



ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ : ศึกษากรณี
ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายเป็นเด็ก

โดย

นายพศวัตร์ ฉัตรจุฬานนท์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

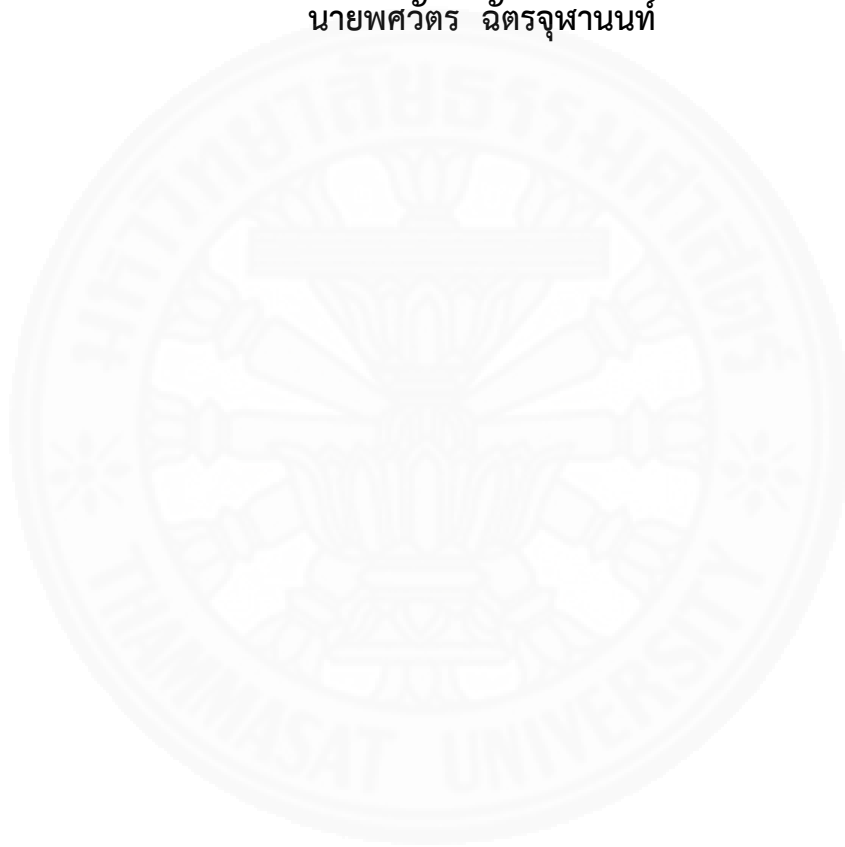
ปีการศึกษา 2562

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ : ศึกษากรณี
ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายเป็นเด็ก

โดย

นายพศวัตร์ ฉัตรจุฬานนท์



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขากฎหมายอาญา
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2562
ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

OFFENSES OF CHILD ABDUCTION :
A CASE STUDY OF CHILD OFFENDERS AND CHILD VICTIMS

BY

MR.PHOTSAWAT CHATCHULANON



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 2019

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายพศวัต ฉัตรจุฬานนท์

เรื่อง

ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ : ศึกษากรณีผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายเป็นเด็ก

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 8 ตุลาคม พ.ศ. 2563

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



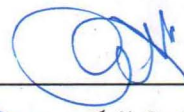
(ศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(อาจารย์ วชิรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล)

คณบดี



(รองศาสตราจารย์ ดร.มนินทร์ พงศาปาน)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ : ศึกษากรณี
ชื่อผู้เขียน	ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายเป็นเด็ก
ชื่อปริญญา	นายพศวัตร์ ฉัตรจุฬานนท์
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
	กฎหมายอาญา
	นิติศาสตร์
	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนธิ
ปีการศึกษา	2562

บทคัดย่อ

การกำหนดความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมของเด็ก และการดำเนินคดีอาญา กรณีการพรากไปเพื่อการอนาจารโดยความยินยอมของเด็ก ซึ่งได้ศึกษาการพัฒนาและปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับประเทศต่าง ๆ ข้อยกเว้นการลงโทษเด็กที่กระทำความผิดฐานพรากเด็ก (มาตรา 317) หรือพรากผู้เยาว์ (มาตรา 319) รวมถึงศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และอังกฤษ โดยได้รับอิทธิพลจากแนวคิดที่ว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและแนวคิดเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ ประกอบกับการพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศพบว่า การกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศต่างก็มีความแตกต่างกันในเรื่องของเนื้อหาฐานความผิด และเกณฑ์อายุขั้นต่ำของเด็กหรือเยาวชน ที่สามารถให้ความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศได้ ทั้งนี้ เป็นผลจากสภาพแวดล้อม ประเพณี และวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ เมื่อเด็กหรือเยาวชนภายหลังได้รับการยกเว้นโทษหรือบรรเทาโทษแล้ว ต่างก็ถือเป็นเด็กที่จำเป็นต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษ (Child in need of care and protection) หรือเด็กที่ต้องการเอาใจใส่ดูแล (Child in need of supervision) และต้องได้รับการอบรมฟื้นฟู เพื่อปรับเปลี่ยนพฤติกรรมให้เหมาะสมและไม่เกิดการกระทำความผิดซ้ำอีก

จากการศึกษาพบว่า การดำเนินกระบวนการทางกฎหมายควบคู่ไปกับกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ แก่ผู้กระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์ กรณีเป็นการพรากระหว่างเด็กกับเด็ก เนื่องจากเป็นกรณีที่ไม่มีการกระทำความรุนแรง จึงควรพิจารณาดำเนินการบนพื้นฐานของหลักการเคารพความตกลงและความประสงค์ของคู่ความทั้งสองฝ่าย โดยนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาพิพากษาในศาลและดำเนินการนำหลักการหันเหคดี (Diversion) เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ เพื่อจัดทำ

แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 (มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาก่อนฟ้องคดี) มาปรับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ ควรได้มีการกำหนดให้มีหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมเข้ามาช่วยเหลือ และดำเนินการดังกล่าวบรรลุผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์ โดยใช้โปรแกรมวิธีดีไอการให้กำลังใจเพื่อลดความเสี่ยงภัยที่เกิดขึ้นและได้รูปแบบที่เหมาะสมในแต่ละคดี

คำสำคัญ: ประโยชน์สูงสุดของเด็ก, พรากเด็ก, พรากผู้เยาว์, ความยินยอม



Thesis Title	OFFENSES OF CHILD ABDUCTION : A CASE STUDY OF CHILD OFFENDERS AND CHILD VICTIMS
Author	Mr. Photsawat Chatchulanon
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Criminal Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Associate Professor Pokpong Srisanit, Ph.D.
Academic Years	2019

ABSTRACT

The purposes of this thesis were to criminalize offenses of "child abduction and child molestation consented by victim's decision with an indecent act," to take legal action on that offense, and to develop and adjust provisions; section 317, section 319, to be following other countries; USA., France, Japan, England, by the conceptual influence of child protection and the best interests of the child.

By international procedure law, the thesis found out that the sentence of "offense of child abduction" must have a different way, based on infringement, the offender's minimum age to be given sexual allegations. To illustrate, the sentence used to accuse people who commit crime about child abduction and child molestation depends on; environment, the cultural status of each country that has laws in effect to strictly protect not only child victims but also child offenders. Admittedly, after the child offenders are acquitted or are reprieved, they must have care, protection, and mind-rehabilitation, not to commit a crime again.

As legal research suggests, legal action and reconciliatory-judicial process to offenders, not only in child offenders but also in child victim conflict, must depend on the fundamental consent of a litigant. After the last process completes, bringing the utility of the "Diversion" in the court to the reconciliatory-judicial process is needed to contribute a plan of social rehabilitation followed by the "Assessment of the

Implementation of the "Juvenile and Family Court and Juvenile and Family Procedure Act B.E.2553" to efficiently apply to the case. Ultimately, judicial institutions must participate and promote the above plans by using encouraging videos to properly prevent the damage in each criminal case

Keywords: Maximum benefit of children, Child Abduction, Minor Abduction



กิตติกรรมประกาศ

กระผมอยากจะขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ ที่ได้สละเวลาอันมีค่ามาให้เกียรติเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้และที่ได้ประสิทธิประสาทวิชาความรู้จนวิทยานิพนธ์ผมสมบูรณ์ ขอขอบคุณท่านอาจารย์วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ของกระผมและได้ให้ความรู้ หลักการ อธิบาย วิธีการดำเนินคดีในเด็กและเยาวชน และคอยชี้แนะต่าง ๆ ตลอดจนการเล่าประสบการณ์ต่าง ๆ ที่ท่านได้พบเจอในขณะที่ปฏิบัติงานจริงจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้สำเร็จลุล่วงตามกรอบวัตถุประสงค์ และบุคคลที่ขาดไม่ได้เลยหากขาดไปนั้นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ของผมน่าจะไม่เกิดขึ้น ถ้าไม่ได้รับหลักการ คำปรึกษา แนวทาง และความรู้ บุคคลนั้นคือ รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท กรรมการสอบวิทยานิพนธ์และที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

บุคคลอีกกลุ่มหนึ่งที่ผมอยากจะขอขอบคุณคือ นางสาวสุวรรณา ฉัตรจุฬานนท์ มารดาของผมที่ทำให้ผมได้เกิดมา เลี้ยงดูผมมาตั้งแต่เล็ก คอยเป็นห่วง คอยสอน คอยให้กำลังใจ คอยสนับสนุนผมในด้านต่าง ๆ จนผมประสบความสำเร็จในทุกวันนี้ ทั้งเรื่องการเรียน การงาน และการเงิน ขอขอบคุณที่ให้กำลังใจและคอยอยู่เคียงข้างผมเสมอ ขอขอบคุณ นางกิมกี เดชากร (อาม่า) , นายธงชัย เดชากร (อาทู่) นางสาวภาสินี เดชากร (อาอี๊) และคนในครอบครัว ที่คอยส่งเสริมสนับสนุนผมในเรื่องปัจจัยค่าเล่าเรียน และเลี้ยงผมมาตั้งแต่เล็ก และไม่ว่าจะสุขหรือจะทุกข์ ทุกคนในครอบครัวของผมน่าจะคอยปลอบ คอยให้กำลังใจผมเสมอ

ขอขอบคุณ นายสุธีรภาพ สังข์ด้วง ถ้าผมไม่ได้รับความช่วยเหลือจากพี่ในด้านต่าง ๆ ผมก็คงไม่มีทุกวันนี้ ขอขอบคุณที่พี่ให้โอกาสต่าง ๆ กับผมคนนี้ได้ด้วยดีเสมอมา หากไม่ได้รับโอกาสต่าง ๆ จากพี่ในวันนั้นผมก็คงไม่อาจจะประสบความสำเร็จได้ในวันนี้

ขอขอบคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ เสรมธากุล ที่คอยให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายเด็กและเยาวชนในด้านต่าง ๆ อีกทั้งยังแนะนำให้ผมได้รู้จักศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชนชาย บ้านกาญจนา ทำให้วิทยานิพนธ์ของผมฉบับนี้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ขอขอบคุณ พี่ปู พี่อู พี่เก้ง พี่ดาว และพี่ ๆ บัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มาก ๆ ครับ ที่คอยช่วยเหลือในด้านต่าง ๆ

ขอขอบคุณนายณัฏฐ์ ลีลาอมรพันธ์ ที่ได้ให้เกียรติแก่กระผมในการนำวิทยานิพนธ์ของท่านให้ผมได้มาต่อยอด และยังให้คำแนะนำ คำปรึกษา ให้ความรู้ เกี่ยวกับปัญหาความแตกต่างของบทลงโทษเด็กหรือผู้เยาว์ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก และความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์

ขอขอบคุณป้ามล ผู้อำนวยการศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชนชาย บ้านกาญจนา พร้อมทั้งเจ้าหน้าที่ที่ดูแลเด็กและเยาวชนแห่งบ้านกาญจนา และที่สำคัญต้องขอขอบคุณ นายภคพล เกิดจังหวัด เป็นผู้ถ่ายทอดปัญหาที่เกิดขึ้นจริงกับชีวิตของตนเองและเป็นสาเหตุที่ทำให้ตนเองได้รับโทษ เป็นอีกบุคคลหนึ่งที่ต้องถูกศาลตัดสินในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์

ขอขอบคุณ นายวสันต์ วิเศษโกสิน, นายรัตนชัย โยธินอุปไมย, นายติน บวรณะพงศ์, นายกำพล ฉัตรธีรภาพ, นายณัฐพงศ์ สุขสวัสดิ์รัตนา และคณะอาจารย์ พี่ ๆ เพื่อน ๆ น้อง ๆ ทั้ง โรงเรียนทวิธาภิเศก, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย รหัส 54 และ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์ รหัส 60 ที่คอยช่วยเหลือเรื่องเรียนตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา

ขอขอบคุณ ผู้บริหาร หัวหน้างานในสถานที่ทำงานภาคเอกชนต่าง ๆ ทั้ง บริษัท เอส เอฟ คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน), บริษัท คิง เพาเวอร์ อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด, พี่ ๆ น้อง ๆ สำนักกิจการคดี สำนักงานศาลยุติธรรม, ศาลแขวงพระนครใต้, ศาลอาญากรุงเทพใต้

นายพศวัตร์ ฉัตรจุฬานนท์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.1.1 สาเหตุที่เด็กและเยาวชนกระทำความผิด	4
1.1.2 ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ให้ ได้ศึกษา	6
1.2 วัตถุประสงค์	8
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	9
1.4 สมมติฐานการศึกษา	9
1.5 วิธีการศึกษา	10
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	10
บทที่ 2 หลักการ แนวความคิดกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ : ศึกษากรณีผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายเป็นเด็ก	12
2.1 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 (Convention on the Rights of the Child)	14
2.1.1 อนุสัญญาสิทธิเด็ก	14
2.1.1.1 มาตรฐานด้านนิติบัญญัติ	19
2.1.1.2 มาตรฐานด้านบริหาร	20
2.1.1.3 มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กในกระบวนการยุติธรรม	21

(1) ความผิดฐานพรากเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317	49
(2) ความผิดฐานพรากเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319	52
2.3.3 เหตุยกเว้นโทษและเหตุลดโทษกรณีเด็กหรือผู้เยาว์เป็นผู้กระทำ ความผิด	54
2.3.3.1 เหตุยกเว้นโทษกรณีเด็กหรือผู้เยาว์เป็นผู้กระทำความผิด	54
2.3.3.2 เหตุลดโทษกรณีเด็กหรือผู้เยาว์เป็นผู้กระทำความผิด	57
2.4 บทบาทของหลักความยินยอมของเด็กหรือผู้เยาว์ในความผิดฐานพราก เด็กและพรากผู้เยาว์	58
2.4.1 ความยินยอมของผู้กระทำและผู้เสียหายเป็นเด็กหรือผู้เยาว์	59
2.4.2 การกระทำความผิดของเด็กหรือผู้เยาว์โดยความยินยอมของผู้เสีย หายที่เป็นเด็ก	61
2.4.2.1 ความหมายของการกระทำความผิดของเด็ก	61
2.4.2.2 สาเหตุของการกระทำความผิดของเด็ก	63
2.4.3 ข้อพิจารณาระหว่างโครงสร้างความผิดทางอาญาและความยินยอม ของผู้เสียหายในความผิดทางอาญา	65
2.4.3.1 ความหมายของความผิดทางอาญา	66
2.4.3.2 โครงสร้างความรับผิดทางอาญา	68
2.4.3.3 การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ	68
2.4.3.4 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด	69
2.4.3.5 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ	69
2.4.3.6 เหตุลดโทษ	69
2.4.3.7 ข้อสังเกตเกี่ยวกับโครงสร้างความรับผิด	70
2.4.3.8 ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา	71
2.4.3.9 ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้	73
2.5 วัฒนธรรมการดูแลเด็กของประเทศไทย	74
บทที่ 3 กฎหมายต่างประเทศกรณีการยกเว้นเกี่ยวกับความผิดฐานพรากเด็กและ พรากผู้เยาว์ด้วยความยินยอมระหว่างเด็ก	77

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา	78
3.1.1 วัฒนธรรมการดูแลเด็ก	78
3.1.2 ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามกฎหมายของประเทศ สหรัฐอเมริกา	78
3.1.3 การยกเว้นความผิดฐานพรากเด็ก และพรากผู้เยาว์ ด้วยความ ยินยอมระหว่างเด็ก	83
3.1.3.1 มลรัฐแคนซัส (Kansas)	84
3.1.3.2 มลรัฐ Vermont	85
3.1.3.3 มลรัฐ Oklahoma	86
3.1.3.4 มลรัฐนิวยอร์ก (New York)	88
3.1.4 มาตรการหลังยกเว้นโทษ	90
3.2 ประเทศฝรั่งเศส	92
3.2.1 วัฒนธรรมการดูแลเด็ก	92
3.2.2 ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามกฎหมายของประเทศ ฝรั่งเศส	92
3.3 ประเทศญี่ปุ่น	97
3.3.1 วัฒนธรรมการดูแลเด็ก	97
3.3.2 ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามกฎหมายของประเทศ ญี่ปุ่น	97
3.4 ประเทศอังกฤษ	103
3.4.1 วัฒนธรรมการดูแลเด็ก	103
3.4.2 ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามกฎหมายของประเทศ อังกฤษ	103
3.4.3 การยกเว้นความผิดฐานพรากเด็ก และพรากผู้เยาว์ ด้วยความ ยินยอมระหว่างเด็ก	107
3.4.4 มาตรการหลังยกเว้นโทษ	109
บทที่ 4 บทวิเคราะห์กรณีพรากเพื่อการอนาจารโดยความยินยอมของผู้กระทำความผิด และผู้เสียหายที่เป็นเด็ก	111

4.1	เปรียบเทียบหลักการฟื้นฟูเด็กในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก	111
4.2	เปรียบเทียบบทกเว้นโทษความผิดฐานกระทำชำเราเด็กกับความผิดฐานพรากเด็ก	116
4.3	การวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์กับต่างประเทศ	119
4.4	วิเคราะห์หลักความยินยอมการมีเพศสัมพันธ์กันระหว่างเด็กกับเด็ก	120
4.5	แนวทางสั่งไม่ฟ้องคดีกรณีพรากเด็กของอัยการ	123
4.6	วิเคราะห์แนวทางการแก้ไขปัญหา	126
4.6.1	ยกเว้นโทษผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายที่เป็นเด็กกับเด็กมีเพศสัมพันธ์กันโดยความยินยอมโดยใช้แนวคิดของการกระทำชำเราเด็กตามกฎหมายแก้ไขใหม่	126
4.6.2	เหตุที่ไม่กำหนดเป็นเหตุยกเว้นความผิด	130
4.6.3	ลักษณะการกระทำผิดที่เป็นเหตุให้มีการยกเว้นโทษ	133
4.6.3.1	การกระทำที่เป็นเหตุให้มีการยกเว้นโทษ	133
4.6.3.2	การกระทำที่ไม่เข้าลักษณะข้อยกเว้นโทษ	135
4.6.4	การใช้มาตรา 86, 90, 132 ของพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553	137
4.6.5	การกำหนดให้มาตรา 317, 319 เฉพาะกรณีที่ผู้กระทำเป็นเด็กเป็นความผิดอันยอมความได้	140
บทที่ 5	บทสรุป และข้อเสนอแนะ	141
5.1	บทสรุป	141
5.2	ข้อเสนอแนะ	143
	บรรณานุกรม	145
	ประวัติผู้เขียน	160

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในสภาพปัจจุบันประเทศไทยกำลังมีอัตราผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนเป็นจำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ และ เด็กหรือเยาวชนที่กำลังเติบโตในประเทศเป็นจำนวนมาก นับว่ามีความสำคัญอย่างยิ่งยวด เพราะเขาเหล่านั้นในวันข้างหน้าตัวเขาจะต้องมาทดแทนผู้ใหญ่ และจะเป็นกำลังสำคัญของประเทศชาติต่อไปในอนาคต จึงกล่าวได้ว่าเด็กหรือเยาวชนถือเป็นทรัพยากรบุคคลอันทรงคุณค่าของประเทศชาติ หากเด็กหรือเยาวชนในวันนี้มีการศึกษาดี มีพัฒนาการที่ดี มีอุปนิสัยดี มีความประพฤติดี มีสุขภาพพลานามัย และร่างกายที่แข็งแรง มีสัมมาชีวะดี มีคุณธรรม และวัฒนธรรมประจำใจที่ดีแล้ว ก็จะเป็นพลเมืองที่ดีของประเทศในอนาคต และจะเป็นผู้ที่มีความสามารถ และมีคุณค่าอย่างสูง ส่งผลให้ประเทศชาติเจริญรุ่งเรืองมั่นคงและพัฒนาต่อไปอย่างไม่หยุดยั้ง

ความหมายของคำว่า “เด็ก” หรือ “เยาวชน” หรือ “ผู้เยาว์” มีกฎหมายต่าง ๆ ที่ให้คำนิยาม หรือความหมายที่แตกต่างกัน ดังนี้

(1) “เด็ก” ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 1 หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็ก

(2) “เด็ก” ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 ประกอบ 74, 277 และมาตรา 317 ได้ให้ความหมายว่า บุคคลผู้ซึ่งมีอายุไม่เกินสิบห้าปี แต่ “ผู้เยาว์” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 และมาตรา 319 ได้ให้ความหมายว่า บุคคลผู้ซึ่งมีอายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี

(3) “ผู้เยาว์” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19 ให้นิยามไว้ว่าผู้ที่จะพ้นจากภาวะผู้เยาว์นั้นเมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์

(4) “เด็ก” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 มาตรา 4 ให้ความหมายว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส

(5) “เด็ก” ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 มาตรา 4 ได้ให้ความหมายว่า บุคคลซึ่งมีอายุเกินกว่าอายุที่กำหนดไว้ตามมาตรา 73 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่ยังไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์ และในมาตราเดียวกันนี้ก็ ให้ความหมายของคำว่า “เยาวชน” หมายความว่า บุคคลอายุเกินสิบห้าปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์

เราจะเห็นได้ว่ากฎหมายแต่ละประเภทจะมีคำจำกัดความหรือนิยามช่วงอายุวัยของคำว่า “เด็ก” ที่แตกต่างกัน ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่จัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการด้านสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ ตามหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติ ที่ว่าด้วยศักดิ์ศรีและคุณค่าของมนุษย์ที่เท่าเทียมกัน โดยคำนึงว่าเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลและช่วยเหลือทั้งในสภาพแวดล้อมของครอบครัวและการเลี้ยงดูอื่น ๆ บนพื้นฐานของประเพณีและค่านิยมทางวัฒนธรรมของชาติพันธุ์และสังคม ประเทศไทยได้ร่วมลงนามปฏิญญาสากลและอนุสัญญาต่าง ๆ รวมถึงอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2535 อนุสัญญาดังกล่าวมีทั้งหมด 54 ข้อ โดยมีหลักการสำคัญ คือ การไม่เลือกปฏิบัติและประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งหลังจากประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีก็ได้ออกพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.25546 เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคี และหลังจากพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวประเทศไทยก็ยังได้มีการออกพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553

ซึ่งตามหลักการเด็กจะอยู่ภายใต้อำนาจการปกครองของบิดามารดาเพราะฉะนั้นจะขอลงกล่าวถึงอำนาจการปกครองบุตร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้พูดถึงเรื่องอำนาจการปกครองบุตรไว้ในมาตรา 1566 ซึ่งระบุว่า “บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ใต้อำนาจการปกครองของบิดามารดา...”

เราจะมากล่าวกันถึงเรื่องของบิดามารดามีอำนาจปกครองบุตรร่วมกัน เด็กอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดาและมารดาาร่วมกัน แต่หากบุตรนั้นบรรลุนิติภาวะแล้ว ไม่ว่าจะบรรลุนิติภาวะเพราะการสมรสหรือเพราะมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ บุตรนั้นย่อมไม่อยู่ในอำนาจการปกครองของบิดามารดาอีกต่อไป¹ ในกรณีดังกล่าว หากเด็กชายได้กระทำชำเราเด็กหญิงโดยความยินยอมของเด็กทั้งคู่ นั้นและเมื่อเด็กผู้ชายผู้กระทำผิดถูกฟ้องเป็นคดีอาญาในความผิดฐานกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก และประมวลกฎหมายอาญาก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติม 2562 บัญญัติว่าหากเด็กผู้ชายตกลงยินยอมจดทะเบียนสมรสกับฝ่ายหญิงซึ่งศาลก็อาจจะพิจารณาแล้วเห็นว่าฝ่ายชายสามารถดูแลฝ่ายหญิงได้ศาลก็อาจจะยินยอมให้ทั้งสองฝ่ายจดทะเบียนสมรสกันได้โดยความยินยอมของศาลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 และศาลก็อาจจะสั่งไม่ลงโทษเด็กผู้ชายในฐานะความผิดกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย แต่ในปัจจุบันได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 ในมาตรา 277 จากเดิมเดิมให้ศาลสามารถอนุญาตยกเว้นโทษในกรณีที่ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน แต่ปัจจุบันกฎหมาย

¹ รัชฎา เอกบุตร , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว : บิดามารดาและบุตร, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555), น.104-105.

ให้ใช้เพียงแต่มาตรการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษ ซึ่งทั้งนี้เด็กผู้ชายหรือผู้กระทำความผิดยังคงรับผิดชอบในความผิดพวกรักเด็กหรือพวกรักผู้เยาว์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317, 319 อยู่นั่นเองซึ่งในฐานความผิดดังกล่าวไม่สามารถยอมความได้เนื่องจากเป็นหมวดความผิดอาญาแผ่นดินไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ หรือยกเว้นความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เมื่อเด็กผู้กระทำความผิดถูกต้องโทษในความผิดฐานพวกรักเด็กหรือพวกรักผู้เยาว์นั้น ก็เป็นเด็กผู้กระทำความผิดที่ต้องโทษเข้าไปอยู่ในสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนต่าง ๆ อาทิเช่น บ้านเมตตา บ้านกรุณา เป็นต้น ปัญหาที่ตามก็คือผู้กระทำความผิดกลับไม่ได้รับโอกาสให้แก้ไข ดูแล หรือเยียวยาผู้เสียหาย รวมถึงกรณีที่ผู้เสียหายตั้งครุกรรมอันเกิดจากการกระทำความผิดของผู้กระทำเอง

การศึกษาในกรณีเด็กมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมของเด็กนั้นปัจจุบันนี้สังคมไทยมีปัญหาในคดีเด็กและเยาวชนเป็นจำนวนมาก ทั้งในคดีรับของโจร คดีลักทรัพย์ คดีละเมิดลิขสิทธิ์ คดีกระทำชำเรา หรือคดีพวกรักเด็ก สภาพของปัญหามาจากหลายสาเหตุด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของสภาพครอบครัว สภาพสังคม สภาพแวดล้อม ที่มีการช่วยก่อกำเนิดให้เด็กกระทำความผิดต่าง ๆ เหล่านั้นได้อาจจะมีเจตนาที่ดีไม่มีเจตนาที่ดี และอย่างบางปัญหาที่จะหยิบยกมาต่อไปนี้ จากตามแนวคำพิพากษาฎีกาในหลายกรณีที่เด็กสองคนมีความสนิทสนมรักใคร่กันตามช่วงวัยอายุของเด็ก และบิดามารดาของเด็กทั้งสองก็รับรู้ในการคบหาดังกล่าว เมื่อเด็กผู้ชายมีพฤติกรรมชวนเด็กหญิงไปดูภาพยนตร์โดยมารับที่บ้านของฝ่ายหญิงและได้บิดามารดาหรือผู้มีอำนาจปกครองเด็กผู้เสียหายก่อนญาติ ต่อมาเมื่อเด็กทั้งสองต่างมีความรักใคร่ชอบพอกันก็เป็นเรื่องธรรมชาติที่เด็กทั้งสองจะมีการร่วมเพศกันในเวลาที่มีโอกาสเหมาะสม ซึ่งย่อมเป็นการเห็นผลในเหตุการณ์ดังกล่าวได้ แต่บิดามารดาหรือผู้มีอำนาจปกครองเด็กผู้เสียหายก็ยังคงอนุญาตให้ผู้กระทำผิดและผู้เสียหายไปด้วยกัน อันเป็นการยินยอมให้ผู้กระทำผิดพาผู้เสียหายไปจากผู้มีอำนาจปกครองบุตร จึงไม่มีเหตุอันสมควรที่บิดามารดาหรือผู้มีอำนาจปกครองเด็กจะมาดำเนินคดีกับผู้ถูกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317, 319 กรณีดังกล่าวได้มีคำพิพากษาฎีกามากมายที่ให้กรณีดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการพวกรักเด็ก ซึ่งสาเหตุที่เด็กทั้งสองได้ล่วงละเมิดทางเพศกันนั้นเกิดจากสภาวะที่เด็กอยากจะเรียนรู้การมีเพศสัมพันธ์หรือเป็นการแสดงออกถึงความรักตามความคิดในรูปแบบของเด็กโดยเป็นความคิดของเด็กที่ยังไม่มีวุฒิภาวะพอที่จะแยกว่าสิ่งใดควรทำหรือสิ่งใดไม่ควรทำในเวลาที่ยังไม่เหมาะสมแก่วัย และเด็กทั้งคู่ย่อมมองว่าการมีเพศสัมพันธ์กันเชิงชู้สาวนั้นก็เป็นเรื่องของคนปกติที่เขาจะเกิดขึ้นได้ในแบบของคู่รัก เด็กจะมีวุฒิภาวะหรือความคิดที่ว่าบิดามารดาคบหากัน หรือคนหนุ่มสาวรักใคร่ชอบพอกันก็เป็นเรื่องธรรมดาที่จะเกิดอารมณ์ทางเพศหรือมีเรื่องของการมีเพศสัมพันธ์เข้ามาเกี่ยวข้องกันได้ ซึ่งการคบกันในเชิงชู้สาวนี้เองที่เป็นสาเหตุหรือจุดเริ่มต้นแห่งการมีเพศสัมพันธ์ก่อนวัยอันควร โดยปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการมีเพศสัมพันธ์กันโดยความยินยอมของเด็กมีด้วยกันหลายกรณี ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของบิดามารดา

ของเด็กผู้เสียหายเรียกที่จะให้เด็กฝ่ายผู้กระทำผิดรับโทษในทางแพ่งต่อความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดที่ทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อร่างกาย ชื่อเสียงและอื่น ๆ บิดามารดาผู้เสียหายนั้นก็ใช้ช่องว่างของประมวลกฎหมายอาญาตาม มาตรา 317 , 319 มาใช้บังคับให้เด็กผู้กระทำความผิดรวมไปถึงบิดามารดาของฝ่ายชายรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น และเมื่อฝ่ายชายไม่สามารถนำเงินมาชดใช้เพื่อระงับความในทางแพ่งได้ ก็มักจะเกิดการนำคดีเหล่านี้ขึ้นมาสู่ชั้นตำรวจ อัยการและชั้นศาลตามลำดับโดยผ่านพนักงานสอบสวน เจ้าหน้าที่ตำรวจ และเมื่อคดีนี้ขึ้นมาสู่ชั้นตำรวจ อัยการหรือศาล ผู้ที่มีหน้าที่จะต้องแบกรับภาระค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการดำเนินคดีนั้นก็คือ “รัฐ” รัฐจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบแบกรับค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการฟ้องร้องคดีจนเสร็จสิ้นกระบวนการดำเนินคดีในทางอาญา

แต่อย่างไรก็ดีเห็นได้ว่า เมื่อเสร็จสิ้นกระบวนการยุติธรรมต่าง ๆ แล้ว กลับไม่เกิดประโยชน์ใด ๆ ต่อสังคมส่วนรวมและการพิจารณาคดีเลย เพราะการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญานั้นไม่ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ (ตามหลักแนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์)

1.1.1 สาเหตุที่เด็กและเยาวชนกระทำความผิด

สภาพปัญหาเกี่ยวกับเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิด ไม่ว่าจะ เป็นปัญหาด้านสุขภาพ อนามัย ปัญหาด้านการเรียนรู้ ปัญหาด้านอารมณ์และพฤติกรรมและพฤติกรรมหรือปัญหาอื่น ๆ โดยทั่วไปจะแตกต่างไปจากสภาพปัญหาเกี่ยวกับผู้ใหญ่เพราะเด็กหรือเยาวชนส่วนใหญ่มีร่างกายและจิตใจไม่เหมือนผู้ใหญ่ กล่าวคือ ยังหย่อนในด้านสติปัญญา ความรู้ผิดชอบ เนื่องจากได้รับการศึกษาอบรม และมีประสบการณ์ชีวิตหรือทักษะในการดำรงชีวิตน้อยกว่าผู้ใหญ่ ทั้งยังมีความรู้ผิดชอบชีวิตน้อยกว่าผู้ใหญ่ ซึ่งอาจเป็นสาเหตุให้เด็กหรือเยาวชนนั้นถูกชักจูงให้กระทำความผิดหรือกลายเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดได้ง่าย

นักจิตวิทยา นักอาชญาวิทยา รวมทั้งแพทย์ได้ศึกษาถึงสาเหตุที่เด็กหรือเยาวชนกระทำความผิด พบว่า เด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดมีมาจากสาเหตุสำคัญ 4 ประการคือ

1.1.1.1 สาเหตุจากตัวเด็กและเยาวชนเอง ได้แก่ สาเหตุพันธุกรรมหรือสิ่งที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดโดยได้รับการถ่ายทอดมาจากบิดามารดา เช่น โรคปัญญาอ่อน สาเหตุมาจากความพิการทำให้เด็กรู้สึกว่ามีปมด้อย น้อยเนื้อต่ำใจ มักจะหาทางออกโดยวิธีการที่ไม่เหมาะสมเพื่อชดเชยให้แก่ตนเอง บางครั้งก็เกิดจากภาวะแห่งจิตของเด็กนั่นเอง เพราะจิตใจเด็กหรือเยาวชนยังไม่เจริญเต็มที่ เป็นวัยรุ่นซึ่งเป็นวัยที่มีอารมณ์รุนแรง คึกคะนอง ฉุนเฉียว ขาดความอดทนต่อสิ่งเร้าหรือสภาพแวดล้อม บางครั้งสัญชาตญาณ ทางอารมณ์ ความอยากรู้อยากเห็น อยากรู้อยากเห็นของเด็ก ก็เป็นสาเหตุให้เด็กกระทำความผิดได้ ดังจะเห็นได้ว่าปริมาณคดีที่เด็กกระทำความผิดเกี่ยวเพศมีเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ในขณะเดียวกัน สติปัญญาและประสบการณ์ของเด็กหรือเยาวชนก็ยังน้อยจึงทำให้ถูก

ชักจูงกระทำความผิดได้ง่าย ที่สำคัญส่วนหนึ่งก็คือการศึกษา เด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดส่วนใหญ่มักจะมีการศึกษาต่ำ ไม่สนใจ ไม่กระตือรือร้นที่จะแสวงหาความรู้เพื่อเพื่อนและคบเพื่อนที่ไม่ดี

1.1.1.2 สาเหตุจากครอบครัวของเด็กหรือเยาวชน ได้แก่ครอบครัวที่ไม่ปรองดองหรือแตกแยก เช่น ครอบครัวที่บิดามารดาทะเลาะวิวาทกันอยู่เสมอ หรือครอบครัวที่บิดามารดาหย่าร้าง หรือครอบครัวที่บิดาหรือมารดาเสียชีวิต ครอบครัวที่บิดามารดาติดยาเสพติด สุรา การพนัน ครอบครัวที่บิดามารดาปล่อยปละละเลยในการควบคุมดูแล และครอบครัวมีบุตรมากเกินไป และยากจน เหล่านี้ล้วนเป็นสาเหตุทำให้เด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดเพราะครอบครัวเหล่านี้เป็นครอบครัวที่ขาดความพร้อมในการอุปการะเลี้ยงดู ขาดความรักความอบอุ่น ความเข้าใจ เป็นครอบครัวที่ไม่เอื้อต่อการพัฒนาการของเด็กหรือเยาวชน หรือเป็นครอบครัวที่เป็นแบบอย่างในการกระทำความผิด เช่น บิดามารดาทะเลาะวิวาทด่าทอ หรือทำร้ายร่างกายกันเสมอ จะทำให้เด็กเกิดความเบื่อหน่ายและอาจจะกลายเป็นคนที่มีมักจะพุดจาหยาบคาย ชอบทะเลาะวิวาทกับผู้อื่นหรือมีนิสัยเกะกะเกราะรานบุคคลทั่วไป ส่วนครอบครัวที่แตกแยกหรือบิดามารดาหย่าร้าง ก็จะทำให้เด็กหรือเยาวชนขาดความรักความอบอุ่น เกิดปมด้อย สภาพจิตใจเสื่อมโทรม พยายามหาสิ่งชดเชยและอาจแสดงพฤติกรรมออกมาในลักษณะที่เป็นปัญหา จนถึงขั้นกระทำความผิด บางครั้งครอบครัวที่เข้มงวดกับเด็กและเยาวชนมากเกินไป ก็อาจเป็นสาเหตุให้เด็กหรือเยาวชนนั้นการกระทำความผิดได้ เช่น ครอบครัวที่พ่อแม่คาดหวังกับลูกมาก ก็มักจะใช้วิธีการบังคับอย่างเข้มงวด ซึ่งเกินกว่าสภาพหรือความสามารถของลูกที่จะกระทำได้ เมื่อลูกไม่เป็นไปตามที่คาดหวังพ่อแม่ก็มักจะใช้วิธีการลงโทษลูก ก่อให้เกิดความกดดันทางด้านอารมณ์ส่งผลให้ลูกมีภาวะอารมณ์และพฤติกรรมที่เป็นปัญหา

1.1.1.3 สาเหตุจากปัญหาสังคมและสิ่งแวดล้อม ได้แก่ปัญหาสภาพแวดล้อม ถิ่นที่อยู่อาศัยชุมชนแออัด สถานะเรณรมย์ แหล่งอบายมุข ปัญหาผู้ใหญ่ทำตัวเป็นแบบอย่างอย่างไม่ดีแก่เด็กและเยาวชนสาเหตุมาจากการคบเพื่อนไม่ดี เสพยาเสพติดให้โทษ และสาเหตุจากสื่อสารมวลชน ซึ่งอาจเป็นปัจจัยชักจูงจิตใจ หรือมีส่วนโน้มน้าวให้เด็กหรือเยาวชนเอาอย่างในการกระทำความผิด เช่นนั้น

1.1.1.4 สาเหตุทางด้านเศรษฐกิจ ได้แก่ปัญหาสภาพครอบครัวที่ยากจน ทำให้เด็กที่เกิดมาในครอบครัวที่ยากจนมีทัศนคติว่าตนมิได้รับความเป็นธรรมจากสังคม ประกอบกับมีปัญหาด้านการเงิน หรือขาดปัจจัยที่สำคัญในการดำรงชีพ บางครั้งเด็กหรือเยาวชนอยากได้ทรัพย์ บางอย่างที่ได้เด็กหรือเยาวชนอื่นมีแต่ตนไม่มีเพราะความยากจนของครอบครัว ก็จะลักขโมยของผู้อื่น เพราะความอยากได้

1.1.2 ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ให้ ศึกษาดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 949/2536 วินิจฉัยว่า เด็กหญิงไปที่บ้านชายเอง และช่วยชาย ทำขนมที่บ้าน มารดาทราบว่าได้เสียดกับชายแล้ว จึงยอมให้อยู่บ้านกับชายฉันทน์สามีภรรยา ดั่งนี้ถือว่าชาย ไม่ได้พรากเด็กหญิงไปจากบิดามารดาผู้ปกครอง²

คำพิพากษาฎีกาที่ 1258/2542 ความมุ่งหมายของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 เพื่อเอาโทษแก่ผู้ที่พรากเด็ก แม้เด็กเต็มใจไปด้วย การพรากเด็กตามมาตรานี้มีได้จำกัดว่าพรากไปโดยวิธีการอย่างไร ถ้าเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีแล้วยอมเป็นความผิดแม้เด็กจะมีรูปร่างใหญ่โต มีความรู้สึกผิดชอบเกินกว่าปกติก็ตาม และการพรากก็มีได้จำกัดว่าพรากไปเพื่อประสงค์ใด หรือ ประโยชน์อย่างใด เพียงแต่มีเจตนาพรากเด็กไปเสียจากบิดามารดาที่เป็นความผิดแล้ว แต่ถ้าจำเลย พรากเด็กไปโดยมีเหตุอันควรก็ไม่มีตามมาตรานี้ ปรากฏว่าผู้เสียหายกำลังศึกษาเล่าเรียนยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา การที่จำเลยพรากผู้เสียหายไปเสียจากบิดามารดา ขณะที่บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรอันเป็นสิทธิและหน้าที่ ของบิดามารดาและบุตร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์การกระทำของจำเลยจึงปราศจากเหตุอันสมควร จึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคแรก แต่เมื่อจำเลยกับ ผู้เสียหายรักกันด้วยความสุจริตใจ ต่างมีเจตนาอยู่กันด้วยกันฉันทน์สามีภรรยา และศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ สมรสและมีบุตรด้วยกันการกระทำของจำเลย ขาดเจตนากระทำเพื่อการอนาจาร จึงไม่มีความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม³

คำพิพากษาฎีกาที่ 1262/2513 หลึงผู้เยาว์กับจำเลยรักกัน จำเลยพาผู้เยาว์หนีไป ค้างคืนที่อื่นกว่า 20 กว่าคืนแล้วกลับมาขอขมาบิดามารดาของผู้เยาว์ และอยู่กันด้วยกันที่บ้านบิดา มารดาของผู้เยาว์อีก 10 กว่าวัน แล้วจำเลยจึงไปและไม่กลับมาอีกเลย พฤติการณ์ดังนี้ไม่เป็นความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 เพราะจำเลยพาผู้เยาว์ไปเพื่อเป็นภรรยา ไม่ใช่เพื่อการ อนาจาร ข้อสังเกต เหตุผลที่จำเลยไปจากบ้านฝ่ายหญิงเพราะ “จำเลยทนพ่อแม่ผู้เสียหายไม่ได้ เพราะหาเงินมาได้เท่าไรพ่อแม่ฝ่ายหญิงเอาเงินไปหมด จำเลยจึงหนีออกจากบ้านของฝ่ายหญิงไป ผู้หญิงเลยไปแฉความ”⁴

² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2562), น.556, คำพิพากษาฎีกาที่ 949/2536

³ เพ็ญอ้วง, น.580, คำพิพากษาฎีกาที่ 1258/2542

⁴ เพ็ญอ้วง, น.598, คำพิพากษาฎีกาที่ 1262/2513

คำพิพากษาฎีกาที่ 354/2542 ผู้เยาว์กับจำเลยรู้จักสนิทสนมกันมานานประมาณ 4 ปี มีความรักใคร่ชอบพอกันอยู่ก่อนแล้ว ผู้เยาว์เองก็รับว่าสมัครใจร่วมประเวณีกับจำเลยนอกจากนี้ บิดามารดาจำเลยเคยติดต่อผู้เยาว์จากบิดามารดาผู้เยาว์ แต่ตกลงในจำนวนเงินค่าสินสอดกันไม่ได้ ผู้เยาว์จึงติดตามไปอยู่กับจำเลย และหลังจากนั้นก็อยู่กับจำเลยมาโดยตลอดมิได้กลับไปอาศัยอยู่กับบิดามารดาของตนจนผู้เยาว์ตั้งครรภ์พฤติการณ์ของจำเลยที่พาผู้เยาว์ไปอยู่กับจำเลยก็ประสงค์จะเลี้ยงดูผู้เยาว์เป็นภริยาจริง ๆ ประกอบกับจำเลยไม่เคยมีภริยาและบุตรมาก่อน จำเลยย่อมอยู่ในฐานะเลี้ยงดูผู้เยาว์ฉันทามีภริยาได้โดยแท้ การกระทำของจำเลยไม่อาจถือว่าเป็นการพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร⁵

คำพิพากษาฎีกาที่ 854/2545 วินิจฉัยว่า ผู้เสียหายอายุ 14 ปีเศษ พักอาศัยอยู่กับยายที่บ้านผู้เสียหายไปดูภาพยนตร์ที่งานวัดพบกับจำเลยแล้วพากันไปเดินเล่นใต้ถุนบ้านพี่ชายของจำเลย จำเลยบอกให้ผู้เสียหายช่วยทำความสะอาดห้องนอน เมื่อผู้เสียหายเข้าไปภายในห้องนอน จำเลยตามเข้าไปกระทำชำเราผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายยินยอมต่อมาผู้เสียหายเดินทางไปพบจำเลยที่บ้านเพื่อสอบถามว่าเหตุใดจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายแล้วไม่รับผิดชอบ จำเลยดึงแขนผู้เสียหายเข้าไปในห้องนอนแล้วกระทำชำเราผู้เสียหายยินยอม การกระทำของจำเลยทั้งสองครั้ง ล้วนเป็นการกระทำอันล่วงล้ำต่ออำนาจปกครองของบิดามารดาผู้เสียหายทั้งสิ้น ถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควรพรากผู้เสียหายไปจากบิดามารดา อย่างไรก็ดี จำเลยยังไม่มีภริยา จึงอยู่ในสถานที่จะเลี้ยงดูผู้เสียหายฉันทามีภริยาได้ และต่างก็รักใคร่ชอบพอกันทั้งได้ทะเบียนสมรส โดยได้รับอนุญาตจากศาล จึงมิใช่เป็นการพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร แต่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคแรก

ความยินยอมเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (General principle of law) คือหลักที่ผู้กระทำผิดนำมาใช้เพื่อยกเว้นความผิดทางอาญา หากผู้ให้ความยินยอมให้ความยินยอมโดยสมัครใจ ปราศจากการถูกข่มขู่หลอกลวง หรือความสำคัญผิด ทั้งความยินยอมผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมไปโดยตลอด โดยความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วนั้น ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด ในความผิดบางฐานเมื่อเด็กหรือผู้เยาว์ที่กระทำความผิดได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายเองหรือได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลแล้วย่อมไม่อาจจะถือว่า ผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดได้ ดังเช่นความผิดฐานพรากเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ในกรณีที่ผู้เยาว์ยินยอมและเต็มใจไปด้วย ตามประมวลกฎหมาย

⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.602-603, คำพิพากษาฎีกาที่ 354/2542

อาญา มาตรา 319 เช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเมื่อผู้เสียหายยินยอมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงขาดองค์ประกอบความผิดตามมาตรา

ความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อการอนาจารนั้น มีองค์ประกอบที่สำคัญคือ “การพราก” อำนาจการปกครองเด็กหรือผู้เยาว์ไปเสียจากบิดามารดา หรือผู้ดูแล และการพรากนั้นจะต้องเป็นการพรากไปเพื่อการอนาจาร ซึ่งความผิดฐานดังกล่าวถ้าเกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วผู้กระทำก็ย่อมไม่มีความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์ แต่ในทางกลับกันหากผู้กระทำหรือผู้ถูกระทำเป็นเด็กหรือผู้เยาว์ กฎหมายกำหนดให้ผู้นั้นต้องรับโทษในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ ทั้งนี้ความผิดฐานดังกล่าวกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะมุ่งคุ้มครองอำนาจการปกครองของบิดามารดา หรือผู้ดูแล แต่ยังคงมีเจตนารมณ์ที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือเพื่อจะคุ้มครองและปกป้องเด็กเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้ผู้กระทำจึงไม่สามารถที่จะอ้างได้ว่าผู้เสียหายหรือผู้ถูกระทำให้ความยินยอมมาใช้ในการปฏิเสธความรับผิดชอบผู้เสียหายไม่ อีกทั้งในความฐานดังกล่าวจัด เป็นคดีอาญาแผ่นดินที่ไม่สามารถยอมความกันได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อเสียอย่างมากมายในกรณีที่ผู้กระทำเป็นเด็กหรือผู้เยาว์อันเนื่องมาจากประเทศไทยได้มีกฎหมายยกเว้นความผิดฐานกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 27 วรรค 5 และวรรค 6 ในขณะที่มาตราดังกล่าวมีการยกเว้นโทษเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็กโดยที่ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก แทนการลงโทษ ในการพิจารณาให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ของผู้ถูกระทำด้วย แต่มาตรา 317 หรือมาตรา 319 ซึ่งเป็นความผิดที่เบากว่ามาตรา 277 กลับไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษโทษไว้ในเรื่องดังกล่าวอันทำให้เด็กนั้นไม่ได้รับประโยชน์สูงสุดจากการกระทำความผิดความผิดกรรมเดียวแต่ผิดกฎหมายหลายบท

1.2 วัตถุประสงค์

1. เพื่อวิเคราะห์ถึงความสอดคล้องของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ในเรื่องของการนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กผู้กระทำความผิดมากำหนดเหตุยกเว้นโทษในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ กรณีที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายที่เป็นเด็กมีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอม

2. เพื่อวิเคราะห์ถึงหลักการกำหนดบทลงโทษความผิดฐานพรากเด็ก (มาตรา 317) และพรากผู้เยาว์ (มาตรา 319) สอดคล้องกับเหตุยกเว้นโทษกรณีมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมของผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายที่เป็นเด็ก

3. เพื่อวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดต่อเสรีภาพกรณีการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ เพื่อการอนาจารโดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายอาญาต่างประเทศ

4. เพื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกำหนดความผิดต่อเสรีภาพและปัญหาในการดำเนินคดีในฐานความผิดพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจารต่อผู้เสียหายในกรณีผู้เสียหายให้ความยินยอมด้วย

5. เพื่อวิเคราะห์ถึงแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดความผิดต่อเสรีภาพในฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจารและการดำเนินคดีต่อเด็กหรือผู้เยาว์ที่เป็นผู้ให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กหรือผู้เยาว์

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งเน้นที่การศึกษา ค้นคว้า วิเคราะห์ถึงปัญหา การลงโทษความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์กรณีผู้กระทำความผิดและผู้เสียหาย โดยเฉพาะการบัญญัติกฎหมายการบังคับใช้กฎหมายโดยอาศัยทฤษฎีการลงโทษและคุ้มครองทางสังคมเป็นหลักเพื่อให้เกิดความยุติธรรม และเพื่อให้การนำบทบัญญัติทางกฎหมายไปใช้เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพต่อเด็กและประโยชน์สูงสุดของเด็ก

1.4 สมมติฐานการศึกษา

การกำหนดความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อการอนาจารโดยความยินยอมของเด็กและการดำเนินคดีอาญากรณีการมีพรากไปเพื่อการอนาจารโดยความยินยอมของเด็กที่ช่วยอายุหรือวัยที่ใกล้เคียงกันอย่างไม่เหมาะสม เพราะเมื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วมักจะพบว่า เจตนาในการพรากเด็กเพื่อการอนาจารของเด็กเองแล้วจะทราบถึงเจตนาที่แท้จริงว่า เด็กมิได้มีเจตนาการกระทำความผิดเหมือนกับผู้ใหญ่ การที่กฎหมายมุ่งลงโทษเด็กที่กระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กแล้ว ยังต้องถูกลงโทษความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ซึ่งเป็นการขัดต่อแนวคิดในการมุ่งคุ้มครองเด็กและประโยชน์สูงสุดของเด็ก แต่อย่างไรก็ดีการลงโทษเด็กที่กระทำความผิดฐานพรากเด็ก (มาตรา 317) หรือพรากผู้เยาว์ (มาตรา 319) ประกอบกับการพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศจะพบว่า

การกำหนดความผิดกรณีการพรางเด็กหรือพรางผู้เยาว์เพื่อการอนาจารโดยความยินยอมระหว่างเด็ก ทั้งสองฝ่ายไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายในต่างประเทศ การยกเว้นโทษความผิดให้กับเด็กที่ กระทำความผิดที่มีการพรางไปเพื่อการอนาจารด้วยความยินยอมและมีอายุที่ใกล้เคียงกัน น่าจะเป็น แนวทางการแก้ไขปัญหที่ตรงจุดและเหมาะสมเพื่อคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กและเพื่อไม่ให้ ขัดแย้งกับประโยชน์สาธารณะอีกด้วย และยังจะเป็นการให้โอกาสเด็กได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงตนเองให้ เป็นคนดีของสังคมต่อไป

1.5 วิธีการศึกษา

เป็นการศึกษาวิจัยจากเอกสารโดยการศึกษา สืบค้น ค้นคว้าจากแหล่งข้อมูลต่าง ๆ ทั้ง ในประเทศไทยและต่างประเทศ อาทิเช่น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ประมวลกฎหมายอาญาของ ประเทศไทยและต่างประเทศ ตำบทยกกฎหมาย คำพิพากษาฎีกา ตำราวิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ บทความวิจัย วารสารต่าง ๆ สื่ออิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงสื่อการเรียนการสอนจากอาจารย์ของ มหาวิทยาลัยต่าง ๆ และจากหนังสือต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อทราบถึงหลักการกำหนดความผิดต่อเสรีภาพในความผิดพรางเด็กและพราง ผู้เยาว์กรณีพาไปมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กว่าควรบัญญัติบทยกเว้นความผิดและควร จะให้ถือเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่
2. เพื่อทราบถึงหลักเกณฑ์การกำหนดอายุให้ความยินยอมระหว่างเด็ก ที่กฎหมาย ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กว่ามีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการ กำหนดให้เป็นการผิดต่อเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยหรือไม่
3. เพื่อจะได้เป็นแนวทางหรือจะได้เป็นบรรทัดฐานในการพัฒนา กำหนดโทษทางอาญา แก่เด็กผู้กระทำความผิดในกรณีพาไปมีเพศสัมพันธ์กันโดยความยินยอมระหว่างเด็ก และจะได้ใช้กฎหมาย อาญาให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กและสังคม
4. เพื่อทราบถึงหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดต่อเสรีภาพกรณีการพรางไปเพื่อการ อนาจารโดยความยินยอมระหว่างเด็กว่าประเทศไทยควรบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับกฎหมาย อาญาในต่างประเทศ

5. เพื่อทราบถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมไทยอันเกิดจากการลงโทษและการดำเนินคดี โดยกำหนดฐานความผิดในรูปแบบคดีความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ 2 ฐานความผิดคือ ความผิดฐานกระทำชำเราและความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ให้เป็นไปในแนวเดียวกัน เพื่อให้ประโยชน์สูงสุดแก่เด็กและจะได้ทราบถึงวิธีการที่เหมาะสมในการกำหนดความผิดต่อเสรีภาพในฐานความผิดพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์และการดำเนินคดีต่อเด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็ก



บทที่ 2

หลักการ แนวความคิดกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ : ศึกษากรณีผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายเป็นเด็ก

การกำหนดความผิดต่อเสรีภาพในกรณีการพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปเพื่อการรอนาจารโดยความยินยอมของเด็กหรือผู้เยาว์ กฎหมายมุ่งเน้นคุ้มครองอำนาจการปกครองบุตรของบิดามารดาหรือผู้ดูแล ไม่ได้มุ่งเน้นการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กแต่อย่างใด ซึ่งเป็นการขัดแย้งต่ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 และเป็นการขัดกันต่อกฎหมายที่มีการยกเว้นโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรค 5 และวรรค 6 ที่เป็นการมุ่งคุ้มครองเด็กที่มีเพศสัมพันธ์กันโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่ายและมีความประสงค์ที่จะสมรสกัน¹ โดยมีแนวคิดในการลงโทษหลากหลายรูปแบบแต่ทฤษฎีที่นำมาใช้กับผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กหรือผู้เยาว์หลักคือ ทฤษฎีแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Reformation and Rehabilitation) และทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice)

ทฤษฎีแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Reformation and Rehabilitation)² คือ ทฤษฎีที่เน้นการปฏิบัติต่อตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง โดยกำหนดให้การลงโทษมีวิธีการที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเปลี่ยนแปลงนิสัยหรือปรับปรุงพฤติกรรมให้สามารถเข้ากับสังคมได้ ซึ่งหากปรับปรุงผู้กระทำความผิดได้ ผู้นั้นจะไม่ก่อให้เกิดการกระทำความผิดอีกต่อไป ดังนั้น การลงโทษตามทฤษฎีนี้จึงเป็นการแก้ไขโดยพิจารณาลักษณะเฉพาะของผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล โดยเน้นการบำบัดรักษาแทนการลงโทษเพื่อให้เกิดความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน ดังเช่นการลงโทษโดยการข่มขู่หรือการทดแทน ดังนั้น วิธีการบำบัดผู้กระทำความผิดจึงไม่เน้นการลงโทษในเรือนจำ แต่อาจให้ผู้นั้นอยู่ในสังคมและใช้มาตรการคุมประพฤติหรือการบำบัดทางกายภาพหรือจิตใจแทนได้ มาตรการเหล่านี้ทำให้เกิดวิธีการลงโทษโดยชุมชน (Community Corrections)³ ขึ้นเพื่อเป็นมาตรการในการแก้ไขบำบัดและฟื้นฟูผู้กระทำความผิดที่ไม่เป็นอันตรายต่อสังคมแทนการนำเข้าไปกักขังในเรือนจำหรือสถานพินิจ

¹ ฌ็ทร์ัฐ ลีลาอมรพันธ์, “ปัญหาการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็ก,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.7.

² สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม, การกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา, (2551), น.5-6.

³ SCULL, A. Community Corrections: Panacea, Progress or Pretence?. in (D. Garland and P. Young (eds), 1983), pp.146-165.

ทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice)⁴ คือ ทฤษฎีที่พัฒนามาจากแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย แต่มีข้อแตกต่างที่แนวคิดในทฤษฎีนี้มุ่งเน้นการประนีประนอมยอมความกันในคดีอาญาของฝ่ายผู้เสียหายและผู้กระทำโดยเน้นการที่จะมีการสื่อสารทำความเข้าใจเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้มีความตระหนักถึงผลเสียหายที่ตนได้ก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายและต้องดำเนินการเพื่อให้ผู้เสียหายได้รับสิ่งที่เขาสูญเสียคืนมา ซึ่งอาจไม่ใช่การชดใช้ด้วยเงินแต่อาจเป็นการขอโทษ หรือทำงานชดใช้ให้แก่ผู้เสียหาย เป็นต้น ทั้งนี้โดยมีเป้าหมายให้ทั้งผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมีความเข้าใจที่ดีต่อกันและอยู่กันอย่างสมานฉันท์ไม่ก่อให้เกิดข้อพิพาทต่อไป อันเป็นการลดความขัดแย้งซึ่งปัญหาที่จะนำไปสู่การกระทำความผิดซ้ำ⁵ แนวความคิดนี้นำมาใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กหรือเยาวชน โดยใช้กระบวนการประชุมครอบครัว (Family group conference)⁶ และให้ผู้กระทำความผิดที่เป็นเยาวชนมีความตระหนักในผลเสียหายที่ตนก่อให้เกิดขึ้นและพยายามเยียวยาความเสียหายนั้น ส่วนในสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์⁷ แคนาดา⁸ และอเมริกาใต้ ได้นำแนวคิดดังกล่าวมาใช้มาตรการลงโทษในชุมชนสำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ใหญ่ด้วย⁹

⁴ สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม, *อ้างอิงแล้ว* *เชิงอรรถ* ที่ 2, น.7-8.

⁵ John Braithwaite, “Principles of Restorative Justice,” in Andrew van Hirsch, Julian Roberts, Anthony E. Bottoms, Kent Roach and Maria Schiff (eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Hart Publishing, Oxford, (2003), pp.1-19.

⁶ มีผู้ศึกษาวิเคราะห์ประสิทธิภาพของการนำ การประชุมกลุ่มครอบครัว ในนิวซีแลนด์ อเมริกาใต้ และมลรัฐ Indianapolis ของสหรัฐอเมริกา และการประณามข้อพิพาทโดยมีผู้ไกล่เกลี่ยในสหรัฐอเมริกาว่าได้ผลสอดคล้องกับเป้าหมายของ กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์หรือไม่ โปรดดูใน Leena Kurki, “Evaluating Restorative Justice,” in Andrew von Hirsch, Julian V. Roberts, Anthony Bottoms (eds.), pp.293-310.

⁷ Allison Morris and Garielle Maxwell, “Restorative in New Zealand,” in Andrew von Hirsch, Julian V. Roberts, Anthony Bottoms (eds.), pp.257-268.

⁸ ในแคนาดา ศาลได้นำหลักการนี้มาใช้ในกระบวนการกำหนดโทษ โดยมีการผสมผสานระหว่างแนวคิดในการลงโทษตามทฤษฎีทดแทนและทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ และได้เปรียบเทียบกับแนวทางลงโทษในนิวซีแลนด์ด้วยโปรดดูรายละเอียดใน Julian V Roberta and Kent Roach, “Restorative Justice in Canada : From Sentencing Circles to

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

“อนุสัญญา” (Convention) คือ การที่หลายประเทศมาประชุมกันและจัดวาง บทบัญญัติเป็นข้อผูกพันระหว่างภาคี บางทีก็จัดวางหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศขึ้น เช่น อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต 1961 (Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961)¹⁰ หรือ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 (Convention on the Rights of the Child) เป็นต้น

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 (Convention on the Rights of the Child) คำว่า “สิทธิเด็ก” สิทธิอันเป็นสากล (Universal Rights) และเป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute Rights) ที่จะต้องได้รับรองและคุ้มครองตามพันธกรณีระหว่างประเทศ หลักการดังกล่าวนี้มักไม่ได้รับการกล่าวถึงหรือได้รับความสนใจจากสังคมไทยเท่าใดนัก ด้วยบุคคลทั่วไปยังคงมีความเข้าใจผิดคิดว่าเด็กไม่มีสิทธิใด ๆ ในทางกฎหมายทัดเทียมผู้ใหญ่ ทั้งที่โดยแท้จริงแล้วเด็กมีสิทธิต่าง ๆ มากมาย ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาการละเมิดสิทธิเด็กอยู่เสมอ¹¹

2.1.1 อนุสัญญาสิทธิเด็ก

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ได้นิยามความหมายคำว่า “เด็ก” ไว้ว่า “เด็ก หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็ก” และกำหนดให้ประเทศสมาชิกภายใต้อนุสัญญาฉบับนี้ จะต้องคุ้มครองสิทธิเด็ก ซึ่งแบ่งได้ 4 ประการ ดังนี้¹²

Sentencing Principle,” in Andrew von Hirsch, Julian V. Roberts, Anthony Bottoms (eds.), pp.245-254.

⁹ Susan Easton and Chistine Piper, Sentencing and Punishment : A Quest for Justice, (Oxford : Oxford University Press, 2005), pp.443-444.

¹⁰ จตุพร วงศ์ทองสรรค์ และสมชัย ศิริสมบุรณ์เวช, เอกสารประกอบคำบรรยาย กระบวนการวิพากษ์กฎหมายระหว่างประเทศชั้นสูง, หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาคพิเศษ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.1-6.

¹¹ อภิการรัตน์ นิยมไทย, อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนที่คนไทยควรรู้, จุลนิติ (ก.ค.-ส.ค. 52), น.139.

¹² “ Rights under the Convention on the Rights of the Child,” UNICEF, Retrieved on 28 August 2019, from web. http://www.unicef.org/crc/index_30177.html.

(1) สิทธิในชีวิตและการอยู่รอด (Rights To Survival) กล่าวคือ สิทธิของเด็กที่คลอดออกมาแล้วจะต้องมีชีวิต โดยอนุสัญญาฯ กำหนดว่ารัฐภาคีต้องรับรองว่าเด็กทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่รอดอย่างปลอดภัย ซึ่งเป็นสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดและรัฐภาคีต้องต้องประกันอย่างเต็มที่เท่าที่จะทำได้ให้มีการอยู่รอด และการพัฒนาของเด็ก (ข้อ 6) เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูไม่ว่าโดยบิดา มารดา ญาติพี่น้อง หรือรัฐ เพื่อให้อยู่รอดและเจริญเติบโตและมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดีเพียงพอตามฐานะ ซึ่งหากครอบครัวไม่สามารถจะดำเนินการได้ตามมาตรฐานขั้นต่ำ รัฐต้องเข้าไปให้ความช่วยเหลือ เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการบริการด้านสุขอนามัยให้พ้นจากโรคภัยต่าง ๆ การตรวจรักษา และการบริการด้านสาธารณสุขอื่น ๆ สิทธิจะมีที่อยู่อาศัย ไม่ถูกทอดทิ้งให้เป็นเด็กเร่ร่อน สิทธิจะได้รับอาหารในปริมาณที่เพียงพอและสะอาด สิทธิจะมีชื่อและสิทธิจะได้มีสัญชาติใดสัญชาติหนึ่งตามอนุสัญญาฯ (ข้อ 7) ซึ่งรัฐภาคีต้องให้หลักประกันในการส่งเสริมสิทธิเช่นว่า นั้นภายใต้กฎหมายสัญชาติของรัฐและภายใต้การผูกพันตามตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้รัฐภาคีต้องต้องให้หลักประกันว่าเด็กจะต้องไม่ถูกแยกจากบิดามารดา โดยขัดกับความประสงค์ของบิดามารดา เว้นแต่การแยกเด็กนั้นจะเป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งสามารถตรวจสอบได้โดยศาลและเป็นกรณีจำเป็นที่จะต้องแยกเด็กออกมา เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กเอง เช่น ในกรณีที่บิดามารดาติดยาเสพติด หรือสุรา และทำร้าย หรือละเลยไม่ดูแลเด็ก การบังคับให้เด็กค้าประเวณี การใช้ให้เด็กไปจำหน่ายยาเสพติด หรือในกรณีที่เด็กไม่สามารถอยู่กับทั้งบิดามารดา เพราะบิดามารดาแยกกันอยู่ในกรณีเช่นนี้ต้องกำหนดที่อยู่ของเด็กว่าจะให้เด็กอยู่กับใคร และทุกฝ่ายจะต้องได้รับโอกาสที่จะแสดงความคิดเห็นรวมทั้งตัวเด็กเองด้วย ทั้งนี้การแยกกันอยู่ของบิดามารดา ซึ่งทำให้เด็กต้องแยกไปอยู่กับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือรัฐนำมาดูแล เด็กยังมีสิทธิที่จะรักษาความสัมพันธ์ส่วนตัวและการติดต่อโดยตรงกับบิดามารดาที่เด็กไม่ได้อยู่ด้วยอย่างสม่ำเสมอ เว้นแต่การติดต่อสัมพันธ์นั้นจะขัดกับประโยชน์สูงสุดของเด็กนั่นเอง (ข้อ 9) นอกจากนี้รัฐต้องให้หลักประกันว่า ทั้งบิดาและมารดามีความรับผิดชอบร่วมกันในการเลี้ยงดูและพัฒนาการของเด็ก (ข้อ 18) และในกรณีที่รัฐอนุญาตให้มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม รัฐจะต้องให้หลักประกันว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กจะเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุดใน (ข้อ 21) และต้องใช้ความระมัดระวังอย่างเต็มที่ ไม่ให้เด็กถูกทำร้ายหรือถูกนำไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบในด้านต่าง ๆ โดยใช้การรับบุตรบุญธรรมบังหน้า¹³

¹³ มาตาลักษณะ เสรมธากุล, การคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในกฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), น.629.

(2) สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Rights To Protection) กล่าวคือ เด็กจะต้องได้รับความคุ้มครองในทุกรูปแบบที่จะเป็นอันตรายต่อเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองจากการถูกทำร้ายทั้งทางร่างกาย จิตใจ และเพศ การถูกทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาท รวมทั้งการแสวงหาผลประโยชน์ต่าง ๆ จากเด็ก ซึ่งรวมไปถึงการกระทำที่จะเป็นการทำร้ายแม้ว่าจะอยู่ในความดูแลของบิดาและมารดา ผู้ปกครองตามกฎหมายหรือบุคคลอื่นที่ดูแลเด็กอยู่ในขณะนั้น โดยอนุสัญญาได้ระบุไว้ว่ารัฐจะต้องคุ้มครองเด็กให้ปลอดภัยจากการใช้ประโยชน์ทางเพศ และการกระทำทางเพศที่มีขอบทุกรูปแบบ นอกจากนี้รัฐจะต้องมีมาตรการทางกฎหมายและกลไกทางสังคมในการคุ้มครองและป้องกันเด็กจากถูกใช้เป็นเครื่องมือ เพื่อการค้า การผลิต และการเสพยาเสพติด นอกจากนี้รัฐยังจะต้องคำนึงถึงสิทธิของเด็กทุกคนที่ถูกกล่าวหา ตั้งข้อหา หรือได้ฝ่าฝืนกฎหมาย โดยจะต้องคำนึงถึงอายุของเด็ก โดยจะต้องถือว่าเด็กทุกคนที่ถูกกล่าวหาหรือตั้งข้อหาว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายนั้น อย่างน้อยที่สุดจะต้องได้รับการสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์ จนกว่าจะได้รับการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมาย และหากได้รับแจ้งข้อหา เด็กจะต้องได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่นที่เหมาะสม โดยจะไม่ถูกบังคับให้เบิกความหรือสารภาพผิด และให้ดำเนินการสืบสวนสอบสวนตามกฎหมายภายใต้เงื่อนไขของความเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ในกระบวนการพิจารณาคดีความจะต้องมีหน่วยงาน และสถาบันที่มีภารกิจเฉพาะกับเด็กที่ถูกกล่าวหา ตั้งข้อหา หรือได้ฝ่าฝืนกฎหมาย โดยการใช้มาตรการที่เหมาะสม และไม่ต้องอาศัยกระบวนการทางตุลาการ แต่ให้ดำเนินการต่าง ๆ อาทิ ดูแล แนะนำ ควบคุม ให้คำปรึกษา การภาคทัณฑ์ โดยจะต้องเป็นไปอย่างเหมาะสมแก่สภาพการณ์และความผิดของเด็ก และมุ่งส่งเสริมให้เด็กที่เคยกระทำความผิดได้กลับคืนสู่สังคม และในกรณีเด็กที่ลี้ภัยที่เข้ามาภายในประเทศ รัฐจะต้องให้คุ้มครองและให้ความช่วยเหลืออย่างเหมาะสม

(3) สิทธิในการพัฒนา (Rights To Development) กล่าวได้ว่า เด็กมีสิทธิที่จะพัฒนาตนเองตามความสามารถและศักยภาพเท่าของเด็กที่จะทำได้ ซึ่งรัฐจะต้องจัดบริการสาธารณะให้เด็กได้รับการศึกษาบนพื้นฐานของโอกาสที่เท่าเทียมกัน โดยจัดให้การศึกษาระดับประถมเป็นการศึกษาภาคบังคับที่เด็กทุกคนสามารถเรียนได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย นอกจากนี้ยังต้องสนับสนุนการพัฒนาการศึกษาในระดับมัธยมในรูปแบบต่าง ๆ ทั้งสายสามัญและสายอาชีพให้มีความหลากหลายและเปิดกว้างพร้อมกับดำเนินมาตรการ เพื่อสนับสนุนการเข้าเรียนของเด็กและป้องกันการออกจากโรงเรียนก่อนกำหนดด้วย อีกทั้งในระบบการศึกษาจะต้องมีมาตรการในระเบียบวินัยที่เหมาะสมและสอดคล้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก โดยการศึกษาจะต้องสนับสนุนให้เด็กได้รับการพัฒนาบุคลิกภาพ ความสามารถพิเศษ และความสามารถทางด้านร่างกายและจิตใจของเด็กอย่างเต็มศักยภาพ มีจิตสำนึกที่เคารพต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เพื่อให้เด็กมีความรับผิดชอบต่อสังคมด้วยการรักษาและเคารพเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม ภาษา และค่านิยมของท้องถิ่นและต่ออารยธรรมอื่น ๆ ที่แตกต่างไปจากของเด็กด้วย

สำหรับเด็กพิการ รัฐจะต้องให้ความช่วยเหลือให้เด็กพิการสามารถเข้าถึงและได้รับการศึกษา การฝึกอบรม การดูแลสุขภาพ การบริการด้านฟื้นฟูสภาพ การเตรียมความพร้อม เพื่อการทำงาน และโอกาสทางด้านสันตนาการที่จะส่งเสริมให้เด็กสามารถอยู่ร่วมกับสังคม และเพื่อพัฒนาตนเองได้อย่างเต็มความสามารถ

(4) สิทธิในการมีส่วนร่วม (Rights To Participate) ภายใต้หลักประชาธิปไตยมีหลักการสนับสนุนคุณค่าของมนุษย์เป็นสำคัญ ดังนั้นเด็กในฐานะที่มีศักดิ์ความเป็นมนุษย์จึงควรมีสื่อเสรีภาพที่จะแสดงออก โดยสิทธินี้จะรวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหาได้รับหรือถ่ายทอดข้อมูลข่าวสารและความคิดทุกลักษณะ โดยไม่ถูกจำกัดเขตแดนพร้อมกันนี้ก็สามารถกระทำได้โดยทั้งทางวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือแม้การพิมพ์ในรูปของศิลปะ หรือผ่านสื่ออื่น ๆ ตามที่เด็กได้เลือกที่จะแสดงออกด้วยเหตุนี้ รัฐจึงต้องเคารพสิทธิของเด็กที่จะมีเสรีภาพทางความคิด และเคารพสิทธิและหน้าที่ของบิดาและมารดา และผู้ปกครองตามกฎหมาย เพื่อให้แนวทางการปฏิบัติในลักษณะที่สอดคล้องกับความสามารถที่จะพัฒนาเป็นไปตามวัยของเด็ก นอกจากนี้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กยังคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเด็กในการชุมนุมอย่างสงบ ทั้งนี้จะต้องดำเนินเป็นไปโดยสอดคล้องกับกฎหมาย และเท่าที่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตย ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ขณะเดียวกันการมีส่วนร่วมในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร รัฐจะต้องส่งเสริมให้เด็กสามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารจากแหล่งต่าง ๆ ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลข่าวสารที่มุ่งส่งเสริมคุณภาพชีวิตของเด็กทั้งทางสังคม จิตใจ และศีลธรรม นับตั้งแต่ประเทศไทยได้ลงนามรับรองอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ ใน ปี พ.ศ. 2534 จึงเป็นเหตุผลให้ต้องมีการปรับปรุงแก้ไขวิธีการปฏิบัติต่อเด็กให้เหมาะสมยิ่งขึ้น เพื่อให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และมีพัฒนาการที่เหมาะสมรวมทั้งป้องกันไม่ให้เกิดถูกทารุณกรรม และตกเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบหรือถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม จึงได้ตรากฎหมายเพื่อรับรอง คุ้มครอง และปกป้องสิทธิเด็กไว้หลายฉบับ

แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิเด็กได้ริเริ่มและพัฒนาจากปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวา ค.ศ.1924 โดยมีเจตนามุ่งคุ้มครองเด็กซึ่งแนวคิดกล่าวได้พัฒนาเรื่อยมา จนกระทั่งสหประชาชาติได้มีการลงนามและบังคับใช้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กในปี ค.ศ.1989 โดยอนุสัญญาดังกล่าวได้วางหลักประกันในการดำเนินกระบวนยุติธรรมเกี่ยวกับเด็กและเยาวชน โดยนิยามเด็กที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาฉบับนี้ไว้ในมาตรา 1 “เด็ก หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้น ตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น”¹⁴

¹⁴ Article 1 of Convention on the Right of the child said “For the purposes of the present Convention , a child means every human being below the age of

หลักการของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแท้จริงแล้วมีหลักการสำคัญ 2 ประการ คือ

(1) สิทธิติดตัวมาตั้งแต่เกิด (Inherit right) โดยกำหนดให้รัฐต้องรับประกันความอยู่รอดและการพัฒนาของเด็ก กล่าวคือ เด็กจะมีสิทธิตามกฎหมายคุ้มครองตั้งแต่เกิด อาทิ เด็กต้องได้รับความปลอดภัย เมื่อคลอดและรอดพ้นเป็นทารก มีสิทธิจดทะเบียนทันทีหลังจากเกิด โดยมีสิทธิที่จะมีชื่อ สัญชาติ และได้รับการเลี้ยงดูจากบิดามารดาอย่างเต็มที่ โดยไม่มีใครจำกัดสิทธิเด็กหรือละเมิดสิทธิเด็กได้

(2) หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The best interests of the Child) การดำเนินการใด ๆ ของรัฐต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ โดยมุ่งคุ้มครองและพัฒนาเด็กทั้งร่างกายและจิตใจ โดยต้องสนับสนุนและส่งเสริมให้เด็กพัฒนาจนเป็นคนที่มีความสามารถและเต็มโตได้อย่างมีอนาคต ซึ่งจะต้องไม่กระทำการใด ๆ อันเป็นการทำลายชีวิตและอนาคตของเด็ก¹⁵

สำหรับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น จัดทำขึ้นตามหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติที่ว่าด้วยศักดิ์ศรีและคุณค่าของมนุษย์ที่เท่าเทียมกันโดยคำนึงว่าเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลและช่วยเหลือทั้งในสภาพแวดล้อมของครอบครัวและการเลี้ยงดูอื่น ๆ บนพื้นฐานของประเพณีและค่านิยมทางวัฒนธรรมของชาติพันธุ์และสังคม โดยสรุปหลักการที่สำคัญคือ “การไม่เลือกปฏิบัติและประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ซึ่งคุ้มครองสิทธิของเด็กรวม 4 ด้าน คือ สิทธิในการอยู่รอด สิทธิที่จะได้รับการปกป้อง สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา และเสรีภาพในการมีส่วนร่วม¹⁶

ความเป็นมาของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก¹⁷ โดยมีที่มาจากการคำนึงถึงหลักสำคัญรวม 5 ประการ คือ สิทธิพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม สำหรับเรื่องสวัสดิภาพและการคุ้มครองพิทักษ์สิทธิเด็กที่กำหนดไว้ในปฏิญญาเจนีวาในปี พ.ศ.2466 นั้นเป็นความพยายาม

eighteen years unless under the law applicable to the child , majority is attained earlier”

¹⁵ คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ร่างรายงานฉบับสมบูรณ์โครงการวิจัยเรื่องการปรับเปลี่ยนกลไกเชิงสถาบันเพื่อเสริมสร้างสมรรถนะในการทำงานด้านเด็กขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, (กรุงเทพมหานคร : กองทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (UNICEF), 2553), น.8.

¹⁶ อภิการรัตน์ นิยมไทย, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 11*, น.141-142.

¹⁷ คณะกรรมการด้านสิทธิมนุษยชน องค์การสหประชาชาติ, อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก, จัดทำโดยสำนักงานส่งเสริมและพิทักษ์เด็ก สำนักงานส่งเสริมและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส คนพิการ และผู้สูงอายุ (สท.) กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, น.9-10.

ครั้งแรกที่จะรวบรวมเงื่อนไขต่าง ๆ เกี่ยวกับสิทธิเด็กไว้ภายใต้เอกสารฉบับเดียวกัน ต่อมาได้รับการทบทวนและเพิ่มเติมในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเมื่อปี พ.ศ.2491 ซึ่งได้กลายมาเป็นพื้นฐานของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กที่สมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติได้ลงมติเป็นเอกฉันท์ เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2502

ความจำเป็นต้องมีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นส่วนสำคัญของสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสิทธิที่กำหนดไว้ภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน พ.ศ.2491 และกติกาสากลรวมทั้งเอกสารอื่น ๆ ที่มีผลบังคับทางกฎหมาย เพื่อก่อให้มีการเสริมสร้างและพิทักษ์สิทธิมนุษยชนอย่างแท้จริง ดังนั้น การพิทักษ์สิทธิเด็กก็ควรจะต้องอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายที่แน่นอนเป็นที่ยอมรับโดยทัดเทียมกันด้วย ด้วยสาเหตุนี้ประเทศโปแลนด์เสนอให้มีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้นก่อนปีเด็กสากล (พ.ศ.2522) ความคิดริเริ่มนี้เป็นโอกาสและแรงผลักดันให้มีการตั้งคานียามที่ชัดเจนเกี่ยวกับมาตรฐานสิทธิมนุษยชนสำหรับเด็ก ตลอดจนนำเอาข้อมูลที่มีอยู่แล้วมาปรับรวมเข้าด้วยกัน และลดช่องโหว่ที่มีอยู่ในข้อความต่าง ๆ แล้วมีการประเมินผลโดยละเอียดเพื่อนำไปบรรจุไว้ในเอกสารระหว่างประเทศเพียงฉบับเดียวที่จะมีผลบังคับใช้ทางกฎหมาย

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจัดทำขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติหลังจากที่ประเทศโปแลนด์นำเสนอร่างอนุสัญญาเมื่อปี พ.ศ.2521 โดยผ่านการพิจารณาของคณะทำงานขององค์การสหประชาชาติและได้รับการรับรองจากประเทศต่าง ๆ ในการประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติในปี พ.ศ.2532 อันเป็นโอกาสครบรอบปีที่ 10 ของปีเด็กสากล ครบรอบปีที่ 10 ของการเริ่มกระบวนการร่างอนุสัญญาและเป็นโอกาสครบรอบปีที่ 10 ของการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กอีกด้วย¹⁸

ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 ได้กำหนดมาตรฐานให้องค์กรนิติบัญญัติบริหาร และตุลาการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนในกรณีการดำเนินคดีเด็กหรือเยาวชนไว้ มีรายละเอียดดังนี้

2.1.1.1 มาตรฐานด้านนิติบัญญัติ¹⁹

ในการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเด็กต้องคำนึงถึงหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ กล่าวคือ การรับรองสิทธิเด็ก การคุ้มครองสิทธิเด็กหรือส่งเสริมเด็ก ในการตรากฎหมายเหล่านี้ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กซึ่งได้บัญญัติรับรองไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิ

¹⁸ อภิการรัตน์ นิยมไทย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น.142.

¹⁹ วชิรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, “มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก,” *ตุลพาท*, เล่ม 41 ปีที่ 5, น.18-20, (กันยายน-ตุลาคม 2537).

เด็ก มาตรา 3²⁰ “การกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กไม่ว่าจะเป็นการกระทำขององค์การสงเคราะห์ ภาครัฐหรือเอกชน สถาบันศาล หรือสถาบันบริหาร หรือสถาบันนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและลำดับแรก” ดังนั้น ประโยชน์สูงสุดของเด็กจึงเป็นหลักสำคัญที่รัฐต้อง คำนึงอยู่เสมอ ดังนั้น ในการตรากฎหมายกำหนดโทษเด็กหรือกฎหมายกำหนดวิธีปฏิบัติต่อเด็กที่ กระทำผิดจึงต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญ

ในการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเด็กต้องคำนึงถึงการไม่เลือกปฏิบัติต่อ เด็กผู้กระทำความผิด (discrimination) ทั้งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ความทุพพลภาพ ฯลฯ ได้รับรองและบัญญัติไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มาตรา 2²¹ ซึ่งปัจจุบันหลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อเด็กถือเป็นหลักสากลที่ทั่วโลกยอมรับ

การตรากฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับเด็กต้องคำนึงถึงความเหมาะสม และ ความสอดคล้องต่ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งได้บัญญัติรับรองไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กการ ร่างกฎหมายดังกล่าวจักต้องสอดคล้องกับอนุสัญญาฉบับนี้เสมอ

2.1.1.2 มาตรฐานด้านบริหาร²²

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดแนวทางในการปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำ ความผิดไว้โดยมีสาระสำคัญในกระบวนการพิจารณาคดีตั้งแต่เริ่มต้นคดีจนถึงมีคำพิพากษาบัญญัติไว้ใน มาตรา 37 และมาตรา 40 โดยมีหลักการสำคัญ ดังนี้ จะลงโทษเด็กในความผิดอาญาในขณะที่ยังไม่ มีกฎหมายภายในบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดมาใช้เพื่อลงโทษเด็กไม่ได้ และเด็กที่ถูก กล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาต้องได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ก่อนเสมอ จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีการกระทำความผิดจริง และในการปฏิบัติต่อเด็กจะเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่ง ความแตกต่างไม่ได้ โดยเด็กทั้งหลายจักต้องได้รับหลักประกันว่าจะไม่ถูกทรมานหรือถูกลงโทษที่

²⁰ Article 3 (1) of Convention on the Right of the child said “ In all actions concerns concerning children , whether undertaken by public or private social welfare institutions , courts of law , administrative authorities or legislative bodies , the best interests of the child shall be a primary consideration.”

²¹ Article 2 (1) States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind , irrespective of the child’s or his or her parent’s or legal guardian’s race , colour , sex , language , religion , political , or other opinion , national , ethnic or social origin , property , disability , birth or other status.

²² วชิรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล , *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 19*, น.20-23.

โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือถูกกลั่นแกล้งหรือทารุณกรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือผลการ หากมีการ
 ติตรอนอิสรภาพต่อเด็กจักต้องแยกต่างหากจากผู้ใหญ่ และการควบคุมจะต้องเหมาะสมกับสภาพ
 ความผิดและอายุของเด็กผู้กระทำความผิด นอกจากนี้เด็กต้องได้รับการช่วยเหลือทางกฎหมายและ
 ต่อสู้คดีอย่างเต็มที่รวมถึงสิทธิติดต่อบิดาและมารดาซึ่งในทุกชั้นตอนจะต้องคำนึงและเคารพต่อสิทธิ
 ของเด็กเป็นสำคัญ

2.1.1.3 มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กในกระบวนการยุติธรรม²³

การปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำความผิดมีเจตนารมณ์เพื่อมุ่งคุ้มครองสวัสดิภาพ
 เด็กฟื้นฟูแก้ไขเด็กให้กลับคืนสู่สังคมได้ การดำเนินคดีจึงแตกต่างกับผู้ใหญ่ที่มุ่งลงโทษเพื่อให้มีกล้า
 กระทำผิดซ้ำอีก ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดมาตรฐานที่สำคัญ ๆ ไว้ในการปฏิบัติต่อเด็กใน
 ชั้นพิจารณาคดี อาทิ การดำเนินคดีจะต้องรวดเร็วและเปิดโอกาสให้เด็กต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ โดยเด็ก
 จะไม่ถูกบังคับให้รับผิดหรือรับสารภาพ ศาลจะต้องมีความเป็นอิสระในการพิจารณาคดี หรือในกรณีมี
 คำพิพากษาแล้ว อาทิ ต้องไม่ลงโทษ ทรมาณหรือกระทำทารุณกรรมเด็ก แต่จะต้องปฏิบัติต่อเด็กด้วย
 ความมีมนุษยธรรมและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทั้งนี้หากเด็กถูกจำกัดอิสรภาพแล้วต้อง
 คำนึงถึงการแก้ไขให้เด็กเป็นคดีและส่งเสริมการศึกษารวมทั้งอาชีพให้แก่เด็ก²⁴

2.1.2 หลักการสำคัญเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child)

หลักการผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและลำดับแรกในการออกกฎหมายที่
 เกี่ยวข้องกับเด็กไม่ว่ากรณีใดๆ เช่น เกี่ยวกับการรับรองสิทธิเด็ก การคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กหรือการ
 ส่งเสริมสวัสดิการเด็ก จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กทั้งสองเป็นสำคัญและลำดับแรก กำหนด
 ว่า “การกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กนั้นไม่ว่าจะเป็นการกระทำขององค์กรสงเคราะห์ภาครัฐ
 เอกชน สถาบันศาล สถาบันบริหาร หรือสถาบันนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็น
 สำคัญและเป็นลำดับแรก โดยผู้ศึกษาได้วิเคราะห์จากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแล้ว ไม่ปรากฏพบว่ามี
 การให้คำนิยามของคำว่า “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้เป็นการเฉพาะ

แต่อย่างไรก็ตามมีนักวิชาการด้านนิติศาสตร์และจิตวิทยาสังคมในต่างประเทศได้
 ให้คำจำกัดความของคำว่า “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” (The Best Interests of the Child) ไว้
 หลากหลายประการ เช่น²⁵

²³ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, *เพ็ญอ้าง*, น.23-26.

²⁴ ณัฏฐ์ ลีลาอมรพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.34-36.

²⁵ มาตาลักษณ์ เสรมธากุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น.166-169.

Adiva Sifris²⁶ และทีมงาน ได้ให้คำนิยามว่า “หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก” คือ หลักการที่ศาลจะนำไปใช้ในการพิจารณาคดีและตระหนักถึง โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมและโอกาสที่ดีที่สุดต่อคุณภาพชีวิตของเด็ก โดยนำมาปรับใช้ได้อย่างยืดหยุ่นและหลากหลายตามแต่กรณีที่เกิดขึ้น

Benjamin D. Garber²⁷ ได้กล่าวว่า “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” หมายถึง ประโยชน์ในการพัฒนาขั้นพื้นฐาน เช่น ประโยชน์ทางร่างกาย อารมณ์ จิตวิทยาและสติปัญญาของเด็ก

Jean Zermatten²⁸ ได้อธิบายถึง “หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ว่า เป็น หลักการพื้นฐานที่มีความสำคัญในทางกฎหมาย โดยการปรับใช้หลักการนี้ ผู้ใหญ่ที่มีหน้าที่ดำเนินการตัดสินใจในฐานะตัวแทนของเด็กจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือความผาสุกของเด็กเป็นสิ่งสำคัญ (Well being)

Joan B. Kelly²⁹ ได้อธิบายว่า “หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก” หมายถึงสิ่งที่มีองค์ประกอบหลายประการอันพึงประสงค์ของเด็กที่จะทำให้เด็กนั้นมีการปรับตัวและพัฒนาตนเองได้อย่างยั่งยืน

²⁶ AdivaSifris, “ Submission to the Family Law Council Regarding the Inquiry into Relocation of Children in Family Law,” Castan Center for Human Rights Law, (Australia : Law School, Monash University, 2007), p.5.

²⁷ Benjamin D. Garber, Developmental Psychology for family law Professionals : Theory Application and the Best Interests of the Child, (New York : Springer Publishing Company, 2020), pp.141-142.

²⁸ Jean Zermatten, “ The Best Interests of the Child Principle : Literal Analysis and Function and Implementation,” Institut International Des Droits De L’ enfant, (2020), p.6.

²⁹ Joan B. Kelly, “ The Best Interests of the Child A Concept in Search of Meaning,” Family and Conciliation Courts review. Vol35.no.4, p.378 (October, 1997)

ในประเทศไทย มีอาจารย์และนักวิชาการจากหลากหลายอาชีพได้ให้คำจำกัดความคำว่า “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้มากมาย อาทิเช่น

มาตาลักษณ์ เสรมธากุล³⁰ ได้ให้คำจำกัดความคำว่า “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” หมายถึง การพิจารณาให้มีการกระทำหรืองดเว้นการกระทำใดต้องไม่ขัดต่อหลักพื้นฐานในการคุ้มครองเด็กที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า การกระทำหรือไม่กระทำในทางตรงกันข้ามกับหลักการพื้นฐานนั้นจะเป็นประโยชน์แก่เด็กในสถานการณ์นั้นยิ่งกว่า

ไพรัช บวรสมพงษ์³¹ ได้อธิบายคำว่า “หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก” นั้น หมายถึง การปกป้องคุ้มครองเด็กการตอบสนองความต้องการของเด็ก ทั้งทางด้านร่างกาย จิตใจ อารมณ์และศีลธรรม ให้สอดคล้องกับความสามารถที่จะพัฒนาตามแต่ละช่วงวัยของเด็ก เพื่อความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก หรือกล่าวได้ว่าประโยชน์สูงสุดของเด็ก คือ สวัสดิภาพหรือสวัสดิการสำหรับเด็ก

วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล³² ได้ให้ความหมายของคำว่า “หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก” หมายถึง สิทธิประโยชน์ของเด็กทั้งปวงที่พึงมีพึงได้ในฐานที่เกิดมาและมีชีวิตอยู่รอดภายใต้กรอบของอนุสัญญาที่ให้การรับรอง หรือโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปย่อมเห็นได้ว่าเป็นสิทธิประโยชน์ของเด็ก

สายสุรี จุติกุล³³ ในการเสวนาในหัวข้อ “รัฐบาลจะให้การคุ้มครองสิทธิเด็กอย่างไร” โดยได้ให้ความคิดเห็นว่า “หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก” คือ ทุกอย่างเพื่อให้เด็กได้รับประโยชน์สูงสุดไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการมีชีวิต สิทธิในการอยู่รอด สิทธิในการได้รับการพัฒนา

จากการศึกษาหลักการสำคัญเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก พบว่า เด็กมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองอันจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเด็กทั้งทางด้านร่างกาย จิตใจ อารมณ์ ความคิด สังคม รวมถึงสิ่งแวดล้อมของเด็ก ซึ่งสำคัญต่อพัฒนาการของเด็กอันจะเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณภาพของสังคมต่อไปในภายภาคหน้า ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายที่จะลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กควรจะต้องเลือกนำมาใช้อย่างระมัดระวังควรจะต้องเน้นมุ่งแก้ไขให้เด็กได้กลับคืนเป็นคนดีของสังคม ควรจะให้โอกาสเด็กในการปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรมที่ได้กระทำความผิดซึ่งไม่ใช่เป็นความผิดที่เกิดจากการ

³⁰ มาตาลักษณ์ เสรมธากุล, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13*, น.168-169.

³¹ ไพรัช บวรสมพงษ์, “การคุ้มครองเด็กผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กับประโยชน์สูงสุดของเด็ก,” (วิทยานิพนธ์สังคมสงเคราะห์ศาสตร์ดุขฎิบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.115.

³² วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19*, น.19.

³³ สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด, รายงานการเสวนาทางวิชาการ เรื่องรัฐจะให้การคุ้มครองสิทธิเด็กอย่างไรเป็นรูปธรรมอย่างไร, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2539), น.5.

กระทำของเด็กผู้ก่อความผิด หากแต่ควรให้โอกาสในกรณีที่เด็กที่เป็นผู้กระทำความผิดโดยความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเด็กด้วยตนเองด้วย จึงจะเรียกว่าประเทศไทยได้นำหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้กับการลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างแท้จริง

2.1.3 การดำเนินคดีอาญากรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

การปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำผิดในชั้นพิจารณาคดีของศาล อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดมาตรฐานไว้ ดังต่อไปนี้³⁴

2.1.3.1 การพิจารณาความผิดต้องกระทำโดยองค์กรอิสระ

ประเทศที่เข้าร่วมตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจะต้องจัดตั้งศาลที่มีลักษณะพิเศษในการพิจารณาคดีเด็กที่ถูกกล่าวหาหรือตกเป็นผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดกฎหมายอาญา ทั้งต้องกำหนดกระบวนการวิธีพิจารณาคดีเป็นพิเศษแตกต่างจากคดีทั่วไปรวมทั้งกำหนดสิทธิในการอุทธรณ์ไปยังองค์กรตุลาการที่มีความเป็นอิสระในระดับสูงขึ้นไปด้วย ประเทศไทยได้มีการจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวไว้สำหรับการพิจารณาคดีของเด็กและเยาวชนทั้งในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นเด็กหรือผู้เสียหายเป็นเด็กโดยเฉพาะ ในปัจจุบันนี้ศาลเยาวชนและครอบครัวในประเทศไทยมีทั้งหมด 77 จังหวัด

2.1.3.2 การดำเนินคดีจะต้องรวดเร็ว

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเด็กในศาล รัฐภาคีต้องกำหนดหลักเกณฑ์ประกันในการดำเนินคดีว่าจะต้องดำเนินกระบวนการคดีโดยมิชักช้า และมีความยุติธรรมตามกฎหมาย จัดให้มีการช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่นใดที่เหมาะสมแก่เด็ก โดยคำนึงถึงอายุของเด็กและความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกภายในครอบครัวของเด็กเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตามไม่ว่ากรณีใด ๆ ให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

2.1.3.3 เปิดโอกาสให้ต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเด็กในศาล รัฐภาคีต้องกำหนดหลักประกันให้เด็กจะไม่ถูกบังคับให้เบิกความหรือรับสารภาพผิด และเด็กมีสิทธิที่ต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ เช่น การซักถาม หรือถามค้านพยาน หรือสิทธิในการนำพยานเข้าสืบพินิจความบริสุทธิ์ของตัวเด็กเองได้อย่างมีความเสมอภาคภายใต้เงื่อนไขแห่งความเท่าเทียมกัน และเด็กทุกคนที่ถูกกล่าวหาหรือตั้งข้อหาว่าได้กระทำความผิดทางอาญาจะต้องได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์เสมอจนกว่าจะได้รับการพิสูจน์ว่าได้กระทำความผิดทางอาญา

³⁴ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, *อ้าวแล้ว เจริญธรรมที่ 19*, น.23-25.

2.1.3.4 ต้องให้ครอบครัวมีส่วนร่วมในการแก้ไขเด็ก

การพิจารณาคดีเด็กที่กระทำผิดในศาล รัฐภาคีต้องกำหนดวิธีการแจ้งให้บิดามารดาผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลของเด็กทราบทันที เพื่อบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลจะได้ให้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวเด็ก รวมทั้งช่วยเหลือเด็กในการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 มาตรา 104 บัญญัติว่า “เมื่อศาลเยาวชนและครอบครัวได้รับฟ้องคดีที่มีข้อหาว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิด ให้ศาลแจ้ง... บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยทราบถึงวันและเวลานั่งพิจารณาคดีของศาลโดยไม่ชักช้า...” ดูประกอบกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก Article 37 (C) และ Article 40 (2) (b) (ii)

2.1.3.5 ต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญ

ในการพิจารณาพิพากษาคดีเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิด รัฐภาคีจะต้องพิจารณาหามาตรการที่เหมาะสมในอันที่จะส่งเสริมและฟื้นฟูร่างกายและจิตใจเด็กเป็นสำคัญ ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กได้มีโอกาสกลับคืนสู่สังคมในสภาพแวดล้อมที่เป็นคุณแก่สวัสดิภาพและอนาคตของเด็กด้วย ดูประกอบกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก Article 39 ทั้งนี้ การพิจารณาพิพากษาคดีเด็กกระทำความผิดย่อมมีวัตถุประสงค์แตกต่างจากคดีผู้ใหญ่กระทำความผิด กล่าวคือ มุ่งที่จะทำการฟื้นฟูสมรรถภาพและคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กหรือเยาวชน รวมถึงควรจะให้โอกาสแก่เด็กหรือเยาวชนให้กลับคืนมาเป็นคนดีของสังคมต่อไปในภายภาคหน้า มิใช่มุ่งแต่ที่จะลงโทษให้เกิดความเข็ดหลาบทำนองเดียวกับผู้ใหญ่กระทำความผิด

2.1.4 การคุ้มครองสิทธิเด็กผู้กระทำความผิดอาญาตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

สรรพสิทธิ์ คุ่มพ์ประพันธ์³⁵ ได้อธิบายคำว่า “การคุ้มครองเด็ก” ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้นคือ การยอมรับว่า เพื่อให้เด็กพัฒนาบุคลิกภาพได้อย่างกลมกลืนและเต็มที่ เด็กควรจะได้เติบโตในสิ่งแวดล้อมของครอบครัว ในบรรยากาศแห่งความผาสุก ความรักและความเข้าใจ รวมถึงเชื่อว่า ครอบครัวในฐานะเป็นกลุ่มพื้นฐานของสังคมและเป็นสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติสำหรับการเจริญเติบโตและความอยู่ดีกินดีของสมาชิกทุกคนโดยเฉพาะเด็ก

รัฐภาคีประกันว่าจะไม่มีเด็กได้รับการทรมาน ถูกปฏิบัติหรือลงโทษที่โหดร้าย ที่ไร้มนุษยธรรม และไม่มีกรลงโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต สำหรับความผิดที่กระทำโดยบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี จะไม่มีเด็กถูกลิดรอนเสรีภาพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือโดยพลการ และเด็กที่

³⁵ สรรพสิทธิ์ คุ่มพ์ประพันธ์, “กลุ่ม Majestic และการพัฒนาแก้ไขปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองเด็กในประเทศไทย,” สิทธิเด็กและการคุ้มครองทางกฎหมายกับกลุ่มมาเจสติก (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2558), น.92.

ลูกศิโรนเสรีภาพจะได้รับการปฏิบัติด้วยมนุษยธรรม ด้วยความเคารพในศักดิ์ศรีแต่กำเนิดของมนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เด็กจะถูกแยกต่างหากจากผู้ใหญ่ ตลอดจนมีสิทธิที่จะขอความช่วยเหลือทางกฎหมาย คำนวณความชอบด้วยกฎหมายของการศิโรนเสรีภาพนั้น (ข้อที่ 37) รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กที่ถูกกล่าวหา ตั้งข้อหา หรือถูกถือว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญา ที่จะได้รับการปฏิบัติต่อในลักษณะที่สอดคล้องกับการส่งเสริมความสำนึกในศักดิ์ศรีและคุณค่าของเด็ก และประกันว่าจะไม่มีเด็กถูกกล่าวหา ตั้งข้อหา หรือถูกถือว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญาโดยเหตุแห่งการกระทำหรืองดเว้นการกระทำ ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมายในขณะที่การกระทำหรืองดเว้นการกระทำนั้นเกิดขึ้น และอย่างน้อยที่สุด เด็กจะได้รับหลักประกันดังนี้ ได้รับการสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะได้พิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมายได้รับการแจ้งข้อหาทันทีและโดยตรง ได้รับการตัดสินใจโดยไม่ชักช้า จะไม่ถูกบังคับให้เปิดความหรือสารภาพผิด หากพิจารณาว่าได้มีการฝ่าฝืนกฎหมายอาญาให้ได้รับการทบทวนโดยหน่วยงานหรือองค์กรตุลาการในระดับสูงขึ้นไป ให้มีความช่วยเหลือของล่ามโดยไม่คิดมูลค่า และในทุกขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาให้เคารพต่อเรื่องส่วนตัวของเด็กอย่างเต็มที่ นอกจากนี้รัฐภาคีจะส่งเสริมให้มีการตรากฎหมาย กำหนดกระบวนการวิธีพิจารณา จัดตั้งหน่วยงานและสถาบันซึ่งจะใช้เป็นการเฉพาะกับเด็ก และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดอายุขั้นต่ำซึ่งเด็กที่มีอายุน้อยกว่านั้นจะถูกถือว่าไม่มีความสามารถที่จะฝ่าฝืนกฎหมายอาญาได้ (ข้อที่ 40)³⁶ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าหลักการคุ้มครองเด็กที่มีปัญหาความประพฤติหรือกระทำความผิดทางอาญามุ่งคุ้มครองให้เด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญา ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างไปจากผู้ต้องหาที่เป็นผู้ใหญ่ โดยให้ได้รับผลกระทบจากการต้องถูกดำเนินคดีและควบคุมตัวน้อยที่สุดสำหรับเด็กที่มีปัญหาความประพฤติ หรือกระทำความผิดทางอาญาคู่ครองให้ได้รับโอกาสแก้ไขเยียวยาให้สามารถเติบโตเป็นพลเมืองที่ดีของสังคม โดยมีสมมติฐานว่า เด็กกระทำการใด ๆ เพราะขาดวุฒิภาวะทำให้สิ่งแวดล้อมมีอิทธิพลผลักดันต่อความประพฤติของเด็ก³⁷

ในกรณีเด็กเป็นผู้กระทำผิดสิทธิที่สำคัญประการหนึ่งที่มีมนุษย์ทุกคนต้องได้รับความคุ้มครองนอกเหนือจากสิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีวิต นั่นคือ สิทธิในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งบุคคลทุกคนสมควรที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิดังกล่าวอย่างเสมอภาคกัน และในฐานะที่เด็ก คือมนุษย์ทุกคนที่อายุน้อยกว่าสิบแปดปี ซึ่งเป็นผู้อ่อนเยาว์ทั้งทางร่างกายและจิตใจ เมื่อกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ย่อมต้องได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายเช่นกัน ตามที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิ

³⁶ อภิการรัตน์ นิยมไทย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น.145-146.

³⁷ สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, “การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989,” หลักสูตร “การพัฒนานิติกระบวนต้น” (พ.ต.ก.) รุ่นที่ 1, 2555: น.13.

เด็กแห่งสหประชาชาติ ค.ศ.1989 (UN Convention on the Rights of the Child) ได้กล่าวไว้ในอารัมภบทตอนหนึ่งว่า “...เด็กโดยเหตุที่ยังไม่เติบโตทั้งทางร่างกายและจิตใจ จึงต้องการการพิทักษ์และการดูแลเป็นพิเศษ รวมถึงต้องการการคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสมทั้งก่อนและหลังการเกิด” ด้วยเหตุนี้ เมื่อเด็กได้เข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ในฐานะที่ถูกดำเนินคดีหรือเป็นผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด เด็กจะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมอย่างเท่าเทียมกันกับผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ใหญ่ ตลอดจนได้รับการปฏิบัติด้วยมนุษยธรรม และด้วยความเคารพในศักดิ์ศรีและคุณค่าของเด็ก ตั้งแต่ขั้นตอนการจับกุม หรือในระหว่างการพิจารณาคดี จนกระทั่งศาลมีคำพิพากษา และในขณะเดียวกันได้รับการแก้ไขฟื้นฟูทั้งสภาพร่างกายและจิตใจให้สามารถกลับคืนสู่สังคมได้³⁸

2.2 มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา

มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในศาลเยาวชนและครอบครัวของประเทศไทยนั้น เป็นอีกหนึ่งสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญานั้นจะเป็นการพิจารณาเพื่อประกอบการดำเนินคดีอาญาที่จะต้องมีประสิทธิภาพ สวัสดิภาพและรักษามลประโยชน์สูงสุดของเด็กและเยาวชนตามแนวคิดและปรัชญาของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน

สำหรับกระบวนการพิจารณาในศาลเยาวชนและครอบครัวในคดีอาญามีความแตกต่างกับกระบวนการพิจารณาคดีทั่วไปอยู่พอสมควร ดังนี้

มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิด (Special Measure as an Alternative to Criminal Prosecution)

มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาที่บัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 เป็นมาตรการพิเศษที่ถูกออกแบบมาเพื่อใช้ในคดีอาญาที่เด็กและเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดโดยมีแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูปรับเปลี่ยนพฤติกรรมไม่พึงประสงค์ของเด็กและเยาวชน ภายใต้วัตถุประสงค์ของการเบี่ยงเบนคดี (Diversion) ตามหลักกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) เพื่อให้เด็กและเยาวชนผู้ถูก

³⁸ สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, *เพ็ญอ่าง*, น.113-114.

กล่าวหาว่ากระทำความผิดได้รับแสดงความรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง³⁹ รวมทั้งผู้เสียหายได้รับประโยชน์สูงสุดจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่สมดุลกัน (Balance)⁴⁰ มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญามีวัตถุประสงค์ 3 ประการ คือ⁴¹

1. ต้องการแก้ไขปรับเปลี่ยนความประพฤติที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายของเด็กหรือเยาวชน
2. ต้องการบรรเทา ทดแทน หรือชดเชยความเสียหายแก่ผู้เสียหาย
3. ต้องการสร้างความปลอดภัยให้เกิดแก่ชุมชนและสังคม

มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามหัวข้อ ประกอบด้วยเนื้อหาเกี่ยวกับการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู (Rehabilitation plan) ทั้งก่อนและหลังฟ้องคดี ผู้มีหน้าที่และวิธีการในการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู การรายงานการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู การงดการสอบปากคำหรืองดการดำเนินการใด ๆ ระหว่างการจัดทำและปฏิบัติตามแผนแก้ไขฟื้นฟู

2.2.1 การจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูก่อนฟ้องคดี (มาตรา 86)

มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามบทบัญญัตินี้เป็นมาตรการพิเศษในชั้นก่อนฟ้องคดี กล่าวคือ เป็นมาตรการที่อาจนำมาใช้กับเด็กและเยาวชนก่อนที่จะมีการฟ้องคดีต่อศาลเยาวชนและครอบครัว ทั้งนี้ เพื่อลดคดีความที่เพิ่มขึ้นสู่ศาลและเป็นการอำนวยความสะดวกให้กับผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายด้วยความรวดเร็ว

³⁹ กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, รวมความรู้และกฎหมายที่เกี่ยวข้องสำหรับพนักงานคุมประพฤติ, (กรุงเทพมหานคร : พุ่มทอง, 2552), น.106.

⁴⁰ อนุสรณ์ ศรีเมนต์, “กฎหมายศาลเยาวชนและครอบครัวสามารถแก้ไขความประพฤติที่เสียหายของเด็กหรือเยาวชนได้จริงหรือ,” วารสารศาลยุติธรรม, น.47 (เมษายน-มิถุนายน, 2559).

⁴¹ ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ก, คู่มือการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553, น. 35.

มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นก่อนฟ้องคดีมีลักษณะดังนี้⁴²

1. เป็นคดีที่เด็กหรือเยาวชนต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูง ที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ควบคุมไม่เกิน 5 ปี หากเป็นการกระทำความผิดอาญาที่มีโทษควบคุมหรือจำคุกสูงกว่านี้ย่อมไม่อาจใช้มาตรการพิเศษตามบทบัญญัตินี้ได้

อนึ่ง การกระทำความผิดที่มีโทษให้ควบคุมและปรับ ไม่เพียงต้องนำโทษปรับมาพิจารณาแต่อย่างใด

2. เด็กหรือเยาวชนผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดจะต้องไม่เคยรับโทษให้ควบคุมโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้ควบคุมในสถานพินิจ เว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ

3. เด็กหรือเยาวชนผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดจะต้องสำนึกในการกระทำก่อนมีการฟ้องคดี เป็นที่น่าสังเกตว่า การสำนึกในการกระทำของตนเองนั้นมีลักษณะและสามารถถูกพิสูจน์ได้อย่างไร การสำนึกในการกระทำนี้มีความหมายลึกกว่าการรับสารภาพว่าได้กระทำความผิด โดยกฎหมายมุ่งให้ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนมีความสำนึกถึงการกระทำที่ตนได้ทำไป รวมถึงผลร้ายที่เกิดหรืออาจเกิดขึ้นจากการกระทำของตน

4. ผู้อำนวยการสถานพินิจพิจารณาเงื่อนไขอื่น ๆ ที่กฎหมายกำหนดซึ่งได้แก่ อายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สภาพร่างกาย สภาพจิต อาชีพ ฐานะ และเหตุแห่งการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน แล้วมีความเห็นว่า เด็กหรือเยาวชนอาจกลับตนเป็นคนดีได้โดยไม่ต้องฟ้อง โดยหลักเกณฑ์ข้อนี้สะท้อนให้เห็นถึงอำนาจของผู้อำนวยการสถานพินิจที่สำคัญประการหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน กล่าวคือ อำนาจในการพิจารณาเพื่อสนองความเห็นสั่งไม่ฟ้องคดี และให้ใช้แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูตามมาตรานี้แทน⁴³

5. ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายหากคดีนั้นมิใช่ผู้เสียหายและได้รับความยินยอมจากเด็กหรือเยาวชน ความยินยอมเป็นเงื่อนไขในการใช้มาตรการพิเศษแทนการลงโทษในคดีอาญาที่สำคัญภายใต้หลักการในกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ โดยผู้เสียหายและตัวผู้ถูกกล่าวหาจะต้องให้ความยินยอมในการจัดทำมาตรการพิเศษแทนการลงโทษด้วย

⁴² สมชัย ฑีฆาอุตมากร, พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553, พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550, พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พลสยามปริตต์ตั้ง), น. 230-234.

⁴³ วรวิทย์ ฤทธิพิศ, หลักกฎหมายในการดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553), น.41.

อนึ่ง ในกรณีมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองเด็กหรือเยาวชน ผู้อำนวยการสถานพินิจอาจจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูโดยกำหนดให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคล หรือผู้แทนองค์กรซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยร่วมปฏิบัติด้วยก็ได้

เมื่อมีการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเสร็จแล้ว ผู้อำนวยการสถานพินิจจะต้องเสนอแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูและความเห็นประกอบแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบต่อไป

เมื่อได้รับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูและความเห็นชอบของผู้อำนวยการสถานพินิจแล้ว พนักงานอัยการมีอำนาจดำเนินการ ดังนี้

1. หากมีข้อสงสัย พนักงานอัยการอาจสอบถามผู้อำนวยการสถานพินิจหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณาได้

2. หากไม่เห็นชอบด้วยกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู พนักงานอัยการอาจสั่งแก้ไข แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูหรือสั่งดำเนินคดีต่อไป ในกรณีนี้ผู้อำนวยการสถานพินิจไม่อาจโต้แย้งคำสั่งดังกล่าวได้ และต้องแจ้งคำสั่งของพนักงานอัยการให้พนักงานสอบสวนและผู้ที่เกี่ยวข้อง

3. หากเห็นว่าแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเยาวชนแล้ว พนักงานอัยการก็ต้องสั่งเห็นชอบและให้มีการดำเนินการตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูดังกล่าวทันที พร้อมทั้งรายงานให้ศาลทราบ

เมื่อรายงานของพนักงานอัยการมาถึงศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลจะพิจารณาว่ากระบวนการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ภายใน 30 วัน หากศาลพบว่ากระบวนการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายศาลอาจใช้ดุลพินิจพิจารณาสั่งตามที่เห็นสมควร เช่น สั่งไม่เห็นชอบกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูและให้คดีดำเนินต่อไป หรือสั่งให้มีการแก้ไขแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู เป็นต้น

ทั้งนี้ แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูที่ได้ดำเนินการตามมาตรานี้จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายในคดีที่มีผู้เสียหายและได้รับความยินยอมจากเด็กหรือเยาวชนอีกด้วย การให้ความยินยอมจากผู้เสียหายและเด็กหรือเยาวชนตามวรรคท้ายนี้เป็นคนละกรณีกับการให้ความยินยอมของผู้เสียหายและเด็กหรือเยาวชนตามวรรคแรก โดยการให้ความยินยอมตามวรรคนี้เป็นการให้ความยินยอมในเนื้อหาของแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู เช่น รูปแบบ วิธีการ และระยะเวลาในการปฏิบัติตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ เป็นต้น ส่วนการให้ความยินยอมตามวรรคแรกเป็นการให้ความยินยอมเบื้องต้นเพื่อจะให้มีกระบวนการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู

ตัวอย่างโครงการที่ใช้ในแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชน เช่น โครงการค่ายเยาวชนเพื่ออนาคตของชาติ ฝึกอบรมวินัยโดยทหาร โครงการครอบครัวสัมพันธ์ ครอบครัวบำบัด ครอบครัวอบอุ่น โครงการค่ายคุณธรรม จริยธรรม และบรรพชาสามเณร โครงการพัฒนาความฉลาดทางอารมณ์ โครงการฝึกอาชีพ โครงการบำเพ็ญสาธารณประโยชน์ เป็นต้น⁴⁴

2.2.2 การจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูหลังฟ้องคดี (มาตรา 90)

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 มีได้เพียงกำหนดมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาไว้เฉพาะแต่เฉพาะชั้นก่อนฟ้องคดีเท่านั้น กฎหมายดังกล่าวยังกำหนดมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นหลังฟ้องคดีภายใต้วัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เดียวกัน

มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นหลังฟ้องคดีมีหลักเกณฑ์ ดังนี้

1. เป็นคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลเยาวชนและครอบครัว กล่าวคือ จะต้องเป็นคดีอาญาที่มีการฟ้องศาลแล้ว และศาลยังไม่มีคำพิพากษา

2. เป็นคดีที่เด็กหรือเยาวชนต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ควบคุมหรือจำคุกไม่เกิน 20 ปี ไม่ว่าจะมิโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม การใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นหลังฟ้องคดี กฎหมายกำหนดให้ดำเนินการได้เฉพาะคดีที่มีอัตราโทษอย่างสูงที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ควบคุมหรือจำคุกไม่เกิน 20 ปี หากเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ข้อนี้กับมาตรา 86 เห็นได้อย่างชัดเจนว่า บทบัญญัติในมาตรานี้มีขอบเขตฐานความผิดที่กว้างกว่ามาตรา 86 กล่าวคือ ในมาตรา 86 กำหนดให้คดีอาญาที่มีข้อหาว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดโดยมีอัตราโทษอย่างสูงที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ควบคุมหรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี เท่านั้น การกำหนดเช่นนั้นย่อมเป็นข้อจำกัดสำหรับความผิดที่มีอัตราโทษระดับปานกลางไปจนถึงระดับร้ายแรงซึ่งทำให้ไม่สามารถใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาเพื่อปรับเปลี่ยน ฟื้นฟู แก้ไข พฤติกรรมอันฝ่าฝืนต่อกฎหมายของเด็กหรือเยาวชนได้

3. เด็กหรือเยาวชนต้องไม่เคยได้รับโทษให้ถูกควบคุมโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้ถูกควบคุม เว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ

4. เด็กหรือเยาวชนต้องสำนึกในการกระทำ การสำนึกในการกระทำความผิดของตนยังเป็นเงื่อนไขของการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาที่พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 ให้ความสำคัญ หากปราศจากการสำนึกในการกระทำแล้ว การใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาย่อมไม่สามารถทำได้

⁴⁴ อริยะ นาวิธรรม, เอกสารประกอบการบรรยาย การอบรมที่ปรึกษากฎหมายในศาลเยาวชนและครอบครัว เรื่อง การแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนโดยกิจกรรมบำบัด, น.8.

5. ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย ความยินยอมจากผู้เสียหายเป็นอีกหนึ่งเงื่อนไขในการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา ดังเหตุที่ได้กล่าวไปแล้วว่า มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาเป็นการเบี่ยงเบนคดีออกจากกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก ซึ่งผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีทุกฝ่าย โดยเฉพาะผู้เสียหาย ซึ่งจะต้องมีความเห็นและได้รับประโยชน์ร่วมกัน

6. โจทก์ไม่คัดค้าน ข้อแตกต่างของมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นก่อนฟ้องคดีและหลังฟ้องคดีประการหนึ่ง คือ ในชั้นก่อนฟ้องคดีมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาจะถูกเริ่มต้นกระบวนการโดยผู้อำนวยการสถาปนิจ แต่หลังฟ้องคดีไปแล้ว ศาลจะเป็นผู้เริ่มต้นกระบวนการในการจัดทำแผนโดยมีคำสั่งให้ผู้อำนวยการสถาปนิจเป็นผู้ดำเนินการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูผู้ยอมไม่อาจเกิดขึ้นได้

7. ข้อเท็จจริงปรากฏว่าพฤติการณ์แห่งคดีไม่เป็นภัยร้ายแรงต่อสังคมเกินสมควรในการพิจารณาเพื่อใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาโดยการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู จะต้องปรากฏว่าพฤติการณ์ในคดีไม่เป็นภัยร้ายแรงต่อสังคม เช่น การลงมือกระทำความผิดจะต้องไม่มีลักษณะโหดเหี้ยมทารุณ ผิดปกติวิสัยที่เด็กหรือเยาวชนทั่วไปอาจกระทำได้ โดยการกระทำผิดนั้นต้องไม่ก่อให้เกิดผลร้ายแก่สังคมจนเกินไป

8. ศาลเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนอาจกลับตนเป็นคนดีได้ เงื่อนไขข้อนี้เป็นการพิจารณาถึงโอกาสในการกลับตัวเป็นคนดีในอนาคต โดยหากศาลเห็นว่าจำเลยซึ่งเป็นเด็กหรือเยาวชนนั้นมีโอกาสที่จะปรับปรุงเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมอันฝ่าฝืนต่อกฎหมาย รวมถึงอาจกลับตัวเป็นคนดีของสังคมได้ ศาลก็จะใช้ดุลพินิจในการให้โอกาสกับตัวเด็กหรือเยาวชนได้ปฏิบัติตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู

9. ผู้เสียหายมีโอกาสดำเนินการชดเชยเยียวยาจากการปฏิบัติตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูการชดเชยเยียวยาผู้เสียหายในคดีเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ซึ่งมีมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาเป็นหนึ่งในวิธีการ ชดเชยเยียวยาผู้เสียหายนี้ไม่ถูกจำกัดเฉพาะการชดเชยด้วยตัวเงินเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงวิธีการอื่น ๆ ที่ไม่เป็นตัวเงินอีกด้วยเช่น การแสดงความเสียใจกับผู้เสียหาย การหมั่นสอบถามความเป็นอยู่ภายหลังได้รับผลร้ายจากการกระทำความผิด เป็นต้น ศาลจะพิจารณาถึงโอกาสในการได้รับการชดเชยเยียวยาของผู้เสียหายดังกล่าวประกอบในการใช้ดุลพินิจในการอนุญาตให้เริ่มกระบวนการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู

10. การจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูจะต้องเป็นประโยชน์ต่ออนาคตของเด็กหรือเยาวชนและต่อผู้เสียหายมากกว่าการพิจารณาพิพากษา เงื่อนไขข้อนี้วางอยู่บนพื้นฐานของผลประโยชน์สูงสุดของจำเลยที่เป็นเด็กหรือเยาวชนและผู้เสียหายเป็นหลัก หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลนั้นมีประโยชน์น้อยกว่าการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา ศาลจึงมีอำนาจสั่งให้ดำเนินกระบวนการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู

โดยสรุปเห็นได้ว่ามาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นหลังฟ้องคดีมีหลักเกณฑ์หลายประการคล้ายคลึงกับมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นก่อนฟ้องคดี ภายใต้วัตถุประสงค์เดียวกัน คือ ต้องการที่จะเบี่ยงเบนคดีออกจากกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก มุ่งรักษาสวัสดิภาพ อนาคต มุ่งให้ออกาส รวมทั้งต้องการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมอันไม่พึงประสงค์ให้หายไปจากตัวเด็ก เยาวชน และชุมชนหรือสังคมด้วย

เป็นที่น่าสังเกตว่า เด็กหรือเยาวชนที่เคยเข้าสู่กระบวนการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูตามมาตรา 86 มาแล้วและไม่ประสบผลสำเร็จ หากศาลพิจารณาแล้วยังเห็นว่าควรนำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูตามบทบัญญัตินี้มาใช้กับจำเลยก็สามารถกระทำได้⁴⁵

อย่างไรก็ดี การจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูในชั้นหลังฟ้องคดีนี้ ศาลเยาวชนและครอบครัวจะเป็นผู้เริ่มต้นกระบวนการในการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูในชั้นหลังฟ้องคดี โดยศาลจะมีคำสั่งให้ผู้อำนวยการสถานพินิจหรือบุคคลที่ศาลเห็นสมควรจัดให้มีการดำเนินการเพื่อจัดทำแผนดังกล่าวเพื่อให้เด็กหรือเยาวชน บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือองค์การซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยปฏิบัติ

แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูอาจมีมาตรการอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างประกอบกัน ดังนี้⁴⁶

1. เป็นมาตรการที่กำหนดให้เด็กหรือเยาวชนปฏิบัติ เช่น รายงานตัวรับคำปรึกษา แนะนำ เข้าร่วมกิจกรรมบำบัด กิจกรรมทางเลือก รับการบำบัดรักษา เข้ารับการศึกษาศึกษา หรือการฝึกอาชีพหรือวิชาชีพ
2. เป็นมาตรการที่กำหนดให้เด็กหรือเยาวชนชดเชยเยียวยาความเสียหายแก่ผู้เสียหาย
3. เป็นมาตรการที่กำหนดให้เด็กหรือเยาวชนทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์ ไม่เกิน 30 ชั่วโมง

ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชน ศาลอาจกำหนดให้บิดามารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือองค์การซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยเข้าร่วมกิจกรรมตามที่ตกลงด้วยก็ได้

⁴⁵ ข้อ 7 แห่งข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูหลังฟ้องคดี พ.ศ. 2556

⁴⁶ ข้อ 22 แห่งข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูหลังฟ้องคดี พ.ศ.2556

เมื่อศาลมีคำสั่งให้มีการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูตามมาตรา ๖๖ ผู้อำนวยการสถานพินิจหรือบุคคลที่ศาลมีคำสั่งให้จัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูจะต้องจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูให้แล้วเสร็จ และเสนอให้ศาลพิจารณาภายใน 30 วันนับจากวันที่ศาลมีคำสั่ง

หากศาลเห็นชอบกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ศาลจะมีคำสั่งให้ดำเนินการตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูนั้น และจะมีคำสั่งจำหน่ายคดีไว้ชั่วคราว แต่หากศาลไม่เห็นชอบกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ศาลจะสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป

เป็นที่น่าสังเกตว่า หากศาลไม่เห็นชอบกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ศาลสามารถมีคำสั่งให้ผู้อำนวยการสถานพินิจหรือผู้จัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูแก้ไขแผนบำบัดฟื้นฟูได้หรือไม่ ตามทัศนะของผู้เขียน หากพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าว กรณีเช่นนี้ ศาลย่อมไม่มีอำนาจในการสั่งแก้ไขบำบัดฟื้นฟู

2.2.3 การใช้วิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนในกรณีที่พฤติกรรมแห่งคดียังไม่สมควรจะมีคำพิพากษา (มาตรา 132)

บทบัญญัติในมาตรานี้ให้อำนาจศาลเยาวชนและครอบครัวในการใช้ดุลพินิจในการปล่อยตัวชั่วคราว พร้อมกำหนดวิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนโดยยังไม่มีคำพิพากษา บทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นอีกหนึ่งบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นถึงกลไกในการเบี่ยงเบนคดีออกจากกระบวนการยุติธรรม กระแสหลัก โดยมุ่งเน้นให้เด็กหรือเยาวชนและบุคคลที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ จำเลย บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลซึ่งจำเลยอาศัยอยู่ด้วย ผู้เสียหาย ได้รับประโยชน์สูงสุด บทบัญญัตินี้ดังกล่าว นับเป็นอีกหนึ่งมาตรการที่อาจถูกใช้ภายใต้การคำนึงถึงสวัสดิภาพและอนาคตของเด็กและเยาวชนเป็นสำคัญ⁴⁷ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ ดังนี้

1. เป็นกรณีที่ศาลเห็นเองว่าตามพฤติกรรมแห่งคดียังไม่สมควรจะมีคำพิพากษาหรือบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลซึ่งจำเลยอาศัยอยู่ด้วยร้องขอ
 2. ศาลสอบถามผู้เสียหายแล้ว ผู้เสียหายไม่ขัดข้อง
- หากเข้าหลักเกณฑ์ทั้งสองประการข้างต้น ศาลอาจมีคำสั่งให้ปล่อยตัวจำเลยชั่วคราว แล้วมอบตัวจำเลยให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลซึ่งจำเลยอาศัยอยู่ด้วย โดยไม่มีประกัน หรือมีประกัน หรือประกันและหลักประกันด้วยก็ได้

⁴⁷ ศิริชัย จันทร์สว่าง, “เอกสารเสริมความรู้ทางด้านวิชาการ เรื่อง กระบวนการเกี่ยวกับการป้องกัน แก้ไข และบำบัด ฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำผิดกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง,” 2549 : น. 75.

นอกจากนี้ ศาลยังอาจกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ ให้จำเลย รวมถึงบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลซึ่งจำเลยอาศัยอยู่ด้วยปฏิบัติตามก็ได้ อาทิ ให้จำเลยรายงานตัวต่อพนักงานคุมประพฤติหรือเจ้าพนักงานอื่น ให้เข้ารับการแก้ไขบำบัดฟื้นฟู รับคำปรึกษาแนะนำ ให้เข้าร่วมกิจกรรมบำบัดหรือกิจกรรมทางเลือก หรือให้ใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย โดยระยะเวลาที่ศาลอาจกำหนดเงื่อนไขจะต้องไม่เกินกว่าที่จำเลยนั้นจะมีอายุครบ 24 ปีบริบูรณ์เท่านั้น

อย่างไรก็ดี หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการปล่อยตัวจำเลยไปอยู่กับบุคคลตามที่ได้กล่าวมานั้นไม่เป็นผลดีหรือไม่สามารถช่วยปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของเด็กหรือเยาวชนได้ ศาลอาจพิจารณาเพื่อส่งตัวจำเลยไปยังสถานพินิจ หรือสถานพินิจที่อื่นที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายและยินยอมรับตัวจำเลยไว้ดูแลชั่วคราว หรือจะให้ใช้วิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนไปพลางก่อนก็ได้เช่นกัน ทั้งนี้ จะต้องไม่เกินกว่าที่จำเลยนั้นจะมีอายุครบ 24 ปีบริบูรณ์

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า มาตรการพิเศษตามบทบัญญัตินี้สามารถนำมาใช้ได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงอัตราโทษ หรือการรับสารภาพของจำเลย

2.3 ความผิดฐานพรากเด็ก (มาตรา 317) หรือพรากผู้เยาว์ (มาตรา 319)

ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 (พรากเด็ก) และมาตรา 319 (พรากผู้เยาว์) ที่ได้มีการบัญญัติในเรื่องของการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เป็นการเฉพาะ เพื่อมุ่งคุ้มครองอำนาจการปกครองบิดามารดา หรือผู้ดูแล ไว้ดังนี้

มาตรา 317 (พรากเด็กด้วยเหตุที่ไม่ควร)

มาตรา 317 ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกิน สิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท ผู้ใดโดยทุจริต ซื่อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากนั้น ถ้าความผิดตาม มาตรานี้ ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร ผู้นั้นกระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่ หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

มาตรา 319 (พรากผู้เยาว์เพื่อหากำไรและอนาจาร) ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไป เสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และ ปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท ผู้ใดโดยทุจริต ซื่อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากนั้น

จะเห็นได้ว่า การกำหนดความผิดและบทลงโทษ การกำหนดให้การกระทำใด เป็นความผิดใดทางกฎหมายอาญาหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของรัฐนั้น ๆ

(1) ความหมายของคำว่า “พราก”

คำว่า “พราก” ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้ ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ให้ความหมายคำว่า “พราก” ว่าหมายถึง ทำให้จากไป พาไปเสีย จาก ทำให้แยกออกจากกัน

นักนิติศาสตร์หลายท่านอธิบายความหมายของคำว่า “พราก” ไว้ดังนี้

จิตติ ดิงศภัทย์⁴⁸ อธิบายว่า “พราก” หมายความว่า พาไป หรือแยกเด็กออกจาก ความปกครองดูแลและกระทำโดยวิธีใด กฎหมายไม่มีข้อจำกัด ไม่คำนึงถึงระยะใกล้หรือไกล ในเส้นทาง หรือนอกเส้นทาง ไม่ต้องใช้กำลัง หรือกลอุบาย แม้จะชักชวนแนะนำเด็กให้ไปกับผู้กระทำโดยมิได้ หลอกลวง และเด็กเต็มใจไป เช่น โดยสัญญาว่าจะให้สิ่งใดแก่เด็ก ตามความจริงก็เป็นความผิดตาม มาตรานี้

หยุด แสงอุทัย⁴⁹ อธิบายว่า การเอาตัวเด็กไปจากการดูแลเป็นการถาวร โดยทุจริต หรือเพื่อนำไปใช้ประโยชน์เพื่อหากำไรหรืออนาจาร ก็จะมีโทษเพิ่มแม้ผู้เยาว์จะเต็มใจก็ตาม

สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์⁵⁰ อธิบายว่า “พราก” หมายถึง การเอาตัวเด็กไปเสีย กฎหมาย ไม่ได้กำหนดถึง การกระทำในการเอาตัวเด็กไป ฉะนั้นจะกระทำโดยวิธีการใด ๆ อันเป็นการเอาตัวเด็ก ไป ก็ถือได้ว่าเป็นการพรากเด็กทั้งสิ้น เช่น ล่อ พา ชักพา ฆูดคร่า เป็นต้น

คณิต ณ นคร⁵¹ อธิบายว่า “พราก” หมายถึง เอาตัวไป ซึ่งต้องแสดงถึงการแยก ที่เกี่ยวกับสถานที่ชัดเจน หรือการแยก ที่แยกเป็นระยะเวลาานาน ไม่เพียงแต่การแยกเพียงสองสาม ชั่วโมงวันแต่ผู้มีสิทธินั้นมีเวลาน้อยสำหรับเด็ก หรือผู้เยาว์นั้น

⁴⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง จำกัด, 2553), หัวข้อ 1115, น.251.

⁴⁹ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขปรับปรุง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.235.

⁵⁰ สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 4 ตอนที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2515), น.197.

⁵¹ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2559), น.294.

สมชัย ศิริบุตร⁵² อธิบายว่า “พรากไปเสีย หมายความว่า เอาไป หรือพาไป หรือ แยกเด็กออกจากความชอบธรรมของผู้อื่นที่ปกครองดูแลเด็กนั้นอาจชักชวนเด็กไปโดยสมัครใจก็เป็น การพรากไม่จำเป็นต้องใช้อุบายหลอกลวงขู่เข็ญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมหรือ ใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่น ก็ยังเป็นการพราก เว้นแต่เด็กหนีจากผู้ปกครองโดยเด็ดขาดและไม่ใช่ออกมาเที่ยวเล่นชั่วคราว จึงจะไม่ใช่การพราก และการพรากสำเร็จเมื่อเด็กพ้นจากความปกครอง ถ้า เด็กยังไม่พ้นจากความปกครองก็เป็นความผิดเพียงพยายามพรากเด็ก

วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล⁵³ อธิบายว่า “พราก” หมายความว่า การแยกตัวเด็ก ออกจาก ..เอาตัวเด็กออกจาก... ความปกครองของบุคคลใดบุคคลหนึ่งอันมีลักษณะล่วงละเมิดการ ปกครอง (Infringment of guardian’s right to control) หรือเป็นการล่วงละเมิดความสัมพันธ์ ระหว่างเด็กกับบิดามารดา หรือผู้ปกครองดูแล (Breach of relationship)

จากความหมายของคำว่า “พราก” ของจิตติ ดิงศภัทย์ คือการแยกเด็กไปจาก ผู้ปกครองไม่ว่าด้วยวิธีการใด สถานที่ใด ระยะเวลาที่พาเด็กไป เด็กเต็มใจหรือไม่ ใช้กำลังบังคับหรือไม่ ถือว่าเป็นความผิดทันทีที่แยกเด็กไปจากผู้ปกครอง แตกต่างกับแนวคิดของ หยุต แสงอุทัย จะถือว่ามี ความผิดต้องพรากเด็กไปจากผู้ปกครอง เป็นการถาวร และต้องนำไปโดยทุจริต ไปหากำไร ผลประโยชน์หรือเพื่ออนาจาร ซึ่งในกรณีมีการนำเด็กไปจากผู้ปกครองเป็นเวลา 1 เดือนแล้วนำเด็ก กลับมา หรือเด็กเต็มใจไปด้วยมิได้ล่อลวง หรือใช้กำลังบังคับ และไม่ได้นำไปเพื่ออนาจารกรณี จะถือ ว่ามีความผิดหรือไม่ตามความหมายของหยุต แสงอุทัย

(2) การกระทำอย่างไรที่ถือว่าเป็น “การพราก” หรือไม่เป็น “การพราก”

กรณีบิดามารดามอบเด็กให้ผู้ดูแลชั่วคราวแล้ว ผู้ดูแลชั่วคราวพาเด็กไปก็ดี ร่วมกับผู้อื่นพาเด็กไปก็ดี ถือว่าเป็นการพรากเด็กไปจากบิดามารดา ซึ่งเป็นผู้ปกครองเด็กตามกฎหมาย เช่น ลูกจ้างทำครัว ซักผ้า และทำงานอื่น ๆ ภายในบ้าน ถ้ามีเวลาช่วง จึงจะช่วยดูแลเด็กได้ นำเด็กดูแลไปเสีย ดังนี้ ลูกจ้างที่รับเลี้ยงเด็กซึ่งอยู่กับบิดามารดาของเด็กได้พรากเด็กไปจากบิดา มารดาของเด็ก เป็นความผิดตามมาตรา 317⁵⁴

⁵² สมชัย ศิริบุตร, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายอาญา 2 หน่วยที่ 8-15 เรื่องที่ 10.2.1, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2535), น.113.

⁵³ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, “ฎีกาวิเคราะห์,” บทบัญญัติ, เล่มที่ 47 ตอน 4, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2534).

⁵⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1190/2502

การแยกเด็กไปจากบิดามารดา หรือผู้ปกครอง แม้จะเป็นการแยกที่ประสงค์จะเอาเด็กนั้นเป็นบุตรของตนก็เป็นการพรากเด็กตามกฎหมาย

วิธีการพรากอาจเพียงชักชวนแนะนำให้เด็ก หรือผู้เยาว์หนีตามไป หรือนัดให้มาพบ ณ ที่แห่งหนึ่งแล้วพาไป หรือสัญญาจะให้สิ่งของจนเด็กหรือผู้เยาว์ไปด้วยก็ได้

ถ้าเด็กพรากตัวเองไปจากความปกครองโดยเด็กขาด หรือขาดจากอำนาจควบคุมดูแลของผู้ปกครองแล้วมีผู้พาตัวเด็กต่อไปอีก หาเป็นพรากไม่ เช่นเด็กถูกบิดาเลี้ยงตี ดุด่า ไล่ออกจากบ้าน เด็กจึงหนีออกจากบ้านไปอยู่กับจำเลยหรือผู้เยาว์ถูกมารดาตี และไล่ออกจากบ้าน ผู้เยาว์หลบหนีออกจากบ้านเอง จำเลยพาไป เหล่านี้ไม่ถือเป็นการพราก ไม่ผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 639/2511 เด็กหญิงเกี้ยว ถูกผู้ปกครอง (บิดาเลี้ยง) ดุด่าและไล่ต้ออกจากบ้านจึงได้ไปอาศัยจำเลยทั้งสองซึ่งเป็นคนรู้จักชอบพอกันมาก่อน จำเลยทั้งสองก็ให้การอุปการะตลอดมา ดังนี้ จำเลยทั้งสองไม่ได้พรากเด็กหญิงเกี้ยว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2155/2514 การพรากผู้เยาว์ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลนั้น หมายความว่า พาไป หรือแยกผู้เยาว์ออกจากความดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ที่จะมีพรากได้อยู่ที่ผู้เยาว์ต้องอยู่ในความปกครองดูแลของผู้หนึ่งผู้ใดดังกล่าวแล้วในขณะที่พราก แต่ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้มีว่า ผู้เยาว์ถูกมารดาตีและไล่ออกจากบ้าน ผู้เยาว์จึงหนีออกจากบ้านมา เมื่อผู้เยาว์ได้พบกับจำเลย จำเลยได้ถามถึงที่อยู่ ผู้เยาว์ก็ไม่ยอมบอก จำเลยจึงพาผู้เยาว์ไปฝากไว้กับพี่สาวจำเลย การกระทำของจำเลยดังกล่าวจึงไม่เป็นการพรากผู้เยาว์ไปเสียจากผู้ปกครอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 29/2516 นางสาวหม่อง หรือลักขณา อายุ 15 ปีเศษ อยู่ในความปกครองของบิดามารดาซึ่งไม่ได้จดทะเบียนสมรส จำเลยมีภรรยาและบุตรแล้ว ได้รักใคร่กันฉันท์ชู้สาว เมื่อจำเลยแยกกับภรรยา และออกจากร้านตัดเย็บเสื้อผ้าที่อยู่ชานเมืองแล้วไปอยู่ที่นครราชสีมา นางสาวหม่องได้เขียนจดหมายส่งทางไปรษณีย์ไปถึงจำเลยนัดหมายให้จำเลยมาจากนครราชสีมา จำเลยก็มาอยู่ชานเมืองพักที่โรงแรมศรีสมัย ในวันเกิดเหตุ นางสาวหม่องก็ไปหาจำเลยที่โรงแรมนี้ ด้วยความสมัครใจ ไม่ปรากฏว่าจำเลยพานางสาวหม่องไปไว้ที่บ้านเรือนผู้อื่นด้วย เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าจำเลยไม่ได้เป็นคนพรากนางสาวหม่องไปตั้งแต่ต้นแล้ว แม้นางสาวหม่องสมัครใจไปกับจำเลยในทางชู้สาว การกระทำของจำเลยก็ยังไม่เป็นความผิดตามมาตรา 319 อยู่แน่นอน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 808/2516 นางสาวอัมพร (อายุ 16 ปี) โกรธที่นางวิมล มารดา ดุด่าว่ากล่าว จึงหนีไปอาศัยอยู่กับนางสาวสุรียรัตน์ ต่อมาอีก 4 เดือนเศษ จึงไปเข้าบ้านอยู่ที่วัดมะกอก จำเลยไปพบและไปอยู่ด้วย ได้เสียเป็นสามีภรรยาที่นั่น นางสาวอัมพรได้ให้การขึ้นสอบสวนด้วยว่าสมัครใจเป็นสามีภรรยาไปกับจำเลย และจำเลยก็ยอมรับเลี้ยงดูนางสาวอัมพร ดังนี้ เห็นว่าการที่นางสาวอัมพรผู้เยาว์ออกจากบ้านมารดาไปอยู่กับผู้อื่น เป็นการกระทำของนางสาวอัมพรเอง มิได้เกิดจากการ

ชักนำพาของจำเลย ทั้งนี้ ตามพฤติการณ์ของจำเลย ก็เชื่อได้ว่า จำเลยไปอยู่กับนางสาวอัมพรเพื่อเป็น สามีภรรยากัน การกระทำของจำเลยหาใช่เป็นการพรางผู้เยาว์ไปเสียจากมารดาเพื่อการอนาจารตาม โจทก์ฟ้องไม่

ความผิดฐานพรางเด็กสำเร็จเมื่อพ้นจากความปกครอง หากยังไม่พ้นจากความ ปกครองเป็นความผิดเพียงพยายามพราง อนึ่ง ไม่จำเป็นต้องใช้อุบายหลอกลวงผู้เชิญ ใช้อำนาจครอบงำ ผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่น และเป็นความผิดสำเร็จเมื่อพาไป

คำพิพากษาฎีกาที่ 2191/2522 จำเลยได้เข้าแย่งและฉุดเด็กชายฉัตร อายุ 8 ปีไป จากนางสาวสุภาภรณ์ ซึ่งเป็นผู้ดูแลโดยใช้วิธีเข้าดิ่งเด็กชายฉัตรชัย และพยายามจะจับตัวอุ้มไปแต่ นางสาวสุภาภรณ์ ดิ่งตัวเด็กชายฉัตรชัยไว้ได้ และได้ร้องขอความช่วยเหลือ จำเลยจึงปล่อยและหนีไป โดยพรางเอาตัวเด็กชายฉัตรชัยไปไม่ได้ เป็นการกระทำไปไม่ตลอด การกระทำของจำเลยจึงเป็น ความผิดฐานพยายามพรางผู้เยาว์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 , 80

การแยกเด็กไปจากบิดามารดา หรือผู้ปกครองแม้จะเป็นการแยกที่ประสงค์จะเอา เด็กนั้นเป็นบุตรตน ก็เป็นการพรางเด็กตามกฎหมาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 1190/2502 จำเลยเป็นลูกจ้างมีหน้าที่เป็นคนครัว ชักเสื้อผ้า และ อื่น ๆ ในบ้าน ถ้ามีเวลาว่างจึงช่วยดูเด็ก จำเลยได้นำบุตรของนายจ้างอายุ 10 เดือน ไปฝากผู้มีชื่อ อ้างว่า เป็นบุตรของจำเลย ดังนี้ การกระทำของจำเลยเป็นการพรางเด็กไปเสียจากผู้ปกครอง

การกระทำด้วยประการใด ๆ เช่น แนนนำ ชักชวน นัดพบ เอาตัวไป ไม่ว่าจะใช้ กำลังหรืออุบายหลอกลวงหรือไม่ เป็นผลทำให้มีการพาตัวเด็กไป แยกตัวเด็กไป หรือเอาตัวเด็กไปเสีย จากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลในลักษณะแยกโดยเด็ดขาดจากความปกครอง แม้เด็กจะ ยินยอมไปด้วยความสมัครใจ เป็นกรณีปราศจากเหตุสมควร ระยะเวลาที่พรางเด็กไปแม้เพียงชั่วคราว ก็ผิดแล้ว

คำพิพากษาฎีกาที่ 2545/2522 วันเกิดเหตุ นางสาวชไมพร ผู้เยาว์ออกจากบ้านไป โรงเรียนตามปกติ ต่อมาเวลา 6 นาฬิกา อาจารย์ประจำชั้นได้โทรศัพท์มาบอกว่า นางสาวชไมพรไม่ได้ ไปโรงเรียน และหายไป ... พยานโจทก์ว่าได้ออกไปตามนางสาวชไมพรที่โรงเรียน พบแต่ รถจักรยานยนต์ ตามไปที่โรงพยาบาลก็ไม่พบ ไปหาที่วัดป่าศรีสำราญ เห็นจำเลยกับนางสาวชไมพร กำลังคลอดเคลียกันอยู่ที่หน้าวัดเตรียมตัวจะกลับบ้านนางสาวชไมพร พยานโจทก์ว่าก่อนเกิดเหตุคดีนี้ ก็เคยได้เสียกับจำเลยหลายครั้ง ชั้นสอบสวนนางสาวชไมพรยังได้ให้การกับพนักงานสอบสวนว่าเรียน อยู่ ม.ศ. 3 ครั้งแรกพบกับจำเลย จำเลยว่าคบกันฉันท์พี่น้อง ต่อมาก็คุยกันฉันท์ชู้สาว จำเลยว่าจะ เลี้ยงดูส่งเสียค่าเล่าเรียน นัดพบกันในที่เปลี่ยวหลายครั้ง และร่วมประเวณีกันทุกครั้งที่พบกัน เห็นว่า ครั้งสุดท้ายนี้การที่จำเลยนัดนางสาวชไมพรคุยกันถึง 7 ชั่วโมงที่วัดป่าศรีสำราญนั้น เชื่อได้ว่าเป็นไป ในทางชู้สาว พยานหลักฐานโจทก์ฟังได้ว่าจำเลยมีเจตนาพรางผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร

เป็นที่น่าสังเกตว่า การที่จำเลยนัดให้ผู้เสียหายไปพบ แม้จะเป็นเพียงระยะเวลาชั่วคราวก็เป็นความผิดแล้ว ทำนองเดียวกับกฎหมาย การพรากเพียงชั่วคราวก็ผิด (Taking does not require a permanent deprivation) และในกฎหมายอังกฤษ การพรากอาจเกิดจากการชักชวนแนะนำ หรือนัดพบจากผู้เสียหายก็เป็นความผิดเช่นกัน⁵⁵

ถ้าไม่ได้เอาตัวเด็กไปแต่ขออยู่ด้วยเอง เช่น บิดามารดาชี้เมาให้เด็กกินอยู่อดอยาก ไม่สบาย เด็กหนีจากบ้านมาขออาศัยอยู่ด้วย จึงรับตัวไว้ด้วยความสงสาร เป็นต้น ในประเทศไทย เด็กที่ยากจนที่พ่อแม่ไม่เอาใจใส่ แต่เด็กอยากเรียนหนังสือหนีออกจากบ้านไปอาศัยอยู่กับพระก็มีมาก หรือพระไปพบอด ๆ อด ๆ อยู่ตามถนนหนทาง เร่ร้อนไปมาไม่มีผู้ปกครอง พระจึงรับตัวมาอยู่ด้วยการกระทำเช่นนี้ก็ไม่ใช่เป็นการพรากเด็ก เพราะไม่ได้เอาตัวเด็กไปจากการดูแลปกครองของใคร⁵⁶

กรณีเด็กหนีผู้ปกครองมาแล้ว จึงพาเด็กนั้นต่อไป ไม่เป็นการพรากตามมาตรานี้ เด็กต้องไปจากผู้ปกครองดูแลโดยเด็ดขาด มิใช่ออกไปเที่ยวเล่นชั่วคราวแล้วจะกลับบ้าน ซึ่งยังถือว่าไม่พ้นจากความปกครองดูแล

เด็กที่ถูกพรากไปแล้วไม่ถือว่าอยู่ในความปกครองดูแลของผู้ปกครอง หรือผู้ที่พรากเด็กไป ฉะนั้นผู้ที่พาเด็กต่อไป ไม่เป็นการพราก (แต่อาจเป็นการรับตัวเด็กไว้ ตามวรรค 2 อีกส่วนหนึ่ง)

การที่ผู้ปกครองแท้จริง เช่น บิดามารดามอบเด็กให้อยู่กับผู้ใดชั่วคราว หากผู้ปกครองดูแลชั่วคราวร่วมกับผู้อื่นพาเด็กไป ยังถือว่าเป็นการพรากเด็กไปจากผู้ปกครองที่แท้จริง⁵⁷

อนึ่ง การเอาตัวเด็กไปเป็นประกัน เพราะประสาทหลอนเกรงว่าคนจะทำร้าย เมื่อรู้สึกว่ปลอดภัยก็จะปล่อยตัวเด็ก ไม่ถือว่าเป็นการพรากในความหมายนี้ เห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 4312/2529 ความว่า “จำเลยเป็นโรคประสาทหลอนกลัวคนจะทำร้าย ได้อุ้มเอาผู้เสียหายซึ่งอยู่กับบิดาในสวนจตุจักรไปเป็นตัวประกัน โดยเมื่อถึงสถานี่ขนส่งสายเหนือฝั่งถนนตรงกันข้ามก็จะปล่อยจำเลยหาได้มีเจตนาพรากผู้เสียหายไปจากความดูแลของบิดาไม่ เพียงแต่กระทำไป โดยประสงค์ที่จะเอาตัวผู้เสียหายไปเป็นตัวประกันในระยะเวลาเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ทั้งบิดาผู้เสียหายก็ยังคงติดตามไปด้วย ยังถือไม่ได้ว่าจำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317

⁵⁵ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 15*, น.179.

⁵⁶ สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 50*, น.198.

⁵⁷ จิตติ ดิงศรัทีย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 48*, 2553, หัวข้อ 1115, น.355.

(3) ความหมายของคำว่า “เพื่อการอนาจาร”

จิตติ ดิงศภัทย์⁵⁸ อธิบายว่า เพื่อการอนาจาร หมายถึง ความไม่สมควรในทางเพศ รวมทั้งการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลโดยตรง การกล่าวถ้อยคำ เขียนภาพไม่เป็นการอนาจาร ถ้าเป็นการกระทำต่อบุคคลแล้ว แม้จะให้ผู้อื่นใช้เนื้อตัวของเขากระทำต่อผู้กระทำความผิดเอง ถ้าเป็นการกระทำอนาจารต่อผู้อื่นได้ เช่น ก. บังคับให้ ข. จับของลับของ ก. การกระทำที่เป็นอนาจาร เช่น การกอดปล้ำ หรือสัมผัสจับต้องอวัยวะเพศของหญิง เป็นต้น

หยุด แสงอุทัย⁵⁹ อธิบายว่า เพื่อการอนาจาร คือ เพื่อทำการอันไม่สมควรในทางเพศต่าง ๆ

สมศักดิ์ สิงห์พันธ์⁶⁰ อธิบายว่า เพื่อการอนาจาร หมายความว่า กระทำทุกอย่างอันน่า อับอาย นอกกริต นอกประเพณี ที่กระทำด้วยความมุ่งหมายในเชิงประเวณี หรือที่ได้กระทำให้เกิดความอับอายขายหน้าในทางเพศ

คณิต ณ นคร⁶¹ อธิบายว่า เพื่อการอนาจาร หมายความว่า เพื่อทำการอันไม่สมควรในทางเพศต่าง ๆ เช่น เพื่อไปเป็นโสเภณี

สมชัย ศิริบุตร⁶² อธิบายว่า เพื่อการอนาจาร หมายถึง กระทำต่อเนื้อตัวบุคคลในทางประเวณีหรือความใคร่ หรือทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ เช่น กอดปล้ำจับต้องอวัยวะเพศหญิง เป็นต้น หญิงสมัครใจร่วมประเวณีในลักษณะที่อยู่กินเป็นสามีภรรยาไม่เป็นทางการอนาจาร จึงหมายความว่าไปในทำนองชู้สาว ซึ่งไม่ต้องถึงขั้นร่วมประเวณีกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 4591/2528 จำเลยเป็นชายหนุ่มอายุ 22 ปีเศษ มีภรรยาแล้ว พาผู้เสียหายเป็นหญิงอายุ 12 ปี 11 เดือนเศษ นั่งซ้อนท้ายรถจักรยานยนต์กระจักรยายนต์ไปท่องเที่ยว เที่ยวยังสถานที่ต่าง ๆ ตกเย็นก็พาเข้าโรงแรม “ห้องและเตียงเดียวกัน แม้จำเลยเพียงแต่จับมือถือแขนมิได้กอดจูบผู้เสียหาย แต่ก็ได้ความว่าเพื่อนที่ไปเที่ยวด้วยกัน ได้กอดพืดที่โรงแรมคนละคู่ และแต่ละคู่ก็เป็นคนรักกัน เช่นเดียวกับผู้เสียหายและจำเลย แสดงว่าเป็นการกระทำไปในเชิงชู้สาว

⁵⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, *เพ็งอ้วง*, หัวข้อ 944 น.1484.

⁵⁹ หยุด แสงอุทัย, *คำอธิบายเรียงมาตราตามประมวลกฎหมายอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สันติสุข, 2515), น.470.

⁶⁰ สมศักดิ์ สิงห์พันธ์, *อ้วงแล้ว เจริญธรรมที่ 50*, น.202.

⁶¹ คณิต ณ นคร, *อ้วงแล้ว เจริญธรรมที่ 51*, น.299.

⁶² สมชัย ศิริบุตร, *อ้วงแล้ว เจริญธรรมที่ 52*, น.116.

วันรุ่งขึ้นแทนที่จะพาผู้เสียหายกลับบ้าน กลับพาไปอยู่ที่บ้านญาติของจำเลย จนบิดาผู้เสียหายตามไปพบ ดังนี้ การกระทำของจำเลยเป็นการพรากผู้เสียหายไปจากบิดามารดาเพื่อการอนาจาร

คำพิพากษาฎีกาที่ 2628/2529 นาง ส. อนุญาตให้พา เด็กหญิง ศ. อายุ 12 ปี ซึ่งเป็นบุตรออกไปจากบ้าน เพื่อให้เด็กหญิง ศ. นำจำเลยไปพบกับบิดา ณ ที่ทำงาน การที่จำเลยพาเด็กหญิง ศ. เข้าไปในโรงแรมจึงเป็นเรื่องที่จำเลยทำไปเองตามลำพังจะถือว่า นาง ส. รู้เห็นยินยอมไม่ได้ เมื่อไปถึงจำเลยลงจากรถเข้าไปห้องทันที และกักขังเรียกเด็กหญิง ศ. เข้าไปในห้องนั้นด้วย แต่เด็กหญิง ศ. ไม่ยอมเข้าไป แสดงว่าจำเลยมีเจตนาจะลึบนอนกับเด็กหญิง ศ. เพื่อร่วมประเวณี หรือทำมิดีมิร้ายอย่างอื่น จึงเป็นการพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317

คำพิพากษาฎีกาที่ 1682/2532 จำเลยใช้อุบายหลอกลวงผู้เสียหาย ซึ่งมีอายุ 5 ปี 4 เดือน 11 วันให้ไปเก็บดอกไม้ในสวนแล้วจะให้เงิน ผู้เสียหายหลงเชื่อเดินตามจำเลยเข้าไปในสวน จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหาย ดังนี้ เป็นการกระทำที่ปราศจากเหตุอันสมควร พรากผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบสามปีไปเสียจากมารดาเพื่อการอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม อีกกระทงหนึ่ง

(4) ความหมายของคำว่า “โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วย” หรือ “โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย”

คำว่า “โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วย” หมายถึง ผู้เยาว์ไม่สมัครใจ หรือผู้เยาว์ไปด้วยเพราะใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่น หรือทำให้ผู้เยาว์สำคัญผิด หรือพาผู้เยาว์ไปด้วยผู้เยาว์ไม่รู้สำนึกในการกระทำ ดังนี้เรียกว่าผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วย

ความผิดตามมาตรานี้ผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปี ต้องไม่เต็มใจไปด้วย หากเต็มใจไปด้วยก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้ (ส่วนเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีจะเต็มใจหรือไม่เต็มใจก็เป็นความผิดทั้งนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317)

การหลอกทำให้การตกลงใจและการทำตามที่ตกลงใจเสียใจไป ถือว่าผู้ถูกหลอกไม่เต็มใจ⁶³

การให้คำมั่นสัญญาว่าจะให้ความช่วยเหลือบางประการอันเป็นเหตุให้ผู้เยาว์ไปด้วย ก็เป็นเรื่องที่ผู้เยาว์สมัครใจที่จะไป การเอาตัวผู้เยาว์ไปจึงไม่ใช่การพรากไปโดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจ เช่น ผู้เยาว์อยากไปอยู่ที่อื่นเพื่อหางานทำ เพื่อเรียนหนังสือ การให้ที่อาศัย หรือรับปากว่าจะช่วยหางานให้เหล่านี้ ถ้าเป็นการกระทำโดยสุจริตแล้ว แม้จะเป็นเหตุให้ผู้เยาว์ติดตามไปด้วยก็ไม่เป็นความผิด เพราะผู้เยาว์สมัครใจ⁶⁴

⁶³ คณิต ญ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 51*, น. 304.

⁶⁴ สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 52*, น.205.

คำพิพากษาฎีกาที่ 200/2508 จำเลยหลอกลวงนางสาวสมใจผู้เยาว์ อายุ 16 ปีว่าจะพานางสาวสมใจไปพบนายประνομน์น้องชาย ซึ่งเป็นคู่รักของนางสาวสมใจ นางสาวสมใจหลงเชื่อจึงได้ไปกับจำเลย แล้วจำเลยได้ใช้มีดปลายแหลมบังคับขู่เช็กจะทำร้าย และจะฆ่านางสาวสมใจ จนนางสาวสมใจมีความกลัวไม่สามารถขัดขืนได้ แล้วจำเลยก็ข่มขืนกระทำชำเรานางสาวสมใจที่ชายตลิ่ง แล้วพานางสาวสมใจไปพักที่บ้านนายประสงค์ 6 วัน 6 คืน โดยขู่เช็กและบังคับนางสาวสมใจไม่ให้หนี ถ้าหนีจำเลยจะฆ่าเป็นการหน่วงเหนี่ยวกักขังทำให้นางสาวสมใจปราศจากเสรีภาพในร่างกายเป็นความผิดตามมาตรา 310 วรรคแรกกระทงหนึ่ง จำเลยหลอกลวงพานางสาวสมใจไปบังคับขู่เช็กกระทำชำเรา มิใช่พาไปในทางขู้สาว จึงเป็นการพาไปเพื่อการอนาจาร และการที่จำเลยหลอกลวงว่านายประνομน์คู่รักของนางสาวสมใจมาคอยพบ นางสาวสมใจได้ลงเรือไปกับจำเลยถือว่านางสาวสมใจไปกับจำเลยด้วยความเต็มใจหาได้ไม่ หากแต่นางสาวสมใจหลงเชื่อคำหลอกลวงของจำเลย จึงได้ยอมไปกับจำเลย การกระทำของจำเลยจึงเป็นเรื่องพรากผู้เยาว์ที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปีไปจากบิดามารดาเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วย มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 318 วรรคท้ายซึ่งเป็นบทหนักกว่ามาตรา 319 แต่โจทก์มิได้ฎีกาขึ้นมา ศาลจะพิพากษาให้เป็นผลร้ายแก่จำเลยไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1559/2518 จำเลยได้เสียกับผู้เยาว์อายุ 16 ปี แล้วชวนผู้เยาว์ไปอยู่ด้วยกัน ถ้าไม่ไปจะเปิดเผยถึงเรื่องที่ได้เสียกัน ผู้เยาว์กลัวคำขู่จึงยอมไปกับจำเลย จะถือว่าผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยกับจำเลยหาได้ไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 119/2519 จำเลยหลอกลวงเด็กหญิงอายุ 14 ปีว่า จะพาไปรับจ้างทำงาน แต่แล้วกลับพาไปสำนักโสเภณี และเด็กหญิงนั้นถูกบังคับให้ค้าประเวณีเช่นนี้จะถือว่าเด็กหญิงเต็มใจไปกับจำเลยหาได้ไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 2722/2520 พาหญิงอายุ 17 ปี ไปจากบิดามารดาโดยหลอกว่าจะพาไปทำงานที่กรุงเทพฯ แต่กลับพาไปบังคับให้ค้าประเวณี เป็นการพาไปโดยหญิงไม่เต็มใจ และอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 318 วรรคท้าย

คำพิพากษาฎีกาที่ 1563/2523 ผู้เสียหายมิได้รักใคร่กับจำเลยมาก่อนเป็นเพียงคนรู้จักกัน เท่านั้น จำเลยได้ชวนผู้เสียหายไปที่ยวบ่านจำเลย และรับว่าจะพากลับมาส่ง ผู้เสียหายจึงไปกับจำเลยแต่จำเลยกลับพาผู้เสียหายไปพักอาศัยที่บ้านคนอื่น แล้วจำเลยได้ขอบุขแก้มผู้เสียหายผู้เสียหายปิดป้องขัดขืน กรณีดังนี้จะถือว่าผู้เสียหายเต็มใจไปด้วยกับจำเลยได้ไม่ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 318

คำว่า “โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย” หมายความว่า ผู้เยาว์ยินยอมด้วยความบริสุทธิ์ ไม่ได้ถูกหลอกลวงขู่เช็ก ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่น หรือสำคัญผิด หรือไม่รู้สำนึกในการยินยอมไปนั้น

การที่ผู้เยาว์ไม่ทราบว่ามีภรรยาแล้วนั้น น่าจะถือว่าการที่ผู้เยาว์ยอมไปด้วยกับผู้กระทำ เป็นการยอมรับไปโดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วย เพราะการที่ผู้กระทำนึ่งเฉยมิได้บอกกล่าวสถานะทางครอบครัวของตนเช่นนี้ เป็นการกระทำที่ควรเทียบได้กับการหลอกลวง อย่างไรก็ตามกรณีดังกล่าวนี้แม้จะเคยขึ้นสู่ศาลฎีกา แต่ศาลฎีกาก็มิได้พิจารณาวินิจฉัยเรื่องการเต็มใจไปด้วยหรือไม่ แต่พิจารณาในข้อที่ว่าผู้กระทำได้กระทำได้กระทำโดยกระทำโดยมีมูลชกแจงใจเพื่อการอนาจารหรือแล้ววางหลักกว้าง ๆ ว่า การพรากผู้เยาว์ไปเพื่อเป็นภรรยา ไม่เป็นการกระทำเพื่อการอนาจาร แต่ถ้าผู้กระทำมีภรรยาอยู่ก่อนแล้ว เป็นการกระทำเพื่อการอนาจาร (คำพิพากษาฎีกาที่ 3/2485, 1097/2513, 1262/2513 และ 1430/2515 (ประชุมใหญ่))

หมายเหตุ เมื่อสมัยที่ยังใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งมีมาตรา 275 บัญญัติไว้คล้ายคลึงกันกับ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 เคยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 3/2485 วินิจฉัยไว้ว่าผู้ที่มีความผิดตามมาตรานี้ จะต้องเป็นผู้ที่ได้เกลี้ยกล่อมพาเอาไปโดยมีเจตนาหากำไรหรือเพื่อการอนาจารโดยไม่สุจริต ชายที่ลักพาหญิงอายุ 17 ปี ไปจากบิดามารดาโดยมีความรักใคร่กัน เพื่ออยู่กินเป็นสามีภริยากันโดยสุจริตไม่มีความผิดตามมาตรานี้

ต่อมาเมื่อใช้ประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ก็มีคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับมาตรา 318 อีก 3 ฉบับ คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1097/2513 จำเลยชวนผู้เสียหายหนีบิดามารดาไปอยู่กับจำเลย ผู้เสียหายบอกให้จำเลยไปสู้ออ จำเลยบ่าวเบียงว่ายากจน ไม่มีเงินไปสู้ออถ้ารักกันจริงก็ให้ไปด้วยกันผู้เสียหายก็ลงเรือไปกับจำเลย จำเลยพาผู้เสียหายไปนอนค้างคืนที่บ้านเพื่อนจำเลย 1 คืน ผู้เสียหายทราบจากเพื่อนจำเลยมีภรรยาแล้ว ก็หลบหนีจำเลยไปอยู่ที่อื่น การที่จำเลยมีภรรยาอยู่แล้วกลับมาพาหญิงสาวอื่นไปอีก เช่นนี้ยากที่จะฟังว่าจำเลยมีเจตนาเลี้ยงดูผู้เสียหายฉันทสามีภริยา การกระทำของจำเลยถือได้ว่าเป็นการพาผู้เสียหายไปเพื่ออนาจาร จำเลยจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319

คำพิพากษาฎีกาที่ 1262/2513 จำเลยกับผู้เสียหายรักใคร่ชอบพอกันแล้วหนีตามกันไปพักค้างคืนที่อื่น 20 กว่าคืน แล้วพากันกลับมาขอบิดามารดาผู้เสียหาย และพักอยู่กินด้วยกันที่บ้านบิดามารดาผู้เสียหาย 10 กว่าวัน พฤติการณ์ดังกล่าวถือได้ว่าจำเลยพาผู้เสียหายไปเพื่อเป็นภริยา ไม่ใช่เป็นการพาไปเพื่อการอนาจารจึงไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319

คำพิพากษาฎีกาที่ 1430/2515 (ประชุมใหญ่) จำเลยข่มขืนกระทำชำเราหญิงผู้เยาว์ อายุ 14 ปีเศษ ซึ่งยังอยู่ในความปกครองของบิดามารดา ครั้นผู้เยาว์ตั้งครรรค์ จำเลยกลัวบิดามารดาของผู้เยาว์รู้เรื่องจึงพาผู้เยาว์หนีตามจำเลยไปเป็นภรรยาของจำเลย ทั้ง ๆ ที่จำเลยมีบุตรภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว ดังนั้นถือว่าจำเลยพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสามฉบับที่กล่าวถึงข้างต้น ประกอบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1430/2515 (ประชุมใหญ่) นี้แล้ว ก็พอจะเห็นแนวการวินิจฉัยของศาลฎีกาได้ว่า ถ้าเป็นการพาผู้เยาว์ไป เพื่อเป็นภริยาโดยผู้ใช้นั้นยังไม่มีภริยาอยู่ก่อน ไม่ถือว่าเป็นการพาไปเพื่อการอนาจารและไม่เป็นความผิด ตามมาตรา 319 แต่ถ้าผู้พาไปมีภริยาอยู่ก่อนแล้ว ถือว่าเป็นการพาไปเพื่อการอนาจาร และมีความผิด ตามมาตรา 319⁶⁵

2.3.1 คุณธรรมทางกฎหมาย

คณิต ฌ นคร กล่าวว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut/legal interest) ของความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ คือ สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลจึงจะถูกต้องและครอบคลุมกว่า⁶⁶

2.3.1.1 ความหมายของ “กฎหมายอาญา”

ความหมายของกฎหมายอาญามีนักวิชาการหลายท่านได้ให้นิยามของกฎหมายอาญาไว้มากมาย ดังนี้

ปัจจุบันนี้ประเทศไทยอยู่ในสภาวะกฎหมายอาญาเพื่อเป็นสภาพอันเกิดจากการกำหนดให้การกระทำต่าง ๆ เป็นความผิดอาญามากเกินไปด้วยความเชื่อที่ว่า โทษทางอาญาจักสามารถทำให้ผู้คนเกรงกลัวที่จะกระทำความผิดได้ แม้ในความเป็นจริงที่ปรากฏ โทษทางอาญาที่รุนแรงที่สุด คือโทษประหารชีวิต ก็ไม่อาจควบคุมการก่ออาชญากรรมได้ อีกทั้ง แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 77 วรรคท้ายได้วางหลักให้พึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรงแต่ตามความเป็นจริง ความผิดเล็กน้อย หรือความผิดที่มีลักษณะของการกระทำไม่มีความผิดอาญาหลายประการยังคงถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาหากปรับแก้โดยยกเลิกบัญญัติลักษณะความผิดเช่นนี้ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา แต่จัดหมวดหมู่ไว้ในประเภทของการกระทำที่ฝ่ายผิด หรือความผิดทางปกครองย่อมสอดคล้องกับหลักประกันของกฎหมายอาญาที่ลงโทษเฉพาะแต่การกระทำที่เป็นความผิดอาญาและเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญาที่มุ่งคุ้มครองการอยู่ร่วมกันในสังคมไปโดยสงบเรียบร้อย การเริ่มต้นจากแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดอาญา หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา โครงสร้างของความผิดอาญา วัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาโดยพิจารณาตามลำดับอย่างเป็นระบบย่อมทำให้สามารถแยกการกระทำที่เป็นความผิดอาญาและการกระทำที่ไม่ใช่ความผิดอาญาได้อย่างชัดเจน

⁶⁵ สมหวัง วิริยะผล, “ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), น.60–73.

⁶⁶ คณิต ฌ นคร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 51*, น.293.

โดยปราศจากข้อสงสัยทำให้สามารถแยกความผิดทางปกครองออกจากความผิดอาญา ตลอดทั้งการ จัดตั้งองค์กรหรือกำหนดกระบวนการกลั่นกรองกฎหมายที่มีความเป็นอิสระช่วยทำให้เกิดการออก กฎหมายที่สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนและลดความซ้ำซ้อนในการบัญญัติกฎหมาย นั้น ย่อมทำให้สภาวการณ์กฎหมายอาญาเพื่อไม่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องด้วยการกระทำที่ไม่เป็นความผิด อาญา ย่อมไม่ถูกบัญญัติเป็นความผิดอาญาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

ที่ผ่านมาประเทศไทยมีกฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็นหลายฉบับ สาเหตุประการ หนึ่งคือ เนื่องจากนักกฎหมายไทยในยุคก่อนไม่ค่อยถนัดกฎหมายมหาชน เวลาต้องการออกกฎหมาย เพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามก็รู้จักสภาพบังคับทางปกครอง รู้จักแต่โทษทางอาญา เช่น จำคุก กักขัง ปรับ นอกจากนี้โทษทางอาญาเป็นสภาพบังคับที่มีประสิทธิผล (Effective) มักจะทำให้คนเกรงกลัว สภาพดังกล่าวทำให้ประเทศไทยเกิดสภาพกฎหมายอาญาเพื่อ (over-criminalization) ความผิด อาญาไม่ได้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาเพียงอย่างเดียว แต่ยังกระจายอยู่ตาม พระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาอีกหลายร้อยฉบับ และบางฉบับยังมีความขัดหรือแย้งกัน ไม่ว่าจะ ขัดต่ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก รัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายอาญา รวมไปถึงพระราชบัญญัติต่าง ๆ สถานการณ์ดังกล่าวส่งผลเสียหายประการคือ

(1) ทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายอาญา กฎหมายอาญาที่มากและไม่ อาจบังคับได้ทำให้คนไม่เคารพกฎหมาย

(2) คดีอาญาล้นระบบ คดีอาญาที่มากเกินไปทำให้เกิดปัญหากระบวนการ ยุติธรรมที่ล่าช้า ซึ่งหมายถึงการปฏิเสธความยุติธรรม

(3) นักโทษล้นเรือนจำหรือล้นสถานพินิจ โดยเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ.2562 ประเทศไทยมีผู้ต้องขังทั้งสิ้น 386,902 คน ในขณะที่มีพื้นที่เรือนจำที่รองรับผู้ต้องขังได้ เพียง 217,000 คน ทำให้เกิดสถานการณ์ผู้ต้องขังล้นเรือนจำกว่า 178.29% ซึ่งบรรดาผู้ต้องขัง ทั้งหมดนี้ มากกว่า 70% เป็นผู้ต้องขังคดีอาญา

(4) สิ้นเปลืองงบประมาณของรัฐในการดำเนินคดีอาญา เพราะคดีอาญาเป็น บริการฟรีจากรัฐที่ไม่มีค่าธรรมเนียมศาลเหมือนดังคดีแพ่ง และเป็นการดำเนินคดีที่มีขั้นตอนการ พิสูจน์ความจริงอย่างละเอียดที่ต้องใช้งบประมาณของรัฐตั้งแต่ชั้นสอบสวน ชั้นสั่งคดีโดยพนักงาน อัยการ และพิจารณาในชั้นศาล การดำเนินคดีอาญาสิ่งที่รัฐต้องลงทุนเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย แต่การดำเนินคดีอาญากับเรื่องไม่จำเป็น ย่อมเป็นสิ่งที่สิ้นเปลืองงบประมาณ

(5) ทำลายทรัพยากรมนุษย์ในระบบบันทึกประวัติอาชญากร ประวัติอาชญา กร (criminal record) เป็นสิ่งจำเป็นเพื่อเตือนประชาชนจากอาชญากรที่เป็นภัยต่อสังคม แต่ผู้ฝ่าฝืน กฎหมายอาญาที่ไม่ร้ายแรงและไม่จำเป็นกลับต้องถูกบันทึกประวัติอาชญากรด้วย ทั้ง ๆ ที่บุคคล เหล่านี้ไม่มีพฤติกรรมเป็นภัยสังคม ซึ่งทำลายโอกาสในการทำงานและทำลายความสามารถของ

ประเทศในการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ ซึ่งในปัจจุบันนี้ประวัติอาชญากรรมมีผลสำคัญต่อการตัดสินใจในการจ้างแรงงานเข้ามาทำงานในองค์กรทั้งภาครัฐและเอกชน ด้วยเหตุนี้ อาจจะทำให้ประเทศไทยขาดทรัพยากรมนุษย์ที่สามารถพัฒนาคุณภาพในการทำงานไปเป็นจำนวนมาก⁶⁷

2.3.1.2 ความหมายของ “อาชญากรรม”⁶⁸

การอธิบายเรื่องความหมายของอาชญากรรมนี้ จำต้องนำแนวความคิดของนักคิดที่มีชื่อเสียงมาให้ผู้อ่านได้ทราบถึงความหมายของคำว่า “อาชญากรรม” ดังนี้

เซลลิน (Sellin)⁶⁹ กล่าวว่า เป็นการกระทำของบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกในกลุ่มชนหนึ่ง อันมวลชนสมาชิกอื่นของกลุ่มชนนั้นเห็นว่าอันตรายและฝ่าฝืนกฎที่กลุ่มชนยอมรับ จำต้องรวมกำลังเข้าระงับหรือเพิกถอนสิทธิของบุคคลที่ฝ่าฝืนนั้นเสีย

ซัทเธอร์แลนด์ (Sutherland)⁷⁰ กล่าวว่า พฤติกรรมใดเป็นอาชญากรรมหรือไม่ควรเอาความเสียหายทางสังคมเป็นเกณฑ์ในการตัดสินแทนที่จะใช้เกณฑ์กฎหมายตั้งที่กล่าวว่า “การกระทำผิดกฎหมายจะเป็นอาชญากรรมมิใช่ว่าจะต้องรับโทษ แต่ควรเป็นพฤติกรรมนั้นจะถูกลงโทษมากกว่า”

เจเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham)⁷¹ กล่าวว่า อาชญากรรม (crime) เป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา โดยมีกฎหมายห้ามไว้ซึ่งมีผลร้ายมากกว่าผลดี

กาโรฟาโล (Garofalo)⁷² กล่าวว่า อาชญากรรม เป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อสังคม โดยมีกฎหมายบัญญัติถึงข้อห้ามไม่ให้มีการกระทำเช่นนั้น และการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายย่อมถูกลงโทษ

⁶⁷ ปกป้อง ศรีสนิท, “การแก้ปัญหากฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็น ด้วยการออกกฎหมายที่ไม่จำเป็น,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 มกราคม 2562, จาก Web. <https://www.the101.world/legal-reform-with-more-legalization/>.

⁶⁸ อัจฉรียา ชูตินันท์, อาชญาวิทยา และทัณฑวิทยา, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2555), น.25-26.

⁶⁹ นวลจันทร์ ทศนชัยกุล, อาชญากรรม (การป้องกัน : การควบคุม), (กรุงเทพมหานคร : คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2540), น.35.

⁷⁰ สุดสงวน สุธีสร, อาชญาวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขปรับปรุง, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.10.

⁷¹ ผจงจิตต์ อธิคมน์นทะ, สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525), น.8.

ควินนี (Quinney)⁷³ นักอาชญาวิทยาชาวอเมริกันได้ให้ทัศนะไว้ว่า “อาชญากรรม คือ พฤติกรรมของคนท้องที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในสังคมดำรงอยู่แบบเมืองได้กำหนดขึ้น” หมายความว่า พฤติกรรมใดจะเป็นอาชญากรรมก็ต่อเมื่อองค์กรเป็นผู้กำหนดขึ้น ซึ่งการกำหนดนั้นก็กำหนดไว้ในกฎหมายนั่นเอง องค์กรที่ว่าเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องอาชญากรรมด้วย และเป็นองค์กรซึ่งเกิดขึ้นในสังคมที่ดำรงอยู่แบบการเมือง คือ เป็นสังคมที่มีผู้ปกครองและผู้ใต้ปกครอง ควินนี (Quinney) ยังได้อธิบายต่อไปว่า สิ่งที่เราเรียกว่า อาชญากรรมนั้น เป็นสิ่งที่บางคนมอบให้แก่ผู้อื่น องค์กรที่น่ากฎหมายใช้ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ตำรวจ อัยการ และศาล ถือเป็นตัวแทนของสังคมที่ดำรงอยู่แบบการเมือง ตัวแทนดังกล่าวนี้เป็นผู้รับผิดชอบในการออกกฎหมายและใช้กฎหมาย คนจะกลายเป็นอาชญากรรมขึ้นมาก็เพราะมีการกำหนดกฎหมายและประยุกต์ใช้กฎหมายจึงอาจจะกล่าวได้ว่า อาชญากรรมคือ สิ่งที่คนกำหนดขึ้น อาชญากรรมมิใช่พฤติกรรมโดยตัวของมันเอง แต่เป็นพฤติกรรมที่มีการตัดสิน คือ คนบางคนตัดสินว่าการกระทำของใครเข้าลักษณะเช่นไร จึงจะเป็นอาชญากรรมและการตัดสินก็เป็นไปตามที่กฎหมายวางไว้ นอกจากนี้ ควินนี (Quinney) ยังกล่าวโดยสรุปว่า ยิ่งมีการกำหนดและใช้กฎหมายมากเท่าใด ปริมาณของอาชญากรรมก็จะยิ่งเพิ่มขึ้นเท่านั้น จะเห็นได้ว่า ความคิดของ ควินนี (Quinney) เกี่ยวกับอาชญากรรมนี้มีองค์ประกอบที่สำคัญอยู่ 3 ประการแรก คือ มีกฎหมาย ประการที่สอง คือ มีผู้ออกกฎหมายและผู้ใช้กฎหมาย และ ประการที่สาม คือ มีผู้ละเมิดกฎหมายถึงอย่างไรอาชญากรรมก็ยังอยู่ในขอบเขตของกฎหมายนั่นเอง

เวตเตอร์ (Vetter) และซิลเวอร์แมน (Silverman)⁷⁴ เป็นนักกฎหมายอาชญาวิทยาแห่ง University of South Florida ได้กล่าวเกี่ยวกับอาชญากรรมไว้ว่า เป็นพฤติกรรมที่มีความเกี่ยวพัน หรือเชื่อมโยงกับสิ่งอื่น และจะถือว่าอาชญากรรมเป็นพฤติกรรมที่ละเมิดกฎหมายเพียงประเด็นเดียวเห็นจะไม่ถูกต้อง เพราะกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปตามเวลา สถานที่และสภาพแวดล้อม อาชญากรรมจึงเป็นเพียงพฤติกรรมอย่างหนึ่ง เป็นพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนไปจากแนวประพฤติดั้งเดิมของสังคมส่วนร่วม แนวประพฤติดั้งเดิมเป็นกฎที่กำหนดพฤติกรรมของคนในสังคม คนส่วนใหญ่มักจะประพฤติอยู่ในกฎและไม่เบี่ยงเบนออกไปจากที่สังคมกำหนดไว้ ถ้าหากมีใครคนใดคนหนึ่ง หรือกลุ่มคนใดกลุ่มคนหนึ่งประพฤติเบี่ยงเบนออกไป สังคมก็จะมองเห็นและแสดงปฏิกิริยาตอบโต้ออกไป จากแนวความคิดของ

⁷² ประเทือง ธนียผล, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552), น.9.

⁷³ Richard Quinney, The Social Reality of Crime, (Boston : Little, 1970), pp.15-16.

⁷⁴ อังณพ ชูบำรุง, อาชญาวิทยาและอาชญากรรม, (กรุงเทพมหานคร : ภาควิชารัฐศาสตร์ และรัฐประศาสนศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2532), น.5.

นักอาชญาวิทยาสองท่านนี้ได้ขยายแนวความคิดของพฤติกรรมที่เป็นอาชญากรรมออกไปได้กว้างขวางขึ้นมาก โดยไม่ยึดกฎหมายเป็นหลัก เพราะกฎหมายอาญามักจะออกมาหลังจากพฤติกรรมเบี่ยงเบนที่เป็นอันตรายต่อสังคมได้เกิดขึ้นแล้ว พฤติกรรมที่เป็นภัยเกิดขึ้นก่อนกฎหมาย มิใช่กฎหมายเกิดขึ้นก่อนพฤติกรรม

2.3.2 องค์ประกอบความผิดฐานพรากเด็ก (มาตรา 317) และพรากผู้เยาว์ (มาตรา 319)

2.3.2.1 เปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดกฎหมายอาญา มาตรา 317 และ มาตรา 319

(1) ความผิดฐานพรากเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317

บุคคลที่เป็นผู้เสียหายในความผิดมาตรานี้ คือ บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็กที่อายุไม่เกิน 15 ปี ส่วนเด็กที่ถูกพรากไปนั้นมิใช่เป็นผู้เสียหายแต่ประการใด

คำว่า “บิดา” มาตรานี้ หมายถึงบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ถ้าบิดาไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันแล้ว บิดาที่รับหน้าที่ดูแลบุตรย่อมเป็นได้เพียง “ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล” เท่านั้น โดยถือว่าเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของมารดา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 “เด็กเกิดจากหญิงที่ได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

เด็กจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบิดานั้น ต้องอยู่ในบังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1547 “เด็กเกิดจากบิดามารดาที่ได้สมรสกันจะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อบิดามารดาได้สมรสกันในภายหลังหรือบิดาได้จดทะเบียนว่าเป็นบุตร หรือศาลพิพากษาว่าเป็นบุตร”

บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตรย่อมมีอำนาจปกครองบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 มาตรา 1567 และมาตรา 1568⁷⁵

ในความผิดฐานพรากเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคแรก ยังมีคำพิพากษาของศาลที่ยังเป็นที่น่าสังเกตและยังมีความขัดแย้งกันอยู่ในตัวว่าการกระทำที่เป็นความผิดหรือไม่เป็นการกระทำความผิดตามวรรคแรกว่า ดังนี้

⁷⁵ ภาสกร ญาณสุธี, คำอธิบายและการต่อสู้คดี ข่มขืน อนาคต พรากผู้เยาว์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2553), น.157-158.

1.สาระสำคัญของการกระทำที่เป็นความผิด ตามประมวลกฎหมาย

อาญา มาตรา 317 วรรคแรก

(ก) การพรากเด็กไปโดยปราศจากเหตุอันสมควรตามมาตรานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา หรือผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็ก อันเป็นการป้องกันมิให้บุคคลใดพาเด็กซึ่งอยู่ในอำนาจปกครองความปกครอง หรือการดูแลไปยังสถานที่อื่นหรือเพื่อกระทำการใด โดยไม่ได้รับอนุญาตก่อนได้ การกระทำที่เป็นความผิดนั้นผู้กระทำผิดต้องกระทำโดยชักชวนพุดจาหว่านล้อม ใช้อุบายหลอกลวง หรือใช้กำลังประทุษร้าย ไม่ว่าจะกำลังจากร่างกายภาพหรือจากสิ่งของมีนเมาต่าง ๆ ที่ให้ดม ให้ดื่ม หรือเสพ เป็นต้น รวมทั้งการสะกดจิตด้วย นอกจากนี้ แม้เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี สมัครงใจหรือยินยอมไปด้วย ก็ถือว่าเป็นการพาไป หรือเป็นการแยกเด็กออกไปจากความปกครองดูแลบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็กนั้นแล้ว ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา นี้ โดยบิดามารดาของเด็ก ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็กนั้นเป็นผู้เสียหาย

แม้บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นได้ปล่อยปละละเลยไม่ดูแลบุตรของตนก็ตาม ก็ยังถือว่าบิดามารดายังมีอำนาจปกครองเด็กซึ่งเป็นบุตรของตนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 อำนาจปกครองของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายที่มีต่อบุตรของคนนั้นอยู่ติดต่อบุตรในทุกสถานที่โดยบิดามารดาไม่จำเป็นต้องอยู่ด้วย บุคคลอื่นใดไม่อาจพาเด็กไปยังสถานที่อื่นใดได้ และไม่ว่าจะใช้เวลาอย่างน้อยเท่าใดก็ตามและแม้ว่าขณะนั้นเด็กจะอยู่ตามลำพังหรืออยู่กับผู้ใดก็ตาม มิเช่นนั้นย่อมเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดาตามกฎหมายได้

เมื่อผู้กระทำผิดได้กระทำการใด ๆ อันเป็นการพาเด็กออกไปจากสถานที่ที่เด็กอยู่ในขณะนั้นแล้ว ย่อมเป็นความผิดสำเร็จทันที โดยไม่คำนึงถึงระยะใกล้หรือไกลแต่ประการใด เพราะถือว่าผู้กระทำผิดได้พาหรือแยกเด็กออกไปจากอำนาจปกครองของบิดามารดาของผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็กนั้นแล้ว

(ข) เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปีนั้นต้องเป็นอายุตามความเป็นจริงเท่านั้นไม่ถือตามอายุซึ่งระบุ วัน เดือน ปี ที่เกิดตามใบเกิดหรือสูติบัตรที่มีการแจ้งการเกิดซ้ำว่าความเป็นจริงไม่ว่าจะเป็นการจำผิดพลาด เจ้าหน้าที่จดบันทึกผิดพลาด หรือแจ้งการเกิดล่าช้า เพราะแจ้งการเกิดต่อนายทะเบียนเกินกว่า 15 วัน นับแต่วันที่เด็กนั้นคลอดออกมา อันจะทำให้บิดามารดาผู้แจ้งการเกิดต้องเสียค่าปรับตามกฎหมาย เป็นต้น

(ค) การพรากไปโดยปราศจากเหตุอันสมควร และมีได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็กนั้นก่อน อันเป็นการล่วงละเมิดอำนาจการปกครองของบิดามารดา แม้ว่าเด็กซึ่งเป็นบุตรจะพักอาศัยอยู่กับผู้ใดก็ตามย่อมเป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์ เช่น

- พาไปเที่ยวเตร่ตามสถานที่ต่าง ๆ

- พาไปเพื่อเรียนค่าไถ่
- พาไปยังสถานที่ต่าง ๆ โดยไม่มีเหตุอันสมควร

(ง) อำนาจปกครองดูแลเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลนั้น อยู่ติดตัวเด็กตลอดเวลาโดยบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลต้องติดตามเด็กไปสถานที่ต่าง ๆ ด้วย หรืออยู่ต่างสถานที่กันก็ตามหากบุคคลใด ๆ ไปพาเด็กนั้นไปโดยมิได้รับความยินยอมจากบิดามารดาผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลก่อนแล้ว และไม่มีเหตุอันสมควร ย่อมเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองเด็ก บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็กนั้น จึงเป็นผู้เสียหายมีอำนาจดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิดได้

2. สาระสำคัญของการกระทำที่ไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมาย

อาญา มาตรา 317 วรรคแรก

(ก) การพรางไปโดยมิเหตุอันสมควร

- เพื่ออยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา โดยที่ฝ่ายชายยังไม่มีคู่สมรสหรือเคยมีภริยา แต่ได้หย่าร้างกันแล้ว

- ได้รับอนุญาตหรือความยินยอมจากผู้ปกครองหรือเด็กผู้ดูแลเด็กแล้ว

- เพื่อช่วยเหลือให้พ้นจากภัยหรืออันตรายต่าง ๆ

(ข) การสมัครใจไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อไปอยู่กับอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมิได้มีการพาไปแต่อย่างใด หรือมีการพาไป ด้วยความเต็มใจและอิสระหรือเสรีภาพที่จะออกไปจากสถานที่นั้น ๆ ได้ หรือเด็กสมัครใจเดินทางไปหาอีกฝ่ายหนึ่งเอง หรือเด็กสมัครใจไปบ้านอีกฝ่ายหนึ่ง รวมทั้งบิดามารดาผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลทราบว่าเด็กไปบ้านอีกฝ่ายหนึ่งเองแล้วไม่ทักท้วงหรือห้ามปรามแต่ประการใด ย่อมเห็นได้ชัดเจนว่าอีกฝ่ายหนึ่งนั้นได้กระทำการใด ๆ อันเป็นการพรางเด็กไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลของเด็กนั้นเลย

(ค) เป็นการตามไปในภายหลังจากที่บุคคลอื่นพรางเด็กไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลแล้ว โดยไม่มีการคบคิดวางแผนการฉกกันมาก่อน

3. สาระสำคัญของการกระทำที่ไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมาย

อาญา มาตรา 317 วรรคสาม

เด็กสมัครใจไปกับอีกฝ่ายหนึ่งแล้วมีการกระทำชำเราเด็ก โดยความยินยอมของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเด็กก็ดี หรือบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็กทราบเรื่องการกระทำชำเราเด็กด้วยความยินยอมแล้วแสดงพฤติการณ์ยอมรับในเรื่องดังกล่าวก็ดี ย่อมไม่เป็นการผิดฐานพรางเด็กไปเพื่อการอนาจาร

(2) ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319

การพรากผู้เยาว์ตามมาตรานี้เป็นการพรากไปจากอำนาจปกครองของ บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลผู้เยาว์ โดยผู้เยาว์ยินยอมไปด้วย บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลผู้เยาว์ดังกล่าวจึงเป็นผู้เสียหายมีอำนาจดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิดได้

ผู้เยาว์ต้องมีอายุตามความเป็นจริงกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี เว้นแต่ผู้เยาว์ได้บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรสแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 20 มาตรา 1448 มาตรา 1454 และมาตรา 1436 จึงพ้นภาวะการเป็นผู้เยาว์แล้ว แม้ว่าภายหลังได้มีการจดทะเบียนหย่าโดยที่ยังมีอายุไม่ครบ 20 ปี ก็ตาม ย่อมไม่อาจทำให้ย้อนกลับไปเป็นผู้เยาว์อีก ทั้งนี้ เพราะเป็นการบรรลุนิติภาวะด้วยการสมรสแล้ว

ผู้กระทำความยอมเป็นได้ทั้งชายและหญิง ได้พรากผู้เยาว์ที่เป็นชายหรือหญิงไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลนั้น

อำนาจปกครองดูแลผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี ของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลนั้นอยู่ติดตัวผู้เยาว์ตลอดเวลา และทุกสถานที่โดยบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลต้องติดตามผู้เยาว์ไปตามสถานที่ต่าง ๆ ด้วยหากบุคคลใด ๆ ไปพาผู้เยาว์นั้นไปกระทำการใด ๆ เพื่อหากำไรแก่ตัวเองหรือทำให้ตนเองได้รับประโยชน์ใด ๆ หรือพาผู้เยาว์นั้นไปเพื่อการอนาจาร เช่น จับ กอด จูบตามร่างกาย หรือกระทำชำเรา และอื่น ๆ ซึ่งเป็นการกระทำใด ๆ อันแสดงความใคร่ที่ไม่สมควรทางเพศแล้ว ไม่ว่าจะกระทำเองหรือให้ผู้อื่นกระทำการอันไม่สมควรทางเพศ ก็ตาม แม้ผู้เยาว์ให้ความยินยอม รวมทั้งบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลให้ความยินยอมด้วยก็ตาม บุคคลนั้นย่อมมีความผิดตามมาตรานี้ ในกรณีที่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลให้ความยินยอมให้ผู้กระทำความผิดพาผู้เยาว์ไปเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารแล้ว บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลที่ให้ความยินยอมดังกล่าว ย่อมไม่ใช่ผู้เสียหายโดยนิตินัยที่จะร้องทุกข์หรือดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิดได้ ความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ซึ่งรัฐเป็นผู้เสียหาย ดังนั้น ตำรวจหรือพนักงานสอบสวนเมื่อได้รับว่ามีกระทำความผิดตามมาตรานี้เกิดขึ้น ย่อมมีอำนาจดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิดได้

การกระทำผิดสำเร็จลงเมื่อผู้กระทำผิดได้พาผู้เยาว์ไปจากสถานที่อยู่ที่ผู้เยาว์อยู่ในขณะนั้นแล้วโดยไม่คำนึงถึงระยะใกล้หรือไกลแต่ประการใด

ความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดสำเร็จตั้งแต่มีการพาผู้เยาว์ไปจากสถานที่ใด ๆ ที่ผู้เยาว์อยู่ในขณะนั้นแล้วโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลผู้เยาว์ก่อน ต่อมาบุคคลนั้นได้กระทำการอื่นใดต่อผู้เยาว์อันเป็นความผิดแล้ว เช่น กระทำอนาจาร กระทำชำเรา หรือข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น แม้กระทำในวันเดียวกันก็ตาม หรือผู้กระทำผิดมีอาชีพเป็นธุระจัดหาหญิงไว้เพื่อสำเร็จความใคร่ของผู้อื่น ซึ่งเรียกว่าแก๊งค์ค้ำกามแล้วก็ยอม

เป็นความผิดอีกกรณีหนึ่ง และนอกจากนี้ก็อาจมีการกระทำความผิดฐานอื่นเป็นความผิดกรณีใหม่เพิ่มขึ้นอีกได้ อันเป็นความผิดต่างกรรมต่างวาระกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 91

การเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์นั้น ต้องเป็นมารดาผู้ให้กำเนิดผู้เยาว์ ส่วนการเป็นบิดาตามมาตรานี้ต้องเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้เยาว์แต่อย่างไรก็ดีแม้เป็นบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้เยาว์ก็ตาม แต่ก็ได้อุปการะเลี้ยงดูผู้เยาว์ตลอดมาโดยความยินยอมของมารดาผู้เยาว์แล้ว ก็จะอยู่ในฐานะเป็นผู้ปกครองผู้เยาว์ด้วย นอกจากนี้ศาลมีอำนาจตั้งบุคคลใดเป็นผู้ปกครองผู้เยาว์ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1585 วรรคหนึ่ง “บุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะและไม่มีบิดามารดาหรือบิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครองเสียแล้วนั้น จะจัดให้มีผู้ปกครองขึ้นในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ก็ได้”

แต่ถ้าบิดามารดาของผู้เยาว์ได้ยินยอมยกผู้เยาว์ซึ่งเป็นบุตรของตนให้แก่บุคคลอื่น และได้มีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายแล้ว บิดามารดาก็หมดอำนาจปกครองผู้เยาว์ ผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/28 และมาตรา 1567 ดังนั้น ถ้าผู้กระทำความผิดได้พรางผู้เยาว์ไปอันเป็นความผิดตามมาตรานี้ผู้รับบุตรบุญธรรมจึงเป็นผู้เสียหาย มีอำนาจดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดได้

ส่วนการเป็นผู้ดูแลผู้เยาว์นั้น ต้องเป็นบุคคลที่บิดามารดาของผู้เยาว์ได้มอบหมายบุคคลนั้นให้เป็นผู้ดูแลผู้เยาว์แทนบิดามารดาอย่างชัดเจน

สาระสำคัญของการกระทำที่ไม่เป็นความผิด

พาไปเพื่ออยู่กินกันฉันสามีภริยา มีการอุปการะเลี้ยงดูกันอย่างเป็นสามีภริยากันแม้ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันก็ตาม ทั้งนี้ผู้กระทำต้องยังไม่มีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้ว (แต่ถ้ามีคู่สมรสอยู่แล้วย่อมไม่อาจถือว่าพาไปหรืออยู่กินฉันสามีภริยา จึงต้องมีความผิดตามมาตรานี้)

พฤติการณ์ต่าง ๆ ก็ถือว่าผู้กระทำความผิดมีความประสงค์จะอยู่กับผู้เยาว์ฉันสามีภริยากัน มีดังนี้

1. ผู้กระทำความผิดยังไม่มีคู่สมรส หรือเคยมีคู่สมรสแต่หย่าร้างกันแล้ว
2. มีการบอกกล่าวแก่ผู้อื่นว่าผู้เยาว์เป็นภริยาของตนเอง
3. ได้มีการส่งผู้เยาว์ไปเป็นภริยาของตน
4. หลังเกิดเหตุ ผู้กระทำความผิดได้ไปเจรจาขอผู้เยาว์เพื่อเป็นภริยาของตน

จากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลผู้เยาว์แล้ว หรือมีการทำพิธีขอขมากับบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้เยาว์แล้ว

2.3.3 เหตุยกเว้นโทษและเหตุผลโทษกรณีเด็กหรือผู้เยาว์เป็นผู้กระทำความผิด

2.3.3.1 เหตุยกเว้นโทษกรณีเด็กหรือผู้เยาว์เป็นผู้กระทำความผิด

ยกเว้นโทษ หมายความว่า การกระทำนั้นเป็นความผิด จึงเป็นภัยอันตรายที่
เกิดจากการละเมิดกฎหมายการกระทำโต้ตอบกลับมาจึงอ้างป้องกัน⁷⁶

บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา นอกจากการกระทำประกอบประกอบความผิด
และกฎหมายมิได้ยกเว้นความผิดแล้ว การกระทำนั้นจะต้องไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษไว้ด้วย ดังนั้น นัก
กฎหมายจึงต้องพิจารณาเหตุยกเว้นโทษเป็นอีกขั้นตอนหนึ่ง ซึ่งถัดจากการพิจารณาการกระทำ ว่ามี
เหตุยกเว้นความผิดหรือไม่ การพิจารณาเหตุยกเว้นโทษนั้น จะพิจารณาได้จากลักษณะของการกระทำ
นั่นเองว่ามีลักษณะดังจะกล่าวในหัวข้อต่อ ๆ ไป อย่างไรก็ตาม มีข้อพึงระลึกว่า แม้ผู้กระทำความผิดไม่ต้อง
รับผิดชอบเพราะเหตุยกเว้นโทษดังจะกล่าวต่อไปนั้น แต่นั่นหมายความว่า การกระทำของผู้กระทำนั้น
กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นความผิดแล้ว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้กระทำได้กระทำความผิดประกอบ
ความผิด หากเพียงแต่ไม่ต้องรับโทษเพราะมีเหตุยกเว้นโทษนั่นเอง⁷⁷ เหตุยกเว้นโทษมีด้วยกันหลาย
กรณี แต่จะขอกกล่าวถึงเหตุยกเว้นโทษในกรณีเพราะเหตุแห่งอายุของผู้กระทำ

เพราะเหตุแห่งอายุของผู้กระทำ ลักษณะการกระทำความผิดของผู้กระทำ
อาจจะแตกต่างกันไป ด้วยหลาย ๆ สาเหตุ เช่น ความคับแค้นใจ ความโกรธเคือง ความรู้ที่แตกต่างกัน
หรือภาวะแห่งจิต และในจิตของเด็กกับผู้ใหญ่ก็แตกต่างกัน ดังนั้นกฎหมายจึงได้บัญญัติให้เด็กต้องรับ
โทษแตกต่างจากผู้ใหญ่ซึ่งถือว่ามีจิตใจที่สามารถพิจารณาการกระทำใด ๆ ได้เป็นอย่างดี หรือที่
กฎหมายเรียกว่า “รู้สำนึกในการกระทำ” อย่างสมบูรณ์

กฎหมายได้พยายามแยกอายุของเด็กที่กระทำความผิดออกเป็นช่วง ๆ เพราะ
เห็นว่าเด็กในแต่ละช่วงอายุก็จะมีวิวัฒนาการความรู้สึกรับผิดชอบชั่วดี ที่แตกต่างกันออกไป
นอกจากนั้นการดูแลอบรมก็มีส่วนสำคัญที่ทำให้เด็กในแต่ละช่วงอายุมีความรู้สำนึกในการกระทำที่
แตกต่างกันออกไป ประมวลกฎหมายอาญา ที่ได้แก้ไขแล้ว ได้แยกการกระทำของเด็กออกเป็นช่วง
อายุคือ ช่วงอายุไม่เกิน 10 ปี (มาตรา 73) ช่วงอายุเกินกว่า 10 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปี (มาตรา 74) ช่วง
อายุกว่า 15 ปีแต่ไม่ถึง 18 ปี (มาตรา 75) และช่วงอายุตั้งแต่ 18 ปี แต่ยังไม่เกิน 20 ปี (มาตรา 76)
และนอกจากประมวลกฎหมายอาญาจะแยกความรับผิดชอบของเด็กออกเป็นช่วงอายุดังกล่าวแล้ว ในกร

⁷⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไข
เพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2562), น.107.

⁷⁷ โอฟาร กุลวิจิตร และ อมรพจน์ กุลวิจิตร, เหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ เหตุลด
โทษ เหตุรอกการลงโทษและรอกการกำหนดโทษ, (กรุงเทพมหานคร : ร้านสวัสดิการหนังสือกฎหมาย
ปณรัชช, 2552), น.82.

พิจารณาคดีที่เด็กได้กระทำความผิดนั้นก็แตกต่างไปจากผู้ใหญ่ด้วย ดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.22534 แต่ตามพระราชบัญญัตินี้คงใช้บังคับแก่เด็กที่มีอายุเกิน 7 ปีแต่ยังไม่เกิน 14 ปีและเยาวชนที่มีอายุเกิน 14 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี เท่านั้น

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 73 บัญญัติไว้ว่า “เด็กอายุยังไม่เกินสิบปีกระทำการอันกฎหมายบัญญัติ เป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ” และวรรคสอง บัญญัติว่า “ให้พนักงานสอบสวนส่งตัวเด็กตามวรรคหนึ่งให้เจ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก เพื่อดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น”

สำหรับเด็กที่กระทำความผิดที่มีอายุไม่เกิน 10 ปีหากได้กระทำความผิดแล้ว ก็ไม่ต้องรับโทษ สำหรับความผิดนั้นและศาลไม่มีอำนาจกระทำการใด ๆ สำหรับเด็กที่กระทำการนั้น ๆ กล่าวคือเด็กได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเสมือนหนึ่งเด็กนั้นไม่มีความผิด แต่ทั้งนี้ก็ให้อำนาจพนักงานสอบสวนส่งตัวเด็กให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กเพื่อดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กต่อไป (มาตรา 73 วรรคสอง) ซึ่งได้บัญญัติเพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 เดิม ทั้งนี้เพื่อดูแล ฟันฟูเด็กที่ได้กระทำความผิดรวมทั้งหาข้อเท็จจริงที่เป็นสาเหตุของการกระทำเพื่อหาทางแก้ไขต่อไป ดังนั้นการที่เจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กดำเนินการอย่างไรมันจึงไม่ใช่เป็นการลงโทษ แต่เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก ทั้งเจ้าพนักงานตามกฎหมายต้องไม่กระทำการใดอันเป็นการลงโทษเด็ก

มีข้อสังเกตว่า เด็กอายุไม่เกิน 7 ปีหากกระทำการใดอันมีลักษณะเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ นั้นหมายความว่าเด็กนั้นได้กระทำครบองค์ประกอบความผิดแล้ว เพียงแต่ไม่ต้องรับโทษตามกฎหมายเท่านั้น แต่ถ้าเด็กนั้นกระทำการอันมีลักษณะเป็นความผิดแต่ไม่รู้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด การกระทำของเด็กนั้นก็ไม่ใช่ความผิด เพราะขาดเจตนาหรือที่เรียกว่าไม่รู้สึกรู้ใจในการกระทำ เช่นเด็กอายุ 5 ปี หยิบขนมในร้านมากินเพราะหิว โดยไม่รู้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด การกระทำของเด็กนั้นก็ไม่ใช่ความผิดหรือกรณี เด็กอายุ 5 ปี ใช้มีดเหรียญไปมาตามประสาเด็กถูกนาย ก. ได้รับบาดเจ็บ โดยไม่มีเจตนาทำร้าย เด็กนั้นก็ไม่มีความผิดแต่อย่างใด

ใน มาตรา 74 ได้บัญญัติไว้ว่า “เด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจที่จะดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) ว่ากล่าวตักเตือนเด็กนั้นแล้วปล่อยตัวไป และถ้าศาลเห็นสมควรจะเรียกบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาตักเตือนด้วยก็ได้

(2) ถ้าศาลเห็นว่า บิดา มารดา หรือผู้ปกครองสามารถดูแลเด็กนั้นได้ ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กให้แก่บิดา มารดา หรือผู้ปกครองไป โดยวางข้อกำหนดให้บิดา มารดา หรือผู้ปกครองระวางเด็กนั้นไม่ให้ก่อเหตุร้ายตลอดเวลาที่ศาลกำหนดซึ่งต้องไม่เกินสามปีและกำหนดจำนวนเงินตามที่เห็นสมควรซึ่งบิดา มารดา หรือผู้ปกครองจะต้องชำระต่อศาลไม่เกินครั้งละหนึ่งหมื่นบาท ในเมื่อเด็กนั้นก่อเหตุร้ายขึ้น

ถ้าเด็กนั้นอาศัยกับบุคคลอื่น นอกจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครองและศาลเห็นว่าไม่สมควรจะเรียกบิดา มารดา หรือผู้ปกครองมาวางข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น ศาลจะเรียกตัวบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาสอบถามว่าจะยอมรับข้อกำหนดทำนองที่บัญญัติไว้สำหรับบิดา มารดา หรือผู้ปกครองดังกล่าวมาข้างต้นหรือไม่ก็ได้ ถ้าบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ยอมรับข้อกำหนดเช่นนั้น ก็ให้ศาลมีคำสั่งมอบตัวเด็กให้แก่บุคคลนั้นไปโดยวางข้อกำหนดดังกล่าว

(3) ในกรณีที่ศาลมอบตัวเด็กให้แก่บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ตาม (2) ศาลจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อควบคุมประพฤติเด็กนั้นเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 56 ด้วยก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ ให้ศาลแต่งตั้งพนักงานคุมประพฤติหรือพนักงานอื่นใดเพื่อควบคุมความประพฤติเด็กนั้น

(4) ถ้าเด็กนั้นไม่มีบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง หรือมีแต่ศาลเห็นว่าไม่สามารถดูแลเด็กนั้นได้หรือถ้าเด็กอยู่กับบุคคล อื่นนอกจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครองและบุคคลนั้นไม่ยอมรับข้อกำหนดดังกล่าว (2) ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้อยู่กับบุคคลหรือองค์การที่ศาลเห็นสมควร เพื่อดูแลอบรม และสั่งสอนตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดก็ได้ในเมื่อบุคคลหรือองค์การนั้นยินยอม ในกรณีเช่นนี้ให้บุคคลหรือองค์การนั้นมีอำนาจเช่นผู้ปกครองเฉพาะเพื่อ ดูแล อบรม และสั่งสอน รวมตลอดถึงการกำหนดที่อยู่และการจัดให้เด็กมีงานทำตามสมควร หรือให้ดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นก็ได้ หรือ

(5) ส่งตัวเด็กนั้นไปโรงเรียน หรือสถานฝึกและอบรม หรือสถานที่ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อฝึกอบรมเด็ก ตลอดระยะเวลาที่ศาลกำหนด แต่อย่างไรก็ตามที่เด็กนั้นจะมีอายุครบสิบแปดปี

คำสั่งของศาลดังกล่าวใน (2) (3) (4) และ(5) นั้น ถ้าในขณะใดภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้ความปรากฏแก่ศาลโดยศาลรู้เอง หรือตามคำสนองของผู้มีส่วนได้เสีย พนักงานอัยการ หรือบุคคลหรือองค์การที่ศาลมอบตัวเด็กเพื่อดูแลอบรมและสั่งสอน หรือเจ้าพนักงานว่า พฤติการณ์เกี่ยวกับคำสั่งนั้นได้เปลี่ยนแปลงไปก็ให้ศาลมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งนั้น หรือมีคำสั่งใหม่ตามอำนาจในมาตรานี้”

ในมาตรานี้ใช้สำหรับเด็กที่มีอายุกว่า 10 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี ซึ่งถือได้ว่ามีความรู้สึกผิดชอบชั่วดีสูงขึ้นอีกระดับหนึ่งแต่อย่างไรก็ตาม หากกระทำความผิดก็ยังไม่ต้องรับโทษเช่นเดียวกับเด็กอายุยังไม่เกิน 10 ปี แต่ด้วยความรู้สึกผิดและชอบที่มากขึ้นนี้ หากไม่พยายามดูแล

อบรมให้ได้รับการศึกษา อาจทำให้เด็กในช่วงอายุดังกล่าวเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ไม่มีคุณภาพได้ ดังนั้นกฎหมายจึงบัญญัติให้อำนาจศาลที่จะดำเนินการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 74 ได้ โดยศาลสามารถจะดำเนินการตามที่บัญญัติไว้ในมาตราดังกล่าวอนุมาตราใดอนุมาตราหนึ่งได้หรือหลายอนุมาตราพร้อม ๆ กันไปได้⁷⁸

2.3.3.2 เหตุลดโทษกรณีเด็กหรือผู้เยาว์เป็นผู้กระทำความผิด

เนื่องด้วยกฎหมายอาญา ในระบบของไทยนั้น ไม่ได้ให้ดุลพินิจแก่ผู้พิพากษา ในการกำหนดโทษอย่างอิสระ กล่าวคือการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ยังอยู่ภายในกรอบของอัตราโทษขั้นสูงและขั้นต่ำตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นในตัวเองเพื่อเปิดช่องให้การกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดในบางลักษณะนั้น สามารถกระทำได้อย่างเหมาะสม จึงต้องบัญญัติกฎหมายให้สามารถลดโทษกับผู้กระทำความผิดในบางลักษณะดังกล่าวได้ เช่น การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือการกระทำเพราะเหตุบันดาลโทสะ เป็นต้น เพราะลักษณะการกระทำผิดเหล่านี้ มีความแตกต่างจากลักษณะการกระทำผิดโดยทั่ว ๆ ไป คือมีเหตุผลสนับสนุนให้ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำ เพียงแต่การกระทำและผลของการกระทำไม่ได้สัดส่วนกัน หรือกรณีที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายมีความสัมพันธ์ในทางครอบครัว กฎหมายก็นำเรื่องเหล่านี้มาพิจารณาคำนี้ถึงเพราะเป็นเรื่องในทางศีลธรรม แล้วกำหนดโทษให้เหมาะสม เป็นต้น เหตุลดโทษมีหลายลักษณะ แต่จะขอกกล่าวถึงกรณีเหตุแห่งอายุ⁷⁹

เหตุแห่งอายุ มาตรา 75 ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่พึงเกี่ยวกับผู้นั้น ในอันที่จะวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็ให้จัดการตามมาตรา 74 หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดกึ่งหนึ่ง”

สำหรับบุคคลที่อายุกว่า 15 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี ถือได้ว่าความรู้รับผิดชอบสูงขึ้นมาอีกชั้นหนึ่ง ดังนั้นจึงต้องมีความรับผิดชอบต่อการกระทำของตน ดังนั้นกฎหมายในมาตรา 75 จึงบัญญัติให้มีการลงโทษ แต่ต้องลดมาตราส่วนโทษให้สำหรับการกระทำของผู้นั้นลงกึ่งหนึ่งเสียก่อน อย่างไรก็ตามในช่วงอายุดังกล่าวการเจริญเติบโตของวัยในแต่ละบุคคลอาจแตกต่างกัน กฎหมายจึงบัญญัติให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดได้ แต่ให้ใช้วิธีการสำหรับเด็กตั้งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 74 โดยพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่พึงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดนั้น

⁷⁸ โอฟาร กุลวิจิตร และ อมรพจน์ กุลวิจิตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 77*, น.98-103.

⁷⁹ โอฟาร กุลวิจิตร และ อมรพจน์ กุลวิจิตร, *เพ็ญอ้าง*, น.9.

ในมาตรานี้กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด...” มิได้ใช้คำว่าเด็กหรือเยาวชน ก็อาจด้วยเหตุผลที่ว่าผู้กระทำความผิดที่อยู่ในช่วงนี้ บางคนอาจมีความรู้ผิดชอบ รวมทั้งสรีระทางร่างกายที่อาจเทียบเท่าผู้ใหญ่ การใช้คำว่าเด็กจึงอาจจะไม่เหมาะสมจึงใช้คำดังกล่าว

และคำว่า “...สิ่งอื่นทั้งปวงเกี่ยวกับผู้นั้นในอันที่ควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษา ลงโทษผู้นั้นหรือไม่...” ในมาตรานี้ก็มีความหมายที่กว้าง แต่กล่าวได้โดยรวมว่าเหตุใดก็ตามที่จะนำมาใช้ประกอบการพิจารณาของศาลเพื่อพิจารณาลงโทษจำเลย เช่น เป็นคนเกเร ไม่มีอาชีพ เป็นต้น ก็ต้องเป็นเหตุให้พิจารณาเพื่อการลงโทษ แต่ถ้าไม่มีเหตุดังกล่าวศาลมีอำนาจจัดการตามมาตรา 74

มาตรา 76 ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดอายุตั้งแต่สิบแปดปีแต่ยังไม่เกินยี่สิบปีกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงหนึ่งในสาม หรือกึ่งหนึ่งก็ได้”

เป็นช่วงอายุสุดท้ายที่จะย่างเข้าสู่วัยผู้ใหญ่ ดังนั้นความรู้ผิดและชอบจึงน่าจะใกล้เคียงผู้ใหญ่ แต่ก็ยังเห็นว่าผู้กระทำความผิดในช่วงอายุนี้อาจขาดความรู้ผิดชอบอยู่บ้าน จึงบัญญัติให้ศาลใช้ดุลยพินิจก่อนลงโทษผู้กระทำความผิดว่าสมควรจะลดมาตราส่วนโทษบ้างหรือไม่ โดยกำหนดลักษณะการลดมาตราส่วนโทษเป็นสองกรณีคือลดมาตราส่วนโทษหนึ่งในสามหรือลดมาตราส่วนโทษลงกึ่งหนึ่ง ซึ่งศาลจะพิจารณาจากพฤติการณ์ในการกระทำความผิดนั้นเอง⁸⁰

2.4 บทบาทของหลักความยินยอมของเด็กหรือผู้เยาว์ในความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์

หลักในเรื่องของความยินยอมนี้ ถ้าพิจารณาแล้ว จะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งไว้ในกฎหมายเช่นเดียวกัน เพียงแต่บัญญัติไว้ในลักษณะที่เป็นไปในทางกลับกันว่า หากไม่ยินยอมหรือจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม แล้วจะเป็นความผิดตั้งที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 (ข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น) มาตรา 277 (กระทำชำเราเด็ก) มาตรา 278 (การกระทำอนาจาร) เป็นต้น แต่ไม่มีบทบัญญัติมาตราใดที่บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า หากมีความยินยอมของผู้ถูกระทำ ผู้ถูกระทำก็ไม่ต้องรับผิดทางอาญา เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากความยินยอมเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้ให้ชัดเจนถึงเพียงนั้น ซึ่งศาลฎีกาเองก็เคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหาย ให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้ว ความยินยอมนั้นก็เพียงพอเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้ หรือในคำ

⁸⁰ โอฟาร กุลวิจิตร และ อมรพจน์ กุลวิจิตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 77*, น.151-152.

พิพากษาฎีกาที่ 2073/2537 จำเลยที่ 1 ร่วมประเวณีกับผู้เสียหายโดยผู้เสียหายยินยอมจึงไม่เป็นความผิด

หลักในเรื่องความยินยอมไม่เป็นละเมิด

ในเรื่องละเมิดมีกฎหมายในภาษาละตินที่ว่า “Volenti non fit injuria” หมายความว่า “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด” คือหากผู้ถูกกระทำละเมิดยอมให้บุคคลอื่นกระทำต่อตนด้วยความสมัครใจปราศจากการล่อลวง ช่มชู้ หรือสำคัญผิด และความยินยอมนั้นมีอยู่ตลอดเวลาในขณะที่ทำละเมิด และไม่เป็นการต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และความเสียหายนั้นไม่มีผลประโยชน์ต่อสาธารณะ กฎหมายย่อมจะปล่อยให้บุคคลกำหนดชะตากรรมของตนเองเมื่อบุคคลตัดสินใจเสี่ยงภัยเอง เขาก็ควรจะรับผลความเสียหายแก่ตัวเขาเอง การกระทำนั้นก็ไม่ถือว่าเป็นละเมิด⁸¹

2.4.1 ความยินยอมของผู้กระทำและผู้เสียหายเป็นเด็กหรือผู้เยาว์

ในประมวลกฎหมายอาญา แม้จะมีได้บัญญัติหลักเรื่องความยินยอมของผู้ถูกกระทำโดยชัดแจ้งก็ตาม แต่สามารถค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายที่บัญญัติหลักเรื่องไว้เป็นนัย ๆ ได้จากมาตรา 2 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญา ต่อเมื่อได้กระทำการอันเป็นกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษ” หลักทฤษฎี Nulla poena sine lege หลักนี้เป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายอาญา กฎหมายไทยจะไม่มีการลงโทษกัน ถ้าหากไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดและโทษไว้ก็ไม่สามารถลงโทษได้หลักของมาตรานี้คือ

2.4.1.1 ไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำใด ๆ ก็ตามถ้ากฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นไม่ได้บัญญัติไว้ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดแล้ว จะถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดไม่ได้

2.4.1.2 ห้ามใช้ย้อนหลัง แต่จะใช้ย้อนหลังให้เป็นคุณได้ คือว่า การใช้ย้อนหลังนี้ประมาณว่า มีกฎหมายมาตราหนึ่งกำหนดโทษจำคุก 1 ปี กฎหมายใหม่ออกมาความผิดเหมือนเดิม แต่โทษเบากว่าเดิม ก็ต้องใช้กฎหมายใหม่ แต่ถ้ากฎหมายเก่าโทษเบากว่าเดิมก็สามารยใช้ย้อนหลังได้

2.4.1.3 ต้องตีความโดยเคร่งครัด ห้ามตีความใกล้เคียง เหตุผลคือ กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่รอนสิทธิเสรีภาพของบุคคล จะบัญญัติให้บุคคลนั้น ๆ รับโทษหรือถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพไม่ได้เลย กล่าวคือ บุคคลจะรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อการกระทำนั้นครบองค์ประกอบ

⁸¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, สังคัมกับกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2559), น.138-139.

ความผิด ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ทั้งการกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด และประการสุดท้ายการกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ ดังนั้น การกระทำใดหากในขณะนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับโทษทางอาญา เช่นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” เห็นได้จากคำว่า “...โดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดคิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น...” ซึ่งนั่นหมายความว่า การกระทำนี้ถ้าหากไม่ขู่เชือด หรือใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือกล่าวโดยทั่วไป คือหากมีความยินยอม ก็ถือว่าผู้กระทำไม่มีความผิดตามมาตรานี้ เช่น จำเลยที่ 1 ร่วมประเวณีกับผู้เสียหายโดยผู้เสียหายยินยอมจึงไม่เป็นความผิด (คำพิพากษาฎีกาที่ 2073/2537)

นอกจากนั้น ด้วยเหตุผลที่ว่าความยินยอมไม่ก่อให้เกิดการกระทำผิด แต่ถ้ากฎหมายประสงค์ให้การกระทำใดซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว อาจเป็นภัยคุกคามความสงบสุขของประชาชน หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนได้ กฎหมายก็จะบัญญัติเรื่องเหล่านั้นไว้เป็นความผิดโดยชัดแจ้ง ถึงแม้จะมีความยินยอมก็ตาม เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 (หญิงทำให้แท้งลูก) มาตรา 302 (ทำแท้งโดยความยินยอม) คดีนี้โจทก์ฟ้องว่า จำเลยทั้งสามร่วมกันให้หญิงคนหนึ่งไม่ทราบชื่อทำให้นางสาว ป. ผู้เสียหายแท้งลูกโดยผู้เสียหายไม่ยินยอม ขอให้ลงโทษจำเลยทั้งสามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 , 84 , 303 ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ผู้เสียหายไปหาจำเลยที่ 1 ที่บ้าน และถูกจำเลยที่ 1 ข่มขืนกระทำชำเรา หลังจากนั้นเมื่อผู้เสียหายไปตรวจร่างกายที่สถานีอนามัยจึงทราบว่าผู้เสียหายตั้งครรภ์ ต่อมาจำเลยทั้งสามมาหาผู้เสียหายที่บ้านโดยจำเลยที่ 1 เป็นผู้ขับรถ จำเลยที่ 2 เป็นมารดาจำเลยที่ 1 แล้วพาผู้เสียหายไปหาผู้หญิงคนหนึ่งเพื่อทำแท้ง ระหว่างทางจำเลยที่ 3 ลงจากรถไปก่อน จำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 พาผู้เสียหายเข้าไปทำแท้งในบ้านหลังหนึ่งโดยผู้เสียหายยินยอมให้ทำแท้งลูกระหว่างการทำแท้งจำเลยที่ 1 นั่งขวางประตูบ้านอยู่ด้วย พฤติการณ์ของจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 เป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกก่อนหรือขณะกระทำความผิดในการที่ผู้อื่นทำแท้งผู้เสียหาย จำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 จึงมีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดตามมาตรา 302วรรคแรก ประกอบมาตรา 86 แม้โจทก์จะมีได้ขอให้ลงโทษตามมาตรานี้ ศาลก็ยอมลงโทษได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192 วรรคท้าย เพราะการทำให้แท้งลูกไม่ว่าหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติเป็นความผิดทั้งนั้น หากแต่กำหนดโทษหนักเบาต่างกัน (คำพิพากษาฎีกาที่ 6443/2545) มาตรา 317 (พรากรเด็ก) มาตรา 319 (พรากรผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ยินยอม) เป็นต้น โดยในมาตราแต่ละมาตราดังกล่าวนั้น แม้ผู้ถูกกระทำจะยินยอมให้กระทำก็ตาม แต่สังคมมันจะเห็นว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายจึงได้บัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด ดังตัวอย่างเช่น จำเลยที่ 1 และ

จำเลยที่ 2 ผู้เสียหายขึ้นรถกระบะ จากบ้านผู้เสียหายไปให้หญิงไม่ทราบชื่อกับพวกอีก 2 คนทำแท้ง ทำให้ผู้เสียหายแท้งลูกโดยผู้เสียหายยินยอม การทำให้หญิงแท้งลูกไม่ว่าหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามก็เป็นความรับผิดชอบ (คำพิพากษาฎีกาที่ 6443/2545)

อย่างไรก็ตามหลักความยินยอมนี้ยังคงต้องมีหลักเกณฑ์ หรือเงื่อนไขต่าง ๆ ว่า ความยินยอมที่จะเป็นเหตุไม่ให้ผู้กระทำต้องรับโทษและไม่มีผิดนั้นเป็นอย่างไร กล่าวคือ

ความยินยอมด้วยใจบริสุทธิ์ หมายความว่า ผู้ให้ความยินยอมจะต้องให้ความยินยอมด้วยใจสมัครไม่ว่าทางกายภาพหรือทางจิตใจ กล่าวคือผู้ยินยอมจะต้องรู้ผลที่จะเกิดขึ้นตามมา ในภายหลัง ไม่ได้ถูกหลอกลวงจากบุคคลอื่นจนได้ให้ความยินยอมหรือไม่ได้สำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่ตนควรจะรู้

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ 947/2536 จำเลยพาผู้เสียหายไปกินอยู่หลับนอนกันที่บ้านของจำเลย โดยผู้เสียหายยินยอมระหว่างพักอยู่ร่วมกับจำเลย ผู้เสียหายช่วยทำงานบ้านและได้เงินใช้จ่ายจากจำเลย ทั้งจำเลยไม่มีภรรยา เป็นพฤติการณ์ที่แสดงว่าจำเลยตั้งใจจะเลี้ยงดูผู้เสียหายเป็นภรรยา มิใช่จำเลยพรางผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319

2.4.2 การกระทำความผิดของเด็กหรือผู้เยาว์โดยความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเด็ก

การกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน (Juvenile Delinquency) เป็นพฤติกรรมต่อต้านสังคมหรือฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นการกระทำความผิดโดยมิได้เจตนา จนกระทั่งการกระทำความผิดโดยเจตนาซึ่งเป็นความผิดร้ายแรง ทั้งนี้ ย่อมขึ้นอยู่กับสังคมนั้นเป็นผู้กำหนด แต่ทั้งนี้การกระทำความผิดอาญาของเด็กควรมุ่งเฉพาะเด็กที่กระทำความผิดอย่างแท้จริงและก่อให้เกิดปัญหาทางสังคมเท่านั้น⁸² ดังนั้น แนวคิดการกระทำผิดของเด็กหากมีที่มาหรือสาเหตุแตกต่างจากการกระทำความผิดของผู้ใหญ่แล้ว การดำเนินคดีแก่เด็กผู้กระทำความผิดก็จักต้องมีวิธีที่เปลี่ยนไปรวมถึงการลงโทษเด็กด้วย แนวคิดนี้จึงมีความสำคัญเพื่อที่จะเข้าใจการกระทำความผิดของเด็กและจะส่งผลให้เกิดการบัญญัติความผิดลงโทษเด็กให้เหมาะสมต่อไป เพราะ “เด็กและเยาวชนจะเป็นผู้วินิจฉัยอนาคตของชาติตัวเอง”

2.4.2.1 ความหมายของการกระทำความผิดของเด็ก

ความหมายของการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน ต้องพิจารณาถึงพฤติกรรมอาชญากรรม (Criminal behavior) คือ การกระทำที่ผิดกฎหมายอาญา และพฤติกรรมเบี่ยงเบน (Deviant behavior) คือ พฤติกรรมหรือการกระทำความผิดที่แปลกแยกไปจากบรรทัด

⁸² ประธาน วัฒนวาณิชย์, เอกสารประกอบการบรรยายกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนและกฎหมายเกี่ยวกับความผิดของเด็ก, (กรุงเทพมหานคร : แผนกการพิมพ์เอกสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น.5-6.

ฐานของสังคมหรือมาตรฐานของสังคม อาทิ จารีตประเพณี ขนบธรรมเนียม วัฒนธรรม และความเชื่อ ซึ่งทั้งอาชญากรรมและพฤติกรรมเบี่ยงเบนมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ เป็นพฤติกรรมที่ผิดแผกจากกฎเกณฑ์หรือระเบียบของสังคม โดยมีมาตรการของการควบคุมทางสังคมเป็นตัวกำหนดเกณฑ์ คือ พฤติกรรมอาชญากรรมมีการควบคุมอย่างเป็นทางการ (formal control) เป็นตัวชี้วัดพฤติกรรม และพฤติกรรมเบี่ยงเบนมีการควบคุมอย่างไม่เป็นทางการ (informal control) เป็นตัวชี้วัดพฤติกรรม⁸³

บ่อเกิดแห่งการนำไปสู่การกระทำความผิดระหว่างเด็กและผู้ใหญ่อย่อมแตกต่างกัน เนื่องด้วยความแตกต่างทั้งทางด้านเหตุผล สภาพแวดล้อม สิ่งสำคัญคือความแตกต่างทางด้านอายุที่ก่อให้เกิดผลทางด้านบุคลิกภาพ สังคม จริยธรรมอย่างมาก เพราะผู้ใหญ่อย่อมมีความรู้มีเหตุผล มีความยับยั้งชั่งใจได้ดีกว่าเด็ก⁸⁴ การใช้หลักเกณฑ์แยกแยะระหว่างการกระทำความผิดของเด็กและการกระทำความผิดของผู้ใหญ่โดยทั่วไปใช้สถานะบุคคลและอายุเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยเฉพาะอายุย่อมเป็นเส้นแบ่งความรู้สึกผิดชอบ (Responsibility) ที่มีความแตกต่างกันกันอันจะส่งผลต่อการลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดนั้น⁸⁵ เกณฑ์อายุจึงเป็นตัวกำหนดจุดเริ่มต้นของความรับผิดชอบทางอาญาและเป็นหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อเด็กผู้กระทำความผิดโดยใช้วิธีการสำหรับเด็กไม่ลงโทษอย่างผู้ใหญ่⁸⁶

การกระทำความผิดของเด็กหรือเยาวชนย่อมไม่ถือว่าเป็นอาชญากรเช่น การกระทำความผิดของผู้ใหญ่ เด็กจึงมิใช่อาชญากรรมแต่เป็นเพียงพฤติกรรมเบี่ยงเบนเท่านั้น ในพจนานุกรมทางกฎหมายของแบล็ค (Black's Law Dictionary) ให้ความหมายของคำว่า "delinquent child" หมายถึง ผู้เยาว์ที่มีอายุไม่เกินที่กำหนดไว้ ซึ่งได้ฝ่าฝืนกฎหมายใด ๆ ซึ่งการกระทำนั้นไม่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ ซึ่งความหมายของการกระทำความผิดของเด็กหรือเยาวชน คือ การกระทำความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา และกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา และการกระทำผิดต่อกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งบัญญัติให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลเยาวชนและครอบครัวจะพิพากษาหรือมีคำสั่ง⁸⁷

⁸³ สุดสงวน สุธีสร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 70*, น.17.

⁸⁴ ประธาน วัฒนาวาณิชย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 82*, น.5-6.

⁸⁵ ประธาน วัฒนาวาณิชย์, *เพ็ญอ้าง*, น.8.

⁸⁶ สง่า สีนะกมิต, *กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน*, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520), น.8.

⁸⁷ บุญเพราะ แสงเทียน, *กฎหมายเกี่ยวกับเยาวชนและครอบครัวแนวประยุกต์*, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท วิทย์พัฒน จำกัด, 2546), น.18-19.

การให้ความหมายดังกล่าวมีความสอดคล้องกับมุมมองทางด้านอาชญาวิทยา และทัณฑวิทยา (Criminology and Penology) ที่ไม่ถือว่าเด็กและเยาวชนที่กระทำเป็นอาชญากร แต่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเพียงพฤติกรรมเบี่ยงเบนเท่านั้น⁸⁸

2.4.2.2 สาเหตุของการกระทำผิดของเด็ก

สาเหตุการกระทำผิดของเด็กหรือเยาวชนมีความแตกต่างจากผู้ใหญ่ เนื่องด้วยเด็กยังด้อยในด้านสติปัญญา ความรู้ผิดชอบ ทั้งร่างกายและจิตใจประกอบกับสิ่งแวดล้อมต่าง ๆ ที่ช่วยยู่ให้เด็กมีพฤติกรรมเบี่ยงเบน ซึ่งอาจเป็นสาเหตุให้เด็กหรือเยาวชนถูกชักจูงให้กระทำผิดหรือตกเป็นเครื่องมือในการกระทำผิดได้ง่าย พบว่ามีสาเหตุสำคัญดังนี้

(1) สาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนในด้านกฎหมาย

การกระทำผิดของเด็กหรือเยาวชนนักกฎหมายมองว่าสาเหตุเกิดจากความเยาว์วัย รู้เท่าไม่ถึงการณ์หรือการถูกหลอกล่อใช้โดยผู้ใหญ่ การกระทำของเด็กและเยาวชนจึงมิใช่การกระทำผิดอาญาและไม่เป็นอาชญากร หากแต่เป็นเพียงพฤติกรรมเบี่ยงเบนเท่านั้น เมื่อเด็กและเยาวชนกระทำผิดจึงไม่ลงโทษเด็กหากแต่ใช้วิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนแทนการลงโทษ เพื่อแก้ไขความประพฤติกรรม และไม่เรียกเด็กว่าอาชญากรหากแต่เรียกว่า ผู้มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนแทน⁸⁹

(2) สาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนในด้านของสังคมวิทยา

การกระทำผิดของเด็กหรือเยาวชนนักสังคมวิทยามองว่าสาเหตุเกิดจากเด็กเลือกคบเพื่อนหรือกับคนประพฤติไม่ดี รวมถึงสภาพแวดล้อมที่ไม่เหมาะสม ประกอบกับเด็กนั้นมีสภาวะทางจิตใจที่อ่อนแอถูกชักจูงหรือชักนำไปได้ง่าย อิทธิพลของผู้ประพฤติไม่ดีย่อมส่งผลต่อพฤติกรรมของเด็กให้ประพฤติไม่ดีจนพัฒนากลายเป็นการกระทำผิดในที่สุด

(3) สาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนในด้านจิตวิทยา

กระทำผิดของเด็กหรือเยาวชนนักจิตวิทยามองว่าสาเหตุเกิดจากหลายทฤษฎี กล่าวคือ บางทฤษฎีมองว่าสาเหตุที่เด็กกระทำผิดเนื่องจากความผิดปกติทางร่างกายหรือสาเหตุเกิดจากความผิดปกติทางจิต อันเป็นความผิดปกติที่มีมาตั้งแต่เกิดทางพันธุกรรม หรือเกิดจาก

⁸⁸ ฌ็ทร์ัฐ ลีลาอมรพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, 2558.

⁸⁹ คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *กระบวนการยุติธรรมเด็กและเยาวชน*, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), น.21.

ความเจ็บไข้ได้ป่วย อุบัติเหตุ อันเป็นความผิดปกติที่เกิดขึ้นภายหลังซึ่งส่งผลให้เกิดปมด้อยและทำให้เกิดความน้อยเนื้อต่ำใจ มองโลกในแง่ร้าย จนพัฒนาเป็นการกระทำความผิดในที่สุด⁹⁰

นอกจากสาเหตุหลักๆ 3 ประการแล้ว สรุปได้ว่าสาเหตุที่เป็นปัจจัยก่อให้เกิดการกระทำความผิด มีสาเหตุสำคัญดังนี้

(ก) สาเหตุจากความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจของเด็กหรือเยาวชน กล่าวคือ ความบกพร่องทางร่างกายอาจเป็นสิ่งที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดทางพันธุกรรม เช่น โรคปัญญาอ่อน หรือสาเหตุจากความพิการส่งผลให้เด็กรู้สึกน้อยเนื้อต่ำใจ เป็นปมด้อย และมีอุปการณ์รุนแรงเมื่อมีการช่วยอาจใช้วิธีการที่ไม่เหมาะสมในการหาทางออกหรือแก้ปัญหา ในส่วนของความบกพร่องทางจิตอาจเกิดจากสภาวะทางจิตใจของเด็กที่ยังไม่พัฒนาเต็มที่ต่างจากผู้ใหญ่ เช่น วัยรุ่น ย่อมมีความคิดคะนอง โมโหง่ายขาดความอดทนและควบคุมอารมณ์ไม่ได้เมื่อมีสิ่งเร้าจากภายนอก รวมถึงสัญชาตญาณทางอารมณ์ ความอยากรู้อยากเห็น อาจเป็นสาเหตุของการกระทำความผิดได้นอกจากนี้ สติปัญญาและความรู้เท่าไม่ถึงการณ์อันเนื่องมาจากประสบการณ์ชีวิตน้อยกว่าผู้ใหญ่ จึงอาจถูกชักจูงใจไปในทางที่ไม่ดีได้ง่าย ที่สำคัญการศึกษาของเด็กพบว่าเด็กที่กระทำผิดมักมีการศึกษาต่ำหรือไม่สนใจในการพัฒนาความรู้ ทำให้แก้ปัญหาอย่างไรเหตุผลเพราะไม่สามารถคิดหรือนำความรู้มาใช้ได้ กระทั่งอาจมีพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนถึงขั้นกระทำความผิดได้

(ข) สาเหตุจากความบกพร่องของครอบครัวเด็กหรือเยาวชน เนื่องจากครอบครัวถือว่าเป็นส่วนที่ส่งเสริมให้เด็กหรือเยาวชนมีพฤติกรรมหรือบุคลิกภาพที่ดีหรือไม่ดีเพราะครอบครัวย่อมใกล้ชิดต่อตัวเด็กอย่างมาก ซึ่งอิทธิพลจากปัจจัยดังกล่าวย่อมทำให้เด็กเกิดพฤติกรรมเลียนแบบจากสภาพแวดล้อมใกล้ชิดตัวที่สุด ดังนั้น สาเหตุที่เด็กกระทำความผิดอันเนื่องมาจากความบกพร่องของครอบครัว อาทิ ครอบครัวไม่ปรองดองหรือแตกแยก มีบิดามารดาติดยาเสพติด ติดพนันหรือปล่อยปละละเลยไม่ดูแลบุตร ครอบครัวยากจนหรือมีบุตรมากเกินไป ย่อมเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดขาดความรักความอบอุ่น เกิดปมด้อย จิตใจห่อเหี่ยวบอบช้ำและซึมซับพฤติกรรมร้าย ๆ มาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ อันส่งผลให้เด็กอาจเลือกใช้วิธีที่ผิดเพื่อชดเชยสิ่งที่ขาดหรือแก้ปัญหาจนถึงขั้นกระทำความผิด นอกจากนี้ การที่ครอบครัวเข้มงวดเกินไปอาจส่งผลร้ายให้แก่เด็กมากกว่าผลดี เนื่องด้วยหากเด็กได้รับการคาดหวังจากครอบครัวมากเกินไปโดยใช้วิธีการที่เข้มงวดแก่เด็ก ย่อมส่งผลให้เด็กเป็นคนเก็บกดและไม่มีความสุข ทำให้เกิดความบกพร่องทางอารมณ์และก่อให้เกิดพฤติกรรมที่มีปัญหา

⁹⁰ มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์, โครงการวิจัยเรื่องบทบาทผู้พิพากษาในศาลเยาวชนและครอบครัวของไทยศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีของฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.22-24.

(ค) สาเหตุจากปัญหาสังคมและสิ่งแวดล้อม เนื่องด้วยสิ่งแวดล้อมทางสังคมมีผลต่อพฤติกรรมของเด็กเพราะเด็กย่อมมีพฤติกรรมเลียนแบบจากสภาพแวดล้อมที่เกิดขึ้น เช่น เด็กที่อาศัยอยู่ในชุมชนแออัด หรือใกล้สถานอบายมุข สถานเริงรมย์ ย่อมเป็นสิ่งเร้าให้เด็กกระทำความผิดได้ง่ายขึ้น รวมถึงการคบเพื่อนของเด็กหรือเยาวชน เมื่อเด็กยังอ่อนเยาว์และไม่สามารถแยกแยะผิดชอบชั่วดีได้แก่คนผู้ใหญ่ การที่อยู่กับเพื่อนไม่ดีในวัยใกล้เคียงกันย่อมเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้เด็กมีพฤติกรรมเยี่ยงเพื่อนในกลุ่ม ซึ่งหากเพื่อนไม่ดีย่อมชักจูงหรือแนะนำเด็กไปในทางที่ไม่ดีด้วย จนในที่สุดอาจกลายเป็นอาชญากรรม นอกจากนี้ อิทธิพลของสื่อต่าง ๆ มีผลถึงพฤติกรรมของเด็กได้เนื่องจากเด็กจะเรียนรู้และซึมซับจากสื่อ

(ง) สาเหตุจากด้านเศรษฐกิจ กล่าวคือ ครอบครัวที่ยากจนหรือการมีปัญหาทางการเงินของผู้ปกครอง ย่อมส่งผลให้เด็กมีทัศนคติที่ไม่ดีและเกิดจากการเปรียบเทียบกับบุคคลอื่น จนส่งผลให้เด็กกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินเพื่อชดเชยสิ่งที่ตนไม่มี เช่น เมื่อครอบครัวเด็กยากจนชีวิตความเป็นอยู่ของเด็กย่อมแล้งแค่น ไม่มีอันจะกินและเมื่อป่วยก็จะไม่ได้รับการรักษา จึงกลายเป็นปมด้อยอันนำไปสู่การกระทำความผิดในที่สุด⁹¹

2.4.3 ข้อพิจารณาระหว่างโครงสร้างความผิดทางอาญาและความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดทางอาญา

ความผิดหลักๆ อันเป็นพื้นฐานก็ได้แก่ การคุ้มครองบุคคล ทรัพย์สินสาธารณะ ตลอดจนสถาบันหลักทางสังคม ความผิดเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สิน อย่างไรก็ตาม ความผิดตามกฎหมายนี้ก็ได้คุ้มครองไปถึงความผิดทั้งหมดที่อาจเกิดขึ้นได้ในชีวิตประจำวันการโกหกถือว่าเป็นสิ่งผิด แต่เฉพาะการโกหกบางประเภทเท่านั้นที่ผิดกฎหมาย เช่น การเบิกความเท็จในศาล หรือการพูดความเท็จในอันที่จะก่อให้เกิดผลที่ร้ายแรงตามมา เช่น การหลอกลวงลูกค้า เหล่านี้ถือเป็นความผิดกฎหมาย

ในทางตรงกันข้าม ความผิดตามกฎหมายครอบคลุมไปถึงพฤติกรรมบางอย่างที่แม้ยังไม่ถึงเกิดผลอันตราย แต่ก็อาจก่ออันตรายได้ด้วย เช่น การขับรถเร็วเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด แม้ยังไม่ได้เกิดอันตรายใด ๆ ถือเป็นความผิดตามกฎหมาย ด้วยเหตุผลที่ว่า ส่วนมาก (แม้จะไม่เสมอไป) มักจะก่อให้เกิดอันตรายได้มากกว่าการขับรถด้วยอัตราปกติ ด้วยเหตุนี้ในทางปฏิบัติจึงต้องมีการหาข้อเท็จจริงให้ยุติว่าความเร็วขนาดไหนจึงจะปลอดภัยในเหตุการณ์นั้น ๆ เช่น 80 กิโลเมตรต่อชั่วโมงหรือ 100 กิโลเมตรต่อชั่วโมง แล้วกำหนดข้ออ้างอย่างกว้างๆ เป็นการปราบปรามเอาไว้ก่อน

⁹¹ ธรรมนูญ ลีลาอมรพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.10-14. และ วรวิทย์ ฤทธิพิศ, *หลักกฎหมายการดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว*, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2553), น.14-15.

เพื่อให้ตระหนักว่าเสรีภาพ (ในการขบขัน) นั้นมีขอบเขตจำกัด (ต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของสาธารณชน) เช่นเดียวกัน

ส่วนผู้กระทำความผิดนั้นเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลสำหรับนิติบุคคลนั้น แม้จะไม่มีชีวิตจิตใจ แต่เจตนาของนิติบุคคลย่อมแสดงออกได้หากเข้าใจ 3 ประการดังนี้ (1) แสดงผ่านผู้แทน (2) ที่ทำตามวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น ๆ และ (3) นิติบุคคลนั้นได้รับประโยชน์ด้วย

2.4.3.1 ความหมายของความผิดอาญา

พฤติกรรมใดที่มีความหมายว่าเป็น “อาชญากรรม” มีคำอธิบายไว้ดังนี้

(1) พฤติกรรมที่ก่อให้เกิดภัยอันตราย หรือภัยคุกคามข่มขู่ทำให้ประชาชนเกิดความรู้สึกไม่ปลอดภัยไม่มั่นคง

(2) พฤติกรรมที่เป็นเหตุให้กระทำความผิด

(3) พฤติกรรมที่ทำลายความมั่นคงของสังคม รัฐบาล หรือเศรษฐกิจ ถ้าพฤติกรรมใดเป็นบ่อเกิด หรือเป็นการคุกคามทำให้เกิดอันตรายและสร้างความรู้สึกไม่ปลอดภัย เหล่านี้รัฐอาจกำหนดให้เป็นความผิดอาญา

อย่างไรถือว่าเป็นภัยอันตราย ขึ้นอยู่กับว่าสังคมนั้นคิดว่าพฤติกรรมใดไม่เป็นที่ยอมรับ เช่น ถ่มน้ำลายลงพื้น ไข่เท้าชี้สิ่งของ ฯลฯ แต่อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมที่ก่อความเดือดร้อนแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง และทรัพย์สินของบุคคล หรือความมั่นคงปลอดภัยของชุมชนไม่ว่าเป็นอะไรถือว่าเป็นภัยอันตรายทั้งสิ้น

(ก) ชีวิตร่างกาย การฆ่าหรือทำร้ายร่างกายในทุกประเทศถือว่าเป็น “ความผิดอาญา” และยิ่งกว่านั้น การข่มขู่คุกคามทำให้ผู้ใดกลัวด้วยวิธีทำให้ผู้นั้นรู้สึกว่าจะต้องถูกฆ่า หรือจะถูกทำร้ายร่างกายก็ถือเป็นอาชญากรรมด้วย

(ข) เสรีภาพ การบังคับให้มีเพศสัมพันธ์โดยผู้นั้นไม่ยินยอม การหน่วงเหนี่ยวกักขังโดยไม่ชอบ ก็ถือเป็นอาชญากรรมด้วย

รัฐมองว่า การรุกร้าเข้ามาในชีวิตเบาะความปลอดภัยทางกาย ถือเป็น การก่อกวนที่ไม่สามารถปล่อยให้ เป็นหน้าที่ของผู้เสียหายให้จัดการเองได้

อย่างไรก็ตามถ้าเป็นความผิดส่วนตัว รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถทำอะไรผู้กระทำความผิดได้ ถ้าผู้เสียหายไม่ได้แจ้งความ (เช่น ผู้หญิงที่ถูกข่มขืน) พร้อมทั้งหลักฐานที่สามารถเอาผิดผู้กระทำความผิดได้ ในความเป็นจริงแล้ว รัฐอาจไม่ต้องการดำเนินคดี นอกเสียจากว่าผู้เสียหายจะแจ้งความจำนง

อาชญากรรมที่กล่าวข้างต้นนี้ เป็นการกระทำความผิดต่อร่างกายและต่อบุคคล ส่วนความผิดที่กระทำต่อทรัพย์สินนั้น แม้จะเป็นการก่อความวุ่นวายน้อยกว่า แต่ก็เป็นเรื่องที่ต้องเป็นห่วงมากเหมือนกัน

(ค) ชื่อเสียง การดูหมิ่นเหยียดหยาม หมิ่นประมาท กล่าวร้ายกัน เป็นเหตุให้บุคคลเสียหายและอาจก่อเหตุร้ายต่อไปได้

(ง) ทรัพย์สิน คือ องค์กรประกอบที่แสดงถึงความมั่นคงในชีวิต ไม่ว่าจะจนหรือรวย การลักขโมย เป็นความผิดที่ต้องปรามโดยกฎหมาย การฉกฉวยทรัพย์หรือการขู่ว่าจะเอาเงินหรือทรัพย์สินโดยเจ้าของไม่ยินยอมการฉ้อโกง บุกรุก หรือการทำความเสียหายนั้นไม่ใช่เรื่องที่กระทบกระเทือนเฉพาะต่อบุคคลและทรัพย์สินเท่านั้น ยังกระทบถึงความมั่นคงปลอดภัยของสาธารณชนอีกด้วย เช่น การลักทรัพย์ที่มีราคาน้อยและไม่ได้ถูกประโยชน์จากคนที่ร่ำรวย แม้คนนั้นจะไม่ได้รับผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตเลย แต่การลักทรัพย์นั้นก็ส่งผลเสียต่อระบบทรัพย์สินของสังคมจึงเป็นความผิด

(จ) ความมั่นคงของชาติ ได้แก่การทำให้ประเทศชาติและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศต้องเผชิญกับอันตรายที่เกิดจากการคุกคามหรือรุกรานของต่างชาติ หรือการทำลายสถาบันและความมั่นคงของชาติ ซึ่งความวุ่นวายนี้นำไปสู่การปฏิวัติและความไม่สงบในหมู่ประชาชน

(ฉ) พฤติกรรมที่เป็นเหตุให้เกิดความผิด พฤติกรรมที่แม้ตัวของมันเองจะไม่เป็นการคุกคามความปลอดภัยของประชาชนหรือทรัพย์สินแต่อาจเป็นต้นเหตุให้เกิดการกระทำ ความผิดที่ร้ายแรงได้ ยกตัวอย่างเช่น ดูหมิ่นซึ่งหน้า เสียงหรือกลิ่นที่รุนแรงเกินธรรมดา การไปเปลือยในที่สาธารณะ หรือการค้าประเวณีเหล่านี้ อาจก่อความรบกวนจนกระทั่งรัฐต้องยื่นมือเข้ามาจัดการ โดยกำหนดเป็นความผิดอาญาได้

อย่างไรก็ตาม การกระทำความผิดหรือการฝ่าฝืนต่อกฎหมายนั้นไม่ได้หมายถึงอันตรายหรือความเสียหายเพียงอย่างเดียว บางครั้งก็ขึ้นอยู่กับว่าประชาชนมีปฏิกริยาต่อพฤติกรรมนั้นอย่างไร เช่น ถ้าสังคมนั้นยอมรับการเปลือยกายในที่สาธารณะได้การกระทำเช่นนั้นก็ไม่ถือว่ามี ความผิดตามกฎหมายก็ไม่มีสาเหตุใดที่จะจัดให้การกระทำนั้นเป็น “อาชญากรรม” ต่อไป⁹²

⁹² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 81*, น.115-119.

2.4.3.2 โครงสร้างความรับผิดทางอาญา

บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาเมื่อ

- (1) การกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ
- (2) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด
- (3) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

ในการพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาหรือไม่นั้น ประการแรกต้องดูว่า การกระทำของบุคคลนั้น “ครบองค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ หากครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้วก็ต้องรอดูต่อไปว่าการกระทำมีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ก็ต้องดูต่อไปว่ามีกฎหมายยกเว้นโทษหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษก็หมายความว่าบุคคลนั้นจะต้องรับผิดในทางอาญา ซึ่งหากมีเหตุผลโทษ ศาลก็อาจใช้ดุลพินิจลดโทษ เช่นกระทำความผิดเพราะบันดาลโทสะ (มาตรา 72) เป็นต้น⁹³

โครงสร้างรับผิดทางอาญา

1) การกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติหมายความว่า (1) ผู้กระทำจะต้องมี “การกระทำ” (2) การกระทำนั้นจะต้องครบ “องค์ประกอบภายนอก” ที่กฎหมายบัญญัติไว้ (3) การกระทำจะต้องครบ “องค์ประกอบภายใน” ที่กฎหมายบัญญัติไว้ (4) ผลของการกระทำจะต้องสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

2) การกระทำที่ครบตามหลักเกณฑ์ข้างต้นทั้ง 4 ประการนั้นจะต้องไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

3) การกระทำที่ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดจะต้องไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษด้วย

2.4.3.3 การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

การกระทำที่ครบองค์ประกอบ ที่กฎหมายบัญญัติไว้ หมายความว่า ผู้กระทำการกระทำ การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดในเรื่องนั้น ๆ การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความผิดในเรื่องนั้น ๆ และผลกระทบของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ถือได้ว่าการกระทำของฟ้าครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ กล่าวคือ ฟ้ามีการกระทำ การกระทำครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 และการกระทำครบองค์ประกอบภายในกล่าวคือ “เจตนา” ตามมาตรา 288 และผลของการกระทำคือ ความตายของม่วงสัมพันธ์กับการกระทำของฟ้าตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

⁹³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 76, น.98.

2.4.3.4 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

การกระทำที่ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดหมายความว่า ผู้กระทำไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำการซึ่งครอบคลุมที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งเมื่อไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ผู้กระทำก็มีความผิด แต่ถ้ามีกฎหมายยกเว้นความผิด ผู้กระทำก็ไม่มี ความผิด กฎหมายที่ยกเว้นความผิดอาจจะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เช่น เรื่องป้องกันตัว ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 หรือไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรง เช่น หลักในเรื่องความยินยอมหรือ บัญญัติไว้ในกฎหมายอื่น เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567 (2) ให้อำนาจผู้ใช้อำนาจปกครองทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน หรือในรัฐธรรมนูญ เช่น มาตรา 125 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ซึ่งให้เอกสิทธิในการอภิปรายในสภาแก่สมาชิก รัฐสภา เป็นต้น

2.4.3.5 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ หมายความว่า การกระทำซึ่ง ครอบคลุมที่กฎหมายบัญญัติซึ่งไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดนั้น ไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษให้แก่ ผู้กระทำเช่นกัน แต่ถ้ามีกฎหมายยกเว้นโทษแล้ว ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดในทางอาญา กฎหมายที่ ยกเว้นโทษมีหลายกรณี เช่น การกระทำความผิดโดยจำเป็นตาม ปอ. มาตรา 67 เด็กกระทำความผิด ตาม ปอ. มาตรา 73 74 ผู้กระทำวิกลจริต ตาม ปอ. มาตรา 65 วรรคแรก ผู้กระทำมีนเมาตาม ปอ. มาตรา 66 การกระทำตามคำสั่งมีขอบด้วยกฎหมายของเจ้านักงานตาม ปอ. มาตรา 70 การกระทำ ความผิดต่อทรัพย์สินในระหว่างสามีภรรยาตาม มาตรา 71 เป็นต้น⁹⁴

2.4.3.6 เหตุลดโทษ

เหตุลดโทษ คือ เหตุที่อาจทำให้ผู้กระทำได้รับโทษน้อยลง ซึ่งขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะลดโทษให้แก่ผู้กระทำหรือไม่ก็ได้ กฎหมายมักจะบัญญัติเกี่ยวกับการลดโทษไว้ในทำนองว่า “ศาลจะลดโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้” (ดู ตัวอย่างในมาตรา 72) หรือบางกรณีก็จำกัดขอบเขตการลดโทษของศาลไว้เช่น “ถ้าศาลเห็นสมควร จะลดโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้” (มาตรา 78วรรคหนึ่ง)

เหตุลดโทษ ที่บัญญัติไว้มีหลายกรณี เช่น

(1) ความไม่รู้กฎหมาย (มาตรา 64)

(2) คนวิกลจริตซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้างหรือยังสามารถบังคับตนเองได้

บ้าง (มาตรา 65 วรรคสอง)

⁹⁴ ไพบุลย์ ชูวัฒน์กิจ, โครงสร้างความรับผิดทางอาญา, (กรุงเทพมหานคร : ภาควิชา สังคมศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์, 2560).

(3) คนมีเงินมา ซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้างหรือยังสามารถบังคับตนเอง ได้บ้าง (มาตรา 66)

(4) ป้องกัน จำเป็น เกินขอบเขต (มาตรา 69)

(5) การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางความผิดระหว่างญาติสนิท (มาตรา 71วรรคสอง)

(6) ผู้กระทำอายุกว่า 15 ปีแต่ต่ำกว่า 18 ปี (มาตรา 75) หรือตั้งแต่ 18 ปี แต่ยังไม่เกิน 20 ปี (มาตรา 76)

(7) เหตุบรรเทาโทษ (มาตรา 78)

(8) บันดาลโทษ (มาตรา 72)

ผู้กระทำซึ่งต้องรับผิดในทางอาญาแต่มีเหตุลดโทษตามที่กล่าว อาจได้รับการลดโทษจากศาล หากศาลเห็นเป็นการสมควรที่จะลดโทษ ตามตัวอย่างกรณีแดงยี่งดำ แม้แดงมีความรับผิดตามมาตรา 288 และจะต้องรับโทษซึ่งขั้นต่ำคือจำคุก 15 ปี แต่หากมีเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 ก็อาจได้รับการลดโทษบ้าง หรือหากมีเหตุลดโทษอื่น ๆ เช่น เป็นการกระทำโดยบันดาลโทษตามมาตรา 72 ศาลก็อาจลดโทษจาก 15 ปีลงเพียงใดก็ได้ ซึ่งหากศาลลงโทษจำคุกแดงไม่เกิน 5 ปีแดงก็อาจได้รับการรอกการลงอาญาตามมาตรา 56 หากเงื่อนไขของการรอกการลงอาญา

2.4.3.7 ข้อสังเกตเกี่ยวกับโครงสร้างความรับผิด

การจัดโครงสร้างความรับผิดดังกล่าว ได้คำนึงถึงหลักเกณฑ์จากประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลักแต่มีได้ตามตัวบทเป็นมาตรา ๆ ไป เพราะบางเรื่องเช่น การกระทำความผิดโดยความจำเป็นอยู่ในมาตรา 67 ซึ่งอยู่ก่อนเรื่องป้องกันในมาตรา 68 แต่ในการจัดโครงสร้างนั้นจะต้องคำนึงถึงเหตุยกเว้นความผิดก่อนเหตุยกเว้นโทษ เพราะเมื่อมีเหตุยกเว้นความผิดแล้วผู้กระทำก็ไม่มีผิดและไม่ต้องรับผิดในทางอาญา จึงไม่มีความจำเป็นจะต้องพิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษอีกต่อไป

ในกรณีเหตุลดโทษ นั้นได้จัดอยู่นอกโครงสร้าง เพราะจะคำนึงถึงเหตุลดโทษก็ต่อเมื่อผู้กระทำต้องรับโทษในทางอาญาแล้ว กล่าวคือไม่มีเหตุยกเว้นความผิด และไม่มีเหตุยกเว้นโทษแก่ผู้กระทำ ซึ่งขั้นตอนต่อไปที่จะต้องพิจารณาคือดูว่ามีเหตุลดโทษหรือไม่

มีข้อควรสังเกตเพิ่มเติมด้วยว่า แนวความคิดในเรื่องโครงสร้างความรับผิดอาจมีความแตกต่างกันได้เป็นหลายแนว ตำรากฎหมายอาญาของแต่ละประเทศก็จัดโครงสร้างแตกต่างกันออกไป⁹⁵ โครงสร้างความรับผิดที่ได้กล่าวมาพยายามจัดทำขึ้นโดยให้สอดคล้องกับตัวบท

⁹⁵ คณิต ฌ นคร , กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2551), น.119-128. (บทที่ 5)

ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยให้มากที่สุด และได้พยายามแยกแยะออกไปเพื่อให้เกิดความเข้าใจง่าย โดยมุ่งหวังที่จะให้ผู้อ่านได้มีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดอย่างเป็นขั้นตอนและถูกต้อง⁹⁶

2.4.3.8 ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา

ความยินยอมโดยทั่วไปแล้วเป็นความยินยอมของผู้เสียหายที่ไม่สำคัญที่จะทำให้การกระทำใดเป็นความผิดหรือไม่เป็นความผิด ซึ่งมีความผิดบางประเภทที่กฎหมายยอมให้นำหลักความยินยอมไม่เป็นความผิดมาใช้ (Valente Non Fit Injuria) ซึ่งความผิดบางประเภทที่กฎหมายถือว่าเป็นเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย ในทางกฎหมายอาญามีความยินยอมของผู้เสียหายอยู่ 2 ลักษณะ ได้แก่ ความยินยอมของผู้เสียหายทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด เพราะขาดองค์ประกอบภายนอก เช่น ในความผิดฐานความยินยอมของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบความผิด (Elements of a Crimes) ซึ่งหากผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้วความผิดย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้⁹⁷ เช่น การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 เมื่อผู้เสียหายยินยอมการกระทำของจำเลยที่ 1 และที่ 2 ก็ไม่มีความผิด⁹⁷

ความยินยอมที่ได้รับการยกเว้นความผิดทางอาญา หลักความยินยอมที่ไม่เป็นการละเมิด หรือทำร้าย (Valente Non Fit Injuria) นั้น มีที่มาจากหลักกฎหมายโรมันและเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งนำมาใช้บังคับทั้งทางแพ่งและอาญาแม้ว่าหลักดังกล่าวจะมีได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายอาญาไทย แต่เนื่องด้วยการใช้เป็นคนแก่ผู้กระทำศาลจึงหยิบยกมาเป็นเหตุยกเว้นความผิดแก่ผู้กระทำได้⁹⁸ โดยความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นหลักทั่วไป อันเป็นเหตุให้ยกเว้นความผิดนั้น ตามเงื่อนไขดังนี้

(1) ความยินยอมอันบริสุทธิ์ หมายถึง ความยินยอมเกิดขึ้นโดยไม่มีการหลอกลวงให้ผู้เสียหายเข้าใจผิด หรือผู้เสียหายยินยอม อันเนื่องจากสำคัญผิด หรือไม่มีการข่มขู่ด้วยประการใด ๆ เพื่อให้ผู้เสียหายให้ความยินยอม (1) เกี่ยวกับการหลอกลวง อาทิ ความผิดฐานฉ้อโกง การหลอกลวงถือเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความผิด หากผู้เสียหายหลงเชื่อและผู้กระทำความผิดได้ไปซึ่งทรัพย์สินแล้วการได้รับความยินยอมมา โดยการหลอกลวงผู้กระทำความผิดย่อมไม่สามารถอ้างความยินยอมมาเป็นข้อแก้ตัวให้ตนไม่ต้องรับผิดได้ แต่ในกรณีการหลอกลวงที่มีใช้องค์ประกอบความผิดที่

⁹⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 76*, น.98-107.

⁹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 7841/2552

⁹⁸ ไพจิตร ปุญญาพันธ์, “ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย,” *อุลพาห*, เล่ม 1 ปีที่ 20, น.27-30 (มกราคม-กุมภาพันธ์2516).

กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามมาตรา 276 ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ยินยอมอันเป็นการข่มขืน หากผู้เสียหายถูกกระทำชำเราโดยตนยินยอมให้กระทำเพราะผู้กระทำหลอกให้หลงในเหตุที่ต้องกระทำ ดังนั้น จะถือว่าผู้เสียหายไม่ยินยอมอันเป็นผลให้การกระทำเป็นความผิดไม่ได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดทำให้ผู้เสียหายเข้าใจว่าเป็นบุคคลอื่นก็เป็นความผิด (2) เกี่ยวกับความสำคัญผิด หากผู้เสียหายให้ความยินยอมโดยเข้าใจผิดไม่รู้พฤติการณ์ที่เป็นจริง แม้จะไม่มีอาการหลอกลวงใด ๆ จะถือเป็นความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ รวมถึงความยินยอมของผู้มีจิตบกพร่องหรือมีเมาน์ไม่รู้สึก และผลของการให้ความยินยอมไป (3) เกี่ยวกับการข่มขู่ ความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้กำลังประทุษร้าย ขู่เข็ญ ใช้อำนาจครอบงำผิดทำนองคลองธรรม หรือทำให้ผู้เสียหายกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน อันเป็นการกระทำต่อผู้เสียหาย หรือบุคคลที่สาม ย่อมไม่ใช่ความยินยอม แต่เป็นเพียงความจำยอมเท่านั้น (4) ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเด็ก แม้ว่าผู้เสียหายยังไม่บรรลุนิติภาวะอายุยังน้อย หากสามารถรู้ผิดชอบและรู้ถึงผลของความยินยอมของตน โดยไม่ถึงกับไร้เดียงสาหรือเด็กเกินไป กฎหมายยอมรับว่าเป็นความยินยอมที่ยกเว้นความผิดได้ เช่น หญิงอายุ 16 ปี ซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะและยังอยู่ในความปกครองของบิดา อาจให้ความยินยอมทางเพศได้⁹⁹

(2) ความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี ในการวินิจฉัยว่าการกระทำขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีนั้น ต้องพิจารณาตามความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในท้องที่และเวลาที่เกิดการกระทำนั้น โดยศีลธรรมอันดีนั้นย่อมเกิดจากประเพณีของแต่ละท้องที่ และไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายอาญา เนื่องด้วยการยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญา อันเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด แตกต่างจากบทบัญญัติที่มุ่งลงโทษต่อผู้กระทำความผิด อันเกิดผลร้ายแก่ผู้กระทำ จึงต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้อย่างชัดเจน เช่น กรณีหยอกล้อโดยมีการตะแคงเนื้อต้องตัวกันไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย¹⁰⁰ เพราะถือได้ว่าทั้งสองสมัครใจให้ความยินยอมและไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี หรือการเล่นกีฬา อาทิ การชกมวย ที่เป็นการทำร้ายยอมไม่เป็นความผิดเพราะกฎหมายไม่ถือว่าขัดต่อศีลธรรมอันดี ทั้งนี้ ผู้เล่นกีฬาจะต้องเล่นด้วยความมุ่งหมายในทางกีฬาเท่านั้น หรือการผ่าตัดรักษาผู้ป่วยในทางการแพทย์ โดยทั่วไปแล้วย่อมต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนเสมอ แพทย์จึงจะมีอำนาจในการผ่าตัดรักษาผู้ป่วยได้ เพราะถือเป็นการทำร้ายแต่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายเป็นเหตุยกเว้นความผิด แต่หากในขณะนั้นผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้เนื่องด้วยหมดสติ และหากไม่รักษาโดยเร็วจะเกิดอันตรายแก่ชีวิต แพทย์ย่อมมีอำนาจกระทำได้เพราะถือเป็นการยินยอมโดยปริยาย ทั้งนี้หากแพทย์กระทำโดยมีเจตนาเพื่อรักษาผู้ป่วยอย่างสุดความสามารถ

⁹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 513/246930

¹⁰⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 787/2483

และใช้ความระมัดระวัง อันควรแก่วิชาชีพโดยปราศจากความประมาท หากการกระทำดังกล่าวส่งผลให้ผู้ป่วยเกิดอันตรายแก่ร่างกาย หรือชีวิต แพทย์ย่อมไม่มีความผิด¹⁰¹

(3) ความยินยอมที่มีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดไม่ได้มีการบอกเลิกความยินยอมนั้น หากบอกเลิกแล้วผู้กระทำยังขึ้นกระทำต่อไปก็ไม่มีเหตุที่จะยกเว้นความผิดให้แก่ผู้กระทำได้¹⁰² กล่าวคือ ความยินยอมที่จะยกเว้นความผิดต้องเป็นความยินยอมที่มีอยู่ ในขณะที่กระทำความผิดโดยผู้เสียหายอาจให้ความยินยอมก่อนหรือขณะที่มีการกระทำความผิด โดยไม่มีการบอกเลิกความยินยอมก่อนการกระทำความผิดสิ้นสุดลง ซึ่งการบอกเลิกความยินยอมทางอาญาจะบอกเลิกเมื่อไหร่ก็ได้ ก่อนที่ความผิดจักสำเร็จ ดังนั้น หากเป็นความยินยอมเมื่อกระทำความผิดสำเร็จแล้วย่อมไม่มีผลลบล้างความผิด เช่น การตัดผม ผู้กระทำถือได้ว่ากระทำครบองค์ประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกายแล้ว แต่การกระทำดังกล่าวไม่มีความผิด เนื่องด้วยผู้เสียหายให้ความยินยอมก่อน หรือขณะตัดผม โดยผู้เสียหายสามารถบอกเลิกความยินยอมนั้นเมื่อไหร่ก็ได้ ซึ่งหากมีการบอกเลิกความยินยอมแล้วผู้กระทำยังฝืนตัดผมอยู่ย่อมเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย¹⁰³

2.4.3.9 ความยินยอมที่ฟังสันนิษฐานได้

ความยินยอมที่ฟังสันนิษฐานได้ แม้จะไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา แต่ทางกฎหมายยอมรับว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ โดยลักษณะการกระทำในกรณีความยินยอมที่ฟังสันนิษฐานได้ เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น เนื่องด้วยในสถานการณ์หนึ่งอาจมีความจำเป็นเร่งด่วนที่บุคคลผู้กระทำมีอำนาจให้ผู้เสียหายให้ความยินยอมได้ แต่สันนิษฐานได้ว่าผู้เสียหายต้องยินยอมให้กระทำอย่างแนบเนียน เช่น เพราะผู้เสียหายซึ่งเป็นเจ้าของบ้านไม่อยู่ในที่นั้น และท่อน้ำเกิดรั่ว ผู้กระทำจึงเข้าไปในบ้านเพื่อซ่อมแซมท่อน้ำรั่วในระหว่างที่เจ้าของบ้านไม่อยู่ อันพอเข้าใจได้ว่าพฤติการณ์ดังกล่าว ผู้เสียหายคงยินยอมให้กระทำหรือการเข้าเล่นกีฬาที่คาดหมายได้ว่าต้องเกิดอันตราย เช่น การชกมวย เหล่านี้ถือได้ว่าเป็นการยินยอมให้ทำอันตรายแก่ร่างกายแล้ว รวมถึงกรณีผู้ป่วยบาดเจ็บสาหัสไม่ได้สติ ย่อมเป็นการเร่งด่วนที่แพทย์ต้องผ่าตัดฉุกเฉินได้ทันที โดยมีต้องรอความยินยอมของผู้เสียหาย หากเป็นที่คาดหมายได้ว่าในสถานการณ์เช่นนั้นหากผู้เสียหายได้

¹⁰¹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 11, (นนทบุรี : ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง, 2555), น.831.

¹⁰² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 76, น.98-107.

¹⁰³ จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 101, น.845.

สตีย้อมต้องให้ความยินยอมในการผ่าตัดอย่างแน่นนอน เพราะถ้าหากรอช้าย้อมเกิดอันตรายแก่ชีวิตของผู้ป่วย¹⁰⁴

2.5 วัฒนธรรมการดูแลเด็กของประเทศไทย

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ให้ได้ศึกษาดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 949/2536 วินิจฉัยว่า เด็กหญิงไปที่บ้านชายเอง และช่วยชายทำขนมที่บ้าน มารดาทราบว่าได้เสียกับชายแล้ว จึงยอมให้อยู่บ้านกับชายฉันทน์สามภรรยา ดังนี้ถือว่าชายไม่ได้พรากเด็กหญิงไปจากบิดามารดาผู้ปกครอง¹⁰⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1258/2542 ความมุ่งหมายของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 เพื่อเอาโทษแก่ผู้ที่พรากเด็ก แม้เด็กเต็มใจไปด้วย การพรากเด็กตามมาตรานี้มีได้จำกัดว่าพรากไปโดยวิธีการอย่างไร ถ้าเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีแล้วยอมเป็นความผิดแม้เด็กจะมีรูปร่างใหญ่โต มีความรู้สึกผิดชอบเกินกว่าปกติก็ตาม และการพรากก็มีได้จำกัดว่าพรากไปเพื่อประสงค์ใด หรือประโยชน์อย่างใด เพียงแต่มีเจตนาพรากเด็กไปเสียจากบิดามารดาที่เป็นความผิดแล้ว แต่ถ้าจำเลยพรากเด็กไปโดยมีเหตุอันควรก็ไม่มีตามมาตรานี้ ปรากฏว่าผู้เสียหายกำลังศึกษาเล่าเรียนยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา การที่จำเลยพรากผู้เสียหายไปเสียจากบิดามารดาขณะที่บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรอันเป็นสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์การกระทำของจำเลยจึงปราศจากเหตุอันสมควร จึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคแรก แต่เมื่อจำเลยกับผู้เสียหายรักกันด้วยความสุจริตใจ ต่างมีเจตนาอยู่กินด้วยกันฉันทน์สามภรรยา และศาลมีคำสั่งอนุญาตให้สมรสและมีบุตรด้วยกันการกระทำของจำเลย ขาดเจตนากระทำเพื่อการอนาจาร จึงไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม¹⁰⁶

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1262/2513 หญิงผู้เยาว์กับจำเลยรักกัน จำเลยพาผู้เยาว์หนีไปค้างคืนที่อื่นกว่า 20 กว่าคืนแล้วกลับมาขอขมาบิดามารดาของผู้เยาว์ และอยู่กินด้วยกันที่บ้านบิดามารดาของผู้เยาว์อีก 10 กว่าวัน แล้วจำเลยจึงไปและไม่กลับมาอีกเลย พฤติการณ์ดังนี้ไม่มีความผิด

¹⁰⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 101*, น.838.

¹⁰⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2*, พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2562), น.556, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 949/2536

¹⁰⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.580, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1258/2542

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 เพราะจำเลยพาผู้เยาว์ไปเพื่อเป็นภรรยา ไม่ใช่เพื่อการอนาจาร ข้อสังเกต เหตุผลที่จำเลยไปจากบ้านฝ่ายหญิงเพราะ “จำเลยทนพ่อแม่ผู้เสียหายไม่ได้ เพราะหาเงินมาได้เท่าไรพ่อแม่ฝ่ายหญิงเอาเงินไปหมด จำเลยจึงหนีออกจากบ้านของฝ่ายหญิงไปผู้หญิงเลยไปแจ้งความ”¹⁰⁷

คำพิพากษาฎีกาที่ 354/2542 ผู้เยาว์กับจำเลยรู้จักสนิทสนมกันมานานประมาณ 4 ปี มีความรักใคร่ชอบพอกันอยู่ก่อนแล้ว ผู้เยาว์เองก็รับว่าสมัครใจร่วมประเวณีกับจำเลยนอกจากนี้ บิดามารดาจำเลยเคยติดต่อผู้เยาว์จากบิดามารดาผู้เยาว์ แต่ตกลงในจำนวนเงินค่าสินสอดกันไม่ได้ ผู้เยาว์จึงติดตามไปอยู่กับจำเลย และหลังจากนั้นก็อยู่กับจำเลยมาโดยตลอดมิได้กลับไปอาศัยอยู่กับบิดามารดาของตนจนผู้เยาว์ตั้งครรภ์พฤติการณ์ของจำเลยที่พาผู้เยาว์ไปอยู่กินด้วยกันก็ประสงค์จะเลี้ยงดูผู้เยาว์เป็นภริยาจริง ๆ ประกอบกับจำเลยไม่เคยมีภริยาและบุตรมาก่อน จำเลยย่อมอยู่ในฐานะเลี้ยงดูผู้เยาว์ฉันสามีภริยาได้โดยแท้ การกระทำของจำเลยไม่อาจถือว่าเป็นการพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร¹⁰⁸

คำพิพากษาฎีกาที่ 854/2545 วินิจฉัยว่า ผู้เสียหายอายุ 14 ปีเศษ พักอาศัยอยู่กับยายที่บ้านผู้เสียหายไปดูภาพยนตร์ที่งานวัดพบกับจำเลยแล้วพากันไปเดินเล่นใต้ถุนบ้านพี่ชายของจำเลย จำเลยบอกให้ผู้เสียหายช่วยทำความสะอาดห้องนอน เมื่อผู้เสียหายเข้าไปภายในห้องนอน จำเลยตามเข้าไปกระทำชำเราผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายยินยอมต่อมาผู้เสียหายเดินทางไปพบจำเลยที่บ้านเพื่อสอบถามว่าเหตุใดจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายแล้วไม่รับผิดชอบ จำเลยดึงแขนผู้เสียหายเข้าไปในห้องนอนแล้วกระทำชำเราผู้เสียหายยินยอม การกระทำของจำเลยทั้งสองครั้ง ล้วนเป็นการกระทำอันล่วงล้ำต่ออำนาจปกครองของบิดามารดาผู้เสียหายทั้งสิ้น ถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควรพรากผู้เสียหายไปจากบิดามารดา อย่างไรก็ตามจำเลยยังไม่มีภริยา จึงอยู่ในสถานที่ที่จะเลี้ยงดูผู้เสียหายฉันสามีภริยาได้ และต่างก็รักใคร่ชอบพอกันทั้งได้ทะเบียนสมรส โดยได้รับอนุญาตจากศาลจึงมิใช่เป็นการพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร แต่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคแรก

ความยินยอมเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (General principle of law) คือหลักที่ผู้กระทำผิดนำมาใช้เพื่อยกเว้นความผิดทางอาญา หากผู้ให้ความยินยอมให้ความยินยอมโดยสมัครใจ ปราศจากการถูกข่มขู่หลอกลวง หรือความสำคัญผิด ทั้งความยินยอมผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมไปโดยตลอด โดยความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วนั้น

¹⁰⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *เพ็ญอ่าง*, น.598, คำพิพากษาฎีกาที่ 1262/2513

¹⁰⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น602-603. คำพิพากษาฎีกาที่

ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด ในความผิดบางฐานเมื่อเด็กหรือผู้เยาว์ที่กระทำความผิดได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายเองหรือได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลแล้วย่อมไม่อาจจะถือว่า ผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดได้ ดังเช่นความผิดฐานพรากเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ในกรณีที่ผู้เยาว์ยินยอมและเต็มใจไปด้วย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 เช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเมื่อผู้เสียหายยินยอมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงขาดองค์ประกอบความผิดตามมาตรา

ความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อการอนาจารนั้น มีองค์ประกอบที่สำคัญคือ “การพราก” อำนาจการปกครองเด็กหรือผู้เยาว์ไปเสียจากบิดามารดา หรือผู้ดูแล และการพรากนั้นจะต้องเป็นการพรากไปเพื่อการอนาจาร ซึ่งความผิดฐานดังกล่าวถ้าเกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วผู้กระทำก็ย่อมไม่มีความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์ แต่ในทางกลับกันหากผู้กระทำหรือผู้ถูกระทำเป็นเด็กหรือผู้เยาว์ กฎหมายกำหนดให้ผู้นั้นต้องรับโทษในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ ทั้งนี้ความผิดฐานดังกล่าวกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะมุ่งคุ้มครองอำนาจการปกครองของบิดามารดา หรือผู้ดูแล แต่ยังคงมีเจตนารมณ์ที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือเพื่อจะคุ้มครองและปกป้องเด็กเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้ผู้กระทำจึงไม่สามารถที่จะอ้างได้ว่าผู้เสียหายหรือผู้ถูกระทำให้ความยินยอมมาใช้ในการปฏิเสธความรับผิดชอบต่อผู้เสียหายไม่ อีกทั้งในความฐานดังกล่าวจัด เป็นคดีอาญาแผ่นดินที่ไม่สามารถยอมความกันได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อเสียอย่างมากมายในกรณีที่ผู้กระทำเป็นเด็กหรือผู้เยาว์อันเนื่องมาจากประเทศไทยได้มีกฎหมายยกเว้นความผิดฐานกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรค 5 และวรรค 6 ในขณะที่มาตราดังกล่าวมีการยกเว้นโทษเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็กโดยที่ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก แทนการลงโทษ ในการพิจารณาให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ของผู้ถูกระทำได้ แต่มาตรา 317 หรือมาตรา 319 ซึ่งเป็นความผิดที่เบากว่ามาตรา 277 กลับไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษโทษไว้ในเรื่องดังกล่าวอันทำให้เด็กนั้นไม่ได้รับประโยชน์สูงสุดจากการกระทำความผิดความผิดกรรมเดียวแต่ผิดกฎหมายหลายบท

บทที่ 3

กฎหมายต่างประเทศกรณีการยกเว้นเกี่ยวกับความผิดฐาน พรากเด็กและพรากผู้เยาว์ด้วยความยินยอมระหว่างเด็ก

ในต่างประเทศต่างมองว่าเด็กควรได้รับการปกป้องคุ้มครองเนื่องจากเด็กแตกต่างจากผู้ใหญ่ ดังนั้นในการให้ความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศใด ๆ หรือให้ความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ หากเป็นความยินยอมที่เกิดจากเด็กที่มีอายุต่ำจนเกินไป ผู้กระทำย่อมไม่สามารถอ้างความยินยอมนั้นเพื่อมิให้ตนต้องรับผิดได้ อันเป็นไปตามหลักเทียบเคียงในหลักความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมาย (Statutory rape) และกฎหมายที่กำหนดความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์นั้นผลของกฎหมายนั้นจะอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ว่า การพาเด็กหรือผู้เยาว์ไปต้อนั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ที่มีอำนาจปกครองเด็กหรือผู้เยาว์นั้น โดยกฎหมายจะระบุไว้เป็นส่วนใหญ่ว่าบุคคลที่เป็นเด็กหรือผู้เยาว์ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ตามกฎหมายสำหรับการพรากไปเพื่อการอนาจาร เด็กหรือผู้เยาว์จะให้ความยินยอมได้ในตามหลักของกฎหมายก็ต่อเมื่อเด็กหรือผู้เยาว์นั้นอายุถึงเกณฑ์ที่กำหนด ซึ่งเกณฑ์อายุในความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์ก็จะกำหนดเกณฑ์อายุที่แตกต่างจากประเทศไทย ดังเช่น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ก็จะกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กไว้ที่ อายุไม่เกิน 18 ปี แต่ในกฎหมายของประเทศไทยจะกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กไว้ที่อายุไม่เกิน 15 ปี โดยส่วนใหญ่กฎหมายในต่างประเทศจะพิจารณาลงโทษ หรือยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดที่เป็นได้ในกรณีที่เด็กหรือผู้เยาว์ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายนั้นว่าควรจะมีการลงโทษหรือยกเว้นโทษหรือไม่ จะพิจารณาจากเหตุต่าง ๆ หากเด็กหรือผู้เยาว์ทั้งสองมีความประสงค์ที่จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยา ศาลในต่างประเทศจะถือว่าผู้กระทำความผิดนั้นไม่มีเจตนาในการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร จะเห็นได้ว่ากฎหมายนานาชาติประเทศมุ่งคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กหรือผู้เยาว์เป็นสำคัญ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก มากกว่าที่จะมุ่งลงโทษเด็กหรือผู้เยาว์

การกำหนดให้เพศสัมพันธ์ระหว่างผู้ใหญ่และเด็กเป็นความผิดเช่นนี้ กฎหมายมุ่งจะให้ความคุ้มครองแก่เด็กและไม่ให้ผู้ใหญ่เอาเปรียบเด็ก โดยวัตถุประสงค์แรกเริ่มของความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ผลของกฎหมายคือต้องการปกป้องอำนาจการปกครองบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล รวมถึงตัวเด็กหรือผู้เยาว์ที่จะถูกเอาเปรียบและเพื่อลดปัญหาการตั้งครรภ์อันไม่พึงประสงค์

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.1 วัฒนธรรมการดูแลเด็ก

การเลี้ยงดูลูกหลานด้วยการปล่อยให้เด็กมีอิสระทางความคิด และการลงมือทำ โดยไม่มีการบังคับ หรือกีดกันในความเป็นตัวตนของเด็ก มีแต่จะสนับสนุนให้เด็กเป็นอย่างที่ต้องการ ผู้ปกครองเด็กจะเปิดโอกาสให้เด็ก ๆ ได้สัมผัสกับประสบการณ์ในความรักอย่างเต็มที่ ไม่บังคับ สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาการเลี้ยงดูให้ลูกหลานดูแลตัวเอง และมีความรับผิดชอบเป็นสิ่งสำคัญ โดยจะไม่เข้ามาช่วยเหลือใด ๆ หากไม่จำเป็นจริง ๆ เด็กฝรั่งเศสส่วนใหญ่ออกไปทำงานนอกเวลาหาเงินกันตั้งแต่เด็ก และเรื่องที่ชอบหยิกยกเรื่องการชื้อรถยนต์มาเป็นตัวอย่าง พ่อแม่ฝรั่งเศสจะชื้อรถคันแรกให้กับลูกแต่เป็นรถยนต์มือสอง เพื่อให้เขารู้จักคุณค่ามากขึ้น จากนั้นจึงค่อยขยับเป็นที่มีราคามากขึ้น ซึ่งแนวคิดนี้ก็ได้นำมาปรับใช้ในสังคมประเทศไทยบ้างแล้ว ถือว่าเป็นแนวคิดที่ดีมาก ในการเลี้ยงดู ด้วยวิธีการแบบนี้เน้นการสังสรรค์ ปาร์ตี้ และกิจกรรม ส่วนใหญ่วันหยุดมักจะพากันไปบาร์บีคิวกันหลังบ้าน ในประเทศตะวันตกเต็มไปด้วยภูเขาและป่าไม้มากมาย จึงเป็นเรื่องที่ไม่ยากหากจะไปสัมผัสกับธรรมชาติ ออกไปเดินป่า ตั้งแคมป์ไปพร้อมกับสมาชิกในครอบครัว ถือเป็นการทำงานประสพการณ์พร้อมกับสร้างสายสัมพันธ์ระหว่างกันในครอบครัว¹

3.1.2 ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

ความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายของอเมริกาฯ ได้บัญญัติไว้ใน Model Penal Code ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายอาญา ทำให้แต่ละมลรัฐนำไปปรับใช้เพื่อความเหมาะสมแต่ละมลรัฐ โดยได้บัญญัติเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกา ประกอบด้วย รัฐ (State) หลายรัฐ กล่าวคือแบ่งเขตการปกครองออกเป็น 50 มลรัฐ ดังนั้น แต่ละรัฐได้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในแต่ละรัฐ โดยอิสระ ไม่เหมือนกัน เรียกว่า “กฎหมายของรัฐ” (State laws) และกฎหมายของรัฐนี้จะมีบทบัญญัติไว้ว่ากรณีใดให้ใช้บังคับตามบทบัญญัติของ “กฎหมายรัฐบาลกลาง” (Federal laws) ซึ่งจะเป็นข้อยกเว้นในการใช้บังคับตามกฎหมายของรัฐ ดังนั้นการศึกษาความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงจะศึกษาในลักษณะการกล่าวโดยรวมไม่เจาะจงความผิดลักษณะนี้ ตามกฎหมายของมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง และโดยที่ประเทศสหรัฐอเมริกามีระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common law) ดังนั้นจึงมิได้มีการรวบรวมกฎหมายให้เป็นหมวดหมู่ในลักษณะของ

¹Juventudesocialista, 2018. Retrieved on <http://www.juventudesocialista.org>.

ระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) การศึกษาจึงเป็นไปในลักษณะศึกษาเพื่อให้ได้หลักกฎหมาย จากตัวอย่างคดีต่าง ๆ ซึ่งศาลในคดีนั้น ๆ ได้ตัดสินไว้เป็นบรรทัดฐานในสหรัฐอเมริกา กฎหมายอาญาของมลรัฐได้นำความผิดฐานพาตัวบุคคลไป (Abduct or Abduction) มาอธิบายความผิดฐานการเอาตัวบุคคลไปเรียกค่าไถ่ (Kidnapping) ด้วย ทั้งนี้เพราะความผิดทั้งสองฐานนี้มีลักษณะของการกระทำ ความผิดเหมือนกัน กล่าวคือ มีการกระทำความผิดโดยบุคคลหนึ่งได้พาตัวบุคคลอื่นไป (Taking) หรือ กักตัว (Detention) บุคคลอื่นไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายในบางมลรัฐถือว่าความผิดฐานนี้ จะต้องมีการนำตัวบุคคลจากสถานที่ ซึ่งเขาถูกจับตัวไปยังสถานที่อื่นด้วย (There must be a carrying away of a person from the place where he was seized to some other place)²

หลักกฎหมาย Common law ในสมัยแรกนั้นการพรากไปเพื่อเป็นโสเภณีไม่เป็น ความผิด หากกระทำนั้น ผู้กระทำมิได้มีการสมรู้ร่วมคิดกันมาก่อน (Abduction for the purpose of prostitution was not a crime at common law in the absence of a conspiracy)³

ความแตกต่างของความผิดฐานพาตัวบุคคลไป (Abduction) กับความผิดฐานเอาตัวบุคคลไปเรียกค่าไถ่ (Kidnapping) อยู่ที่คำว่า “Abduction” ซึ่งตรงกับคำว่า พาตัวบุคคลไป (“Abduction” and “Taking away” are after use as the equivalents of each other)⁴ กล่าวคือ ความผิดนี้มีการเข้าไปรบกวน หรือกระทบกระเทือนต่อความสัมพันธ์ในครอบครัวของบุคคลอื่น โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (the gist of abduction is the unlawful interference with a family relationship) เช่น การพาเอาตัวเด็กไปจากบิดามารดา ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม (The taking of the child from its parent, irrespective of whether the person abducted consents or not) กล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ เป็นการเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับเสรีภาพของผู้ถูกเอาตัวไป (In the other words, it is an unlawful interference with the freedom of the person)⁵

กฎหมายของมลรัฐโดยส่วนใหญ่ถือว่า ความผิดฐานพาตัวไปจะถูกลงโทษอย่างหนักถ้าเป็นการพรากบุคคลไปเป็นโสเภณี (Abduction is a felony under most statutes, this depend on whether the offense was for the purpose of prostitution)⁶

² Midget V State (216 Md 26, 139 A.2d 209), Am Jur 2 d., p.160.

³ Anderson V. Com (5 Rand (Va) 627), Am Jur 2 d., p.160.

⁴ Humphrey V. Pope (122 Call 253, 54 p.847), Am Jur 2 d., p.164.

⁵ State V. Brown (181 Kan, 375, 312 p 2 d 832), State V. Myers; (154 Kan 648, 121 p 2 d 286), Am Jur 2 d ., p.170.

⁶ De Hart V. State (87 Tese Crim 26, 218 sw 1047), Am Jur 2 d., p.172.

จากสถิติคดีการลักพาตัวเพื่อเรียกค่าไถ่ข้ามรัฐเพิ่มสูงขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างน่าตกใจ โดยที่รัฐบาลกลางไม่มีกฎหมายในเรื่องดังกล่าว รัฐบาลกลางจึงได้ออกกฎหมายฉบับหนึ่งชื่อ “Lindbergh law” ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีสาระสำคัญคือ ได้บัญญัติบทลงโทษผู้กระทำผิดฐานพาตัวบุคคลอื่นไป ยกเว้นกรณีดังกล่าวที่การกระทำเกิดขึ้นกับผู้เยาว์โดยบิดา มารดาของเขา (Except in the case of a minor by its parent)⁷

การพิจารณาความผิดฐานพรากจะต้องพิจารณาไปถึงความประพฤติของเหยื่อหรือความบริสุทธิ์ พรหมจรรย์ของเหยื่อเป็นองค์ประกอบสำคัญด้วย (other definitions of abduction include chastity of the victim as an essential element)⁸

เกี่ยวกับระยะทางของการพาตัวเหยื่อไป กฎหมายของมลรัฐต่าง ๆ ส่วนใหญ่ไม่คำนึงถึงระยะทาง เพียงแต่ให้มีการใช้กำลังบังคับพาเหยื่อไปที่อื่น ถือว่ามีการพาตัวไปสำเร็จแล้ว เป็นความผิดฐานพาตัวบุคคลไป (Under most statutes it is the fact, not the distance, of forcible removal of the victim that constitutes abduction)

เกี่ยวกับระยะเวลาของการเอาตัวไปไม่ใช่สาระสำคัญที่จะนำมาพิจารณา การนำตัวไปไม่ว่าจะเป็นระยะเวลาเพียง 2-3 ชั่วโมง หรือ 2-3 วัน หรือยาวนานกว่านั้นก็มีความผิด (The abduction statutes fix no requirement of intent on The part of the perpetrator to hold the victim for my particular length of time may it be for a few hours or days, or for longer time)⁹

การพาผู้เยาว์ไปเพื่อความประสงค์ต้องการเลี้ยงดูเป็นภริยา ไม่ถือว่าเป็นการพาไปเพื่อการอนาจาร เพราะการเป็นสามีภริยากันถือว่าภริยาให้ความยินยอมที่จะให้สามีกระทำชำเรา (ซึ่งรวมถึงการทำอนาจาร) ได้¹⁰ ในกรณีที่พาผู้เยาว์ไปจากบ้านบิดาของผู้เยาว์แล้วพาไปหลบนอนด้วยกันเพียง 3 คืน ก็ส่งผู้เยาว์กลับบ้านบิดาไม่ถือว่ามิเจตนาพาไปอยู่กินเป็นภริยา¹¹

⁷ Gooch V. United State (297 US 124, 80 L ed 522, 56 S ct 395), Am Jur 2 d., p.172.

⁸ Henderson V. People (124 ILL 607, 17 NE 68), State V. Sandered 136 La 1059, 68So 125, Am Jur 2 d., p.171.

⁹ State V. Lacoshus (96 NH 76, 70 A2d 203), Am Jur 2 d., p.171.

¹⁰ Kenny’s Outlines of Criminal Law, (Cambridge : The University Press, 1966), p.200.

¹¹ Perkins on Criminal Law, (New York : The Foundation Press, Inc, 1969), p.138.

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 213.1 บัญญัติว่า “(1) ชายใดกระทำชำเรากับหญิงอื่น ซึ่งมีใช้ภรรยาของตนย่อมมีความผิดฐานกระทำชำเรา เมื่อ (ก) ใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เชื่อว่าจะทำอันตรายแก่ชีวิตและร่างกาย (ข) ทำให้ผู้หญิงอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยการใช้ยา (ค) ทำให้ผู้หญิงหมดสติ (ง) ผู้หญิงนั้นอายุต่ำกว่า 10 ปี”¹²

ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 213.4 บัญญัติว่า “บุคคลใดสัมผัสทางเพศต่อผู้อื่น ซึ่งมีใช้คู่สมรสย่อมมีความผิดฐานกระทำอนาจาร เมื่อ (4) ผู้อื่นนั้นมีอายุต่ำกว่า 10 ปี”¹³

¹² Section 213.1 Rape and related offences. (1) Rape. A male who has sexual intercourse with a female not his wife is guilty of rape if: (a) he compels her to submit by force or by threat of imminent death, serious bodily injury, extreme pain or kidnapping, to be inflicted on anyone; or

(b) he has substantially impaired her power to appraise or control her conduct by administering or employing without her knowledge drugs, intoxicants or other means for the purpose of preventing resistance; or

(c) the female is unconscious; or

(d) the female is less than 10 years old.

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

¹³ Section 213.4 Sexual assault.

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

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

ประเทศสหรัฐอเมริกา ประกอบด้วย มลรัฐจำนวน 50 มลรัฐ มีการประมวลกฎหมายอาญาซึ่งบังคับใช้ภายในมลรัฐของตนเอง (State Law) เกณฑ์การบัญญัติเรื่องอายุของเด็กที่ให้ความยินยอมจึงแตกต่างกัน ซึ่งโดยเฉลี่ยแล้วจะกำหนดที่อายุ 12 ถึง 18 ปี แล้วแต่ความเหมาะสม นอกจากนี้ยังพบว่า กรณีที่มีความผิดเกี่ยวกับเพศเกิดขึ้นโดยไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลของมลรัฐใดนั้น รัฐบาลกลางได้กำหนดให้บังคับใช้ตามกฎหมายรัฐบาลกลาง (Federal Law) อาทิ การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กเกิดขึ้นที่น่านน้ำพิเศษ ในมาตรา 2243¹⁴ บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำความผิดทางเพศต่อบุคคล ซึ่งมีอายุตั้งแต่ 12 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้ถูกกระทำนั้นมีอายุน้อยกว่าผู้กระทำความผิดตั้งแต่ 4 ปีขึ้นไป ต้องระวางโทษ จะเห็นได้ว่ากฎหมายอเมริกาได้มีแนวทางในการคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญ โดยมองว่าเด็กควรได้รับการปกป้องคุ้มครองจึงส่งผลให้เด็กไม่สามารถให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ได้ จึงต้องมีการบัญญัติเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เด็กเหล่านี้ และลงโทษแก่บุคคลผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นการกำหนดความผิดสำหรับการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ในการให้ความยินยอม อันถือได้ว่าเป็นการข่มขืนโดยผลของกฎหมาย (Statutory Rape)

กรณีที่เด็กไม่ได้มีเจตนากระทำความผิดเกี่ยวกับเพศดังเช่นทั่วไป แต่เป็นกรณีที่เด็กทั้งสองที่อายุเท่า ๆ กัน และมีความสัมพันธ์ในฐานะแฟน รักใคร่กัน และเต็มใจมีเพศสัมพันธ์ระหว่างกันกฎหมายจะถือว่าเด็กทั้งสอง หรือเด็กชายเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศนี้หรือไม่ ในกฎหมายประเทศอเมริกามีแนวคิดที่ว่าเมื่อเด็กผู้ถูกกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ควรได้รับการปกป้องคุ้มครอง และยังคงให้ความคุ้มครองแก่เด็กผู้กระทำความผิดด้วย โดยแนวคิดดังกล่าวได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปในหลายมลรัฐ ทั้งนี้ย่อมขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของแต่ละมลรัฐว่าจะนำแนวคิดดังกล่าวมาใช้ และบัญญัติให้เหมาะสมอย่างไร ซึ่งบางมลรัฐมีความคิดเห็นว่าหากเด็กทั้งสองเต็มใจมีเพศสัมพันธ์กันแล้ว ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษจึงบัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้นของกฎหมาย (Statutory

¹⁴ Section 2243 Federal law.

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

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

(2) is at least four years younger than the person so engaging; or attempts to do so, shall be fined under this title, imprisoned not more than 15 years, or both.

Exception) หรือในบางมลรัฐกำหนดให้เด็กสามารถยกข้อต่อสู้ เพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษได้ (Affirmative Defense) หรือเป็นเหตุลดหย่อนโทษ ซึ่งเรียกหลักเกณฑ์นี้ว่า “Romeo and Juliet”

3.1.3 การยกเว้นความผิดฐานพรากเด็ก และพรากผู้เยาว์ ด้วยความยินยอมระหว่างเด็ก

โดยเด็กหรือผู้เยาว์มักมีพฤติกรรมที่สุ่มเสี่ยงขาดความเป็นผู้ใหญ่ และยังไม่มีความรับผิดชอบเพียงพอทำให้นำไปสู่ความประมาท ความหุนหันพลันแล่น¹⁵ และการกระทำที่วู่วาม รวมถึงพฤติกรรมอยากลองผิดลองถูกถึงการเรียนรู้เกี่ยวกับทางเพศ และการจัดการกับอารมณ์ทางเพศ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในภาวะที่วัยรุ่นต้องเผชิญ การทดลองเกี่ยวกับเพศจึงถือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพัฒนาของวัยรุ่น ดังนั้น การกำหนดให้การทดลองเกี่ยวกับทางเพศระหว่างวัยรุ่นด้วยความยินยอมเป็นอาชญากรรมย่อมเป็นการขัดต่อความจริง ด้านพัฒนาการทางเพศของผู้เยาว์ และจากกฎหมายมีขึ้นเพื่อต้องการปกป้องคุ้มครองเด็ก และผู้เยาว์ เพราะเด็กมีความเปราะบางจึงควรที่จะปกป้องคุ้มครองเด็กโดยไม่ให้เด็กสามารถยินยอมเกี่ยวกับทางเพศได้ เป็นหลักการที่ดีแต่ในทางตรงกันข้ามก็กลับแย่งหากผู้ต้องหา และผู้เสียหายเป็นเด็กหรือผู้เยาว์ทั้งคู่ ทั้งนี้ แม้ว่าความจริงแล้วเด็กควรได้รับการปกป้องอันตรายจากผู้ใหญ่ที่กระทำความผิด แต่ถ้าเป็นเด็กด้วยกันซึ่งมิได้มีเจตนากระทำความผิดดังเช่นผู้ใหญ่ การที่กฎหมายกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอมระหว่างผู้เยาว์ด้วยกันนั้นเป็นความผิด จึงไม่ได้ช่วยปกป้องคุ้มครองเด็กแต่อย่างใด กลับส่งผลให้เป็นการขัดต่อการพัฒนาการของวัยรุ่น เป็นหลักการพื้นฐานของระบบยุติธรรมทางอาญาสำหรับผู้เยาว์

หลัก Romeo and Juliet มีหลักเกณฑ์ในการนำมาใช้โดยจะนำมาใช้กรณีที่ผู้ต้องหา และผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศมีอายุใกล้เคียงกันและไม่เกินจำนวนปีที่กำหนด โดยผู้กระทำจะอ้างหลักนี้ได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย แต่ทั้งนี้เชื่อว่าหลัก Romeo and Juliet สามารถนำมาใช้เป็นเหตุยกเว้นความรับผิด หรือเป็นเหตุบรรเทาโทษได้ทุกกรณี เพราะอายุในความยินยอมของผู้เสียหายยังมีอายุขั้นต่ำสุดที่จะเริ่มให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำที่เป็นเด็กได้ ซึ่งหากเด็กที่ให้ความยินยอมมีอายุที่ต่ำเกินไปการกระทำของเด็กย่อมเป็นความผิดได้ เช่น ในรัฐ Texas กำหนดเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมเกี่ยวกับเพศต้องมีอายุ 17 ปีขึ้นไป แต่ในกรณีที่เด็กผู้กระทำมีอายุมากกว่าผู้เสียหายไม่เกิน 3 ปี และผู้เสียหายมีอายุ 14 ปีขึ้นไป เด็กผู้กระทำไม่ต้องรับผิด ทั้งนี้ก็เพื่อลดหรือยกเว้นการรับผิดทางอาญา สำหรับวัยรุ่นที่มีเพศสัมพันธ์กันด้วยความสมัครใจ หลัก Romeo and Juliet จึงเป็นหลักที่หลายมลรัฐในประเทศอเมริกาให้การยอมรับ และนำมาบัญญัติใช้แก่ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็ก ซึ่งมีอายุใกล้เคียงกับผู้เสียหายไม่เกินจำนวนปีที่กำหนด ซึ่งเป็นการแก้ปัญหาสำหรับวัยรุ่นที่มีเพศสัมพันธ์กันด้วยความยินยอมให้ไม่ต้องรับผิดทางอาญา โดยอาจนำมา

¹⁵ Roper V Simmons, 543 U.S. 551 (2005), Retrieved on <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/>.

บัญญัติใช้เป็นเหตุไม่ต้องรับโทษ เหตุบรรเทาโทษ หรือนำมาใช้เป็นข้อต่อสู้ไม่ต้องรับโทษแตกต่างกันไป ซึ่งขึ้นอยู่กับเจตนาอาชญากรรมและความเหมาะสมของแต่ละรัฐนั้น ๆ นอกจากนี้ กฎหมายที่กำหนดความผิดต่อผู้เยาว์ ย่อมก่อให้เกิดความเสี่ยงในการบังคับใช้กฎหมายตามอำเภอใจและเลือกปฏิบัติได้ ซึ่งเด็กที่ถูกตราหน้าว่าเป็นผู้กระทำความผิดทางเพศอาจเกิดภาวะซึมเศร้า และความวิตกกังวล ส่งผลให้ขัดขวางการพัฒนาทางสังคมตามปกติอันอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงที่เด็กเหล่านี้จะกระทำความผิด เพราะเด็กที่เป็นอาชญากรทางเพศอาจได้รับผลร้ายทางสังคม¹⁶ พบว่า ในแต่ละรัฐได้นำหลัก Romeo and Juliet มาปรับใช้ ดังนี้

3.1.3.1 มลรัฐแคนซัส (Kansas)

รัฐ Kansas ตระหนักว่าพฤติกรรมการทดลองมีเพศสัมพันธ์กันระหว่างวัยรุ่นไม่ควรถูกลงโทษเหมือนการข่มขืนกระทำชำเรา จึงได้มีบทบัญญัติที่เรียกกันทั่วไปว่าหลัก Romeo and Juliet มาใช้ลดหย่อนความผิด ในกรณีที่วัยรุ่นทั้งสองมีอายุใกล้เคียงกัน โดยมีความผิดเกี่ยวกับเพศ ดังนี้

ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

มาตรา 21-352 บัญญัติว่า “การร่วมเพศโดยความสมัครใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายคือกรณีที่ (1) การร่วมเพศ (2) การร่วมเพศอันผิดธรรมชาติ (3) การสัมผัสหรือลูบไล้ในทางอนาจารกระทำต่อเด็กที่มีอายุตั้งแต่ 14 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้ต้องหามีอายุต่ำกว่า 19 ปี โดยมีอายุมากกว่าเด็กไม่เกิน 4 ปี โดยผู้ที่เกี่ยวข้องในการกระทำนั้นมีเพียงผู้ต้องหาและเด็กเท่านั้น ทั้งนี้ผู้ต้องหาและเด็กต้องเป็นเพศตรงข้ามกัน” กล่าวคือ อายุความยินยอมของเด็กเริ่มต้นที่อายุ 16 ปี หากฝ่าฝืนย่อมมีความผิด แต่ถ้าเด็กผู้ถูกกระทำมีอายุมากกว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้ต้องหามีอายุต่ำกว่า 19 ปี และมีอายุใกล้เคียงกันไม่เกิน 4 ปี ตามเงื่อนไขแล้ว เด็กผู้กระทำผิดจะได้รับการลดหย่อนโทษแต่มีข้อสำคัญว่าเด็กผู้กระทำ และผู้ถูกกระทำจะต้องเป็นเพศตรงข้ามกัน¹⁷

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

บัญญัติไว้ในมาตรา 21-352 เช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก โดยกำหนดอายุความยินยอมของเด็กเริ่มตั้งแต่อายุ 16 ปี หากฝ่าฝืนย่อมมีความผิด แต่หากเด็กผู้ถูกกระทำมีอายุมากกว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้ต้องหาอายุต่ำกว่า 19 ปี และมีอายุใกล้เคียงกันไม่เกิน 4 ปี ตามเงื่อนไขแล้วเด็กผู้กระทำผิดจะได้รับการลดหย่อนโทษ

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

¹⁷ Section 21-3522. Unlawful voluntary sexual relations.

สรุปได้ว่า รัฐ Kansas ได้บัญญัติเหตุผลหย่อนโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งให้เด็กที่มีเพศสัมพันธ์ต่อกันด้วยความยินยอม ได้รับโทษน้อยลงในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก และความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก ถ้าเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด กล่าวคือเด็กผู้ถูกระทำต้องมีอายุมากกว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้กระทำความผิดต้องมีอายุต่ำกว่า 19 ปี และมีอายุห่างกันไม่เกิน 4 ปี โดยผู้กระทำและผู้ถูกระทำจะเป็นเพศใดก็ได้ถึงจะสามารถลดหย่อนโทษได้ หลัก Romeo and Juliet Exception จึงเป็นหลักที่กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาให้การยอมรับโดยทั่วไป ให้เป็นข้อยกเว้นสำหรับเด็กที่มีอายุใกล้เคียงกัน ถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อกำหนดโทษให้เบาลงสำหรับกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีอายุไม่ถึงเกณฑ์ในการให้ความยินยอม และในขณะเดียวกันกฎหมายก็ยังสามารถคงไว้ซึ่งความผิดอันเด็ดขาดระหว่างผู้ใหญ่และเด็ก โดยเหตุผลของการบัญญัติข้อยกเว้นเหล่านี้แก่เด็กผู้กระทำความผิด เนื่องจากเหตุผลที่ว่ากรณีมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กไม่สมควรได้รับโทษเท่ากับการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้ใหญ่กับเด็ก¹⁸

3.1.3.2 มลรัฐ Vermont

ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

มาตรา 3252 (c) กำหนดอายุที่สามารถให้ความยินยอมของเด็ก เริ่มต้นที่อายุ 16 ปีได้กำหนดความผิดฐานข่มขืนโดยผลของกฎหมาย (Statutory Rape) ระบุว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเกี่ยวกับทางเพศต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี เว้นแต่กรณีที่ผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่า 19 ปี และเด็กมีอายุอย่างน้อย 15 ปี และยินยอมต่อการกระทำนั้น”¹⁹ ดังนั้น หากผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่า 19 ปี กระทำต่อเด็กที่มีอายุมากกว่า 15 ปี ถึง 16 ปี ด้วยความยินยอม กฎหมายของรัฐ Vermont บัญญัติให้เด็กไม่ต้องรับผิด

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

มาตรา 2602 กำหนดว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำอนาจารต่อร่างกายของเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี โดยมีเจตนาเพื่อกระตุ้นอารมณ์ทางเพศ หรือสนองต่อความต้องการทางเพศของตน หรือของเด็กนั้น ซึ่งมาตรานี้ไม่ให้ใช้บังคับกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่า 19 ปี และเด็กมีอายุอย่างน้อย

¹⁸ Jake Tover, “For Never Was A Story Of More Woe Than This Of Juliet And Her Romeo” --An Analysis Of The Unexpected Consequences Of Florida's Statutory Rape Law And Its Flawed "Romeo And Juliet" Exception,” *Nova Law Review*, Volume 38, Issue 1, p.160 (2014).

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

15 ปี และยินยอมต่อการกระทำนั้น”²⁰ หลักเกณฑ์อายุที่เด็กสามารถให้ความยินยอม และหลักเกณฑ์อายุของผู้กระทำที่ไม่ต้องรับโทษ โดยใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

สรุปได้ว่ารัฐ Vermont ได้บัญญัติข้อยกเว้นกฎหมาย (Statutory Exception) ให้เด็กที่มีเพศสัมพันธ์ต่อกันด้วยความยินยอมนั้น ไม่ต้องรับผิดในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ถ้าเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดคือ เด็กผู้ถูกระทำต้องมีอายุมากกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้กระทำมีอายุต่ำกว่า 19 ปี ส่วนของความผิดฐานกระทำอนาจารต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด ตามหลักเกณฑ์อายุเช่นเดียวกันกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

3.1.3.3 มลรัฐ Oklahoma

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

มาตรา 21-1111 กำหนดให้อายุที่สามารถยินยอมของเด็กนั้น เริ่มตั้งแต่อายุ 16 ปีและหากเด็กผู้ถูกระทำมีอายุ ต่ำกว่า 14 ปี ผู้กระทำชำเราต้องได้รับโทษสูงขึ้นตามลำดับ²¹ ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเรา คือ “การกระทำชำเราซึ่งมีการล่วงล้ำทวารหนัก หรืออวัยวะเพศหญิงของผู้ที่ไม่ใช่คู่สมรสของผู้กระทำในกรณีต่อไปนี้ผู้ถูกระทำมีอายุต่ำกว่า 16 ปี”²² แต่หากเป็นกรณีที่เด็กผู้ถูกระทำให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์แล้ว และมีอายุมากกว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้กระทำมีอายุไม่เกิน 18 ปี ในมาตรา 21-1112 บัญญัติว่า “ไม่ให้ผู้กระทำมีความผิดฐานข่มขืน ในกรณีที่

²⁰ Section 2602. Lewd or lascivious conduct with child.

(a)(1) No person shall willfully and lewdly commit any lewd or lascivious act upon or with the body, or any part or member thereof, of a child under the age of 16 years, with the intent of arousing, appealing to, or gratifying the lust, passions, or sexual desires of such person or of such child. (2) This section shall not apply if the person is less than 19 years old, the child is at least 15 years old, and the conduct is consensual.

²¹ Section 21-1114. Rape in first degree Second degree.

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

²² Section 21-1111. A. Rape is an act of sexual intercourse involving vaginal or anal penetration accomplished with a male or female who is not the spouse of the perpetrator and who may be of the same or the opposite sex as the perpetrator under any of the following circumstances:

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

ผู้กระทำความผิดสัมพันธ์กับเด็กที่มีอายุตั้งแต่ 14 ปีขึ้นไป ได้รับความยินยอมจากเด็ก เว้นแต่ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป”²³ ดังนั้น หากผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่า 18 ปี กระทำต่อเด็กที่มีอายุระหว่าง 14 ปี ถึง 16 ปี ด้วยความยินยอม กฎหมายของรัฐ Oklahoma บัญญัติให้เด็กไม่ต้องรับผิด

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

มาตรา 21-1123 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการต่อไปนี้โดยเจตนาส่งข้อความลามกให้แก่เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี เพื่อให้เด็กมีเพศสัมพันธ์กับตน หรือผู้อื่น หรือมอง สัมผัส หรือลูบคลำร่างกาย หรือส่วนลับของเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ในทางลามกซึ่งขัดต่อศีลธรรมของสังคม แต่ไม่ให้อำนาจบังคับในกรณีที่ผู้ต้องหาอายุมากกว่าผู้ถูกกระทำไม่เกิน 3 ปี”²⁴ กล่าวคือ กำหนดให้อายุความยินยอมของเด็กต้องมีอายุ 16 ปีขึ้นไป ซึ่งความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กนี้บัญญัติไว้สอดคล้องกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก แต่หากการกระทำอนาจารดังกล่าว เป็นการกระทำต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 16 ปี และผู้กระทำความผิดอายุห่างกับผู้เสียหายไม่เกิน 3 ปี ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

สรุปได้ว่า รัฐ Oklahoma ได้บัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้นของกฎหมาย (Statutory Exception) ให้เด็กที่มีเพศสัมพันธ์กันด้วยความยินยอมไม่ต้องรับผิดในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามเงื่อนไขที่กำหนดคือ เด็กผู้ถูกกระทำต้องมีอายุมากกว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี และผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ส่วนของความผิดกระทำอนาจารต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดคือ เด็กผู้ถูกกระทำจะต้องมีอายุต่ำกว่า 16 ปี และผู้กระทำความผิดอายุห่างกันไม่เกิน 3 ปี

²³ Section 21-1112. Age limitation on conviction for rape.

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

²⁴ Section .21-1123. Lewd or indecent proposals or acts as to child under 16 - Sexual battery. A. Any person who shall knowingly and intentionally: 1. Make any oral, written or electronically or computer-generated lewd or indecent proposal to any child under sixteen (16) years of age for the child to have unlawful sexual relations or sexual intercourse with any person; or 2. Look upon, touch, maul, or feel the body or private parts of any child under sixteen (16) years of age in any lewd or lascivious manner by any acts against public decency and morality, as defined by law; or

3.1.3.4 มลรัฐนิวยอร์ก (New York)

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

มาตรา 130.25 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเมื่อผู้นั้นกระทำชำเราผู้อื่นที่ไม่ยินยอม เพราะอายุต่ำกว่า 17 ปี”²⁵ กล่าวคือ มลรัฐนิวยอร์กกำหนดให้เด็กที่สามารถให้ความยินยอมในทางเพศได้จะต้องมีอายุ 17 ปีขึ้นไป และหากเด็กผู้ถูกระทำมีอายุน้อยมาก อาทิ ต่ำกว่า 15 ปี หรือ ต่ำกว่า 13 ปี ผู้ถูกระทำข่มขืนจะได้รับโทษสูงขึ้นตามลำดับ แม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอมก็ตาม ทั้งนี้ ผู้กระทำความผิดและผู้ถูกระทำจะเป็นเพศใดก็ได้ แต่หากปรากฏว่าผู้กระทำ และผู้ถูกระทำเป็นผู้เยาว์มีอายุใกล้เคียงกัน และมีเพศสัมพันธ์ระหว่างกันด้วยความยินยอมแล้ว ตามมาตรา 130.30 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับสอง เมื่อผู้กระทำอายุ 18 ปีขึ้นไป และกระทำชำเราบุคคลที่อายุต่ำกว่า 15 ปี แต่จำเลยสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ เพื่อไม่ต้องรับผิดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราชำเราได้ ถ้าหากในขณะกระทำความผิดจำเลยมีอายุมากกว่าผู้ถูกระทำไม่เกิน 4 ปี”²⁶ ดังนั้น หากเด็กผู้ถูกระทำอายุไม่เกิน 15 ปีและให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์แก่เด็กผู้กระทำอายุใกล้เคียงกันไม่เกิน 4 ปี ผู้กระทำสามารถยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ให้ตนต้องรับผิดได้ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก แต่ในกรณีที่ผู้ถูกระทำเด็กมากจนเกินไป

²⁵ Section 130.25 Rape in the third degree.

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

²⁶ Section 130.30 Rape in the second degree.

A person is guilty of rape in the second degree when: 1. being eighteen years old or more, he or she engages in sexual intercourse with another person less than fifteen years old; It shall be an affirmative defense to the crime of rape in the second degree as defined in subdivision one of this section that the defendant was less than four years older than the victim at the time of the act. Rape in the second degree is a class D felony.

คืออายุต่ำกว่า 11 ปี²⁷ กฎหมายไม่เปิดช่องให้ผู้กระทำสามารถยกข้อต่อสู้ใด ๆ มาเพื่อปฏิเสธไม่ให้ตนต้องรับโทษได้

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

มาตรา 130.55 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีความผิดฐานอนาจารในระดับสามเมื่อกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้นั้น แต่ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำมีอายุมากกว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 17 ปี และผู้กระทำอายุมากกว่าผู้ถูกกระทำไม่เกิน 5 ปี ผู้กระทำสามารถยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิดได้”²⁸ กล่าวคือ ความยินยอมของผู้ถูกกระทำเริ่มตั้งแต่อายุ 17 ปี และจะมีโทษสูงขึ้นหากเป็นการกระทำอนาจารต่อเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี และต่ำกว่า 11 ปี ตามลำดับ กรณีที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำเป็นผู้เยาว์มีอายุใกล้เคียงกัน และยินยอมให้สัมผัสทางเพศ (Sexual Contact) โดยเป็นเด็กอายุมากกว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 17 ปีให้ความยินยอมสัมผัสทางเพศต่อเด็กผู้กระทำอายุใกล้เคียงกันไม่เกิน 5 ปี ผู้กระทำสามารถยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ให้ตนต้องรับผิดได้ในความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

สรุปได้ว่ารัฐนิวยอร์กได้บัญญัติให้เด็กที่มีเพศสัมพันธ์กันด้วยความยินยอมสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ เพื่อไม่ให้ตนต้องรับผิดในความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กได้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดคือ เด็กผู้กระทำจะต้องอายุต่ำกว่า 18 ปี กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี และมีอายุห่างกันไม่เกิน 4 ปี ส่วนของความผิดกระทำอนาจารต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดคือ เด็กผู้ถูกกระทำจะต้องมีอายุระหว่าง 14 ปี ถึง 17 ปี และผู้กระทำมีอายุห่างกันไม่เกิน 5 ปี จึงจะสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ไม่ให้ตนต้องรับผิดได้

²⁷ Section 130.35 Rape in the First degree. A person is guilty of rape in the first degree when he or she engages in sexual intercourse with another person: 3. Who is less than eleven years old; or.

²⁸ Section 130.55 Sexual abuse in the third degree.

A person is guilty of sexual abuse in the third degree when he or she subjects another person to sexual contact without the latter's consent; except that in any prosecution under this section, it is an affirmative defense that (a) such other person's lack of consent was due solely to incapacity to consent by reason of being less than seventeen years old, and (b) such other person was more than fourteen years old, and (c) the defendant was less than five years older than such other person.

3.1.4 มาตรการหลังยกเว้นโทษ

มาตรการภายหลังยกเว้นโทษเด็กหรือวัยรุ่น ซึ่งศาลเยาวชนและครอบครัวในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ปฏิบัติต่อเด็ก และเยาวชน ที่กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติแต่ไม่ต้องรับโทษ เนื่องด้วยอายุหรือลักษณะคดี หรือเหตุผลอื่นใด ศาลฯ จะต้องพิจารณาคดีเด็กหรือเยาวชนโดยใช้ข้อมูลที่รวบรวมจากพนักงานคุมประพฤติ ได้แก่ ข้อมูลเกี่ยวกับตัวเด็ก และจากบุคคลแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับตัวเด็ก เพื่อหาสาเหตุถึงการกระทำความผิด รวมถึงพิจารณาถึงข้อมูลด้านจิตเวช และจิตวิทยาเป็นรายงานที่เรียกว่า Social Study ซึ่งเป็นรายงานที่ใช้สำหรับการพิจารณาพิพากษาคดีเมื่อพิจารณาเห็นสมควรว่าเด็กกระทำความผิด แต่ไม่ต้องรับโทษและควรต้องแก้ไขฟื้นฟูเด็ก ศาลจะปฏิบัติต่อเด็กหรือเยาวชน โดยสามารถแยกวิธีแก้ไขและฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำความผิดออกได้เป็นสองวิธี²⁹ ดังนี้

3.1.4.1 วิธีแก้ไขที่ไม่ตัดอิสระภาพ (Treatment in Freedom) เป็นวิธีการแก้ไขและฟื้นฟูเด็ก หรือเยาวชน โดยเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนสามารถกลับตัว และแก้ไขเป็นคนดีได้ ศาลฯ อาจมีมาตรการหรือเงื่อนไขที่กำหนดขึ้น อาทิเช่น การคุมประพฤติเด็ก (Probation) จุดมุ่งหมายการคุมประพฤติเพื่อแก้ไขและฟื้นฟูเด็กเฉพาะรายสำคัญ และมอบเด็กไว้ยังบ้านทดแทน (Foster-home) ระยะสั้น หรือระยะยาว หรือกำหนดวิธีให้เด็กเข้าโครงการบำบัดแบบไป-กลับก็ได้ (Day Treatment Programs) หรือบ้านกึ่งวิถี (Half Way Houses) ซึ่งเป็นสถานฝึกอบรมหากเด็กมีความประพฤติที่ดีขึ้นแล้วพนักงานคุมประพฤติก็นำเรื่องขอต่อศาลฯ ให้ยกเลิกคุมประพฤติเด็ก หรือเยาวชนได้

3.1.4.2 วิธีแก้ไขที่ตัดอิสระภาพ (Treatment in the Institution) ศาลฯ อาจส่งตัวเด็กไปยังสถานฝึกอบรมแต่มีแนวโน้มที่ใช้น้อยกว่าวิธีการอื่น โดยจะใช้ต่อเมื่อไม่อาจใช้วิธีการคุมประพฤติ หรือมอบเด็กไว้ยังบ้านทดแทนได้แล้ว หรือเคยใช้วิธีต่าง ๆ แล้วไม่ได้ผลเท่านั้น ส่งผลให้ต้องตัดอิสระภาพของเด็กชั่วคราวโดยควบคุมตัวไว้เพื่อฝึกและอบรมให้กลับตนเป็นพลเมืองดีต่อไป

ทั้งนี้ เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอม กรณีมีการดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชน ภายหลังที่เด็กหรือเยาวชนได้รับการยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง หากศาลฯ เห็นสมควรเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ และส่งเสริมให้เด็กพัฒนาเติบโตไปในทางที่ถูกต้องเหมาะสมกับตัวเด็ก และไม่จำกัดระยะเวลาในการฟื้นฟูแก้ไข จนกว่าเด็กหรือเยาวชนจะปรับปรุงความประพฤติและเติบโตเป็นคนดีในสังคมได้

การศึกษาความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงจะศึกษาในลักษณะการกล่าวโดยรวมไม่เจาะจงความผิดลักษณะนี้ ตามกฎหมายของ

²⁹ สง่า ลินะกมิต, กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520), น.46-48.

มลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง และโดยที่ประเทศสหรัฐอเมริกา มีระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) ดังนั้น จึงมิได้รวบรวมกฎหมายให้เป็นหมวดหมู่ในลักษณะของระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) การศึกษาจึงเป็นในลักษณะศึกษาเพื่อให้ได้หลักกฎหมาย จากคดีต่างๆ ซึ่งศาลในคดีนั้นๆ ได้ตัดสินไว้เป็นบรรทัดฐานในประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายอาญาของมลรัฐบางมลรัฐได้นำความผิดฐานพาตัวบุคคลไป (Abduct or Abduction) มาอธิบายความผิดฐานการเอาตัวบุคคลไปเรียกค่าไถ่ (Kidnapping) ด้วย ทั้งนี้ความผิดทั้งสองฐานนี้มีลักษณะของการกระทำความผิดเหมือนกัน กล่าวคือ มีการกระทำความผิดโดยบุคคลหนึ่งได้พาตัวบุคคลอื่นไป (Taking) หรือกักตัว (Detention) บุคคลอื่นไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายในบางมลรัฐถือว่าความผิดฐานนี้จะต้องมีการนำตัวบุคคลจากสถานที่ ซึ่งเขาถูกจับตัวไปยังสถานที่อื่นด้วย (There must be a carrying away of a person from the place where he was seized to some other place)³⁰

หลักกฎหมาย Common Law ในสมัยแรกนั้นการพรากไปเพื่อเป็นโสเภณีไม่เป็นความผิด หากการกระทำนั้นผู้กระทำมิได้มีการสมรู้ร่วมคิดกันมาก่อน (Abduction for the purpose of prostitution was not a crime at common law in the absence of a conspiracy)³¹

กฎหมายมลรัฐส่วนใหญ่ถือว่า ความผิดพาตัวบุคคลไปจะถูกลงโทษอย่างหนัก้าเป็นการพรากบุคคลไปเป็นโสเภณี (Abduction is a felony under most statutes, this depend on whether the offense was for the purpose of prostitution.)³²

อนึ่งการพิจารณาความผิดฐานพรากจะต้องพิจารณาไปถึงความประพฤติของเหยื่อหรือความบริสุทธิ์ พรหมจรรย์ของเหยื่อเป็นองค์ประกอบสำคัญด้วย³³ (other definitions of abduction include chastity of the victim as an essential element.)

เกี่ยวกับระยะเวลาของการเอาตัวไปไม่ใช่สาระสำคัญที่จะนำมาพิจารณา การนำตัวเหยื่อไปไม่ว่าจะเป็นระยะเวลาเพียง 2-3 ชั่วโมง หรือ 2-3 วัน หรือยาวนานกว่านั้นก็มีความผิด³⁴ (The abduction statutes fix no requirement of intent on the part of the perpetrator to hold the victim that constitutes abduction)

³⁰ Midgett V State (216 Md 26, 139 A.2d 209), Am Jur 2 d. , p.160.

³¹ Anderson V.Com (5 Rand (Va) 627), Am Jur 2 d. , p.160.

³² De Hart V.State (87 Tese Crim 26, 218 sw 1047), Am Jur 2 d. , p.172.

³³ Henderson V .People (124 ILL 607, 17 NE 68) ,State V. Sandered136 La 1059, 68 So 125, Am Jur 2 d. , p.171.

³⁴ State V.Lacoshus (96 NH 76, 70 A2d 203), Am Jur 2 d. , p.171.

3.2 ประเทศฝรั่งเศส

3.2.1 วัฒนธรรมการดูแลเด็ก

คุณแม่ชาวฝรั่งเศสจะกลางานมาเพื่อดูแลลูกน้อยแรกคลอดประมาณ 10 สัปดาห์ จากนั้นพวกเขาก็จะฝากเด็กไว้กับสถานเลี้ยงเด็ก ซึ่งทำให้หนูน้อยมีโอกาสได้พบเจอกับผู้คนมากมาย จึงเรียนรู้เรื่องการปรับตัวให้เข้ากับสังคมและคนรอบข้างได้ตั้งแต่ตอนที่อายุยังน้อย เด็กชาวฝรั่งเศส มักจะมีห้องนอนเป็นของตัวเองตั้งแต่อายุยังน้อย หรือถ้านอนในห้องเดียวกับพ่อแม่ก็จะมีเตียงแยกต่างหาก และถ้าหากว่าเด็กตื่นขึ้นมาร้องไห้แงตอนกลางคืน พ่อแม่ก็จะรอดูให้แน่ใจก่อนว่าเป็นเหตุจำเป็นจริงจึงจะเข้าไปปลอบใจพวกเขา เพื่อไม่ให้เด็กงอแงติดพ่อแม่และเพื่อให้พวกเขามีความเข้มแข็งและดูแลตัวเองได้ดีขึ้น พ่อแม่ชาวฝรั่งเศสนั้นให้อิสระเสรีกับลูกมาก แทบจะไม่พบเจอพ่อแม่ที่เข้าไปเล่นกับเด็กในสนามเด็กเล่นเลย และเมื่อมีปัญหาเกิดขึ้น ถ้าไม่ใช่ปัญหาที่ร้ายแรงพ่อแม่ก็มักจะปล่อยให้เด็ก จัดการด้วยตัวเองก่อน มารยาททางสังคมนั้นสำคัญมากสำหรับชาวฝรั่งเศส เด็กจะถูกสอนให้เป็นคนมีมารยาทและรู้จักเคารพผู้อื่นตั้งแต่ยังเล็ก คำพูดติดปากที่ถูกสอนเป็นคำแรกๆ ก็คือคำขอบคุณ ขอโทษ ให้อภัย และการทักทาย หรือบอกลา การเรียนรู้เหล่านี้สำคัญกับเด็กทั่วโลกแต่เด็กในประเทศฝรั่งเศสมักจะมีโอกาสได้เรียนรู้เกี่ยวกับธรรมชาติและการใช้ชีวิตมากกว่าเด็กในประเทศอื่น แทนที่จะเอาแต่หมกมุ่นอยู่กับตำราเรียนหรือวิชาการเพียงอย่างเดียว วันอาทิตย์นอกจากจะเป็นวันหยุดพักผ่อนของชาวตะวันตกแล้ว ยังถือว่าเป็นวันที่สมาชิกในครอบครัวจะต้องใช้เวลาร่วมกัน ไม่ว่าจะเป็นการออกไปเที่ยวเล่นหรือพักผ่อนอยู่บ้าน จะไม่มีการทำงานในวันหยุดสุดสัปดาห์เด็ดขาดเด็กจะได้รับเงินสำหรับการใช้จ่ายในแต่ละวันแต่ละสัปดาห์ หรือรายเดือน ตั้งแต่ยังอายุน้อย เพื่อให้เรียนรู้เรื่องราวของการบริหารจัดการเงิน การเลือกซื้อของที่จำเป็น และการมีความรับผิดชอบต่อตัวเองและผู้อื่น³⁵

3.2.2 ความผิดฐานพรางเด็กและพรางผู้เยาว์ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายอาญาฝรั่งเศสมีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนานไปพร้อมกับประวัติศาสตร์ฝรั่งเศส โดยในบทนี้จะทำการศึกษาประวัติศาสตร์ฝรั่งเศส เพื่อให้เห็นถึงเหตุการณ์ สภาพสังคม เศรษฐกิจ การปกครอง และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อันเป็นปัจจัยต่อการเปลี่ยนแปลงกฎหมายอาญา โดยเฉพาะในความผิดฐานพรางเด็กและผู้เยาว์นั้น มีวิวัฒนาการตามปัจจัยดังกล่าว โดยเจตนารมณ์ของกฎหมาย วัตถุประสงค์ของการกระทำ ลักษณะในการกระทำ โทษและเหตุเพิ่มโทษได้

³⁵Kidjarak, “เคล็ดลับการเลี้ยงลูกแบบฝรั่งเศส ที่ทำให้เด็กโตขึ้นมาเป็นคนมีมารยาท”, 2563, สืบค้นจาก <https://www.kidjarak.com/french-kids/>.

แปรเปลี่ยนไป ในส่วนของฝรั่งเศสจะแบ่งการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายเป็นสองช่วงกล่าวคือ ช่วงยุคกฎหมายก่อนสมัยใหม่หรือก่อนการปฏิรูปกฎหมาย (Pre-Modern Law) และยุคกฎหมายสมัยใหม่ หรือช่วงภายหลังการปฏิรูปกฎหมาย (Modern Law)

หลังจากสิ้นสุดยุคคนโปเลียนเข้าสู่ยุคราชวงศ์ฟื้นฟู ยุคราชาธิปไตย และยุคสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 2 ยุคจักรวรรดิที่สอง และยุคสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 3 ถึง 5 ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1810 (Code pénal 1810) ยังคงใช้เรื่อยมาแต่ก็ได้รับแก้ไขเพิ่มเติมเป็นช่วง ๆ โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมที่สำคัญในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์คือพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1994 ซึ่งมีการจัดเรียงเลขมาตราใหม่หมดและการใช้ถ้อยคำและหลักการต่าง ๆ ได้เปลี่ยนไปอย่างมีนัยสำคัญ อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1810 (Code pénal 1810) ก่อนที่จะมีการยกเลิกไปใน ค.ศ. 1994 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ (ENLÈVEMENT DE MINEURS) อยู่ในหมวดที่ 6 (SECTION VI - CRIMES ET DÉLITS TENDANT A EMPÊCHER OU DÉTRUIRE LA PREUVE DE L'ÉTAT CIVIL D'UN ENFANT OU A COMPROMETTRE SON EXISTENCE; ENLÈVEMENT DE MINEURS; ABANDON DE FAMILLE; INFRACTIONS AUX LOIS SUR LES INHUMATIONS) มีรายละเอียดดังนี้

การลักพาตัวผู้เยาว์ มาตรา 354

“ผู้ใดหลอกลวงหรือใช้กำลังประทุษร้ายลักพาตัวผู้เยาว์หรือได้เสี้ยมสอน เปียดบัง หรือเอาตัวพวกเขาไป หรือทำให้พวกเขาถูกพาออกไป หรือเคลื่อนย้ายออกไปจากสถานที่ของบุคคลที่มีอำนาจที่ได้รับมอบหมายหรือที่ได้รับความไว้วางใจให้ดูแลผู้เยาว์ต้องระวางโทษจำคุกห้าปีถึงสิบปี”³⁶ เมื่อพิจารณามาตรา 354 ที่ได้มีการแก้ไขใน ค.ศ. 1994 นี้ เห็นได้ว่าการกำหนดโทษจำคุกในการกระทำความผิดฐานลักพาตัวผู้เยาว์ไปไว้ชัดเจนขึ้น กล่าวคือกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี ซึ่งแตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับ ค.ศ. 1810 ในยุคภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศสที่มีได้กำหนดระยะเวลาในการระวางโทษจำคุกไว้ นอกจากนี้ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1810

³⁶ "Code Pénal De 1810 Partie Législative (Suite Et Fin) (Texte En Vigueur Lors De Son Abrogation En 1994) ," Retrieved on 16 November 2018. from web. https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1994/partie_legislative_3.htm. § 2. - Enlèvement de mineurs Article 354: “Quiconque aura, par fraude ou violence, enlevé ou fait enlever des mineurs, ou les aura entraînés, détournés ou déplacés, ou les aura fait entraîner, détourner ou déplacer des lieux où ils étaient mis par ceux à l'autorité ou à la direction desquels ils étaient soumis ou confiés, subira la peine de la réclusion criminelle à temps de cinq à dix ans.”

ฉบับก่อนที่จะมีการยกเลิกไป ใน ค.ศ. 1994 ได้กำหนดการระวางโทษหนักขึ้นหากได้กระทำการลักพาตัวผู้เยาว์อายุไม่เกิน 15 ปี หรือได้กระทำไปเพื่อเรียกค่าไถ่หรือเรียกให้กระทำการสิ่งใดเป็นการตอบแทน ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต แต่กฎหมายยังกำหนดเหตุผลโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดถ้าผู้ถูกลักพาตัวได้รับการปล่อยตัวภายในวันที่ 5 ที่ได้ถูกลักพาตัวไป ตามมาตรา 355 (ได้รับการแก้ไขสองครั้งในวันที่ 14 มกราคม ค.ศ. 1937 และในวันที่ 9 กรกฎาคม 1971)

“ถ้าบุคคลที่ถูกลักพาหรือถูกเบียดบังไปเป็นผู้เยาว์อายุไม่เกินสิบห้าปี ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต โทษดังกล่าวใช้กับผู้ลักพาหรือเบียดบังเอาผู้เยาว์ไปเรียกค่าไถ่หรือบังคับให้กระทำการสิ่งใดตอบแทน โดยไม่คำนึงถึงอายุของผู้เยาว์กรณีความผิดตามสองวรรคก่อน หากผู้ถูกลักพาตัวไปได้รับการปล่อยตัวภายในวันที่ 5 ที่ได้ถูกลักพาหรือถูกจำหน่ายไป และในกรณีที่ค่าไถ่หรือการกระทำที่ถูกบังคับยังมีได้กระทำลงไปต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีแต่ไม่เกิน 20 ปี ความผิดฐานลักพาตัวต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตถ้าการลักพาตัวนั้นเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย”³⁷

มาตรา 356 ได้มีการแก้ไขในปี 1945 ในกรณีที่ผู้ลักพาไม่ได้กระทำในลักษณะล่อลวง หรือใช้กำลังประทุษร้าย หรือได้พยายามพาผู้เยาว์ไป ยังต้องระวางโทษจำคุกและปรับด้วย อีกทั้งการพาตัวผู้เยาว์ไปเป็นภริยาจะถูกดำเนินคดีอาญาก็ต่อเมื่อมีการฟ้องร้องโดยบุคคลที่มีสิทธิจะขอให้เพิกถอนการสมรส และไม่อาจลงโทษได้จนกว่าจะมีคำพิพากษาเพิกถอนการสมรส จะเห็นได้ว่า

³⁷ *Ibid.* Article 355 (L. du 14 janvier 1937, L. 71-553 du 9 juillet 1971), Séance du 14 janvier 1937. In: Bulletin de la Société française de Minéralogie, volume 60, 1-3, pp.1-4, (1937).

“Si le mineur ainsi enlevé ou détourné est âgé de moins de quinze ans, la peine sera celle de la réclusion criminelle à perpétuité. La même peine sera appliquée, quel que soit l’âge du mineur, si celui-ci a été enlevé ou détourné pour répondre du versement d’une rançon ou de l’exécution d’un ordre ou d’une condition.

Toutefois, dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, la peine sera celle de la réclusion criminelle à temps de dix à vingt ans si le mineur est libéré volontairement avant le cinquième jour accompli depuis celui de l’enlèvement ou du détournement et, dans le cas prévu au deuxième alinéa, sans que la rançon ait été versée ou que l’ordre ou la condition ait été exécuté.

L’enlèvement emportera la peine de la réclusion criminelle à perpétuité s’il a été suivi de la mort du mineur.”

มาตรา 356 ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับก่อนที่จะมีการยกเลิกไปใน ค.ศ. 1994 ได้รวมเอามาตรา 356 และมาตรา 357 เดิมมาไว้ในมาตราเดียวกันนี้โดยได้บัญญัติว่า (แก้ไขตามพระราชบัญญัติวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1945)

“ผู้ใดซึ่งไม่ได้ล่อลวงหรือใช้กำลังประทุษร้ายได้ลักพาหรือเปียดบังหรือพยายามที่จะลักพาหรือเปียดบังผู้เยาว์อายุไม่เกินสิบแปดปีไป ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองถึงห้าปีและปรับ 500 ฟรังก์ ถึง 15,000 ฟรังก์ เมื่อผู้เยาว์ที่ถูกลักพาหรือถูกเปียดบังไปได้ทำการสมรสกับผู้ลักพาตัว ผู้ลักพาตัวจะถูกดำเนินคดีต่อเมื่อมีการฟ้องร้อง โดยบุคคลที่มีสิทธิจะขอให้เพิกถอนการสมรสและนี้อาจลงโทษได้จนกว่าจะมีคำพิพากษาเพิกถอนการสมรส”³⁸

ความผิดที่เกี่ยวกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์โดยบุคคลในครอบครัว (Chapitre VII : Des atteintes aux mineurs et à la famille) หมวดที่ 3 ว่าด้วยความผิดที่กระทำความผิดต่ออำนาจปกครอง (Section 3 : Des atteintes à l'exercice de l'autorité parentale) มีทั้งหมด 7 มาตรา ประกอบด้วย มาตรา 227-5 ถึง มาตรา 227-11 ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1994 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1999 (Code pénal 1994 as amended as of January 1, 1999) มีรายละเอียดคือ กฎหมายอาญาฝรั่งเศสบัญญัติให้บุคคลที่ไม่มีอำนาจปกครองในตัวผู้เยาว์ไม่อาจปฏิเสธการส่งตัวผู้เยาว์ต่อบุคคลผู้มีอำนาจปกครอง หรือมีสิทธิในตัวผู้เยาว์ หากฝ่าฝืนย่อมมีความผิดอาญาตามมาตรา 227-5 โดยมาตรา 227-5 บัญญัติว่ามาตรา 227-5: “การปฏิเสธโดยไม่มีเหตุอันสมควรที่จะส่งตัวผู้เยาว์ต่อผู้ที่มีสิทธิเรียกร้องในตัวผู้เยาว์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีและปรับไม่เกิน 100,000 ฟรังก์”³⁹ แม้กระทั้งการพยายามลักพาตัวผู้เยาว์

³⁸ *Ibid.* Article 356 (Ordonnance du 28 juin 1945)

“Celui qui, sans fraude ni violence, aura enlevé ou détourné, ou tenté d'enlever ou de détourner, un mineur de dix-huit ans, sera puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 500 F à 15.000 F. Lorsqu'une mineure ainsi enlevée ou détournée aura épousé son ravisseur, celui-ci ne pourra être poursuivi que sur la plainte des personnes qui ont qualité pour demander l'annulation du mariage et ne pourra être condamné qu'après que cette annulation aura été prononcée.”

³⁹ "Code Pénal: Chapitre Vii : Des Atteintes Aux Mineurs Et À La Famille Section 3 : Des Atteintes À L'exercice De L'autorité Parentale," Retrieved on 22 November 2018, from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.o;jsessionid=43>

ไปตามมาตรา 227-7 หรือ มิได้ล่อลวงหรือใช้กำลังประทุษร้ายในการพาตัวผู้เยาว์ไปตามมาตรา 227-8 กฎหมายอาญาฝรั่งเศสถือว่าต้องรับโทษเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดสำเร็จแล้วตามมาตรา 227-11 มาตรา 227-11: “การพยายามกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 227-7 และมาตรา 227-8 ต้องระวางโทษเสมือนผู้กระทำความผิด”⁴⁰

บทบัญญัติในความผิดที่เกี่ยวกับการพรากเด็กและผู้เยาว์ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1994 นี้ได้ครอบคลุมการกระทำความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพทุกประเภทไม่ว่าจะเป็น การลักพาตัวไป การจับ การหน่วงเหนี่ยวหรือกักขัง หากเป็นการกระทำต่อผู้เยาว์อายุไม่เกิน 15 ปี ต้องระวางโทษหนักขึ้น แม้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดอายุผู้เยาว์ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสว่า ผู้เยาว์นั้นคือบุคคลที่ไม่ใช่ชายหรือหญิงอายุไม่เกิน 18 ปี⁴¹ เช่นนี้หากผู้ถูกลักพาตัวไปเป็นผู้เยาว์ที่อายุเกินกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี ผู้ลักพาก็ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นเพราะผู้ลักพาจะรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 224-5 วรรคแรกกล่าวคือ ผู้ถูกลักพาต้องเป็นผู้เยาว์อายุไม่เกิน 15 ปี ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือบทบัญญัติมาตรา 224-1 ถึงมาตรา 224-5 มิได้ใช้คำว่าเด็ก (Enfant หรือ Fils ou Fille) แต่ใช้ถ้อยคำว่าผู้เยาว์ (Mineur) แทน

ตามมาตรา 227-5 ถึง มาตรา 227-11 ได้บัญญัติคุ้มครองผู้ใช้อำนาจปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย แม้กระทั่งบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือตามความเป็นจริง หรือผู้รับบุตรบุญธรรมลักพาตัวผู้เยาว์ไปจากความดูแลของผู้มีอำนาจปกครองหรือจากบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ดูแลนั้น กฎหมายอาญาฝรั่งเศสบัญญัติให้มีโทษทางอาญา ซึ่งในประเด็นนี้มีความ

แตกต่างไปจากแนวความคิดการกำหนดความผิดดังกล่าวของประมวลกฎหมายอาญาไทย

ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1994 (Code pénal 1994) ได้มีการแก้ไขสกุลเงินที่เป็นโทษปรับทั้งประมวล โดยเปลี่ยนจากสกุลเงินฟรังก์ฝรั่งเศส (F) เป็นสกุลเงินยูโร (€) ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมฉบับวันที่ 19 กันยายน ค.ศ. 2000 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2002 (Ordonance no. 2000-916 of 19 September 2000 Article 3 Official

CB9EAB400297211D0BEB980B3F581A.tplgfr38s_1?idSection TA=LEGISCTA00006165319&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=19990101.

⁴⁰ *Ibid.* Article 227-11: “La tentative des infractions prévues aux articles 227-7 et 227-8 est punie des mêmes peines.”

⁴¹ "Code Civil: Article 388," Retrieved on 22 November 2018. from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=2C379BC46D5D0CD0873ECD422FD36CFD.t>.

Journal of 22 September 2000 in force 1 January 2002) เนื่องจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นหนึ่งในสมาชิกสหภาพยุโรป (European Union) จึงเปลี่ยนสกุลเงินที่ใช้เป็นสกุลเงินยูโรแทนที่เงินฟรังก์ฝรั่งเศส

3.3 ประเทศญี่ปุ่น

3.3.1 วัฒนธรรมการดูแลเด็ก

ประเพณีของคนญี่ปุ่น “แม่” มีหน้าที่ต้องเลี้ยงดูลูกด้วยตนเองตั้งแต่ตั้งครรภ์จนถึงวัยที่ดูแลตนเองได้ แม้ว่าลูกไปโรงเรียนแล้วก็ตาม เมื่อมีการเรียนเพื่อฝึกให้ลูกเข้มแข็งที่เสี่ยงอันตราย เช่น ฝึกว่ายน้ำ แม่จะต้องไปนั่งข้างสระว่ายน้ำ เพื่อให้ลูกอุ่นใจว่าแม่พร้อมที่จะช่วยเหลือลูกในช่วงเวลาที่อาจเกิดอันตราย ภาระในการเลี้ยงดูลูกของผู้หญิงญี่ปุ่นนี้กลายเป็นปัญหาของชาติที่รัฐบาลต้องวางยุทธศาสตร์ เพื่อแก้ไขโดยสมุดปกขาวด้านสังคมของญี่ปุ่นปี 2535 ได้ระบุสภาพปัญหาว่าผู้หญิงญี่ปุ่นไม่ยอมแต่งงานหรือแต่งงานแล้วไม่ยอมมีบุตร เนื่องจากการดูแลบุตรเป็นอุปสรรคในความก้าวหน้าในหน้าที่การงาน ทำให้สถิติการเกิดของประชากรญี่ปุ่นต่ำมากจนอาจเกิดปัญหาขาดแคลนคนวัยเจริญพันธุ์ใน 20 ปีข้างหน้า รัฐบาลญี่ปุ่นได้กำหนดกลยุทธ์การเปลี่ยนสังคมญี่ปุ่นจากการที่พ่อแม่ไม่เคยดูแลลูกเลย มาเป็นพ่อช่วยแม่ดูแลลูกหรืออาจถึงขั้นให้พ่อเลี้ยงลูกแทนแม่ เมื่อแม่ต้องประกอบอาชีพเลี้ยงครอบครัวตามยุทธศาสตร์ด้านสังคม เมื่อปี 2535 อย่างไม่ดี มาถึงปัจจุบันสถิติการแต่งงานของผู้หญิงญี่ปุ่นที่เคยดีขึ้นกลับลดลงอีก โดยผลการสำรวจของ Meiji Yasuda Life ในปี 2562 พบว่า ด้านผู้หญิงชาวญี่ปุ่นที่มีอายุอยู่ระหว่าง 20 ปีขึ้นไป ก็มีความต้องการแต่งงานลดลงเหลือ 59 เปอร์เซ็นต์เท่านั้น ต่างจาก 3 ปีก่อน ที่มีมากถึง 82.2 เปอร์เซ็นต์ ผลสำรวจแสดงให้เห็นว่า ทั้งผู้ชายและผู้หญิงชาวญี่ปุ่น ที่มีอายุตั้งแต่ 30 ปีขึ้นไป ก็ไม่ค่อยอยากแต่งงานมากเท่าเมื่อก่อน โดยอัตราเฉลี่ยของคนที่ยากแต่งงานลดลงมากกว่า 10 เปอร์เซ็นต์เมื่อเทียบกับช่วง 3 ปีก่อน แม้วัฒนธรรมประเพณีเกี่ยวกับครอบครัวของคนญี่ปุ่นจะทำให้ปัญหามาอย่างต่อเนื่องมากกว่า 30 ปี แต่ไม่เคยมีข่าวว่ารัฐบาลญี่ปุ่นจะปรับเปลี่ยนวัฒนธรรมการสร้างพลเมืองที่เข้มแข็งของครอบครัวเลย⁴²

3.3.2 ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ ตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น

กฎหมายญี่ปุ่นมีประวัติศาสตร์ที่ยาวนานซึ่งสามารถศึกษาได้จากประวัติศาสตร์ของการรวมตัวกันอยู่ของชนพื้นเมืองในรัฐยามาโตะ จนถึงปัจจุบัน สภาพสังคม เศรษฐกิจและการ

⁴² วีรวิท คงศักดิ์, “วัฒนธรรมการสร้างครอบครัว,” วารสารสังคมวิจัยและพัฒนา Journal of Multidisciplinary Academic Research and Development (JMARD), 1(3), น.28-42 (2562), สืบค้นจาก <https://he02.tci-thaijo.org/index.php/JMARD/article/view/186989>.

ปกครอง เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย ส่งผลให้กฎหมายที่บังคับใช้ในญี่ปุ่นวิวัฒนาการไปด้วย ผู้เขียนแบ่งการวิวัฒนาการของกฎหมายเพื่อสะดวกต่อการเปรียบเทียบเป็นสองยุค กล่าวคือ (1) ยุคกฎหมายก่อนสมัยใหม่ (Pre-Modern Law) และ (2) ยุคกฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law) ซึ่งจุดตัดของการแบ่งช่วงสมัยคือการปฏิรูปกฎหมายของญี่ปุ่นใน ค.ศ. 1868 รายละเอียดในแต่ละยุคสมัยสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นมิได้บัญญัติแบ่งประเภทการพรากไว้อย่างชัดเจน แต่ผู้เขียนเห็นว่าสามารถที่จะแบ่งการพิจารณาออกเป็นความผิดฐานพรากโดยบุคคลอื่นซึ่งมิใช่บุคคลในครอบครัว และความผิดฐานพรากไปโดยบุคคลในครอบครัว โดยมีสาระสำคัญดังนี้

พรากโดยบุคคลอื่นซึ่งมิใช่บุคคลในครอบครัว (Non Family Abduction) อายุของผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้กำหนดไว้ที่อายุ 20 ปี⁴³ ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นมิได้กำหนดอายุของความเป็นผู้เยาว์ไว้ มีเพียงแต่บัญญัติในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาให้บุคคลที่อายุไม่เกิน 14 ปี ซึ่งได้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ⁴⁴ อีกทั้งมิได้บัญญัติแบ่งแยกระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์เพียงแต่บัญญัติไว้เพียง “ผู้เยาว์” (Minor) และมีการกำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดที่หนักขึ้นถ้าได้กระทำต่อผู้เยาว์

เนื่องจากความผิดที่เกี่ยวกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของญี่ปุ่นมิได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากในประมวลกฎหมายอาญานับตั้งแต่ ค.ศ. 1907 มากนัก จึงขอพิจารณาบทบัญญัติที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันเท่านั้น ความผิดที่เกี่ยวกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น ค.ศ. 1907 บัญญัติไว้ในบทที่ 33 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการลักพา ซื่อหรือขายมนุษย์ ประกอบด้วย มาตรา 224 (ลักพาผู้เยาว์) มาตรา 225 (ลักพาไปเพื่อหากำไร) มาตรา 225-2 (ลักพาไปเพื่อเรียกค่าไถ่) มาตรา 226 (ลักพาตัวออกจากประเทศ) มาตรา 226-2 (ซื่อหรือขายมนุษย์) มาตรา 226-3 (การขนส่งผู้ถูกลักพาตัวออกจากประเทศ) มาตรา 227 (การจัดส่งผู้ถูกลักพาตัว) และ มาตรา 228 (การพยายามลักพาตัว) โดยมีรายละเอียดดังนี้

⁴³ Japan Civil Code 1896, Retrieved on 22 November 2018, from <http://www.moj.go.jp/content/000056024.pdf>.

⁴⁴ Japan Penal Code 1907, Retrieved on 22 November 2018, from <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1960&re=02&vm=04>.

Article 41: “An act of a person less than 14 years of age is not punishable.”

บทที่ 33: ความผิดเกี่ยวกับการลักพา ซื้อหรือขายมนุษย์ มาตรา 224: “ผู้ใดบังคับ ชูเชื้อหรือล่อลวงลักพาตัวผู้เยาว์ไป ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานตั้งแต่ 3 เดือนถึง 7 ปี”⁴⁵

ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้บัญญัติคล้ายคลึงกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ของไทยโดยบัญญัติลักษณะของการกระทำในการลักพาตัวผู้เยาว์ไป ไม่ว่าจะเป็นการบังคับชูเชื้อ หรือกระทำไปโดยการล่อลวง ซึ่งต่อมาได้มีการเปลี่ยนมาใช้ถ้อยคำว่า “พราก” แทนลักษณะของการ กระทำของความผิดฐานนี้ในประมวลกฎหมายอาญาไทย อย่างไรก็ตามการลงโทษตามประมวลกฎหมาย อาญาญี่ปุ่นนั้นมีการจำคุกและทำงานตามกำหนดระยะเวลาด้วย

ศาลฎีกาญี่ปุ่นได้วางหลักในความผิดฐานลักพาตัวเด็กตามมาตรา 224 นี้ว่าไม่ จำกัเฉพาะบุคคลอื่นแต่ยังรวมถึงบุคคลในครอบครัวด้วย แม้ว่าผู้ลักพาตัวผู้เยาว์ไปเป็นบิดาตาม ข้อเท็จจริง หรือบุคคลในครอบครัวที่ไม่มีอำนาจปกครอง เนื่องจากการหย่าร้างกับมารดาของผู้เยาว์ ผู้ ลักพาย่อมมีความผิดฐานลักพาตัวผู้เยาว์ไป ตามประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นมาตรา 224⁴⁶ นอกจากนี้ความผิดฐานลักพาตัวผู้เยาว์ไปนั้นต้องระวางโทษหนักขึ้นหากได้กระทำไป เพื่อหากำไร เพื่อ การอนาจาร เพื่อการสมรส หรือทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายตามมาตรา 225

“ผู้ใดบังคับชูเชื้อหรือล่อลวงลักพาตัวผู้อื่นไป เพื่อหากำไร เพื่อการอนาจาร เพื่อการ สมรส หรือทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานตั้งแต่ 1 ปีถึง 10 ปี”⁴⁷

มาตรา 225 นี้มีความคล้ายคลึงกับการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ ของไทยที่กำหนดให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น หากได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร แต่

⁴⁵ *Ibid.* Chapter XXXIII Crimes of Kidnapping and Buying or Selling of Human Beings. Article 224: “A person who kidnaps a minor by force or enticement shall be punished by imprisonment for not less than 3 months but not more than 7 years.” Supreme Court of Japan, "2004 (a) 2199 Case to Be Brought for Kidnapping " Retrieved on 21 February 2019, from http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=793.

⁴⁶ Supreme Court of Japan, "2004 (a) 2199 Case to Be Brought for Kidnapping " Retrieved on 21 February 2019, from http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=793.

⁴⁷ "Japan Penal Code 1907." "Japan Penal Code 1907." Article 225: “A person who kidnaps another by force or enticement for the purpose of profit, indecency, marriage or threat to the life or body shall be punished by imprisonment for not less than 1 year but not more than 10 years.”

สิ่งที่แตกต่างกันคือประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นกำหนดให้การลักพาตัวผู้เยาว์ไป เพื่อการสมรสนั้น เป็นความผิดอาญาด้วย ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญาไทยมิได้กำหนดไว้ชัดเจนในตัวบทกฎหมาย แต่ศาลฎีกาไทยวินิจฉัยไว้หลายคดีจนเป็นบรรทัดฐานว่าการพราก หรือพาตัวเด็กไปเพื่อเอาเป็นภริยา ไม่เป็นความผิด พรากไปเพื่อการอนาจารจึงไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น อีกประการหนึ่งที่มีความแตกต่าง คือบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้บัญญัติให้ต้องรับโทษหนักขึ้นหากผู้ที่ถูกลักพาตัวไป ได้รับอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย ในขณะที่ของไทยมิได้บัญญัติเหตุเพิ่มโทษกรณีผู้ถูกลักพาตัวไป ได้รับอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย

การลักพาตัวผู้อื่นที่ไม่จำกัดเฉพาะผู้เยาว์ในประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น ได้แก่ การลักพาไปเพื่อเรียกค่าไถ่ (มาตรา 225-2) ลักพาตัวออกจากประเทศ (มาตรา 226) ชื้อหรือขาย มนุษย์(มาตรา 226-2) การขนส่งผู้ถูกลักพาตัวออกจากประเทศ (มาตรา 226-3) การจัดส่งผู้ถูกลักพา ตัว (มาตรา 227) และการพยายามลักพาตัว (มาตรา 228) มาตรา 225-2: “(1) ผู้ใดบังคับขู่เข็ญหรือ ล่อลวงลักพาตัวผู้อื่นไปเพื่อให้ญาติของผู้ถูกลักพาตัวหรือบุคคลอื่นใดที่กังวลถึงความปลอดภัยของผู้ถูก ลักพาอาศัยประโยชน์จากความกังวลนั้น ส่งมอบทรัพย์สิน ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานตั้งแต่ 3 ปี ถึงตลอดชีวิต

(2) เช่นเดียวกับบุคคลที่ลักพาตัวผู้อื่นโดยการบังคับขู่เข็ญหรือล่อลวง เพื่อให้หรือ เรียกร้องให้ญาติของผู้ที่ถูกลักพา หรือบุคคลอื่นใด ที่อาจกังวลเกี่ยวกับความปลอดภัยของผู้ที่ถูกลักพา ส่งมอบทรัพย์สินโดยใช้ประโยชน์จากความกังวลดังกล่าว”⁴⁸

มาตรา 226: “ผู้ใดบังคับขู่เข็ญหรือล่อลวงลักพาตัวผู้อื่นไป โดยมีวัตถุประสงค์ใน การขนส่งผู้อื่นจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 2 ปี”⁴⁹

มาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นนี้เป็นกรณีความผิดที่ผู้กระทำความผิดลักพาตัวผู้อื่น ซึ่งไม่จำกัดว่าต้องเป็นตัวผู้เยาว์เท่านั้นที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ และผู้กระทำความผิดยังสามารถเป็นบุคคลในครอบครัวได้เช่นกัน ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่

⁴⁸ *Ibid.* Article 225-2: “ (1) A person who kidnaps another by force or enticement, for the purpose of causing the kidnapped person's relatives or any other person who would be concerned about the kidnapped person's safety to deliver any property, taking advantage of such concern, shall be punished by imprisonment for life or for a definite term of not less than 3 years.

⁴⁹ *Ibid.* Article 226: “A person who kidnaps another by force or enticement for the purpose of transporting another from one country to another country shall be punished by imprisonment for a definite term of not less than 2 years.”

2002(A)805 กรณีที่บิดาชาวต่างชาติได้แยกกันอยู่กับมารดาชาวญี่ปุ่น โดยบิดาได้ลักพาตัวลูกสาวอายุ 2 ปี 4 เดือนไปจากภริยาชาวญี่ปุ่นที่โรงพยาบาล และได้พาตัวเด็กไปสนามบินเพื่อที่จะออกจากประเทศญี่ปุ่น แต่ได้ถูกจับตัวเสียก่อนที่สนามบิน คดีนี้ศาลตัดสินให้บิดาชาวต่างชาติมีความผิดตามมาตรา 226 และต้องโทษจำคุกและทำงานเป็นระยะเวลา 2 ปี⁵⁰ จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาญี่ปุ่นตัดสินลงโทษบิดาชาวต่างชาติแม้ว่าเขาจะมีสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครองก็ตาม จากการศึกษาคาพิพากษาศาลฎีกาที่ 2004(A)2199 และ 2002(A)805 ทำให้เข้าใจได้ว่ากฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้มีการพัฒนาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองการลักพาตัวเด็ก และผู้เยาว์ โดยผู้ปกครองภายในประเทศ

มาตรา 226-2 “(1) ผู้ใดซื้อบุคคล ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานตั้งแต่ 3 เดือนถึง 5 ปี

(2) ผู้ใดซื้อผู้เยาว์ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานตั้งแต่ 3 เดือนถึง 7 ปี

(3) ผู้ใดซื้อผู้อื่นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร เพื่อการอนาจาร เพื่อการสมรส หรือทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิต หรือร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานตั้งแต่ 1 ปีถึง 10 ปี

(4) บทบัญญัติในวรรคก่อนให้ใช้บังคับแก่ผู้ขายบุคคลด้วย

(5) บุคคลที่ขายหรือซื้อบุคคลอื่นเพื่อขนส่งจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานไม่น้อยกว่า 2 ปี”⁵¹

⁵⁰ Supreme Court of Japan, "2002 (a) 805 Case to Be Brought for Kidnapping for the Purpose of Transporting the Kidnapped Person to a Foreign Country and Destruction of Objects " Retrieved on 22 February 2 0 1 9 , from http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=631.

⁵¹ "Japan Penal Code 1907." "Japan Penal Code 1907." Article 226-2 (1) A person who buys another shall be punished by imprisonment for not less than 3 months but not more than 5 years. (2) A person who buys a minor shall be punished by imprisonment for not less than 3 months but not more than 7 years. (3) A person who buys another for the purpose of profit, indecency, marriage or threat to the life or body, shall be punished by imprisonment for not less than 1 year but not more than 10 years. (4) The preceding paragraph shall apply to a person who sells another.(5) A person who sells or buys another for the purpose of transporting them from one country to another country shall be punished by imprisonment for not less than 2 years.

จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้บัญญัติความผิดกรณีซื้อบุคคลหรือผู้เยาว์แยกไว้ต่างหากจากกรณีความผิดอื่น ๆ อันเป็นความผิดฐานค้ามนุษย์ และโทษสำหรับผู้กระทำความผิดฐานซื้อผู้เยาว์นั้นเท่ากับโทษที่ลงแก่ผู้ลักพาตัวผู้เยาว์ไป ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับการกำหนดความผิดกรณีซื้อหรือรับตัวผู้เยาว์ ซึ่งถูกพรากที่ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากตามประมวลกฎหมายอาญาไทยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

พรากโดยบุคคลในครอบครัว (Family Abduction)

ประเด็นการลักพาตัวผู้เยาว์โดยบิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งจะมีความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 224 หรือไม่นั้น บทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดไว้แน่ชัดว่า ผู้ลักพาตัวผู้เยาว์หมายความรวมถึงบุคคลในครอบครัวด้วยหรือไม่ แต่ศาลฎีกาญี่ปุ่นได้วางหลักเกณฑ์ในทางปฏิบัติไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2004(A)2199107 และ 2002(A)805108 ว่าบุคคลในครอบครัวที่เป็นบิดาตามข้อเท็จจริง หรือบุคคลในครอบครัวที่ไม่มีอำนาจปกครอง เนื่องจากการหย่าร้าง ซึ่งเป็นแนวทางในการคุ้มครองการลักพาตัวเด็ก และผู้เยาว์ไปโดยผู้ปกครองภายในญี่ปุ่น

การลักพาตัวเด็กหรือผู้เยาว์ภายในประเทศญี่ปุ่นโดยบุคคลในครอบครัว โดยทั่วไปแล้วหากมีกรณีที่ผู้ปกครองสัญชาติอื่นพาตัวเด็กไปจากอำนาจปกครองของผู้ปกครองที่ขอการพาดเด็กมายังประเทศญี่ปุ่นอย่างผิดกฎหมาย ซึ่งเป็นการละเมิดข้อตกลงในเรื่องการดูแลหรือการเยี่ยมเยียนซึ่งในหลายกรณีมีจำนวนเด็กหลายคนที่เกี่ยวข้อง⁵²

จากการศึกษาความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นในส่วนของการพรากเด็กไปโดยบุคคลในครอบครัว จึงอาจสรุปได้ว่า บุคคลในครอบครัวที่ไม่มีอำนาจปกครองหรือมีสิทธิและหน้าที่ในการเลี้ยงดูบุตรแล้ว หากลักพาตัวเด็กไปจากผู้ปกครองที่มีอำนาจปกครองย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น แต่กฎหมายดังกล่าวมีลักษณะคุ้มครองภายในประเทศญี่ปุ่นเท่านั้น หากมีการลักพาตัวเด็กข้ามชาติโดยผู้ปกครองคนใดคนหนึ่ง การกระทำดังกล่าวยังไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น แม้ว่าญี่ปุ่นจะเป็นสมาชิกในอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งของการลักพาตัวเด็กข้ามชาติแล้วก็ตาม ซึ่งมีความแตกต่างไปจากการบังคับใช้กฎหมายในความผิดฐานดังกล่าวของฝรั่งเศสที่บัญญัติลักษณะของการกระทำความผิดโดยผู้ปกครองที่ไม่มีอำนาจปกครองไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

⁵² 116 "Rapid Increase in Child Abduction to Japan," Retrieved on 26 November 2018, from <https://amview.japan.usembassy.gov/en/child-abduction-graph/>.

3.4 ประเทศอังกฤษ

3.4.1 วัฒนธรรมการดูแลเด็ก

การเลี้ยงดูลูกหลานด้วยการปล่อยให้เด็กมีอิสระทางความคิด และการลงมือทำ โดยไม่มีการบังคับ หรือกีดกันในความเป็นตัวตนของเด็ก มีแต่จะสนับสนุนให้เด็กปีนอย่างที่ต้องการ ผู้ปกครองเด็กจะเปิดโอกาสให้เด็ก ๆ ได้สัมผัสกับประสบการณ์ในความรักอย่างเต็มที่ ไม่บังคับ สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาการเลี้ยงดูให้ลูกหลานดูแลตัวเอง และมีความรับผิดชอบเป็นสิ่งสำคัญ โดยจะไม่เข้ามาช่วยเหลือใด ๆ หากไม่จำเป็นจริง ๆ เด็กฝรั่งส่วนใหญ่ออกไปทำงานนอกเวลาหาเงินกันตั้งแต่เด็ก และเรื่องที่ชอบหยิกยกเรื่องการซื้อรถยนต์มาเป็นตัวอย่าง พ่อแม่ฝรั่งจะซื้อรถยนต์แรกให้กับลูกแต่เป็นรถยนต์มือสอง เพื่อให้เขารู้จักคุณค่ามากขึ้น จากนั้นจึงค่อยขยับเป็นที่มีราคามากขึ้น ซึ่งแนวคิดนี้ก็ได้นำมาปรับใช้ในสังคมประเทศไทยบ้างแล้ว ถือว่าเป็นแนวคิดที่ดีมาก ในการเลี้ยงดูด้วยวิธีการแบบนี้เน้นการสังสรรค์ ปาร์ตี้ และกิจกรรม ส่วนใหญ่วันหยุดมักจะพากันไปบาร์บีคิวกันหลังบ้าน ในประเทศตะวันตกเต็มไปด้วยภูเขาและป่าไม้มากมาย จึงเป็นเรื่องที่ไม่ยากหากจะไปสัมผัสกับธรรมชาติออกไปเดินป่า ตั้งแคมป์ไปพร้อมกับสมาชิกในครอบครัว ถือเป็นการทำงานประสบการณ์พร้อมกับสร้างสายสัมพันธ์ระหว่างกันในครอบครัว⁵³

3.4.2 ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ

ความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายประเทศอังกฤษได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 (The Sexual Offences Act 2003) ซึ่งใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2004 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลจากผู้ที่กระทำความผิดทางเพศได้มากขึ้น โดยกำหนดให้ยินยอมเกี่ยวกับเพศของเด็กเริ่มต้นที่อายุ 16 ปี และหากเป็นการกระทำความผิดต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 13 ปี ผู้กระทำจะได้รับโทษหนักขึ้น แบ่งออกได้ตามหลักเกณฑ์อายุผู้เสียหาย ดังนี้

ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์

มาตรา 49 หัวข้อการพาเด็กไปจากความดูแล (Abduction of Children in care) ซึ่งบัญญัติดังนี้ มาตรา 49 (1) บุคคลจะถือว่ามีความผิดถ้าโดยรู้และปราศจากอำนาจตามกฎหมาย หรือโดยไม่มีเหตุอันควร เขาได้ (ก) พาเด็กไปจากผู้รับผิดชอบดูแล (ข) กักตัว ส่งเสริม ยุยงให้เด็ก หลบหนีจากผู้รับผิดชอบดูแล (2) ภายใต้กฎหมายนี้ให้ความคุ้มครองแก่เด็ก ซึ่ง (ก) อยู่ในความดูแล (ข) เด็กซึ่งได้รับคำสั่งให้ดูแลเป็นการฉุกเฉิน หรือ (ค) เด็กซึ่งอยู่ในอารักขาของเจ้าหน้าที่ตำรวจ และ คำว่าผู้รับผิดชอบดูแลเด็กตามมาตรา นี้ หมายถึง บุคคลใด ๆ ซึ่งในขณะนั้นได้ให้การดูแลเด็กตามคำสั่ง

⁵³Juventudesocialista, (2018), from <http://www.juventudesocialista.org>.

หรือคำสั่งดูแลฉุกเฉิน แล้วแต่กรณี (3) ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรานี้จะถูกลงโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือถูกปรับไม่เกินระดับ 5 ของชั้นมาตรฐาน หรือทั้งจำทั้งปรับ⁵⁴

ส่วนมาตรา 50 จะเป็นลักษณะวิธีปฏิบัติเมื่อเด็กถูกพรากไป เพื่อให้ได้รับเด็กคืนมา เช่น การให้อำนาจในการตรวจค้นสถานที่ต่าง ๆ แก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ เพื่อให้สามารถค้นหาเด็กและมีอำนาจใช้กำลังได้เมื่อจำเป็นและพอสมควร โดยบัญญัติไว้ดังนี้ 50 (1) เมื่อศาลมีเหตุอันควรเชื่อว่า (ก) มีการพาไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือมีการกักตัวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจากผู้รับผิดชอบดูแล (ข) ได้มีการหลบหนีจากผู้รับผิดชอบดูแล หรือ (ค) สูญหายไป (2) มาตรานี้ใช้บังคับกับเด็กตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 49 และผู้รับผิดชอบดูแลตามมาตรา นี้ มีความหมายเช่นเดียวกับผู้รับผิดชอบดูแลตามมาตรา 49 ด้วย (3) คำสั่งรับตัวกลับคืน (ก) ให้ใช้กับบุคคลใดก็ตามที่ทราบว่าได้กักตัวเด็กอยู่ที่ไหน ให้แจ้งให้ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ศาลทราบ (ข) ใช้อำนาจตำรวจเข้าตรวจค้นสถานที่เพื่อค้นหาเด็กและมีอำนาจใช้กำลังพอสมควรแก่ความจำเป็น⁵⁵

⁵⁴ Section 49 (1) person shall be guilty of an offence if, knowingly and without lawful authority of reasonable excuse, he (a) takes a child to whom this section applies away from the responsible person; (b) keeps such child away from the responsible person; or (c) induces, assists or incites such a child to run away or stay away from the responsible person. (2) This section applies in relation to a child who is (a) in care; (b) the subject of an emergency protection order; or (c) in police protection, and in this section “the responsible person” means any person who for the time being has care of him by virtue of the care order, the emergency protection order, as the case may be. (3) A person guilty of an offence under this section shall be liable on summary conviction to imprisonment for term not exceeding six months, or to a fine not exceeding level 5 on the standard scale, or the both.

⁵⁵ Section 50 (1) Where it appears to the court that there is reason to believe that a child to whom this section applies (a) has been unlawfully taken away or is being unlawfully kept away from the responsible person; (b) has run away or is staying away from the responsible person; or (c) is missing, (2) This section applies to the same children to whom section 49 applies and in this section “the responsible person” has the same meaning as in section 49 (3) A recovery order (a) requires any person who has information as to the child’s whereabouts to disclose that information, if asked to do so, to a constable or an officer or the court; (b) authorises

จะเห็นได้ว่าความผิดเกี่ยวกับการพรากเด็กตามกฎหมาย “Children Act 1989” ฉบับนี้มีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะรวมระหว่างกฎหมายบัญญัติ และสาระบัญญัติ คือมีทั้งภาคของการกระทำอันเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะใช้ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด และยังได้บัญญัติถึงวิธีปฏิบัติในการติดตามเอาตัวเด็กคืน การให้อำนาจในการตรวจค้น และสามารถใช้กำลังได้ด้วยเท่าที่จำเป็น

ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก (Rape of a Child Under 13)

(1) ความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 13 ปี

มาตรา 5 บัญญัติว่า “บุคคลกระทำความผิดทางอาญฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กโดยเจตนา ใช้อวัยวะเพศชายของตนสอดใส่เข้าสู่อวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของบุคคลอื่น และผู้ถูกกระทำนั้นมีอายุต่ำกว่า 13 ปี”⁵⁶ ซึ่งในความผิดฐานนี้ระบุให้ผู้กระทำต้องเป็นเพศชายเท่านั้น และต้องกระทำโดยใช้อวัยวะเพศสอดใส่ต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของเด็กซึ่งไม่จำกัดเพศ และเด็กผู้เสียหายนั้นอายุต่ำกว่า 13 ปี โดยเด็กจะให้ความยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก แตกต่างกันตรงที่ในความผิดฐานนี้ผู้กระทำจะเป็นเพศใดก็ได้ กล่าวได้ว่าเป็นการกระทำทางเพศที่เสมือนการมีเพศสัมพันธ์ต่อเด็ก

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก (Sexual Assault of a Child Under 13)

มาตรา 7 บัญญัติว่า “บุคคลนั้นกระทำความผิดฐานอนาจารเด็ก ถ้าสัมผัสต่อตัวเด็กโดยมีเจตนาในทางเพศ และกระทำต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 13 ปี”⁵⁶ ซึ่งการสัมผัสทางเพศนั้นนอกจากการสัมผัสด้วยอวัยวะส่วนใดของร่างกายแล้ว ยังรวมถึงการสัมผัสด้วยสิ่งต่าง ๆ ด้วย เช่น อวัยวะเพศเทียม ฯลฯ

ความผิดฐานกระทำกิจกรรมทางเพศต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี (Sexual Activity with a Child)

a constable to enter any premises specified in the order and search for the child, using reasonable force if necessary.

⁵⁶ Section 5 Rape of a child under 13

(1) A person commits an offence if—

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person with his penis, and (b) the other person is under 13.

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

(2) ความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 16 ปี

มาตรา 9 บัญญัติว่า “ความผิดฐานกระทำความผิดทางเพศกับเด็ก บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป กระทำความผิดทางอาญา เมื่อบุคคลนั้นเจตนาสัมพันธ์บุคคลอื่น และการสัมพันธ์นั้นเป็นการสัมพันธ์ทางเพศ โดยผู้ถูกกระทำมีอายุต่ำกว่า 16 ปี” ซึ่งแบ่งออกเป็นสองกรณีคือ กรณีแรก หากการสัมพันธ์นั้นมีการสอดใส่ ผู้กระทำผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี และกรณีที่สอง หากไม่มีการสอดใส่ ผู้กระทำผิดต้องระวางโทษเบาลง⁵⁷ จะเห็นได้ว่าความผิดตามมาตรานี้มีความหมายและขอบเขตกว้างมาก ซึ่งรวมการสัมพันธ์ทางร่างกายโดยมีเจตนาทางเพศใด ๆ จนกระทั่งการล่วงล้ำของอวัยวะเพศด้วยวิธีต่าง ๆ ด้วย กฎหมายประเทศอังกฤษได้บัญญัติความผิด เพื่อลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดที่ได้กระทำความผิดต่อเด็ก หรือเยาวชน โดยไม่พิจารณาถึงความยินยอมของเด็กแต่อย่างใด ปรากฏตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น แต่หากเป็นกรณีที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดต่อเพศเอง โดยผู้กระทำเป็นเด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปี กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 9 ถึง 12 โดยกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ให้รับโทษตามมาตรา 3⁵⁸ ซึ่งบัญญัติให้เด็กผู้กระทำผิดได้รับโทษที่ต่ำลงเมื่อเปรียบเทียบกับความผิดที่กระทำขึ้นโดยผู้ใหญ่

กฎหมายประเทศอังกฤษ กำหนดอายุเด็กในการให้ความยินยอมคือ 16 ปี ซึ่งมีข้อสังเกตว่าหากเด็กเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศก็ย่อมต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน เนื่องจากผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กก็สามารถหาประโยชน์ หรือล่อลวงเด็กด้วยตัวเองได้ กฎหมายอังกฤษจึงกำหนดให้การกระทำทางเพศต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี เป็นความผิดเพื่อปกป้องเด็กที่เป็นเหยื่อ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้ว เด็กที่มีอายุเท่ากันหรือใกล้เคียงกันมักจะไม่ได้ถูกดำเนินคดีสำหรับการกระทำทางเพศ หากปรากฏว่าทั้งสองสมัครใจยินยอมมีเพศสัมพันธ์ และความยินยอมนี้ไม่ได้เกิดจากการล่อลวง หรือแสวงหาประโยชน์อื่นใด

⁵⁷ Section 5 Rape of a child under 13 (1)A person commits an offence if—

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person with his penis, and (b) the other person is under 13. (2)A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

⁵⁸ Section 13 Child sex offences committed by children or young persons (1)A person under 18 commits an offence if he does anything which would be an offence under any of sections 9 to 12 if he were aged 18. (2)A person guilty of an offence under this section is liable—

3.4.3 การยกเว้นความผิดฐานพรากเด็ก และพรากผู้เยาว์ ด้วยความยินยอมระหว่างเด็ก

จากการศึกษากฎหมายในต่างประเทศเกี่ยวกับกรณี การยกเว้นโทษในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ กรณีเด็กสมัครใจมีเพศสัมพันธ์ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส อังกฤษ และญี่ปุ่น พบว่า มลรัฐ Kansas มลรัฐ Vermont และมลรัฐ Oklahoma ในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยแต่ละรัฐ อาจนำมาปรับใช้อาจนำมาบัญญัติใช้เป็นเหตุไม่ต้องรับโทษ เหตุบรรเทาโทษ หรือนำมาใช้เป็นข้อต่อสู้ ไม่ต้องรับโทษแตกต่างกันไป ซึ่งขึ้นอยู่กับเจตนา รณมณและความเหมาะสมของแต่ละรัฐนั้น ๆ นอกจากนี้ กฎหมายที่กำหนดความผิดต่อผู้เยาว์ ย่อมก่อให้เกิดความเสี่ยงในการบังคับใช้กฎหมายตามอำเภอใจและเลือกปฏิบัติได้ ซึ่งเด็กที่ถูกตราหน้าว่าเป็นผู้กระทำความผิดทางเพศอาจเกิดภาวะซึมเศร้า และความวิตกกังวล ส่งผลให้ขัดขวางการพัฒนาทางสังคมตามปกติอันอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงที่เด็กเหล่านี้จะกระทำความผิด เพราะเด็กที่เป็นอาชญากรทางเพศอาจได้รับผลร้ายทางสังคมสำหรับประเทศอังกฤษ การยกเว้นโทษความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายประเทศอังกฤษ โดยกำหนดให้ความยินยอมเกี่ยวกับเพศของเด็กเริ่มต้นที่อายุ 16 ปี

แนวปฏิบัติของอัยการสำหรับคดีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเด็ก (CPS Legal Guidance on Youth Offenders) โดยสำนักงานอัยการ (The Crown Prosecution Service) ได้กำหนดแนวปฏิบัติสำหรับพนักงานอัยการ ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ที่พนักงานอัยการควรพิจารณาในกรณีเมื่อเด็กถูกกล่าวหาว่ามีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเกิดขึ้น โดยจะพิจารณาว่าการดำเนินคดีต่อเด็กผู้กระทำความผิดนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะหรือไม่⁵⁹ ซึ่งประโยชน์สาธารณะที่สำคัญในประเด็นนี้คือ การปกป้องคุ้มครองเด็ก รัฐสภาประเทศอังกฤษไม่ประสงค์ที่จะลงโทษเด็กโดยไม่จำเป็น และกฎหมายอาญาก็ไม่ได้ประสงค์ที่จะเข้าแทรกแซงในส่วนที่ไม่เหมาะสม ซึ่งในการผ่านร่างกฎหมายดังกล่าว Lord Falconer กล่าวว่า “สิ่งที่สำคัญสำหรับพวกเราคือ การคุ้มครองเด็กไม่ใช้การลงโทษเด็ก ในกรณีที่มีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างเด็กนั้น ไม่ได้มีการล่อลวง หรือใช้กำลัง การดำเนินคดีเด็กฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย ย่อมไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน และไม่เป็นประโยชน์ต่อเด็กด้วย” ดังนั้นเมื่อมีการดำเนินคดีแก่เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ในความผิดเกี่ยวกับเพศ จะมีขั้นตอนแนวปฏิบัติในการดำเนินคดี The Directors Guidance on Charging⁶⁰ โดยต้องส่งเรื่องสู่สำนักงานอัยการ

⁵⁹ The Crown Prosecution Service, “Prosecution Policy and Guidance,” Retrieved on 4 November 2018, from http://www.cps.gov.uk/news/fact_sheets/sexual_offences/.

⁶⁰ Police Officers and Crown Prosecutors, “The Directors Guidance on Charging,” Retrieved on 4 October 2018, from https://www.cps.gov.uk/publications/docs/dpp_guidance_4.pdf.

เพื่อให้วินิจฉัยว่าจะดำเนินคดี หรือไม่ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้ต้องหาไร้ความสามารถหรือไม่ ซึ่งพนักงานอัยการจะพิจารณาเด็ก คู่กรณีจากองค์ประกอบต่าง ๆ เช่น อายุของคู่กรณี, สภาพจิตใจของคู่กรณี, คู่กรณีสมัครใจร่วมเพศสัมพันธ์นั้น หรือไม่, มีการบังคับ หรือล่อลวง หรือไม่, ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี และมีการใช้ประโยชน์จากความเชื่อใจ หรือหน้าที่การดูแลเด็ก หรือไม่ โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่เป็นเด็กตามระเบียบสำหรับอัยการ

ระเบียบสำหรับอัยการ (Code for Crown Prosecutor) กำหนดปัจจัยที่อัยการจะนำมาใช้ในการพิจารณาว่าสมควรดำเนินคดีผู้ต้องหาในความผิดทางเพศที่เป็นเด็กหรือไม่ และการดำเนินคดีเด็กจะเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ มีองค์ประกอบ ดังนี้

1. อายุและความเข้าใจ ความรู้สึกนึกคิดของผู้ต้องหา ซึ่งอาจหมายถึงรวมถึงข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ต้องหานั้นถูกบุคคลอื่นใช้แสวงหาประโยชน์อย่างไม่ชอบ, บังคับ, ชูเชิญ หลอกลวง ล่อลวง จนเป็นเหตุให้กระทำความผิดเช่นนั้นหรือไม่
2. อายุของผู้เสียหาย เช่น มีอายุเท่ากัน หรือแตกต่างกันไม่มากจากผู้ต้องหา
3. ผู้เสียหายกระทำความผิดทางเพศโดยสมัครใจหรือไม่ เช่น ผู้เสียหายเข้าใจถึงการกระทำของตนเองหรือไม่ และได้กระทำด้วยความสมัครใจอย่างแท้จริง และเป็นอิสระหรือไม่
4. ระดับการพัฒนาทางด้านเพศ ร่างกาย จิตใจ และการศึกษาของคู่กรณีมีความเท่าเทียมกันหรือไม่
5. ลักษณะและระยะเวลาของความสัมพันธ์ของคู่กรณี มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์แบบหนุ่มสาวในวัยรุนอย่างแท้จริงหรือไม่
6. มีลักษณะของการใช้ประโยชน์อย่างไม่ถูกต้อง, บังคับ, ชูเชิญ หลอกลวง ล่อลวง ในความสัมพันธ์ของคู่กรณีหรือไม่
7. ลักษณะของการกระทำ
8. สิ่งใดเป็นประโยชน์ที่สุด และดีที่สุดต่อสวัสดิภาพของผู้เสียหาย
9. สิ่งใดเป็นประโยชน์ที่สุดและดีที่สุดต่อสวัสดิภาพของจำเลย⁶¹

หลังจากที่พนักงานอัยการได้พิจารณาตามหลักเกณฑ์ในระเบียบ สำหรับอัยการแล้ว พนักงานอัยการ ควรให้ผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการกระทำผิดเด็กเข้าตรวจสอบเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องและให้ตัดสินใจในประเด็นสำคัญของคดี โดยเฉพาะการตัดสินใจว่าจะดำเนินคดีเด็กนั้นหรือไม่ นอกจากนี้ต้องมีการแจ้งให้หัวหน้าของสำนักงานอัยการแห่งนั้น ๆ (Chief Crown

⁶¹ The Crown Prosecution Service, “Prosecution Policy and Guidance,” Retrieved on 4 October 2018, from http://www.cps.gov.uk/legal/p_to_r/rape_and_sexual_offences/soa_2003_and_soa_1956/#a26.

Prosecutors) ทราบ ในกรณีที่คดีมีทั้งผู้ต้องหาและผู้เสียหายเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี และรวมถึงกรณีที่พนักงานอัยการไม่ดำเนินคดีต่อเด็ก เนื่องด้วยให้เหตุผลทางพยานหลักฐานหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งคดีดังกล่าวทุกคดีต้องได้รับการตรวจสอบ โดยอัยการผู้ที่เชี่ยวชาญทั้งด้านความผิดฐานข่มขืน และด้านเด็ก ทนายที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการทำคดีเหล่านี้ควรประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญด้านเด็กด้วย

ระเบียบของอัยการ (Code of Crown Prosecutors) ยังกำหนดว่าควรนำความเห็นของเหยื่อและครอบครัวของเหยื่อมาประกอบการพิจารณาด้วย นอกจากนี้ อัยการควรพิจารณาประโยชน์ของเด็กผู้กระทำประกอบการประเมินว่าการดำเนินคดีต่อเด็กนั้นจะเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ในการลงความเห็นว่าจะดำเนินคดีผู้กระทำผิดเด็กหรือไม่นั้น อัยการควรใช้บทบัญญัติของระเบียบสำหรับอัยการไปในทิศทางที่สอดคล้องกับนโยบายของสำนักงานอัยการ ที่มีผู้กระทำผิดต่อเด็ก และความผิดเกี่ยวกับเพศ⁶²

สรุปได้ว่า กรณีที่จำเลยได้กระทำความผิดโดยใช้วิธีการบังคับ หรือมีอายุมากกว่าผู้เสียหายมาก กรณีเช่นนี้มีโอกาสสูงที่จำเลยจะถูกฟ้องคดีต่อศาล เพื่อลงโทษจำเลยในความผิดทางเพศ ในขณะเดียวกันหากการร่วมเพศนั้นเป็นไปโดยความสมัครใจของผู้เสียหายอย่างแท้จริง ผู้ต้องหา มีแนวโน้มที่จะไม่ถูกดำเนินคดี

3.4.4 มาตรการคุมประพฤติหรือใช้วิธีการสำหรับเด็ก

มาตรการภายหลังยกเว้นโทษเด็กซึ่งศาลเยาวชนและครอบครัว (Juvenile Court) ในประเทศอังกฤษใช้ปฏิบัติต่อเด็ก และเยาวชน ที่กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติแต่ไม่ต้องรับโทษ เนื่องด้วยอายุ หรือลักษณะคดี หรือเหตุอื่นใด ซึ่งอยู่ในลักษณะที่จำต้องได้รับการคุ้มครองดูแลเป็นพิเศษ (Child in Need of Care and Protection) เมื่อศาลฯ พิจารณาและสืบเสาะจากข้อเท็จจริงของตัวเด็ก หรือเยาวชน ความสัมพันธ์ของครอบครัว นิสัย และพฤติการณ์ประกอบต่าง ๆ แล้ว ศาลฯ อาจกำหนดวิธีการที่ใช้ปฏิบัติต่อเด็ก หรือเยาวชนที่กระทำผิด ดังต่อไปนี้

(1) ศาลฯ เห็นสมควรว่ายังไม่สมควรส่งตัวเด็ก หรือเยาวชนไปรับการฝึกอบรมหรือคุมประพฤติศาลฯ อาจปล่อยตัวเด็กได้ทันที โดยไม่มีเงื่อนไขได้ หรืออาจปล่อยตัวเด็กโดยมีเงื่อนไขห้ามประพฤติผิดซ้ำภายในระยะเวลาที่กำหนด 1 ปี หรือภายใน 1 ปี แต่ไม่เกิน 3 ปี

⁶² The Crown Prosecution Service, “Prosecution Policy and Guidance,” Retrieved on 4 October 2018, from http://www.cps.gov.uk/legal/v_to_z/youth_offenders/#a01.

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

(3) ศาลฯ อาจส่งตัวเด็กหรือเยาวชนที่มีอายุตั้งแต่ 10 ปี แต่ไม่เกิน 21 ปี เข้ารับการอบรมยังศูนย์ฝึกอบรม Attendance Center เป็นระยะเวลาไม่เกิน 24 ชั่วโมง โดยสถานที่ดังกล่าวเจ้าหน้าที่จะอบรมเด็ก หรือเยาวชน และส่งเสริมในด้านต่าง ๆ อาทิ ด้านพฤติกรรม ด้านการศึกษา ด้านอาชีพ เป็นต้น

(4) หากศาลฯ พบว่า สาเหตุที่เด็กกระทำความผิดเกิดขึ้นจากปัญหาทางครอบครัว เช่น ครอบครัวแตกแยก เด็กขาดความอบอุ่น หรือเกิดจากสภาพแวดล้อมที่ไม่เหมาะสมต่อตัวเด็ก ศาลฯ อาจสั่งให้ส่งตัวเด็ก หรือเยาวชนไปอยู่ในความดูแลของบุคคลที่สาม ซึ่งเป็นญาติหรือบุคคลอื่นใดที่เหมาะสมในการดูแลเด็กเป็นระยะเวลาชั่วคราว จนกว่าสถานการณ์ในครอบครัวเด็กจะกลับเป็นดังเดิม หรือจะให้อยู่ในความดูแลกระทัดรัดเด็กโตพอที่จะดูแลตนเองได้ ซึ่งกำหนดไว้ที่อายุ 18 ปี

(5) กรณีที่ศาลฯ พิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรการทั่วไปไม่เหมาะสมกับเด็ก หรือเยาวชนให้เติบโตเป็นบุคคลที่ดีในสังคมได้ ศาลฯ อาจสั่งให้ส่งตัวเด็ก หรือเยาวชนไปรับการฝึก และอบรมยังสถานที่ฝึก และอบรมได้ ซึ่งสถานฝึกอบรมมีทั้งแบบระยะสั้น และระยะยาว อาทิ Approved School เป็นที่ฝึกอบรมสำหรับเด็ก และเยาวชนที่กระทำผิด และรวมถึงเด็กที่ต้องการได้รับการดูแลเป็นพิเศษ โดยจะมีการสอนทั้งด้านความรู้และวิชาชีพ เพื่อส่งเสริมให้เด็กหรือเยาวชนกลับตนเป็นคนดีและอยู่ในสังคมได้⁶³

เด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอมถือเป็นเด็กที่ต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษ ซึ่งในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นสมควรไม่ดำเนินคดี หรือในกรณีมีการดำเนินคดีแก่เด็กหรือเยาวชน และภายหลังที่เด็กหรือเยาวชนได้รับการยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงแล้ว หากศาลฯ เห็นสมควรเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ และส่งเสริมให้เด็กพัฒนาเติบโตไปในทางที่ดีถูกต้อง ศาลฯ มีอำนาจใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวางในการกำหนดวิธีการแก้ไข และฟื้นฟูเด็กให้เหมาะสมกับตัวเด็ก จนกว่าเด็กหรือเยาวชนจะปรับปรุงความประพฤติ และเติบโตเป็นคนดีในสังคมได้

⁶³ บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายเกี่ยวกับเยาวชนและครอบครัวแนวประยุกต์, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท วิทญพัฒน์ จำกัด, 2546), น.47-52.

บทที่ 4

บทวิเคราะห์กรณีการพรางเพื่อการอนาจารโดยความยินยอม ของผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายที่เป็นเด็ก

ในบทนี้จะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหาต่าง ๆ กรณีที่มีการพรางเด็ก (มาตรา 317) และพรางผู้เยาว์ (มาตรา 319) เพื่อการอนาจารโดยความยินยอมของผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายที่เป็นเด็ก การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ที่อายุใกล้เคียงกัน ประเทศไทยควรที่จะกำหนดเป็นความผิดฐานพรางเด็กหรือพรางผู้เยาว์และควรดำเนินคดีลงโทษแก่ผู้พรางเด็กหรือพรางผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจารนั้นหรือไม่ จำต้องศึกษาศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศที่ได้มีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ว่ามีทางออกเช่นใด และต้องศึกษาถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกำหนดความผิดหรือดำเนินคดีลงโทษต่อเด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม เพื่อที่จะได้พิจารณาว่าการลงโทษนั้นสมควรแล้วหรือไม่และเกิดประโยชน์ต่อสังคมอย่างไร

4.1 เปรียบเทียบหลักการฟื้นฟูเด็กในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

ในความผิดอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน มีปรัชญาในการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่กระทำผิดอาญา อยู่ 2 แนวคิด คือ ปรัชญาที่มุ่งต่อการลงโทษ อย่างหนึ่ง และปรัชญาที่มุ่งต่อการแก้ไขฟื้นฟูอีกอย่างหนึ่ง ปรัชญาที่มุ่งต่อการลงโทษ มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับคดีอาญาทั่วไป คือ เพื่อแก้แค้นทดแทนผู้กระทำความผิด เพื่อป้องกันหรือยับยั้งอาชญากรรม หรือเพื่อแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิด เป็นต้น ส่วนปรัชญาที่มุ่งต่อการแก้ไขฟื้นฟูมุ่งช่วยเหลือเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดมากกว่าการลงโทษ โดยเห็นว่าเด็กและเยาวชนยังเป็นไม้อ่อนที่ยังพอจะแก้ไขปรับเปลี่ยนนิสัยและความประพฤติให้กลับตนเป็นพลเมืองดีได้ อิทธิพลของพวกเสรีนิยมทำให้เกิดการปฏิรูปในเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับเด็กและเยาวชนตลอดจนมีการจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนขึ้นเพื่อดำเนินการกับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดเป็นเอกเทศ ในประเทศที่มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) การที่รัฐเข้ามาเป็นผู้ดูแลรับผิดชอบเด็กและเยาวชนที่กระทำผิดแทนพ่อแม่ของเด็กและเยาวชน (parens patriae) จึงเป็นวิธีการที่ยอมรับกัน รัฐจึงต้องให้ความคุ้มครองแก่เด็กและเยาวชน และช่วยเหลือเด็กและเยาวชนที่หลงผิดให้กลับตนเป็นพลเมืองดีให้ได้โดยวิธีการต่าง ๆ ที่

เหมาะสมกับวัยของเด็ก แนวความคิดอย่างหลังนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวของนานาอารยประเทศ¹

สำหรับพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวพ.ศ.2553 นี้ มีกรอบแนวคิดอันเป็นที่มาของบทบัญญัติกฎหมายสำหรับคดีอาญา คือ²

4.1.1 อารัมภบท อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่รับรองว่า “เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลและการช่วยเหลือเป็นพิเศษ เพื่อให้เด็กพัฒนาบุคลิกภาพได้อย่างกลมกลืนและเต็มที่ เด็กควรเติบโตในสิ่งแวดล้อมของครอบครัวในบรรยากาศของความผาสุก ความรัก และความเข้าใจ” กับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อที่ 3 (1) ความว่า “ในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะโดยสถาบันสังคม สงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก”

4.1.2 หลักประกันตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 37 ข) ค) และ ง) ว่า “จะไม่มีเด็กคนใดถูกลิดรอนเสรีภาพ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือโดยผลการ การจับกุม กักขัง หรือจำคุกเด็ก จะต้องเป็นไปตามกฎหมายและจะใช้เป็นมาตรการสุดท้ายเท่านั้น ให้มีระยะเวลาสั้นที่สุดอย่างเหมาะสม เด็กทุกคนที่ถูกลิดรอนเสรีภาพจะได้รับการปฏิบัติด้วยมนุษยธรรม ด้วยความเคารพในศักดิ์ศรีแต่กำเนิดของมนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะถูกแยกต่างหากจากผู้ใหญ่ เว้นแต่เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุด เด็กจะมีสิทธิที่จะติดต่อกับครอบครัว เว้นแต่ในสถานการณ์พิเศษและเด็กทุกคนที่ถูกลิดรอนเสรีภาพมีสิทธิที่จะขอความช่วยเหลือทางกฎหมาย ตลอดจนสิทธิที่จะคัดค้านความชอบด้วยกฎหมายของลิดรอนสิทธิเสรีภาพของเด็กและเยาวชนต่อศาลหรือหน่วยงานอื่นที่เป็นอิสระและเป็นกลางซึ่งจะได้รับคำวินิจฉัยโดยพลัน”

4.1.3 กฎแห่งกรุงปักกิ่ง ข้อที่ 7 และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อที่ 40 (2 ข.) ว่า “ทุกขั้นตอนในกระบวนการยุติธรรม สิทธิขั้นมูลฐานจะต้องได้รับการคุ้มครอง” เช่น สิทธิได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะได้รับการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมาย สิทธิได้รับการแจ้งข้อหาทันทีและโดยตรง หรือโดยบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมาย สิทธิที่จะให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองปรากฏตัวอยู่ด้วย เป็นต้น

¹ สุพจน์ สุโรจน์, “หน่วยที่ 8 กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน”, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, น.5-6, สืบค้นจาก law.stou.ac.th/dynfiles/41717-8-D.pdf.

² อภิรดี โพธิ์พร้อม, “8 ปี แห่งการรอคอย... พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553”, เอกสารประกอบการสัมมนา หัวข้อ “แนวคิดและความเป็นมาของพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553,” สำนักกฎหมายและวิชาการ สำนักงานศาลยุติธรรม : น.33-39.

4.1.4 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อที่ 40.1 ว่า “รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญา ที่จะได้รับการปฏิบัติต่อในลักษณะที่สอดคล้องกับการส่งเสริมความสำนึกในศักดิ์ศรีและคุณค่าของเด็กซึ่งจะส่งเสริมความเคารพของเด็กต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของผู้อื่นและในลักษณะที่ต้องคำนึงถึงอายุของเด็กและความปรารถนาที่จะส่งเสริมการกลับคืนสู่สังคม การมีบทบาทเชิงสร้างสรรค์เด็กในสังคม การที่เด็กและเยาวชนจะต้องคืนสู่สังคมเมื่ออายุยังมีน้อย กลับมาใช้ชีวิตอย่างมีบทบาทสร้างสรรค์”

เด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดมักจะมาจากครอบครัวที่มีปัญหาในด้านต่าง ๆ และขาดการอบรม สั่งสอนที่เหมาะสม เช่นครอบครัวแตกแยก ครอบครัวที่บิดามารดาไม่มีเวลาดูแลบุตร ครอบครัวที่มีการศึกษาน้อย ไม่มีอาชีพและขาดโอกาสต่าง ๆ ทางสังคมปัจจุบันแนวโน้มเด็กที่กระทำความผิดมีอายุน้อยลง ในขณะที่หากพิจารณาจากเกณฑ์ความสามารถในการรู้สึกผิดชอบตามหลักการทางแพทย์แล้วจำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอายุผู้กระทำความผิดที่ไม่รองรับโทษเพิ่มสูงขึ้น ซึ่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนมีความแตกต่างกันไปตามบริบททางสังคมและสิ่งแวดล้อมในแต่ละพื้นที่ที่จะเห็นได้จากคดีที่เด็กและเยาวชนกระทำความผิดมากที่สุดคือ คดีเกี่ยวกับทรัพย์สิน คดียาเสพติด และคดีทางเพศ (กระทำชำเรา พรากเด็ก หรือพรากผู้เยาว์)³

ดังนั้น เราจึงควรนำหลักในการฟื้นฟูเด็กที่เป็นผู้ต้องหา ผู้กระทำความผิดหรือจำเลยในคดีอาญานั้น ควรนำบทบัญญัติในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 3 (1.) ที่บัญญัติไว้ว่า “ ในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งแรกที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก” มาบังคับใช้ในเรื่องของการกระบวนการในคดีอาญาที่เด็กและเยาวชนกระทำความผิด จากสภาพปัญหาของเด็กและเยาวชนดังกล่าวข้างต้น หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชนจะต้องเข้ามามีบทบาทอย่างสำคัญในการร่วมมือกันดำเนินงานเพื่อแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนให้สามารถปรับเปลี่ยนพฤติกรรมกลับคืนสู่สังคมอย่างสร้างสรรค์ได้ ตลอดจนดำเนินงานเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิดซ้ำหรือเพิ่มมากขึ้นในอนาคต ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยมีหน่วยงานหลักที่รับผิดชอบในการดูแลเด็กและเยาวชนที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรม 4 หน่วยงาน คือ ศาลเยาวชนและครอบครัว กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน กรมคุมประพฤติ และโรงพยาบาลตุลาการเฉลิมพระเกียรติ

³ โครงการศึกษาวิจัย เรื่องการจำแนก แก้ไข บำบัด ฟื้นฟู และติดตามเด็กและเยาวชนที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับศาลยุติธรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องศาลยุติธรรม, (ภายใต้โครงการพัฒนาระบบการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรม (JJRP) สนับสนุนจากกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ), น.2.

โดยในการดำเนินเงินเกี่ยวกับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวจำเป็นต้องมีกระบวนการที่สำคัญ 3 กระบวนการ อันได้แก่

- (1) การจำแนกเด็กและเยาวชน
- (2) การแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชน
- (3) การติดตามเด็กและเยาวชนหลังจากออกจากกระบวนการยุติธรรม

ซึ่งการปฏิบัติงานในกระบวนการทั้งสามจะต้องถูกออกแบบให้มีความเชื่อมโยงและสอดคล้องซึ่งกันและกัน กล่าวคือ การจำแนกเด็กและเยาวชนต้องเอื้อประโยชน์ในการหาสาเหตุของการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน เพื่อนำไปสู่กระบวนการในการแก้ไข บำบัด ฟื้นฟูให้เด็กและเยาวชนสามารถปรับเปลี่ยนพฤติกรรมที่ไม่พึงประสงค์ได้ และต้องมีกลไกในการปฏิบัติในการติดตามเด็กและเยาวชนหลังจากออกจากกระบวนการยุติธรรม เพื่อมิให้หวนกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก

กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด เริ่มเมื่อเด็กและเยาวชนเข้ามาสู่กระบวนการเมื่อถูกจับกุมโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ เจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่สืบสวนสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานส่งให้แก่พนักงานอัยการคดีเด็กและเยาวชนพิจารณาสั่งฟ้องคดีไปยังศาลเยาวชนและครอบครัวที่จัดตั้งขึ้นโดยมีเจตนารมณ์ และความมุ่งหมายในการแก้ไข บำบัด ฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดให้ปรับเปลี่ยนประพฤติกรรมเป็นคนดีของสังคมเป็นกำลังสำคัญของประเทศต่อไป ซึ่งศาลเยาวชนและครอบครัวจะสามารถปฏิบัติภารกิจให้เป็นไปตามเจตนารมณ์และความมุ่งหมายดังกล่าวได้ ย่อมต้องมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการดูแลเด็กและเยาวชนในระหว่างการพิจารณาคดีและดำเนินงานด้านแก้ไข บำบัด ฟื้นฟูเด็กและเยาวชน ซึ่งเปรียบเสมือนเครื่องมือที่จะช่วยให้ศาลเยาวชนและครอบครัวสามารถพิจารณาพิพากษาคดีได้สมดังเจตนารมณ์ในการจัดตั้งดังกล่าว หน่วยงานเหล่านี้ได้แก่กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน กรมคุมประพฤติ โรงพยาบาลตุลาการเฉลิมพระเกียรติ แต่การดำเนินงานด้านเด็กและเยาวชนจะประสบผลสำเร็จสามารถพัฒนาเด็กและเยาวชนให้มีบุคลิกภาพที่กลับคืนสู่สังคมและใช้ชีวิตในสังคมได้อย่างสร้างสรรค์ได้ ศาลเยาวชนและครอบครัว กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน กรมคุมประพฤติ โรงพยาบาลตุลาการเฉลิมพระเกียรติ จำต้องมีกระบวนการเพื่อสร้างกลไกให้บุคลากรในหน่วยงานหลักดังกล่าวมีจิตสำนึกในการปฏิบัติงานร่วมกัน โดยคำนึงประโยชน์สูงสุดของเด็กและเยาวชนเป็นสำคัญ⁴ และต้องร่วมมือกันแสดงหาองค์ความรู้เพื่อนำมาพัฒนาเครื่องมือสำหรับใช้ในกระบวนการจำแนกเด็กและเยาวชน กระบวนการแก้ไข บำบัด ฟื้นฟูเด็กและเยาวชน กระบวนการติดตามเด็กและเยาวชนภายหลังจากออกจากกระบวนการยุติธรรม

⁴ เป็นหลักการตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อที่ 3 (1.).

ซึ่งถือเป็นกระบวนการสำคัญในการปฏิบัติงานหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็ก เพื่อมิให้เด็กและเยาวชนที่กระทำผิดหวงมากกระทำผิดซ้ำอีก⁵

หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The best Interests of the child Principle) มีเจตนารมณ์ เพื่อคุ้มครองสิทธิเด็ก เนื่องด้วยแนวความคิดที่ว่าเด็กมีคุณค่ารัฐจึงควรต้องให้การปกป้องคุ้มครองและเมื่อเด็กแตกต่างจากผู้ใหญ่รัฐจึงควรส่งเสริมและพัฒนาเด็กอย่างเต็มศักยภาพโดยไม่อาจเพิกเฉยได้ อันเป็นแนวคิดที่ก่อให้เกิดหลักการเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก⁶ โดยได้บัญญัติรับรองไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 ในมาตรา 3 (1)⁷ วางหลักไว้ว่า “ในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็กไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก” จากหลักดังกล่าวถือได้ว่าเป็นแนวคิดที่มีความสำคัญในการมุ่งคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นอย่างมาก ซึ่งกำหนดให้การออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อเด็กไม่ว่ากรณีใด ๆ จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและลำดับแรก ประโยชน์สูงสุดของเด็กย่อมหมายถึงสิทธิประโยชน์ทั้งปวงที่พึงได้ในฐานที่เกิดมาและมีชีวิตรอดอยู่ภายในกรอบอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 ให้รับรองหรือโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปย่อมเห็นได้ว่าเป็นสิทธิประโยชน์ของเด็ก⁸ หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก อาทิมาตรา 40 (2)(ข)(3)⁹ วางหลักว่า เด็กทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาจะต้องได้รับการตัดสินโดยไม่ชักช้า จากหน่วยงานหรือศาลที่มีอำนาจเป็นอิสระและเป็นกลางและ

⁵ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น.3-4.

⁶ ไพรัช บวรสมพงษ์, “การคุ้มครองเด็กผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญากับประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็ก,” (วิทยานิพนธ์ดุขฎฐิบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.65-69.

⁷ 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.

⁸ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, “มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก,” *ตุลพาห*, เล่ม 41 ปีที่ 5, น.19, (กันยายน-ตุลาคม 2537).

⁹ Article 40 (2)(b)(3) To have the matter determined without delay by a competent, independent and impartial authority or judicial body in a fair hearing according to law, in the presence of legal or other appropriate assistance and, unless it is considered not to be in the best interest of the child, in particular, taking into account his or her age or situation, his or her parents or legal guardians;

พิจารณาความอยุติธรรมตามกฎหมาย โดยต้องให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่นที่เหมาะสม เว้นแต่ไม่เป็นประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก เมื่อคำนึงถึงอายุของเด็กหรือสถานการณ์บิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมาย

ปัจจุบันแนวคิดดังกล่าวในหลายประเทศให้ความสำคัญเป็นอย่างมากโดยเฉพาะความมีคุณค่าในตัวของเด็กหรือเยาวชนแต่ละบุคคล ทำให้รัฐต้องตระหนักและมุ่งการพัฒนาเด็กในทุก ๆ ด้าน เพื่อสอดคล้องกับความต้องการของเด็กและเยาวชนจนไปสู่แนวคิดเพื่อประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็กหรือเยาวชน จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้นมุ่งเน้นคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ โดยใช้หลักการแก้ไข บำบัด ฟื้นฟูเด็ก ในหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กคุ้มครองผลประโยชน์ของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นสำคัญ แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยใน ความผิดฐานพรากเด็ก (มาตรา 317) หรือพรากผู้เยาว์ (มาตรา 319) ที่นำมาพิจารณาในเรื่องของการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็กหรือผู้เยาว์มากกว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือผู้เยาว์ หากได้นำหลักในเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็กตามหลักสัญญาอนุสัญญาสิทธิเด็กมาบังคับใช้ ดังนั้น หากเด็กที่ถูกดำเนินคดีในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กดังกล่าวอย่างเพียงพอ

วัฒนธรรมการดูแลเด็กของประเทศไทยและต่างประเทศ พบว่า ในต่างประเทศได้รับการเลี้ยงดูแบบให้อิสระช่วยเหลือตัวเอง ให้ความรับผิดชอบและตัดสินใจเลือกด้วยตัวเอง รวมถึงเรื่องความรักจะเป็นการแสดงออกและการกระทำที่เปิดเผยโดยอยู่ในสายตาของพ่อแม่ ๆ จะคอยสนับสนุนการให้คำแนะนำปรึกษา ซึ่งการเลี้ยงดูแบบนี้จะขัดกับวัฒนธรรมไทย เพราะเชื่อว่า เด็กอายุยังน้อยยังอยู่ในวัยเรียนต้องสนใจแต่การเรียนไม่ใช่เรื่องรัก ๆ ใคร่ ๆ การมีแฟนจึงเป็นเรื่องต้องห้าม ทำให้เด็กไม่กล้าปรึกษาเรื่องความรักกับพ่อแม่ แล้วไปปรึกษาเพื่อนแทน อาจทำให้เกิดการตัดสินใจผิดได้ ครอบครัวไทยจะหาได้ยาก เพราะพ่อแม่ไทยมักจะไม่ค่อยลองทำอะไรใหม่ อีกทั้งครอบครัวยุคปัจจุบัน ทั้งเหนื่อยกับงาน เหนื่อยกับลูก สุดท้ายก็เกิดความเบื่อหน่าย เห็นเรื่องครอบครัวเป็นหน้าที่เป็นภาระที่ต้องแบก ทำให้เกิดปัญหาครอบครัวแตกแยกตามมา

4.2 เปรียบเทียบบทกวีวันโทษความผิดฐานกระทำชำเราเด็กกับความผิดฐานพรากเด็ก

จากการศึกษาแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับคุณธรรมทางกฎหมายประกอบกับองค์ประกอบความผิดฐานพรากเด็ก พรากผู้เยาว์ และความผิดอื่นที่เกี่ยวข้อง พบว่า แม้เด็กและผู้เยาว์จะเป็นกรรมในการกระทำความผิดฐานนี้ แต่เจตนารมณ์ของกฎหมายที่บัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นมาคือเพื่อคุ้มครองไม่ให้อำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลผู้เสียหายที่เป็นเด็กโดยบุคคลอื่นซึ่งอาจเป็นความผิดที่เกี่ยวข้องเนื่องมาจากการกระทำความผิดฐานพรากเด็ก (มาตรา 317) หรือพราก

ผู้เยาว์ (มาตรา 319) นั้นมุ่งคุ้มครองตัวผู้เยาว์ซึ่งเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดเป็นหลัก ดังนั้นจึงต้องพิจารณาต่อไปว่าสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะให้ความคุ้มครองในความผิดสองกลุ่มนี้เป็นไปเพื่อการคุ้มครองผู้เสียหายเป็นการส่วนตัวหรือมุ่งคุ้มครองสังคมและประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก

เมื่อพิจารณาเงื่อนไขตามองค์ประกอบความผิดฐานพรากผู้เยาว์แล้วพบว่า แต่อย่างไรก็ดีเจตนารมณ์ของกฎหมายและวัตถุประสงค์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในการกระทำความผิดพรากเด็กและพรากผู้เยาว์คืออำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลนั่นเอง มิใช่ตัวผู้เยาว์ผู้ถูกพราก ดังนั้น ผู้เสียหายคือบุคคลผู้ได้รับความเสียหาย เนื่องจากการกระทำความผิดทั้งสามมาตรานี้ตามมาตรา 2 (4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงได้แก่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็กหรือผู้เยาว์ “อำนาจปกครอง” ที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองเป็นกรณีที่ไม่ได้มุ่งคุ้มครองสังคมและประโยชน์สาธารณะแต่เพียงอย่างเดียวเห็นได้จากการที่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลสามารถให้ความยินยอมและทำให้การกระทำลักษณะเดียวกับการกระทำความผิดฐานพรากไม่ครบองค์ประกอบความผิดได้ จึงเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายเป็นการส่วนตัวด้วยโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นกรณีพรากผู้เยาว์ไปในเชิงชั่วสาวนั้น เมื่อพิจารณาประกอบกับสิ่งที่กฎหมายมุ่งจะให้การคุ้มครองในความผิดอื่นที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อนาจาร และพาไปเพื่อการอนาจาร จะเห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายเป็นการส่วนตัวเป็นหลักเว้นแต่ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงบางประการเกิดขึ้น เช่นกระทำโดยใช้อาวุธ หรือกระทำต่อหน้าธารกำนัล จะเป็นกรณีที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย จึงเป็นกรณีที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองสังคมมากกว่าผู้เสียหายเป็นการส่วนตัว

จากการพิจารณาองค์ประกอบความผิดของกฎหมายจะเห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งเน้นที่จะลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด และมีได้มีบทยกเว้นโทษไว้ แม้ในบางกรณีเด็กหรือผู้เยาว์ที่ถูกพรากจะยินยอมไปด้วยก็ตาม หรือฝ่ายผู้กระทำความผิดจะได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้วก็ตาม ในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกกระทำ ก็ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำความผิดได้รับยกเว้นโทษในความผิดฐานพรากเด็ก (มาตรา 317) หรือพรากผู้เยาว์ (มาตรา 319) แต่อย่างใด

ตารางที่ 4.2 เปรียบเทียบการยกเว้นโทษกรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอม
ระหว่างเด็กตามกฎหมายของประเทศต่าง ๆ

ประเทศ	ความผิดทางเพศ	เกณฑ์อายุเด็ก	ข้อยกเว้นโทษ	การยอม ความ
ไทย	- กระทำชำเรา - อนาจาร - การพราก	ต่ำกว่า 15 ปี ต้องระวางโทษ หนักขึ้นหาก กระทำต่อเด็ก อายุต่ำกว่า 13 ปี	ถ้าเด็ก ผู้กระทำ มีอายุไม่เกิน 18 ปี มี เพศสัมพันธ์กับเด็ก ผู้ถูกกระทำ มีอายุ 13-15 ปี ด้วยความยินยอม หากศาลฯ มีคำสั่งให้ใช้ กฎหมายคุ้มครองเด็กแก่เด็กทั้งสอง หรือ อนุญาตให้เด็กทั้งสองสมรสกันแล้ว ศาลจะ ลงโทษเด็กเท่าไรก็ได้	ไม่สามารถ ยอมความได้
สหรัฐอเมริกา	- กระทำชำเรา - อนาจาร - การพราก	อายุ 12-18 ปี เป็นไปตามความ เหมาะสมของแต่ละ มลรัฐ	ถ้าเด็ก ผู้กระทำ มีอายุใกล้เคียงกับเด็ก ผู้ถูกกระทำ และเด็กทั้งสองสมัครใจมี เพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอมแล้ว เด็กอาจไม่ ต้องรับโทษหรือได้รับการลดหย่อนโทษ ซึ่ง เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของแต่ละมลรัฐ	ยอมความได้
- Kansas	- กระทำชำเรา - อนาจาร	อายุ 14 ปี แต่ไม่ เกิน 16 ปี	ถ้าเด็ก ผู้ถูกกระทำ ต้องมีอายุมากกว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี และ เด็ก ผู้กระทำมีอายุต่ำ กว่า 19 ปี และมีอายุห่างกันไม่เกิน 4 ปี อาจจะสามารถลดหย่อนโทษได้	ยอมความได้
- Vermont	- กระทำชำเรา - อนาจาร	ต่ำกว่า 16 ปี	ถ้าเด็ก ผู้กระทำ มีอายุต่ำกว่า 19 ปี กระทำ ต่อเด็กที่มีอายุมากกว่า 15 ปี ถึง 16 ปี ด้วย ความยินยอม เด็กไม่ต้องรับผิด	ยอมความได้
- Oklahoma	- กระทำชำเรา - อนาจาร	ต่ำกว่า 16 ปี ต้องระวางโทษ หนักขึ้นหาก กระทำต่อเด็ก อายุต่ำกว่า 14 ปี	ถ้าเด็ก ผู้ถูกกระทำ มีอายุมากกว่า 14 ปี แต่ ไม่เกิน 16 ปี และผู้กระทำมีอายุไม่เกิน 18 ปี เป็นกรณีที่เด็กผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมมี เพศสัมพันธ์แล้ว	ยอมความได้
- New York	กระทำชำเรา	ต่ำกว่า 17 ปี ต้องระวางโทษ หนักขึ้นหาก กระทำต่อเด็ก อายุต่ำกว่า 13 ปี	ถ้าเด็ก ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำเป็นผู้เยาว์มี อายุใกล้เคียงกัน และมีเพศสัมพันธ์ด้วยความ ยินยอมแล้ว เด็กไม่มีความผิด	ยอมความได้

ฝรั่งเศส	- กระทำชำเรา - อนาจาร - การพราก	ต่ำกว่า 16 ปี	แบ่งเป็น 2 กรณีคือ 1) เด็ก ผู้ถูกกระทำ มีอายุระหว่าง 12-13 ปี และเด็ก ผู้กระทำ มีอายุใกล้เคียงมากกว่าไม่เกิน 2 ปี เด็กอาจไม่ต้องรับโทษ 2) เด็ก ผู้ถูกกระทำ มีอายุระหว่าง 14-15 ปี และเด็ก ผู้กระทำ มีอายุใกล้เคียงมากกว่าไม่เกิน 5 ปี เด็กอาจไม่ต้องรับโทษ	ยอมความได้
ญี่ปุ่น	- กระทำชำเรา - อนาจาร	ต่ำกว่า 16 ปี	ถ้าเด็ก ผู้กระทำ มีอายุใกล้เคียงกับเด็ก ผู้ถูกกระทำ ไม่เกิน 3 ปี และเด็กทั้งสองมีความสมัครใจมีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอมแล้ว เด็กไม่มีความผิด	ยอมความได้
อังกฤษ	- กระทำชำเรา - อนาจาร - การพราก	ต่ำกว่า 16 ปี ต้องระวางโทษหนักขึ้นหากกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี	ถ้าเด็ก ผู้กระทำ มีอายุใกล้เคียงกับเด็ก ผู้ถูกกระทำ และเด็กทั้งสองคนสมัครใจมีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอมแล้ว กฎหมายเปิดช่องให้อัยการใช้ดุลยพินิจในการสั่งไม่ฟ้องได้ ถ้าการดำเนินคดีไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ	

4.3 การวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์กับต่างประเทศ

การเปรียบเทียบความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ ระหว่างบทบัญญัติกฎหมายที่มีโทษทางอาญาที่ใช้บังคับในต่างประเทศดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ การมีหลักการคุ้มครองทั้งเด็กและผู้เยาว์ มลรัฐส่วนใหญ่กำหนดอายุเด็กไม่เกินอายุ 16 ปี และผู้เยาว์ไม่เกินอายุ 21 ปี ซึ่งคล้ายกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย ที่กำหนดอายุเด็กไม่เกินอายุ 15 ปี และผู้เยาว์ไม่เกินอายุ 18 ปี การกระทำความผิดนี้ถือว่าเป็นการกระทำความผิดต่อเสรีภาพของผู้ถูกเอาตัวไป ลักษณะของการกระทำจะต้องมีการนำตัวบุคคลไปจากสถานที่ที่ถูกจับตัว และในส่วนของความยินยอมของผู้ถูกพราก กล่าวคือ กรณีเด็กให้ความยินยอมเพราะถือว่าเด็กไม่สามารถให้ความยินยอมได้ หากผู้เยาว์ยอมไปด้วยเพราะถูกบังคับ ข่มขู่ หรือหลอกลวง ก็จะไม่ถือว่าผู้เยาว์เต็มใจ และถ้ากรณีการพรากไปเพื่อเป็นโสเภณี จะถูกลงโทษอย่างรุนแรง ตรงกับการพรากไปเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย

ประเทศฝรั่งเศส ได้บัญญัติคุ้มครองผู้ใช้อำนาจปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย แม้กระทั่ง บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือตามความเป็นจริง หรือผู้รับบุตรบุญธรรมลักพาตัวผู้เยาว์ไปจาก ความดูแลของผู้มีอำนาจปกครองหรือจากบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ดูแลนั้น กฎหมายอาญาฝรั่งเศส บัญญัติให้มีโทษทางอาญา ซึ่งในประเด็นนี้มีความแตกต่างไปจากแนวความคิดการกำหนดความผิด การพรางของประมวลกฎหมายอาญาประเทศไทย

ประเทศญี่ปุ่น การบัญญัติกฎหมายของความผิดฐานพราง จะนำมาอยู่ในหมวดหมู่ เดียวกัน ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเอาตัวบุคคลไปโดยใช้ กำลังข่มขู่หรือโดยการหลอกลวง ส่วนประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็ได้บัญญัติไว้ในลักษณะ 11 หมวด 1 ว่าด้วยความผิดต่อเสรีภาพ

ประเทศอังกฤษ ได้มีกฎหมายให้ความคุ้มครองแก่เด็ก โดยบัญญัติไว้ใน “Children Act 1980” (Chapter 41) ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานพรางเด็กใน มาตรา 49 หัวข้อการพาเด็กไป จากความดูแล (Abduction of Children in care) โดยความผิดเกี่ยวกับการพรางเด็กตามกฎหมาย ฉบับนี้ กล่าวคือ ลักษณะองค์ประกอบของความผิดฐานพรางเด็กคือ มีการพาเด็กไปจากผู้มีอำนาจ ปกครอง ซึ่งใช้คำว่า “ผู้รับผิดชอบดูแล” (The responsible person) ซึ่งของไทย ได้แก่ บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแล และการพาเด็กไปอาจเกิดจากการชักชวนยุยงส่งเสริมให้หลบหนีจากผู้มีอำนาจ ปกครอง หลักกฎหมายส่วนนี้เหมือนกับของประเทศไทย

4.4 วิเคราะห์หลักความยินยอมการมีเพศสัมพันธ์กันระหว่างเด็กกับเด็ก

คำว่า “พราง” มีความหมายว่า จากไปหรือแยกออกจากกัน สำคัญจึงอยู่ที่การพา ไปหรือการแยกเด็กไปนั้น ได้รับความยินยอมจากบุคคลดังกล่าวให้ไปกับบุคคลที่พาไปหรือไม่ หรือ มิฉะนั้นบุคคลที่พาเด็กนั้นไปจะต้องมีเหตุอันสมควร ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 วรรค แรก เป็นกรณีพรางเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลโดยปราศเหตุ อันสมควร ซึ่งมีโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปีและปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท ซึ่งบุคคลที่ เป็นผู้เสียหายในความผิดตามมาตรานี้คือ บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปี ส่วนเด็กที่ถูกพรางไปนั้นไม่ใช่ผู้เสียหายแต่ประการใด มาตรานี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครอง อำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองผู้ดูแลอันเป็นการป้องกันมิให้บุคคลใดพาเด็กซึ่งอยู่ใน อำนาจปกครองไปยังสถานที่อื่นหรือเพื่อกระทำการใด ๆ โดยไม่ได้รับอนุญาตก่อนแม้ว่าเด็กจะเต็มใจ ไปด้วยก็ตาม

การกำหนดให้ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 วรรคหนึ่ง เป็นความผิดอันยอมความได้ ทั้งนี้ย่อมขึ้นอยู่กับ เจตนาของผู้เสียหาย แต่ก่อนที่จะให้จำเลยได้รับประโยชน์ดังกล่าว ควรจะนำมาตรการยุติธรรมเชิง สมานฉันท์มาใช้ ดังเช่นในต่างประเทศแม้จะมีทัศนคติที่ทัศนคติเกี่ยวกับความสำคัญของเจตนารมณ์ ของผู้เสียหายต่อกระบวนการยุติธรรมแตกต่างกัน แต่หลายประเทศต่างก็นำมาตรการดังกล่าวมาใช้ ในคดีอาญาควบคู่กับกระบวนการยุติธรรมเดิมและอาจกำหนดให้นำมาตรการก่อนมาใช้ควบคู่กันได้ เช่น ต้องสืบเสาะหรือรอให้สิ้นสุดระยะเวลาในการคุมประพฤติของจำเลยก่อน จึงจะให้ผู้กระทำความผิด ยอมความหรือถอนคำร้องทุกข์ได้ นำระบบไกล่เกลี่ยโดยคนกลางหรือผู้ประนีประนอมมาใช้ โดยมี วัตถุประสงค์เพื่อบรรลู่ข้อตกลงฉันท์มิตรใช้วิธีการคุมประพฤติโดยจัดให้ทำทัณฑ์บน และวางเงื่อนไข เพื่อคุมประพฤติตามที่เห็นสมควร หรือกำหนดเงื่อนไขว่าการยอมความดังกล่าวจะกระทำได้ ต่อเมื่อ ปรากฏว่าจำเลยไม่เคยต้องโทษอาญามาก่อนได้

ผู้วิจัยได้กำหนดลักษณะและเงื่อนไขในการดำเนินการทางกฎหมายแก่ผู้กระทำความผิด ดังกล่าวได้ดังนี้

ตัวอย่างที่ 1 การลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดไม่เหมาะสมแก่กรณี ไม่ได้ ประโยชน์และอาจก่อให้เกิดผลเสียหายต่อสังคม ศาลจึงต้องพิจารณาลงโทษโดยอาศัยข้อเท็จจริง ดังนี้

- ผู้เสียหายกับจำเลยมีหรือเคยมีสัมพันธ์ภาพที่ดีต่อกัน
- ผู้เสียหายเต็มใจไปกับจำเลย หรือมีลักษณะจงใจให้จำเลยกระทำการดังกล่าว
- ผู้เสียหายไม่เต็มใจไปกับจำเลย แต่ไม่ปรากฏว่ามีการกระทำความรุนแรง
- จำเลยมิได้ประสงค์จะอยู่กินเป็นสามีภริยากับผู้เสียหาย
- จำเลยพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น และชดใช้ค่าเสียหาย
- จำเลยรู้สำนึกในการกระทำประกอบกับไม่เคยต้องโทษจำคุกมาก่อนและยังอยู่ในวัย

ศึกษา

จะเห็นได้ว่าแม้การกระทำของจำเลยเป็นความผิดและศาลพิพากษาลงโทษ แต่เนื่องจาก เป็นการกระทำที่ไม่มีลักษณะรุนแรง ฝ่ายผู้เสียหายมีส่วนก่อให้เกิดการกระทำผิดจำเลยสำนึกผิด พยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น และชดใช้ค่าเสียหาย ประกอบกับตัวจำเลยมีเหตุอันควรปรานีถ้า ศาลพิพากษาลงโทษจำคุก อาจไม่เหมาะสมแก่กรณีและไม่ได้ประโยชน์แก่คู่ความทั้งสองฝ่ายเท่าที่ควร เนื่องจากเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีจึงเห็นควรนำรูปแบบ กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ มาปรับใช้แก่คดีให้คู่ความทั้งสองฝ่ายได้ประนีประนอมยอมความ กัน จัดให้จำเลยได้รับการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูปรับเปลี่ยนพฤติกรรม โดยคุมความประพฤติไว้ในระหว่าง รอกการลงโทษ และมีการชดใช้ค่าเสียหายเป็นการเยียวยาฝ่ายผู้เสียหายไปพร้อมกัน ซึ่งจะก่อให้เกิด ประโยชน์ต่อสังคมมากกว่า

ตัวอย่างที่ 2 การกระทำของจำเลยที่ไม่เป็นความผิด หากจะกำหนดให้การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด ต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏดังนี้

- ผู้เสียหายกับจำเลยมีสัมพันธ์ภาพที่ดีต่อกัน
- ผู้เสียหายเต็มใจไปกับจำเลยเพื่ออยู่กินเป็นสามีภริยา
- จำเลยประสงค์จะอยู่กินเป็นสามีภริยากับผู้เสียหาย และมีได้มีภริยาอยู่ก่อน
- การกระทำของจำเลยมีลักษณะไม่เหมาะสม แต่ไม่ปรากฏว่ามีการกระทำความรุนแรง

ตัวอย่างที่ 3 ควรลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิด หากจะพิจารณาลงโทษต้องอาศัยข้อเท็จจริง ดังนี้

- ผู้เสียหายไม่เต็มใจไปกับจำเลย
- มีการกระทำความรุนแรงต่อฝ่ายผู้เสียหาย ทั้งการใช้กำลังประทุษร้ายต่อร่างกายและจิตใจ อีกทั้งจำเลยมิได้ประสงค์จะอยู่กินเป็นสามีภริยากับผู้เสียหาย

จึงเห็นว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดและศาลพิพากษาลงโทษ เนื่องจากเป็นการกระทำที่มีลักษณะรุนแรง ใช้กำลังประทุษร้ายต่อร่างกายและจิตใจของผู้เสียหาย ประกอบกับผู้เสียหาย และจำเลยมิได้มีความประสงค์จะอยู่กินเป็นสามีภริยาแต่อย่างใด การที่ศาลพิพากษาลงโทษจำคุกจึงเห็นว่าเหมาะสมแล้ว

จากตัวอย่างแนวคำพิพากษาที่ยกมากล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นว่าแม้กฎหมายปัจจุบันจะไม่ได้กำหนดให้ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่หากศาลพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดไปโดยไม่มีการลดหย่อนผ่อนปรน อาจทำให้ความสัมพันธ์ในครอบครัวต้องร้าวฉานได้ ดังนั้นการลงโทษทางอาญาจะต้องไม่ทำให้พฤติกรรมที่พึงประสงค์ของสังคมต้องลดลง กล่าวคือการรักษาความสงบสุขของสถาบันครอบครัวระหว่างผู้เยาว์กับผู้กระทำความผิด ซึ่งมีอยู่หรือจะเกิดขึ้นในอนาคต มิให้ต้องได้รับความกระทบกระเทือนหรือแตกแยกต่อไป การลงโทษทางอาญาจะถูกนำมาใช้ก็ต่อเมื่อไม่มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสมกว่าแล้วเท่านั้น การที่แนวคำพิพากษากำหนดให้มีการรอการลงโทษจำคุกจำเลย ประกอบกับการกำหนดเงื่อนไขบางประการเพิ่มเติม แสดงให้เห็นว่าศาลได้พยายามนำมาตรการอื่นเข้ามาปรับใช้แทนการพิพากษาลงโทษจำเลย เพื่อมิให้การลงโทษกลายเป็นการสร้างปัญหาพอกพูนขึ้นแก่สังคมในระยะยาว อีกทั้งยังเป็นการมุ่งเน้นให้ผู้กระทำความผิดได้ปรับปรุงตัวเป็นพลเมืองดีของสังคมต่อไป

ปัจจุบันพบว่า มีคดีที่เด็กรักใคร่ชอบพอกันหรือเป็นกรณีผู้ใหญ่กับเด็กรักใคร่ชอบพอกัน และแอบลักลอบได้เสียกันจนถึงขั้นที่อยู่กินกันจนเป็นสามีภริยา หรือจดทะเบียนสมรสกันถูกต้องตามกฎหมาย แม้ว่าเด็กจะอายุยังไม่เกินสิบห้าปีแต่เด็กก็ยินยอม ซึ่งโดยส่วนใหญ่เกิดจากความสมัครใจทั้งสองฝ่าย ซึ่งในบางกรณีถึงขนาดมีบุตรด้วยกันและผู้ปกครองของเด็กก็ทราบและยินยอมตามนั้น หรือหลังเกิดเหตุจำเลยได้จดทะเบียนสมรสกับผู้เสียหาย ซึ่งเป็นเครื่องชี้เจตนาว่าจำเลยประสงค์ที่จะเลี้ยง

คู่ผู้เสียหายเป็นภริยาแล้วก็ตาม แต่เมื่อมีคดีมาสู่ศาลแล้วก็เป็คดีอาญาที่ยอมความไม่ได้ ซึ่งในบางครั้งผู้ปกครองใช้เป็นเครื่องมือในการต่อรองเรียกค่าเสียหายจากจำเลยเท่านั้น มิได้มีความประสงค์ถึงขั้นต้องให้จำเลยได้รับโทษตามกฎหมาย และจำเลยเองก็ต้องการที่จะชดใช้ค่าเสียหาย เพื่อเป็นการเยียวยาให้ฝ่ายผู้เสียหาย โดยหากทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงกันได้ก็มีอาจถอนคำร้องทุกข์ หรือถอนฟ้องยอมความได้เพราะเป็นคดีอาญาแผ่นดินที่ยอมความไม่ได้ จำเลยจึงไม่ได้รับโอกาสที่จะกลับตนเป็นคนดีต่อสังคม

อีกทั้งยังต้องมีประวัติว่าเคยกระทำความผิดอาญา ซึ่งไม่เป็นผลดีแก่จำเลยและครอบครัวถือว่าเป็นรากฐานสำคัญของสังคม เมื่อพิจารณาบนพื้นฐานของการเคารพความตกลงและความประสงค์ของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย โดยคำนึงถึงการรักษาสถาบันครอบครัวเป็นสิ่งสำคัญ จึงเห็นควรหามาตรการเพื่อเป็นทางเลือกให้กับผู้เสียหาย และจำเลย ซึ่งหากทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงกันได้และฝ่ายผู้เสียหายก็ไม่ติดใจเรียกร้องแล้ว หากเป็นกรณีที่จำเลยกระทำความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรก โดยเด็กนั้นยินยอมให้ใช้มาตรการดังต่อไปนี้ก่อนที่จะให้คู่กรณียอมความหรือถอนคำร้องทุกข์คือ การประชุมกลุ่มครอบครัว ซึ่งจะประกอบไปด้วยนักจิตวิทยา ผู้ประนีประนอมคดีครอบครัว ผู้เสียหาย จำเลย ผู้ถูกกระทำความผิด (เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี) และสมาชิกครอบครัว ผู้มีความสำคัญ หรือเพื่อนของทั้งสองฝ่ายเข้าร่วมประชุมหารือหาทางออกร่วมกัน โดยจะมีการประชุมก่อนศาลมีคำพิพากษา จากนั้นให้รายงานเสนอศาลตามข้อสรุปที่ได้

การแก้ไขฟื้นฟูก่อนศาลมีคำพิพากษา โดยให้จำเลยพบพนักงานคุมประพฤติและได้รับการฟื้นฟูจิตใจและวางเงื่อนไข เพื่อคุมความประพฤติก่อนศาลมีคำพิพากษาเพื่อเป็นการแก้ไขปรับเปลี่ยนพฤติกรรม และความประพฤติของจำเลย และใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย อันจะทำให้เกิดความปลอดภัยแก่ชุมชนและสังคมต่อไปด้วย

4.5 แนวทางสั่งไม่ฟ้องคดีกรณีพรากเด็กของอัยการ

สำนักงานอัยการสูงสุดได้มีการออกคำชี้ขาดความเห็นแย้งที่ 431/2551 ในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ (มาตรา 317 วรรคแรก) ตามประมวลกฎหมายอาญาประกอบกับระเบียบ การดำเนินคดีอาญาฯ (ข้อ 78) ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายเป็นเด็ก

ผู้ต้องหากระทำความผิดฐานพรากผู้เยาว์ แต่หลังเกิดเหตุแล้วได้มีการไปสู้อตามประเพณี และปัจจุบันผู้ต้องหาที่เลี้ยงบุตร หากยื่นฟ้องและศาลพิพากษาลงโทษควบคุมยอมมีผลกระทบโดยเฉพาะบุตรของผู้ต้องหาและผู้เยาว์ ที่จะไม่มีผู้ได้รับอุปการะเลี้ยงดูและอาจได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจ การฟ้องและดำเนินคดีดังกล่าวไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน

ข้อเท็จจริงได้ความว่า ขณะที่ผู้เสียหายที่ 1 อยู่ที่จังหวัดระยอง น้องชายของผู้เสียหายที่ 1 ได้โทรศัพท์แจ้งให้ผู้เสียหายที่ 1 ทราบว่า เด็กหญิง ก. ผู้เสียหายที่ 2 บุตรของผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งมีอายุ 14 ปีเศษ ไม่ได้กลับมาอนที่บ้านพักดังกล่าวไม่ทราบไปที่ใด ผู้เสียหายที่ 1 จึงโทรศัพท์สอบถามนาย จ. ทราบว่าผู้เสียหายที่ 2 คบหาอยู่กับผู้ต้องหาและนาย จ. ได้หาเบอร์โทรศัพท์มือถือของผู้ต้องหาให้ผู้เสียหายที่ 1 จากนั้นผู้เสียหายที่ 1 ได้โทรศัพท์ไปสอบถามผู้ต้องหา ผู้ต้องหายอมรับว่าได้ไปพบกับผู้เสียหายที่ 2 ในอำเภอแม่สอด แล้วพาไปคุยกันและได้พาผู้เสียหายที่ 2 มาส่งที่บ้านพักแล้ว ผู้เสียหายที่ 1 จึงร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน สภ.อ.แม่สอด ให้ดำเนินคดีกับผู้ต้องหาตามกฎหมาย หลังจากนั้นในวันเดียวกัน ครูของผู้เสียหายที่ 2 ได้โทรศัพท์แจ้งให้ผู้เสียหายที่ 1 ทราบว่าขณะนี้ผู้เสียหายที่ 2 อยู่ที่โรงเรียนแล้ว ผู้เสียหายที่ 1 จึงไปปรับตัวผู้เสียหายที่ 2 ผู้เสียหายที่ 2 ได้เล่าให้ผู้เสียหายที่ 1 ฟังว่า เมื่อวันที่ 29 มิถุนายน 2549 เวลาประมาณ 18.00 นาฬิกา หลังจากที่ผู้เสียหายที่ 2 เดินทางไปจังหวัดระยองแล้ว ผู้ต้องหาได้ขับรถยนต์มารับผู้เสียหายที่ 2 แล้วพาไปที่บ้านพักของผู้ต้องหาและได้มีเพศสัมพันธ์กันที่บ้านพักดังกล่าว พนักงานสอบสวนได้ส่งผู้เสียหายที่ 2 ไปตรวจชั้นสูตรร่องรอยการถูกระงับทำชำเราที่โรงพยาบาลแม่สอด แพทย์ผู้ตรวจให้ความเห็นว่า ผลการตรวจภายในอวัยวะเพศภายนอกปกติ ไม่พบบาดแผล เยื่อพรหมจารีปกติ ช่องคลอดและปากมดลูกปกติ และผลการตรวจทางห้องปฏิบัติการไม่พบตัวอสุจิในสารคัดหลั่งภายในช่องคลอดผล acid phosphatase ให้ผลลบ

คดีนี้มีปัญหาให้อัยการสูงสุดชี้ขาดว่า ผู้ต้องหามีความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา โดยปราศจากเหตุอันสมควร หรือไม่

อัยการสูงสุดพิจารณาแล้ว เห็นว่า คดีไม่มีประจักษ์พยานพบเห็นขณะที่ผู้ต้องหากระทำความผิดพรากเด็กหญิง ก. ผู้เสียหายที่ 2 ซึ่งเป็นผู้เยาว์อายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปจากผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็นบิดามารดา คงได้ความจากพยานบุคคลอื่นที่อ้างว่าผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำความผิดและคำรับรองของผู้ต้องหาที่รับว่ากระทำความผิดเท่านั้น ทั้งผลการตรวจร่างกายผู้เสียหายที่ 2 ในระหว่างวันเวลาเกิดเหตุก็ไม่ปรากฏว่ามีการร่วมประเวณี และภายหลังจากที่มีการร้องทุกข์ดำเนินคดีกับผู้ต้องหาแล้ว ผู้ต้องหาได้พาผู้ใหญ่ฝ่ายผู้ต้องหาไปขอผู้เสียหายที่ 2 เป็นภรรยาตามประเพณีและผู้ต้องหาได้อยู่กินกับผู้เสียหายที่ 2 จนกระทั่งมีบุตร 1 คนแม่ต่อมาผู้ต้องหาและผู้เสียหายที่ 2 จะได้แยกทางกันแต่ผู้ต้องหาได้เป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูบุตรเพียงลำพังแต่ผู้เดียว แสดงให้เห็นความจริงใจที่จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยาและสร้างครอบครัวร่วมกันกับผู้เสียหายที่ 2 มาแต่ต้น เพราะการรับเลี้ยงดูบุตรถือเป็นภาระหน้าที่ในระยะยาวไม่ว่าจะเป็นการเลี้ยงดูและอบรมสั่งสอนบุตรให้เต็มโตเป็นผู้ใหญ่ที่สมบูรณ์ทั้งร่างกายและจิตใจ ตลอดจนการให้การศึกษาบุตรตามสมควรเพื่อให้เป็นทรัพยากรมนุษย์ต่อสังคมและประเทศชาติล้วนแล้วแต่เป็นเรื่องยากลำบาก แม้คดีอาจมีพยานหลักฐานให้เชื่อว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคแรก แต่หลังเกิดเหตุแล้วก็ได้

มีการไปสู่อุบัติตามประเพณีแสดงว่าผู้เสียหายที่ 1 ได้มีการตกลงกับฝ่ายผู้ต้องหาแล้วและปัจจุบันผู้ต้องหาที่เลี้ยงดูบุตรดังกล่าว หากยื่นฟ้องและศาลพิพากษาลงโทษควบคุมย่อมมีผลกระทบต่อผู้ต้องหา ผู้เสียหายที่ 2 และโดยเฉพาะบุตรของผู้ต้องหาและผู้เสียหายที่ 2 ที่จะไม่มีผู้ได้รับอุปการะเลี้ยงดูและอาจได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจการฟ้องและดำเนินคดีดังกล่าวไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน ตามนัยระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วย การดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 78 ซึ่งขาดไม่ฟ้องผู้ต้องหา ฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดาโดยปราศจากเหตุอันสมควร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคแรก พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 มาตรา 7

หมายเหตุ

ปัจจุบันสำนักงานอัยการสูงสุดได้มีระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการสั่งคดีอาญาที่ไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ พ.ศ. 2554 โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 29 เมษายน 2554¹⁰

จากคำวินิจฉัยชี้ขาดของสำนักงานอัยการสูงสุดจะเห็นได้ว่า ทางอัยการสูงสุดมองว่าคดีความผิดฐานพรากเด็กในกรณีนี้ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายที่เป็นเด็กยินยอมมีเพศสัมพันธ์กันโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย หากมีการดำเนินคดีอาญากับเด็กผู้กระทำความผิดนั้นจะไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนจึงมีคำสั่งไม่ฟ้องในคดีดังกล่าว นี้ก็ถือว่าเป็นอีกหนึ่งบรรทัดฐานของการดำเนินคดีอาญาโดยพนักงานอัยการของประเทศไทยในความผิดฐานพรากเด็กเพื่อการอนาจารในกรณีที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายที่เป็นเด็กให้ความยินยอมกัน ซึ่งความยินยอมนั้นเกิดจากความรักของทั้งคู่ มิใช่เกิดจากการถูกล่อลวง บังคับ หรือขู่เข็ญให้เด็กผู้เสียหายต้องยินยอมมีเพศสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดเอง หากแต่เป็นการที่ผู้เสียหายเองก็ให้ความยินยอมกับผู้กระทำความผิดด้วย ซึ่งถ้ามองกันในแง่ของหลักการไม่เลือกปฏิบัติแล้วเราก็จะว่าหากผู้เสียหายยินยอมหรือเป็นผู้เริ่มก่อให้เกิดผู้กระทำความผิดนั้นก็ถือว่ามีความผิดตามกฎหมายด้วยเช่นกัน

ทั้งนี้ จากกรณีที่ได้มีการศึกษาจะพบว่าปัญหาส่วนใหญ่บางครั้งเด็กผู้เสียหายอาจจะเป็นผู้ก่อให้เกิดอีกฝ่ายกระทำความผิดโดยอาจจะไปหาผู้กระทำความผิดที่บ้านของผู้กระทำความผิด และได้กระทำการอันเป็นการยั่วยุ ปลุกเร้าทางอารมณ์ ซึ่งผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กยังขาดวุฒิภาวะที่จะรู้จักในการยับยั้งชั่งใจ ยังไม่สามารถที่จะรู้จักควบคุมอารมณ์ทางเพศของตนเองได้ ก็อาจจะทำให้เขาพลั้งเผลอที่จะเคลิ้มตามและในที่สุดก็จะจบลงด้วยการมีเพศสัมพันธ์กัน คดีในลักษณะแบบนี้ผู้

¹⁰ สำนักงานอัยการสูงสุด, คำวินิจฉัยชี้ขาดความเห็นแย้งของอัยการสูงสุด พ.ศ.2551-2553 ฉบับ 120 ปี องค์การอัยการ, (2556), น.280-282.

ศึกษามองว่าเป็นคดีที่ไม่อาจจะเป็นประโยชน์แก่สาธารณชนได้ ตามคำวินิจฉัยชี้ขาดได้ที่หยิบยกมาดังกล่าวข้างต้น

4.6 วิเคราะห์แนวทางการแก้ไขปัญหา

ผู้ศึกษามีความเห็นที่ว่ากฎหมายควรที่จะมีการแก้ไขความผิดฐานพรากเด็ก มาตรา 317 และมาตรา 319 ว่าควรจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องการของคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้กระทำความผิด ตามมาตรา 317 และมาตรา 319 ให้มีความสอดคล้องกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 วรรค 5 และวรรค 6 อันเป็นความผิดกรรมเดียวแต่ผิดกฎหมายหลายบทและควรจะนำการลงโทษที่เป็นคุณแก่จำเลยที่เป็นเด็กหรือเยาวชนที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวที่เห็นว่าพฤติการณ์ที่พบว่าเด็กหรือผู้เยาว์มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมควรจะมีการลงโทษ แก้ไข บำบัด หรือฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนแทนการลงโทษทางอาญา จึงมีความเห็นว่าควรมีแก้ปัญหาและแนวทางในการกำหนดการลงโทษแก่เด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดฐานพรากเด็ก และพรากผู้เยาว์ไว้ดังต่อไปนี้

4.6.1 ยกเว้นโทษผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายที่เป็นเด็กกับเด็กมีเพศสัมพันธ์กัน โดยความยินยอมโดยใช้แนวคิดของการกระทำชำเราเด็กตามกฎหมายแก้ไขใหม่

ในอดีต เด็กกับเด็กมีเพศสัมพันธ์ด้วยความสมัครใจทั้งสองฝ่าย บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลมักจะเข้ามาแก้ปัญหาด้วยการเรียกค่าเสียหาย หากค่าเสียหายลงตัว บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลผู้เสียหายก็มักจะไม้อาเรื่องหรือไม่แจ้งความ แต่ถ้าหากค่าเสียหายไม่ลงตัว บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลผู้เสียหายมักจะมีการแจ้งความร้องทุกข์ดำเนินคดีกับเด็กผู้กระทำความผิดในข้อหากระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี แม้เด็กยินยอมก็เป็นความผิดตามมาตรา 277 รวมทั้งหากเด็กผู้เสียหายอายุเกิน 15 ปี ก็ยังดำเนินคดีกับเด็กผู้กระทำความผิดข้อหาพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร แม้ผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยก็เป็นความผิดตามมาตรา 319 ทั้งที่มาตรา 277 กับมาตรา 319 น่าจะมีขึ้นเพื่อคุ้มครองเด็กไม่ให้ผู้ใหญ่มาหลอกลวงไปมีเพศสัมพันธ์

ทั้งสองมาตราดังกล่าว ไม่น่าจะมุ่งหมายใช้ลงโทษเด็กกับเด็กที่ยินยอมมีเพศสัมพันธ์กัน โดยเด็กมีอายุไม่ต่างกันมากและไม่ได้เอาเปรียบกัน การใช้กฎหมายผิดวัตถุประสงค์ดังกล่าวนำไปสู่การลงโทษเด็กที่มีเพศสัมพันธ์กันเองที่ไม่ได้มีพฤติกรรมเป็นอาชญากร บางคดีเด็กผู้ชายเป็นผู้ต้องหาในความผิดเหล่านี้ ทั้ง ๆ ที่เด็กผู้หญิงเป็นผู้เริ่มไปหาเด็กผู้ชายก่อนด้วยซ้ำ

ในอนาคตประมวลกฎหมายอาญา เรื่องพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 และมาตรา 319 ควรกำหนดบทยกเว้นโทษให้กับเด็กที่สมัครใจมีเพศสัมพันธ์แบบที่มีการเขียนเป็น

เหตุยกเว้นโทษเฉกเช่นเดียวกับที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรค5 และวรรค 6 ด้วย เพราะเหตุที่ว่า ในการกระทำความผิดเดียว สิ่งที่รุนแรงกว่า (มาตรา 277) ยังยกเว้นโทษให้ แต่สิ่งที่เท่ากันเบากว่า (มาตรา 317 และมาตรา 319) กลับไม่มีการยกเว้นโทษ ดังนั้นกฎหมายควรมีการเพิ่มบทบัญญัติให้ยกเว้นโทษในกรณีที่เป็นกรกระทำผิดเดียวกันและมีการยกเว้นโทษให้กับสิ่งที่รุนแรงกว่าก็ควรจะมีการเพิ่มบทบัญญัติให้กับการกระทำที่เบากว่าด้วยเช่นกัน¹¹

การป้องกันไม่ให้เด็กมีเพศสัมพันธ์กันโดยความยินยอมนั้นจะพึงให้กฎหมายอาญาเป็นสิ่งที่ห้ามพฤติกรรมของเด็กไม่ได้ หากแต่เป็นหน้าที่ในการสั่งสอนให้เด็กมีเพศสัมพันธ์เมื่อพร้อมและต้องสอนให้เด็กรู้จักที่จะป้องกันตัวเองอย่างถูกต้อง และหน้าที่ในการสอนเหล่านี้ควรจะเป็นหน้าที่ของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล รวมถึงชุมชน สังคม โรงเรียน และอาจหมายรวมถึงถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐ หาใช่หน้าที่ของกฎหมายอาญาที่มีไว้เพื่อลงโทษคนที่เป็นอาชญากร

จากการศึกษากรณีการพรากเด็ก หรือผู้เยาว์ไปหลายวันควรเป็นเหตุให้ยอมความ ส่วนการพรากเด็ก หรือผู้เยาว์ไปเพียง 2-3 วัน ควรเป็นเหตุยกเว้นโทษ สอดคล้องกับแนวคิด หยุดแสง อุทัย ว่าการเอาตัวเด็กไปจากการดูแลเป็นการถาวร โดยทุจริตหรือเพื่อนำไปใช้ประโยชน์เพื่อหากำไร หรืออนาจาร ก็จะมีโทษเพิ่มแม้ผู้เยาว์จะเต็มใจก็ตาม ซึ่งมีได้พรากเป็นการถาวรจึงเป็นเหตุให้ยอมความ หรือเพียง 2-3 วัน จึงไม่เป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5547/2550 ขณะเกิดเหตุเด็กหญิงอายุ 14 ปีเศษจำเลยไปรับผู้เสียหายที่ 1 ไปรับประทานอาหารที่บ้านจำเลยโดย มารดาผู้เสียหายที่ 2 ทราบว่าบุตรสาวของตนค้างคืนกับจำเลย แสดงว่าผู้เสียหายที่ 2 รู้เห็นยินยอม การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์ แต่หากจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 ถึงแม้จะยินยอม ก็ถือว่ามีผิดตามมาตรา 277 ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก, 317 วรรคสาม การกระทำของจำเลยเป็นความผิดหลายกรรมต่างกันลงโทษ ฐานกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี จำคุก 6 ฐานพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีไปจากบิดามารดาเพื่อการอนาจาร จำคุก 6 ปี จำเลยอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษายกฟ้อง โจทย์เสียทั้งหมด ศาลฎีกายืนตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นเฉพาะในข้อหาความผิดฐานกระทำชำเรานอกนั้นแก้ให้เป็นตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์¹² ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาถ้าผู้กระทำอายุ 12-15 ปี

¹¹ ปกป้อง ศรีสนิท, “การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ : ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา”, สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กรกฎาคม 2562, จาก https://today.line.me/TH/article/39MgmB?utm_source=copyshare.

¹² เรวัตร์ อิศราภรณ์, ประทีป เฉลิมภัทรกุล และวีระชาติ เอี่ยมประไพ, “ความผิดฐานพรากเด็ก (ผู้เยาว์) อายุยังไม่เกิน 15 ปี มารดาเห็นเป็นใจ”, สืบค้นเมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2563, จาก <https://www.peesirilaw.com/คำพิพากษาศาลฎีกา/พรากเด็ก.html>.

ใกล้เคียงกับผู้ถูกระงับ และทั้งสองสมัครใจด้วยความยินยอมแล้ว เด็กอาจไม่ต้องรับโทษหรือได้รับการลดหย่อนโทษ ตามหลักเกณฑ์ของแต่ละมลรัฐ เช่น รัฐ Kansas Vermont New York ถ้าผู้ถูกระงับ มีอายุ 14-16 ปี ซึ่งผู้กระทำและผู้ถูกระงับเป็นผู้เยาว์มีอายุใกล้เคียงกันด้วยความยินยอมจึงไม่มีความผิดฐานพรากผู้เยาว์ และผู้กระทำมีอายุต่ำกว่า 19 ปี และมีอายุใกล้เคียงกัน เป็นเหตุให้ยอมความได้ ส่วนประเทศแคนาดา ผู้ถูกระงับ มีอายุระหว่าง 12-15 ปี และผู้กระทำ มีอายุใกล้เคียงกัน อาจไม่ต้องรับโทษจากการศึกษาพบว่า การกำหนดความผิดและดำเนินคดีอาญาต่อเด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมมิได้ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อตัวเด็กและทางสังคมแต่อย่างใด เพราะเด็กที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมมิได้มีพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดภัยอันตราย หรือพฤติกรรมใด ๆ ที่สร้างความเดือดร้อนแก่บุคคลอื่น ทั้งเด็กผู้กระทำและผู้ถูกระงับต่างก็เป็นได้ทั้งผู้เสียหายและผู้กระทำผิดในตัวเอง จึงไม่มีความจำเป็นใดที่จะต้องลงโทษเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมให้เป็นความผิดทางอาญา และเมื่อสาเหตุของการกระทำผิดเกิดจากความเยาว์วัยและความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ การปฏิบัติต่อเด็กจึงควรยกเว้นโทษให้แก่เด็กทั้งสองมากกว่าการมุ่งลงโทษเด็ก โดยนำมาตราการแก้ไขฟื้นฟูมาปรับใช้มิให้เด็กกระทำผิดซ้ำ เพื่อให้สอดคล้องกับแนวความคิดในการมุ่งคุ้มครองสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของเด็ก เนื่องด้วยหากพิจารณาถึงความต้องการของเด็กอย่างแท้จริงแล้ว ด้วยวัยที่อยู่ในระหว่างพัฒนาการทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ พบว่าเด็กในช่วงวัยรุ่นย่อมต้องมีความอยากรู้อยากลองในเรื่องเพศเป็นธรรมดา เมื่อเกิดรักใคร่ชอบพอบุคคลใดแล้ว ย่อมอยากที่จะมีความสัมพันธ์ที่ลึกซึ้งซึ่งซึ่งเกิดจากความยินยอมของเด็กหรือผู้เยาว์ทั้งสองอย่างแท้จริง การมีเพศสัมพันธ์ของทั้งสองจึงมิได้เกิดจากเจตนาที่จะกระทำความผิดมาตั้งแต่แรก ไม่ได้กระทำซ้ำเราโดยฝ่าฝืนความต้องการของฝ่ายหญิงอันปราศจากความยินยอมหรือข่มขู่บังคับใด ๆ การมุ่งลงโทษเด็กหรือผู้เยาว์ให้เป็นความผิดย่อมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ ต่อเด็กหรือผู้เยาว์กลับจะยังเป็นการผลักไสไล่ส่งเด็กให้เป็นอาชญากรที่แท้จริงได้ เพราะเมื่อมีการนำกระบวนการยุติธรรมมาใช้สำหรับเด็กหรือเยาวชนแล้วแม้ว่าจะอยู่ในระหว่างพิจารณาคดี เด็กหรือผู้เยาว์ย่อมต้องขาดโอกาสในการศึกษาเล่าเรียนตามปกติ อาจถึงขั้นลาออกจากโรงเรียนหรือไม่สามารถกลับเข้าชั้นเรียนใหม่ได้ ประกอบกับระยะเวลาในการพิจารณาคดีเป็นไปอย่างยาวนาน ซึ่งผลกระทบที่ตามมาเมื่อเด็กเรียนไม่จบแล้วย่อมไม่ได้ทำงานหรือทำงานในที่ที่ไม่ดีนอกเหนือไปกว่านั้น เมื่อประวัติของเด็กหรือผู้เยาว์เสียไป เพราะถูกตราหน้าว่าเป็นอาชญากรแล้วย่อมส่งผลให้ต้องถูกกีดกันจากคนในสังคม ทั้งสังคมเพื่อหรือสังคมทำงาน ไม่ไว้วางใจในตัวเด็กและเลือกปฏิบัติต่อเด็กนั้น ๆ ทศนะคติของเด็กหรือผู้เยาว์ย่อมมีความคิดที่เปลี่ยนไป ไปเลือกคบกับเพื่อนหรือกลุ่มบุคคลไม่ดีและเรียนรู้ซึมซับพฤติกรรมร้ายๆ ทำให้การใช้ชีวิตของเด็กเปลี่ยนไปมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดง่ายขึ้น การพัฒนาของเด็กหรือผู้เยาว์ย่อมสะดุดหยุดลง

ประเทศสหรัฐอเมริกา หรือสมาพันธรัฐสวิสก็ต่างยอมรับถือแนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก และต่างก็มีมุมมองว่าเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมและมีอายุที่ใกล้เคียงกันไม่ควรถูกกลงโทษเช่นดังผู้ใหญ่ โดยได้กำหนดให้เด็กหรือเยาวชนไม่ต้องรับโทษหากมีอายุใกล้เคียงกันอย่างมาก นอกจากนี้เนื่องจากเด็กเป็นวัยที่ควรได้รับการปกป้อง

คุ้มครอง ในประเทศสหรัฐอเมริกาถึงกับมีการตีความและขยายขอบเขตของกฎหมายที่ไม่ยึดหยุ่นและไม่เอื้ออำนวยต่อเด็กอย่างแท้จริง เพื่อให้เกิดความเหมาะสมและเป็นไปตามเจตนารมณ์ที่ร่างขึ้น ซึ่งให้เห็นว่าประเทศอเมริกาให้ความสำคัญถึงเจตนารมณ์ในการปกป้องคุ้มครองเด็กมากกว่าบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งหากบทบัญญัติของกฎหมายไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์แล้วก็จะนำหลักต่างๆ มาปรับใช้เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กต่อไป

ประเทศอังกฤษแม้ว่าจะกำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กเป็นความผิดและไม่มีบทบัญญัติใดมายกเว้นความรับผิดชอบไว้ แต่รัฐก็ไม่ได้ประสงค์ลงโทษหรือดำเนินคดีต่อเด็กหรือผู้เยาว์ที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเป็นการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีอายุใกล้เคียงกัน โดยได้นำระเบียบสำหรับอัยการมาปรับใช้เพื่อให้พนักงานอัยการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนถึงตัวเด็กหรือผู้เยาว์ทั้งสอง รวมถึงพฤติการณ์แวดล้อมต่าง ๆ ซึ่งหากการดำเนินคดีต่อเด็กไม่ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะใด ๆ แล้วพนักงานอัยการก็จะมีความเห็นไม่สั่งฟ้องเด็กหรือเยาวชนนั้น ซึ่งหากพนักงานอัยการปลั่งผลหรือไม่พิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบสำหรับอัยการแล้ว ศาลสามารถเข้ามาตรวจสอบว่าพนักงานอัยการปฏิบัติตามระเบียบที่กำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งหากไม่ได้ปฏิบัติตามระเบียบแล้วย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจสั่งฟ้องที่ไม่เหมาะสม ศาลย่อมสามารถเพิกถอนความเห็นสั่งฟ้องของพนักงานอัยการได้ ซึ่งเห็นว่าประเทศอังกฤษมิได้มีความประสงค์ที่จะดำเนินคดีต่อเด็กหรือผู้เยาว์ที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมมาตั้งแต่แรก เพราะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ

เมื่อเด็กหรือผู้เยาว์มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมขึ้นในประเทศดังกล่าวแล้ว ทั้งสี่ประเทศจะมุ่งคุ้มครองและแก้ไขฟื้นฟูเด็กเป็นสำคัญ โดยไม่ประสงค์ลงโทษเด็กแต่จะนำวิธีการเกี่ยวกับเด็กมาใช้ที่เหมาะสมเพื่อเปลี่ยนแปลงความประพฤติของเด็กให้ดีขึ้น และมีให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำ โดยอาจส่งตัวเด็กไปยังสถานฝึกอบรมที่รัฐกำหนด สถานบำบัด ศูนย์ฝึกอบรมต่าง ๆ หรืออาจกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติของเด็ก จนกว่าเด็กจะพัฒนาและมีพฤติกรรมที่ดีขึ้นไม่กระทำความผิดซ้ำอีก เช่นในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ สามารถมีคำสั่งห้ามเด็กเข้าใกล้กิจกรรมที่จะก่อให้เกิดการทำความผิดทางเพศได้ หรือมีคำสั่งให้บิดา มารดา คอยควบคุมเด็กมิให้กระทำความผิด หรือห้ามเด็กคบเพื่อที่เสี่ยงต่อการกระทำผิด ฯลฯ

ดังนั้น ประเทศไทยในฐานะที่ยอมรับแนวคิดการคุ้มครองเด็กทั้งได้บัญญัติกฎหมายคุ้มครองเด็กให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก นั่นคือ “พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546” ย่อมสมควรดำเนินคดีและลงโทษต่อเด็กหรือเยาวชนที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมด้วย

เหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น เพราะการลงโทษหรือพิพากษาให้เด็กหรือผู้เยาว์มีความผิดไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ แต่ประเทศไทยควรให้โอกาสเด็กหรือผู้เยาว์โดยหากเป็นการเข้าเงื่อนไขตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 หรือมาตรา 319 ประกอบมาตรา 277 วรรค 5 และวรรค 6 ให้ยกเว้นโทษแก่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายที่เป็นเด็ก และให้นำมาตรการฟื้นฟูแก้ไขตามกฎหมายคุ้มครองเด็กมาปรับใช้ภายหลังยกเว้นโทษแก่เด็กหรือผู้เยาว์ โดยมุ่งปรับเปลี่ยนพฤติกรรมและให้ความรู้ความเข้าใจแก่เด็กหรือผู้เยาว์ ทั้งสอง แก่ไข บำบัด และฟื้นฟู มิให้เกิดการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์ซ้ำอีก อันเป็นไปตามเจตนารมณ์ในการปกป้องคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์และเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ¹³

4.6.2 เหตุที่ไม่กำหนดเป็นเหตุยกเว้นความผิด

ปัญหาของกระทำความผิดฐานพรากเด็ก (มาตรา 317 วรรคสาม) หรือ ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ (มาตรา 319 วรรคหนึ่ง) เพื่อการอนาจารนั้น ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศ ไทยมุ่งคุ้มครองอำนาจการปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลผู้เสียหายที่เป็นเด็ก เพื่อไม่ให้เด็กถูกผู้ใดล่วงละเมิดทางเพศ แต่ในต่างประเทศเราจะพบว่า ความผิดฐานพรากเด็กนั้นจะใช้ในกรณีผู้กระทำความผิดนั้นเป็นผู้ใหญ่ที่กระทำต่อเด็กหรือเยาวชน แต่กลับไม่นำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้กรณีเด็กกับเด็กที่มีอายุต่างกันไม่มาก และโดยเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายมีเพศสัมพันธ์กันโดยความยินยอม

จากการศึกษาพบว่า แต่เดิมก่อนมีประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขเพิ่มเติม 2562 เหตุบรรเทาโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้ายที่จะบัญญัติหากเป็นการกระทำของผู้เยาว์ที่อายุต่ำกว่า 18 ปี กระทำชำเราต่อเด็กที่อายุกว่า 13 ปีแต่ไม่เกิน 15 ปีโดยเด็กยินยอม และหากศาลเยาวชนและครอบครัวมีคำสั่งอนุญาตให้เด็กทั้งสองสมรสหรือมีคำสั่งให้คุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กหรือผู้เยาว์ทั้งสองแล้ว ศาลจะลงโทษเด็กหรือผู้เยาว์เท่าใดก็ได้ ซึ่งในปัจจุบันนี้การสมรสก็ไม่ถือว่าเป็นเหตุให้ศาลยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กหรือผู้เยาว์ แต่ให้ใช้วิธีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษ เช่น การแก้ไข บำบัด ฟื้นฟู ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็ก แทนการลงโทษ เป็นต้น ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 นั้นเป็นความผิดที่หนักกว่าความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร ซึ่งเมื่อการกระทำชำเรา ตามมาตรา 277 ศาลใช้ดุลพินิจให้มีการยกเว้นโทษก็ถือว่าเด็กหรือผู้เยาว์ไม่ใช่อาชญากรตามมาตรา 277 ที่ได้กระทำความผิดอีกต่อไป ซึ่งการกระทำกรรม

¹³ ญัตริฎฐ์ ลีลาอมรพันธ์, “ปัญหาการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมระหว่างเด็ก,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.150-153.

เดียวกันของผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กในกระทำชำเราต่อผู้เสียหายที่เป็นเด็กนั้นถือได้ว่าเป็นการกระทำผิดเดียวกันแต่ผิดกฎหมายหลายบท ดังนั้น ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กก็ยังคงต้องรับผิดชอบในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร เพราะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในเรื่องเหตุยกเว้นโทษในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจารเช่นเดียวกับมาตรา 277 วรรค 5 และวรรค 6 แต่ประการใด การศึกษาพบว่า หลักเกณฑ์การคุ้มครองเด็กนั้นไม่มีการครอบคลุมในความผิดหมวดเสรีภาพในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจารเอาไว้ บทบัญญัติในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์นั้นไม่ได้มีการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก และสาเหตุที่ไม่ควรกำหนดให้ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 ความผิดฐานพรากเด็ก หรือมาตรา 319 ความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยความยินยอมนั้น หากนำบทบัญญัติของมาตรา 277 วรรค 5 และวรรค 6 มาปรับใช้กับมาตรา 317 และมาตรา 319 ด้วยในกรณีที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายเป็นเด็ก เราจะเห็นได้ว่า มาตรา 277 วรรค 5 และวรรค 6 นั้นจะเป็นการบัญญัติเพียงเหตุยกเว้นโทษ แต่มิใช่เป็นเหตุยกเว้นความผิด ซึ่งนั้นก็หมายถึงว่ากฎหมายนั้นได้แสดงให้เห็นชัดเจนว่า หากเป็นการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับเด็กนั้นก็ยังคงถือว่าเป็นความผิดอยู่และให้มีการบัญญัติเหตุยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็ก ดังนั้น หากนำมาใช้กับมาตรา 317 และมาตรา 319 ก็คงต้องพิจารณาว่า การกระทำของเด็กนั้นอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายจึงถือได้ว่าเด็กผู้กระทำความผิดนั้นกระทำการอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย และที่สำคัญ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 นั้น เป็นที่ปรากฏในตามคำพิพากษาของศาลฎีกาหรือนักวิชาการต่าง ๆ ให้ความหมายของคำว่า “พราก” ในรูปแบบคล้าย ๆ กันซึ่งคำว่า “พราก” นั้นหมายถึง พาไปหรือแยกเด็กออกจากความปกครองดูแล จึงถือได้ว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำละเมิดต่ออำนาจการปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลซึ่งหากกฎหมายจะยกเว้นโทษในทางอาญาแล้ว แต่ก็ยังคงต้องถือว่า เด็กผู้กระทำความผิดก็ยังคงเป็นผู้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนและละเมิดต่อกฎหมายซึ่งเป็นความผิดในทางแพ่ง บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลก็มีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดของผู้กระทำความผิดในทางแพ่งได้อยู่

ในประเทศอังกฤษมีระเบียบสำหรับอัยการมิได้กำหนดตายตัวไว้ว่า เด็กผู้เสียหายกระทำผิดจะต้องอายุเท่าใด เพียงแต่กำหนดขอบเขตไว้กว้าง ๆ ว่าให้พนักงานอัยการพิจารณาอายุของเด็กทั้งสองว่ามีอายุเท่าใดใกล้เคียงกันหรือไม่และความสัมพันธ์ของเด็กทั้งสองฝ่ายเป็นอย่างไร เพื่อนำมาพิจารณาว่าการดำเนินคดีต่อเด็กนั้นเกิดประโยชน์ต่อเด็กหรือสังคมหรือไม่เท่ากับว่าเกณฑ์อายุของเด็กนั้นจะมีช่วงระหว่างอายุเท่าใดก็ได้ หากพิจารณาแล้วได้ความว่าการดำเนินคดีต่อเด็กไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ แล้ว พนักงานอัยการสามารถมีคำสั่งไม่ดำเนินคดีต่อเด็กได้ทันทีซึ่งเป็นการบัญญัติให้พนักงานอัยการสามารถใช้ดุลยพินิจให้เหมาะสมแก่เด็กหรือเยาวชนในแต่ละคดีได้ซึ่งมีความยืดหยุ่นและนำมาปรับใช้ได้ดีกว่า การกำหนดอายุเด็กไว้ตายตัวและศาลไม่สามารถใช้ทางออก

อย่างอื่นได้เช่นประเทศไทย¹⁴ หรือในต่างประเทศความผิดที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดในประเทศออสเตรเลียและนิวซีแลนด์มีการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้กับคดีที่เด็กและเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดโดยบัญญัติเป็นกฎหมายอย่างชัดเจน และหลายประเทศในยุโรป เช่น อังกฤษ เยอรมัน และออสเตรีย รวมทั้งแคนาดาและสหรัฐอเมริกา ก็นำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้เป็นหลักเพิ่มมากขึ้น¹⁵ ซึ่งประเทศไทยก็นำวิธีการ “การประชุมกลุ่มครอบครัวและชุมชน” มาใช้กับเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดแต่วิธีการดังกล่าวก็ยังไม่มีการนำมาใช้กับความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์กรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเด็กหรือเยาวชน

ดังนั้นแล้ว สาเหตุที่ประเทศไทยยังไม่มีกำหนดเหตุยกเว้นโทษในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ หรือให้อำนาจดุลพินิจแก่ศาลคดีเยาวชนและครอบครัวที่จะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก แทนการลงโทษ นั้นเพราะความผิดในเรื่องของการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์กฎหมายในประเทศไทยมุ่งเน้นคุ้มครองอำนาจการปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล มากกว่าที่จะเลือกคุ้มครองสวัสดิภาพหรือประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยควรที่จะกำหนดเป็นเหตุยกเว้นโทษในกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กประกอบกับความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำความผิดต่อกฎหมายหลายบท ควรให้มีการเพิ่มเติมหรือแก้ไขเหตุยกเว้นโทษผู้กระทำผิดหรือผู้เสียหายที่เป็นเด็กและมีอายุใกล้เคียงกัน โดยอาจจะใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ เข้ามาร่วมแก้ไขยุติในคดีประเภทดังกล่าวได้ และเพื่อให้มีความสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มิเช่นนั้นก็จะขัดต่ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Right of the child)

และผู้ศึกษาายังพบอีกว่า ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 ที่บัญญัติไว้ว่า “เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ...” และมาตรา 74 ที่ได้บัญญัติไว้ว่า “เด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ...” จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้บัญญัติการกระทำความผิดของเด็กนั้นได้รับการยกเว้นโทษ แต่ไม่มีการระบุว่าหากเด็กกระทำความผิดอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือบทบัญญัตินั้นถือว่าเด็กไม่มีความผิด ต่างกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 “...การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด” ซึ่งเราจะต้องพิจารณาโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาว่าบุคคลคนใดจักต้องรับโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อ ผู้นั้นได้กระทำความผิดครบ

¹⁴ ณัฏฐ์ ลีลาอมรพันธ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 13*, น. 154.

¹⁵ เฟลินดา ดันรังสรรค์, “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับการกระทำความผิดอาญาของเด็กหรือเยาวชน,” *จูนิตี*, น.58 (พ.ค.-มิ.ย. 53).

องค์ประกอบตามกฎหมายอาญาได้บัญญัติว่าเป็นความผิด ผู้กระทำความผิดมีเจตนาของการกระทำความผิดหรือไม่ การกระทำมีกฎหมายบัญญัติว่าไม่เป็นความผิดหรือไม่ เช่น การกระทำเพื่อป้องกันตามมาตรา 68 เป็นต้น และการกระทำนั้นกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นมีกฎหมายยกเว้นโทษให้กับการกระทำความผิดนั้นหรือไม่ เช่นการกระทำด้วยความจำเป็น ตามมาตรา 67 เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามผู้ศึกษามองว่าการพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมของผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายที่เป็นเด็กควรจะได้รับ การยกเว้นโทษเฉกเช่นเดียวกับที่ได้มามาตรการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กโดยนำกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษ แต่ก็ยังถือว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำละเมิดต่ออำนาจการปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล ซึ่งบุคคลเหล่านี้สามารถที่จะไปฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำละเมิดต่อบุตรในทางแพ่งเท่านั้น แต่ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้เป็นเครื่องมือ เจริจา หรือต่อรอง เพื่อบังคับให้ผู้กระทำความผิดชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่ง เพราะจากการที่ได้ศึกษามาจะพบว่าเมื่อผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กไม่ได้รับค่าชดเชยที่มากหรือตามที่ได้เรียกให้ผู้กระทำความผิดชดใช้ค่าเสียหายก็จะมี การหยิบยกกฎหมายอาญาขึ้นมาเป็นข้อต่อรองในความผิดละเมิดตามกฎหมายแพ่ง

4.6.3 ลักษณะการกระทำผิดที่เป็นเหตุให้มีการยกเว้นโทษ

จากที่ได้กล่าวมาในบทต่าง ๆ จะเห็นว่า หากเป็นการกระทำชำเราเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรค 5 และวรรค 6 จะนำมาตราการพิเศษแทนการพิเศษแทนการลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กมาปรับใช้ แต่ก็ยังมีได้บอกว่าการกระทำผิดใดบ้างที่เข้าข้อยกเว้นมิให้ต้องรับโทษ และให้ใช้มาตรการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก จึงยังแน่ชัดถึงลักษณะการกระทำใดที่ควรใช้กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษมาใช้ ถ้าหากว่ามีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 (ความผิดฐานพรากเด็กเพื่อการอนาจาร) และมาตรา 319 (ความผิดฐานพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร) ก็จะมีปัญหาอยู่ที่ว่า ลักษณะการกระทำผิดใดที่จะสามารถเข้าเป็นเหตุให้มีการยกเว้นโทษได้ เราจึงต้องพิจารณาอยู่ อยู่แนวความคิดคือ การกระทำที่เป็นเหตุให้มีการยกเว้นโทษ กับ การกระทำที่ไม่เข้าลักษณะเข้าข้อยกเว้นโทษ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเด็กและได้กระทำความผิดต่อเด็กที่เกิดจากความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์กัน

4.6.3.1 การกระทำที่เป็นเหตุให้มีการยกเว้นโทษ

จากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาจะเห็นได้ชัดเจนว่า การกระทำความผิดของเด็กในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์นั้น บางกรณีจะเกิดขึ้นจากเหตุที่ว่า เด็กกับเด็กในวัยใกล้เคียงกันและได้ทำความรู้จักกันและได้เริ่มความสัมพันธ์กันในรูปแบบของคู่รักหรือภาษาวัยรุ่นที่เรียกว่า “คบหาดูใจเป็นแฟนกัน” เมื่อเด็กเริ่มที่จะเรียนรู้จักกับความรักเป็นที่แน่นอนว่า เด็กนั้นยังไม่มีความวุฒิภาวะความรับผิดชอบ หรือแม้กระทั่งว่าแยกความผิดชอบชั่วดีออกจากกันได้ถูกต้องชัดเจน เมื่อ

เด็กเป็นแฟนกัน พุดคุยกันในรูปแบบของคนรักกัน ย่อมเป็นเรื่องธรรมชาติที่คู่รักจะไปเที่ยว ไปกินข้าว หรือแม้กระทั่งดูหนังกัน ตลอดจนถึงการเรียนรู้ในเรื่องของการมีเพศสัมพันธ์กัน เป็นเรื่องปกติที่มนุษย์ทุกคนจะมีความต้องการทางเพศ ไม่ใช่แค่เพียงแต่วัยผู้ใหญ่เท่านั้น แต่เด็กเองเมื่อเขาก้าวเข้าสู่วัยรุ่นเขาก็จะเริ่มที่จะมีฮอร์โมนทางเพศในร่างกายย่อมเป็นเรื่องปกติในธรรมชาติของมนุษย์ทุกคน หากแต่เพียงว่า วัยผู้ใหญ่มีวุฒิภาวะความรู้ผิดชอบชั่วดีมากกว่าเด็ก และสามารถที่จะจัดการปัญหานั้น ได้อย่างไร แต่ในทางกลับกัน เด็กนั้นเป็นวัยที่ยังไม่มีความเข้าใจที่จะจัดการปัญหาเหล่านั้นได้ถูกวิธี เมื่อผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กได้มีโอกาสพบและพาดูผู้เสียหายที่เป็นเด็กไปเที่ยวขงที่ต่าง ๆ หรือได้เจอกันตามวาระต่าง ๆ มักทำให้มีโอกาสที่จะมีเพศสัมพันธ์กันโดยความยินยอมได้ทุกเมื่อ ทุกเวลาที่มีโอกาสที่เด็กได้อยู่ด้วยกัน เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 4465/2530 (ประชุมใหญ่) ผู้เสียหายอายุ 16 ปีเศษ ยังอาศัยอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของบิดามารดา แม้ผู้เสียหายจะไปเที่ยวที่ไหน กลับเมื่อใดก็ได้ ศาลฎีกามีความเห็นว่ “ผู้เสียหายก็ยังคงอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา” ปรากฏในข้อเท็จจริงของฎีกาดังกล่าวพบว่าจำเลยพบกับผู้เสียหายที่งานบวชพระ และจำเลยได้มีการพาดูผู้เสียหายไปกระทำชำเราด้วยความสมัครใจของผู้เสียหายเอง ศาลฎีกาก็ยังคงเล็งเห็นว่า การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการล่วงล้ำอำนาจการปกครองของบิดามารดาแล้ว จึงถือว่า จำเลยกระทำความผิดตามมาตรา 319 แล้วหรือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 5880/2546 เป็นกรณีที่จำเลยกับผู้เสียหายซึ่งมีอายุ 14 ปี เศษ รักใคร่กันอย่างซื่อสัตย์ มารดาผู้เสียหายก็รับทราบและอนุญาตให้จำเลยพาดูผู้เสียหายออกจากบ้าน ไปรับประทานอาหารเที่ยวชมภาพยนตร์กันบ้าง เพื่อให้จำเลยและผู้เสียหายได้อยู่ด้วยกันและทำความรู้จักคุ้นเคยกันเพื่อประโยชน์ของการอยู่กินเป็นสามีภริยากันในวันข้างหน้า และทุกครั้งจำเลยก็จะพากลับมาส่งที่บ้าน อันเป็นการยอมรับในอำนาจการปกครองของบิดามารดาผู้เสียหายอยู่ การที่จำเลยได้ล่วงเกินทางเพศแก่ผู้เสียหายด้วยการกอดจูบรวมทั้งกระทำชำเราผู้เสียหายก็เป็นไปตามโอกาสและตามวิสัยคนรักใคร่ชอบพอกัน ซึ่งจำเลยต้องรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของตนในแต่ละครั้งอยู่แล้วหากการกระทำนั้นเป็นความผิดต่อกฎหมาย แต่ยังไม่พอถือว่าจำเลยพาดูผู้เสียหายไปเสียจากบิดามารดาโดยปราศจากเหตุอันสมควร เพื่อการอนาจาร จำเลยไม่มีความผิดตามมาตรา 317 วรรค 3 คำพิพากษาฎีกาดังกล่าวถือว่าได้ว่าเป็นบรรทัดฐานที่ดีมากที่ทำให้เราเห็นถึงลักษณะข้อยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดฐานพาดูเด็ก

หากในกรณีที่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็กผู้เสียหายได้ยินยอมให้ชายร่วมประเวณีกับเด็กหญิง ชายก็ไม่ผิดฐานพาดูเด็กไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลโดยปราศจากเหตุอันสมควรเพื่อการอนาจารตามมาตรา 317 วรรค 3 เพราะเมื่อบิดามารดา ผู้ปกครอง

หรือผู้ดูแลยินยอมอย่างชัดเจนนั้นแล้ว จะถือว่าชาย “พราก” เด็กหญิงไปโดยปราศจากเหตุอันสมควร เพื่อการอนาจารตามมาตรา 317 วรรคแรกไม่ได้ และเมื่อไม่ผิดวรรคแรกก็ไม่ผิดวรรค 3¹⁶ ด้วยเช่นกัน

จากการคำพิพากษาทั้งสองกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ยังมีความขัดแย้งไม่สอดคล้องกันเองยังมีความเห็นที่แตกต่างกัน และผู้ศึกษามองว่า หากจำเลยเป็นเด็กและไม่ปรากฏว่า จำเลยมีเจตนาพาผู้เสียหายหนีไปกับจำเลยเป็นการถาวร หรือไม่ได้มีเจตนาที่จะพาไปให้พ้นจากอำนาจการปกครอง รวมถึงผู้เสียหายที่เป็นเด็กยังกลับไปเรียนตามปกติ ก็ไม่ควรถือว่าการกระทำนั้น จะทำให้กระทบต่ออำนาจการปกครองแต่ประการใด หากเป็นการพาไปมีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเด็ก ศาลก็ไม่ควรที่จำลงโทษจำเลยแต่กลับควรยกเว้นโทษและใช้มาตรการคุ้มครองเด็กตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษ โดยอาจจะใช้วิธีการ แก้ไข บำบัด พันฟูผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนแทนการลงโทษเฉกเช่นเดียวกับมาตรา 277 วรรค 5 และวรรค 6 ที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ เพราะถึงแม้ว่าเด็กจะไปมีเพศสัมพันธ์กันโดยความยินยอม ผู้กระทำความผิดก็จะมาส่งผู้เสียหายที่เป็นเด็กกลับสู่อำนาจการปกครองตามเดิม เป็นการมุ่งที่จะคุ้มครองชีวิตและความปลอดภัยของเด็ก และเป็นการคุ้มครองผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กที่ได้กระทำความผิดอันเกิดจากความยินยอมของผู้เสียหายอย่างแท้จริง เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก

ท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภทิพย์ เคยได้กล่าวไว้ว่า “การที่จำเลยพาผู้เยาว์ไปจากผู้เสียหายโดยปราศจากเหตุอันสมควรจึงเป็นการพรากผู้เยาว์แต่เมื่อผู้เยาว์เดินทางมาบ้านบิดามารดา ผู้เยาว์ย่อมอยู่ในความปกครองของบิดามารดา...”¹⁷ จะเห็นได้ว่า ถึงแม้ผู้กระทำความผิดจะพรากผู้เยาว์ไปจากบิดามารดาแล้วพาผู้เยาว์กลับมาหาบิดามารดาก็ไม่อาจถือได้ว่าผู้กระทำความผิดจะทำให้กระทบกระเทือนอำนาจการปกครองดูแลของบิดามารดาขาดจากผู้เยาว์ไปตลอด

4.6.3.2 การกระทำที่ไม่เข้าลักษณะข้อยกเว้นโทษ

การกระทำที่ไม่เข้าเหตุยกเว้นโทษนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ผู้กระทำความผิดฐานพรากผู้เสียหายที่เป็นเด็ก หลบหนี หรือพรากไปจากอำนาจการปกครอง การพาไปนั้นต้องเป็นการกระทบต่อสิทธิอำนาจการปกครองด้วย อนึ่ง บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลผู้เสียหายที่เป็นเด็กต้องไม่ทราบที่เด็กนั้นไปอยู่ที่ใด ไม่ทราบว่าผู้กระทำความผิดหรือจำเลยพาผู้เสียหายไปไหน หรือมีลักษณะเป็นการพากันหลบหนีไปอยู่บ้านด้วยกันแต่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลไม่ทราบ และอันเป็นผลทำให้ผู้เสียหายที่เป็นเด็กไม่ได้ศึกษาเล่าเรียน ขาดประโยชน์ทางการศึกษา ขาดโอกาส

¹⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2557), น.565.

¹⁷ จิตติ ดิงศภทิพย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง จำกัด), หัวข้อ 1115, น.350.

ต่าง ๆ และการกระทำอีกรูปแบบหนึ่งที่ไม่สามารถเข้าเหตุยกเว้นโทษได้เลย คือการที่ผู้กระทำความผิดใช้กลอุบาย หลอกผู้เสียหายที่เป็นเด็กให้ไปกับตน

จากการศึกษาวิเคราะห์คดีความผิดฐานพรากผู้เยาว์และความผิดอื่นที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากคำพิพากษา และผลของการลงโทษทางอาญาแล้ว กรณีที่ไม่สมควรกำหนดให้มีการยอมความหรือการยกเว้นโทษ แต่ควรกำหนดให้นำมาตรการพิเศษแทนบทลงโทษทางอาญามาใช้ กรณีการกระทำความผิดตามมาตรา 317 และมาตรา 318 ไปจากบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อการอนุเคราะห์ นอกจากนี้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 และและมาตรา 74 จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติการกระทำความผิดของเด็กนั้นได้รับการยกเว้นโทษ แต่ไม่มีการระบุว่าจะหากเด็กกระทำความผิดอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือบทบัญญัตินั้นถือว่าเด็กไม่มีความผิด เมื่อเข้าสู่กระบวนการพิจารณาพิพากษาในศาล และมีการนำมาตรการแทนการลงโทษอาญาอื่นแทน ศาลอาจกำหนดเงื่อนไขทางกฎหมายกรณีการยกเว้นโทษแก่ผู้กระทำความผิด ตามข้อเท็จจริง มาพิจารณาประกอบ ดังนี้

- นำหลักการหันเหคดี (Diversion) เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ เพื่อจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 (มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาในชั้นศาลก่อนมีคำพิพากษา หรือกรณีที่ศาลเห็นว่ายังไม่สมควรมีคำพิพากษา) มาปรับใช้

- ใช้วิธีการคุมความประพฤติโดยจัดให้ทำทัณฑ์บน การมารายงานตัวต่อพนักงานคุมประพฤติตามระยะเวลาที่กำหนด รวมถึงการวางเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติที่สมควร

จากที่กล่าวมาข้างต้น สรุปได้ว่าเนื่องจากเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบสุขของสถาบันครอบครัวระหว่างผู้เยาว์กับผู้กระทำและศีลธรรมอันดี จึงเห็นควรนำรูปแบบกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาปรับใช้แก่คดี ให้คู่ความทั้งสองฝ่ายได้ประนีประนอมยอมความกัน จัดให้เด็ก (ผู้กระทำผิด) ได้รับการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูปรับเปลี่ยนพฤติกรรม โดยคุมความประพฤติไว้ในระหว่างรอการลงโทษ และมีการชดเชยค่าเสียหายเป็นการเยียวยาฝ่ายผู้เสียหายไปพร้อมกัน ซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมมากกว่า

4.6.4 การใช้มาตรา 86, 90, 132 ของพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553¹⁸ ประเทศไทยได้กำหนดให้การนำมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญามาใช้กับคดีที่เด็กและเยาวชนต้องหาว่ากระทำความผิด ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 5 ปี ไม่ว่าจะมิโทษปรับด้วยหรือไม่ และคดีที่เด็กและเยาวชนถูกฟ้องต่อศาลว่าได้กระทำความผิด ซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงไม่เกิน 20 ปี ไม่ว่าจะมิโทษปรับด้วยหรือไม่ จะเห็นได้ว่าประเทศไทยได้นำอัตราโทษอย่างสูงมาเป็นเงื่อนไขประการหนึ่ง ในการพิจารณาว่าเด็กและเยาวชนผู้นั้นสมควรนำมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญามาบังคับใช้หรือไม่ ดังนี้

4.6.4.1 การดำเนินการตามมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา ตามมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 การจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู¹⁹ กำหนดหลักเกณฑ์ ดังนี้

- ข้อหาที่เด็กและเยาวชนกระทำความผิดต้องมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 5 ปี ไม่ว่าจะมิโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ อัตราโทษดังกล่าวต้องเป็นอัตราโทษตามที่กฎหมายกำหนดโดย ยังไม่ต้องนำเหตุผลโทษอื่นที่ผู้กระทำความผิดอาจได้รับในอนาคตมาพิจารณา

- เด็กหรือเยาวชนผู้กระทำความผิดนั้น ต้องไม่เคยมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้รับโทษจำคุก ยกเว้นจะเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดที่ได้กระทำความ โดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

- เด็กและเยาวชนต้องสำนึกในการกระทำก่อนที่จะมีการฟ้องคดี โดยรูปแบบของการสำนึกผิดนั้นกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ ดังนั้นลำพังเพียงแค่อำนาจรับสารภาพหรือคำขอโทษจะถือว่าเป็นการสำนึกผิดแล้วยังไม่ได้ แต่ต้องพิจารณาจากพฤติการณ์อื่น ประกอบด้วย มีการแสดงออกว่า รู้สึกเสียใจกับสิ่งที่เกิดขึ้นและต้องการรับผิดชอบ แก้ไข ปรับปรุงตนเองเพื่อไม่ให้เกิดเหตุการณ์นั้นขึ้นอีก หรือมีการให้คำมั่นว่าจะไม่กระทำความผิดอีก เป็นต้น

- ผู้อำนวยการสถานพินิจเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นอาจกลับตัวเป็นคนดีได้โดยไม่จำเป็นต้องฟ้อง โดยคำนึงถึง อายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญญา การศึกษาอบรมสภาพร่างกาย สภาพจิต อาชีพ ฐานะ จากนั้นก็จะคำสั่งให้ใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา และมีการจัดทำแผนบำบัดฟื้นฟูที่เหมาะสมกับเด็กหรือเยาวชนในความผิดลักษณะนั้นต่อไป

¹⁸ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553.

¹⁹ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 86.

- ผู้อำนวยการสถานพินิจยังมีอำนาจกำหนดให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือผู้แทนองค์การที่เด็กและเยาวชนนั้นอาศัยอยู่ด้วยปฏิบัติตามแผนด้วยก็ได้ หากเห็นว่าจำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองเด็กและเยาวชน ทั้งนี้เพื่อแก้ไขปรับเปลี่ยนความประพฤติของเด็กหรือเยาวชน บรรเทา ทดแทน หรือชดเชยความเสียหายแก่ผู้เสียหายหรือเพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ชุมชนและสังคม

- เมื่ออัยการได้รับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูจากผู้อำนวยการสถานพินิจแล้ว อัยการก็จะพิจารณาโดยอาจมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่ง ได้แก่ ไม่เห็นชอบกับแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู โดยจะมีคำสั่งให้แก้ไขแผนหรือให้ดำเนินคดีต่อ และให้ผู้อำนวยการสถานพินิจ แจ้งคำสั่งของอัยการไปยังพนักงานสอบสวนและผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ หรือหากเห็นชอบกับแผนดังกล่าว ให้ดำเนินการตามแผนทันที และรายงานให้ศาลทราบต่อไป

- หากแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลมีอำนาจพิจารณาสั่งตามความเห็นสมควร โดยจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน

- ในกรณีเป็นคดีที่มีผู้เสียหาย การจัดทำแผนดังกล่าวต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย

มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาก่อนฟ้อง ตามมาตรา 86 กำหนดหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ตรวจสอบว่ากระบวนการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูชอบด้วยกฎหมายหรือไม่²⁰

- คู่อัตราโทษ คดีต้องมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 5 ปี (ถือข้อหาที่มีโทษสูงสุดเป็นเกณฑ์)

- ต้องไม่เคยได้รับโทษจำคุก (คดีถึงที่สุด) ยกเว้นกระทำโดยประมาท หรือลหุโทษ

- ต้องสำนึกในการกระทำ

- ต้องมีการพิจารณาถึงอายุ ประวัติ เพศ ความประพฤติฯ (ตามมาตรา 115)

- ต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายทุกคนและเด็กหรือเยาวชนในการจัดทำ

หมายเหตุ เนื่องจากยังไม่มีข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการพิจารณากระบวนการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ตามมาตรา 86 จึงให้ใช้หลักเกณฑ์นี้ไปก่อน หากมีข้อบังคับของประธานศาลฎีกาออกมาแล้ว อาจต้องมีการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ดังกล่าว

4.6.4.2 มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาหลังฟ้อง ตามมาตรา 90 แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูคือ มาตรการที่กำหนดโดยที่ประชุมให้เด็กหรือเยาวชนปฏิบัติ กำหนดหลักเกณฑ์ที่พิจารณานำวิธีการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูมาใช้²¹

²⁰ ประวิทย์ อธิชัยวัฒนา, มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาก่อนฟ้องและหลังฟ้อง, (2556), น.1.

- คู่อัตราโทษ คดีต้องมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 20 ปี (ถือข้อหาที่มีโทษสูงสุดเป็นเกณฑ์)
- ต้องไม่เคยได้รับโทษจำคุก (คดีถึงที่สุด) ยกเว้นกระทำโดยประมาทกับลหุโทษ
- ต้องสำนึกในการกระทำคือ เด็กหรือเยาวชนตระหนักว่าการกระทำของตนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น เสียใจในการกระทำ พร้อมทั้งจะแก้ไขปรับปรุงตนเอง ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องรับสารภาพว่าการกระทำผิดตามที่ถูกกล่าวหา
- ต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย ในการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู
- โจทก์ไม่คัดค้าน
- ต้องเป็นคดีที่ไม่เป็นภัยร้ายแรงต่อสังคมเกินสมควร
- เด็กหรือเยาวชนมีแนวโน้มปรับเปลี่ยนความประพฤติเป็นคนดีได้
- ผู้เสียหายจะได้รับการชดเชยเยียวยาตามสมควร
- ทำเวลาใด ๆ ก็ได้แต่ก่อนมีคำพิพากษา

4.6.4.3 มาตรการแทนการพิพากษาคดี ตามมาตรา 132 การแก้ไขบำบัดฟื้นฟูคือ มาตรการที่กำหนด เพื่อปรับเปลี่ยนพฤติกรรมสนับสนุนเด็กหรือเยาวชนให้สามารถอยู่กับครอบครัว และชุมชนได้ โดยปกติสุข เช่น รับคำปรึกษา เข้าร่วมกิจกรรม ศึกษา ฝึกอาชีพ กำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณา ตามมาตรา 132 วรรคหนึ่ง²²

- คดีเสร็จการพิจารณาแล้ว
- พฤติการณ์ของเด็กหรือเยาวชนไม่เป็นภัยร้ายแรงต่อสังคมเกินสมควร
- เด็กหรือเยาวชนมีแนวโน้มปรับเปลี่ยนพฤติกรรมไปในทางที่ดีขึ้น
- เด็กหรือเยาวชนอายุไม่เกิน 24 ปีบริบูรณ์
- พิจารณาเด็กหรือเยาวชนเป็นรายบุคคล
- ไม่มีข้อห้ามแม้ว่าเด็กหรือเยาวชนจะเคยเข้าสู่กระบวนการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูตามมาตรา 86, 90 มาแล้ว แต่ไม่ประสบผลสำเร็จ

มาตรการแทนการพิพากษา ตามมาตรา 132 วรรคสอง หลักเกณฑ์ที่ศาลจะใช้ มาตรา 132 วรรคสอง เหมือนกับหลักเกณฑ์ตามมาตรา 132 วรรคหนึ่ง แต่ทั้งสองวรรคมีข้อแตกต่างกัน กล่าวคือ ตามมาตรา 132 วรรคหนึ่ง ศาลใช้มาตรการกับเด็กหรือเยาวชนที่ไม่ถูกจำกัดอิสรภาพ

²¹ ประวิทย์ อธิธิชัยวัฒนา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 20*, น.4.

²² ประวิทย์ อธิธิชัยวัฒนา, *เพ็งอ้าง*, น.7.

ส่วนตามมาตรา 132 วรรคสอง เป็นการใช้วิธีการฝึกอบรมแบบจำกัดอิสรภาพ หรือแบบระบบปิด เนื่องจากเด็กหรือเยาวชนไม่มีคนดูแล หรือไม่มีการปล่อยตัวชั่วคราว²³

สรุปได้ว่า ในคดีความผิดที่มีข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้ สมควรกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ หรือให้นำมาตรการอื่นมาใช้แทนการลงโทษทางอาญาต่อไป ควรมีลักษณะดังนี้

1. นำมาใช้กับการพรางผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปี
2. ผู้เสียหายกับจำเลยมีสัมพันธ์ภาพที่ดีต่อกัน
3. ผู้เยาว์เต็มใจไปกับจำเลยเพื่ออยู่กินเป็นสามีภริยา
4. จำเลยประสงค์จะอยู่กินเป็นสามีภริยากับผู้เยาว์และจำเลยมิได้มีภริยาอยู่ก่อน
5. การกระทำของจำเลยมีลักษณะไม่เหมาะสม แต่ไม่ปรากฏว่ามีการกระทำความรุนแรง
6. ผู้เยาว์เต็มใจไปกับจำเลยหรือมีลักษณะจูงใจให้จำเลยกระทำการดังกล่าว
7. จำเลยพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้นและชดเชยค่าเสียหาย
8. จำเลยรู้สำนึกในการกระทำ ประกอบกับไม่เคยต้องโทษจำคุกมาก่อนและยังอยู่ในวัยศึกษา

4.6.5 การกำหนดให้มาตรา 317, 319 เฉพาะกรณีที่ผู้กระทำเป็นเด็กเป็นความผิดอันยอมความได้

การพรางเด็กตามมาตรา 317 วรรคสาม เป็นการกระทำโดยมีเจตนาพิเศษหรือมีมูลเหตุจูงใจในการพราง หากขณะพรางขาดเจตนาพิเศษการพิจารณาว่าผู้กระทำมีความผิดตามวรรคสามหรือไม่นั้น จะต้องดูขณะที่พรางหากขณะนั้นผู้กระทำขาดเจตนาพิเศษเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร การพรางเด็กไปโดยเด็กยินยอมและจำเลยประสงค์จะเลี้ยงเด็กหญิงเป็นภริยา และต่อมาได้อยู่กินฉันสามีภริยา ศาลฎีกาพิพากษาว่าการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดฐานพรางเด็กไปจากมารดา และผู้ดูแล โดยปราศจากเหตุอันสมควรตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 วรรคแรก อย่างไรก็ตามการพรางผู้เยาว์อายุตั้งแต่ 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี โดยเต็มใจไปด้วยหากประสงค์จะเลี้ยงดูเป็นภริยา และหากผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยกับจำเลย โดยจำเลยไม่ได้กระทำไปเพื่อการหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร จำเลยย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา 319 วรรคแรก ทั้งยังไม่มีความผิดฐานพรางผู้เยาว์ตามมาตราอื่นอีกด้วย²⁴

²³ ประวิทย์ อิทธิชัยวัฒนา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 20*, น.9.

²⁴ คณพล จันทน์หอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2561) น. 259.

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การกำหนดความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อการอนาจารโดยความยินยอมของเด็ก และการดำเนินคดีอาญา กรณีการมีพรากไปเพื่อการอนาจารโดยความยินยอมของเด็กที่ช่วงอายุหรือวัยที่ใกล้เคียงกัน เพราะเมื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วพบว่า เจตนาในการพรากเด็กเพื่อการอนาจารของเด็กเองแล้วจะทราบถึงเจตนาที่แท้จริงว่า เด็กมิได้มีเจตนากระทำความผิดเหมือนกับผู้ใหญ่ ยังต้องถูกลงโทษความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ ซึ่งเมื่อได้ทำการศึกษาการพัฒนาและปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับประเทศต่าง ๆ โดยได้รับอิทธิพลจากแนวคิดว่าการคุ้มครองเด็กและเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาการเปรียบเทียบหลักการฟื้นฟูเด็กในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก พบว่า แนวคิดการส่งเสริมสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็ก และมุมมองต่อเด็กผู้กระทำผิด ว่าเด็กมิใช่อาชญากร หากแต่เกิดจากสภาพแวดล้อม หรือการเลี้ยงดูที่ไม่เหมาะสมเป็นตัวก่อให้เกิดการกระทำผิดขึ้น การปฏิบัติต่อเด็กในกระบวนการยุติธรรมจึงต้องแตกต่างจากผู้ใหญ่ เนื่องด้วยสภาพความสมบูรณ์ในร่างกายและจิตใจมีน้อยกว่า รวมถึงการหาสาเหตุถึงการกระทำความผิดของเด็ก ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น มุ่งเน้นคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ โดยใช้หลักการฟื้นฟูบำบัดเด็ก ในหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นสำคัญ แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยในความผิดฐานพรากเด็ก หรือพรากผู้เยาว์ ที่นำมาพิจารณาในเรื่องของการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเด็กหรือผู้เยาว์มากกว่า ประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือผู้เยาว์ มิได้นำหลักในเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็กมาบังคับใช้ ดังนั้น หากเด็กที่ถูกดำเนินคดีในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กดังกล่าวอย่างเพียงพอ และเป้าประสงค์ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก คือการส่งเสริมการกลับคืนสู่สังคม การมีบทบาทเชิงสร้างสรรค์เด็กในสังคม การที่เด็กและเยาวชนจะต้องคืนสู่สังคมเมื่ออายุยังน้อย กลับมาใช้ชีวิตอย่างสร้างสรรค์ได้

จากการศึกษาการเปรียบเทียบบทกวีนวนิยายความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์พบว่า การกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และอังกฤษ ต่างก็มีความแตกต่างกันทั้งในเรื่องเนื้อหาฐานความผิด และเกณฑ์อายุขั้นต่ำของเด็กหรือเยาวชนที่สามารถให้ความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศได้ ทั้งนี้ เป็นผลจากสภาพแวดล้อม ประเพณี และวัฒนธรรมของแต่ละประเทศที่ แต่หากพิจารณาอย่างถี่ถ้วนในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศดังกล่าวแล้ว กลับมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็กเช่นเดียวกัน กล่าวคือเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดจะอ้างข้อยกเว้นใดๆ ให้ตนไม่ต้องได้รับโทษได้ จะต้องปรากฏว่าการมีเพศสัมพันธ์เกิดขึ้นโดยความยินยอมของผู้เสียหายอย่างแท้จริง และอายุของผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิดมีอายุใกล้เคียงกันไม่เกินตามที่กฎหมายของแต่ละประเทศได้กำหนดไว้ เมื่อเด็กหรือเยาวชนภายหลังได้รับการยกเว้นโทษหรือบรรเทาโทษแล้ว ต่างก็ถือเป็นเด็กที่จำเป็นต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษ (Child in need of care and protection) หรือเด็กที่ต้องการเอาใจใส่ดูแล (Child in need of supervision) และต้องได้รับการอบรมฟื้นฟู เพื่อปรับเปลี่ยนพฤติกรรมให้เหมาะสมและไม่เกิดการกระทำความผิดซ้ำอีก ซึ่งมาตรการเกี่ยวกับเด็กหรือเยาวชนภายหลังได้รับการยกเว้นโทษนี้ ต่างก็บัญญัติถึงวิธีการอบรมแก้ไขเด็กที่แตกต่างกันตามความเหมาะสมของแต่ละประเทศ ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็กและมุ่งแก้ไขฟื้นฟูเด็ก ให้ปรับเปลี่ยนพฤติกรรมเป็นคนดีมากกว่าการมุ่งลงโทษเด็ก ซึ่งไม่ก่อประโยชน์ใดๆ

การดำเนินกระบวนการทางกฎหมายควบคู่ไปกับกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์แก่ผู้กระทำความผิดฐานพรากผู้เยาว์ กรณีที่ควรจะยอมความกันได้ พรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อการอนาจารในลักษณะที่ผู้เสียหายเต็มใจไปด้วย และผู้กระทำความผิดมีเจตนาพาผู้เสียหายไปเพื่อเลี้ยงดูอยู่กินเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นกรณีที่ไม่มีการกระทำความรุนแรง จึงควรพิจารณาดำเนินการบนพื้นฐานของหลักการเคารพความตกลง และความประสงค์ของคู่ความทั้งสองฝ่าย โดยคำนึงถึงการสงวนรักษาสถาบันครอบครัวเป็นสำคัญไม่นำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาพิพากษาในศาล และดำเนินการโดยการนำหลักการหันเหคดี (Diversion) เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ เพื่อจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 (มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาก่อนฟ้องคดี) มาปรับใช้ การนำหลักการดังกล่าวนี้มาปรับใช้โดยคดีมีได้เข้าสู่การพิจารณาของศาลจะมีผลแตกต่างไปจากกรณีการดำเนินคดีในชั้นศาลซึ่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวฯ บัญญัติให้สิทธิการนำคดีอาญามาฟ้องระงับลงเมื่อได้มีการปฏิบัติตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูครบถ้วนแล้ว ส่วนการนำหลักการหันเหคดีมาปรับใช้นอกศาลนั้นมิได้ทำให้สิทธิในการนำคดีอาญามาฟ้องระงับไป เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับในเรื่องนี้ไว้ ทั้งนี้ เพื่อให้การนำหลักการหันเหคดีมาปรับใช้นอกศาลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ควรได้มีการกำหนดให้มีหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมหน่วยงานหนึ่ง เข้ามาช่วยเหลือและกำกับดูแลให้การ

ดำเนินการดังกล่าวบรรลุผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์ และการนำรูปแบบกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่ใช้ในคดีอาญาของต่างประเทศมาปรับใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยประนีประนอมของ ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่เป็นที่รู้จักกันทั่วโลก ในคดีที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดโดยใช้โปรแกรมวิดีโอการให้กำลังใจ สิ่งสำคัญคือผู้กระทำความผิดต้องตระหนักถึงความสูญเสียที่ได้ก่อให้เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย เพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นและกระบวนการนี้ต้องการรูปแบบที่เหมาะสมในแต่ละคดี เพื่อให้โปรแกรมบรรลุผลตามเป้าหมายที่แท้จริงมากกว่าการลงโทษผู้กระทำความผิด

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.1 เห็นควรว่า ให้มีการตีความตามมาตรา 317 และมาตรา 319 ให้มีความชัดเจนและเคร่งครัดมากขึ้นด้วย โดยลักษณะของการกระทำความผิดในมาตราดังกล่าวควรตีความประกอบใช้การดุลพินิจพิจารณาตัดสินคดีที่ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กหรือผู้เยาว์ พრაกเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี หรือกรณีการกระทำความผิดตามมาตรา 319 พრაกผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อการรอนาจาร โดยควรให้มีการตีความและพิจารณาว่า เด็กยินยอมไปผู้กระทำความผิดหรือเด็กไปหาผู้กระทำความผิดเองด้วยหรือไม่ ถ้าพิจารณาแล้วเห็นว่า เด็กยินยอมไปกับผู้กระทำความผิดเองโดยมิได้ถูกหลอกลวงไปจึงควรตีความคดีดังกล่าวโดยไม่ถือว่าเป็นการพรากไปเพื่อการรอนาจาร แต่หากการพาไปเพื่อการรอนาจารเพียงอย่างเดียวหรือเด็กถูกหลอกไปนั้นก็ถือว่าผู้กระทำความผิดมีความผิดตามมาตรา 317 มาตรา 318 หรือมาตรา 319 แล้วแต่กรณี

5.2 ควรจะมีการบัญญัติการยกเว้นโทษในมาตรา 317 และมาตรา 319 ให้มีลักษณะเฉพาะเช่นเดียวกับมาตรา 277 วรรค 5 และวรรค 6 ในการยกเว้นโทษให้แก่เด็กหรือผู้เยาว์ทั้งสองที่มีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมของเด็ก ในความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ ให้ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองเด็กเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยให้เด็กหรือเยาวชนทั้งสองต้องเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูและแก้ไขพฤติกรรมตามกฎหมายเด็ก ภายหลังได้รับการยกเว้นโทษแทนทุกกรณี เพื่อให้เด็กและเยาวชนมีพฤติกรรมที่ดีขึ้นและมีให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำ รวมทั้งเปลี่ยนแปลงเกณฑ์อายุของเด็กหรือเยาวชนให้เหมาะสม ซึ่งจะเป็นไปตามแนวทางคุ้มครองเด็กและอำนวยความสะดวกให้เด็ก โดยคำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติดิสติปัญญา การศึกษาอบรมสุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกกระทำความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกกระทำ แต่หากพบว่ามิใช่เป็นความผิดครั้งแรกศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดตามสมควร

5.3 ควรกำหนดให้ความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์ในกรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นเด็กด้วย
กันเองเป็นความผิดอันยอมความได้และพัฒนากระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ให้มีประสิทธิภาพ
เพียงพอที่จะช่วยเสริมสร้างกระบวนการยุติธรรมในการรักษาความยุติธรรม ระหว่างคู่ความและรักษา
ความสงบเรียบร้อยในสังคมตามเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายอาญา



บรรณานุกรม

หนังสือ

กรมคุ้มครองประพฤติก ระหว่งยุคัฒรรม. รวมความรู้และกฎหมายที่เกี่ยวข้องสำหรับพนักงานคุ้มครองประพฤติก.

กรุงเทพมหานคร : พุ่มทอง, 2552.

เกียรติกจร วังนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญา ภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 6. เล่ม 2. กรุงเทพมหานคร :

บริษัท กรุงสยาม พับลิกซิง จำกัด, 2562.

_____. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : พล

สยาม พริตติ้ง, 2562.

คณพล จันท์หอม. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร: บริษัท

สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2561.

คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ร่างรายงานฉบับสมบูรณ์โครงการวิจัยเรื่องการปรับเปลี่ยน

กลไกเชิงสถาบันเพื่อเสริมสร้างสมรรถนะในการทำงานด้านเด็กขององค์กรปกครองส่วน

ท้องถิ่น. กรุงเทพมหานคร : กองทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (UNICEF), 2553.

คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กระบวนการยุติธรรมเด็กและเยาวชน.

กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522.

คณิต ฒ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์

วิญญูชน จำกัด, 2526.

_____. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญู

ชน จำกัด, 2551.

จิตติ ดิงศภักย์. กฎหมายอาญาภาค 1. กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2548.

_____. กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา,

2548.

_____. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 11. นนทบุรี : ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง,

2555.

_____. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร

: บริษัท ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง จำกัด, 2513.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. สังคัมกับกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด,

2526.

- นวลจันทร์ ทศนชัยกุล. อาชญากรรมการป้องกัน : การควบคุม. กรุงเทพมหานคร : คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2540.
- บุญเพราะ แสงเทียน. กฎหมายเกี่ยวกับเยาวชนและครอบครัวแนวประยุกต์. กรุงเทพมหานคร : บริษัท วิทย์พัฒน จำกัด, 2546.
- ประเทือง ธนิยผล. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552.
- ประธาน วัฒนาวาณิชย์. หนังสือประกอบการบรรยายกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชน และกฎหมายเกี่ยวกับความผิดของเด็ก. กรุงเทพมหานคร : แผนกการพิมพ์เอกสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- ผจงจิตต์ อธิคมนันท์. สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525.
- ภาสกร ญาณสุธี. คำอธิบายและการต่อสู้คดี ข่มขืน อนาคต พรากผู้เยาว์. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2553.
- รัชฎา เอกบุตร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว : บิดามารดาและบุตร, พิมพ์ครั้งที่ 6.
- วรวิทย์ ฤทธิพิศ. หลักกฎหมายการดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2553.
- สง่า ลีระกมิต. กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน. พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520.
- สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม. การกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา, 2551.
- สมชัย ชีมาอุตมากร. พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553). พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ พลสยาม พริตติ้ง.
- สมชัย ศิริบุตร. เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายอาญา 2 หน่วยที่ 11. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2535.
- สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 4 ตอนที่ 1. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2515.
- สรรพสิทธิ์ คุ้มประพันธ์. สิทธิเด็กและการคุ้มครองทางกฎหมายกับกลุ่มมาเจสติค. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2558.

สำนักงานอัยการสูงสุด. คำวินิจฉัยชี้ขาดความเห็นแย้งของอัยการสูงสุด พ.ศ.2551-2553. ฉบับ 120
ปี องค์กรอัยการ, 2556.

สุดสงวน สุธีสร. อาชญาวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2547.

_____ . กฎหมายอาญา ภาค 2-3 คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

_____ . คำอธิบายเรียงมาตราตามประมวลกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 3, 2515.

_____ . กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

อัจฉริยา ชูตินันท์. อาชญาวิทยา และทัณฑวิทยา. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน
จำกัด, 2555.

อรรถพร ชูบำรุง. อาชญาวิทยาและอาชญากรรม. กรุงเทพมหานคร : ภาควิชารัฐศาสตร์และรัฐ
ประศาสนศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2532.

โอฬาร กุลวิจิตร และ อมรพจน์ กุลวิจิตร. หนังสือเหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ เหตุลดโทษ
เหตุรอกการลงโทษและรอกการกำหนดโทษ. กรุงเทพมหานคร : ร้านสวัสดิการหนังสือกฎหมาย
ปณรัชช, 2552.

วิทยานิพนธ์

ณัฏฐ์ ลีลาอมรพันธ์. “ปัญหาการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีการมีเพศสัมพันธ์โดยความ
ยินยอมระหว่างเด็ก.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2558.

ไพบุลย์ ชูวัฒนกิจ. “โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา.” วิทยานิพนธ์ ภาควิชาสังคมศาสตร์
คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา, 2560.

ไพรัช บวรสมพงษ์. “การคุ้มครองเด็กผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญากับประโยชน์
สูงสุดสำหรับเด็ก.” วิทยานิพนธ์ ดุษฎีบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

สมหวัง วิริยะผล. “ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา.”
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536.

บทความวารสาร

ประวิทย์ อธิชัยวัฒนา. “รองอธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง : มาตรการพิเศษ แทนการดำเนินคดีอาญาก่อนฟ้องและหลังฟ้อง,” 2556.

เพลินดา ดันรังสรรค์. “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับการกระทำความผิดอาญาของเด็กหรือเยาวชน.” จลนิตี (พฤษภาคม-มิถุนายน 2553).

ไพจิตร ปุญญาพันธ์. “ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย.” ตุลพาห. เล่ม 1. ปีที่ 20. (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2561).

วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. “มาตรฐานการปฏิบัติต่อเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก.” ตุลพาห. เล่ม 41. ปีที่ 5 (กันยายน-ตุลาคม 2537).

อนุสรณ์ ศรีเมนต์. “กฎหมายศาลเยาวชนและครอบครัวสามารถแก้ไขความประพฤติที่เสียหายของเด็กหรือเยาวชนได้จริงหรือ.” วารสารศาลยุติธรรม. (เมษายน-มิถุนายน 2559).

วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. “ฎีกาวิเคราะห์.” บทบัญญัติ เล่มที่ 47 ตอน 4. (2534).

อวิการรัตน์ นิยมไทย. “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนที่คนไทยควรรู้.” จลนิตี (กรกฎาคม-สิงหาคม 2552).

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

ปกป้อง ศรีสนิท. “การแก้ปัญหากฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็น ด้วยการออกกฎหมายที่ไม่จำเป็น.” <https://www.the101.world/legal-reform-with-more-legalization/>, 24 มกราคม 2562.

_____ . “บทความเรื่อง การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ : ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา.” https://today.line.me/TH/article/39MgmB?utm_source=copyshare, 24 กรกฎาคม 2562.

เรวัต อิศราภรณ์. ประทีป เฉลิมภักทรกุล. วีระชาติ เอี่ยมประไพ. “ความผิดฐานพรากเด็ก (ผู้เยาว์) อายุยังไม่เกิน 15 ปี มารดารู้เห็นเป็นใจ.” <https://www.peesirilaw.com/คำพิพากษาศาลฎีกา/พรากเด็ก.html>, 9 มีนาคม 2563.

สุพจน์ สุโรจน์. “หน่วยที่ 8 กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน.” มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. Law.stou.ac.th/dynfiles/41717-8-D.pdf, 9 มีนาคม 2563.

เอกสารอื่น ๆ

คณะกรรมการด้านสิทธิมนุษยชน องค์การสหประชาชาติ. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก. จัดทำโดยสำนักงานส่งเสริมและพิทักษ์เด็กสำนักงานส่งเสริมและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส คนพิการ และผู้สูงอายุ (สท.) กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์.

โครงการศึกษาวิจัย เรื่องการจำแนก แก่ไข บำบัด พิ้นฟู และติดตามเด็กและเยาวชนที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับศาลยุติธรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องศาลยุติธรรม. ภายใต้โครงการพัฒนาระบบการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรม (JJRP) สนับสนุนจากกองทุนสนับสนุนการสร้างสรรค์เสริมสุขภาพ.

จตุพร วงศ์ทองสรรค์ และสมชัย ศิริสมบุรณ์เวช. เอกสารประกอบคำบรรยาย กระบวนการวิชาหลักกฎหมายระหว่างประเทศชั้นสูง. หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาคพิเศษ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ประวิทย์ อธิชัยวัฒนา. มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาป้องกันและหลังฟ้อง, 2556.

มาตาลักษณ์ เสรมธากุล. รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.

มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์. โครงการวิจัยเรื่องบทบาทผู้พิพากษาในศาลเยาวชนและครอบครัวของไทยศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีของฝรั่งเศส. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง คู่มือการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553.

ศิริชัย จันทร์สว่าง. เอกสารเสริมความรู้ทางด้านวิชาการ เรื่อง กระบวนการเกี่ยวกับการ ป้องกัน แก่ไข และบำบัด พิ้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำผิดกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง, 2549.

สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด. รายงานการเสวนาทางวิชาการ เรื่องรัฐจะให้การคุ้มครองสิทธิเด็กอย่างไร. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2539.

สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม. “การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก คศ.1989.” หลักสูตร “การพัฒนานิติกรระดับต้น” (พ.ต.ก.) รุ่นที่ 1, 2555.

- “มาตรการการลงโทษ
ทางอาญา : ศึกษากรณีความผิดฐานพรากผู้เยาว์และความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกี่ยวข้อง.”
(หลักสูตร “การพัฒนานิติกรระดับต้น” (พ.ต.ก.) รุ่นที่ 1.
- อภิรดี โพธิ์พร้อม. “8 ปี แห่งการรอคอย. พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553”. เอกสารประกอบการสัมมนา หัวข้อ “แนวคิดและความเป็นมาของพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553”. สำนักกฎหมายและวิชาการ สำนักงานศาลยุติธรรม.
- อริยะ นาวิธรรม. “เอกสารประกอบการบรรยาย การอบรมที่ปรึกษากฎหมายในศาลเยาวชนและครอบครัว เรื่อง การแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนโดยกิจกรรมบำบัด.”

BOOKS

- AdivaSifris. Submission to the Family Law Council Regarding the Inquiry into Relocation of Children in Family Law. Castan Center for Human Rights Law Australia : Law. School. Monash University, 2007.
- Allison Morris and Garielle Maxwell. “Restorative in New Zealand” . in Andrew von Hirsch. Julian V.Roberts. Anthony Bottoms (eds.).
- Anderson V. Com (5 Rand (Va) 627). Am Jur 2 d.
- Benjamin D. Garber. Developmental Psychology for family law Professionals : Theory Application and the Best Interests of the Child. New York : Springer Publishing Company, 2020.
- De Hart V. State (87 Tese Crim 26. 218 sw 1047). Am Jur 2 d.
- Gooch V. United State (297 US 124. 80 L ed 522. 56 S ct 395). Am Jur 2d.
- Easton. Susan and Christine Piper. Sentencing and Punishment the Quest for Justice. Oxford : Oxford University Press, 2005.
- Henderson V. People (124 ILL 607. 17 NE 68). State V. Sandered 136 La 1059. 68So 125. Am Jur 2 d.
- Humphrey V. Pope (122 Call 253. 54 p.847). Am Jur 2 d.
- Jean Zematten. “The Best Interests of the Child Principle : Literal Analysis and Function and Implementation”. Institut International Des Droits De L’efant, 2020.

- John Braithwaite. "Principles of Restorative Justice" in Andrew von Hirsch. Julian V. Roberts. Anthony Bottoms (eds.). *Restorative Justice and Criminal Justice : Competing or Reconcilable Paradigms?*. Oxford : Hart Publishing, 2003.
- Julian V. Roberts and Kent Roach. "Restorative Justice in Canada : From Sentencing Circles to Sentencing Principle" . in Andrew von Hirsch. Julian V. Roberts. Anthony Bottoms (eds.).
- Kenny's Outlines of Criminal Law. Cambridge : The University Press, 1966.
- Leena Kurki. "Evaluating Restorative Justice" in Andrew von Hirsch. Julian V. Roberts. Anthony Bottoms (eds.).
- Midget V State (216 Md 26. 139 A.2d 209). Am Jur 2 d.
- Perkins on Criminal Law. New York : The Foundation Press. Inc, 1969.
- Richard Quinney. The Social Reality of Crime. Boston : Little, 1970.
- State V. Lacoshus (96 NH 76. 70 A2d 203). Am Jur 2 d.
- State V. Brown (181 Kan. 375. 312 p 2 d 832). State V. Myers; 154 Kan 648. 121 p 2 d 286. Am Jur 2 d.

ARTICLES

- Jake Tover. "For Never Was A Story Of More Woe Than This Of Juliet And Her Romeo"-
-An Analysis Of The Unexpected Consequences Of Florida's Statutory Rape Law
And Its Flawed "Romeo And Juliet" Exception." Nova Law Review. Volume 38.
Issue 1 (2014).
- Joan B, Kelly. "The Best Interests of the Child A Concept in Search of Meaning". Family
and Conciliation Courts review.Vol35.no.4 (1997).

ELECTRONIC MEDIAS

116 "Rapid Increase in Child Abduction to Japan,"

<https://amview.japan.usembassy.gov/en/child-abduction-graph/>, 26 November 2018.

Article 41: "An act of a person less than 14 years of age is not punishable,"

Police Officers and Crown Prosecutors. "The Directors Guidance on Charging." 4 October 2018.

Chapter XXXIII Crimes of Kidnapping and Buying or Selling of Human Beings. Article

224: "A person who kidnaps a minor by force or enticement shall be punished by imprisonment for not less than 3 months but not more than 7 years."

Supreme Court of Japan. "2004 (a) 2199 Case to Be Brought for Kidnapping "
http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=793, 21 February 2019.

"Code Pénal De 1810 Partie Législative (Suite Et Fin) (Texte En Vigueur Lors De Son Abrogation En 1994)."

https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/cod_e_penal_1994/partie_legislative_3.htm, § 2. - Enlèvement de mineurs Article

354: "Quiconque aura. par fraude ou violence. enlevé ou fait enlever des mineurs. ou les aura entraînés. détournés ou déplacés. ou les aura fait entraîner. détourner ou déplacer des lieux où ils étaient mis par ceux à l'autorité ou à la direction desquels ils étaient soumis ou confiés, subira la peine de la réclusion criminelle à temps de cinq à dix ans," 22 November 2018.

[http://www.lawandparents.co.uk/underage-sex-how-protect-your-](http://www.lawandparents.co.uk/underage-sex-how-protect-your-children.html?fbclid=IwAR0X1Sli9U8LEiPVz1OSgKvuYORksINWmx-C-0VecBKgqU rrK3O3yT5xtLc)

[children.html?fbclid=IwAR0X1Sli9U8LEiPVz1OSgKvuYORksINWmx-C-0VecBKgqU rrK3O3yT5xtLc](http://www.lawandparents.co.uk/underage-sex-how-protect-your-children.html?fbclid=IwAR0X1Sli9U8LEiPVz1OSgKvuYORksINWmx-C-0VecBKgqU rrK3O3yT5xtLc), 21 February 2019.

[https://www.cps.gov.uk/publication/code-crown-prosecutors?fbclid=IwAR3is8PmtHbVETy4rhowJBK-](https://www.cps.gov.uk/publication/code-crown-prosecutors?fbclid=IwAR3is8PmtHbVETy4rhowJBK-G_9LE9To8ftYxbArycXulGYE8JLoAFyDp5s#section4)

[G_9LE9To8ftYxbArycXulGYE8JLoAFyDp5s#section4](https://www.cps.gov.uk/publication/code-crown-prosecutors?fbclid=IwAR3is8PmtHbVETy4rhowJBK-G_9LE9To8ftYxbArycXulGYE8JLoAFyDp5s#section4),

21 February 2019.

- https://www.cps.gov.uk/publications/docs/dpp_guidance_4.pdf, Roper V Simmons. 543 U.S. 551 (2005). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/>, 22 November 2018.
- "Japan Civil Code 1896." <http://www.moj.go.jp/content/000056024.pdf>, 22 November 2018.
- Japan Penal Code 1907. "<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1960&re=02&vm=04>," 22 November 2018.
- Rights under the Covention on the Rights of the Child. [UNICEF](http://www.unicef.org/crc/index_30177.html). http://www.unicef.org/crc/index_30177.html, 28 August 2019.
- Supreme Court of Japan. "2002 (a) 805 Case to Be Brought for Kidnapping for the Purpose of Transporting the Kidnapped Person to a Foreign Country and Destruction of Objects." http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=631, 22 February 2019.
- Supreme Court of Japan. "2004 (a) 2199 Case to Be Brought for Kidnapping." http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=793, 21 February 2019.
- The Crown Proscution Service. "Prosecution Policy and Guidance." http://www.cps.gov.uk/legal/p_to_r/rape_and_sexual_offences/soa_2003_and_soa_1956/#a26, 4 November 2018.
- The Crown Prosecution Service. "Prosecution Policy and Guidance." http://www.cps.gov.uk/legal/v_to_z/youth_offenders/#a01, 4 November 2015.
- The Crown Proscution Service. "Prosecution Policy and Guidance." http://www.cps.gov.uk/news/fact_sheets/sexual_offences/, 4 November 2018.
- The Crown Prosecution Service. "Prosecution Policy and Guidance." http://www.cps.gov.uk/news/fact_sheets/sexual_offences/, 4 November 2015.

OTHER MATERIALS

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

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

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.

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

Article 40 (2)(b)(3) To have the matter determined without delay by a competent, independent and impartial authority or judicial body in a fair hearing according to law, in the presence of legal or other appropriate assistance and, unless it is considered not to be in the best interest of the child, in particular, taking into account his or her age or situation, his or her parents or legal guardians; "Japan Penal Code 1907,"

Article 225: “A person who kidnaps another by force or enticement for the purpose of profit, Indecency, marriage or threat to the life or body shall be punished by imprisonment for not less than 1 year but not more than 10 years,” " Japan Penal Code 1907,"

Article 226-2 (1) A person who buys another shall be punished by imprisonment for not less than 3 months but not more than 5 years,(2) A person who buys a minor shall be punished by imprisonment for not less than 3 months but not more than 7 years, (3) A person who buys another for the purpose of profit,

indecenty, marriage or threat to the life or body, shall be punished by imprisonment for not less than 1 year but not more than 10 years, (4) The preceding paragraph shall apply to a person who sells another, (5) A person who sells or buys another for the purpose of transporting them from one country to another country shall be punished by imprisonment for not less than 2 years.

Article 225-2: “(1) A person who kidnaps another by force or enticement, for the purpose of causing the kidnapped person's relatives or any other person who would be concerned about the kidnapped person's safety to deliver any property, taking advantage of such concern, shall be punished by imprisonment for life or for a definite term of not less than 3 years.

Article 226: “A person who kidnaps another by force or enticement for the purpose of transporting another from one country to another country shall be punished by imprisonment for a definite term of not less than 2 years.”

Article 355 (L, du 14 janvier 1937, L, 71-553 du 9 juillet 1971). Séance du 14 janvier 1937, In: Bulletin de la Société française de Minéralogie, volume 60, 1-3, (1937) : 1-4.

Article 356 (Ordonnance du 28 juin 1945) “Celui qui, sans fraude ni violence, aura enlevé ou détourné, ou tenté d’enlever ou de détourner, un mineur de dix-huit ans, sera puni d’un emprisonnement de deux à cinq ans et d’une amende de 500 F à 15,000 F, Lorsqu’une mineure ainsi enlevée ou détournée aura épousé son ravisseur, celui-ci ne pourra être poursuivi que sur la plainte des personnes qui ont qualité pour demander l’annulation du mariage et ne pourra être condamné qu’après que cette annulation aura été prononcée.”

L’enlèvement emportera la peine de la réclusion criminelle à perpétuité s’il a été suivi de la mort du mineur,” L’enlèvement emportera la peine de la réclusion criminelle à perpétuité s’il a été suivi de la mort du mineur.”

“Si le mineur ainsi enlevé ou détourné est âgé de moins de quinze ans, la peine sera celle de la réclusion criminelle à perpétuité, La même peine sera appliquée, quel que soit l’âge du mineur, si celui-ci a été enlevé ou détourné pour

répondre du versement d'une rançon ou de l'exécution d'un ordre ou d'une condition,

Section 5 Rape of a child under 13 (1) A person commits an offence if— (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person with his penis, and (b) the other person is under 13, (2) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life,

Section 21-1111, A, Rape is an act of sexual intercourse involving vaginal or anal penetration accomplished with a male or female who is not the spouse of the perpetrator and who may be of the same or the opposite sex as the perpetrator under any of the following circumstances: 1, Where the victim is under sixteen (16) years of age;

Section 21-1112, Age limitation on conviction for rape, No person can be convicted of rape or rape by instrumentation on account of an act of sexual intercourse with anyone over the age of fourteen (14) years, with his or her consent, unless such person was over the age of eighteen (18) years at the time of such act,

Section 21-1114, Rape in first degree Second degree, A, Rape in the first degree shall include: 1, rape committed by a person over eighteen (18) years of age upon a person under fourteen (14) years of age; or

Section 21-1123, Lewd or indecent proposals or acts as to child under 16 - Sexual battery, A, Any person who shall knowingly and intentionally: 1, Make any oral, written or electronically or computer-generated lewd or indecent proposal to any child under sixteen (16) years of age for the child to have unlawful sexual relations or sexual intercourse with any person; or 2, Look upon, touch, maul, or feel the body or private parts of any child under sixteen (16) years of age in any lewd or lascivious manner by any acts against public decency and morality, as defined by law; or Section 13 Child sex offences committed by children or young persons (1)A person under 18 commits an offence if he does anything which would be an offence under any of sections 9 to 12 if he were aged 18, (2)A person guilty of an offence under this section is liable—

Section 21-3522, Unlawful voluntary sexual relations,

Section 49 (1) person shall be guilty of an offence if, knowingly and without lawful authority of reasonable excuse, he (a) takes a child to whom this section applies away from the responsible person; (b) keeps such child away from the responsible person; or (c) induces, assists or incites such a child to run away or stay away from the responsible person, (2) This section applies in relation to a child who is (a) in care; (b) the subject of an emergency protection order; or (c) in police protection, and in this section “the responsible person” means any person who for the time being has care of him by virtue of the care order, the emergency protection order, as the case may be, (3) A person guilty of an offence under this section shall be liable on summary conviction to imprisonment for term not exceeding six months, or to a fine not exceeding level 5 on the standard scale, or the both,

Section 50 (1) Where it appears to the court that there is reason to believe that a child to whom this section applies (a) has been unlawfully taken away or is being unlawfully kept away from the responsible person; (b) has run away or is staying away from the responsible person; or (c) is missing, (2) This section applies to the same children to whom section 49 applies and in this section “the responsible person” has the same meaning as in section 49 (3) A recovery order (a) requires any person who has information as to the child’s whereabouts to disclose that information, if asked to do so, to a constable or an officer or the court; (b) authorises a constable to enter any premises specified in the order and search for the child, using reasonable force if necessary,

Section 130, 25 Rape in the third degree, A person is guilty of rape in the third degree when: 1, He or she engages in sexual intercourse with another person who is incapable of consent by reason of some factor other than being less than seventeen years old; 2, Being twenty-one years old or more, he or she engages in sexual intercourse with another person less than seventeen years old,

Section 130, 30 Rape in the second degree, A person is guilty of rape in the second degree when: 1, being eighteen years old or more, he or she engages in sexual

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

Section 130, 35 Rape in the First degree, A person is guilty of rape in the first degree when he or she engages in sexual intercourse with another person: 3, Who is less than eleven years old; or

Section 130, 55 Sexual abuse in the third degree, A person is guilty of sexual abuse in the third degree when he or she subjects another person to sexual contact without the latter's consent; except that in any prosecution under this section, it is an affirmative defense that (a) such other person's lack of consent was due solely to incapacity to consent by reason of being less than seventeen years old, and (b) such other person was more than fourteen years old, and (c) the defendant was less than five years older than such other person,

Section 213,1 Rape and related offences, (1) Rape, A male who has sexual intercourse with a female not his wife is guilty of rape if: (a) he compels her to submit by force or by threat of imminent death, serious bodily injury, extreme pain or kidnapping, to be inflicted on anyone; or (b) he has substantially impaired her power to appraise or control her conduct by administering or employing without her knowledge drugs, intoxicants or other means for the purpose of preventing resistance; or (c) the female is unconscious; or (d) the female is less than 10 years old, Rape is a felony of the second degree unless (i) in the course thereof the actor inflicts serious bodily injury upon anyone, or (ii) the victim was not a voluntary social companion of the actor upon the occasion of the crime and had not previously permitted him sexual liberties, in which cases the offense is a felony of the first degree, Sexual intercourse includes intercourse per os or per anum, with some penetration however slight; emission is not required,

Section 213, 4 Sexual assault, A person who has sexual contact with another not his spouse, or causes such other to have sexual conduct with him, is guilty of

sexual assault, a misdemeanor, if:...(4) the other person is less than 10 years old; or...

Section 2243 Federal law, (a) Of a Minor,—Whoever, in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States or in a Federal prison, or in any prison, institution, or facility in which persons are held in custody by direction of or pursuant to a contract or agreement with the head of any Federal department or agency, knowingly engages in a sexual act with another person who - (1) has attained the age of 12 years but has not attained the age of 16 years; and (2) is at least four years younger than the person so engaging; or attempts to do so, shall be fined under this title, imprisoned not more than 15 years, or both,

Section 2602, Lewd or lascivious conduct with child, (a)(1) No person shall willfully and lewdly commit any lewd or lascivious act upon or with the body, or any part or member thereof, of a child under the age of 16 years, with the intent of arousing, appealing to, or gratifying the lust, passions, or sexual desires of such person or of such child, (2) This section shall not apply if the person is less than 19 years old, the child is at least 15 years old, and the conduct is consensual,

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

Toutefois, dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, la peine sera celle de la réclusion criminelle à temps de dix à vingt ans si le mineur est libéré volontairement avant le cinquième jour accompli depuis celui de l'enlèvement ou du détournement et, dans le cas prévu au deuxième alinéa, sans que la rançon ait été versée ou que l'ordre ou la condition ait été exécutée,

ข้อ 7 แห่งข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการจัดทำแผนแก้ไข บำบัดฟื้นฟูหลังฟ้องคดี พ.ศ.2556

ข้อ 22 แห่งข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการจัดทำแผน แก้ไขบำบัดฟื้นฟูหลังฟ้องคดี พ.ศ.2556

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายพศวัต ฉัตรจุฬานนท์
วันเดือนปีเกิด	25 สิงหาคม 2535
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2562 : นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2558 : นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
ตำแหน่ง	นิติกร ศาลอาญากรุงเทพใต้
ผลงานทางวิชาการ	พศวัต ฉัตรจุฬานนท์. “ความผิดฐานพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ : ศึกษากรณีผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายเป็นเด็ก.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายอาญา) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563
ประสบการณ์ทำงาน	ปี พ.ศ.2563-ปัจจุบัน : นิติกร ศาลอาญากรุงเทพใต้ ปีพ.ศ.2562-2563 : นิติกร ศาลแขวงพระนครใต้ ปีพ.ศ.2562 : นิติกร สำนักกิจการคดี สำนักงานศาลยุติธรรม ปีพ.ศ.2561-2562 : เจ้าหน้าที่กฎหมายใบอนุญาตฯ บริษัท คิง เพาเวอร์ อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด ปีพ.ศ.2560-2561 : นิติกร บริษัท เจ้าพระยาท้าวศรีสุนทร จำกัด ปีพ.ศ.2559-2560 : เจ้าหน้าที่ธุรการด้านกฎหมาย บริษัท เอส เอฟ คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน)