

บทที่ 4

วิเคราะห์กฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์กับกรณีที่เด็กและผู้เยาว์ เร่ร่อนปราศจากบิดามารดาผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล

4.1 สภาพปัญหาของเด็กและผู้เยาว์เร่ร่อน

4.1.1 ความหมายของเด็กเร่ร่อน

ความหมายของเด็กเร่ร่อนได้มีผู้ที่ศึกษาในเรื่องนี้ ให้ความหมายไว้ ดังต่อไปนี้

สายสุรี จุติกุล ให้ความหมายเด็กเร่ร่อนในแง่ลักษณะที่อยู่อาศัยและการใช้ชีวิต คือ เด็กที่ไม่ได้อาศัยอยู่กับครอบครัวและเร่ร่อนตามถนนหรือสาธารณสถาน มาจากภาษาอังกฤษคำว่า Street Children มีความหมายอย่างกว้างเช่น

เด็กที่เร่ร่อนนอนได้สะพาน ตามตลาด ตามหาดทราย หรือสถานที่ก่อสร้าง หรือใต้ถุนอาคารใหญ่ๆ ที่ไม่มีใครดูแลหรือเข้มงวด เด็กเหล่านี้อาจมีอาชีพที่แน่นอนหรือไม่มีอาชีพ และเป็นเด็กที่ไม่มีครอบครัวที่อาศัยอยู่ด้วยขณะเร่ร่อน

วัลลภ ตั้งคณานุรักษ์ ให้ความหมายเด็กเร่ร่อนในแง่ของสาเหตุการเร่ร่อน คือ เร่ร่อนตามวิถีชีวิตของตน เด็กเร่ร่อนกลุ่มนี้เร่ร่อนเพราะปัจจัยผลักดันจากครอบครัวที่ไม่เอื้ออำนวยต่อการดำรงอยู่ อาทิเช่น ความยากแค้นลำเค็ญภายในครอบครัวทำให้ต้องอดมื้อกินมื้อหรือครอบครัวแตกแยกหย่าร้าง แม่เลี้ยงหรือพ่อเลี้ยงโหดร้ายทุบตี กระทั่งต้องหนีออกมาเร่ร่อน

เสาวภาคย์ ศุภนิตย์ ให้ความหมายเด็กเร่ร่อนในแง่การขาดที่อยู่อาศัย คือ เด็กที่ไม่มีถิ่นที่อยู่อาศัยเร่ร่อนไปตามสถานที่ต่างๆ ค่าไหนนอนนั้น เช่น ตลาด วัด สาธารณะ ที่พักโดยสาธารณเมตต์หรือแม้แต่ที่ว่างหน้าร้านค้าข้างถนน เด็กเหล่านี้ต่างมาจากสถาบันครอบครัวที่ล้มเหลว ทำให้เด็กไม่ต้องการที่จะอยู่ในครอบครัวขอความอิสระออกมาแสวงหาวิถีชีวิตของตนเองโดยการดำเนินชีวิตอยู่นอกบ้าน หาอาหารและปัจจัยต่างๆ มาเลี้ยงชีพด้วยการขอทานรับจ้างทำงาน ที่ไม่แน่นอน เก็บขวด เศษกระดาษขาย เฝ้ารอด ลักขโมย หรือถูกชักจูงให้เป็นเครื่องมือของผู้แสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ตลอดจนการถูกชักชวนให้ขายบริการทางเพศ

สันทนา ธรรมสโรจน์ ให้ความหมายเด็กเร่ร่อนในแง่การเร่ร่อนและพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนา คือทัศนคติความหมายตามตัวอักษร คือ เด็กที่ท่องเที่ยวเร่ร่อนอย่างไม่มีจุดหมาย ไม่มีที่อยู่อาศัยอยู่เป็นหลักแหล่งแน่นอน ค่าไหนดอนนั้นเหมือนนกขมิ้นเหลืองอ่อน เป็นการมองจากสภาพความเป็นจริงที่เด็กเป็นอยู่และพยายามทำความเข้าใจในตัวเด็กโดยไม่ถือว่า เด็กเหล่านี้ คือ สิ่งเลวร้ายทางสังคม

นนทินี เพ็ชญาไพศิษฏ์ ให้ความหมายเด็กเร่ร่อนในแง่การเร่ร่อน คือ เด็กและเยาวชนที่ระเหเร่ร่อนไม่มีที่อยู่อาศัยเป็นหลักแหล่งชัดเจน เที่ยวไปตามสถานที่ต่างๆ ค่าไหนดอนนั้น เช่น ตลาด สวนสาธารณะ ที่พักผู้โดยสาร ท่าเรือ วัด ไม่มีจุดหมายปลายทางไม่ได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกับบิดามารดาหรือผู้ปกครองคนใดดำเนินชีวิตไปด้วยตัวคนเดียวเพียงลำพัง

“เร่ร่อน” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 ให้ความหมายว่า เที่ยวเตร่ไปไม่เป็นกำหนดที่ทาง

โดยสรุปแล้ว เด็กเร่ร่อน หมายถึง เด็กขาดโอกาสที่จะได้รับบริการอันจำเป็นต่อพัฒนาการชีวิต ขาดการดูแลหรือไม่ได้อยู่กับครอบครัวบิดามารดา มีที่พักอาศัยไม่แน่นอน ใช้ชีวิตเป็นอิสระ การหาเลี้ยงชีพไม่แน่นอน ขาดการเรียนหนังสืออย่างต่อเนื่องหรือไม่ได้เรียนหนังสือและมีพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนา เช่น ขอดทาน ลักขโมย ขายบริการทางเพศ เป็นต้น

จากการรวบรวมความหมายของเด็กเร่ร่อนจากท่านผู้ศึกษาในเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเด็กและผู้เยาว์ที่เร่ร่อนโดยตีความในทางกฎหมายน่าจะมีความหมายว่า “เด็กและผู้เยาว์ที่ปราศจากผู้ปกครองเช่น บิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล โดยเที่ยวเตร่ไปไม่เป็นกำหนดที่ทาง ไร้ถิ่นที่อยู่เป็นหลักแหล่งและไม่มีผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจปกครองไม่ว่าด้วยสิทธิตามกฎหมาย หรือการปกครองดูแลตามข้อเท็จจริง”

4.1.2 ความเป็นมาและปัญหาของเด็กเร่ร่อน

ก.ความเป็นมาของเด็กเร่ร่อน

เด็กเร่ร่อน เริ่มก่อตัวขึ้นมาครั้งแรกในประเทศไทยตั้งแต่เมื่อใดไม่มีหลักฐานแน่ชัด แต่เด็กเร่ร่อนเริ่มขยายตัวจนถือเป็นส่วนหนึ่งของปัญหาสังคม ตั้งแต่เมื่อเริ่มมีการรับเอาวัฒนธรรมตะวันตก

เข้ามาในประเทศไทยตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ เพราะการปรับเปลี่ยนรูปแบบการพัฒนาประเทศตามแบบตะวันตก มีการผลิตเพื่อค้ากำไร มีระบบผูกขาด ทำให้ไม่สอดคล้องกับความเป็นอยู่ตามวิถีชีวิตของคนไทยโดยทั่วไป ปัญหาสังคมและปัญหาเด็ก เยาวชนจึงเริ่มรุนแรงขึ้น

ต่อมาในรัชสมัยของรัชกาลที่ 7 ได้เกิดภาวะเศรษฐกิจตกต่ำไปทั่วโลกและได้ส่งผลกระทบต่อโดยตรงแก่ประเทศไทย ความยากจนจึงปรากฏอยู่โดยทั่วไปเป็นปัญหาสังคมที่รุนแรง และหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองภาวะเศรษฐกิจตกต่ำมากขึ้น ปัญหาเด็กกำพร้าและเด็กเร่ร่อน จรจัดเริ่มมากขึ้นซึ่งเห็นได้จากปี พ.ศ.2479 มีการตราพระราชบัญญัติจัดการฝึกและอบรมเด็กบางจำพวก โดยกรมราชทัณฑ์ และได้โอนไปกรมประชาสงเคราะห์ใน พ.ศ.2501 ต่อมา มีพระราชบัญญัติอีกหลายฉบับที่ใช้คุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก รวมทั้งเด็กเร่ร่อนจรจัด ในระยะต่อมา ปัญหาเด็กเร่ร่อนได้ขยายตัวเพิ่มมากขึ้นจนรัฐบาลต้องจัดตั้งหน่วยงานขึ้นรับภาระปัญหานี้โดยตรง นั่นก็คือกรมประชาสงเคราะห์ ซึ่งแต่เดิมมีเพียงแผนกอบรมเด็ก และต่อมาก็เป็นกองสงเคราะห์เด็กและบุคคลวัยรุ่น สำหรับฝ่ายที่ทำหน้าที่สงเคราะห์เด็กเร่ร่อนจรจัดโดยตรงได้แก่ฝ่ายคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก ปัจจุบันนอกจากรัฐบาลซึ่งได้ตระหนักถึงปัญหาของเด็กเร่ร่อนและจัดให้มีหน่วยงานทำหน้าที่รับผิดชอบและให้การสงเคราะห์แก่เด็กเร่ร่อนโดยตรงแล้วยังมีหน่วยงานและองค์การต่างๆของเอกชนเข้ามามีบทบาทรับภาระปัญหาเด็กเร่ร่อนอีกด้วย¹

ข. สภาพปัจจุบันของเด็กเร่ร่อน

จากรายงานการสำรวจของเจ้าหน้าที่กองสงเคราะห์เด็กและบุคคลวัยรุ่น กรมประชาสงเคราะห์ พบว่าจำนวนของเด็กเร่ร่อนมีการเพิ่มขึ้นทุกปีและจากการสังเกตของเจ้าหน้าที่รวมทั้งนักสังคมสงเคราะห์ผู้ปฏิบัติงานเกี่ยวกับเด็กเร่ร่อนพบว่า เด็กเร่ร่อนทั้งชายหญิงส่วนใหญ่มีพฤติกรรมการขายบริการทางเพศควบคู่ไปกับการเร่ร่อนโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ทั้งนี้เพราะว่าเด็กเร่ร่อนเหล่านั้นอยู่ในสภาพไร้การศึกษา ประสบกับสภาวะการขาดอาหาร อ่อนแอ เจ็บป่วยทั้งร่างกายและจิตใจ โดยไม่มีโอกาสได้รับการดูแลรักษาและยังต้องหาเลี้ยงชีพด้วยตนเอง เมื่อเด็กเกิดภาวะที่หิวโหยขาดที่พึ่งทางจิตใจคอยชี้แนะแนวทางที่ถูกต้อง เด็กเหล่านี้จึงมีโอกาที่จะถูกผลักดันและชักจูงให้กระทำการขายบริการทางเพศโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ได้สูง

¹สุดา ศาสนันธ, "ความคาดหวังในชีวิตของเด็กเร่ร่อน," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชาจิตเวชศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 14-15.

นอกจากที่ได้กล่าวในปัจจุบันนี้ยังมีเด็กเร่ร่อนจรจัดชาวต่างชาติเข้ามาอาศัยอยู่บริเวณแนวชายแดนของประเทศไทย เช่น เด็กเร่ร่อนจรจัดชาวเขมรที่เข้ามาเร่ร่อนอยู่บริเวณด่านปอยเปต จังหวัดสระแก้ว และเด็กเร่ร่อนจรจัดชาวพม่าที่เข้ามาเร่ร่อนอยู่บริเวณด่านท่าซี้เหล็ก จังหวัดเชียงราย หรือแม้กระทั่งเด็กเร่ร่อนจรจัดชาวอินเดีย ปากีสถาน ซึ่งเข้ามาเร่ร่อนและขายของเล็กๆ น้อยๆ เพื่อยังชีพ ซึ่งนับวันเด็กและผู้เยาว์ที่เร่ร่อนเหล่านี้มีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ และเป็นปัญหาใหญ่ของสังคม เนื่องจากเด็กเร่ร่อนจรจัดดังกล่าว มิใช่ประชากรของประเทศไทยจึงไม่สามารถตรวจสอบประวัติความเป็นมาหรือถิ่นที่อยู่ที่แท้จริงได้ ซึ่งลำพังเด็กเร่ร่อนจรจัดของประเทศไทยเอง องค์การของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบดูแลก็ไม่สามารถจัดการหรือป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นได้ เพราะข้อจำกัดด้านกฎหมายและงบประมาณ แต่อย่างไรก็ตามประเทศไทยก็ยังคงต้องให้ความสำคัญคุ้มครองแก่เด็กเร่ร่อนจรจัดเหล่านั้นในฐานะประเทศที่มีมนุษยธรรม ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวนี้ถ้าไม่ได้รับการแก้ไขจากภาครัฐในฐานะที่เป็นผู้ที่กำหนดนโยบายในการบริหารประเทศได้ทันทั่วทั้งที่ ปัญหาก็คงจะลุกลามใหญ่โตและฝังลึกอยู่ในสังคม รวมไปถึงส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิเด็กในระดับของประชาคมโลก ปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวนี้ภาครัฐจึงต้องมีนโยบายเข้ามาควบคุมดูแลให้ความสำคัญถึงสิทธิของเด็กเร่ร่อนและให้การสงเคราะห์สวัสดิการสังคมแก่เด็กเร่ร่อนทั่วราชอาณาจักรอย่างจริงจังและชัดเจน เพราะเด็กทุกคนไม่เว้นแม้แต่เด็กเร่ร่อนควรที่จะได้รับสิทธิการมีชีวิตเติบโตอย่างมีคุณภาพและได้รับการส่งเสริมพัฒนาการทุกๆ ด้าน ทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ อารมณ์ สังคม สติปัญญา ตลอดจนด้านการศึกษาและจริยธรรม² เพื่อมุ่งเสริมความมั่นคงของประเทศและให้เด็กเติบโตขึ้นสามารถรับผิดชอบตนเองและเป็นพลเมืองที่มีประสิทธิภาพของสังคมต่อไป และหากพวกเขาเหล่านั้นต้องถูกทอดทิ้งปล่อยปละละเลยขาดความสนใจจากส่วนของสังคมที่มีโอกาสดีกว่า เด็กเหล่านี้ก็จะมีชีวิตวนเวียนอยู่ในกระแสของสังคมและตกเป็นเครื่องมือให้กับสังคมส่วนที่เลวร้าย อย่างไรก็ตามสภาพปัญหาของเด็กเร่ร่อนดังกล่าวในปัจจุบันยังไม่ได้รับการปฏิบัติและแก้ไขอย่างจริงจังจากภาครัฐ ไม่ว่าจะเป็นแนวทางการปฏิบัติและแนวทางของกฎหมาย

²นนทินี เพ็ชฌุไพศิษฎ์, "การศึกษาปัญหาเด็กและเยาวชนเร่ร่อนจรจัด : ศึกษาเฉพาะการให้บริการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 9.

4.2 การให้ความคุ้มครองดูแลเด็กและผู้เยาว์ที่ไร้บ้าน

จากบทบัญญัติตามมาตรา 53 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ที่บัญญัติว่า “เด็กและเยาวชนซึ่งไม่มีผู้ดูแลมีสิทธิได้รับการเลี้ยงดูและการศึกษาอบรมจากรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” จึงทำให้เห็นได้ว่ารัฐจักต้องบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญโดยบัญญัติกฎหมายให้รัฐนั้นมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองดูแลและให้การศึกษอบรมต่อเด็กและผู้เยาว์ที่ไม่มีผู้ดูแล

นอกจากหน้าที่ในฐานะผู้ดูแลเด็กและผู้เยาว์ของรัฐตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญข้างต้นแล้ว รัฐยังต้องบัญญัติกฎหมายโดยคำนึงถึงพันธกรณีตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและข้อตกลงระหว่างประเทศตามที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้วิเคราะห์ไว้ในบทที่ 3 ทั้งการทำหน้าที่ในฐานะผู้ดูแลของรัฐตามรัฐธรรมนูญยังสอดคล้องกับทฤษฎี “*Parens patriae*” ซึ่งหมายถึง “รัฐ คือบิดาหรือมารดาของประเทศ” โดยทฤษฎีดังกล่าวมีความหมายตามตัวอักษร หมายถึง “บิดา หรือ มารดาของประเทศ” โดยอ้างถึงบทบาททางธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐในฐานะองค์อธิปัตย์ หรือผู้ปกครองของบุคคลที่ไร้ความสามารถตามกฎหมายภายในรัฐ เช่น เด็กหรือเยาวชน และคนวิกลจริตและการกำหนดการดูแลเด็กและเยาวชน ในการให้ความคุ้มครองถึงผลประโยชน์และสิทธิตามกฎหมายของเด็กและเยาวชนในนามของรัฐ โดยมีหลักอยู่ว่า รัฐจะต้องดูแลบุคคลที่ไม่สามารถดูแลตนเองได้ เช่น เด็กและเยาวชนที่ไม่ได้รับการดูแลที่เหมาะสมและไม่ได้อยู่ในความดูแลของบิดา มารดา ซึ่งเป็นแนวนโยบายแห่งรัฐที่จะให้ความคุ้มครองเหล่าบรรดาผลประโยชน์ที่เสมือนว่าเป็นของรัฐ เช่น สุขอนามัย ความสะอาดสงบและสวัสดิการของประชาชนเป็นต้นทฤษฎีที่รัฐคือบิดา หรือมารดาของประเทศนี้มีที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณีของอังกฤษในกรณีที่กษัตริย์มีพระราชขอสิทธิที่จะทำหน้าที่เป็นผู้ปกครองของบรรดาคนที่ไร้ความสามารถตามกฎหมาย

แม้ว่ารัฐเป็นสถาบันที่เป็นทางการและมีอำนาจเหนือสถาบันทั้งปวงในสังคมแต่การควบคุมสังคมก็ได้มีประสิทธิภาพเสมอไปจะเห็นว่าในสังคมสมัยปัจจุบัน รัฐต่างๆ จำต้องบัญญัติกฎหมายเพิ่มขึ้นหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพสังคมอยู่ตลอดเวลา ในขณะที่สังคมพัฒนาทางด้านวัตถุอย่างไม่หยุดยั้ง กฎหมายและกฎเกณฑ์ใหม่ๆ ย่อมมีความจำเป็นต้องสร้างขึ้น เพื่อรักษาความมั่นคง ความสงบเรียบร้อยและความเป็นธรรมในสังคม³

³ ประธาน วัฒนวานิชย์, ระบบความยุติธรรมทางอาญา : แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการนิติธรรม, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 9, ฉบับที่ 2, 2540 หน้า 144.

ในปัจจุบันนอกจากมีกฎหมายต่างได้บัญญัติให้ความคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ที่เร่ร่อน สภาพปัญหาในกระบวนการนิติบัญญัติที่จะออกกฎหมายมาบังคับใช้กับสังคมในสิ่งที่ผิดศีลธรรม นั้น ยังขาดความจริงจังและความต่อเนื่องในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ประกอบกับสภาพของสังคม ได้เปลี่ยนไปอย่างรวดเร็ว กฎหมายที่เป็นเครื่องมือและกลไกควบคุมคุณภาพของสังคมและคุณค่า ของประชากรมิให้ได้รับความกระทบกระเทือนนั้น ยังไม่สามารถตอบสนองต่อปัญหาที่เกิดขึ้นได้ ดังนั้นการให้ความคุ้มครองดูแลผู้เยาว์ที่เร่ร่อนไม่มีบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลจึงยังประสบ ปัญหาการใช้มาตรการทางกฎหมายจากภาครัฐอย่างจริงจัง ทั้งที่รัฐได้มีการบัญญัติกฎหมายรัฐ ธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศและข้อผูกพันตามพันธกรณีตามข้อตกลงระหว่าง ประเทศ แต่ก็ได้มีการริเริ่มบัญญัติกฎหมายให้ตอบสนองและสอดคล้องกับสภาพสังคมที่เป็นจริง ในปัจจุบันแต่อย่างไร

4.3 การสืบพยานล่วงหน้าในกรณีความผิดที่กระทำต่อเด็กและผู้เยาว์

การควบคุมสังคมให้ปกติสุข ด้วยการใช้กฎหมายซึ่งเป็นกลไกของรัฐ โดยเฉพาะการใช้ กฎหมายอาญานั้น มาตรการการบังคับใช้กฎหมายอาญาจะดีหรือไม่ขึ้นอยู่กับตัว บทกฎหมายอาญาแต่เพียงอย่างเดียว แต่จะต้องคำนึงถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการนำตัว ผู้กระทำความผิดมาลงโทษ กล่าวคือการนำกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเข้ามาบังคับใช้ให้ สอดคล้องกับการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา และเมื่อมีการกระทำความผิดเกิด ขึ้นจะต้องมีการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างรวดเร็วและทันควัน วัตถุประสงค์ในการลงโทษนั้น จะบรรลุได้อย่างเต็มที่ก็ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดได้รับโทษอย่างรวดเร็วหลังจากการกระทำผิด การลงโทษอย่างรวดเร็วนั้นอาจมีผลดีกว่าการลงโทษอย่างรุนแรงเสียอีก เพราะจะได้ผลเป็นการ แก้แค้น ชมชู้ ดัดนิสัย และให้ความปลอดภัยด้วยการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมอย่าง รวดเร็ว⁴

จากที่ได้วิเคราะห์ไว้ในบทที่ 4.2 ว่าสภาพปัญหาของเด็กเร่ร่อนจรจัดในปัจจุบัน ไม่ใช่มีแต่ เด็กเร่ร่อนจรจัดที่เป็นประชากรของประเทศ แต่ยังมีเด็กเร่ร่อนจรจัดที่เป็นเด็กชาวต่างชาติอีกด้วย ซึ่งในประเด็นนี้ รัฐจะต้องจัดเตรียมมาตรการทางกฎหมายเพื่อรองรับการรูปแบบของการกระทำ ผิดที่เกิดขึ้นกับเด็กและผู้เยาว์ที่เร่ร่อนในประเทศไทย เช่นการสืบพยานล่วงหน้าไว้ก่อนสำหรับเด็ก

⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2542), หน้า 12.

และผู้เยาว์เร่ร่อนที่เป็นชาวต่างชาติ ที่อาจจะต้องเดินทางออกนอกราชอาณาจักรเพราะเหตุถูกส่งตัวกลับประเทศตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้ศึกษาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการสืบพยานล่วงหน้าในคดีอาญาดังนี้

การสืบพยานล่วงหน้าในคดีอาญามีวิธีการพิเศษแตกต่างจากคดีแพ่งเพราะการพิจารณา คดีอาญามีหลักเกณฑ์ที่กำหนดบังคับไว้หลายอย่าง เช่นต้องพิจารณาต่อหน้าจำเลย จำเลยมีสิทธิที่จะมีทนายความแก้ต่างให้แก่ตน และความจำเป็นในการสืบพยานไว้ล่วงหน้าในคดีอาญาก็มีมากขึ้น โดยเฉพาะคดีที่เด็กและผู้เยาว์ที่เร่ร่อนเป็นชาวต่างประเทศเมื่อเกิดเหตุแล้วบุคคลเหล่านั้น อาจจะต้องถูกส่งตัวเดินทางกลับประเทศของตนตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เพราะเด็กและผู้เยาว์ที่เร่ร่อนนั้นเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย คำให้การต่อพนักงานสอบสวนของผู้เสียหายหรือพยานในลักษณะนี้ถึงแม้ว่าศาลฎีกาจะยอมรับฟังแต่ก็ถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักน้อย ต้องฟังประกอบพยานหลักฐานอื่นอีก จึงเป็นปัญหาขัดข้องในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ และเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายที่เป็นการสนับสนุนให้ความผิดลักษณะนี้เกิดมากขึ้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงได้บัญญัติกฎหมายเพื่อให้มีการสืบพยานล่วงหน้าในคดีอาญาไว้ใน

มาตรา 237 ทวิ บัญญัติว่า “ก่อนฟ้องคดีต่อศาล เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าพยานบุคคลซึ่งจะต้องนำมาสืบในภายหน้าจะเดินทางออกไปนอกราชอาณาจักรยากแก่การนำมาสืบพนักงานอัยการโดยตนเองหรือได้รับคำร้องขอจากพนักงานสอบสวน จะนำผู้ต้องหามาศาลและยื่นคำร้องต่อศาลโดยระบุว่าการกระทำทั้งหลายที่อ้างว่าผู้ต้องหาได้กระทำผิดเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้สืบพยานนั้นไว้ทันทีก็ได้

เมื่อศาลได้รับคำร้องเช่นว่านั้น ให้ศาลสืบพยานนั้นทันที ในการนี้ผู้ต้องหาจะซักค้านหรือตั้งทนายซักค้านพยานนั้นด้วยก็ได้ และในกรณีที่ผู้ต้องหานั้นถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาซึ่งหากมีการฟ้องคดี จะเป็นคดีซึ่งจำเลยมีสิทธิขอให้ศาลตั้งทนายให้ตามมาตรา 173 ก่อนเริ่มสืบพยานดังกล่าว ให้ศาลถามผู้ต้องหาว่ามีทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาต้องการ หากศาลเห็นว่าศาลตั้งทนายให้ทัน ก็ให้ศาลตั้งทนายให้และดำเนินการสืบพยานนั้นทันที แต่หากศาลเห็นว่าไม่สามารถตั้งทนายหรือผู้ต้องหาไม่อาจตั้งทนายได้ทัน ก็ให้ศาลซักถามพยานนั้นให้แทน

คำเบิกความของพยานดังกล่าวให้ศาลอ่านให้พยานฟังต่อหน้าผู้ต้องหา

ถ้าต่อมาผู้ต่องหานั้นถูกฟ้องเป็นจำเลยในการกระทำความผิดอาญานั้นก็ให้รับฟังคำพยานดังกล่าวในการพิจารณาคดีนั้นได้

ในกรณีที่ผู้ต่องหาเห็นว่าหากตนถูกฟ้องเป็นจำเลยแล้ว บุคคลซึ่งจำเป็นจะต้องนำมาสืบเป็นพยานของตนจะเดินทางออกไปนอกราชอาณาจักรอันทำให้เป็นการยากแก่การที่จะนำบุคคลนั้นมาสืบในภายหลัง ผู้ต่องหาดังกล่าวจะยื่นคำร้องต่อศาลโดยแสดงเหตุผลความจำเป็นเพื่อให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้สืบพยานบุคคลนั้นไว้ทันทีก็ได้

เมื่อศาลพิจารณาเห็นสมควร ก็ให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้สืบพยานนั้น และให้แจ้งให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการที่เกี่ยวข้องทราบ ในการสืบพยานดังกล่าว พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการแล้วแต่กรณีมีสิทธิที่จะซักค้านพยานนั้นได้ และให้นำความในวรรคสามและวรรคสี่มาใช้บังคับ”

จากหลักเกณฑ์ตามมาตรา 237 ทวิ สรุปได้ดังนี้

(1) มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าพยานบุคคลจะเดินทางออกไปนอกราชอาณาจักร หมายถึงกรณีที่ยังไม่ได้มีการฟ้องคดีต่อศาลแต่พยานบุคคลซึ่งจะต้องนำมาสืบเมื่อฟ้องคดีแล้วนั้นจะเดินทางออกไปนอกราชอาณาจักรยากแก่การนำมาสืบ ดังนั้น การที่จะสืบพยานบุคคลไว้ล่วงหน้าในคดีอาญาจึงมีเฉพาะกรณีที่พยานบุคคลผู้นั้นจะเดินทางออกไปนอกราชอาณาจักรยากแก่การนำมาสืบ ซึ่งปกติหมายถึงผู้ที่ไม่ได้มีถิ่นที่อยู่หรือภูมิลำเนาในประเทศไทย แต่ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นคนต่างด้าว ผู้ที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย ถึงแม้จะเดินทางไปนอกราชอาณาจักรเป็นครั้งคราว แต่ก็ไม่ถึงว่ายากแก่การนำมาสืบ ทางปฏิบัติส่วนใหญ่เป็นชาวต่างประเทศประเภทนักท่องเที่ยวที่เข้ามาอยู่ในประเทศชั่วคราว

(2) ต้องมีการจับกุมและแจ้งข้อหาแก่ผู้ต่องหาแล้ว หมายความว่าถ้าพ้องมีคดีอาญาเกิดขึ้นยังไม่เป็นเหตุเพียงพอที่จะขอสืบพยานไว้ล่วงหน้าตามมาตรา 237 ทวิ ต้องปรากฏด้วยว่าในคดีที่จะสืบนั้นมีการจับกุมผู้ต่องหาและต้องนำผู้ต่องหามาศาลด้วย

(3) ให้สิทธิเฉพาะพนักงานอัยการหรือผู้ต่องหาที่จะยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้สืบพยานนั้น มาตรา 237 ทวิ กำหนดการสืบพยานไว้ล่วงหน้าใน 2 กรณี กรณีแรกเป็นเรื่องอำนาจของพนักงานอัยการที่จะร้องขอต่อศาลไม่ว่าตนเองหรือโดยการร้องขอจากพนักงานสอบสวน ในการที่

จะยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้สืบพยานบุคคลที่กำลังจะเดินทางออกไปนอกราชอาณาจักร ส่วนกรณีที่สองเป็นเรื่องของผู้ต้องหาซึ่งเห็นว่า หากตนถูกฟ้องเป็นจำเลยแล้ว บุคคลซึ่งจำเป็นจะต้องนำมาสืบเป็นพยานของตนจะเดินทางออกไปนอกราชอาณาจักรอันทำให้เป็นการยากแก่การที่จะนำบุคคลนั้นมาสืบในภายหน้า ผู้ต้องหาดังกล่าวจะยื่นคำร้องต่อศาลดวยแสดงเหตุผลความจำเป็นเพื่อให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้สืบพยานบุคคลนั้นไว้ทันทีก็ได้

สรุปแล้วมาตรานี้ให้สิทธิทั้ง 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายอัยการโจทก์และฝ่ายผู้ต้องหา ส่วนผู้เสียหายนั้นไม่มีสิทธิร้องขอ ในกรณีพนักงานสอบสวน หากพนักงานสอบสวนเห็นว่าควรสืบพยานบุคคลไว้ล่วงหน้าจะต้องร้องขอต่อพนักงานอัยการเพื่อดำเนินการให้

(4) คำร้องของพนักงานอัยการต้องระบุการกระทำทั้งหลายที่อ้างว่าได้กระทำความผิดนี้เป็นเรื่องสำคัญเพราะการดำเนินคดีอาญานั้นต้องมีการแจ้งข้อหาแก่ผู้ต้องหาและรายละเอียดแห่งการกระทำผิดให้ผู้ต้องหาทราบ มิใช่ทำให้มีการสืบพยานบุคคลแล้วจึงค่อยตั้งข้อหา ซึ่งมีผลเท่ากับการการต้องหาพยานหลักฐานจากจำเลย กระบวนพิจารณาตามมาตรานี้เป็นเรื่องการอนุญาตให้มีการสืบพยานบุคคลไว้ล่วงหน้าเท่านั้นเนื่องจากมีเหตุจำเป็น มิใช่การไต่สวนพยานเพื่อหาพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิด การหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์การกระทำผิดของจำเลยนั้นเป็นเรื่องพนักงานสอบสวนจะใช้ศาลเป็นเครื่องมือไม่ได้ ดังนั้น การแจ้งข้อหาต่อผู้ต้องหาจึงเป็นเรื่องสำคัญ หากเป็นการแจ้งข้อหาผิดฐานแล้วนำมาฟ้องภายหลังในความผิดฐานอื่นย่อมเกิดปัญหาในการรับฟังคำพยานดังกล่าวการพิจารณาในคดีภายหลังได้

ส่วนกรณีที่ผู้ต้องหาเป็นฝ่ายยื่นคำร้องขอ นั้น มีเงื่อนไขแต่เพียงว่าผู้ต้องหาต้องตกอยู่ในฐานะผู้ต้องหาแล้วเท่านั้น คือ ได้มีการแจ้งข้อหาแก่ผู้ต้องหาแล้วตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

(5) ผู้ต้องหาที่มีสิทธิตั้งทนายมาซักค้าน และอัยการก็มีสิทธิซักค้านพยานที่ฝ่ายผู้ต้องหาขอสืบล่วงหน้า การสืบพยานล่วงหน้าในกรณีมาตรานี้เหมือนกับการสืบพยานบุคคลทั่วไป ในกรณีที่พนักงานอัยการเป็นฝ่ายขอสืบ ผู้ต้องหาที่มีสิทธิตั้งทนายมาซักค้าน และถ้าจำเลยมีสิทธิขอให้ศาลตั้งทนายให้ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ก่อนเริ่มสืบพยานศาลต้องถามผู้ต้องหามีทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาต้องการ หากศาลเห็นว่าศาลตั้งทนายให้ทันที ก็ให้ศาลตั้งทนายให้และดำเนินการสืบพยานนั้นทันที แต่หากศาลเห็นว่าไม่สามารถตั้งทนาย

หรือผู้ต้องหาไม่อาจตั้งทนายได้ทันที ก็ให้ศาลซักถามพยานนั้นให้แทน คำเบิกความนั้นศาลต้องบันทึกและอ่านให้พยานฟังต่อหน้าผู้ต้องหา

ส่วนกรณีที่ผู้ต้องหาขอให้สืบพยานไว้ล่วงหน้า เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตให้สืบพยานนั้นแล้วให้แจ้งให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการที่เกี่ยวข้องทราบในการสืบพยานดังกล่าว พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการแล้วแต่กรณีมีสิทธิซักค้านพยานนั้นได้

(6) คำพยานนั้นรับฟังได้เมื่อผู้ต้องหาถูกฟ้องเป็นจำเลยในภายหลัง คำเบิกความของพยานที่มีการสืบไว้ล่วงหน้าตามมาตรา 237 ทวินี้หากต่อมาผู้ต้องหานั้นถูกฟ้องเป็นจำเลยในการกระทำความผิดอาญานั้น ก็ให้รับฟังคำพยานดังกล่าวในการพิจารณาคดีนั้นได้ ข้อสังเกตก็คือการฟ้องคดีต่อมานั้นต้องเป็นการฟ้องผู้ต้องหาเป็นจำเลยในการกระทำความผิดอาญานั้นเท่านั้น ถ้าไปฟ้องในความผิดฐานอื่นก็ไม่เข้าองค์ประกอบมาตรานี้

การที่กฎหมายบัญญัติให้มีผลรับฟังคำพยานเช่นนี้ได้ นั้นเป็นข้อยกเว้นของหลักที่ว่า การพิจารณาคดีนั้นต้องกระทำต่อหน้าจำเลยและคำพยานนั้นศาลต้องอ่านให้พยานฟังต่อหน้าจำเลย เมื่อมาตรา 237 ทวิ บัญญัติให้ศาลต้องรับฟังคำพยานเช่นนี้ ศาลจะปฏิเสธไม่ได้ อย่างไรก็ตาม คำพยานดังกล่าวจะมีน้ำหนักมากน้อยเพียงใดเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ศาลต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักคำพยานนั้นจากการตอบคำถามคำซักค้านและข้อถามตึง เป็นรายๆ ไป ถ้าคำพยานนั้นมีน้ำหนักให้เชื่อได้โดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยกระทำความผิด และจำเลยนำสืบหักล้างคำพยานนี้ไม่ได้ศาลก็ต้องพิพากษาว่าจำเลยกระทำผิดตามที่โจทก์ฟ้อง

4.4 ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์กับกรณีที่เด็กและผู้เยาว์เร่ร่อนไม่มีบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล

ตามที่ได้วิเคราะห์ถึงองค์ประกอบความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่าตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาประกอบกับหลักการตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัด การกระทำความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์จะครบองค์ประกอบความผิดก็ต่อเมื่อมีการพรากเด็กและผู้เยาว์ไปเสียจากบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ดังนั้น หากเด็กและผู้เยาว์เป็นบุคคลเร่ร่อนปราศจากผู้มีอำนาจปกครอง ผู้กระทำจะมีความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์หรือไม่นั้น ในบทนี้จะได้อธิบายถึงปัญหาดังกล่าวเป็นลำดับ ดังต่อไปนี้

การพาเด็กหรือผู้เยาว์ที่หนีออกจากบ้านไปเป็นเด็กเร่ร่อนจรจัดแล้วไปกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร จะมีความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์หรือไม่นั้น เมื่อได้พิจารณาด้วยบททั้งมาตรา 317 หรือมาตรา 318 และมาตรา 319 แล้วจะเห็นว่า กฎหมายใช้คำทำนองเดียวกันทั้ง 3 มาตรา คือคำว่า พรากเด็ก หรือพรากผู้เยาว์ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล นักกฎหมายจึงมักจะมีความเห็นตรงกันในปัญหานี้ว่า ความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์จะเกิดขึ้นได้ เด็กหรือผู้เยาว์ที่ถูกพรากจะต้องอยู่ในความปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล คนใดคนหนึ่งในขณะที่ถูกพราก ฉะนั้นในกรณีที่เด็กหรือผู้เยาว์หนีออกจากบ้านไปเป็นเด็กเร่ร่อนจรจัด จึงไม่อาจเกิดการกระทำผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ขึ้นได้ เพราะการกระทำไม่ครบองค์ประกอบความผิด ทั้งกฎหมายทั้ง 3 มาตรานี้ บัญญัติขึ้นโดยมีความประสงค์เพื่อคุ้มครองอำนาจปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล หากมีการกระทำอันเป็นการละเมิดต่ออำนาจปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์ อันเป็นความผิดที่กระทำต่อบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลไม่ใช่ความผิดที่กระทำต่อเด็กหรือผู้เยาว์ ดังตัวอย่างในคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2155/2514 การพรากผู้เยาว์ไปเสียจากบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแลนั้น หมายความว่า พาหรือแยกผู้เยาว์ออกจากความดูแลของบิดามารดาผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์จะต้องอยู่ในความดูแลปกครองของบุคคลดังกล่าวแล้วในขณะที่พราก

ผู้เสียหายเป็นหญิงผู้เยาว์อายุ 17 ปี ถูกมารดาตีและไล่ออกจากบ้าน จึงหนีออกมาจำเลยพบเข้าได้สอบถามถึงที่อยู่ ผู้เสียหายไม่ยอมบอก จำเลยจึงพาผู้เสียหายไปฝากไว้กับพี่สาวจำเลย ดังนี้ การกระทำของจำเลยยังไม่เป็นการพรากผู้เยาว์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2591/2540 เด็กชาย 4 คน คือ ว. อายุ 12 ปี ข. อายุ 12 ปี อ. อายุ 13 ปี และ ร. อายุ 11 ปี หนีออกจากบ้านมาเป็นเด็กเร่ร่อนอาศัยหลบซ่อนอยู่บริเวณหน้าห้างสรรพสินค้า พ. โดยไม่ยอมกลับบ้าน แสดงว่าขณะเกิดเหตุเด็กชายทั้งสี่หนีไปจากความปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลโดยเด็ดขาดแล้ว แม้ทางนำสืบของโจทก์จะได้ความว่ามารดาของ ว. และ ข. ยังติดตามหาอยู่ ก็ไม่ถือว่า ว. และ ข. ยังอยู่ในความปกครองดูแลของ

⁵ ประดิษฐ์ เอกมณี, ลานกฎหมาย พรากเด็กพรากผู้เยาว์ ดุลพาห เล่มที่ 1 ปีที่ 45 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดอรุณการพิมพ์, 2541), หน้า 189-192.

มารดาในขณะนั้นแต่อย่างใด การที่จำเลยชักชวนเด็กชายทั้งสี่ไปที่ห้องของจำเลยแล้วกระทำอนาจารแก่เด็กชายทั้งสี่ จึงไม่เป็นการพรากเด็กชายทั้งสี่ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล จำเลยย่อมไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317

อย่างไรก็ดี การแปลกฎหมายในปัญหานี้ของนักกฎหมายส่วนใหญ่ถึงแม้จะสอดคล้องกับแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาตั้งตัวอย่างข้างต้น ก็เชื่อว่าจะมีผู้เห็นด้วยคล้อยตามไปเสียทั้งหมด คุณสรพลสิทธิ์ คุณพีระพันธ์ ผู้อำนวยการศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็ก เป็นผู้หนึ่งที่ได้แสดงข้อโต้แย้งคัดค้านคำวินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2591/2540 ผ่านไปทางเลขาธิการสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ โดยให้เหตุผลเกี่ยวกับการใช้และตีความประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2591/2540 ว่าไม่สามารถใช้บังคับกรณีของเด็กซึ่งไม่มีผู้ปกครองดูแล ได้ก่อนปัญหาในการคุ้มครองช่วยเหลือเด็กอย่างร้ายแรงขึ้น เท่ากับขณะนี้ศาลฎีกาจะปฏิบัติต่อเด็กสองกลุ่มแตกต่างกัน โดยมีการแบ่งแยกเป็นเด็กที่มีผู้แทนโดยชอบธรรม และเด็กผู้ไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรมซึ่งเป็นการกระทำที่ขัดต่ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติข้อ 2 อนุ⁶ ซึ่งประเทศไทยเป็นรัฐภาคี

ตามที่ได้กล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่า วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ควรที่จะนำ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2591/2540 และเหตุผลในหนังสือโต้แย้งคัดค้านของมูลนิธิศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็กมาเปรียบเทียบและวิเคราะห์เพื่อเป็นประโยชน์ในทางวิชาการ และให้ได้แนวทางของกฎหมายที่ชัดเจนต่อการคุ้มครองทรัพยากรที่มีคุณค่าของสังคมมิให้ได้รับอันตราย

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁶ ข้อ 2 อนุ 1 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ บัญญัติว่า "รัฐภาคีจะเคารพและประกันสิทธิตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้แก่เด็กแต่ละคนที่อยู่ในเขตอำนาจของตน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าชนิดใด ๆ โดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิดหรือหรือสถานะอื่น ๆ ของเด็ก หรือ บิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย"

คำพิพากษาฎีกาที่ 2591/2540ระหว่าง พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด โจทก์ และนายแบรนด คาร์ลไฮท์ นีเรนซ์ จำเลย โดยนี้มีข้อเท็จจริงโดยย่อตามที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาดังนี้⁷

โจทก์ฟ้องว่า ระหว่างวันที่ 3 ตุลาคม 2537 ถึงวันที่ 2 ธันวาคม 2537 จำเลยโดยปราศจากเหตุอันสมควรได้พวกรักเด็กชาย ก. อายุ 12 ปี เด็กชาย ข. อายุ 12 ปี เด็กชาย ค. อายุ 13 ปี และเด็กชาย ง. อายุ 11 ปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล เพื่อการอนาจารและเพื่อหากำไร จำเลยได้กระทำอนาจารแก่เด็กชายทั้งสี่หลายครั้งด้วยการกอดจูบลูบคลำและจับอวัยวะเพศโดยเด็กชายทั้งสี่ยินยอม นอกจากนี้ จำเลยได้ให้เด็กชายทั้งสี่เปลื้องการแสดงท่าจับอวัยวะเพศและแสดงท่าลามต่าง ๆ แล้วจำเลยได้ถ่ายรูปไว้และอัดเป็นรูปถ่ายเก็บไว้ในอัลบั้มทำเป็นวิดีโอลามก และแผ่นฟิล์มสไลด์ภาพลามก ทั้งนี้ เพื่อความประสงค์ในทางการค้าและเพื่อส่งออกไปจำหน่ายนอกประเทศไทย โดยยึดของกลางได้หลายรายการ โจทก์จึงฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279, 278, 317, 92, 91, 33, 32 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 294 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2518 ข้อ 20, 24 ธิบของกลางและเพิ่มโทษจำเลยด้วย

จำเลยให้การปฏิเสธ แต่รับว่าเคยต้องโทษและพ้นโทษตามฟ้อง

ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคหนึ่ง, 287 (1), 317 วรรคสาม, 92, 91, 33, 32 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 294 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2514 ข้อ 20, 24 การกระทำของจำเลยเป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน ให้ลงโทษจำเลยทุกกรรมเป็นเป็นกระทงความผิดไป ฐานพวกรักเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไปเพื่อการอนาจารหรือเพื่อหากำไร 4 กระทง จำคุกกระทงละ 5 ปี ฐานมีวัตถุลามกไว้ในครอบครองเพื่อการค้าจำคุก 6 เดือน ฐานชักจูงหรือส่งเสริมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควร ปรับ 1,000 บาท รวมจำคุก 32 ปี 6 เดือน และปรับ 1,000 บาท เพิ่มโทษจำคุกหนึ่งในสามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 92 เป็นให้จำคุกจำเลยมีกำหนด 43 ปี 4 เดือน และปรับ 1,000 บาท ธิบของกลาง

จำเลยอุทธรณ์

⁷ ดุชะฎี หีลีละเมียร, ฎีกาวิเคราะห์ ดุลพาท เล่มที่ 1 ปีที่ 45 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดอรุณการพิมพ์), หน้า 198 -202.

ศาลอุทธรณ์พิพากษาแก้เป็นว่าให้ลงโทษฐานกระทำอนาจารแก่เด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคหนึ่ง จำคุกกระหนงละ 1 ปี จำนวน 4 กระหนง รวมจำคุก 4 ปี เมื่อรวมกับโทษฐานทำ ผิด มีไว้ซึ่งรูปภาพ รูปถ่าย และแถบบันทึกภาพลามกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 (1) จำคุก 2 เดือน และโทษฐานส่งเสริมเด็กให้ประพฤติตนไม่สมควร ปรับ 1,000 บาท เป็นจำคุก 4 ปี 2 เดือน และปรับ 1,000 บาท ข้อหาพรากรเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 ให้ยกฟ้อง นอกจากนี้แก้ให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น

โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “คดีนี้มีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยตามฎีกาของโจทก์ว่า จำเลยพรากรเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อการอนาจารหรือเพื่อกำไรหรือไม่ พิเคราะห์แล้วเห็นว่า การที่เด็กชายทั้งสี่หนีออกจากบ้านมาเป็นเด็กเร่ร่อนอาศัยหลบนอนและขอทานอยู่บริเวณหน้าห้างสรรพสินค้าพาต้าปิ่นเกล้าโดยไม่ยอมกลับบ้านอีกเช่นนี้ย่อมแสดงว่าขณะเกิดเหตุเด็กชายทั้งสี่หนีไปจากความปกครองดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลโดยเด็ดขาดแล้ว แม้ทางนำสืบของโจทก์จะได้ความว่ามารดาเด็กชาย ก. และเด็กชาย ข. ยังติดตามหาอยู่ก็ตาม ก็ไม่ถือว่าเด็กชาย ก. และเด็กชาย ข. ยังอยู่ในความปกครองดูแลของบิดามารดาในขณะนั้นแต่อย่างใด การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นการพรากรเด็กชายทั้งสี่ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ที่ศาลอุทธรณ์ยกฟ้องข้อหาพรากรเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 นั้นชอบแล้ว ศาลฎีกาเห็นฟ้องด้วยฎีกาของโจทก์ฟังไม่ขึ้น”

และพิพากษาแก้เป็นว่า ให้ลงโทษจำเลยฐานกระทำอนาจารแก่เด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคหนึ่ง จำคุกกระหนงละ 1 ปี จำนวน 4 กระหนง รวมจำคุก 4 ปี ฐานทำ ผิด มีไว้ซึ่งรูปภาพ รูปถ่าย และแถบบันทึกภาพลามกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 (1) จำคุก 2 เดือน และฐานส่งเสริมเด็กให้ประพฤติตนไม่สมควร ปรับ 1,000 บาท รวมเป็นจำคุก 4 ปี 2 เดือน และปรับ 1,000 บาท โดยไม่เพิ่มโทษจำคุกเลย^๑ นอกจากนี้แก้ให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์

^๑เนื่องจากในระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ได้มีพระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช ทรงครองสิริราชสมบัติ ครบ 50 ปี พ.ศ.2539 ใช้บังคับใน มาตรา 4 บัญญัติว่า “ให้ล้างมลทินให้แก่บรรดาผู้ต้องโทษในกรณีความผิดต่าง ๆ ซึ่งได้กระทำก่อนหรือในวันที่ 9 มิถุนายน พ.ศ.2539 และได้พ้นโทษไปแล้วก่อนหรือในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ หรือซึ่งได้พ้นโทษไปโดยผลแห่งพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2539 โดยให้ถือว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษในกรณีความผิดนั้น ๆ” ความผิดในคดีก่อนจำเลย

สำหรับหนังสือโต้แย้งคัดค้านของข้อมูลนิติศุนย์พิทักษ์สิทธิเด็กที่ส่งมาถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เลขานุการส่งเสริมงานตุลาการ รวมทั้งส่งไปยังเลขาธิการนายกรัฐมนตรีและเลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติด้วยนั้น มีข้อความดังต่อไปนี้

“ตามที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยในคำพิพากษาฎีกาที่ 2591/2540 เกี่ยวกับการใช้และตีความประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 ว่า ไม่สามารถใช้บังคับในกรณีของเด็กซึ่งไม่มีผู้ปกครองดูแลนั้น ได้ก่อปัญหาในการคุ้มครองช่วยเหลือเด็กอย่างร้ายแรงขึ้น เท่ากับขณะนี้ศาลฎีกาจะปฏิบัติต่อเด็ก 2 กลุ่มแตกต่างกัน โดยมีการแบ่งแยกเป็น เด็กผู้มีผู้แทนโดยชอบธรรม และเด็กผู้ไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรม ซึ่งเป็นการกระทำที่ขัดต่ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ ข้อ 2 อนุ 1 ซึ่งประเทศไทยเป็นรัฐภาคี บัญญัติไว้ว่า “รัฐภาคีจะเคารพและประกันสิทธิตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้แก่เด็กแต่ละคนที่อยู่ในเขตอำนาจของตน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าชนิดใด ๆ โดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิดหรือหรือสถานะอื่น ๆ ของเด็ก หรือ บิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย” ดังนั้น การใช้และตีความเช่นว่าจึงน่าจะไม่ต้องและไม่ชอบต่อหลัก Equity ด้วยเหตุผลต่อไปนี้

1. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 ถูกจัดอยู่ในลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียงโดยอยู่ในหมวด 1 ความผิดต่อเสรีภาพ ประเด็นหลักคงไม่ใช่เสรีภาพของผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเด็ก แต่โดยที่เด็กยังไร้ความสามารถที่จะแสดงเจตนา จึงต้องมีบุคคลใดบุคคลหนึ่งแสดงเจตนาแทน เช่น กรณีเด็กแรกเกิดกับการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309 ซึ่งจะไม่มีผลคุ้มครองเด็กแรกเกิดได้เลย หากไม่ได้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 การใช้มาตรา 317 จึงเป็นการแทรกแซงของผู้ปกครองหรือผู้ดูแลที่จะแสดงเจตนาแทนเด็กก็เพื่อคุ้มครองให้พ้นจากการกระทำโดยมิชอบทั้งปวงรวมไปถึงการหาประโยชน์ทางเพศหรือ Seduction ตามมาตรา 317 วรรคสาม ด้วย

นอกจากนั้น การแทรกแซงของผู้ปกครองก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ ข้อ 3 อนุ 1 ด้วย ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

ได้กระทำก่อนวันที่ 9 มิถุนายน 2539 และพ้นโทษไปแล้วตั้งแต่ก่อน พ.ศ.2537 ซึ่งเท่ากับก่อนพระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ จึงเพิ่มโทษจำเลยไม่ได้.

“ในการกระทำที่ล่วงเกินเกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานบริการ หรือองค์กรนิติบัญญัติ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก” มิใช่จะแทรกแซงหรือไม่แล้วแต่ผู้ปกครองจะเห็นประโยชน์หรือไม่

2. กฎหมายจะปล่อยให้เด็กปราศจากการคุ้มครองหรือไม่ หากเด็กไม่มีผู้ปกครองหรือผู้ปกครองไม่ปฏิบัติหน้าที่ คำตอบที่ชัดเจนอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 6 สรุปได้ว่า รัฐจะดำเนินการให้เด็กมีผู้แสดงเจตนาแทนผู้ใช้อำนาจปกครองคือผู้แทนเฉพาะคดีมาปฏิบัติหน้าที่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (1)

3. การมีผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเป็นสาระสำคัญในการคุ้มครองเด็กหรือไม่ คำตอบอยู่ที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 321 สรุปคือ การพรากเด็กถือเป็นความผิดต่อแผ่นดิน แม้ว่าผู้ปกครองจะยอมรับทรัพย์สินเพื่อยุติการดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (1) ก็ไม่สามารถหยุดเลิกการดำเนินการของรัฐได้ เพราะรัฐต้องการคุ้มครองเด็กไม่ใช่ผู้ปกครอง

นั่นหมายความว่า การพรากเด็กมีนัยสำคัญอยู่ที่การพรากเด็กไปจากสิ่งแวดล้อมครอบครัวที่เป็นและเชื่อมต่อพัฒนาการด้านต่าง ๆ ของเด็กที่จะทำให้ปลอดภัยจากภัยอันตรายที่แผ้วพานสุขภาพกายและสุขภาพจิต โดยกฎหมายกำหนดให้บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเป็นผู้ดำเนินการ หากไม่มีผู้ใดดำเนินการ รัฐก็จะเป็นผู้ดำเนินการตามนัยแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 6 และเป็นไปตามหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ ข้อ 20 อนุ 1 และอนุ 2 กล่าวคือ

1. เด็กที่ถูกพรากจากสภาพครอบครัว ไม่ว่าจะโดยถาวรหรือชั่วคราว หรือที่ไม่อาจปล่อยให้ อยู่ในสภาพที่ว่่านั้น เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กเอง จะได้รับการคุ้มครองและช่วยเหลือพิเศษที่จัดให้ โดยรัฐ

2. รัฐภาคีจะประกันให้มีการดูแลแก่เด็กเช่นว่ำนั้นตามกฎหมายภายใน

เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้และตีความหมายเช่นที่กล่าวมาข้างต้นนี้อีก ขอให้ท่านในฐานะที่มีอำนาจหน้าที่หรือบทบาทหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้อง ได้โปรดดำเนินการใด ๆ เพื่อแก้ไขบิดเบือนให้เกิดการปฏิบัติที่ควรจะเป็นโดยสอดคล้องกับหลัก Equity หลักนิติธรรม อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและประมวลกฎหมายอาญา ถ้าหากจำเป็น

ก็น่าจะมีบทบัญญัติเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องการพวกรเด็กทั้งหมดว่า “กรณีที่บิดามารดา ผู้ปกครอง และผู้ดูแลไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ละเว้นที่จะปฏิบัติหน้าที่หรือไม่มีผู้ปฏิบัติหน้าที่ ไม่ว่าจะด้วยเหตุใด ให้รัฐเป็นผู้ดำเนินการได้ทันที” ทั้งนี้ เพื่อประเทศไทยจะได้สามารถคุ้มครองสิทธิของเด็กไทยได้อย่างแท้จริง”

ดุซงกี หนีลละเมียร อธิบดีบรรณาธิการนิตยสารดุลพาห ได้ให้ความเห็นต่อกรณีข้างต้นว่า⁹ หลักความยุติธรรม (Equity) ในการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยหมายถึง การลงโทษให้เหมาะสมกับการกระทำผิด แต่การกระทำผิดใดจะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่นั้นต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย เพราะประเทศไทยอยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เนื่องจากการดำเนินคดีอาญาเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลซึ่งก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ส่วนรวมและประโยชน์ส่วนบุคคล (Conflict of Interests) จึงเกิดหลักสากลในการกำหนดความผิดทางอาญา คือ ไม่มีความผิด และไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย (Nullum crimen, nulla poena, sine lege) ซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย...” ดังนั้น การตีความตามกฎหมายอาญาจึงต้องตีความอย่างเคร่งครัด ขยายความหรือเทียบเคียง (analogy) ไม่ได้ โดยเฉพาะในกรณีที่การขยายความในตัวบทให้เป็นผลร้ายแก่จำเลยหรือผู้ต้องหา นักกฎหมายทุกคนรวมทั้งศาลซึ่งเป็นองค์กรที่กฎหมายในการพิจารณาพิพากษา ลงโทษบุคคลย่อมถูกผูกมัดให้ใช้กฎหมายอาญาภายใต้หลักสากลดังกล่าว นอกจากนี้ ยังมีหลักสากลในการซึ่งนำนักพยานหลักฐานเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ให้ได้ความชัดแจ้งจนปราศจากข้อสงสัยตามสมควร (proof beyond a reasonable doubt) และหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย (in dubio proreo) สำหรับการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในคดีอาญา ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา “ให้ศาลใช้ดุลพินิจซึ่งนำนักพยานหลักฐานทั้งปวงอย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้นเมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย”

⁹ ดุซงกี หนีลละเมียร : เรื่องเดียวกัน, หน้า 208-214.

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 2519/2540 จะเห็นได้ว่าเป็นการวินิจฉัยตามหลักสากลของการกำหนดความผิดอาญาและการตีความกฎหมายอาญาอย่างเคร่งครัด นอกจากนี้ ยังเป็นการดำเนินตามหลักสากลของการซึ่งนำนักพยานหลักฐานและแนวบรรทัดฐานของศาลฎีกาที่ตัดสินในทำนองเดียวกันตลอดมา เนื่องจากเมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า จำเลยได้ชักชวนเด็กชายทั้งสี่ไปอยู่ที่ห้องพักของตนภายหลังจากเด็กชายทั้งสี่ออกมาจากความปกครองดูแลของบิดามารดาอยู่ก่อนแล้ว และเป็นกรณีที่เกิดจากความปกครองโดยเด็ดขาดด้วย เพราะเมื่อเด็กชายทั้งสี่หนีจากครอบครัวมาเป็นเด็กเร่ร่อนแล้วไม่เคยกลับไปบ้านอีกเลย แม้ทางนำสืบของโจทก์จะได้ความว่า มารดาของเด็กชาย ก.ยังติดตามหาลูกชายอยู่ ส่วนมารดาของเด็กชาย ข.มาตามลูกชายให้กลับบ้านหลายครั้ง แต่เด็กชาย ข. ไม่ยอมกลับบ้านและเร่ร่อนขอทานอยู่กับเด็กคนอื่น ๆ เมื่อไม่ปรากฏว่ามี การกระทำใดๆ ที่แสดงว่ามารดาของเด็กชาย ข. ให้ความอุปการะเลี้ยงดูเด็กชาย ข. อีกเลย จึงถือไม่ได้ว่าเด็กชาย ข. ยังอยู่ในความปกครองของบิดามารดาในขณะที่มีการกระทำผิดเกิดขึ้น เพราะฉะนั้นคำวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีความผิดฐานพรากเด็กจึงชอบแล้ว แต่อย่างไรก็ดี ข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 2591/2540 แตกต่างจากข้อเท็จจริงในคดีก่อน ๆ ที่ศาลฎีกาได้ตัดสิน เพราะเป็นเรื่องเด็กเร่ร่อนที่หนีออกจากบ้านแล้วถูกชาวต่างชาติที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนชอบร่วม ประเวณีกับเด็ก (Paedophile) แสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กเหล่านั้น จึงทำให้คำพิพากษาฎีกาที่ 2591/2540 กระทบต่อความรู้สึกของผู้ที่ทำงานคุ้มครองเด็กอย่างรุนแรง รวมทั้งเป็นอุปสรรคต่อการทำงานป้องกันและปราบปรามการกระทำที่เป็นการแสวงหาประโยชน์จากเด็กในธุรกิจบริการทางเพศของหน่วยงานต่าง ๆ ทั้งภาครัฐและภาคเอกชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ปัญหาจากข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวเป็นปัญหาทางสังคมที่เลวร้ายต่อทรัพยากรบุคคลซึ่งเป็นอนาคตของชาติส่วนหนึ่งและมีผลกระทบต่อผลประโยชน์โดยรวมด้วย

เมื่อนำหนังสือโต้แย้งคัดค้านของมูลนิธิศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็กมาพิจารณาโดยคำนึงถึงปัญหาสังคมในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่า เป็นความจริงที่คำพิพากษาฎีกาที่ 2591/2540 มีผลเป็นการแบ่งแยกให้เด็กที่อยู่ในความปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลในขณะที่มีการพรากได้รับการคุ้มครองโดยมาตรา 317 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ส่วนเด็กที่มีปัญหากดดันจนทนไม่ได้ต้องหนีจากครอบครัวมาเป็นเด็กเร่ร่อนซึ่งปัญหาสังคมที่ควรได้รับความช่วยเหลือกลับไม่ได้รับการคุ้มครองใด ๆ ซึ่งขัดต่ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ ข้อ 2 อนุ 1 และข้อ 3 อนุ 1 ดังได้กล่าวมาแล้ว มูลนิธิศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็กพยายามที่จะแสดงให้เห็นว่าแท้จริงเจตนารมณ์ของกฎหมาย มาตรา 317 มุ่งประสงค์จะคุ้มครองสิทธิเด็กโดยตรงแต่จำเป็นที่จะต้องหยิบยกเป็นเรื่องกระทบกระเทือนต่อความปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล กล่าวคือ เมื่อเกิดความผิดฐานพรากเด็ก ผู้ได้รับความเสียหายอย่างแท้จริงน่าจะเป็นเด็กเพราะเขาต้องเสีย

โอกาสที่ได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากครอบครัวและเสียโอกาสในการศึกษาเล่าเรียน รวมทั้งอาจได้รับความทุกข์ทรมานการและใจ เช่น อาจถูกพรากไปเป็นโสเภณีเด็กหรือไปใช้แรงงานเด็กในรูปแบบต่าง ๆ เป็นต้น แต่กฎหมายเพียงแต่มอบอำนาจให้บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลแสดงเจตนาแทนเด็ก เนื่องจากเด็กยังไร้ความสามารถ ทั้งนี้ ด้วยความอ่อนด้อยวุฒิภาวะและประสบการณ์นั่นเอง ดังนั้น บิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลจึงเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานพรากเด็กเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีอาญาทั้งที่เด็กต่างหากเป็นผู้ได้รับความเสียหายอย่างแท้จริง และมาตรา 317 วรรคสาม มีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองไปถึงการแสวงหาประโยชน์ทางเพศหรือการหากำไรจากเด็ก (แม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอม) ด้วยการให้บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเป็นผู้เสียหายเสียเองในความผิดฐานพรากเด็กเพื่อหากำไรหรือเพื่ออนาจาร นอกจากนี้จากถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 321¹⁰ แสดงว่า ความผิดฐานพรากเด็กตามมาตรา 317 ซึ่งอยู่ในลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง หมวด 1 ความผิดต่อเสรีภาพเป็นความผิดต่อแผ่นดิน จึงไม่อาจยอมความกันได้ เพราะรัฐต้องการคุ้มครองสิทธิเด็ก สำหรับกรณีเด็กที่ไม่อยู่ในความปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลในขณะที่มีการกระทำผิดฐานพรากเด็ก สมควรเป็นภาระและความรับผิดชอบของรัฐที่จะเป็นผู้แสดงเจตนาแทนผู้ใช้อำนาจปกครองในลักษณะ “ผู้แทนเฉพาะคดี” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 6¹¹ ว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ ข้อ 20 อนุ 1 และอนุ 2 ดังนี้

¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 321 บัญญัติว่า “ความผิดตามมาตรา 309 วรรคแรก มาตรา 310 วรรคแรก และมาตรา 311 วรรคแรก เป็นความผิดอันยอมความได้”

¹¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 6 บัญญัติว่า “ในคดีอาญาซึ่งผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์ไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรม หรือเป็นผู้วิกลจริต หรือคนไร้ความสามารถไม่มีผู้อนุบาล หรือซึ่งผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาลไม่สามารถจะทำการตามหน้าที่โดยเหตุหนึ่งเหตุใด รวมทั้งมีผลประโยชน์ขัดกันกับผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถนั้น ๆ ญาติของผู้นั้นหรือผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องอาจร้องต่อศาลขอให้ตั้งเขาเป็นผู้แทนเฉพาะคดีได้

เมื่อได้ไต่สวนแล้วให้ศาลตั้งผู้ร้องหรือบุคคลอื่นซึ่งยินยอมตามที่เห็นสมควรเป็นผู้แทนเฉพาะคดี เมื่อไม่มีบุคคลใดเป็นผู้แทน ให้ศาลตั้งพนักงานฝ่ายปกครองเป็นผู้แทน

ห้ามมิให้เรียกค่าธรรมเนียมในเรื่องขอตั้งเป็นผู้แทนเฉพาะคดี”

“1. เด็กที่ถูกพรากจากสภาพครอบครัว ไม่ว่าจะโดยถาวรหรือชั่วคราว หรือที่ไม่อาจปล่อยให้ อยู่ในสภาพที่ว่ำนั้น เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กเอง จะได้รับการคุ้มครองและช่วยเหลือพิเศษ ที่จัดให้โดยรัฐ

2. รัฐภาคีจะประกันให้มีการดูแลแก่เด็กเช่นว่ำนั้นตามกฎหมายภายใน”

เมื่อได้พิจารณาอย่างถ่องแท้แล้ว ผู้วิเคราะห์มีความเห็นว่า คำพิพากษาฎีกาที่ 2591/2540 มิได้ใช้และตีความมาตรา 317 แห่งประมวลกฎหมายอาญาผิดพลาด เพราะได้วินิจฉัยตามคุณธรรม ทางกฎหมายซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในวงการนิติศาสตร์ตลอดทั้งได้เป็นไปตามแนว คำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่เป็นบรรทัดฐานในการทำงานเดียวกันด้วยแนวคิดอันสืบเนื่องจากสภาพทาง ธรรมชาติและจารีตประเพณีที่คำนึงถึงความสำคัญของสถาบันครอบครัวแต่ด้วยเหตุที่สภาพสังคม มีปัญหาเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบและการเอาเปรียบต่อเด็กมากขึ้นกว่าอดีต มากนัก จึงทำให้คำพิพากษาฎีกาฉบับนี้มีข้อบกพร่อง ส่วนแนวคิดทางกฎหมายตามที่มูลนิธิ ศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็กเสนอมาเป็นสิ่งที่น่ารับฟังและสมควรนำมาพิจารณาให้ถี่ถ้วนเพื่อจะได้ร่วมกัน คิดร่วมกันแก้ไขปัญหาลังคมที่เกี่ยวกับเด็กด้วยแนวทางที่ประสานประโยชน์ร่วมกัน ทั้งนี้เพื่อ ประโยชน์สูงสุดอันจะตกได้แก่เด็ก และเพื่อมิให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยที่มุ่งสนใจแต่ความ ปกครองของบิดามารดาแต่เพียงอย่างเดียว โดยไม่สนใจว่าในความเป็นจริงเด็กต้องได้รับความ เสียหายหรือถูกกระทบกระเทือนสิทธิอย่างไรบ้างเพราะฉะนั้นจึงควรตระหนักกันว่าความผิดฐาน พรากเด็กตามมาตรา 317 แห่งประมวลกฎหมายอาญานอกจากจะมีเจตนาารมณ์ของกฎหมาย ที่มุ่งคุ้มครองการปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ซึ่งเป็นการคำนึงถึงความสำคัญ ของสถาบันครอบครัวอันเป็นการพิทักษ์คุ้มครองสิทธิเด็กประการหนึ่งแล้ว ควรจะมีคุณธรรมทาง กฎหมายอีกประการหนึ่ง คือ “คุ้มครองสิทธิเด็กมิให้พรากจากความอบอุ่นในครอบครัว” ซึ่งจะเป็น การพิทักษ์คุ้มครองสิทธิเด็กโดยตรง เพราะเมื่อเกิดการกระทำความผิดฐานพรากเด็ก ผู้เสียหายที่ แท้จริง ได้แก่ เด็ก แต่กฎหมายกำหนดให้บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเป็นผู้เสียหายเพื่อ ประโยชน์ในการดำเนินคดีอาญา ซึ่งสอดคล้องกับบทนิยามศัพท์คำว่า “ผู้เสียหาย” ในมาตรา 2 (4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือ “หมายรวมถึงบุคคลผู้ได้รับความ เสียหาย เนื่องจากการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6 “ รวมทั้งในมาตรา 5 (1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญาด้วย ดังต่อไปนี้

“บุคคลเหล่านี้จัดการแทนผู้เสียหายได้

(1) ผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้อนุบาล เฉพาะแต่ในความผิดซึ่งได้กระทำต่อผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถซึ่งอยู่ในความดูแล...”

นอกจากนี้ เหตุที่มาตรา 317 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเน้นหนักต่อการแสดงบทบาทหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองสิทธิเด็กไว้ที่บิดามารดา ซึ่งก็เป็นแนวคิดที่สอดคล้องกับสภาพทางธรรมชาติและความสัมพันธ์ที่เป็นจริงระหว่างบิดามารดาและบุตร ทั้งนี้ อยู่ภายใต้สมมุติฐานที่ว่า “บิดามารดาเป็นผู้ให้กำเนิดย่อมต้องให้ความรักและความอบอุ่นแก่เด็กที่เป็นบุตรตามที่ควรจะเป็น” โคนมิได้คำนึงถึงกรณียกเว้นที่บิดามารดาไม่กระทำหน้าที่ที่ควรจะเป็นแต่กลับใช้สิทธิและหน้าที่ของตนกระทำละเมิดต่อร่างกาย ชีวิต และเสรีภาพของตัวเอง ซึ่งในกรณีเช่นนี้เด็กกลับถูกจำกัดสิทธิในการดำเนินคดีตามกฎหมายโดยถือว่าเป็นคดีอุทลุม ทั้งนี้ โดยอิทธิพลของวัฒนธรรมและจารีตประเพณีที่ดั้งเดิมของไทยซึ่งสั่งสอนให้บุตรต้องเคารพนับถือผู้เป็นบิดามารดาของตน ซึ่งปรากฏในมาตรา 1562 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้ “ผู้ใดจะฟ้องบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญามีได้ แต่เมื่อผู้นั้นหรือญาติสนิทของผู้นั้นร้องขออัยการจะยกคดีขึ้นว่ากล่าวก็ได้”¹² อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาดังกล่าวมีบทบัญญัติมาตรา 6 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นทางแก้ แต่ในทางปฏิบัติสำหรับการคุ้มครองเด็กสิทธิเด็กด้วยมาตรานี้ยังไม่ได้ผลเท่าที่ควร

ในปัจจุบันมีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบและเอาเปรียบต่อเด็กหลายรูปแบบ มีทั้งการพาเด็กไปในลักษณะชักชวนล่อลวงต่าง ๆ หรือแอบลักพาไปซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของเด็กโดยตรง ทั้งนี้ เนื่องจากผู้กระทำผิดถือความได้เปรียบจากการที่เด็กเป็นผู้อ่อนต่อโลกและขาดวุฒิภาวะที่จะปกป้องคุ้มครองตนเอง รวมทั้งถือโอกาสจากการขาดความอบอุ่นในครอบครัวและมีความกดดันต่าง ๆ ที่รุมเร้าความรู้สึกอันเปราะบางของเด็ก เด็กจึงเป็นเหยื่ออาชญากรรมดังเช่นข้อเท็จจริงในคำพิพากษาฎีกาที่ 2591/2540 ยิ่งไปกว่านั้นบางกรณีบิดามารดาผู้ให้กำเนิดเป็นผู้กระทำความผิดต่อเด็กเสียเองทั้งที่ควรจะเป็นผู้คุ้มครองป้องกันภัยให้ลูกของตนตามสมมุติฐานโดยทั่วไป เช่น บิดามารดานำเด็กไปขายให้กับบุคคลอื่นเพื่อไปใช้แรงงานในโรงงาน

¹²แม้บทบัญญัติมาตรานี้เปิดช่องโดยอนุญาติให้บุตรร้องขอต่อพนักงานอัยการได้ด้วยตนเองก็ตาม แต่กรณีดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อบุตรเป็นผู้มีวุฒิภาวะเพียงพอต่อความสำนึกที่จะแสดงเจตนาของตนเท่านั้น.

ต่าง ๆ ซึ่งบางครั้งหากขัดขึ้นไม่กระทำตามเด็กก็อาจจะถูกทารุณกรรมด้วยวิธีการต่าง ๆ เพื่อเป็นการลงโทษบิดามารดาอาจจะขายลูกสาวของตนเพื่อไปเป็นโสเภณีเด็กหรือที่เรียกว่า “ตกเขียว” บิดามารดานำทารกไปขายให้บุคคลอื่น บิดาหรือมารดากระทำทารุณกรรม (Child abuse) แก่ลูกของตนเอง ซึ่งเป็นอาชญากรรมในครอบครัวที่ทวีจำนวนมากขึ้นจนน่าตกใจ การกระทำละเมิดต่อร่างกาย ชีวิต และเสรีภาพของเด็กเหล่านี้มีสาเหตุมาจากปัญหาสังคมหลายประการ เช่น ปัญหาค่าครองชีพสูงแต่รายได้ต่ำ การด้อยการศึกษา ความมีเมมาสุราและยาเสพติด ความสำนึกในศีลธรรมอยู่ในเกณฑ์ต่ำค่านิยมและทัศนคติในการดำเนินชีวิตที่ผิด เป็นต้น พฤติกรรมต่าง ๆ ซึ่งเป็นปัญหาเลวร้ายที่เกิดขึ้นในสภาพสังคมปัจจุบันผู้ใดจะเป็นผู้พิทักษ์คุ้มครองสิทธิของเด็กที่น่าสงสารเหล่านี้ ซึ่งก็คงจริงตามที่มูลนิธิศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็กให้ข้อเสนอแนะว่ารัฐควรมีบทบาทในการแสดงเจตนาแทนเด็กได้ในทันทีโดยไม่ต้องคำนึงถึงความปกครองของบิดามารดาที่ทำร้ายหรือพาลูกจากความอบอุ่นในครอบครัวด้วยน้ำมือของตนเอง

สำหรับปัญหาตามข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2591/2540 นั้นประเทศต่าง ๆ ในโลก เช่น สหรัฐอเมริกา นอร์เวย์ สวีเดน ออสเตรเลีย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เป็นต้น ต่างตื่นตัวและให้ความช่วยเหลือในการคุ้มครองมิให้เกิดการกระทำผิดทางเพศต่อเด็กโดยถือว่าเป็นภัยร้ายต่อสังคมหรือต่อศีลธรรมอย่างร้ายแรงและต้องปราบปรามมิให้คนชาติของตนหรือผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐนั้นไปกระทำความผิดดังกล่าวไม่ว่าในหรือนอกประเทศ ดังนั้น ประเทศเหล่านี้จึงออกหรือแก้กฎหมายเพื่อขยายอำนาจรัฐโดยกำหนดว่าการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กที่คนสัญชาติของตนไปกระทำไม่ว่าที่ใดก็ตาม รัฐสามารถลงโทษได้เหมือนกับว่าบุคคลนั้นได้กระทำผิดภายในประเทศ ทั้งนี้ เป็นผลมาจากการกระตุ้นเตือนและการนำข้อเท็จจริงไปเผยแพร่และปลุกเร้าให้เห็นถึงความเลวร้ายของการกระทำดังกล่าวโดยองค์กรภาคเอกชน (NGO) ร่วมกับองค์ของรัฐบาลในหลายประเทศ¹³ เป้าหมายของชาวต่างชาติที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนชอบร่วมประเวณีกับเด็ก (Paedophile) นั้น คือ เด็กในย่านเอเชียอาคเนย์ซึ่งรวมถึงประเทศไทยด้วย จึงนำเป็นห่วงเด็กไทยอย่างยิ่ง เพราะฉะนั้นรัฐจึงควรเข้ามามีบทบาทสำคัญในการแก้ปัญหาเด็กเร่ร่อนที่ตกเป็นเหยื่อของ

¹³ดูวันชัย รุจนวงศ์, ความร่วมมือระหว่างประเทศในการปราบปรามและลงโทษการกระทำผิดทางเพศต่อเด็ก เอกสารประกอบการเสวนาทางวิชาการ เรื่อง ความร่วมมือระหว่างประเทศในการปราบปรามและลงโทษการกระทำผิดทางเพศต่อเด็ก ซึ่งจัดโดยสำนักอัยการสูงสุด End Child prostitution in Asian Tourism (ECPAT) และศูนย์เครือข่ายสิทธิเด็กเอเชียเน็ท (Child rights ASIANET) เมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2537 ประกอบ.

การแสวงหาประโยชน์ทางเพศด้วยการผลักดันให้มีการแก้ไขปรับปรุงและเสนอร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยเริ่มต้นจากการศึกษาว่าบทบัญญัติมาตรา 317 แห่งประมวลกฎหมายอาญามีความชัดเจนมากน้อยเพียงใดต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กในฐานะที่เขาเหล่านั้นเป็นผู้เสียหายโดยคำนึงถึงผลกระทบในทางความจริง ทั้งนี้ ควรแก้ไขตามแนวทางอันเป็นมาตรฐานสากล นอกจากนี้ ควรแก้ไขตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำชำเราให้รวมถึงการกระทำต่อเด็กชายด้วย เพราะมิฉะนั้นจะลงโทษได้เพียงความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น รวมทั้งควรเร่งรัดให้มีการออกกฎหมายคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชนมาใช้บังคับอย่างมีประสิทธิภาพโดยเร็ว

จากบทวิเคราะห์ข้างต้น ผู้เขียนยังเห็นต่อไปอีกด้วยว่า ในการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยรัฐนั้นมีผลกระทบกระเทือนต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชน ด้วยเหตุนี้กฎหมายอาญาซึ่งเป็นเครื่องมือและกลไกของรัฐที่ควบคุมความปกติสุขของสังคมจึงต้องมีลักษณะพิเศษ หรือมีเอกลักษณ์ของตนเองแตกต่างจากกฎหมายอื่นๆ เช่นกฎหมายแพ่ง ฯลฯ กล่าวคือ กฎหมายอาญานั้น จะต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติว่า การกระทำ หรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิดและกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดไว้ ทั้งนี้เพื่อที่จะให้คนรู้ล่วงหน้าว่าการกระทำอย่างใดหรือการไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดและมีโทษเพียงใด บทบัญญัติความผิดนั้น ๆ จึงต้องชัดเจน แน่นนอน ปราศจากความคลุมเครือ

ดังนั้น เมื่อบุคคลใดจักต้องรับในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ กฎหมายอาญาจึงต้องตีความบทบัญญัติของกฎหมายอย่างเคร่งครัด จะขยายความ (extensive) หรือเทียบเคียง (analogy) ไม่ได้ โดยเฉพาะในกรณีที่มีการขยายความในตัวบทให้เป็นผลร้ายแก่จำเลยหรือผู้ต้องหา นักกฎหมายทุกคนรวมทั้งศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้กฎหมายในการพิจารณาพิพากษาลงโทษบุคคลย่อมถูกผูกมัดให้ใช้กฎหมายอาญาภายใต้หลัก ดังกล่าว และเมื่อการกระทำใดไม่ครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายก็เท่ากับว่าไม่มีกฎหมายใดบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ การจะลงโทษทางอาญาแก่ผู้นั้นก็กระทำมิได้ แม้จะเป็นการกระทำที่อาจจะกระทบกระเทือนหรือคาบเกี่ยวกับการกระทำผิดศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ตาม

ศาสตราจารย์ธานินทร์ ภัยวิเชียรก็ได้ให้ความเห็นในการตีความกฎหมายอาญาว่า¹⁴ กฎหมายอาญานอกจากจะมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลทั่วไป และรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำผิดด้วย เกี่ยวกับการลงโทษ แม้ว่าผู้ถูกลงโทษจะเป็นผู้กระทำผิดก็ตาม กฎหมายย่อมมีเจตนารมณ์ที่จะระมัดระวังให้การลงโทษนั้นเป็นธรรมแก่ผู้ถูกลงโทษด้วย บทบัญญัติทั้งหลายซึ่งบัญญัติไว้เกี่ยวกับเรื่องให้เป็นธรรมแก่ผู้ถูกลงโทษนี้มีเป็นจำนวนมาก นอกจากนี้ยังมีหลักกฎหมายทั่วไปอันเกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญา เพื่อเป็นหลักประกันว่า ผู้ถูกลงโทษจะได้รับความเป็นธรรม อีกเป็นจำนวนไม่ใช่น้อย

การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด ตามตัวอักษร ถ้าการตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษรจะทำให้เกิดผลประหลาด ก็จะต้องตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นอย่างเคร่งครัดดุจกัน

มาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อ...” ซึ่งมาตรานี้ก็มาจากหลักทั่วไปที่ว่ากฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อมีข้อสงสัยเคลือบคลุม จะนำมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้ได้หรือไม่ เห็นว่านำมาใช้ได้บางส่วน กล่าวคือ ตีความตามมุ่งหมายได้ แต่ต้องตีความโดยเคร่งครัดภายในวงจำกัดที่สุดและจะนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น หรือ บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ไม่ได้

ศาสตราจารย์ พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ ได้กล่าวไว้ในประเด็นนี้ว่า “การแปลกฎหมายอาญามีหลักต่างจากกฎหมายแพ่ง เช่นเทียบกับบทกฎหมายใกล้เคียงมิได้ อาทิ ตัวยกกล่าวว่าผู้ใดกระทำโดยเจตนาให้ผู้หนึ่งผู้ใดถึงแก่ความตาย ท่านว่ามันฆ่าคนโดยเจตนา แต่ถ้าฆ่าตัวเองจะนำบทนี้มาลงโทษไม่ได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติโดยตรงว่าผิด ทั้งนี้อย่าลืมน่าเป็นคนละเรื่องกับการตีความของศาล ไม่มีอะไรห้ามมิให้ศาลตีความหลักการตีความยอมให้ได้ทั่วไปทั้งทางแพ่งและทางอาญา ทางอาญาการตีความต้องใช้หลักเคร่งครัดไม่ใช่ extensive ต้องตีความโดยเด็ดขาดไม่ใช่ขยายความ โดยหลักนี้ศาลมีอำนาจจะค้นหาเจตนาของผู้ร่างว่าผู้ร่างมีความมุ่งหมายอย่างไร

¹⁴ธานินทร์ ภัยวิเชียร วิชา มหาคุณ,การตีความกฎหมาย โครงการสืบทอดตำราครูทางนิติศาสตร์ ชุดที่ 1 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,(กรุงเทพมหานคร :โรงพิมพ์ชวนพิมพ์,2539),หน้า 385-388.

แต่ศาลจะตีความให้ฝ่าฝืนลายลักษณ์อักษรที่เขียนไว้ไม่ได้ ต้องตีความเพียงภายในลายลักษณ์อักษร.....”

ในประเด็นนี้ยังมีแนวคำพิพากษาฎีกาที่วางบรรทัดฐานไว้อย่างชัดเจนตั้งแต่การใช้กฎหมายลักษณะอาญา ปราบปรามคำพิพากษาฎีกาที่ 211/2473 “กฎหมายต้องแปลให้เคร่งครัดตามกฎหมายที่มีอยู่จะแปลให้คล้อยตามความยุติธรรมไม่ได้”

ด้วยเหตุนี้อาจจะทำให้เห็นได้ว่ากฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่แยกจากและเป็นคนละเรื่องกับกฎเกณฑ์ทางศีลธรรมและจารีตประเพณี ดังที่อาจได้ยินนักกฎหมายกล่าวอยู่เสมอว่า “นี่เป็นความยุติธรรมตามกฎหมาย” ซึ่งมีความหมายโดยปริยายว่า ความยุติธรรมตามกฎหมายนั้น อาจจะไม่เป็นธรรมก็ได้

ตามที่ได้อธิบายไว้เป็นหลักการในมาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมาตรา 32 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ก็ได้บัญญัติรับรองไว้เช่นเดียวกันว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

จากการที่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศได้บัญญัติรับรองหลักการนี้ไว้ มีผลในทางกฎหมาย คือรัฐไม่อาจออกบทบัญญัติหรือกฎหมายใด ๆ มาลบล้างหลักของมาตรา 2 ในประมวลกฎหมายอาญาได้ เพราะเท่ากับเป็นการล้มล้างหลักของรัฐธรรมนูญ และหากจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงก็ต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยการยกเลิกมาตรา 32 และจะต้องยกเลิกสิทธิของจำเลยหรือผู้ต้องหาในการหยิบยกว่าตนถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้รับรองไว้ขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล ตามที่ปรากฏในมาตรา 28¹⁵ อีกด้วย

หลักในมาตรา 2 และมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญนี้เป็นหลักสากลอันเป็นที่ยอมรับกันมานานอารยประเทศ หลักนี้เรียกในภาษาลาตินว่า “Nullum crimen nulla poena sine leges”

¹⁵ มาตรา 28 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติว่า “...บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้”

แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า “No crime nor punishment without law” ไม่มีความผิดไม่มีโทษหากไม่มีกฎหมาย” นอกจากนี้ยังเรียกในภาษาอังกฤษด้วยว่า “Principle of Legality”¹⁶ อีกทั้งยังถือว่าเป็นบทบัญญัติที่เป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (one of the basic guarantees of the rule of law)¹⁷

ตามปฏิญญาสากลก็ได้กล่าวไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 11 (2) ที่บัญญัติไว้ว่า “จะถือบุคคลใด ๆ ว่ามีความผิดทางอาญาเนื่องด้วยการกระทำหรือละเว้นใด ๆ อันมิให้จัดเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายแห่งชาติ หรือกฎหมายระหว่างประเทศในขณะได้กระทำนั้นขึ้นมิได้ และจะลงโทษอันหนักกว่าที่ใช้อยู่ในขณะที่ได้กระทำความผิดทางอาญานั้นมิได้”

จากการวิเคราะห์ข้างต้นประกอบกับองค์ประกอบความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญา ย่อมทำให้ประจักษ์ถึงปัญหาขององค์ประกอบความผิดฐานพรากผู้เยาว์ กล่าวคือ ถึงแม้ผู้กระทำจะได้พรากผู้เยาว์ก็ตาม แต่ถ้าผู้เยาว์เป็นผู้เยาว์ที่เร่ร่อน ไม่มีบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ย่อมไม่มีผู้ใช้อำนาจปกครองต่อผู้เยาว์ การกระทำก็จะไม่ครบองค์ประกอบความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 ถึง 319 การจะลงโทษทางอาญาแก่ผู้นั้นก็กระทำมิได้ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงส่งผลให้ความผิดฐานพรากผู้เยาว์เป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของการตีความตามเอกลักษณ์ของกฎหมายอาญา

อย่างไรก็ตาม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้วิเคราะห์ไว้ในบทที่ 2 แล้วว่าอำนาจปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองที่มีต่อเด็กและผู้เยาว์จะสิ้นสุดลงก็แต่เฉพาะกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ และถ้ามีผู้กระทำการพรากเด็กและผู้เยาว์ที่เร่ร่อนโดยที่อำนาจปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองยังไม่สิ้นสุดลงโดยผลของกฎหมาย ผู้กระทำก็อาจมีความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ได้ กรณีจึงเป็นเรื่องที่ชี้ให้เห็นว่าในทางอาญาซึ่งมีความมุ่งหมายที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและมีผลใช้บังคับในลักษณะเด็ดขาด (Absolutely) ทั่วราชอาณาจักรนั้น

¹⁶Glanville Williams, Criminal law: The General Part, 2d ed (London: Setven & Sons, 1961),pp.575-608; Jerome Hell,General Principles of Criminal Law, 2d ed. (Indiannapolis: Bobbs-Merrill, 1960),pp. 27-69.

¹⁷Johannes Andenaes ,The General Part of Criminal Law of Norway ,Thomas P.Ogle,trans .(London:Sweet &Maxwell,1965),p.97.

จะถือตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นโดยไม่นำอำนาจปกครองตามกฎหมายในส่วนแบ่งมาพิจารณาและปรับใช้ในทางอาญาทั้งหมด หรือจะเป็นกรณีข้อเท็จจริงแห่งคดีไม่ปรากฏว่าบิดามารดาผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลของเด็กและผู้เยาว์ที่เร่ร่อนเข้ามาในคดีและใช้สิทธิในฐานะผู้มีอำนาจปกครองหรือผู้ปกครอง ศาลฎีกาจึงมิได้วินิจฉัยถึงประเด็นนี้ก็เป็นได้ จึงเป็นเรื่องที่นักกฎหมายจะต้องหาแนวทางด้วยวิธีทางกฎหมายเพื่อป้องกันช่องว่างทางกฎหมายที่อาจจะเกิดขึ้นเหมือนในกรณีนี้ต่อไป



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย