสียจากการกระทำความผิดได้ จึงอาจเลือกเดินทางผิดได้ อีกทั้งแม้จะทราบถึงผลดีผลเสียของการกระทำดังกล่าวแล้ว ทั้งยังเป็นวัยที่มีลักษณะนิสัยคึกคะนองจึงอาจตัดสินใจกระทำความผิดไปด้วยความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ขาดความยับยั้งชั่งใจและไม่อาจปฏิเสธต่อสิ่งยั่วยวทั้งหลายที่เข้ามากระทบต่อจิตใจได้ ดังนั้น โอกาสสำเร็จในการถูกใช้ให้กระทำความผิดจึงเกิดขึ้นได้ง่าย อาจตัดสินใจกระทำความผิดไปด้วยความรู้เท่าไม่ถึงการณ์และความคึกคะนอง ขาดความยับยั้งชั่งใจและไม่อาจหักห้ามใจต่อสิ่งยั่วยวเพื่อให้กระทำความผิด

(3) ระดับความน่าตำหนิหรือความชั่วร้ายของเจตนา

พิจารณาจากระดับความน่าตำหนิของการกระทำหรือจากความชั่วร้ายของเจตนาของผู้กระทำ ในการใช้ ก่อหรือชักจูงให้ผู้อื่นกระทำความผิดระหว่างผู้ใหญ่และเด็กสามารถพิจารณาได้ ดังนี้

กรณีใช้ผู้ใหญ่กระทำความผิด ผู้ใช้ถือว่ามิเจตนาในการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดอันเป็นการกระทำที่น่าตำหนิและถือว่ามิเจตนาที่ชั่วร้าย แต่การก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดนั้นได้กระทำต่อผู้ใหญ่อันเป็นบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่ามีความสามารถสมบูรณ์และมีวิจรรย์ญาณเพียงพอในการพิจารณาไตร่ตรองและตัดสินใจโดยใช้เหตุผลและสามารถแยกแยะผิดถูกได้ด้วยตนเอง ดังนั้น การที่ผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้ย้อมเกิดจากเจตจำนงโดยอิสระของตน ผู้ถูกใช้ในกรณีนี้จึงถือว่ามิเจตนาที่ชั่วร้ายเช่นกัน ความผิดที่เกิดขึ้นจึงมิได้เกิดจากความชั่วร้ายของผู้ใช้ฝ่ายเดียว

กรณีใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด การกระทำดังกล่าวถือว่ามีความน่าตำหนิเป็นพิเศษโดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางศีลธรรม เนื่องจากผู้ใช้มิได้คำนึงถึงคุณค่าพื้นฐานของเด็กและเยาวชนที่สมควรได้รับการพัฒนาอย่างสมบูรณ์เพื่อเติบโตไปเป็นอนาคตของชาติ และกระทำการอันมิเจตนาชั่วร้ายอย่างยิ่งด้วยการใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดหรือชักจูงเด็กและเยาวชนให้เข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำความผิด โดยอาศัยโอกาสจากการที่เด็กและเยาวชนเป็นบุคคลที่อ่อนแอมีวุฒิภาวะต่ำ ไม่มีความยับยั้งชั่งใจและไม่สามารถใช้เหตุผลไตร่ตรองได้อย่างถี่ถ้วน จึงถูกชักจูงให้เข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำความผิดโดยง่าย ดังนั้น ผู้กระทำความผิดในกรณีนี้จึงถือว่ามิเจตนาชั่วร้ายและน่าตำหนิอย่างยิ่ง เพราะนอกจากจะมีเจตนากระทำความผิดด้วยการก่อให้เกิดผู้อื่น

กระทำความผิดแล้ว ยังมีเจตนาในการแสวงหาประโยชน์จากเด็กและเยาวชนด้วยการนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดที่ถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการทารุณกรรมเด็กอันเป็นการขัดต่อหลักการคุ้มครองเด็กและขัดต่อหลักการคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างร้ายแรง กรณีดังกล่าวส่งผลให้ผู้ใช้เด็กกระทำความผิดสมควรได้รับการลงโทษเป็นกรณีพิเศษแตกต่างหากจากผู้ใช้ในกรณีทั่วไป

(4) ผลเสียอันเกิดจากการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด

แม้จะเป็นการยากในการพิจารณาถึงผลเสียที่เกิดขึ้นกับตัวผู้กระทำความผิดทางอาญาที่เป็นผู้ใหญ่กับเด็กและเยาวชนว่าได้รับความเสียหายยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไร แต่เมื่อพิจารณาให้ลึกลงไป โดยพิจารณาประกอบกับแนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานต่าง ๆ แล้ว สามารถพิจารณาถึงความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดได้รับการกระทำความผิดดังนี้

กรณีผู้ใหญ่กระทำความผิด เนื่องจากผู้ใหญ่เป็นผู้ที่มีความสามารถสมบูรณ์การเลือกที่จะกระทำความผิดดังกล่าวจึงเกิดจากการตัดสินใจของตน ดังนั้นผลเสียหายที่จะได้รับการกระทำความผิดทางอาญาของผู้ใหญ่ โดยหลักคือโทษทางอาญาที่จะได้รับการถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดและตัดสินลงโทษ ซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์และทฤษฎีการลงโทษต่าง ๆ อันถือเป็นผลซึ่งผู้กระทำความผิดสมควรที่จะได้รับเพื่อเป็นการตอบแทนการกระทำความผิดดังกล่าว

กรณีใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด แม้กฎหมายในปัจจุบันจะนำแนวคิดเรื่องการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนมาใช้เป็นหลัก ซึ่งมีผลให้เด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดมักจะไม่ได้รับโทษทางอาญา แต่จะใช้วิธีการสำหรับเด็กแทนการลงโทษทางอาญา รวมถึงตามกฎหมายกำหนดให้สามารถนำมาตราการพิเศษมาใช้แทนการดำเนินคดีอาญาต่อเด็กได้ อันมีผลทำให้การดำเนินคดีอาญาระงับไปโดยศาลไม่ต้องมีคำพิพากษาคดี อย่างไรก็ตาม แม้ในการกระทำความผิดดังกล่าวเด็กจะไม่ได้รับโทษทางอาญา แต่การที่เด็กและเยาวชนต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดทางอาญาหรือกระบวนการยุติธรรมทางอาญาย่อมส่งผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อเด็กและเยาวชนแล้ว เนื่องจากวัยเด็กเป็นวัยแห่งการเรียนรู้และการเลียนแบบ หากเด็กได้พบแบบอย่างที่ดีย่อมสามารถเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ดีในอนาคต แต่การที่เด็กต้องเข้ามาเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดอาญาย่อมส่งผลให้เด็กและเยาวชนซึมซับพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมอันจะส่งผลต่อการมองโลกของเด็กอาจเห็นผิดเป็นชอบและอาจกลายเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัยและเติบโตไปเป็นอาชญากรอาชีพในอนาคต นอกจากนี้การที่เด็กและเยาวชนต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมอาจก่อให้เกิดตราบาปขึ้นแก่เด็กอันจะเป็นการผลักดันให้เด็กต้องเลือกเดินในทางที่ผิดและไม่อาจกลับคืนสู่สังคมได้ ดังนั้น เราทุกคนโดยเฉพาะบิดามารดาและผู้ปกครองต้องช่วยกันอบรมเลี้ยงดูและปกป้องคุ้มครองเพื่อให้เขา

สามารถเจริญเติบโตและมีพัฒนาการที่เหมาะสมและสมบูรณ์ สามารถเลือกดำเนินชีวิตไปในทางที่ถูกที่ควรและเป็นกำลังสำคัญของชาติในอนาคต

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการใช้เด็กและเยาวชนให้กระทำความผิดอาญาซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของการทารุณกรรมและการแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กและเยาวชน และถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการใช้แรงงานเด็กในรูปแบบที่เลวร้ายที่สุด ผู้กระทำความผิดน่าชั่วร้ายอย่างยิ่งในการใช้เด็กและเยาวชนซึ่งเป็นบุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครองไว้เป็นพิเศษมาเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด การกระทำดังกล่าวจึงสมควรได้รับการดำเนินคดีเป็นพิเศษ ทั้งยังมีโอกาสในการกระทำความผิดสำเร็จมากกว่ากรณีผู้ใหญ่ นอกจากนี้การชักนำให้เด็กเข้าร่วมในการกระทำความผิดทางอาญาย่อมส่งผลเสียหายต่อการดำเนินชีวิตของเด็กและเยาวชนในอนาคต เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาของไทย ยังไม่มีบทบัญญัติในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดทางอาญาเป็นการเฉพาะตามหลักการในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่กำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินมาตรการทั้งปวง รวมถึงมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการทารุณกรรมและการถูกแสวงหาประโยชน์ในทุกรูปแบบ โดยเฉพาะการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจ แสวงหาประโยชน์ทางเพศ และจากการใช้เด็กกระทำความผิดหรือกิจกรรมที่ผิดกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ดังนั้นเพื่อเป็นการยับยั้งป้องกันไม่ให้เกิดการชักนำเด็กและเยาวชนมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามแนวคิดในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนตามหลักสากลที่กำหนดในอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก จึงควรมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายในเรื่องการลงโทษผู้ใช้เด็กและเยาวชนให้กระทำความผิดให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของเจตนาและความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อไป

4.1.1.2 ประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2559

ต่อมาในปี พ.ศ.2559 ประเทศไทยได้มีการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 25) พ.ศ.2559 โดยบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 84 ว่าด้วยเรื่องการกำหนดเพิ่มโทษสำหรับผู้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดอาญา อันมีรายละเอียดดังนี้

“มาตรา 84 ผู้ใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดไม่ว่าด้วยการใช้ บังคับ ชูเชื้อจ้าง วาน หรือยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด ผู้นั้นเป็นผู้ให้กระทำความผิด

ถ้าความผิดมิได้กระทำลงไม่ว่าจะเป็นเพราะผู้ถูกใช้ไม่ยอมกระทำ ยังไม่ได้กระทำ หรือเหตุอื่นใด ผู้ใช้ต้องระวางโทษเพียงหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

ถ้าผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ และถ้าผู้ถูกใช้เป็นบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี ผู้พิการ ผู้ทุพพลภาพ ลูกจ้างหรือผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของ

ผู้ใช้ ผู้ที่มีฐานะยากจนหรือผู้ต้องพึ่งพาผู้ใช้เพราะเหตุป่วยเจ็บหรือไม่ว่าทางใด ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้ใช้กึ่งหนึ่งของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับผู้นั้น”

จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแยกพิจารณาบทลงโทษสำหรับผู้ใช้ออกได้เป็น 2 กรณี ดังต่อไปนี้

(1) กรณีความผิดตามที่ผู้ใช้ไม่ได้กระทำลง

ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยเมื่อผู้ใช้ได้ลงมือกระทำการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดแล้ว แต่ความผิดนั้นไม่ได้กระทำลงเนื่องจากผู้ถูกใช้ไม่ยอมกระทำการตามที่ผู้ใช้หรือยังไม่ได้กระทำ หรือด้วยเหตุอื่นใด ผู้ใช้ต้องรับผิด เนื่องจากการใช้เป็นการก่อเจตนาให้ผู้อื่นกระทำความผิด ในกรณีดังกล่าวจึงถือได้ว่าผู้ใช้มีเจตนาที่ชั่วร้ายและเป็นอันตราย ด้วยเหตุดังกล่าวกฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ใช้ต้องรับผิดแม้ความผิดที่ถูกใช้นั้นจะยังไม่ได้กระทำลงก็ตาม โดยกำหนดให้ผู้ใช้ต้องระวางโทษหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่ใช้ให้ผู้อื่นกระทำ โดยมีได้มีการแบ่งแยกบทลงโทษสำหรับกรณีการใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น ในกรณีการใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดและกรณีการใช้ผู้ใหญ่กระทำความผิด แต่ความผิดตามที่ใช้นั้นไม่ได้กระทำลง ผู้ใช้ต้องระวางโทษหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่ใช้นั้นเช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณาจากความผิดฐานชกจู๋ ยูงส่งเสริมหรือก่อให้เกิดผู้เยาว์กระทำความผิดตามกฎหมายมลรัฐ Oklahoma และกฎหมายมลรัฐ Georgia ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลได้วางหลักว่า การกระทำความผิดนั้นเป็นถือเป็นความผิดสำเร็จทันทีที่ได้มีการลงมือกระทำ แม้ผู้เยาว์จะไม่ได้กระทำความผิดหรือประพฤตินั้นไหลไปตามที่ถูกชกจู๋ โดยการกระทำดังกล่าวจะต้องมีลักษณะชัดเจนหรือมีแนวโน้มโดยตรงที่จะก่อให้เกิดผู้เยาว์กระทำความผิดหรือประพฤตินั้น ซึ่งจะส่งผลเสียหายต่อผู้เยาว์ เมื่อพิจารณาประกอบกับเจตนาอันชั่วร้ายของผู้กระทำ กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้กระทำต้องรับผิด ซึ่งการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้เป็นไปตามวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อให้มีผลเป็นการยับยั้งและป้องกันการกระทำความผิด และเห็นได้ว่าเด็กและเยาวชนเป็นบุคคลซึ่งกฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษอันสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองเด็กตามหลักสากล

สำหรับกฎหมายของประเทศอียิปต์ ซึ่งตามกฎหมายคุ้มครองเด็กของอียิปต์กำหนดว่า ถ้าความผิดตามที่ถูกใช้นั้นไม่ได้กระทำลง ผู้ใช้ให้เด็กกระทำความผิดอาญาไม่ร้ายแรงจะต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น³ ส่วนในกรณีผู้ใช้ให้เด็กกระทำความผิดอาญาร้ายแรงผู้ใช้จะต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น⁴ แต่สำหรับกรณีการ

³ The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 116 Paragraph1.

⁴ The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 116 Paragraph4.

ก่อนหรือใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดซึ่งผู้ถูกใช้เป็นผู้ใหญ่นั้น ผู้ใช้จะมีความรับผิดชอบเมื่อผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของอียิปต์ จากที่กล่าวมาจะเห็นว่าตามกฎหมายของประเทศอียิปต์กำหนดความรับผิดชอบของผู้ใช้ในกรณีการใช้ผู้ใหญ่กระทำความผิดและการใช้เด็กกระทำความผิดแต่ความผิดตามที่ถูกใช้นั้นไม่ได้ถูกกระทำลงไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ ในกรณีผู้ใช้ให้เด็กกระทำความผิดอาญาไม่ร้ายแรง แม้เด็กจะไม่ได้กระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้ ผู้ใช้ต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ส่วนในกรณีผู้ใช้ให้เด็กกระทำความผิดอาญาร้ายแรงผู้ใช้จะต้องระวางโทษเทียบเท่าความผิดสำเร็จ แต่ในกรณีการใช้นั้นกระทำต่อผู้ใหญ่ กฎหมายกำหนดให้การก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดถือเป็นความผิดและผู้กระทำต้องรับผิดชอบ ต่อเมื่อผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้ โดยถ้าความผิดนั้นยังไม่ได้กระทำลงหรือผู้ถูกใช้มิได้กระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้ ผู้ใช้ยังไม่มีผิด จะเห็นว่าตามกฎหมายอียิปต์ได้มีการกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ให้เด็กไว้เป็นกรณีพิเศษแม้ความผิดตามที่ถูกใช้นั้นจะยังมีได้กระทำลงก็ตาม โดยบทบัญญัติดังกล่าวของกฎหมายอียิปต์นี้มีลักษณะเป็นการกำหนดเหตุจูงใจโดยอาศัยข้อเท็จจริงจากการใช้เด็กกระทำความผิดเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดในการคุ้มครองและยับยั้งป้องกันการกระทำความผิดต่อเด็ก โดยกำหนดให้การกระทำความผิดต่อเด็ก ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการกระทำความผิดต่อผู้ใหญ่ โดยกำหนดให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบ แม้เด็กจะไม่ได้กระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้ก็ตาม เพื่อให้เหมาะสมกับความชั่วร้ายของเจตนาและความร้ายแรงของผลกระทบอันอาจเกิดขึ้นต่อเด็กจากการกระทำความผิดดังกล่าวอันเป็นการกระทำที่ไม่คำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างร้ายแรง

ส่วนกฎหมายของประเทศจีนกำหนดให้เป็นดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษแก่ผู้ใช้ซึ่งก่อให้เกิดบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปีกระทำความผิดโดยกำหนดให้ศาลต้องลงโทษผู้ใช้ในกรณีดังกล่าวสถานหนัก⁵ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาของจีนผู้ใช้ถือว่ามีความผิดและต้องรับโทษทันทีที่ได้ลงมือใช้หรือก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด แต่หากผู้ถูกใช้ไม่ได้กระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้จะถือเป็นเหตุที่ทำให้ผู้ใช้ได้รับโทษน้อยลง ดังนั้นเมื่อมีการใช้ให้เด็กกระทำความผิดผู้ใช้อาจต้องรับโทษแม้เด็กผู้ถูกใช้จะไม่ได้กระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้และกฎหมายยังกำหนดให้ศาลมีดุลพินิจในการกำหนดลงโทษผู้ใช้หนักขึ้นในกรณีดังกล่าวอีกด้วย อันเป็นการกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ให้เด็กกระทำความผิดเป็นกรณีพิเศษแยกต่างหากจากบทลงโทษสำหรับการใช้ผู้ใหญ่กระทำความผิด

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการลงโทษผู้ใช้ให้เด็กกระทำความผิดในกรณีความผิดตามที่ถูกใช้นั้นมิได้ถูกกระทำลงตามกฎหมายของต่างประเทศข้างต้นแล้ว พบว่ากฎหมายของมลรัฐ Oklahoma และ Georgia กฎหมายคุ้มครองเด็กอียิปต์กับประมวลกฎหมายอาญาของจีนล้วน

⁵ The Chinese criminal Code 1979, Amended 1997, Article 29.

มีการกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ให้เด็กกระทำความผิดเป็นพิเศษแยกต่างหากจากบทลงโทษในกรณีการใช้ให้ผู้ใหญ่กระทำความผิดแม้ความผิดตามที่ถูกใช้นั้นจะมีได้กระทำลง เนื่องจากการกระทำดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อตัวเด็กแล้ว และพิจารณาประกอบกับเจตนาอันชั่วร้ายของผู้กระทำที่ประสงค์จะใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดอันเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็ก และเป็นกรกระทำที่ไม่คำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างร้ายแรง การบัญญัติบทลงโทษดังกล่าวจึงสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองเด็กจากการถูกแสวงหาประโยชน์และการใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก อีกทั้งบทกำหนดโทษดังกล่าวยังเป็นไปตามวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อข่มขู่และยับยั้งป้องกันการกระทำความผิดเนื่องจากการเพิ่มขนาดบทลงโทษถือเป็นทางเลือกหนึ่งในการยับยั้งอาชญากรรม เพื่อให้ผู้กระทำผิดเกิดความกลัวและไม่กล้าใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดเพราะการใช้เด็กในการกระทำความผิดจะทำให้ผู้ใช้ต้องระวางโทษหนักขึ้น อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณามาตรา 84 วรรคสองตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายไทยในกรณีการก่อให้เกิดผู้กระทำความผิดและความผิดตามที่ถูกใช้นั้นมิได้กระทำลง ผู้ใช้ต้องระวางโทษหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่ใช้ให้กระทำโดยไม่มี การแบ่งแยกความรับผิดชอบระหว่างการให้เด็กกระทำความผิดและการใช้ผู้ใหญ่กระทำความผิด ดังนั้นไม่ จะเป็นการก่อให้เกิดเด็กหรือผู้ใหญ่กระทำความผิดผู้ใช้อันต้องระวางโทษเท่ากัน ซึ่งเมื่อพิจารณาจากภัยอันตรายอันจะเกิดต่อเด็กจากการกระทำดังกล่าวและความชั่วร้ายอย่างยิ่งของเจตนาของผู้ใช้ที่ประสงค์จะแสวงหาประโยชน์จากเด็ก ประกอบกับสถานะเด็กถือเป็นสถานะที่กฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษอันเป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นสากล อีกทั้งการกระทำดังกล่าวยังเป็นกรกระทำที่ขัดต่อหลักการปฏิบัติต่อเด็กตามที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 กำหนดไว้อย่างร้ายแรงที่กำหนดให้การกระทำใด ๆ ต่อเด็กจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ดังนั้น การใช้เด็กกระทำความผิดย่อมส่งผลเสียหายร้ายแรงมากกว่าการใช้ผู้ใหญ่กระทำความผิด ดังได้กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติในมาตรา 84 วรรคสองของประมวลกฎหมายอาญาไทยจึงยังไม่สอดคล้องกับแนวคิดในการสิทธิคุ้มครองเด็กและเยาวชนและยังไม่มีที่เหมาะสมเพียงพอในการยับยั้งการใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดหรือการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กและเห็นควรให้มีการกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ให้เด็กกระทำความผิดเป็นกรณีเฉพาะแม้เด็กจะมีได้กระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้ก็ตาม

(2) กรณีความผิดตามที่ถูกใช้ได้กระทำลง

ตามบทบัญญัติในมาตรา 84 วรรคสาม หากผู้ถูกใช้ได้ลงมือกระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้ ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนตัวการ และในกรณีที่ผู้ถูกใช้เป็นบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปี (อายุตั้งแต่หนึ่งถึงสิบแปดปีบริบูรณ์) ศาลจะต้องเพิ่มโทษอีกกึ่งหนึ่งของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับผู้นั้น

ตัวอย่างเช่น นาย ก. ใช้นาย ข. (อายุเกิน 18 ปี) ไปลักทรัพย์นาย ค. นาย ข. กระทำความผิดไปตามที่ ถูกใช้ ศาลพิพากษาลงโทษจำคุกนาย ก. 1 ปี นาย ก. ต้องรับโทษจำคุก 1 ปี แต่ถ้านาย ก. ใช้ให้ เด็กชาย ง. ไปลักทรัพย์และเด็กชาย ง. กระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้ ศาลพิพากษาลงโทษจำคุกนาย ก. 1 ปี และศาลต้องเพิ่มโทษอีกกึ่งหนึ่ง คือจำคุก 6 เดือน รวมนาย ก. ต้องรับโทษจำคุก 1 ปี 6 เดือน

แม้ในมาตรา 84 วรรคสามจะได้มีการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมบทลงโทษแก่ ผู้ใช้เด็ก (บุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี) กระทำความผิด แต่ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวยังไม่มี ความเหมาะสมในประการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง บทบัญญัติข้างต้นกำหนดให้เพิ่มโทษแก่ผู้ใช้ในกรณีผู้ถูก ใช้เป็นเด็กและเยาวชน ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกแสวงหา ประโยชน์จากการชักจูงหรือใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด อันเป็นไปตาม หลักการคุ้มครองเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก แต่การกำหนดอายุของเด็กตามมาตรา 84 ซึ่ง กฎหมายให้ความคุ้มครองดังกล่าว กลับไม่สอดคล้องกับอายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองตาม อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กกำหนดนิยามของคำว่า “เด็ก” อันจะได้รับความ คุ้มครองตามอนุสัญญาว่าหมายถึง มนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี⁶ เนื่องจากตามแนวคิด ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ บุคคลที่มีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์ถือว่ามีเจตจำนงเต็มโตและมี พัฒนาการที่สมบูรณ์ทั้งทางร่างกายและจิตใจเพียงพอที่จะปกป้องคุ้มครองและดูแลช่วยเหลือตนเอง ได้แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษอีกต่อไป นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ได้บัญญัตินิยามคำว่าเด็กซึ่งได้รับความคุ้มครองไว้ตรงตามอนุสัญญาว่าด้วย สิทธิเด็กเช่นกัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า เมื่อบุคคลมีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์ในทางกฎหมายระหว่าง ประเทศตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กย่อมถือว่าเป็นบุคคลที่มีความสามารถสมบูรณ์แล้ว จึงไม่ จำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษอีก และเพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดในการคุ้มครองเด็กและ นิยามคำว่าเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 จึง สมควรกำหนดอายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 84 ให้ตรงกัน โดยในที่นี้ผู้เขียนเห็นว่า ควรกำหนดอายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองโดยอาศัยนิยามตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กเป็น เกณฑ์คือ ผู้ถูกใช้เป็นผู้ที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปีจะเหมาะสมกว่า

ประการที่สอง บทบัญญัติตามมาตรา 84 วรรคสามกำหนดให้ศาลเพิ่ม โทษแก่ผู้กระทำความผิดอีกกึ่งหนึ่งจากโทษที่ศาลลงแก่ผู้ใช้นั้น ซึ่งกรณีการกำหนดให้ศาลเพิ่มโทษที่จะ ลงแก่ผู้กระทำความผิดนี้ มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 92 และมาตรา 93 ซึ่งเป็น ลักษณะของการบัญญัติเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดเนื่องจากการกระทำความผิดอีกครั้งหรือกระทำ

⁶ The Convention on the Rights of the Child 1989, Article 1.

ความผิดซ้ำ กฎหมายจึงกำหนดให้ลงโทษเพิ่มขึ้นเพราะผู้กระทำความผิดไม่หลาบจำและไม่สำนึกในความผิด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดเพิ่มโทษผู้ใช้ในกรณีการใช้เด็กกระทำความผิดนั้น เป็นกรณีกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากข้อเท็จจริงบางอย่าง คือ การใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด อันมีลักษณะเป็นเหตุฉกรรจ์หรือเป็นข้อเท็จจริงบางประการที่ทำให้สมควรลงโทษผู้กระทำความผิดหนักขึ้น ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย การกำหนดเหตุฉกรรจ์จะกำหนดในรูปแบบของการเพิ่มระวางโทษที่ศาลจะลงแก่ผู้กระทำความผิด ตัวอย่างเช่น มาตรา 336 ทวิที่เป็นบทฉกรรจ์ของความผิดฐานลักทรัพย์และวิ่งราวทรัพย์ ได้กำหนดให้ผู้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์หรือวิ่งราวทรัพย์ที่แต่งกายเป็นทหารหรือตำรวจหรือมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือใช้ยานพาหนะเพื่อความสะดวกแก่การกระทำความผิดหรือพาทรัพย์นั้นไปหรือเพื่อให้พ้นการจับกุมจะต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ กิ่งหนึ่ง อันเป็นลักษณะของการกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยกำหนดเพิ่มระวางโทษที่ศาลจะลงแก่ผู้กระทำความผิดได้

ในที่นี้ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดเพิ่มโทษแก่ผู้ใช้ดังกล่าวเป็นกรณีกำหนดให้ผู้ต้องใช้รับโทษหนักขึ้นเนื่องจากการใช้เด็กกระทำความผิดอันเป็นข้อเท็จจริงซึ่งมีความร้ายแรงและสมควรกำหนดให้ผู้ใช้รับโทษหนักขึ้นกว่ากรณีทั่วไปอันมีลักษณะเป็นเหตุฉกรรจ์ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยการกำหนดเหตุฉกรรจ์จะกำหนดในลักษณะของการเพิ่มระวางโทษที่ศาลจะลงแก่ผู้กระทำความผิดได้ ดังนั้น เนื่องจากข้อเท็จจริงดังกล่าวถือเป็นเหตุฉกรรจ์อันมีผลให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น จึงสมควรบัญญัติในลักษณะของการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้นอันเป็นการเพิ่มระวางโทษที่ศาลจะลงแก่ผู้กระทำความผิดซึ่งจะเหมาะสมและเป็นไปตามหลักการลงโทษตามกฎหมายไทยมากกว่า นอกจากนี้การกำหนดเป็นเหตุฉกรรจ์ดังกล่าวยังมีผลเป็นการเพิ่มจำนวนฐานของโทษที่ศาลจะลงแก่ผู้กระทำความผิดได้กว้างขึ้นและสูงขึ้น แต่ไม่เคร่งครัดเช่นกรณีเพิ่มโทษที่บังคับให้ศาลจะต้องเพิ่มโทษที่จะลงกับจำเลยจากโทษที่ศาลกำหนด อีกทั้งศาลสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่จะแก่จำเลยให้เหมาะสมกับพฤติการณ์และความร้ายแรงในแต่ละคดี หากพฤติการณ์ในคดีนั้นมีความร้ายแรงมาก ศาลสามารถใช้ดุลพินิจลงโทษจำเลยอย่างหนักตามที่กฎหมายบัญญัติระวางโทษเพิ่มขึ้นนั้นได้ แต่หากพฤติการณ์ในคดีไม่มีความร้ายแรง ศาลย่อมมีดุลพินิจในการลงโทษจำเลยให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดเช่นกัน แต่การกำหนดให้เพิ่มโทษผู้ใช้จากโทษที่ศาลกำหนดตามมาตรา 84 วรรคสามที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมใหม่นั้น ศาลไม่มีดุลพินิจดังกล่าวเนื่องจากกฎหมายกำหนดเคร่งครัดให้ศาลจะต้องเพิ่มโทษอีกกิ่งหนึ่งจากโทษที่ศาลกำหนด ซึ่งเป็นการยากในการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับพฤติการณ์

ประการที่สาม แม้การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 84 วรรคสามนี้จะสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่จะต้องดำเนินมาตรการทั้งปวงในการคุ้มครองเด็กจากการถูกแสวงหาประโยชน์ในทุกรูปแบบ ทั้งในเชิงพาณิชย์ ใน

ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดและการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการใช้แรงงานเด็กในรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดที่รัฐภาคีมีหน้าที่ต้องดำเนินการในการจัดการใช้ให้เด็กกระทำความผิดหรือกิจกรรมที่ผิดกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดและการค้าประเวณี แต่บทบัญญัติดังกล่าว มิได้มีการจำแนกบทเพิ่มโทษตามระดับความร้ายแรงของพฤติการณ์ของการกระทำ และมีได้กำหนดให้ศาลมีดุลพินิจในการคำนึงถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ ประกอบในการเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดอีกด้วย เช่น กรณีการใช้ความรุนแรงหรือบังคับข่มขู่ให้เด็กกระทำความผิด กรณีผู้ใช้และเด็กมีความสัมพันธ์กัน กรณีใช้เด็กในความผิดร้ายแรง อาทิ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่รัฐมีมาตรการป้องกันและปราบปรามเป็นพิเศษ หรือในความผิดเกี่ยวกับการค้าประเวณีหรือค้ามนุษย์ อย่างเช่นในกฎหมายมลรัฐ Oklahoma ที่กำหนดบทลงโทษสำหรับกรณีใช้เด็กในความผิดอาญาไม่ร้ายแรง ความผิดอาญาร้ายแรง ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดและความผิดเกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรมไว้โดยเฉพาะแยกตามระดับความร้ายแรงของความผิด หรือกฎหมายประเทศอียิปต์ที่กำหนดโทษสำหรับผู้ซึ่งมีลักษณะวิธีการพิเศษในการกระทำความผิดไว้ต่างหาก เป็นต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงความร้ายแรงของการกระทำความผิดเหล่านี้ควรจะได้รับบทลงโทษเป็นพิเศษ หรือกำหนดบทลงโทษตามระดับความร้ายแรงของการกระทำความผิด หรือกำหนดแนวทางในการลงโทษโดยให้ศาลคำนึงถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงมาประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดดังกล่าว ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแบ่งแยกการลงโทษตามระดับความร้ายแรงของการกระทำความผิด หรือกำหนดให้ศาลนำพฤติการณ์ต่าง ๆ มาใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิดด้วย

ประการสุดท้าย เนื่องจากบทบัญญัตินี้เป็นการกำหนดเพิ่มโทษเฉพาะในความผิดฐานผู้ใช้ไม่รวมถึงกรณีตัวการร่วมหรือผู้สนับสนุน ซึ่งในที่นี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าการกำหนดให้เพิ่มโทษเฉพาะในความผิดฐานผู้ใช้นั้นมีความเหมาะสมแล้ว เนื่องจากการบัญญัติเหตุจรรยาที่ จะจะมีผลให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษหนักขึ้นนั้นจะต้องเป็นกรณีที่มีความร้ายแรงและสมควรที่จะได้รับโทษอย่างหนักเพราะการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำที่น่าตำหนิอย่างยิ่ง ดังนั้นเมื่อพิจารณาระหว่างลักษณะของการกระทำความผิดในฐานผู้ใช้และความผิดฐานตัวการและผู้สนับสนุน จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกัน คือ การกระทำความผิดในฐานผู้ใช้นั้นเป็นการก่อให้เกิดการกระทำความผิดโดยที่เด็กนั้นไม่มีเจตนาจะกระทำความผิดมาก่อนเลยแต่แรก ดังนั้นการที่เด็กตัดสินใจกระทำความผิดไปนั้นจะถือว่าเด็กมีเจตจำนงโดยอิสระในการเลือกที่จะกระทำความผิดเองนั้นผู้เขียนเห็นว่าน่าจะไม่ต้อง เพราะการที่เด็กกระทำความผิดนั้นเนื่องด้วยถูกผู้ใหญ่ชักจูงมาก่อนจึงตัดสินใจกระทำผิด นอกจากนี้การใช้ยังเป็นกรที่ยืมมือผู้อื่นในการกระทำความผิดโดยตนเองไม่ต้องลงมือเอง การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการใช้เด็กเป็นเครื่องมือและส่งผลเสียหายต่อเด็กอย่างยิ่ง อีกทั้งผู้ใช้มีความเสี่ยงในการถูกจับดำเนินคดีน้อยกว่า ซึ่งถ้าเด็กถูกจับได้และถูกดำเนินคดีอาญาแต่ไม่ขัดทอดไปถึงผู้บงการ

เบื้องหลังย่อมส่งผลให้ผู้นั้นลอยนวลไปได้ แต่ในกรณีตัวการหรือผู้สนับสนุนนั้นเด็กก็มีเจตนาที่จะกระทำความผิดด้วยตนเอง หรือในบางกรณีตัวเด็กเองอาจจะเป็นผู้ชักชวนให้ผู้ใหญ่ร่วมกระทำความผิดกับตน ซึ่งหากเป็นกรณีดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าตัวเด็กเองได้กระทำการอันน่าตำหนิยิ่งกว่าผู้ใหญ่เสียอีกแต่ด้วยความอ่อนอายุกฎหมายจึงเห็นว่ายังไม่สมควรลงโทษและสมควรได้รับการให้โอกาส รวมถึงในกรณีผู้ใหญ่เป็นผู้สนับสนุนด้วย นอกจากนี้การร่วมกระทำความผิดกับเด็กจะถือว่าใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือเห็นจะไม่ได้ เพราะตนได้เข้าร่วมในการกระทำความผิดและต้องรับความเสี่ยงจากการกระทำนั้นด้วยจึงไม่ชัดเจนและไม่อาจพูดได้ว่าเต็มปากเป็นการยืมมือเด็กหรือหลบอยู่ข้างหลังเด็กได้อย่างเช่นกรณีผู้ใช้ ดังนั้น ในกรณีตัวการและผู้สนับสนุนผู้เขียนจึงไม่เห็นควรให้มีการกำหนดเพิ่มโทษ แต่เห็นว่าผู้กระทำความผิดดังกล่าวย่อมมีความผิดฐานยุยงส่งเสริมให้เยาวชนกระทำความผิดตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กด้วยอีกบทหนึ่งซึ่งผู้กระทำจะต้องระวางโทษตามมาตราดังกล่าวโดยไม่เห็นควรให้บัญญัติเพิ่มโทษ จากที่กล่าวมา กรณีผู้ใหญ่เป็นตัวการร่วมกับเด็กในการกระทำความผิดย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้บทบัญญัตินี้และไม่ได้รับการเพิ่มโทษ ดังนั้นหากผู้ใหญ่เลี้ยงกฎหมายโดยการก่อให้เกิดเด็กกระทำความผิดก่อน แล้วจึงเข้าเป็นตัวการร่วมกระทำความผิดกับเด็กนั้นด้วย เพื่อว่าหากถูกจับกุมและดำเนินคดีย่อมต้องรับผิดในฐานะตัวการร่วมและไม่ต้องรับโทษเพิ่มขึ้นในฐานะผู้ใช้ตามมาตรา 84 วรรคสามเพราะการกระทำความผิดฐานผู้ใช้อ้อมถูกความผิดฐานตัวการเคลื่อนกลิ้งไป อันจะเป็นช่องว่างให้ผู้กระทำความผิดหลีกเลี่ยงกฎหมายได้ จึงจำเป็นต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่ออุดช่องว่างดังกล่าว

จากที่กล่าวมาทั้งหมด ผู้เขียนเห็นว่ามาตรา 84 ที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว ยังไม่มีความเหมาะสมเพียงพอต่อการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวกำหนดเพิ่มโทษผู้ใช้เฉพาะในกรณีเด็กและเยาวชนกระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้เท่านั้น แต่กรณีความผิดมิได้กระทำลงผู้ใช้เด็กและผู้ใหญ่มีความรับผิดชอบเท่ากัน ทั้งที่ความชั่วร้ายของเจตนาของผู้ใช้ในกรณีดังกล่าวนี้มีระดับความชั่วร้ายที่แตกต่างกัน นอกจากนี้อายุของผู้ถูกใช้ที่กำหนดคุ้มครองนี้ยังไม่สอดคล้องกับอายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก อีกทั้งการบัญญัติเพิ่มโทษตามมาตรา 84 วรรคสามที่กำหนดให้ศาลต้องเพิ่มโทษผู้ใช้อีกภายหลังการกำหนดโทษแก่จำเลยแล้วเป็นบทบัญญัติซึ่งไม่สอดคล้องกับการบัญญัติเหตุที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุอุกฉกรรจ์ ซึ่งจะกำหนดในลักษณะของการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษเพิ่มขึ้นหรือเพิ่มระวางโทษที่ศาลจะลงแก่ผู้กระทำความผิดได้ตามกฎหมาย และการบัญญัติในลักษณะดังกล่าวยังมีลักษณะเคร่งครัดกำหนดให้ศาลจะต้องเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดโดยศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษผู้กระทำความผิดให้เหมาะสมกับพฤติการณ์และความร้ายแรงในแต่ละคดีได้ เนื่องจากมิใช่การเพิ่มมาตราส่วนโทษ ดังนั้นโทษที่ศาลจะลงแก่ผู้กระทำความผิดได้จึงระวางโทษเท่าเดิม แต่ผู้กระทำ

ความผิดต้องรับโทษเพิ่มขึ้นถึงหนึ่งตายตัว ซึ่งมีความเคร่งครัดเกินไปและอาจไม่เหมาะสมกับพฤติการณ์ในแต่ละคดี สุดท้ายมิได้มีการอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเปลี่ยนสถานะจากผู้เข้ามาเป็นตัวการร่วมกระทำความผิดด้วยแต่อย่างใด ดังที่กล่าวมา ผู้เขียนเห็นว่ามาตรา 84 ที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมจึงยังไม่มี ความเหมาะสมด้วยประการทั้งปวง ซึ่งเห็นควรให้มีการแก้ไขตามแนวทางที่จะมีการนำเสนอต่อไป

4.1.2 ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

นอกจากในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการอันเป็นการทารุณกรรมเด็กและเยาวชน และกำหนดโทษของผู้ทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวไว้ ดังนี้

4.1.2.1 บทกำหนดความผิด

“มาตรา 26 ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการดังต่อไปนี้

- (1) กระทำหรือละเว้นการกระทำอันเป็นการทารุณกรรมต่อร่างกายหรือจิตใจของเด็ก
- (2) จงใจหรือละเลยไม่ให้อาหารจำเป็นแก่การดำรงชีวิตหรือรักษาพยาบาลแก่เด็กที่อยู่ในความดูแลของตน จนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของเด็ก
- (3) บังคับ ชูเชื้อ ชักจูง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควรหรือน่าจะทำให้เด็กมีความประพฤติเสี่ยงต่อการกระทำผิด
- (4) โฆษณาทางสื่อมวลชนหรือเผยแพร่ด้วยประการใด เพื่อรับเด็กหรือยกเด็กให้แก่บุคคลอื่นที่มีโชฎติของเด็ ก เว้นแต่เป็นการกระทำของทางราชการหรือได้รับอนุญาตจากทางราชการแล้ว
- (5) บังคับ ชูเชื้อ ชักจูง ส่งเสริม ยินยอม หรือกระทำด้วยประการใดให้เด็กไปเป็นขอทาน เด็กเร่ร่อน หรือใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการขอทานหรือการกระทำผิด หรือกระทำด้วยประการใดอันเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็ก
- (6) ใช้ จ้าง หรือวานเด็กให้ทำงานหรือกระทำการอันอาจเป็นอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจมีผลกระทบต่อการเจริญเติบโต หรือขัดขวางต่อพัฒนาการของเด็ก
- (7) บังคับ ชูเชื้อ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กเล่นกีฬาหรือให้กระทำการใดเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้าอันมีลักษณะเป็นการขัดขวางต่อการเจริญเติบโตหรือพัฒนาการของเด็กหรือมีลักษณะเป็นการทารุณกรรมต่อเด็ก
- (8) ใช้หรือยินยอมให้เด็กเล่นการพนันไม่ว่าชนิดใดหรือเข้าไปในสถานที่เล่นการพนัน สถานค้าประเวณี หรือสถานที่ที่ห้ามมิให้เด็กเข้า

(9) บังคับ ชูเชื้อ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดงหรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจาร ไม่ว่าจะเป็นไปได้มาซึ่งค่าตอบแทนหรือเพื่อการใด

(10) จำหน่าย แลกเปลี่ยน หรือให้สุราหรือบุหรี่แก่เด็ก เว้นแต่การปฏิบัติทางการแพทย์

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งมีโทษตามกฎหมายอื่นที่หนักกว่าก็ให้ลงโทษตามกฎหมายนั้น”

บทบัญญัติในมาตรา 26 เป็นบทบัญญัติซึ่งรับเอาหลักการในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมาบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน อันมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกทารุณกรรมและการถูกแสวงหาประโยชน์ในทุกรูปแบบ โดยกำหนดความผิดสำหรับการกระทำหรือละเว้นกระทำการอันจะส่งผลเสียแก่เด็กและเยาวชน อันมีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

- เป็นการทารุณกรรมร่างกายและจิตใจของเด็กและเยาวชน หรือไม่ให้สิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิตต่อเด็กในความดูแลของตน

- เป็นการชักจูงยุยงส่งเสริมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควรหรือเสี่ยงต่อการกระทำความผิด เช่น การให้เด็กคบค้าสมาคมกับบุคคลที่มีความประพฤติเสื่อมเสียก่อความเดือดร้อนรำคาญ การให้เด็กเข้าไปในสถานที่อันไม่สมควร หรือการจำหน่ายสุราและบุหรี่แก่เด็ก เป็นต้น

- เป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็ก เช่น ให้เด็กขอยาน ใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการขอยานหรือการกระทำความผิด ใช้แรงงานเด็กอันอาจขัดขวางต่อการเจริญเติบโตของเด็ก เป็นต้น

จากบัญญัติดังกล่าวเป็นการกำหนดความผิดสำหรับการทารุณกรรมเด็ก การชักจูงให้เด็กและเยาวชนประพฤติตนไม่สมควรและการแสวงหาประโยชน์จากเด็กและเยาวชน ซึ่งมีได้กำหนดความผิดสำหรับการใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดไว้โดยตรง แต่กำหนดให้การใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดและการกระทำที่มีลักษณะเป็นการชักจูงหรือยินยอมให้เด็กและเยาวชนประพฤติตนไม่สมควรหรือเสี่ยงต่อการกระทำความผิดถือเป็นความผิด และผู้กระทำได้รับผิดแม้เด็กและเยาวชนจะยังมิได้กระทำความผิดแต่การกระทำนั้นส่งผลให้เด็กและเยาวชนมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิด แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ในการมุ่งคุ้มครองเด็กและเยาวชนเป็นสำคัญเพราะแม้ผลเสียหายนั้นยังไม่เกิด แต่มีแนวโน้มว่าจะเกิดหรือเสี่ยงจะเกิด ทั้งยังกำหนดให้เป็นหน้าที่ของบุคคลทุกคนไม่จำกัดเฉพาะบิดามารดาหรือผู้ปกครองของเด็กเท่านั้น ในการดูแลและคุ้มครองเด็กและเยาวชนให้ประพฤติตนในทางที่เหมาะสมที่ถูกที่ควร ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายคุ้มครองเด็กของต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของมาตรา 26 นี้บัญญัติคุ้มครองเด็กและเยาวชนไว้กว้าง ๆ เป็นการทั่วไปและครอบคลุมสำหรับการกระทำใด ๆ อันจะส่งผลเสียหายต่อเด็กและเยาวชน และย่อมหมายรวมถึงการใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด

ด้วย ดังนั้น การใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดจึงถือเป็นความผิดตามบทบัญญัตินี้ด้วย แต่เนื่องจากในวรรคท้ายของมาตรา 26 บัญญัติยกเว้นไว้ว่าในกรณีเป็นไปตามกฎหมายอื่นที่มีโทษสูงกว่า ก็ให้ลงโทษตามกฎหมายนั้น อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติคุ้มครองเด็กในกรณีการแสวงหาประโยชน์ทางเพศและในกรณีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดไว้เป็นพิเศษ ดังนั้นในกรณีดังกล่าวจึงต้องไปพิจารณาตามกฎหมายอื่นซึ่งกำหนดโทษไว้เป็นการเฉพาะ แต่หากเป็นกรณีที่การกระทำนั้น ๆ ไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดไว้โดยเฉพาะ ตัวอย่างเช่น การให้เด็กและเยาวชนเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับกลุ่มก่ออาชญากรรม ไม่มีกฎหมายบัญญัติลงโทษผู้กระทำความผิดไว้เป็นการเฉพาะ การจะพิพากษาลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดย่อมต้องอาศัยบทบัญญัติในมาตรานี้ จึงอาจทำให้เกิดปัญหาว่าโทษที่ลงกับผู้กระทำความผิดนั้นไม่เหมาะสมกับพฤติการณ์และความร้ายแรงของการกระทำความผิดได้

4.1.2.2 บทกำหนดโทษ

“มาตรา 78 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 26 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ผู้ที่ฝ่าฝืนมาตรา 26 จะต้องระวางโทษจำคุกตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 78 คือ จำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายคุ้มครองเด็กของประเทศเกาหลีใต้ที่กำหนดโทษของผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนข้อห้ามกระทำกิจกรรมที่อาจเป็นอันตรายต่อเด็กและเยาวชนไว้หลายระดับตามความร้ายแรงของพฤติการณ์และกำหนดระวางโทษไว้ค่อนข้างกว้างเพื่อให้ศาลใช้ดุลพินิจในการลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสม โดยกรณีที่กำหนดโทษไว้ร้ายแรงที่สุด คือกรณีกระทำการอันไม่สมควรทางเพศกับเด็กหรือเพื่อแสวงหากำไร ซึ่งผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี⁷ และไม่มีกำหนดโทษปรับไว้ หรือกรณีการใช้ร่างกายของเด็กแสดงต่อสาธารณะเพื่อความบันเทิงหรือแสวงหากำไร หรือการใช้เด็กและเยาวชนขอตานหรือใช้เป็นเครื่องมือในการขอตาน ตามกฎหมายเกาหลีใต้กำหนดให้ผู้นั้นจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี⁸ นอกจากนี้ ตามกฎหมายคุ้มครองเด็กของประเทศสิงคโปร์กำหนดฐานความผิดสำหรับผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน โดยการจัดหรืออนุญาตให้เด็กและเยาวชนขอตานหรือรับบริจาค หรือดำเนินกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบสองเดือน⁹ ทั้งนี้เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรา 78 ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กของไทยจะเห็นได้ว่าการกำหนดระวางโทษสำหรับผู้กระทำความผิดในลักษณะเดียวกันไว้ต่ำมาก ทำให้ฐานของโทษที่ศาลจะลงแก่ผู้กระทำความผิดได้

⁷ The Korean Juvenile Protection Act 1997, Amended 2010, Article 49-2.

⁸ The Korean Juvenile Protection Act 1997, Amended 2010, Article 49-4.

⁹ Children and Young Person Act (Chapter 38) 1993, Section 6.

นั้นแคบมาก ซึ่งพฤติการณ์ของการกระทำความผิดในแต่ละคดีและความร้ายแรงของความผิดในแต่ละอนุมาตรา นั้นมีความแตกต่างกัน จึงจำเป็นต้องบัญญัติระวางโทษให้เหมาะสมและเพียงพอที่ศาลจะสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสมและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำ ซึ่งการกำหนดโทษไว้ต่ำเกินไปนั้น ทำให้การลงโทษไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์และทฤษฎีของการลงโทษเพื่อยับยั้งป้องกันการกระทำความผิดหรือข่มขู่ผู้กระทำความผิดได้ เนื่องจากไม่อาจทำให้ผู้กระทำความผิดหรือผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัว จึงไม่มีผลเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดและไม่อาจจะบรรลุตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนได้

ทั้งนี้ การพิจารณาว่ากำหนดระวางโทษเท่าใดจึงจะเหมาะสมนั้น สามารถแบ่งพิจารณาออกได้เป็น 2 กรณี ได้แก่

กรณีโทษจำคุก พิจารณาได้จากบทกำหนดโทษสำหรับความผิดในลักษณะเดียวกันนั้นตามกฎหมายของต่างประเทศและตามกฎหมายไทยที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน ตัวอย่างเช่น ตามกฎหมายสิงคโปร์การกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันนี้ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 12 เดือน และตามกฎหมายอาญาของมลรัฐ Oklahoma มาตรา 21-856 A.1 กำหนดความผิดฐานชกจู๋ให้เด็กและเยาวชนประพฤตินไม่สมควรหรือเสี่ยงต่อการกระทำความผิด ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี¹⁰ ส่วนตามกฎหมายอาญาของมลรัฐ Georgia มาตรา 16-12-1 (b) 1. กำหนดให้ผู้กระทำความผิดฐานชกจู๋ให้เด็กและเยาวชนประพฤตินไม่สมควรหรือเสี่ยงต่อการกระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบสองเดือน¹¹ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากความผิดฐานจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้แก่บุคคลอายุต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์ตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ.2551 ซึ่งกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี กับความผิดฐานจำหน่ายหรือให้สุราแก่เด็กตามมาตรา 26 (10) ซึ่งกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษเพียง ไม่เกิน 3 เดือน จะเห็นได้ว่าในกรณีดังกล่าวพฤติการณ์ในการกระทำความผิดนั้นเป็นเช่นเดียวกันแต่ตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์กลับกำหนดโทษไว้สูงกว่า ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ของมาตราทั้งสองนั้นเป็นอย่างเดียวกัน คือ ต้องการคุ้มครองเด็กและเยาวชน ด้วยเหตุนี้ส่งผลให้บทบัญญัติดังกล่าวย่อมไม่มีที่ชี้และทำให้เกิดความสับสนของตัวบทกฎหมาย ดังนี้ เมื่อพิจารณาจากความชั่วร้ายของเจตนาผู้กระทำที่หวังจะแสวงหาประโยชน์จากเด็กและพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวทางในการกำหนดโทษตามกฎหมายของต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าการฝ่าฝืนบทบัญญัติตามมาตรา 26 นี้ซึ่งมีกำหนดระวางโทษตามมาตรา 78 นั้นมีระวางโทษที่ต่ำเกินไป ควรแก้ไขเพิ่มระวางโทษโดยอิงจากความผิดในลักษณะเดียวกันและตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่ม

¹⁰ 2015 Oklahoma Statutes, Title 21, Chapter 31A, Section 21-856 A.1.

¹¹ 2015 Georgia Code, Title 16, Chapter 12, Article 1, Section 16-12-1(b)1.

แอลกอฮอล์ พ.ศ.2551 ซึ่งในที่นี่ผู้เขียนเห็นว่า ควรบัญญัติเพิ่มระวางโทษจากจำคุกไม่เกิน 3 เดือน เป็นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปีนั้นจะมีความเหมาะสมมากกว่าเนื่องจากการขยายดุลพินิจให้ศาลสามารถกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนกับความผิดได้

กรณีโทษปรับ พิจารณาจากบทกำหนดโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่ 22 พ.ศ.2558 ซึ่งเป็นปัจจุบันที่สุด โดยเมื่อพิจารณาตามมาตรา 366/1 กำหนดให้ผู้กระทำชำเราศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท¹² และมาตรา 366/2 กำหนดให้ผู้กระทำอนาจารแก่ศพต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท¹³ มาตรา 366/3 กำหนดให้ผู้ซึ่งทำลายศพหรือทำให้เสียหายโดยไม่มีเหตุอันสมควรต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท¹⁴ จากมาตราดังกล่าวสามารถพิจารณาสัดส่วนของโทษปรับจำคุกและโทษปรับได้ดังนี้ คือ โทษจำคุกหนึ่งปีต่อโทษปรับสองหมื่นบาท ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากอัตราโทษตาม มาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กซึ่งกำหนดให้ผู้กระทำผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท เมื่อพิจารณาสัดส่วนแล้วจะได้อัตราโทษจำคุกหนึ่งเดือนต่อโทษปรับหนึ่งหมื่นบาทซึ่งเป็นอัตราโทษที่สูงอยู่แล้ว ในที่นี้ ผู้เขียนเห็นว่า อัตราโทษปรับดังกล่าวมีความเหมาะสมอยู่แล้ว จึงเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเฉพาะโทษจำคุกโดยไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมโทษปรับแต่อย่างใด

4.2 แนวทางการลงโทษผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำผิดทางอาญา

จากที่ได้ทำการศึกษาวิเคราะห์บทบัญญัติกำหนดโทษผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดตามกฎหมายไทยในข้อ 4.1 แล้ว จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติตามกฎหมายไทยยังมีความไม่เหมาะสมบางประการซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สามารถนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพและเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองเด็กและเยาวชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

¹² ประมวลกฎหมายอาญา, แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับ 22) พ.ศ.2558, มาตรา 366/1.

¹³ ประมวลกฎหมายอาญา, แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับ 22) พ.ศ.2558, มาตรา 366/2.

¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา, แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับ 22) พ.ศ.2558, มาตรา 366/3.

4.2.1 แนวทางการกำหนดความผิด

จากที่ได้ทำการศึกษาแนวทางการลงโทษผู้ใช้ให้เด็กกระทำความผิดทางอาญา ตามกฎหมายต่างประเทศในบทที่ 3 แล้ว สามารถจำแนกแนวทางในการกำหนดความผิดฐานผู้ใช้ให้เด็กกระทำความผิดออกได้เป็น 2 กรณี

4.2.1.1 กรณีกำหนดเป็นฐานความผิดใหม่

การกำหนดความผิดในรูปแบบนี้เป็นการกำหนดฐานความผิดขึ้นใหม่แยกจากความผิดฐานผู้ใช้ในกรณีทั่วไป ซึ่งบทบัญญัติฐานความผิดจะต้องประกอบด้วยบทบัญญัติอันเป็นองค์ประกอบของการกระทำความผิดและบทกำหนดโทษ โดยจะต้องมีองค์ประกอบสำคัญ คือ การกระทำอันเป็นการก่อหรือชักจูงให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดโดยไม่จำกัดวิธีการและรูปแบบ นอกจากนี้ อาจบัญญัติเพิ่มเติมพฤติการณ์พิเศษต่าง ๆ แยกเป็นแต่ละฐานความผิดเพื่อกำหนดโทษแยกออกไปตามระดับความร้ายแรงของการกระทำ เช่น การใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดร้ายแรง การใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดไม่ร้ายแรง การใช้เด็กและเยาวชนในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เป็นต้น ซึ่งข้อดีของการบัญญัติในรูปแบบนี้คือสามารถจำแนกเป็นความผิดฐานต่าง ๆ และกำหนดโทษในแต่ละฐานความผิดได้อย่างเหมาะสมและได้สัดส่วนกับระดับความร้ายแรงของการกระทำความผิดในแต่ละกรณี ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวสามารถบัญญัติไว้ในกฎหมายดังต่อไปนี้

(1) ในประมวลกฎหมายอาญา

ตัวอย่างของประเทศที่บัญญัติกฎหมายในรูปแบบนี้ ได้แก่

มลรัฐ Oklahoma (ประเทศสหรัฐอเมริกา) ได้กำหนดความผิดฐานก่อชักจูง ช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้ผู้เยาว์กระทำความผิดหรือประพฤตินเลวไหล¹⁵ โดยกำหนดบทลงโทษตามระดับความร้ายแรงของการกระทำหรือประกอบพฤติการณ์พิเศษอื่น ๆ ซึ่งสามารถจำแนกได้ต่อไปนี้ได้แก่ กรณีก่อให้ผู้เยาว์ประพฤตินเลวไหลหรือกระทำความผิดไม่ร้ายแรง กรณีก่อให้ผู้เยาว์กระทำความผิดร้ายแรง กรณีก่อให้ผู้เยาว์กระทำความผิดเข้าร่วมในกลุ่มอาชญากรรม นอกจากนี้ ยังมีการบัญญัติกรณีก่อให้ผู้เยาว์กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดไว้เป็นอีกฐานความผิดหนึ่งต่างหาก อีกทั้งยังกำหนดให้การกระทำความผิดซ้ำเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นอีกด้วย

มลรัฐ Georgia (ประเทศสหรัฐอเมริกา) ได้กำหนดความผิดฐานก่อ ชักจูง ช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้ผู้เยาว์กระทำความผิดหรือประพฤตินเลวไหล¹⁶ และกำหนดบทลงโทษแยกตามระดับความร้ายแรงของความผิดหรือประกอบพฤติการณ์พิเศษอื่น ๆ อันแบ่งออกเป็น กรณีก่อให้ผู้เยาว์ประพฤตินเลวไหลหรือกระทำความผิดไม่ร้ายแรง กรณีก่อให้ผู้เยาว์กระทำความผิดร้ายแรง

¹⁵ 2015 Oklahoma Statutes, Title 21, Chapter 31A, Section 21-856.

¹⁶ 2015 Georgia Code, Title 16, Chapter 12, Article 1, Section 16-12-1.

กรณีมอบอาวุธให้ผู้เยาว์กระทำความผิด และกรณีให้ผู้เยาว์กระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินเป็น ความผิดร้ายแรงหากได้กระทำโดยผู้ใหญ่ ซึ่งการกระทำความผิดซ้ำถือเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องรับ โทษหนักขึ้นเช่นกัน

(2) ในกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา

ตัวอย่างของประเทศที่บัญญัติกฎหมายในรูปแบบนี้ ได้แก่

ประเทศอียิปต์ซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายคุ้มครองเด็กของประเทศอียิปต์ โดยกำหนดความผิดฐานชักจูงให้เด็กกระทำความผิดโดยใช้คอมพิวเตอร์หรือระบบอินเทอร์เน็ตเป็น เครื่องมือในการกระทำความผิด¹⁷

ประเทศเกาหลีใต้กำหนดความผิดฐานชักจูงให้เด็กกระทำความผิดหรือใช้ เด็กเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์¹⁸ไว้ในกฎหมายคุ้มครองเด็กโดยกำหนดโทษแยกตามระดับ ความร้ายแรงของความผิด

ประเทศสิงคโปร์กำหนดความผิดฐานมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด ของเด็กหรือชักจูงหรือใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดหรือแสวงหาประโยชน์ซึ่งกำหนดไว้ ในกฎหมายเกี่ยวกับเด็ก¹⁹

ในกฎหมายไทยมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กของไทยได้ กำหนดความผิดสำหรับผู้ชักจูงให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดหรือกระทำการอันเป็นการแสวงหา ประโยชน์จากเด็กไว้เช่นกันอันมีลักษณะเป็นการกำหนดฐานความผิดใหม่ในกฎหมายคุ้มครองเด็กซึ่ง เป็นกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญาและได้กำหนดโทษทางอาญาของผู้ฝ่าฝืนไว้ในมาตรา 78 แห่ง พระราชบัญญัติดังกล่าว

4.2.1.2 กรณีกำหนดเป็นเหตุลดโทษ

การกำหนดความผิดรูปแบบนี้เป็นการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษ หนักขึ้นเนื่องจากข้อเท็จจริงบางประการ เช่น ความร้ายแรงของภัยที่ผู้กระทำความผิดก่อให้เกิดขึ้น เจตนา ที่ชั่วร้ายของผู้กระทำความผิด หรือสถานะของตัวบุคคลผู้กระทำความผิดหรือผู้ถูกกระทำ เป็นต้น ซึ่งข้อเท็จจริง ดังกล่าวนั้นมีความร้ายแรงเกินกว่ากรณีปกติ ผู้กระทำความผิดจึงสมควรได้รับโทษหนักกว่ากรณีทั่วไป เพื่อให้ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดนั้นอันจะทำให้การลงโทษดังกล่าวบรรลุตาม วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อยับยั้งและป้องกันการกระทำความผิด โดยการใช้เด็กและเยาวชนเป็น เครื่องมือในการกระทำความผิดถือเป็นพฤติการณ์ที่มีความร้ายแรงอย่างยิ่ง เมื่อพิจารณาจากเจตนา

¹⁷ The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008 Article 116 bis.

¹⁸ The Korean Juvenile Protection Act 1997, Amended 2010, Article 26-2.

¹⁹ Children and Young Person Act (Chapter 38) 1993, Section 6.

ชั่วร้ายของผู้ใช้ที่ต้องการจะแสวงหาประโยชน์จากเด็กและเยาวชน ซึ่งเป็นบุคคลที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการว่าเป็นต้องให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ ดังนั้น เด็กและเยาวชนจึงเป็นบุคคลที่กฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ นอกจากนี้ การใช้หรือชักจูงให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดย่อมก่อให้เกิดผลกระทบเสียหายต่อเด็กอย่างยิ่ง ทั้งยังเป็นการกระทำอันขัดต่อหลักการคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กและเยาวชนอย่างร้ายแรง จะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวมีความร้ายแรงและส่งผลกระทบเสียหายยิ่งกว่าการใช้ในกรณีทั่วไป จึงต้องกำหนดโทษแก่ผู้ใช้ในกรณีดังกล่าวให้หนักกว่าโทษของผู้ใช้ในกรณีทั่วไปเพื่อให้ได้สัดส่วนกับความผิดที่ได้กระทำ ดังนั้น ข้อเท็จจริงในการใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดจึงถือเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้นอันถือเป็นเหตุจูงใจ โดยการบัญญัติเหตุจูงใจในฐานผู้ใช้อาจบัญญัติไว้ในกฎหมายต่อไป

(1) ในประมวลกฎหมายอาญา

ตัวอย่างของประเทศที่บัญญัติกฎหมายในรูปแบบนี้ ได้แก่

มลรัฐ Oklahoma (ประเทศสหรัฐอเมริกา) กำหนดให้การที่ผู้ใหญ่ก่อให้เกิดผู้เยาว์กระทำความผิดซึ่งถือเป็นความผิดร้ายแรงหากได้กระทำโดยผู้ใหญ่เป็นเหตุจูงใจที่ทำให้ผู้เยาว์ต้องรับโทษหนักขึ้นคือต้องระวางโทษสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น²⁰

ประเทศเกาหลีใต้ กำหนดให้การใช้หรือสนับสนุนให้บุคคลซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาหรือควบคุมดูแลของตนกระทำความผิด โดยบุคคลนั้นไม่ต้องรับโทษจากการกระทำความผิดหรือต้องรับผิดเพียงฐานประมาท²¹ ถือเป็นเหตุจูงใจที่ทำให้ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนต้องรับโทษหนักขึ้น

ประเทศจีน กำหนดให้การใช้บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีกระทำความผิดผู้ใช้ต้องระวางโทษสถานหนัก²²ตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่ใช้ให้กระทำ นอกจากนี้ยังมีบทเพิ่มโทษสำหรับผู้ใช้เด็กและเยาวชนในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเป็นการเฉพาะอีกด้วยซึ่งกำหนดให้ผู้ใช้เด็กและเยาวชนในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจะต้องรับโทษสถานหนักเช่นกัน²³

(2) ในกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา

ตัวอย่างของประเทศที่บัญญัติกฎหมายในรูปแบบนี้ ได้แก่

²⁰ 2015 Oklahoma Statutes, Title 21, Chapter 31A, Section 21-856 C.

²¹ The Korean Criminal Code 1953, Amended 2005, Article 34.

²² The Chinese Criminal Code 1979, Amended 1997, Article 29.

²³ The Chinese Criminal Code 1979, Amended 1997, Article 347.

ประเทศอียิปต์ กำหนดไว้ในกฎหมายคุ้มครองเด็กว่าการยุยงส่งเสริมให้เด็กกระทำความผิดอาญาไม่ร้ายแรงและการนั้นไม่เป็นไปตามมุ่งหมาย ผู้ใช้ต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ส่วนในกรณียุงส่งเสริมให้เด็กกระทำความผิดอาญาร้ายแรงและการนั้นไม่เป็นไปตามมุ่งหมายผู้ต้องหาต้องระวางโทษในฐานะผู้ใช้เทียบเท่าความผิดสำเร็จ²⁴โดยในกรณีทั่วไปผู้ใช้ยังไม่มีควมรับผิดชอบหากผู้ถูกใช้ไม่ได้กระทำความผิดไปตามที่ถูกใช้

ประเทศจีน กำหนดเหตุจรรยาบรรณผู้ใช้เด็กไว้ในกฎหมายคุ้มครองเด็กของจีนโดยกำหนดให้ผู้ซึ่งล่อลวงหรือก่อให้เกิดผู้เยาว์กระทำความผิด ใช้หรือแสพสารเสพติด หรือเข้าร่วมในการค้าประเวณีต้องระวางโทษอย่างหนักตามกฎหมาย²⁵

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าการบัญญัติความผิดฐานผู้ใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดนั้นอาจกระทำได้ในสองรูปแบบขึ้นอยู่กับนโยบายการกำหนดความผิดและความเหมาะสมของแต่ละประเทศ

4.2.2 แนวทางการกำหนดโทษ

การใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดถือเป็นการกระทำที่มีเจตนาชั่วร้ายและส่งผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อเด็กและเยาวชนและต่อสังคมโดยรวมอย่างยิ่ง ดังนั้นเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษในการยับยั้งและป้องกันการกระทำความผิด จึงสมควรกำหนดโทษของการกระทำความผิดดังกล่าวให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของกระทำ อันเป็นไปตามแนวคิดการลงโทษของสำนักคลาสสิกที่มีหลักว่า ความหนักเบาของโทษกำหนดตามความร้ายแรงแห่งอันตรายของการกระทำ การกระทำยิ่งมีความร้ายแรงมาก โทษที่จะใช้กับกรณีดังกล่าวย่อมต้องรุนแรงขึ้นตามส่วน ประกอบกับแนวคิดตามนิติเศรษฐศาสตร์ทางกฎหมายอาญา ที่มีหลักการยับยั้งป้องกันการกระทำความผิดนั้นกระทำได้ด้วยการกำหนดต้นทุนค่าเสียหายในการกระทำความผิดให้สูงกว่าผลประโยชน์ที่คาดหวังจากการกระทำผิด ซึ่งทำได้ 2 กรณี คือ การเพิ่มขนาดบทลงโทษ และการเพิ่มโอกาสในการจับกุม ดังนั้น การเพิ่มขนาดของบทลงโทษด้วยการกำหนดเหตุจรรยาบรรณหรือการกำหนดโทษสำหรับฐานความผิดนั้นให้สูงขึ้นจึงถือเป็นวิธีการหนึ่งในการยับยั้งและป้องกันการกระทำความผิด

จากที่ได้ทำการวิเคราะห์ความเหมาะสมของบทบัญญัติลงโทษผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดตามกฎหมายไทย จะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่เพียงพอในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด เนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดนั้นมีความร้ายแรงยิ่งกว่าการใช้ในกรณีทั่วไป ดังนั้น เพื่อให้เป็นไปตาม

²⁴ The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 116.

²⁵ The Chinese Protection of Minors 1991, Article 53.

หลักสากลว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิเด็กจากการทารุณกรรมและการแสวงหาประโยชน์ในทุกรูปแบบ จึงเห็นควรนำเสนอแนวทางในการลงโทษผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดทางอาญา หรือ กำหนดโทษในฐานะชกุงให้เด็กและเยาวชนมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดที่เหมาะสม โดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญาตามกฎหมายไทยประกอบกับแนวทางการลงโทษ ผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดตามกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งสามารถกำหนดแนวทางในการ ลงโทษโดยอาศัยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

4.2.2.1 พิจารณาจากความชั่วร้ายของเจตนาผู้ใช้

หลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดโทษให้ได้สัดส่วนกับความน่าตำหนิของการกระทำ โดยคำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งหากผู้กระทำมีเจตนาที่ชั่วร้ายมากเพียงไร การกำหนดโทษจะต้องกำหนดให้สูงขึ้นเพียงนั้น เพื่อเป็นการตอบแทนความชั่วร้ายและเพื่อเป็นการ ยับยั้งอาชญากรรมส่วนเพิ่ม การพิจารณาแยกระดับความชั่วร้ายของเจตนาในการใช้เด็กเป็นเครื่องมือ กระทำความผิดสามารถแบ่งได้ ดังนี้

(1) กรณีใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์ หรือกระทำความผิด หรือชกุงให้เด็กและเยาวชนประพฤิตนไม่สมควรหรือเสี่ยงต่อการกระทำ ความผิด

กรณีการใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์ อาทิ การให้เด็กไป ขอดทาน การใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการขอดทาน ใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดของตนหรือ เป็นเครื่องมือในการแสวงหากำไรในรูปแบบต่าง ๆ เช่น เรียกแขก เรียกลูกค้า ดึงดูดลูกค้า เป็นต้น ส่วนกรณีการชกุงให้เด็กและเยาวชนประพฤิตนไม่สมควรหรือเสี่ยงต่อการกระทำความผิด อาทิ ประพฤิตนเกรงหม่เหงรังแกผู้อื่น มั่วสุมก่อความเดือดร้อนรำคาญ สูบบุหรี่ เสพสุราหรือของมีนเมา อย่างอื่น ซึ่งเป็นการขัดขวางต่อการเจริญเติบโตและพัฒนาการในทางที่เหมาะสมของเด็ก ในกรณีนี้ถือ ว่าผู้กระทำมีเจตนาที่ชั่วร้ายด้วยการอาศัยความเป็นเด็ก ซึ่งเป็นบุคคลที่กฎหมายประสงค์จะให้ความ คุ้มครองเป็นพิเศษนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหากำไรหรือชกุงนำเด็กไปในทางที่ไม่สมควร อัน เป็นการขัดกับหลักการคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่ทุกคนมีหน้าที่จะต้องช่วยกันส่งเสริมให้เด็กและ เยาวชนเติบโตและมีพัฒนาการในทางที่เหมาะสม ทั้งยังขัดกับหลักการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของ เด็ก ซึ่งกำหนดให้การกระทำใด ๆ ต่อเด็กและเยาวชนจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็น สำคัญ ในกรณีนี้ตามกฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษามาได้กำหนดบทลงโทษไว้ ต่อไปนี้

ตามกฎหมายอาญาของมลรัฐ Oklahoma กำหนดความผิดฐานชกุงให้ เด็กและเยาวชนประพฤิตนไม่สมควรหรือเสี่ยงต่อการกระทำความผิด ผู้กระทำจะต้องระวางโทษ

จำคุกไม่เกินหนึ่งปี²⁶ ส่วนตามกฎหมายอาญาของมลรัฐ Georgia กำหนดให้ผู้กระทำความผิดฐานชักจูงให้เด็กและเยาวชนประพฤติตนไม่สมควรหรือเสี่ยงต่อการกระทำความผิดจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบสองเดือน²⁷

ตามกฎหมายคุ้มครองเด็กของประเทศเกาหลีใต้ กำหนดให้การแสวงหาประโยชน์จากเด็กและเยาวชนเป็นความผิด ซึ่งในกรณีนี้ผู้กระทำจะต้องระวางโทษน้อยที่สุด คือ จำคุกไม่เกินสามปีในกรณีใช้เด็กและเยาวชนเพื่อดึงดูดลูกค้าบนท้องถนน²⁸ ส่วนระวางโทษสูงสุดคือ จำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปีในกรณีกระทำความผิดที่ส่งไปในทางเพศเพื่อสนองความใคร่หรือแสวงหากำไร²⁹ ส่วนในกรณีให้เด็กขอทานหรือใช้เป็นเครื่องมือในการขอทาน จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี³⁰

ตามกฎหมายคุ้มครองเด็กของประเทศสิงคโปร์กำหนดความผิดฐานมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน โดยการจัดให้เด็กและเยาวชนขอทานหรือรับบริจาค หรือกระทำความผิดกฎหมายหรือกิจกรรมที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพหรือสวัสดิภาพของเด็ก หรือกรณีเป็นผู้ปกครองหรือผู้ดูแลอนุญาตให้เด็กและเยาวชนกระทำการดังกล่าว จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบสองเดือน³¹

สำหรับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กของประเทศไทยกำหนดให้การกระทำอันมีลักษณะเป็นการแสวงหาประโยชน์จากเด็กหรือการชักจูงส่งเสริมให้เด็กและเยาวชนประพฤติตนไม่สมควรหรือกระทำการอันเป็นการขัดขวางการเจริญเติบโตของเด็กตามมาตรา 26 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือนหรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ³² เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า เด็กเป็นบุคคลที่กฎหมายจะต้องให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ ซึ่งการกระทำดังกล่าวขัดต่อแนวคิดในการคุ้มครองเด็กอย่างร้ายแรงและเป็นการขัดต่อหลักการคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ โดยเมื่อพิจารณาจากความชั่วร้ายของเจตนาผู้กระทำที่หวังจะแสวงหาประโยชน์จากเด็กและพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวทางในการกำหนดโทษตามกฎหมายของต่างประเทศแล้ว การกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กของไทยดังกล่าวมีระวางโทษที่ต่ำเกินไปยังไม่เหมาะสมและไม่ได้สัดส่วนกับความชั่วร้ายของเจตนาของผู้กระทำ ทั้งยังเป็นการจำกัดดุลพินิจของศาลในการ

²⁶ The 2015 Oklahoma Statutes, Section 21-31-856 A.1.

²⁷ The 2015 Georgia Code, Section 16-12-1 (b) 1.

²⁸ The Korean Juvenile Protection Act 1997, Amended 2010, Article 50.

²⁹ The Korean Juvenile Protection Act 1997, Amended 2010, Article 49-3.

³⁰ The Korean Juvenile Protection Act 1997, Amended 2010, Article 49-4.

³¹ The Children and Young Person Act (Chapter 38) 1993, Section 6.

³² พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546, มาตรา 78.

กำหนดโทษให้เหมาะสมกับพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งการกระทำ และไม่สามารถบรรลุตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อข่มขู่และยับยั้งป้องกันการกระทำความผิดได้ เมื่อพิจารณากฎหมายต่างประเทศซึ่งกำหนดโทษสำหรับความผิดในลักษณะเดียวกันนี้ไว้โดยหลัก คือ จำคุกไม่เกินสิบสองเดือน ได้แก่ ประเทศสิงคโปร์ มลรัฐ Oklahoma และ Georgia (ประเทศสหรัฐอเมริกา) จึงเห็นควรให้แก้ไขบทลงโทษตามมาตรา 78 ให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้นเป็นจำคุกไม่เกินสิบสองเดือนโดยเทียบจากบทกำหนดโทษในความผิดลักษณะเดียวกันตามกฎหมายต่างประเทศ แต่เห็นว่าการแก้ไขโดยใช้แนวทางของกฎหมายประเทศเกาหลีใต้เป็นต้นแบบจะเป็นการยากเนื่องจากประเทศเกาหลีใต้แยกลักษณะการกระทำกับโทษไว้อย่างชัดเจน ในขณะที่ประเทศไทยบัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ จึงไม่สามารถกำหนดโทษแยกตามลักษณะของการกระทำเช่นประเทศเกาหลีใต้ได้

(2) กรณีใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดทางอาญา

การใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดทางอาญา ไม่ว่าจะในฐานะใด ๆ ย่อมก่อให้เกิดผลเสียอย่างร้ายแรงต่อตัวเด็กและเยาวชน เมื่อพิจารณาจากเจตนาของผู้ใช้จะเห็นได้ว่าผู้ใช้มีเจตนาชั่วร้ายอย่างยิ่ง เนื่องจากการกระทำในลักษณะการก่อเจตนาให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด โดยเด็กมิได้มีเจตนาจะกระทำความผิดมาแต่แรก ซึ่งแตกต่างจากกรณีของตัวการร่วมและผู้สนับสนุนที่เด็กมีเจตนาจะกระทำความผิดด้วยตนเองอยู่แล้ว อีกทั้งการก่อเจตนากระทำความผิดดังกล่าวได้กระทำต่อเด็กซึ่งกฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษเนื่องจากเป็นบุคคลที่มีความสามารถไม่สมบูรณ์และขาดการใช้วิจารณญาณในการไตร่ตรองให้ละเอียดรอบคอบถึงผลที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำและเนื่องด้วยความอ่อนประสบการณ์จึงเป็นบุคคลที่ถูกชักจูงได้ง่าย ประกอบกับกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กมุ่งไปในทางแก้ไขฟื้นฟูเด็กผู้กระทำความผิดมากกว่าการลงโทษ ดังนั้นเด็กส่วนใหญ่จึงจะไม่ได้รับโทษทางอาญา จึงใช้ช่องว่างนี้ในการล่อลวงเด็กให้กระทำความผิดเพราะแม้เด็กจะกระทำความผิดและถูกจับได้ ก็ไม่ต้องรับโทษทางอาญา แต่ยังสามารถได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากการกระทำความผิดอีกด้วย ทำให้เด็กยินยอมและคล้อยตามที่จะกระทำความผิด ผู้ใช้จึงอาศัยเด็กเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดอันถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กและเยาวชนและเป็นหนึ่งในรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก ซึ่งผู้ใหญ่ควรจะต้องเป็นแบบอย่างที่ดีให้แก่เด็กและเยาวชนกลับยึดมือเด็กให้กระทำความผิดอันเป็นการกระทำที่น่าตำหนิอย่างยิ่ง ทั้งยังขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ผู้กระทำความผิดในลักษณะนี้มีเจตนาที่ชั่วร้ายอย่างมาก เมื่อเทียบกับผู้ใช้ในกรณีทั่วไป เนื่องจากนอกจากจะก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดแล้ว บุคคลที่ถูกก่อให้เกิดกระทำความผิดนั้นเป็นบุคคลที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ ดังนั้น เมื่อพิจารณากำหนดโทษผู้กระทำโดยคำนึงถึงเจตนาผู้กระทำเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะความผิดตามที่ถูกก่อขึ้นจะเกิดขึ้นหรือไม่ ผู้ใช้เด็กกระทำความผิดย่อมถือว่ามีเจตนาชั่วร้ายอย่างยิ่งและสมควรได้รับการ

ลงโทษอย่างหนัก ซึ่งตามกฎหมายของต่างประเทศมีแนวทางในการลงโทษผู้ใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด ดังนี้

ตามกฎหมายอาญาของมลรัฐ Oklahoma มาตรา 21-856 C. กำหนดให้ผู้ใหญ่ซึ่งก่อให้เกิดผู้เยาว์กระทำความผิดอาญาร้ายแรงต้องระวางโทษสูงสุดที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นหรือโทษสูงสุดในฐานผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด³³

ตามกฎหมายอาญาของมลรัฐ Georgia มาตรา 12-1-16 (b) 4 กำหนดโทษสำหรับผู้ก่อหรือเป็นสาเหตุให้ผู้เยาว์กระทำความผิดอาญาร้ายแรง กรณีถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดเป็นครั้งแรกต้องระวางตั้งแต่นั้นปีถึงสิบปี แต่หากถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดเป็นครั้งที่สองหรือกว่านั้นต้องระวางโทษตั้งแต่สามปีถึงยี่สิบปี³⁴

ตามกฎหมายคุ้มครองเด็กของอียิปต์ มาตรา 116 กำหนดให้ผู้ใหญ่ซึ่งใช้เด็กกระทำความผิดแต่การนั้นไม่สำเร็จ กรณีใช้ให้กระทำความผิดอาญาไม่ร้ายแรงผู้ใช้ต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น กรณีใช้ให้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงผู้ใช้ต้องระวางโทษในฐานผู้ใช้สำหรับความผิดนั้น³⁵

ตามประมวลกฎหมายอาญาของจีน มาตรา 29 กำหนดให้การใช้บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีกระทำความผิดจะต้องระวางโทษหนักขึ้น³⁶ และตามกฎหมายคุ้มครองเด็ก มาตรา 53 กำหนดให้การใช้ผู้เยาว์ให้กระทำการอันฝ่าฝืนกฎหมายหรือกระทำความผิดจะต้องระวางโทษหนักขึ้น³⁷ โดยตามกฎหมายไม่ได้กำหนดปริมาณของโทษที่ต้องระวางเพิ่มขึ้นไว้อย่างชัดเจน แต่กำหนดให้เป็นดุลพินิจของศาลในการลงโทษผู้กระทำความผิดในสถานหนัก

ตามประมวลกฎหมายของเกาหลีใต้ มาตรา 34 (2) กำหนดให้ผู้ซึ่งใช้บุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาหรือควบคุมดูแลของตนให้กระทำความผิด จะต้องระวางโทษเพิ่มขึ้นกึ่งหนึ่งของโทษสูงสุดหรือระวางโทษสูงสุดที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น³⁸ โดยการใช้อันจะเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นนั้นจะต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริงที่ว่าเด็กผู้ถูกใช้จะต้องเป็นผู้ที่อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลหรือกระทำการในลักษณะมีอำนาจบังคับบัญชาหรือมีอำนาจเหนือเด็กนั้นด้วย

³³ The 2015 Oklahoma Statutes, Section 21-856 C.

³⁴ The 2015 Georgia Code, Section 12-1-16 (b) 4.

³⁵ The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 116.

³⁶ The Chinese Criminal Code 1979, Amended 1997, Article 29.

³⁷ The Chinese Protection of Minors 1991, Article 53.

³⁸ The Korean Criminal Act 1953, Amended 2005, Article 34 (2).

ผู้ใช้ได้กระทำความผิดถือว่ามีเจตนาชั่วร้ายและน่าตำหนิอย่างยิ่ง จากการศึกษาแนวทางการลงโทษผู้ใช้ให้เด็กกระทำความผิดตามกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ล้วนมีแนวทางในการลงโทษผู้ใช้เด็กให้หนักกว่าในกรณีปกติ โดยกำหนดเป็นเหตุจรรยาให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งจำนวนของโทษที่กำหนดให้เพิ่มขึ้นนี้จะแตกต่างกันไปตามแต่นโยบายการลงโทษของแต่ละประเทศ บางประเทศอาจกำหนดระวางโทษไว้ชัดเจน อาทิ Georgia หรือกำหนดเป็นระวางโทษที่เพิ่มขึ้น อาทิ Oklahoma อียิปต์ และเกาหลีใต้ ส่วนจีนกำหนดให้เป็นดุลพินิจของศาลในการลงโทษผู้ใช้ในสถานหนัก สำหรับประเทศไทยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 84 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เพิ่มโทษแก่ผู้ใช้อีกกึ่งหนึ่งจากโทษที่ศาลลงแก่ผู้นั้น อันถือเป็นเหตุจรรยาที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น แต่ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวยังไม่มีความเหมาะสมบางประการ ตามที่ได้กล่าวมาในข้อ 4.1.1

4.2.2.2 พิจารณาจากความร้ายแรงของภัยที่ใช้ให้เด็กกระทำ

การกำหนดโทษผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดโดยคำนึงถึงภัยอันจะเกิดจากการใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด หากความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำ ความผิดนั้นมีมาก ย่อมควรกำหนดโทษของผู้กระทำความผิดให้หนักเช่นกัน เพื่อให้มีผลในการป้องกัน ยับยั้งการกระทำความผิดและเพื่อให้เหมาะสมกับความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดนั้นก่อให้เกิดแก่สังคม ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากระดับความร้ายแรงของฐานความผิดที่ใช้ให้เด็กกระทำ ในกรณีที่ฐานความผิดซึ่งใช้ให้เด็กกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาร้ายแรงย่อมส่งผลเสียหายต่อสังคมและต่อตัวเด็กอย่างมาก ในขณะที่หากกรณีใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดอาญาไม่ร้ายแรงแม้ภัยที่จะเกิดขึ้นต่อสังคมนั้นจะไม่ร้ายแรงเท่ากรณีความผิดอาญาร้ายแรง แต่ก็ส่งผลกระทบเสียหายต่อเด็กและเยาวชนเช่นกัน เนื่องจากการใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดนั้นเป็นการผลักดันให้เด็กต้องเข้าสู่เส้นทางสายอาชญากรรม ทำให้เด็กและเยาวชนซึมซับและเรียนรู้การกระทำความผิดจนอาจกลายเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัยและเป็นอาชญากรในอนาคต อีกทั้งการที่เด็กต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาอาจส่งผลให้เกิดตราบาปขึ้นแก่เด็กและไม่อาจกลับคืนสู่สังคมได้ ดังนั้นยิ่งภัยที่ใช้ให้เด็กกระทำนั้นมีความร้ายแรงเพียงใดย่อมส่งผลเสียหายต่อตัวเด็กมากขึ้นเพียงนั้นและเมื่อพิจารณาประกอบกับเจตนาชั่วร้ายของผู้ใช้ จึงสมควรกำหนดโทษผู้กระทำความผิดในกรณีนี้ให้เหมาะสมและได้สัดส่วนกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้น โดยสามารถแบ่งแนวทางในการลงโทษผู้ใช้ได้ดังนี้

(1) ความผิดอาญาไม่ร้ายแรง

แม้ความผิดที่ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาไม่ร้ายแรง แต่ก็ส่งผลกระทบภัยต่อสังคมและต่ออนาคตเด็กผู้ถูกใช้อย่างยิ่งและเมื่อพิจารณาประกอบกับความชั่วร้ายของเจตนาผู้กระทำที่มีมากกว่าในกรณีปกติ จึงสมควรกำหนดโทษผู้กระทำความผิดใน

ลักษณะนี้ให้เหมาะสมเช่นกัน จากที่ได้ศึกษามาตามกฎหมายต่างประเทศมีแนวทางการลงโทษผู้ใช้
เต็กกระทำความผิดอาญาไม่ร้ายแรง ดังนี้

ตามกฎหมายอาญาของมลรัฐ Oklahoma มาตรา 21-856 A 1.
กำหนดให้การก่อก่อให้ผู้เยาว์กระทำความผิดอันมิใช่ความผิดอาญาร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน
หนึ่งปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันดอลลาร์หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่หากถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดเป็น
ครั้งที่สองจะถือเป็นความผิดร้ายแรงซึ่งผู้กระทำจะต้องระวางโทษหนักขึ้นคือ จำคุกไม่เกินสามปีหรือ
ปรับไม่เกินห้าพันดอลลาร์หรือทั้งจำทั้งปรับ³⁹

ส่วนตามกฎหมายอาญาของมลรัฐ Georgia มาตรา 16-12-1 (b) (1)
กำหนดให้การก่อก่อหรือเป็นสาเหตุให้ผู้เยาว์กระทำความผิดไม่ร้ายแรง กรณีถูกพิพากษาว่ากระทำ
ความผิดเป็นครั้งแรกหรือครั้งที่สองต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งพันดอลลาร์หรือจำคุกไม่เกินสิบสอง
เดือนหรือทั้งจำทั้งปรับ กรณีถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดเป็นครั้งที่สามขึ้นไปต้องระวางโทษปรับไม่
น้อยกว่าหนึ่งพันดอลลาร์แต่ไม่เกินห้าพันดอลลาร์หรือจำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปีแต่ไม่เกินสามปีหรือทั้ง
จำทั้งปรับ⁴⁰

สำหรับกฎหมายคุ้มครองเด็กของอียิปต์ มาตรา 116 กำหนดให้การชักจูง
ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดอาญาไม่ร้ายแรงและการนั้นไม่สำเร็จ ผู้กระทำต้องรับโทษกึ่งหนึ่ง
ของโทษสูงสุดที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น⁴¹

สำหรับ Oklahoma และ Georgia กำหนดเป็นฐานความผิดใหม่สำหรับการ
การใช้เต็กกระทำความผิดแตกต่างหากจากการใช้ในกรณีทั่วไป ส่วนอียิปต์กำหนดเป็นเหตุจูงใจให้
ผู้ใช้ต้องรับโทษแม้การนั้นจะไม่เป็นไปตามจุดมุ่งหมาย

(2) ความผิดอาญาร้ายแรง

การใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดอาญาร้ายแรงนอกจากจะส่งผล
เสียหายต่อเด็กและเยาวชนแล้วยังส่งผลเสียหายต่อสังคมอย่างมากเช่นกัน เนื่องจากความผิดดังกล่าว
นั้นเป็นความผิดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง ดังนั้นผู้ใช้จึง
สมควรได้รับบทลงโทษที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดนั้น โดยตามกฎหมาย
ต่างประเทศที่ได้ศึกษามีแนวทางในการลงโทษผู้ใช้ดังนี้

³⁹ The 2015 Oklahoma Statutes, Section 21-856 A 1.

⁴⁰ The 2015 Georgia Code, Section 12-1-16 (b) 1.

⁴¹ The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 116.

ตามกฎหมายอาญาของมลรัฐ Oklahoma มาตรา 21-856 C กำหนดให้ ผู้ใหญ่ซึ่งก่อให้เกิดผู้เยาว์กระทำความผิดอาญาร้ายแรง ต้องระวางโทษสูงสุดที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นหรือโทษสูงสุดในฐานผู้มีส่วนร่วมในการกระทำผิด⁴²

ส่วนตามกฎหมายอาญาของมลรัฐ Georgia มาตรา 16-12-1 (b) (4) กำหนดให้ผู้ก่อหรือเป็นสาเหตุให้ผู้เยาว์กระทำความผิดอันเป็นความผิดร้ายแรงและมีความรุนแรงเป็นส่วนประกอบของความผิด กรณีถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดเป็นครั้งแรกต้องระวางโทษไม่น้อยกว่าหนึ่งปีแต่ไม่เกินสิบปี กรณีถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดเป็นครั้งที่สองขึ้นไปผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสามปีแต่ไม่เกินสิบปี⁴³

สำหรับกฎหมายคุ้มครองเด็กของอียิปต์ มาตรา 116 กำหนดให้ผู้ใหญ่ซึ่งใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดอาญาร้ายแรงแต่การนั้นไม่สำเร็จ ต้องระวางโทษในฐานผู้ใช้เทียบเท่าความผิดสำเร็จ⁴⁴

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าประเทศต่าง ๆ มีแนวทางในการลงโทษที่แตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ตามทุกประเทศต่างเห็นตรงกันว่าการใช้เด็กกระทำความผิดสมควรบัญญัติโทษไว้เป็นกรณีพิเศษแตกต่างจากการใช้ในกรณีทั่วไปและผู้ใช้เด็กสมควรได้รับโทษอย่างหนักเพื่อให้ได้สัดส่วนกับความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำ

(3) ความผิดเฉพาะหรือความผิดที่ต้องการปราบปรามเป็นพิเศษ

กรณีความผิดที่ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำนั้นเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงและส่งผลเสียหายต่อสังคมโดยรวมอย่างมาก อีกทั้งเป็นนโยบายของรัฐที่ต้องการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการเฉพาะ จึงกำหนดบทลงโทษที่หนักและรุนแรงสำหรับผู้กระทำความผิดนั้นไว้เป็นพิเศษ เพื่อให้เป็นไปตามนโยบายป้องกันและปราบปรามของรัฐ จากที่ได้ศึกษามาตามกฎหมายของต่างประเทศมีแนวทางการลงโทษผู้ใช้ในความผิดฐานเฉพาะดังต่อไปนี้

- ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

เนื่องจากปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเป็นความผิดที่ส่งผลเสียหายร้ายแรงต่อสังคม ดังนั้น ประเทศทั้งหลายล้วนมีนโยบายในการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด และกำหนดให้เป็นความผิดอาญาร้ายแรงซึ่งผู้กระทำความผิดต้องรับโทษอย่างหนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบัน มีการนำเด็กและเยาวชนมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เด็กในหลายประเทศถูกบังคับหรือล่อลวงให้ทำงานในกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย เช่น

⁴² The 2015 Oklahoma Statutes, Section 21-856 C.

⁴³ The 2015 Georgia Code, Section 12-1-16 (e).

⁴⁴ The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 116.

การผลิต ขนส่ง และเข้าร่วมในกระบวนการค้ายาเสพติด หรือการลักลอบขนส่งสินค้าผิดกฎหมาย ซึ่งถือเป็นปัญหาที่สำคัญที่ส่งผลให้เด็กและเยาวชนมีพฤติกรรมไปในทางที่ไม่เหมาะสมและเกิดการกระทำผิดในลักษณะอื่นตามมา เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน เป็นต้น สำหรับประเทศไทยจากที่ได้ศึกษามา จะเห็นได้ว่าสถิติการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนั้นมีแนวโน้มสูงขึ้นเรื่อย ๆ นอกจากเจตนาชั่วร้ายของผู้กระทำผิดที่จะแสวงหาประโยชน์จากเด็กและเยาวชนแล้ว การกระทำผิดในลักษณะดังกล่าวยังสร้างความเสียหายให้แก่เด็กและสังคมโดยรวมอย่างมาก จึงสมควรอย่างยิ่งในการลงโทษบุคคลเหล่านี้อย่างหนัก เพื่อเป็นการยับยั้งและป้องกันการกระทำผิดดังกล่าว โดยกฎหมายต่างตามที่ได้ศึกษามามีแนวทางในการลงโทษผู้ใช้เด็กกระทำผิดเกี่ยวกับยาเสพติดไว้ ดังนี้

ตามกฎหมายอาญาของมลรัฐ Oklahoma มาตรา 856.1 บัญญัติบทลงโทษผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำผิดเกี่ยวกับยาเสพติดแยกไว้ต่างหากเป็นอีกบทหนึ่งจากการใช้ให้กระทำผิดฐานอื่น ๆ โดยกำหนดให้การก่อหรือชักจูงส่งเสริมให้ผู้เยาว์เข้าร่วมในกระบวนการค้ายาเสพติดหรือให้กระทำผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ไม่ว่าจะในกระบวนการจำหน่าย ผลิตหรือขนส่งยาเสพติด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสี่ปี⁴⁵ ซึ่งเป็นบทลงโทษที่สูงและมีเหมาะสมกับความร้ายแรงของการความผิดดังกล่าว

ตามประมวลกฎหมายอาญาของจีน มาตรา 347 ซึ่งเป็นบทบัญญัติความผิดและกำหนดโทษในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ในวรรคหก กำหนดให้ผู้ซึ่งใช้หรือยุยงให้เยาวชนเข้าร่วมในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดต้องระวางโทษหนักขึ้น นอกจากนี้ในกฎหมายคุ้มครองเด็กของประเทศไทย มาตรา 53 ยังกำหนดให้ผู้ซึ่งก่อหรือล่อลวงหรือบังคับให้ผู้เยาว์ใช้หรือเสพยาเสพติดผู้นั้นต้องระวางโทษหนักขึ้น โดยถือเป็นดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษผู้กระทำผิดให้หนักขึ้นตามความร้ายแรงของพฤติการณ์

- ความผิดเกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรม

การกระทำผิดในรูปแบบขององค์กรอาชญากรรมหรือกลุ่มอาชญากรรมถือเป็นความผิดที่ร้ายแรงและส่งผลเสียหายอย่างมาก เนื่องจากการร่วมมือของกลุ่มบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ในการกระทำผิด เทียบเท่าได้กับความผิดฐานช่องโจรตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ประกอบกับความก้าวล้ำของเทคโนโลยีในปัจจุบันยิ่งทำให้การกระทำผิดในรูปแบบนี้มีความร้ายแรงและก่อความเสียหายในวงกว้าง จึงเป็นความผิดที่รัฐต่าง ๆ ล้วนตระหนักถึงความเสียหายและออกนโยบายในการป้องกันและปราบปราม โดยตามที่ได้ศึกษามา ประเทศที่มีการกำหนดการลงโทษผู้ใช้เด็กและเยาวชนกระทำผิดไว้เป็นพิเศษในกรณีนี้ ได้แก่ มลรัฐ Oklahoma

⁴⁵ The 2015 Oklahoma Statutes, Section 21-856.1.

ตามกฎหมายอาญา (อนุมาตรา D และ E) กำหนดให้ผู้ก่อหรือชักจูงให้ผู้เยาว์เข้าร่วมหรือเป็นสมาชิกกลุ่มอาชญากรรมซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่มีวัตถุประสงค์ในการกระทำความผิด ถือเป็นความผิดร้ายแรง กรณีกระทำความผิดเป็นครั้งแรก ผู้ต้องหาต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี กรณีทำผิดเป็นครั้งที่สองขึ้นไป ผู้ต้องหาต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าห้าปีแต่ไม่เกินสิบปี⁴⁶ จะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดบทลงโทษในกรณีนี้ไว้สูง เนื่องจากการชักจูงให้เด็กเข้าร่วมในองค์กรอาชญากรรมนั้นส่งผลเสียหายต่อตัวเด็กและสังคมอย่างมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งต่ออนาคตของเด็ก เพราะเมื่อเด็กได้ตัดสินใจเดินทางผิดและเข้าร่วมในกลุ่มอาชญากรรมแล้ว ย่อมเป็นการยากที่เด็กจะกลับใจเดินทางออกจากเส้นทางนั้นและกลับเป็นคนดีของสังคมได้ดังเดิม

- ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน

ตามกฎหมายอาญาของมลรัฐ Georgia กำหนดให้ผู้ซึ่งใช้หรือชักจูงให้ผู้เยาว์กระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินถือเป็นความผิดอาญาร้ายแรง กรณีถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดเป็นครั้งแรกต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสามปีแต่ไม่เกินกว่าสามปี กรณีถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดเป็นครั้งที่สองหรือกว่านั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสามปีแต่ไม่เกินกว่ายี่สิบปี จากบทบัญญัติดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดลงโทษผู้ใช้เป็นการเฉพาะในกรณีนี้เป็นนโยบายของรัฐที่ต้องการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าวเนื่องจากการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นบ่อยในรัฐและมีรูปแบบที่รุนแรงส่งผลเสียหายต่อสังคมอย่างมากจึงกำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษ

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่ากฎหมายของมลรัฐ Oklahoma, Georgia และอียิปต์ มีการแบ่งระดับของโทษตามความร้ายแรงของภัยที่ผู้ต้องหาใช้ให้เด็กกระทำ ซึ่งหากความผิดที่ใช้ให้เด็กกระทำมีความร้ายแรงมากเพียงใดย่อมส่งผลเสียหายต่อเด็กมากเพียงนั้น อันส่งผลให้ผู้กระทำสมควรได้รับโทษที่หนักขึ้นตามส่วน สำหรับมาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายอาญาไทยแม้จะมีการบัญญัติให้เพิ่มโทษผู้ใช้ให้เด็กกระทำความผิดไว้ก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามตามมาตรา 84 มิได้มีการแบ่งแยกระดับของโทษตามสัดส่วนของความร้ายแรงของความผิดหรือผลกระทบเสียหายต่อเด็กและเยาวชนแต่อย่างใด

4.2.2.3 พิจารณาจากพฤติการณ์พิเศษในการกระทำความผิด

การกำหนดโทษผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดโดยคำนึงถึงพฤติการณ์พิเศษต่าง ๆ ในการกระทำความผิด เช่น ลักษณะหรือวิธีการในการใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด หรือความสัมพันธ์พิเศษระหว่างผู้ใช้และผู้ถูกใช้ เป็นต้น โดยสามารถแบ่งพิจารณาแนวทางการลงโทษได้ ดังต่อไปนี้

(1) กรณีผู้ใช้และเด็กผู้ถูกใช้มีความสัมพันธ์กัน

⁴⁶ The 2015 Oklahoma Statutes, Section 21-856 D, E.

การบัญญัติเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดในกรณีนี้ เนื่องด้วยการใช้เด็กและเยาวชนซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของตนกระทำความผิดนั้น ผู้กระทำมีโอกาสกระทำความผิดได้ง่ายกว่าการกระทำความผิดในกรณีทั่วไป เพราะเด็กนั้นมีความใกล้ชิดสนิทสนมกับผู้กระทำความผิด ย่อมมีความไว้วางใจเชื่อใจ ทำให้ถูกชักจูงได้ง่ายกว่ากรณีทั่วไป ทั้งผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีหน้าที่ในการควบคุมดูแลหรือเลี้ยงดูเด็ก ไม่ว่าจะป็นหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามข้อเท็จจริงก็ตาม แต่ผู้นั้นกระทำความผิดหน้าที่และเจตนาในการแสวงหาประโยชน์จากเด็กซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของตนอีกด้วย ดังนั้น จึงสมควรกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ใช้ในกรณีนี้ไว้เป็นพิเศษ โดยตามกฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษามามีแนวทางในการลงโทษ ดังนี้

ตามกฎหมายคุ้มครองเด็กของอียิปต์ มาตรา 116 กำหนดให้กรณีผู้ใหญ่ใช้เด็กซึ่งตนมีความรับผิดชอบในการเลี้ยงดูหรือดูแลให้กระทำความผิดแต่การนั้นไม่สำเร็จ ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหกเดือน⁴⁷

ตามประมวลกฎหมายอาญาของเกาหลีใต้ มาตรา 34 (2) กำหนดให้ผู้ซึ่งกระทำการในลักษณะมีอำนาจเหนือหรือมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือผู้ใช้ จะต้องระวางโทษหนักขึ้นถึงหนึ่งของโทษสูงสุดหรือรับโทษสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับตัวการ⁴⁸ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อจะเอาผิดกับผู้กระทำความผิดที่เป็นหัวหน้าหรือผู้บังคับให้หนักที่สุดนั่นเอง

(2) กรณีกระทำความผิดต่อเด็กหลายคน

การบัญญัติเพิ่มโทษผู้ใช้ในกรณีนี้เนื่องจากพฤติการณ์พิเศษในการกระทำที่กระทำต่อเด็กหรือใช้เด็กมากกว่าหนึ่งคนให้กระทำความผิด อันมีลักษณะเป็นการแสวงหาประโยชน์จากเด็กอันอาจนำไปสู่การตั้งกลุ่มอาชญากรรมเด็กโดยการใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ถือว่าผู้กระทำมีเจตนาชั่วร้ายและก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงทั้งต่อตัวเด็กและต่อสังคม ดังนั้น จึงควรกำหนดระวางโทษไว้เป็นพิเศษ ซึ่งกฎหมายต่างประเทศที่บัญญัติลงโทษผู้ใช้ในกรณีนี้ได้แก่ กฎหมายคุ้มครองเด็กของประเทศอียิปต์ซึ่งบัญญัติไว้ใน มาตรา 116 ที่กำหนดให้กรณีการใช้ให้เด็กกระทำความผิดมากกว่าหนึ่งคนผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปีแต่ไม่เกินเจ็ดปี⁴⁹

(3) กรณีมีลักษณะหรือวิธีการพิเศษในการใช้

การบัญญัติเพิ่มโทษผู้ใช้โดยพิจารณาจากลักษณะหรือวิธีการใช้ซึ่งมีความพิเศษหรือมีความรุนแรงเป็นพิเศษ เช่นมีการใช้ความรุนแรง การใช้กำลังบังคับ ข่มขืนใจหรือใช้วิธีการ

⁴⁷ The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 116.

⁴⁸ The Korean Criminal Act 1953, Amended 2005, Article 34 (2).

⁴⁹ The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 116.

ล่อลวงเด็กและเยาวชนให้กระทำความผิด รวมถึงการใช้อุปกรณ์ เครื่องมือหรือสื่อใด ๆ ในการชักจูง ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด เป็นต้น โดยตามกฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษามีแนวทางในการ เพิ่มโทษผู้ใช้จากวิธีการหรือลักษณะพิเศษในการกระทำความผิด ดังต่อไปนี้

ตามกฎหมายคุ้มครองเด็กของอียิปต์ มาตรา 116 กำหนดให้ในกรณีการใช้ บุยงส่งเสริม ช่วยเหลือ หรือสนับสนุนให้เด็กกระทำความผิดนั้น ได้กระทำในลักษณะการบังคับ หรือข่มขู่ให้เด็กกระทำความผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหกเดือน⁵⁰

จากกฎหมายดังกล่าวเป็นกรณีการกำหนดเพิ่มโทษผู้ใช้เนื่องจากมี พฤติการณ์เป็นพิเศษด้วยการใช้วิธีการบังคับหรือข่มขู่ให้เด็กกระทำความผิดเด็ก เนื่องด้วยพฤติการณ์ แห่งการกระทำมีความร้ายแรงกฎหมายจึงกำหนดระวางโทษขั้นต่ำสำหรับการกระทำความผิดนี้

นอกจากนี้ใน มาตรา 116 ทวิ (a) กำหนดให้ผู้ซึ่งใช้คอมพิวเตอร์ อินเทอร์เน็ต ระบบเครือข่ายหรือการ์ตูน ในการใช้ ชักจูง หรือแสวงหาประโยชน์จากเด็ก โดยให้เด็ก เข้าร่วมในการค้าประเวณี หรือกิจกรรมลามกอนาจาร หรือในการชักจูงให้เด็กประพฤติตนไม่สมควร ใช้เด็กกระทำความผิด หรือให้เข้าร่วมในกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย หรือผิดศีลธรรม แม้ความผิดตามที่ถูก ชักจูงนั้นจะไม่เกิดขึ้น ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 2 ปี และปรับไม่น้อยกว่า 10,000 อียิปต์ ปอนด์ แต่ไม่เกิน 50,000 อียิปต์ปอนด์⁵¹

จากบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดความผิดสำหรับผู้ใช้เป็นกรณีพิเศษโดย คำนึงถึงพฤติการณ์ที่มีการใช้คอมพิวเตอร์หรือระบบอินเทอร์เน็ตมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำ ความผิดต่อเด็ก ด้วยการอาศัยประโยชน์จากเครื่องมือดังกล่าวทำให้สามารถเข้าถึงเด็กและชักจูงเด็ก ได้ง่ายขึ้น ทั้งยังยากต่อการสาวถึงตัวผู้กระทำความผิดอีกด้วย กฎหมายจึงกำหนดโทษของผู้ใช้ในกรณี นี้ไว้สูงคือระวางโทษจำคุกขั้นต่ำสองปีโดยไม่มีโทษขั้นสูง

จากที่กล่าวมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่าในแต่ละประเทศต่างมีแนวทางในการ ลงโทษผู้ใช้ให้เด็กกระทำความผิดที่แตกต่างกันตามแต่นโยบายของแต่ละประเทศ โดยอาจกำหนดเป็น ฐานความผิดขึ้นใหม่สำหรับการใช้เด็กกระทำความผิด อาทิ กฎหมายอาญาของมลรัฐ Georgia คุ้มครองคุ้มครองเด็กของประเทศเกาหลีใต้และประเทศสิงคโปร์ หรือกำหนดเป็นบทบรรณาการให้ ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น อาทิ กฎหมายอาญาและกฎหมายคุ้มครองเด็กของประเทศจีน กฎหมายอาญาของประเทศเกาหลีใต้ หรือบางประเทศอาจมีทั้งบทกำหนดฐานความผิดใหม่และบท กำหนดให้รับโทษหนักขึ้น เช่น กฎหมายอาญาของมลรัฐ Oklahoma และกฎหมายคุ้มครองเด็กของ ประเทศอียิปต์ แต่อย่างไรก็ตามแต่ละประเทศดังกล่าวล้วนตระหนักถึงความสำคัญของการคุ้มครอง

⁵⁰ The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 116.

⁵¹ The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 116 bis (a).

เด็กจากการถูกรังแกและการถูกแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ และตระหนักถึงความร้ายแรงของการใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด รวมทั้งผลกระทบอันจะเกิดขึ้นจากการกระทำความผิดดังกล่าวนี้มิได้เกิดขึ้นเฉพาะต่อตัวเด็กผู้กระทำความผิดและตัวผู้เสียหายจากการที่เด็กกระทำความผิดตามที่ถูกใช้เท่านั้น แต่ยังก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมวงกว้างและกระทบต่อประเทศชาติอีกด้วย ประเทศทั้งหลายจึงเห็นพ้องต้องกันว่าจำเป็นต้องกำหนดโทษสำหรับผู้ใช้เด็กและเยาวชนให้กระทำความผิดไว้เป็นพิเศษแยกต่างหากจากโทษสำหรับผู้ใช้ในกรณีทั่วไป



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

“เด็กในวันนี้จะเป็นผู้ใหญ่ในวันหน้า” จากคำกล่าวนี้ทำให้ทุกคนล้วนตระหนักถึงความสำคัญของเด็กและเยาวชนซึ่งถือเป็นทรัพยากรที่มีคุณค่าและจะเติบโตเป็นอนาคตของชาติอันควรได้รับการคุ้มครอง จึงเกิดแนวคิดในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็กเกิดขึ้นตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวก็ได้รับยอมรับจนกลายเป็นหลักสากล แต่ในปัจจุบันเด็กและเยาวชนกลับถูกใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์และมีแนวโน้มเข้ามาเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางอาญามากขึ้น จากการถูกชักจูงหรือยุยงส่งเสริมให้เข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดทางอาญา สำหรับความผิดที่มักจะพบว่ามีการให้เด็กและเยาวชนเข้าเกี่ยวข้อง ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ไม่ว่าจะเป็นในกระบวนการผลิต จำหน่ายหรือขนส่งยาเสพติด หรือความผิดเกี่ยวกับการค้าประเวณีหรือความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารของเด็ก ที่มีการให้เด็กค้าประเวณีหรือให้เด็กร่วมในกระบวนการผลิตสื่อลามกอนาจาร นอกจากนี้ยังมีการให้เด็กเข้าร่วมในองค์กรอาชญากรรมรวมทั้งกลุ่มก่อการร้ายอีกด้วย ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อตัวเด็กและเยาวชนและต่อสังคมอย่างมาก

สิทธิเด็กถือเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน เนื่องจากเด็กและเยาวชนถือเป็นบุคคลคนหนึ่งตามกฎหมายย่อมมีสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคอันได้รับการรับรองอย่างเท่าเทียมกันตามกฎหมาย ดังนั้นแม้จะเป็นเด็กก็ย่อมได้รับความคุ้มครองและมีสิทธิมนุษยชนอันบุคคลใดจะละเมิดไม่ได้เช่นเดียวกัน นอกจากสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานซึ่งทุกคนได้รับความคุ้มครองโดยเท่าเทียมกันแล้วเนื่องด้วยความอ่อนอายุ อ่อนความสามารถและความอ่อนแอทางกายภาพและพัฒนาการทางสติปัญญาที่ยังไม่สมบูรณ์ส่งผลให้เด็กและเยาวชนนั้นถูกละเมิดหรือถูกแสวงหาประโยชน์ได้ง่าย จึงต้องมีการออกกฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นพิเศษนอกเหนือจากสิทธิขั้นพื้นฐานทั่วไป

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็กไว้เป็นการเฉพาะ โดยรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กและสิทธิในการได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากการทารุณกรรมและการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในทุกรูปแบบ รวมทั้งยังกำหนดรับรองหลักการสำคัญในการกระทำใด ๆ ต่อเด็กนั้นจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งกำหนดให้รัฐภาคีต่างๆ มีหน้าที่ต้องดำเนินมาตรการทั้งปวงเพื่อให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าว

นอกจากนี้ตามอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก ยังกำหนดให้การใช้เด็กเพื่อกระทำความผิดหรือดำเนินกิจกรรมที่ผิดกฎหมายโดยเฉพาะในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการใช้แรงงานเด็กในรูปแบบที่เลวร้ายอันรัฐภาคีทั้งหลายมีหน้าที่ในการดำเนินนโยบายเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำดังกล่าว โดยประเทศได้ลงนามเป็นภาคีในอนุสัญญาทั้งสองฉบับ ทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีในการดำเนินมาตรการเพื่อให้เป็นไปตามหลักการตามอนุสัญญาทั้งสองฉบับ ที่สำคัญที่สุดคือการดำเนินมาตรการทางกฎหมายหรือนิติบัญญัติด้วยการบัญญัติรองรับหลักการดังกล่าวไว้ในกฎหมายภายในของไทย เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามการกระทำดังกล่าว

การดำเนินมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดต่อเด็กและเยาวชนนั้นทำได้ด้วยการกำหนดความผิดและกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิเด็ก และเพื่อให้การบัญญัติกฎหมายนั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด การกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดจะต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิดที่กระทำนั้นด้วย โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของพฤติการณ์พิเศษอื่น ๆ ในการกระทำความผิด ความร้ายแรงของเจตนาผู้กระทำและความร้ายแรงของภัยที่จะเกิดจากการกระทำผิด

ดังนั้นการใช้เด็กและเยาวชนเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดและการชักจูงให้เด็กและเยาวชนเข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำความผิด ย่อมจะต้องมีการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิด โดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

ประการแรกพิจารณาจากความร้ายแรงของเจตนาของผู้ใช้จะเห็นได้ว่า การใช้เป็นการกระทำความผิดในลักษณะของการก่อเจตนาให้ผู้อื่นกระทำความผิด ดังนั้น เด็กและเยาวชนมิได้มีเจตนากระทำความผิดแต่แรกแต่ถูกผู้ใหญ่ออกเจตนาให้กระทำความผิดจึงแตกต่างจากกรณีตัวการร่วมและผู้สนับสนุนที่เด็กและเยาวชนมีเจตนากระทำความผิดด้วยตนเองอยู่แล้ว ทั้งยังประกอบกับความชั่วร้ายที่ประสงค์จะแสวงหาประโยชน์จากเด็กและเยาวชนซึ่งเป็นบุคคลที่ถูกชักจูงได้ง่ายนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดอันเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนและน่าตำหนิอย่างยิ่ง ทำให้เห็นได้ว่าเจตนาของผู้กระทำความผิดในกรณีนี้ร้ายแรงและมีความน่าตำหนิกว่าผู้ใช้ในกรณีทั่วไป

ประการต่อมาคือพิจารณาจากความร้ายแรงของภัยอันจะเกิดขึ้นจากการกระทำโดยพิจารณาจากความร้ายแรงของฐานความผิดที่ใช้ให้เด็กกระทำ หากความผิดที่ใช้เป็นความผิดร้ายแรงย่อมส่งผลเสียหายต่อสังคมโดยรวมและต่อตัวเด็กและเยาวชนอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ดังนั้นการกำหนดโทษผู้ใช้จึงต้องคำนึงถึงความร้ายแรงของฐานความผิดที่ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำด้วย

ประการสุดท้ายพิจารณาจากพฤติการณ์พิเศษอื่น ๆ ในการกระทำความผิด เช่น มีการข่มขู่บังคับหรือข่มขืนใจให้เด็กกระทำความผิด การกระทำความผิดต่อเด็กหลายคน รวมทั้งการใช้

เครื่องมือหรืออุปกรณ์ใด ๆ เพื่อความสะดวกในการใช้เด็ก เป็นต้น โดยจะเห็นได้ว่าการใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดนั้นเป็นพฤติกรรมที่มีความร้ายแรงยิ่งกว่าในกรณีทั่วไปและผู้กระทำยังมีเจตนาที่ชั่วร้ายอย่างยิ่ง อีกทั้งการกระทำดังกล่าวย่อมจะก่อผลเสียหายต่อตัวเด็กอย่างมาก ดังนั้นเพื่อให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดดังกล่าวจึงสมควรกำหนดโทษผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดนี้ให้หนักขึ้นจากกรณีการใช้ทั่วไป

จากที่ได้ทำการศึกษากฎหมายของต่างประเทศสามารถสรุปแนวทางในการลงโทษผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด โดยแบ่งออกได้เป็นสองกรณีหลัก ๆ ดังนี้

กรณีกำหนดเป็นฐานความผิดใหม่ สำหรับการใช้หรือชักจูงให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดไว้ในกฎหมายอาญา เช่น มลรัฐ Oklahoma กำหนดให้การชักจูงให้ผู้เยาว์กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันดอลลาร์หรือทั้งจำทั้งปรับ¹ หากกระทำความผิดมากกว่าหนึ่งครั้งจะถือเป็นความผิดร้ายแรงและต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินห้าพันดอลลาร์หรือทั้งจำทั้งปรับ² นอกจากนี้ยังมีการบัญญัติกำหนดโทษผู้ใช้เป็นการเฉพาะสำหรับความผิดบางฐาน ได้แก่ การใช้ให้ผู้เยาว์เข้าร่วมในกลุ่มอาชญากรรมต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินห้าพันดอลลาร์หรือทั้งจำทั้งปรับ³ และการใช้ให้ผู้เยาว์เข้าร่วมในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสี่ปีและปรับไม่เกินสองแสนดอลลาร์⁴ หรือ มลรัฐ Georgia กำหนดให้การชักจูงให้ผู้เยาว์กระทำความผิด หากกระทำความผิดเป็นครั้งแรกหรือครั้งที่สองถือเป็นความผิดอาญาไม่ร้ายแรงต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งพันดอลลาร์หรือจำคุกไม่เกินสิบสองเดือนหรือทั้งจำทั้งปรับ กรณีกระทำความผิดเป็นครั้งที่สามขึ้นไปถือเป็นความผิดอาญาร้ายแรงต้องระวางโทษปรับไม่น้อยกว่าหนึ่งพันดอลลาร์แต่ไม่เกินห้าพันดอลลาร์หรือจำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปีแต่ไม่เกินสามปีหรือทั้งจำทั้งปรับ⁵ นอกจากนี้หากเป็นกรณีที่ชักจูงให้ผู้เยาว์กระทำความผิดอาญาร้ายแรงซึ่งมีการใช้ความรุนแรงเป็นองค์ประกอบ หรือมอบอาวุธให้แก่ผู้เยาว์เพื่อใช้ในการกระทำความผิด กรณีนี้ถือเป็นความผิดอาญาร้ายแรง หากถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดเป็นครั้งแรกต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปีแต่ไม่เกินสิบปี กรณีถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดเป็นครั้งที่สองต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสามปีแต่ไม่เกินสิบปี⁶

¹ The 2015 Oklahoma Statutes, Section 21-856 A.

² The 2015 Oklahoma Statutes, Section 21-856 B.

³ The 2015 Oklahoma Statutes, Section 21-856 D,E.

⁴ The 2015 Oklahoma Statutes, Section 21-856.1.

⁵ The 2015 Georgia Code, Section 16-12-1 (d).

⁶ The 2015 Georgia Code, Section 16-12-1 (e).

กรณีกำหนดฐานความผิดใหม่ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายคุ้มครองเด็กโดยเฉพาะ ได้แก่ ประเทศอียิปต์ กำหนดให้การชักจูงให้เด็กและเยาวชนเข้าร่วมในการกระทำความผิดหรือค้าประเวณี โดยใช้คอมพิวเตอร์หรือระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสองปีหรือปรับไม่น้อยกว่าหนึ่งหมื่นปอนด์แต่ไม่เกินห้าหมื่นปอนด์⁷ และประเทศสิงคโปร์กำหนดให้การยุยงส่งเสริมให้เด็กและเยาวชนไปขมทาน เล่นการพนันหรือทำกิจกรรมที่ผิดกฎหมายต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองพันเหรียญ หรือจำคุกไม่เกินสิบสองเดือนหรือทั้งจำทั้งปรับ⁸ ส่วนประเทศเกาหลีใต้กำหนดให้การกระทำอันมีลักษณะเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กและเยาวชนถือเป็นความผิดและต้องระวางโทษขั้นต่ำที่สุดคือจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินยี่สิบล้านวอน ขั้นสูงที่สุดคือจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี⁹

กรณีกำหนดเป็นบทบรรณาธิให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นในกฎหมายอาญา ได้แก่ มลรัฐ Oklahoma กำหนดว่าในกรณีบุคคลอายุตั้งแต่สิบแปดปีขึ้นไปให้ผู้เยาว์กระทำความผิดซึ่งถือเป็นความผิดอาญาร้ายแรงต้องระวางโทษสูงสุดที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นหรือโทษสูงสุดในฐานผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด¹⁰ และประเทศเกาหลีใต้กำหนดให้ผู้ซึ่งใช้ซึ่งใช้ให้บุคคลภายใต้การบังคับบัญชาหรือควบคุมดูแลของตนกระทำความผิดจะต้องระวางโทษเพิ่มขึ้นอีกกึ่งหนึ่งของโทษสูงสุดที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นหรือต้องรับโทษสูงสุดที่กำหนดไว้สำหรับตัวการ¹¹ สุดท้ายประเทศจีนกำหนดให้ผู้ซึ่งใช้บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีกระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นและกรณีใช้เด็กและเยาวชนเข้าร่วมในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดก็ต้องรับโทษหนักขึ้นเช่นกัน โดยให้เป็นดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษสถานหนัก

กรณีกำหนดเป็นบทบรรณาธิให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ในกฎหมายคุ้มครองเด็กเฉพาะ ได้แก่ ประเทศอียิปต์กำหนดให้ผู้ใหญ่ซึ่งใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดแต่การนั้นไม่สำเร็จ กรณีเป็นความผิดอาญาไม่ร้ายแรงผู้นั้นต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษสูงสุดที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น กรณีเป็นความผิดอาญาร้ายแรงผู้นั้นต้องระวางโทษเทียบเท่าความผิดสำเร็จ นอกจากนี้กฎหมายอียิปต์ยังได้กำหนดพฤติการณ์พิเศษที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นด้วย ในกรณีบังคับหรือข่มขู่ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดหรือกรณีการใช้ให้เด็กซึ่งอยู่ภายใต้การดูแลของตนกระทำ

⁷ The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 116 bis.

⁸ The Children and Young Person Act (Chapter 38), Section 6.

⁹ The Korean Juvenile Protection Act 1997, Amended 2010, Article 49-50.

¹⁰ The 2015 Oklahoma Statutes, Section 21-856 C.

¹¹ The Korean Criminal Act 1953, Amended 2005, Article 34(2).

ความผิด ผู้นั้นจะต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหกเดือน หรือกรณีใช้เด็กมากกว่าหนึ่งคนจะต้องระวางโทษไม่น้อยกว่าหนึ่งปีแต่ไม่เกินเจ็ดปี¹² สหประชาชาติกำหนดให้ผู้ซึ่งยุยงให้เด็กกระทำความผิดหรือฝ่าฝืนกฎหมายหรือยุยงให้เด็กเกี่ยวข้องกับยาเสพติดหรือการค้าประเวณีจะต้องรับโทษหนักขึ้น¹³

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า แม้จะมีแนวทางในการลงโทษที่แตกต่างกันไปตามแต่นโยบายของแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตาม ทุก ๆ ประเทศล้วนมีแนวคิดตรงกันว่าการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวนี้ส่งผลเสียหายอย่างร้ายแรงและสมควรได้รับการลงโทษที่หนักกว่าในกรณีปกติ

เมื่อพิจารณากฎหมายไทยในปัจจุบันตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 กำหนดให้การชักจูงยุยงส่งเสริมให้เด็กประพฤติตนเหลวไหลหรือเสี่ยงต่อการกระทำความผิด ให้เด็กขอทาน ใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการขอทานหรือในการกระทำความผิด รวมทั้งการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือนหรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่จะเป็นไปตามกฎหมายอื่นที่มีโทษหนักกว่า จะเห็นได้ว่ากฎหมายของไทยมีการกำหนดระวางโทษที่ต่ำมากเมื่อเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ ทั้งที่ในบางกรณีความผิดนั้นอาจมีพฤติการณ์ที่ร้ายแรงและส่งผลเสียหายต่อเด็กอย่างมาก

ตามประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2559 กำหนดให้ถ้าผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดไปตามที่ผู้ใช้ ผู้ใช้ต้องรับโทษเพิ่มขึ้นอีกกึ่งหนึ่งของโทษที่ศาลลงแก่ผู้นั้น ในกรณีผู้ถูกใช้เป็นบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี จากบทบัญญัติดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าแม้จะมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อเป็นการรองรับและให้สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองเด็กตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวยังไม่มีความเหมาะสมในประการต่อไปนี้

ประการแรก การบัญญัติให้ผู้ใช้ต้องรับโทษเพิ่มขึ้นเฉพาะกรณีความผิดนั้นได้ถูกกระทำลง ผู้เขียนเห็นว่าไม่เหมาะสม เนื่องจากไม่ว่าความผิดนั้นจะได้กระทำลงหรือไม่แต่เจตนาชั่วร้ายของผู้ใช้ในกรณีดังกล่าวนี้มีความชั่วร้ายเท่ากัน และอาจก่อให้เกิดผลเสียหายต่อตัวเด็กได้เท่ากัน ดังนั้นจึงสมควรเพิ่มโทษแก่ผู้ใช้ทั้งสองกรณี แต่ให้นำผลที่เกิดมาพิจารณาประกอบปริมาณในการเพิ่มโทษว่าควรพิจารณาเพิ่มโทษมากน้อยเพียงใด

ประการที่สอง กรณีกฎหมายกำหนดให้เพิ่มโทษสำหรับการใช้บุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำความผิดนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่เหมาะสม เนื่องจากไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่กำหนดนิยามของคำว่าเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองคือ บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี และบทบัญญัติเป็นการบัญญัติเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดโดยอาศัยหลักการจากแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเด็ก ดังนั้นจึงเห็นควรบัญญัติกฎหมายให้มีความสอดคล้องกัน

¹² The Egyptian Child Law 1996, Amended 2008, Article 116.

¹³ The Chinese Protection of Minors 1991, Article 53.

ประการที่สาม จากบทบัญญัติกำหนดให้เพิ่มโทษแก่ผู้ใช้อีกกึ่งหนึ่งจากโทษที่ศาลลงแก่ผู้นั้น ซึ่งจะต้องผ่านการกำหนดคร่าวๆโทษก่อน เมื่อศาลกำหนดโทษแล้วจึงเพิ่มโทษผู้กระทำเพิ่มจากโทษที่ศาลกำหนดนั้น ซึ่งเป็นการเพิ่มโทษในลักษณะของการกระทำความผิดซ้ำ และเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ศาลเพิ่มโทษโดยเคร่งครัดซึ่งศาลจะใช้ดุลพินิจไม่ได้ นอกจากนี้ตามมาตรา 54 ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการเพิ่มโทษหรือลดโทษไว้ว่า ในกรณีที่มีทั้งการเพิ่มโทษและการลดโทษ ถ้าส่วนของการเพิ่มมากกว่าหรือเท่ากับส่วนของการลด และศาลเห็นสมควรจะไม่เพิ่มไม่ลดก็ได้ ดังนั้นผู้เขียนจึงมีข้อสังเกตว่า ในกรณีศาลจะเพิ่มโทษก็จะต้องเพิ่มในจำนวนที่กฎหมายกำหนด แต่หากศาลเห็นว่าไม่สมควรเพิ่มโทษศาลก็จะเพิ่มโทษไม่ได้เลย ศาลไม่มีดุลพินิจในการกำหนดเพิ่มโทษแก่ผู้ใช้ให้เหมาะสมแก่พฤติการณ์ในการกระทำ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าในกรณีการใช้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดนี้มีลักษณะเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยการกำหนดเหตุฉกรรจ์นั้นจะบัญญัติในลักษณะให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้น อันจะมีผลให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสม

ประการสุดท้าย ในกรณีผู้ใช้ได้กระทำความผิดโดยการก่อเจตนาให้แก่เด็กและเยาวชนกระทำความผิดแล้ว หากมีการเปลี่ยนสถานะจากผู้ใช้ไปเป็นตัวการร่วมกันกระทำความผิด ความรับผิดชอบของผู้ใช้ในกรณีนี้ย่อมถูกกลืนไปในฐานะตัวการ ทำให้เกิดปัญหาว่าในกรณีดังกล่าวศาลจะลงโทษผู้ใช้อย่างไรและต้องรับโทษเพิ่มขึ้นหรือไม่

จากที่กล่าวมาทั้งหมด ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายของไทยยังไม่เหมาะสมและยังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ดังนั้นจึงเห็นควรให้มีการแก้ไขกฎหมายในเรื่องการกำหนดบทลงโทษแก่ผู้ใช้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดตามแนวทางที่จะเสนอต่อไป

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษามาทั้งหมดเห็นว่ากฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่เหมาะสมและเพียงพอต่อการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบของการถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด และผู้เขียนเห็นควรเสนอแนวทางในการแก้ไขกฎหมายดังต่อไปนี้

ประการแรก เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมบทลงโทษตามมาตรา 78 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ซึ่งกำหนดโทษสำหรับฝ่าฝืนมาตรา 26 กระทำการอันเป็นการชักจูงส่งเสริมให้เด็กประพฤติดนไม่สมควรและเสี่ยงต่อการกระทำความผิด หรือใช้เด็กขอลานหรือใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการขอลานหรือในการกระทำความผิด หรือแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็ก จากเดิมที่กำหนด

ระวางโทษผู้กระทำความผิดไว้ที่จำคุกไม่เกินสามเดือน เห็นสมควรปรับระวางโทษให้สูงขึ้นโดยเทียบเคียงจากบทกำหนดโทษในลักษณะเดียวกันของกฎหมายต่างประเทศ และบทกำหนดโทษในลักษณะอันคล้ายคลึงกันตามกฎหมายไทย โดยให้ระวางโทษเพิ่มขึ้นเป็นจำคุกไม่เกินหนึ่งปี

ประการที่สอง เห็นควรให้มีการบัญญัติให้ผู้ใช้ต้องรับโทษหนักขึ้นไม่ว่าความผิดตามที่ถูกใช้นั้นจะได้กระทำความผิดหรือไม่ เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากเจตนาอันชั่วร้ายและความน่าตำหนิของผู้ใช้ทั้งสองกรณี เห็นได้ว่าทั้งสองกรณีล้วนมีเจตนาที่ชั่วร้ายอย่างยิ่งเช่นเดียวกัน ดังนั้นจึงสมควรต้องได้รับผลจากความชั่วร้ายนั้นเช่นเดียวกัน แต่เมื่อผลแห่งความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดกรณีความผิดไม่ได้กระทำความผิดและกรณีความผิดได้กระทำความผิดนั้นไม่เท่ากัน ดังนั้น จึงถือเป็นพฤติการณ์อย่างหนึ่งให้ศาลใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิด

ประการที่สาม เห็นควรแก้ไขบทบัญญัติกำหนดอายุของผู้ถูกใช้ จากกรณีต้องรับโทษเพิ่มขึ้นในกรณีผู้ถูกใช้เป็นบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีเป็น ผู้ใช้จะต้องระวางโทษหนักขึ้นในกรณีใช้บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีกระทำความผิด เพื่อให้สอดคล้องกับนิยามของคำว่าเด็กซึ่งได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546

ประการที่สี่ เห็นควรให้มีการแก้ไขบทบัญญัติเพิ่มโทษผู้ใช้ จากที่กำหนดให้ศาลต้องเพิ่มโทษผู้ใช้อีกกึ่งหนึ่งของโทษที่ศาลลงแก่ผู้นั้น สมควรแก้ไขเป็นบทกำหนดผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น เพื่อให้ศาลมีดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสมโดยคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งพฤติการณ์ในการกระทำความผิดเป็นกรณี ๆ ไป ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดให้ระวางโทษเพิ่มขึ้นกึ่งหนึ่งนั้นอาจไม่เพียงพอต่อความร้ายแรงและความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำความผิดในบางกรณี หรือในกรณีความผิดที่รัฐมีมาตรการป้องกันและปราบปรามเป็นพิเศษ เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือการค้าประเวณีหรือค้ามนุษย์ ย่อมไม่สมควรปล่อยให้ผู้กระทำความผิดเหล่านี้ลอยนวลและสมควรได้รับการลงโทษสถานหนัก จึงเห็นควรแก้ไขเป็นกำหนดให้ผู้ใช้ต้องระวางโทษเพิ่มขึ้นแต่ไม่เกินสองเท่าของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นโดยให้ศาลคำนึงถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งการกระทำประกอบการพิจารณาโทษ ซึ่งข้อดีของการบัญญัติดังกล่าว คือ การให้เป็นดุลพินิจของศาลในการพิจารณากำหนดเพิ่มโทษผู้ใช้ให้เหมาะสมกับพฤติการณ์และความร้ายแรงของการกระทำ ในกรณีที่ศาลเห็นว่าพฤติการณ์ในการกระทำไม่ร้ายแรงศาลย่อมใช้ดุลพินิจเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดสถานเบาได้ แต่ในกรณีที่ศาลเห็นว่าการกระทำความผิดดังกล่าวมีพฤติการณ์ที่ร้ายแรงศาลย่อมใช้ดุลพินิจลงโทษผู้กระทำความผิดสถานหนักได้เช่นกัน

ประการสุดท้าย เห็นควรบัญญัติเพิ่มเติมเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ผู้ใช้ได้เปลี่ยนสถานะจากผู้ใช้ไปเข้าร่วมเป็นตัวการหรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิด เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ต้องรับโทษหนักขึ้น เห็นควรเพิ่มเติมบทบัญญัติให้ผู้ใช้ยังคงต้องรับโทษเพิ่มขึ้นเช่นเดิมแม้จะมีการเปลี่ยนสถานะจากผู้ใช้ไปเป็นตัวการร่วมก็ตาม

จากที่กล่าวมาทั้งหมด ผู้เขียนเห็นสมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ดังต่อไปนี้

“ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 26 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

และเห็นสมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกำหนดโทษสำหรับผู้ให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด โดยแบ่งออกเป็น 2 ทางเลือก ต่อไปนี้

ทางเลือกที่หนึ่ง แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 84 วรรคสามแห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

“ถ้าผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนตัวการ และถ้าผู้ถูกใช้เป็นบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ไม่ว่าความผิดตามที่ถูกใช้นั้นจะได้กระทำความผิดหรือไม่ ผู้ใช้ต้องระวางโทษเพิ่มขึ้นแต่ไม่เกินสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดฐานผู้ให้ แม้จะมีการเปลี่ยนสถานะจากผู้ให้ไปเป็นตัวการร่วมหรือผู้สนับสนุนก็ตาม โดยให้ศาลคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งพฤติการณ์ ผลกระทบที่เกิดต่อเด็ก ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้และผู้ถูกใช้ ลักษณะและวิธีการในการกระทำความผิดประกอบการลงโทษและคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ”

ทางเลือกที่สอง บัญญัติเพิ่มเติมมาตรา 26 ทวิ ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 โดยมีเนื้อหา ดังนี้

“ผู้ใดก่อให้เกิดเด็กกระทำความผิดหรือฝ่าฝืนกฎหมายไม่ว่าด้วยวิธีการใด และไม่ว่าความผิดตามที่ถูกใช้นั้นจะได้กระทำความผิดหรือไม่ ผู้ใช้ต้องระวางโทษเพิ่มขึ้นแต่ไม่เกินสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดฐานผู้ให้ แม้จะมีการเปลี่ยนสถานะจากผู้ให้ไปเป็นตัวการร่วมหรือผู้สนับสนุนก็ตาม โดยให้ศาลคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งพฤติการณ์ ผลกระทบที่เกิดต่อเด็ก ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้และผู้ถูกใช้ ลักษณะและวิธีการในการกระทำความผิดประกอบการลงโทษและคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ”

บรรณานุกรม

หนังสือ

- เกียรติขจร วัจนสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พลสยามพรีนติ้ง, 2551.
- คณิต ณ นคร. ประมวลกฎหมายอาญา: หลักกฎหมาย และพื้นฐานการเข้าใจ. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.
- วิชา มหาคุณ. ศาลเยาวชนและครอบครัวตามแนวความคิดสากล. ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง, 2539.
- ชูเกียรติ สุวรรณรังสี. เอกสารแสดงขั้นตอนในการรวบรวมบทบัญญัติกฎหมายเรื่องเดียวกันไว้ด้วยกัน เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็ก. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551.
- ธีสุทธิ์ พันธุ์ฤทธิ์. ผู้กระทำความผิดหลายคน(ตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน). พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2550.
- ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- พรชัย ชันดี, ธัชชัย ปิตะนีละกุล และอัศวิน วัฒนวิบูลย์. ทฤษฎี และงานวิจัยทางอาชญาวิทยา (Criminal: Theories and Research). พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: บริษัทบุ๊คเน็ท จำกัด, 2543.
- ไพจิตร ปุณณพันธ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาเฉพาะเรื่อง ประมวลกฎหมายอาญา ลักทรัพย์โดยใช้ ุบายมิได้หรือไม่ และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แสงทองการพิมพ์, 2517.
- มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์. กฎหมายเบื้องต้นเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาของเด็กและ เยาวชน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สายส่งวิญญูชน, 2551.
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

วิทยานิพนธ์

จิราวัฒน์ แซ่มชัยพร, “การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตาม มาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

นรินทร์ ไทรพิภ, “การรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากการเพิ่มโทษกับเหตุฉกรรจ์ในคดีอาญา”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529.

นงลักษณ์ อานี, “แนวทางใหม่ในการกำหนดความรับผิดทางอาญาและการดำเนินคดีกรณีผู้กระทำความผิดเป็นเด็กและเยาวชน”. วิทยานิพนธ์ดุสิตบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

พิชัย ดำเนินพัฒนามงคล, “เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานลักทรัพย์”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

สกล นิสาร์ตัน, “กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม: แนวความคิดด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

สหธน รัตนไพจิตร, “ความประสงค์ของการลงโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.

เสกสิทธิ์ สวรรยาธิปัติ, “ปัจจัยที่มีผลต่อการกระทำผิดทางเพศ กรณีข่มขืนกระทำชำเราของผู้ต้องขังชายในทัณฑสถานวัยหนุ่มกลาง”. วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิตสาขาอาชญาวิทยาและงานยุติธรรม บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยมหิดล, 2545.

อชิรญาณ จันทร์พูล, “ผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

อิงอร จินตนาเลิศ. “กลไกระหว่างประเทศเพื่อการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.

เอกมล บำรุงพงศ์. “ความรับผิดในทางอาญาของตัวการและผู้ใช้: ศึกษาเฉพาะความผิดที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวผู้กระทำความผิด”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

บทความ

ไชยยศ วรรณท์ศิริ. “ดุลพินิจในการลงโทษผู้กระทำผิด”. อุลพาหะ . เล่ม 5. ปีที่ 41. (กันยายน-ตุลาคม 2537).

ประธาน วัฒนวานิชย์, “แนวความคิดในการลงโทษ: การวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 2. ปีที่ 12. (2524).

ประสพสุข บุญเดช. “ดุลพินิจในการกำหนดโทษ”. อุลพาหะ. เล่ม 2. ปีที่ 44. (เมษายน-มิถุนายน 2540).

วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. “มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก.”. อุลพาหะ. เล่มที่ 5. ปีที่ 41. (2536).

วิชา มหาคุณ. “ผู้พิพากษากับการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ”. อุลพาหะ. เล่ม 2. ปีที่ 24. (มีนาคม-เมษายน 2527).

แสง บุญเฉลิมวิภาส. “แนวความคิดเกี่ยวกับดุลพินิจในการลงโทษ”. รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์. รวบรวมโดยมูลนิธินิติธรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2534).

หยุด แสงอุทัย. “การกำหนดโทษสำหรับความผิดในประมวลกฎหมายอาญา.” อุลพาหะ. เล่มที่ 7. ปีที่ 8. (2503).

งานวิจัย

กิ่งกาญจน์ จงสุขไกล,นเรนทร์ ตุนทกิจ. “การกระทำความผิดซ้ำเกี่ยวกับยาเสพติดในกลุ่มเด็กและเยาวชน ในสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนและศูนย์และอบรมเด็กและเยาวชนในพื้นที่ภาคตะวันออก.” รายงานวิจัยกลุ่มวิจัยเด็กและเยาวชนและสิ่งเสพติด สถาบันวิจัยสังคม จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. เสนอ สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ภาค 2, 2556.

ชาญคณิต กฤตยา สุริยะมณี, อุนิษา เลิศโตมรสกุล. “การวิเคราะห์ปัจจัยที่มีความสัมพันธ์กับการกระทำผิดร้ายแรงทางเพศ กรณีการข่มขืนและการโทรมหญิงของเด็กและเยาวชนชายในบริบทของทฤษฎีเชิงบูรณาการ.” รายงานวิจัยเสนอสำนักกิจการยุติธรรมกระทรวงยุติธรรม. คณะสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล, 2551.

ศิรินันท์ กิตติสุขสถิต และคณะ. “โครงการศึกษาสภาพปัญหาการใช้แรงงานเด็กในรูปแบบที่เลวร้ายของประเทศไทย.” สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล, 2554.

กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

ประมวลกฎหมายอาญา.

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546.

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

องค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (ยูนิเซฟ) ประเทศไทย. “การวิเคราะห์สถานการณ์เด็กและสตรี พ.ศ. 2554” สืบค้นวันที่ 20 มีนาคม 2559 จาก www.unicef.org/thailand/tha/141020_Addressing_the_gaps_report_TH.pdf.

http://www.prachachat.net/news_detail.php?newsid=1426051683 สืบค้นวันที่ 20 ตุลาคม 2558.

BOOKS

Daja Wenke. Guidelines Promoting the Human Rights and the Best Interests of the Child in Transnational Child Protection Cases. House KOPA, 2015.

Nisrine Abiad and Farkhanda Zia Mansoor. Criminal law and the rights of the child in Muslim states: a comparative and analytical perspective. British Institute of International and Comparative Law: London, 2010.

ARTICLE

Cheryl Frank. “Abuse of a difference kind: Adults using children to commit crime”. SA Crime Quarterly. No.16, (June 2006).

- Gold J., Wolan Sullivan M., & Lewis M. “The relation between abuse and violent delinquency: The conversion of shame to blame in juvenile offenders.” Child Abuse & Neglect, Volume 35, Issue 7, (July 2011).
- Paul Kichyun Ryu. “New Korean Criminal Code of October 3, 1953--An Analysis of Ideologies Embedded in it, The.” Journal of Criminal Law and Criminology, Volume 48. Issue 3, (1957-1958).

OTHER MATERIAL

- Jean Zermattan. “The Best Interests of the Child from Literal Analysis, Function and Implementation: Working report 2010.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Fact Sheet No. 10: The Rights of the Child, Geneva.
- The 1924 Geneva Declaration of the Rights of the Child.
- The 1948 Declaration of the Rights of the Child.
- The 1959 United Nations Declaration on the Rights of the Child.
- The 1966 International Covenant on Civil and Political Rights.
- The 1985 United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (Beijing Rules)
- The 1989 Convention on the Rights of the Child (CRC)
- The 2015 Georgia Code.
- The 2015 Oklahoma Statutes.
- The Chinese Criminal Code, 1979.
- The Chinese Protection of Minors, 1991.
- The Egyptian child law amended by Law no.126 of 2008.
- The Egyptian Criminal code.
- The Korean Criminal Act.
- The Korean Juvenile Protection Act, Amended by Act No.9932, January 18, 2010
- The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on sale of children, child prostitution and child pornography.

The Singapore Statutes Children and Young Person Act (Chapter 38), 1993.

The Uniform Controlled Dangerous Substances Act.

The Universal Declaration of Human Rights.

United Nations Economic and Social Council, “UNICEF Child Protection Strategy,”
E/ICEF/2008/5/Rev.1.

United Nations Study on Violence against Children Response to questionnaire received
from the Government of the Republic of Korea.

Electronic Media

Blue Knot Foundation. “What is Child Abuse.” <http://www.blueknot.org.au/WHAT-WE-DO/Resources/General-Information/What-is-child-abuse>. April 5, 2016.

Child Welfare Information Gateway. “Long-Term Consequences of Child Abuse and Neglect.” July, (2013). www.childwelfare.gov/pub/factsheets/sp_long_term_consequences.cfm. April 5, 2016

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. “Ratifications and Reservations, July, (2007). www.ohchr.org/english/countries/ratification. March 1, 2013.

Ronald C. Keith and Zhiqiu Lin, “New Crime in China Public order and Human Rights,” (2005).https://books.google.co.th/books?id=diOAAgAAQBAJ&pg=PT111&dq=Article+26+organized+crime+china&hl=th&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q=Article%2026%20&f=false. March 5, 2016.

Tarullo A. “Effects of child maltreatment on the developing brain.” (2012). www.cehd.umn.edu/ssw/cascw/attributes/PDF/publications/CW360-CEED_Winter2012.pdf. April 5, 2016.

UNICEF. “Analysis of Domestic Laws related to Violence against Children: Singapore.” June,(2015).http://www.unicef.org/eapro/Country_fact_sheet_Singapore-Final_16Jul15.pdf. March 15, 2016.

UNICEF Our Priorities. “Child abuse and exploitation”. <http://www.unicef.cn/en/child-protection/child-abuse-and-exploitation>. March, 2016.

The UNICEF Egypt. "Fact sheet: child protection." http://www.unicef.org/egypt/Fact_Sheet_-_Child_Protection.pdf. March 15, 2016.

WALTER LAVOY WALLIN v. STATE. No. A-10623. Criminal Court of Appeals of Oklahoma. <http://casetext.com/case/wallin-v-state-3>. February, 2016.

Xiangming F., & Corso P. "Child maltreatment, youth violence, and intimate partner violence: Developmental relationships." American Journal of Preventative Medicine, (2007). www.ajpm-online.net/article/PIISO749379707003492/fulltext. April 5, 2016.





ภาคผนวก

ภาคผนวก
ตารางแสดงข้อมูลเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิเด็ก

ตารางที่ 1 : กรณีการใช้ความรุนแรงต่อเด็ก

ปี	จำนวนเด็กที่ตก เป็นเหยื่อการใช้ ความรุนแรง (คดี)	เป็นเด็กหญิง (คน)	เป็นเด็กชาย (คน)
2550	9,598	7,772	1,826
2552	12,031	10,466	1,565

ที่มา: ศูนย์พึ่งได้ กระทรวงสาธารณสุขสำหรับรูปแบบของการแสวงหาประโยชน์จากเด็กและเยาวชน

ตารางที่ 2 : จำนวนผู้เสียหายเด็กจากการถูกแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ ปี พ.ศ. 2554 และ 2555 จำแนกตามรูปแบบ

ปี	รูปแบบ			รวม
	ค้าประเวณี อายุต่ำกว่า 18	ขอทาน อายุต่ำกว่า 18	บังคับใช้แรงงาน อายุต่ำกว่า 18	
2554	108	5	8	121
2555	324	52	50	426

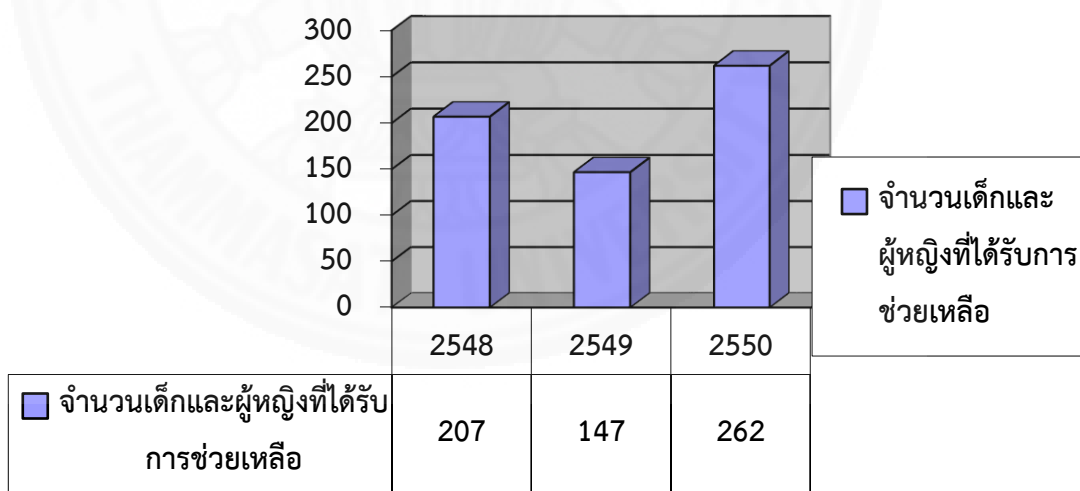
ที่มา : สำนักงานตำรวจแห่งชาติ และกรมสอบสวนคดีพิเศษ, 2554 – 2555

ตารางที่ 3 : เด็กที่ไม่ได้ถือสัญชาติไทยและตกเป็นเหยื่อการค้ามนุษย์ระหว่าง พ.ศ. 2548 ถึง พ.ศ. 2550

ประเทศ	2548	2549	2550	รวมทั้งสิ้น
พม่า	64	180	87	331
ลาว	226	272	277	775
กัมพูชา	193	115	62	370
เวียดนาม	4	4	4	12
จีน	4	1	0	5
รวมทั้งสิ้น	491	572	430	1,493

ที่มา: กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์

ตารางที่ 4 : เด็กไทยที่ตกเป็นเหยื่อการค้ามนุษย์ในต่างประเทศ



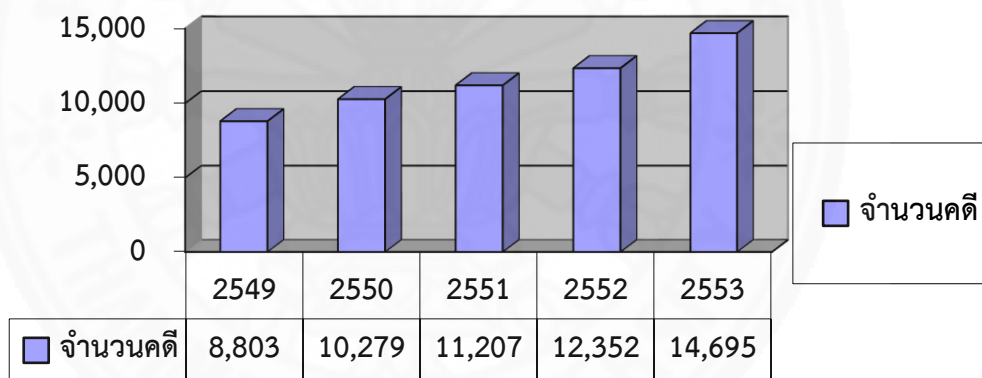
ที่มา: กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์

ตารางที่ 5 : กรณีเด็กไทยที่เกี่ยวข้องกับการขายบริการทางเพศซึ่งได้รับรายงานว่าเป็นเหยื่อการค้ามนุษย์

ลักษณะของการเกี่ยวข้อง	2548	2549	2550
การขายบริการทางเพศ	59	60	72
ถูกระบวนการค้ามนุษย์นำไปขายบริการทางเพศ	136	152	166

ที่มา: กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์

ตารางที่ 6 : ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดของเด็กและเยาวชนที่ถูกดำเนินคดีโดยสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนทั่วประเทศระหว่างปี 2549 – 2553



ที่มา : สำนักพัฒนาระบบงานยุติธรรมเด็กและเยาวชน กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน 2549 – 2553

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาวดาริกา ศรีพงษ์พันธุ์กุล
วันเดือนปีเกิด	15 เมษายน พ.ศ.2534
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2555 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 67 สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา ปีการศึกษา 2557
ตำแหน่ง	ปี 2557-ปัจจุบัน นิติกรปฏิบัติการ สำนักงานอัยการ พิเศษฝ่ายคดีเยาวชนและครอบครัว 1 สำนักงานอัยการ สูงสุด

ผลงานทางวิชาการ

นางสาวดาริกา ศรีพงษ์พันธุ์กุล “แนวคิดใหม่ในการลงโทษผู้ใช้ให้เด็กกระทำผิดทางอาญา”
วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายอาญา) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.