

บทที่ 2

แนวคิดหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดและแนวคิดการคุ้มครองเด็ก

แนวคิดและความหมายของหลักความรับผิดโดยเด็ดขาด มีนักกฎหมายไทยหลายท่านได้แปลชื่อและความหมายในแนวทางของตนเอง ดังนั้นชื่อและความหมายของหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดจึงมีชื่อเรียกที่แตกต่างกันออกไป แต่หลักเกณฑ์วิธีการใช้บังคับยังเหมือนเดิม ทั้งนี้การที่จะสามารถทำความเข้าใจถึงวิธีการบังคับใช้ของหลักความรับผิดโดยเด็ดขาด และเหตุผลของกฎหมายที่ต้องนำหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดไปบังคับใช้ในความผิดทางเพศเพื่อคุ้มครองเด็กได้นั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำการศึกษาเพื่อให้เข้าใจถึงแนวคิด และหลักเกณฑ์พื้นฐานของ หลักความรับผิดโดยเด็ดขาด และแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็ก ตลอดจนการนำทฤษฎีความเสี่ยงมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดเสียก่อน

2.1 แนวคิดหลักความรับผิดโดยเด็ดขาด

หลักความรับผิดโดยเด็ดขาด เป็นหลักกฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นหลักความรับผิดของกฎหมายอาญาในยุคสมัยใหม่ เพราะหลักความรับผิดโดยทั่วไปตามกฎหมายอาญาต้องมีองค์ประกอบทั้ง 2 ส่วนคือ การกระทำ (*Actus Reus*) และ เจตนาร้าย (*Mens Rea*) แต่หลักความรับผิดโดยเด็ดขาดนั้นเป็นหลักที่ใช้เพียงองค์ประกอบในส่วนของการกระทำ (*Actus Reus*) เท่านั้น ซึ่งเป็นการพิจารณาความรับผิดโดยปราศจากองค์ประกอบในส่วนเจตนาของผู้กระทำ ความผิดนั่นเอง¹ ซึ่งหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงของสังคมเกษตรกรรมมาเป็นสังคมอุตสาหกรรม ทำให้มีความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยี และการกระทำต่างๆยังก่อให้เกิดความเสี่ยงและเป็นอันตรายต่อสาธารณชนมากขึ้น ดังนั้นเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์และสวัสดิภาพของสาธารณชนไม่ให้เกิดความเสี่ยงและความเสียหายขึ้น จึงมีความจำเป็นอย่าง

¹ Lauria L. Levenson, "Good Faith Defense : Reshaping Strict Liability Crimes", *Cornell Law Review*, (Vol.78 : 48,1993), p. 402.

ยิ่งที่จะต้องมีหลักความรับผิดใหม่ๆ เพื่อให้ทันต่อยุคสมัยในปัจจุบันและอนาคต โดยส่วนมากแล้วหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดมักจะถูกนำมาใช้ในกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์และสวัสดิภาพของประชาชน หรือการประกอบวิชาชีพหรือกิจการที่มีลักษณะเสี่ยงจะก่อให้เกิดอันตรายต่อสาธารณชนขึ้นได้ ซึ่งการประกอบวิชาชีพหรือกิจการที่มีความเสี่ยงดังกล่าว ผู้ประกอบการมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องอาศัยความระมัดระวังและความชำนาญอย่างสูงมากกว่าการประกอบวิชาชีพหรือกิจการปกติ แต่เมื่อไม่ได้ใช้ความระมัดระวังให้เพียงพอกับความเสี่ยง จนทำให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนส่วนรวมแล้ว จึงทำให้เกิดการบัญญัติกฎหมายเพื่อที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าว โดยอาศัยหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดมาเป็นตัวกำหนดฐานความผิดนั้นๆ และเพื่อเป็นการข่มขู่บุคคลอื่นไม่ให้เอาเยี่ยงอย่าง หรือกระทำการอันทำให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนส่วนรวมอีกด้วย

2.1.1 ความหมายของหลักความรับผิดโดยเด็ดขาด

หลักความรับผิดโดยเด็ดขาด หมายถึง หลักความรับผิดทางอาญาที่กำหนดให้บุคคลผู้กระทำการอันละเมิดต่อกฎหมายต้องรับผิดต่อผลอันเกิดจากการกระทำนั้น ทั้งๆ ที่ตนเองมิได้มีเจตนาที่จะกระทำการดังกล่าว²

ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้ให้ความหมายว่า การกระทำความผิดบางเรื่องซึ่งแม้ผู้กระทำจะไม่เจตนาไม่ประมาท ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิด ความผิดประเภทนี้เรียกว่า “ความผิดโดยเด็ดขาด” หรือ “Strict Liability” ซึ่งความผิดอาญาใดจะเป็นความผิดโดยเด็ดขาด กล่าวคือ ไม่เจตนาไม่ประมาทก็เป็นความผิดนั้นจะต้องมี “กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง”³

นอกจากนี้ใน Wikipedia ได้ให้ความหมายของหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดว่าเป็นหลักกฎหมายที่ทำให้บุคคลต้องรับผิดชอต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลนั้น โดยไม่คำนึงว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดหรือไม่ (เงื่อนไขความรับผิดตามกฎหมายอาญาโดยทั่วไปต้องแสดงให้เห็นว่ามีเจตนาร้าย (*mens rea*)⁴

² จีราวุฒิ เตชะพันธุ์, ความรับผิดทางอาญาที่ไม่ต้องการเจตนา, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525) หน้า 42.

³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค1, (กรุงเทพฯ : พลสมยามพริ้นติ้ง, 2551), หน้า 300.

⁴ Strict liability is a legal doctrine that makes a person responsible for the damage and loss caused by his/her acts and omissions regardless of culpability (or fault in criminal law terms, which would normally be expressed through a *mens rea* requirement; see “Strict liability (criminal)”, [http://en.wikipedia.org/wiki/Strict_liability], 9 February 2009.

นักกฎหมายจากหลายประเทศได้มีการวิเคราะห์คำในภาษาอังกฤษว่า หลักความรับผิดโดยเด็ดขาด อาจเรียกได้หลายความหมาย⁵ นอกจากนี้จะมีชื่อเรียกว่า Strict Liability แล้ว ยังเรียกว่า ความรับผิดโดยปราศจากความผิด (Liability without fault) ความรับผิดโดยผลแห่งกฎหมาย (liability an imposed by the law) ความรับผิดโดยสมบูรณ์ (Absolute Liability) ได้อีกด้วย⁶

2.1.2 ประวัติความเป็นมาของหลักความรับผิดโดยเด็ดขาด

หลักความรับผิดโดยเด็ดขาด เป็นหลักความรับผิดที่มีต้นกำเนิดมาจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ในศตวรรษที่ 19⁷ โดยหลักความรับผิดโดยเด็ดขาด มีวิธีการบังคับใช้กับรูปแบบของกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยต่างๆ ซึ่งหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดมีวิวัฒนาการดังนี้

1. ความเป็นมาในสมัยเริ่มแรก

ในสมัยเริ่มแรก หากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น การลงโทษจะเป็นการลงโทษในลักษณะส่วนตัวเพื่อแก้แค้นและจองเวร และต่อมาได้เปลี่ยนเป็นการลงโทษในลักษณะเพื่อชุมชนหรือบ้านเมือง และการพิจารณาความรับผิดนั้น เน้นการพิจารณาในการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Damage) มากกว่าการพิจารณาในเรื่องขององค์ประกอบทางจิตใจ เนื่องจากในสมัยก่อน แนวคิดในการพิจารณาในเรื่องกฎหมายและศีลธรรมยังไม่แยกออกจากกัน การกระทำที่ผิดกฎหมาย ก็คือการละเมิดต่อความรู้สึกนึกคิดและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาในเรื่องสภาวะทางจิตใจหรือองค์ประกอบภายในของ

⁵ While the precise meaning of "strict liability offenses" is unclear. แปลจาก Lauria L. Levenson, "Good Faith Defense : Reshaping Strict Liability Crimes", Ibid., p. 417. ซึ่งอ้างถึงว่า These offence are often call "absolute liability" or "vicarious liability" offenses. As discussed infra, these term may not always be interchangeable. While "strict liability" and "absolute liability" are often use interchangeable to describe an offense with no *mens rea* requirement.

⁶ "Absolute Liability" เป็นหลักความรับผิดประเภทหนึ่งของหลักความรับผิดทางอาญาที่ไม่ต้องการข้อแก้ตัวใดๆ เพื่อให้พ้นจากความผิด ซึ่งการฟ้องร้องดำเนินคดีดังกล่าว ต้องการเพียงการแสดงว่ามีการกระทำที่กฎหมายห้ามเท่านั้น ก็ย่อมมีความผิดทันที.

มีนักกฎหมายบางท่านมีความเห็นแย้งว่า หลักความรับผิดโดยเด็ดขาดมีความแตกต่างจากหลัก Absolute Liability แต่ก็มีนักกฎหมายอีกหลายท่านที่มีความเห็นว่าหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดเป็นหลัก Absolute Liability.

⁷ Lauria L. Levenson, "Good Faith Defense : Reshaping Strict Liability Crimes", p.436.

ผู้กระทำ และไม่อยู่ในหลักพื้นฐานแห่งศีลธรรมอันอาจถูกตำหนิได้ (Blameworthiness) โดยพิจารณาแต่เพียงในเรื่องของการกระทำเท่านั้น โดยหลักการดังกล่าวเห็นได้ตั้งแต่สมัยที่มนุษย์ยังเป็นเผ่าเร่ร่อนไม่มีที่อยู่ถาวรเมื่อมีการทำร้ายหรือฆ่ากันเกิดขึ้นก็จะมี การแก้แค้นกันอย่างไม่มีการสิ้นสุด โดยมีได้ค้ำประกันว่าผู้กระทำมีองค์ประกอบทางจิตใจอย่างไร และในสมัยของพระเจ้าฮัมมูราบี แห่งบาบิโลน ได้กำหนดการลงโทษบุคคลแบบตาต่อตา ฟันต่อฟัน กล่าวคือหากผู้เสียหายได้รับความเสียหายอย่างไร ผู้กระทำนั้นต้องได้รับผลตอบแทนนั้นเช่นกัน

ต่อมาในยุคสมัยกลาง (Medieval Age) ซึ่งเป็นยุคที่แนวคิดของศาสนาคริสต์เข้ามามีบทบาทสำคัญ การพิจารณาความรับผิดชอบจึงมีความเปลี่ยนแปลงไป โดยเปลี่ยนไปเน้นการพิจารณาสภาวะทางจิตใจหรือองค์ประกอบภายในของผู้กระทำเป็นหลัก และต่อมาในสมัยศตวรรษที่ 16 หลักดังกล่าวได้กลายเป็นหลักความรับผิดชอบทางอาญาโดยทั่วไปที่ว่า บุคคลจะมีความรับผิดชอบทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา หากไม่มีเจตนาแล้วการกระทำนั้นย่อมไม่มีความผิด ซึ่งเป็นไปตามสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “*Actus non facit reum nisi mens sit rea*” (the act itself does not constitute guilty unless done with a guilty mind)⁸ ซึ่งมีความหมายว่าการกระทำของตัวมันเองไม่มีความผิด เว้นแต่จะมีจิตใจที่ผิดด้วย

2. ความเป็นมาในสมัยปัจจุบัน

นับจากศตวรรษที่ 16 เป็นต้นมาจนถึงยุคที่สังคมตะวันตกเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงจากสังคมเกษตรกรรมเป็นสังคมอุตสาหกรรม ทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงต่างๆ อย่างมากมาย สภาพความเป็นอยู่ของผู้คนจากสังคมเล็กๆ และมีความเรียบง่ายได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นสังคมขนาดใหญ่ และเกิดความสลับซับซ้อนมากขึ้น ยุคแห่งการเปลี่ยนแปลงนี้เรียกได้ว่าเป็นยุคการปฏิวัติอุตสาหกรรม ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงกระบวนการผลิตของผู้ประกอบการทางด้านอุตสาหกรรม โดยมีการนำเอาเทคโนโลยีแบบใหม่เข้ามาใช้มีกระบวนการขั้นตอนที่ซับซ้อนยุ่งยากมากขึ้น ทำให้เกิดความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตราย และสร้างความเดือดร้อนต่อสาธารณชนขึ้นได้ เช่น ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม ความเสียหายต่อผู้บริโภค เป็นต้น และในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นก็ไม้อาจหาตัวผู้กระทำผิดได้ จนในที่สุดประมาณกลางศตวรรษที่ 19 ทำให้เกิดหลักความรับผิดชอบแบบใหม่ขึ้น ซึ่งก็คือ หลัก “ความรับผิดชอบโดยเด็ดขาด” และหลักดังกล่าวได้รับการยอมรับและใช้นำมาใช้จนถึงปัจจุบัน

⁸ Michael J. Allen, *Textbook on Criminal Law*, (10 edition, Oxford University Press, 2009), p.17.

จากความเป็นมาดังกล่าวจึงสรุปได้ว่า หลักความรับผิดโดยเด็ดขาดในสมัยเริ่มแรก มีความแตกต่างกับความรับผิดโดยเด็ดขาดในยุคปัจจุบัน กล่าวคือ ในสมัยเริ่มแรกนั้นหลักความคิดในเรื่องกฎหมายและศีลธรรมยังไม่แยกออกจากกัน ผู้ใดกระทำความผิดก็ย่อมเป็นละเมิดศีลธรรมด้วย ดังนั้นในการพิจารณาความรับผิดจึงพิจารณาจากการกระทำเป็นหลักมากกว่าที่จะพิจารณาถึงสภาวะทางจิตใจหรือองค์ประกอบภายในของผู้กระทำ แต่หลักความรับผิดโดยเด็ดขาดในปัจจุบันเกิดขึ้นจากความจำเป็นของสังคมในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมที่มีความยุ่งยากซับซ้อนเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณชน

2.1.3 วัตถุประสงค์ของหลักความรับผิดโดยเด็ดขาด

จากการศึกษาประวัติความเป็นมาของหลักความรับผิดโดยเด็ดขาด จะเห็นได้ว่าหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดมีวัตถุประสงค์ในการนำมาใช้บังคับด้วยเหตุผล 2 ประการ ดังต่อไปนี้

1. ความรับผิดเกี่ยวกับการรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสาธารณะ (Public Welfare Offenses)

หลักความรับผิดโดยเด็ดขาด สามารถเรียกว่า “ความรับผิดเกี่ยวกับการรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสาธารณะ”⁹ หรือเป็นระเบียบควบคุมทางอาญาที่ประกาศออกใช้ในยุคเริ่มต้นปฏิวัติอุตสาหกรรม ซึ่งความรับผิดเกี่ยวกับการรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสาธารณะจะประกอบด้วย การขายสิ่งต่างๆที่ไม่บริสุทธิ์ การขายอาหารหรือยาที่มีการปลอมปน การขับรถเร็ว กว่าที่กฎหมายกำหนด การขายสิ่งมีนมให้แก่เด็ก และการจัดการที่ไม่ถูกต้องจนทำให้เกิดอันตรายทางเคมี หรือขยะนิวเคลียร์

หลักความรับผิดโดยเด็ดขาด เป็นหลักที่ใช้คุ้มครองการกระทำที่มีความเสี่ยงที่อาจเป็นอันตรายต่อสาธารณชน เช่น ผู้ผลิตยา จะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างยิ่งยวดที่จะต้องรู้และควบคุมยาให้มีคุณภาพ เป็นต้น โดยหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดเป็นหลักที่หลักการพิสูจน์ให้แก่จำเลย

ยกตัวอย่างเช่น คดี Gammon (Hong Kong) Ltd. V. Attorney General of Hong Kong [1985] AC1¹⁰. ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับจำเลยเป็นนักวิศวกร และเป็นนักออกแบบตึกในประเทศฮ่องกง ต่อมาตึกดังกล่าวมีการต่อเติมนอกเหนือไปจากแบบแปลนเดิมและถล่มลงมา

⁹ The strict liability doctrine often applies to so-call “public welfare offenses”, see also Lauria L. Levenson, “Good Faith Defense : Reshaping Strict Liability Crimes”, p.419.

¹⁰ “Offence of strict liability”,

[http://www.wikicrimeline.co.uk/index.php?title=Offences_of_strict_liability], 20 September 2010.

ซึ่งศาลมีคำพิพากษาตัดสินให้จำเลยต้องรับผิดชอบทันที ทั้งนี้เป็นไปตามหลักความรับผิดโดยเด็ดขาด¹¹ เป็นต้น

2. ความรับผิดเกี่ยวกับศีลธรรมอันดีของประชาชน (Morality Offenses)

การนำหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดมาบังคับใช้ในความรับผิดเกี่ยวกับศีลธรรมอันดีของประชาชนประกอบด้วย การละเมิดของความสัมพันธ์ทางเพศของสังคม และละเมิดต่อบรรทัดฐานของสังคม เช่น ความผิดทางอาญาในเรื่องทางเพศ การผิดประเวณี การนอกใจสามีหรือภรรยาของตนเอง เป็นต้น

ยกตัวอย่างเช่น คดี Regina v. Prince, L.R. 2 C.C.R. 154 (1875)¹² ซึ่งเป็นคดีคลาสสิกของประเทศอังกฤษ โดยมีข้อเท็จจริงอยู่ว่า จำเลยมีความสัมพันธ์กับเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี โดยจำเลยพาเด็กหนีออกจากบ้านของเด็กโดยปราศจากความยินยอมจากบิดาของเด็กคนนั้น ซึ่งแม้ว่าคณะลูกขุนจะเชื่อว่าจำเลยไม่รู้อายุที่แท้จริงของเด็กจริง แต่ศาลยังคงตัดสินให้จำเลยมีความผิด โดยให้เหตุผลว่า การกระทำเป็นความผิดในตัวของมันเอง¹³ ซึ่งศาลไม่ต้องการเหตุผลว่าจำเลยรู้ถึงอายุของเด็กที่จำเลยพาหนีหรือไม่ เพราะการพาเด็กหนีออกจากพ่อของเด็กโดยปราศจากความยินยอมเป็นสิ่งที่ผิดศีลธรรม¹⁴ หากมีการกระทำดังกล่าวแล้ว จำเลยย่อมมีความผิด

2.1.4 หลักเกณฑ์พื้นฐานของหลักความรับผิดโดยเด็ดขาด

หลักความรับผิดโดยเด็ดขาด มีหลักเกณฑ์โดยทั่วไปที่ต้องพิจารณาทั้งหมด 10 ประการ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. เป็นหลักความรับผิดที่มีพื้นฐานมาจากหลักความรับผิดเพื่อละเมิดในทางแพ่ง

รูปแบบของการละเมิดดังกล่าว จะปรากฏอยู่ในรูปแบบของละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสาธารณะ (Public tort) เช่น เจ้าของโรงงานต้องรับผิดชอบต่อ

¹¹ "Gammon (Hong Kong) (1985)".

[http://www.peterjepson.com/law/strict_liability_issues.htm], 20 September 2010.

¹² "Regina v. Prince", [http://en.wikipedia.org/wiki/Regina_v._Prince], 2 September 2010.

¹³ [t]he act forbidden is wrong in itself ...not...illegal, but wrong, see also Lauria L. Levenson, "Good Faith Defense : Reshaping Strict Liability Crimes", p.423.

¹⁴ Ibid.

ความเสียหายที่โรงงานของตนปล่อยน้ำเสียลงแม่น้ำเน่าเสียส่งกลิ่นและทำให้ประชาชนซึ่งอยู่ใน
ละแวกของโรงงานได้รับความเดือดร้อน แม้ว่าตนจะไม่ได้เป็นผู้ปล่อยน้ำเสีย และไม่รู้ข้อเท็จจริงว่า
ลูกจ้างเป็นผู้แอบปล่อยน้ำเสียลงแม่น้ำก็ตาม หรือในคดี Rylands V. Fletcher(1886)¹⁵ โดย
ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า จำเลยเป็นเจ้าของเหมืองแร่ อยู่ในที่ดินติดกับที่ดินโจทก์ จำเลยได้ก่อสร้างเขื่อน
กั้นน้ำในที่ดินของตนโดยที่จ้างวิศวกรให้เป็นผู้สร้างเขื่อนในลักษณะที่เป็นการว่าจ้างทำของที่ผู้
รับจ้างทำเป็นเอกเทศ มิใช่เป็นตัวแทนหรือลูกจ้างในการที่นำเอาความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น
หรือความรับผิดชอบแทนกัน (Vicarious liability) มาใช้ ด้วยความประมาทเลินเล่อของวิศวกรผู้รับจ้าง
เมื่อเขื่อนกั้นน้ำสร้างเสร็จ และเริ่มใช้งาน ปรากฏว่าเขื่อนไม่อาจกั้นน้ำได้ น้ำจึงไหลผ่านที่ดินของ
จำเลยเข้าไปในที่ดินของโจทก์ซึ่งอยู่ติดกัน ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายจึงนำคดีมาสู่ศาลเพื่อ
ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย

ผู้พิพากษา แบล็คเบิร์น (Blackburn) ได้วางหลักเกณฑ์ว่า การที่บุคคล
หนึ่งบุคคลได้นำสิ่งใดหรือสิ่งก่อสร้างสิ่งหนึ่งใดขึ้นในที่ดินของตนหรือมีหน้าที่ดูแลสิ่งหนึ่งสิ่งใด
เพราะสิ่งของนั้นอยู่ในที่ดินของตน บุคคลนั้นมีหน้าที่โดยเด็ดขาดที่จะต้องดูแลรักษาทรัพย์สินนั้น
และจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากสิ่งนั้นทุกกรณีไป ดังนั้น จำเลยจึงต้องรับผิดใน
คดีนี้ เป็นต้น

2. ต้องเป็นการกระทำโดยรู้สำนึก

การกระทำ หมายถึง "การเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย
โดยรู้สำนึก กล่าวคือ อยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ"¹⁶ (Voluntary Act) หากการกระทำใดที่ทำลงไป
เกิดจากการกระทำที่ไม่รู้สำนึกแล้ว ย่อมถือว่าไม่มีการกระทำและไม่มีความผิด เช่น การกระทำ
ของคนละเมอ หรือคนถูกสะกดจิต เป็นต้น

โดยรู้สำนึก หมายถึง "การอยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ" กล่าวคือ การ
กระทำนั้นอยู่ภายใต้การบังคับแห่งจิตใจ (Voluntary Act) ซึ่งผู้นั้นมีความคิด มีการตกลงใจ และได้
กระทำไป (โดยการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย) ตามที่ได้คิดและตกลงใจไว้¹⁷

ตามความหมายของการกระทำโดยเจตนา นั้น มาตรา 59 แห่งประมวล
กฎหมายอาญาได้ถือตามหลักสากลที่ว่า การกระทำโดยรู้สำนึกต้องประกอบด้วยประสงค์ต่อผล

¹⁵ คดี Rylands V. Fletcher เป็นคดีตัวอย่างของหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดที่มี
ความสำคัญทำให้เกิดการพัฒนากฎหมายที่ทันสมัยและมีผลต่อการปกครองตามมาอย่างมากมาย, แปลจาก
"Rylands v Fletcher", [http://en.wikipedia.org/wiki/Rylands_v_Fletcher], 3 January 2010.

¹⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค1, หน้า 97.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน.

หรือเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น และจะต้องเกิดขึ้นในขณะเดียวกันด้วย จึงจะถือว่า “กระทำโดยเจตนา” เพียงรู้สำนึกอย่างเดียวหาเป็นการกระทำโดยเจตนาไม่¹⁸ กล่าวคือ การรู้สำนึกไม่จำเป็นต้องเป็นเจตนาเสมอไป และเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลต้องรู้สำนึกในการกระทำ ความผิดเสมอ

ดังนั้น การกระทำโดยรู้สำนึก¹⁹ จึงหมายถึง การกระทำโดยรู้สำนึกอย่างเดียว หาใช่เป็นการกระทำชนิดที่เรียกว่า “กระทำโดยเจตนา” ไม่ ยกตัวอย่างเช่น ทหารฝึกยิงเป้ามีคนมาอยู่หลังที่ยิงเป้าโดยที่ทหารคนนั้นไม่เห็น และในขณะที่ยิงปืนคนซึ่งเป้าออกมาโดยไม่มีสัญญาณจึงถูกยิงตาย จากข้อเท็จจริงดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ทหารคนนี้มีกรกระทำที่รู้สำนึก เพราะมีการเคลื่อนไหวร่างกายในการกระทำคือการลั่นไกปืนโดยการสั่งงานจากสมอ ทหารคนดังกล่าวไม่ได้กระทำ “โดยเจตนา” จึงเป็นการรู้สำนึกเพียงอย่างเดียว

การกระทำที่รู้สำนึกซึ่งตัวผู้กระทำรู้ว่าตนเองกำลังทำอะไรตามหลักเกณฑ์ของหลักความรับผิดชอบโดยเด็ดขาด เช่น ผู้ประกอบการโรงงานผลิตยาู้สำนึกว่าตนเองกำลังทำการผลิตยา ผู้ขายเนื้อสัตว์รู้สำนึกว่าตนเองกำลังขายเนื้อสัตว์ เป็นต้น

3. แม้ไม่มีเจตนาและไม่ประมาทก็ต้องรับผิด

กล่าวคือ ถึงแม้ว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดความเสียหายและได้ใช้ความระมัดระวังอันเป็นปกติวิสัยและไม่ประมาทในกิจการนั้น แต่เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นผู้กระทำ ก็ต้องรับผิดในผลของความเสียหายนั้น เนื่องจากกฎหมายต้องการกำหนดมาตรฐานความระมัดระวังให้สูงกว่าความระมัดระวังในปกติ เพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมิใช่ความเสียหายที่เกิดกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการส่วนตัว แต่เป็นความเสียหายที่เกิดกับสาธารณชน ดังนั้น จึงควรที่จะมีการป้องกันระดับความระมัดระวังไว้อย่างสูงที่สุด เพื่อมิให้สาธารณชนต้องอยู่ในภาวะของความเสี่ยง (Risk) ต่ออันตรายที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต โดยหลักเกณฑ์เช่นว่านี้ส่วนมากมักเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภค เช่น คดี United V. Dotterweich²⁰ ซึ่งเจ้าของบริษัทยาต้องรับผิดในความผิดฐานส่งยาที่ไม่ได้มาตรฐานและขายยาที่มีการปลอมปน

¹⁸ พัทธมน จักรางกูร, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ, 2540), หน้า 190-191.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 191.

²⁰ คดี United V. Dotterweich (1943) มีข้อเท็จจริงคือ จำเลยเป็นเจ้าของและอยู่ในตำแหน่งประธานกรรมการบริษัทยา ได้ถูกฟ้องร้องเป็นจำเลยฐานขนส่งยาซึ่งมิได้ประทับตราฉลาก (Misbrand) และมีการปลอมปนยาในการค้าระหว่างประเทศตามกฎหมาย “Federal Food Brag and Cosmetic Act 1958” ซึ่งจำเลยมิได้รู้ข้อเท็จจริงว่ายาที่ผลิตมิได้ประทับตราฉลาก เนื่องจากเป็นความรับผิดชอบของลูกค้า และไม่

4. ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงโดยทั่วไป ไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวเพื่อให้พ้นจากความรับผิดได้

หลักความรับผิดโดยเด็ดขาดเป็นข้อยกเว้นของหลักเจตนาซึ่งโยงมาจากหลักเกณฑ์ในข้อ 3. เพราะหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดเป็นหลักที่ไม่ต้องการเจตนาซึ่งรวมไปถึงการรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดนั้นด้วย เพราะการรู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดนั้นเป็นส่วนหนึ่งของเจตนา

การรู้ข้อเท็จจริงนั้น เป็นขั้นตอนแรกมาก่อนเจตนา กล่าวคือ ในขั้นแรกผู้กระทำได้กระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงก่อน²¹ แล้วจึงมีเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น ซึ่งการรู้ข้อเท็จจริงนั้น เพียงแค่ผู้กระทำรู้แต่ในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงโดยทั่วไปเท่านั้นก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นที่จะต้องรู้รายละเอียดในข้อเท็จจริงนั้นเป็นการเฉพาะเจาะจง กล่าวคือการรู้ไม่จำเป็นต้องรู้ในรายละเอียดตามความเป็นจริงที่เรียกว่า “Actual knowledge” แต่ก็ไม่ใช่ว่ารู้เพียงแต่สิ่งที่คาดว่าจะเป็นไปได้ที่เรียกว่า “Potential knowledge” เท่านั้น ดังนั้นขอบเขตของการรู้จึงอยู่ระหว่าง “Actual knowledge” กับ “Potential knowledge”²² นอกจากนี้ หากการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดนั้นไม่ได้รู้มาตั้งแต่ต้นแต่มารู้ในคราวหลัง ย่อมถือไม่ได้ว่าอยู่ในความหมายของการรู้ กล่าวคือ การรู้ข้อเท็จจริงนั้นจะต้องรู้ในขณะที่กระทำ ซึ่งเรียกว่า “Dolus subsequences”

ดังนั้น เมื่อหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดเป็นหลักที่ไม่ต้องการเจตนา จึงไม่ต้องการการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดด้วย ผู้กระทำจึงไม่อาจอ้างความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงเป็นข้อแก้ตัวเพื่อให้พ้นผิดได้

มาก่อนว่ายาของบริษัทดังกล่าวถูกปลอมปนเมื่อใด อีกทั้งบริษัทได้ใช้ความระมัดระวังในการผลิตตามนโยบายของบริษัทอย่างปกติทั่วไปภายใต้การกำกับดูแลของผู้จัดการบริษัทแล้ว ดังนั้นจำเลยจึงไม่อยู่ในฐานะที่รู้เห็นกับการกระทำดังกล่าวด้วย แต่ศาลได้ตัดสินให้จำเลยมีความผิด โดยให้เหตุผลว่า จำเลยมีฐานะเป็นเจ้าของบริษัทและยังเป็นประธานกรรมการบริษัทจึงต้องใช้ความระมัดระวังในระดับสูงในการป้องกันความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นก่อนที่จะมีการนำยาออกสู่สาธารณะให้ตี เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายต่อสาธารณสุข.

²¹ แสง บุญเฉลิมวิภาส , หลักกฎหมายอาญา, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2546), หน้า 58-59.

²² _____, ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า19.

5. ต้องมีการกระทำ (Actus Reus)

หลักความรับผิดทางอาญาโดยทั่วไป จะต้องมียุติธรรมประกอบที่ครบทั้งส่วนของ การกระทำที่เป็นความผิด (Actus Reus) และส่วนของเจตนาร้าย (Mens Rea) แต่หลักความรับผิดโดยเด็ดขาด ต้องการเพียงส่วนของ การกระทำ (Actus Reus) เท่านั้น ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลักความรับผิดทางอาญาโดยทั่วไป²³

Actus Reus²⁴ หมายถึง การกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายห้าม ซึ่งถือได้ว่าเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญา ซึ่ง Actus reus สามารถแยกพิจารณาได้ 2 ส่วน คือ ส่วน Actus และส่วน Reus ดังนี้

5.1 ส่วน Actus²⁵ หมายถึง "การกระทำในทางอาญา" โดยสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

- (1) การกระทำ (Act)
- (2) การงดเว้นการกระทำ (Omission)
- (3) สถานการณ์ (State of Affair)
- (4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

การกระทำเป็นองค์ประกอบภายนอกโดยการกระทำ หมายถึง "การเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย" ซึ่งความรับผิดเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำ (Actus) ที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด หากไม่มีการกระทำก็ย่อมไม่มีความรับผิดเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีแม้ไม่มีการกระทำแต่บุคคลนั้นยังต้องรับผิด เช่น กรณีความผิดอาญาอันเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) เป็นต้น

5.2 ส่วน Reus²⁶ หมายถึง "ความผิด จำเลย หรือผู้ที่ถูกพิพากษาว่าผิด" ซึ่งเมื่อมีการกระทำในส่วน Actus แล้ว จะต้องพิจารณารว่าการกระทำนั้นผิด

²³ Lauria L. Levenson, "Good Faith Defense : Reshaping Strict Liability Crimes", p. 402.

²⁴ Actus reus สามารถเรียกในศัพท์ภาษาอังกฤษว่า guilty act หรือ criminal act ซึ่งใน เว็บไซต์ Wikipedia ได้ให้ความหมายว่า Actus reus, sometimes called the external element or the objective element of a crime, is the Latin term for the "guilty act" see also "Actus reus", [http://en.wikipedia.org/wiki/Actus_reus], 11 February 2009.

²⁵ ศึกษาเพิ่มเติมได้จาก แสง บุญเฉลิมวิภาส , ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา, หน้า 37-46.

²⁶ Reus สามารถเรียกในศัพท์ภาษาอังกฤษว่า "wrong".

กฎหมายในส่วน ที่เป็น *Reus* ด้วยหรือไม่ การกระทำนั้นจึงจะสมบูรณ์ในความหมายของการกระทำที่ผิด เพราะหากมีแต่ส่วนที่เป็นการกระทำ *Actus* แต่ขาดความผิดในส่วน *Reus* การกระทำนั้นก็ไม่มีความผิด และไม่สามารถลงโทษผู้กระทำนั้นได้ เพราะเมื่อรวมคำว่า *Actus Reus* แล้วจะหมายถึง การกระทำที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด

กล่าวโดยสรุป องค์ประกอบความผิดของหลักความรับผิดทางอาญา โดยทั่วไป ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จะต้องมีทั้งส่วนของการกระทำ (*Actus Reus*) และเจตนาร้าย (*Mens Rea*) แต่หลักความรับผิดโดยเด็ดขาดนั้นต้องการเพียงส่วนของ การกระทำ (*Actus Reus*) เพียงอย่างเดียวเท่านั้น เนื่องจากหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดไม่ต้องการพิจารณาว่าผู้กระทำจะมีเจตนาร้าย (*Mens Res*) หรือไม่ หากผู้ใดมีการกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด ผู้นั้นก็ย่อมมีความผิดทันที

6. ในกรณีที่กฎหมายต้องการเจตนาพิเศษนอกเหนือจากเจตนาธรรมดา นั้น ผู้กระทำก็ต้องมีเจตนาพิเศษด้วย

กล่าวคือ หากความผิดมาตรานั้นๆ บทบัญญัติของกฎหมายต้องการเจตนาพิเศษนอกเหนือจากเจตนาธรรมดาแล้ว ผู้กระทำก็ต้องมีเจตนาพิเศษด้วย²⁷ โดยผู้เสียหายต้องพิสูจน์เจตนาพิเศษของผู้กระทำนั้นด้วย หากไม่สามารถพิสูจน์เจตนาพิเศษได้ แม้ว่ากฎหมายจะกำหนด ให้ในส่วนของเจตนาธรรมดานั้น แม้ผู้กระทำไม่มีเจตนา ผู้กระทำก็มีความผิดได้ก็ตาม ผู้กระทำก็ย่อมไม่ต้องรับผิด

หลักดังกล่าวเกิดจากการตีความตามพระราชบัญญัติศาลการ พ.ศ.2469 มาตรา 27 และพระราชบัญญัติศาลการ (ฉบับที่ 9) พ.ศ.2482 มาตรา 16²⁸ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 942/2503²⁹ โดยศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาดังกล่าวนี้ว่า "ตามความในบทบัญญัติของมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติศาลการ (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2482 นั้น หาได้ลบล้างองค์ประกอบความผิดที่จะต้องกระทำโดยเจตนาจะช้อค่าภาษี" ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติศาลการ พ.ศ.2469 นั้นให้สิ้นไปไม่ เพราะในมาตรา 16 หมายความว่าถึงแต่เพียงมิให้คำนึงถึงเจตนาแห่งการกระทำเท่านั้นส่วนความมุ่งหมายแห่งการกระทำหรือความประสงค์ต่อผลนั้น ยังคง

²⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 303.

²⁸ มาตรา 16 แห่ง พระราชบัญญัติศาลการ (ฉบับที่ 9) พ.ศ.2482 บัญญัติว่า "การกระทำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 และมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติศาลการ พุทธศักราช 2469 นั้น ให้ถือว่ามีความผิดโดยมีพิกัดคำนึงว่าผู้กระทำมีเจตนา หรือกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือหาไม่".

²⁹ "คำพิพากษาฎีกาที่ 942/2503",

ต้องเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 27 นั้นอยู่โดย (ในที่ประชุมใหญ่ครั้งที่ 13/2503) ระบุว่า “จำเลยนำของเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตในแบบพิมพ์เพราะถือว่าเป็นของส่วนตัว แต่ไม่ได้คิดว่าจำเลยมีเจตนาจะฉ้อค่าภาษีของรัฐบาล จำเลยยังไม่มีความคิด” ซึ่งถือได้ว่าเป็นการวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวเรื่อยมา

7. การกำหนดลักษณะความผิด เป็นเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองสวัสดิภาพและประโยชน์ของสาธารณะ (Public Welfare) เป็นส่วนใหญ่ แต่บางส่วนเป็นเรื่องนโยบายทางอาญา (Criminal Policy)

กล่าวคือเป็นหลักซึ่งแยกต่างหากออกมาจากหลักความรับผิดทางอาญาโดยทั่วไป เพราะเป็นเรื่องซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับสาธารณชนโดยตรง เช่น ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการขายเครื่องดื่มมีนเมาให้แก่บุคคลบางประเภท ได้แก่ เด็ก หรือผู้ซึ่งมีนเมาอยู่แล้ว หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่สาธารณะ เป็นต้น โดยต่อมาได้มีการนำหลักดังกล่าวไปใช้ในกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐอีกด้วย

8. เป็นการใช้หลัก “Concept of Criminal Culpability” หรือการกระทำที่น่าตำหนิตามกฎหมายในทางอาญา

โดยปกติหลักการกระทำที่น่าตำหนิตามกฎหมาย (Criminal Culpability) จะต้องเป็นการกระทำที่มีเจตนาร้าย (Mens Rea) แต่หลักความรับผิดโดยเด็ดขาดดังกล่าว ไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์เรื่องเจตนาร้ายเพียงอย่างเดียว การกระทำโดยประมาทก็ถือได้ว่าผู้กระทำมีสภาวะทางจิตใจที่น่าตำหนิเช่นกัน³⁰ เพราะถือได้ว่าเพียงพอที่จะถือได้ว่าน่าตำหนิและก่อให้เกิดความรับผิดได้ โดยมีข้อเสนอจากนักกฎหมายอเมริกันได้เสนอให้หลักความรับผิดโดยเด็ดขาดเป็นการกระทำหนึ่งที่น่าตำหนิตามกฎหมาย (Criminal Culpability) โดยไม่มีเจตนาร้ายได้ กล่าวคือ การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่น่าตำหนิตามกฎหมาย (Criminal Culpability) ทางอาญา

9. สิ่งที่จะถือเป็นความผิด (Fault) นั้นต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด คือ เป็นการกำหนดหน้าที่ที่จะต้องให้ความระมัดระวังอย่างสูงในระดับที่กฎหมายกำหนด³¹ (High standard of care required by law)

โดยปกติทั่วไป การกระทำที่ไม่มีทั้งเจตนาและประมาทนั้น กฎหมายไม่สามารถลงโทษได้เนื่องจากผู้กระทำไม่มีความผิด แต่ในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นกับสาธารณชนและมีผลกระทบกระเทือนต่อความสงบสุขของสังคมส่วนรวมแล้ว กฎหมายจึงต้อง

³⁰ Hyman Gross , A Theory of Criminal Justice, (New York, Oxford University Press,1979), p.137-139.

³¹ Marianne Giles, Criminal Law in a Nutshell, (4 Edition , London 1996), p.25.

กำหนดการกระทำนั้นให้เป็นสิ่งที่น่าตำหนิตามกฎหมาย ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดให้บุคคลต้องมีความระมัดระวังไว้อย่างสูงกว่าปกติวิสัยของบุคคลทั่วไป เช่น ผู้ประกอบการโรงงาน มีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างสูงอย่างยิ่ง เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายแก่สิ่งแวดล้อมในบริเวณที่ตั้งของโรงงานและในละแวกใกล้เคียง

10. การกระทำที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบโดยเด็ดขาด จัดเป็นการกระทำที่กระทบต่อความรู้สึกทางศีลธรรมอันดีของประชาชนเช่นเดียวกับการกระทำผิดทางอาญาโดยทั่วไป แต่มีลักษณะเป็นไปในทางอ้อมไม่ชัดเจน³²

ในบางครั้งเมื่อเกิดความเสียหายต่อสาธารณชนหรือเกิดความเดือดร้อนในสังคมขึ้นอย่างกว้างขวาง แต่ไม่อาจดำเนินและลงโทษผู้กระทำด้วยเหตุผลจากกฎเกณฑ์ทางศีลธรรม เพราะผู้กระทำไม่มีเจตนาหรือประมาท ดังนั้น จึงต้องมีการกำหนดกฎหมายขึ้นมาเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อสาธารณชน โดยให้การกระทำที่ไม่มีเจตนาและประมาทดังกล่าว เป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยทางอ้อม

2.2 แนวคิดการคุ้มครองเด็ก

เด็กเป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่า เพราะเด็กจะต้องเจริญเติบโตเป็นกำลังสืบต่อในอนาคต จึงควรที่จะต้องมีมาตรการในการให้ความดูแลคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษ แต่จากสภาพสังคมที่เด็กควรจะได้รับกลับกลายเป็นเด็กถูกระงับเอาเปรียบ ถูกกดขี่ข่มเหง ถูกแสวงหาผลประโยชน์ ตลอดจนถูกล่วงละเมิดทางเพศมาโดยตลอด ดังนั้นแนวคิดเรื่องการคุ้มครองเด็กจึงเป็นประเด็นที่สำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านสิทธิมนุษยชน

ในอดีต การให้ความคุ้มครองเด็กมักจะมุ่งเน้นที่ความอยู่รอดและการพัฒนาเท่านั้น (Survival and Development)³³ แต่จากสภาวะความเป็นจริงที่เกิดขึ้น เด็กที่ตกเป็นเหยื่อกลับไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ และปัญหาการกระทำผิดต่อตัวเด็กมีอย่างต่อเนื่อง ดังนั้นจึงต้องมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงโดยความร่วมมือทั้งจากในประเทศและต่างประเทศ

³² จีราวุฒิ เตชะพันธุ์, ความรับผิดชอบอาญาที่ไม่ต้องการเจตนา, หน้า 57.

³³ ไพรัช บวรสมพงษ์, การคุ้มครองเด็กผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญากับประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็ก, (วิทยานิพนธ์สังคมสงเคราะห์ศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 31.

2.2.1 ความหมายของ “เด็ก”

การให้คำนิยามของคำว่า “เด็ก” จะมีความหมายที่แตกต่างกันไปตามแต่ละยุคแต่ละสมัย และตามวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองและลงโทษเด็กที่แตกต่างกันของแต่ละสังคม ซึ่งผู้เขียนจะแบ่งความหมายของคำว่า “เด็ก” ออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

1. ความหมายตามบทบัญญัติกฎหมายทั่วไปของประเทศไทย

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ให้คำนิยามคำว่า “เด็ก หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 บัญญัติว่า “เด็กอายุยังไม่เกินเจ็ดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 บัญญัติว่า “เด็กอายุกว่าเจ็ดปีแต่ยังไม่เกินสิบสี่ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจที่จะดำเนินการดังต่อไปนี้...”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำซ้ำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ....

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษ...”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ...”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 282 วรรคสาม บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำต้องระวางโทษ...”

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 4 บัญญัติว่า “เด็กหมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส”

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 มาตรา 4 บัญญัติว่า “เด็ก หมายความว่า บุคคลอายุเกินเจ็ดปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่เกินสิบสี่ปีบริบูรณ์” และคำว่า “เยาวชน หมายความว่า บุคคลอายุเกินสิบสี่ปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์”

2. ความหมายตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 (Convention on the Rights of the Child ; CRC,1989) ข้อ 1 ระบุว่า “เด็ก หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี นอกเสียจากว่าภายใต้กฎหมายที่มีผลบังคับใช้ต่อเด็กผู้นั้นได้มีการกำหนดอายุการบรรลุนิติภาวะของการเป็นผู้ใหญ่ไว้ต่ำกว่านั้น”³⁴

คำว่า “เด็ก” ในคำนิยามทางกฎหมายมีความแตกต่างหลากหลายกันไป โดยเฉพาะเรื่องของเกณฑ์อายุที่ใช้กำหนด ซึ่งถ้าหากเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในอันที่จะคุ้มครองปกป้องและส่งเสริมการใช้สิทธิเด็กในเรื่องต่างๆ กฎหมายจะกำหนดเกณฑ์อายุเอาไว้สูง คือ เกือเกณฑ์อายุเด็กต่ำกว่า 18 ปี แต่ถ้าเป็นกฎหมายที่จะลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดต่อตัวเด็ก โดยเฉพาะกรณีความผิดทางเพศแล้ว พบว่า กฎหมายจะกำหนดให้ถือเกณฑ์อายุให้ต่ำลงมากกว่า 18 ปี โดยในบางประเทศมีการกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กให้ต่ำกว่า 14 ปี หรือ 15 ปี ซึ่งทั้งนี้ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละเรื่องไป

กล่าวโดยสรุป จากการพิจารณาคำนิยามดังกล่าว จึงสรุปได้ว่า “เด็ก” หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี ส่วนคำว่า “ผู้ใหญ่” หมายถึง บุคคลที่มีอายุมากกว่า 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี ซึ่งจะมีความสอดคล้องกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาหลายๆ มาตราของประเทศไทย เช่น มาตรา 277 หรือมาตรา 289 เป็นต้น

2.2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็ก

เด็กเป็นส่วนหนึ่งของสังคมที่มีสถานะเป็นมนุษย์ ดังนั้นสิทธิของเด็กจึงเป็นสิทธิของมนุษย์ชนที่มีอยู่ตามธรรมชาติตั้งแต่คลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก ซึ่งการให้ความเคารพต่อสิทธิมนุษยชนนั้น จะต้องเริ่มต้นจากการให้ความดูแล เอาใจใส่เด็ก และต้องให้เคารพต่อศักดิ์ศรีของเด็ก เพื่อให้เด็กสามารถพัฒนาตนเองได้อย่างเต็มที่และเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่สมบูรณ์และมีคุณภาพของสังคม

ประเทศไทยได้มีบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิเด็กในหลายลักษณะ โดยแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเด็กได้บัญญัติในลักษณะทั่วไปในกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 นอกจากนี้ยังได้มีการบัญญัติแยกประเภทไว้ในกฎหมายลักษณะต่างๆ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์และเด็ก พระราชบัญญัติ

³⁴ “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก”, [www2.djop.moj.go.th/law/files/10040001.pdf], 13 June

คุ้มครองเด็ก พระราชบัญญัติจัดตั้งและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว เป็นต้น ซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้ล้วนแล้วแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเด็กทั้งสิ้น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550³⁵ ได้ให้ความสำคัญแก่เด็กโดยให้หลักประกันสิทธิเด็กและคุ้มครองเสรีภาพ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวถึง ความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันของบุคคล และห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างของอายุ กล่าวคือ เด็กจะมีฐานะเสมือนคนอื่นๆในสังคม มีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ นอกจากการที่เด็กจะได้รับปัจจัย 4 แล้ว เด็กยังได้รับโอกาสให้สามารถแสดงออกทางความคิด และการกระทำเท่าที่ไม่เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น และไม่ก่อให้เกิดความเสียหายหรืออันตรายต่อตัวเด็กเอง

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายอาญา ได้มีบทบัญญัติหลายมาตราที่มุ่งคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษ โดยเฉพาะความผิดที่เกี่ยวกับเพศ เช่น มาตรา 277 วรรคหนึ่งและวรรคสาม³⁶ หรือ มาตรา 279 เป็นต้น โดยกำหนดอายุของเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายไว้ให้สัมพันธ์กับโทษที่จะลง กล่าวคือ ยิ่งผู้เสียหายอายุน้อยเท่าไร โทษก็ยิ่งหนักขึ้นเท่านั้น เจตนารมณ์ของกฎหมายที่บัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องศีลธรรมทางเพศ กล่าวคือ ต้องการ

³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 30 “บุคคลย่อมเสมอภาคในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิดเชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”.

³⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

...

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”.

มาตรา 279 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”.

คุ้มครองความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็ก เพราะเด็กยังต้องมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา เป็นต้น

สำหรับแนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กตามข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศในสมัยก่อนใช้เฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือองค์กรระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ได้รับรองสิทธิของเอกชนแต่อย่างใด จนกระทั่งได้มีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น³⁷ ได้มีแนวความคิดสมัยใหม่ยอมรับว่า เด็กเป็นบุคคลทางกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป และสมควรได้รับการปกป้องคุ้มครอง ซึ่งต่อจากแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิเด็กได้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องเรื่อยมา จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1920 ได้มีการก่อตั้งสภากองทุนช่วยเหลือเด็กระหว่างประเทศขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือเด็กที่ถูกล่วงละเมิดสิทธิในประเทศต่างๆ รวมทั้งการล่วงละเมิดทางเพศ

จากการพัฒนาอย่างต่อเนื่องเรื่อยมา คำว่า “สิทธิมนุษยชน” จึงเป็นที่รู้จักแพร่หลายกันจนถึงปัจจุบัน โดยมีการรับรองสิทธิมนุษยชนในกฎบัตรสหประชาชาติ ค.ศ. 1945

ข้อตกลงระหว่างประเทศที่สำคัญเกี่ยวกับสิทธิเด็ก ได้แก่

2.2.2.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ปฏิญญาสากลว่าด้วยเรื่องสิทธิมนุษยชน ซึ่งประกาศโดยสมัชชาสหประชาชาติเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 นี้ยังไม่มีฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ แต่จัดเป็นคำประกาศที่ได้รับการยอมรับโดยมติเอกฉันท์จากที่ประชุมสมาชิกของสหประชาชาติ รวมถึงประเทศไทยด้วย โดยปฏิญญาสากลได้มีการระบุเกี่ยวกับสิทธิเด็กในข้อ 25(2) ว่า มารดา และเด็กชอบที่จะได้รับการดูแลและความช่วยเหลือเป็นพิเศษ เด็กทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นเด็กในหรือนอกสมรสย่อมได้รับการคุ้มครองทางสังคมเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ปฏิญญาสากลดังกล่าวมิได้มีการระบุว่า เด็กมีสิทธิในตัวเองที่จะได้รับบริการต่างๆ หรือมีสิทธิในฐานะพลเมืองหรือสิทธิทางการเมือง หากแต่เด็กได้รับเพียงแต่การปกป้องเท่านั้น³⁸

2.2.2.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - ICESCR)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีการประกาศเมื่อปี พ.ศ. 2509 โดยองค์การสหประชาชาติ

³⁷ วินัย ตันวิสุทธ์ และคณะ, บทบาทของอัยการจังหวัดในคณะกรรมการคุ้มครองเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546, (ภาคนิพนธ์การฝึกอบรมหลักอัยการจังหวัด, สำนักงานอัยการสูงสุด), หน้า 3-6.

³⁸ ไพรัช บวรสมพงษ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 32.

สนับสนุนให้มีขึ้นเพื่อบังคับใช้กับประเทศที่ลงนามเป็นภาคี โดยได้กำหนดถึงสิทธิของเด็กไว้ใน มาตรา 10 ว่า "มาตรการคุ้มครองและช่วยเหลือพิเศษควรจัดเพื่อเด็กและผู้เยาว์ทั้งหมดโดยไม่เลือกปฏิบัติ เพราะสาเหตุจากพ่อแม่หรือเงื่อนไขอื่นๆ เด็กและผู้เยาว์ควรได้รับการคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจและทางสังคม การจ้างให้ทำงานซึ่งเป็นภัยต่อศีลธรรมหรือ สุขภาพหรือเป็นอันตรายต่อชีวิตหรือน่าจะขัดขวางการเจริญเติบโตตามปกติของเด็กควรถูกกลบโห้ ตามกฎหมาย รัฐควรจำกัดอายุขั้นต่ำ ซึ่งการว่าจ้างแรงงานเด็กจะทำได้ และควรกลบโห้โดย กฎหมาย"³⁹

2.2.2.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เป็นสนธิสัญญาพหุภาคี ซึ่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ให้การรับรองเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2509 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2519 สนธิสัญญานี้ให้คำมั่นสัญญาว่าภาคีจะเคารพสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของบุคคล ซึ่งรวมถึงสิทธิในชีวิต เสรีภาพ ในศาสนา เสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการรวมตัว สิทธิเลือกตั้ง และสิทธิในการได้รับการ พิจารณาความอย่างยุติธรรม⁴⁰ โดยมีผลบังคับแก่ประเทศภาคีสมาชิก โดยได้มีการกำหนดสิทธิ เด็กให้เป็นการเฉพาะไว้ดังนี้

ข้อ 6 (5) "บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี ที่กระทำความผิดจะถูก พิพากษาประหารชีวิตมิได้ และจะดำเนินการประหารชีวิตสตรีขณะมีครรภ์มิได้"

ข้อ 10 (2) (ข) "ต้องแยกผู้ต้องหาที่เป็นเด็กและเยาวชนออกจาก ผู้ต้องหาที่เป็นผู้ใหญ่ และให้นำตัวขึ้นพิจารณาพิพากษาคดีให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้"

ข้อ 14 (4) "ในกรณีของบุคคลที่เป็นเด็กหรือเยาวชน วิธี พิจารณาความให้เป็นไปโดยคำนึงถึงอายุและความปรารถนาที่จะส่งเสริมการแก้ไขฟื้นฟูความ ประพฤติของบุคคลนั้น "

ข้อ 18 (4) "รัฐภาคีทั้งหลายแห่งกติกาฉบับนี้ รับที่จะเคารพ เสรีภาพของบิดามารดาและผู้ปกครอง ตามกฎหมายในอันที่จะให้การศึกษาด้านศาสนาและ ศีลธรรมแก่เด็กตามความเชื่อของตน"

³⁹ "กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม",

[<http://www.ripd.moj.go.th/ripdnews/Files/NewsFiles/new510212691606.pdf>], 23 December 2010.

⁴⁰ "กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง",

[<http://th.wikipedia.org/wiki/กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง>], 15 June 2010.

ข้อ 24 (1) “เด็กทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยมาตรการต่างๆที่จำเป็นตามสถานะของผู้เยาว์ จากครอบครัวของตน สังคมและรัฐ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติอันเนื่องจาก เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน หรือกำเนิด

(2) เด็กทุกคนต้องได้รับการจดทะเบียนทันทีภายหลัง การเกิด และต้องมีชื่อ

(3) เด็กทุกคนมีสิทธิที่จะได้มาซึ่งสัญชาติ”

2.2.2.4 ปฏิญญาสากลว่าด้วยเรื่องสิทธิเด็ก ค.ศ. 1924 หรือปฏิญญา เจนีวา (the Declaration of Geneva 1924)

สิทธิเด็กเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน แต่เด็กเป็นกลุ่มคนที่ต้องการ การปกป้องคุ้มครองมากกว่าคนทั่วไป เนื่องจากความสามารถของสภาวะทางร่างกายและ สติปัญญาของเด็กมีน้อยกว่าผู้ใหญ่จึงต้องได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษเพื่อให้เกิดพัฒนาการและ เจริญเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่เป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าต่อสังคม ซึ่งนานาชาติได้เห็นความสำคัญ ของการปกป้องคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้นในปี ค.ศ. 1924 องค์การสันนิบาตชาติได้ ประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก หรือที่เรียกว่าปฏิญญาเจนีวา (the Declaration of Geneva 1924) ขึ้นที่นครเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ว่าด้วยเรื่องเด็กจำเป็นต้องได้รับอาหาร การ รักษาพยาบาล และการช่วยเหลือ โดยถือว่าเด็กเป็นเป้าหมายแห่งการเอาใจใส่ แต่มิใช่หมายถึง เด็กมีสิทธิในตนเองเท่านั้น⁴¹

อย่างไรก็ตาม ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กยังคงเป็นเพียงคำประกาศที่มีใช้ กฎหมายระหว่างประเทศ ต่อมาสหประชาชาติได้พัฒนาการคุ้มครองเด็กให้เป็นกฎหมายระหว่าง ประเทศในรูปของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child 1989) ซึ่ง อยู่ในรูปแบบปัจจุบัน⁴²

2.2.2.5 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ (The United Nations Declaration on the Rights of the Child 1959)⁴³

⁴¹ ไพรซ์ บวรสมพงษ์, การคุ้มครองเด็กผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญากับ ประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็ก, หน้า 32.

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 37.

⁴³ See also, “United Nations Declaration of the Rights of the Child”,

[http://www.canadiancrc.com/UN_CRC/UN_Declaration_on_the_Rights_of_the_Child.aspx],

23 December 2010.

ประกาศปฎิญญาดังกล่าว เป็นการให้สิทธิเด็กในฐานะที่เป็นพลเมือง และสิทธิทางการเมืองว่าด้วยเด็กมีสิทธิที่จะมีชื่อและได้สัญชาติจากการเกิด ซึ่งระบุถึงสิทธิของเด็กไว้ 10 ข้อ⁴⁴ ดังนี้

ข้อ 1. เด็กและเยาวชน พึ่งได้รับสิทธิเท่าเทียมกันโดยปราศจากการแบ่งแยกหรือกีดกัน ไม่ว่าจะโดยวิธีใด ๆ ในเรื่อง เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง เผ่าพันธุ์แห่งชาติ หรือ สังคมทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่น ๆ ไม่ว่าจะของเด็กหรือของครอบครัวก็ตาม

ข้อ 2. เด็กและเยาวชน พึ่งได้รับการพิทักษ์คุ้มครองเป็นพิเศษ อันจะช่วยให้เด็กสามารถพัฒนาทั้งทางกาย ทางสมอง และจิตใจ เพื่อให้ร่วมอยู่ในสังคมได้อย่างปกติชน

ข้อ 3. เด็กและเยาวชนมีสิทธิที่จะมีชื่อและมีสัญชาติแต่กำเนิด

ข้อ 4. เด็กและเยาวชน พึ่งได้รับความมั่นคงทางสังคมและต้องเติบโตอย่างสมบูรณ์ ดังนั้นทั้งแม่และเด็ก ควรได้รับการดูแลและคุ้มครองเป็นพิเศษ ทั้งเมื่ออยู่ในครรภ์และภายหลังเมื่อคลอดแล้ว โดยได้รับสิทธิในเรื่องที่อยู่อาศัย ได้รับอาหาร ได้รับการดูแลทางแพทย์ โดยเฉพาะเด็ก ๆ ให้ได้รับการเล่นรื่นเริงเพลิดเพลินด้วย

ข้อ 5. เด็กและเยาวชนที่พิการทั้งทางร่างกาย สมอง และจิตใจ มีสิทธิที่จะได้รับการรักษาพิเศษ หมายถึง การดูแลรักษาและการศึกษาที่เหมาะสมกับสภาวะของเด็กโดยเฉพาะ

ข้อ 6. เด็กและเยาวชน พึ่งได้รับความรักและความเข้าใจ อันจะช่วยพัฒนาบุคลิกของตน โดยเติบโตอยู่ในความรับผิดชอบของบิดามารดาของเด็กเอง และในทุกกรณี เด็กจะต้องอยู่ในบรรยากาศที่เต็มไปด้วยความรัก ความอบอุ่น ปลอดภัย และไม่พลัดพรากจากพ่อแม่ ในกรณีที่เด็กไม่มีครอบครัวหรือมาจากครอบครัวที่ยากจน และมีลูกมากก็จะได้รับความช่วยเหลือเป็นพิเศษจากรัฐหรือองค์กรต่าง ๆ

ข้อ 7. เด็กและเยาวชนมีสิทธิที่จะได้รับการศึกษา ซึ่งควรจะถูกจัดให้เปล่าอย่างน้อยในชั้นประถมศึกษา เพื่อเป็นการส่งเสริมวัฒนธรรมโดยทั่ว ๆ ไป และให้เด็กเติบโตเป็นสมาชิกผู้ยังประโยชน์ต่อสังคมคนหนึ่ง การศึกษานี้คลุมไปถึงการแนะแนวทางชีวิต ซึ่งมีบิดามารดาเป็นผู้รับผิดชอบก่อนบุคคลอื่น ๆ เด็กจะต้องมีโอกาสได้รับความสนุกสนาน

⁴⁴ "ปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ", [http://www.educatepark.com/story/kid_day.php], 23 December 2010.

ผลิตเพลินจากการเล่นและรื่นเริงพร้อมกันไปด้วย

ข้อ 8. เด็กและเยาวชน จะเป็นบุคคลแรกที่ได้รับการคุ้มครอง และการสงเคราะห์ในทุกกรณี

ข้อ 9. เด็กและเยาวชน พึงได้รับการปกป้องให้พ้นจากการถูกทอดทิ้ง จากความโหดร้ายทารุณและการถูกข่มเหงรังแกทุกชนิด เด็กจะต้องไม่กลายเป็นสินค้า ไม่ว่าในรูปใด จะต้องไม่มีการรับเด็กเข้าทำงานก่อนวัยอันสมควร ไม่มีการกระทำใดๆ อันจะมีขักจูงหรืออนุญาตเด็กให้จำต้องรับจ้างทำงาน ซึ่งอาจจะเป็นผลร้ายต่อสุขภาพของเด็ก หรือเป็นเหตุให้การพัฒนาทางกายทางสมองและทางจิตใจของเด็กต้องเสื่อมลง

ข้อ 10. เด็กและเยาวชน พึงได้รับการคุ้มครองให้พ้นจากการกระทำที่แสดงถึงการกีดกัน แบ่งแยก ไม่ว่าทางเชื้อชาติ ศาสนาหรือรูปใด ๆ เด็กจะต้องได้รับการเลี้ยงดูให้เติบโตขึ้นมา ในภาวะแห่งจิตที่เต็มไปด้วยความเข้าใจ และมีการหย่อนหนักหย่อนเบามิตรภาพระหว่างชนชาติต่าง ๆ สันติภาพ และภาพสากส และด้วยการสำนึกเต็มที่ว่า พละกำลังและความสามารถพิเศษในตัวเขา ควรจะอุทิศเพื่อรับใช้เพื่อนมนุษย์ด้วยกัน

2.2.2.6 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child - CRC)⁴⁵

สมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับรองอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2532 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 2 กันยายน พ.ศ. 2533 โดยประกอบด้วยบทบัญญัติ 54 ข้อ ได้แก่เรื่องเกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็กโดยตรง ซึ่งเน้นหลักพื้นฐาน 4 ประการ และแนวทางในการตีความอนุสัญญาทั้งฉบับ ได้แก่⁴⁶

ข้อ 1. การห้ามเลือกปฏิบัติต่อเด็กและการให้ความสำคัญแก่เด็กทุกคนเท่าเทียมกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของเด็ก ในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง ชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิด หรือสถานะอื่นๆ ของเด็ก หรือบิดามารดา หรือผู้ปกครองทางกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กมีโอกาสที่เท่าเทียมกัน

ข้อ 2. การกระทำหรือการดำเนินการทั้งหลายต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นอันดับแรก

ข้อ 3. สิทธิในการมีชีวิต การอยู่รอด และการพัฒนาทางด้านจิตใจ อารมณ์ สังคม

⁴⁵ "สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ", [http://www.nhrc.or.th/menu_content.php?doc_id=29#1], 1 June 2010.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน.

ข้อ 4. สิทธิในการแสดงความคิดเห็นของเด็ก และการให้ความสำคัญ
สำคัญ กับความคิดเหล่านั้น

ถ้อยแถลงตีความและข้อสงวน ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคี
อนุสัญญาฉบับนี้ โดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ. 2535 และมีผลใช้บังคับกับ
ประเทศไทยเมื่อวันที่ 26 เมษายน พ.ศ. 2535 ซึ่งได้ตั้งข้อสงวนเอาไว้ 3 ข้อ หลังจากที่ได้เข้าเป็น
ภาคีไว้ ซึ่งได้แก่

ข้อ 7 เรื่องการจดทะเบียนเกิด และการให้สัญชาติแก่เด็กผู้ลี้ภัย
หรือผู้อพยพที่เกิดในประเทศไทย

ข้อ 22 เรื่องสถานะของเด็กผู้ลี้ภัย

ข้อ 29 (ค) เรื่องสิทธิการศึกษาของชนกลุ่มต่างๆ ที่จะสามารถ
ดำรงรักษาเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม ภาษา และค่านิยมของเด็กตนเองได้

และต่อมาประเทศไทยได้ถอนข้อสงวนข้อที่ 29 เมื่อวันที่ 11 เมษายน
พ.ศ.2540⁴⁷

อนุสัญญาฉบับนี้มุ่งที่จะตั้งมาตรฐานสากลเพื่อคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษ
โดยกำหนดหลักการเพื่อการคุ้มครองเด็กทั้งทางร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็กไว้
อย่างชัดเจน กล่าวคือ มุ่งคุ้มครองไม่ให้เด็กถูกข่มเหงรังแก หรือถูกล่วงละเมิดสิทธิเนื้อร่างกาย
ชีวิต เสรีภาพ รวมทั้งสวัสดิภาพ ไม่ว่าจะกรณีใดๆ เช่น การทำร้าย การฆ่า ล่วงเกินทางเพศ ชู้ตริตหา
กำไรทางเพศ หรือปฏิบัติต่อเด็กอย่างไม่เหมาะสม เป็นเหตุให้เกิดผลเสียต่อสวัสดิภาพของเด็ก
รวมทั้งคุ้มครองให้มีการเยียวยาฟื้นฟูเด็กผู้ตกเป็นเหยื่อของการกระทำดังกล่าวให้กลับสู่สภาพปกติ
ให้มากที่สุด⁴⁸

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า นานาชาติได้ให้ความสำคัญของเด็ก สิทธิของ
เด็ก ตลอดจนการคุ้มครองสิทธิของเด็กเป็นอย่างสูง จนมีการจัดทำเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศขึ้น
เพื่อยกระดับความคุ้มครองสิทธิของเด็กนั้นให้เป็นไปตามระดับสากล ส่งผลทำให้ประเทศที่มีการ
ทำข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว จะต้องมิใช่มาตรฐานในการให้ความคุ้มครองเด็กในระดับ
เดียวกัน อันทำให้เกิดประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็ก

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁸ ไพรซ์ บวรสมพงษ์, การคุ้มครองเด็กผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญากับ
ประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็ก, หน้า 33-34.

2.2.3 ทฤษฎีการล่วงละเมิดทางเพศเกี่ยวกับเด็ก

การกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก เป็นการกระทำที่ผิดทั้งกฎหมายและศีลธรรมอย่างร้ายแรง ทั้งที่สภาพในปัจจุบัน ปัญหาของความผิดทางเพศเกี่ยวกับเด็กได้ทวีความสลับซับซ้อนและรุนแรงเพิ่มขึ้นอย่างมากทั้งในเชิงปริมาณและรูปแบบ แต่กลับพบว่าได้รับความสนใจในการป้องกันและการแก้ไขในระดับต่ำ เมื่อเทียบกับปัญหาของการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม⁴⁹ ทำให้ปัญหาเกี่ยวกับเด็กที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศและถูกคุกคามทางเพศในรูปแบบต่างๆ มีความซับซ้อนและมีปริมาณเพิ่มมากขึ้น ตามสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว

การล่วงละเมิดทางเพศ หมายถึง พฤติกรรมที่ละเมิดสิทธิของผู้อื่นในเรื่องเพศไม่ว่าจะเป็นคำพูด สายตา และการใช้ท่าที รวมไปถึงจนถึงการบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ การข่มขืน⁵⁰ ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นพฤติกรรมที่ละเมิดต่อเสรีภาพผู้อื่นทั้งสิ้น

การล่วงละเมิดทางเพศเป็นพฤติกรรมที่ซับซ้อน ทฤษฎีและตัวอย่างส่วนมากจะอธิบายถึงการล่วงละเมิดทางเพศว่า เป็นการทำให้ได้มาซึ่งความรู้สึกทางเพศหรือเป็นการใช้อำนาจในทางที่ผิด โดยได้มีการอธิบายแบบอย่างของการล่วงละเมิดทางเพศเป็น 3 ประการ⁵¹ ได้แก่

(1) แบบอย่างทางธรรมชาติหรือทางชีวภาพ โดยถือว่าการล่วงละเมิดทางเพศเป็นแรงดึงดูดทางธรรมชาติระหว่างมนุษย์และสันนิษฐานว่า ผู้ชายมีแรงขับทางเพศที่รุนแรงซึ่งจูงใจให้แสดงความก้าวร้าวทางเพศต่อผู้หญิง

(2) แบบอย่างทางด้านโครงสร้างองค์กร โดยได้ระบุว่า สาเหตุของการล่วงละเมิดทางเพศอยู่ในโครงสร้างขององค์กร

(3) แบบอย่างทางด้านวัฒนธรรมทางสังคม โดยทฤษฎีนี้ได้โต้แย้งว่าการล่วงละเมิดทางเพศนั้น มีผลสะท้อนมาจากการกระจายอำนาจที่แตกต่างกันในสังคมขนาดใหญ่ และสถานภาพระหว่างเพศ

⁴⁹ เขมจุฑา สุวรรณจินดา, กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการคุ้มครองสิทธิเด็กผู้เสียหายในคดีความผิดทางเพศ, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า5.

⁵⁰ [www.women-family.go.th/.../คู่มือการล่วงละเมิดทางเพศ/ การล่วงละเมิดทางเพศ.doc], 22 December 2010.

⁵¹ Brandenburg Berman and Judith Berman, Confronting Sexual Harassment: What School and Collage can Do, (New York : Teachers Collage, 1997), p.40.

การละเมิดต่อเด็ก (Child abuse) คือ กระทำความรุนแรงต่อเด็ก หรือการทารุณกรรมหรือการทำร้ายร่างกายเด็ก ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อสุขภาพหรือการเจริญเติบโตของเด็ก ซึ่งแนวทางการพัฒนานโยบายเกี่ยวกับการพัฒนาเด็ก ได้แบ่งการกระทำทารุณเด็กโดยมีขอบออกเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่ การกระทำทารุณทางร่างกาย (Physical Abuse)⁵² การกระทำทารุณทางจิตใจอารมณ์ (Psychological and Emotional Abuse)⁵³ และการกระทำทารุณทางเพศ (Sexual Abuse)

การกระทำทารุณทางเพศ (Sexual Abuse) เป็นการกระทำทางเพศต่อเด็กหรือวัยรุ่นที่ไม่เหมาะสมต่อวัย โดยผู้ถูกกระทำอาจยินยอมหรือไม่ก็ได้ และพฤติกรรมนั้นตอบสนองต่อความต้องการทางเพศของผู้กระทำ⁵⁴ โดยการกระทำทารุณทางเพศนั้น เป็นการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศต่อเด็ก ซึ่งได้แก่ การสัมผัสร่างกายของเด็ก เช่น การลูบคลำ กอด จูบ เป็นต้น จนถึงขั้นการข่มขืนกระทำชำเรา หรือล่วงล้ำเข้าไปร่างกายของเด็ก เช่น ช่องปาก หรือทวารหนัก เป็นต้น และในบางกรณีอาจมีการทำร้ายร่างกายเด็กร่วมด้วย

กล่าวโดยสรุป จะเห็นได้ว่าสังคมในปัจจุบันได้ตระหนักถึงความสำคัญว่าเด็กเป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่า (Value Commodities)⁵⁵ และเป็นผู้ที่จะสืบต่อความเป็นชาติในอนาคต จึงมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการปกป้อง คุ้มครอง ทะนุถนอม และพัฒนาเด็กให้เต็มตามศักยภาพ เพื่อให้เด็กได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานและการคุ้มครองให้รอดพ้นจากการถูกเอารัดเอาเปรียบของบุคคลและสังคม แนวความคิดเรื่องสิทธิเด็กจึงเป็นประเด็นสำคัญในด้านสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการกล่าวถึงอย่างกว้างขวาง⁵⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องความผิดทางเพศที่ส่งผลกระทบต่อตัวเด็กอย่างร้ายแรง จึงควรมีการบัญญัติกฎหมายความผิดทางเพศเกี่ยวกับเด็กขึ้นเป็นพิเศษ เพื่อใช้คุ้มครองศีลธรรมทางเพศของเด็ก และเพื่อรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม

⁵² การกระทำทารุณทางร่างกาย (Physical Abuse) เป็นพฤติกรรมที่ทำให้เด็กได้รับบาดเจ็บทางร่างกายมากกว่าการลงโทษธรรมดา เช่น การตี การจี้ด้วยบุหรี่ การใช้น้ำร้อนลวก เป็นต้น.

⁵³ การกระทำทารุณทางจิตใจอารมณ์ (Psychological and Emotional Abuse) เป็นการกระทำที่ทำให้เด็กเกิดความรู้สึกผิดหวัง น้อยใจ รู้สึกว่าตนเองไม่เป็นที่รัก จนให้เด็กเกิดปมด้อยในจิตใจ เช่น การดูต่ำ แดกดัน ตำหนิ ประจาน เป็นต้น.

⁵⁴ เขมจุฑา สุวรรณจินดา, กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการคุ้มครองสิทธิเด็กผู้เสียหายในคดีความผิดทางเพศ, หน้า 21.

⁵⁵ ไพรัช บวรสมพงษ์, การคุ้มครองเด็กผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญากับประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็ก, หน้า 66.

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน หน้า 30.

2.3 ทฤษฎีความเสี่ยง (The Theory of Risk)

คำว่า "ความเสี่ยง" จะถูกใช้ตามสภาพแวดล้อมที่แตกต่างกันไป⁵⁷ ซึ่งการใช้ชีวิตในสภาพสังคมแบบสมัยใหม่ ทำให้สังคมเกิดลักษณะความเสี่ยงที่แตกต่างกัน บางคนถูกคุกคามสิทธิ บางคนถูกจำกัดสิทธิ บางคนได้รับความเสียหายทางร่างกายหรือจิตใจตลอดจนทรัพย์สิน ซึ่งความเสี่ยงดังกล่าวมักจะปรากฏค่อนข้างชัดเจนในสภาพสังคมในปัจจุบัน ทั้งนี้ในทางปฏิบัติ ทฤษฎี ความเสี่ยงจะนำมาใช้กับการประกันภัยซึ่งเรียกว่า "ทฤษฎีเสี่ยงภัย"⁵⁸ ส่วนในทางทฤษฎีนั้น เรื่องการตัดสินใจภายใต้ความเสี่ยงที่แตกต่างกันนั้น มีนักวิชาการสรุปออกมาเป็นหลักการโดยใช้ความรู้ทางคณิตศาสตร์เข้าช่วย คือ ทฤษฎีความน่าจะเป็น (Probability Theory)

ทฤษฎีความน่าจะเป็น คือทฤษฎีทางคณิตศาสตร์ที่สามารถนำมาปรับใช้ในการพิสูจน์ความเสียหายที่ได้รับแทนทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation) โดยทฤษฎีความน่าจะเป็นจะเป็นการผลักระการพิสูจน์ให้ตกแก่ผู้กระทำ ซึ่งผู้ถูกกระทำเพียงแต่พิสูจน์ว่าได้รับความเสียหายอย่างไรบ้างเท่านั้น⁵⁹

ทฤษฎีความน่าจะเป็นจะเกี่ยวกับโอกาสที่จะเกิดขึ้นจากเหตุการณ์ทั้งหมดที่เป็นไปได้ ยกตัวอย่างเช่น โยนเหรียญบาท 1 ครั้ง เหตุการณ์ทั้งหมดที่เป็นได้มีเพียง 2 กรณี คือ หัวหรือ ก้อย เพราะฉะนั้น โอกาสที่จะออกหัวเท่ากับ 0.5 และโอกาสที่จะออกก้อยเท่ากับ 0.5 ทฤษฎีความน่าจะเป็น จึงเป็นค่าที่ใช้ประเมินสถานการณ์ที่ยังไม่เกิดขึ้น โดยพิจารณาว่า เมื่อถึงเวลาเกิดเหตุการณ์แล้ว จะเกิดในลักษณะใด มีโอกาสที่จะเกิดมากน้อยเพียงใด

การกระทำใดๆ ของมนุษย์ทุกคนย่อมเป็นการเสี่ยงภัย คืออาจมีผลดีหรือผลร้ายก็ได้ บุคคลผู้กระทำต้องรับผลของการเสี่ยงภัยนั้น⁶⁰ การตัดสินใจภายใต้ความเสี่ยงของบุคคลใด ก่อนที่จะมีการตัดสินใจ บุคคลนั้นจะต้องมีรายละเอียดข้อมูล กล่าวคือ ทางเลือกต่างๆที่สามารถตัดสินใจได้ เหตุการณ์ทั้งหมดที่เป็นไปได้สำหรับแต่ละทางเลือก และโอกาสหรือความน่าจะเป็นที่

⁵⁷ Karl Borch, The "Theory of Risk", Journal of the Royal Statistical Society, (Vol. 29, No.3, 1967), p. 432.

⁵⁸ Bertil Almer, "Modern General Risk Theory",
[www.actuaries.org/LIBRARY/ASTIN/vol4no2/136.pdf], 13 September 2010.

⁵⁹ น้ำแท้ มีบุญสร้าง, Class Action การดำเนินคดีแบบกลุ่มและการนำรูปแบบการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาใช้ในคดีสิ่งแวดล้อมในประเทศไทย, (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2550), หน้า 139-140.

⁶⁰ สายสุตา นิงสานนท์, ความรับผิดเด็ดขาดในกฎหมายลักษณะละเมิด, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 39.

จะเกิดขึ้นสำหรับแต่ละเหตุการณ์ ตลอดจนเมื่อเกิดเหตุการณ์นั้นๆ ขึ้นแล้ว จะเกิดผลลัพธ์ที่ตามมาอย่างไร⁶¹

ทั้งนี้ ทฤษฎีความเสี่ยงดังกล่าว เมื่อถูกมาปรับใช้กับการบังคับใช้กฎหมาย จะถูกนำมาปรับใช้เป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาร่วมกับหลักความรับผิดชอบโดยเด็ดขาด โดยเริ่มต้นจากความผิดในทางละเมิด เช่น คดีสิ่งแวดล้อม เพื่อรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม⁶² และต่อมาเมื่อหลักความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดถูกนำมาบังคับใช้ในความผิดอาญา ทฤษฎีความเสี่ยงก็ถูกนำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาความรับผิดทางอาญาด้วย (Risk of crime) ยกตัวอย่างเช่น ความผิดทางเพศเกี่ยวกับเด็ก ซึ่งการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กถือเป็นความผิดร้ายแรงต่อตัวเด็กทั้งทางร่างกายและจิตใจ ตลอดจนเป็นการละเมิดเสรีภาพและศีลธรรมทางเพศของเด็ก และทำให้สังคมเกิดความวุ่นวาย เนื่องจากเด็กมีความเปราะบางทั้งทางสรีระร่างกายและจิตใจที่ต้องได้รับการดูแลเอาใจใส่มากกว่าผู้ใหญ่ เพื่อให้เด็กนั้นเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณภาพในสังคม การกระทำรุนแรงใดๆ ที่กระทบต่อตัวเด็กจึงส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของคนในสังคมด้วย

ดังนั้น เมื่อกฎหมายอาญามีการนำหลักความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดมาปรับใช้ในความผิดทางเพศเกี่ยวกับเด็กแล้ว จึงต้องนำทฤษฎีความเสี่ยงมาใช้ในการพิจารณาความผิดด้วย เพื่อให้การพิจารณาความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดเป็นการลดภาระการพิสูจน์ของผู้ที่ได้รับความเสียหายให้ได้รับการคุ้มครองได้ดียิ่งขึ้นกว่าการใช้หลักความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดเพียงอย่างเดียว

ยกตัวอย่างเช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความผิดทางเพศเกี่ยวกับเด็ก ค.ศ.2003 (The Sexual Offences Act 2003) ในคดี R v G [2008] UKHL 37⁶³ เป็นคดีที่จำเลยกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก และศาลมีคำพิพากษาให้จำเลยมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ซึ่งแม้ว่าจำเลยจะอ้างว่า จำเลยสำคัญผิดในอายุของเด็กผู้เสียหายว่ามีอายุมากกว่า 13 ปี เพราะเด็กบอกกับจำเลยเองว่ามีอายุ 15 ปี แต่ศาลได้วินิจฉัยโดยให้เหตุผลว่า "จำเลยได้กระทำความผิดโดยรู้ตัวเองว่ากำลังเสี่ยงกับความผิด ดังนั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองปกป้องสถาบันครอบครัวซึ่งเป็นสถาบันที่

⁶¹ ไพบูลย์ แยมเมื่อน, เศรษฐศาสตร์วิศวกรรม, (กรุงเทพฯ : ซีเอ็ดดูเคชั่น, 2548), หน้า 96.

⁶² น้ำแท้ มีบุญสร้าง, Class Action การดำเนินคดีแบบกลุ่มและการนำรูปแบบการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาใช้ในคดีสิ่งแวดล้อมในประเทศไทย, หน้า 139.

⁶³ United Kingdom House of Lords Decisions, "R v G [2008] UKHL 37", [<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2008/37.html>], 15 September 2010.

สำคัญทางสังคม การที่จำเลยกระทำไปโดยจะรู้หรือไม่ว่าผู้เสียหายอายุเท่าใดไม่สามารถอ้างได้ จำเลยย่อมมีความผิด”

สาระสำคัญของบทพิจารณาความผิดของจำเลยในคดีนี้ คือ “จำเลยรู้ว่าการกระทำของตนเองมีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิด แต่ยังคงกระทำต่อไป” กล่าวคือ การกระทำทุกอย่างมีความเสี่ยง บุคคลทุกคนมีทางเลือกที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับการกระทำของตนเองที่จะมีเพศสัมพันธ์กับใครก็ได้ ซึ่งอาจจะเป็นการยากต่อการยับยั้งชั่งใจตนเอง แต่ถึงอย่างไรบุคคลนั้นก็มิเสรีภาพในทางเลือกตัดสินใจให้การกระทำของตนเองเป็นไปในทางที่ดีหรือร้ายก็ได้ จำเลยเองก็มีทางเลือกนั้นเช่นกัน เมื่อจำเลยตัดสินใจเลือกที่จะเสี่ยงมีเพศสัมพันธ์กับเด็กผู้เสียหาย โดยการสอดใส่อวัยวะเพศของจำเลยเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงของเด็กนั้น โดยรู้ถึงความเสี่ยงว่าเด็กนั้นอาจจะไม่ได้มีอายุ 15 ปี จริงตามที่เด็กกล่าวอ้าง แต่จำเลยก็ยังคงไม่หยุดการกระทำนั้น ดังนั้นเมื่อความเสี่ยงดังกล่าวเป็นจริงตามที่จำเลยได้คาดการณเอาไว้ คือเด็กนั้นมีอายุน้อยกว่า 13 ปี ซึ่งมีผลทำให้การมีเพศสัมพันธ์ดังกล่าวกลายเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายทันที ดังนั้นจำเลยจึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของจำเลย จำเลยย่อมมีความผิด⁶⁴

คดี People v. Ratz 115 Cal. 132, 135 (1896)⁶⁵ เป็นคดีทางเพศอีกคดีหนึ่ง โดยผู้กระทำสำคัญผิดในอายุของเด็กผู้เสียหาย โดยศาลได้มีคำพิพากษาให้จำเลยมีความผิดโดยให้เหตุผลว่า “เพื่อเป็นการป้องกันสังคม อันได้แก่ ครอบครัวและเด็ก จึงต้องถือว่าจำเลยกระทำโดยตระหนักอยู่ว่าตนเองกำลังเสี่ยงกับความผิด ดังนั้นไม่ว่าจำเลยจะรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหาย การกระทำของจำเลยย่อมเป็นความผิด”⁶⁶

การกระทำโดยรู้อยู่ว่าตนเองกำลังมีความเสี่ยงตามข้อเท็จจริงข้างต้น เป็นไปตามทฤษฎีความเสี่ยง ซึ่งได้อธิบายว่า การที่จำเลยกำลังตัดสินใจที่จะกระทำในสิ่งที่จำเลยรู้ว่าการกฎหมายมีการบัญญัติให้เป็นความผิด และการกระทำนั้นอาจเสี่ยงที่จะเป็นความผิดได้ เมื่อจำเลยยังคงตัดสินใจที่จะกระทำการนั้นต่อไปจึงถือว่าจำเลยตัดสินใจเสี่ยงภัยนั้นๆ และต้องรับผิดตามกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องรู้ถึงขนาดว่าภัยที่ตนเองกำลังเสี่ยงนั้นเป็นโทษหนักหรือเบาเพียงใด ดังนั้น จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น การที่จำเลยมีความสัมพันธ์กับเด็กผู้เสียหาย จำเลยย่อมต้องรู้อยู่

⁶⁴ Kiron Reid, “Strict Liability, Young People and the Sexual Offences Act 2003”, [http://webjcli.ncl.ac.uk/2009/issue4/reid4.html], 15 September 2010.

⁶⁵ Gerald Leonard, “Towards a Legal History of American Criminal Theory : Culture and Doctrine from Blackstone to the Model Penal Code”, The Boston University School of Law Working Paper Series Index No. 02-19, [http://ssrn.com/abstract=348920], 29 September 2010, p.13.

⁶⁶ Ibid.

แล้วว่ามีความเสี่ยงที่เด็กนั้นอาจจะมีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดได้ จำเลยจึงต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้น⁶⁷

กล่าวโดยสรุป หลักความรับผิดโดยเด็ดขาด คือ หลักความผิดที่ต้องการเพียงส่วนของ การกระทำ (*Actus Reus*) เท่านั้น หากการกระทำใดเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติให้มีความผิดแล้ว ผู้นั้นย่อมมีความผิดทันทีแม้ว่าจะไม่มีเจตนา หรือมิได้ประมาทก็ตาม โดยหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดมีต้นกำเนิดมาจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษที่ถูกคิดค้นขึ้นเพื่อรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสาธารณะ (*Public Welfare Offenses*) และเพื่อรักษาศีลธรรมอันดีของประชาชน (*Morality Offenses*) ซึ่งแต่เดิมหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดเป็นหลักความรับผิดที่มีพื้นฐานมาจากหลักความรับผิดเพื่อละเมิดในทางแพ่ง และต่อมาได้ถูกนำมาปรับใช้ในความผิดทางอาญาที่มีความร้ายแรงและกระทบกระเทือนต่อความปลอดภัยของประชาชนในสังคม ซึ่งก็คือความผิดทางเพศเกี่ยวกับเด็ก เนื่องจากความผิดทางเพศเป็นความผิดที่ละเมิดต่อเสรีภาพ และศีลธรรมทางเพศของประชาชน และกฎหมายเห็นว่าเด็กเป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าที่มีความเปราะบางทั้งทางร่างกายและจิตใจ จึงควรที่จะต้องมีมาตรการในการให้ความดูแลคุ้มครองเด็กโดยเฉพาะ ดังนั้นการกระทำ ความผิดทางเพศต่อเด็ก จึงเป็นการกระทำที่สังคมต่างเห็นว่าเป็นความผิดศีลธรรมทางเพศอย่างร้ายแรงและกระทบกระเทือนต่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมที่ต้องได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ

ทั้งนี้ การนำหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดมาบังคับใช้ในความผิดทางเพศเกี่ยวกับเด็กเพียงอย่างเดียว อาจทำให้การพิจารณาความผิดเป็นไปด้วยความยาก จึงต้องนำทฤษฎีความเสี่ยงมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาความผิดของหลักความรับผิดโดยเด็ดขาดด้วย โดยความเสี่ยงนั้นเป็นไปตามทฤษฎีความน่าจะเป็น ซึ่งเป็นทฤษฎีทางคณิตศาสตร์ที่นำมาปรับใช้ในการพิสูจน์ความเสียหายที่ได้รับแทนทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (*Causation*) อันเป็นการผลักระการพิสูจน์ให้ตกแก่ผู้กระทำ ซึ่งการตัดสินใจภายใต้ความเสี่ยงนั้น เป็นค่าที่ใช้ประเมินสถานการณ์ที่ยังไม่เกิดขึ้น โดยพิจารณาว่า เมื่อถึงเวลาเกิดเหตุการณ์แล้ว จะเกิดในลักษณะใด มีโอกาสที่จะเกิดมากน้อยเพียงใด ทำให้สามารถช่วยในการพิจารณาคดีของศาลทำได้ง่ายยิ่งขึ้น และสามารถนำตัวผู้กระทำ ความผิดมาลงโทษได้อย่างแท้จริง

⁶⁷ Ibid., p.101-102.