

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

บันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะ

เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

(กำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศ)

๑. ความเป็นมาและสภาพปัญหา

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่..) พ.ศ.(กำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศ) ได้ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ในเดือนกันยายน พ.ศ. ๒๕๕๒ โดยแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๒๗๗ และเพิ่มเติมเป็นมาตรา ๒๘๕/๑ และมาตรา ๓๒๑/๑ โดยมีประเด็นสำคัญที่ขอแก้ไขเพิ่มเติมดังต่อไปนี้

(๑) แก้ไขมาตรา ๒๗๗ โดยกำหนดให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้ผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปีสมรสกับผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุกว่าสิบสามปีแต่ไม่เกินสิบห้าปีได้ และให้เพิ่มอัตราโทษปรับในสัดส่วนสองหมื่นบาทต่อการลงโทษจำคุกหนึ่งปี

(๒) แก้ไขโดยเพิ่มเติมเป็นมาตรา ๒๘๕/๑ และมาตรา ๓๒๑/๑ กำหนดให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศหรือความผิดต่อเสรีภาพต่อเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบสามปี ผู้กระทำไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นความรับผิดทางอาญาได้

ทั้งนี้คณะรัฐมนตรีได้เสนอร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติและผ่านการพิจารณาในวาระที่หนึ่งชั้นรับหลักการเมื่อวันที่ ๖ พฤศจิกายน ๒๕๕๗ ขณะนี้อยู่ในชั้นพิจารณาของคณะกรรมการธิการ

๒. สาระสำคัญของร่างกฎหมาย

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่..) พ.ศ.(แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดต่อเสรีภาพที่มีอายุเด็กเป็นองค์ประกอบความผิด) มีสาระสำคัญ ดังนี้

๒.๑ ร่างมาตรา ๓ ให้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๗ ซึ่งเป็นการแก้ไขเล็กน้อย กล่าวคือ

/ (๑) มาตรา ๒๗๗....

(๑) มาตรา ๒๗๗ วรรคสี่ โดยให้ตัดข้อความว่า “และเด็กนั้นไม่ยินยอม” ออก เนื่องจากการกระทำชำเราเด็กโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็ก ตามมาตรา ๒๗๗ วรรคสี่ มีความหมายโดยนัยอยู่แล้วว่าเด็กไม่ยินยอม

(๒) มาตรา ๒๗๗ วรรคห้า แก้ไขโดยกำหนดให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้ผู้กระทำความผิดที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปีสมรสกับเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายที่มีอายุเกินสิบสามปีแต่ไม่เกินสิบห้าปีได้ คือ ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว เพื่อให้หมายความรวมถึงศาลอุทธรณ์แผนกคดีเยาวชนและครอบครัว และศาลฎีกาแผนกคดีเยาวชนและครอบครัว ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.๒๕๓๔

(๓) ปรับปรุงอัตราโทษปรับตามมาตรา ๒๗๗ วรรคสาม เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมโทษปรับตามประมวลกฎหมายอาญาให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมปัจจุบัน

๒.๒ ร่างมาตรา ๔ และ ๕ ให้เพิ่มเติม มาตรา ๒๘๕/๑ และมาตรา ๓๒๑/๑ ในประมวลกฎหมายอาญา โดยกำหนดประเภทของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพต่อเด็ก ที่มีอายุไม่เกินสิบสามปี ผู้กระทำไม่สามารถอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นความรับผิดทางอาญาได้กล่าวคือ

(๑) ร่างมาตรา ๒๘๕/๑ ได้กำหนดประเภทของการกระทำความผิด ดังนี้ ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา ๒๗๗ ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา ๒๗๘ ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือ พาไปเพื่อการอนาจารซึ่งเด็กตามมาตรา ๒๘๓ วรรคสาม และความผิดฐานพาเด็กไปเพื่อการอนาจารตามมาตรา ๒๘๓ ทวิ วรรคสอง

(๒) ร่างมาตรา ๓๒๑/๑ ได้กำหนดประเภทของการกระทำความผิด ดังนี้ ความผิดฐานรับไว้ จำหน่าย เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปซึ่งเด็ก ตามมาตรา ๓๑๒ ทรี วรรคสอง และความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจตามมาตรา ๓๑๗

บทบัญญัติตามร่างมาตรา ๒๘๕/๑ และร่างมาตรา ๓๒๑/๑ จะมีผลให้อายุของเด็กไม่ใช่องค์ประกอบของความผิดอีกต่อไป” โดยผู้ใดจะอ้างว่าไม่รู้อายุของเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายจึงไม่มีเจตนากระทำความผิดฐานดังกล่าว หรือ สำคัญผิดในข้อเท็จจริงเพื่อให้พ้นผิดไม่ได้อีกต่อไป ทั้งนี้จากถ้อยคำว่า “ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น” หมายความว่า มิให้ผู้กระทำความผิดอ้างความไม่รู้อายุของเด็กขึ้นเป็นข้อต่อสู้ และห้ามศาลมิให้หยิบยกข้ออ้างดังกล่าวขึ้นพิจารณาได้เองด้วย

/๓. การดำเนินงาน...

* บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ .. พ.ศ. (การแก้ไขบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดต่อเสรีภาพที่มีอายุเด็กเป็นองค์ประกอบความผิด) โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

๓. การดำเนินงาน

คณะกรรมการปฎิรูปกฎหมาย ได้สำรวจศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลทางวิชาการ จากคำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.๒๕๔๖ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิก เมื่อวันที่ ๒๗ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ และรายงานการศึกษาวิจัยทางสังคมศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน และผลกระทบทางสังคมจิตวิทยาต่อเด็กและเยาวชนที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ เช่น ข้อมูลเอกสารงานวิจัยที่มีชื่อว่า “คุณภาพชีวิตเด็ก ๒๕๔๖”^๒ ซึ่งจัดทำโดยสถาบันแห่งชาติเพื่อการพัฒนาเด็กและครอบครัว ได้กล่าวถึงผลกระทบทางด้านสังคมที่เกิดการตั้งครรภ์ในวัยรุ่นอย่างรุนแรง

๔. ความเห็นและข้อเสนอแนะของคณะกรรมการปฎิรูปกฎหมาย

๔.๑ ความเห็นต่อการแก้ไขมาตรา ๒๗๗ วรรคห้า กรณีที่กำหนดให้ศาลมีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้ผู้กระทำความผิดที่อายุไม่เกินสิบแปดปี สมรสกับเด็กผู้เสียหายที่มีอายุเกินสิบสามปีแต่ไม่เกินสิบห้าปีได้ ถ้าเด็กยินยอมและเมื่อสมรสแล้วไม่ต้องรับโทษ

(๑) เนื่องจากบทบัญญัตินี้เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดทางเพศของเด็กและการสมรสที่จะมีผลกระทบต่อเด็กโดยตรง คณะกรรมการปฎิรูปกฎหมายเห็นว่า การพิจารณาเรื่องนี้ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยเด็กควรได้รับการคุ้มครองตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.๒๕๔๖ และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ ๒๗ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๒๖ เมษายน พ.ศ. ๒๕๓๕ นอกจากนี้จากรายงานการศึกษาวิจัยทางสังคมศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน ได้ข้อสรุปผลกระทบต่อเด็ก ดังนี้

(๑.๑) ผลกระทบต่อเด็กทั้งสองฝ่าย ผู้กระทำชำเราที่ยังเป็นเด็กกับเด็กที่ถูกกระทำชำเรา ทั้งสองฝ่าย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เมื่อยังไม่มีความพร้อมต้องมีครอบครัวก่อนเวลาอันสมควร ส่งผลให้มีปัญหาเรื่องการศึกษา และไม่สามารถกลับเข้าสู่ระบบการศึกษาได้หรือทำได้ยากลำบาก อาจทำให้มีปัญหาการว่างงานเนื่องจากขาดความรู้หรือขาดวุฒิการศึกษา หรือต้องทำงานที่มีรายได้น้อย ส่งผลให้มีคุณภาพชีวิตไม่ดี นำไปสู่ปัญหาสังคมด้านอื่นๆ อีกมากมาย

(๑.๒) ผลกระทบต่อเด็กที่เป็นผู้หญิง นอกเหนือจากผลกระทบตามข้อ (๑.๑) แล้ว เด็กผู้หญิงที่ต้องมีครอบครัวก่อนเวลาอันสมควร อาจจะได้รับผลกระทบต่อสุขภาพอนามัย โดยผลจากการศึกษาพบว่ามารดาวัยรุ่นที่เกิดการตั้งครรภ์มีอัตราการเสียชีวิตระหว่างคลอดสูงกว่าผู้หญิงตั้งครรภ์ที่อายุมากกว่า และพบว่าประมาณร้อยละ ๓๕ ของมารดาวัยรุ่นมักจะตั้งครรภ์ซ้ำภายในเวลา ๒ ปีแรก หลังการคลอดบุตรคนแรก ซึ่งการตั้งครรภ์ซ้ำเมื่อไม่พร้อมย่อมส่งผลต่อการเลี้ยงดูบุตรคนแรก รวมถึงต่อความเป็นอยู่ของมารดาวัยรุ่น

/ทางด้านลบ...

^๒ เข้าถึงได้จาก <http://www.nicfd.cf.mahidol.ac.th/th/> สถาบันแห่งชาติเพื่อการพัฒนาเด็กและครอบครัว มหาวิทยาลัยมหิดล

ทางด้านลบอย่างเลี่ยงไม่ได้” นอกจากนั้นยังพบว่ามารดาวัยรุ่นที่มีครอบครัวก่อนเวลาอันสมควรมักจะมีพฤติกรรมเสี่ยงเรื่องการใช้สารเสพติด และมีโอกาสกลับไปใช้ซ้ำได้

(๑.๓) ผลกระทบต่อบุตรของเด็กทั้งสองฝ่าย (ในกรณีที่มิบุตร) กรณีมิบุตรหรือบุตรที่อาจเกิดมาภายหลัง ในครอบครัวที่บิดามารดาเป็นเด็ก ไม่มีความพร้อมทั้งด้านสุขภาพะ สังคม วัฒนธรรม และเศรษฐกิจ ตลอดจนขาดวุฒิภาวะที่เพียงพอในการมีครอบครัว ไม่มีความสามารถจัดการทรัพย์สินและอุปการะเลี้ยงดูครอบครัวตามสิทธิและหน้าที่ของสามีภรรยา ย่อมไม่พร้อมกับการเลี้ยงดูบุตร ส่งผลให้บุตรที่คลอดจากมารดามีโอกาสเสี่ยงที่จะถูกทอดทิ้งหรือไม่ได้รับการดูแลเอาใจใส่เท่าที่ควร หรือมีความเสี่ยงที่จะถูกทารุณกรรมจากผู้ปกครองวัยรุ่นได้

คณะกรรมการการปฏิรูปกฎหมายจึงไม่เห็นด้วยในการกำหนดให้ศาล (หรือศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเด็กเยาวชนและครอบครัว) มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้ผู้กระทำชำเราที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม สมรสกัน (ตามบทบัญญัติ มาตรา ๒๗๗ เดิม ประกอบ ร่างมาตรา ๒๗๗ ที่แก้ไขใหม่) ทั้งนี้ เห็นว่ากรณีดังกล่าว ควรกำหนดให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวนำมาตราการคุ้มครองเด็ก ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๖ มาปรับใช้ โดยกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่และกลุ่มสหวิชาชีพ ซึ่งประกอบด้วย นักสังคมสงเคราะห์และนักจิตวิทยา อบรมสั่งสอนและพัฒนาเด็กทั้งสองฝ่าย ตลอดจนคุ้มครองสวัสดิภาพหรือให้การสงเคราะห์เด็ก รวมทั้งเด็กที่เกิดจากการถูกกระทำชำเรา แทนการอนุญาตให้เด็กทั้งสองฝ่ายสมรสกัน

(๒) การกำหนดให้ศาลมีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีสมรสกับจำเลยผู้ที่กระทำชำเราเด็ก เป็นการสร้างความชอบธรรมให้แก่ผู้ที่กระทำความผิดอาญา อีกทั้งจะเป็นการเปิดช่องให้ผู้กระทำความผิดที่มีเงิน อิทธิพล และอำนาจเหนือกว่าผู้เสียหายและครอบครัวเด็ก ไม่ต้องรับโทษ นอกจากนี้อาจส่งผลให้มีการทำร้ายเด็กทั้งทางตรง ทางอ้อมและเป็นการเพิ่มปัญหาสังคม ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำละเมิดสิทธิเด็กและขัดต่ออนุสัญญาสิทธิเด็ก รวมถึงการสมรสอาจเกิดขึ้นจากเหตุจูงใจของผู้กระทำผิดที่ต้องการพ้นผิดหรือพ้นโทษโดยไม่ได้คำนึงถึงชีวิตคู่หลังการสมรส อีกทั้งกระบวนการยุติธรรมในปัจจุบันก็ไม่มีมาตรการในการติดตามสภาพชีวิตความเป็นอยู่ของเด็กและคู่สมรสเพื่อให้ความช่วยเหลือ ภายหลังที่ศาลได้อนุญาตให้สมรสแล้ว

(๓) การให้ความยินยอมของผู้เสียหาย ในกรณีที่เด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี ให้ความยินยอมบุคคลที่อายุไม่เกินสิบแปดปีหรือมากกว่ากระทำชำเรานั้น

การนำ “หลักความยินยอม (volenti non fit injuria)” ซึ่งหมายความว่า “เมื่อให้ความยินยอมแล้ว ย่อมไม่ถือว่ามีความเสียหาย หรือความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นละเมิด” มาบังคับใช้กับกรณีเด็กที่ถูกกระทำชำเรา เป็นการบังคับใช้ช้อยกเว้นกับการกระทำที่ผิดกฎหมายให้เป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย ดังนั้น

/ต้องพิจารณา...

^๓ เข้าถึงได้จาก <http://www.nicfd.cf.mahidol.ac.th/th/> สถาบันแห่งชาติเพื่อการพัฒนาเด็กและครอบครัว มหาวิทยาลัยมหิดล

ต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการคุ้มครองสังคมหรือประชาชนด้วย มิเช่นนั้น อาจกลายเป็นการใช้หลักความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนได้ ดังเช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีบทบัญญัติกำหนดเกณฑ์อายุของผู้หญิงที่สามารถให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ไว้ด้วย (Statutory Rape) โดยบางรัฐได้กำหนดให้ผู้หญิงที่มีอายุ ๑๘ ปี สามารถให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ ซึ่งเป็นเกณฑ์ที่สอดคล้องกับเกณฑ์การสมรสที่ผู้ชายและผู้หญิงสามารถสมรสกันได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา โดยการกำหนดเกณฑ์อายุดังกล่าว เนื่องจากได้ตระหนักถึงความอยากรู้อยากเห็นและความต้องการที่จะทดลองการมีประสบการณ์ทางเพศของเด็กนั่นเอง^๕ ทั้งนี้ตามหลักกฎหมายของประเทศไทย ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเกณฑ์อายุเรื่องความยินยอมทางเพศ ซึ่งเป็นหลักการเกี่ยวกับอายุที่รับรู้ยินยอม (Age of Consent) กล่าวคือ “อายุต่ำสุดที่บุคคลนั้นถือว่ามีอายุเพียงพอที่จะรับรู้และยินยอมในการกระทำข้อตกลง”

(๔) ร่างบทบัญญัติที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม ต้องสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก ๒ กรณี คือ การกระทำความชำเรากับเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปี^๖ และการกระทำอนาจารกับเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี^๗ ไม่ว่าเด็กจะให้ความยินยอมหรือไม่ก็ตาม เพื่อกำหนดอายุเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ

จากเหตุผลดังกล่าว การบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยให้อำนาจศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว หรือศาลใดเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้เด็กทั้งสองฝ่ายสมรสกันนั้น ยังไม่ปรากฏว่าเป็นผลดีต่อการคุ้มครองเด็ก

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย จึงเห็นควรให้แก้ไข ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๗ วรรคท้าย เป็น

“ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำความผิดโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำความผิดซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม ให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวดำเนินการตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๖ โดยกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กทั้งสองฝ่ายและให้การสงเคราะห์เด็กที่เกิดจากการถูกกระทำความชำเรา”

/๔.๒ ความเห็นต่อ...

^๕ เอกสารประกอบการพิจารณา สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร อ.พ. ๒๒/๒๕๕๕ สมัยสามัญนิติบัญญัติ จัดทำโดย กลุ่มงานบริการวิชาการ สำนักวิชาการ หน้า ๒๒-๒๕

^๖ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๗ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ๑๙) พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๓

^๗ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๘ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ๘) พ.ศ. ๒๕๓๐ มาตรา ๔

๔.๒ ความเห็นต่อการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๒๘๕/๑ และมาตรา ๓๒๑/๑ ที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศและเสรีภาพต่อเด็ก ไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดได้

(๑) คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย เห็นพ้องด้วยกับหลักการ “ห้ามมิให้ผู้กระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก อ้างเรื่องความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้ตนพ้นผิด” โดยให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาทั้งสองมาตรานี้ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายเห็นควรแก้ไขฐานอายุของเด็กผู้เสียหาย จากที่กำหนดอายุไม่เกินสิบสามปีเป็นอายุไม่เกินสิบห้าปี ด้วยเหตุผลว่า เพื่อเป็นการปกป้องเด็กที่อายุไม่เกินสิบห้าปีเป็นกรณีพิเศษด้วย โดยผู้กระทำความผิดไม่สามารถอ้างความไม่รู้อายุของเด็กในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศได้ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักกฎหมาย “อายุไม่เป็นองค์ประกอบความผิด” หลักอายุของผู้เสียหายในการให้ความยินยอม ตามข้อ ๔.๑ (๓) สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาที่ได้บัญญัติการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก ๒ กรณี คือ การกระทำชำเรากับเด็กที่มีอายุไม่เกิน ๑๕ ปี และการกระทำอนาจารกับเด็กอายุไม่เกิน ๑๕ ปี แม้เด็กจะยินยอมก็เป็นความผิด และหลักการวินิจฉัยคดีของศาลสูงในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา^๑ พบว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ศาลจะตัดสินให้ผู้ชายรับผิดเด็ดขาด โดยมีหลักการและแนวคิดว่า อายุของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย เนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดในตัวเอง ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหาย นอกจากนั้นทฤษฎีเสี่ยงภัยได้อธิบายว่า การที่ผู้กระทำได้ตัดสินใจทำสิ่งที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ผู้กระทำย่อมรู้ว่าตนเองไม่มีอำนาจที่จะกระทำ เมื่อเกิดการกระทำความผิดถือว่าตัดสินใจเสี่ยงภัยรับภัยนั้น และต้องรับผิดชอบตามกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องรู้ถึงขนาดว่าภัยที่ตนเสี่ยงนั้นจะให้โทษขั้นหนักหรือชั้นเบา

ดังนั้น การห้ามมิให้ผู้กระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก อ้างเรื่องความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้ตนพ้นผิดนั้น จึงควรขยายความคุ้มครองถึงเด็กที่อายุไม่เกินสิบห้าปี

(๒) ควรห้ามมิให้ผู้กระทำความผิดทางเพศต่อเด็กที่อายุไม่เกินสิบห้าปี กรณีผู้รับเด็กที่ถูกล่อไปเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น หรือเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ตามมาตรา ๒๘๒ วรรคสี่ มาตรา ๒๘๓ วรรคสี่ และมาตรา ๒๘๓ ทวิ วรรคสาม อ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้ตนพ้นผิดด้วย เพื่อเป็นการปิดช่องว่างของกฎหมาย

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายจึงเห็นควรให้แก้ไข ดังนี้

(๑) ร่างแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๒๘๕/๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ให้แก้ไขเป็น

“มาตรา ๒๘๕/๑ การกระทำความผิดตามมาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๙ มาตรา ๒๘๒ วรรคสาม มาตรา ๒๘๒ วรรคสี่ มาตรา ๒๘๓ วรรคสาม มาตรา ๒๘๓ วรรคสี่ มาตรา ๒๘๓ ทวิ วรรคสอง และมาตรา ๒๘๓ ทวิ วรรคสาม หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น”

/ (๒) ร่างแก้ไขเพิ่มเติม...

^๑ที่มา : อิศริย์ รักชาติรัตน์.ความผิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษากรณีมาตรา ๒๗๗ ของประมวลกฎหมายอาญา.วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๕๒

(๒) ร่างแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๓๒๑/๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ให้แก้ไขเป็น

“มาตรา ๓๒๑/๑ การกระทำความผิดตามมาตรา ๓๑๒ ตี วรรคสอง และ มาตรา ๓๑๗ หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น”

๔.๓ ข้อสังเกตเพิ่มเติม

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย มีข้อสังเกตต่อประมวลกฎหมายอาญาในหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศดังต่อไปนี้

(๑) ควรบัญญัติความหมายของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืน ข่มขืนกระทำชำเรา การโหม การอนาจาร ฯลฯ เช่น ในมาตรา ๒๗๗ วรรคสอง โดยชัดแจ้ง^๙ แม้ว่าด้วยความดังกล่าวมุ่งคุ้มครองบุคคลที่อยู่ในสภาวะยากลำบากในการตกเป็นเหยื่อของการกระทำโดยผู้มีอำนาจเหนือกว่า ทั้งเด็กชาย เด็กหญิง และกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ก็สมควรเขียนบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะต่างหาก ไม่ควรบัญญัติรวมไว้ในกฎหมายแต่ละมาตราดังที่เป็นอยู่ เพื่อให้มีความสอดคล้องกับการกำหนดโทษอย่างชัดเจนยิ่งขึ้น เช่น ควรบัญญัติให้มีค่านิยมความหมายว่า “การแสวงหาประโยชน์จากเพศ” “การล่วงละเมิดทางเพศ” “การล่วงเกินทางเพศ” “การคุกคามทางเพศ” เป็นต้น

(๒) ข้อสังเกตต่อแนวปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการคุ้มครองเด็ก ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๖ โดยเห็นควรเพิ่มอัตราพนักงานเจ้าหน้าที่ ตลอดจนการฝึกอบรมเพื่อให้เจ้าหน้าที่เข้าใจสภาพปัญหาและสถานการณ์ที่เกิดขึ้นของเด็กทั้งที่ถูกกระทำชำเรา เด็กที่กระทำผิด และเด็กที่เกิดจากการถูกกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๒๗๗ ด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับข้อเสนอที่เป็นทางเลือกของศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีเด็ก เยาวชนและครอบครัว ใช้มาตรการตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล

/ (๓) ข้อสังเกตต่อกรณี...

^๙ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๗ วรรคสอง “การกระทำชำเรา หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

^{๑๐}ประกาศฉบับพิเศษของเลขาธิการแห่งสหประชาชาติ (Secretary-General Bulletin) ST/SGB/2003/13 ลงวันที่ ๙ ตุลาคม ๒๕๔๖ ได้เสนอมาตรการพิเศษเพื่อการป้องกันการแสวงหาประโยชน์จากเพศและการละเมิดทางเพศ

Special measures for protection from sexual exploitation and sexual abuse

For the purposes of the present bulletin, the term “sexual exploitation” means any actual or attempted abuse of a position of vulnerability, differential power, or trust, for sexual purposes, including, but not limited to, profiting monetarily, socially or politically from the sexual exploitation of another. Similarly, the term “sexual abuse” means the actual or threatened physical intrusion of a sexual nature, whether by force or under unequal or coercive conditions.

(๓) ข้อสังเกตต่อกรณีเด็กที่ถูกกระทำชำเรา ได้ตั้งครรภ์จากการถูกกระทำชำเรา ควรให้ผู้ปกครองของเด็กที่ถูกกระทำชำเราและตัวเด็กตัดสินใจว่าจะดำเนินการอย่างไรต่อไป ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๒) ได้บัญญัติให้ หญิงที่ยอมให้นายแพทย์ทำแท้งลูกได้โดยไม่มี ความผิด หมายถึง “หญิงมีครรภ์ เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔”

ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ปกครองของเด็กที่ถูกกระทำชำเราและตัวเด็กไม่ต้องการทำแท้งบุตรแต่ในขณะเดียวกันก็ไม่มี ความพร้อมทั้งด้านสุขภาวะ สังคม วัฒนธรรม และเศรษฐกิจ ที่จะอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่เกิดขึ้น ควรให้เด็กที่เกิดจากการกระทำชำเราอยู่ในความดูแลของหน่วยงานภายใต้สังกัดกระทรวงการพัฒนา สังคมและความมั่นคงของมนุษย์ต่อไป

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายจึงขอเสนอบันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (กำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศ) ต่อ นายกรัฐมนตรีและประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เพื่อประกอบการพิจารณาตามอำนาจหน้าที่ต่อไป

(ศาสตราจารย์คณิต ณ นคร)

ประธานกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

๑๙ พฤศจิกายน ๒๕๕๗



(๓) ข้อสังเกตต่อกรณีเด็กที่ถูกกระทำชำเรา ได้ตั้งครุฑจากการถูกกระทำชำเรา ควรให้ผู้ปกครองของเด็กที่ถูกกระทำชำเราและตัวเด็กตัดสินใจว่าจะดำเนินการอย่างไรต่อไป ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๐๕ (๒) ได้บัญญัติให้ หญิงที่ยอมให้นายแพทย์ทำแท้งลูกได้โดยไม่มี ความผิด หมายถึง “หญิงมีครรภ์ เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือมาตรา ๒๘๔”

ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ปกครองของเด็กที่ถูกกระทำชำเราและตัวเด็กไม่ต้องการทำแท้งบุตรแต่ใน ขณะเดียวกันก็ไม่มีความพร้อมทั้งด้านสุขภาพะ สังคม วัฒนธรรม และเศรษฐกิจ ที่จะอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่ เกิดขึ้น ควรให้เด็กที่เกิดจากการกระทำชำเราอยู่ในความดูแลของหน่วยงานภายใต้สังกัดกระทรวงการพัฒนา สังคมและความมั่นคงของมนุษย์ต่อไป

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายจึงขอเสนอบันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับร่าง พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (กำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศ) ต่อ นายกรัฐมนตรีและประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เพื่อประกอบการพิจารณาตามอำนาจหน้าที่ต่อไป

(ศาสตราจารย์คณิต ณ นคร)

ประธานกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

๑๙ พฤศจิกายน ๒๕๕๗