

วิวัฒนาการการกำหนดความผิดทางอาญารัฐานพรากเด็กและผู้เยาว์



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2561  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

EVOLUTION OF CRIMINAL OFFENCE AGAINST CHILD AND MINOR ABDUCTION



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws in Laws  
Common Course  
Faculty of Law  
Chulalongkorn University  
Academic Year 2018  
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	วิวัฒนาการการกำหนดความผิดทางอาญาฐานพรากเด็กและผู้เยาว์
โดย	นายปราโมทย์ สุวิมลธีระบุตร
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

.....	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	
.....	ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์พิเศษธงทอง จันทรางศุ)	
.....	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร)	
.....	กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม)	
.....	กรรมการ
(อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม)	

ปราโมทย์ สุวิมลธีระบุตร : วิวัฒนาการการกำหนดความผิดทางอาญฐานพรากเด็กและผู้เยาว์.  
( EVOLUTION OF CRIMINAL OFFENCE AGAINST CHILD AND MINOR ABDUCTION) อ.  
ที่ปรึกษาหลัก : ผศ. ดร.ชัชพล ไชยพร

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาวิวัฒนาการและแนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ ของประเทศไทยในแต่ละยุคสมัยตามที่ปรากฏใน กฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน รวมถึงศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และอินเดีย และปัจจัยที่ส่งผลกระทบต่อความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์

ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์เป็นความผิดต่อเสรีภาพอย่างหนึ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง และมีวิวัฒนาการมาตั้งแต่โบราณกาลจนถึงปัจจุบัน จากการศึกษาทางประวัติศาสตร์กฎหมายและสังคมวิทยากฎหมายพบว่าการกำหนดความผิดฐานนี้มีวิวัฒนาการมาตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัย อาณาจักรล้านนาซึ่งเป็นอาณาจักรใกล้เคียง สมัยกรุงศรีอยุธยาจนถึงต้นกรุงรัตนโกสินทร์ สมัยปฏิรูปกฎหมายในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว และต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งปัจจัยด้านสังคม เศรษฐกิจ การปกครอง และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศล้วนมีอิทธิพลต่อการวิวัฒนาการของกฎหมาย วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ศึกษาถึงแนวความคิดของการบัญญัติความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ โดยแบ่งช่วงการศึกษาออกเป็นสองช่วงคือ ช่วงยุคก่อนสมัยใหม่ และช่วงยุคสมัยใหม่ โดยถือเอาช่วงการปฏิรูปกฎหมายเป็นจุดเปลี่ยนแปลงทั้งของไทยและต่างประเทศเพื่อที่จะสามารถเปรียบเทียบปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการกำหนดความผิดของแต่ละประเทศในแต่ละช่วงเวลาได้

ทั้งนี้การศึกษาพบว่า แนวความคิดการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของไทยและต่างประเทศมีความคล้ายคลึงกันในแต่ละยุคสมัย โดยเจตนาของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองเปลี่ยนไปจากการคุ้มครองสิทธิ หรืออำนาจของเจ้า นาย เจ้าที่ดิน หรือผู้ปกครอง มาเป็นการมุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ซึ่งเป็นไปเพื่อคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ อย่างไรก็ตามการเปลี่ยนแปลงมิได้ขึ้นอยู่กับปัจจัยใดปัจจัยหนึ่งเพียงอย่างเดียว แต่ขึ้นกับปัจจัยทั้งสี่ที่มีความสัมพันธ์กัน อันมีผลต่อแนวความคิดในการคุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็กและผู้เยาว์ในยุคสมัยใหม่ ทั้งนี้จุดเปลี่ยนของการปฏิรูปกฎหมายของแต่ละประเทศแตกต่างกัน โดยฝรั่งเศสเกิดจากสภาวะการขับเคลื่อนภายในประเทศในด้านสังคม เศรษฐกิจและการปกครอง ในขณะที่ไทยและญี่ปุ่นเกิดจากสภาวะกดดันทางอ้อมในด้านเศรษฐกิจและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ต่างจากอินเดียซึ่งการปฏิรูปเกิดจากสภาวะการบังคับโดยตรงเนื่องจากอยู่ภายใต้อาณานิคม

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2561

ลายมือชื่อนิสิต .....

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

# # 6085980734 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Evolution, Child Abduction, Minor Abduction, Kidnapping, Criminal Offence

Pramote Suvimolteerabut : EVOLUTION OF CRIMINAL OFFENCE AGAINST CHILD AND MINOR ABDUCTION. Advisor: Asst. Prof. CHACHAPON JAYAPHORN, Ph.D.

The objective of this research is to study the evolution and concepts of criminal offence against child and minor abduction for Thailand as shown in the Law of the Three Seals, the Penal Code of R.S.127 and the current Penal Code. The research also covers the comparison study with France, Japan and India and study the influence factors in criminal offence against child and minor abduction.

The offences against child and minor abduction are an offence against freedom that the law, evolved since ancient time to the present, is intended to protect. Based on the historical legal research and sociological legal research, it is found that the determination of this offence has evolved since Sukothai period, Lanna Kingdom which is a neighboring kingdom, Ayutthaya period until the beginning of Rattanakosin, the legal reform period during the reign of King Chulalongkorn and continued to the present. The social, economic, governmental and international relations factors also influence the evolution of the law. This thesis examines the concepts of criminal offence against child and minor abduction. The study has divided into two main study periods: the pre-modern law period and the modern law period, considered the legal reformation of each country as the turning point. This is in order to analyze and compare the influence factors in each period.

The study has found that in each period the concepts of criminal offence against child and minor abduction of Thailand, France, Japan and India are quite similar. The spirit of the law has changed from the aim at the protection of rights or power of the master or guardian to the aim at the protection of the custody rights of parents, guardians or carers in order to protect children. However, the change did not depend only a factor, but depended on all four related factors which affected the concept of protection of life, body, freedom and welfare of children and minors in the modern period. The turning point of legal reform of each country is different in which France's legal reform was caused by the internal drive in social, economic and governmental factors, whereas Thailand and Japan's were caused by the indirect pressure in economic and international relation factors. Unlike, India the reform was caused by the direct force since India was colonized.

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2018

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดีด้วยความอนุเคราะห์อย่างยิ่งจากผู้ทรงคุณวุฒิ หลายท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ชัชพล ไชยพร ซึ่งให้ความกรุณารับเป็น อาจารย์ที่ปรึกษาในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ท่านได้สละเวลาอันมีค่าเพื่อให้คำแนะนำตลอดจนชี้แนะแนวทางในการศึกษา ให้ความเมตตาตลอดระยะเวลาในการศึกษาให้แก่ผู้เขียน จึงขอกราบขอบพระคุณ เป็นอย่างสูง ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์พิเศษธงทอง จันทรางศุ ที่กรุณารับเป็น ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร. คณพล จันทน์หอม และอาจารย์ ดร. ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม ที่กรุณารับเป็นกรรมการและกรุณาให้คำปรึกษาเพื่อให้ วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนกราบขอบพระคุณบิดาและมารดาที่รักและเคารพอย่างสูงสุดที่ได้มอบชีวิต มอบสิ่งดีงาม ให้ความเมตตา ความปรารถนาดี และอบรมสั่งสอนผู้เขียนตลอดมา และขอบพระคุณทุกคนในครอบครัวที่เป็นกำลังใจอันสำคัญและสนับสนุนผู้เขียนด้วย

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณครูบาอาจารย์ทุกท่านในหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ที่ได้ถ่ายทอดวิชาความรู้ และขอบคุณกัลยาณมิตรทุกท่านที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่คอยพูดคุยแลกเปลี่ยนความคิดเห็น ขอบคุณเจ้าหน้าที่บัณฑิตศึกษา เจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ และเจ้าหน้าที่ห้องสมุดที่ให้ความอนุเคราะห์และอำนวยความสะดวกในการทำวิทยานิพนธ์ และขอบคุณเจ้าหน้าที่ทุกท่านที่หोजดหมายเหตุแห่งชาติที่ให้ความช่วยเหลือในการค้นคว้าหาข้อมูลแก่ผู้เขียนเป็นอย่างดี

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณประโยชน์ประการใด ผู้เขียนขอมอบคุณงามความดีทั้งหมดให้แก่ บิดา มารดา ครูบาอาจารย์และผู้มีพระคุณทุกท่าน แต่หากมีข้อผิดพลาดหรือข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนกราบขออภัย และขอน้อมรับไว้เพียงผู้เดียว

ปราโมทย์ สุวิมลธีระบุตร

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ฅ
สารบัญรูปภาพ.....	ณ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	6
1.3 ขอบเขตของการวิจัย.....	6
1.4 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย.....	7
1.5 สมมติฐานของการวิจัย.....	7
1.6 วิธีการดำเนินการวิจัย.....	7
บทที่ 2 วิวัฒนาการและแนวความคิดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของประเทศไทย ในยุคก่อน ปฏิรูปกฎหมาย.....	8
2.1 สมัยกรุงสุโขทัยและอาณาจักรใกล้เคียง.....	9
2.1.1 อาณาจักรสุโขทัย.....	10
2.1.2 อาณาจักรล้านนา.....	13
2.2 สมัยกรุงศรีอยุธยาและกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น.....	14
2.2.1 การกำหนดความผิดฐานลักพาลูกเมียผู้คนที่่าน.....	18
2.2.1.1 กรณีลักพาลูกเมียของผู้อื่นไปเป็นลูกเมียของตน.....	20

2.2.1.2	กรณีลักพาตัวคนของผู้อื่นไปขาย .....	21
2.2.1.3	กรณีลักพาตัวคนของผู้อื่นไปขายให้แก่ชาวต่างประเทศ .....	21
2.2.1.4	กรณีที่ผู้ลักพาตัวไปทาส ลูกเมียของผู้อื่นไปแล้วนำกลับมาคืนเจ้าของ .....	22
2.2.2	การลงโทษผู้ลักพาตัวคนของผู้อื่นและการลงโทษผู้ถูกลักพาตัวที่รู้เห็นเป็นใจกับผู้ลักพาตัว .....	23
2.3	ยุคปฏิรูปกฎหมายในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว .....	25
2.3.1	การกำหนดความผิดฐานลักพาตัวก่อนการปฏิรูปกฎหมาย .....	26
2.3.2	แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิเด็กก่อนการปฏิรูปกฎหมาย .....	28
2.3.3	แนวความคิดในการคุ้มครองเสรีภาพของมนุษย์ในร่างพระราชกำหนดลักษณะ ประทุษร้ายแก่ร่างกาย และชีวิตมนุษย์ รัตนโกสินทรศก 118 .....	28
2.3.4	ความผิดฐานลักพาตัวและคำพิพากษาของศาลในช่วงก่อนการปฏิรูปกฎหมาย .....	31
2.3.5	การดำเนินการปฏิรูปกฎหมายและร่างความผิดฐานลักพาตัว .....	33
บทที่ 3	วิวัฒนาการและแนวความคิดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของประเทศไทย ตั้งแต่ยุค ปฏิรูปกฎหมาย .....	38
3.1	การกำหนดความผิดฐานลักพาตัวในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 .....	38
3.1.1	ความผิดฐานพรากเด็กอายุต่ำกว่า 10 ขวบไป .....	39
3.1.1.1	เจตนาารมณ์ของกฎหมาย .....	39
3.1.1.2	อำนาจปกครอง .....	40
3.1.1.3	ลักษณะของการกระทำ .....	40
3.1.1.4	วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ .....	41
3.1.1.5	เจตนาในการกระทำผิด .....	41
3.1.1.6	โทษที่ได้รับ .....	41
3.1.2	ความผิดฐานพรากเด็กอายุตั้งแต่ 10 ขวบถึง 14 ขวบไป .....	42
3.1.2.1	เจตนาารมณ์ของกฎหมาย .....	43
3.1.2.2	อำนาจปกครอง .....	43



3.1.2.3	ลักษณะของการกระทำ.....	44
3.1.2.4	วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ.....	44
3.1.2.5	เจตนาในการกระทำความผิด .....	44
3.1.2.6	โทษที่ได้รับ .....	45
3.1.3	ความผิดฐานพาเด็กอายุตั้งแต่ 10 ขวบถึง 14 ขวบไปโดยเด็กยินยอมเพื่อหากำไรหรือ อนาจาร.....	45
3.1.3.1	เจตนารมณ์ของกฎหมาย.....	46
3.1.3.2	อำนาจปกครอง.....	46
3.1.3.3	ลักษณะของการกระทำ.....	47
3.1.3.4	วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ.....	48
3.1.3.5	เจตนาในการกระทำความผิด .....	48
3.1.3.6	โทษที่ได้รับ .....	48
3.1.4	คำพิพากษาและประเด็นทางกฎหมายในความผิดฐานพาเด็กไป .....	48
3.1.4.1	ประเด็นเกี่ยวกับความเต็มใจ .....	49
3.1.4.2	ประเด็นการพาเด็กไปเพื่อแต่งงาน .....	51
3.2	การปรับปรุงแก้ไขความผิดฐานลักพาเด็กมาเป็นความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ .....	52
3.2.1	พราก .....	53
3.2.2	อายุของผู้ถูกรักทำ.....	53
3.2.3	ผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย .....	54
3.2.4	อัตราโทษ .....	55
3.3	แนวความคิดในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในปัจจุบัน .....	59
3.3.1	ความผิดฐานพรากเด็ก มาตรา 317.....	61
3.3.1.1	เจตนารมณ์ของกฎหมาย.....	61
3.3.1.2	อำนาจปกครอง.....	61

3.3.1.3	ลักษณะของการกระทำ.....	63
3.3.1.4	วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ.....	64
3.3.1.5	เจตนาในการกระทำความผิด.....	64
3.3.1.6	โทษที่ได้รับและเหตุเพิ่มโทษ.....	66
3.3.2	ความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วย มาตรา 318.....	67
3.3.2.1	เจตนารมณ์ของกฎหมาย.....	68
3.3.2.2	อำนาจปกครอง.....	68
3.3.2.3	ลักษณะของการกระทำ.....	68
3.3.2.4	วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ.....	69
3.3.2.5	เจตนาในการกระทำความผิด.....	69
3.3.2.6	โทษที่ได้รับและเหตุเพิ่มโทษ.....	70
3.3.3	ความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย มาตรา 319.....	70
3.3.3.1	เจตนารมณ์ของกฎหมาย.....	70
3.3.3.2	อำนาจปกครอง.....	70
3.3.3.3	ลักษณะของการกระทำ.....	71
3.3.3.4	วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ.....	72
3.3.3.5	เจตนาในการกระทำความผิด.....	72
3.3.3.6	โทษที่ได้รับและเหตุเพิ่มโทษ.....	73
3.4	ข้อพิจารณาความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ มาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319....	74
3.4.1	เจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์.....	74
3.4.2	อายุเด็กและผู้เยาว์.....	80
3.4.3	ความไม่รู้อายุเด็กและผู้เยาว์.....	84
3.4.4	ความสมัครใจของเด็กและผู้เยาว์.....	86
3.4.5	เหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์.....	89

3.5	มาตรการของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์.....	90
3.5.1	สิทธิมนุษยชน (Human Rights).....	91
3.5.1.1	สิทธิ เสรีภาพ อิสระภาพและความเสมอภาค.....	91
3.5.1.2	สิทธิในการได้รับการดูแลรักษา และสิทธิในการได้รับการศึกษา.....	92
3.5.1.3	ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก (Declaration of the Rights of the Child).....	93
3.5.2	อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child, CRC).....	95
3.5.2.1	มาตรการของรัฐในการคุ้มครองเด็ก.....	96
3.5.2.2	การคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก .....	97
3.5.2.3	การคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ.....	99
3.5.2.4	มาตรการเพื่อป้องกันการลักพา การขาย หรือการลักลอบค้าเด็ก.....	100
3.5.3	อนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ (Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction).....	100
3.5.3.1	ขอบเขตของอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ ....	101
3.5.3.2	ผู้ประสานงานกลาง (Central Authorities).....	102
3.5.3.3	การส่งตัวเด็กคืน (Return of Children).....	103
3.5.4	กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR).....	106
บทที่ 4	วิวัฒนาการและแนวความคิดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของต่างประเทศ.....	109
4.1	แนวความคิดในการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ในยุคโบราณ.....	109
4.1.1	กฎหมายของชาวบาบิโลน (Babylonian Law).....	110
4.1.2	กฎหมายของชาวโรมัน (Roman Law).....	111
4.2	ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของประเทศฝรั่งเศส .....	113
4.2.1	ยุคกฎหมายก่อนสมัยใหม่ของฝรั่งเศส.....	114
4.2.1.1	ยุคฝรั่งเศสโบราณและยุคกลาง.....	114

4.2.1.2 ยุคราชานิธิปไตย (Ancien Regime).....	118
ก) ยุคสมัยของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 .....	120
ข) ยุคก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศส.....	121
4.2.2 ยุคกฎหมายสมัยใหม่ของฝรั่งเศส.....	122
4.2.2.1 ยุคภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส .....	123
4.2.2.2 ยุคสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	126
4.2.2.3 ภายหลังการปฏิรูปกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1994 .....	132
ก) พรากโดยบุคคลอื่นซึ่งมิใช่บุคคลในครอบครัว (Non Family Abduction). 132	
ข) พรากโดยบุคคลในครอบครัว (Family Abduction) .....	136
4.3 ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของประเทศญี่ปุ่น.....	140
4.3.1 ยุคกฎหมายก่อนสมัยใหม่ของญี่ปุ่น .....	140
4.3.1.1 ยุคญี่ปุ่นโบราณ.....	140
4.3.1.2 ยุคปฏิรูปไทกะและระบบกฎหมายริสึเรียว .....	141
4.3.1.3 ยุคสมัยโชกุนและระบบศักดินาแบบคู้.....	142
4.3.1.4 ยุคสมัยเอโดะ รัฐโทคุงาวะ (Tokugawa State).....	143
4.3.2 ยุคกฎหมายสมัยใหม่ของญี่ปุ่น .....	146
4.3.2.1 พรากโดยบุคคลอื่นซึ่งมิใช่บุคคลในครอบครัว (Non Family Abduction). 148	
4.3.2.2 พรากโดยบุคคลในครอบครัว (Family Abduction) .....	155
4.4 ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของประเทศอินเดีย .....	158
4.4.1 ยุคกฎหมายก่อนสมัยใหม่ของอินเดีย.....	159
4.4.1.1 ยุคอินเดียโบราณ .....	159
4.4.1.2 ยุคสมัยมุสลิมปกครอง.....	163
4.4.2 ยุคกฎหมายสมัยใหม่ของอินเดีย .....	167
4.4.2.1 ประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย .....	169

4.4.2.2 การพรากไปจากอินเดีย (Kidnapping from India) .....	170
4.4.2.3 การพรากไปจากผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (Kidnapping from lawful guardianship) .....	171
ก) ลักษณะของการกระทำ .....	172
ข) ความยินยอมและความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง .....	173
ค) ความดูแลของผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย .....	174
4.4.2.4 การพาตัวไป (Abduction) .....	175
บทที่ 5 วิเคราะห์และเปรียบเทียบวิวัฒนาการและแนวความคิดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ ระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ .....	179
5.1 ยุคกฎหมายก่อนสมัยใหม่ (Pre-Modern Law) .....	181
5.1.1 ปัจจัยด้านสังคม .....	181
5.1.1.1 ไทย .....	181
5.1.1.2 ฝรั่งเศส .....	182
5.1.1.3 ญี่ปุ่น .....	185
5.1.1.4 อินเดีย .....	186
5.1.2 ปัจจัยด้านเศรษฐกิจ .....	187
5.1.2.1 ไทย .....	187
5.1.2.2 ฝรั่งเศส .....	188
5.1.2.3 ญี่ปุ่น .....	189
5.1.2.4 อินเดีย .....	190
5.1.3 ปัจจัยด้านการปกครอง .....	192
5.1.3.1 ไทย .....	192
5.1.3.2 ฝรั่งเศส .....	193
5.1.3.3 ญี่ปุ่น .....	194

5.1.3.4	อินเดีย	195
5.1.4	ปัจจัยด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ	196
5.1.4.1	ไทย	197
5.1.4.2	ฝรั่งเศส	198
5.1.4.3	ญี่ปุ่น	200
5.1.4.4	อินเดีย	201
5.2	ยุคกฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law)	202
5.2.1	ปัจจัยด้านสังคม	202
5.2.1.1	ไทย	202
5.2.1.2	ฝรั่งเศส	203
5.2.1.3	ญี่ปุ่น	205
5.2.1.4	อินเดีย	207
5.2.2	ปัจจัยด้านเศรษฐกิจ	209
5.2.2.1	ไทย	209
5.2.2.2	ฝรั่งเศส	210
5.2.2.3	ญี่ปุ่น	211
5.2.2.4	อินเดีย	212
5.2.3	ปัจจัยด้านการปกครอง	214
5.2.3.1	ไทย	214
5.2.3.2	ฝรั่งเศส	215
5.2.3.3	ญี่ปุ่น	216
5.2.3.4	อินเดีย	217
5.2.4	ปัจจัยด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ	219
5.2.4.1	ไทย	219

5.2.4.2 ฝรั่งเศส .....	221
5.2.4.3 ญี่ปุ่น .....	222
5.2.4.4 อินเดีย .....	224
บทที่ 6 บทสรุป.....	226
6.1 บทสรุป.....	226
6.1.1 วิวัฒนาการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของไทย.....	227
6.1.1.1 ยุคกฎหมายก่อนสมัยใหม่ (Pre-Modern Law).....	227
6.1.1.2 ยุคกฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law) .....	229
6.1.2 การวิเคราะห์และเปรียบเทียบตามปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการกำหนดความผิดฐานพราก เด็กและผู้เยาว์ .....	233
6.1.2.1 ปัจจัยด้านสังคม.....	234
6.1.2.2 ปัจจัยด้านเศรษฐกิจ .....	234
6.1.2.3 ปัจจัยด้านการปกครอง .....	235
6.1.2.4 ปัจจัยด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ.....	238
6.2 ข้อเสนอแนะ.....	241
บรรณานุกรม.....	242
ภาคผนวก.....	253
ประวัติผู้เขียน.....	277

## สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1 ตารางการปรับปรุงแก้ไขการบัญญัติความผิดลักพาเด็กแห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาเป็นความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์แห่งประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน .....	56
ตารางที่ 2 เปรียบเทียบคำพิพากษาศาลฎีกาในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์.....	78
ตารางที่ 3 ตารางสรุปความแตกต่างระหว่างการพราก (Kidnapping) และการพาตัวไป (Abduction) ตามประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย .....	176





## สารบัญรูปร่าง

หน้า

ภาพที่ 1 แผนภาพสรุปวิวัฒนาการกฎหมายอาญาของแต่ละประเทศในแต่ละช่วงเวลา ..... 180



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สังคมและกฎหมายเป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์กันจนไม่อาจแยกออกจากกันได้ ดังภาษาลาตินที่ว่า Ubi Societas, Ibi Jus (ที่ใดมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมาย) โดยเฉพาะกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เป็นการกำหนดความผิดและการกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัตินั้นคือกฎหมายอาญา บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย<sup>1</sup> ซึ่งเป็นหลักกฎหมายอาญาที่สำคัญที่เรียกว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา การกำหนดความผิดในทางอาญาจึงเป็นเครื่องมือในการควบคุมสังคมโดยจำกัดอิสรภาพบางอย่างของบุคคลไว้ เพื่อรักษาไว้ซึ่งการอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างสงบสุข รักษาไว้ซึ่งความปลอดภัยและศีลธรรมอันดี กฎหมายในแต่ละยุคสมัยจึงมีการกำหนดความผิดและกำหนดการลงโทษในทางอาญาแตกต่างกัน มีการแปรผันไปตามบริบทของสังคมและปัจจัยต่างๆในแต่ละช่วงเวลา การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยจึงเป็นการศึกษาถึงกฎเกณฑ์ข้อบังคับต่างๆที่มีอยู่ในสังคมที่ใช้บังคับในยุคสมัยนั้นๆ ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งที่จะทำให้เข้าใจกฎเกณฑ์ต่างๆที่ใช้กันในสังคมในยุคสมัยนั้น และเพื่อให้รู้ถึงวิวัฒนาการของกฎเกณฑ์ด้วยเหตุผลต่างๆกันด้วย<sup>2</sup>

การกำหนดความผิดในทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดมีหลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นความผิดต่อชีวิต ความผิดต่อความปลอดภัยของร่างกาย ความผิดที่เป็นการก่อกวนอันตรายต่อชีวิตและร่างกาย ความผิดต่อชีวิตในครมภ์มารดา ความผิดต่อเกียรติ ความผิดต่อเสรีภาพ ความผิดต่อการครอบครองพื้นที่และสถานที่ ความผิดต่อความลับ ความผิดต่อกรรมสิทธิ์และสิทธิในทรัพย์สิน ความผิดต่อข้อบัญญัติทางศีลธรรม ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงและความเชื่อถือ ความผิดต่อความสงบสุขของประชาชน ความผิดต่อความปลอดภัยของประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการก่อความรำคาญแก่

---

<sup>1</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

<sup>2</sup> เตือน บุนนาค, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2489), หน้า 4.

ประชาชน ความผิดต่อรัฐ ความผิดต่อเจ้าพนักงาน ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรม และความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม เป็นต้น

ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์เป็นความผิดเสรีภาพอย่างหนึ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองและมีวิวัฒนาการมาตั้งแต่โบราณกาลจนถึงปัจจุบัน การกำหนดความผิดในฐานนี้อาจกล่าวได้ว่ามีบทบัญญัติมาตั้งแต่สมัยพระเจ้ามั่งรายในอาณาจักรล้านนา สมัยพญาเลอไทในอาณาจักรสุโขทัย ต่อมายังสมัยกรุงศรีอยุธยาจนถึงต้นกรุงรัตนโกสินทร์ และต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน

กฎหมายอาญาที่กำหนดความผิดและกำหนดโทษนั้นมีลักษณะเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอนเพื่อให้การใช้และการตีความกฎหมายมีความถูกต้องและสอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป การที่จะสามารถทำให้บรรลุถึงนิติวิธีนี้ได้คือ ต้องเข้าใจถึงที่มา และเจตนาของผู้ร่างอันทำให้ทราบถึงวัตถุประสงค์ที่บทบัญญัตินั้นมุ่งคุ้มครอง เช่นนี้การใช้และการตีความกฎหมายอาญาที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันมีความจำเป็นอย่างมากที่จะต้องศึกษากลับไปถึงต้นตอและภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ เพื่อให้เข้าใจถึงความรู้สึกนึกคิดที่ก่อให้เกิดขนบธรรมเนียมทางกฎหมายในแต่ละเรื่อง และเพื่อให้เข้าใจถึงหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังของตัวบทซึ่งจะช่วยให้การใช้และการตีความกฎหมายเป็นไปอย่างถูกต้องโดยจำต้องเข้าใจถึงเหตุผลหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายควบคู่ไปกับการพิจารณาถึงตัวบทกฎหมาย ดังนั้นการพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายจึงต้องพิจารณาถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของบทบัญญัตินั้นๆ<sup>3</sup> อีกทั้งการศึกษาถึงประวัติศาสตร์กฎหมายสากลยังทำให้เข้าใจวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติ โดยมีความเชื่อที่ว่ามนุษย์มีธรรมชาติเหมือนกัน แม้ประวัติศาสตร์ของแต่ละชาติจะมีภูมิหลังความเป็นมาที่แตกต่างกัน แต่ก็มีส่วนร่วมกันหรือเหมือนกันอยู่ด้วย<sup>4</sup>

กฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันนั้น ในแง่นิติวิธีซึ่งรวมถึงการใช้และการตีความกฎหมายก็มีปัญหาเช่นกัน กล่าวคือ ความไม่ชัดเจนแน่นอนในการกำหนดความผิด สาเหตุหนึ่งเกิดจากความไม่รู้ถึงวิวัฒนาการของการกำหนดความผิดฐานดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากความไม่เข้าใจถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่แท้จริงอันทำให้การใช้และการตีความกฎหมายไม่ชัดเจน นอกจากนี้ถ้าได้ศึกษาการกำหนดความผิดในเชิงประวัติศาสตร์

<sup>3</sup> ภาณินี กิจพอคำ และ ญัฐวิวัฒน์ สุทธิโยธิน, แนวการศึกษาชุดวิชา กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาขั้นสูง หน่วยที่ 1-7, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, 2555), หน้า 1-12.

<sup>4</sup> Ibid., 1-13.

กฎหมายจะเห็นว่า ลักษณะของการกระทำความผิด บุคคลซึ่งได้รับความคุ้มครอง และวัตถุประสงค์แห่งการกระทำได้วิวัฒน์เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย

ตัวอย่างของปัญหาการใช้การตีความในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในปัจจุบันเช่น กรณีผู้เสียหายเข้าไปในบ้านและในห้องนอนของจำเลยเองอันเป็นไปด้วยความเต็มใจของเด็กหญิง การกระทำของจำเลยไม่เข้าลักษณะพาไปหรือแยกออกจากความปกครองดูแลของมารดาเด็ก อันทำให้ความปกครองดูแลของมารดาถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือนจึงไม่เป็นความผิดฐานพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3152/2543<sup>5</sup> จะเห็นได้ว่าศาลพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำความผิด “พราก” ว่ามีการพาไปหรือแยกออกไปจากความปกครองดูแล ทำให้ความปกครองดูแลของมารดาเด็กถูกรบกวน แต่ด้วยพฤติการณ์แห่งคดีเห็นว่าเด็กหญิงเข้าไปอยู่ในห้องนอนจำเลยและอยู่ในห้องนอนจำเลยแต่เพียงผู้เดียวเป็นเวลานานนั้นเป็นไปด้วยความเต็มใจของเด็กหญิง เนื่องจากเด็กหญิงชอบพอจำเลยมากกว่าที่จะถูกชักชวนและชักจูงจากจำเลย เพราะเด็กหญิงสามารถที่ไม่ไปตามที่จำเลยชักจูงก็ได้เนื่องจากจำเลยมิได้ใช้กำลัง และสามารถที่จะกลับบ้านตนเองได้ระหว่างที่อยู่คนเดียวเนื่องจากไม่มีอะไรมาขวาง การกระทำของจำเลยจึงไม่เข้าลักษณะพาไปหรือแยกเด็กไปจากความปกครองดูแลของมารดาเด็ก<sup>6</sup> หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยคำพิพากษาศาลฎีกานี้สะท้อนให้เห็นถึงการคำนึงแต่เพียงลักษณะของการกระทำความผิดว่าไม่เป็นการพรากเพราะไม่เป็นการพาไป หรือแยกออกจากความปกครองดูแลของมารดาเด็กเพียงอย่างเดียวโดยมิได้พิจารณาถึงเจตนา รรมณ์ของ

<sup>5</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3152/2543: คำว่า "พราก" ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ให้ความหมายว่า จากไป พาเอาไปเสียจาก แยกออกจากกันหรือเอาออกจากกัน ดังนั้น คำว่า "พราก" ในความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากมารดาโดยปราศจากเหตุอันสมควร จึงหมายความว่า พาไปหรือแยกเด็กออกจากความปกครองดูแล ทำให้ความปกครองดูแลของมารดาเด็กถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือน

การที่จำเลยจูงเด็กหญิง ส. เข้าไปในห้องโดยมิได้ใช้แรงจูง แล้วให้นั่งรออยู่คนเดียวประมาณ 20 นาที ระหว่างนั้นเด็กหญิง ส. สามารถที่จะกลับบ้านได้และเด็กหญิง ส. เคยไปนั่งเล่นในห้องนอนจำเลยบ่อย ๆ พฤติการณ์แห่งคดีมีลักษณะสอดคล้องแสดงให้เห็นว่า การที่เด็กหญิง ส. เข้าไปในห้องนอนจำเลยและอยู่ในห้องนอนจำเลยแต่เพียงผู้เดียวเป็นเวลานานนั้นเป็นไปด้วยความเต็มใจของเด็กหญิง ส. เนื่องจากเด็กหญิง ส. ชอบพอจำเลยมากกว่าที่จะถูกชักชวนและจูงจากจำเลยเพราะเด็กหญิง ส. สามารถที่จะไม่ไปตามที่จำเลยจูงก็ได้เนื่องจากจำเลยมิได้ใช้กำลังและสามารถที่จะกลับบ้านตนเองได้ระหว่างที่อยู่คนเดียว เนื่องจากไม่มีอะไรมาขัดขวางการกระทำของจำเลยจึงยังไม่เข้าลักษณะพาไปหรือแยกเด็กไปจากความปกครองดูแลของมารดาเด็ก อันทำให้ความปกครองดูแลของมารดาเด็กถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือน จึงไม่เป็นการพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี

<sup>6</sup> ชนบท ศุภศรี, รัชชัย ปาลกะวงศ์ ณ อยุธยา และ ชาญ วัฒนธรรม,, ความผิดในคดีอาญา ตอน ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดฐานพรากผู้เยาว์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด, 2561), หน้า 76.

กฎหมายที่ต้องการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลในการที่จะให้การศึกษา อบรมและดูแลเด็ก ซึ่งแตกต่างไปจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7673/2551 กรณีผู้เสียหายที่ 1 อยู่ในสนามบาสเกตบอลที่โรงเรียน จ. บอกให้ไปพบจำเลยที่แท้จริงน้ำด้านหลังแล้วพาผู้เสียหายที่ 1 ไปกระทำชำเรา แม้ในเบื้องต้นผู้เสียหายที่ 1 จะออกจากบ้านไปเองก็ถือไม่ได้ว่าพ้นจากอำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 2 และแม้ผู้เสียหายที่ 1 จะสมัครใจไปกับจำเลยก็ถือว่าเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 2 และเป็นการกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควร การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม<sup>7</sup> จะเห็นได้ว่าทั้งสองฎีกามีความขัดแย้งกันเองก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในประเด็นการกระทำที่ปราศจากเหตุอันสมควรกรณีที่เกิดจากความสมัครใจของเด็กเอง ประเด็นลักษณะของการกระทำที่ไม่ใช่เป็นการพาไปหรือแยกออกจากอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล และประเด็นเจตนาของกฎหมาย

อย่างไรก็ตามคำพิพากษาศาลฎีกาใน พ.ศ. 2560 กลับหลักเกณฑ์วินิจฉัยความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์อีก นั่นคือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 94/2560 ที่ได้อธิบายมีนัยที่จะมุ่งคุ้มครองสิทธิของเด็กด้วยโดยวินิจฉัยว่าผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็นเด็กหญิงอายุ 14 ปี ไปที่บ้านของจำเลย เป็นเพราะ ม. ชักชวนไป โดยจำเลยไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย แม้เหตุคดีนี้จะเกิดขึ้นภายในบ้านของจำเลย ก็ถือไม่ได้ว่าจำเลยกระทำการอันเป็นการพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากผู้เสียหายที่ 2 หรือมีการกระทำอันเป็นการกระทบกระเทือนหรือรบกวนต่ออำนาจปกครองหรือสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายของผู้เสียหายที่ 2 โดยศาลฎีกาให้เหตุผลว่าการที่ผู้เสียหายที่ 1 จะเข้าไปในห้องนอนของจำเลยเองหรือไม่ย่อมมีอิสระตัดสินใจได้เองตามสมควร มิฉะนั้นจะกลายเป็นว่าผู้ใดจะชวนผู้เสียหายที่ 1 ไปที่ใดหรือเข้าไปที่ใด ก็ต้องขอหรือกลับไปขอความยินยอมจากผู้เสียหายที่ 2 ทุกครั้งไป ซึ่งขัดต่อสภาพความเป็นจริงอย่างเห็นได้ชัด และเมื่อไม่เป็นการกระทำความผิดฐานพรากเด็กไปโดยปราศจากเหตุอัน

<sup>7</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7673/2551: ความผิดฐานพรากเด็กมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลที่มีต่อเด็กไม่ให้ผู้ใดพรากเด็กไปเสียจากความปกครองดูแล เมื่อขณะเกิดเหตุผู้เสียหายที่ 1 มีอายุเพียง 12 ปีเศษ จึงต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 2 การที่วันที่ 10 วันที่ 12 และวันที่ 16 เมษายน 2547 จำเลยซึ่งเคยกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 มาแล้วหลายครั้ง ได้นัดให้ผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งพบกันขณะผู้เสียหายที่ 1 เดินไปส่งเพื่อนให้ไปพบจำเลยที่โรงเรียน จ. และกั๊กมือเรียกผู้เสียหายที่ 1 จากสนามบาสเกตบอลให้เข้าไปหาจำเลยแล้วพาผู้เสียหายที่ 1 ไปกระทำชำเรา และจำเลยขับรถจักรยานยนต์เข้าไปหาผู้เสียหายที่ 1 ในสนามแบดมินตันโรงเรียน จ. บอกให้ไปพบจำเลยที่แท้จริงน้ำด้านหลังแล้วพาผู้เสียหายที่ 1 ไปกระทำชำเรา แม้ในเบื้องต้นผู้เสียหายที่ 1 จะออกจากบ้านไปเองก็ถือไม่ได้ว่าพ้นจากอำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 2 และแม้ผู้เสียหายที่ 1 จะสมัครใจไปกับจำเลยก็ถือเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 2 และเป็นการกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควร การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดตาม ป.อ. มาตรา 317 วรรคสาม

สมควรแล้วตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 วรรคแรก ย่อมไม่ต้องพิจารณาว่าเป็นการกระทำ เพื่อการอนาจารอันจะเป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคสามอีกต่อไป<sup>8</sup>

จากตัวอย่างปัญหาการตีความของศาลข้างต้น การศึกษาวิวัฒนาการจะช่วยตอบได้ว่า กฎหมายปัจจุบันมุ่งคุ้มครองอะไรและการกระทำในลักษณะใดบ้างขัดต่อผลประโยชน์ของรัฐจึงต้อง บัญญัติไว้เป็นประมวลกฎหมายอาญาซึ่งแตกต่างจากพื้นฐานความคิดเดิมอย่างไร ในขณะที่การบังคับ ใช้กฎหมายยังยึดติดอยู่กับพื้นฐานความคิดเดิมอยู่หรือไม่ ถ้ายังยึดติดกับความคิดเดิมก็แปลว่ามีการใช้ การตีความกฎหมายที่ผิดไป

ทั้งนี้การกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดหรือ เป็นไปตามที่ผู้มีอำนาจในสังคมหรือรัฐนั้นกำหนดด้วยเหตุผลบางประการที่ซ่อนอยู่ภายใต้ตัวบท กฎหมายนั้นๆ อาทิเช่นในประเด็นเรื่องอายุของเด็ก กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้กำหนด ความผิดฐานพรากเด็กไว้สำหรับการพรากเด็กอายุไม่เกิน 10 ปี ต่อมาได้มีการแก้ไขอายุของเด็กใน ความผิดฐานพรากเด็กเป็นอายุ 13 ปี ในช่วงแรกของการใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2500 และ มีการแก้ไขอีกครั้งในปี พ.ศ. 2530 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ด้วยเหตุผลว่าการกำหนดอายุเด็กที่จะได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมายจาก การกระทำความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพไว้เพียงอายุไม่เกิน 13 ปีเท่านั้น ผู้กระทำผิดตามบทบัญญัติ มาตรการดังกล่าวจึงสามารถอ้างความยินยอมของเด็กอายุกว่า 13 ปีขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือ บรรเทาโทษตามกฎหมายได้ นับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กอายุ ระหว่าง 13 ปีถึง 15 ปี ซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา อบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอได้<sup>9</sup> การแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงวิวัฒนาการการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในช่วงเวลานั้นๆ นอกจากนี้การใช้ ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายในแต่ละยุคก็มีความแตกต่างกันไปเนื่องด้วยแนวความคิดและปัจจัยต่างๆ ที่แตกต่างกัน

ด้วยเหตุนี้การศึกษาวิวัฒนาการการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์จึงมีความสำคัญ ทำให้เข้าใจถึงการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ว่ามีการวิวัฒนาการอย่างไร และมีเหตุปัจจัยใด ที่ส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงกับการกำหนดความผิดดังกล่าว ปัจจัยที่สำคัญได้แก่สภาวะทางสังคม รวมทั้งพัฒนาการของเด็กและผู้เยาว์ แนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพ สภาพเศรษฐกิจและความสัมพันธ์ ระหว่างประเทศ ส่งผลให้การกำหนดอายุของเด็กและผู้เยาว์ เจตนาธรรมในความผิดฐานพรากเด็ก

<sup>8</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 94/2560

<sup>9</sup> พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530.

และผู้เยาว์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง และการใช้การตีความในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในแต่ละยุคสมัยแตกต่างกันไป เมื่อเข้าใจประวัติศาสตร์ย่อมทำให้เข้าใจถึงปัจจุบันและสามารถทำนายปรากฏการณ์ในอนาคตได้ ดังนั้นการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายย่อมเกิดประโยชน์ในเชิงวิชาการ โดยให้แง่คิดและแนวทางเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์รวมทั้งการใช้การตีความกฎหมายที่ถูกต้อง ประกอบกับการศึกษากฎหมายต่างประเทศทำให้เข้าใจภาพรวมและหลักเกณฑ์ที่เป็นสากลซึ่งสามารถนำมาประยุกต์ใช้ได้กับการกำหนดความผิดของประเทศไทย การศึกษาเปรียบเทียบทั้งระบบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศนั้น จะทำให้ทราบพื้นฐานแนวความคิดของกฎหมายและเพื่อก่อให้เกิดองค์ความรู้ใหม่ในการกำหนดความผิดทางอาญาฐานพรากเด็กและผู้เยาว์

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาวิวัฒนาการของการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของประเทศไทยในแต่ละยุคสมัย รวมถึงปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์
2. เพื่อศึกษาแนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ ตามที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน
3. เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในประเทศไทย ตามที่ปรากฏใน กฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน
4. เพื่อเปรียบเทียบการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของประเทศไทยและต่างประเทศ

## 1.3 ขอบเขตของการวิจัย

ใช้วิธีทางนิติศาสตร์โดยมุ่งที่การศึกษาประวัติศาสตร์ของกฎหมายและสังคมวิทยากฎหมาย มีขอบเขตจำกัดอยู่ในเรื่องการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ตามที่ปรากฏในกฎหมายสมัยอยุธยา กฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน

#### 1.4 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

1. ทำให้ทราบถึงวิวัฒนาการของการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของประเทศไทยในแต่ละยุคสมัย รวมถึงปัจจัยที่มีผลกระทบต่อ การกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์
2. ทำให้เข้าใจแนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ ตามที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน
3. ทำให้ตระหนักถึงการเปลี่ยนแปลงตามวิวัฒนาการของการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในประเทศไทยตามที่ปรากฏใน กฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน
4. ทำให้ทราบถึงความแตกต่างของการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของประเทศไทยและต่างประเทศ

#### 1.5 สมมติฐานของการวิจัย

การกำหนดความผิดทางอาญาในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์แตกต่างกันไปตามยุคสมัย ซึ่งแนวความคิดในยุคก่อนสมัยใหม่มีเจตนารมณ์ที่ต้องการคุ้มครองเจ้าหรือนายอันเป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐ เมื่อมีการปฏิรูปกฎหมายเข้าสู่ยุคสมัยใหม่แนวความคิดเปลี่ยนแปลงไปเป็นการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา หรือผู้ปกครอง อันเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของเด็กและผู้เยาว์ ซึ่งเป็นเรื่องของสิทธิของปัจเจกชน ทั้งนี้เกิดจากปัจจัยด้านสังคม เศรษฐกิจ การปกครอง และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นตัวแปรสำคัญต่อการพลวัตของกฎหมาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

#### 1.6 วิธีการดำเนินการวิจัย

เป็นการวิจัยเอกสารโดยการค้นคว้าจากเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ จากหนังสือบทความ วารสาร ตำบัทกฎหมาย และเอกสารที่เกี่ยวข้องเพื่อนำมาวิเคราะห์หาข้อสรุป โดยจะศึกษากฎหมายไทยจากกฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน ส่วนกฎหมายของต่างประเทศจะศึกษาถึงประวัติศาสตร์และมาตรการทางกฎหมายอาญาในความผิดฐานที่เกี่ยวข้องของประเทศฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และอินเดีย เพื่อนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์และเปรียบเทียบแนวความคิดหรือมาตรการการกำหนดความผิดทางอาญา



## บทที่ 2

### วิวัฒนาการและแนวความคิดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของประเทศไทย ในยุคก่อนปฏิรูปกฎหมาย

แนวความคิดในการกำหนดความผิดในทางอาญามีไว้เพื่อควบคุมบุคคลในสังคมให้อยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข การกระทำที่เป็นการกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงเป็นสิ่งต้องห้าม รัฐจึงมีบทบาทที่ต้องเข้ามาควบคุมการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยออกกฎหมายหรือมาตรการเพื่อควบคุมประชาชนในสังคมให้สามารถอยู่ด้วยกันอย่างสงบสุข กฎหมายอาญาเป็นมาตรการหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อห้ามปราม ควบคุม เตือนและป้องกันบุคคลในสังคมโดยคำนึงถึงประโยชน์ร่วมกัน หากรัฐปล่อยให้บุคคลในสังคมต่างคนต่างกระทำตามเหตุผลของตนเอง ย่อมให้มีการแก้แค้นกันเอง ย่อมทำให้เกิดความขัดแย้งและก่อให้เกิดความไม่สงบสุขขึ้นได้<sup>1</sup> กฎหมายอาญามีภารกิจในตัวเองคือ ภารกิจในการคุ้มครองสังคมซึ่งต้องกระทำเฉพาะเท่าที่จำเป็นและไม่เป็นการคุ้มครองจนกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจนเกินจำเป็นอันไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย และภารกิจในการปราบปรามและในการป้องกันการกระทำผิด และภารกิจในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย และในการคุ้มครองคุณภาพของการกระทำอันเป็นคุณค่าที่จำเป็นที่เป็นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์<sup>2</sup> กฎหมายอาญาจึงมุ่งคุ้มครองต่อชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สิน และชื่อเสียง เมื่อบุคคลใดทำการฝ่าฝืนกฎหมายอาญาบุคคลนั้นย่อมต้องถูกลงโทษตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย สิทธิในเสรีภาพของบุคคลมีส่วนสำคัญมากในการบัญญัติกฎหมายอาญาสมัยใหม่ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดกฎหมายธรรมชาติและประมวลกฎหมายอาญาให้ความคุ้มครองรับรองสิทธิในเสรีภาพของบุคคลไว้โดยรัฐมีหน้าที่ป้องกันมิให้ประชาชนถูกลิดรอนเสรีภาพในการตัดสินใจที่จะกระทำการใดด้วยตนเองโดยไม่ถูกบังคับขู่เข็ญหรือโดยไม่สมัครใจ<sup>3</sup>

ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ที่กฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองเป็นความผิดที่เกี่ยวกับเสรีภาพ โดยเสรีภาพนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่กฎหมายยอมรับเข้าไว้ และมีการกำหนดโทษไว้

<sup>1</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558), หน้า 15-16.

<sup>2</sup> คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), หน้า 60-66.

<sup>3</sup> คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), หน้า 161.

สำหรับบุคคลที่ฝ่าฝืน ในการศึกษาวิวัฒนาการของความผิดฐานดังกล่าวจึงต้องคำนึงถึงการกระทำที่เป็นการพราก หมายรวมถึงการลักพา ซักพา หรือการพาไป อันเป็นคำที่ใช้ในอดีตซึ่งเป็นการกระทำ ความผิดต่อเสรีภาพด้วย แม้ว่าวัตถุแห่งการกระทำ ตลอดจนเจตนากรรมของกฎหมายจะเปลี่ยนไป ตามยุคสมัย

ช่วงก่อนการปฏิรูปกฎหมาย ซึ่งสามารถพิจารณาได้ตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัยจนถึงช่วงการปฏิรูปกฎหมายในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว สังคมไทยเป็นสังคมเกษตร แรงงานคน เป็นสิ่งสำคัญ การจัดสรร โยกย้ายผู้คน รัฐจำเป็นต้องรู้ว่าใครอยู่ที่ไหน ผู้คนจึงอยู่ภายใต้การบังคับบัญชา และการดูแลของเจ้า ชุน มูลนาย หากผู้คนภายใต้สังกัดหายไป หรือถูกลักพาตัวไป ย่อมส่งผลกระทบต่อ แรงงานการเกษตร และกำลังไพร่พลในยามสงคราม อีกทั้งกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ เพราะฉะนั้น จึงมีกฎหมายที่ใช้บังคับกับผู้คนในสังคมในเรื่องการลักพา ในบทนี้จะกล่าวถึงแนวความคิดและ มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ตั้งแต่ สมัยกรุงสุโขทัยจนถึงช่วงยุคปฏิรูปกฎหมายของไทย

## 2.1 สมัยกรุงสุโขทัยและอาณาจักรใกล้เคียง

สภาพสังคม เศรษฐกิจ และการปกครองในสมัยกรุงสุโขทัยและอาณาจักรใกล้เคียงที่นำมา ศึกษาในที่นี้คืออาณาจักรล้านนา มีลักษณะที่ใกล้เคียงกัน และกฎหมายที่ใช้กันในยุคนี้ได้รับอิทธิพล มาจากคัมภีร์มานวธรรมศาสตร์ของอินเดียเรียกว่า “พระธรรมศาสตร์” โดยเชื่อว่าได้รับอิทธิพลของ กฎหมายนี้ผ่านทางมอญมาอีกทอดหนึ่งจาก คัมภีร์ธรรมศาสตร์ ซึ่งมอญได้ตัดทอนแก้ไขส่วนที่เป็น ศาสนาพราหมณ์ออกเพื่อให้เหมาะสมและสอดคล้องกับหลักธรรมทางพระพุทธศาสนาซึ่งเป็นศาสนา ดั้งเดิมของมอญ<sup>4</sup> ในช่วงเวลานี้ทั้งมอญและเขมรมีอิทธิพลต่อไทยมาก แต่อิทธิพลของมอญมีน้ำหนัก เหนือกว่าอิทธิพลของเขมร อิทธิพลของมอญได้มีส่วนในการจัดระเบียบและในการเจริญขยายตัวของ กฎหมายของไทยมาก ทั้งนี้เพราะไทยและมอญต่างนับถือศาสนาพุทธเหมือนกัน มีผลทำให้ความ คิดเห็นและจารีตประเพณีของมอญมีต่อของไทย<sup>5</sup>

อย่างไรก็ดีการกำหนดความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในสมัยกรุง สุโขทัยและอาณาจักรล้านนานั้นไม่ได้มีความชัดเจน แต่ก็มีกำหนดความผิดเกี่ยวกับการลักพาที่ หมายรวมถึงผู้ถูกลักพาที่เป็น ข้าคน ไพร่ ทาส หรือ ลูก เมียซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองของเจ้า หรือ

<sup>4</sup> โรแบร์ต แลงการ์ด, คำสอนชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2478 ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน) ละเมียด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2478), หน้า 38-40.

<sup>5</sup> Ibid., 39-40.

นาย ดั่งนั้นเด็กและผู้เยาว์ อันเป็นวัตถุแห่งการกระทำยอมเป็นเหมือนเซตย่อย (subset) ของบุคคลที่ถูกลักพาตามการกำหนดความผิดในยุคนั้นนี้ แนวความคิดในการกำหนดความผิดทางอาญาของอาณาจักรสุโขทัยและอาณาจักรล้านนามีดังนี้

### 2.1.1 อาณาจักรสุโขทัย

เมื่อพิจารณาในยุคนั้นกรุงสุโขทัยนั้น กรุงสุโขทัยมีลักษณะการเมืองการปกครอง สังคม และเศรษฐกิจ ชีวิตความเป็นอยู่อันสามารถศึกษาได้จากศิลาจารึก ความผิดที่เกี่ยวข้องกับการพรากหรือการลักพาเป็นความผิดที่เกี่ยวกับเสรีภาพ ซึ่งในศิลาจารึกได้มีข้อความที่บันทึกสะท้อนให้เห็นถึงสิทธิและเสรีภาพเช่นกัน

ความผิดฐานที่เกี่ยวข้องกับการพรากเด็กและผู้เยาว์ในสมัยกรุงสุโขทัยและอาณาจักรใกล้เคียงนั้นไม่ปรากฏอย่างชัดเจน หลักฐานที่พบทางประวัติศาสตร์มีแต่เพียงความผิดฐานลักพาที่พบในศิลาจารึกสมัยพญาเลอไทอันมีลักษณะของการกระทำความผิดที่ใกล้เคียงกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในปัจจุบัน เพียงแต่วัตถุแห่งการกระทำซึ่งเป็นผู้ถูกลักพามีได้จำกัดเพียงเด็กและผู้เยาว์เท่านั้น แต่ได้หมายรวมถึง ข้าคน ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองของเจ้าหรือนายด้วย การกำหนดความผิดเกี่ยวกับการลักพาคนในสมัยกรุงสุโขทัยนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐ เพื่อที่รัฐจะรู้ว่าใครอยู่ไหน และสามารถเรียกใช้แรงงานในทางการเกษตร การสงคราม และเพื่อความมั่นคงของรัฐ จึงได้กำหนดให้ประชาชนมีหน้าที่ช่วยกันสอดส่อง หากสงสัยว่ามีขโมยลักผู้คน และมีความผิดด้วยหากไม่แจ้งต่อเจ้าหน้าที่

ในสมัยพญาเลอไทแห่งอาณาจักรสุโขทัยนั้น ได้มีการจารึกความผิดฐานลักพาหนีไว้ในแผ่นศิลาตั้งไว้กลางเมืองสุโขทัยอันเป็นย่านผ่านระหว่างเมืองชะเลียง กำแพงเพชร พังงายัง บางยวม สองแคว หลักศิลาจารึกดังกล่าวมีใจความสำคัญเกี่ยวกับการทำความผิดฐานลักพาคนหนีและลักทรัพย์อันเป็นความผิดที่มักจะต่อเนื่องกัน<sup>6</sup> หลักศิลาจารึกของพญาเลอไทนี้ พบเมื่อ พุทธศักราช 2473 ถอดความสำเร็จเมื่อพุทธศักราช 2476<sup>7</sup> ศิลาจารึกดังกล่าวได้จารึกไว้ในปี พุทธศักราช 1887 (ตรงกับมหาศักราช 1266) ซึ่งเป็นรัชกาลพระยาเลอไท แห่งราชวงศ์พระร่วงองค์ที่ 4 ราชบิดาของพระยาสิทธิ (ลือไท)<sup>8</sup> ตัวบทหลักหินดานที่ 1 โดยมีข้อความในช่วงต้นว่า มีพระบรมราชโองการให้ตราพระราชบัญญัติ

<sup>6</sup> ชัยพล ไชยพร, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ภาคก่อนปฏิรูป (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), หน้า 96.

<sup>7</sup> พระวรศักดิ์พิบูลย์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 12, อ้างถึงใน *ibid.*

<sup>8</sup> หลวงสุทริวาทนฤพุมิ, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมาย ชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2512-2513 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 191.

ขึ้น ราชอาณาจักรนี้มีเมืองสุโขทัยเป็นประธานของเมืองอื่น เป็นต้นว่า เซลียง กำแพงเพชร พังงายัง ปากยม สองแคว

ใจความในหลักศิลาจารึกพญาเลอไทบทที่ 18 ถึง 20 มีว่า “คนในเมืองนั้นที่เป็นข้า (คนรับใช้) ของคนอื่น หนีเตลิดไปสู่อำนาจใคร ผู้นั้นได้เข้าของเขาไว้โดยมิรู้ ครั้นพอสองวันก็รู้ว่าเป็นของคนอื่น หลบหนีมาสู่ตน แต่ขณะที่รู้ความจริงนั้นเป็นเวลาค่าคืน ส่งคืนไม่ทัน รุ่งขึ้นก็ไม่เร่งไปคืนเจ้าของสุภาพดีรู้เข้าและไปถามให้คืนแก่เจ้าของตามกฎหมาย”<sup>9</sup> บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงหน้าที่ของบุคคลในสังคมที่ต้องแจ้งให้เจ้าหรือนายของบุคคลที่หลบหนีมาโดยเร็ว

หลักศิลาจารึกพญาเลอไทบทที่ 21 ถึง 24 กำหนดให้ผู้ที่ไม่ส่งข้าคนของผู้อื่นคืนต้องเสียค่าสินไหมทดแทน เสมือนเป็นผู้ที่ลักคนของผู้อื่น อันมีใจความว่า “ผู้ใหญ่ผู้โตไม่ส่งข้าคนของผู้อื่นและเอาข้าเขาไว้ ให้ทอดสินไหมดุจดั่งตัวการขโมยลักคนของผู้อื่น แม้ว่าจะไม่ย้ายหนีเอาไปไว้เมืองอื่น คงซ่อนอยู่กลางเมือง”<sup>10</sup>

ข้อความดังกล่าวย่อมทำให้เข้าใจได้ว่าอาณาจักรสุโขทัยใช้พระธรรมศาสตร์เป็นหลักกฎหมายของบ้านเมือง และมีบทขยายความจากพระธรรมศาสตร์ที่เรียกว่าพระราชศาสตร์<sup>11</sup> อีกทั้งหลวงสุทิวาทนฤพุมิตีมีความเห็นว่ามนุษย์ไม่ใช่ทรัพย์สินของที่จะลักขโมยกัน แต่เป็นการลักพาหรือสมัยนี้ก็มีพาผู้เยาว์หนีจากผู้ปกครองเป็นต้น<sup>12</sup> กฎหมายโบราณใช้ถ้อยคำว่า ดุจดั่ง เท่ากับถ้อยคำว่า ถือเสมือนว่าหรืออีกนัยหนึ่งก็เป็นทำนองให้ไปใช้อัตราโทษเท่ากับตัวการฐานลักทรัพย์<sup>13</sup> และแม้ข้าคนของผู้อื่นหนีมาหาเองก็อยู่ในบังคับบทนี้ด้วยเพราะเจ้าบ้านย่อมชักไซร์ไล่เลี้ยงรู้แล้วว่าเป็นคนของใคร เมื่อรู้แล้วก็มีหน้าที่ต้องส่งคืน<sup>14</sup>

นอกจากนี้การที่ข้าคนหนีไป หรือลักพาข้าคนของผู้อื่นไปอยู่กับเจ้าหรือนายสังกัดอื่น แล้วเอาเอาข้าคนของผู้อื่นไว้ ผู้นั้นมีความผิดต่อแผ่นดิน ดังข้อความในต้วบทที่ 25 ถึง 33 ที่มีใจความว่า “ผู้ใดอยู่ในบ้านน้อยเมืองเล็กไกลจากเมืองใหญ่เช่นเมืองเซลียง ถ้ามีข้าในสังกัดคนอื่นก็ตี ข้าของชีบาอุปชฌาย์ (ผู้ถูกอุทิศให้รับใช้ศาสนา) ก็ตี หนีเตลิดไปสู่อำนาจเรือนของตน หรือมีคนพาเอาข้า

<sup>9</sup> Ibid., 193.

<sup>10</sup> Ibid., 196.

<sup>11</sup> พระวรศักดิ์พิบูลย์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 12, อ้างถึงใน ชัชพล ไชยพร, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ภาคก่อนปฏิรูป, หน้า 96.

<sup>12</sup> หลวงสุทิวาทนฤพุมิตี, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมาย ชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2512-2513, หน้า 308.

<sup>13</sup> Ibid., 196.

<sup>14</sup> Ibid.

(คนรับใช้) ของคนอื่นหนีไปสู่ตนก็ดี ต้องคืนข้าวนั้นแก่เจ้าสังกัดให้ได้ การเอาข้าของคนอื่นไว้ ท่านว่าเป็นผิดต่อแผ่นดิน ต่อเจ้านายผู้ใหญ่ แม้เจ้านายผู้ใหญ่ไม่อยู่ ให้ไปบอกแก่เจ้าเมืองๆ ก็ะบังคับจัดการคืนให้แก่เจ้าสังกัดของข้าคนนั้น การไปเอาคนของท่านมาอย่าอย่าไม่พ้นอาญา” (ถ้าจะรอให้ถูกบังคับให้คืน ความผิดจะหนักขึ้น)<sup>15</sup>

การที่เอาข้าคนของผู้อื่นไว้นาน ผู้กระทำย่อมต้องเสียค่าปรับ ยิ่งเก็บไว้นานค่าอัตราค่าปรับยิ่งเพิ่มขึ้น ดังข้อความในต้วบทที่ 34 ถึง 38 อันมีใจความว่า “ผู้ใดละเมิดเอาข้าของคนอื่นไปสามวัน มีโทษสามขนาดดังนี้ เอาข้าของคนอื่นไปเกินสามวัน ปรับวันละหมื่นหนึ่งพัน ดังนี้ไปจนถึงห้าวัน ถ้าเอาไปตั้งแต่ห้าวันให้ปรับเพิ่มวันละห้าหมื่นห้าพันถึงแปดวัน ถ้าเกินแปดวันแม้เพียงวันเดียว นอกจากปรับวันละห้าหมื่นห้าพันต้องเพิ่มสินไหมเท่ากับผู้ทำผิดฐานลักทรัพย์ของผู้อื่น”<sup>16</sup> จะสังเกตได้ว่าเป็นการบัญญัติเรื่องโทษที่หนักขึ้นตามความร้ายแรงของการกระทำอันเป็นประวัติศาสตร์ที่วางแนวทางในการบัญญัติกฎหมายใหม่ในเวลาต่อมาได้ดีโดยเฉพาะดุลพินิจในการกำหนดโทษทางอาญา<sup>17</sup>

การลักคน และการลักทรัพย์มักจะนำมาบัญญัติไว้ด้วยกัน โดยเมื่อรู้ว่าเป็นขโมยให้ลงโทษสักที่ร่างกายเพื่อให้รู้ว่าเป็นผู้ร้าย ดังที่ปรากฏในบทที่ 40 ถึง 43 ถอดความได้ว่า “ในบ้านมีผู้กล่าวหาลักคนก็ดี ช่างม้าว่าควายก็ดี แล้วเอาไปเก็บไว้กับตนหรือที่บ้านของตนให้ผู้นั้นเป็นเจ้าบ้านเจ้าเรือนพิจารณา ดู ถ้ารู้ว่าเป็นขโมยจริงและเจ้าหน้าที่ก็ว่าจริง ให้เอาตัวขโมยและของที่ถูกลักขโมยให้เจ้าของดู เขาก็ว่าจริงให้ลงโทษสักที่ร่างกาย เพื่อให้ใครเห็นก็รู้ว่าเป็นผู้ร้าย”<sup>18</sup>

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานลักพาหนีของอาณาจักรสุโขทัยนั้น จะเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายยังไม่เป็นระบบระเบียบ สาเหตุอาจเกิดจากความชำรุดของศิลาจารึก ความยากลำบากในการเข้าใจภาษา และ กฎหมายมักจะออกตามหลังเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแล้วเสมอ อันทำให้กฎหมายกระจัดกระจายไม่เป็นหมวดหมู่<sup>19</sup> แต่อย่างไรก็ดีบทบัญญัติที่กล่าวมาข้างต้นของอาณาจักรสุโขทัยนี้ทำให้ทราบถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายว่ามีลักษณะที่ต้องการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มี “ข้า” ในสังกัดให้ได้รับตัวข้าคนของตนคืน หากผู้ถูกลักพาตัวไปอยู่ในบ้านบุคคลใด เจ้าของบ้านมีหน้าที่ที่ต้องส่งบุคคลที่ถูกลักพาตัวไปคืนแก่เจ้าสังกัด นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงสภาพสังคม

<sup>15</sup> Ibid., 198.

<sup>16</sup> Ibid., 199.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid., 200.

<sup>19</sup> สุณีย์ มัลลิกะมาลย์ และคณะ, วิวัฒนาการของกฎหมายไทยในรอบสองร้อยปี ภาค 3: ภาคกฎหมายสารบัญญัติ (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 265.

และเศรษฐกิจของอาณาจักรสุโขทัยที่ผู้คนส่วนใหญ่ประกอบอาชีพเกษตรกรรม เห็นได้ว่า พระมหากษัตริย์มีความต้องการที่จะคุ้มครองเจ้าสังกัดมิให้ต้องสูญเสียบุคคลที่เป็นแรงงาน เกษตรกรรมไป ซึ่งกฎหมายกำหนดหน้าที่ให้บุคคลที่พบเห็นช่วยกันจับกุมผู้กระทำความผิดฐานลักพาตัวนี้ และส่งตัวผู้ที่ถูกลักพาคืนแก่เจ้าสังกัด อันเป็นการช่วยเหลือกิจการของรัฐ หากบุคคลที่เป็นข้าหนี หรือถูกลักพาออกไปนอกราชอาณาจักรเป็นจำนวนมากย่อมส่งผลกระทบต่อความมั่นคงต่อเศรษฐกิจโดยรวมของรัฐ

### 2.1.2 อาณาจักรล้านนา

ความผิดที่เกี่ยวข้องกับการพรากรหรือลักพาของอาณาจักรล้านนา ปรากฏในมังรายศาสตร์ ว่า ด้วยลักษณะลักทรัพย์และลักพา ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีความใกล้เคียงกับหลักศิลาจารึกพญาเลอไท อันมีแนวความคิดที่จะคุ้มครองรัฐ โดยต้องการแรงงานคนเพื่อการเกษตร การสงคราม และเพื่อความมั่นคงของรัฐ

อาณาจักรล้านนาเริ่มก่อตั้งขึ้นใน พ.ศ. 1839 และเสียอิสรภาพให้แก่พม่าใน พ.ศ. 2101 มีทิศเหนือจรดเมืองเชียงรุ่ง ทิศตะวันออกจรดแม่น้ำโขง ทิศใต้จรดอาณาจักรสุโขทัย และทิศตะวันตกจรดแม่น้ำสาละวิน<sup>20</sup> สภาพสังคมล้านนามีลักษณะเป็นสังคมเกษตรกรรมมีระบบการผลิตเพื่อเลี้ยงตนเอง เช่นเดียวกับสังคมไทยอื่นๆ ในหมู่บ้านจะมีทั้งเกษตรกรรมและหัตถกรรมรวมอยู่ด้วย<sup>21</sup> ระบบการผลิตนั้นมีแรงงานเป็นพลังการผลิตที่สำคัญ ซึ่งระบอบการปกครองนั้นแบ่งชนชั้นทางสังคมออกเป็นสองชนชั้นได้แก่ ชนชั้นปกครองได้แก่ กษัตริย์ ขุนนาง พระราชวงศ์ ข้าราชการระดับต่างๆ และชนชั้นถูกปกครองได้แก่ ไพร่เมือง ทาส และสงฆ์<sup>22</sup>

อาณาจักรล้านนานั้นเป็นแว่นแคว้นที่เจริญรุ่งเรืองและอยู่ในช่วงเวลาสมัยเดียวกันกับกรุงสุโขทัย ซึ่งมีกฎหมายแห่งอาณาจักรล้านนาที่เรียกว่า “มังรายศาสตร์” หรือวินัยฉัยมังราย วินัยฉัยเป็นคำในภาษาบาลีแปลว่า ตัดสิน ไตร่ตรอง ในที่นี้หมายถึงการตัดสินคำพิพากษาของพระเจ้ามังราย โดย

<sup>20</sup> สรัสวดี อ๋องสกุล, ประวัติศาสตร์ล้านนา, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์, 2554), หน้า 27.

<sup>21</sup> ชูสิทธิ์ ชูชาติ, “การผลิตเพื่อเลี้ยงตัวเองในสังคมล้านนา: ศึกษาเฉพาะการผลิตระดับหมู่บ้านในภาคเหนือของประเทศไทย พ.ศ. 1839-2475”, วารสารมนุษยศาสตร์ 11 (กรกฎาคม – ธันวาคม 2525) อ้างถึงใน อีราวดี ไตลังคะ, “การศึกษาเชิงวิเคราะห์คำสอนพระยามังราย” (อักษรศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 12.

<sup>22</sup> อรุณรัตน์ วิเชียรเขียว, “ความสัมพันธ์ระหว่างชนชั้นในสังคมเชียงใหม่ (พ.ศ. 1839-2439)”, สังคมศาสตร์ 5 (เมษายน- กันยายน 2525), อ้างถึงใน *ibid.*

นำกฎในพระธรรมนูญมาใช้ให้เข้ากับรูปคดี<sup>23</sup> สันนิษฐานว่านำพระธรรมนูญมาจากอินเดียโดยมอญได้มีการเขียนกฎหมายซึ่งศึกษาจากพระธรรมนูญแล้วตัดลีนคดีไปตามหลักพระธรรมนูญกฎหมายนั้นเรียกว่า ฉัมมสัทธ เป็นคำบาลีตรงกับธรรมนูญในภาษาสันสกฤต<sup>24</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. ประเสริฐ ณ นคร ได้เรียบเรียงกฎหมายพระเจ้ามังราย หรือ มังรายศาสตร์จากต้นฉบับอำเภอเสาให้ พ.ศ. 2342 ซึ่งได้ปรากฏหลักกฎหมายในมังรายศาสตร์ด้วยกัน 27 ลักษณะ ในส่วนของลักษณะลักทรัพย์และลักพาของมังรายศาสตร์ซึ่งมีลักษณะของการกระทำความผิดฐานลักพา อย่างไรก็ตามก็ตีบทบัญญัติดังกล่าวว่าด้วยการลักพาตัวคน ซึ่งรวมถึงลูก เมีย ข้าคนท่าน มิได้บัญญัติเฉพาะเจาะจงให้ความคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ ซึ่งเป็นวัตถุแห่งการกระทำอย่างชัดเจน แนวความคิดการกำหนดความผิดดังกล่าวเป็นไปเพื่อคุ้มครองรัฐ มิใช่เป็นไปเพื่อปัจเจกชน

ในส่วนของเจตนารมณ์ของกฎหมาย เมื่อพิจารณาจากสภาพสังคม เศรษฐกิจ และการปกครองในอาณาจักรล้านนา ทำให้เข้าใจได้ว่าการกำหนดความผิดลักษณะลักพาในมังรายศาสตร์นั้นเป็นผลมาจากผู้คนประกอบอาชีพเกษตรกรรม และอาณาจักรล้านนามีการขยายอาณาเขต มีพื้นที่ขนาดใหญ่ และขณะเดียวกันการป้องกันข้าศึกมิให้เข้ามารุกรานเพื่อสร้างความมั่นคงในอาณาจักรเป็นสิ่งสำคัญ ทรัพยากรบุคคลจึงมีความสำคัญและเป็นสิ่งที่ขาดไม่ได้ กฎหมายในเวลานั้นจึงคุ้มครองสิทธิหรืออำนาจปกครองของเจ้าหรือนาย หากมีการลักพาตัวข้าคนไป เจ้าหรือนายย่อมได้รับผลกระทบ และหากมีการลักพาเป็นจำนวนมากย่อมส่งผลกระทบต่อความมั่นคงและขยายอาณาเขตของอาณาจักรล้านนา

## 2.2 สมัยกรุงศรีอยุธยาและกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น

ต่อจากสมัยกรุงสุโขทัยคือยุคสมัยกรุงศรีอยุธยา ก่อตั้งขึ้นเมื่อ พ.ศ. 1893 มีกษัตริย์ปกครองรวมทั้งสิ้น 33 พระองค์สมัยอยุธยาสิ้นสุดลงเมื่อ พ.ศ. 2310 เป็นเวลาทั้งสิ้น 417 ปี สภาพสังคมและเศรษฐกิจยังคงเป็นแบบเกษตรกรรม ระบอบการปกครองในสมัยนี้แบ่งออกได้เป็นสองแบบ ในช่วงแรกคือตั้งแต่พระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) ได้มีการจัดรูปแบบการปกครองเป็นแบบจตุสดมภ์<sup>25</sup>

<sup>23</sup> ประเสริฐ ณ นคร, มังรายศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: พิมพ์เนื่องในงานพระราชทานเพลิงศพ หลวงโหดฤทธิยานุพันธ์(อาศาศ โหดฤทธิ), 2514), หน้า 18.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> สงวน เล็กสกุล, งานปฏิรูปในรัชกาลที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: พิมพ์เป็นอนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ นาย สงวน เล็กสกุล ณ วัดมกุฏกษัตริยาราม, 2506), หน้า 53.

และระบอบการปกครองได้เปลี่ยนไปในสมัยพระบรมไตรโลกนาถซึ่งจัดการการปกครองออกเป็นสองแผนกใหญ่กล่าวคือฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือน การปกครองในลักษณะนี้ใช้เรื่อยมายังกรุงรัตนโกสินทร์ จนกระทั่งมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองและปฏิรูประบอบการบริหารครั้งใหญ่ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว นับเป็นเวลาสี่ร้อยกว่าปีสำหรับการปกครองในลักษณะนี้<sup>26</sup> การปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ได้รับแบบอย่างมาจากลัทธิเทวราชาประกอบกับศักดินาเต็มรูปที่ฝังลึกในสังคมไทยมาเป็นเวลาช้านาน

การปกครองในสมัยโบราณเป็นการปกครองโดยระบบศักดินาคือมีการแบ่งชนชั้นว่าใครสูงกว่าใคร ในสมัยอยุธยาชนชั้นได้ถูกแบ่งออกเป็น 6 ชนชั้นได้แก่ พระมหากษัตริย์ พระราชวงศ์ ขุนนาง พระสงฆ์ ไพร่ และทาส<sup>27</sup> เป็นเครื่องกำหนดสิทธิหน้าที่และเกียรติยศของบุคคลโดยกำหนดหน่วยวัดเป็น “ไร่” เพื่อเป็นกลไกทางสังคมในการจัดระเบียบชนชั้นในสังคมและควบคุมกำลังคน สมัยสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถมีการวางระเบียบกฎหมายศักดินาโดยการตราเป็นกฎหมายพระไอยการตำแหน่งนาพลเรือน และพระไอยการตำแหน่งนาทหารหัวเมือง ซึ่งเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของพลเมืองให้แตกต่างกันไปตามศักดินา พระบรมวงศานุวงศ์ พระราชโอรส ข้าราชการฝ่ายใน ข้าราชการฝ่ายทหาร และพลเรือนในราชธานีและหัวเมืองทุกกรมกอง พระภิกษุ ไพร่ทาสต่างมีศักดินาตามฐานะในสังคมและตำแหน่งของตน ทาสและวณิกมีศักดินา 5 ไร่ ไพร่ซึ่งหมายถึงประชาชนทั่วไปมีศักดินา 25 ไร่ และผู้มีตำแหน่งจะมีศักดินาเพิ่มขึ้นตามลำดับตั้งแต่ 50 ไร่ จนถึงศักดินา 10,000 ไร่ ส่วนเจ้านายชั้นสูงจะมีศักดินาได้มากกว่านี้ ศักดินาจะเพิ่มขึ้นได้ด้วยการทำความดีความชอบในราชการหรือประกอบอาชีพที่ทำประโยชน์แก่สังคม และศักดินาจะลดลงได้เช่นกันหากมีการกระทำผิดกฎหมาย<sup>28</sup>

### จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ผู้ปกครองหรือพระมหากษัตริย์จำเป็นต้องจัดระเบียบสังคมและวิธีควบคุมแรงงานเพื่อนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์ ไม่ว่าจะเป็นนำมาใช้ในยามสงคราม นำมาใช้ในการผลิต โดยมีการลงทะเบียนไว้กับหัวหน้าที่เรียกว่า “มูลนาย” จึงมีการแบ่งเป็น “นาย” และ “ไพร่” ส่วน “ข้า” หมายถึงไพร่ที่มอบให้ลูกเจ้า ลูกขุนผู้ใดผู้หนึ่ง และนายมีหน้าที่รับผิดชอบต่อพฤติกรรมของบุคคลในบังคับ เหตุนี้จึงเกิดการควบคุมด้วยระบบมูลนายไพร่ ในขณะที่ทาสซึ่งเป็นแรงงานอีกประเภทหนึ่งไม่ได้ถูกเกณฑ์แรงงาน

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> ชัชพล ไชยพร, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ภาคก่อนปฏิรูป, หน้า 112.

<sup>28</sup> กฤษณา บุญยสมิต, "เอกสารประกอบคำสอน: ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ลักษณะสังคม การปกครองและกฎหมายสมัยสุโขทัย," (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557).



เช่นเดียวกับไพร่<sup>29</sup> การกำหนดระบบศักดินาดังกล่าวเป็นการพยายามที่จะควบคุมทาสให้เข้าระบบ โดยมีสถานภาพทางกฎหมายและฐานะทางสังคมเป็นขุนนาง ไพร่และทาส<sup>30</sup>

ชนชั้นปกครองได้แก่ พระมหากษัตริย์ทรงอยู่ในฐานะสูงสุดของสังคม รองลงมาคือเจ้านายในราชสำนักตามลำดับต่างๆ ลดหลั่นลงมา และถัดมาเป็นขุนนางข้าราชการทั้งฝ่ายหน้าและฝ่ายใน ชนชั้นปกครองทั้งเจ้านายและขุนนางต่างก็ได้รับประโยชน์จากแรงงานของไพร่ที่อยู่ในสังกัดและได้สิทธิพิเศษคือไม่ต้องถูกเกณฑ์แรงงานทั้งตัวขุนนางเองและคนในครอบครัว และชนชั้นถูกปกครองได้แก่ ไพร่ และทาส<sup>31</sup>

ประชาชนส่วนใหญ่ในสังคมเป็นไพร่ ซึ่งมีได้เป็นทั้งมูลนายและมีได้เป็นทาส แต่กฎหมายได้กำหนดให้ไพร่ต้องอยู่ใต้สังกัดของมูลนาย โดยจดทะเบียนว่าอยู่ที่ใดและอยู่ใต้บังคับบัญชาของผู้ใดด้วย ไพร่ยังแบ่งออกเป็นไพร่หลวงซึ่งเป็นชายฉกรรจ์ที่มีหน้าที่รับใช้บ้านเมืองหรือพระมหากษัตริย์โดยจะทรงแจกจ่ายให้อยู่ในปกครองของขุนนางกรมต่างๆ งานที่ไพร่หลวงทำได้แก่ งานโยธาเช่นสร้างวัง เจ้านาย สร้างวัด ป้อม เขื่อน ทั้งในกรุงและนอกกรุงโดยไม่ได้รับค่าตอบแทน หากไพร่หลวงที่ไม่เข้าเกณฑ์แรงงาน ก็ต้องเสียส่วยเป็นเงินหรือสิ่งของให้กับราชการแทน และไพร่สมคือไพร่ที่สังกัดเจ้านายและขุนนาง ขึ้นกับนายของตนไม่ถูกเกณฑ์แรงงานไปรับราชการ แต่ต้องรับใช้การงานของผู้เป็นนายตน ไพร่สมมีหน้าที่นำส่วยมาให้มูลนาย และทำงานโยธา เช่นสร้างวัดและต้องถูกเกณฑ์เข้ากองทัพในยามสงครามเช่นเดียวกับไพร่หลวง<sup>32</sup>

ในการใช้สิทธิทางศาล ผู้ที่ไม่มีมูลนายนอกจากจะไม่ได้รับความคุ้มครองใดๆ แล้วยังถือว่าไม่อาจใช้สิทธิทางศาลได้ หากมีผู้ที่ไม่มีมูลนายมาฟ้องคดี ศาลจะไม่รับฟ้องไว้ แต่ยังจับผู้นั้นส่งให้แก่สัสดีเอาตัวเป็นคนหลวงด้วย ในขณะที่ขุนนางศักดินา 400 ขึ้นไปเมื่อเกิดคดีความไม่ว่าจะเป็นโจทก์หรือ

<sup>29</sup> ชลลดา โกวิทตา, "ทาสกับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคมสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2325-2448" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, ประวัติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า.อ้างถึงในศิริพร กรอบทอง, "เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการ กฎหมายตราสามดวง: แฉ่นส่องสังคมไทย ครั้งที่ 3, ลำดับที่ 5 พระไอยการลักภาลูกเมียผู้คนท่าน," ใน โครงการวิจัยเมธีวิจัยอาวุโส สกว. กฎหมายตราสามดวง: ประมวลกฎหมายไทยในฐานะมรดกโลก, (กรุงเทพมหานคร: 2547), หน้า 279.

<sup>30</sup> ศิริพร กรอบทอง, "เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการ กฎหมายตราสามดวง: แฉ่นส่องสังคมไทย ครั้งที่ 3, ลำดับที่ 5 พระไอยการลักภาลูกเมียผู้คนท่าน," ใน โครงการวิจัยเมธีวิจัยอาวุโส สกว. กฎหมายตราสามดวง: ประมวลกฎหมายไทยในฐานะมรดกโลก, หน้า 279.

<sup>31</sup> กฤษณา บุญยสมิต, "เอกสารประกอบคำสอน: ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ลักษณะสังคม การปกครองและกฎหมายสมัยสุโขทัย."

<sup>32</sup> Ibid.

จำเลย ไม่ต้องไปศาลด้วยตนเองแต่ใช้วิธีส่งตัวแทนไปศาลเพื่อดำเนินคดีแทน และในกรณีที่ถูกทำร้ายจากบุคคลที่มีฐานะต่ำกว่า ขุนนางมีสิทธิได้รับชดใช้ค่าเสียหายมากหรือน้อยตามศักดินา แต่ถ้าหากขุนนางไปทำร้ายผู้ที่มีศักดินาต่ำกว่าจะต้องเสียค่าปรับตามศักดินาของตน ไม่ใช่ตามศักดินาของผู้ที่ถูกทำร้าย อย่างไรก็ตามกฎหมายตราสามดวง ผู้ที่มีศักดินาตั้งแต่ 400 ขึ้นไปถือว่าเป็นมูลนาย ส่วนผู้ที่มีศักดินาต่ำลงมาถือว่าเป็นไพร่<sup>33</sup>

กฎหมายที่ใช้ในสมัยอยุธยาเรียกว่าพระราชศาสตร์ซึ่งได้อ้างถึงพระธรรมศาสตร์ฉบับของพระมณูเป็นแม่บทในการปกครองประเทศ<sup>34</sup> กฎหมายในสมัยอยุธยาซึ่งเป็นกฎหมายพระราชศาสตร์ได้เริ่มมีการตราขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นเป็นครั้งแรกตั้งแต่สมัยสมเด็จพระเจ้ารามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง)<sup>35</sup> และได้มีการใช้เรื่อยมาจนกรุงศรีอยุธยาเสียแก่พม่า เมื่อสมเด็จพระเจ้าตากสินได้กอบกู้อิสรภาพคืนมาได้ตั้งกรุงธนบุรีเป็นเมืองหลวงก็ได้ใช้กฎหมายของกรุงศรีอยุธยาปกครองต่อมาจนถึงสิ้นรัชกาล และเมื่อพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชทรงปราบดาภิเษกเป็นพระมหากษัตริย์ตั้งราชวงศ์จักรีสร้างกรุงเทพฯเป็นเมืองหลวงเมื่อ พ.ศ. 2325 ขุนศาลตราลาการได้รับเอากฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยามาใช้ตัดสินคดีต่อไปโดยรวบรวมคัดลอกเอาจากสำเนากฎหมายที่บรรดาตุลาการหรือเจ้าหน้าที่ที่อาลักษณ์ได้คัดลอกไว้ใช้ศึกษาเป็นการส่วนตัวตั้งแต่สมัยรับราชการอยู่ก่อนเสียกรุงศรีอยุธยา สำเนากฎหมายที่คัดลอกเหล่านี้เก็บไว้ในที่ต่างๆ 3 แห่งคือที่ศาลหลวง หอหลวง และข้างพระที่<sup>36</sup>

ต่อมากฎหมายที่ใช้อยู่กับคัมภีร์พระธรรมศาสตร์อันเป็นแม่บทในสมัยอยุธยาได้มีการชำระสะสางขึ้นในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชซึ่งต่อมากฎหมายดังกล่าวได้มีการประกาศใช้เป็นกฎหมายตราสามดวงบังคับใช้ทั่วราชอาณาจักร เมื่อพิจารณาบทบัญญัติพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่านในกฎหมายตราสามดวงเห็นได้ว่า พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่านเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเทียบเคียงได้กับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในปัจจุบัน โดยพระไอยการดังกล่าวคาดว่าปรากฏตั้งแต่ พุทธศักราช 1899 ซึ่งตรงกับรัชสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พ.ศ.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> คำร กำประเสริฐ, คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521), หน้า 50.

<sup>35</sup> รอง ศยามานนท์ ดำเนียร เลชนะกุล และวิลาวงศ์ นพรัตน์, ประวัติศาสตร์สมัยกรุงศรีอยุธยา สมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 ถึงแผ่นดินสมเด็จพระนเรศวรมหาราช, หน้า 13, อ้างถึงใน ชัชพล ไชยพร, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ภาคก่อนปฏิรูป, หน้า 120.

<sup>36</sup> คำร กำประเสริฐ, คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย, หน้า 50.

1893-1912)<sup>37</sup> อย่างไรก็ตามก็ตีคำว่า ลักพา ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานฉบับพ.ศ. 2542 อธิบายความหมายไว้ว่า “ลักพา หมายถึงลอบพาหญิงหนีไปในทางซู้สาว”<sup>38</sup>ซึ่งมีความหมายแคบกว่าคำว่าพราก ตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน นอกจากนี้กฎหมายดังกล่าวท่านมิได้บัญญัติคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ไว้เป็นการเฉพาะ แต่มีเนื้อหาปะปนไปกับการลักพาลูก เมีย ผู้คนท่าน อันเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการปกครองของรัฐ

ผู้ปกครองหรือพระมหากษัตริย์จำเป็นต้องจัดระเบียบสังคมและวิธีควบคุมแรงงานเพื่อนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์ ไม่ว่าจะเป็นนำมาใช้ในยามสงคราม นำมาใช้ในการผลิต โดยมีการลงทะเบียนไว้กับหัวหน้าที่เรียกว่า “มูลนาย” จึงมีการแบ่งเป็น “นาย” และ “ไพร่” ส่วนอีกคำที่มักพบในบทบัญญัติกฎหมายโบราณคือ “ข้า” หมายถึงไพร่ที่มอบให้ลูกเจ้าลูกขุนผู้ใดผู้หนึ่ง และนายมีหน้าที่รับผิดชอบต่อพฤติกรรมของบุคคลในบังคับ เหตุนี้จึงเกิดการควบคุมด้วยระบบมูลนายไพร่ ในขณะที่ทาสซึ่งเป็นแรงงานอีกประเภทหนึ่งไม่ได้ถูกเกณฑ์แรงงานเช่นเดียวกับไพร่<sup>39</sup> การกำหนดระบบศักดินาดังกล่าวเป็นการพยายามที่จะควบคุมทาสให้เข้าระบบโดยมีสถานภาพทางกฎหมายและฐานะทางสังคมเป็นขุนนาง ไพร่และทาส<sup>40</sup>

### 2.2.1 การกำหนดความผิดฐานลักพาลูกเมียผู้คนท่าน

พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่านตามกฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายที่รับรองสิทธิของเจ้าไพร่เจ้าทาสเหนือตัวไพร่และตัวทาส หากไพร่หรือทาสหลบหนีหรือถูกลักพาตัวไปนานเท่าใดเจ้าไพร่หรือเจ้าทาสนั้นย่อมมีสิทธิ์เหนือตัวไพร่และตัวทาส ดังปรากฏในพระไอยการไม่ว่าจะเป็น ข้าหนีเจ้าไพร่หนีนายซึ่งก็คือทาสหนีเจ้าของ ส่วนไพร่หนีนายคือหนีเจ้าสังกัด ในส่วนของการลักพาผู้คนหรือ

<sup>37</sup> ศิริพร กรอบทอง, "เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการ กฎหมายตราสามดวง: แฉ่นส่องสังคมไทย ครั้งที่ 3, ลำดับที่ 5 พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน," ใน โครงการวิจัยเมธีวิจัยอาวุโส สกว. กฎหมายตราสามดวง: ประมวลกฎหมายไทยในฐานะมรดกโลก, หน้า 281.

<sup>38</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ฉบับ พ.ศ. 2542 (กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2542), หน้า 1001.

<sup>39</sup> ชลลดา โกพัฒตา, "ทาสกับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคมสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2325-2448," หน้า. อ้างถึงใน ศิริพร กรอบทอง, "เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการ กฎหมายตราสามดวง: แฉ่นส่องสังคมไทย ครั้งที่ 3, ลำดับที่ 5 พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน," ใน โครงการวิจัยเมธีวิจัยอาวุโส สกว. กฎหมายตราสามดวง: ประมวลกฎหมายไทยในฐานะมรดกโลก, หน้า 279.

<sup>40</sup> ศิริพร กรอบทอง, "เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการ กฎหมายตราสามดวง: แฉ่นส่องสังคมไทย ครั้งที่ 3, ลำดับที่ 5 พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน," ใน โครงการวิจัยเมธีวิจัยอาวุโส สกว. กฎหมายตราสามดวง: ประมวลกฎหมายไทยในฐานะมรดกโลก, หน้า 279.

ข้าคนและลูกเมียซึ่งบุคคลดังกล่าวถือว่าเป็นทรัพย์สินที่มีเจ้าของ<sup>41</sup> พระโอยการลักพาลูกเมียหรือผู้คนที่ท่านยังได้กำหนดการลงโทษหนักเบาตามสถานโทษและเจตนาซึ่งมีการลงโทษผู้ลักพา ผู้ร่วมสนับสนุนการลักพา ผู้ถูกลักและตลอดจนผู้ซื้อผู้ขายด้วย อีกทั้งกำหนดวัตถุประสงค์ในการลักพาไปด้วยเช่นนำไปขาย นำไปเป็นแรงงาน และนำไปเป็นซู้เป็นเมีย ลักไปซ่อนไว้ที่บ้านตน รวมทั้งพาไปที่บ้านของผู้อื่นหรือนำไปขายให้ต่างชาติ เป็นต้น<sup>42</sup>

ความสัมพันธ์ของพระโอยการลักพาลูกเมียผู้คนที่ท่านสามารถพิจารณาได้เป็น 3 ระดับ กล่าวคือใน 1) ความสัมพันธ์ในระดับบุคคล คือความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าทาสกับทาส หรือเจ้าไพร่กับไพร่ ซึ่งกฎหมายได้ให้การรับรองความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวไว้โดยถือว่าทาสและไพร่เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง 2) ความสัมพันธ์ในระดับครอบครัว คือความสัมพันธ์ที่สามมีหน้าที่ปกป้องคุ้มครองดูแลภรรยาและบุตร และ 3) ความสัมพันธ์ในระดับประเทศ คือการรับรองความสัมพันธ์ของเจ้าไพร่กับไพร่ และ เจ้าทาสกับทาสด้วยการลงโทษผู้ที่ลักพาผู้คนที่สังกัดของผู้อื่นไป อันเป็นการเสริมสร้างความมั่นคงทางการเมืองและเศรษฐกิจ<sup>43</sup>

มูลเหตุในการตราพระโอยการลักพาลูกเมียผู้คนที่ท่านเกิดจากการวินิจฉัยคดีความผิดเกี่ยวกับเรื่องการลักพาสำหรับผู้คนที่อยู่ในดินแดนกรุงศรีอยุธยา เมืองที่อยู่ใกล้ได้แก่ เมืองเพชรบุรี ราชบุรี สุพรรณบุรี สิงห์บุรี ชัยนาท และเมืองที่อยู่ไกลได้แก่ เมืองเซลิยง สุโขทัย อุตรดิตถ์ พิษณุโลก กำแพงเพชรนั้นจะวินิจฉัยคดีเหมือนหรือแตกต่างกันประการใด พระมหากษัตริย์ทรงพระราชทานบรมราชาวินิจฉัยว่าการลักพาผู้คนที่อยู่ในเมืองต่างๆดังกล่าวนี้จะพิจารณาแยกเช่นเดียวกันมิได้ ควรพิจารณาตัดสินลงโทษเป็นกรณีไป โดยเจ้าของไพร่ ทาส หรือผู้คนที่ถูกลักพาไปแล้วมาพบเจอภายหลัง และอยากจะได้คืนของตนคืนนั้นก็ต้องจ่ายเงินแก่ผู้ซื้อ ผู้เถลของตนด้วย หากไม่สามารถทราบราคาซื้อขาย ก็ให้เถลตามราคากลางหรือราคาขายของตลาด จะนำคนกลับคืนไปเฉยๆ โดยไม่จ่ายเงินไม่ได้<sup>44</sup>

พระโอยการลักพาลูกเมียผู้คนที่ท่านทั้ง 35 ข้อได้กำหนดการพิจารณาลงโทษผู้ลักพาผู้คนที่ผู้อื่นไว้ตามพฤติกรรมการที่หลากหลายลักษณะแตกต่างกันไป ซึ่งแต่ละลักษณะของการกระทำ ความผิดฐานลักพาลูกเมียผู้คนที่ท่านมีการลงโทษแตกต่างกันไป ผู้เขียนขอยกบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องและใกล้เคียงกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในปัจจุบัน โดยจะไม่กล่าวในรายละเอียดเกี่ยวกับ กรณีปิดบังเอาผู้คนที่ผู้อื่นไว้เป็นของตน กรณีที่ชักนำให้ข้าคนลูกเมียของผู้อื่นลักขโมยข้าวของทรัพย์สิน

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Ibid., 280.

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> Ibid.

กรณีที่สั่งสอนให้ข้าคนลูกเมียของผู้อื่นให้หนี กรณีช่วยนำข้าคนของผู้อื่นที่ใส่เครื่องของมาส่งคืนเจ้าของ กรณีรับจ้างหรือรับอาสาตามหาข้าคนหรือทรัพย์สินของผู้อื่นที่หายไป กรณีที่ข้าทาสพากันหลบหนี กรณีการขายต่อทาสที่หนีไปจากเจ้าของ กรณีที่ช่วยให้ค่าคนที่ถูกจองจำของผู้อื่นให้หลบหนีไปและกรณีพบเจอบุตรภรรยาทาสชายหญิงของผู้อื่นที่หลบหนีมาเป็นเวลานาน 10 วันหรือ 1 เดือน

ลักษณะของการกระทำอันเป็นองค์ประกอบของการกระทำความผิดตามพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนที่ท่านมีหลายกรณีที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ ดังจะได้อธิบายในรายละเอียดต่อไปนี้

### 2.2.1.1 กรณีลักพาลูกเมียของผู้อื่นไปเป็นลูกเมียของตน

พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนที่ท่าน ข้อ 8 บัญญัติว่าถ้าชายผู้ลักพาลูกเมียของผู้อื่นไปเป็นลูกเมียของตน โดยพาไปอาศัยอยู่กับญาติพี่น้องหรือเพื่อนฝูง แล้วญาติพี่น้องหรือเพื่อนฝูงของชายผู้นั้นไม่นำความไปแจ้งต่อพ่อแม่ สามีหรือเจ้าหน้าที่บ้านเมือง โดยช่วยปิดบังให้อยู่ที่บ้านเรือนของตน ให้ลงโทษเจ้าของเรือนครั้งหนึ่งของผู้กระทำความผิดในฐานะผู้สมรู้ร่วมคิด และในมาตราเดียวกันนี้ยังได้ระบุว่า ถ้าชายผู้ใดพาพรรคพวกไปฉุดภรรยาของผู้อื่นแล้วพามาอาศัยอยู่ที่บ้านเรือนของญาติพี่น้องหรือบ้านเพื่อน เจ้าของบ้านไม่ไปแจ้งความต่อพ่อแม่ สามี หรือเจ้าหน้าที่บ้านเมือง ถือว่ามีความผิดฐานปิดบังเอาคนของผู้อื่นไว้เรือนตน ให้ลงโทษเท่ากับผู้ที่นำมาฝากไว้<sup>45</sup>

นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการลักพาตัวหญิงไปเป็นภริยาด้วยโดยมีใจความว่า ผู้ใดพุดจาซังจูงข้าคนของผู้อื่นที่เป็นหญิงว่าจะช่วยไถ่ตัวมาเป็นภริยา หญิงข้าคนนั้นตกลงใจแต่งงานด้วย ปรากฏว่าชายผู้นั้นไม่ช่วยไถ่ตัวจากการเป็นข้าคนแต่กลับพาหนีไป ถ้าจับได้ให้ปรับหนุ่พัน ถ้าไม่ได้ตัวทาสหญิงคืนมาให้ปรับ 2 เท่า<sup>46</sup>

<sup>45</sup> กฎหมายตรา 3 ดวง, พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนที่ท่าน ข้อ 8 “มาตราหนึ่ง ถ้าชายผู้ลักพาลูกเมียท่านไปเอาไศรยเรือนญาติพี่น้องพ้องพันธุ์เพื่อนฝูงมันๆ มิบอกเจ้าพ่อเจ้าแม่เจ้าผัวนายบ้านนายเมือง อำพรางไว้ให้อยู่เรือน ให้ลงโทษเจ้าเรือนกึ่งผู้ซังสี่ ถ้าชายคุมพวกเพื่อนไปฉุดคร่าเอาลูกเมียท่านมาไว้เรือนพี่น้องญาติเพื่อนมัน แลเจ้าเรือนมิได้บอกแก่เจ้าพ่อเจ้าแม่เจ้าผัวแลนายบ้านนายเมืองให้รู้ อำพรางไว้ให้สำนักร้อยเรือน ให้ลงโทษเจ้าเรือนเท่าพวกไปด้วยโดยพระราชกฤษฎีกานั้น”

<sup>46</sup> กฎหมายตรา 3 ดวง, พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนที่ท่าน ข้อ 16 “มาตราหนึ่ง ชายใดกล่าวเล้าโลมว่าจะช่วยไถ่เอาข้าคนท่านเปนเมีย หญิงนั้นก็ลงใจด้วยชายๆ สมรสด้วยทาสท่าน ชายมิได้ช่วยไถ่ ภาทาสท่านหนีไปซ่อนเร้นไว้ จับได้ให้ไหมหนุ่พันถ้ามิได้ทาสคืน ให้ไหม 2 ค่า”

### 2.2.1.2 กรณีลักพาตัวคนของผู้อื่นไปขาย

พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน ข้อ 10 บัญญัติว่าถ้าผู้ใดเป็นโจรลักพาตัวคนของผู้อื่นไปขายยังเมืองที่อยู่ไกลออกไป ปรากฏว่าเจ้าของข้าคนนั้นมาพบเจอข้าคนของตน ให้เจ้าของข้าคนนั้นไถ่เอาข้าคนของตนคืนเท่ากับค่าคนนั้น แล้วให้ข้าคนนั้นพาไปจับโจรที่ลักพามาลงโทษ<sup>47</sup> และหากมีกรณีที่โจรลักพาเอาข้าคนของผู้อื่นไปขายให้กับผู้อื่นหลายแห่ง ให้ผู้ไถ่ไถ่เอาราคาแก่ผู้ขายเป็นลำดับ ให้ลงโทษผู้ที่ซื้อข้าทาสของผู้อื่นมีความผิดโทษฐานซื้อคนของผู้อื่นโดยพระราชกำหนด ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติในข้อ 11<sup>48</sup>

### 2.2.1.3 กรณีลักพาตัวคนของผู้อื่นไปขายให้แก่ชาวต่างประเทศ

พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน ข้อ 25 บัญญัติว่าผู้ใดลักพาหรือรับค่าจ้างนำข้าคนของผู้อื่นไปขายให้แก่ชาวต่างประเทศ ถ้าจับได้แล้วพิจารณาว่าเป็นจริงให้ลงโทษประหารชีวิตสำหรับชาวต่างประเทศที่รับซื้อข้าคนไปนั้นให้จับกุมตัวไว้แล้วปรับโทษฐานเป็นโจร ส่วนตัวผู้ถูกลักพา ถ้าอายุ 12 ปี ถึง 14-15-16 ปี ขึ้นไป ให้ตีด้วยหวดหนึ่ง 30 ที แล้วนำตัวส่งคืนเจ้าของ ถ้ายังมีได้นำไปขายแต่จับได้เสียก่อน ให้ลงโทษผู้ลักพาไปนั้นด้วยการตีและปรับโทษฐานที่นำไปขาย และปรับโจรให้แก่เจ้าของส่วนหนึ่งด้วย สำหรับผู้ถูกนำไปขายนั้นให้พิจารณาว่าเป็นเด็กหรือผู้ใหญ่ ถ้าเป็นผู้ใหญ่แล้วรู้เห็นเป็นใจกับผู้ลักพาให้ตีด้วยไม้หวายเท่ากับที่เขียนตีโจร แต่ถ้าได้ตัวข้าทาสคืนกลับมาให้ปรับ 2 เท่า ถ้าเจ้าของข้าคนต้องเสียเงินค่าจ้างเพื่อให้ตัวข้าคนคืนมา ก็ให้ผู้ลักพาไปนั้นจ่ายค่าจ้างนั้นคืนแก่เจ้าของทาสด้วย<sup>49</sup>

<sup>47</sup> กฎหมายตรา 3 ดวง, พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน ข้อ 10 “มาตราหนึ่ง โจรลักเอาข้าคนท่านไปขายถึงได้พาเหล่าเขี้ยว และมีผู้ไถ่ไว้ ถ้าเจ้าข้าคนมาพบ ท่านว่าให้เจ้าข้าคนไถ่เอาคืนโดยค่าคนนั้น แล้วให้ข้าคนไปนำหาเอาโจรผู้ลักนั้น”

<sup>48</sup> กฎหมายตรา 3 ดวง, พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน ข้อ 11 “มาตราหนึ่ง เอาคนไปขายแห่งหนึ่งก็ตี สองแห่งก็ตี และมีผู้พิพาษคนนั้น ท่านว่าให้ผู้ไถ่ไถ่เอาเบี้ยแก่ผู้ขายโดยอันดับ แล้วให้ลงโทษแก่ผู้ขายนายประกันแลเรือนเบี้ยนั้นโดยพระราชกำหนด”

<sup>49</sup> กฎหมายตรา 3 ดวง, พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน ข้อ 25 “มาตราหนึ่ง ผู้ใดลักไปพรพาข้าคนท่านขายแก่ประเทศต่างเมืองขายลงเรือลงสำเภาก็ตี เอาสินจ้างแลส่งคนให้แก่ประเทศต่างเมืองก็ตี จับได้รู้ด้วยประการใดพิจารณาเปนสัง ท่านให้ฆ่าผู้ร้ายนั้นเสีย ส่วนต่างประเทศนั้นให้เกาะจำไว้ ให้ไหมฉั้นโจรส่วนตัวมันผู้ไปด้วยต่างประเทศนั้น ถ้าอายุศม 12 ขวบขึ้นไปถึง 14 15 16 }ขวบ ให้ทวนด้วยหวดหนึ่ง 30 ที ส่งตัวมันให้เจ้า ข้า โพร่)คืน ถ้ามีทันขายมีทันส่ง มีผู้จับได้โจรแลคนนั้น ท่านให้ทวนแลไหมถึงโทษขายลงสำเภาไป แลให้ไหมโจรให้แก่เจ้าคนส่วนหนึ่งคนกลางนั้นให้กระลาการพิจารณาคนใหญ่น้อย ถ้ามันใหญ่เปนใจไปด้วยโจร ก็ให้ทวนด้วยไม้หวายเสมอลงแก่โจร ถ้าได้ตัวคืน ให้ไหม 2 ค่า ถ้าเจ้าข้าคนเสียบำเหน็จจึงได้ตัวคนมา บำเหน็จนั้นตกอยู่แก่ผู้ลัก”

บทบัญญัติข้อ 25 นี้กำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดที่กระทำต่อเด็ก โดยได้กำหนดช่วงอายุของผู้ถูกลักพาไปซึ่งแนวคิดใกล้เคียงกับการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ที่คำนึงถึงเกณฑ์อายุของเด็กและผู้เยาว์ในการกำหนดโทษในปัจจุบัน

สำหรับการกระทำความผิดเป็นผู้สมรู้ร่วมคิดหรือเป็นผู้สนับสนุน พระไอยการลักษณะโจรข้อ 59 ระบุเกี่ยวกับกรณีนี้ว่า ถ้ามีผู้สมรู้ร่วมคิดด้วย ไม่ว่าจะเป็นผู้สมรู้ร่วมคิดกับผู้ลักพาให้ลงโทษด้วยการจำคุก 3 เดือนแล้วตีด้วยลวดหนึ่งอย่างหนัก สำหรับผู้ที่ถูกลักพาไปถ้ารู้เห็นเป็นใจด้วยให้พิจารณาว่าถ้าอายุ 12 ปี ถึง 14-15-16 ปี ให้ผูกคอตระเวนประจานรอบตลาดและให้ตีด้วยลวดหนึ่ง 30 ที ถ้าอายุ 17 หรือ 19 ปี ให้ตีด้วยลวดหนึ่งอย่างหนัก 60 ที โดยเอาใส่ตรูไว้ 6 เดือนก่อนแล้วค่อยตีด้วยลวดหนึ่งจากนั้นแล้วนำส่งคืนแก่เจ้าของที่เป็นเจ้าทาสเจ้าไพร่ตามเดิม<sup>50</sup>

จะเห็นได้ว่าพระไอยการลักษณะโจรข้อ 59 นี้ได้กำหนดโทษสำหรับผู้สมรู้ร่วมคิดหรือผู้สนับสนุนด้วยซึ่งกฎหมายอาญาในปัจจุบันก็มีโทษในลักษณะดังกล่าวเช่นกันไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 314 ซึ่งเป็นการสนับสนุนการกระทำความผิดฐานลักพาเพื่อเรียกค่าไถ่ตามมาตรา 313 นอกจากนี้ในการลงโทษผู้ถูกลักพาในกรณีที่เต็มใจไปด้วยยังได้พิจารณาถึงอายุของผู้ถูกลักพาไว้ด้วย อีกทั้งได้กำหนดโทษแตกต่างกันไปตามเงื่อนไขอายุของผู้ถูกลักพา

#### 2.2.1.4 กรณีที่ผู้ลักพาไพร่ทาส ลูกเมียของผู้อื่นไปแล้วนำกลับมาคืนเจ้าของ

พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนที่ท่านได้บัญญัติกรณีการนำผู้ถูกลักพามาส่งคืนเจ้าของโดยผู้ลักพาไม่ต้องรับโทษด้วยกล่าวคือ ถ้าผู้ใดลักพาไพร่ทาสหรือลูกเมียของผู้อื่นไปโดยที่เจ้าของไพร่ทาสหรือลูกเมียยังหาไม่พบ แต่ผู้ลักพานำตัวกลับมาส่งคืน ไม่ต้องลงโทษแก่ผู้ลักพาฐานที่

<sup>50</sup> กฎหมายตรา 3 ดวง, พระไอยการลักษณโจร ข้อ 59 “มาตรา 1 ผู้ใดลักไพร่ฟ้าข้าคนท่านชายแก่ประเทศอันมาต่างเมือง ชายลงเรือลงสำเภาก็ดี เอาสินจ้างแลส่งคนให้แก่ประเทศต่างเมืองก็ดี แลจับได้รู้ด้วยประการใดพิจารณาเป็นสัจ ท่านให้ฆ่าผู้ร้ายนั้นเสีย ส่วนต่างประเทศให้เกาะจำไว้ ให้ไหมฉนโจรนั้นแล  
อนึ่ง พ่อแม่พี่น้องพงษพันธุ์มนผู้ลักคนนั้นรู้ด้วยก็ดี ผู้ใดรู้เห็นด้วยก็ดี แลหมิวักกล่าว ท่านให้เอาผู้รู้เห็นด้วยนั้นจำไว้สามเดือน แล้วทวนด้วยลวดหนึ่งโดยฉกัน ส่วนตัวมันผู้ไปด้วยต่างประเทศนั้น ถ้าอายุขั้ม 12 ปีขึ้นไปถึง 14-15-16 ขวบ ให้ผูกคอตระเวนรอบตลาด ให้ทวนด้วยลวดหนึ่ง 30 ที ถ้าอายุ 17-19 ปีให้ทวนด้วยลวดหนึ่งโดยฉกัน 60 ที ควรแก่โทษนั้น ถ้าแลใจมันจะใคร่ไปด้วยเขาไซ้ ให้เอาใส่ตรูไว้ 6 เดือนก่อน แล้วตีด้วยลวดหนึ่ง แล้วส่งตัวมันให้แก่ท่านเจ้าทาสเจ้าไพร่คืน”

เกรงกลัวต่อกฎหมายบ้านเมืองจึงกลับใจนำมาส่งคืนเอง<sup>51</sup> อีกทั้งยังได้กำหนดให้บำเหน็จแก่ผู้นำลูกเมียเข้าคนท่านมาส่งคืนด้วยตาม พระโอยการลักพาเข้าคนท่าน ข้อ 26 โดยมีหลักว่าผู้ใดได้ตัวข้าทาสหรือลูกเมียของผู้อื่นที่ถูกลักพาไปกลับมาส่งคืนแก่เจ้าของได้ ให้คิดค่าตัวของผู้ถูกลักพาไปนั้นเป็น 3 ส่วน ให้เป็นบำเหน็จรางวัลแก่ผู้นำมาส่งคืนส่วนหนึ่ง และตามระยะทางใกล้ไกลเป็น 2 ส่วน กรณีข้าทาสนั้นให้ปากคำว่ากลับมาเองโดยมิได้ถูกนำกลับมาส่ง อย่าให้บำเหน็จรางวัลแก่ผู้กล่าวอ้างว่าพามาส่ง และถือว่าเป็นผู้ร้ายก็ไม่ได้ด้วย<sup>52</sup>

## 2.2.2 การลงโทษผู้ลักพาผู้คนของผู้อื่นและการลงโทษผู้ถูกลักพาที่รู้เห็นเป็นใจกับผู้ลักพา

พระโอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่านได้บัญญัติกรณีการพิจารณาการลงโทษผู้ลักพาและผู้ถูกลักพาที่รู้เห็นเป็นใจกับผู้ลักพาไว้ในข้อ 1 กรณีตั้งใจลักพาเข้าคนลูกเมียของผู้อื่นที่มีพยานบุคคลรู้เห็นแต่อย่างไม่ทันพาหนียังติดอยู่ที่ต้ำน้ำหรือในตลาดแห่งใดแห่งหนึ่งให้ถือว่าผู้นั้นเป็นโจรให้ปรับกึ่งค่า กรณีลักพาทาสของผู้อื่นไปซ่อนไว้ที่บ้านเรือนของตนโดยยังไม่ทันจะพาหนี มีคนมาพบเจอเสียก่อน กรณีนี้ให้ปรับเท่าทวน กรณีลักพาเข้าคนลูกเมียของผู้อื่นออกไปนอกเมืองแล้วมีคนมาพบเจอหรือจับได้ ให้ปรับครึ่งหนึ่ง และกรณีลักพาเข้าคนลูกเมียของผู้อื่นหรือพาไปส่งต่างเมืองหรือเอาไปขาย ถ้าจับได้ตัวคืนมาให้ปรับสองเท่าแต่ถ้าไม่ได้เข้าคนลูกเมียที่พาหรือลักไปกลับคืนมา ให้ชดใช้ปรับสองเท่าลงโทษดีตามสถานโทษหนักเบา และให้สักรูปคนไว้บนร่างกายผู้ลักพาด้วย

ถ้าผู้ถูกลักพาู้เห็นเป็นใจกับผู้ลักพาเข้าคนหรือไพร่ทาส ลูกเมีย ซึ่งรู้เห็นเป็นใจกับผู้ลักพานั้น ให้พิจารณาลงโทษก่อนส่งตัวคืนแก่เจ้าของด้วย กล่าวคือ ถ้าผู้ถูกลักพาเป็นเด็กอายุ 12 ปีลงมาไม่ต้อง

<sup>51</sup> กฎหมายตรา 3 ดวง, พระโอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน ข้อ 2 “มาตราหนึ่ง ถ้าผู้ใดพาเข้าคนลูกเมียท่านหนี เจ้าทาสเจ้าเมียมิได้รู้แห่งที่ไป แลมันเอาทาส เอาเมียท่านกลับมาแล้ว ท่านว่าให้เอาแต่ตัวทาส ตัวเมีย ส่งคืนแก่เจ้าทาส เจ้าเมีย อย่าให้มีโทษแก่มันเลย เพราะมันคิดกลัวอาชานบ้านเมืองท่าน มันเอาคืนมาเอง

<sup>52</sup> กฎหมายตรา 3 ดวง, พระโอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน ข้อ 26 “มาตราหนึ่ง ผู้ร้ายพุดจาพ้อลงลักพาบุตรภรรยาทาสชายหญิงท่านไปขายประการใดก็ดี มีผู้หนึ่งได้ตัวลูกเมียทาสชายหญิงท่านนั้นมาให้ ทานให้ทำค่าตัวคนนั้นเป็น 3 ส่วน ให้ผู้ได้มานั้นส่วนหนึ่ง 2 ส่วนโดยใกล้ไกล ถ้าแลมีคำทาสนั้นว่ามาเองเปนสัจไซ้ อย่าให้บำเหน็จแก่ผู้ได้มานั้นเลย จะกล่าวเอาโทษว่าเปนผู้ร้ายก็มีได้”



พิจารณาลงโทษใดๆ ถ้าผู้ถูกลักพาอายุตั้งแต่ 13 14-16 ปีให้ตีด้วยไม้หวาย 20 ที และถ้าผู้ถูกลักพาอายุ 17-25 หรือ 30 ปีขึ้นไปให้ตีด้วยไม้หวาย 30 ที<sup>53</sup>

บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดโทษสำหรับผู้ลักพาแม้ว่าจะยังไม่สามารถพาไปถึงจุดมุ่งหมาย ก็ถือว่าเป็นความผิด หรือแม้ว่าจะไม่ทันพาหนียังติดอยู่ที่ทำน้ำหรือในตลาดแห่งใดแห่งหนึ่งให้ถือว่าผู้นั้นเป็นโจรแล้วต้องระวางโทษโดยการปรับกึ่งค่า หรือเพียงแค่อาวไว้ในบ้านของตนก่อนยังไม่ทันจะพาหนีแล้วมีคนมาพบเจอก็มีความผิดแล้วโดยต้องโทษปรับเท่าทุน หรือลักพาเข้าคนลูกเมียของผู้อื่นออกไปนอกเมือง หรือไปต่างเมืองหรือเอาไปขายโทษก็เพิ่มขึ้นตามลำดับ และกรณีที่ถูกลักพาให้เห็นเป็นใจจะพิจารณาจากอายุของผู้ถูกลักพามาเป็นเกณฑ์ด้วยถ้าอายุต่ำกว่า 12 ปีไม่ต้องรับโทษ แต่ถ้าอายุตั้งแต่ 13 ปีถึง 16 ปีให้ตีด้วยไม้หวาย 20 ทีและถ้าอายุมากไปกว่านั้นต้องโทษด้วยการตีด้วยไม้หวาย 30 ที กล่าวคือยิ่งอายุมากยิ่งต้องได้รับโทษหนักขึ้น

เมื่อพิจารณาการกำหนดความผิดในพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่านในสมัยกรุงศรีอยุธยา และกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นนี้ เห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายในการกำหนดความผิดฐานนี้คือต้องการที่จะคุ้มครองเจ้าหรือนายที่มีอำนาจเหนือลูก เมีย ผู้คนของเจ้าหรือนายนั้นๆ เช่นเดียวกับในยุคสมัยก่อนหน้ากล่าวคือในยุคอาณาจักรสุโขทัยและอาณาจักรล้านนาที่ประชาชนประกอบอาชีพเกษตรกรรม กฎหมายจึงคุ้มครองมิให้ต้องเสียแรงงานในการเกษตรไป อีกทั้งในภาวะสงครามที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งทรัพยากรบุคคลจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญและขาดไม่ได้ หากข้าคนของเจ้าขุนมูลนายเหล่านี้หายไปหรือหนีไปเป็นจำนวนมากย่อมเกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมโดยรวม กฎหมายจึงบัญญัติไว้เพื่อเป็นมาตรการในการป้องกันการกระทำความผิดและจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษ นอกจากนี้กฎหมายมิได้กำหนดเฉพาะสิทธิของเจ้าหรือนายที่จะได้ข้าคนของตนคืนเท่านั้น แต่ยังกำหนดหน้าที่ให้เจ้าหรือนายผู้นั้นไถ่คนของตนคืนมาด้วยเท่ากับค่าคนนั้น ในกรณีที่โจรเอาข้าคนไป

<sup>53</sup> กฎหมายตรา 3 ดวง, พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน ข้อ 1 “มาตราหนึ่ง ผู้ใดลักไพร่ฟ้า ข้าคน ลูกเมียท่านภานี แลมิทันภานี ยังแต่ดินน้ำ ดินท่า ในตลาดผสวนแห่งใดๆ มีศักขิพญาณว่าจะเอาข้าคนท่านภานีจริง ท่านว่าผู้นั้นเปนโจร ให้ไหม้กึ่งค่า ถ้าเอาทาสท่านไปซ่อนไว้ในเรือน แลมิทันภานี ยังอยู่ในเรือน ให้ไหม้เท่าทุน ถ้าภานีออกไปนอกเมืองค้ำไปฟากน้ำ ฟากท่า แลเจ้าคนมาพบให้ไหม้ค่ากึ่ง ถ้าส่งแลภานีตามทางไปต่างเมืองก็ตี เอาไปขายก็ตีถ้าได้ตัวคืนมา ให้ไหม้สองค่า ถ้ามิได้ตัวมาใช้ ให้ใช้ทุน แล้วให้ไหม้สองค่า ให้ทวนโดยสกรรมิสกรร แล้วให้ศักรูปคนไว้ แลคนซึ่งไปด้วยเขานั้น ถ้ามันเปนใจไปด้วยเขา ถ้าเด็กอายุศัคม์ 12 ปีลงมา อย่าให้มีโทษแก่เด็กนั้นเลย ถ้าอายุศัคม์ 13 หรือ 14 ปีขึ้นไปถึงอายุศัคม์ 16 ปี ให้ตีด้วยไม้หวาย 20 ที ถ้าอายุศัคม์ 17 ปีขึ้นไปถึง 25 หรือ 30 ปี ให้ตีด้วยไม้หวาย 30 ที ส่งให้แก่เจ้า แก่นายมันคืน”

ขายยังต่างแดนแล้วพบเจอข้าคนของตนตามที่ปรากฏในพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน ข้อ 10<sup>54</sup>

ข้อสังเกตประการหนึ่งคือคติที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดฐานนี้มีลักษณะเป็นความผิดทางอาญาแต่การลงโทษส่วนใหญ่เป็นการลงโทษทางแพ่งซึ่งเป็นการปรับโทษตามที่ปรากฏในบทบัญญัติ จึงมีอาจที่จะแยกออกได้อย่างชัดเจนว่าเป็นความผิดทางอาญาหรือความผิดทางแพ่ง เช่นเดียวกับในทางพิจารณาที่มีได้แบ่งแยกคดีออกเป็นสองประเภท ดังที่ลาลูแบร์ได้กล่าวว่า “ในกรุงสยามบรรดาคดีทั้งปวงมีอยู่แบบเดิวนั้น มิได้แบ่งแยกออกเป็นคดีแพ่งกับคดีอาญาเสียด้วยซ้ำ ด้วยว่ามักจะมีการพิจารณาพิพากษาลงอาญาทัณฑ์แก่ผู้แพ่คดีอยู่เนืองๆ ทั้งๆ ที่เป็นคดีแพ่งแท้ๆ และคดีที่เป็นฐานแพ่งแท้ๆ ออกจะหายากอยู่ด้วยก็เป็นได้”<sup>55</sup>

### 2.3 ยุคปฏิรูปกฎหมายในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว

ภายหลังจากที่มีการใช้กฎหมายตราสามดวงจนถึงช่วงรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้มีการปฏิรูปกฎหมายโดยกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 เป็นกฎหมายฉบับแรกที่เกิดจากการปฏิรูปกฎหมายในครั้งนี้ เหตุผลของการปฏิรูปกฎหมายในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเกิดจากการเปลี่ยนแปลงทางด้านเศรษฐกิจ การเมือง สังคม และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งเกิดจากปัจจัยภายนอกและปัจจัยภายใน ปัจจัยภายนอกอันได้แก่ การแผ่ขยายล่าอาณานิคมของชาติตะวันตก เริ่มต้นจากการทำสนธิสัญญาเบาว์ริง (Bowling Treaty) กับประเทศอังกฤษใน พ.ศ. 2398 อีกหลายประเทศต่อมา ก็ขอเข้าทำสนธิสัญญาในลักษณะเดียวกับสนธิสัญญาเบาว์ริง ใจความสำคัญในสนธิสัญญาคือเรื่องการให้สิทธิสภาพนอกอาณาเขต ปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตและการได้รับภาวะกีดกันจากต่างชาติให้มีกฎหมายที่เทียบเท่ากับกฎหมายของชาติตะวันตกที่จะมาบังคับใช้กับคนภายในบังคับของชาตินั้นๆ<sup>56</sup> อันเป็นการเสียเอกราชทางศาล และปัจจัยภายในอันได้แก่ การขยายตัวทางเศรษฐกิจตั้งแต่พุทธศักราช 2398 และการปรับตัวเข้าสู่รัฐสมัยใหม่ จึงทำให้เกิดการจัดทำกฎหมายของประเทศสยามในขณะนั้น<sup>57</sup> เมื่อพิจารณากฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นคือกฎหมายตราสามดวงอันเป็นกฎหมายที่มีโทษบางอย่างที่รุนแรงและเป็นการทรมาน อีกทั้ง

<sup>54</sup> กฎหมายตรา 3 ดวง, พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน ข้อ 10 “มาตราหนึ่ง โจรลักเอาข้าคนท่านไปขายถึงใต้ฟ้า หล้าเขียว และมีผู้ไล่ไว้ ถ้าเจ้าข้าคนมาพบ ท่านว่าให้เจ้าข้าคนไล่เอาคืนโดยค่าคนนั้น แล้วให้ข้าคนไปนำหาเอาโจรผู้ลักนั้น”

<sup>55</sup> มร. เดอะ ลาลูแบร์, จดหมายเหตุ ลา ลู แบร์ ราชอาณาจักรสยาม, สันต์ โกมลบุตร, ผู้แปล, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ศรีปัญญา, 2557), หน้า 259.

<sup>56</sup> กนิษฐา ชิตช่าง, "มูลเหตุของการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะศิลปศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 20.

<sup>57</sup> Ibid., 41.

ยังมีประเด็นในเรื่องของหลักประกันความปลอดภัย โดยเซอร์ จอห์น เบาริ่ง ราชทูตอังกฤษมีข้อตำหนิของกฎหมายว่า กฎหมายไทยยังไม่เป็นหลักประกันความปลอดภัยอย่างเพียงพอให้แก่ชาวต่างชาติ เพราะในประเทศซึ่งปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ บางครั้งพระราชปรรณจะเข้าแทนที่ความยุติธรรมทางกฎหมาย<sup>58</sup> เหตุผลที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นจึงเป็นเหตุให้นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทางด้านกฎหมายของไทย อย่างไรก็ตามเส้นทางการวิวัฒนาการของกฎหมายก่อนการปฏิรูปกฎหมายอาญาของไทยมีเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ที่น่าสนใจอันมีส่วนเกี่ยวข้องต่อการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ ดังจะได้พิจารณาได้ต่อไป

### 2.3.1 การกำหนดความผิดฐานลักพาก่อนการปฏิรูปกฎหมาย

ช่วงก่อนการปฏิรูปกฎหมายในสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 ความผิดฐานลักพานั้นยังเป็นไปตามพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่านตามกฎหมายตราสามดวง แต่แนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานลักพานี้เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงไปหลังจากการประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพาสองฉบับ คือในฉบับ จ.ศ. 1227 (พ.ศ. 2408) และฉบับ จ.ศ. 1230 (พ.ศ. 2411)

ประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพา ฉบับ จ.ศ. 1227 มีสาระสำคัญที่การคำนึงถึงความยินยอมของบุตรผู้ถูกลักพาสำหรับคนในตระกูลต่ำเพราะบิดามารดามักข่มขืนใจและขายบุตรตนเองเพื่อให้ได้เงินทองมา เช่นนี้บุตรไม่ควรที่จะต้องยากเพราะบิดามารดา บุตรจึงมีสิทธิที่จะตัดสินใจได้ด้วยตนเอง ในขณะที่บุตรในสังคมตระกูลสูง ควรพิจารณาถึงความยินยอมของญาติพี่น้อง เพราะเกรงว่าบุตรจะถูกหลอกลวงไปโดยบุคคลในตระกูลต่ำที่หวังแต่คิดจะหาเงินทอง ซึ่งอาจสรุปได้ว่าการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญคือกฎหมายเริ่มคำนึงถึงความยินยอมของบุคคลที่ถูกลักพา แต่ยังคงไว้ซึ่งระบบศักดิ์นาชนชั้นของบุคคลในสังคม<sup>59</sup>

ประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพาฉบับ จ.ศ. 1227 นี้ มีลักษณะคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดาสำหรับบุคคลในตระกูลสูงแต่ได้ให้อำนาจตัดสินใจแก่บุตรที่เป็นผู้ถูกลักพาในตระกูลต่ำ อันเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายในสภาพสังคมระบบศักดินา โดยเล็งเห็นถึงประโยชน์สูงสุดของบุตรที่ถูกลักพาเป็นสำคัญ บิดาของบุคคลในตระกูลสูงก็เกรงว่าบุตรจะถูกหลอกไปโดยบุคคลในชั้นต่ำกว่า และ

<sup>58</sup> พิชรินทร์ เปี่ยมสมบูรณ์, "การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทย ตั้งแต่ พ.ศ. 2411 ถึง พ.ศ. 2478" (อักษรศาสตร์มหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517), หน้า 38.

<sup>59</sup> "ประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพา," ใน ประชุมประกาศรัชกาลที่ ๔ ภาค ๗ (กรุงเทพมหานคร, พิมพ์ในงานพระราชทานเพลิงพระศพ สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาเทวะวงศ์วโรปการ: โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ, 2466).

ทำให้เกิดความอับอายแก่ญาติพี่น้อง ในขณะที่บุตรในตระกูลต่ำ ถ้าปล่อยให้ไปไปตามความต้องการของบิดามารดา บุตรย่อมเกิดความเสียหาย จึงเห็นว่าควรจะให้ไปไปตามการตัดสินใจของบุตรนั่นเอง

ต่อมาใน พ.ศ. 2411 (จ.ศ. 1230) ได้มีประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพา ฉบับ จ.ศ. 1230 มีสาระสำคัญตามระบบศักดินาที่คุ้มครองบุตรในตระกูลสูงไม่ให้ถูกลักพาไปโดยบุคคลในตระกูลต่ำ เพราะถ้าชายในตระกูลต่ำมาเป็นสามีหญิงบุตรผู้ดี มีบุตรเกิดขึ้นก็จะต้องเรียกเป็นบุตรไพร่ ตามตระกูลบิดาจะเชิดชูตามฝ่ายมารดาไม่ได้ ด้วยเหตุนี้บิดาของหญิงที่มีบรรดาศักดิ์มีอำนาจปกครองบุตรของตนได้ถึงขนาดจำกัดที่อยู่ด้วยการกักขังบุตรหญิงของตนด้วย ถ้าชายที่ต่ำศักดิ์มาล่วงเกินจะทำให้ทำโทษหรือจะให้ปรับไหมเป็นเบี้ยละเมิดให้ก็ได้ หรือมาขอขมาแล้วก็ไม่คุ้มเบี้ยละเมิดก็ได้เช่นกัน แต่ถ้ามีบรรดาศักดิ์เท่ากัน เช่นสูงด้วยกันหรือต่ำด้วยกัน ให้การตัดสินใจเป็นของหญิงฝ่ายเดียว ถ้าได้มาขอขมาปรับได้แล้ว แม้บิดาหรือมารดาปรับขมาก็ดี ไม่ปรับก็ดียังไม่ทำให้มีเบี้ยละเมิด ประกาศฉบับนี้กำหนดความผิดในลักษณะต่างๆ ซึ่งสันนิษฐานว่าเป็นที่มาของการกำหนดความผิดว่าด้วย พา ลัก ซื่อ และขายคนในพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตมนุษย์ รัตนโกสินทรศก 118 ที่ขุนหลวงพระยาไกรสีร่างเอาไว้ เช่น ชายหลอกลวงลักพาหญิงเอาไปขำรันตีแย่งชิงสิ่งของ หรือไปขวนชายอื่นมาข่มขืนกระทำชำเรา และเอาไปขายเป็นโสเภณี หรือหญิงไม่สมัครใจแต่ชายคุมพวกพ้องมาอุคร่าเอาตัวไปโดยพลการ กรณีเช่นนี้แม้ผู้กระทำจะมีศักดิ์สูงเพียงใดก็ต้องรับโทษเสมอ และการพิจารณาว่าเป็นการอุครหรือไม่พึงต้องดูที่ความสมัครใจของหญิง และกรณีหญิงซึ่งตามชายไปโดยความสมัครรักใคร่กันเอง บิดามารดาไม่ได้ยอมยกให้ ไม่ได้มีการแต่งงานมีทุนมีสินสอด อย่างนี้ได้ชื่อว่าเป็นหญิงไม่ดี ชายจะถือเอาหญิงว่าเป็นเมียไม่ได้ ถือว่ามีได้มีการแต่งงานกัน

ผู้เขียนเห็นว่าประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพาทั้งสองฉบับในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวนี้ แสดงให้เห็นถึงความวิวัฒนาการของกฎหมายในความผิดฐานลักพา โดยมีมิติของการลักพาไปเพื่อการแต่งงานของบุคคลในบรรดาศักดิ์เดียวกันและในบรรดาศักดิ์ที่แตกต่างกัน สิทธิของผู้ถูกลักพาตัวไป บริบทของการคุ้มครองบุตรซึ่งเป็นเด็ก อำนาจปกครองของบิดามารดาที่มีต่อบุตร และการกระทำความผิดฐานลักพาในลักษณะอื่นๆ สิ่งเหล่านี้ก่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นในการปรับใช้กฎหมายในความผิดฐานลักพาที่มีอย่างยาวนานตามพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน

นอกจากนี้การคุ้มครองสิทธิของเด็กและผู้เยาว์เริ่มเกิดขึ้นในช่วงก่อนการปฏิรูปกฎหมาย ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ปรากฏให้เห็นในประกาศคำปรึกษาตัดสินเรื่องจำนำเด็ก ช่วง จ.ศ. 1244 (ร.ศ.114) และร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตมนุษย์ รัตนโกสินทรศก 118 โดยจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

### 2.3.2 แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิเด็กก่อนการปฏิรูปกฎหมาย

ก่อนการปฏิรูปกฎหมายจนเป็นกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น ได้มีประกาศคำปรึกษาตัดสินเรื่องจำนำเด็กในช่วง ร.ศ. 114 ที่ได้แสดงให้เห็นว่าการพรากเด็กไปจำนำเป็นเรื่องร้ายแรงและไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน ถือว่าเป็นภัยอันตรายร้ายแรงต่อความสงบสุขของประชาชน จึงจำเป็นต้องลงโทษอย่างหนัก และเป็นการประกาศห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเยี่ยงนั้นอีก อันเป็นการป้องกันมิให้เกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นจุดกำเนิดแนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของไทย<sup>60</sup>

ประกาศคำปรึกษาตัดสินเรื่องจำนำเด็กนี้แสดงให้เห็นว่าการลักเด็กมาจำนำเป็นการกระทำที่มีความร้ายแรง เป็นเหตุอันร้ายกาจไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน ซึ่งในอดีตไม่เคยมีใครเอาเด็กอ่อนมาขายหรือมาจำนำ อีแก้วซึ่งเป็นผู้พรากเอาเด็กมาจากมารดาจำนำไว้กับ จินหยงติด และอำแดงวงเง็กทำให้เด็กทุกทรมาน และทำให้มารดาของเด็กพลัดพรากจากบุตรได้ความยากแค้นเดือดร้อน สร้างความหวาดหวั่นแก่ราษฎรทั้งหลายซึ่งมีบุตร สมควรต้องลงโทษอย่างหนักให้เป็นแบบอย่างป้องกันไม่ให้เหตุการณ์ในลักษณะนี้เกิดขึ้นอีก ศาลได้ลงโทษ อีแก้วผู้พราก จินหยงติด และอำแดงวงเง็กผู้รับจำนำเด็ก และอีสินลาผู้คบคิดรับเป็นนายประกัน ให้มีความผิดเท่ากัน เพราะความผิดที่เกิดขึ้นถ้าขาดแต่คนใดคนหนึ่งไป การร้ายอันนี้ย่อมไม่เกิดขึ้น โดยโทษที่ลงคือการเชี่ยน 2 ยก 60 ที และจำคุกให้เช็ดทลอบ แล้วประกาศมิให้เกิดการกระทำเยี่ยงนี้อีก อันเป็นมาตรการป้องกันมิให้เกิดขึ้นในอนาคต เมื่อพิจารณาประกาศฉบับนี้เห็นได้ว่ากฎหมายต้องการที่จะคุ้มครองทั้งอำนาจปกครองของมารดาเด็ก และคุ้มครองตัวเด็กด้วยโดยตรงด้วย และอาจเป็นเหตุที่นำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาเป็นเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดในกรณีพรากเด็กไปจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเพื่อหากำไร

### 2.3.3 แนวความคิดในการคุ้มครองเสรีภาพของมนุษย์ในร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกาย และชีวิตมนุษย์ รัตนโกสินทรศก 118

การปฏิรูปกฎหมายของไทยนั้นเริ่มตั้งแต่ รัตนโกสินทรศก 116 (พ.ศ. 2440) โดยมีการจัดคณะกรรมการในการร่างกฎหมายลักษณะอาญาขึ้น แต่การศึกษาค้นคว้าที่หोजดหมายเหตุแห่งชาติพบว่า มีร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตมนุษย์ รัตนโกสินทรศก 118 (พ.ศ. 2442) โดยขุนหลวงพระยาไกรสี เป็นผู้ร่างกฎหมายฉบับนี้<sup>61</sup>

<sup>60</sup> ดุษฎี หลีละเมียร, "พรากเด็ก: เจตนากรรมของกฎหมายที่ควรจะเป็นในสภาพสังคมปัจจุบัน," *ตุลพาท* 1(2545): 202.

<sup>61</sup> สำนักหอจดหมายเหตุแห่งชาติ, "ร่าง พระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกาย และชีวิตมนุษย์ รัตนโกสินทร ศก 118," ใน *ร. 5 ย. 23/1*, (2442), หน้า 28.

มูลเหตุในการร่างพระราชกำหนดดังกล่าวสืบเนื่องจาก กฎหมายซึ่งบัญญัติไว้ในความผิดที่เกี่ยวกับการการทำร้ายซึ่งกันและกันมิได้อธิบายความผิดให้แจ่มแจ้งว่าเป็นความผิดในทางแพ่งหรือทางอาญา เพราะมีทั้งการเรียกค่าปรับใหม่และการลงโทษปะปนกันไป จึงมีพระบรมราชโองการดำรัสเหนือเกล้าฯ สั่งให้แก้ไขพระราชกำหนดกฎหมายเดิมเพื่อให้เกิดความยุติธรรมและความชัดเจนขึ้นตามกาลสมัย แห่งความเจริญรุ่งเรืองของบ้านเมือง และเพื่อความสงบสุขของราษฎรทั่วพระราชอาณาเขต

เมื่อพิจารณาพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตมนุษย์ รัตนโกสินทรศก 118 นี้มีการกำหนดความผิดว่าด้วยพา ลัก ชื้อ และขายคนมาตรา 61 ถึงมาตรา 73 ซึ่งมีลักษณะเป็นความผิดฐานพราดเด็กและผู้เยาว์ตามแนวความคิดสมัยใหม่ แนวความคิดของการกำหนดความผิดว่าด้วยพา ลัก ชื้อ และขายคนนี้เป็นผลลัพธ์จากสภาพสังคม เศรษฐกิจและการปกครอง และปัญหาการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องที่ได้เกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนหน้านั้น โครงสร้างของความผิดว่าด้วยพา ลัก ชื้อและขายคนประกอบด้วย

มาตรา 61 - พาคนหนี

มาตรา 62 - พาคนหนีไปนอกราชอาณาเขต

มาตรา 63 - พาคนหนีไปจากผู้ปกป้องรักษา

มาตรา 64 - ลักคนหนี

มาตรา 65 - ลงโทษฐานพาคนหนี

มาตรา 66 - ลงโทษฐานพาหรือลักคนไปเพื่อจะฆ่าเสีย

มาตรา 67 - ลงโทษฐานพาหรือลักคนหนีเพื่อจะเอาไปกักขังไว้

มาตรา 68 - ลงโทษฐานพาหรือลักผู้หญิงไปกดขี่ให้แต่งงานหรือให้เป็นหญิงโสเภณี

มาตรา 69 - ลงโทษฐานซ่อนหรือลักขังคนผู้ต้องถูกลักพามาได้

มาตรา 70 - ลงโทษฐานลักเด็กไปถอดเอาสิ่งของจากตัวเด็ก

มาตรา 71 - ลงโทษฐานขายเด็กหญิงไปเป็นหญิงนครโสเภณี

มาตรา 72 - ลงโทษฐานซื้อเด็กหญิงมาเป็นหญิงนครโสเภณี

มาตรา 73 - ลงโทษฐานพาเด็กหญิงเข้ามาในพระราชอาณาเขตเพื่อให้เป็นหญิงนครโสเภณี และซื้อขายหญิงให้เป็นหญิงนครโสเภณี<sup>62</sup>

เมื่อพิจารณาการกำหนดความผิดฐานพา ลัก ชื้อ และขายคน ของร่างพระราชกำหนดฉบับนี้ เห็นว่าเป็นความคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ค.ศ. 1860 (The Indian Penal Code, 1860) ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายอาญาที่อังกฤษเป็นผู้ร่างให้ภายหลังการยึดครองประเทศอินเดีย สิ่งนี้

<sup>62</sup> Ibid., 18-19.

โดดเด่นเห็นได้ชัดว่าเป็นการนำประมวลกฎหมายอาญาอินเดียมาใช้ในส่วนของกาหนดความผิดฐานพาลัก ชื่อหรือชายคนคือ มีการแบ่งประเภทลักษณะของการกระทำระหว่าง “พา” และ “ลัก” และมีประเภทของการลงโทษในลักษณะของการกระทำที่เหมือนกับของประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ค.ศ.1860

นอกจากนี้กฎหมายต่างประเทศที่นำมาเป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมายลักษณะอาญาในช่วงเวลาของคณะกรรมการชุดแรกซึ่งมีพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงเป็นประธานมีความเห็นว่า กฎหมายอังกฤษที่บัญญัติไว้ในรูปประมวลกฎหมายซึ่งใช้บังคับอยู่ในประเทศอินเดียเป็นกฎหมายที่มีประสิทธิภาพเพราะมีสภาพการณ์ใกล้เคียงกับที่เป็นอยู่ในประเทศไทย ดังนั้นคณะกรรมการจึงได้พิจารณาบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาอินเดียเป็นสำคัญ และนำประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอื่นๆ อีกหลายประเทศ เช่น อิตาลี ญี่ปุ่น และเบลเยียม มาประกอบ<sup>63</sup> เช่นเดียวกับที่นาย ยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ประธานคณะกรรมการร่างกฎหมายลักษณะอาญาชุดที่สอง กล่าวไว้ในบทนำของกฎหมายลักษณะอาญาฉบับภาษาฝรั่งเศส (Code Pénal du Royaume De Siam) ว่าประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ค.ศ.1860 ได้แสดงให้เห็นถึงประเด็นที่น่าสนใจในการประยุกต์ใช้หลักการต่างๆ ของกฎหมายยุโรปแก่คนเอเชีย<sup>64</sup>

ผู้เขียนมีความเห็นว่าร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตมนุษย์ รัตนโกสินทรศก 118 มีความสำคัญในการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมาย แม้ว่าบทบัญญัติความผิดฐานลักพาได้เป็นตัวบทที่นำมาใช้โดยตรงในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ก็ตามและพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้มีการประกาศบังคับใช้แต่อย่างใด แต่ก็ได้แสดงให้เห็นถึงการจำแนกความผิดฐานลักพาเป็นความผิดทางอาญาและกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งเปลี่ยนแนวความคิดไปจากเดิมในความผิดฐานลักพาเดียวกันนี้ในพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่านแห่งกฎหมายตราสามดวง ซึ่งความรับผิดที่บัญญัติไว้ในพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่านนี้ส่วนใหญ่เป็นความรับผิดทางแพ่งคือเรียกให้มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมากกว่าความรับผิดทางอาญา ร่างพระราชกำหนดของขุนหลวงพระยาไกรสีนเองที่แสดงให้เห็นถึงเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของประชาชนต้องได้รับความคุ้มครองและไม่อาจพรากไปได้ ซึ่งเป็นแนวความคิดที่ใหม่มากสำหรับสังคมไทยในช่วงเวลานั้น และทำให้เห็น

<sup>63</sup> Mr. and Mrs. Emile Jottrand, *In Siam: The Diary of a Legal Adviser of King Chulalongkorn's Government*, trans. Walter E. J. Tips (Bangkok: White Lotus Press, 1996). อ้างถึงใน คณพล จันทน์ทอม, *กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า 6.

<sup>64</sup> Georges Padoux, *Code Pénal Du Royaume De Siam* (Paris: Imprimerie Nationale, 1908), p. XXVII.

ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองนั้นเปลี่ยนไปจากการคุ้มครองสิทธิหรืออำนาจปกครองของเจ้าหรือนาย อันเป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐ มาเป็นการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา หรือผู้ปกครอง อันเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของเด็กและผู้เยาว์

#### 2.3.4 ความผิดฐานลักพาและคำพิพากษาของศาลในช่วงก่อนการปฏิรูปกฎหมาย

ในช่วงก่อนการปฏิรูปกฎหมาย ความผิดฐานลักพาได้เกิดขึ้นบ่อยครั้ง ได้มีการบันทึกจำนวนคดีที่ฟ้องร้องกัน และจำนวนคนที่ต้องโทษตามฐานฟ้อง อันเป็นทั้งความแพ่งในมณฑลกรุงเทพฯ รัตนโกสินทรศก 119<sup>65</sup> และความอาญาในมณฑลกรุงเทพฯ รัตนโกสินทรศก 119<sup>66</sup> ซึ่งเป็นปีที่อยู่ในช่วงคณะกรรมการร่างกฎหมายลักษณะอาญาชุดแรกกำลังจัดทำกฎหมาย อย่างไรก็ตามข้อมูลจำนวนคดีและจำนวนคนที่ต้องโทษในช่วงเวลาดังกล่าวทำให้ทราบถึงสภาพปัญหาโดยรวมของกรุงเทพฯ และปริมณฑล เมื่อพิจารณาข้อมูลจำนวนคดีและจำนวนคนที่ต้องโทษตามฐานฟ้องแล้วจะเห็นได้ว่าเฉพาะในมณฑลกรุงเทพมหานคร จำนวนคดีที่ฟ้องร้องกันในความผิดฐานลักพาได้จัดอยู่ในประเภทความแพ่ง โดยมีจำนวนเรื่องทั้งหมดถึง 49 เรื่องในช่วง ร.ศ. 119 ซึ่งเข้าใจว่าเป็นความผิดทางแพ่งที่ต้องเรียกค่าปรับไหม แต่ในขณะเดียวกันความผิดลักพาเด็กไปขายนั้น ได้กำหนดไว้เป็นความผิดอาญามีจำนวนบุคคลที่ต้องโทษเป็นจำนวน 12 คน ซึ่งถือได้ว่าเป็นจำนวนการกระทำความผิดฐานลักพาเด็กไปขายที่เกิดขึ้นเป็นจำนวนมากภายในระยะเวลาหนึ่งปีเมื่อคำนึงถึงสภาพสังคมและจำนวนประชากรในช่วงเวลานั้น

ตารางทั้งสองนี้สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาสภาพสังคมและเศรษฐกิจ และแสดงให้เห็นถึงปัญหาอาชญากรรมที่เกิดขึ้น สิ่งที่รัฐต้องกระทำอย่างเร่งด่วนคือ การบัญญัติกฎหมายให้มีผลบังคับใช้ และต้องเป็นที่ยอมรับแก่ชาวต่างชาติภายใต้กรอบเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ปัจจัยด้านสังคมที่เกี่ยวกับความผิดที่เกิดขึ้นกรณีลักพาเด็กไปขายอันเป็นการกระทบต่อความสงบสุขของการอยู่ร่วมกันในสังคมนี้เอง เป็นเหตุให้คณะกรรมการร่างกฎหมายลักษณะอาญาต้องพิจารณาบรรจุเอาเป็นความผิด และโดยเฉพาะกรณีที่กระทำต่อเด็กที่ไร้เดียงสา จึงเป็นเหตุให้ต้องกำหนดอายุของเด็กที่เป็นวัตถุแห่งการกระทำไว้ ยิ่งกระทำต่อเด็กที่อายุน้อยยิ่งต้องได้รับโทษหนัก เป็นเหตุให้ต้องกำหนดช่วงอายุของเด็กที่ถูกลักพาไปไว้ไม่เกิน 10 ปี และอีกช่วงอายุคือ เกินกว่า 10 ปีแต่ไม่เกิน 14 ปีโดย

<sup>65</sup> สำนักหอจดหมายเหตุแห่งชาติ, "รายงานกระทรวงยุติธรรมสำหรับปีรัตนโกสินทร ศก 119 ฉบับที่ 1," ใน น.ร. 5 ย./1, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กองทัพอากาศ, 2443), หน้า จ.

<sup>66</sup> Ibid., ง.



คำนึงถึงความเต็มใจของเด็กมาเป็นองค์ประกอบในการกำหนดความผิดด้วย ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองเด็กให้พ้นจากภัยอันตรายจากการกระทำของอาชญากรนั่นเอง

นอกจากนี้ในช่วงก่อนการปฏิรูป ได้มีคำพิพากษา และคดีในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการลักพาตัว ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการลักพาคนในวังไป ทั้งผู้ลักพาและผู้ถูกลักพาที่เต็มใจไปด้วยต้องระวางโทษด้วย แม้ว่าในกรณีที่ผู้ถูกลักพาจะอายุเกิน 18 ปีแล้วก็ตาม ด้วยสภาพสังคมก่อนการปฏิรูปกฎหมายยังคงมีลักษณะแบ่งเป็นชนชั้น และแนวความคิดในเรื่องความยินยอมมิได้นำมาพิจารณาเหมือนกับหลักกฎหมายสมัยใหม่ด้วย ตัวอย่างคดีความผิดฐานลักพาในช่วงก่อนการปฏิรูปกฎหมายได้แก่

เรื่องแจ่มข้าหลวงพระเจ้าลูกเธอพระองค์เจ้าประภาพรรณพิไลย หลบหนีออกจากวังไปอยู่กับนายรองพิจารณา (ร.ศ. 113) โดยมีคำพิพากษาคดีว่า “ถ้าเป็นการจริงดังแจ่มกล่าวมานายรองพิจารณา มาแพะโลมลักพาแจ่มไปแต่ในพระบรมมหาราชวังแลทำชู้ตั้งนั้นแล้ว นายรองพิจารณา ก็มีความผิด ต้องด้วยพระราชกำหนดห้ามอยู่”<sup>67</sup>

อำแดงแจ่ม อำแดงแก้วระไวชักสี่ตุ่นแก้ว ข้าหลวงตำหนักเจ้าดารารัศมี โดยว่ากรมหมื่นสรรพสาตราฯ ทรงชอบตุ่นแก้ว (ร.ศ. 113) ซึ่งมีคำวินิจฉัยว่า “การซึ่งอำแดงแจ่ม ระไว ร่วมคิดกันมาเกลี้ยกล่อมลักพาคนในพระบรมมหาราชวังไปดังนี้ อำแดงแจ่ม ระไว มีใจกำเริบทงองอาจเหลือเกินอยู่ ฝ่ายตุ่นแก้วนั้นก็พลอยเป็นใจไปด้วย หาได้คิดว่าตัวอยู่ในปกครองแห่งเจ้านายไม่”<sup>68</sup>

คดีความเรื่องเจ้าจอมมารดาวาทโจทก์ กล่าวโทษอีหลาบจำเลย เรื่องชักสี่พาอำแดงพร้อมคนใช้ของโจทก์ไปจากพระบรมมหาราชวัง<sup>69</sup> ซึ่งศาลวินิจฉัยไปในทำนองเดียวกันว่า “จำเลยลักพาอำแดงพร้อม คนของโจทก์ไปให้นายยงจึงพิพากษาว่าอีหลาบจำเลยเป็นผู้พุดจาชักสี่ลักพาอำแดงพร้อมซึ่งเปนข้าพระสนมอยู่ในพระบรมมหาราชวังไปให้กับนายยง”

นอกจากนี้คดีความที่มีลักษณะเป็นการลักพาคนในวังนั้น เกิดขึ้นอยู่บ่อยครั้ง ดังปรากฏตามรายงานของกระทรวงวัง เรื่องนายเล็กglobกระทำชู้แลลักพาหม่อมราชวงศ์หญิงไปปล่บุตรหม่อมเจ้า

<sup>67</sup> สำนักหอจดหมายเหตุแห่งชาติ, "คดีเรื่องนายรองพิจารณาต้องหาว่ากระทำการคบชู้ด้วยหญิงในพระบรมมหาราชวัง" ร. 5 ย. 13.3/4 (2437).

<sup>68</sup> สำนักหอจดหมายเหตุแห่งชาติ, "คำพิพากษาโทษเรื่องอำแดงแจ่ม, ระไว ชักพาตุ่นแก้ว ออกจากพระบรมมหาราชวัง," ร. 5 ย. 13/24 (2437).

<sup>69</sup> สำนักหอจดหมายเหตุแห่งชาติ, "เจ้าจอมมารดาวาทโจทก์ กล่าวโทษอีหลาบจำเลย เรื่องชักสี่พาอำแดงพร้อมคนใช้ของโจทก์ไปจากพระบรมมหาราชวัง (ร.ศ.120)," ใน ม.ร. 5 ย./9, (2444), หน้า 516-517.

เจียก ขึ้นกราบบังคมทูลพระกรุณาทราบใต้ฝ่าละอองธุลีพระบาท<sup>70</sup> กรณีดังกล่าวผู้ถูกลักพาเป็นผู้มีบรรดาศักดิ์สูงให้ความยินยอมไปกับผู้ลักพาที่เป็นคนสามัญ แม้ว่าจะอายุเกินกว่า 18 ปี ผู้ถูกลักพาที่รู้เห็นเป็นใจต้องได้รับโทษด้วย

คดีตัวอย่างข้างต้น เป็นการลักพาบุคคลออกจากวัง มักมีลักษณะของการกระทำขู่ หรือรักใคร่กับชายนอกพระบรมมหาราชวัง แม้วัตถุประสงค์แห่งการกระทำมิใช่เด็กหรือผู้เยาว์ตามองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในปัจจุบัน ก็พอทำให้เข้าใจได้ว่าการลักพาส่วนใหญ่ก็นั้นมักมีวัตถุประสงค์พาไปเพื่อประโยชน์ทางประเวณี หรือเพื่อการอนาจารด้วย อันทำให้ผู้ร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้บัญญัติเหตุเพิ่มโทษกรณีพาเด็กไปเพื่อการอนาจาร และการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษลักษณะดังกล่าวยังคงปรากฏในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319

### 2.3.5 การดำเนินการปฏิรูปกฎหมายและร่างความผิดฐานลักพา

ในช่วงการปฏิรูปกฎหมาย กฎหมายที่จัดทำและมีผลบังคับใช้เป็นลำดับแรกคือ กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 และเนื่องจากเป็นกฎหมายที่รัฐออกมาใช้บังคับใช้เพื่อความสงบสุขในสังคม ดังปรากฏในพระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ดังต่อไปนี้

“..คือว่าข้อต้นแลข้อสำคัญอันเป็นที่จำนงหมายของผู้ทำกฎหมายทั้งปวงนั้น ต้องให้มีการที่จะคุ้มครองป้องกันอันตรายแก่ตัวคนและแก่ทรัพย์สมบัติของคนในเมืองที่ได้กระทำ กฎหมายไว้สำหรับที่ใช้นั้นแล้ว แลต้องให้มีการทำนุบำรุงอุดหนุนความเจริญรุ่งเรืองแลความสุขของคนพลเมืองนี้ให้มากที่สุดที่จะให้มีได้นั้น...”<sup>71</sup>

การร่างประมวลกฎหมายอาญา รัตนโกสินทรศก 127 นั้นมีกรรมการร่างสองชุด โดยคณะกรรมการชุดแรกประกอบด้วย

- (1) พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมเป็นประธาน

<sup>70</sup> สำนักหอจดหมายเหตุแห่งชาติ, "ความหม่อมเจ้าเจียกเรื่องนายเล็กพญาบุตรสาว," ใน ม.ร. 5 ย./14, (2445), หน้า 24-25.

<sup>71</sup> เสถียร ลายลักษณ์, ผู้รวบรวม, “ประกาศพระราชทานพระบรมราโชวาทเตือนสติในการจับกุมคนทำผิด พ.ศ. 2427”, ประชุมกฎหมายประจำศก, 10 หน้า 338-339, อ้างถึงใน กนิษฐา ชิตช่าง, "มูลเหตุของการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127," หน้า 103.

- (2) พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงพิชิตปรีชากร ซึ่งเคยรับราชการในตำแหน่งเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม
- (3) พระยาประชาภิจักรจักร (แช่ม) เมื่อเป็นอธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่ง
- (4) เจ้าพระยาอภัยราชา (โรแลนด์แคมป์) ที่ปรึกษาราชการ
- (5) มองซิเออร์ ริชาต์ ยัคส์เกอกแปตริก เนติบัณฑิตเบลเยียม ที่ปรึกษากฎหมาย
- (6) ดร. โทคิชิ มาซาโอะ เนติบัณฑิตญี่ปุ่น เมื่อเป็นผู้ช่วยของที่ปรึกษาราชการ

คณะกรรมการพร้อมกันตรวจพระราชกำหนดตรวจพระอัยการเก่าใหม่ และปรึกษาลักษณะที่จะชำระและจัดระเบียบกฎหมาย มองซิเออร์ ริชาต์ ยัคส์เกอกแปตริกถึงแก่กรรม มองซิเออร์ คอร์เนย์ ชเลสเซอร์ เนติบัณฑิตเบลเยียมได้รับตำแหน่งแทนและได้รับหน้าที่พร้อมด้วย ดร. โทคิชิ มาซาโอะ ช่วยกันรวบรวมพระราชกำหนดบทพระอัยการอันควรคงจะใช้ต่อไปเรียบเรียงเป็นร่างขึ้นไว้<sup>72</sup>

ต่อมาได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการร่างชุดที่ 2 นำโดยนาย ยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) คณะกรรมการร่างกฎหมายลักษณะอาญาประกอบด้วย

- (1) นาย ยอร์ช ปาดูซ์ เป็นประธาน
- (2) นายวิลเลียม อัลเฟรด (ติเลกิ) ผู้แทนเจ้ากรมอัยการ
- (3) พระอรรถการประสิทธิ์ (ปลื้ม) ผู้พิพากษาศาลคดีต่างประเทศ
- (4) หลวงสกลสัตยาทร (ทองบูน) ผู้พิพากษาศาลแพ่ง

คณะกรรมการร่างกฎหมายลักษณะอาญาชุดที่ 2 นี้ได้รับการแต่งตั้งเมื่อวันที่ 18 เมษายน พ.ศ. 2448 (ร.ศ. 124)<sup>73</sup> ในส่วนของการจัดทำกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้จัดทำเป็นภาษาอังกฤษและภาษาฝรั่งเศสก่อนแล้วจึงแปลจากภาษาอังกฤษเป็นภาษาไทย<sup>74</sup> การจัดทำนี้ได้เปรียบเทียบประมวลกฎหมายสมัยใหม่ต่างๆ ด้วย โดยประมวลกฎหมายต่างๆ ที่ใช้ในการเปรียบเทียบได้แก่

<sup>72</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, "กฎหมายลักษณะอาญา: ประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย," วารสารนิติศาสตร์ 16, 2 (2531): 109-110.

<sup>73</sup> George Padoux, Report on the Proposed Penal Code for the Kingdom of Siam Submitted to His Royal Highness Prince Rajburi Direckrit (Bangkok: The American Presbyterian Mission Press, 1906), p. 6. อ้างถึงใน คณพล จันทน์หอม, "วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127: ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, นิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 104.

<sup>74</sup> กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, โค้ดอาญา เล่ม 1 ฉบับหลวงกับฉบับเทียบ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กองทัพอากาศ, 2452), หน้า 1.

- (1) ประมวลกฎหมายของฝรั่งเศสซึ่งบัญญัติขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1810 และแก้ไขพระราชบัญญัติถึง 19 ฉบับในช่วง ค.ศ. 1832 ถึง 1905
- (2) ประมวลกฎหมายอินเดียซึ่งบัญญัติใน ค.ศ. 1860 และแก้ไขเมื่อ ค.ศ. 1870 และ ค.ศ. 1882-1886
- (3) ประมวลกฎหมายของเบลเยียมบัญญัติใน ค.ศ. 1867
- (4) ประมวลกฎหมายของดัชช์ซึ่งบัญญัติขึ้นเมื่อ 3 มีนาคม ค.ศ. 1881
- (5) ประมวลกฎหมายอิตาลีบัญญัติขึ้นเมื่อ 30 มิถุนายน ค.ศ. 1889
- (6) ร่างประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นฉบับแก้ไขใหม่พิมพ์ใน ค.ศ. 1903
- (7) ประมวลกฎหมายอาญาฉบับแก้ไขสำหรับศาลของอียิปต์ซึ่งบัญญัติเมื่อ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1904

นอกจากนี้ นายปาดูซยังได้เปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน ดัชช์ และ อังการีตลอดจนกฎหมายต่างประเทศอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาด้วย<sup>75</sup>

กฎหมายลักษณะอาญาถูกจัดทำตามโครงสร้างกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น กฎหมายอาญาญี่ปุ่นมีอิทธิพลเป็นอย่างมาก โดย ดร. โทคิชิ มาซาโอะ กรรมการร่างกฎหมายลักษณะอาญาชาวญี่ปุ่น ส่วนความผิดที่เกี่ยวกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์บัญญัติไว้ในมาตรา 273 ถึง มาตรา 275 สันนิษฐานว่าในตอนร่างฐานความผิดนี้ได้เปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอินเดียซึ่งบัญญัติใน ค.ศ. 1860 ดังคำอธิบายกฎหมายอาชญาโดยพระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์ พ.ศ. 2475 ที่ได้อธิบายไว้ว่า “ในความผิดตามมาตรา 273, 274 และมาตรา 275 นี้ความที่จำเลยได้เชื่อโดยสุจริตว่า เด็กมีอายุสูงกว่า 10 ขวบนั้น ไม่เป็นข้อแก้ตัวอันจะทำให้จำเลยพ้นผิดได้ ถ้าความจริงเด็กนั้นอายุอยู่ภายในเขตที่กฎหมายกำหนดไว้นี้ (ให้เทียบประมวลกฎหมายลักษณะอาชญาอินเดียในเรื่องความผิดประเภทเดียวกันนี้)”<sup>76</sup>

ร่างกฎหมายลักษณะอาญาฉบับเดือนสิงหาคม ร.ศ. 125 ที่คณะกรรมการร่างกฎหมายลักษณะอาญาของนายยอร์ช ปาดูซมีเค้าโครงที่ประกอบไปด้วย 363 มาตรา โดยแบ่งเป็น 2 เล่ม เล่มที่ 1 ว่าด้วยคำอธิบายทั่วไป และเล่มที่ 2 ว่าด้วยลักษณะกำหนดโทษ<sup>77</sup>

<sup>75</sup> กนิษฐา ชิตช่าง, "มูลเหตุของการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127," หน้า 134.

<sup>76</sup> พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์, คำอธิบายกฎหมายอาชญา (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2475), หน้า 363-364.

<sup>77</sup> สำนักหอจดหมายเหตุแห่งชาติ, "ร่างกฎหมายลักษณะอาญาสำหรับกรุงสยาม สิงหาคม ร.ศ. 125," ใน น.ร. 5 ย./6 กล่อง 2, (2449), หน้า สารบัญ.

นอกจากนี้ร่างกฎหมายลักษณะอาญาในช่วง ร.ศ. 125 ได้กำหนดความผิดฐานลักพาเด็กนั้น ได้กำหนดกรอบความผิดฐานนี้ไว้ด้วยกันสามมาตราคือ มาตรา 296 มาตรา 297 และมาตรา 298 โดยร่างเป็นภาษาอังกฤษก่อนแล้วจึงแปลเป็นภาษาไทย โดยมีใจความดังนี้<sup>78</sup>

Title XIII - Offences against Liberty and Reputation

Chapter 1 - Offences against liberty

ภาคที่ 8 ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อความเป็นอิสรภาพและต่อชื่อเสียง

หมวดที่ 1 ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อความเป็นอิสรภาพ

Section 296

Whoever takes away a child under ten years of age from his parents or lawful guardian, or knowing such child to be taken away, buy, sell, detains or receives it.

Imprisonment 6 months to 7 years, and

Fine 50 to 1000 Ticals.

มาตรา 296

ผู้ใดลักพาเด็กอายุต่ำกว่า 10 ขวบ ไปจากบิดา มารดา หรือผู้มีอำนาจปกครองเด็กนั้นที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือรู้แล้วว่าเด็กนั้นมีผู้ลักพา มาแล้วซื้อขายยึดแลรับเด็กนั้นไว้ ก็ให้ลงโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 7 ปีแลให้ปรับเป็นเงินตั้งแต่ 50 บาทถึง 1,000 บาท

Section 297

Whoever takes away a child from ten to fourteen years of age inclusive from his parents or lawful guardian, without the consent of such child, or knowing such child to be so taken away, buys, sells, detains or receives it.

Imprisonment 1 month to 3 years, and

Fine 50 to 500 Ticals.

If the offence be committed from motives of lucre or for an immoral purpose.

Imprisonment 6 months to 7 years, and

Fine 100 to 2000 Ticals.

มาตรา 297

ผู้ใดลักพาเด็กอายุตั้งแต่ 10 ขวบ ขึ้นไป ถึง 14 ขวบเต็มบริบูรณ์ ไปจากบิดามารดาหรือผู้มีอำนาจปกครองเด็กนั้นที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเด็กนั้นมิได้ยินยอม หรือรู้แล้วว่าเด็กนั้นมีผู้รับพา มา

<sup>78</sup> Ibid.

แล้วซื้อขายยัดแลรับเด็กนั้นไว้ ก็ให้ลงโทษจำคุกตั้งแต่ 1 เดือนถึง 3 ปี แลให้ปรับเป็นเงินตั้งแต่ 50 บาทถึง 500 บาท

ถ้าแลการประทุษร้ายนั้นกระทำลงโดยความมุ่งหมายหาผลประโยชน์ หรือเพื่อประโยชน์ ในทางประเวณี ก็ให้ลงโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 7 ปีแลให้ปรับเป็นเงินตั้งแต่ 100 บาทถึง 2,000 บาท

#### Section 298

Whoever takes away a child from 10 to 14 years of age inclusive from the parents or guardians of such child, without the consent of such child knowing such child to be taken away, provided the offence be committed from motives of lucre or for immoral purpose.

Imprisonment 1 month to 3 years, and  
Fine 50 to 500 Ticals.

#### มาตรา 298

ผู้ใดลักพาเด็กอายุตั้งแต่ 10 ขวบขึ้นไปถึง 14 ขวบเต็มปริบูรณ์ ไปจากบิดา มารดา หรือผู้มีอำนาจปกครองเด็กนั้นที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเด็กนั้นยินยอมไปด้วยก็ดี หรือรู้แล้วว่าเด็กนั้นมีผู้รับพามา แล้วซื้อขายยัดแลรับเด็กนั้นไว้โดยความมุ่งหมายหาผลประโยชน์หรือเพื่อประโยชน์ในทางประเวณี ก็ให้ลงโทษจำคุกตั้งแต่ 1 เดือนถึง 3 ปีและให้ปรับเป็นเงินตั้งแต่ 50 บาท 500 บาท

เมื่อพิจารณาร่างความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในช่วง ร.ศ. 125 จะเห็นว่าได้กำหนดกรอบความผิดฐานนี้ไว้ด้วยกันสามมาตรามาตั้งแต่ต้น กล่าวคือ (1) พาเด็กอายุต่ำกว่า 10 ขวบไป (2) พาเด็กอายุตั้งแต่ 10 ขวบถึง 14 ขวบไป และ (3) พาเด็กอายุตั้งแต่ 10 ขวบถึง 4 ขวบไปโดยเด็กนั้นยินยอมเพื่อหากำไรหรืออนาจาร และได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษในกรณีเพื่อหาผลประโยชน์ (เพื่อหากำไร) หรือเพื่อประโยชน์ในทางประเวณี (เพื่อการอนาจาร) ไว้ด้วย สิ่งที่แตกต่างกันไปจากตัวบทที่แท้จริงในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีเพียงถ้อยคำที่ใช้แตกต่างไปจากฉบับร่าง และเลขมาตราเปลี่ยนเป็นมาตรา 273 มาตรา 274 และมาตรา 275 แต่ยังคงแนวความคิดที่ต้องการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา หรือผู้ปกครอง อันเป็นไปเพื่อคุ้มครองเด็กด้วย ซึ่งมีลักษณะเป็นการคุ้มครองปัจเจกชน แทนที่การคุ้มครองประโยชน์ของรัฐ

## บทที่ 3

### วิวัฒนาการและแนวความคิดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของประเทศไทย ตั้งแต่ยุคปฏิรูปกฎหมาย

ภายหลังการตรวจร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และมีการประกาศใช้ใน ร.ศ. 127 (ตรงกับพุทธศักราช 2451 หรือคริสต์ศักราช 1908) อันถือได้ว่าประเทศไทยได้ก้าวเข้าสู่การใช้กฎหมายสมัยใหม่อย่างเต็มรูปแบบ กฎหมายลักษณะอาญานี้มีความทันสมัยและมีผลบังคับใช้ทั่วราชอาณาจักรไทยเป็นเวลา 50 ปี จนถึง พ.ศ. 2499 และได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ใน พ.ศ. 2500 ในเวลาต่อมา บทนี้จะได้กล่าวถึงการกำหนดความผิดฐานลักพาเด็กของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 พร้อมทั้งคำพิพากษาศาลฎีกา การพิจารณาปรับปรุงแก้ไขความผิดฐานลักพาเป็นความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ และการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์

#### 3.1 การกำหนดความผิดฐานลักพาในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีทั้งหมด 340 มาตรา มีด้วยกันทั้งหมด 2 ภาคคือ ภาคหนึ่งว่าด้วยข้อบังคับต่างๆ และภาคสองว่าด้วยลักษณะความผิด ในขณะที่ความผิดลหุโทษถูกรวมอยู่ในส่วนที่ 10 (ส่วนสุดท้าย) ของภาคสองว่าด้วยลักษณะความผิด

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ในส่วนของความผิดบัญญัติไว้ด้วยกัน 10 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 1 ว่าด้วยความผิด ประทุษร้ายต่อพระเจ้าอยู่หัวและพระราชาอาณาจักร ส่วนที่ 2 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการปกครอง ส่วนที่ 3 ว่าด้วยความผิดที่กระทำให้เสื่อมเสียความยุติธรรม ส่วนที่ 4 ว่าด้วยความผิดต่อศาสนา ส่วนที่ 5 ว่าด้วยความผิดที่กระทำให้เกิดภัยอันตราย ส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร ส่วนที่ 7 ว่าด้วยความผิดที่ประทุษร้ายแก่ชีวิต ส่วนที่ 8 ว่าด้วยความผิดที่กระทำให้เสื่อมเสีย อิศรภาพ และชื่อเสียง ส่วนที่ 9 ว่าด้วยความผิดที่ประทุษร้ายแก่ทรัพย์ และส่วนที่ 10 ว่าด้วยความผิดที่เป็นลหุโทษ

ในส่วนของความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์นั้น ประกอบไปด้วยสามมาตราได้แก่ มาตรา 273 ว่าด้วยความผิดฐานพาเด็กอายุต่ำกว่า 10 ขวบไป มาตรา 274 ว่าด้วยความผิดฐานพาเด็กอายุตั้งแต่ 10 ขวบถึง 14 ขวบไป และมาตรา 275 ว่าด้วยความผิดฐานพาเด็กอายุตั้งแต่ 10 ขวบถึง 14 ขวบไปโดยเด็กยินยอมเพื่อหากำไรหรืออนาจาร ซึ่งอยู่ในส่วนที่ 8 ว่าด้วยความผิดที่กระทำให้เสื่อมเสีย อิศรภาพ และชื่อเสียง โดยมีรายละเอียดดังนี้

### 3.1.1 ความผิดฐานพาเด็กอายุต่ำกว่า 10 ขวบไป

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 273 ต้นฉบับภาษาอังกฤษบัญญัติว่า

“Whoever takes away any child under the age of ten years from its parents or lawful guardian, or knowing such child to be so taken away, buys, sells or wrongfully receives it, shall be punished with imprisonment of six months to seven years and fine of fifty to one thousand ticals.”<sup>1</sup>

ได้รับการแปลเป็นบทบัญญัติภาษาไทยว่า

“ผู้ใดบังอาจเอาเด็กอายุต่ำกว่าสิบขวบไปเสียจากบิดามารดาหรือจากผู้ที่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะคุ้มครองเด็กนั้นก็ดี และผู้ใดที่รู้อยู่แล้วว่าเด็กคนใดถูกคนพาไปโดยทุจริตเช่นนั้น มันบังอาจซื้อ หรือขายเด็กนั้น หรือรับเอาเด็กนั้นไว้โดยเจตนาทุจริตก็ดี ท่านว่ามันผู้กระทำผิดอย่างใดๆ เช่นว่ามาในมาตรานี้ ต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่หกเดือนขึ้นไปจนถึงเจ็ดปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง”

มาตรานี้ลงโทษแก่ผู้ลักพาเด็กอายุต่ำกว่า 10 ขวบไปเสียจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง และลงโทษแก่ผู้ซื้อขายหรือซื้อเด็กหรือรับเอาเด็กโดยเจตนาทุจริตโดยตนรู้อยู่แล้วว่าเด็กนั้นถูกคนพามาโดยทุจริต<sup>2</sup>

#### 3.1.1.1 เจตนารมณ์ของกฎหมาย

เจตนารมณ์ของกฎหมายตามมาตรา 273 นี้มุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดาหรือจากผู้ที่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะคุ้มครองเด็ก และคุ้มครองอิสรภาพของเด็ก การทำผิดตามมาตรานี้เป็น การละเมิดสิทธิของผู้ปกครองและเป็นการเสียอิสรภาพของเด็กด้วย ผู้ปกครองมีอำนาจที่จะฟ้องร้องกล่าวโทษแก่จำเลยตามมาตรฐานได้ถือเสมือนหนึ่งว่าเป็นเจ้าทุกข์ผู้ถูกเสียหายเหมือนกันเพราะเป็นการทำลายความชอบธรรมของผู้ปกครอง เพราะฉะนั้นจะต้องพิจารณาให้ได้ความว่าเมื่อจำเลยพาเด็กไป เด็กอยู่ในปกครองของผู้ใดต้องมีผู้ปกครองคนใดคนหนึ่งแน่นอนผู้พาจึงจะมีความผิด<sup>3</sup>

<sup>1</sup> คณพล จันทน์หอม, กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127, หน้า 72.

<sup>2</sup> ประแตร์นิเกต์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา (กรุงเทพมหานคร: ศาลจังหวัดสายบุรี, 2458), หน้า 273.

<sup>3</sup> พระอินทปรีชา, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2, พิมพ์ครั้งที่ 1 (พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2471), หน้า 1304.



### 3.1.1.2 อำนาจปกครอง

การปกครองในที่นี้หมายความถึงการเลี้ยงดูรักษาตามประเพณีที่ปู่ชนประพฤติต่อเด็กไม่เฉพาะแต่อยู่แต่ในบ้านเท่านั้น แม้ออกไปนอกบ้านก็เรียกว่าอยู่ในความปกครอง เช่นเด็กไปโรงเรียนเดินกลับมาถูกผู้ร้ายพาไปก็เรียกได้ว่าผู้ร้ายละเมิดสิทธิของผู้ปกครองเด็กนั้นและมีความผิดตามมาตรา ๓๓ แต่ถ้าวเด็กนั้นหลงพลัดพรากจากผู้ปกครองผู้ใดพาไป อากาการที่พาไปนั้นไม่ผิด ไม่เรียกว่าละเมิดสิทธิของผู้ปกครองแต่จะเป็นผิดต่อเมื่อได้ขายเด็กนั้นไปอันเป็นการตัดสิทธิในการปกครองของผู้ปกครองให้ขาดตอนไป<sup>4</sup>

กฎหมายยอมให้อำนาจแก่ผู้ปกครองในการดูแลและระวังรักษาเด็ก อำนาจเช่นนี้ยอมมีอยู่ในตัวเด็กไม่ว่าในทีใด การพาเด็กไปจากที่ที่ผู้ปกครองจัดให้อยู่หรือจากที่ใดโดยผู้กระทำไม่เอากลับมาส่งคืนให้กับผู้ปกครองแล้ว ผู้กระทำก็ยอมมีความผิดฐานลักพา<sup>5</sup>

ผู้ปกครองเด็กอาจมีได้หลายชนิดเช่นพ่อแม่ปู่ย่าตายายหรือผู้ที่ศาลตั้ง เป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องถือเฉพาะเรื่องว่าผู้ใดเป็นผู้ปกครอง บางทีบิดาเป็นผู้ปกครองโดยมารดาเลิกกับบิดาแล้ว มารดาก็ไม่ใช่ผู้ปกครอง ถ้ามารดาหลบลักพาบุตรไปเพื่อการทุจริตตั้งนี้มารดามีความผิดและจะอ้างว่าเป็นมารดาถืออำนาจปกครองไม่ได้<sup>6</sup> ผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กรวมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กตามข้อเท็จจริงด้วยเช่นผู้ที่บิดามารดาเอาเด็กมาฝากเพื่อให้เรียนหนังสือ<sup>7</sup>

### 3.1.1.3 ลักษณะของการกระทำ

การพาเด็กไปเป็นความผิดสำเร็จเมื่อพาไปแล้วแม้จะยังไม่ถึงสถานที่ที่มุ่งหมายก็ไม่เป็นข้อสำคัญ

การซื้อ ขายหรือรับเด็กไว้เป็นการกระทำที่เป็นความผิดเช่นเดียวกับผู้พาเด็กไป แต่เป็นการรับช่วงมาจากความผิดของผู้พาเด็กมาในชั้นแรก ถ้าการพาเด็กมาในชั้นแรกไม่เป็นความผิด ผู้ที่รับซื้อหรือรับเด็กไว้ในชั้นหลังก็ไม่มีความผิดเพราะเมื่อต้นเหตุไม่เป็นมูลความผิดแล้ว ปลายเหตุก็หาเป็นมูลความผิดไม่<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> ประแตร์นิเกต์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา, หน้า 274.

<sup>6</sup> พระอินทปรีชา, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2, หน้า 1305.

<sup>7</sup> หยุด แสงอุทัย, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (พระนคร: บริษัทแพรพีทยา หุ่นส่วนจำกัด, 2497), หน้า 1052.

<sup>8</sup> พระอินทปรีชา, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2, หน้า 1305.

ตัวอย่างเช่นเด็กหญิงคนหนึ่งได้ไปตลาดกับมารดา ก. เห็นเข้าก็พาเอาเด็กหญิงนั้นไปอยู่เสียด้วยกันครึ่งกายหลัง ข. มาพบเด็กหญิงนั้นแล้วพาเอาไปเสียจาก ก. แล้วต่อมาอีก 2-3 วันเด็กหญิงนั้นหนีกลับไปหาบิดามารดาของตนเช่นนี้ ก. ต้องรับผิดชอบฐานลักพาเด็กนั้น แต่ ข. ต้องรับผิดชอบในการที่มันรู้แล้วว่าเด็กนั้นมีผู้พามาโดยมีการทุจริตมันกลับเอาเด็กนั้นไปเสียอีก<sup>9</sup>

#### 3.1.1.4 วัตถุประสงค์การกระทำ

ความผิดตามมาตรานี้เป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 10 ขวบ โดยผู้ร่างกฎหมายเห็นว่าเด็กที่มีอายุไม่เกิน 10 ขวบไม่อาจดูแลรักษาตัวเองได้ และไม่อาจใช้ความคิดในการที่จะยอมหรือไม่ยอมต่อการที่ผู้อื่นทำแก่ตน ฉะนั้นจำเลยจะต้องเชื่อว่าเด็กที่พาไปนั้นยอมไปด้วยเองจึงไม่อาจรับฟังได้ กฎหมายถือว่าเด็กไม่รู้เพียงสาไม่สามารที่จะยอมหรือไม่ยอมต่อการนั้นได้<sup>10</sup> ดังนั้นความผิดฐานนี้เด็กจะสมัครใจไปด้วยหรือไม่นั้นไม่สำคัญ

#### 3.1.1.5 เจตนาในการกระทำผิด

การกระทำที่จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ผู้กระทำความผิดต้องกระทำไปโดยมีเจตนาและมุ่งหมายในทางทุจริตกล่าวคือเป็นการแสวงหาประโยชน์อันมิชอบและเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ถ้าผู้กระทำได้ทำไปโดยเจตนาสุจริต เช่น ปู่พาหลานไปเลี้ยงดูโดยรักใคร่เพื่อบำรุงให้เด็กได้รับความสุข โดยเห็นว่าถ้าอยู่กับพ่อแม่ต่อไปจะได้รับความลำบาก เช่นนี้ไม่เป็นความผิด ต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไปว่าความสุจริตที่จำเลยอ้างนั้นมีเหตุผลหรือไม่ ส่วนการซื้อหรือรับเด็กไว้ถึงแม้ว่าผู้นั้นจะรู้แล้วถูกคนพามาโดยสุจริตก็ดี ถ้าซื้อหรือรับไว้โดยไม่มีเจตนาทุจริตเพื่อรับไว้เลี้ยงดูหรือเพื่อส่งคืนแก่พ่อแม่ก็ไม่มี ความผิดเช่นกัน<sup>11</sup>

#### 3.1.1.6 โทษที่ได้รับ

จำคุกตั้งแต่หกเดือนขึ้นไปจนถึงเจ็ดปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง (ท่านว่ามันผู้กระทำผิดอย่างไรๆ เช่นว่ามาในมาตรานี้ คือระวางโทษเช่นเดียวกับผู้ที่เอาเด็กไป)

ข้อสังเกตของผู้เขียนในมาตรานี้คือ มาตรา 273 มิได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษสำหรับการกระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร มีเพียงแต่ลักษณะการพาเอาเด็กอายุต่ำกว่าสิบขวบไป

<sup>9</sup> ประเด็นนี้เกต์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา, หน้า 274.

<sup>10</sup> พระอินทปรีชา, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2, หน้า 1305.

<sup>11</sup> Ibid.

เท่านั้น ดังนั้นกฎหมายจึงมิได้กำหนดว่าต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารแต่อย่างใด อันเป็นเหตุเพิ่มโทษเหมือนในมาตรา 274 และ 275

นอกจากนี้มาตรา 273 บัญญัติถึงบุคคลที่เป็นวัตถุแห่งการกระทำไว้เพียง 2 ประเภท คือ บิดามารดา และ ผู้มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะคุ้มครองเด็ก ต่อมาได้มีการจำแนกประเภทของผู้แทนโดยชอบธรรมออกเป็น 2 ประเภทได้แก่ ผู้ใช้อำนาจปกครองซึ่งก็คือบิดามารดา และ ผู้ปกครองซึ่งหมายถึงบุคคลที่ศาลแต่งตั้งเพื่อปกครองดูแลรวมทั้งอุปการะเลี้ยงดูผู้เยาว์แทนบิดามารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ต่อมาเมื่อมีการใช้ประมวลกฎหมายอาญาจึงได้ใช้ถ้อยคำให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และได้เพิ่มคำว่า ผู้ดูแล เข้ามาในบทบัญญัติเพื่อให้ครอบคลุมถึงกรณีต่างๆมากขึ้น<sup>12</sup>

### 3.1.2 ความผิดฐานพาเด็กอายุตั้งแต่ 10 ขวบถึง 14 ขวบไป

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 274 ฉบับภาษาอังกฤษบัญญัติว่า

“Whoever takes away any child from ten to fourteen years of age inclusive from its parents or lawful guardian, without the consent of such child, or knowing such child to be so taken away, buys, sells or wrongfully receives it, shall be punished with imprisonment of one month to three years and fine of fifty to five hundred ticals.

If the offence be committed from motives of lucre or for any immoral purpose, the punishment shall be imprisonment of six months to seven years and fine of one hundred to two thousand ticals.”<sup>13</sup>

ได้รับการแปลเป็นบทบัญญัติฉบับภาษาไทยว่า

“ผู้ใดบังอาจพาเอาเด็กอายุตั้งแต่สิบขวบขึ้นไปจนถึงสิบสี่ขวบไปเสียจากบิดามารดา หรือจาก ผู้ที่มีอำนาจคุ้มครองเด็กนั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยเด็กมิได้เต็มใจไปด้วยมันก็ดี แล้วผู้ใดรู้แล้วว่าเด็ก คนใดมีผู้พาไปโดยทุจริตเช่นนั้น มันบังอาจซื้อหรือขายเด็กนั้น หรือรับเอาเด็กนั้นไว้โดยเจตนาทุจริตก็ ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

<sup>12</sup> คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 237.

<sup>13</sup> คณพล จันทน์หอม, กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127, หน้า 72.

ถ้าแลความผิดที่ว่ามาในมาตรานี้ เป็นการที่กระทำเพื่อกำไร หรือเพื่อการอนาจารอย่างหนึ่งอย่างใด อันว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนขึ้นไปจนถึงเจ็ดปี แลให้ปรับตั้งแต่หนึ่งร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง”

มาตรานี้ลงโทษแก่ผู้ที่ลักพาเด็กอายุตั้งแต่ 10 ขวบถึง 14 ขวบไป โดยไม่เต็มใจไปด้วย และลงโทษแก่ผู้ซื้อเด็กซึ่งมีผู้พาไปโดยทุจริตเช่นนี้ด้วย<sup>14</sup> และมีเหตุเพิ่มโทษบัญญัติไว้สำหรับการกระทำที่มีเจตนาพิเศษคือเพื่อกำไรหรือเพื่อการอนาจารไว้ในวรรคสองด้วย

### 3.1.2.1 เจตนารมณ์ของกฎหมาย

เจตนารมณ์ของกฎหมายตามมาตรา 274 นี้มุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดาหรือจากผู้ที่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะคุ้มครองเด็กนั้นและคุ้มครองอิสรภาพของเด็กทำนองเดียวกับมาตรา 273 การทำผิดตามมาตรานี้เป็น การละเมิดสิทธิของผู้ปกครองและเป็นการเสียอิสรภาพของเด็กด้วย ผู้ปกครองมีอำนาจที่จะฟ้องร้องกล่าวโทษแก่จำเลยตามมาตรฐานได้ถือเสมือนหนึ่งว่าเป็นเจ้าทุกข์ผู้ถูกเสียหายเหมือนกันเพราะเป็นการทำลายความชอบธรรมของผู้ปกครอง เพราะฉะนั้นจะต้องพิจารณาให้ได้ความว่าเมื่อจำเลยพาเด็กไปเด็กอยู่ในปกครองของผู้ใดต้องมีผู้ปกครองคนใดคนหนึ่งแน่นอนผู้พาจึงจะมีความผิด<sup>15</sup>

### 3.1.2.2 อำนาจปกครอง

เช่นเดียวกับมาตรา 273 การปกครองในที่นี้หมายความถึงการเลี้ยงดูรักษาตามประเพณีที่ปู่ชนประพตต่อเด็กไม่เฉพาะแต่อยู่แต่ในบ้านเท่านั้น แม้ออกไปนอกบ้านก็เรียกว่าอยู่ในความปกครอง เช่นเด็กไปโรงเรียนเดินกลับมาถูกผู้ร้ายพาไปก็เรียกได้ว่าผู้ร้ายละเมิดสิทธิของผู้ปกครองเด็กนั้นและมีความผิดตามมาตรา นี้ แต่ถ้าเด็กนั้นหลงพลัดพรากจากผู้ปกครองผู้ใดพาไปอาการที่พาไปนั้นไม่ผิด ไม่เรียกว่าละเมิดสิทธิของผู้ปกครองแต่จะเป็นผิดต่อเมื่อได้ขายเด็กนั้นไปอันเป็นการตัดสิทธิในการปกครองของผู้ปกครองให้ขาดตอนไป

ผู้ปกครองเด็กอาจมิได้หลายชนิดเช่นพ่อแม่ปู่ย่าตายายหรือผู้ที่ศาลตั้ง เป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องถือเฉพาะเรื่องว่าผู้ใดเป็นผู้ปกครอง บางทีบิดาเป็นผู้ปกครองโดยมารดาเลิกกับบิดาแล้ว มารดาก็ไม่ใช่ผู้ปกครอง ถ้ามารดาหลบภัยบุตรไปเพื่อการทุจริตตั้งนี้มารดามีความผิดและ

<sup>14</sup> ประเด็นนี้เกต์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา, หน้า 273.

<sup>15</sup> พระอินทปรีชา, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2, หน้า 1304.

จะอ้างว่าเป็นมารดาถืออำนาจปกครองไม่ได้<sup>16</sup> ผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กรวมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กตามข้อเท็จจริงด้วยเช่นผู้ที่บิดามารดาเอาเด็กมาฝากเพื่อให้เรียนหนังสือ<sup>17</sup>

### 3.1.2.3 ลักษณะของการกระทำ

การพาเด็กไปเป็นความผิดสำเร็จเมื่อพาไปแล้วแม้จะยังไม่ถึงสถานที่ที่มุ่งหมายก็ไม่เป็นข้อสำคัญ

การซื้อ ขายหรือรับเด็กไว้เป็นการกระทำที่เป็นความผิดเช่นเดียวกับผู้พาเด็กไป แต่เป็นการรับช่วงมาจากความผิดของผู้พาเด็กมาในชั้นแรก ถ้าการพาเด็กมาในชั้นแรกไม่เป็นความผิด ผู้ที่รับซื้อหรือรับเด็กไว้ในชั้นหลังก็ไม่มี ความผิดเพราะเมื่อต้นเหตุไม่เป็นมูลความผิดแล้ว ปลายเหตุก็หาเป็นมูลความผิดไม่<sup>18</sup>

ความผิดสำเร็จลงเมื่อได้พาเด็กไปจากความครอบครองของผู้ที่มีอำนาจคุ้มครองเด็กหรือว่าได้ซื้อหรือขายเด็กนั้น หรือรับเอาเด็กนั้นไว้โดยรู้อยู่แล้วว่ามีผู้พามาโดยทุจริต<sup>19</sup>

### 3.1.2.4 วัตถุประสงค์ของการกระทำ

ความผิดตามมาตรานี้เป็นการกระทำต่อเด็กอายุตั้งแต่ 10 ขวบถึง 14 ขวบบริบูรณ์ ไม่เลือกว่าหญิงหรือชาย โดยผู้ร่างได้เห็นว่าเด็กในช่วงอายุนี้นี้มีความสามารถจะให้ความยินยอมหรือเต็มใจแก่ผู้พาได้ ถ้าเด็กนั้นเต็มใจไปด้วย ผู้พาหรือผู้ขาย ซื้อหรือรับไว้แล้วนั้นไม่มีความผิดตามมาตรานี้ จะมีความผิดเมื่อเด็กมิได้เต็มใจไปด้วยแต่ไม่สามารถจะขัดขืนได้จึงต้องจำใจไปด้วย และการที่เด็กต้องไปโดยมิเต็มใจเช่นนี้ ย่อมต้องถูกทำร้ายหรือขู่เข็ญให้บังเกิดความกลัวหรือถูกหลอกลวงให้หลงเชื่อในกลอุบายของผู้ทุจริต<sup>20</sup>

### 3.1.2.5 เจตนาในการกระทำความผิด

การกระทำที่จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ผู้กระทำได้กระทำไปโดยมีเจตนาและมุ่งหมายในทางทุจริตกล่าวคือเป็นการแสวงหาประโยชน์อันมิชอบและเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ถ้าผู้กระทำได้ทำไปโดยเจตนาสุจริต เช่น ฟูพาทหลานไปเลี้ยงดูโดยรักใคร่เพื่อบำรุงให้เด็กได้รับความสุข

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> หยุต แสงอุทัย, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา, หน้า 1052.

<sup>18</sup> พระอินทปรีชา, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2, หน้า 1305.

<sup>19</sup> Ibid., 1308.

<sup>20</sup> Ibid.

โดยเห็นว่าถ้าอยู่กับพ่อแม่ต่อไปจะได้รับความลำบาก เช่นนี้ไม่เป็นความผิด ต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไปว่าความสุจริตที่จำเลยอ้างนั้นมีเหตุผลหรือไม่ ส่วนการซื้อหรือรับเด็กไว้ถึงแม้ว่าผู้รู้แล้วถูกคนพา มาโดยสุจริตก็ดี ถ้าซื้อหรือรับไว้โดยไม่มีเจตนาทุจริตเพื่อรับไว้เลี้ยงดูหรือเพื่อส่งคืนแก่พ่อแม่ก็ไม่มีความผิดเช่นกัน<sup>21</sup>

ในวรรคสองของมาตรา 274 นี้ ขยายความเพิ่มเติมว่าถ้าการกระทำผิดตามที่กล่าว มาในวรรคแรกแล้วเป็นการกระทำเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร โทษที่ได้รับนั้นหนักขึ้นเพราะเป็นการทำให้เด็กเสียหาย หรือหวังต่อประโยชน์อันทุจริต ดังนั้นผู้ที่พาเด็กไปขายย่อมมีความผิดตามวรรคสองเพราะเป็นการกระทำเพื่อหากำไร<sup>22</sup>

### 3.1.2.6 โทษที่ได้รับ

จำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

กรณีพาตัวเด็กไปเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร จำคุกตั้งแต่หกเดือนขึ้นไปจนถึงเจ็ดปี และให้ปรับตั้งแต่หนึ่งร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ข้อสังเกตของผู้เขียนในมาตรานี้คือ มาตรา 274 ได้กำหนดโทษสำหรับความผิดฐานพาเด็กอายุตั้งแต่ 10 ขวบถึง 14 ขวบไป น้อยกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในมาตรา 273 สาเหตุคือกฎหมายต้องการลงโทษผู้ที่กระทำความผิดต่อเด็กที่อายุน้อยให้รับโทษที่หนักขึ้นกว่ากระทำต่อเด็กที่มีอายุมากกว่า นอกจากนั้นเหตุเพิ่มโทษสำหรับเจตนาพิเศษในการพาไปเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร นั้นผู้กระทำความผิดได้รับโทษเท่ากับผู้ที่กระทำความผิดพาเด็กอายุต่ำกว่า 10 ขวบไปตามมาตรา 273

### 3.1.3 ความผิดฐานพาเด็กอายุตั้งแต่ 10 ขวบถึง 14 ขวบไปโดยเด็กยินยอมเพื่อหากำไรหรืออนาจาร

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 275 ฉบับภาษาอังกฤษบัญญัติว่า

“Whoever takes away any child from ten to fourteen years of age inclusive from its parents or lawful guardian, with the consent of such child, or knowing such child to be so taken away, buys, sells or wrongfully receives it, shall be punished with imprisonment of one month to three years and fine of fifty to five hundred ticals,

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid., 1309.

provided that the offence is committed from motives of lucre or for any immoral purpose.”<sup>23</sup>

ได้รับการแปลเป็นบทบัญญัติภาษาไทยว่า

“ผู้ใดเกลี้ยกล่อมพาเด็กอายุตั้งแต่สิบขวบขึ้นไปจนถึงสิบสี่ขวบ ไปเสียจากบิดามารดา หรือจากผู้ที่มีอำนาจคุ้มครองเด็กนั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยมันเจตนาจะหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร ไซ้ ถึงเด็กนั้นจะเต็มใจไปด้วยกับมัน ท่านก็ว่ามันมีความผิด อนึ่งผู้ใดรู้อยู่แล้วว่าเด็กคนใดมีผู้พาไปโดยทุจริตเช่นนั้นมันบังอาจซื้อหรือขายเด็กนั้น หรือรับเอาเด็กนั้นไว้โดยเจตนาทุจริตไซ้ ท่านว่ามันมีความผิดเสมอกับผู้พาเด็กไป แลท่านให้ลงโทษผู้กระทำผิดในมาตรานี้ด้วยระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปีและให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

มาตรานี้ลงโทษแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องกล่อมพาเด็กอายุ 10 ถึง 14 ขวบไปโดยมีเจตนาจะหากำไรหรือเพื่อเจตนาจะทำอนาจารและข้อนี้ถึงเด็กจะยอมไปกับผู้กระทำผิดก็ต้องมีความผิดเสมอ<sup>24</sup>

### 3.1.3.1 เจตนารมณ์ของกฎหมาย

เจตนารมณ์ของกฎหมายตามมาตรา 275 นี้มุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดาหรือจากผู้ที่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะคุ้มครองเด็กนั้นและคุ้มครองอิสรภาพของเด็กทำนองเดียวกับมาตรา 273 การทำผิดตามมาตรานี้เป็นการละเมิดสิทธิของผู้ปกครองและเป็นการเสียอิสรภาพของเด็กด้วย ผู้ปกครองมีอำนาจที่จะฟ้องร้องกล่าวโทษแก่จำเลยตามมาตรฐานได้ถือเสมือนหนึ่งว่าเป็นเจ้าทุกข์ผู้ถูกเสียหายเหมือนกันเพราะเป็นการทำลายความชอบธรรมของผู้ปกครอง เพราะฉะนั้นจะต้องพิจารณาให้ได้ความว่าเมื่อจำเลยพาเด็กไปเด็กอยู่ในปกครองของผู้ใดต้องมีผู้ปกครองคนใดคนหนึ่งแน่นอนผู้พาจึงจะมีความผิด<sup>25</sup>

### 3.1.3.2 อำนาจปกครอง

เช่นเดียวกับมาตรา 273 การปกครองในที่นี้หมายความถึงการเลี้ยงดูรักษาตามประเพณีที่ปู่ชุนประพุดิตต่อเด็กไม่เฉพาะแต่อยู่แต่ในบ้านเท่านั้น แม้ออกไปนอกบ้านก็เรียกว่าอยู่ในความปกครอง เช่นเด็กไปโรงเรียนเดินกลับมาถูกผู้ร้ายพาไปก็เรียกได้ว่าผู้ร้ายละเมิดสิทธิของผู้ปกครองเด็กนั้นและมีความผิดตามมาตรา 275 แต่ถ้าเด็กนั้นหลงพลัดพรากจากผู้ปกครองผู้ใดพาไป

<sup>23</sup> คณพล จันทน์หอม, กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127, หน้า 72.

<sup>24</sup> ประแตร์นิเกต์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา, หน้า 273.

<sup>25</sup> พระอินทปรีชา, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2, หน้า 1304.

อาการที่พาไปนั้นไม่ผิด ไม่เรียกว่าละเมิดสิทธิของผู้ปกครองแต่จะเป็นผิดต่อเมื่อได้ขายเด็กนั้นไปอันเป็นการตัดสิทธิในการปกครองของผู้ปกครองให้ขาดตอนไป

ผู้ปกครองเด็กอาจมีได้หลายชนิดเช่นพ่อแม่ปู่ย่าตายายหรือผู้ที่ศาลตั้ง เป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องถือเฉพาะเรื่องว่าผู้ใดเป็นผู้ปกครอง บางทีบิดาเป็นผู้ปกครองโดยมารดาเลิกกับบิดาแล้ว มารดาก็ไม่ใช่ผู้ปกครอง ถ้ามารดาลอบลักพาบุตรไปเพื่อการทุจริตตั้งนี้มารดามีความผิดและจะอ้างว่าเป็นมารดาถืออำนาจปกครองไม่ได้<sup>26</sup> ผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กรวมถึงผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กตามข้อเท็จจริงด้วยเช่นผู้ที่บิดามารดาเอาเด็กมาฝากเพื่อให้เรียนหนังสือ<sup>27</sup>

### 3.1.3.3 ลักษณะของการกระทำ

การพาเด็กไปเป็นความผิดสำเร็จเมื่อพาไปแล้วแม้จะยังไม่ถึงสถานที่ที่มุ่งหมายก็ไม่เป็นข้อสำคัญ

การซื้อ ขายหรือรับเด็กไว้เป็นการกระทำที่เป็นความผิดเช่นเดียวกับผู้พาเด็กไป แต่เป็นการรับช่วงมาจากความผิดของผู้พาเด็กมาในชั้นแรก ถ้าการพาเด็กมาในชั้นแรกไม่เป็นความผิด ผู้ที่รับซื้อหรือรับเด็กไว้ในชั้นหลังก็ไม่มี ความผิดเพราะเมื่อต้นเหตุไม่เป็นมูลความผิดแล้ว ปลายเหตุก็หาเป็นมูลความผิดไม่<sup>28</sup>

ความผิดสำเร็จลงเมื่อได้พาเด็กไปจากความครอบครองของผู้ที่มีอำนาจคุ้มครองเด็ก หรือว่าได้ซื้อหรือขายเด็กนั้น หรือรับเอาเด็กนั้นไว้โดยรู้อยู่แล้วว่ามีผู้พามาโดยทุจริต<sup>29</sup>

คำว่าเกลี้ยกล่อมนั้นมิใช่คำสำคัญที่จะทำให้แตกต่างเป็นอย่างอื่นจาก มาตรา 273 และมาตรา 274 ที่กล่าวมา เป็นแต่ก็เพียงเป็นการประกอบให้เห็นเป็นอุบายเพื่อที่จะให้เข้าใจว่าการกระทำผิดตามมาตรานี้ถึงเต็กลงจะเต็มใจไปด้วยก็ผิด แท้จริงกรรมหรือการกระทำของความผิดตามมาตรานี้มีหลักเกณฑ์อย่างเดียวกันกับมาตรา 273 และ 274 ซึ่งควรเทียบกับกฎหมายลักษณะอาญาร.ศ. 127 ฉบับภาษาอังกฤษ<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> หุต แสงอุทัย, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา, หน้า 1052.

<sup>28</sup> พระอินทปรีชา, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2, หน้า 1305.

<sup>29</sup> Ibid., 1308.

<sup>30</sup> Ibid., 1311.



การล่อลวงให้เด็กหลงเชื่อหรือบังคับขู่เข็ญทำให้เด็กยอมไปด้วยนั้น ไม่ถือว่าเด็กเต็มใจไปด้วย เพราะเป็นความจำใจหาใช่ความยินยอมโดยบริสุทธิ์ไม่<sup>31</sup>

#### 3.1.3.4 วัตถุประสงค์ของการกระทำ

ความผิดตามมาตรา 273 เป็นการกระทำต่อเด็กอายุตั้งแต่ 10 ขวบถึง 14 ขวบบริบูรณ์ ไม่เลือกว่าหญิงหรือชาย ถ้าอายุมากกว่านี้และเด็กเต็มใจไปด้วยความเต็มใจผู้พาก็ไม่มีความผิด ถ้าเป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 10 ขวบ ผู้พามีความผิดตามมาตรา 273 แต่ถ้าอายุระหว่าง 10 ถึง 14 ขวบแม้ว่าเด็กจะเต็มใจไปด้วยหรือไม่เต็มใจไปด้วยก็ตามถูกพาไปเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร ผู้พามีความผิดตามมาตรา 273 แต่ถ้าเด็กไม่เต็มใจและผู้พาเอาไปเพื่อหากำไรหรืออนาจารจะต้องรับโทษตามวรรคสองของมาตรา 274 มิใช่รับโทษตามมาตรา 273 ดังนั้นผู้ที่ต้องรับโทษตามมาตรา 273 จึงต้องเป็นกรณีเด็กเต็มใจไปด้วยกับผู้พา<sup>32</sup>

#### 3.1.3.5 เจตนาในการกระทำความผิด

การกระทำที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 273 ผู้กระทำต้องกระทำไปโดยมีเจตนาและมุ่งหมายในทางทุจริตกล่าวคือเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์แก่การหากำไรอันมิควรได้ หรือเพื่อการอนาจารอันเป็นการเสื่อมเสียแก่เด็กผู้นั้น ถ้าเป็นการพาไปโดยเจตนาสุจริตมิได้คิดหาประโยชน์หรือเพื่อการอนาจารผู้นั้นไม่มีความผิด ส่วนการซื้อหรือรับเด็กไว้ถึงแม้ว่าผู้นั้นจะรู้แล้วถูกคนพามาโดยสุจริตก็ดี ถ้าซื้อหรือรับไว้โดยไม่มีเจตนาทุจริตเพื่อรับไว้เลี้ยงดูหรือเพื่อส่งคืนแก่พ่อแม่ก็ไม่มีความผิดเช่นกัน<sup>33</sup>

#### 3.1.3.6 โทษที่ได้รับ

จำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปีและให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

### 3.1.4 คำพิพากษาและประเด็นทางกฎหมายในความผิดฐานพาเด็กไป

เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในความผิดฐานพาเด็กไปตามมาตรา 273 มาตรา 274 และมาตรา 275 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น จะเห็นถึงประเด็นที่ศาลฎีกาได้วางหลักไว้

<sup>31</sup> Ibid., 1312.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Ibid.

เป็นบรรทัดฐาน ซึ่งในหลักเกณฑ์บางอย่างนั้นยังคงเป็นบรรทัดฐานสืบมาจนถึงการตีความในความผิดดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน

### 3.1.4.1 ประเด็นเกี่ยวกับความเต็มใจ

ประเด็นเกี่ยวกับความเต็มใจไปด้วยนั้น มาตรา 275 ที่ว่าเด็กเต็มใจไปด้วยนั้น หมายความว่าเด็กนั้นได้ทราบความมุ่งหมายที่จะพาไปด้วยความจริงว่าจะพาไปทำอะไร แต่ถ้าใช้ด้วยวิธีอุบายหลอกลวงอย่างใดอย่างหนึ่งให้เด็กเข้าใจผิด แม้ว่าเด็กได้ทราบความจริงแล้วคงจะไม่สมัครไปด้วยเช่นนี้จะถือว่าเด็กเต็มใจไปด้วยไม่ได้<sup>34</sup> ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 58/2466

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 58/2466: นายหลี่จำเลยที่ 1 และนางวงจำเลยที่ 2 ได้ล่อลวงเด็กหญิงทองห่อไป และเมื่อนายซึบตามไปพบนายหลี่ นายหลี่ก็ปิดบังซ่อนเร้นเด็กหญิงทองห่อไว้ และเรียกเอาเงินค่าบอกที่อยู่หวังหากำไร จนเป็นเหตุให้เด็กหญิงทองห่อต้องเสียตัวกับนายฮวดซึ่งไม่เป็นการสมควร นายหลี่นางวงมีความผิดตามมาตรา 274<sup>35</sup>

อย่างไรก็ดีมีคำพิพากษา พ.ศ. 2486 ที่พิพากษาว่าหากจำเลยถูกหลอกลวงพาไปเพื่อการอนาจาร เป็นความผิดตามมาตรา 275 มิใช่ความผิดตามมาตรา 274 ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 363/2460, 579/2472 และ 573/2487

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 363/2460: จำเลยที่ 1 ที่ 2 สมคบกันพุดจาหลอกลวงพาเด็กชายเถาอายุ 12 ปีไปจากผู้ปกครองแล้วเอาไปเที่ยวเร่ขายหากไม่มีผู้ซื้อจำเลยที่ 2 จึงบังคับให้รับจ้างนายหรั่ง่าปีละ 10 บาท ทางพิจารณาได้ความว่าจำเลยที่ 1 กับพวกสมคบกันไปล่อลวงเด็กชายเถาอายุ 12 ขวบมาจากผู้ปกครองแล้วพาไปเร่ขายแต่ไม่มีใครรับซื้อถ้าหลังจำเลยที่ 1 พาไปให้จำเลยที่ 2 จำเลยที่ 2 ได้รู้ดีแล้วว่าจำเลยที่ 1 พาเด็กมาโดยมิชอบด้วยกฎหมายรับเด็กนั้นไว้แล้วบังคับให้ไปรับจ้างอยู่กับนายลำโดยบอกนายหรั่ง่าว่าเป็นหลานชายเด็กชายเขาต้องจำใจรับใช้ในหลังอยู่ 2 เดือนเศษผู้ปกครองจึงไปตามตัวคืนมาได้ ศาลฎีกาพิพากษาว่าจำเลยที่ 2 เป็นผู้ขู่ขังบังคับเด็กชายเถาให้ไปรับจ้างนายหรั่ง่าทำการงานเพื่อหวังประโยชน์ซึ่งเป็นการทุจริต จำเลยที่ 2 มีความผิดเป็นตุ๊กการ

<sup>34</sup> พระยาสุนทรพิพิธ, คำแนะนำหัวข้อกฎหมายลักษณะอาญา ภาคที่ 1, พิมพ์ครั้งที่ 1 (พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2461), หน้า 34.

<sup>35</sup> แสง สุนทรกะลัมภ์, ย่อคำพิพากษาศาลฎีกา กฎหมายลักษณะอาญา ตั้งแต่ ร.ศ. 127 ถึง พ.ศ. 2498 (พระนคร: บริษัท แพร์พิทยา บริษัทโอเดียนสโตร์, 2501), หน้า 427-428.

เสมอจำเลยที่ 1 เหมือนกันจึงมีความผิดฐานลักเด็กไปจากผู้ปกครองตามมาตรา 275 จึงให้จำคุกจำเลยที่ 1 ที่ 2 ไว้มีกำหนดคนละ 1 ปี<sup>36</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 579/2472: โจทก์ฟ้องว่าจำเลยใช้อุบายทุจริตหลอกลวงพาเด็กหญิงชิตอายุต่ำกว่า 14 ปีไปเพื่อการอนาจาร ทางพิจารณาได้ความว่าจำเลยพาเด็กหญิงชิตซึ่งมีอายุเพียงย่างเข้า 14 ปีด้วยอุบายอันทุจริตให้ไปกับจำเลย เด็กหญิงชิตหลงเชื่อจึงไปกับจำเลยด้วยความเต็มใจ จำเลยได้เข้าหาร่วมประเวณีกับเด็กหญิงชิตจนสำเร็จและต่อมาได้เอาสร้อยข้อมือของเด็กหญิงชิตไปแล้วทั้งเด็กหญิงคิดไว้ไม่ไปมาหาสู่ ศาลฎีกาพิพากษาว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาจะหากำไรและเพื่อการอนาจารโดยแท้แม้เด็กหญิงชิตจะเต็มใจไปด้วยกับจำเลยจำเลยต้องมีความผิดตามมาตรา 275 จำคุกจำเลยไว้มีกำหนด 2 ปี

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 573/2487: วันที่ 30 เมษายน 2486 จำเลยสมคบกันพาเด็กหญิงมลิอายุ 13 ปีเศษไปจากมารดาผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อการอนาจารโดยจำเลยใช้อุบายทุจริตล่อลวงว่าจะพาไปเล่นลิเก ต่อมาวันที่ 1 พฤษภาคม 2486 เวลากลางคืน จำเลยใช้อำนาจด้วยกำลังกายและใช้มีดและวาจาขู่เชิญ กระทำชำเราขึ้นใจเด็กหญิงมลิซึ่งมิใช่ภริยาของจำเลยข้อพิจารณาฟังได้ว่าเด็กหญิงมลิเต็มใจไปกับจำเลยแม้จะเป็นโดยถูกหลอกลวงก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 274 แต่เป็นความผิดตามมาตรา 275<sup>37</sup>

การใช้อุบายล่อลวงมิใช่เฉพาะกระทำต่อเด็กที่ถูกพาไปเท่านั้น ยังรวมถึงการใช้อุบายล่อลวงผู้ปกครองเด็กให้หลงเชื่อด้วย เช่นใช้อุบายล่อลวงว่าจะเอาเด็กไปเป็นบุตรบุญธรรม ดังคำพิพากษา พ.ศ. 2483

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 347/2483: โจทก์ฟ้องว่าจำเลยในคดีนี้ได้บังอาจสมคบกันพาเด็กหญิงบุญกับอายุ 13 ขวบเด็กหญิงสัมฤทธิ์อายุ 14 ขวบเด็กหญิงมะลิลอายุ 8 ขวบเด็กหญิงสงวนอายุ 14 ขวบไปเสียจากบิดามารดาและผู้มีอำนาจคุ้มครองเด็กโดยชอบด้วยกฎหมายโดยจำเลยใช้อุบายทุจริตเกลี้ยกล่อมว่าจะพาเด็กไปเลี้ยงเป็นบุตรบุญธรรมอยู่กับจำเลยเองให้ได้รับการศึกษามีความสุขความสบาย บิดามารดาและผู้มีอำนาจคุ้มครองเด็กหลงเชื่ออุบายเท็จของจำเลยและเมื่อจำเลยที่ 1 ที่ 2 ได้พาเด็กทั้ง 4 จากพระนครซึ่งเป็นภูมิลำเนาของผู้มีอำนาจคุ้มครองเด็กมายังจังหวัดภูเก็ตแล้วจำเลยที่ 1 ที่ 2 บังอาจมีเจตนาทุจริตเอาเด็กทั้ง 4 นี้ขายให้แก่บุคคลอื่นเป็นการหากำไรเพื่อประโยชน์ของพวกจำเลยร่วมกัน ศาลฎีกาพิพากษาว่าเป็นการที่จำเลยได้ใช้อุบายล่อลวงผู้ปกครองเด็กว่าจะรับ

<sup>36</sup> Ibid., 179.

<sup>37</sup> Ibid., 1494-1495.

เด็กไปเป็นบุตรบุญธรรมเมื่อได้เด็กไปแล้วกลับเอาเด็กไปยกให้คนอื่นและรับเอาเงินมาเป็นการตอบแทนเช่นนี้ถือได้ว่าจำเลยเกลี้ยกล่อมเอาเด็กไปเสียจากผู้ปกครองโดยเจตนาจะหากำไร จำเลยมีความผิดตามมาตรา 275 ให้จำคุกจำเลยไว้มีกำหนดคนละ 1 ปี<sup>38</sup>

### 3.1.4.2 ประเด็นการพาเด็กไปเพื่อแต่งงาน

การพาเด็กอายุ 13 ปีเศษไปเสียจากบิดามารดา โดยเด็กหญิงยินยอมไปเป็นภริยาชายจะเป็นความผิดตามมาตรา 275 นี้หรือไม่ ความเห็นของพระอินทปรีชาเห็นว่า “การพาเด็กอายุ 13 ปีเศษไปเพื่อแสวงการสมรสโดยปราศจากความยินยอมของผู้ปกครอง เป็นการพาไปเพื่อการอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 275 ด้วยเหตุผลว่าเด็กยังอ่อนเยาว์ ต้องพึงกำลังทรัพย์และปัญญาของผู้ปกครอง ไม่สามารถจะคิดการเสกสมรสของตนให้เป็นผลได้ ผู้ใดกระทำแก่เด็กเช่นนั้นเหมือนแก่งทำลายให้แก่เด็ก ถ้ากฎหมายไม่ช่วยคุ้มครองป้องกันแล้ว ก็ประหนึ่งว่าเปิดช่องให้คนทำให้เด็กเสียหาย ถ้าผู้นั้นเจตนาดีจริงแล้วควรขอความยินยอมต่อผู้ปกครองของเด็ก ไม่ควรลักลอบคบคิดกับเด็กผู้อ่อนอายุ ส่วนเด็กที่อายุเกินกว่า 14 ขวบขึ้นไปในกฎหมายของเราไม่มีข้อห้าม ก็นับว่าเป็นความหย่อนอยู่พอแล้ว”<sup>39</sup> ในกฎหมายอาญาของต่างประเทศได้ระบุไว้ด้วยว่าแม้พาไปเพื่อแต่งงานก็เป็นความผิดเช่นเดียวกันซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดในบทต่อไป

อย่างไรก็ตามคำพิพากษาศาลฎีกาใน พ.ศ. 2473 ที่วางหลักให้การพาเด็กไปจากผู้ปกครองโดยความรักใคร่คิดจะเลี้ยงดูเป็นภริยาไม่เป็นความผิดตามมาตรา 275

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 861-862/2473: โจทก์ฟ้องว่านายวันจำเลยพาเด็กหญิงระเบียบอายุ 12 ปีไปจากความปกครองของนายเลี่ยมบิดาเพื่อการอนาจาร จำเลยพาไปพักที่บ้านนางเล็กและข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงระเบียบสำเร็จหลายครั้งขอให้ลงโทษจำเลยตามมาตรา 246, 247, 275 ทางพิจารณาได้ความว่าจำเลยพาเด็กอายุ 12 ปีไปจากผู้ปกครองโดยความรักใคร่และคิดจะเลี้ยงดูเป็นภรรยาศาลฎีกาพิพากษาว่าความผิดฐานลักพาเด็กตามมาตรา 275 ต้องปรากฏว่าจำเลยได้กระทำโดยมีเจตนาจะหากำไรหรือเพื่อการอนาจารจึงจะลงโทษได้ เพียงแต่ได้ความว่าเด็กไปโดยความสมัครใจเท่านั้นยังไม่พอผู้พายังไม่มีความผิด แต่ในคดีนี้นายวันจำเลยนำสืบได้ความว่าจำเลยพา

<sup>38</sup> Ibid., 1372-1373.

<sup>39</sup> พระอินทปรีชา, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2, หน้า 1317.

เด็กหญิงระเบียบไปโดยความรักใคร่และคิดจะเลี้ยงดูเป็นภรรยาได้มีเจตนาทุจริตในวันจำเลยหาที่มีความผิดตามมาตรา 275 ไม่ จึงให้ยกฎีกาโจทก์เสีย<sup>40</sup>

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2485 สมทบแนวคำพิพากษาว่าการพาเด็กไปจากผู้ปกครองโดยเด็กยินยอมไปด้วยเองเพื่ออยู่กินเป็นสามีภริยากันไม่มีความผิดตามมาตรา 275

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3/2485: โจทก์ฟ้องว่าจำเลยบังอาจเกลี้ยกล่อมลักพานางสาวประดิษฐ์อายุ 17 ปี 11 เดือน 11 วันไปจากบิดามารดาขอให้ลงโทษจำเลยตามมาตรา 275 ทางพิจารณาได้ความว่าจำเลยได้รับพานางสาวประดิษฐ์อายุ 17 ปี 11 เดือน 11 วันไปจากบิดามารดาโดยการรักใคร่ในทางซื่อสัตย์ด้วยความสมัครใจของนางสาวประดิษฐ์เอง จำเลยมิได้เกลี้ยกล่อมพาไปเพื่อเจตนาหากำไรหรือการอนาจาร จำเลยกับนางสาวประดิษฐ์มีความรักใคร่กันแล้วพาไปเพื่ออยู่กินเป็นสามีภรรยากันโดยสุจริต ศาลฎีกาพิพากษาว่าผู้ที่จะมีความผิดตามมาตรา 275 แก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติ พ.ศ. 2474 มาตรา 6 ที่แก้ไขอายุซึ่งเดิมกำหนดไว้ตั้งแต่ 10 ขวบถึง 14 ขวบเป็นตั้งแต่ 10 ขวบถึง 18 ขวบ จะต้องเป็นผู้ที่ได้เกลี้ยกล่อมพาเอาไปโดยมีเจตนาหากำไรหรือเพื่อการอนาจารโดยไม่สุจริต เมื่อจำเลยได้พานางสาวประดิษฐ์เพื่ออยู่กินเป็นสามีภริยากันโดยสุจริตมิได้พาไปเพื่อทุจริตแต่ประการใดจำเลยจึงไม่มีความผิด ให้ยกฎีกาโจทก์เสีย<sup>41</sup>

เห็นได้ว่าศาลฎีกาได้วางแนวคำพิพากษาไว้เป็นบรรทัดฐานในเรื่องพาเด็กไปเพื่อการสมรส โดยเด็กนั้นยินยอมว่าไม่เป็นความผิดฐานพรากเด็ก ซึ่งแนวคำพิพากษาศาลฎีกานี้เป็นบรรทัดฐานสืบต่อมาจนถึงปัจจุบัน

### 3.2 การปรับปรุงแก้ไขความผิดฐานลักพาเด็กมาเป็นความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์

การใช้และการตีความตัวบทกฎหมายตามลายลักษณ์อักษรนั้นสำคัญไม่แพ้การตีความตามเจตนารมณ์ ดังนั้นตัวบทบัญญัติโดยเฉพาะในกฎหมายอาญาจึงต้องมีความชัดเจน ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 นั้นมีรากฐานมาจากมาตรา 273 มาตรา 374 และมาตรา 275 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้มีการพัฒนาบทบัญญัติดังกล่าวให้มีความกระชับ รัดกุมและครอบคลุมความผิดดังกล่าวเพื่อความเหมาะสมต่อสภาพสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงไปและเพื่อเป็นประโยชน์ต่อการใช้และการตีความ การพัฒนาบทบัญญัติในความผิดฐานนี้รวมถึงการใช้ถ้อยคำที่แสดงถึงลักษณะของการกระทำ การกำหนดอายุของเด็กและผู้เยาว์ที่กฎหมาย

<sup>40</sup> แสง สุนทรกะลัมภ์, ย่อคำพิพากษาศาลฎีกา กฎหมายลักษณะอาญา ตั้งแต่ ร.ศ. 127 ถึง พ.ศ. 2498, หน้า 824-825.

<sup>41</sup> Ibid.

มุ่งคุ้มครอง การจำกัดความเป็นผู้ปกครองที่ขอด้วยกฎหมาย และอัตราโทษ โดยการแก้ไขถ้อยคำ บทบัญญัติดังกล่าวได้ปรากฏในรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ของคณะกรรมการกฤษฎีกา และจากมติของที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวล กฎหมายอาญา

### 3.2.1 พราก

มาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 นี้มีเนื้อหาของบทบัญญัติทำนองเดียวกับมาตรา 273 มาตรา 274 และมาตรา 275 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยถ้อยคำที่ใช้ในบทบัญญัติ มีความแตกต่างจากเดิม โดยเฉพาะได้มีการนำคำว่า “พราก” มาใช้แทนคำว่า “พาเอาไป” ซึ่งราก ศัพท์ของร่างกฎหมายลักษณะอาญานั้นเป็นภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Take away” ในที่ประชุม คณะกรรมการกฤษฎีกาในตอนแรกได้มีมติเห็นชอบว่าให้ใช้คำว่า “ล่อหรือชักพาไป” ในมาตรา 273 แต่เมื่อคณะกรรมการพิจารณามาตรา 275 เห็นว่าให้ใช้คำว่า พราก เพื่อแสดงว่าเป็นการเอาไป เต็ดขาดโดยพิจารณาจากคำว่า abduction ตามกฎหมายของต่างประเทศ<sup>42</sup>

### 3.2.2 อายุของผู้ถูกระทำ

ในการกำหนดอายุมาตรา 273 เดิมที่ได้กำหนดอายุไว้ไม่เกิน 10 ปี ต่อมาในที่ประชุม คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตกลงกำหนดอายุเด็กไว้ไม่เกิน 13 ปี ด้วยเหตุผลที่พิจารณาประกอบมาตรา 274 เป็นเรื่องเด็กไม่ให้ความยินยอมจึงเอาผิดซึ่งเป็นการแตกต่างกับมาตรา 275 จะไม่คำนึงความ ยินยอมไม่ได้ แต่เด็กอายุ 10 ปีย่อมจะไม่รู้เดียงสาพอที่จะให้ความยินยอมได้ จึงควรเพิ่มอายุขึ้น การ เพิ่มอายุที่จะให้ความยินยอมนี้แม้ไม่เกี่ยวข้องกับอายุที่เด็กจะยอมให้ชำเราได้ตามกฎหมายก็ดี แต่ถ้า เด็กให้ความยินยอมให้ชำเราได้แล้วก็ควรให้ความยินยอมให้พาตัวไปจากบิดามารดาได้ ที่ประชุมจึงลง มติให้กำหนดอายุเด็กเป็น 13 ปีถึง 18 ปี ทั้งในมาตรา 273 มาตรา 274 และมาตรา 275<sup>43</sup> ใน เบื้องต้นประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 จึงกำหนดอายุไว้ไม่เกิน 13 ปี แต่ต่อมาได้แก้ไขอายุเป็น ไม่เกิน 15 ปี ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ด้วย เหตุที่ว่า การกำหนดอายุเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมายจากการกระทำความผิด เกี่ยวกับเพศ การกระทำความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ และการกระทำทารุณต่อเด็กไว้เพียงอายุไม่เกิน 13 ปีเท่านั้น ผู้กระทำผิดตามบทมาตรา 317 มาตรา 318 และ มาตรา 319 จึงสามารถอ้างความยินยอม

<sup>42</sup> คณะกรรมการกฤษฎีกา, "รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 332/246/2485 วันศุกร์ที่ 3 กรกฎาคม 2485," (2485).

<sup>43</sup> "มติของที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา การประชุมครั้งที่ 58, 174/2482 วัน เสาร์ที่ 23 ธันวาคม 2482," (2482).

ของเด็กอายุกว่า 13 ปีขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้ นับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กอายุระหว่าง 13 ปีถึง 15 ปี ซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา อบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอได้<sup>44</sup>

### 3.2.3 ผู้ปกครองที่ขอด้วยกฎหมาย

กรณีบุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครองในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 273 274 และ 275 ใช้ถ้อยคำที่ว่า “บิดามารดา หรือผู้ที่มีอำนาจคุ้มครองเด็กนั้นโดยขอด้วยกฎหมาย” ในที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาได้มีการเสนอคำว่า “ผู้คุ้มครองเด็ก” ประมวลกฎหมายแพ่งใช้คำว่า “ผู้ปกครอง” แต่ตามกฎหมายแพ่งผู้ปกครองจะต้องให้ศาลตั้ง แต่มีบางกรณีที่เด็กอยู่กับลุง ป้า น้า อา ฯลฯ ซึ่งไม่ใช่ผู้ปกครอง ที่ประชุมเห็นว่าในประเทศไทยการที่เด็กไปอยู่กับผู้อื่นที่ไม่ใช่ผู้ปกครอง เช่น พระหรือวงศ์ญาติเป็นของธรรมดานอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้บังคับให้ตั้งผู้ปกครองให้กับเด็กที่ไม่มีบิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเสมอไป โดยเหตุการณ์ที่พาเด็กไปจากผู้ปกครองโดยพลตินัยควรเอาผิด<sup>45</sup> จึงทำให้มีการบัญญัติคำว่า “ผู้ดูแล” เข้าไปด้วย อย่างไรก็ตามในประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ฉบับแรกได้ออกมาบังคับใช้มาตรา 318 และมาตรา 319 ใช้คำว่า “บิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล” แต่มาตรา 317 มีเพียงแต่คำว่า “ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล” เท่านั้น ภายหลังจากมีการแก้ไขตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 จึงเปลี่ยนมาเป็น “บิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล” และใช้มาจนถึงปัจจุบัน

<sup>44</sup> พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530, หมายเหตุ: เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้คือโดยที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 282 มาตรา 283 มาตรา 317 มาตรา 318 และ มาตรา 319 กำหนดอายุเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมายจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ การกระทำความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ และการกระทำทารุณต่อเด็กไว้เพียงอายุไม่เกิน 13 ปีเท่านั้น ผู้กระทำความผิดตามบทมาตราดังกล่าวจึงสามารถอ้างความยินยอมของเด็กอายุกว่า 13 ปีขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้ นับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กอายุระหว่าง 13 ปีถึง 15 ปี ซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา อบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอได้ นอกจากนี้บทบัญญัติเกี่ยวกับการเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือชักพาไปซึ่งหญิงเพื่อสำเร็จความใคร่ของผู้อื่นในกฎหมายปัจจุบันนั้นมาตรา 282 จะเป็นความผิดต่อเมื่อได้กระทำต่อหญิงอายุไม่เกิน 18 ปีทำให้หญิงได้รับความเสียหาย แต่ไม่มีกฎหมายคุ้มครองสมควรแก้ไขเพิ่มเติมให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดไม่ว่าหญิงจะมีอายุเท่าใดก็ตาม จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

<sup>45</sup> "มติของที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา การประชุมครั้งที่ 58, 174/2482 วันเสาร์ที่ 23 ธันวาคม 2482."

### 3.2.4 อัตราทโทษ

โทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 273 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 คือต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนขึ้นไปจนถึงเจ็ดปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ต่อมาภายหลังประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ยังคงโทษจำคุกเท่าเดิมแต่เพิ่มโทษปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสิบบาท ต่อมามีการเพิ่มอัตราโทษขึ้นเป็นจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน 2514 และเพิ่มอัตราโทษอีกครั้งใน พ.ศ. 2525 เป็นจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปีและปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาทตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ด้วยเหตุผลที่ว่าในช่วงนั้นอาชญากรรมบางประเภทโดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดต่อเสรีภาพได้ทวีความรุนแรง ซึ่งความผิดเหล่านี้ในบางกรณีได้มีการเพิ่มอัตราโทษมาครั้งหนึ่งแล้วตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน 2514 ในการนี้สมควรเพิ่มอัตราโทษสำหรับผู้กระทำความผิดให้สูงขึ้นเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าวจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้<sup>46</sup>

โทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดพวกรักเด็กเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารได้ถูกเพิ่มขึ้นในวรรคสามของมาตรา 317 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ภายหลังประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน 2514 โดยกำหนดโทษคือต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบสองปี และให้ปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท ต่อมาเพิ่มอัตราโทษอีกครั้งใน พ.ศ. 2525 เป็นจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาทตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525

ในขณะที่โทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 274 และมาตรา 275 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งมีการกำหนดโทษเหมือนกันคือต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ต่อมาภายหลังประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 เปลี่ยนโทษเป็นจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ต่อมามีการเพิ่มอัตราโทษขึ้นเป็นจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปีและปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสิบบาท ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน 2514 และเพิ่มอัตราโทษอีกครั้งใน พ.ศ. 2525 เป็นจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาทตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525

<sup>46</sup> พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525



โทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดพรากรเด็กเพื่อหาทำหรือเพื่อการอนาจารในวรรคสามของมาตรา 318 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ได้บัญญัติให้ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปีและปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท ภายหลังประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน 2514 ได้กำหนดโทษเป็นโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และให้ปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท ต่อมาเพิ่มอัตราโทษอีกครั้งใน พ.ศ. 2525 เป็นจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปีและปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาทตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525

การปรับปรุงแก้ไขการบัญญัติความผิดลักพาเด็กแห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาเป็นความผิดฐานพรากรเด็กและผู้เยาว์แห่งประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน สามารถสรุปได้ดังนี้

**ตารางที่ 1 ตารางการปรับปรุงแก้ไขการบัญญัติความผิดลักพาเด็กแห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาเป็นความผิดฐานพรากรเด็กและผู้เยาว์แห่งประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน**

จุดเปลี่ยนแปลง	วิธีการ	อายุ	บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือ ผู้ดูแล	อัตราโทษ
กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127	พาเอาไป (Take away)	มาตรา 273: อายุต่ำกว่า 10 ขวบ  มาตรา 274: อายุตั้งแต่ 10 ขวบขึ้นไปจนถึง 18 ขวบ  มาตรา 275: อายุตั้งแต่ 10 ขวบขึ้นไปจนถึง 18 ขวบ	มาตรา 273: บิดามารดา หรือผู้ที่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะคุ้มครองเด็กเด็ก  มาตรา 274: บิดามารดา หรือผู้ที่มีอำนาจคุ้มครองเด็กโดยชอบด้วยกฎหมาย  มาตรา 275: บิดามารดา หรือผู้ที่มีอำนาจคุ้มครองเด็ก	มาตรา 273: จำคุกตั้งแต่หกเดือนขึ้นไปจนถึงเจ็ดปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท  มาตรา 274: จำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท  มาตรา 275: จำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท

จุดเปลี่ยนแปลง	วิธีการ	อายุ	บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือ ผู้ดูแล	อัตราโทษ
			โดยชอบด้วยกฎหมาย	บาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท
ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับ พ.ศ. 2499)	พราก	<p>มาตรา 317: อายุยังไม่เกิน 13 ปี</p> <p>มาตรา 318: อายุกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี</p> <p>มาตรา 319: อายุกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี</p>	<p>มาตรา 317: ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล</p> <p>มาตรา 318: บิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล</p> <p>มาตรา 319: บิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล</p>	<p>มาตรา 317: จำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี และให้ปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท</p> <p>มาตรา 318: จำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ</p> <p>มาตรา 319: จำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ</p>
ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน 2514	พราก	<p>มาตรา 317: อายุยังไม่เกิน 13 ปี</p> <p>มาตรา 318: อายุกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี</p>	<p>มาตรา 317: บิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแล</p> <p>มาตรา 318: บิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล</p>	<p>มาตรา 317: จำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และให้ปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท</p> <p>มาตรา 318: จำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปีและปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท</p> <p>มาตรา 319: จำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปีและปรับตั้งแต่</p>

จุดเปลี่ยนแปลง	วิธีการ	อายุ	บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือ ผู้ดูแล	อัตราโทษ
		มาตรา 319: อายุ กว่า 13 ปีแต่ยังไม่ เกิน 18 ปี	มาตรา 319: บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล	หนึ่งพันบาทถึงหนึ่ง หมื่นสี่พันบาท
พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมาย อาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525	พราก	มาตรา 317: อายุยัง ไม่เกิน 13 ปี  มาตรา 318: อายุ กว่า 13 ปีแต่ยังไม่ เกิน 18 ปี  มาตรา 319: อายุ กว่า 13 ปีแต่ยังไม่ เกิน 18 ปี	มาตรา 317: บิดา มารดาผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล  มาตรา 318: บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล  มาตรา 319: บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล	มาตรา 317: จำคุก ตั้งแต่สามปีถึงสิบ ห้าปี และให้ปรับตั้ง แต่หกพันบาทถึง สามหมื่นบาท  มาตรา 318: จำคุก ตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พัน บาทถึงสองหมื่น บาท  มาตรา 319: จำคุก ตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พัน บาทถึงสองหมื่น บาท
พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมาย อาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530	พราก	มาตรา 317: อายุยัง ไม่เกิน 15 ปี  มาตรา 318: อายุ กว่า 15 ปีแต่ยังไม่ เกิน 18 ปี  มาตรา 319: อายุ กว่า 15 ปีแต่ยังไม่ เกิน 18 ปี	มาตรา 317: บิดา มารดาผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล  มาตรา 318: บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล	มาตรา 317: จำคุก ตั้งแต่สามปีถึงสิบ ห้าปี และให้ปรับตั้ง แต่หกพันบาทถึง สามหมื่นบาท  มาตรา 318: จำคุก ตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พัน บาทถึงสองหมื่น บาท  มาตรา 319: จำคุก ตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พัน

จุดเปลี่ยนแปลง	วิธีการ	อายุ	บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือ ผู้ดูแล	อัตราโทษ
			มาตรา 319: บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล	บาทถึงสองหมื่น บาท (โทษยังคงเดิม)

### 3.3 แนวความคิดในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในปัจจุบัน

ภายหลังการปฏิรูปกฎหมายครั้งสำคัญของประเทศไทยในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้มีการบังคับใช้ตั้งแต่ พ.ศ. 2451 ถึง พ.ศ. 2499 กฎหมายนี้ถือว่ามีความทันสมัยเทียบเท่ากับกฎหมายของชาติตะวันตกได้ อย่างไรก็ดี กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ถูกยกเลิกไปด้วยเหตุผลที่ว่ากฎหมายดังกล่าวได้ ประกาศใช้มานานแล้วและได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่หลายแห่งกระจัดกระจาย จึงเห็นสมควรที่จะได้ชำระสะสางและนำเข้าสู่รูปเป็นประมวลกฎหมายอาญาในฉบับเดียวกัน<sup>47</sup> ในส่วนของความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 273 (ความผิดฐานพรากเด็ก) มาตรา 274 (ความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่ยินยอม) และมาตรา 275 (ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเพื่อหากำไรและเพื่อการอนาจาร) ได้ถูกจัดอยู่ในหมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำให้เสื่อมเสียอิสราภาพของส่วนที่ 8 ว่าด้วยความผิดที่กระทำให้เสื่อมเสียอิสราภาพและชื่อเสียง และเมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาในพุทธศักราช 2499 ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ยังคงมีอยู่ด้วยกันสามมาตราแต่ได้มีการวิวัฒนาการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างไปซึ่งบทบัญญัติความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์บัญญัติไว้ในมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

นอกจากนี้ในยุคสมัยใหม่ มาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามามีบทบาทกับกฎหมายที่บังคับใช้ภายในประเทศด้วยซึ่งรวมถึงการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์อันเป็นสากล ในบาง

<sup>47</sup> พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499, หน้า หมายเหตุ: เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ประกาศใช้มานานแล้ว และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่หลายแห่งกระจัดกระจายกันอยู่ จึงเป็นการสมควรที่จะได้ชำระสะสาง และนำเข้าสู่รูปเป็นประมวลกฎหมายอาญาเสียในฉบับเดียวกัน

อนึ่ง ปรากฏว่าหลักการบางอย่างและวิธีการลงโทษบางอย่างควรจะได้ปรับปรุงให้สมกับกาลสมัยและแนวนิยมของนานาประเทศในสมัยปัจจุบัน หลักเดิมบางประการจึงล้าสมัย สมควรจะได้ปรับปรุงเสียให้สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

ประเทศถึงกับนำมามาตรการของกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาอนุวัติการได้โดยตรง มาตรการของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ได้แก่ สิทธิมนุษยชน อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง รายละเอียดของมาตรการดังกล่าวจะได้นำเสนอต่อไป

การกำหนดความผิดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์มีมาตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบันทั้งในกฎหมายของต่างประเทศและกฎหมายของไทย ในส่วนของกฎหมายไทยนั้น ความผิดที่เกี่ยวข้องกันนี้มีวิวัฒนาการมาตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัย กรุงศรีอยุธยา สมัยต้นกรุงรัตนโกสินทร์ที่มีกฎหมายตราสามดวงโดยได้รับอิทธิพลจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ สมัยการปฏิรูปกฎหมายที่มีกฎหมายลักษณะอาญาร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบันดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 และ บทที่ 3 ส่วนต้น โดยลักษณะของบทบัญญัติจะมีความแตกต่างกันแปรเปลี่ยนไปตามยุคสมัยและบริบทของสังคม เจตนารมณ์ของกฎหมาย ลักษณะของการกระทำ วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ และโทษนั้นมีลักษณะที่เปลี่ยนแปลงไป

ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์และเหตุเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญาที่บังคับใช้ปัจจุบันบัญญัติไว้ในมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 โดยสามารถแบ่งการพิจารณาออกเป็นดังนี้

- (1) ความผิดฐานพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี (มาตรา 317 วรรคแรก)
- (2) ความผิดฐานซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กที่ถูกพราก (มาตรา 317 วรรคสอง)
- (3) เหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไปเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร (มาตรา 317 วรรคสาม)
- (4) ความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยไม่เต็มใจไปด้วย (มาตรา 318 วรรคแรก)
- (5) ความผิดฐานซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ที่ถูกพรากโดยไม่เต็มใจไปด้วย (มาตรา 318 วรรคสอง)
- (6) เหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไปเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร (มาตรา 318 วรรคสาม)
- (7) ความผิดฐานพรากผู้เยาว์เพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย (มาตรา 319 วรรคแรก)
- (8) ความผิดฐานซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ที่ถูกพรากโดยเต็มใจไปด้วย (มาตรา 319 วรรคสอง)

### 3.3.1 ความผิดฐานพรากเด็ก มาตรา 317

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 บัญญัติว่า

“ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสามแสนบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ชื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากนั้น

ถ้าความผิดตามมาตรานี้ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการรอนาจาร ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท”

#### 3.3.1.1 เจตนารมณ์ของกฎหมาย

เจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล

#### 3.3.1.2 อำนาจปกครอง

การพรากตามบทบัญญัติดังกล่าวจะต้องเป็นการพรากไปจาก บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลด้วยโดยคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คืออำนาจปกครองของบิดามารดาและเนื่องจากความผิดฐานนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับผู้ปกครองและผู้ดูแลด้วย ดังนั้นคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ควรเรียกว่า สิทธิที่จะให้การศึกษอบรมและดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล<sup>48</sup>

บิดาย่อมหมายถึงบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายและบิดาตามความเป็นจริงซึ่งเป็นไปตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วางหลักการตีความหมายของบิดาไว้<sup>49</sup> กรณีมารดานั้นย่อมไม่เกิดปัญหาเพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้เด็กเกิดจากหญิงที่ไม่ได้สมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น<sup>50</sup> กรณีบิดามารดาอยู่ด้วยกันแล้วมีการพรากเด็กไปจากบิดามารดานั้น ทั้งบิดามารดาอย่าเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานพรากเด็ก แต่หากบิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งยินยอมหรือให้การอนุญาตแล้วย่อมผูกพันทั้งบิดาและมารดา<sup>51</sup> และหากบิดามารดายินยอมให้พา

<sup>48</sup> คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), หน้า 293.

<sup>49</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4523/2554.

<sup>50</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 บัญญัติว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่ไม่ได้สมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

<sup>51</sup> คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 237.

ไป ก็ไม่เป็นความผิดฐานพรากเด็กตามมาตรา 317 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายอาญาและกรณีเช่นนี้ต้องถือว่าไม่มี “พราก”<sup>52</sup>

“ผู้ปกครอง” หมายถึงผู้ปกครองตามกฎหมายซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1585<sup>53</sup> มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเช่นเดียวกับบิดามารดาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง<sup>54</sup> สิทธิตามกฎหมายเช่น มีสิทธิกำหนดที่อยู่ของบุตร ทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน ให้บุตรทำการงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูป และเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย<sup>55</sup> และมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควร<sup>56</sup> ในขณะที่ผู้ปกครองตามความเป็นจริงหมายถึง บุคคลอุปการะเลี้ยงดูเด็กหรือผู้เยาว์เสมือนหนึ่งตนเป็นบิดามารดา ใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาทั้งตามที่ได้รับมอบหมายหรือโดยข้อเท็จจริง อาจเป็นญาติก็ได้หรือไม่ใช่ญาติก็ได้<sup>57</sup>

“ผู้ดูแล” หมายถึงบุคคลอื่นที่ไม่มีฐานะตามกฎหมายที่จะต้องมีหน้าที่ดูแลปกครอง แต่ด้วยเหตุที่เด็กหรือผู้เยาว์ต้องมาอยู่ในความดูแล ผู้ดูแลจึงเป็นผู้ควบคุมดูแลรักษาเด็กหรือผู้เยาว์นั้น ในทางข้อเท็จจริง<sup>58</sup> ผู้ดูแลจึงเป็นใครก็ได้เป็นญาติหรือไม่เป็นญาติก็ได้ เช่นครูอาจารย์หรือนายจ้าง<sup>59</sup> ผู้ดูแลยังหมายถึงผู้ที่ดูแลเด็กอยู่ตามข้อเท็จจริง แม้จะไม่ใช่ผู้ปกครองและไม่มีคามผูกพันทางกฎหมายที่จะดูแลเด็กนั้น เช่นพระภิกษุที่เลี้ยงเด็กไว้เป็นต้น<sup>60</sup>

<sup>52</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด, 2557), หน้า 562.

<sup>53</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1585 วรรคแรกบัญญัติว่า “บุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะและไม่มีบิดามารดาหรือบิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครองเสียแล้วนั้น จะจัดให้มีผู้ปกครองขึ้นในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ก็ได้”

<sup>54</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/2 บัญญัติว่า “ผู้ปกครองมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ใช้อำนาจปกครองตามมาตรา 1564 วรรคหนึ่ง และมาตรา 1567”

<sup>55</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567.

<sup>56</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 วรรคแรก บัญญัติว่า “บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์”.

<sup>57</sup> คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 238.

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5844/2552.

<sup>60</sup> หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 256.

### 3.3.1.3 ลักษณะของการกระทำ

“พราว” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายถึง ทำให้จากไป พาไปเสียจาก ทำให้แยกออกจากกัน (มักใช้เกี่ยวกับความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดของคนหรือสัตว์บางชนิด) เช่น พราวลูกออกจากอกแม่ พราวลูกนกลูกกา<sup>61</sup> ในขณะที่ในทางวิชาการกฎหมายมีความเห็นไปในทางเดียวกันแต่อาจมีบางประเด็นแตกต่างไปเล็กน้อย เช่น

พราว หมายถึงเอาตัวเด็กไปจากความดูแลเป็นการถาวร กฎหมายเอาผิดต่อเมื่อได้กระทำไปโดยปราศจากเหตุผล กล่าวคือ ถ้ามีเหตุอันสมควรเช่นบิดามารดากระทำการทารุณต่อเด็กมากจึงเอาเด็กมาเสีย ย่อมไม่มีความผิดเพราะกระทำไปโดยมีเหตุผลอันสมควร<sup>62</sup>

ในทางวิชาการยังได้อธิบายไว้แตกต่างด้วยว่า พราว หมายถึงเอาตัวไปซึ่งต้องแสดงถึงการแยกที่เกี่ยวกับสถานที่ที่ชัดเจน หรือการแยกที่เป็นระยะเวลาอันไม่ใช่นานแต่การแยกเพียงสองสามชั่วโมง<sup>63</sup>

ในทางปฏิบัติศาลฎีกาได้วางหลักไว้ในเรื่องพราวในลักษณะเดียวกันคือ พราว หมายความว่า พาไป หรือแยกเด็กออกไปจากความปกครอง ดูแล ทำให้ความปกครองดูแลเด็กถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือน<sup>64</sup> และได้อธิบายในทำนองเดียวกันว่า พราว หมายความว่า พาไป หรือแยกเด็กออกไปจากอำนาจปกครองดูแล ทำให้อำนาจปกครองดูแลของบิดามารดาเด็กถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือนโดยบิดามารดาไม่รู้เห็นยินยอมด้วย อันเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดาเด็ก<sup>65</sup>

ความหมายของคำว่า พราว จึงอาจสรุปได้ว่า ต้องเป็นการแยกออกไปจาก เช่น พราวเด็กไปจากบิดามารดา และเป็นการแยกออกไปจากความปกครองหรือดูแล ทำให้ความปกครอง

<sup>61</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556), หน้า 814.

<sup>62</sup> หุต แสงอุทัย, คำสอนชั้นปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2512), หน้า 395.

<sup>63</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2673/2546, อ้างถึงใน คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 294.

<sup>64</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3152/2543.

<sup>65</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4287/2548, อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 538.



หรือดูแลถูกรบกวนหรือถูกรบกวนกระเทือน แต่ยังคงมีประเด็นเรื่องระยะเวลาแยกออกจากกันนาน เพียงใดถึงจะเป็นการพรากร

บทบัญญัติความผิดฐานพรากรเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีตามมาตรา 317 ยังได้บัญญัติ ความรับผิดสำหรับการซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากรโดยทุจริตไว้ในวรรคสอง คำว่า ซื้อ คือ เอาเงินตราแลก จำหน่ายคือ จ่ายแจกไป รับตัวคือเอาตัวไว้ในอำนาจ การที่จะเป็นความผิดฐานค้าเด็ก ที่ถูกพรากรคือบุคคลได้ซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากรมาแล้วตามมาตรา 317 วรรคแรก และได้ กระทำโดยเจตนาค้าเด็กที่ถูกพรากร กับได้กระทำโดยมีมูลเหตุชักจูงใจโดยทุจริต<sup>66</sup> กฎหมายได้กำหนด โทษของผู้ซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากรโดยทุจริตไว้เช่นเดียวกันกับผู้พรากร

### 3.3.1.4 วัตถุประสงค์ของการกระทำ

ความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐาน พรากรเด็ก กฎหมายกำหนดให้วัตถุประสงค์ของการกระทำคือเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยถือว่าเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปียังไม่สามารถให้ความยินยอมโดยถูกต้องได้ ดังนั้นแม้เด็กจะเต็มใจไปด้วยก็เป็นความผิด<sup>67</sup> เด็ก อายุไม่เกิน 15 ปีนี้ ส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆไม่เพียงพอ ไม่ว่าจะ เป็นทางด้าน ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรมและประสบการณ์<sup>68</sup> กฎหมายถือว่ายังไม่ สามารถให้ความยินยอมได้โดยถูกต้อง แม้เต็มใจไปด้วยก็เป็นความผิดเพราะคุณธรรมทางกฎหมาย ของความผิดฐานนี้เป็นของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล<sup>69</sup>

### 3.3.1.5 เจตนาในการกระทำความผิด

ความผิดตามวรรคนี้อาศัยเพียงเจตนาธรรมดาหากผู้กระทำได้พรากรเด็กไปโดยมี เจตนาประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลในการกระทำก็มีความผิดฐานพรากรเด็กตามมาตรา 317 อย่างไรก็ดีหากเป็นการกระทำที่ผู้เสียหายเป็นฝ่ายขอตามไปด้วย จำเลยไม่ได้เป็นฝ่ายชักชวนให้ ผู้เสียหายไปกับจำเลย การที่จำเลยพาผู้เสียหายกลับมาที่ห้องจำเลยอีกก็เพื่อให้ผู้เสียหายไปโรงเรียน

<sup>66</sup> คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 300-301.

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 104 ตอนที่ 173 (ฉบับพิเศษ) หน้า 1 ลงวันที่ 1 กันยายน 2530, อ้างถึงใน ibid., 294.

<sup>69</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7673/2551, อ้างถึงใน ibid.

ตอนเที่ยงตามผู้เสียหายบอก ตามพฤติการณ์แห่งคดีศาลฎีกาพิจารณาว่ายังไม่พอฟังว่าจำเลยมีเจตนาพราศผู้เสียหายไปเสียจากบิดามารดาโดยปราศจากเหตุอันสมควร<sup>70</sup>

ผู้กระทำจำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดโดยเฉพาะเรื่องอายุของผู้ถูกกระทำความผิดด้วย มิฉะนั้นจะถือว่าผู้กระทำได้กระทำไปโดยประสงค์ต่อผลหรือย้อมเล็งเห็นผลของการกระทำไม่ได้ ทั้งนี้จะต้องพิสูจน์ได้ว่าการไม่รู้ข้อเท็จจริงนั้นผู้กระทำไม่รู้โดยสุจริต ไม่ใช่เป็นกรณีที่แก้งไม่รู้หรือไม่สนใจที่จะรู้ เช่น พราศเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยเข้าใจว่าเด็กอายุเกินกว่า 18 ปีแล้ว เมื่อถามเด็กเรื่องอายุ เด็กก็บอกว่าอายุเกิน 18 ปีแล้ว เช่นนี้ไม่เป็นการกระทำของจำเลยไม่มีความผิดฐานพราศเด็กตามมาตรา 317<sup>71</sup> การกระทำความผิดฐานพราศเด็กตามมาตรา 317 แห่งประมวลกฎหมายอาญา จะต้องเป็นการพราศไปโดยปราศจากเหตุอันสมควรด้วย การกระทำที่ปราศจากเหตุอันสมควรนั้นหมายถึง ไม่มีเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมายที่จะพาตัวเด็กไปเสียจากการปกครองของผู้อื่นได้<sup>72</sup> การกระทำจะผิดกฎหมายก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำที่ปราศจากเหตุอันสมควร คำว่าเหตุอันสมควรคือเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เช่นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>73</sup> การกระทำเพียงใดถึงจะเป็นการกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควร ศาลฎีกาได้วินิจฉัยวางหลักเช่น การที่บิดาพราศบุตรนอกสมรสไปจากการปกครองของมารดาเพื่อให้การอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาไม่เป็นการพราศโดยปราศจากเหตุอันสมควร<sup>74</sup> กรณีที่พราศเด็กไปโดยปราศจากเหตุอันสมควรเช่น การเอาเด็กทารกของนายจ้างไป<sup>75</sup> การพาเด็กไปทำงานที่ไม่เหมาะสมกับวัยของเด็ก การพาเด็กไปข่มขืนกระทำชำเรา<sup>76</sup> หรือการพาไปเพื่อหากำไรหรือเพื่ออนาจาร<sup>77</sup>

นอกจากนี้กรณีพราศเด็กไปเป็นภริยา มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีคำพิพากษาให้การพราศเด็กไปโดยเด็กยินยอมและจำเลยประสงค์จะเลี้ยงเด็กหญิงเป็นภริยาและต่อมาได้อยู่กินฉันสามีภริยา ศาลฎีกาพิพากษาว่าการกระทำของจำเลยไม่มีความผิดฐานพราศเด็กไปจากมารดาและ

<sup>70</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 750/2543, อ้างถึงใน คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 240.

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> Ibid., 234.

<sup>73</sup> คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 297.

<sup>74</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 398/2517, อ้างถึงใน ibid.

<sup>75</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1190/2502, อ้างถึงใน คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 234.

<sup>76</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6951/2555, อ้างถึงใน ibid.

<sup>77</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 544/2543, อ้างถึงใน ibid.

ผู้ดูแลโดยปราศจากเหตุอันสมควรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคแรก<sup>78</sup> ในขณะที่มีคำพิพากษาศาลฎีกาอื่นๆ ต่อมาที่วินิจฉัยว่ายังคงเป็นความผิดฐานพรากเด็กไปโดยปราศจากเหตุอันสมควรตามมาตรา 317 วรรคแรก แต่ไม่เป็นการพรากไปเพื่อการอนาจารซึ่งเป็นเหตุเพิ่มโทษตามมาตรา 317 วรรคสาม<sup>79</sup>

### 3.3.1.6 โทษที่ได้รับและเหตุเพิ่มโทษ

ต้องโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสามแสนบาท

บทบัญญัติมาตรา 317 มีการกำหนดเหตุเพิ่มโทษไว้ในวรรคสามโดยโทษที่ต้องระวางคือจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท ซึ่งกำหนดเหตุเพิ่มโทษไว้สองกรณีกล่าวคือ พรากเด็กไปเพื่อหาทำไร และพรากเด็กไปเพื่อการอนาจาร ผู้กระทำความผิดฐานพรากเด็กตามมาตรา 317 วรรคสามซึ่งเป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้นจะต้องกระทำความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรกเสียก่อน หากการกระทำของผู้นั้นไม่มีความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรกแล้วย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา 317 วรรคสาม การที่บุคคลพรากเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล และได้กระทำโดยมีเจตนาพรากเด็กกับได้กระทำโดยมีเหตุซุกใจเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารจึงจะเป็นการครอบงำประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ<sup>80</sup>

<sup>78</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5079/2537: นางพ.ได้นำเด็กหญิงพ.ผู้เสียหายซึ่งมีอายุ 14 ปีเศษบุตรสาวไปทำงานที่ร้านขายอาหารของนางส. ต่อมาจำเลยได้พาเด็กหญิงพ.ออกจากร้านอาหารโดยไม่ปรากฏว่านางพ.และนางส.รู้เห็นแล้วนำไปกระทำชำเราที่บ้านพักของจำเลยโดยเด็กหญิงพ.ยินยอม ด้วยประสงค์จะเลี้ยงดูเด็กหญิง พ. เป็นภริยาและต่อมาเด็กหญิงพ. กับจำเลยได้อยู่กินฉันสามีภริยา การกระทำของจำเลยจึงไม่มีความผิดฐานพรากเด็กไปจากมารดาและผู้ดูแลโดยปราศจากเหตุอันสมควรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคหนึ่ง

<sup>79</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 854/2545: แม้ผู้เสียหายพักอยู่กับยาย แต่เมื่อยังไม่บรรลุนิติภาวะย่อมต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาที่สมรสกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย พฤติการณ์ที่จำเลยให้ผู้เสียหายไปทำความสะอาดห้องนอนของจำเลย แล้วตามไปกระทำชำเราผู้เสียหายให้ห้องนอนของตนในครั้งแรกก็ดี และเมื่อผู้เสียหายไปหาจำเลยที่บ้านเพื่อสอบถามถึงเหตุที่จำเลยไม่รับผิดชอบ จำเลยกลับกระทำชำเราผู้เสียหายเป็นครั้งที่สองก็ดี ล้วนเป็นการกระทำอันล่วงล้ำอำนาจปกครองของบิดามารดาผู้เสียหายทั้งสิ้น ถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควรพรากผู้เสียหายซึ่งอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา แต่การที่จำเลยยังมีได้มีภริยาจึงอยู่ในสถานะที่จะเลี้ยงดูผู้เสียหายฉันสามีภริยาได้ ทั้งหลังเกิดเหตุแล้วผู้เสียหายกับจำเลยได้จดทะเบียนสมรสกันโดยได้รับอนุญาตจากศาล ย่อมเป็นเครื่องชี้เจตนาของจำเลยได้ว่าประสงค์จะเลี้ยงดูผู้เสียหายเป็นภริยาการกระทำของจำเลยจึงมิใช่เป็นการพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจารแต่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคแรก

<sup>80</sup> คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 298.

การกระทำเพื่อหากำไร หมายความว่า เพื่อแสวงหาประโยชน์เพิ่มเติมที่ผิดปกติธรรมดา ส่วนการกระทำเพื่อการรอนาจาร หมายความว่า เพื่อทำการอันไม่สมควรในทางเพศต่างๆ เช่น พาไปเพื่อไปเป็นโสเภณี เป็นต้น<sup>81</sup> การกระทำที่เป็นเหตุเพิ่มโทษตามมาตรา 317 วรรคสามนั้นเป็นการกระทำโดยมีเจตนาพิเศษหรือมีมูลเหตุจูงใจในการพราก หากขณะพรากขาดเจตนาพิเศษ เช่นเพื่อการรอนาจาร ก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคสาม ซึ่งการกระทำจะผิดวรรคแรกหรือวรรคสามต้องพิจารณาขณะพรากเป็นสำคัญ<sup>82</sup> ดังเช่นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6065/2545 ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการพรากเด็กหญิงอายุ 14 ปีเศษไปจากบิดาโดยไปพักอยู่ 3 เดือนที่โรงแรมแห่งหนึ่ง ซึ่งตนทำหน้าที่แม่บ้านโดยมิได้ชักนำให้เด็กหญิงไปค้าประเวณีทันที เป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรกเท่านั้น ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคสาม<sup>83</sup> ดังนั้นการพิจารณาว่าผู้กระทำมีความผิดตามมาตรา 317 วรรคสามหรือไม่ นั้นจะต้องดูขณะที่พราก หากขณะนั้นผู้กระทำขาดเจตนาพิเศษเพื่อหากำไรหรือเพื่อการรอนาจาร ก็ผิดเพียงมาตรา 317 วรรคแรกเท่านั้น<sup>84</sup> อีกทั้งมีคำพิพากษากรณีชายไม่มีภริยาพาหญิงไปโดยมีเจตนาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ถือว่าขาดเจตนากระทำอนาจารตามมาตรา 317 วรรคสาม แต่ยังคงมีความผิดฐานพรากเด็กไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลโดยไม่มีเหตุอันสมควรตามมาตรา 317 วรรคแรก<sup>85</sup>

### 3.3.2 ความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วย มาตรา 318

มาตรา 318 บัญญัติว่า

“ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสีย จากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงสองแสนบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ซื่อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากนั้น

ถ้าความผิดตามมาตรานี้ได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการรอนาจาร ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสามแสนบาท”

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 578.

<sup>83</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6065/2545.

<sup>84</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 578.

<sup>85</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1258/2542.

### 3.3.2.1 เจตนารมณ์ของกฎหมาย

ความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล

### 3.3.2.2 อำนาจปกครอง

เช่นเดียวกับมาตรา 317

### 3.3.2.3 ลักษณะของการกระทำ

พรากต้องเป็นการแยกออกไปจาก เช่นพรากเด็กไปจากบิดามารดา และเป็นการแยกออกไปจากความปกครองหรือดูแล ทำให้ความปกครองหรือดูแลถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือนกรณีตามมาตรา 318 หากเป็นกรณีที่มีการพาผู้เยาว์ไปโดยบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลยินยอม ย่อมไม่ทำให้การพาไปนั้นเป็นการพราก แต่การยินยอมนั้นต้องเป็นการยินยอมโดยบริสุทธิ์ มิได้ ยินยอมไปเพราะถูกบังคับ ชูเชื้อ หลอกลวง หรือสำคัญผิด<sup>86</sup> และมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6207/2541 ที่ได้วางหลักให้การพาไปโดยได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลไม่ เป็นความผิดฐานพราก<sup>87</sup> และ หากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลยินยอม แต่ผู้เยาว์ไม่ยินยอมก็ไม่มี ความผิดตามมาตรา 318 เพราะไม่เป็นการพรากมาตั้งแต่แรก ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 318 ต้องครบองค์ประกอบคือ ต้องเป็นกรณี พราก และ ผู้เยาว์ที่ถูกพรากต้องไม่ยินยอมด้วย เมื่อครบ ทั้งสองกรณีถึงจะเป็นความผิดตามมาตรา 318<sup>88</sup>

บทบัญญัติความผิดฐานพรากผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปีตามมาตรา 318 ยังได้บัญญัติความรับผิดสำหรับการซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากโดยทุจริตไว้ในวรรคสอง คำว่า ซื้อ คือเอาเงินตราแลก จำหน่ายคือ จ่ายแจกไป รับตัวคือเอาตัวไว้ในอำนาจ การที่จะ เป็นความผิดฐานค้าผู้เยาว์ที่ถูกพรากคือบุคคลได้ซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากมาแล้วตาม

<sup>86</sup> จิตติ ติงศภักดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2553), หน้า 369 หัวข้อ 1119.

<sup>87</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6207/2541 วินิจฉัยว่า “เด็กชายด. มีอายุไม่เกิน 15 ปี หลังจากบิดามารดาของเด็กชายด. ถึงแก่ความตาย ผู้เสียหายซึ่งเป็นพี่สาวของบิดาเด็กชายด. เป็นผู้ดูแลเด็กชายด. ตลอดมาการที่ผู้เสียหายเป็นผู้อนุญาต ให้จำเลยพาเด็กชายด. ไปทำงานที่กรุงเทพมหานครตามที่จำเลยร้องขอ ไม่ปรากฏเหตุอันสมควรให้เห็นถึงความไม่ สุจริตของจำเลย ดังนี้ การที่จำเลยพาเด็กชายด. ไป การกระทำของจำเลยย่อมไม่มีความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่ เกิน 15 ปี ไปเสียจาก ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคแรกส่วนกรณีที่เด็กชาย ด. ได้หายไปหลังจากไปอยู่กรุงเทพมหานครนั้น เป็นอีกเรื่องหนึ่งต่างหาก ไม่ทำให้จำเลยต้องรับผิด ตามบทกฎหมาย ดังกล่าว”

<sup>88</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 591.

มาตรา 318 วรรคแรก และได้กระทำโดยเจตนาจากผู้เยาว์ที่ถูกพราก กับได้กระทำโดยมีมูลเหตุชกใจ โดยทุจริต<sup>89</sup> กฎหมายได้กำหนดโทษของผู้ซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากโดยทุจริตไว้ เช่นเดียวกับกับผู้พราก

### 3.3.2.4 วัตถุประสงค์การกระทำ

กรรมแห่งการกระทำนั้นเป็นผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี และผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วย บทบัญญัติในมาตรา 318 มีข้อแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 317 ในเรื่องอายุ กล่าวคือบทบัญญัติในมาตรา 317 นั้นกำหนดอายุไม่เกิน 15 ปีและเรียกบุคคลดังกล่าวว่า “เด็ก” ในขณะที่ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 318 กำหนดอายุไว้ที่ อายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี และเรียกบุคคลดังกล่าวว่า “ผู้เยาว์” และข้อแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 317 ประการต่อมาคือ เรื่องความยินยอม ความผิดฐานพรากเด็กตามมาตรา 317 เด็กจะเต็มใจไปด้วยหรือไม่เต็มใจไปด้วยก็เป็นความผิด ในขณะที่การพรากผู้เยาว์นั้นกฎหมายได้พิจารณาถึงความยินยอมของผู้เยาว์ด้วย กล่าวคือ ผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วยตามมาตรา 318 และผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยโดยมีมูลเหตุจูงใจเพื่อหา กำไรหรือเพื่อการอนาจารตามมาตรา 319<sup>90</sup>

ผู้เยาว์ คือบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 19 และ 20 ได้แก่ผู้ที่ยังไม่ครบ 20 ปีบริบูรณ์ หรือ ชายหรือหญิงอายุ 17 ปีที่สมรสแล้ว หรือศาลอนุญาตก่อนนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 20 และ มาตรา 1448 บุคคลที่ถูกพรากตามมาตรา 318 และ มาตรา 319 จึงต้องเป็นทั้งผู้เยาว์และมีอายุเกินกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปีด้วย<sup>91</sup> ดังนั้นหากหญิงอายุ 17 ปีทำการสมรสกับชายแล้ว หญิงย่อมบรรลุนิติภาวะพ้นภาวะการเป็นผู้เยาว์ เมื่อหญิงถูกพาเอาตัวไปยอมๆไม่ใช่บุคคลที่ถูกพรากตามมาตรา 318 และมาตรา 319<sup>92</sup> แต่ผู้กระทำอาจจะผิดตามมาตรา 283 ทวิ วรรคแรก หากเป็นการพาไปเพื่อการอนาจาร

### 3.3.2.5 เจตนาในการกระทำความผิด

เจตนาธรรมดาตามวรรคแรกและวรรคสอง แต่ถ้าผู้กระทำได้พรากผู้เยาว์ไปโดยมีเจตนาพิเศษหรือเหตุชกใจเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารต้องรับโทษหนักขึ้นตามวรรคสาม

<sup>89</sup> คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 308-309.

<sup>90</sup> คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 252.

<sup>91</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 364 หัวข้อ 1119.

<sup>92</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 591.

### 3.3.2.6 โทษที่ได้รับและเหตุเพิ่มโทษ

ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงสองแสนบาท มาตรา 318 วรรคสาม บัญญัติไว้เช่นเดียวกับมาตรา 317 วรรคสามอันเป็นเหตุเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดที่มีเจตนาพิเศษโดยมีมูลเหตุจงใจพรางผู้เยาว์ไปเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำความผิดตามมาตรา 318 วรรคสามคือการพรางผู้เยาว์ไปเพื่ออนาจารโดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วยนั้น หากการพรางนั้นได้กระทำไปโดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใดก็เป็นความผิดตามมาตรา 284 วรรคแรก<sup>93</sup> และมาตรา 283 ทวิ วรรคแรก<sup>94</sup> ด้วยเช่นกัน<sup>95</sup>

### 3.3.3 ความผิดฐานพรางผู้เยาว์โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย มาตรา 319

มาตรา 319 ได้บัญญัติไว้ดังนี้

“ผู้ใดพรางผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงสองแสนบาท

ผู้ใดโดยทุจริต ชื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรางตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรางนั้น”

#### 3.3.3.1 เจตนารมณ์ของกฎหมาย

ความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล

#### 3.3.3.2 อำนาจปกครอง

เช่นเดียวกับมาตรา 317

<sup>93</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 284 วรรคแรก บัญญัติว่า “ผู้ใดพาผู้อื่นไปเพื่อการอนาจาร โดยใช้อุบายหลอกลวงชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท”.

<sup>94</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 283 ทวิ วรรคแรก บัญญัติว่า “ผู้ใดพาบุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเพื่อการอนาจาร แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”.

<sup>95</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 595.

### 3.3.3.3 ลักษณะของการกระทำ

พรากรต้องเป็นการแยกออกไปจาก เช่นพรากรเด็กไปจากบิดามารดา และเป็นการแยกออกไปจากความปกครองหรือดูแล ทำให้ความปกครองหรือดูแลถูกรบกวนหรือถูกระทบกระเทือน กรณีตามมาตรา 319 วรรคแรกเป็นกรณีที่ผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย หมายถึงการที่ผู้เยาว์สมัครใจหรือยินยอมที่จะไปกับผู้กระทำ และต้องไม่เกิดจากการถูกล่อลวง ถูกข่มขู่ หรือสำคัญผิด และจะต้องมีอยู่ในเวลาที่กระทำด้วยมิฉะนั้นจะถือว่าเป็นการเต็มใจไปด้วยไม่ได้ กรณีเช่นนี้ผู้กระทำจะมีความผิดตามมาตรา 318 มิใช่มาตรา 319<sup>96</sup> การพิจารณาว่ากรณีใดผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยหรือไม่ต้องพิจารณาว่าในกรณีนั้นการตกลงใจและการตัดสินใจของผู้เยาว์เสียไปหรือไม่กล่าวคือถูกล่อลวง ถูกข่มขู่ หรือสำคัญผิดหรือไม่ ถ้าไม่เสียไปก็เป็นกรณที่เต็มใจไปด้วย การที่ผู้เยาว์ไม่ทราบว่ามีภรรยาแล้วนั้น ต้องถือว่ากรณที่ผู้เยาว์ยอมไปด้วยกับผู้กระทำที่ เป็นการยอมไปโดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วยเพราะการที่ผู้กระทำนิ่งเฉยไม่ได้บอกกล่าวฐานะทางครอบครัวของตนเช่นนี้เป็นกรณที่เทียบได้กับการล่อลวง<sup>97</sup> อย่างไรก็ตาม การพาผู้เยาว์อายุตั้งแต่ 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี โดยเต็มใจไปด้วย หากประสงค์จะเลี้ยงดูเป็นภรรยา ศาลฎีกาเห็นว่าไม่เป็นการพาไปเพื่อการอนาจาร ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 319 วรรคแรก

การที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 319 วรรคแรกนั้นจะต้องปรากฏว่าผู้กระทำได้กระทำลงโดยมีเจตนาพิเศษคือเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร หากผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยกับจำเลยโดยจำเลยไม่ได้กระทำไปเพื่อการหากำไรหรือเพื่อการอนาจารจำเลยย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา 319 วรรคแรกนี้ทั้งยังไม่มีผิดฐานพรากรผู้เยาว์ตามมาตราอื่นอีกด้วย<sup>98</sup>

บทบัญญัติความผิดฐานพรากรผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปีตามมาตรา 319 ยังได้บัญญัติความรับผิดสำหรับการซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากรโดยทุจริตไว้ในวรรคสอง คำว่า ซื้อ คือเอาเงินตราแลก จำหน่ายคือ จ่ายแจกไป รับตัวคือเอาตัวไว้ในอำนาจ การที่จะเป็นความผิดฐานค้าผู้เยาว์ที่ถูกพรากรคือบุคคลได้ซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากรมาแล้วตามมาตรา 319 วรรคแรก และได้กระทำโดยเจตนาค้าผู้เยาว์ที่ถูกพรากร กับได้กระทำโดยมีมูลเหตุชักจูงใจโดยทุจริต<sup>99</sup> กฎหมายได้กำหนดโทษของผู้ซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากรโดยทุจริตไว้เช่นเดียวกับกับผู้พรากร

<sup>96</sup> คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 258.

<sup>97</sup> คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 313.

<sup>98</sup> คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 259.

<sup>99</sup> คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 315.



### 3.3.3.4 วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ

บทบัญญัติในมาตรา 319 นั้นกรณแห่งการกระทำนั้นเป็นผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี และผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย บทบัญญัตินี้มีข้อแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 317 ในเรื่องอายุ กล่าวคือบทบัญญัติในมาตรา 317 นั้นมีอายุไม่เกิน 15 ปีและเรียกบุคคลดังกล่าวเป็นเด็ก ในขณะที่ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 319 กำหนดอายุไว้ที่ อายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปีและเรียกบุคคลดังกล่าวว่าผู้เยาว์ และข้อแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 317 ประการต่อมาคือเรื่องความยินยอม ความผิดฐานพรากเด็กตามมาตรา 317 เด็กจะเต็มใจไปด้วยหรือไม่เต็มใจไปด้วยก็เป็นความผิด ในขณะที่การพรากผู้เยาว์นั้นกฎหมายได้พิจารณาถึงความยินยอมของผู้เยาว์ด้วยกล่าวคือผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยโดยมีมูลเหตุจูงใจเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารตามมาตรา 319<sup>100</sup>

ผู้เยาว์ คือบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 19 และ 20 ได้แก่ผู้ที่ยังไม่ครบ 20 ปีบริบูรณ์ หรือ ชายหรือหญิงอายุ 17 ปีที่สมรสแล้ว หรือศาลอนุญาตก่อนนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 20 และมาตรา 1448 บุคคลที่ถูกพรากตามมาตรา 318 และ มาตรา 319 จึงต้องเป็นทั้งผู้เยาว์และมีอายุเกินกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปีด้วย<sup>101</sup> ดังนั้นหากหญิงอายุ 17 ปีทำการสมรสกับชายแล้ว หญิงย่อมบรรลุนิติภาวะพ้นภาวะการเป็นผู้เยาว์ เมื่อหญิงถูกพาเอาตัวไป ย่อมไม่ใช่บุคคลที่ถูกพรากตามมาตรา 319<sup>102</sup> แต่ผู้กระทำอาจจะผิดตามมาตรา 283 ทวิ วรรคแรก หากเป็นการพาไปเพื่อการอนาจาร

### 3.3.3.5 เจตนาในการกระทำความผิด

การพรากตามมาตรา 319 วรรคแรกนี้ต้องมีเจตนาพิเศษแต่แรก หากการพรากขาดเจตนากระทำเพื่อการอนาจาร ก็ย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรา 319 วรรคแรก และการกระทำนั้นก็ย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรา 283 ทวิ วรรคแรกด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น หญิงอายุ 17 ปี ยินยอมหนีไปกับชายเพื่ออยู่กับเป็นสามีภริยากับชาย ซึ่งทำให้การกระทำของชายไม่เป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์ และพาบุคคลอายุกว่า 15ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี ไปเพื่ออนาจารด้วย<sup>103</sup> อย่างไรก็ตามก็ยังมีข้อพิจารณาว่าการกระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์จะเป็นกรรมเดียวกับการพาไปเพื่ออนาจาร การอนาจารหรือ ช่มชู้กระทำชำเราหรือไม่นั้น ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ความผิดฐานพรากเด็ก

<sup>100</sup> คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 252.

<sup>101</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 364 หัวข้อ 1119.

<sup>102</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 591.

<sup>103</sup> Ibid., 604.

และผู้เยาว์เป็นการกระทำต่างกรรมกับความผิดฐานพาไปเพื่อการอนาจาร อนาจาร หรือ ข่มขืน  
กระทำซ้ำเรา<sup>104</sup>

### 3.3.3.6 โทษที่ได้รับและเหตุเพิ่มโทษ

ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงสองแสนบาท  
มาตรา 318 วรรคสาม บัญญัติไว้เช่นเดียวกับมาตรา 317 วรรคสามอันเป็นเหตุเพิ่มโทษผู้กระทำ  
ความผิดที่มีเจตนาพิเศษโดยมีมูลเหตุจงใจพรากผู้เยาว์ไปเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร เมื่อ  
พิจารณาถึงลักษณะของการกระทำความผิดตามมาตรา 318 วรรคสามคือการพรากผู้เยาว์ไปเพื่อ  
อนาจารโดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วยนั้น หากการพรากนั้นได้กระทำไปโดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้  
กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใดก็เป็นความผิด  
ตามมาตรา 284 วรรคแรก<sup>105</sup> และมาตรา 283 ทวิ วรรคแรก<sup>106</sup> ด้วยเช่นกัน<sup>107</sup>

บทบัญญัติความผิดฐานพรากผู้เยาว์อายุกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี ตามมาตรา  
318 ยังได้บัญญัติความรับผิดสำหรับการซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากโดยทุจริตไว้ใน  
วรรคสอง คำว่า ซื้อ คือเอาเงินตราแลก จำหน่ายคือ จ่ายแจกไป รับตัวคือเอาตัวไว้ในอำนาจ การที่จะ  
เป็นความผิดฐานค้าผู้เยาว์ที่ถูกพรากคือบุคคลได้ซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กซึ่งถูกพรากมาแล้วตาม  
มาตรา 318 วรรคแรก และได้กระทำโดยเจตนาค้าผู้เยาว์ที่ถูกพราก กับได้กระทำโดยมีมูลเหตุชกแจงใจ  
โดยทุจริต<sup>108</sup> กฎหมายได้กำหนดโทษของผู้ซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากโดยทุจริตไว้  
เช่นเดียวกันกับผู้พราก

กรณีตามมาตรา 319 นั้นเป็นการกระทำที่เป็นการพรากไปจากบิดามารดา  
ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย แต่จะเป็นความผิดเมื่อผู้กระทำมีเจตนาพิเศษที่จะ  
พรากผู้เยาว์ไปเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร อย่างไรก็ตามความผิดตามมาตรา 319 นี้ แม้บิดามารดา

<sup>104</sup> Ibid., 607.

<sup>105</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 284 วรรคแรก บัญญัติว่า “ผู้ใดพาผู้อื่นไปเพื่อการอนาจาร โดยใช้อุบาย  
หลอกลวงชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ต้อง  
ระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท”.

<sup>106</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 283 ทวิ วรรคแรก บัญญัติว่า “ผู้ใดพาบุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบ  
แปดปีไปเพื่อการอนาจาร แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท  
บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”.

<sup>107</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 595.

<sup>108</sup> คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 308.

ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลไม่ยินยอม แต่ผู้เยาว์ยินยอมไปด้วยผู้ที่พาไปไม่มีความผิดตามมาตรา 318 แต่ผู้พาไปจะมีความผิดตามมาตรา 319 ก็ต่อเมื่อพาผู้เยาว์ที่เต็มใจไปด้วยนั้นเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารเท่านั้น<sup>109</sup> ดังนั้นมาตรา 319 จึงมีความแตกต่างจากมาตรา 318 กรณีความยินยอมของผู้เยาว์ และกรณีพรากไปโดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยต้องมีเหตุจงใจเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารเท่านั้นจึงจะเป็นความผิดตามมาตรา 319 ในขณะที่พรากผู้เยาว์ไปด้วยเหตุใดๆก็เป็นความผิดตามมาตรา 318 วรรคแรก<sup>110</sup>

### 3.4 ข้อพิจารณาความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ มาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319

เจตนารมณ์ของกฎหมาย อายุเด็กและผู้เยาว์ ความไม่รู้อายุเด็ก ความสนใจของเด็กและผู้เยาว์ และเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์เป็นประเด็นที่น่าสนใจและมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันไปจึงเห็นสมควรที่จะนำมาพิจารณาดังนี้

#### 3.4.1 เจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์

วัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ ตามที่ศาลฎีกาตีความไว้เสมอว่าบทบัญญัติมาตรา 317 มาตรา 318 และ มาตรา 319 มีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเป็นหลัก กล่าวคือ สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล อย่างไรก็ตามคำพิพากษาศาลฎีกาบางคดีที่วินิจฉัยถึงการกระทำที่ไม่เป็นการตัดอำนาจปกครอง แม้จะดูเหมือนจะกระทบกระเทือนสิทธิหรืออำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลก็ตาม ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7855/2549 ที่มีใจความว่า “โจทก์จำเลยนำสืบมีสาระตามข้อเท็จจริงฟังได้ว่าผู้เสียหายรู้จักกับจำเลยจากการแนะนำของนางสาว ศ. ซึ่งเป็นเพื่อนของผู้เสียหายเพราะจำเลยต้องการร่วมประเวณีกับผู้เสียหายและในวันเกิดเหตุผู้เสียหายกับนางสาว ศ. พากันไปบ้านจำเลยโดยผู้เสียหายทราบแต่แรกแล้วว่าการไปบ้านจำเลยเพราะจำเลยประสงค์จะขอร่วมประเวณีเมื่อมีโอกาสอยู่ด้วยกันสองคนขณะนางสาว ศ. ขับรถจักรยานยนต์ออกจากบ้านจำเลยไป จำเลยบอกให้ผู้เสียหายถอดเสื้อผ้าผู้เสียหายก็ถอดเองหลังจากร่วมประเวณีแล้วผู้เสียหายก็ยอมรับเงินจากจำเลยโดยไม่ได้แสดงอาการปฏิเสธและเมื่อนางสาว ศ. กลับมารับผู้เสียหาย จำเลยก็ไม่ได้ขัดขวางประกอบกับขณะเกิดเหตุผู้เสียหายอายุ 14 ปีมีการศึกษาถึงระดับมัธยมและไม่ถึงกับไร้เดียงสาเพราะผู้เสียหายได้ยอมรับในการเบิกความตอบคำถามค้านว่าผู้เสียหายร่วมประเวณีกับชายอื่นมาก่อนแสดงว่าขณะผู้เสียหายอยู่ที่บ้านจำเลยผู้เสียหายมี

<sup>109</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 591.

<sup>110</sup> Ibid., 597.

อิสระในการเคลื่อนไหวไม่ได้อยู่ในความควบคุมของจำเลยการกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นการตัดอำนาจการปกครองของบิดามารดาผู้เสียหายจึงไม่มีความผิดฐานพรากผู้เยาว์” ศาลฎีกาในคดีนี้ดูเหมือนจะเห็นไปในทำนองเดียวกันว่าในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองรวมถึงการคุ้มครองเด็กด้วย จึงตัดสินไปในทำนองว่า เมื่อเด็กให้ความยินยอมแล้วจึงไม่มีความผิดฐานพรากผู้เยาว์ แม้ว่าศาลจะไม่ได้วินิจฉัยไว้ชัดว่าเป็นเรื่องของความยินยอมของเด็ก แต่ถ้าพิจารณาจากเหตุผลในคำพิพากษาแล้วก็เห็นไปในทำนองดังกล่าวได้<sup>111</sup>

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 94/2560 ซึ่งได้วางหลักเรื่องลักษณะของการกระทำ ความผิดฐานพรากเด็กไปโดยไม่มีเหตุอันสมควรตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 วรรคแรก แยกออกจากการกระทำอนาจารตามมาตรา 317 วรรคสาม และการกระทำที่เกิดจากผู้เสียหายกระทำไปด้วยความยินยอมของตนเองจำเลยไม่มีความผิดฐานพรากเด็กไปโดยไม่มีเหตุอันสมควรตามมาตรา 317 วรรคแรก กรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้คือ ผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็นเด็กหญิงอายุ 14 ปี ไปที่บ้านของจำเลย เป็นเพราะ ม. ชักชวนไป โดยจำเลยไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย แม้เหตุคดีนี้จะเกิดขึ้นภายในบ้านของจำเลย ก็ถือไม่ได้ว่าจำเลยกระทำการอันเป็นการพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ไปเสียจากผู้เสียหายที่ 2 หรือมีการกระทำอันเป็นการกระทบกระเทือนหรือรบกวนต่ออำนาจปกครองหรือสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายของผู้เสียหายที่ 2 โดยศาลฎีกาให้เหตุผลว่า กรณีดังกล่าวต้องแยกเจตนา และการกระทำออกเป็นสองส่วน ได้แก่ จำเลยชวนผู้เสียหายที่ 1 เข้าไปในห้องนอนส่วนหนึ่ง และจำเลยกระทำไปเพื่อการอนาจารอีกส่วนหนึ่ง โดยต้องพิจารณาเสียก่อนว่าจะชวนเข้าไปในห้องนอนดังกล่าวเป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรกหรือไม่ แล้วจึงจะพิจารณาต่อไปได้ว่าจำเลยกระทำไปเพื่อการอนาจารที่มีผลให้ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 317 วรรคสามหรือไม่ ความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรกเพียงเป็นการพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปโดยปราศจากเหตุอันสมควรหรือความยินยอมของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ย่อมเป็นความผิดสำเร็จได้ในตัวเอง หากต้องเป็นการกระทำเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารอันเป็นอีกองค์ประกอบหนึ่งของความผิดตามมาตรา 317 วรรคสามประกอบด้วยไม่ กรณีเห็นได้ชัดแจ้งอยู่แล้วว่าเพียงการชวนให้บุคคลใดเข้าไปในห้องนอนของตนเท่านั้น เมื่อไม่เอาองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 317 วรรคสาม ที่ว่าเป็นไปเพื่อการอนาจารมาพิจารณาประกอบด้วย ก็ย่อมถือไม่ได้เองว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นไปโดยปราศจากเหตุอันสมควร กลับกันเป็นว่าผู้เสียหายที่ 1 เข้าไปโดยไม่ได้ถือว่าปราศจากเหตุอันสมควรอีกต่างหาก ในกรณีผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งมีอายุ 14 ปีแล้วจะเข้าไปหรือไม่ ย่อมมีอิสระตัดสินใจได้เองตามสมควร มิฉะนั้น

<sup>111</sup> สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาด้วยหลักกฎหมายอาญาเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด เจริญรัฐการพิมพ์, 2558), หน้า 117-118.

จะกลายเป็นว่าไม่ว่าผู้ใดชวนผู้เสียหายที่ 1 ไปที่ใดหรือเข้าไปภายในหรือบริเวณใดของบ้านหรือสถานที่ธรรมดาทั่วไป ก็ต้องขอหรือกลับไปขอความยินยอมจากผู้เสียหายที่ 2 ทุกครั้งไป ซึ่งขัดต่อสภาพความเป็นจริงอย่างเห็นได้ชัด จึงรับฟังไม่ได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรก เมื่อการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคแรกเสียแล้ว ย่อมไม่ต้องพิจารณาว่าเป็นการกระทำเพื่อการอนาจารอันจะเป็นความผิดตามมาตรา 317 วรรคสามหรือไม่อีกต่อไป การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเพื่อการอนาจารตามฟ้อง<sup>112</sup>

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 94/2560 จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาแยกการพิจารณาออกเป็นสองส่วน ส่วนแรกคือกรณีจำเลยชวนผู้เสียหายที่ 1 เข้าไปในห้องนอนซึ่งถือว่าเป็นการพรากเด็กหญิงไปจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล เพราะศาลฎีกามองว่าผู้เสียหายที่เป็นเด็กหญิงอายุ 14 ปี ย่อมมีอิสระตัดสินใจได้เองตามสมควร ไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลทุกครั้งไป ซึ่งศาลฎีกาพิจารณาถึงสภาพความเป็นจริงว่าในเวลานั้นผู้เสียหายที่เป็นเด็กหญิงไม่อาจขอความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลได้ เมื่อไม่เป็นการพรากตามมาตรา 317 วรรคแรก จึงไม่ต้องพิจารณาต่อไปในส่วนที่สองว่าจำเลยได้กระทำไปเพื่อการอนาจารที่มีผลให้ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 317 วรรคสามหรือไม่ อันทำให้เข้าใจได้ว่าความผิดฐานนี้คำนึงถึงตัวเด็กที่ถูกพรากด้วย โดยวินิจฉัยถึงความยินยอมของเด็กในส่วนแรกที่เข้าไปในห้องนอนของจำเลย เคระพการตัดสินใจของเด็กตามสมควร โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล แต่ในส่วนที่สองที่จำเลยกระทำไปเพื่อการอนาจารนั้น ผู้เขียนมีข้อสังเกตในการกระทำส่วนที่สอง เห็นว่าการกระทำส่วนนี้จำเลยน่าจะพรากเด็กหญิงไปจากอำนาจปกครองของบิดามารดาแล้ว ด้วยเหตุผลสองประการคือ

(1) อำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลนั้นมีอยู่ตลอดเวลา ไม่ว่าเด็กและผู้เยาว์จะไปอยู่ที่ใด หากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลยังเอาใจใส่อยู่ ดังที่ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาเรื่อยมา และในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4287/2560 ก็ได้วางหลักไว้เช่นเดียวกัน ยังมีได้เปลี่ยนแปลง ในขณะที่การกระทำของจำเลยในส่วนที่สองของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 94/2560 เป็นการกระทบกระเทือนหรือรบกวนต่ออำนาจปกครองหรือสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลของเด็กหญิงแล้ว

(2) เจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์นี้ มุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของเด็ก หากเพียงแต่

<sup>112</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 94/2560

พิจารณาถึงลักษณะของการกระทำว่าเป็นการพรากหรือไม่ อย่างเช่นในกรณีนี้ที่ เด็กหญิงมาตามคำชักชวนของ ม. ไปที่บ้านจำเลย และเด็กหญิงเข้าไปในห้องนอนจำเลยเอง ในส่วนนี้ยังถือไม่ได้ว่าเป็นการพรากไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล แต่ในส่วนที่สองที่จำเลยได้กระทำอนาจารเด็กหญิงย่อมเป็นการกระทำไปโดยปราศจากเหตุอันสมควร และเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมดูแลหรืออำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลแล้ว แต่หากจะพิจารณาว่าเป็นพราก ตามนิยามในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานที่ให้ ความหมายว่า ทำให้จากไป พาไปเสียจาก ทำให้แยกออกจากกัน (มักใช้เกี่ยวกับความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดของคนหรือสัตว์บางชนิด) เช่นพรากลูกออกจากอกแม่ พรากลูกนกลูกกา<sup>113</sup> อาจเกิดปัญหาในการตีความเช่นกัน อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกาในปีเดียวกัน กล่าวคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4287/2560 ได้วางหลักว่า “...กฎหมายมิได้จำกัดว่าต้องเป็นการพรากโดยวิธีการอย่างไร และไม่ว่าผู้เยาว์จะเป็นฝ่ายออกจากบ้านไปเองโดยมีผู้ชักนำหรือไม่มีผู้ชักนำ หากผู้กระทำทำให้บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลขาดอำนาจในการปกครองดูแลผู้เยาว์แม้แต่เพียงชั่วคราวก็ตามย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น”<sup>114</sup> เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าทั้งสองฎีกานี้ไม่สอดคล้องกันในการใช้กฎหมายในความผิดฐานนี้

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2558 มีใจความว่า ความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 กฎหมายมุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของ

<sup>113</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, หน้า 814.

<sup>114</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา 4287/2560: ส. พาผู้เสียหายที่ 1 ไปให้จำเลยดูตัวประกอบการตัดสินใจ เมื่อจำเลยตกลงซื้อประเวณีจากผู้เสียหายที่ 1 จึงให้ผู้เสียหายที่ 1 นั่งรถไปที่โรงแรมเกิดเหตุ การที่ ส. เป็นธุระจัดหาบุคคลไปค้าประเวณีกับจำเลยเกิดจากการใช้หรือจ้างวานของจำเลยนั่นเอง มิใช่ ส. เป็นผู้พาผู้เสียหายที่ 1 ไปพบจำเลยเอง โดยจำเลยมิได้พุดชักชวนหรือพาผู้เสียหายที่ 1 ไป ซึ่งตาม ป.อ. มาตรา 317 ถึงมาตรา 319 กฎหมายมุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ทั้งนี้เพื่อมิให้ผู้ใดมาก่อการรบกวนหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการกระทบกระทั่งต่ออำนาจปกครองไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยปริยาย ไม่ว่าผู้เยาว์จะไปอยู่ที่ใด หากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลยังเอาใจใส่ ผู้เยาว์ย่อมอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลตลอดมา นอกจากนี้กฎหมายมิได้จำกัดว่าต้องเป็นการพรากโดยวิธีการอย่างไร และไม่ว่าผู้เยาว์จะเป็นฝ่ายออกจากบ้านไปเองโดยมีผู้ชักนำหรือไม่มีผู้ชักนำหากผู้กระทำทำให้บิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลขาดอำนาจในการปกครองดูแลผู้เยาว์แม้แต่เพียงชั่วคราวก็ตามย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น พฤติการณ์ของจำเลยดังกล่าวจึงเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 2 แล้ว โดยไม่จำต้องคำนึงว่าผู้เสียหายที่ 1 เป็นฝ่ายตกลงไปกับจำเลยเองหรือมีเจตนาจะค้าประเวณีหรือไม่ก็ตาม ทั้งการที่ผู้เสียหายที่ 2 ไปแจ้งความแสดงว่าผู้เสียหายที่ 2 ยังเอาใจใส่ดูแลผู้เยาว์และไม่ได้เต็มยินยอมให้ผู้เสียหายที่ 1 ไปกับจำเลย ไม่ทำให้อำนาจการปกครองของผู้เสียหายที่ 2 สิ้นไป การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล โดยปราศจากเหตุอันสมควรและเพื่อการอนาจารตาม ป.อ. มาตรา 317 วรรคสาม

บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล แต่กรณีจะเป็นความผิดดังกล่าวได้จะต้องมีการกระทำที่เป็นการพราก ซึ่งหมายถึงการพาไปเสียประกอบด้วย เมื่อข้อเท็จจริงได้ความว่า เด็กหญิง ส. ผู้เสียหายที่ 1 ขณะเกิดเหตุมีอายุ 11 ปีเศษ อยู่ในความดูแลของนายสายชล ผู้เสียหายที่ 2 ซึ่งเป็นพี่ต่างบิดา ก่อนเกิดเหตุผู้เสียหายที่ 1 ไปตีพิมพ์กับนางสมนึก ภริยาจำเลยจนมาได้สติ นางสมนึกพาผู้เสียหายที่ 1 กลับไปส่งที่บ้าน แต่นางดำ ยายของผู้เสียหายที่ 1 ให้นางสมนึก พาผู้เสียหายที่ 1 กลับไปเพราะเกรงว่าผู้เสียหายที่ 1 จะถูกนายชื่นซึ่งเป็นตาลงโทษ นางสมนึกจึงพาผู้เสียหายที่ 1 ไปนอนที่แคร่หน้าห้องนอนของจำเลยและนางสมนึก เมื่อจำเลยกลับถึงบ้านเห็นผู้เสียหายที่ 1 นอนหลับอยู่บนแคร่จึงกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 จำเลยจึงมิได้กระทำการอันเป็นการพรากผู้เสียหายที่ 1 ไปเสียจากผู้ดูแล และมีแต่เจตนากระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 เท่านั้น แม้หลังจากจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 ที่แคร่แล้ว จำเลยจะอุ้มผู้เสียหายที่ 1 เข้าไปกระทำชำเราในห้องนอนของบุตรสาวจำเลยซึ่งอยู่บริเวณเดียวกันอีก 2 ครั้ง ก็ไม่เป็นการกระทำที่เป็นการพรากตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเพราะมิได้พาผู้เสียหายที่ 1 ไปที่อื่นอีก และถือไม่ได้ว่าเป็นการพาผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเพื่อการอนาจารด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาคำพิพากษาแล้ว สามารถสันนิษฐานได้ว่าน่าจะเป็นที่มาให้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 94/2560 วินิจฉัยไปในทำนองว่าไม่เป็นการพราก เพราะมิได้เป็นการพาไปแต่อย่างใด ตามแนวทางของคำพิพากษานี้

จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นจึงทำให้เห็นว่า ทุกคำพิพากษาด่างยกเจตนาบรรณของกฎหมายว่ามุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล แต่แนวทางคำพิพากษาศาลฎีกาในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ยังไม่มี ความชัดเจนในการใช้กฎหมาย ซึ่งสามารถพิจารณาได้ตามตารางนี้

## ตารางที่ 2 เปรียบเทียบคำพิพากษาศาลฎีกาในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์

คำพิพากษาศาลฎีกา	ความยินยอมของเด็ก	พฤติการณ์และลักษณะการกระทำ	คำตัดสินและเหตุผล
7855/2549	- ยินยอม	- ผู้อื่นพาเด็กผู้เสียหายมาหาจำเลยเอง - เด็กผู้เสียหายยอมรับเข้าร่วมประเวณีกับชายอื่นมาก่อน - เด็กผู้เสียหายอยู่ที่บ้านจำเลย เด็กผู้เสียหายมีอิสระในการเคลื่อนไหว	- ไม่ผิดฐานพราก เพราะผู้เสียหายได้ยอมรับในการเบิกความตอบคำถามค้านว่าผู้เสียหายร่วมประเวณีกับชายอื่นมาก่อนแสดงว่า <b>ขณะผู้เสียหายอยู่ที่บ้านจำเลยผู้เสียหายมีอิสระใน</b>

คำพิพากษาศาลฎีกา	ความยินยอม ของเด็ก	พฤติการณ์และลักษณะการ กระทำ	คำตัดสินและเหตุผล
		<ul style="list-style-type: none"> <li>- จำเลยบอกให้ผู้เสียหายถอดเสื้อผ้าผู้เสียหายก็ถอดเอง</li> <li>- จำเลยกระทำชำเราเด็กผู้เสียหาย และให้เงิน</li> </ul>	<p>การเคลื่อนไหวไม่ได้อยู่ในความควบคุมของจำเลย การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นการตัดอำนาจการปกครองของบิดามารดาผู้เสียหาย</p>
1174/2558	- ไม่ยินยอม	<p><u>ส่วนที่ 1</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ผู้อื่นพาเด็กผู้เสียหายไปนอนที่แคร่</li> <li>- จำเลยกระทำชำเราเด็กผู้เสียหาย</li> </ul> <p><u>ส่วนที่ 2</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- จำเลยอุ้มเด็กผู้เสียหายไปในห้องนอนลูกสาว</li> <li>- จำเลยกระทำชำเราอีก 2 ครั้ง</li> </ul>	<p><u>ส่วนที่ 1</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ไม่ผิดฐานพราก เพราะต้องมีการพาไปเสียประกอบด้วย</li> </ul> <p><u>ส่วนที่ 2</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ไม่ผิดฐานพราก เพราะมิได้พาผู้เสียหายไปที่อื่นอีก และถือไม่ได้ว่าเป็นการพาผู้เสียหาย ซึ่งเป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเพื่อการอนาจารด้วย</li> </ul>
94/2560	- ยินยอม	<p><u>ส่วนที่ 1</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ผู้อื่นชักชวนเด็กผู้เสียหายไปบ้านจำเลย</li> <li>- จำเลยชวนผู้เสียหายเข้าไปในห้องนอน</li> </ul> <p><u>ส่วนที่ 2</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหาย</li> </ul>	<p><u>ส่วนที่ 1</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ไม่ผิดฐานพราก เพราะการชวนผู้เสียหายเข้าห้องนอนมิได้เป็นเหตุอันไม่สมควร และ ผู้เสียหายที่เป็นเด็กหญิงอายุ 14 ปี ย่อมมีอิสระตัดสินใจได้เองตามสมควร ไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลทุกครั้งไป</li> </ul> <p><u>ส่วนที่ 2</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- เมื่อไม่ผิดพรากตามมาตรา 317 วรรคแรก ย่อมไม่เป็นความผิดพรากไป</li> </ul>



คำพิพากษาศาลฎีกา	ความยินยอม ของเด็ก	พฤติการณ์และลักษณะการ กระทำ	คำตัดสินและเหตุผล
			เพื่อการรอนาจาร ตาม มาตรา 317 วรรคสาม
4287/2560	- ยินยอม	- ผู้เฒ่าพาเด็กผู้เสียหายไปพบ จำเลย - จำเลยให้เด็กไปพบเพื่อกระทำ ชำเรา	- ผิดฐานพราก พฤติการณ์ จำเลยเป็นการล่อลวงละเมิด อำนาจปกครอง และ กฎหมายมิได้จำกัดว่าต้อง เป็นการพรากโดยวิธีการ อย่างใด และไม่ว่าผู้เยาว์ จะเป็นฝ่ายออกจากบ้าน ไปเองโดยมีผู้ชักนำหรือไม่ มีผู้ชักนำหากผู้กระทำทำ ให้บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลขาดอำนาจใน การปกครองดูแลผู้เยาว์ แม้แต่เพียงชั่วคราวก็ตาม ย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น

เจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานนี้แม้จะมุ่งคุ้มครองอำนาจปกครอง แต่การคุ้มครองดังกล่าวก็เป็นไปเพื่อประโยชน์ของเด็กและผู้เยาว์ด้วย เนื่องจากเด็กและผู้เยาว์มีความไร้เดียงสา ความยินยอมของเด็กอาจก่อให้เกิดผลเสียแก่นาคตของเด็กได้

นอกจากนี้แนวความคิดที่ว่าความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์มุ่งคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์โดยตรงด้วยนั้นปรากฏอยู่ในแนวคิดตามหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาตรา 235 ในความผิดเกี่ยวกับพรากซึ่งได้แก้ไขใหม่โดยคำนึงถึงตัวเด็กและผู้เยาว์ที่ถูกพราก ซึ่งเป็นการคุ้มครองโดยตรงแก่ผู้ที่ถูกพรากด้วย เพราะการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาที่ควรที่จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของเด็กด้วย<sup>115</sup>

### 3.4.2 อายุเด็กและผู้เยาว์

อายุผู้เสียหายที่เป็นเด็กที่ถูกพรากตามมาตรา 317 กำหนดไว้ไม่เกิน 15 ปี และผู้เสียหายที่เป็นผู้เยาว์ที่ถูกพรากตามมาตรา 318 และมาตรา 319 กำหนดอายุไว้เกินกว่า 15 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี

<sup>115</sup> สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาด้วยหลักกฎหมายอาญาเยอรมัน, หน้า 117-119.

ในขณะที่กฎหมายในต่างประเทศส่วนใหญ่ไม่ได้มีการกำหนดช่วงอายุ มีแต่เพียงใช้คำว่า Minors (ผู้เยาว์) รายละเอียดจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 3

ผู้เยาว์ต้องเป็นบุคคลที่อายุเกินกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี และต้องยังเป็นผู้เยาว์กล่าวคือ เป็นบุคคลที่ยังมิได้บรรลุนิติภาวะโดยมีการสมรส หรือมีคำพิพากษาของศาล หากผู้เยาว์อายุ 16 ปี ได้ทำการสมรสและต่อมาหย่า ความเป็นผู้เยาว์ของบุคคลนั้นก็ไม่นับคืนมา หากบุคคลนั้นถูกพรากไป ผู้พรากไม่มีความผิด เพราะกฎหมายมิได้คุ้มครองผู้เยาว์แต่คุ้มครองอำนาจปกครองของบิดา มารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล

เมื่อพิจารณาถึงเกณฑ์อายุของเด็กและผู้เยาว์กับการลงโทษ การกำหนดอายุของเด็กและผู้เยาว์นั้นมีความสัมพันธ์กับอัตราโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดกล่าวคือหากผู้เสียหายมีอายุน้อย อัตราโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดย่อมหนักขึ้น อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาเกณฑ์อายุของเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหายในประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญานั้นมีความแตกต่างและไม่สอดคล้องกัน โดยเฉพาะการให้นิยามคำว่า “เด็ก” และ “ผู้เยาว์” ในทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ หรือประกาศ<sup>116</sup> ตัวอย่างเช่น

มาตรา 73 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ”

มาตรา 74 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“เด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ....”

มาตรา 75 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นทั้งปวงเกี่ยวกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็ให้จัดการตามมาตรา 74 หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่ง”

มาตรา 76 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

<sup>116</sup> ปานกมล รอดชีวี, "สำคัญผิดในอายุของผู้เสียหาย: ผลทางกฎหมาย" (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 14.

“ผู้ใดอายุตั้งแต่สิบแปดปีแต่ยังไม่เกินยี่สิบปีกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้”

มาตรา 317 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปีและปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสามแสนบาท”

มาตรา 318 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงสองแสนบาท”

มาตรา 319 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า

“ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงสองแสนบาท ”

มาตรา 19 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์”

มาตรา 20 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

“ผู้เยาว์ย่อมบรรลุนิติภาวะเมื่อทำการสมรสหากการสมรสนั้นได้ทำตามบทบัญญัติมาตรา 1448”

มาตรา 1448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

“การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีมีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้”

ในส่วนของพระราชบัญญัติที่มีคำนิยามความหมาย “เด็ก” และ “ผู้เยาว์” เช่น

พระราชบัญญัติส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“เด็ก หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์

เยาวชน หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุตั้งแต่สิบแปดปีบริบูรณ์ถึงยี่สิบห้าปีบริบูรณ์..”

พระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ. 2540  
มาตรา 4 บัญญัติว่า

“เด็ก หมายความว่า บุคคลผู้มีอายุไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์”

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.  
2553 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“เด็ก หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุเกินกว่าอายุที่กำหนดไว้ตามมาตรา 73 แห่งประมวล  
กฎหมายอาญาแต่ยังไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์

เยาวชน หมายความว่า บุคคลอายุเกินสิบห้าปีบริบูรณ์แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์”

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“เด็ก หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะ  
ด้วยการสมรส”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ  
พระราชบัญญัติต่างๆ แล้วนั้น เห็นได้ว่านิยามคำว่า “เด็ก” และ “ผู้เยาว์” ในเรื่องกำหนดเกณฑ์อายุมี  
ความแตกต่างกันและไม่สอดคล้องกัน อีกทั้งมีข้อสังเกตในส่วนของประมวลกฎหมายอาญากฎหมาย  
ใช้ถ้อยคำ “ผู้เยาว์” เฉพาะในความผิดฐานพรากในมาตรา 318 และมาตรา 319 เท่านั้น โดยที่  
บทบัญญัติในมาตราอื่นแม้มีกำหนดอายุเกินกว่าสิบห้าปีแต่ไม่เกินสิบแปดปีไว้หลายมาตราแต่คงใช้คำ  
ว่า “บุคคล” แทนคำว่า “ผู้เยาว์” และแม้พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณา  
คดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธี  
พิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว จะได้บัญญัตินิยามคำว่าเยาวชนไว้ แต่ก็ไม่ปรากฏคำนิยามคำว่า  
“เยาวชน” ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด

ในส่วนของนิยามคำว่า “เด็ก” ในประมวลกฎหมายอาญาก็ยังมีความไม่สอดคล้องกัน หาก  
พิจารณาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาข้างต้นแล้ว เห็นได้ว่าเด็กหมายความว่าบุคคลซึ่งมี  
อายุไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์ แต่บทบัญญัติในมาตรา 293 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดช่วยหรือยุยงเด็กอายุยังไม่  
เกินสิบหกปีหรือผู้ซึ่งไม่สามารถเข้าใจว่าการกระทำของตนมีสภาพ หรือสาระสำคัญอย่างไรหรือไม่  
สามารถบังคับการกระทำของตนได้ ให้ค่าตนเอง ได้เกิดขึ้นหรือได้มีการพยายามฆ่าตนเองต้องระวาง  
โทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” ทำให้ขาดเอกภาพของนิยามคำ

ว่า “เด็ก” ภายในประมวลกฎหมายอาญาในตัวเองว่าแท้ที่จริงแล้วเด็กในความหมายตามประมวลกฎหมายอาญานั้นอายุไม่เกินสิบห้าปีหรือสิบหกปีกันแน่

### 3.4.3 ความไม่รู้อายุเด็กและผู้เยาว์

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับอายุของเด็กและผู้เยาว์เป็นองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์หรือไม่ เห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 นั้นกฎหมายมุ่งคุ้มครองเรื่องอายุของเด็กและผู้เยาว์โดยบัญญัติให้อายุของผู้ถูกพรากสัมพันธ์กับโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด เช่นหากมีการกระทำความผิดฐานพรากเด็กตามมาตรา 317 แห่งประมวลกฎหมายอาญาต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสามแสนบาท ในขณะที่หากมีการกระทำความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 318 แห่งประมวลกฎหมายอาญาต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงสองแสนบาท อย่างไรก็ตามกฎหมายได้บัญญัติเหตุที่ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นไว้ในมาตรา 62 วรรคท้ายซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น” หากผู้กระทำไม่ได้รู้ข้อเท็จจริงว่าเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ผู้นั้นย่อมไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น ต่อมาได้มีบทบัญญัติมาตรา 321/1 ที่บัญญัติขึ้นมาใหม่ในปีพุทธศักราช 2558 ซึ่งบัญญัติว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 312 ตี วรรคสอง และมาตรา 317 หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น” ด้วยเหตุผลที่ต้องการให้เด็กได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมากขึ้น<sup>117</sup> เช่นนี้หาก

<sup>117</sup> พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558, หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัตินี้ “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ ตามที่มีกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุกว่าสิบสามปีแต่ไม่เกินสิบห้าปีไม่ต้องรับโทษ หากศาลอนุญาตให้ผู้กระทำความผิดสมรสกับผู้เสียหายที่เป็นเด็กนั้น ทำให้เกิดปัญหากรณีเด็กถูกบังคับให้ยินยอมสมรสกับผู้กระทำความผิดโดยศาลไม่อาจตรวจสอบได้ สมควรกำหนดให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีในลักษณะนี้ นำมาตรการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กมาใช้ หรือพิจารณาอนุญาตให้สมรสโดยกำหนดเงื่อนไขที่จะดำเนินการภายหลังการสมรสด้วย เพื่อให้มีการตรวจสอบความยินยอมของเด็กในการสมรสได้อย่างละเอียดรอบคอบยิ่งขึ้นและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของเด็กอย่างแท้จริงและในกรณีที่ศาลมีคำสั่งอย่างใดแล้ว ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดใช้การสมรสเป็นเหตุให้ไม่ต้องรับโทษและโดยที่บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดต่อเสรีภาพที่กระทำต่อเด็กได้กำหนดให้อายุเด็กเป็นองค์ประกอบความผิด ทำให้ผู้กระทำความผิดอ้างความสำคัญผิดหรือความไม่รู้ในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเพื่อไม่ต้องรับผิดหรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงได้ สมควรกำหนดให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศหรือความผิดต่อเสรีภาพซึ่งได้กระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบสามปี ไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความรับผิดทางอาญา ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมากยิ่งขึ้น อีกทั้งสมควรปรับปรุงอัตราโทษปรับให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

ผู้กระทำการพรากรเด็กที่มีอายุไม่เกิน 13 ปี ไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ผู้กระทำนั้นไม่สามารถอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดได้ตามบทบัญญัติมาตรา 321/1 เมื่อพิจารณาในประเด็นดังกล่าวจะถือได้หรือไม่ว่าอายุของเด็กและผู้เยาว์เป็นองค์ประกอบหนึ่งของความผิดฐานพรากรเด็กและผู้เยาว์

กรณีประเด็นเรื่องอายุเป็นองค์ประกอบความผิดหรือไม่นั้น นักกฎหมายมีสามความเห็นที่แตกต่างกันไป โดยความเห็นที่หนึ่งเห็นว่าอายุของเด็กและผู้เยาว์เป็นองค์ประกอบความผิด ความเห็นที่สองเห็นว่าอายุเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษ และความเห็นที่สามเห็นว่าอายุเป็นเพียงเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย<sup>118</sup> โดยมีเหตุผลดังนี้

กรณีความเห็นว่ายอายุเป็นองค์ประกอบความผิด ศาสตราจารย์ ดร. จิตติ ดิงศภัทย์ เห็นว่ายอายุเป็นองค์ประกอบความผิด โดยอธิบายว่า ความสำคัญผิดในอายุเท่ากับไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ดังนั้นในทำนองเดียวกันจึงกล่าวได้ว่าอายุเป็นองค์ประกอบความผิด<sup>119</sup>

กรณีความเห็นว่ายอายุเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษ ศาสตราจารย์ ดร. ณรงค์ ใจหาญ ได้อธิบายว่า อายุของผู้เสียหายเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นกว่าความผิดฐานข่มขืนตามมาตรา 276 ซึ่งมาตรา 62 วรรคท้ายบัญญัติให้ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้น ถ้าไม่รู้ก็ถือว่าไม่ผิดตามมาตรา 277<sup>120</sup>

กรณีความเห็นว่ายอายุเป็นเพียงเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ศาสตราจารย์ ดร. แสวง บุญเฉลิมวิภาส ได้อธิบายว่า ความสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายนั้น ถ้าหากวินิจฉัยตามหลักเจตนาในมาตรา 59 วรรคสาม โดยถือว่าเรื่องอายุนั้นเป็นส่วนขององค์ประกอบแล้ว ถ้าจำเลยกระทำโดยไม่รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวก็ย่อมไม่ต้องรับผิดเพราะขาดเจตนา และได้อธิบายโดยเห็นว่าในส่วนของอายุในบทบัญญัติฐานความผิดดังกล่าวเป็นเรื่องของเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัยมากกว่า ซึ่งผลทางกฎหมายก็คือว่า ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงในส่วนนี้ เพราะไม่ถือว่าเป็นส่วนขององค์ประกอบความผิด<sup>121</sup>

<sup>118</sup> ปานกมล รอดชีวี, "สำคัญผิดในอายุของผู้เสียหาย: ผลทางกฎหมาย," หน้า 21.

<sup>119</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบาย ประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2543), หน้า 734.

<sup>120</sup> ณรงค์ ใจหาญ, "ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้" (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 64.

<sup>121</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส, "ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา" (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 101.

อย่างไรก็ดีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาได้วางบรรทัดฐานมาโดยตลอดว่า อายุของผู้เสียหาย เป็นองค์ประกอบความผิดเช่นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5176/2538<sup>122</sup> และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19960/2555<sup>123</sup> เป็นต้น

### 3.4.4 ความสมัครใจของเด็กและผู้เยาว์

โดยทั่วไปตามหลักความยินยอมในกฎหมายอาญา หากผู้เสียหายยินยอมหรือสมัครใจในการกระทำความผิด ผู้เสียหายย่อมไม่อาจถือว่าเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายหรือผู้เสียหายโดยนิตินัย แต่ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ความสมัครใจของเด็กหรือผู้เยาว์ไม่มีผลต่อความรับผิดฐานพราก แต่ความยินยอมของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเป็นส่วนสำคัญต่อความรับผิดของผู้กระทำความผิดฐานพราก<sup>124</sup> อีกทั้งความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไม่มีบทบัญญัติยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งต่างจากการกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 วรรคท้าย<sup>125</sup>

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความสมัครใจของเด็กและผู้เยาว์ในการตีความของศาลฎีกายังคงเป็นประเด็นว่า ถ้าเด็กหรือผู้เยาว์สมัครใจไปด้วยเอง โดยไม่ได้มีการล่อลวง บังคับ หรือขู่เข็ญ กรณีดังกล่าว ยังคงเป็นความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์หรือไม่

กรณีเด็กหนีบิดามารดาออกจากบ้านไปหาจำเลยและนัดให้จำเลยไปรับ ณ ที่แห่งหนึ่งและพาไปอยู่ร่วมกันอันเป็นความสมัครใจของเด็กประการหนึ่ง มีคำวินิจฉัยของศาลฎีกาว่าการหนีบิดามารดาไปหาจำเลยและนัดให้จำเลยไปรับ ณ ที่แห่งหนึ่งและพาผู้เสียหายที่เป็นเด็กไปอยู่ร่วมกัน เป็นการ

<sup>122</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5176/2538 วินิจฉัยว่า “ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 และมาตรา 279 ผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี เรื่องอายุของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบความผิดด้วยเมื่อจำเลยสำคัญผิดในเรื่องอายุของผู้เสียหายแม้ความจริงไม่ใช่อย่างที่จำเลยสำคัญผิดจำเลยย่อมไม่มีความผิดการที่จำเลยไม่รู้จำักผู้เสียหายมาก่อนก็ไม่มีข้อห้ามที่ไม่ให้จำเลยอ้างความสำคัญผิดมาเป็นข้อแก้ตัว”

<sup>123</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19960/2555 วินิจฉัยว่า “ขณะจำเลยรับผู้เสียหายเข้าทำงานไม่ได้ตรวจดูหลักฐานเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายก่อน ผู้เสียหายมีรูปร่างโตกว่าเด็กทั่วไปตัวใหญ่และมีส่วนสูงประมาณ 155 เซนติเมตร และเมื่อพิจารณาภาพถ่ายของผู้เสียหายแล้วก็มีรูปร่างสูงใหญ่และลักษณะสูงใหญ่เกินกว่าเด็กหญิงที่มีอายุ 15 ปี โดยทั่วไป เช่นนี้จึงมีเหตุผลที่จำเลยจะเข้าใจโดยสุจริตว่าผู้เสียหายมีอายุ 17 ถึง 18 ปี การที่จำเลยสำคัญผิดเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายนี้เป็นการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีตาม ป.อ. มาตรา 277 วรรคแรก ประกอบมาตรา 59 วรรคสาม วรรคสอง และวรรคหนึ่ง แม้จะมีบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 276 วรรคแรก แต่เมื่อผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยกระทำชำเรา การกระทำของจำเลยก็ไม่เป็นความผิดมาตรา 276 วรรคแรก”

<sup>124</sup> เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 591.

<sup>125</sup> Ibid., 605.

พรากตามตรา 317 วรรคสาม<sup>126</sup> ข้อพิพาทนี้เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับความสมัครใจของเด็กและผู้เยาว์ซึ่งในทางวิชาการศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ได้ทำหมายเหตุท้ายฎีกานี้ว่า

“ข้อเท็จจริงศาลฟังว่าผู้เสียหายหนีออกจากบ้านไปหาจำเลยแล้วนัดจำเลยไปรับที่บ้านนางชุ่ม ตามนี้ถ้าฟังว่าผู้เสียหายหนีไปจากบิดามารดาแล้วจำเลยพาผู้เสียหายไปหรือไปด้วยกันหรือผู้เสียหายพาจำเลยไป ก็ไม่เป็นการพาผู้เสียหายไปจากบิดามารดา กฎหมายมิได้ใช้คำว่า พรากไปจากความปกครอง แต่ใช้คำว่าจากบิดามารดา ความปกครองของบิดามารดานั้นมีอยู่เสมอไม่ว่าเด็กไปอยู่ที่ใด แต่ความผิดมิได้อยู่ที่พรากไปจากความปกครองซึ่งไม่มีใครทำได้ แม้จุดเด็กไป ก็ยังไม่ขาดจากความปกครอง องค์ความผิดจึงอยู่ที่เด็กพรากตัวเองคือหนีผู้ปกครองไป หรือจำเลยพรากเอาเด็กไปจากผู้ปกครอง เพียงแต่เด็กหนีมาแล้วจำเลยยอมไปกับเด็กด้วย แม้จะเป็นการพาไปก็ไม่ใช่พาไปจากบิดามารดาเสียแล้ว”<sup>127</sup>

กรณีที่เด็กหรือผู้เยาว์ไปที่บ้านของจำเลย แนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่เป็นทั้ง การพรากและไม่ใช้การพราก โดยมีข้อพิพาทแตกต่างกันเป็นกรณีๆไป ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 949/2536 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าการที่เด็กหญิงไปที่บ้านชายเอง และช่วยชายทำขนมที่บ้านมารดาชายทราบว่าได้เสียกับชายแล้ว จึงยอมให้อยู่บ้านกับชายฉันทน์สามิภรรยา ดังนี้ชายไม่ได้พรากเด็กหญิงไปจากบิดามารดาผู้ปกครอง<sup>128</sup> ศาลฎีกาได้วินิจฉัยถึงการกระทำในบริเวณ บ้านของจำเลยเองจำเลยไม่ได้พาผู้เสียหายไปสถานที่อื่น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าถือไม่ได้ว่าจำเลยพรากผู้เสียหายไปเสียจากความปกครองดูแลของผู้ปกครอง การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานพรากเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 วรรคสาม<sup>129</sup> หรือเด็กหญิงรู้จักกับชายจากการแนะนำของเพื่อนของเด็กหญิง วันเกิดเหตุเด็กหญิงกับเพื่อนพากันไปบ้านชายโดยเด็กหญิงทราบแต่แรกแล้วว่าการไปบ้านชายเพราะชายประสงค์จะขอร่วมประเวณี ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าขณะเกิดเหตุเด็กหญิงอายุ 14 ปี มีการศึกษาระดับมัธยมและไม่ถึงกับไร้เดียงสาเด็กหญิงได้ยอมรับในการเปิดความตอบคำถามค้านว่าเด็กหญิงเคยร่วมประเวณีกับชายอื่นมาก่อน แสดงว่าขณะเด็กหญิงอยู่ที่บ้านชายเด็กหญิงมีความอิสระในการเคลื่อนไหวไม่ได้อยู่ในความควบคุมของชาย การกระทำของชายจึงไม่เป็นการตัดอำนาจการปกครองของบิดามารดาเด็กหญิง ไม่มีความผิดฐานพรากผู้เยาว์<sup>130</sup> หรือกรณีที่ผู้เสียหายไปที่บ้าน

<sup>126</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 831/2518.

<sup>127</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, หมายเหตุคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 831/2518, อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 555.

<sup>128</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 949/2536.

<sup>129</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1102/2541.

<sup>130</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7855/2549.



จำเลยเป็นประจําเพื่อให้บุตรของจำเลยสอนการบ้าน จำเลยได้เรียกผู้เสียหายเข้าไปในห้องแล้วพยายามกระทำชำเราและกระทำอนาจารผู้เสียหายเช่นนี้ยังถือไม่ได้ว่าเป็นการพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีไปจากบิดามารดา<sup>131</sup> หรือการที่จำเลยเพียงพูดชักชวนผู้เสียหายที่ 1 จนผู้เสียหายที่ 1 ใจอ่อนยอมมาหาจำเลยเองโดยจำเลยไม่ได้ไปรับหรือพาผู้เสียหายที่ 1 ออกมาจากบ้าน การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์<sup>132</sup> หรือกรณีผู้เสียหายทั้งห้ามาที่ห้องพักของจำเลยด้วยความสมัครใจ จำเลยไม่เคยเป็นผู้พาма และเด็กทั้งห้าสามารถกลับบ้านของตนได้เสมอหากต้องการ เช่นนี้จำเลยมิได้กระทำการใดๆ อันเป็นการพรากเด็กทั้งห้าไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล จำเลยไม่มีความผิดตามมาตรา 317 วรรคสาม<sup>133</sup>

กรณีที่เด็กหรือผู้เยาว์ไปที่บ้านของจำเลยแล้วเป็นการพราก ได้แก่ ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายอยู่ที่บ้านจำเลยก่อนแล้ว จำเลยไม่มีส่วนในการนำพาไปที่บ้านของจำเลย ผู้เสียหายนั่งเล่นอยู่ใต้ถุนบ้านของจำเลยศาลฎีกาวินิจฉัยว่าผู้เสียหายยังคงอยู่ในความปกครองดูแลของบิดามารดา จำเลยไม่มีสิทธิ์จะพาผู้เสียหายไปยังที่ใดโดยผู้เสียหายที่ 2 ไม่ยินยอม การที่จำเลยมาอุ้มผู้เสียหายที่ 1 ขึ้นไปบนบ้านพาไปห้องนอนแล้วกระทำชำเราผู้เสียหายถือว่าจำเลยแยกสิทธิ์ปกครองของผู้เสียหายที่ 2 ในการควบคุมดูแลผู้เสียหายที่ 1 โดยปราศจากเหตุอันสมควรการกระทำของจำเลยเป็นการพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีไปเสียจากผู้ปกครองเพื่อการอนาจาร<sup>134</sup> เช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5484/2555 ที่วินิจฉัยว่าผู้เสียหายไปที่บ้านจำเลยโดยจำเลยไม่ได้ชักชวนมาที่ยังผู้เสียหายแหวะมาซื้อขนมและมาเล่นเองแต่จำเลยเป็นผู้พาผู้เสียหายเข้าไปในห้องนอนแม้จำเลยได้กระทำอนาจารผู้เสียหายในบ้านของจำเลย ขณะนั้นก็ถือได้ว่าผู้เสียหายยังอยู่ในความปกครองดูแลของ บ. ผู้เป็นนายการกระทำของจำเลยย่อมกระทบกระเทือนต่ออำนาจปกครองของ บ. เพราะแยกสิทธิ์ปกครองของ บ. ในการควบคุมดูแลผู้เสียหายโดยปราศจากเหตุอันสมควร เป็นความผิดฐานพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีไปเสียจากผู้ปกครองเพื่อการอนาจาร<sup>135</sup> หรือผู้เสียหายไปดูภาพยนตร์ที่งานวัดพบกับจำเลยแล้วพากันไปเดินเล่นใต้ถุนบ้านพี่ชายของจำเลยก็เลยบอกให้ผู้เสียหายช่วยทำความสะอาดห้องนอน เมื่อผู้เสียหายเข้าไปภายในห้องนอนจำเลยตามเข้าไปกระทำชำเราผู้เสียหายโดยผู้เสียหายยินยอม และต่อมาผู้เสียหายเดินทางไปพบจำเลยที่บ้านเพื่อสอบถามว่าเหตุใดจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายแล้วไม่รับผิดชอบจำเลยจึงชวนผู้เสียหายเข้าไปในห้องนอนแล้วกระทำชำเราอีกโดยผู้เสียหายยินยอมด้วย การกระทำ

<sup>131</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12123/2554.

<sup>132</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11196/2555.

<sup>133</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19958/2555.

<sup>134</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 848/2548.

<sup>135</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5484/2555.

ของจำเลยทั้งสองครั้งล้วนเป็นการกระทำอันล่วงล้ำต่ออำนาจปกครองของบิดามารดาผู้เสียหายทั้งสิ้น ถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควรพรากผู้เสียหายไปเสียจากบิดามารดา<sup>136</sup>

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการตีความของศาลในเรื่องความสมัครใจหรือความยินยอมของเด็กเองโดยไม่ได้มีการล่อลวง บังคับ หรือขู่เข็ญ ยังคงเป็นประเด็นที่ก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอน

### 3.4.5 เหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์

เมื่อพิจารณาความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ตามมาตรา 317 ถึงมาตรา 319 นั้นจะเห็นได้ว่าได้มีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษไว้เพียงสองกรณี ได้แก่ พรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปเพื่อหากำไร และพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร

เหตุเพิ่มโทษประการแรกคือ เพื่อหากำไร อันเป็นมูลเหตุจงใจหรือเจตนาพิเศษในการพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล กล่าวคือต้องมีเจตนาพรากไปเพื่อหากำไร ตัวอย่างการพรากไปเพื่อหากำไรตามคำพิพากษาศาลฎีกาเช่น พรากเด็กไปเพื่อให้เด็กไปขอตานหาเงินมาให้ผู้พราก<sup>137</sup> หรือนำเด็กแต่งกายเป็นสามเณรเรียไรเงินจากชาวบ้าน<sup>138</sup>

<sup>136</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 854/2545.

<sup>137</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5409/2530 วินิจฉัยว่า “การที่จำเลยพรากเด็กไปเพื่อให้ขอตานหาเงินและเก็บหาทรัพย์สินมาให้จำเลย เป็นการกระทำไปเพื่อหาประโยชน์ในทางทรัพย์สิน อันเป็นเจตนาพิเศษในการพรากเด็ก จึงเป็นการกระทำเพื่อหากำไร เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317วรรคท้าย”.

<sup>138</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5620/2552 วินิจฉัยว่า “บิดามารดาของเด็กทั้งสามมีฐานะยากจนต้องออกทำงานหาเลี้ยงชีพในแต่ละวัน จึงต้องปล่อยให้เด็กทั้งสามเที่ยวเล่นอยู่ตามลำพังตามประสาเด็กเท่านั้น แต่เมื่อเด็กทั้งสามไม่กลับบ้านตามปกติ บิดามารดาของเด็กทั้งสามก็ตามหาและแจ้งแก่เจ้าพนักงานตำรวจ ยังใช้อำนาจปกครองเด็กทั้งสามอยู่ การที่จำเลยทั้งสองชักชวนเด็กทั้งสามคนไปทำงานบ้านอยู่กับจำเลยทั้งสองที่จังหวัดสุพรรณบุรี แต่กลับพาไปบวชเป็นสามเณรแล้วพาออกแจกของผ้าป่าตามจังหวัดต่าง ๆ เรียไรเงินจากชาวบ้านแล้วแบ่งผลประโยชน์กันโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบิดามารดาของเด็กทั้งสามคน จึงเป็นการพรากเด็กทั้งสามคนไปจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองดูแลโดยปราศจากเหตุอันสมควร พฤติการณ์ของจำเลยทั้งสองจึงเป็นความผิดฐานพรากเด็กชายทั้งสามซึ่งอายุไม่เกิน 15 ปี ไปเสียจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองดูแล โดยปราศจากเหตุอันสมควรเพื่อหากำไรตาม ป.อ.มาตรา 317 วรรคสาม

ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ตาม ป.อ. มาตรา 317 มีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองอำนาจการปกครองของบิดามารดาหรือผู้ปกครองดูแลของผู้เยาว์ ไม่ให้ถูกผู้ใดพาไปหรือแยกออกจากความปกครองดูแล แม้จำเลยทั้งสองจะพุดชักชวนและพาเด็กทั้งสามไปในครั้งเดียวคราวเดียวกันก็ตาม แต่ก็เป็นการกระทำที่มีเจตนากระทำต่อผู้เสียหายและ

เหตุเพิ่มโทษประการที่สองคือ เพื่อการอนาจาร อันเป็นมูลเหตุจูงใจหรือเจตนาพิเศษในการพราก แม้ยังไม่ได้กระทำอนาจารแต่เป็นการพรากไปโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อการอนาจารก็เป็นความผิดสำเร็จ ในทางกลับกันหากขณะพรากเด็กหรือผู้เยาว์ได้มีเจตนาพิเศษคือเพื่อการอนาจารก็ไม่เป็นเหตุที่ต้องได้รับโทษหนักขึ้น<sup>139</sup> อย่างไรก็ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยว่ากรณีชายไม่มีภริยาพาหญิงไปโดยมีเจตนาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาถือว่าขาดเจตนากระทำอนาจารไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น แต่ยังคงมีความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์อยู่ตามความในวรรคแรกของมาตรา 317 (กรณีเด็ก) หรือมาตรา 318 (กรณีผู้เยาว์)<sup>140</sup>

อย่างไรก็ดีผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นเพราะมีมูลเหตุจูงใจหรือมีเจตนาพิเศษเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจารจะต้องมีการกระทำความผิดตามวรรคแรกเสียก่อนกล่าวคือต้องมีการพรากเด็กหรือผู้เยาว์ไปจากบิดารมารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลเสียก่อน อีกทั้งเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ไม่รวมถึงการพรากไปเพื่อการแต่งงาน หรือเพื่อที่จะขโมยทรัพย์สินหรือเพื่อกระทำความผิดอื่น หรือเพื่อส่งออกไปยังต่างประเทศ เป็นต้น นอกจากมูลเหตุจูงใจแล้ว ยังไม่รวมถึงผลของการพรากเด็กและผู้เยาว์อันเป็นผลฉกรรจ์ที่ทำให้ได้รับอันตรายสาหัส หรือ ทุพพลภาพอย่างถาวร หรือเป็นการทรมาณ หรือเป็นการกระทำที่ป่าเถื่อน หรือเกิดอันตรายต่อชีวิต ตามกฎหมายอาญาของต่างประเทศด้วย

### 3.5 มาตรการของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์

ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์อันเป็นความผิดต่อเสรีภาพได้รับความคุ้มครองในนานาอารยประเทศด้วยโดยมีอนุสัญญาที่รัฐต่างๆเข้าเป็นภาคีสมาชิก ให้การรับรองหรือให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาซึ่งเกี่ยวกับความคุ้มครองเสรีภาพต่อชีวิต ร่างกาย และสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยเฉพาะเด็กและผู้เยาว์ สหประชาชาติและประชาคมโลกได้ตระหนักถึงความสำคัญของการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากอนุสัญญาที่ประชาคมโลกให้การรับรองและปฏิญญาสากลต่างๆที่องค์การสหประชาชาติได้กำหนดไว้ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) อนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ (Hague Convention on the

---

บิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลของผู้เสียหายแต่ละคนโดยเฉพาะ การกระทำของจำเลยทั้งสองจึงเป็นการกระทำ ความผิดหลายกรรมต่างกัน ตาม ป.อ.มาตรา 91 หาใช่เป็นการกระทำความผิดกรรมเดียว”

<sup>139</sup> เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 578.

<sup>140</sup> Ibid.

Civil Aspects of International Child Abduction) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) เป็นต้น

### 3.5.1 สิทธิมนุษยชน (Human Rights)

สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ไม่อาจจะถูกพรากไปได้ ประชาคมโลกให้ความสำคัญต่อสิทธิมนุษยชนเป็นอย่างมากโดยเฉพาะภายหลังเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 (ภายหลังปี ค.ศ. 1945 หรือตรงกับ พ.ศ. 2488) ในปีค.ศ. 1948 (ตรงกับพ.ศ. 2491) องค์การสหประชาชาติได้กำหนดปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) เพื่อเป็นกรอบในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ถือว่าการวางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับแรกของโลกและเป็นพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนในปัจจุบัน<sup>141</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ได้รับการรับรองและประกาศโดยข้อมติสมัชชาสหประชาชาติที่ 217 เอ (III) วันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์นั้นปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนสามารถพิจารณาได้ดังนี้

#### 3.5.1.1 สิทธิ เสรีภาพ อีสุภาพและความเสมอภาค

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิ เสรีภาพ อีสุภาพและความเสมอภาคนั้น ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 1 ถึง 4 โดยมีใจความว่า

ข้อ 1. “มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ ต่างในตน มีเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยจิตวิญญาณแห่งภราดรภาพ”<sup>142</sup>

ข้อ 2. “ทุกคนย่อมมีสิทธิและอีสุภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนิดใด อาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิด หรือสถานะอื่น นอกเหนือจากนี้ จะไม่มีการแบ่งแยกใดบนพื้นฐานของสถานะทางการเมือง ทางกฎหมาย หรือทางการระหว่างประเทศของ

<sup>141</sup> กระทรวงการต่างประเทศ, "ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน," (กรุงเทพมหานคร: กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, 2551), p. 1.

<sup>142</sup> Universal Declaration of Human Rights Article 1 All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.

ประเทศ หรือดินแดนที่บุคคลสังกัด ไม่ว่าจะดินแดนนี้เป็นเอกราช อยู่ในความพิทักษ์ มิได้ปกครองตนเอง หรืออยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตยอื่นใด”<sup>143</sup>

ข้อ 3. “ทุกคนมีสิทธิในการมีชีวิต เสรีภาพ และความมั่นคงแห่งบุคคล”<sup>144</sup>

ข้อ 4. “บุคคลใดจะตกอยู่ในความเป็นทาส หรือสภาวะจำยอมไม่ได้ ทั้งนี้ ห้ามความเป็นทาส และการค้าทาสทุกรูปแบบ”<sup>145</sup>

### 3.5.1.2 สิทธิในการได้รับการดูแลรักษา และสิทธิในการได้รับการศึกษา

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการได้รับการดูแลรักษา และสิทธิในการได้รับการศึกษาของเด็กนั้น ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 25 (2) และ ข้อ 26 (1) (2) และ (3) โดยมีใจความว่า

ข้อ 25. (2) “มารดาและเด็กย่อมมีสิทธิที่จะรับการดูแลรักษาและการช่วยเหลือเป็นพิเศษ เด็กทั้งปวงไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกสมรส จะต้องได้รับการคุ้มครองทางสังคมเช่นเดียวกัน”<sup>146</sup>

ข้อ 26. (1) “ทุกคนมีสิทธิในการศึกษา การศึกษาจะต้องให้เปล่าอย่างน้อยในชั้นประถมศึกษาและขั้นพื้นฐาน การศึกษาระดับประถมจะต้องเป็นภาคบังคับ การศึกษาด้านวิชาการและวิชาชีพจะต้องเปิดเป็นการทั่วไป และการศึกษาระดับสูงขึ้นไปจะต้องเข้าถึงได้อย่างเสมอภาคสำหรับทุกคนบนพื้นฐานของคุณสมบัติความเหมาะสม”<sup>147</sup>

<sup>143</sup> Universal Declaration of Human Rights Article 2 Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty.

<sup>144</sup> Universal Declaration of Human Rights Article 3 Everyone has the right to life, liberty and security of person.

<sup>145</sup> Universal Declaration of Human Rights Article 4 No one shall be held in slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms.

<sup>146</sup> Universal Declaration of Human Rights Article 25(2) Motherhood and childhood are entitled to special care and assistance. All children, whether born in or out of wedlock, shall enjoy the same social protection.

<sup>147</sup> Universal Declaration of Human Rights Article 26(1) Everyone has the right to education. Education shall be free, at least in the elementary and fundamental stages. Elementary education

(2) “การศึกษาจะต้องมุ่งไปสู่การพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์อย่างเต็มที่ และการเสริมสร้างความเคารพต่อสิทธิมนุษยชนและอิสราภาพขั้นพื้นฐาน การศึกษาจะต้องส่งเสริมความเข้าใจ ขันติธรรม และมีมิตรภาพระหว่างประชาชาติ กลุ่มเชื้อชาติ หรือศาสนาทั้งหมด และจะต้องส่งเสริมกิจกรรมของสหประชาชาติ เพื่อการธำรงไว้ซึ่งสันติภาพ”<sup>148</sup>

(3) “ผู้ปกครองมีสิทธิเบื้องต้นที่จะเลือกประเภทการศึกษาที่จะให้แก่บุตรของตน”<sup>149</sup>

ประเทศไทยได้ให้ความเห็นชอบต่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ด้วย ซึ่งโดยสรุปแล้วปฏิญญาดังกล่าวให้ความสำคัญแก่เด็ก โดยได้ประกาศไว้เป็นการเฉพาะว่าเด็กมีสิทธิในการมีชีวิต เสรีภาพ และความมั่นคงแห่งบุคคล จะตกอยู่ในความเป็นทาส หรือสภาวะจำยอมไม่ได้ และย่อมมีสิทธิที่จะรับการดูแลรักษาและการช่วยเหลือเป็นพิเศษ เด็กทั้งปวงไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกสมรส จะต้องได้รับการคุ้มครองทางสังคมเช่นเดียวกัน

### 3.5.1.3 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก (Declaration of the Rights of the Child)

ต่อมาใน ค.ศ. 1959 องค์การสหประชาชาติได้รับรองและประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก (Declaration of the Rights of the Child) ไว้เป็นการเฉพาะและมีข้อกำหนดไว้ทั้งหมด 10 ข้อ โดยเฉพาะข้อ 2 ข้อ 8 และข้อ 9 มีใจความสำคัญที่คุ้มครองเด็กและเยาวชนโดยตรง ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

shall be compulsory. Technical and professional education shall be made generally available and higher education shall be equally accessible to all on the basis of merit.

<sup>148</sup> Universal Declaration of Human Rights Article 26(2) Education shall be directed to the full development of the human personality and to the strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms. It shall promote understanding, tolerance and friendship among all nations, racial or religious groups, and shall further the activities of the United Nations for the maintenance of peace.

<sup>149</sup> Universal Declaration of Human Rights Article 26(3) Parents have a prior right to choose the kind of education that shall be given to their children.

ข้อ 2. เด็กและเยาวชน พึงได้รับการพิทักษ์คุ้มครองเป็นพิเศษ อันจะช่วยให้เด็กสามารถพัฒนาทั้งทางกาย ทางสมอง และจิตใจเพื่อให้ร่วมอยู่ในสังคมได้อย่างปกติชน<sup>150</sup>

ข้อ 8. เด็กและเยาวชน จะเป็นบุคคลแรกที่ได้รับการคุ้มครองและสงเคราะห์ในทุกกรณี<sup>151</sup>

ข้อ 9. เด็กและเยาวชน พึงได้รับการปกป้องให้พ้นจากการถูกทอดทิ้ง จากความโหดร้ายทารุณ และการถูกข่มเหง รังแกทุกชนิด เด็กจะต้องไม่กลายเป็นสินค้า ไม่ว่าในรูปใด จะต้องไม่มีการรับเด็กเข้าทำงานก่อนวัยอันสมควร ไม่มีการกระทำใด ๆ อันจะมีชกจูงหรืออนุญาตเด็กให้จำต้องรับจ้างทำงาน ซึ่งอาจจะเป็นผลร้ายต่อสุขภาพของเด็ก หรือเป็นเหตุให้การพัฒนาทางกายทางสมอง และทางจิตใจของเด็กต้องเสื่อมลง<sup>152</sup>

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิของเด็กได้ประกาศออกมาเพื่อตอกย้ำความสำคัญของการคุ้มครองเด็กและเยาวชนหลังจากที่องค์การสหประชาชาติได้ออกปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแล้ว อย่างไรก็ตามปฏิญญาดังกล่าวไม่สามารถบังคับกับรัฐต่างๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ กล่าวคือไม่มีผลผูกพันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศได้ เว้นแต่จะได้พัฒนาปฏิญญาดังกล่าวให้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศในลักษณะที่เป็นอนุสัญญา (Convention) ในค.ศ. 1989 (พุทธศักราช 2502) องค์การสหประชาชาติได้ออกอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก(Convention on the Rights of the Child) เพื่อให้มีการคุ้มครองเด็กและเยาวชนอย่างแท้จริง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>150</sup> Declaration of the Rights of the Child Principle 2 The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration.

<sup>151</sup> Declaration of the Rights of the Child Principle 8 The child shall in all circumstances be among the first to receive protection and relief.

<sup>152</sup> Declaration of the Rights of the Child Principle 9 The child shall be protected against all forms of neglect, cruelty and exploitation. He shall not be the subject of traffic, in any form. The child shall not be admitted to employment before an appropriate minimum age; he shall in no case be caused or permitted to engage in any occupation or employment which would prejudice his health or education, or interfere with his physical, mental or moral development.

### 3.5.2 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child, CRC)

องค์การสหประชาชาติได้ออกอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กอันเป็นส่วนสำคัญของสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นสิทธิที่กำหนดไว้ภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (พ.ศ. 2491) และกติกาสากลต่าง ๆ รวมทั้งเอกสารอื่น ๆ ที่มีผลบังคับทางกฎหมาย เพื่อก่อให้มีการเสริมสร้างและพิทักษ์สิทธิมนุษยชนอย่างแท้จริง<sup>153</sup> อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้นิยามคำว่า “เด็ก” หมายถึงบุคคลทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และได้กำหนดมาตรฐานสิทธิมนุษยชนของเด็ก เพื่อช่วยให้ประเทศต่าง ๆ ให้ความสำคัญคุ้มครองดูแลเด็กได้อย่างเหมาะสม โดยมีหลักการสำคัญคือการไม่เลือกปฏิบัติและเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กซึ่งมีเนื้อหาที่สำคัญอยู่สี่ด้านได้แก่ (1) สิทธิในการอยู่รอด (2) สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง (3) สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา และ (4) สิทธิในการมีส่วนร่วม สำหรับประเทศไทยได้เข้าลงนามเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992 (พ.ศ. 2535)<sup>154</sup>

หลักการและเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิเด็กที่พึงได้รับอาจแบ่งได้เป็น 6 หลักการด้วยกันคือ (1) หลักการทั่วไป (2) หลักการคุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก (3) หลักการให้สวัสดิการสังคมแก่เด็ก (4) หลักการคุ้มครองสิทธิทางแพ่ง (5) หลักการคุ้มครองเด็กที่มีปัญหาความประพฤติหรือกระทำความผิดทางอาญา (6) หลักการคุ้มครองเด็กผู้ด้อยโอกาส

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์จะเกี่ยวข้องกับหลักการคุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดหลักการมุ่งคุ้มครอง มิให้เด็กถูกละเมิดสิทธิเหนือร่างกาย ชีวิต และเสรีภาพ ไม่ว่าจะทำร้าย ฆ่า ล่วงเกินทางเพศ ชู้ตริต หากำไรทางเพศหรือคำกำไรทางเศรษฐกิจ หรือนำเด็กไปเป็นวัตถุซื้อขายหรือปฏิบัติต่อเด็กที่ไม่เหมาะสม จนเป็นผลเสียต่อสวัสดิภาพของเด็ก รวมทั้งคุ้มครองให้มีการเยียวยา พี่นฟู เด็กที่ถูกกระทำละเมิดดังกล่าว ให้กลับคืนสู่สภาพปกติได้ สาระสำคัญของหลักนี้อยู่ในข้อ 19, 32, 33, 34, 35, 36 และ 39 นอกจากนี้ยังได้กำหนดหลักการทั่วไปอันเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่างๆ ไปในแง่ส่วนบุคคล การแสดงความเห็น ศาสนา วัฒนธรรม ความเสมอภาคภายใต้กฎหมายเดียวกัน การศึกษาและอื่นๆ อีกทั้งยังมีหลักการคุ้มครองเด็กที่มีปัญหาความประพฤติหรือกระทำความผิดทางอาญา มุ่งคุ้มครองให้เด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญา ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างไปจากผู้ต้องหาที่เป็นผู้ใหญ่ โดยให้ได้รับผลกระทบจากการต้องถูกดำเนินคดีและควบคุมตัวน้อยที่สุด สำหรับเด็กที่มีปัญหาความ

<sup>153</sup> อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์ เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส และผู้สูงอายุ, 2555), หน้า 10.

<sup>154</sup> กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 27 November 2018. แหล่งที่มา: <http://humanrights.mfa.go.th/th/kids/72/>



ประพุดหรือกระทำความผิดทางอาญาคู่ครองให้ได้รับโอกาสแก้ไขเยียวยาให้สามารถเติบโตเป็นพลเมืองดีของสังคม โดยมีสมมติฐานว่าเด็กกระทำการใด ๆ เพราะขาดวุฒิภาวะและสิ่งแวดล้อมมีอิทธิพลผลักดันต่อความประพุดของเด็ก นอกจากนี้ยังมีหลักประกันมิให้เด็กต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือประหารชีวิต มีสาระสำคัญอยู่ในข้อ 37 และ 40 และหลักการคุ้มครองเด็กผู้ด้อยโอกาส มุ่งคุ้มครองให้เด็กด้อยโอกาสเด็กผู้ขาดไร้ผู้อุปการะ เด็กผู้ตกอยู่ในภพภัย และเด็กพิการ ได้รับการดูแลและอุปการะเลี้ยงดูให้เท่าเทียมกับเด็กทั่วไป มีสาระสำคัญอยู่ในข้อ 20 21 22 และ 23<sup>155</sup>

ผู้เขียนเห็นว่าหลักการที่สำคัญที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์คือ หลักการคุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก โดยมีรายละเอียดดังนี้

### 3.5.2.1 มาตรการของรัฐในการคุ้มครองเด็ก

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรการของรัฐในการคุ้มครองเด็กนั้น ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 19 และ 20 มีใจความว่า

ข้อ 19.

1. รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ด้านนิติบัญญัติ บริหาร สังคมและการศึกษา ในอันที่จะคุ้มครองเด็กจากรูปแบบทั้งปวงของความรุนแรงทั้งทางร่างกายและจิต การทำร้ายหรือการกระทำอันมิชอบ การทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาท การปฏิบัติที่ผิดหรือการแสวงประโยชน์ รวมถึงการกระทำอันมิชอบทางเพศขณะอยู่ในความดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมายหรือบุคคลอื่นใดซึ่งเด็กนั้นอยู่ในความดูแล

2. ตามแต่จะเหมาะสม มาตรการคุ้มครองเช่นว่านี้ ควรรวมถึงกระบวนการที่มีประสิทธิผลสำหรับการจัดตั้งแผนงานทางสังคม ในอันที่จะให้การสนับสนุนที่จำเป็นแก่เด็กและบุคคลซึ่งเด็กนั้นอยู่ในความดูแล ตลอดจนกระบวนการที่มีประสิทธิผลสำหรับการป้องกันในรูปแบบอื่น และให้มีการระบุ การรายงาน การส่งเรื่องเพื่อพิจารณาการสืบสวน การปฏิบัติ และการติดตามเรื่องของกรณีการปฏิบัติที่ผิดต่อเด็กตามที่ระบุมาแล้วข้างต้น และในกรณีที่เหมาะสมให้ทางตุลาการเข้ามามีส่วนร่วมด้วย<sup>156</sup>

<sup>155</sup> อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก, หน้า 12-13.

<sup>156</sup> Convention on the right of the child Article 19: 1. States Parties shall take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child.

ข้อ 20.

1. เด็กที่ถูกพรากจากสภาพครอบครัว ไม่ว่าจะโดยถาวรหรือโดยชั่วคราว หรือที่ไม่อาจปล่อยให้อยู่ในสภาพที่ว่านั้น เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กเอง จะได้รับการคุ้มครองและช่วยเหลือพิเศษที่จัดให้โดยรัฐ

2. รัฐภาคีจะประกันให้มีการดูแลแก่เด็กเช่นว่านั้นตามกฎหมายภายใน

3. นอกเหนือจากประการอื่นแล้ว การดูแลดังกล่าวอาจรวมถึงการจัดหาผู้อุปถัมภ์ กาลาห์ของกฎหมายอิสลาม การรับบุตรบุญธรรม หรือถ้าจำเป็นการจัดให้อยู่ในความดูแลของสถาบันที่เหมาะสมสำหรับการดูแลเด็ก ในการพิจารณาถึงหนทางแก้ไขให้คำเนิ่งถึงการควรให้ความต่อเนื่องในการเลี้ยงดูเด็ก และภูมิหลังทางสัญชาติพันธ์ ศาสนาและวัฒนธรรมและภาษาของเด็ก<sup>157</sup>

### 3.5.2.2 การคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจ และจากการทำงานนั้น การคุ้มครองเด็กจากการใช้ยาเสพติดโดยผิดกฎหมาย และการส่งเสริมการฟื้นฟูทั้งทางร่างกายและจิตใจ และการกลับคืนสู่สังคมของเด็กที่ได้รับเคราะห์ในรูปแบบใดๆ ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 32, 33, 36 และ 39 มีใจความว่

ข้อ 32.

2. Such protective measures should, as appropriate, include effective procedures for the establishment of social programmes to provide necessary support for the child and for those who have the care of the child, as well as for other forms of prevention and for identification, reporting, referral, investigation, treatment and follow-up of instances of child maltreatment described heretofore, and, as appropriate, for judicial involvement.

<sup>157</sup> Convention on the right of the child Article 20.

1. A child temporarily or permanently deprived of his or her family environment, or in whose own best interests cannot be allowed to remain in that environment, shall be entitled to special protection and assistance provided by the State.

2. States Parties shall in accordance with their national laws ensure alternative care for such a child.

3. Such care could include, inter alia, foster placement, kafalah of Islamic law, adoption or if necessary placement in suitable institutions for the care of children. When considering solutions, due regard shall be paid to the desirability of continuity in a child's upbringing and to the child's ethnic, religious, cultural and linguistic background.

1. รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กที่จะได้รับการคุ้มครองจากการแสวงประโยชน์ทางเศรษฐกิจและจากการทำงานใดที่นั่นจะเป็นการเสี่ยงอันตราย หรือที่ขัดขวางการศึกษาของเด็ก หรือเป็นอันตรายต่อสุขภาพ หรือการพัฒนาทางร่างกายสมอง จิตใจ ศิลธรรม และสังคมของเด็ก

2. รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการทางนิติบัญญัติ บริหาร สังคม และการศึกษาเพื่อประกันให้มีการดำเนินการตามข้อนี้ เพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวและโดยคำนึงถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในตราสารระหว่างประเทศอื่น ๆ รัฐภาคีจะ

(ก) กำหนดอายุขั้นต่ำสำหรับการรับเข้าทำงาน

(ข) กำหนดกฎเกณฑ์ที่เหมาะสมเกี่ยวกับจำนวนชั่วโมงและสภาพการทำงาน

(ค) กำหนดบทลงโทษ หรือวิธีการลงโทษอื่น ๆ ที่เหมาะสมเพื่อประกันให้ข้อนี้มีผลใช้บังคับจริงจัง<sup>158</sup>

### ข้อ 33

รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง รวมทั้งมาตรการทางนิติบัญญัติบริหาร สังคมและทางการศึกษาที่จะคุ้มครองเด็กจากการใช้โดยผิดกฎหมายซึ่งยาเสพติด รวมทั้งสารที่มีพิษต่อจิตประสาทอื่นๆ ที่ได้นิยามไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง และที่จะป้องกันการใช้เด็กเพื่อการผลิต และการค้าโดยผิดกฎหมายซึ่งสารเช่นนั้น<sup>159</sup>

<sup>158</sup> Convention on the right of the child Article 32:

1. States Parties recognize the right of the child to be protected from economic exploitation and from performing any work that is likely to be hazardous or to interfere with the child's education, or to be harmful to the child's health or physical, mental, spiritual, moral or social development.

2. States Parties shall take legislative, administrative, social and educational measures to ensure the implementation of the present article. To this end, and having regard to the relevant provisions of other international instruments, States Parties shall in particular:

(a) Provide for a minimum age or minimum ages for admission to employment;

(b) Provide for appropriate regulation of the hours and conditions of employment;

(c) Provide for appropriate penalties or other sanctions to ensure the, effective enforcement of the present article.

<sup>159</sup> Convention on the right of the child Article 33: States Parties shall take all appropriate measures, including legislative, administrative, social and educational measures, to protect children from the illicit use of narcotic drugs and psychotropic substances as defined in the relevant international treaties, and to prevent the use of children in the illicit production and trafficking of such substances.

ข้อ 36.

รัฐภาคีจะคุ้มครองเด็กจากการแสวงประโยชน์ในทุกรูปแบบอื่นทั้งหมดที่เป็นผลร้ายต่อสวัสดิภาพของเด็กไม่ว่าในด้านใด<sup>160</sup>

ข้อ 39.

รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ที่จะส่งเสริมการฟื้นฟูทั้งทางร่างกายและจิตใจ และการกลับคืนสู่สังคมของเด็กที่ได้รับเคราะห์จากการละเลยในรูปแบบใด ๆ การแสวงประโยชน์การกระทำอันมิชอบ การทรมานหรือการลงโทษหรือการปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้าโดยรูปอื่น หรือการพิพาทกันด้วยอาวุธ การฟื้นฟูหรือการกลับคืนสู่สังคมดังกล่าว จะเกิดขึ้นในสภาพแวดล้อมที่ส่งเสริมสุขภาพ การเคารพตนเอง และศักดิ์ศรีของเด็ก<sup>161</sup>

### 3.5.2.3 การคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และการกระทำทางเพศที่ไม่ชอบทุกรูปแบบนั้น ปราบกฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 34 มีใจความว่า

ข้อ 34.

รัฐภาคีรับที่จะคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และการกระทำทางเพศที่มีชอบทุกรูปแบบ เพื่อการนี้ รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ทั้งมาตรการภายในประเทศ และมาตรการทวิภาคีและพหุภาคีเพื่อป้องกัน

(ก) การชักจูง หรือบีบบังคับเด็กให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศใด ๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(ข) การแสวงหาประโยชน์จากเด็กในการค้าประเวณี หรือการกระทำอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับเพศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>160</sup> Convention on the right of the child Article 36: States Parties shall protect the child against all other forms of exploitation prejudicial to any aspects of the child's welfare.

<sup>161</sup> Convention on the right of the child Article 39: States Parties shall take all appropriate measures to promote physical and psychological recovery and social reintegration of a child victim of: any form of neglect, exploitation, or abuse; torture or any other form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; or armed conflicts. Such recovery and reintegration shall take place in an environment which fosters the health, self-respect and dignity of the child.

(ค) การแสวงหาประโยชน์จากเด็กในการแสดงลามกอนาจาร และที่เกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร<sup>162</sup>

#### 3.5.2.4 มาตรการเพื่อป้องกันการลักพา การขาย หรือการลักลอบค้าเด็ก

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็ก โดยมีมาตรการเพื่อป้องกันการลักพา การขาย หรือการลักลอบค้าเด็กนั้น ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 35 มีใจความว่า

ข้อ 35

รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ทั้งในระดับประเทศ ระดับทวิภาคีและพหุภาคี เพื่อป้องกันการลักพา การขาย หรือการลักลอบค้าเด็ก ไม่ว่าจะด้วยวัตถุประสงค์ใดหรือในรูปแบบใด<sup>163</sup>

#### 3.5.3 อนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ (Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction)

อนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ (อนุสัญญาฯ) ได้รับการเห็นชอบจากที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ (แผนกคดีบุคคล) ครั้งที่ 14 เมื่อวันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 1980 โดยมีสี่ประเทศได้ร่วมลงนามในอนุสัญญาดังกล่าวได้แก่ ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ฝรั่งเศส แคนาดา และกรีซในวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 1980 และอนุสัญญาฯ ฉบับนี้เริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 1983 มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ได้ตัวเด็กกลับคืนมาโดยเร็ว (Prompt Return) เมื่อมีการลักพาเด็กไปจากอำนาจปกครองหรือได้พาไปอยู่ในสิ่งแวดล้อมใหม่ และเพื่อให้มั่นใจว่าสิทธิในอำนาจปกครองและการติดต่อตามกฎหมายของรัฐภาคีหนึ่งได้รับการเคารพอย่างมี

<sup>162</sup> Convention on the right of the child Article 34: States Parties undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these purposes, States Parties shall in particular take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent:

- (a) The inducement or coercion of a child to engage in any unlawful sexual activity;
- (b) The exploitative use of children in prostitution or other unlawful sexual practices;
- (c) The exploitative use of children in pornographic performances and materials.

<sup>163</sup> Convention on the right of the child Article 35: States Parties shall take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent the abduction of, the sale of or traffic in children for any purpose or in any form.

ประสิทธิภาพกับรัฐภาคีรัฐหนึ่ง<sup>164</sup> จึงมีการกำหนดให้รัฐที่เป็นภาคีมีหน้าที่ส่งตัวเด็กที่ถูกลักพาหรือ หน่วงเหนี่ยวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไปยังรัฐภาคีอื่นที่บุตรเคยมีที่อยู่ตามปกติก่อนถูกลักพาหรือ หน่วงเหนี่ยวในทันทีเพื่อให้เด็กกลับคืนสู่สภาพแวดล้อมโดยเร็วที่สุด รัฐที่ลงนามในอนุสัญญานี้ เชื่อมั่นอย่างจริงจังว่าประโยชน์ของเด็ก (Interest of Children) มีความสำคัญอย่างยิ่งยวดในเรื่องที่ เกี่ยวข้องกับการปกครองเด็ก โดยปรารถนาที่จะปกป้องเด็กในต่างประเทศจากความเสียหายที่อาจ เกิดขึ้นจากการลักพาหรือการหน่วงเหนี่ยวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเพื่อกำหนดขั้นตอนไปยังรัฐที่ เด็กมีถิ่นพำนักตลอดจนการคุ้มครองสิทธิในการติดต่อด้วย

### 3.5.3.1 ขอบเขตของอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ

อนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ ได้บัญญัติกรณีที่เป็น การลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ในมาตรา 3 โดยกำหนดว่า การลักพาหรือการหน่วง เหนี่ยวเด็กที่ไม่ชอบด้วยด้วยกฎหมาย (Wrongful removal or retention) เมื่อ ก) เป็นการละเมิด อำนาจปกครองที่มีต่อบุคคล สถาบันหรือหน่วยงานอื่นใดทั้งกรณีที่เกี่ยวข้องหรือตามลำพังตามกฎหมาย ของรัฐที่เด็กมีถิ่นที่อยู่เป็นปกติก่อนที่จะมีการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยว และ ข) ในขณะที่มีการลักพา หรือหน่วงเหนี่ยว สิทธิเหล่านั้นได้เกิดขึ้นแล้วทั้งที่ร่วมกันหรือเพียงลำพังหรือสิทธินั้นได้ใช้ไปแล้วเพื่อ การลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวเด็ก อำนาจปกครองตามที่ระบุไว้ในอนุมาตรา (ก) ข้างต้นอาจเกิดขึ้น โดยเฉพาอย่างยิ่งจากการดำเนินการตามกฎหมายหรือจากเหตุผลของการพิจารณาคดีหรือคำวินิจฉัย หรือเนื่องจากข้อตกลงที่มีผลตามกฎหมายของรัฐนั้น<sup>165</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>164</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 1: The objects of the present Convention are –

a) to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any contracting State;

and

b) to ensure that rights of custody and of access under the law of one Contracting State are effectively respected in the other Contracting States.

<sup>165</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 3: The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where –

a) it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and

ขอบเขตอายุของเด็กที่อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญานี้ คืออายุไม่เกิน 16 ปี และอนุสัญญานี้จะใช้บังคับแก่เด็กซึ่งมีที่อยู่อาศัยตามปกติในรัฐภาคีนั้นทันทีก่อนที่จะมีการฝ่าฝืนอำนาจปกครองหรือสิทธิในการติดต่อกับเด็ก<sup>166</sup> คำจำกัดความของคำว่า “อำนาจปกครอง” ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 5 ว่าอำนาจปกครองหมายถึง สิทธิทั้งหลายที่เกี่ยวกับการดูแลเด็กและสิทธิในการกำหนดที่อยู่ของเด็ก และสิทธิที่จะได้ติดต่อกับเด็กนั้นหมายรวมถึงสิทธิที่จะรับเด็กในช่วงระยะเวลาหนึ่งไปยังอีกสถานที่หนึ่งที่ไม่ใช่ที่อยู่อาศัยของเด็กตามปกติ<sup>167</sup>

### 3.5.3.2 ผู้ประสานงานกลาง (Central Authorities)

อนุสัญญาฯ ยังได้กำหนดให้แต่ละรัฐที่เป็นภาคีมีผู้ประสานงานกลาง (Central Authority) โดยมีหน้าที่ในการร่วมมือส่งตัวเด็กที่ถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวในรัฐภาคีกลับไปยังรัฐภาคีที่เด็กเคยมีที่อยู่ตามปกติ และมีหน้าที่ที่กำหนดไว้ตามมาตรา 7 แห่งอนุสัญญาฯ ได้แก่

- (1) ค้นหาที่อยู่ของเด็กที่ถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย
- (2) ป้องกันไม่ให้เกิดอันตรายอื่น ๆ แก่เด็กและความเสียหายต่อผู้มีส่วนได้เสียโดยจัดให้มีมาตรการชั่วคราว
- (3) จัดให้มีการส่งเด็กคืนโดยสมัครใจ หรือหาข้อยุติอย่างสมานฉันท์ในการส่งเด็กคืน
- (4) แลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับภูมิหลังทางสังคมของเด็ก

*b) at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention.*

The rights of custody mentioned in sub-paragraph *a)* above, may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of that State.

<sup>166</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 4: The Convention shall apply to any child who was habitually resident in a Contracting State immediately before any breach of custody or access rights. The Convention shall cease to apply when the child attains the age of 16 years.

<sup>167</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 5: For the purposes of this Convention –

- a) "rights of custody" shall include rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence;*
- b) "rights of access" shall include the right to take a child for a limited period of time to a place other than the child's habitual residence.*

(5) ให้ข้อมูลด้านกฎหมายของประเทศตนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการตามอนุสัญญาฯ

(6) ฟ้องคดี หรือให้ความสะดวกในการฟ้องคดีในศาลหรือหน่วยงานทางฝ่ายปกครองโดยมุ่งหมายให้มีการส่งตัวเด็กคืน ในกรณีที่เหมาะสมเตรียมการจัดให้หรือรักษาสิทธิในการติดต่อกับเด็กอย่างมีประสิทธิภาพ

(7) เมื่อมีความจำเป็นตามสถานการณ์ ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย หรือให้คำปรึกษากฎหมาย รวมทั้งมีที่ปรึกษาทางกฎหมายเข้าร่วมด้วย

(8) ใช้มาตรการทางปกครองเท่าที่จำเป็นและเหมาะสม เพื่อป้องกันการส่งตัวเด็กคืนอย่างปลอดภัย

(9) ประสานข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินการตามอนุสัญญาฯ และดำเนินการต่าง ๆ เท่าที่สามารถจะกระทำได้เพื่อขจัดอุปสรรคในการดำเนินงาน<sup>168</sup>

### 3.5.3.3 การส่งตัวเด็กคืน (Return of Children)

เมื่อมีการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวเด็กไว้ในต่างประเทศโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย บุคคลผู้ใช้อำนาจปกครอง สถาบัน หรือหน่วยงานอื่นใดที่ประสงค์จะนำตัวเด็กกลับคืน อาจร้องขอต่อผู้ประสานงานกลาง (Central Authority) ในประเทศภาคีที่เด็กเคยมีที่อยู่ตามปกติก่อนที่ถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวไว้ เพื่อให้ประสานงานกับผู้ประสานงานกลางในประเทศภาคีที่เด็กถูกลักพาไปหรือถูกหน่วงเหนี่ยวไว้ หรืออาจร้องขอต่อผู้ประสานงานกลางในประเทศภาคีที่เด็กถูกลักพาไปหรือถูกหน่วงเหนี่ยวไว้โดยตรงก็ได้ ในคำร้องขอจะต้องประกอบด้วย

(ก) ข้อมูลเกี่ยวกับอัตลักษณ์ของผู้ยื่นคำร้อง เด็กที่ถูกลักพาไป และของผู้ถูกกล่าวหาว่าได้ลักพาเด็กไปหรือได้หน่วงเหนี่ยวเด็ก

(ข) วันเดือนปีเกิดของเด็ก ถ้ามี

(ค) เหตุผลประกอบคำร้องขอให้ส่งเด็กคืน

(ง) ข้อมูลที่มีอยู่ทั้งหมดเกี่ยวกับที่อยู่ของเด็กและอัตลักษณ์ของบุคคลที่เด็กถูกสันนิษฐานไว้ว่าอาศัยอยู่ด้วย

ใบคำร้องอาจมาพร้อมหรือเสริมด้วยเอกสารดังนี้

(จ) สำเนาคำพิพากษาหรือข้อตกลงที่ได้รับการรับรองความถูกต้อง

(ฉ) หนังสือรับรองที่ออกโดยผู้ประสานงานกลาง หรือหน่วยงานอื่นที่มีอำนาจของรัฐที่เด็กมีที่อยู่ตามปกติ หรือจากบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสม ที่เกี่ยวข้องกักฎหมายของรัฐนั้น

<sup>168</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 7.



(ข) เอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง<sup>169</sup>

ถ้าผู้ประสานงานกลางที่ได้รับคำร้องขอตามมาตรา 8 มีเหตุผลที่จะเชื่อได้ว่าเด็กนั้นอยู่ในรัฐภาคีอื่นแล้ว ผู้ประสานงานกลางของรัฐภาคีนั้นจะต้องส่งคำร้องขอต่อผู้ประสานงานกลางของรัฐภาคีนั้นโดยตรงและไม่ชักช้า และแจ้งไปยังผู้ประสานงานของรัฐภาคีที่ผู้ร้องขออยู่หรือต่อผู้ร้องขอแล้วแต่กรณี<sup>170</sup> ผู้ประสานงานกลางของรัฐที่เด็กอาศัยอยู่ต้องใช้หรือมีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อที่จะได้รับตัวเด็กกลับคืนโดยสมัครใจ<sup>171</sup>

ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองของรัฐภาคีต้องพิจารณาตัดสินคดีเพื่อให้ได้ตัวเด็กกลับคืนมาอย่างรวดเร็ว หากเกิดกรณีที่ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบไม่อาจพิจารณาและตัดสินได้เสร็จภายในกำหนด 6 สัปดาห์ นับแต่วันที่เริ่มกระบวนการพิจารณา ผู้ประสานงานกลางหรือผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิขอทราบเหตุผลของความล่าช้าในการพิจารณาและตัดสินได้<sup>172</sup>

กรณีที่มีการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวเด็กไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นภายในระยะเวลาไม่เกิน 1 ปี ก่อนยื่นคำร้องต่อศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบ ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบจะต้องพิจารณาว่าจะให้ส่งตัวเด็กกลับคืนหรือไม่โดยเร็ว แม้ในกรณีที่การดำเนินคดีได้เริ่มขึ้นหลังจากพ้นกำหนดหนึ่งปี ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองอาจมีคำสั่งให้ส่งตัวเด็กคืน เว้นแต่จะได้มีการพิสูจน์ให้เห็นว่าเด็กนั้นได้คุ้นเคยปรับตัวกับสภาพแวดล้อมใหม่แล้ว ในกรณีที่ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบมีเหตุผลเชื่อได้ว่าเด็กนั้นถูกพาตัวไปยังอีกรัฐหนึ่งแล้วอาจดำเนินการตามกฎหมายหรือยกคำร้องขอตัวเด็กคืนก็ได้<sup>173</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบไม่จำเป็นต้องมีคำสั่งคืนตัวเด็กถ้าบุคคล สถาบันหรือหน่วยงานอื่นซึ่งคัดค้านการส่งตัวเด็กคืนนั้นกำหนดว่า 1) บุคคล สถาบันหรือหน่วยงานอื่นที่ดูแลบุตรของบุตรไม่ได้ใช้สิทธิทั้งหลายที่เกี่ยวกับการดูแลเด็กนั้นไม่มีอำนาจปกครอง ในขณะที่ถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวไว้ หรือได้รับความยินยอมหรือต่อมาได้รับความยินยอมในการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยว หรือ 2) มีความเสี่ยงที่ร้ายแรงที่การส่งตัวเด็กคืน ซึ่งอาจทำให้เด็กได้รับอันตรายทางร่างกายหรือจิตใจหรือทำให้เด็กอยู่ในสถานการณ์ที่ไม่สามารถทนได้ (Intolerable Situation) ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองอาจปฏิเสธที่จะมีคำสั่งส่งตัวเด็กคืนหากพบว่าเด็กนั้นคัดค้านการกลับไปและศาลเห็นว่าเด็กมีอายุและวุฒิภาวะที่

<sup>169</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 8.

<sup>170</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 9.

<sup>171</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 10.

<sup>172</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 11.

<sup>173</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 12.

ควรจะรับฟังคำคัดค้านนั้น ในการพิจารณาสถานการณ์ดังกล่าว ศาลหรือหน่วยงานทางปกครอง จะต้องคำนึงถึงข้อมูลเกี่ยวกับภูมิหลังทางสังคมของเด็กซึ่งผู้ประสานงานกลางหรือหน่วยงานอื่นที่มีอำนาจของรัฐที่เด็กมีที่อยู่ตามปกติให้ไว้<sup>174</sup>

ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่รับผิดชอบอาจพิจารณากฎหมายและคำพิพากษาของศาลหรือหน่วยงานทางปกครองของรัฐที่เด็กมีที่อยู่ตามปกติได้โดยตรง โดยไม่ต้องใช้กระบวนการเฉพาะสำหรับการพิสูจน์ว่ากฎหมายดังกล่าวหรือเพื่อรับรองคำตัดสินของต่างประเทศที่อาจมีผลบังคับใช้<sup>175</sup> นอกจากนี้ในกรณีที่ไม่แน่ใจว่าการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวเด็กเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐที่เด็กมีที่อยู่ตามปกติหรือไม่ ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองอาจสั่งให้ผู้ร้องขอส่งคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลหรือองค์กรอื่นที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดในประเทศที่เด็กมีถิ่นที่อยู่ปกติที่แสดงว่าการลักพาเด็กมาหรือหน่วงเหนี่ยวเด็กเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐที่เด็กมีที่อยู่ตามปกติด้วยเพื่อนำมาใช้ประกอบวินิจฉัยว่าจะส่งตัวเด็กกลับคืนหรือไม่ก็ได้<sup>176</sup>

หลังจากได้รับแจ้งว่ามีการลักพาหรือการหน่วงเหนี่ยวเด็กไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมายแล้ว ศาลหรือหน่วยงานทางปกครองของรัฐภาคีซึ่งเด็กได้ถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวจะไม่มีสิทธิในการกำหนดอำนาจปกครองจนกว่าจะมีการกำหนดว่าเด็กไม่ได้รับการส่งคืนภายใต้อนุสัญญานี้หรือเว้นแต่จะไม่มีที่ยื่นคำร้องขอตามอนุสัญญาภายในระยะเวลาอันสมควรหลังจากได้รับหนังสือแจ้ง<sup>177</sup> อย่างไรก็ตามศาลอาจยกคำร้องขอให้ส่งตัวเด็กกลับคืนถ้าการส่งตัวเด็กกลับคืนจะขัดกับหลักพื้นฐานของรัฐที่ร้องขออันเกี่ยวกับการคุ้มครอง สิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน<sup>178</sup> ในขณะที่สิทธิในการเข้าพบและเยี่ยมเยียนเด็กสามารถทำได้โดยการร้องขอความช่วยเหลือขอใช้สิทธิในการพบและเยี่ยมเยียนเด็ก ให้ทำตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ผู้ประสานงานกลางกำหนด<sup>179</sup>

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>174</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 13.

<sup>175</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 14.

<sup>176</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 15.

<sup>177</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 16.

<sup>178</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 20.

<sup>179</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 21.

การมีผลใช้บังคับตามอนุสัญญานี้จะต้องปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 38 วรรคแรก กล่าวคือรัฐภาคีอื่นๆ จะต้องยอมรับการภาคยานุวัติของรัฐที่เป็นภาคีสมาชิกใหม่และได้ฝากคำประกาศดังกล่าวต่อรัฐมนตรีต่างประเทศแห่งราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์<sup>180</sup>

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

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองยอมรับศักดิ์ศรีแต่กำเนิดและสิทธิที่เท่าเทียมกันและไม่อาจเพิกถอนได้ของสมาชิกทั้งปวงของมวลมนุษยชาตินั้นเป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติธรรมในโลก ประชาชนทั้งปวงมีสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองโดยอาศัยสิทธินั้นประชาชนจะกำหนดสถานะทางการเมืองของตนอย่างเสรีรวมทั้งดำเนินการอย่างเสรีในการพัฒนาเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรมของตน

กรณีที่เกี่ยวข้องกับเด็ก กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในการคุ้มครองชีวิต ร่างกายและเสรีภาพเกี่ยวกับเด็กไว้โดยมีรายละเอียดดังนี้

สิทธิที่จะเกิดมามีชีวิตมาแต่กำเนิด บัญญัติไว้ในส่วนที่ 3 ข้อ 6 กล่าวคือมนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตมาแต่กำเนิด สิทธินี้ต้องได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายบุคคลจะต้องไม่ถูกทำให้เสียชีวิตโดยอำเภอใจ<sup>181</sup> อีกทั้งในการกระทำความผิดที่มีโทษประหารชีวิต ICCPR ได้กำหนดให้เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีและสตรีขณะมีครรภ์จะถูกพิพากษาประหารชีวิตไม่ได้<sup>182</sup> และในการลงโทษบุคคลจะถูกทรมานหรือได้รับการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้าไม่ได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลจะถูก

<sup>180</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 38: Any other State may accede to the Convention. The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

<sup>181</sup> International Covenant on Civil and Political Rights. Part 3 Article 6: 1. Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.

<sup>182</sup> International Covenant on Civil and Political Rights. Part 3 Article 6: 5. Sentence of death shall not be imposed for crimes committed by persons below eighteen years of age and shall not be carried out on pregnant women.

ใช้ในการทดลองทางการแพทย์หรือทางวิทยาศาสตร์โดยปราศจากความยินยอมอย่างเสรีของบุคคลนั้นไม่ได้<sup>183</sup>

ในส่วนที่เกี่ยวกับเสรีภาพ ICCPR ได้กำหนดให้ บุคคลจะถูกเอาตัวลงเป็นทาสมิได้รับการเอาคนลงเป็นทาสและการค้าทาสทุกรูปแบบจะต้องถูกห้าม บุคคลจะถูกบังคับให้ตกอยู่ในภาวะเยี่ยงทาสมิได้ และบุคคลจะถูกเกณฑ์แรงงานหรือบังคับใช้แรงงานไม่ได้<sup>184</sup> บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของร่างกายจะถูกจับกุมหรือควบคุมโดยอำเภอใจไม่ได้ และจะถูกลิดรอนเสรีภาพของตนมิได้ ยกเว้นโดยเหตุและโดยเป็นไปตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย<sup>185</sup>

กรณีผู้กระทำผิดเป็นเด็กและเยาวชนต้องแยกผู้ต้องหาที่เป็นเด็กและเยาวชนออกจากผู้ต้องหาที่เป็นผู้ใหญ่และให้นำตัวขึ้นพิจารณาพิพากษาคดีให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้<sup>186</sup> และพิจารณาความให้เป็นไปโดยคำนึงถึงอายุและความปรารถนาที่จะส่งเสริมการแก้ไขฟื้นฟูความประพฤติของบุคคลนั้น<sup>187</sup>

กรณีการเลือกถิ่นที่อยู่และการได้รับความคุ้มครอง บุคคลทุกคนที่อยู่ในดินแดนของรัฐใดโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้ายและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในดินแดน

<sup>183</sup> International Covenant on Civil and Political Rights. Part 3 Article 7: No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation.

<sup>184</sup> International Covenant on Civil and Political Rights. Part 3 Article 8: 1. No one shall be held in slavery; slavery and the slave-trade in all their forms shall be prohibited.

2. No one shall be held in servitude.

3. (a) No one shall be required to perform forced or compulsory labour.

<sup>185</sup> International Covenant on Civil and Political Rights. Part 3 Article 9: 1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.

<sup>186</sup> International Covenant on Civil and Political Rights. Part 3 Article 10: 2(b) Accused juvenile persons shall be separated from adults and brought as speedily as possible for adjudication.

<sup>187</sup> International Covenant on Civil and Political Rights. Part 3 Article 14: 4. In the case of juvenile persons, the procedure shall be such as will take account of their age and the desirability of promoting their rehabilitation.

ของรัฐนั้น<sup>188</sup> เด็กทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยมาตรการต่างๆ ที่จำเป็นตามสถานะของผู้เยาว์จากครอบครัวของตน สังคมและรัฐ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเชื้อชาติผิว เพศภาษาศาสนาเผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคมทรัพย์สินหรือกำเนิด<sup>189</sup> และรัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะเคารพเสรีภาพของบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายในการให้การศึกษาด้านศาสนาและศีลธรรมแก่เด็กตามความเชื่อของตนด้วย<sup>190</sup>



<sup>188</sup> International Covenant on Civil and Political Rights. Part 3 Article 12: 1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

<sup>189</sup> International Covenant on Civil and Political Rights. Part 3 Article 24: 1. Every child shall have, without any discrimination as to race, colour, sex, language, religion, national or social origin, property or birth, the right to such measures of protection as are required by his status as a minor, on the part of his family, society and the State.

<sup>190</sup> International Covenant on Civil and Political Rights. Part 3 Article 18: 4. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

## บทที่ 4

### วิวัฒนาการและแนวความคิดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของต่างประเทศ

วิวัฒนาการและมาตรการทางกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของต่างประเทศ ในบทนี้จะได้ศึกษาในส่วนของแนวความคิดในการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ในยุคโบราณ และศึกษาแนวความคิดการกำหนดความผิดทางอาชญาฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และสาธารณรัฐอินเดียซึ่งทั้งสามประเทศนี้มีอิทธิพลทั้งทางตรงและทางอ้อมในการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ทั้งกรรมการร่างที่เป็นชาวต่างประเทศได้แก่ นายยอร์ช ปาดูซ์ (George Padoux) ชาวฝรั่งเศส และ นายโทคิชิ มาซาโอะ (Tokichi Masao) ชาวญี่ปุ่น ได้นำประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสซึ่งบัญญัติขึ้นใน ค.ศ. 1810 (พ.ศ. 2353) และมีพระราชบัญญัติแก้ไขถึง 19 ฉบับในช่วง ค.ศ. 1832-1905 (พ.ศ. 2375-2448) ร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับแก้ไขใหม่ของญี่ปุ่นพิมพ์ใน ค.ศ. 1903 (พ.ศ. 2446) และประมวลกฎหมายอาญาอินเดียซึ่งบัญญัติไว้ใน ค.ศ. 1867 (พ.ศ. 2410) และแก้ไขเมื่อ ค.ศ. 1870 (พ.ศ. 2413) ค.ศ. 1882 (พ.ศ. 2425) และ ค.ศ. 1886 (พ.ศ. 2429) มาเป็นกฎหมายที่ใช้ในการเปรียบเทียบ<sup>1</sup> อีกทั้งในการเรียนการสอนกฎหมายอาญาโดยพระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์ พ.ศ. 2475 ได้อธิบายไว้ว่าในความผิดตามมาตรา 273 มาตรา 274 และมาตรา 275 ซึ่งเป็นความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ให้เทียบประมวลกฎหมายลักษณะอาชญาอินเดียในเรื่องความผิดประเภทเดียวกันนี้<sup>2</sup> ดังนั้นจึงเห็นเป็นการสมควรที่จะนำวิวัฒนาการความผิดฐานดังกล่าวของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และสาธารณรัฐอินเดียมาศึกษา เพื่อให้ทราบถึงวิวัฒนาการและแนวความคิดของการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของแต่ละประเทศพลวัตไปอย่างไรและมีปัจจัยใดบ้างที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงการกำหนดความผิดฐานนั้น

#### 4.1 แนวความคิดในการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ในยุคโบราณ

กฎหมายในยุคโบราณนั้นมีแนวคิดในการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ด้วยเช่นกัน ในสมัยที่เริ่มเกิดอารยธรรมในยุคโบราณเช่นในยุคเมโสโปเตเมีย สังคมมีการเจริญเติบโตเรื่อยมาจนถึงยุคโบราณตอนปลายซึ่งเป็นยุคของอาณาจักรโรมัน ในยุคนั้นมนุษย์มีสังคมที่ใหญ่ขึ้นและจำเป็นต้องมีการจัดระเบียบแบบแผนในสังคม ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กได้มีการกำหนดอำนาจปกครองเหนือบุตร การ

<sup>1</sup> กนิษฐา ชิตช่วง, "มูลเหตุของการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127," หน้า 134.

<sup>2</sup> พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์, คำอธิบายกฎหมายอาชญา, หน้า 363-364.

ลงโทษผู้กระทำความผิดกรณีทำให้บุตรของผู้อื่นถึงแก่ความตาย การรับบุตรบุญธรรม และอำนาจของหัวหน้าครอบครัว เป็นต้น กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เก่าแก่ได้แก่ กฎหมายของชาวบาบิโลนซึ่งมีประมวลกฎหมายฮัมมูราบี (ประมาณ 1792-1745 ปีก่อนคริสต์ศักราช) ได้ถูกจารึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้กฎหมายในยุคโบราณที่จารึกเป็นลายลักษณ์อักษรและมีอิทธิพลเป็นอย่างมากต่อกฎหมายปัจจุบันในภาคพื้นยุโรปคือกฎหมายของชาวโรมันซึ่งถือกำเนิดขึ้นในอาณาจักรโรมัน โดยมีประมวลกฎหมายครั้งแรกในยุคสาธารณรัฐ (ประมาณ 450 ปีก่อนคริสต์ศักราช) เรียกว่ากฎหมายสิบสองโต๊ะซึ่งดำรงความสำคัญเป็นเวลากว่าหนึ่งพันปี จนกระทั่งสมัยจักรพรรดิจัสติเนียน (ประมาณ ค.ศ. 527) ที่ได้มีการรวบรวมกฎหมายโรมันให้มีลักษณะเป็นหมวดหมู่เรียกกฎหมายดังกล่าวว่า (The Justinian Code หรือ Corpus Juris Civilis)

ความผิดที่เกี่ยวข้องกับการพรากหรือลักพานั้นได้ปรากฏในกฎหมายของชาวบาบิโลน และในกฎหมายของชาวโรมันด้วย ซึ่งมีประเด็นเรื่องอำนาจปกครอง และการกำหนดความผิดและโทษกรณีพรากหรือลักพาเด็กและผู้เยาว์ด้วย

#### 4.1.1 กฎหมายของชาวบาบิโลน (Babylonian Law)

ชาวบาบิโลนเป็นชนชาติที่อยู่ในดินแดนระหว่างแม่น้ำไทกริส (Tigris) และแม่น้ำยูเฟรติส (Euphrates) ซึ่งเรียกว่าเมโสโปเตเมีย (Mesopotamia) และปัจจุบันนี้เป็นที่ตั้งของประเทศอิรัก เป็นดินแดนที่มีอารยธรรมไม่ว่าจะเป็นทางด้าน รัฐศาสตร์ อักษรศาสตร์ คณิตศาสตร์ สถาปัตยกรรมศาสตร์ ศาสนา และวรรณคดี รวมทั้งนิติศาสตร์ด้วย ประมวลกฎหมายฉบับนี้ได้รับการยกย่องว่าเป็นประมวลกฎหมายเก่าแก่ที่มีความสมบูรณ์ที่สุดในยุคนั้น และได้เป็นแบบอย่างของกฎหมายในยุคต่อๆมาด้วยคือ ประมวลกฎหมายฮัมมูราบี (The Code of Hammurabi) ซึ่งจัดทำขึ้นโดยพระเจ้าฮัมมูราบี (King Hammurabi) ลักษณะสำคัญที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญาของประมวลกฎหมายนี้ได้แก่

(1) การแบ่งวรรณะของประชาชน โดยแบ่งออกเป็น 3 ชั้นได้แก่พวก Awetu คือชนชั้นสูงพวก Muskinu ได้แก่ประชาชนธรรมดา และพวก Ardu ได้แก่ชนชั้นต่ำหรือทาส ซึ่งมีผลต่อผู้ที่กระทำความผิดต่อชนชั้นสูงทำให้ได้รับโทษหรือถูกปรับสูงกว่าอัตราปกติ

(2) กฎหมายอาญาของประมวลกฎหมายฮัมมูราบี มีลักษณะ “ตาต่อตาฟันต่อฟัน” ยึดถือหลักการแก้แค้นทดแทนอย่างรุนแรง ซึ่งเป็นหลักการของกฎหมายดั้งเดิมซึ่งมีชื่อว่า lex talionis และมีเพียงโทษประหารชีวิตกับโทษปรับเท่านั้น ไม่มีโทษจำคุก และกรณีที่กระทำต่อบุตรของผู้อื่นเช่น เจ้าหนี้ทำให้บุตรของลูกหนี้ซึ่งมาอยู่กับตนในฐานะเป็นผู้ซัดหนี้ (mancipium) ถึงแก่ความตาย บุตรของเจ้าหนี้จะถูกลงโทษให้ถึงแก่ความตายด้วย หรือช่างก่อสร้างบ้านเรือนที่ทำให้บุตรของเจ้าของบ้าน

ถึงแก่ความตายโดยประมาท บุตรของตนจะถูกลงโทษให้ถึงแก่ความตายเช่นกัน นอกจากนี้บุคคลใดทำให้บุตรสาวของผู้อื่นถึงแก่ความตาย บุตรสาวของตนก็จะถูกลงโทษให้ถึงแก่ความตายด้วย อย่างไรก็ตามผู้ที่ต้องรับโทษทางอาญาอย่างรุนแรงต้องเป็นผู้กระทำความผิดโดยเจตนา แต่ถ้าสาบานว่าได้ฆ่าคนตายจริงแต่ไม่มีเจตนา โทษที่ได้รับเป็นเพียงโทษปรับเท่านั้น โดยค่านึงถึงชั้น วรรณะ ของผู้ที่ถึงแก่ความตาย<sup>3</sup>

ในเรื่องอำนาจปกครองเหนือบุตรนั้น บิดามีอำนาจเหนือบุตรสาวแต่พี่ชายเป็นผู้จัดการทรัพย์สินของน้องสาวจนกระทั่งหลังสมรสแล้วสามีของหญิงจึงเป็นผู้จัดการทรัพย์สินนั้นต่อมา ส่วนบุตรชายที่บรรลุนิติภาวะแล้วจะได้รับการปลดปล่อยจากอำนาจปกครองของบิดาเมื่อทำการสมรสและจะได้รับทรัพย์สินส่วนของตน<sup>4</sup> หรือกรณีถ้าบุคคลรับบุตรบุญธรรมและภายหลังบุตรบุญธรรมทำร้ายพ่อหรือแม่บุญธรรม บุตรบุญธรรมคนนี้จะต้องกลับไปยังบ้านพ่อเดิมของเขาเป็นต้น<sup>5</sup>

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ กฎหมายของฮัมมูราบี (The Code of Hammurabi) ได้บัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองผู้เยาว์มิให้ถูกพรากไปจากผู้ปกครองเช่นกัน โดยบัญญัติให้ผู้ใดพรากบุตรที่เป็นผู้เยาว์ไปจากผู้อื่น ผู้พรากต้องได้รับโทษประหารชีวิต<sup>6</sup>หรือหากได้มีการพาตัวทาสชายหรือทาสหญิงของผู้อื่นไปนอกเมือง ผู้ลักพาต้องโทษประหารชีวิตเช่นกัน<sup>7</sup>

#### 4.1.2 กฎหมายของชาวโรมัน (Roman Law)

กฎหมายของชาวโรมันที่มีอิทธิพลต่อกฎหมายปัจจุบันได้แก่กฎหมาย 12 โต๊ะ และประมวลกฎหมายจัสติเนียน (The Justinian Code หรือ Corpus Juris Civilis) ที่มีอิทธิพลต่อกฎหมายและความคิดในด้านนิติศาสตร์ของโลก กฎหมายไทยก็ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันเช่นกัน ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์จะขอพิจารณากฎหมายของชาวโรมันในเรื่องอำนาจปกครอง

<sup>3</sup> อุกฤษ มงคลนาวิน, ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ (สากล), พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิชย์, 2514), หน้า 4-5.

<sup>4</sup> กำธร กำประเสริฐ, คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย, หน้า 116.

<sup>5</sup> L. W. King, "The Code of Hammurabi," [Online] Accessed: 17 December 2018. Available from: <http://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>

<sup>6</sup> Ibid.

Article 14: If any one steal the minor son of another, he shall be put to death.

<sup>7</sup> Ibid.

Article 15: If any one take a male or female slave of the court, or a male or female slave of a freed man, outside the city gates, he shall be put to death.



ของหัวหน้าครอบครัวเหนือบุตรซึ่งมีความสำคัญอันที่สามารถนำมาเปรียบเทียบกับอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลได้

กฎหมายโรมันโบราณ ครอบครัวเป็นเรื่องการพึ่งพาอาศัยอำนาจของหัวหน้าครอบครัว (patria potestas) เป็นหลัก มีลักษณะเป็นกลุ่มคนซึ่งขึ้นอยู่กับอำนาจของบุคคลคนเดียว อำนาจของหัวหน้าครอบครัวเหนือบุตรอาจแยกออกได้เป็น 2 ด้านคือด้านร่างกายและทรัพย์สิน โดยหัวหน้าครอบครัวมีอำนาจดังนี้<sup>8</sup>

(1) หัวหน้าครอบครัวอาจลงโทษสมาชิกในครอบครัวให้ถึงตายได้อำนาจนี้ตามกฎหมาย 12 โต๊ะมีลักษณะเด็ดขาด และรวมถึงการเขียน กักขัง และฆ่า อย่างไรก็ตามก็ตีการฆ่าสมาชิกในครอบครัวนั้นไม่ค่อยเกิดขึ้นและถ้าขาดเหตุอันควรจะทำให้หัวหน้าครอบครัวเสียชื่อได้

(2) อำนาจในการขายคนในครอบครัว การนำคนดังกล่าวไปขายจะมีผลอย่างไรสุดแล้วแต่สถานที่ที่จะนำไปขาย เช่นถ้าขายข้ามแม่น้ำไทเบอร์ผู้ถูกขายจะตกเป็นทาสทันที แต่ถ้าขายภายในกรุงโรมจะมีสถานะด้อยลงกว่าปกติหรือเกือบเป็นทาส บุตรอยู่ในสถานะคล้ายทรัพย์สินของหัวหน้าครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื่องจากการบำบัดปัดเป่าเชิงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับบุตรเช่น ถ้าบุตรถูกลักพาตัวไปก็ถือว่าถูกโจรกรรมไปและหัวหน้าครอบครัวจะได้บุตรคืนมาได้ก็โดยวิธีการติดตามเอาคืนทรัพย์สินจากบุคคลที่ไม่มีสิทธิ์จะยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้และฟ้องเรียกค่าเสียหายเพราะโจรกรรม ยิ่งกว่านั้น ไพรทอร์ (Praetor) จะออกคำสั่งให้ผู้กักขังบุตรผู้อื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนำบุตรมาปรากฏตัวถ้าปรากฏชัดว่าบุตรถูกกักขังจริงก็จะออกคำสั่งให้ปลดปล่อยเด็กให้พ้นจากการกักขังและคืนให้กับหัวหน้าครอบครัวต่อไป ดังนั้นวิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการมาตรฐานในการติดตามเด็กซึ่งถูกลักพาตัวกลับคืนมา

(3) อำนาจในการยกบุคคลในครอบครัวให้สมรสกับบุคคลอื่นหรืออำนาจที่จะจับสมาชิกในครอบครัวให้หย่าร้างกับคู่สมรส

(4) อำนาจในการยกสมาชิกครอบครัวให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นหรือปลดปล่อยบุตรตามความพอใจ อย่างไรก็ตามก็ภายหลังกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปโดยกำหนดให้ขอความยินยอมจากสมาชิกในครอบครัวที่เกี่ยวข้องเสียก่อนมิฉะนั้นแล้วจะยกให้เป็นบุตรบุญธรรมผู้อื่นหรือปลดปล่อยให้เป็นอิสระไม่ได้ การกำหนดให้มีความยินยอมนี้มีข้อยกเว้นว่าหากสมาชิกในครอบครัวที่เกี่ยวข้องเป็นทารกก็ไม่ต้องให้ความยินยอมเพราะอย่างไรเสียทารกก็ไม่อยู่ในฐานะที่จะให้ความยินยอมได้

<sup>8</sup> ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 90-98.

โดยปกติหญิงอายุ 12 ปีและชายอายุ 14 ปีถือว่าบรรลุนิติภาวะคือเป็น pubes หรือถึงวัย pubertas แต่ก็ยังเป็นผู้เยาว์ (Minor) คืออายุน้อยกว่า 25 ปี ในสมัยโรมันยังจัดให้มีการพิทักษ์ผู้เยาว์ที่เป็นหัวหน้าครอบครัวด้วย การดูแลผู้เยาว์ที่เป็นหัวหน้าครอบครัวเรียกว่า cura minorum คือการดูแลหัวหน้าครอบครัวที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ยังเป็นผู้เยาว์เพราะอายุไม่ครบอายุบริบูรณ์ 25 ปีซึ่งถือว่าเป็นอายุครบถ้วนบริบูรณ์ การอนุบาลหรือพิทักษ์ผู้เยาว์มิได้ใช้กับผู้เยาว์ทุกคน จะอนุบาลหรือพิทักษ์เฉพาะผู้เยาว์ที่มีทรัพย์สินและเป็นหัวหน้าครอบครัวเท่านั้น<sup>9</sup>

เมื่อพิจารณากฎหมายโรมันในส่วนของอำนาจปกครองของหัวหน้าครอบครัวเหนือบุตรกฎหมายโรมันแตกต่างจากกฎหมายตราสามดวงหรือพระธรรมศาสตร์ที่มีการระบุไว้ว่าทาสเป็นทรัพย์สิน ดังนั้นการลักทาสหรือลักบุตรจึงมีความผิดฐานลักทรัพย์<sup>10</sup>

ความผิดฐานพรากหรือลักพาปรากฏในกฎหมายโรมันในสมัยพระเจ้าคอนสแตนติน (Emperor Constantine) โดยกฎหมายลงโทษผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวข้องทุกคนในการลักพา ซึ่งรวมถึงหญิงที่รู้เห็นเป็นใจและครอบครัวของหญิงนั้นด้วย ถึงแม้ว่าในเวลาต่อมาจะตกลงให้บุตรสาวของตนแต่งงานกับผู้ลักพาตัวก็ตาม<sup>11</sup> จะเห็นได้ว่ากฎหมายโรมันได้กำหนดให้การลักพาเป็นสิ่งที่ต้องห้าม ไม่อาจกระทำได้แม้ผู้ถูกลักพาจะให้ความยินยอมก็ตาม

#### 4.2 ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายอาญาฝรั่งเศสมีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนานไปพร้อมกับประวัติศาสตร์ฝรั่งเศส โดยในบั้นนี้จะทำการศึกษาประวัติศาสตร์ฝรั่งเศสเพื่อให้เห็นถึงเหตุการณ์ สภาพสังคม เศรษฐกิจ การปกครอง และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอันเป็นปัจจัยต่อการเปลี่ยนแปลงกฎหมายอาญา โดยเฉพาะในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์นั้นมีวิวัฒนาการตามปัจจัยดังกล่าว โดยเจตนารมณ์ของกฎหมาย วัตถุประสงค์การกระทำ ลักษณะในการกระทำ โทษและเหตุเพิ่มโทษได้แปรเปลี่ยนไป ในส่วนของฝรั่งเศสจะแบ่งการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายเป็นสองช่วงกล่าวคือ ช่วงยุคกฎหมายก่อนสมัยใหม่หรือก่อนการปฏิรูปกฎหมาย (Pre-Modern Law) และยุคกฎหมายสมัยใหม่หรือช่วงภายหลังการปฏิรูปกฎหมาย (Modern Law)

<sup>9</sup> Ibid., 111-112, 127.

<sup>10</sup> ชัชพล ไชยพร, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ภาคก่อนปฏิรูป, หน้า 156.

<sup>11</sup> Constantine Law Cited in Judith Evans-Grubbs, "Abduction Marriage in Antiquity: A Law of Constantine (Cth lx. 24. I) and Its Social Context," The Journal of Roman Studies 79(1989).

## 4.2.1 ยุคกฎหมายก่อนสมัยใหม่ของฝรั่งเศส

ยุคกฎหมายก่อนสมัยใหม่ของฝรั่งเศสสามารถศึกษาได้ตั้งแต่ยุคฝรั่งเศสโบราณและยุคกลางตอนต้น (500 BC – 1000 AD) ยุคกลางตอนปลาย (1000 AD – 1500 AD) ยุกระบบราชาธิปไตย (Ancien Regime) ซึ่งรวมถึงช่วงปฏิวัติฝรั่งเศสด้วย การวิวัฒน์ของกฎหมายอาญาฝรั่งเศสซึ่งรวมถึงความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์มีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้

### 4.2.1.1 ยุคฝรั่งเศสโบราณและยุคกลาง

ชาวฝรั่งเศสเห็นว่าประวัติศาสตร์ของตนเริ่มขึ้นตั้งแต่มีชาวกอล (Gaul) เป็นบรรพบุรุษซึ่งเป็นกลุ่มคนชนเผ่าเซลติกที่มาตั้งรกรากในดินแดนประเทศฝรั่งเศสตั้งแต่ 500 ปีก่อนคริสตกาล ซึ่งต่อมาอยู่ภายใต้การปกครองของชาวโรมันจนกระทั่งศตวรรษที่ 5<sup>12</sup> ทั่วทั้งประเทศมีการทำเกษตรกรรมอย่างกว้างขวางซึ่งถูกควบคุมโดยเจ้าของที่ดิน (Landlord) ที่มีอำนาจซึ่งจัดได้เป็นชนชั้นปกครองซึ่งต่อมายังคงถือครองที่ดินตลอดยุคกลาง (Middle Ages)

การกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ปรากฏให้เห็นนับตั้งแต่ช่วงเวลาที่มีการรุกรานของพวกแฟรงค์และชนเผ่าอื่นๆ อันทำให้อาณาจักรโรมันสิ้นสุด โดยกฎหมายของชาวเบอกันดี (LOIS DES BOURGUIGNONS, VULGAIREMENT NOMMÉES LOI GOMBETTE) เป็นกฎหมายที่นำมาประกาศใช้เพื่อทำให้กฎหมายโบราณของพวกมีชัยอ่อนลงตามกฎหมายโรมันและตามหลักมนุษยนิยมของศาสนาคริสต์<sup>13</sup> บทบัญญัติความผิดฐานพรากเด็ก (Du rapt des jeunes filles) บัญญัติไว้ในบทที่ 12 มาตรา 1 มีลักษณะเป็นการคุ้มครองเด็กหญิง และผู้กระทำความผิดต้องชดใช้ค่าสินไหมและค่าปรับแก่บิดาหรือมารดาของ โดยมีสาระสำคัญว่า

“หากเด็กผู้หญิงถูกลักพาตัว และเมื่อเธอได้กลับไปหาบิดามารดาของเธอ เธอได้สูญเสียความบริสุทธิ์ ผู้ลักพาตัวจะต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนหกเท่าของค่าสมรส และเสียค่าปรับด้วยทองคำ 12 เซนต์”<sup>14</sup>

เห็นได้ว่ากฎหมายของชาวเบอกันดีนี้กำหนดให้บุคคลที่กระทำความผิดฐานนี้ต้องชดใช้ค่าสินไหมและค่าปรับซึ่งมีลักษณะเป็นการชดใช้ค่าเสียหายทางแพ่งมากกว่าการลงโทษทาง

<sup>12</sup> Denis C. Meyer, "France an Outline of History,"(Hong Kong: School of Modern Languages and Cultures, The University of Hong Kong, 2008).

<sup>13</sup> "Lois Des Bourguignons, Vulgairement Nommées Loi Gombette ", [Online] Accessed: 28 April 2019. Available from: [https://ledroitcriminel.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/loi\\_gombette.htm](https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/loi_gombette.htm)

<sup>14</sup> Ibid.

อาญา อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าบทบัญญัติในความผิดฐานลักพาเด็กหญิงไปกระทำชำเราทำให้ความคุ้มครองถึงอำนาจปกครองของบิดามารดาของเด็ก และให้ความคุ้มครองในตัวเด็กด้วยโดยคำนึงถึงความบริสุทธิ์ของเด็กหญิงเป็นสำคัญ แต่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองถึงเด็กชาย

กฎหมายอาญาของฝรั่งเศสในยุคต่อมาพบในหลักฐานทางประวัติศาสตร์โดยมีการบันทึกกฎหมายในสมัยพระเจ้าโคลวิสซึ่งมีการใช้เรื่อยมาอันเป็นกฎหมายประเพณีเยอรมานิก ซึ่งเรียกว่าลัวซาลิกหรือกฎหมายแซลิก (LA LOI SALIQUE) ในช่วงค.ศ. 511 - 798 ซึ่งกฎหมายของพระเจ้าชาร์เลอมาญก็มีพื้นฐานมาจากกฎหมายแซลิกด้วยเช่นกัน กฎหมายแซลิกเป็นกฎหมายที่บัญญัติเพื่อสนับสนุนกฎหมายที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ อันทำให้เกิดความมั่นคงของรัฐเป็นเวลาถึงแปดศตวรรษ กฎหมายแซลิกซึ่งเป็นกลุ่มกฎหมายของชาวแฟรงก์นี้เป็นรากฐานทางกฎหมายที่สำคัญซึ่งครอบคลุมกฎหมายเกี่ยวกับมรดก กฎหมายอาญา การระบุงค่าเสียหายค่าปรับ และค่าใช้จ่ายแก่ศาล<sup>15</sup> และความผิดฐานลักพาได้บัญญัติไว้ในกฎหมายแซลิกนี้ด้วย โดยมีความผิดฐานลักพาทาสไปจากเจ้านายตามบทที่ 41 (TITRE XLI: DE CEUX QUI AURONT TENTÉ D'ENLEVER UN ESCLAVE À SON MAITRE) มีสาระสำคัญว่า หากผู้ใดลักพาทาสของผู้อื่นมาเป็นทาสของนายตน ต้องระวางโทษชดใช้เงิน 600 ดินาร์ หรือชดใช้เป็นจำนวน 15 เหยียดทอง<sup>16</sup> และในความผิดที่เกี่ยวกับการลักพาเด็กและหญิงซึ่งมีสามีตามบทที่ 14 (TITRE XIV : DE L'ENLÈVEMENT DES FEMMES DE CONDITION LIBRE, PAR DES HOMMES DE MÊME CONDITION)<sup>17</sup> โดยมีสาระสำคัญดังนี้

มาตรา 1: “หากชายสามคนได้ลักพาตัวเด็กหญิงไปจากบ้านหรือที่อยู่อาศัย ชายแต่ละคนต้องชดใช้เป็นเงิน 1200 ดินาร์หรือชดใช้เป็นจำนวน 30 เหยียดทอง”<sup>18</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>15</sup> "La Loi Salique," [Online] Accessed: 29 April 2019. Available from:

[https://ledroitcriminel.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/loi\\_salique.htm](https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/loi_salique.htm)

<sup>16</sup> Ibid.

Article 1: Quiconque sera convaincu d'avoir tenté d'enlever un esclave à son maître, sera condamné à payer 600 deniers, ou 15 sous d'or.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid.

Article 1: Si trois hommes ont enlevé une jeune fille de condition libre, de sa maison, ou d'une de ces habitations souterraines qu'on nomme *écreignes*, chacun d'eux sera condamné à payer 1.200 deniers, ou 30 sous d'or.

กฎหมายยังได้ลงโทษผู้ให้ความช่วยเหลือในการลักพาตามมาตรา 2 และมาตรา 3<sup>19</sup> และสำหรับผู้กระทำการลักพาตัวนั้นต้องชดใช้ 2500 ดินาร์ หรือ 62 เหยียดทองคำ<sup>20</sup>

นอกจากนี้กรณีที่ถูกลักพาที่เป็นอิสระต่อกษัตริย์ได้ลักพาตัวผู้หญิงไป ต้องชดใช้การกระทำครั้งนี้ด้วยชีวิตของเขา<sup>21</sup> แต่ถ้าผู้หญิงตามผู้ลักพาไปด้วยความเต็มใจ เธอจะสูญเสียอิสรภาพของเธอ<sup>22</sup> กรณีลักพาหญิงไปจากผู้ชายคู่หมั้นเพื่อพาไปแต่งงานนั้น กฎหมายแซลิกยังกำหนดให้ผู้ลักพาต้องชดใช้เงินเป็นจำนวน 2500 ดินาร์หรือชดใช้เป็นจำนวน 62 เหยียดทองคำ<sup>23</sup> นอกจากนี้ผู้ลักพายังต้องชดใช้เงินแก่คู่หมั้นของหญิงที่ถูกลักพาเป็นจำนวน 600 ดินาร์หรือ 15 เหยียดทองคำ<sup>24</sup> และผู้ใดก็ตามได้ลักพาหญิงที่แต่งงานแล้วไปในขณะที่สามีของหญิงที่ถูกลักพายังมีชีวิตอยู่ ต้องชดใช้เป็นเงิน 8000 ดินาร์หรือชดใช้เป็นจำนวน 200 เหยียดทองคำ<sup>25</sup>

เห็นได้ว่าการกำหนดความผิดที่เกี่ยวข้องกับการพรากรหรือลักพาตามกฎหมายแซลิก มีสาระสำคัญที่ห้ามการลักพา ทาส โดยมีแนวความคิดที่ต้องการคุ้มครองรัฐ เพื่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจสังคม ไม่ให้ขาดแรงงานทางการเกษตร และกำลังพลในการสงคราม ในขณะที่การลักพาเด็กและผู้เยาว์ ผู้ลักพาต้องชดใช้เป็นเงิน แต่หากผู้ลักพาที่เป็นอิสระต่อกษัตริย์ (*un affranchi du roi*) ลักพาหญิงทั่วไป ต้องได้รับการลงโทษประหารชีวิต

<sup>19</sup> Ibid.

Article 2: Si avec ces trois hommes il s'en est trouvé d'autres qui ont assisté à l'enlèvement, chacun de ceux-ci sera condamné à payer 200 deniers, ou 5 sous d'or.

Article 3: Si quelques personnes ont facilité cet enlèvement en amenant des barques légères, chacune d'elles sera condamnée à payer 120 deniers, ou trois sous d'or.

<sup>20</sup> Ibid. Article 4: Quant au ravisseur lui-même, il sera condamné à payer 2.500 deniers, ou 62 sous d'or et demi.

<sup>21</sup> Ibid. Article 6: Si un affranchi du roi, ou un *lète*, a enlevé une femme de condition libre, il paiera de sa vie cet attentat.

<sup>22</sup> Ibid. Article 7: Si une femme de condition libre a suivi volontairement un de ceux dont nous venons de parler, elle perdra sa liberté.

<sup>23</sup> Ibid. Article 8: Si quelqu'un a enlevé la fiancée, d'un autre homme, et l'a épousée, il sera condamné à payer 2.500 deniers, ou 62 sous d'or et demi.

<sup>24</sup> Ibid. Article 9: Il sera, de plus, condamné à payer, au fiancé de la fille qu'il a enlevée, 600 deniers, ou 15 sous d'or.

<sup>25</sup> Ibid. Article 12: Quiconque aura enlevé une femme mariée, pendant la vie du mari, sera condamné à payer 8.000 deniers, ou 200 sous d'or.

ประเทศฝรั่งเศสเริ่มจะมีลักษณะเป็นรัฐโดยเฉพาอย่างยิ่งภายหลังจากราชวงศ์คาเปเตียง (Capetian) ได้ขึ้นครองอำนาจในปารีส และในเวลาต่อมาได้ขยายอำนาจไปทั่วประเทศฝรั่งเศสผ่านระบบขุนนาง ในช่วงเวลานี้ระบบกฎหมายจึงมีความซับซ้อน เป็นระบบข้าขุนนางซึ่งวางรากฐานของระบบศักดินาสวามิภักดิ์ ซึ่งได้ยกเลิกกฎหมายตามหลักสัญชาติ (Jus Sanguinis) และริเริ่มการปกครองดินแดนภายใต้กฎหมายแทน อย่างไรก็ตามกฎหมายที่ได้กำหนดขึ้นมาขึ้นอยู่กับพื้นฐานของท้องถิ่นไม่ใช่กฎหมายของสัญชาติที่ติดต่อกับบุคคล แต่มีไว้ว่ากฎหมายจะบังคับใช้ได้กับประชาชนในท้องถิ่น ประชาชนถูกแบ่งออกเป็นชนชั้นได้แก่ ขุนนาง (Nobility) นักบวช (Clergy) พ่อค้า (The Trading Class) ข้าแผ่นดิน (Serf) ซึ่งคนเหล่านี้มีกฎหมายบังคับใช้แตกต่างกันไป<sup>26</sup>

ความสัมพันธ์ของบุคคลในระบบศักดินาสวามิภักดิ์ (Feudal System) มีความสำคัญต่อการกำหนดความผิดฐานลักพา ซึ่งระบบดังกล่าวพัฒนามาจากระบบอุปถัมภ์อันเป็นลักษณะของการปกครองของสังคมโรมันแต่เดิม บุคคลที่มีฐานะทางสังคมต่ำจะอยู่ในความอุปการะของผู้ที่มีฐานะดีกว่า มีอำนาจมากกว่า ระบบนี้มีพื้นฐานที่ขึ้นอยู่กับสัญญาที่ดิน<sup>27</sup> ซึ่งสามารถอธิบายได้ว่ากษัตริย์พระราชทานที่ดินให้แก่ขุนนาง ขุนนางเหล่านี้มีฐานะเป็นข้าของกษัตริย์และในขณะเดียวกันก็เป็นขุนนางชั้นสูงซึ่งเป็นเจ้านายของขุนนางที่ต่ำกว่า มีการแบ่งที่ดินเป็นทอดๆ จนถึงข้าที่มีฐานะต่ำสุด การมอบที่ดินนี้ต้องมีการทำสัญญาโดยที่ผู้เป็นเจ้าของต้องคุ้มครองข้า ส่วนข้าจะต้องเกณฑ์คนเข้าสมทบกับกองทัพของเจ้านายเมื่อเกิดสงคราม ชวนาในชนบทส่วนใหญ่อยู่ในฐานะทาสติดที่ดิน ขุนนางเป็นเจ้าของที่ดินปกครองผู้คนและควบคุมการผลิต ทำให้ระบบปกครองและระบบเศรษฐกิจมีความสัมพันธ์กัน<sup>28</sup> ระบบศักดินาสวามิภักดิ์ของฝรั่งเศสยังคงมีต่อไปตลอดยุคกลางและยุคราชธิปไตย

อย่างไรก็ตามระบบศักดินานี้ไม่ได้ใช้ตลอดเหมือนกันทั้งประเทศฝรั่งเศส ระบบกฎหมายทางตอนเหนือและทางตอนใต้ของฝรั่งเศสมีความแตกต่างกันกล่าวคือ ทางตอนเหนือมีระบบกฎหมายที่เป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณี (droit coutumier) และในดินแดนทางใต้ใช้กฎหมายที่เรียกว่า ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (droit écrit) ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายโรมันซึ่งเรียกว่า Corpus Juris Civilis ปัจจัยต่อมาที่มีผลทำให้กฎหมายถูกแบ่งบังคับใช้เป็น 2 พื้นทีคือกฎหมายศักดินา ความสัมพันธ์ระหว่างขุนนางที่มีสภาพบรรดาศักดิ์สูงกับข้า เป็นตัวกำหนดความซับซ้อนของกฎหมาย

<sup>26</sup> Walter Cairns and Robert McKeon, *Introduction to French Law* (London: Cavendish Publishing Limited, 1995), p. 7.

<sup>27</sup> ชนาทิพย์ เกษะวัฒน์, *ประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมฝรั่งเศส (สมัยฟื้นฟูศิลปวิทยาการจนถึงสมัยปฏิวัติฝรั่งเศส)* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 3.

<sup>28</sup> Ibid.

ในระบบกฎหมายที่ใช้ลายลักษณ์อักษรนั้น กฎหมายระบบศักดินานั้นมีอยู่ในคำตัดสินของศาลท้องถิ่น ในขณะที่ทางตอนเหนือกฎหมายระบบศักดินาถูกกำหนดไว้ในกฎหมายจารีตประเพณี อย่างไรก็ตามก็ยังมีปัจจัยอื่นซึ่งส่งผลต่อกฎหมายในสองพื้นที่นี้อีกด้วยกล่าวคือ การตรากฎหมายโดยกษัตริย์ฝรั่งเศสซึ่งบังคับใช้ทั่วราชอาณาจักร นอกจากนี้เรื่องอะไรก็ตามที่เกี่ยวข้องในขอบเขตของศาลของนักบวชอยู่ภายใต้กฎหมายพระศาสนจักร (Canon Law) ซึ่งบังคับใช้ทั้งระบบกฎหมายจารีตประเพณีและในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วย<sup>29</sup>

ลักษณะกฎหมายอาญาโดยทั่วไปของฝรั่งเศสในช่วงยุคกลางนี้ เห็นว่ามีได้มีหลักการหรือทฤษฎีทางกฎหมายอาญาที่ใช้ในปัจจุบัน ในยุคสมัยนั้นไม่มีความพยายามใดๆ ที่จะพิจารณาอย่างรอบคอบว่าอะไรเป็นรากฐานที่แท้จริงของสิทธิในการลงโทษ (Right to punishment) ปริมาณที่เหมาะสมในการลงโทษ และข้อผิดพลาดที่ต้องหลีกเลี่ยง กฎหมายอาญาในยุคกลางนี้ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายของชาวเยอรมานิกดั้งเดิม (Germanic Law) ที่มีโทษส่วนใหญ่เป็นการปรับ รูปแบบการทรมานบางประเภท และรวมถึงการแขวนคอด้วย แต่ในบางฐานความผิดก็หยิบยืมมาจากกฎหมายโรมัน (Roman Law) ด้วยเช่นกัน<sup>30</sup>

การกระทำความผิดทางอาญาต่อครอบครัวส่วนใหญ่ประกอบด้วยความผิดที่กระทำต่อผู้หญิง แต่ก็มีการกระทำต่อผู้ชายเช่นกัน ความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานลักพาหญิงเกิดขึ้นบ่อยครั้งในช่วงยุคกลาง นักกฎหมายได้ให้ข้อมูลในเรื่องนี้ว่า บ่อยครั้งที่เด็กหรือผู้หญิงได้ให้การไม่ตรงกับความเป็นจริงว่าพวกเขาถูกลักพาตัวไปโดยใช้กำลังและด้วยความรุนแรง และดูเหมือนว่าการลักพาตัวจะมิได้กระทำแต่เฉพาะเด็กหรือหญิงที่ยังไม่ได้แต่งงานเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการลักพาตัวหญิงที่แต่งงานแล้วเพื่อที่จะได้มาซึ่งของมีค่าที่หญิงนั้นนำติดตัวมาด้วย โทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดคือการประหารชีวิต เว้นแต่หญิงที่ถูกลักพาสมัครใจยอมแต่งงานกับผู้ลักพา การแต่งงานจึงเป็นการยุติการดำเนินคดี<sup>31</sup>

#### 4.2.1.2 ยุคราชธิปไตย (Ancien Regime)

ในอดีตสมัยที่ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีก่อตัวขึ้น แต่เป็นเพียงจักรวรรดิเดียว กฎหมายอาญาเยอรมานิก (Germanic Penal Law) เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับทั้งสองประเทศหลังจากที่พระเจ้าชาร์เลอมาญ (Charlemagne) ถึงแก่ความตายจักรวรรดิแตกสลาย เป็นระยะเวลา

<sup>29</sup> Cairns, W. and R. McKeon, *Introduction to French Law*, p. 7.

<sup>30</sup> Carl Ludwig von Bar, *A History of Continental Criminal Law* (Boston: Little, Brown, and Company, 1916), pp. 146-147.

<sup>31</sup> *Ibid.*, 169.

ยาวนานหลังจากที่จักรวรรดิแตกสลายการบริหารจัดการกฎหมายอาญามีความสับสนและมีข้อบกพร่อง โดยในขณะนั้นคัมภีร์ไบเบิลถือเป็นแหล่งที่มาของหลักกฎหมายอาญาซึ่งเป็นไปตามคำสอนของพันธสัญญาเดิมและมักจะถูกนำมากล่าวถึงโดยผู้พิพากษา และกฎหมายโรมันก็เป็นอีกหนึ่งที่มาที่สำคัญซึ่งมีอิทธิพลต่อหลักกฎหมายอาญาถึงแม้ว่าจะได้มีการตีความในบางแง่มุมที่ผิดไปก็ตาม ดังนั้นในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การตรากฎหมายอาญาฉบับใหม่อย่างเร่งด่วนจึงมีความจำเป็นมาก<sup>32</sup>

ในช่วงเวลาการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์นั้นเป็นช่วงที่ปกครองโดยพระมหากษัตริย์ผู้มีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาด โดยเริ่มตั้งแต่รัชสมัยพระเจ้าฟร็องซัวส์ที่ 1 (François Ier) ใน ค.ศ.1494 จนถึงการปฏิวัติฝรั่งเศสใน ค.ศ.1789 เมื่อการปกครองโดยสถาบันพระมหากษัตริย์มีความเข้มแข็งมากขึ้นเรื่อยๆ จนถึงระดับที่ห้ามรัฐสภาฝรั่งเศสใน ค.ศ.1614 ทั้งกฎหมายจารีตประเพณี และกฎหมายลายลักษณ์อักษรยังไม่ได้ถูกยกเลิกโดยสิ้นเชิงก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศส ความแตกต่างระหว่างกฎหมายทั้งสองเริ่มลดน้อยลง อย่างไรก็ตามปัจจัยอื่นๆ ก็มีส่วนในการหลอมรวมกฎหมายทั้งสองนี้<sup>33</sup>

อำนาจในการตรากฎหมายของกษัตริย์เป็นเหมือนเครื่องมือทางการปกครองอย่างหนึ่งในการรวมศูนย์อำนาจไว้ในเวลานี้ พระเจ้าฟร็องซัวส์ที่ 1 ได้ออกพระราชบัญญัติใน ค.ศ. 1539 (Ordonnance de Villers-Cotterêts) ซึ่งมีเนื้อหาว่าต้องมีการจดทะเบียนบันทึกข้อมูลบุคคลในทางกฎหมายเช่นการเกิด การตาย และการสมรส และได้มีการปรับเปลี่ยนวิธีการพิจารณาคดีอาญาพระราชบัญญัติใน ค.ศ. 1539 นี้เป็นพระราชบัญญัติฉบับแรกที่วางพื้นฐานของกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตามก็ตีพระราชบัญญัตินี้ส่วนใหญ่จะเป็นการบัญญัติในส่วนของวิธีบัญญัติ แต่ก็มิได้มีหลักประกันความเป็นอิสระในเขตอำนาจศาลในคดีอาญาเพราะกษัตริย์หรือตัวแทนของกษัตริย์สามารถกระทำโดยพลการหรือโดยตรงในฐานะผู้พิพากษาได้<sup>34</sup>

ต่อมาใน ค.ศ. 1670 พระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ได้ออกพระราชบัญญัติเพื่อลดปัญหาดังกล่าวโดยได้จัดให้มีศาลอาญาไว้สำหรับพิจารณาคดีอาญาไว้เป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตามก็ตีกฎหมาย

<sup>32</sup> H. S. Sanford, The Different Systems of Penal Code in Europe; Also a Report of the Administrative Changes in France, since the Revolution of 1848 (Washington: Beverly Tucker, Senate Printer, 1854), p. 9.

<sup>33</sup> Cairns, W. and R. McKeon, Introduction to French Law, p. 8.

<sup>34</sup> Sanford, H. S., The Different Systems of Penal Code in Europe; Also a Report of the Administrative Changes in France, since the Revolution of 1848.



ฉบับนี้ก็เหมือนกับกฎหมายฉบับก่อนที่ยังคงไม่มีการกำหนดกฎหมายที่สำคัญในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และยังคงไม่เปลี่ยนไปจากกฎหมายเดิม นักปรัชญาและนักคิดเช่น ฟิแลนจีเอลี (Filangieri) และ เบคคาเรีย (Beccaria) ได้โต้แย้งสภาพกฎหมายอาญาที่บังคับใช้ในประเทศฝรั่งเศสในช่วงนี้<sup>35</sup>

ฐานะของกฎหมายอาญายังคงไม่มีความชัดเจนดังที่กล่าวมาข้างต้น จนกระทั่งเกิดปฏิวัติฝรั่งเศสในค.ศ. 1789 กฎหมายอาญาฝรั่งเศสถือว่าเป็นผลงานหนึ่งจากการปฏิรูปอันเกิดขึ้นจากการปฏิวัติในครั้งนี้ คณะปฏิวัติได้ยกเลิกกฎหมายเก่าโดยเฉพาะกฎหมายในยุคฟิวต์ลซึ่งมีการแบ่งชั้นวรรณะของประชาชน สภาร่างรัฐธรรมนูญและสภานิติบัญญัติได้ทำการปฏิรูปกฎหมายและร่างกฎหมายอาญาบนพื้นฐานของเจตนารมณ์ของการปฏิวัติฝรั่งเศสที่ให้ความเสมอภาคและเสรีภาพแก่ประชาชน และถือได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสที่ใช้ในปัจจุบันได้ถือกำเนิดขึ้นนับจากช่วงเวลานี้ และความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ได้มีการพัฒนาตามลำดับนับจากช่วงเวลานี้ ตามแนวความคิดสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค รายละเอียดความผิดที่เกี่ยวข้องกับการลักพาในช่วงสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 และช่วงก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศสมีสาระสำคัญดังนี้

#### ก) ยุคสมัยของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14

ความผิดฐานพรากหรือลักพานั้นปรากฏในรูปแบบพระราชบัญญัติครั้งแรกในพระราชบัญญัติอาญา (ORDONNANCE CRIMINELE DU MOIS D'AOÛT 1670) ในยุคสมัยของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 อันมีลักษณะเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ และสารบัญญัติเข้าด้วยกัน และในมาตรา 11 บัญญัติการกระทำความผิดหลายประเภทที่เป็นความผิดต่อแผ่นดิน ซึ่งรวมถึงการลักพาและพรากบุคคลไปโดยใช้กำลังและความรุนแรง (rapt et enlèvement des personnes par force et violence)<sup>36</sup> เป็นการกล่าวถึงการลักพาตัวหรือการพาบุคคลไปเป็นความผิดอาญาตามพระราชบัญญัติอาญา (ORDONNANCE CRIMINELE DU MOIS D'AOÛT 1670) โดยมิได้เจาะจง

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> "Ordonnance Criminelle Du Mois D'août 1670," [Online] Accessed: 16 November 2018. Available from: [https://ledroitcriminel.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/ordonnance\\_criminelle\\_de\\_1670.htm](https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/ordonnance_criminelle_de_1670.htm)

“Nos baillis, sénéchaux et juges présidiaux, connaîtront privativement à nos autres juges, et à ceux des seigneurs, des cas royaux qui sont le crime de lèse-majesté en tous ses chefs, sacrilège avec effraction, rébellion aux mandements émanés de nous ou de nos officiers, la police pour le port des armes, assemblées illicites, séditions, émotions populaires, force publique, la fabrication, l'altération ou l'exposition de fausse monnaie, correction de nos officiers, malversation par eux commises en leurs charges, crimes d'hérésie, trouble public fait au service divin, rapt et enlèvement des personnes par force et violence, et autres cas expliqués par nos ordonnances et règlements.

วัตถุประสงค์การกระทำเป็นเด็กหรือผู้เยาว์แต่อย่างใด ความชัดเจนของการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์เริ่มมีความชัดเจนในสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศส

### ข) ยุคก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศส

ก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศสได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายขึ้นโดยคณะกรรมการร่างที่พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 แต่งตั้งใน ค.ศ. 1788 และประมวลกฎหมายนี้ต่อมาได้มีการประกาศใช้ใน ค.ศ. 1791 ซึ่งความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์อยู่ในหัวข้อที่ 2 อันเป็นความผิดต่อบุคคลและปรากฏอยู่ในหมวดที่ 1 (ความผิดและการคุกคามต่อประชาชน) มาตรา 31 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดใช้กำลังประทุษร้าย ชูเชื้ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายหรือบังคับให้เป็นโสเภณี ลักพาตัวเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสี่ปีไปจากที่พักอาศัยของบุคคลที่มีอำนาจปกครองเด็กหญิงนั้นหรือไปจากบ้านที่เด็กหญิงนั้นอยู่ ผู้นั้นระวางโทษให้ทำงานและตีตรวนด้วยเหล็กเป็นระยะเวลาสิบสองปี”<sup>37</sup>

เห็นได้ว่าบทบัญญัติในความผิดฐานนี้ได้บัญญัติคุ้มครองเด็กหญิงอายุไม่เกิน 14 ปีไปจากผู้ที่มีอำนาจปกครอง อันเป็นการกระหนาบกระเทือนสิทธิของเด็กและกระหนาบกระเทือนอำนาจปกครองของผู้ปกครอง และลักษณะของการลักพาได้กำหนดไว้ว่าเป็นการกระทำโดยใช้กำลังประทุษร้าย ชูเชื้ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายเพื่อลักพาเด็กหญิงอายุไม่เกิน 14 ปีไปจากที่พักอาศัยที่เด็กอาศัยอยู่หรือไปจากที่พักอาศัยของผู้ปกครอง และบทบัญญัตินี้เป็นการคุ้มครองเด็กหญิงเท่านั้น หากเป็นการลักพาเด็กชายไปจากผู้ปกครองย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรา นี้ บทบัญญัติดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นถึงความเท่าเทียมกันทางเพศ ซึ่งมีความแตกต่างไปจากการกำหนดความผิดทางอาญาในช่วงสมัยใหม่ภายหลังการปฏิรูปกฎหมาย

<sup>37</sup> "Code Pénal Du 25 Septembre – 6 Octobre 1791 (Texte Intégral Original)," [Online] Accessed: 16 November 2018. Available from: [https://ledroitcriminel.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_penal\\_25\\_09\\_1791.htm](https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm)

TITRE II - CRIMES CONTRE LES PARTICULIERS. SECTION I - CRIMES ET ATTENTATS CONTRE LES PERSONNES.

Article 31: “Quiconque aura été convaincu d'avoir, par violence et à l'effet d'en abuser ou de la prostituer, enlevé une fille au-dessous de quatorze ans accomplis, hors de la maison des personnes sous la puissance desquels est ladite fille, ou de la maison dans laquelle lesdites personnes la font élever ou l'ont placée, sera puni de la peine de douze années de fers.”

#### 4.2.2 ยุคกฎหมายสมัยใหม่ของฝรั่งเศส

กฎหมายอาญาในช่วงเวลานี้สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้เผยแพร่ประมวลกฎหมายอาญา (Code pénal 1791) ในค.ศ. 1791 ซึ่งประมวลกฎหมายดังกล่าวได้ถูกจัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการร่างที่พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ใน ค.ศ. 1788 ประมวลกฎหมายอาญาฉบับนี้ได้วางรากฐานหลักการที่สำคัญต่างๆของกฎหมายอาญาตัวอย่างเช่น “ไม่มีการกระทำใดที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำผิดโดยไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นตามกฎหมาย” และ “ผู้พิพากษาไม่มีดุลพินิจในเรื่องของการลงโทษ แต่สามารถทำได้ตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น” (Nullum crimen, nulla poena, sine lege) ซึ่งก็คือหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Legality Principle) อันเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาและเป็นหลักประกันแก่ประชาชนว่าการกระทำที่อาจถูกลงโทษต้องเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนในขณะที่ยังไม่มีความผิดและมีกฎหมายกำหนดโทษไว้สำหรับความผิดนั้น

ต่อมาประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้ถูกยกเลิกไปโดยมีประมวลกฎหมายฉบับลงวันที่ 3 Brumaire, an. iv (ซึ่งตรงกับวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 1795) ตามข้อกำหนดของสถาบันทางการเมืองของสภาคอนเวนชัน (Political Institution of the Convention) แต่ก็มีข้อโต้แย้งจากทางฝ่ายค้านว่าประมวลกฎหมายฉบับดังกล่าวมิได้มีคำจำกัดความทั่วไปของประเภทความผิดที่เป็นความผิดอาญาร้ายแรง (Crimes) และความผิดลหุโทษ (Misdemeanors) และไม่สามารถแยกความแตกต่างในความผิดที่ต่างกันได้อย่างชัดเจนทำให้เกิดคำถามที่ไม่ควรเกิดขึ้นมากมายต่อคณะลูกขุนเกี่ยวกับสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่ง ประมวลกฎหมายฉบับนี้มีข้อบกพร่องในทางปฏิบัติด้วยกล่าวคือผู้พิพากษาไม่ได้รับอนุญาตให้ลดโทษในสถานการณ์หนึ่งหรือใช้ดุลพินิจอื่นๆ ตามที่กฎหมายกำหนด

หลังจากมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ความเห็นของประชาชนส่วนใหญ่ต้องการให้มีการแก้ไข ปัญหาหลักที่เกิดขึ้นคือประชาชนเห็นว่าการลงโทษมีความรุนแรงเกินไปและเด็ดขาด โดยผู้พิพากษาไม่อาจใช้ดุลพินิจในการปรับใช้บทลงโทษ จึงมีการปฏิรูปกฎหมายดังกล่าวใน ค.ศ. 1832 และได้ประกาศใช้ในรัฐบาลของพระเจ้าหลุยส์ฟีลิป (Louis Philippe) ซึ่งเป็นช่วงยุคราชาธิปไตย การเปลี่ยนแปลงในประมวลกฎหมายอาญามีเพียงบางส่วนโดยเป็นการผ่อนคลายนความรุนแรงของการลงโทษบางประเภทและได้ยกเลิกการลงโทษบางประเภทเช่น การประจานซึ่งขัดต่อประเพณีนิยมในช่วงเวลานั้น รวมทั้งลดการลงโทษลงเช่นการเนรเทศเป็นให้อยู่ภายใต้การเฝ้าระวังของตำรวจ เป็นต้น

จุดเปลี่ยนแปลงอีกครั้งเกิดขึ้นในค.ศ. 1935 โดยให้มีการยอมรับสถานการณ์ที่ลดโทษลงได้ (circonstances atténuantes) กล่าวคือคณะลูกขุนไม่จำเป็นต้องตัดสินใจว่า ผิด (Guilty) หรือ ไม่ผิด (Not guilty) เท่านั้น แต่ยังสามารถที่จะพิจารณาว่ามีสถานการณ์บางอย่างที่เกิดขึ้นทำให้ลดความผิด

นั้นได้และมีผลต่อการลงโทษนั้นๆ เมื่อคณะลูกขุนยอมรับสถานภาพนั้นศาลย่อมพิพากษาลงโทษให้น้อยกว่าโทษที่กำหนดไว้สูงสุดตามกฎหมายได้<sup>38</sup> อันมีลักษณะเป็นเหมือนเหตุบรรเทาโทษนั่นเอง

#### 4.2.2.1 ยุคภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส

การปฏิรูปกฎหมายนั้นเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการปฏิวัติฝรั่งเศส การปฏิรูปกฎหมายอันดับแรกนั้นเกี่ยวกับเสรีภาพของประชาชน โดยปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen) ประกาศให้พลเมืองทุกคนนั้นเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย นับเป็นการสิ้นสุดระบบการแบ่งชนชั้น การแบ่งแยกระหว่างศาสนจักรกับรัฐมีผลบังคับใช้ ซึ่งหมายความว่าการทำงานต้องมีการจดทะเบียนตามกฎหมายและการหย่าร้างสามารถกระทำได้ ระบบศาลเก่าซึ่งเป็นไปตามรัฐสภาได้ถูกยกเลิก และแทนที่ด้วยระบบศาลตราบจนทุกวันนี้<sup>39</sup>

ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการเคารพในสิทธิเด็ก เริ่มปรากฏให้เห็นในช่วงปลายศตวรรษที่ 16 และแนวความคิดเรื่อง ความสำเร็จของเด็ก เริ่มปรากฏให้เห็นในช่วงศตวรรษที่ 17 โดยให้ความหมายของความสำเร็จของเด็กนั้นตั้งอยู่บนฐานการพิจารณาหลักคือ (1) การให้ความคุ้มครองไม่ให้เกิดรอยต่างในชีวิตเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องช่องว่างระหว่างวัย หรืออีกนัยหนึ่งคือการได้รับการยอมรับจากผู้ใหญ่ และ (2) การกระตุ้นเตือนพร้อมกับการช่วยส่งเสริมพัฒนาการเกี่ยวกับอุปนิสัย และการให้เหตุผลของพวกเขาเหล่านั้น และจากจุดอ่อนในเรื่องความสำเร็จของเด็กต่อสิ่งเร้าต่างๆ รอบตัว<sup>40</sup> ความสำเร็จของเด็กยังรวมไปถึงความไม่เข้าใจในเรื่องเพศศึกษาซึ่งเป็นช่องว่างให้บุคคลบางประเภทจ้องแสวงหาโอกาสในการเอาเปรียบทางเพศจากเด็ก<sup>41</sup> เช่นนี้การกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในยุคสมัยใหม่เป็นการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ แต่ด้วยความไร้เดียงสาของเด็ก การให้ความยินยอมของเด็กอาจส่งผลเสียต่อชีวิต ร่างกาย และสวัสดิภาพ

<sup>38</sup> Sanford, H. S., *The Different Systems of Penal Code in Europe: Also a Report of the Administrative Changes in France, since the Revolution of 1848.*

<sup>39</sup> Cairns, W. and R. McKeon, *Introduction to French Law*, p. 9.

<sup>40</sup> Philippe Ariès, *L'enfant Et La Vie Familiale Sous L'ancien Régime* (Seuil, 1973). Cited in มาตาลักษณ์ เสรมธากุล, "การคุ้มครองเด็กจากการถูกละเมิดทางเพศในประเทศฝรั่งเศส," *วารสารนิติศาสตร์* 31, 3 (2544): 643.

<sup>41</sup> มาตาลักษณ์ เสรมธากุล, "การคุ้มครองเด็กจากการถูกละเมิดทางเพศในประเทศฝรั่งเศส," *วารสารนิติศาสตร์*: 643.

ของเด็ก ดังนั้นอำนาจปกครองของบิดามารดา หรือผู้ปกครองย่อมต้องได้รับการคุ้มครองเพื่อประโยชน์สุขของเด็ก

ภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศสได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1810 (Code pénal de 1810) และได้มีการบัญญัติความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ไว้เป็นการเฉพาะ ฐานความผิดดังกล่าวถูกจัดอยู่ในหัวข้อที่ 2 (ความผิดต่อบุคคล) และในบทที่ 1 (ความผิดต่อประชาชน) หมวดที่ 6 มาตรา 354 ถึงมาตรา 357 โดยมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 354:

“ผู้ใดหลอกลวงหรือใช้กำลังประทุษร้ายลักพาตัวผู้เยาว์ หรือได้เสี้ยมสอน เบียดบัง หรือเอาตัวพวกเขาไป หรือทำให้พวกเขาถูกพาออกไปหรือเคลื่อนย้ายออกไปจากสถานที่ของบุคคลที่มีอำนาจที่ได้รับมอบหมายหรือที่ได้รับความไว้วางใจให้ดูแลผู้เยาว์ ต้องระวางโทษจำคุก”<sup>42</sup>

จะเห็นได้ว่ามาตรา 354 แห่งประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับ ค.ศ. 1810 นี้ ได้กำหนดถึงวิธีการอันเป็นลักษณะของการกระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นการหลอกลวง การใช้กำลัง ประทุษร้าย การเสี้ยมสอน เบียดบังหรือพาตัวผู้เยาว์ไปจากบุคคลที่มีหน้าที่ในการดูแลผู้เยาว์ ซึ่งมีความแตกต่างไปจากประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับ ค.ศ. 1791 โดยการระบุวิธีการอันเป็นลักษณะของการกระทำความผิดที่กว้างขวางขึ้นกว่ามาตรา 31 แห่งประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับ ค.ศ. 1791 และในส่วนของวัตถุประสงค์แห่งการกระทำที่ระบุไว้เป็นผู้เยาว์ไม่จำกัดเฉพาะที่เป็นหญิงเท่านั้น ซึ่งแตกต่างไปจากบทบัญญัติในช่วงก่อนการปฏิรูปที่มองวัตถุประสงค์แห่งการกระทำเป็นเฉพาะผู้หญิง และระบุผู้กระทำความผิดเป็นผู้ชาย ความเปลี่ยนแปลงของตัวบทบัญญัตินี้เองสะท้อนให้เห็นถึงความเท่าเทียมกันทางเพศมีมากขึ้นภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศสอันเป็นเจตจำนงหนึ่งของความเสมอภาคเท่า

<sup>42</sup> "Code Pénal De 1810 Édition Originale En Version Intégrale, Publiée Sous Le Titre :Code Des Délits Et Des Peines (Troisième Partie)," [Online] Accessed: 16 November 2018. Available from: [https://ledroitcriminel.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_penal\\_1810/code\\_penal\\_1810\\_3.htm](https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_3.htm)

§ II. - ENLÈVEMENT DE MINEURS.

Article 354: “Quiconque aura, par fraude ou violence, enlevé ou fait enlever des mineurs, ou les aura entraînés, détournés ou déplacés, ou les aura fait entraîner, détourner ou déplacer des lieux où ils étaient mis par ceux à l'autorité ou à la direction desquels ils étaient soumis ou confiés, subira la peine de la réclusion.”

เทียมกัน ข้อสังเกตอีกประการของมาตรา 354 นี้มีการกำหนดโทษจำคุกแทนที่โทษให้ทำงานและตีตรวนด้วยเหล็ก

อย่างไรก็ดีประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับ ค.ศ. 1810 นี้ยังได้บัญญัติไว้เฉพาะในส่วนของวัตถุแห่งการกระทำที่เป็นเด็กหญิงอายุไม่เกิน 16 ปี ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษให้ทำงานตามกำหนดเวลาด้วยแม้ว่าเด็กหญิงจะยินยอมหรือไม่ยินยอมให้ลักพาตัวไปด้วยตามมาตรา 355 และ มาตรา 356 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 355:

“ถ้าบุคคลที่ถูกลักพาหรือถูกเบียดบังไปเป็นเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบหกปี ต้องระวางโทษให้ถูกบังคับใช้แรงงานตามกำหนดเวลา”<sup>43</sup>

มาตรา 356:

“เมื่อเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบหกปีได้ยินยอมให้มีการลักพาตัวไปหรือจงใจตามไปด้วยกับผู้ลักพานั้น ถ้าผู้ลักพาตัวอายุยี่สิบเอ็ดปีขึ้นไปต้องระวางโทษบังคับให้ทำงาน

ถ้าผู้ลักพาตัวอายุยังไม่เกินยี่สิบเอ็ดปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองถึงห้าปี”<sup>44</sup>

นอกจากนี้การพาตัวเด็กหญิงไปเป็นภริยา กฎหมายอาญาฝรั่งเศสยังได้บัญญัติให้การลักพาตัวเด็กไปเป็นภริยาจะถูกดำเนินคดีในความผิดอาญาก็ต่อเมื่อมีการร้องทุกข์โดยผู้ที่มีอำนาจปกครอง ตามมาตรา 357

มาตรา 357:

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>43</sup> Ibid. Article 355: “Si la personne ainsi enlevée ou détournée est une fille au-dessous de seize ans accomplis, la peine sera celle des travaux forcés à temps.”

<sup>44</sup> Ibid. Article 356: “Quand la fille au-dessous de seize ans aurait consenti à son enlèvement ou suivi volontairement le ravisseur, si celui-ci était majeur de vingt et un ans ou au-dessus, il sera condamné aux travaux forcés à temps.

Si le ravisseur n'avait pas encore vingt et un ans, il sera puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans.”

“ในกรณีที่ผู้ลักพาตัวแต่งงานกับหญิงสาวที่เขาลักพาตัวมา ผู้ลักพาจะถูกดำเนินคดีอาญาต่อเมื่อได้มีการร้องทุกข์โดยบุคคลผู้มีอำนาจปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งนโปเลียนซึ่งมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้การสมรสนั้นเป็นโมฆะหรือไม่ได้มีคำพิพากษาว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะ”<sup>45</sup>

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ภายหลังการปฏิบัติฝรั่งเศส ทำให้เห็นถึงแนวความคิดของการคุ้มครองเด็กมากขึ้น มีแนวความคิดเรื่องความยินยอมของเด็กบัญญัติไว้สำหรับการลงโทษผู้ลักพา และมีการคำนึงอายุของเด็กที่ถูกลักพาและอายุของผู้กระทำความผิดในการกำหนดโทษด้วย

#### 4.2.2.2 ยุคสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายอาญาใน ค.ศ.1810 มีการกำหนดโทษไว้สูงและรุนแรง อย่างไรก็ตาม ภายใต้อิทธิพลแห่งเสรีนิยมของศตวรรษที่ 19 เริ่มส่งอิทธิพลในการกำหนดโทษ ระยะเวลาของการจำคุกลดลง การลงโทษทารุณแก่ร่างกายได้ถูกยกเลิกไป นโยบายทางอาญาเกี่ยวกับการลงโทษที่เกี่ยวกับการปราบปรามแบบรุนแรงเริ่มที่จะหมดไปและถูกแทนที่ด้วยวัตถุประสงค์ทางสังคมอื่น เช่น การป้องกันอาชญากรรม การฟื้นฟูแก้ไข เป็นต้น<sup>46</sup> อีกทั้งยังสะท้อนถึงความเท่าเทียมกันผ่านบทบัญญัติความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ที่มีได้กำหนดผู้ถูกลักพาต้องเป็นเพียงเด็กหญิงเท่านั้น และผู้ลักพาไม่ได้กำหนดว่าต้องเป็นชายเท่านั้น

หลังจากสิ้นสุดยุคคนโปเลียนเข้าสู่ยุคราชวงศ์ฟื้นฟู ยุคราชาธิปไตย และยุคสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 2 ยุคจักรวรรดิที่สอง และยุคสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 3 ถึง 5 ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1810 (Code pénal 1810) ยังคงใช้เรื่อยมาแต่ก็ได้รับแก้ไขเพิ่มเติมเป็นช่วงๆ โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมที่สำคัญในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์คือพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1994 ซึ่งมีการจัดเรียงเลขมาตราใหม่หมดและการใช้ถ้อยคำและหลักการต่างๆ ได้เปลี่ยนไปอย่างมีนัยสำคัญ อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1810 (Code pénal 1810) ก่อนที่จะมีการยกเลิกไปใน ค.ศ. 1994 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ (ENLÈVEMENT DE MINEURS) อยู่ในหมวดที่ 6 (SECTION VI - CRIMES ET DÉLITS TENDANT A EMPÊCHER OU DÉTRUIRE LA PREUVE DE L'ÉTAT CIVIL D'UN ENFANT OU A COMPROMETTRE SON EXISTENCE;

<sup>45</sup> Ibid. Article 357: “Dans le cas où le ravisseur aurait épousé la fille qu'il a enlevée, il ne pourra être poursuivi que sur la plainte des personnes qui, d'après le Code Napoléon, ont le droit de demander la nullité du mariage, ni condamné qu'après que la nullité du mariage aura été prononcée.”

<sup>46</sup> Cairns, W. and R. McKeon, Introduction to French Law, p. 11.

ENLÈVEMENT DE MINEURS; ABANDON DE FAMILLE; INFRACTIONS AUX LOIS SUR LES INHUMATIONS) มีรายละเอียดดังนี้

## ส่วนที่ 2 การลักพาตัวผู้เยาว์

มาตรา 354:

“ผู้ใดหลอกลวงหรือใช้กำลังประทุษร้ายลักพาตัวผู้เยาว์หรือได้เสี้ยมสอน เบียดบัง หรือเอาตัวพวกเขาไป หรือทำให้พวกเขาถูกพาออกไปหรือเคลื่อนย้ายออกไปจากสถานที่ของบุคคลที่มีอำนาจที่ได้รับมอบหมายหรือที่ได้รับความไว้วางใจให้ดูแลผู้เยาว์ ต้องระวางโทษจำคุกห้าปีถึงสิบปี”<sup>47</sup>

เมื่อพิจารณามาตรา 354 ที่ได้มีการแก้ไขใน ค.ศ. 1994 นี้ เห็นได้ว่าการกำหนดโทษจำคุกในการกระทำความผิดฐานลักพาตัวผู้เยาว์ไปไว้ชัดเจนขึ้นกล่าวคือกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี ซึ่งแตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับ ค.ศ. 1810 ในยุคภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศสที่มีได้กำหนดระยะเวลาในการระวางโทษจำคุกไว้

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1810 ฉบับก่อนที่จะมีการยกเลิกไปใน ค.ศ. 1994 ได้กำหนดการระวางโทษหนักขึ้นหากได้กระทำการลักพาตัวผู้เยาว์อายุไม่เกิน 15 ปี หรือได้กระทำไปเพื่อเรียกค่าไถ่หรือเรียกให้กระทำการสิ่งใดเป็นการตอบแทน ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต แต่กฎหมายยังกำหนดเหตุผลโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดถ้าผู้ถูกลักพาตัวได้ถูกปล่อยตัวภายในวันที่ห้าที่ได้ถูกลักพาตัวไป ตามมาตรา 355

มาตรา 355: (ได้รับการแก้ไขสองครั้งในวันที่ 14 มกราคม ค.ศ. 1937 และในวันที่ 9 กรกฎาคม 1971)

<sup>47</sup> "Code Pénal De 1810 Partie Législative (Suite Et Fin) (Texte En Vigueur Lors De Son Abrogation En 1994)," [Online] Accessed: 16 November 2018. Available from: [https://ledroitcriminel.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_penal\\_1994/partie\\_legislative\\_3.htm](https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1994/partie_legislative_3.htm)

§ 2. - Enlèvement de mineurs

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



“ถ้าบุคคลที่ถูกลักพาหรือถูกเบียดบังไปเป็นผู้เยาว์อายุไม่เกินสิบห้าปี ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

โทษดังกล่าวใช้กับผู้ที่ถูกลักพาหรือเบียดบังเอาผู้เยาว์ไปเรียกค่าไถ่หรือบังคับให้กระทำการสิ่งใดตอบแทน โดยไม่คำนึงถึงอายุของผู้เยาว์

กรณีความผิดตามสองวรรคก่อน หากผู้ถูกลักพาตัวไปได้รับการปล่อยตัวภายในวันที่ห้าที่ได้ถูกลักพาหรือถูกจำหน่ายไป และในกรณีที่ค่าไถ่หรือการกระทำที่ถูกบังคับยังมีได้กระทำการต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีแต่ไม่เกินยี่สิบปี

ความผิดฐานลักพาตัวต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตถ้าการลักพาตัวนั้นเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย”<sup>48</sup>

มาตรา 356 ได้มีการแก้ไขในปี 1945 ในกรณีที่ผู้ลักพาไม่ได้กระทำในลักษณะล่อลวงหรือใช้กำลังประทุษร้าย หรือได้พยายามพาผู้เยาว์ไป ยังต้องระวางโทษจำคุกและปรับด้วย อีกทั้งการพาตัวผู้เยาว์ไปเป็นภริยาจะถูกดำเนินคดีอาญาก็ต่อเมื่อมีการฟ้องร้องโดยบุคคลที่มีสิทธิจะขอให้เพิกถอนการสมรส และไม่อาจลงโทษได้จนกว่าจะมีคำพิพากษาเพิกถอนการสมรส จะเห็นได้ว่ามาตรา 356 ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับก่อนที่จะมีการยกเลิกไปใน ค.ศ. 1994 ได้รวมเอามาตรา 356 และมาตรา 357 เดิมมาไว้ในมาตราเดียวกันนี้โดยได้บัญญัติว่า

มาตรา 356: (แก้ไขตามพระราชบัญญัติวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1945)



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>48</sup> Ibid. Article 355 (L. du 14 janvier 1937, L. 71-553 du 9 juillet 1971)

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

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

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

“ผู้ใดซึ่งไม่ได้ล่อวงหรือใช้กำลังประทุษร้ายได้ลักพาหรือเบียดบังหรือพยายามที่จะลักพาหรือเบียดบังผู้เยาว์อายุไม่เกินสิบแปดปีไป ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองถึงห้าปีและปรับ 500 ฟรังก์ ถึง 15,000 ฟรังก์

เมื่อผู้เยาว์ที่ถูกลักพาหรือถูกเบียดบังไปได้ทำการสมรสกับผู้ลักพาตัว ผู้ลักพาตัวจะถูกดำเนินคดีต่อเมื่อมีการฟ้องร้องโดยบุคคลที่มีสิทธิจะขอให้เพิกถอนการสมรสและไม่อาจลงโทษได้จนกว่าจะมีคำพิพากษาเพิกถอนการสมรส”<sup>49</sup>

ประมวลกฎหมายอาญามบนี้ยังได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของบุคคลที่ต้องแจ้งถึงการเปลี่ยนแปลงที่อยู่อาศัยไปยังผู้ที่มีสิทธิพบเด็กและดูแลเด็ก ซึ่งเป็นกรณีที่มีการหย่าร้างหรือแยกทางกันตามกฎหมายหรือเพิกถอนการสมรส หากไม่ปฏิบัติตามย่อมมีความผิดทางอาญาด้วยตามมาตรา 356-1

มาตรา 356-1: (แก้ไขวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1975, วันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 1987)

“การย้ายถิ่นฐานไปยังสถานที่อื่นภายหลังการหย่าร้าง การแยกทางตามกฎหมายหรือการเพิกถอนการสมรสในขณะที่เด็กอาศัยอยู่ที่สถานที่แห่งนั้นเป็นประจำ ต้องแจ้งการเปลี่ยนแปลงใดๆ เกี่ยวกับที่อยู่อาศัยของตนและการเปลี่ยนแปลงที่อยู่อาศัยของเด็กกับผู้ที่มีสิทธิที่จะพบเด็กหรือให้ที่พักเด็กตามคำพิพากษาหรืออนุสัญญาที่ได้รับการอนุวัติเป็นกฎหมาย

หากไม่ได้แจ้งภายในหนึ่งเดือน ต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลาหนึ่งถึงหกเดือนและปรับ 300 ฟรังก์ ถึง 15,000 ฟรังก์”<sup>50</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>49</sup> Ibid. Article 356 (Ordonnance du 28 juin 1945)

“Celui qui, sans fraude ni violence, aura enlevé ou détourné, ou tenté d’enlever ou de détourner, un mineur de dix-huit ans, sera puni d’un emprisonnement de deux à cinq ans et d’une amende de 500 F à 15.000 F.

Lorsqu’une mineure ainsi enlevée ou détournée aura épousé son ravisseur, celui-ci ne pourra être poursuivi que sur la plainte des personnes qui ont qualité pour demander l’annulation du mariage et ne pourra être condamné qu’après que cette annulation aura été prononcée.”

<sup>50</sup> Ibid. Article 356-1 (L. 75-617 du 11 juillet 1975, L. 87-570 du 22 juillet 1987)

“Toute personne qui transfère son domicile en un autre lieu, après divorce, séparation de corps ou annulation du mariage, alors que ses enfants résident habituellement chez elle, doit notifier tout changement de son domicile et tout changement de la résidence des enfants

เมื่อพิจารณามาตรา 356-1 ซึ่งได้บัญญัติขึ้นมาใหม่นั้น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้เพิ่มเติมภายหลังฝรั่งเศสเข้าร่วมในอนุสัญญาทางแพ่งว่าด้วยการลักพาเด็กข้ามชาติ (Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction) ซึ่งอนุสัญญานี้มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ได้ตัวเด็กกลับคืนมาโดยเร็ว (Prompt Return) เมื่อมีการลักพาเด็กไปจากอำนาจปกครองหรือได้พาไปอยู่ในสิ่งแวดล้อมใหม่ และเพื่อให้มั่นใจว่าสิทธิในอำนาจปกครองและการติดต่อตามกฎหมายของรัฐภาคีหนึ่งได้รับการเคารพอย่างมีประสิทธิภาพกับรัฐภาคีอื่น<sup>51</sup>

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสยังได้บัญญัติให้ผู้ที่ไม่ใช่อำนาจปกครองเหนือตัวผู้เยาว์แล้วได้กระทำการลักพาตัวผู้เยาว์ไปจากผู้ที่มีอำนาจปกครองย่อมมีความผิดอาญาตามมาตรา 357 ซึ่งบัญญัติขึ้นใหม่ดังนี้

มาตรา 357: (แก้ไขวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 1987)

“เมื่อศาลมีคำสั่งชั่วคราวหรือเด็ดขาด หรือมีข้อตกลงที่ศาลได้อนุมัติว่าจะมีการตัดสินใจว่า บิดา มารดาเพียงลำพัง หรือทั้งบิดาและมารดาหรือบุคคลอื่นที่ได้รับความไว้วางใจให้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง บิดามารดา หรือบุคคลอื่นใดที่ไม่เป็นตัวแทนของผู้เยาว์ที่จะใช้สิทธิเรียกร้อง หรือผู้ซึ่งแม่ไม่ได้มีการล่อวงหรือใช้กำลังประทุษร้ายนั้นได้พาตัวหรือเบียดบังผู้เยาว์ไปหรือทำให้ผู้เยาว์ต้องถูกพาตัวไปหรือถูกเบียดบังไปจากผู้ใช้อำนาจปกครองหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายหรือจากสถานที่ซึ่งเขามีถิ่นที่อยู่เป็นประจำหรือสถานที่ซึ่งพวกเขาได้ให้ที่พักอาศัยไว้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่ง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

à ceux qui peuvent exercer, à l'égard des enfants, un droit de visite ou d'hébergement en vertu d'un jugement ou d'une convention judiciairement homologuée.

Si elle s'abstient de faire cette notification dans le mois, elle sera punie d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 300 F à 15.000 F.”

<sup>51</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 1: The objects of the present Convention are –

a) to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any contracting State; and

b) to ensure that rights of custody and of access under the law of one Contracting State are effectively respected in the other Contracting States.

เดือนถึงหนึ่งปีและปรับตั้งแต่ 500 ฟรังก์ ถึง 30,000 ฟรังก์ หากผู้กระทำความผิดนั้นไม่มีอำนาจปกครอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี”<sup>52</sup>

ข้อสังเกตในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสใน มาตรา 356-1 นั้นได้มีการบัญญัติคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์กรณีมีการย้ายถิ่นฐานไปยังสถานที่อื่น ภายหลังการหย่าร้าง หรือการแยกทางกันตามกฎหมายหรือได้มีการเพิกถอนการสมรสแล้ว ต้องแจ้ง ถึงการเปลี่ยนแปลงใดๆ เกี่ยวกับที่อยู่อาศัยของตนและการเปลี่ยนแปลงที่อยู่อาศัยของเด็กต่อผู้ที่มี สิทธิที่จะพบเด็กหรือให้ที่พักเด็กตามคำพิพากษาหรืออนุสัญญาที่ได้รับการอนุวัติเป็นกฎหมาย และ ในมาตรา 357 บัญญัติให้ผู้ที่ถูกเพิกถอนอำนาจปกครองไม่มีสิทธิที่จะพาตัวผู้เยาว์ไปเสียจากผู้ที่มี อำนาจปกครอง ลักษณะการกำหนดความผิดดังกล่าวเป็นการกำหนดความผิดกรณีลักพาตัวเด็กไป โดยบิดาหรือมารดา (Parental Abduction) คือการที่บิดาหรือมารดา ญาติฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือผู้ สมรู้ร่วมคิดกับฝ่ายบิดาหรือมารดาเอาเด็กไปหรือเบียดบังเด็กไว้ ซ่อนตัวเด็กไว้โดยกระหนาบกระเทือน ต่ออำนาจปกครอง และสิทธิที่จะติดต่อกับเด็กซึ่งเป็นลูกของบิดาหรือมารดา หรือญาติของบิดาหรือ มารดาอีกฝ่ายหนึ่ง<sup>53</sup> ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับอนุสัญญาทางแพ่งว่าด้วยการลักพาเด็กข้าม ชาติ (Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction) ที่มีผล

<sup>52</sup> "Code Pénal De 1810 Partie Législative (Suite Et Fin) (Texte En Vigueur Lors De Son Abrogation En 1994)." "Code Pénal De 1810 Partie Législative (Suite Et Fin) (Texte En Vigueur Lors De Son Abrogation En 1994)."

Article 357 (L. 87-570 du 22 juillet 1987)

“Quand, par une décision de justice, provisoire ou définitive, ou par une convention judiciairement homologuée, il aura été décidé que l’autorité parentale sera exercée par le père ou la mère seul ou par les deux parents ou que le mineur sera confié à un tiers, le père, la mère ou toute personne qui ne représentera pas ce mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer ou qui, même sans fraude ou violence, l’enlèvera ou le détournera, ou le fera enlever ou détourner des mains de ceux qui exercent l’autorité parentale ou auxquels il a été confié ou chez qui il a sa résidence habituelle, ou des lieux où ces derniers l’auront placé, sera puni d’un emprisonnement d’un mois à un an, et d’une amende de 500 F à 30.000 F. Si le coupable a été déclaré déchu de l’autorité parentale, l’emprisonnement pourra être élevé jusqu’à trois ans.”

<sup>53</sup> Janet Chiancone, Linda Girdner, and Patricia Hoff, "Issues in Resolving Cases of International Child Abduction by Parents," Issues in Resolving Cases of International Child Abduction by Parents (Washington, DC: U.S. Department of Justice, Office of Justice Program, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 2001), p. 1.

บังคับใช้กับประเทศฝรั่งเศสในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1988<sup>54</sup> จึงเป็นเหตุให้มีการบัญญัติกฎหมายภายในบังคับใช้ในฝรั่งเศสในเรื่องความผิดฐานพรากผู้เยาว์แตกต่างไปจากที่บัญญัติไว้ก่อนหน้านี้

#### 4.2.2.3 ภายหลังการปฏิรูปกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1994

ภายหลังการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาครั้งสำคัญใน ค.ศ. 1994 (Code pénal 1994) มีการจัดเรียงเลขมาตราเป็นระบบหมวดหมู่ใหม่แทนที่การเรียงเลขมาตราไปตามลำดับ และในส่วนของความผิดที่เกี่ยวกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ได้แบ่งการพรากเป็นสองลักษณะ กล่าวคือ พรากโดยบุคคลอื่นซึ่งมิใช่บุคคลในครอบครัว และพรากโดยบุคคลในครอบครัว โดยสามารถพิจารณาได้ดังนี้

##### ก) พรากโดยบุคคลอื่นซึ่งมิใช่บุคคลในครอบครัว (Non Family Abduction)



ความผิดที่เกี่ยวกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์โดยบุคคลอื่นปรากฏในบทที่ 4 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพของบุคคล (Chapitre IV: Des atteintes aux libertés de la personne) หมวดที่ 1 ว่าด้วยความผิดฐานลักพาตัวและหน่วงเหนี่ยวกักขัง (Section 1: De l'enlèvement et de la séquestration) ส่วนสำคัญที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์นั้นปรากฏอยู่ในมาตรา 224-5 ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นกรณีที่กระทำความผิดต่อผู้เยาว์อายุไม่เกิน 15 ปี สำหรับการกระทำอันเป็นความผิดตามมาตรา 224-1 ถึง 224-4 โดยมีรายละเอียดดังนี้

##### มาตรา 224-1: **กรมมหาวิทยาลัย**

“การจับ การลักพาตัว การหน่วงเหนี่ยวหรือการกักขังบุคคลใดโดยปราศจากหมายจากหน่วยงานที่มีอำนาจและนอกเหนือจากกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินยี่สิบปี

วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามสองวรรคแรกของมาตรา 132-23 นำมาบังคับใช้กับกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้

<sup>54</sup> Ibid., 2.

อย่างไรก็ตามถ้าบุคคลที่ถูกหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังได้รับการปล่อยตัวเป็นอิสระก่อนสิ้นสุดวันที่เจ็ดหลังจากวันที่ถูกจับกุม ต้องระวางโทษจำคุกห้าปีและปรับ 500,000 ฟรังก์ เว้นแต่กรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 224-2”<sup>55</sup>

มาตรา 224-2:

“การกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 224-1 เป็นเหตุให้ผู้ถูกเอาตัวไปได้รับอันตรายสาหัสหรือทุพพลภาพอย่างถาวร หรือเป็นผลมาจากเงื่อนไขของการควบคุมตัวหรือจากการถูกทอดทิ้งไม่ดูแลรักษา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามสิบปี

ถ้าการกระทำความผิดนั้นเป็นการทรมานหรือเป็นการกระทำที่ป่าเถื่อน หรือเป็นเหตุให้ผู้ถูกเอาตัวไปถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามสองวรรคแรกของมาตรา 132-23 นำมาบังคับใช้กับกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้”<sup>56</sup>

มาตรา 224-3:

<sup>55</sup> "Code Pénal: Section 1 : De L'enlèvement Et De La Séquestration,," [Online] Accessed: 22 November 2018. Available from: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.dojsessionid=7F4061141AEA1DB8349E34546A2FF7F3.tplgfr32s\\_2?idSectionTA=LEGISC TA000006165295&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=19950101](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.dojsessionid=7F4061141AEA1DB8349E34546A2FF7F3.tplgfr32s_2?idSectionTA=LEGISC TA000006165295&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=19950101)

Article 224-1: “Le fait, sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi, d'arrêter, d'enlever, de détenir ou de séquestrer une personne, est puni de vingt ans de réclusion criminelle.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à cette infraction.

Toutefois, si la personne détenue ou séquestrée est libérée volontairement avant le septième jour accompli depuis celui de son appréhension, la peine est de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende, sauf dans les cas prévus par l'article 224-2.”

<sup>56</sup> Ibid. Article 224-2:

“L'infraction prévue à l'article 224-1 est punie de trente ans de réclusion criminelle lorsque la victime a subi une mutilation ou une infirmité permanente provoquée volontairement ou résultant soit des conditions de détention, soit d'une privation d'aliments ou de soins.

Elle est punie de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'elle est précédée ou accompagnée de tortures ou d'actes de barbarie ou lorsqu'elle est suivie de la mort de la victime.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux infractions prévues par le présent article.”

“การกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 224-1 ได้กระทำไปโดยกลุ่มที่มีการตกลงกันไว้หรือที่เกี่ยวกับบุคคลหลายคน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามสิบปี

วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามสองวรรคแรกของมาตรา 132-23 นำมาบังคับใช้กับกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้

อย่างไรก็ตามถ้าบุคคลที่ถูกหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังได้รับการปล่อยตัวเป็นอิสระภายในระยะเวลาที่บัญญัติไว้ในวรรคสามของมาตรา 224-1 ต้องระวางโทษจำคุกสิบปี เว้นแต่ผู้ถูกเอาตัวไปหรือคนใดคนหนึ่งของผู้ถูกเอาตัวไปได้รับบาดเจ็บอย่างใดอย่างหนึ่งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 224-2”<sup>57</sup>

มาตรา 224-4:

“การกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 224-1 นั้น ถ้าผู้ถูกจับ ถูกลักพาตัวไป ถูกหน่วงเหนี่ยวหรือถูกกักขังไม่ว่าจะเพื่อความสะดวกในการกระทำความผิดอื่น หรือเพื่อความสะดวกในการหลบหนีของผู้กระทำความผิด หรือเพื่อปกปิดความผิดหรือเพื่อให้พ้นความผิดอาญา หรือเพื่อให้ได้ปฏิบัติตามคำสั่งหรือเงื่อนไขรวมทั้งเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าไถ่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามสิบปี

วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามสองวรรคแรกของมาตรา 132-23 นำมาบังคับใช้กับกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้

เว้นแต่กรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 224-2 ถ้าผู้ถูกจับเป็นตัวประกันอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในวรรคแรกได้รับการปล่อยตัวเป็นอิสระก่อนสิ้นสุดวันที่เจ็ดหลังจากวันที่ถูกจับกุมโดยมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งหรือเงื่อนไข ต้องระวางโทษจำคุกสิบปี”<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Ibid. Article 224-3:

L'infraction prévue par l'article 224-1 est punie de trente ans de réclusion criminelle lorsqu'elle est commise soit en bande organisée, soit à l'égard de plusieurs personnes.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à cette infraction.

Toutefois, si la personne détenue ou séquestrée ou toutes les personnes détenues ou séquestrées sont libérées volontairement dans le délai prévu par le troisième alinéa de l'article 224-1, la peine est de dix ans d'emprisonnement, sauf si la victime ou l'une des victimes a subi l'une des atteintes à son intégrité physique mentionnées à l'article 224-2.”

<sup>58</sup> Ibid. Article 224-4:

มาตรา 224-5:

“กรณีผู้เสียหายในความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 224-1 ถึงมาตรา 224-4 เป็นผู้เยาว์อายุไม่เกินสิบห้าปี ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตสำหรับความผิดที่ต้องระวางโทษจำคุกสามสิบปี และต้องระวางโทษจำคุกสามสิบปีสำหรับความผิดที่ต้องระวางโทษจำคุกยี่สิบปี

วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามสองวรรคแรกของมาตรา 132-23 นำมาบังคับใช้กับกรณีนี้”<sup>59</sup>

เห็นได้ว่าบทบัญญัติในความผิดที่เกี่ยวกับการพรากเด็กและผู้เยาว์ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1994 นี้ได้ครอบคลุมการกระทำความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นการลักพาตัวไป การจับ การหน่วงเหนี่ยวหรือกักขัง หากเป็นการกระทำต่อผู้เยาว์อายุไม่เกิน 15 ปี ต้องระวางโทษหนักขึ้น แม้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดอายุผู้เยาว์ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสว่าผู้เยาว์นั้นคือบุคคลที่ไม่ว่าชายหรือหญิงอายุไม่เกิน 18 ปี<sup>60</sup> เช่นนี้หากผู้ถูก

---

“Si la personne arrêtée, enlevée, détenue ou séquestrée l'a été comme otage soit pour préparer ou faciliter la commission d'un crime ou d'un délit, soit pour favoriser la fuite ou assurer l'impunité de l'auteur ou du complice d'un crime ou d'un délit, soit pour obtenir l'exécution d'un ordre ou d'une condition, notamment le versement d'une rançon, l'infraction prévue par l'article 224-1 est punie de trente ans de réclusion criminelle.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à cette infraction.

Sauf dans les cas prévus à l'article 224-2, la peine est de dix ans d'emprisonnement si la personne prise en otage dans les conditions définies au premier alinéa est libérée volontairement avant le septième jour accompli depuis celui de son appréhension, sans que l'ordre ou la condition ait été exécuté.”

<sup>59</sup> Ibid. Article 224-5:

“Lorsque la victime de l'un des crimes prévus aux articles 224-1 à 224-4 est un mineur de quinze ans, la peine est portée à la réclusion criminelle à perpétuité si l'infraction est punie de trente ans de réclusion criminelle et à trente ans de réclusion criminelle si l'infraction est punie de vingt ans de réclusion criminelle.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables dans les cas prévus par le présent article.”

<sup>60</sup> "Code Civil: Article 388," [Online] Accessed: 22 November 2018. Available from: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=2C379BC46D5D0CD0873ECD422FD36CFD.t>



ลักพาตัวไปเป็นผู้เยาว์ที่อายุเกินกว่า 15 ปีแต่ยังไม่เกิน 18 ปี ผู้ลักพาที่ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นเพราะผู้ลักพาจะรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 224-5 วรรคแรกกล่าวคือ ผู้ถูกลักพาต้องเป็นผู้เยาว์อายุไม่เกิน 15 ปี ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือบทบัญญัติมาตรา 224-1 ถึงมาตรา 224-5 มิได้ใช้คำว่าเด็ก (Enfant หรือ Fils ou Fille) แต่ใช้ถ้อยคำว่าผู้เยาว์ (Mineur) แทน

### ข) พรากโดยบุคคลในครอบครัว (Family Abduction)

ความผิดที่เกี่ยวกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์โดยบุคคลในครอบครัวปรากฏในบทที่ 7 ความผิดเกี่ยวกับผู้เยาว์และครอบครัว (Chapitre VII : Des atteintes aux mineurs et à la famille) หมวดที่ 3 ว่าด้วยความผิดที่กระทบกระเทือนต่ออำนาจปกครอง (Section 3 : Des atteintes à l'exercice de l'autorité parentale) มีทั้งหมด 7 มาตรา ประกอบด้วยมาตรา 227-5 ถึง มาตรา 227-11 ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1994 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1999 (Code pénal 1994 as amended as of January 1, 1999) มีรายละเอียดดังนี้

กฎหมายอาญาฝรั่งเศสบัญญัติให้บุคคลที่ไม่มีอำนาจปกครองในตัวผู้เยาว์ไม่อาจปฏิเสธการส่งตัวผู้เยาว์ต่อบุคคลผู้มีอำนาจปกครองหรือมีสิทธิในตัวผู้เยาว์ หากฝ่าฝืนย่อมมีความผิดอาญาตามมาตรา 227-5 โดยมาตรา 227-5 บัญญัติว่า

มาตรา 227-5:

“การปฏิเสธโดยไม่มีเหตุอันสมควรที่จะส่งตัวผู้เยาว์ต่อผู้ที่มีสิทธิเรียกร้องในตัวผู้เยาว์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีและปรับไม่เกิน 100,000 ฟรังก์”<sup>61</sup>

CHULALONGKORN UNIVERSITY

[plgfr38s\\_1?idSectionTA=LEGISCTA000031345343&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20181122](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20181122)

Article 388: Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis.

<sup>61</sup> "Code Pénal: Chapitre Vii : Des Atteintes Aux Mineurs Et À La Famille Section 3 : Des Atteintes À L'exercice De L'autorité Parentale," [Online] Accessed: 22 November 2018. Available from: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=43CB9EAB400297211D0BEB980B3F581A.tp>  
[lgr38s\\_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165319&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=19990101](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=19990101)

Article 227-5: “Le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.”

เมื่อมีการย้ายที่อยู่อาศัยบุคคลที่เด็กอาศัยอยู่ด้วยมีหน้าที่ต้องแจ้งไปยังบุคคลที่มีสิทธิจะพบและดูแลผู้เยาว์ด้วยตามมาตรา 227-6 และเช่นเดียวกับกรณีที่มีการลักพาตัวผู้เยาว์โดยบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือตามความเป็นจริง หรือผู้รับบุตรบุญธรรมลักพาตัวผู้เยาว์ตามมาตรา 227-7 หรือบุคคลอื่นใดตามมาตรา 227-8 ไปจากความดูแลของผู้มีอำนาจปกครองหรือจากบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ดูแล หรือจากสถานที่ผู้เยาว์พำนักอาศัย ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เดียวกันกับอนุสัญญาทางแพ่งว่าด้วยการลักพาเด็กข้ามชาติ (Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction) ที่มีผลบังคับใช้กับประเทศฝรั่งเศสในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1988

มาตรา 227-6: (แก้ไขเพิ่มเติมในปีค.ศ. 1996)

“เมื่อบุคคลที่เด็กได้อยู่อาศัยด้วยย้ายที่อยู่และไม่มีการแจ้งไปยังบุคคลที่มีสิทธิที่จะพบเด็กและมีสิทธิในการเลี้ยงดูโดยอาศัยอำนาจตามคำพิพากษาหรือข้อตกลงที่ศาลได้มีคำพิพากษาแล้วภายในระยะเวลาหนึ่งเดือนนับจากมีการย้ายที่อยู่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนและปรับไม่เกิน 50,000 ฟรังก์”<sup>62</sup>

มาตรา 227-7:

“เมื่อบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือตามความเป็นจริง หรือผู้รับบุตรบุญธรรมลักพาตัวผู้เยาว์ไปจากความดูแลของผู้มีอำนาจปกครองหรือจากบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ดูแล หรือจากสถานที่ผู้เยาว์พำนักอาศัย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีและปรับไม่เกิน 100,000 ฟรังก์”<sup>63</sup>

มาตรา 227-8:

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>62</sup> Ibid. Article 227-6: (Modifié par Loi n°96-604 du 5 juillet 1996 - art. 27 JORF 6 juillet 1996)

“Le fait, pour une personne qui transfère son domicile en un autre lieu, alors que ses enfants résident habituellement chez elle, de ne pas notifier son changement de domicile, dans un délai d'un mois à compter de ce changement, à ceux qui peuvent exercer à l'égard des enfants un droit de visite ou d'hébergement en vertu d'un jugement ou d'une convention judiciairement homologuée, est puni de six mois d'emprisonnement et de 50 000 F d'amende.”

<sup>63</sup> Ibid. Article 227-7:

“Le fait, par tout ascendant légitime, naturel ou adoptif, de soustraire un enfant mineur des mains de ceux qui exercent l'autorité parentale ou auxquels il a été confié ou chez qui il a sa résidence habituelle, est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.”

“บุคคลนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 227-7 ได้ลักพาตัวผู้เยาว์โดยมิได้ล่อลวงหรือใช้กำลังประทุษร้าย ไปจากผู้ที่มีอำนาจปกครอง หรือจากบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ดูแล หรือจากสถานที่ผู้เยาว์พำนักอาศัย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีและปรับไม่เกิน 500,000 ฟรังก์”<sup>64</sup>

นอกจากนี้หากบุคคลที่ไม่มีอำนาจปกครองเก็บตัวผู้เยาว์ไว้วันโดยไม่ทราบว่าผู้เยาว์อยู่ที่ใด หรือถูกเก็บตัวไว้นอกราชอาณาจักร โทษที่ได้รับนั้นหนักขึ้นกว่าปกติตามมาตรา 227-9

มาตรา 227-9:

“การกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 227-5 และมาตรา 227-7 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีและปรับไม่เกิน 200,000 ฟรังก์ในกรณี

1. ถ้าผู้เยาว์ถูกเก็บตัวไว้วันเกินกว่าห้าวันโดยไม่มีบุคคลที่มีอำนาจปกครองซึ่งไม่ทราบว่าผู้เยาว์อยู่ที่ใด
2. ถ้าผู้เยาว์ถูกเก็บตัวโดยมิชอบนอกอาณาเขตของสาธารณรัฐฝรั่งเศส”<sup>65</sup>

กรณีปฏิเสธโดยไม่มีเหตุอันสมควรที่จะส่งตัวผู้เยาว์ตามมาตรา 227-5 ก็ดี หรือกรณีลักพาตัวผู้เยาว์ไปจากความดูแลของผู้มีอำนาจปกครองหรือจากบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ดูแล หรือจากสถานที่ผู้เยาว์พำนักอาศัยก็ดี หากบุคคลดังกล่าวได้ถูกเพิกถอนอำนาจปกครอง ผู้นั้นต้องระวางโทษหนักขึ้นตามมาตรา 227-10

มาตรา 227-10:

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>64</sup> Ibid. Article 227-8: “Le fait, par une personne autre que celles mentionnées à l'article 227-7 de soustraire, sans fraude ni violence, un enfant mineur des mains de ceux qui exercent l'autorité parentale ou auxquels il a été confié ou chez qui il a sa résidence habituelle, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.”

<sup>65</sup> Ibid. Article 227-9: “Les faits définis par les articles 227-5 et 227-7 sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende :

1° Si l'enfant mineur est retenu au-delà de cinq jours sans que ceux qui ont le droit de réclamer qu'il leur soit représenté sachent où il se trouve ;

2° Si l'enfant mineur est retenu indûment hors du territoire de la République.”

“ถ้าบุคคลที่กระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 227-5 และมาตรา 227-7 นั้นได้ถูกเพิกถอนอำนาจปกครอง ผู้กระทำความผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีและปรับไม่เกิน 300,000 ฟรังก์”<sup>66</sup>

แม้กระทั่งการพยายามลักพาตัวผู้เยาว์ไปตามมาตรา 227-7 หรือ มิได้ล่อลวงหรือใช้กำลังประทุษร้ายในการพาตัวผู้เยาว์ไปตามมาตรา 227-8 กฎหมายอาญาฝรั่งเศสถือว่าต้องรับโทษเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดสำเร็จแล้วด้วยตามมาตรา 227-11

มาตรา 227-11:

“การพยายามกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 227-7 และมาตรา 227-8 ต้องระวางโทษเสมือนผู้กระทำความผิด”<sup>67</sup>

จะเห็นได้ว่ามาตรา 227-5 ถึง มาตรา 227-11 ได้บัญญัติคุ้มครองผู้ใช้อำนาจปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย แม้กระทั่งบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือตามความเป็นจริง หรือผู้รับบุตรบุญธรรมลักพาตัวผู้เยาว์ไปจากความดูแลของผู้มีอำนาจปกครองหรือจากบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ดูแลนั้น กฎหมายอาญาฝรั่งเศสบัญญัติให้มีโทษทางอาญา ซึ่งในประเด็นนี้มีความแตกต่างไปจากแนวความคิดการกำหนดความผิดดังกล่าวของประมวลกฎหมายอาญาไทย

ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1994 (Code pénal 1994) ได้มีการแก้ไขสกุลเงินที่เป็นโทษปรับทั้งประมวลโดยเปลี่ยนจากสกุลเงินฟรังก์ฝรั่งเศส (F) เป็นสกุลเงินยูโร (€) ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมฉบับวันที่ 19 กันยายน ค.ศ. 2000 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2002 (Ordinance no. 2000-916 of 19 September 2000 Article 3 Official Journal of 22 September 2000 in force 1 January 2002) เนื่องจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นหนึ่งในสมาชิกสหภาพยุโรป (European Union) จึงเปลี่ยนสกุลเงินที่ใช้เป็นสกุลเงินยูโร แทนที่เงินฟรังก์ฝรั่งเศส

<sup>66</sup> Ibid. Article 227-10: “Si la personne coupable des faits définis par les articles 227-5 et 227-7 a été déchue de l'autorité parentale, ces faits sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende.”

<sup>67</sup> Ibid. Article 227-11: “La tentative des infractions prévues aux articles 227-7 et 227-8 est punie des mêmes peines.”

### 4.3 ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของประเทศญี่ปุ่น

กฎหมายญี่ปุ่นมีประวัติศาสตร์ที่ยาวนานซึ่งสามารถศึกษาได้จากประวัติศาสตร์ของการรวมตัวกันอยู่ของชนพื้นเมืองในรัฐยามาโตะ จนถึงปัจจุบัน สภาพสังคม เศรษฐกิจและการปกครองเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย ส่งผลให้กฎหมายที่บังคับใช้ในญี่ปุ่นวิวัฒน์ไปด้วย ผู้เขียนแบ่งการวิวัฒน์ของกฎหมายเพื่อสะดวกต่อการเปรียบเทียบเป็นสองยุค กล่าวคือ (1) ยุคกฎหมายก่อนสมัยใหม่ (Pre-Modern Law) และ (2) ยุคกฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law) ซึ่งจุดตัดของการแบ่งช่วงสมัยคือการปฏิรูปกฎหมายของญี่ปุ่นใน ค.ศ. 1868 รายละเอียดในแต่ละยุคสมัยสามารถพิจารณาดังต่อไปนี้

#### 4.3.1 ยุคกฎหมายก่อนสมัยใหม่ของญี่ปุ่น

การพัฒนากฎหมายก่อนยุคสมัยใหม่ (Pre-Modern) ของญี่ปุ่นนั้นสามารถแบ่งออกเป็นช่วงได้ประมาณสี่ช่วงเวลา ช่วงแรกนั้นเป็นกฎของชนพื้นเมืองของรัฐยามาโตะ (Yamato State) ซึ่งเป็นการรวมตัวกันของกลุ่มคนพื้นเมือง (ยุคโบราณ) ช่วงที่สองตั้งแต่ศตวรรษที่ 7 เป็นต้นไปเป็นการนำเข้าและดัดแปลงกฎหมายของจีน (ยุคปฏิรูปไทกะและระบบกฎหมายริสึเรียว) ช่วงที่สามเป็นการใช้เทคนิคทางกฎหมายของจีนเพื่อนำมาสู่กฎหมายที่ใช้เกี่ยวกับระบบศักดินาของชนเผ่าพื้นเมือง (ยุคสมัยโชกุนและระบบศักดินาแบบคู้) จนถึงศตวรรษที่สิบสาม และนำไปสู่ความเป็นอิสระของระบบกฎหมายของญี่ปุ่นจากประเทศจีน และในช่วงที่ระบบกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรและจารีตประเพณีของรัฐโทคุงาวะ (ยุคสมัยเอโดะ รัฐโทคุงาวะ) และในช่วงนี้เองที่ทำให้กฎหมายญี่ปุ่นดำรงอยู่ อันเป็นช่องทางทำให้ญี่ปุ่นสามารถพัฒนาทันสมัยได้อย่างรวดเร็ว

##### 4.3.1.1 ยุคญี่ปุ่นโบราณ

ประมาณ 500 ปีก่อนคริสตกาลกลุ่มชาวเกาหลีเดินทางมาถึงเกาะญี่ปุ่นและเข้ายึดพื้นที่ซึ่งเป็นที่รู้จักในชื่อยามาโตะ (Yamato) และสามารถผลักดันชาวไอนุ (Ainu) ที่เป็นกลุ่มคนพื้นเมือง กลุ่มคนเหล่านี้ได้นำวัฒนธรรมจีนรวมถึงหลักกฎหมายมาด้วย<sup>68</sup> จิมมู (Jimmu) ขึ้นครองบัลลังก์ในฐานะจักรพรรดิองค์แรกของญี่ปุ่นในวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 660 ปีก่อนคริสตกาล (660 B.C.) และญี่ปุ่นยังคงอ้างถึง 660 ปีก่อนคริสตกาลเป็นวันก่อตั้งของประเทศของตนซึ่งพวกเขาเฉลิมฉลองทุกวันที่ 11 กุมภาพันธ์<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Lloyd Duhaime, "Japan: A Legal History," [Online] Accessed: 21 April 2019. Updated: 9 May 2017. Available from: <http://www.duhaime.org/LawMuseum/LawArticle-1204/Japan-A-Legal-History.aspx>

<sup>69</sup> R.H.P. Mason and J.G.Caiger, *A History of Japan*, Revised Edition ed. (Tokyo: TUTTLE Publishing, 1997), p. 25.

ช่วงศตวรรษที่ 3 ถึง 4 การใช้ชีวิตของคนญี่ปุ่นนั้นอยู่ภายใต้อิทธิพลทางศาสนาที่แข็งแกร่ง กฎหมายในช่วงเวลานี้ไม่แตกต่างจากกฎหมายสังคมอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่แตกต่างจากกฎหมายข้อบังคับทางศาสนา กฎหมายจึงเป็นความประสงค์ของเหล่าทวยเทพตามที่ผู้คนอธิษฐาน<sup>70</sup> ซึ่งศาสนาที่ผู้คนนับถือในช่วงเวลานี้คือชินโต (Shinto) หรือทางของเทพเจ้า (Way of the Gods) ในส่วนของกฎหมายส่วนใหญ่เป็นกฎหมายศีลธรรม การลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญานั้นอยู่บนพื้นฐานที่ว่า การกระทำความผิดทางอาญานั้นทำให้เหล่าเทพเจ้าไม่พอใจและจำเป็นต้องมีการชำระล้างบาป การพิจารณาคดีพิสูจน์หลักฐานจะทำได้โดยความเจ็บปวด ซึ่งมักจะพิสูจน์ด้วยการใช้มือเอาหินออกจากน้ำเดือด<sup>71</sup> หรือที่เรียกว่า Kukatchi ซึ่งเป็นการพิสูจน์หลักฐานอย่างหนึ่งในช่วงเวลานั้น ในช่วงเวลานี้มีจำนวนทาสถึงสิบเปอร์เซ็นต์และทาสเหล่านี้ถูกควบคุมตัวและถูกแบ่งออกเป็นประเภทของทาส และต้องถูกลงโทษอย่างรุนแรงในกรณีที่เกิดอาชญากรรม รัฐเป็นหนึ่งในผู้มีจำนวนทาสมากที่สุดซึ่งเรียกทาสเหล่านี้ว่า kanko การลงโทษในความผิดที่รุนแรงในยุคกลางของญี่ปุ่นคือการเอามาเป็นทาสของรัฐ<sup>72</sup>

#### 4.3.1.2 ยุคปฏิรูปไทกะและระบบกฎหมายริสึเรียว

ก่อนช่วงศตวรรษที่ 7 ญี่ปุ่นมีการจัดการรัฐโดยมีศูนย์กลางในการบริหารจัดการเมก เช่นเดียวกับรูปแบบการบริหารประเทศของจีน การบริหารจัดการของญี่ปุ่นแบบรวมศูนย์กลางนี้เป็นไปอย่างยากลำบากเนื่องจากชนเผ่าที่มีอำนาจและทรงพลังทำการต่อต้าน แต่นับจากการปฏิรูปไทกะ (Taika Reform) ใน ค.ศ. 646 การรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลางเริ่มมีความเข้มแข็งขึ้น รัฐบาลมีความเข้มแข็ง มีระบบราชการ ข้าราชการมาจากการสอบคัดเลือกอย่างเป็นระบบระเบียบ จักรพรรดิมีอำนาจปกครองรัฐแต่เพียงผู้เดียวเป็นระบอบราชาธิปไตยแบบรวมศูนย์กลางเช่นเดียวกับระบอบการปกครองของจีน ในด้านกฎหมายก็เช่นเดียวกัน บทบัญญัติต่างๆ ก็นำรูปแบบของจีนมาปฏิบัติและประกาศใช้ ระบบกฎหมายนี้เรียกว่า ระบบริสึเรียว (Ritsu-Ryo) ซึ่งเป็นระบบที่ได้แนวความคิดมาจากปรัชญาของลัทธิขงจื้อ (Confucianism) ระบบกฎหมายนี้ประกอบด้วยสองส่วนคือ ริสึ (Ritsu) เป็นส่วนของบทบัญญัติว่าด้วยการลงโทษซึ่งเป็นกฎหมายอาญา ส่วนเรียว (Ryo) เป็นส่วนของบทบัญญัติว่าด้วยการปกครองซึ่งเป็นกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายปกครองนั่นเอง กฎหมายริสึเรียวนั้นมุ่งที่จะส่งเสริมให้คนทำความดี และลงโทษบุคคลที่กระทำความผิด<sup>73</sup>

<sup>70</sup> Meryll Dean, *Japanese Legal System*, 2nd ed. (London: Cavendish Pub, 2002), p. 71.

<sup>71</sup> Hiroshi Oda, *Japanese Law*, 2 ed. (New York: Oxford University Press, 1999).

<sup>72</sup> Duhaime, L., "Japan: A Legal History."

<sup>73</sup> Yosiyuki Noda, *Introduction to Japanese Law* (Tokyo: University of Tokyo Press, 1984), p. 22.

ในช่วงเวลานี้ได้มีการประกาศใช้กฎหมายริสึเรียวต่างๆ ซึ่งเป็นกฎหมายที่คัดลอกมาจากบทบัญญัติกฎหมายของราชวงศ์ถัง (T'ang Dynasty) และภาษาที่ใช้ในกฎหมายนี้เขียนเป็นภาษาจีน<sup>74</sup> ในส่วนความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฐานพรากหรือลักพานั้น ปรากฏในกฎหมายริสึเรียว Tsuikahô 736 ว่าด้วยการลักพาและการขายบุคคล ซึ่งมีใจความว่า

“ผู้ใดที่กระทำการลักพาหรือขายผู้คนจะต้องถูกลงโทษตามกฎหมายของราชวงศ์ อย่างไรก็ตามในพื้นที่จังหวัดคามาคูระหรือจังหวัดอื่นที่มีการลักพาหรือขายคนกันเป็นธุรกิจเป็นจำนวนมาก ในจังหวัดอื่นให้ผู้ว่าราชการทหารหรือเสนาบดีลงโทษผู้กระทำความผิดอย่าให้เสีย ในคามาคูระเอง ผู้กระทำความผิดต้องถูกตราไว้บนใบหน้าด้วย”<sup>75</sup>

บทบัญญัติดังกล่าวทำให้เห็นถึงแนวความคิดในยุคสมัยนี้ว่าการกำหนดความผิดดังกล่าวยังมีได้เป็นการคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์โดยเฉพาะเจาะจง แต่กำหนดขึ้นมาเพื่อป้องกันการลักพาบุคคล ไม่ให้กระทบต่อแรงงานการเกษตร หรือการสงคราม อันเป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ

#### 4.3.1.3 ยุคสมัยโชกุนและระบบศักดินาแบบคู่

นับตั้งแต่โยริโตโมะ มินาโมโตะ (Yoritomo Minamoto) ได้ตั้งรัฐบาลบาคูฟู (Bakufu) ที่คามาคูระในปลายศตวรรษที่ 12 รัฐบาลคามาคูระได้ถึงการล่มสลายในค.ศ. 1333 โดยแม่ทัพชื่อ อาชิกางะ ทากาอูจิ (Ashikaga Takauji) ได้รับชัยชนะ อำนาจปกครองตกอยู่กับจักรพรรดิในช่วงเวลาสั้นๆ ในช่วงค.ศ. 1333 ถึง 1336 และในค.ศ. 1338 อาชิกางะ ทากาอูจิ ก็ตั้งตนเป็นโชกุน และก่อตั้งรัฐบาลมุโรมาจิ (Muromachi) ตามชื่อเมืองในเกียวโต มีการสืบเนื่องตำแหน่งโชกุนโดยตระกูลอาชิกางะเรื่อยมาจนถึง ค.ศ. 1573 บาคูฟูได้ล่มสลายนับเป็นการสิ้นสุดยุคสมัยมุโรมาจิ

<sup>74</sup> Ibid., 23.

<sup>75</sup> Kaitlin Forgash, "Tsuikahô 736: On Kidnapping and Selling People," [Online] Accessed: 23 April 2019. Updated: 6 April 2019. Available from: <http://www.uscppjs.org/translation-archive/2019/4/6/tsuikah-736-on-kidnapping-and-selling-people>  
Item: Regarding kidnapers and selling people

As for the aforementioned people, they shall be punished for their crimes in accordance with the royal law. However, it is said that in the markets of Kamakura and the various provinces there are many who specialize in this business. In the various provinces, order the military governors and stewards to punish them without fail. In Kamakura, they should be branded on the face.

ระบบศักดินาในช่วงเวลานี้มีลักษณะเป็นระบบศักดินาคู่ ซึ่งเป็นระบบการปกครองแบบผสมของระบบศักดินาและระบบโช (sho) ภายใต้ระบบการปกครองแบบผสมนี้ โชยังคงมีอยู่แต่ถูกใช้เป็นพื้นฐานทางเศรษฐกิจของระบบศักดินา ญี่ปุ่นทั้งประเทศมีได้อยู่ภายใต้ระบบศักดินาในทันที มีเพียงพื้นที่ที่บูชิ (bushi) หรือพวกซามูไรปกครองเท่านั้น ในส่วนของราชสำนัก (kuge) และส่วนของทรัพย์สินของเอกชน (honjo) ยังคงมีอยู่ตามระบบเดิมแม้ว่าอิทธิพลของซามูไรจะมีมากขึ้นเรื่อย ๆ<sup>76</sup>

กฎหมายที่บังคับใช้ในช่วงเวลานี้มีหลายระบบกฎหมาย อันได้แก่<sup>77</sup>

(1) คูกะโฮ (Kuge-ho) หรือเรียกว่ากฎหมายของราชสำนักเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปกครองและการพิจารณาคดีซึ่งประกอบด้วยกฎหมายจารีตประเพณีตามริสึเรียว (Ritsu-Ryo)

(2) ฮอนโจโฮ (Honjo-ho) เป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่นำมาใช้กับคฤหาสน์และที่ดินส่วนตัวทั้งหมด เนื้อหาของกฎหมายมีความแตกต่างกันอย่างมากในแต่ละภูมิภาค แต่ก็เป็นไปได้ที่จะแยกความแตกต่างไปจากพวกโช (sho) ที่กำหนดร่วมกันในภูมิภาคและทั่วทั้งประเทศ

(3) บุกะโฮ (Buke-ho) เป็นกฎหมายศีลธรรมหรือจารีตประเพณีใช้เฉพาะกับพวกชนชั้นซามูไร (bushi) ซึ่งเรียกกฎในลักษณะนี้ว่าบูชิโด (bushido) อันมีเนื้อหาที่สำคัญว่าด้วยกฎและการดำเนินชีวิตประจำวันของชนชั้นซามูไร

เมื่อพิจารณากฎหมายในยุคนี้แล้วเห็นว่าอยู่บนพื้นฐานของจารีตประเพณีและคุณธรรม ระบบคุณธรรมของบูชิโดนั้นได้แนวคิดมาจากลัทธิขงจื้อ ความผิดฐานพรากหรือลักพายังคงอยู่ในรูปแบบของกฎหมายริสึเรียว อันมีแนวความคิดของการกำหนดความผิดเพื่อคุ้มครองรัฐ

#### 4.3.1.4 ยุคสมัยเอโดะ รัฐโทคุงาวะ (Tokugawa State)

นับจากรัฐบาลรวมศูนย์กลางสมัยคามูระจนถึงรัฐบาลรวมศูนย์กลางสมัยมูโรมาจิ โครงสร้างทางสังคมแบบศักดินาแบบคูงังคังมีอยู่ในสมัยมูโรมาจิแต่ด้วยอำนาจของรัฐบาลรวมศูนย์กลางค่อยๆ ลดลง ทำให้ระบบโชพังลงอย่างรวดเร็ว ประมาณปลายศตวรรษที่ 15 แฉ่นแคว้นอิสระขนาดเล็กได้เกิดขึ้น ผู้ปกครองของแต่ละแฉ่นแคว้นนี้เรียกว่า เซงโกคุ ไดเมียว (sengoku daimyo) ไดเมียวเหล่านี้ต่างต่อสู้กันเองเพื่อที่จะแย่งชิงอำนาจทางการเมืองทั่วทั้งญี่ปุ่น และในค.ศ. 1603 โทคุงาวะ อิเอยะสุ (Tokugawa Ieyasu) ได้ครอบครองอำนาจได้เป็นผลสำเร็จ ขึ้นเป็นโชกุน และได้สถาปนาเมืองเอโดะซึ่งปัจจุบันคือเมืองโตเกียวให้เป็นที่มั่นของรัฐบาลบาคูฟุและมีระบบศักดินา

<sup>76</sup> Noda, Y., *Introduction to Japanese Law*, pp. 26-27.

<sup>77</sup> *Ibid.*, 29-30.



เดียวร่วมกันทั่วทั้งประเทศและตระกูลโทคุงาวะก็สืบเชื้อสายโชกุนต่อมาเรื่อย ๆ จนกระทั่งสิ้นสุดใน ค.ศ.1868 ในช่วงเวลานี้เองเป็นการปกครองในระบบศักดินาอย่างแท้จริงที่มีชามูโรเป็นผู้ปกครอง<sup>78</sup>

ระบบศักดินาในยุคนี้ได้แบ่งชนชั้นออกเป็น

(1) คุเกะ (kuge) ซึ่งเป็นขุนนางในราชสำนัก โดยอยู่ภายใต้การดูแลของรัฐบาลบาคุฟู แต่ไม่อยู่ภายใต้อำนาจของโชกุน (2) บุเกะ (buke) ซึ่งเป็นชนชั้นนักรบหรือชามูโร (3) พระสงฆ์ ซึ่งรวมถึงพระในศาสนาพุทธและชินโต (4) ไพร่ (commoners) ซึ่งเป็นปุถุชนทั่วไป โดยสามารถแบ่งย่อยออกเป็นสามกลุ่มได้แก่ ชาวนา (peasants) ช่างฝีมือ (artisans) และพ่อค้า (merchants) ชาวนามีสถานะที่สูงที่สุดในกลุ่มไพร่แต่ก็มีภาระที่ต้องแบกไว้มากในด้านการจัดเก็บภาษีและการให้บริการ และ (5) คนนอกคอก (pariahs)

ในส่วนของกฎหมายในยุคเอโดะนี้ได้มีการพัฒนากฎหมายอาญาเป็นอย่างมาก โดยเริ่มจากโครงสร้างระบบศักดินาแบบลำดับชั้นสำหรับการปกครองที่จะสร้างรัฐตำรวจในการควบคุมการดำเนินการของสมาชิกทุกคนในทุกชั้นตอนของสังคม ตัวอย่างเช่น บุคคลในลำดับชั้นหนึ่งไม่ได้รับอนุญาตให้ย้ายจากลำดับชั้นหนึ่งไปยังอีกลำดับชั้นหนึ่ง บุคคลในสังคมต้องสวมเสื้อผ้าบางอย่างตามสถานะของบุคคลนั้น มีการควบคุมอาชีพของบุคคลอย่างระมัดระวังและไม่สามารถเดินทางโดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นพิเศษ<sup>79</sup> การประกาศกฎหมายเกิดขึ้นภายหลังทำการศึกษารายละเอียดของแต่ละคดี กระบวนการพิจารณาคดีจากคดีที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน และจากกฎทั่วไป ในส่วนของกฎหมายอาญา การจัดทำเป็นประมวลกฎหมายนั้นมีความสำคัญและเป็นแหล่งที่มาของกฎหมาย โชกุนองค์ที่แปดนามว่า โทคุงาวะ โยชิมูเนะ (Tokugawa Yoshimune) ได้มีคำสั่งให้รวบรวมบทบัญญัติหนึ่งร้อยมาตรา (The Edict In One Hundred Articles, O Sadamegaki Hyakkajo) เพื่อการใช้งานของผู้พิพากษาใน ค.ศ. 1742 ซึ่งเป็นการรวมกันทั้งกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติโดยไม่ได้มีการแยกว่าเป็นกฎหมายอาญาหรือกฎหมายแพ่ง อย่างไรก็ตามบทบัญญัติส่วนใหญ่เป็นความผิดทางอาญาและเขียนในลักษณะที่ไม่เหมือนกับประมวลกฎหมายอาญาที่ทันสมัย ความผิดทางอาญาที่มีการกำหนดโทษไว้ได้แก่ (1) การปลอมเงินตรา (2) ปิดบังคนรับใช้ที่หลบหนี (3) การละทิ้งทารก (4) การผิดประเวณี (5) การเล่นพนัน (6) ลักทรัพย์ (7) รับของโจร (8) ลักพาตัว (9) รีดทรัพย์และขู่กรรโชก (10) วางเพลิง และ (11) ฆาตรกรรมและทำร้ายร่างกาย ภายใต้กฎหมายโทคุงาวะได้กำหนดการลงโทษสำหรับการกระทำความผิดเหล่านี้ มีตั้งแต่การเนรเทศ การขับไล่ออกไปถึงการประหารชีวิต การตัดหัวเป็นรูปแบบการประหารชีวิตที่ผ่อนปรนที่สุด การประหารอาจเพิ่มความรุนแรงโดยการแขวนคอ

<sup>78</sup> Ibid., 31.

<sup>79</sup> Harold G. Wren, "The Legal System of Pre-Western Japan," *Hasting Law Journal* 20, 1 (1968): 229.

ประจําในทีสํารณะ หรือทีรุนแรงมากขึ้นไปอีกคือการตรึงด้วยไม้กางเขน การเผาทั้งเป็น และการดิงแขนขา ก่อนทีจะตรึงด้วยไม้กางเขน<sup>80</sup>

ในส่วนของความผิดทีเกี่ยวข้องกับความผิดทีเกี่ยวข้องกับการพรากเด็กหรือผู้เยาว์ของญี่ปุ่นในยุคโทคุงาวะนี้คือความผิดฐานลักพาตัว (kidnapping) ถึงแม้ว่าในช่วงเวลานี้จะไม่ได้มีการกำหนดการกระทำความผิดต่อเด็กและผู้เยาว์โดยตรง แต่หมายรวมถึงทุกคนในสังคม อันเป็นความผิดทีเกี่ยวกับเสรีภาพซึ่งเห็นสมควรทีจะนำมาพิจารณาในที่นี้ด้วย ความผิดฐานลักพาใน The Edict In One Hundred Articles ปรากฏในมาตรา 61 ซึ่งมีใจความว่า

“ผู้กระทำความผิดฐานลักพาตัวจะต้องถูกประหารชีวิต

ผู้ใดทีสมรู้ร่วมคิดกับผู้ลักพาตัวซึ่งได้รับค่านายหน้าจากการขายผู้ถูกลักพาตัวนั้น จะต้องถูกเนรเทศออกนอกประเทศ”<sup>81</sup>

ความผิดฐานลักพานั้นมีการกำหนดโทษถึงขั้นประหารชีวิต ซึ่งทำให้เห็นได้ว่าการกระทำความผิดฐานลักพา มีความรุนแรงและญี่ปุ่นในยุคการปกครองของตระกูลโทคุงาวะต้องการทีจะควบคุมความสงบเรียบร้อยในสังคม และบัญญัติลงโทษแก่ผู้สมรู้ร่วมคิดในการขายผู้ถูกลักพาตัว ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับความผิดฐานลักพาในกฎหมายวิธีเรียว

จากมุมมองการควบคุมทางสังคม สิ่งทีสำคัญกว่าประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยการลงโทษของรัฐบาลกลางคือการควบคุมทีเกิดขึ้นจริงโดยสถาบันท้องถิ่น ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาบังคับใช้ ผู้ว่าราชการจังหวัดของโชกุน (daikan) หรือไดเมียว (daimyo) ซึ่งเป็นขุนนางศักดินาในท้องถิ่นในแคว้นแคว้นอิสระ ต่างบริหารจัดการความยุติธรรมตามแนวทางของลัทธิขงจื้อโดยมีแนวคิดว่า ต้องทำให้ผู้คนเชื่อฟัง ไม่ได้ทำให้ผู้คนรับทราบ<sup>82</sup> ความสำคัญทีแท้จริงของกฎหมายอาญาในยุคโทคุงาวะคือเป็นหนึ่งในเครื่องมือทีสามารถรักษาประเพณีของระบบศักดินาได้<sup>83</sup>

<sup>80</sup> Ibid., 231.

<sup>81</sup> Keiogijuku Mita, *Transactions of the Asiatic Society of Japan Volume Xli.* (Tokyo: THE ASIATIC SOCIETY OF JAPAN, 1913), p. 759.

“A kidnapper is to be put to death. (Customary)

Any one who in collusion with a kidnapper receives a commission for selling the victim is to be sentenced to major deportation. (1742)”

<sup>82</sup> Wren, H. G., "The Legal System of Pre-Western Japan," *Hasting Law Journal*: 232.

<sup>83</sup> Ibid., 233.

อันเป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐ ในยุคโทคุงาวะนี้ถือว่าเป็นยุคสุดท้ายของการเปลี่ยนผ่านไปยังยุคกฎหมายสมัยใหม่ที่มีการปฏิรูปในสมัยเมจิซึ่งเกิดขึ้นภายหลังค.ศ. 1868

#### 4.3.2 ยุคกฎหมายสมัยใหม่ของญี่ปุ่น

กฎหมายอาญาสมัยใหม่ของประเทศญี่ปุ่นเริ่มขึ้นนับตั้งแต่การล่มสลายของระบอบการปกครองที่นำโดยโชกุน (Shogunate) ค.ศ. 1868 ที่เป็นการปกครองโดยระบบศักดินา ในช่วงแรกของระบบศักดินาคือช่วงปลายศตวรรษที่ 12 ถึงศตวรรษที่ 16 ซึ่งเรียกว่ายุคเอโดะ ไม่ว่าจะเป็นราชสำนัก เหล่าขุนนางหรือรัฐบาลศักดินารวมศูนย์กลาง (bakufu) นั้นประกอบไปด้วยนักรบชามูไร การตรวจสอบและการจัดการอาชญากรรมอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ของแต่ละองค์<sup>84</sup> กฎหมายที่ใช้ในยุคนี้จึงไม่เป็นหนึ่งเดียวกันเช่น มีกฎหมายของราชสำนัก กฎหมายของนักรบชามูไร กฎหมายของเหล่าขุนนาง และกฎหมายของรัฐบาลศักดินา แม้ว่าจะมีการจัดตั้งรัฐบาลกลางและได้ออกกฎหมายบังคับใช้ในยุคเอโดะก็ตาม กฎหมายของราชสำนักและกฎหมายของเหล่าขุนนางก็ยังมีสภาพบังคับใช้<sup>85</sup>

ภายหลังการล่มสลายของระบอบโชกุน ก็เข้าสู่ยุคสมัยเมจิ (Meiji Era) นับแต่ ค.ศ. 1868 พระราชบัญญัติฉบับแรกที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญาคือ karikeiritsu ประมวลกฎหมายอาญาชั่วคราวฉบับลงวันที่ 25 ธันวาคม ค.ศ. 1868 กฎหมายอาญาที่ใช้ในสมัยโชกุนยังคงนำมาใช้ในช่วงเวลาหนึ่งภายหลังการบูรณาการ อย่างไรก็ตามรัฐบาลชุดใหม่เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายอาญาที่เป็นหนึ่งเดียวใช้ทั่วทั้งประเทศด้วยเหตุผลที่กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ช่วยรักษาสันติภาพและความสงบเรียบร้อยซึ่งเป็นความจำเป็นอย่างเร่งด่วนหลังจากมีการฟื้นฟู จึงได้นำเอากฎหมายอาญาในช่วงศตวรรษที่ 8 มาปรับใช้ให้เข้ากับความต้องการที่ทันสมัยทำให้ได้มาซึ่งประมวลกฎหมายอาญาในปีแรกของยุคเมจิ<sup>86</sup>

ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1870 (shinritsukoryo) ได้ประกาศใช้ในวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ. 1870 ซึ่งได้รับอิทธิพลจากกฎหมายจีนราชวงศ์หมิงและซึ่งรวมทั้งกฎหมายของโชกุนโทคุกาว่า

<sup>84</sup> "Outline of Criminal Justice in Japan," ed. Supreme Court of Japan 2016(Tokyo: Supreme Court of Japan, 2016), p. 4.

<sup>85</sup> Ulrich Sieber, Konstanze Jarvers, and Emily Silverman, National Criminal Law in a Comparative Legal Context Vol.1.3 Introduction to National Systems China, Japan, Poland, Turkey (Berlin: Duncker & Humblot, 2014), p. 127.

<sup>86</sup> Wilhelm Röhl, History of Law in Japan since 1868 (Leiden: BRILL, 2004), pp. 607-608.

(Tokugawa Shogunate)<sup>87</sup> เป็นการแทนที่ประมวลกฎหมายอาญาที่บังคับใช้ชั่วคราว (karikeiritsu) ใดๆก็ตามที่ได้เป็นไปตามหลักกฎหมายอาญาสมัยใหม่กล่าวคือ การใช้กฎหมายอาญาโดยการเปรียบเทียบได้ การละเมิดการห้ามมีผลย้อนหลังของกฎหมายอาญา และกฎหมายดังกล่าวมีการแบ่งแยกกันตามสถานะของบุคคลในสังคมซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมายเดียวกัน อีกทั้งการล้างแค้นถือว่าเป็นการป้องกันอย่างหนึ่ง ต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมในค.ศ. 1873 โดยให้มีการจัดเรียงเลขมาตราเป็นหมวดหมู่ในลักษณะเดียวกับกฎหมายยุโรป และได้มีการยกเลิกโทษที่กระทำต่อร่างกายเช่นการเชี่ยน โทษบังคับใช้แรงงานและยกเลิกโทษเนรเทศ แต่มีโทษจำคุกเข้ามาแทนที่<sup>88</sup>

ความจำเป็นเร่งด่วนในการมีประมวลกฎหมายอาญาในช่วงต้นของยุคเมจิได้สำเร็จอย่างรวดเร็วแต่ยังคงมีความต้องการที่จะปฏิรูปกฎหมายอาญา สนธิสัญญาต่างๆ ในช่วงเวลานั้นได้กำหนดให้มีเขตอำนาจศาลกงสุลสำหรับชาวต่างชาติที่อาศัยอยู่ในญี่ปุ่น เหตุผลหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนนอกอาณาเขตนี้เพราะกฎหมายอาญาของญี่ปุ่นไม่มีความทันสมัยพอเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายชาติตะวันตก รัฐบาลญี่ปุ่นรู้สึกถึงข้อบกพร่องของการมีเขตอำนาจศาลกงสุลนั้นไม่เสมอภาคและต้องการให้มีประมวลกฎหมายอาญาที่ทันสมัย รัฐบาลญี่ปุ่นได้จ้างนักกฎหมายชาวฝรั่งเศส บอยโซนาเด (Boissonade) มาเป็นที่ปรึกษาให้กับกระทรวงยุติธรรมญี่ปุ่นเพื่อช่วยร่างประมวลกฎหมายญี่ปุ่นประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1880 (kyukeiho) ได้ประกาศใช้ในวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1880 และมีผลบังคับใช้วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1882 ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายอาญาสมัยใหม่ฉบับแรกที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายยุโรป และเป็นครั้งแรกที่มีการบัญญัติหลักกฎหมายอาญาไว้ เช่น กฎหมายไม่อาจใช้บังคับได้กับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นก่อนการประกาศใช้กฎหมาย และบุคคลไม่ต้องรับโทษไม่ว่ากรณีใดๆโดยไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา และการแบ่งแยกกันทางสถานะบุคคลทางสังคมได้ถูกยกเลิกไป และโทษประหารชีวิตได้จำกัดไว้เฉพาะการแขวนคอในขณะที่การตัดหัวได้ถูกยกเลิกไป

ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1907 (keiho) ฉบับลงวันที่ 24 เมษายน ค.ศ. 1907 เป็นกฎหมายอาญาที่ยังคงใช้ในญี่ปุ่น แต่มีการแก้ไขเพิ่มเติมเล็กน้อยและการแก้ไขแบบเต็มรูปแบบในค.ศ. 1995 ที่มีจุดมุ่งหมายที่จะแปลประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นภาษาญี่ปุ่นสมัยใหม่ที่ประชาชนสามารถเข้าใจได้ง่ายเพราะประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1907 ใช้ตัวอักษรคันจิซึ่งเป็นตัวอักษรโบราณเข้าใจได้ยาก ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1907 มีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญกล่าวคือประมวลกฎหมายฉบับ

<sup>87</sup> Oda, H., *Japanese Law*, p. 413.

<sup>88</sup> Röhl, W., *History of Law in Japan since 1868*.

นี้ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายเยอรมนีในขณะที่กฎหมายอาญาฉบับเก่าได้นำกฎหมายฝรั่งเศสมาเป็นแบบ การกำหนดความผิดสามลำดับตามกฎหมายฝรั่งเศสได้ถูกยกเลิกไป จำนวนหมวดหมู่ลดลงโดยใช้ภาษาง่ายๆ เพื่อให้ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจในการตัดสินคดีได้ และการลงโทษมีจุดมุ่งหมายเพื่อลดการกระทำความผิดซ้ำ<sup>89</sup>

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ความผิดที่เกี่ยวกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของญี่ปุ่นมิได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1907 มากนัก อย่างไรก็ตามก็ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดลักพาตัวไปเพื่อเรียกค่าไถ่ (Kidnapping for ransom) เนื่องจากมีปัญหาการลักพาตัวคนไปเรียกค่าไถ่เป็นจำนวนมากใน ค.ศ. 1964<sup>90</sup>

ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นมิได้บัญญัติแบ่งประเภทการพรากไว้อย่างชัดเจน แต่ผู้เขียนเห็นว่าสามารถที่จะแบ่งการพิจารณาออกเป็นความผิดฐานพรากโดยบุคคลอื่นซึ่งมิใช่บุคคลในครอบครัว และความผิดฐานพรากไปโดยบุคคลในครอบครัวโดยมีสาระสำคัญดังนี้

#### 4.3.2.1 พรากโดยบุคคลอื่นซึ่งมิใช่บุคคลในครอบครัว (Non Family Abduction)

อายุของผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้กำหนดไว้ที่อายุ 20 ปี<sup>91</sup> ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นมิได้กำหนดอายุของความเป็นผู้เยาว์ไว้ มีเพียงแต่บัญญัติในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาให้บุคคลที่อายุไม่เกิน 14 ปีซึ่งได้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ<sup>92</sup> อีกทั้งมิได้บัญญัติแบ่งแยกระหว่างเด็กหรือผู้เยาว์เพียงแต่บัญญัติไว้เพียง “ผู้เยาว์” (Minor) และมีการกำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดที่หนักขึ้นถ้าได้กระทำต่อผู้เยาว์

<sup>89</sup> Ibid., 615.

<sup>90</sup> Sieber, U., K. Jarvers, and E. Silverman, *National Criminal Law in a Comparative Legal Context Vol.1.3 Introduction to National Systems China, Japan, Poland, Turkey*, p. 133.

<sup>91</sup> "Japan Civil Code 1896," [Online] Accessed: 22 November 2018. Available from: <http://www.moj.go.jp/content/000056024.pdf>,

Article 4: "The age of majority is reached when a person has reached the age of 20."

<sup>92</sup> "Japan Penal Code 1907," [Online] Accessed: 22 November 2018. Available from: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1960&re=02&vm=04>,

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

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

บทที่ 33: ความผิดเกี่ยวกับการลักพา ซื่อหรือขายมนุษย์

มาตรา 224: “ผู้ใดบังคับขู่เชิญหรือล่อลวงลักพาตัวผู้เยาว์ไป ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานตั้งแต่สามเดือนถึงเจ็ดปี”<sup>93</sup>

ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้บัญญัติคล้ายคลึงกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ของไทยโดยบัญญัติลักษณะของการกระทำในการลักพาตัวผู้เยาว์ไป ไม่ว่าจะเป็นการบังคับขู่เชิญหรือกระทำไปโดยการล่อลวง ซึ่งต่อมาได้มีการเปลี่ยนมาใช้ถ้อยคำว่า “พราก” แทนลักษณะของการกระทำของความผิดฐานนี้ในประมวลกฎหมายอาญาไทย อย่างไรก็ตามการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นนั้นมีการจำคุกและทำงานตามกำหนดระยะเวลาด้วย

ศาลฎีกาญี่ปุ่นได้วางหลักในความผิดฐานลักพาตัวเด็กตามมาตรา 224 นี้ว่าไม่จำกัดเฉพาะบุคคลอื่นแต่ยังรวมถึงบุคคลในครอบครัวด้วย แม้ว่าผู้ลักพาตัวผู้เยาว์ไปเป็นบิดาตามข้อเท็จจริงหรือบุคคลในครอบครัวที่ไม่มีอำนาจปกครองเนื่องจากการหย่าร้างกับมารดาของผู้เยาว์ ผู้ลักพาย่อมมีความผิดฐานลักพาตัวผู้เยาว์ไปตามประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นมาตรา 224<sup>94</sup>

นอกจากนี้ความผิดฐานลักพาตัวผู้เยาว์ไปนั้นต้องระวางโทษหนักขึ้นหากได้กระทำไปเพื่อหากำไร เพื่อการอนาจาร เพื่อการสมรส หรือทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายตามมาตรา 225

<sup>93</sup> Ibid. Chapter XXXIII Crimes of Kidnapping and Buying or Selling of Human Beings.

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

<sup>94</sup> Supreme Court of Japan, "2004 (a) 2199 Case to Be Brought for Kidnapping" [Online] Accessed: 21 February 2019. Available from: [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=793](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=793)

มาตรา 225: “ผู้ใดบังคับขู่脅หรือล่อลวงลักพาตัวผู้อื่นไป เพื่อหากำไร เพื่อการอนาจาร เพื่อการสมรส หรือทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี”<sup>95</sup>

มาตรา 225 นี้มีความคล้ายคลึงกับการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของไทยที่กำหนดให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นหากได้กระทำเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร แต่สิ่งที่แตกต่างกันคือประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นกำหนดให้การลักพาตัวผู้เยาว์ไปเพื่อการสมรสนั้นเป็นความผิดอาญาด้วย ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญาไทยมิได้กำหนดไว้ชัดเจนในตบทกฎหมายแต่ศาลฎีกาไทยวินิจฉัยไว้หลายคดีจนเป็นบรรทัดฐานว่าการพรากหรือพาตัวเด็กไปเพื่อเอาเป็นภริยาไม่มีความผิดพรากไปเพื่อการอนาจารจึงไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น อีกประการหนึ่งที่มีความแตกต่างคือบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้บัญญัติให้ต้องรับโทษหนักขึ้นหากผู้ที่ถูกลักพาตัวไปได้รับอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย ในขณะที่ของไทยมิได้บัญญัติเหตุเพิ่มโทษกรณีผู้ถูกลักพาตัวไปได้รับอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย

การลักพาตัวผู้อื่นที่ไม่จำกัดเฉพาะผู้เยาว์ในประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้แก่ การลักพาไปเพื่อเรียกค่าไถ่ (มาตรา 225-2) ลักพาตัวออกจากประเทศ (มาตรา 226) ชื้อหรือขายมนุษย์ (มาตรา 226-2) การขนส่งผู้ถูกลักพาตัวออกจากประเทศ (มาตรา 226-3) การจัดส่งผู้ถูกลักพาตัว (มาตรา 227) และการพยายามลักพาตัว (มาตรา 228)

มาตรา 225-2: “(1) ผู้ใดบังคับขู่脅หรือล่อลวงลักพาตัวผู้อื่นไปเพื่อให้ญาติของผู้ถูกลักพาตัวหรือบุคคลอื่นใดที่กังวลถึงความปลอดภัยของผู้ถูกลักพาอาศัยประโยชน์จากความกังวลนั้นส่งมอบทรัพย์สิน ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานตั้งแต่สามปีถึงตลอดชีวิต

(2) เช่นเดียวกับบุคคลที่ลักพาตัวผู้อื่นโดยการบังคับขู่脅หรือล่อลวง เพื่อให้หรือเรียกร้องให้ญาติของผู้ที่ถูกลักพาหรือบุคคลอื่นใดที่อาจกังวลเกี่ยวกับความปลอดภัยของผู้ที่ถูกลักพาส่งมอบทรัพย์สินโดยใช้ประโยชน์จากความกังวลดังกล่าว”<sup>96</sup>

<sup>95</sup> "Japan Penal Code 1907." "Japan Penal Code 1907." Article 225: “A person who kidnaps another by force or enticement for the purpose of profit, indecency, marriage or threat to the life or body shall be punished by imprisonment for not less than 1 year but not more than 10 years.”

<sup>96</sup> Ibid. Article 225-2: “(1) A person who kidnaps another by force or enticement, for the purpose of causing the kidnapped person's relatives or any other person who would be concerned about the kidnapped person's safety to deliver any property, taking advantage of such concern, shall be punished by imprisonment for life or for a definite term of not less than 3 years.

มาตรา 226: “ผู้ใดบังคับขู่เชิญหรือล่อลวงลักพาตัวผู้อื่นไป โดยมีวัตถุประสงค์ในการขนส่งผู้อื่นจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสองปี”<sup>97</sup>

มาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นนี้เป็นกรณีความผิดที่ผู้กระทำความผิดลักพาตัวผู้อื่นซึ่งไม่จำกัดว่าต้องเป็นตัวผู้เยาว์เท่านั้นที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ และผู้กระทำความผิดยังสามารถเป็นบุคคลในครอบครัวได้เช่นกันดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2002(A)805 กรณีที่บิดาชาวต่างชาติได้แยกกันอยู่กับมารดาชาวญี่ปุ่น โดยบิดาได้ลักพาตัวลูกสาวอายุ 2 ปี 4 เดือนไปจากภริยาชาวญี่ปุ่นที่โรงพยาบาล และได้พาตัวเด็กไปสนามบินเพื่อที่จะออกจากประเทศญี่ปุ่น แต่ได้ถูกจับตัวเสียก่อนที่สนามบิน คดีนี้ศาลตัดสินให้บิดาชาวต่างชาติมีความผิดตามมาตรา 226 และต้องโทษจำคุกและทำงานเป็นระยะเวลา 2 ปี<sup>98</sup> จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาญี่ปุ่นตัดสินลงโทษบิดาชาวต่างชาติแม้ว่าเขาจะมีสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครองก็ตาม จากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2004(A)2199 และ 2002(A)805 ทำให้เข้าใจได้ว่ากฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้มีการพัฒนาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองการลักพาตัวเด็กและผู้เยาว์โดยผู้ปกครองภายในประเทศ<sup>99</sup>

มาตรา 226-2 “(1) ผู้ใดซื้อบุคคล ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี

(2) ผู้ใดซื้อผู้เยาว์ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานตั้งแต่สามเดือนถึงเจ็ดปี

(3) ผู้ใดซื้อผู้อื่นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร เพื่อการอนาจาร เพื่อการสมรส หรือทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี

(4) บทบัญญัติในวรรคก่อนให้ใช้บังคับแก่ผู้ขายบุคคลด้วย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

(2) The same shall apply to a person, who having kidnapped another by force or enticement, causes or demands the kidnapped person's relatives or any other person who would be concerned about the kidnapped person's safety to deliver any property, taking advantage of such concern.”

<sup>97</sup> Ibid. Article 226: “A person who kidnaps another by force or enticement for the purpose of transporting another from one country to another country shall be punished by imprisonment for a definite term of not less than 2 years.”

<sup>98</sup> Supreme Court of Japan, "2002 (a) 805 Case to Be Brought for Kidnapping for the Purpose of Transporting the Kidnapped Person to a Foreign Country and Destruction of Objects " [Online] Accessed: 22 February 2019. Available from: [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=631](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=631)

<sup>99</sup> Theint Theint Htwe, "The Legal Response to Child Abduction by Parents in Japan and England and Wales,"(2013).



(5) บุคคลที่ขายหรือซื้อบุคคลอื่นเพื่อขนส่งจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานไม่น้อยกว่าสองปี”<sup>100</sup>

จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้บัญญัติความผิดกรณีซื้อบุคคลหรือผู้เยาว์แยกไว้ต่างหากจากกรณีความผิดอื่นๆ อันเป็นความผิดฐานค้ามนุษย์ และโทษสำหรับผู้กระทำความผิดฐานซื้อผู้เยาว์นั้นเท่ากับโทษที่ลงแก่ผู้ลักพาตัวผู้เยาว์ไป ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับการกำหนดความผิดกรณีซื้อหรือรับตัวผู้เยาว์ซึ่งถูกพรากที่ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พรากตามประมวลกฎหมายอาญาไทย

กฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้บัญญัติความผิดถึงผู้ขนส่งผู้ที่ถูกลักพาหรือผู้ที่ถูกซื้อถูกขายด้วย จากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งด้วย ตามมาตรา 226-3

มาตรา 226-3: “บุคคลที่ขนส่งผู้ถูกลักพาโดยบังคับขู่เข็ญหรือล่อลวง หรือผู้ที่ถูกซื้อหรือถูกขาย จากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งต้องระวางโทษจำคุกและทำงานไม่น้อยกว่าสองปี”<sup>101</sup>

นอกจากนี้ยังได้บัญญัติความผิดแก่ผู้ช่วยเหลือผู้กระทำความผิดฐานลักพาผู้เยาว์ไปด้วย ผู้ช่วยเหลืออาจช่วยเหลือในการส่งมอบ รับ ขนส่ง หรือซ่อนเร้นผู้ที่ถูกลักพาตัวตามมาตรา 227

มาตรา 227: “(1) ผู้ใดได้กระทำการช่วยเหลือผู้กระทำความผิดตามมาตรา 224 หรือ มาตรา 225 หรือสามมาตราก่อนหน้า ในการส่งมอบ รับ ขนส่ง หรือซ่อนเร้นผู้ที่ถูกลักพาโดย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>100</sup> "Japan Penal Code 1907." "Japan Penal Code 1907." Article 226-2 (1) A person who buys another shall be punished by imprisonment for not less than 3 months but not more than 5 years.

(2) A person who buys a minor shall be punished by imprisonment for not less than 3 months but not more than 7 years.

(3) A person who buys another for the purpose of profit, indecency, marriage or threat to the life or body, shall be punished by imprisonment for not less than 1 year but not more than 10 years.

(4) The preceding paragraph shall apply to a person who sells another.

(5) A person who sells or buys another for the purpose of transporting them from one country to another country shall be punished by imprisonment for not less than 2 years.

<sup>101</sup> Ibid. Article 226-3: “A person who transports another kidnapped by force or enticement or another who has been bought or sold, from one country to another country, shall be punished by imprisonment for not less than 2 years.”

บังคับขู่เข็ญหรือล่อลวงหรือผู้ที่ถูกซื้อหรือถูกขายมา ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี

(2) ผู้ใดได้กระทำการช่วยเหลือผู้กระทำความผิดตามวรรคแรกของมาตรา 225-2 ในการส่งมอบ รับ ขนส่ง หรือซ่อนเร้น ผู้ที่ถูกลักพา ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี

(3) ผู้ใดที่ได้รับผู้ถูกลักพาตัวหรือที่ถูกขายมา เพื่อหากำไร เพื่อการอนาจาร หรือทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายต้องระวางโทษจำคุกและทำงานตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี

(4) ผู้ใดได้รับผู้ถูกลักพาตัวมา โดยมีวัตถุประสงค์ที่ได้กล่าวไว้ในวรรคแรกของมาตรา 225-2 ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานไม่น้อยกว่าสองปี เช่นเดียวกันกับผู้ที่ได้รับผู้ถูกลักพาตัวมาและเพื่อให้หรือเรียกร้องให้ญาติของผู้ที่ถูกลักพาหรือบุคคลอื่นใดที่อาจกังวลเกี่ยวกับความปลอดภัยของผู้ที่ถูกลักพา ส่งมอบทรัพย์สินโดยใช้ประโยชน์จากความกังวลดังกล่าว”<sup>102</sup>

<sup>102</sup> Ibid. Article 227 (1) A person who, for the purpose of aiding another who has committed any of the crime prescribed under Articles 224, 225 or the preceding three Articles, delivers, receives, transports or hides a person who has been kidnapped by force or enticement or has been bought or sold, shall be punished by imprisonment for not less than 3 months but not more than 5 years. (2) A person who, for the purpose of aiding another who has committed the crime prescribed under paragraph (1) of Article 225-2, delivers, receives, transports or hides a person who has been kidnapped shall be punished by imprisonment for not less than 1 year but not more than 10 years. (3) A person who, for the purpose of profit, indecency or threat to the life or body, receives a person who has been kidnapped or sold, shall be punished by imprisonment for not less than 6 months but not more than 7 years. (4) A person who, for purpose prescribed under paragraph (1) of Article 225-2, receives a person who has been kidnapped shall be punished by imprisonment for a definite term of not less than 2 years. The same shall apply to a person, who has received a kidnapped person and causes or demands such person's relative or any other person who would be concerned about the safety of the kidnapped person to deliver any property, taking advantage of such concern.

มาตรา 228: “การพยายามกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 224 มาตรา 225 มาตรา 225-2 วรรคแรก มาตรา 226 ถึงมาตรา 226-3 และมาตรา 227 วรรคแรกถึงวรรคสาม และในส่วนแรกของวรรคสี่ ต้องระวางโทษ”<sup>103</sup>

เหตุผลโทษนั้นให้บุคคลที่กระทำความผิดลักพาตัวบุคคลเพื่อเรียกค่าไถ่ตามมาตรา 225-2 และผู้ช่วยเหลือผู้กระทำความผิดหรือผู้รับตัวผู้ถูกลักพาตัวเพื่อเรียกค่าไถ่ตามมาตรา 227 วรรคสองหรือมาตรา 227 วรรคสี่ ถ้าได้ปล่อยตัวผู้ถูกลักพาในสถานที่ปลอดภัยก่อนถูกดำเนินคดีตามมาตรา 228-2 นอกจากนี้กฎหมายอาญาญี่ปุ่นยังได้กำหนดความผิดสำหรับผู้ที่เตรียมการกระทำความผิดฐานลักพาตัวเพื่อเรียกค่าไถ่ตามมาตรา 228-3 ด้วย

มาตรา 228-2: “ในกรณีที่บุคคลผู้ซึ่งกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 225-2 หรือมาตรา 227 วรรคสองและวรรคสี่ ได้ปล่อยตัวผู้ถูกลักพาในสถานที่ปลอดภัยก่อนถูกดำเนินคดี บุคคลดังกล่าวย่อมได้รับการลดโทษ”<sup>104</sup>

มาตรา 228-3: “ผู้ใดเตรียมการเพื่อกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 225-2 วรรคแรก ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสองปี ถ้าผู้เตรียมการนั้นได้ยกเลิกการกระทำนั้นเองก่อนที่จะลงมือกระทำความผิด ผู้นั้นอาจได้รับการลดโทษหรือพ้นจากความรับผิด”<sup>105</sup>

กฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้บัญญัติให้ต้องมีการร้องทุกข์หากประสงค์จะดำเนินคดีแก่บุคคลที่กระทำความผิดฐานลักพาตัว (มาตรา 224) ลักพาตัวบุคคลไปเพื่อหากำไร (มาตรา 225) ช่วยเหลือผู้กระทำความผิดฐานเรียกค่าไถ่ (มาตรา 227 วรรคแรก) รับตัวผู้ถูกลักพาตัวหรือที่ถูกขายมา (มาตรา 227 วรรคสาม) และการพยายามกระทำความผิดตามมาตราดังกล่าว และได้บัญญัติไว้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>103</sup> Ibid. Article 228: An attempt of the crimes prescribed under Articles 224, 225, paragraph (1) of Article 225-2, Articles 226 through 226-3 and paragraphs (1) through (3) and the first sentence of paragraph (4) of the preceding Article shall be punished.

<sup>104</sup> Ibid. Article 228-2: In cases where a person who has committed the crime prescribed under Article 225-2 or paragraph (2) or (4) of Article 227 releases the kidnapped person in a safe location before being prosecuted, the punishment shall be reduced.

<sup>105</sup> Ibid. Article 228-3 A person who prepares for commission of the crime prescribed under paragraph (1) of Article 225-2 shall be punished by imprisonment for not more than 2 years; provided, however, that the person who self-denounces before the person commences the crime shall be reduced or exculpated.

ด้วยว่าหากมีการสมรสระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้ถูกลักพาตัวจะต้องมีคำพิพากษาว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะหรือถูกเพิกถอนถึงจะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ตามมาตรา 229

มาตรา 229: “การกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 224 และมาตรา 225 ความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 227 วรรคแรก ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือผู้กระทำความผิด ความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 227 วรรคสาม และการพยายามกระทำความผิดตามมาตราดังกล่าว ต้องดำเนินคดีต่อเมื่อมีการร้องทุกข์ เว้นแต่เป็นการกระทำไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไรหรือเป็นอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย อย่างไรก็ตามถ้าผู้ถูกลักพาตัวหรือผู้ที่ถูกขายไปได้สมรสกับผู้กระทำความผิด การร้องทุกข์ไม่มีผลใดๆ จนกว่ามีคำพิพากษาว่าการสมรสนั้นเป็นโมฆะหรือถูกเพิกถอน”<sup>106</sup>

#### 4.3.2.2 พรากโดยบุคคลในครอบครัว (Family Abduction)

ประเด็นการลักพาตัวผู้เยาว์โดยบิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งจะมีความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 224 หรือไม่นั้น บทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดไว้แน่ชัดว่า ผู้ลักพาตัวผู้เยาว์หมายความว่ารวมถึงบุคคลในครอบครัวด้วยหรือไม่ แต่ศาลฎีกาญี่ปุ่นได้วางหลักเกณฑ์ในทางปฏิบัติไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2004(A)2199<sup>107</sup> และ 2002(A)805<sup>108</sup> ว่าบุคคลในครอบครัวที่เป็นบิดาตามข้อเท็จจริง หรือบุคคลในครอบครัวที่ไม่มีอำนาจปกครองเนื่องจากการหย่าร้าง ซึ่งเป็นแนวทางในการคุ้มครองการลักพาตัวเด็กและผู้เยาว์ไปโดยผู้ปกครองภายในญี่ปุ่น

การลักพาตัวเด็กหรือผู้เยาว์ภายในประเทศญี่ปุ่นโดยบุคคลในครอบครัว โดยทั่วไปแล้วหากมีกรณีที่ผู้ปกครองสัญชาติอื่นพาตัวเด็กไปจากอำนาจปกครองของผู้ปกครองที่ขอด้วย

<sup>106</sup> Ibid. Article 229: The crimes prescribed under Articles 224 and 225, the crimes prescribed under paragraph (1) of Article 227 which are committed for the purpose of aiding the person who has committed the crimes above, the crimes prescribed under paragraph (3) of Article 227 and the attempts of these crimes shall be prosecuted only upon complaint unless committed for the purpose of profit or threat to the life or body; provided, however, that when the person who has been kidnapped or sold has married the offender, the complaint shall have no effect until a judgment invalidating or rescinding the marriage has been rendered.

<sup>107</sup> Supreme Court of Japan, "2004 (a) 2199 Case to Be Brought for Kidnapping "

<sup>108</sup> Supreme Court of Japan, "2002 (a) 805 Case to Be Brought for Kidnapping for the Purpose of Transporting the Kidnapped Person to a Foreign Country and Destruction of Objects "

กฎหมาย ถือว่าเป็นการลักพาตัวเด็กไปโดยบุคคลในครอบครัว กฎหมายญี่ปุ่นกำหนดให้ผู้ปกครองที่  
ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิที่จะเรียกเอาตัวเด็กคืนได้ 3 วิธี<sup>109</sup> ได้แก่

(1) ผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายอาจยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งคืนตัวเด็กเมื่อศาล  
ได้รับคำร้องขอเช่นว่านี้ ศาลจะมีคำสั่งให้คืนตัวเด็กผ่านตามขั้นตอนที่ศาลกำหนดหากพบว่าเด็กไม่ได้  
อยู่อาศัยกับผู้ปกครองที่ลักพาตัวไป หรือเป็นการขัดกับประโยชน์อันสูงสุดที่เด็กควรจะได้รับ

(2) ผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายอาจฟ้องคดีทางแพ่งต่อศาลแขวงตามกระบวนการวิธี  
พิจารณาความแพ่ง

(3) ผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายอาจร้องขอให้ศาลแขวง หรือต่อศาลฎีกาออกคำสั่ง  
ให้คืนตัวเด็กตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเรียกตัวตามหมายศาล (Habeas Corpus Act 1948)<sup>110</sup>

ในวิธีการทั้งสามวิธีนี้ วิธีการสุดท้ายถือได้ว่าเป็นวิธีการที่ใช้กันมากที่สุดทางปฏิบัติ  
เพราะสามารถได้ตัวเด็กคืนในทันทีตามพระราชบัญญัตินี้และมีกระบวนการบังคับที่เข้มแข็งกว่าวิธีการ  
อื่น ๆ<sup>111</sup> หากผู้ปกครองคนใดไม่ส่งคืนตัวเด็กตามคำสั่งศาล ศาลมีอำนาจที่จะสั่งจำคุกผู้ปกครองคนที่  
ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งได้<sup>112</sup> คำพิพากษาที่สำคัญในกรณีดังกล่าวคือ คำพิพากษาฎีกาที่ 1994(O)1437 ที่  
ศาลพิพากษาตามคำร้องขอให้ส่งคืนตัวเด็กตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเรียกตัวตามหมายศาล  
(Habeas Corpus Act 1948) แม้ว่าเด็กจะได้รับการเลี้ยงดูและดูแลอย่างดีและสามารถปรับเข้ากับ  
สภาพแวดล้อมใหม่ได้เป็นอย่างดีแล้ว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเด็กไม่อาจที่จะอยู่กับบิดาที่ไม่ได้จดทะเบียน  
สมรสกับมารดาของเด็กได้ ไม่มีสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครอง แม้ว่าบิดาตามข้อเท็จจริงจะมีฐานะทาง

<sup>109</sup> Satoshi Minamikata, "Resolution of Disputes over Parental Rights and Duties in a Marital  
Dissolution Case in Japan: A Nonlitigious Approach in "Chotei" (Family Court Mediation)," *Family Law  
Quarterly* 39, 2 (2005): 503.

<sup>110</sup> "Japan: Law No. 199 of 1948, Habeas Corpus Act," [Online] Accessed: 25 February 2019. Updated:  
30 July 1948. Available from: <https://www.refworld.org/docid/3f8e03634.html>. Article 2: "Any  
person whose liberty of person is under restraint without due process of law may apply for relief  
pursuant to the provision of this act."

<sup>111</sup> Htwe, T. T., "The Legal Response to Child Abduction by Parents in Japan and England and  
Wales," 97.

<sup>112</sup> "Japan: Law No. 199 of 1948, Habeas Corpus Act." "Japan: Law No. 199 of 1948, Habeas Corpus  
Act." Article 18: "In case where the person detaining fails to obey the order mentioned in article  
12 paragraph 2, the Court may forcefully bring him before the court or detain him until he obeys  
the order, and also punish him with an administrative fine at the rate of five hundred yen or less  
per day while the delay continue."

การเงินดีกว่าก็ตาม<sup>113</sup> จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้ให้ความคุ้มครองกรณีผู้ปกครองคนใดคนหนึ่งลักพาเด็กหรือผู้เยาว์ไปจากผู้ปกครองที่มีอำนาจปกครองภายในประเทศญี่ปุ่น

ในขณะที่การลักพาตัวเด็กและผู้เยาว์ข้ามชาติไปโดยผู้ปกครองกล่าวคือมีการลักพาตัวเด็กโดยผู้ปกครองคนหนึ่งจากประเทศอื่นมายังญี่ปุ่นนั้นยังไม่ได้รับการคุ้มครอง ซึ่งการกระทำในลักษณะนี้ยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานลักพาตัวผู้เยาว์ไปตามประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น ค.ศ. 1907 โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีครอบครัวสองสัญชาติ (Binational Family) กล่าวคือฝ่ายหนึ่งเป็นคนสัญชาติญี่ปุ่นและอีกฝ่ายเป็นคนสัญชาติอื่น ซึ่งหลายประเทศอ้างว่ามีเด็กจำนวนมากในญี่ปุ่นที่ถูกลักพาจากต่างประเทศมายังญี่ปุ่นและการลักพาตัวเด็กข้ามชาติในลักษณะนี้ถูกละเลยโดยรัฐบาลญี่ปุ่น<sup>114</sup> แม้ว่าญี่ปุ่นเองจะได้เข้าร่วมในอนุสัญญาว่าด้วยว่าด้วยลักษณะทางแพ่งของการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ (The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction) ซึ่งต่อมาญี่ปุ่นได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาและมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 2014 แล้วก็ตาม

ก่อน ค.ศ. 2014 ที่ญี่ปุ่นได้เข้าเป็นสมาชิกในอนุสัญญาว่าด้วยว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ ปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการลักพาตัวเด็กข้ามชาติโดยบิดาหรือมารดาหรือผู้ปกครองเกิดขึ้นบ่อยครั้งโดยคู่สมรสชาวญี่ปุ่นหลังจากได้ยุติสถานภาพสมรสได้พาตัวเด็กกลับมายังประเทศญี่ปุ่น คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีความหวังเพียงเล็กน้อยหรือแทบไม่มีเลยที่จะได้รับตัวเด็กกลับคืนมา โดยไม่คำนึงถึงการมีส่วนร่วมของระบบศาลครอบครัวของประเทศญี่ปุ่นและคำสั่งการดูแลที่มีอยู่ก่อนจากศาลในเขตอำนาจศาลที่เป็นที่อยู่อาศัยของเด็กในต่างประเทศ<sup>115</sup> และกรณีการลักพาตัวโดยบิดา มารดาหรือผู้ปกครองชาวญี่ปุ่นนั้นเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องและเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วนับตั้งแต่ ค.ศ. 2000 จนถึง ค.ศ. 2009 และทุกกรณีเป็นผลของการที่คู่สมรสชาวญี่ปุ่นลักพาบุตรของตนที่เกิดจากการสมรสในต่างประเทศไปยังประเทศญี่ปุ่นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองอีกฝ่ายหรือ

<sup>113</sup> Supreme Court of Japan, "1994 (O) 1437 Case of a Request for Habeas Corpus Relief" [Online] Accessed: 25 February 2019. Available from: [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=176](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=176)

<sup>114</sup> Robin S. Lee, "Bringing Our Kids Home: International Parental Child Abduction & Japan's Refusal to Return Our Children" *Cardozo Journal of Law & Gender* 17(2010).

<sup>115</sup> COLIN P.A. JONES, "No More Excuses: Why Recent Penal Code Amendments Should (but Probably Won't) Stop International Parental Child Abduction to Japan," *6 Whittier J. Child. & Fam. Advoc.* 351 (2007): p. 351.

การพาเด็กมายังประเทศญี่ปุ่นอย่างผิดกฎหมายซึ่งเป็นการละเมิดข้อตกลงในเรื่องการดูแลหรือการเยี่ยมเยียน ซึ่งในหลายกรณีมีจำนวนเด็กหลายคนที่เกี่ยวข้อง<sup>116</sup>

ใน ค.ศ. 2014 หลังจากได้รับความกดดันทางการทูตมาหลายปีและคดีที่เกิดขึ้นจำนวนมากที่บิดามารดาสูญเสียการติดต่อกับเด็กที่ถูกลักพาตัวไปหรือถูกนำมาอาศัยอยู่ในประเทศญี่ปุ่น ญี่ปุ่นจึงเข้าร่วมอนุสัญญาว่าด้วยว่าด้วยลักษณะทางแพ่งของการลักพาตัวเด็กข้ามชาติ แต่การพิจารณาคดีของศาลฎีกาในวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 2017 คำพิพากษาฎีกาที่ 2017(Kyo)9<sup>117</sup> ยังคงยืนยันหลักการที่ให้บิดามารดาชาวญี่ปุ่นลักพาตัวได้ ทำให้การไปเยี่ยมเด็กที่ถูกเลี้ยงดูโดยบิดาหรือมารดาชาวญี่ปุ่นยังคงเป็นเรื่องยาก คำสั่งให้ส่งตัวเด็กกลับคืนยังไม่สามารถบังคับใช้ได้<sup>118</sup>

จากการศึกษาความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ตามประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น ในส่วนของการพรากเด็กไปโดยบุคคลในครอบครัวจึงอาจสรุปได้ว่า บุคคลในครอบครัวที่ไม่มีอำนาจปกครองหรือมีสิทธิและหน้าที่ในการเลี้ยงดูแล้ว หากลักพาตัวเด็กไปจากผู้ปกครองที่มีอำนาจปกครองย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น แต่กฎหมายดังกล่าวมีลักษณะคุ้มครองภายในประเทศญี่ปุ่นเท่านั้น หากมีการลักพาตัวเด็กข้ามชาติโดยผู้ปกครองคนใดคนหนึ่ง การกระทำดังกล่าวยังไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น แม้ว่าญี่ปุ่นจะเป็นสมาชิกในอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งของการลักพาตัวเด็กข้ามชาติแล้วก็ตาม ซึ่งมีความแตกต่างไปจากการบังคับใช้กฎหมายในความผิดฐานดังกล่าวของฝรั่งเศสที่บัญญัติลักษณะของการกระทำความผิดโดยผู้ปกครองที่ไม่มีอำนาจปกครองไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

#### 4.4 ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของประเทศอินเดีย

กฎหมายอาญาอินเดียมีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนานไปพร้อมกับประวัติศาสตร์อินเดีย โดยในบทนี้จะทำการศึกษาประวัติศาสตร์อินเดียเพื่อให้เห็นถึงเหตุการณ์ สภาพสังคม เศรษฐกิจ การปกครอง และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอันเป็นปัจจัยต่อการเปลี่ยนแปลงกฎหมายอาญา โดยเฉพาะในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์นั้นวิวัฒนาการตามปัจจัยดังกล่าว โดยเจตนารมณ์

<sup>116</sup> "Rapid Increase in Child Abduction to Japan," [Online] Accessed: 26 November 2018. Available from: <https://amview.japan.usembassy.gov/en/child-abduction-graph/>

<sup>117</sup> Supreme Court of Japan, "2017 (Kyo) 9," [Online] Accessed: 25 February 2019. Available from: [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=87349](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=87349)

<sup>118</sup> COLIN P.A. JONES, "Japan's Supreme Court Hands Down a Road Map for Parental Child Abductions," [Online] Accessed: 29 November 2018. Available from: [https://www.japantimes.co.jp/community/2017/12/31/issues/japans-supreme-court-hands-road-map-parental-child-abductions/#.W\\_t7JYczblU](https://www.japantimes.co.jp/community/2017/12/31/issues/japans-supreme-court-hands-road-map-parental-child-abductions/#.W_t7JYczblU)

ของกฎหมาย วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ ลักษณะในการกระทำ โทษและเหตุเพิ่มโทษได้แปรเปลี่ยนไป ใน ส่วนของอินเดียจะแบ่งการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายเป็นสองช่วงกล่าวคือ ช่วงยุคกฎหมายก่อน สมัยใหม่หรือก่อนการปฏิรูปกฎหมาย (Pre-Modern Law) และยุคกฎหมายสมัยใหม่หรือช่วง ภายหลังการปฏิรูปกฎหมาย (Modern Law) โดยจะพิจารณาช่วงเวลาการปฏิรูปกฎหมายอาญาเป็น จุดเปลี่ยน

#### 4.4.1 ยุคกฎหมายก่อนสมัยใหม่ของอินเดีย

อินเดียเป็นประเทศที่มีอารยธรรมเก่าแก่มาแต่โบราณ อาจถือได้ว่าได้ว่าเป็นแหล่งกำเนิดอารย ธรรมที่เก่าแก่ที่สุดแห่งหนึ่งของโลก อารยธรรมลุ่มแม่น้ำสินธุ (Indus Civilization) หรืออารยธรรม ฮาร์ปปา (Harappa Culture) ในช่วง 2700 ถึง 1500 ก่อนคริสตกาล ต่อมาวัฒนธรรมฮาร์ปปาได้ เสื่อมลงในช่วงประมาณ 1500 ถึง 500 ก่อนคริสตกาลกลุ่มชาวอารยัน (Aryans) ได้บุกเข้ามาจาก เอเชียตอนกลาง เมื่อชาวอารยันเข้ามาตั้งถิ่นฐานอินเดีย พวกเขาได้แบ่งลำดับของชนชั้นออกเป็น 3 ชนชั้นได้แก่ พราหมณ์ กษัตริย์ และบุคคลทั่วไป ส่วนพวกทาสหรือทาสย์ (Dasas or Dasyus) คือพวก ที่เป็นคนพื้นเมืองเชื้อสายที่หลงเหลืออยู่ในอารยธรรมฮาร์ปปาซึ่งชาวอารยันมองว่าเป็นบุคคลที่ด้อย กว่า การแบ่งชนชั้นในลักษณะนี้พัฒนามาเป็นการจัดกลุ่มวรรณะ และภาษาสันสกฤตซึ่งเป็นภาษาของ ชาวอารยันกลายเป็นภาษาของบุคคลในวรรณะชั้นสูง<sup>119</sup> ยุคกฎหมายก่อนสมัยใหม่ของอินเดียสามารถ พิจารณาได้เป็นยุคอินเดียโบราณ และยุคสมัยมุสลิมปกครองดังนี้

##### 4.4.1.1 ยุคอินเดียโบราณ

อินเดียมีประวัติทางกฎหมายที่บันทึกไว้เริ่มตั้งแต่ยุคพระเวท มีความเชื่อกันว่า อินเดียโบราณมีระบบกฎหมายตั้งแต่ในช่วงยุคสำริดและในช่วงอารยธรรมลุ่มแม่น้ำสินธุ กฎหมายเป็น เรื่องของการกำหนดคำสอนทางศาสนาและวาทกรรมทางปรัชญา ปรากฏอยู่ในคัมภีร์พระเวท (Vedas) คัมภีร์อุปนิษัท (Upanishads) และตำราทางศาสนาอื่นๆ ซึ่งปฏิบัติโดยบุคคลจากสำนัก ปรัชญาฮินดูที่แตกต่างกัน และต่อมาโดยศาสนาเชนและศาสนาพุทธ กฎหมายที่บังคับใช้ในอินเดียใน ช่วงเวลานี้แตกต่างกันไปอย่างกว้างขวางจากภูมิภาคสู่ภูมิภาค และจากผู้ปกครองหนึ่งไปยังอีก ผู้ปกครองหนึ่ง ระบบศาลจึงมีส่วนสำคัญต่อการปกครองของราชวงศ์ทั้งหลายในยุคอินเดียโบราณ

<sup>119</sup> "Indian Legal System - History Development and Structure," [Online] Accessed: 1 May 2019. Available from: [http://shodhganga.inflibnet.ac.in/bitstream/10603/50982/9/09\\_chapter%202.pdf](http://shodhganga.inflibnet.ac.in/bitstream/10603/50982/9/09_chapter%202.pdf)



ระบบศาลที่ดีในยุคโบราณปรากฏในสมัยราชวงศ์โมริยะ (Mauryas) ในช่วง 321-185 ก่อนคริสตกาล และในสมัยราชวงศ์โมกุล (Mughals) ในช่วงศตวรรษที่ 16 ถึง 19<sup>120</sup>

นับจาก 500 ปีก่อนคริสตกาลจนถึงช่วงที่มุสลิมได้บุกเข้าอินเดียในช่วงศตวรรษที่ 12 เป็นช่วงที่กษัตริย์ฮินดูปกครองอินเดียและอารยธรรมฮินดูนั้นรุ่งเรือง ลักษณะที่โดดเด่นของอารยธรรมฮินดูคือการปฏิบัติอย่างเคร่งครัดตามหลักการของ วรรณาธรรมธรรม (Varna Ashrama Dharma) ที่มีใจความว่าทางรอดทางจิตวิญญาณของบุคคล หรือความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของสังคมขึ้นอยู่กับ การแสวงหาความชอบธรรมโดยสมาชิกทุกคนในสังคมโดยวิธีที่หลากหลายที่เหมาะสมกับวัย และช่วงเวลาของชีวิต ซึ่งสังคมได้แบ่งหน้าที่ของคนในสังคมตามวรรณะเป็น พราหมณ์ กษัตริย์ แพศย์ และพวกศูทร และช่วงเวลาการดำเนินชีวิตตามอาศรม 4 แบ่งได้เป็น พรหมจารี (ช่วงศึกษาเล่าเรียน) คฤหัสถ์ (ช่วงครองเรือน) วานปรสธ์ (ช่วงแสวงหาธรรม) และสันยาสี (ช่วงสุดท้ายแห่งชีวิต บำเพ็ญเพียรตามหลักศาสนา) สังคมชาวฮินดูจึงขึ้นอยู่กับธรรมะและมองกฎหมาย ศีลธรรมและหน้าที่ทางศาสนา เป็นสิ่งที่ต่างไปจากธรรมะ<sup>121</sup>

กฎหมายฮินดูซึ่งเป็นหนึ่งในระบบที่เก่าแก่ที่สุดในโลกมีที่มาจากคัมภีร์พระเวท (Vedas) และคัมภีร์มานาวธรรมศาสตร์ของพระมนู (Manu's Manava Dharmashastra) กฎหมายหลายฉบับได้พัฒนามาจากคัมภีร์มานาวธรรมศาสตร์ในช่วงหลายศตวรรษต่อมา สำนักกฎหมายฮินดูที่เป็นหลักคือ มิทักซาร์ (Mitakshara) ซึ่งแพร่หลายในทวีปอินเดียยกเว้นเบงกอล (Bengal) และอัสสัม (Assam) และ ทัยภาก (Dayabhaga) แพร่หลายในเบงกอล (Bengal) และอัสสัม (Assam) ความแตกต่างที่สำคัญของทั้งสองสำนักกฎหมายฮินดูอยู่ในเรื่องกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับมรดกและลักษณะบางประการในครอบครัวร่วมของชาวฮินดู ในสังคมฮินดูโบราณข้อพิพาทส่วนใหญ่เกิดขึ้นระหว่างกลุ่มคนมิใช่เกิดขึ้นระหว่างบุคคล การไกล่เกลี่ยและการประนีประนอมเป็นวิธีการหลักในการแก้ไขข้อพิพาทและเพื่อให้เกิดความยุติธรรม ดังนั้นการประนีประนอม ฉันทามติและอธิษฐานเป็นรากฐานดั้งเดิมของความยุติธรรมของอินเดีย<sup>122</sup>

<sup>120</sup> Central Board of Secondary Education, "Historical Evolution of the Indian Legal System," [Online] Accessed: 1 May 2019. Available from: [http://cbseacademic.nic.in/web\\_material/doc/Legal\\_Studies/XI\\_U3\\_Legal\\_Studies.pdf](http://cbseacademic.nic.in/web_material/doc/Legal_Studies/XI_U3_Legal_Studies.pdf)

<sup>121</sup> "Indian Legal System - History Development and Structure." "Indian Legal System - History Development and Structure."

<sup>122</sup> Ibid.

ในส่วนของความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของกฎหมายฮินดูโบราณตามคัมภีร์มานาวธรรมศาสตร์ปรากฏในบทที่ 3 เกี่ยวข้องกับช่วงที่สองของชีวิตกล่าวคือ ช่วงครองเรือน ซึ่งได้บัญญัติลักษณะรูปแบบการสมรสไว้ 8 รูปแบบ รูปแบบการสมรสดังต่อไปนี้ไม่ได้มีพิธีทางศาสนาอย่างเคร่งครัดและมักถูกประณาม อันได้แก่ การสมครใจสมรสกันเองของหญิงและชาย ซึ่งอาจเข้าข่ายหนีตามกันไปก็ได้ตามข้อที่ 32 มีสาระสำคัญว่า

“การสมครใจร่วมกันของหญิงสาวและคนรักด้วยความปรารถนาที่จะมีความสัมพันธ์ทางเพศ เรียกว่าเป็นรูปแบบกัณธรวา (Gandharva)”<sup>123</sup>

กรณีชายลักพาตัวหญิงไปก็เป็นอีกรูปแบบที่ถูกประณามรุนแรงตามข้อที่ 33 โดยมีความว่า

“การลักพาตัวหญิงสาวไปจากบ้านของเธอ ในขณะที่เธอส่งเสียงและร้องไห้ออกมา หลังจากที่ถูกขโมยหรือได้รับบาดเจ็บ และบุกเข้าไปในบ้านของพวกเขา การกระทำนี้ เรียกว่าเป็นรูปแบบบราหฺษส (ยักษรัย Rakshasa)”<sup>124</sup>

ส่วนกรณีการกระทำที่เป็นการล่อลวงโดยฝ่ายหญิงไม่มีสติสัมปชัญญะถือว่าเป็นรูปแบบที่ต่ำที่สุดในบรรดารูปแบบทั้งแปดของศาสนาฮินดู ซึ่งปรากฏในข้อที่ 34 มีใจความว่า

“เมื่อชายคนหนึ่งแอบล่อลวงเข้าหาเด็กหญิงที่กำลังหลับ มึนเมา หรือไร้สติ นั้นเป็นสิ่งที่ไม่ชอบนัก ถือเป็นปีศาจ (Pisaca) ซึ่งเป็นรูปแบบที่แปรอันเป็นรูปแบบที่ต่ำสุด”<sup>125</sup>

จะเห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นรูปแบบการสมรสที่ได้รับการประณามตามคัมภีร์มานาวธรรมศาสตร์ และไม่อาจทำให้สังคมมีความสงบสุข เมื่อทำการเปรียบเทียบกับลักษณะของการกระทำดังกล่าวถือเป็นความผิดทางอาญาของอินเดียในปัจจุบันด้วย ซึ่งหากเป็นเด็กหรือผู้เยาว์อาจมีความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ และกระทำการหรือข่มขืนกระทำชำเราด้วย

<sup>123</sup> Edward W. Hopkins, "The Ordinances of Manu," (London: Kegan Paul, Trench, Trubner. & Co. Ltd, 1891), p. 46.

“The voluntary connection of a maiden and a man is to be known as Gandharva union, which arises from lust.”

<sup>124</sup> Ibid.

“The forcible abduction from home of a maiden crying out and weeping, after slaying and wounding (her relatives) and breaking in, is called Raksana form.”

<sup>125</sup> Ibid. “When (a man) secretly approaches (a girl) asleep, intoxicated, or confused, that, the most sinful of unions, is the Paicaca, the eighth and lowest (form).”

ความผิดที่เกี่ยวข้องกับการพรากหรือการลักพาตัวไปปรากฏในพระธรรมศาสตร์หลายฉบับ ทั้งฉบับมนุสมฤติ (Manusmriti) ยัชณวัลย์สมฤติ (Yagnavalkya smriti) นารทสมฤติ (Narada smriti) และคัมภีร์อรรถศาสตร์ของจกณักยะ หรือเกาฏิลยะ (Kautilya's Arthashastra) ต่างบัญญัติให้การกระทำที่เป็นการพรากหรือลักพาบุคคลในสังคม (ไม่จำกัดเฉพาะเด็ก) เป็นความผิดประเภทหนึ่งของการลักทรัพย์ เป็นสิ่งต้องห้ามและบัญญัติโทษที่รุนแรงต่อการกระทำความผิด โดยมีสาระสำคัญดังนี้

ในคัมภีร์มานวธรรมศาสตร์ของพระมนู (Manusmriti) บัญญัติให้ การลักพาชายจากครอบครัวชั้นสูง และหญิงที่มีอัญมณีล้ำค่า ผู้ลักพาต้องได้รับโทษโดยการทรมานร่างกายหรือโทษประหารชีวิต<sup>126</sup> สำหรับกรณีที่ลักพาทาสของผู้อื่นไปมีความผิดเช่นเดียวกับโทษที่ลงในความผิดฐานลักทรัพย์ตามคัมภีร์มานวธรรมศาสตร์ของพระมนู<sup>127</sup>

ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของพระยัชณวัลย์ (Yagnavalkya smriti) ซึ่งเชื่อว่าได้มีความเจริญในช่วงศตวรรษที่ 11 ตามศาสตราจารย์ บุกเลอร์ (G. Buhler) ได้กล่าวไว้ บัญญัติให้ การลักพาตัวเด็กหญิงที่อยู่ในวรรณะเดียวกันกับผู้ลักพา ต้องระวางโทษปรับขั้นต่ำสุด แต่ถ้าเป็นการลักพาไปโดยเด็กหญิงมีเครื่องประดับติดตัวด้วย ต้องระวางโทษปรับขั้นสูงสุด ในขณะที่ลักพาตัวเด็กหญิงวรรณะสูงกว่าผู้ลักพา ต้องระวางโทษโดยการทรมานร่างกาย และถ้าลักพาตัวเด็กหญิงที่วรรณะต่ำกว่าผู้ลักพา ผู้ลักพาต้องโทษปรับขั้นต่ำสุด<sup>128</sup>

ในขณะที่คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของพระนารท (Narada smriti) บัญญัติให้ การลักพาตัวชายต้องระวางโทษปรับขั้นสูงสุด และการลักพาตัวหญิงต้องระวางโทษริบทรัพย์ทั้งหมดของผู้ลักพา และการลักพาตัวเด็กหญิงต้องระวางโทษโดยการทรมานร่างกาย กรณีการลักพาทาสที่เป็นหญิง ผู้ลักพาต้องระวางโทษโดยการตัดแขนขา<sup>129</sup>

<sup>126</sup> Georg Buhler, *The Laws of Manu* (Oxford: Clarendon Press, 1886), p. 310.

Article 323: For Stealing men of noble family and especially women and the most precious gems, (the offender) deserves corporal (or capital) punishment.

<sup>127</sup> Ibid., 314.

Article 342: He who ties up unbound or sets free tied up (cattle of other men), he who takes a slave, a horse, or a carriage will have incurred the guilt of a thief.

<sup>128</sup> Yagnavalkya Smriti Cited in Ramaprasad Das Gupta, *Crime and Punishment in Ancient India* (Calcutta: Book Company, 1930), p. 71.

<sup>129</sup> Narada Smriti Cited in *ibid.*, 71-72.

ในส่วนของคัมภีร์อรรถศาสตร์ของจัญญะ หรือพระเกาฏิลยะ (Kautilya's Arthashastra) ซึ่งเป็นคัมภีร์ที่ใช้ในการเมืองการปกครอง ตามแนวความคิดของจัญญะ ในคัมภีร์นี้ได้บัญญัติให้การลักพาบุคคลไปเป็นความผิดและต้องระวางโทษ สำหรับการลักพาเด็กหญิง หรือทาสที่เป็นหญิงที่มีเครื่องประดับติดตัว ผู้ลักพาต้องระวางโทษโดยการถูกตัดแขนและขา หรือปรับเป็นเงิน 900 ปานะ แต่กรณีการลักพาอื่นต้องระวางโทษตัดขา หรือปรับเป็นเงิน 600 ปานะ<sup>130</sup>

เมื่อพิจารณาความผิดฐานพรากหรือลักพาตามพระธรรมศาสตร์ เห็นได้ว่าความผิดฐานลักพานี้มีมาตั้งแต่สมัยเริ่มแรก และต้องระวางโทษถึงขั้นประหารชีวิต แม้ว่าในเวลาต่อมาจะเปลี่ยนการลงโทษที่มีลักษณะรุนแรง และถือว่าเป็นความผิดร้ายแรงในกรณีที่ลักพาผู้หญิง โดยเฉพาะลักพาผู้หญิงที่ยังไม่ได้แต่งงาน อีกทั้งสถานะทางสังคมของหญิงที่ถูกลักพาเป็นปัจจัยที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น การลักพามีได้กระทำเฉพาะกับผู้ใหญ่ ในบางครั้งได้กระทำการพรากเด็กไปจากความปกครองดูแลของผู้ปกครอง เพื่อต้องการเงินเท่านั้น และส่วนใหญ่ของผู้ปกครองจะได้ตัวเด็กคืน ก็ต่อเมื่อได้จ่ายเงินค่าไถ่แก่ผู้ลักพาตัวเท่านั้น<sup>131</sup>

#### 4.4.1.2 ยุคสมัยมุสลิมปกครอง

เมื่อสิ้นราชวงศ์คุปตะและราชวงศ์หรรษาแล้ว อินเดียแตกแยกออกเป็นแคว้นต่างๆ เป็นอิสระไม่ขึ้นต่อกัน แต่ละแคว้นมีราชวงศ์ปกครอง เป็นระยะที่มีการแก่งแย่งระหว่างราชวงศ์ต่างๆ และไม่มีราชวงศ์ใดมีอำนาจเป็นใหญ่อย่างแท้จริง<sup>132</sup> เปิดช่องให้เกิดการรุกรานของพวกที่นับถือศาสนาอิสลามในเวลาต่อมา

การรุกรานของผู้นับถือศาสนาอิสลามเข้ามาในอินเดียเป็นระลอกๆ ไม่ใช่พวกเดิมกลับเข้ามาใหม่แต่เป็นคนที่นับถือศาสนาอิสลามเหมือนกัน ในระยะแรกเป็นการรุกรานของพวกอาหรับซึ่งเข้ามารุกรานแคว้นซินด์ (Sind) ในค.ศ. 712 แต่ในครั้งนั้นไม่สามารถขยายการรุกรานได้ เพราะแคว้นซินด์อยู่ในชัยภูมิที่ไม่เหมาะสม เวลาผ่านไปเกือบ 200 ปีเมื่อศาสนาอิสลามมาตั้งมั่นอยู่ในดินแดนที่ปัจจุบันนี้เป็นประเทศอัฟกานิสถานได้แล้ว การเข้ารุกรานอินเดียจึงเริ่มขึ้นอีกตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 10 เป็นต้นมาโดยเริ่มที่ทางตอนเหนือของอินเดีย กรุงเดลี (Delhi) มีสุลต่านปกครองเริ่ม

<sup>130</sup> Kautilya's Arthashastra Cited in ibid.

<sup>131</sup> Sukla Das, *Crime and Punishment in Ancient India* (New Delhi Abhinav Publications, 1977), p. 18.

<sup>132</sup> สุริยา รัตนกุล, *อารยธรรมตะวันออก: อารยธรรมอินเดีย* (นันทบุรี: บริษัทเพชรรุ่งการพิมพ์จำกัด, 2546), หน้า 140; Das, S., *Crime and Punishment in Ancient India*.

ตั้งแต่ค.ศ. 1192 และสิ้นสุดเมื่อราชวงศ์โมกุลปกครองอินเดียในค.ศ. 1526 รวมมีสุลต่านปกครองกรุงเดลีทั้งสิ้น 33 พระองค์<sup>133</sup>

ศตวรรษที่ 12 เป็นจุดเริ่มต้นของการปกครองของชาวมุสลิมที่ยาวนาน โดยเริ่มที่ตอนเหนือของอินเดีย (ค.ศ. 1192 ถึง ค.ศ. 1526 ภายใต้การปกครองของสุลต่าน) และต่อมาเกือบทั้งหมดของอินเดียภายใต้การปกครองของจักรวรรดิโมกุล (Mughal Empire ค.ศ. 1526 ถึง ค.ศ. 1761) ซึ่งเป็นชาวมุสลิมเชื้อสายเติร์ก (เอเชียกลาง) กฎหมายอิสลามกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของประเทศและมรดกทางสังคม กฎหมายอิสลามนั้นมาจากที่มาสำคัญสองแหล่งได้แก่ คัมภีร์อัลกุรอาน (Qur'an) และอัสสุนนะฮ์ของศาสนานบีมุฮัมมัด (Sunnah of the Prophet Muhammad) กฎหมายอิสลามตั้งอยู่บนพื้นฐานหลักคำสอน 5 ข้อ ซึ่งเรียกรวมกันว่าอิมาน (Iman) คำสอนข้อที่ 1 คือ ศรัทธาต่อพระเจ้าพระองค์เดียว คำสอนข้อที่ 2 คือ ความเชื่อในเทวทูตและงานของพวกเทวทูตในฐานะเป็นผู้ส่งสารและผู้ช่วยของพระเจ้า คำสอนข้อที่ 3 คือศรัทธาในบรรดาศาสนทูต คำสอนข้อที่ 4 คือ ศรัทธาในวันพิพากษา และคำสอนข้อที่ 5 คือ ศรัทธาในลิขิตของพระเจ้า ดังนั้นกฎหมายอิสลามจึงอยู่บนพื้นฐานความเชื่อและศรัทธาทางศาสนาเช่นเดียวกับกฎหมายฮินดู<sup>134</sup>

ระบบกฎหมายของชาวมุสลิมและชาวฮินดูมีความคล้ายคลึงกัน ทั้งสองระบบใช้หลักการฉันทามติและให้ความสำคัญกับการดำรงซึ่งความสงบเรียบร้อย และทั้งสองระบบไม่มีเรื่องสิทธิของแต่ละบุคคล แต่ทุกคนมีหน้าที่ และศาสนากับกฎหมายมีลักษณะเช่นเดียวกันทั้งสองระบบกฎหมาย

ในส่วนของกฎหมายอาญาของศาสนาอิสลาม (Islamic Criminal Law) เป็นหมวดหนึ่งของกฎหมายอิสลาม (Islamic Law) ซึ่งโดยทั่วไปเรียกว่าซารีอะฮ์ (Shariah) และเกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญาอย่างแพร่หลาย แนวความคิดของความผิดทางอาญาในศาสนาอิสลามเห็นว่า ความผิดทางอาญาคือการกระทำหรือการดำเนินการของบุคคลที่ (1) ฝ่าฝืนกฎหมาย และ (2) ละเมิดสิทธิของผู้อื่น หรือที่เรียกกันในทางศาสนาว่า “บาป” ความผิดทางอาญาที่กำหนดไว้ในซารีอะฮ์ประกอบด้วยข้อห้ามทางกฎหมายที่กำหนดโดยพระอัลเลาะห์ (Allah) ซึ่งการละเมิดจะนำไปสู่การลงโทษโดยพระอัลเลาะห์ “ความผิดทางอาญาตามที่กำหนดในซารีอะฮ์นั้นเหมือนกับความผิดทางอาญาตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายสมัยใหม่” ในกฎหมายอาญาของอิสลามทุกสิ่งที่พระเจ้า พระศาสดาและผู้

<sup>133</sup> สุริยา รัตนกุล, อารยธรรมตะวันออก: อารยธรรมอินเดีย, หน้า 144-149.

<sup>134</sup> "Indian Legal System - History Development and Structure." "Indian Legal System - History Development and Structure."

พิพากษามุสลิมห้ามเป็นความผิดอาญา ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของชาวตะวันตกที่ทุกอย่างที่รัฐสภาห้ามคือความผิดอาญา<sup>135</sup>

วัตถุประสงค์หลักของการลงโทษทางศาสนาอิสลามคือเพื่อป้องกันสังคมจากร้ายแรงของอาชญากรรม ความรุนแรงของการลงโทษทางศาสนาอิสลามมีจุดมุ่งหมายเพื่อลดทอนและปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของอาชญากร หากอาชญากรรู้ถึงความทรमानและความเจ็บปวด พวกเขา ก็จะเลิกก่ออาชญากรรม อาชญากรที่ผ่านกระบวนการยุติธรรมครั้งหนึ่งแล้วอาจจะไม่เต็มใจที่จะกระทำความผิดอีกหลังจากได้พบประสบการณ์อันเจ็บปวดนั้นแล้ว ซึ่งเป็นแนวความคิดของการข่มขู่ที่ยั่งยืนในระบบลงโทษของศาสนาอิสลาม<sup>136</sup>

ในส่วนของ การกำหนดความผิดทางอาญา กฎหมายอิสลามได้แบ่งประเภทของความผิดทางอาญาไว้สามประเภทหลัก ได้แก่

(1) หุตุ้ด (Hudud-Allah Crimes) เป็นความผิดที่มีโทษกำหนดไว้แน่นอนและเป็นความผิดต่อพระเจ้า มาจากรากศัพท์ภาษาอาราบิกของคำว่า Hadd ซึ่งหมายถึงขอบเขต ดังนั้นความผิดอาญาประเภท Hadd นี้จึงเป็นความผิดที่มีการบังคับลงโทษที่แน่นอน<sup>137</sup> ความผิดอาญาที่มีการบังคับโทษที่แน่นอนได้แก่ (1) ลักทรัพย์ (Al-Sariqa) โทษคือการตัดมือขวาตั้งแต่ข้อมือ (2) โจรกรรม (Al-Hiraba) โทษคือประหารชีวิตหากได้พรากชีวิตผู้อื่น ประหารโดยการตรึงด้วยไม้กางเขน หากทั้งชีวิตและทรัพย์สินถูกเอาไป ตัดมือขวาและเท้าซ้ายหากมีการเอาทรัพย์สินไปเท่านั้น และเนรเทศสำหรับกรณีที่ไม่ให้เกิดความรุนแรงขึ้น (3) การผิดประเวณีและการเป็นชู้ (Al-Zina) โทษคือการปาด้วยก้อนหินจนกว่าจะตายสำหรับผู้กระทำความผิดที่แต่งงานแล้ว หรือรับโทษโดยการโบย 100 ครั้งและเนรเทศสำหรับผู้กระทำความผิดที่ยังไม่เคยแต่งงานมาก่อน (4) การกล่าวหาว่ามีเพศสัมพันธ์อย่างผิดกฎหมาย (Al-Qazaf) โทษคือเข็ญ 80 ครั้ง (5) การดื่มแอลกอฮอล์ (Shurb-ul-Khammar) โทษคือเข็ญ 80 ครั้ง<sup>138</sup> และอิหม่ามมาลิก และอิหม่ามซาฟีได้เพิ่มอีกสองความผิดได้แก่ (6) การละทิ้งศาสนารวมถึงการดูหมิ่นศาสนา โทษคือประหารชีวิตหลังจากได้ให้โอกาสอันสมควรเพื่อให้กลับใจ และ (7) กบฏ โทษคือประหารชีวิต

วัตถุประสงค์หลักของการกำหนดความผิดประเภท Hadd คือการข่มขู่การกระทำที่เป็นอันตรายต่อมนุษยชาติ ยกเว้นความผิดฐานดื่มแอลกอฮอล์ การลงโทษสำหรับความผิดประเภทนี้

<sup>135</sup> Tayyab Haneef, "Islamic Criminal Law," (Lahore: Lahore Leads University).

<sup>136</sup> Ibid.

<sup>137</sup> Ibid.

<sup>138</sup> Rudd Peters, "The Reintroduction of Islamic Criminal Law in Northern Nigeria," (Amsterdam 2001).

ได้ระบุไว้ในคัมภีร์อัลกุรอานหรือหะดีษ (Hadith) ได้แก่การตัดแขนขา การขว้างด้วยหิน การเขียนหรือการตัดหัว การลงโทษตามความผิด Hadd นี้ต้องมีคำสารภาพหรือพยานสองคน ยกเว้นในกรณีความผิดประเวณีและการเป็นซู้ (Zina) และความผิดเกี่ยวกับการกล่าวหาว่ามีเพศสัมพันธ์อย่างผิดกฎหมาย (Qazaf) ที่จำเป็นต้องมีพยานสี่คน<sup>139</sup>

(2) กิคือศ (Qisas Crimes) เป็นความผิดที่เกี่ยวกับการฆาตกรรมและทำร้าย การฆาตกรรมและการทำร้ายเป็นลักษณะหนึ่งของการดำเนินคดีส่วนตัวในแง่ที่ว่าผู้กระทำความผิดสามารถถูกพิพากษาและลงโทษได้หากผู้ถูกกระทำและผู้ต้องการล้างแค้น ในขณะที่นักกฎหมายอิสลามส่วนใหญ่ถือว่าทายาทของเหยื่อคือผู้ต้องการล้างแค้น

ความผิดกิคือศนั้นรวมถึงการฆาตกรรมโดยสมัครใจและไม่สมัครใจ การทำร้ายร่างกายโดยเจตนาและไม่เจตนา ฆาตกรรมถือเป็นความผิดที่ร้ายแรงที่สุดในกฎหมายอาญาของอิสลาม การลงโทษนอกจากการประหารชีวิตในกรณีฆาตกรรมแล้วยังมีการชดใช้ค่าสินไหมที่เป็นเงินด้วยเรียกว่าดีญา (Diyat) เป็นค่าชดเชยให้แก่ผู้เสียหายหรือทายาทของผู้เสียหายในกรณีฆาตกรรมได้รับบาดเจ็บหรือเกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สิน ซึ่งเป็นทางเลือกของการลงโทษของกิคือศ อัตราการชดเชยภายใต้ชารีอะฮ์ในอดีตมีความหลากหลายขึ้นอยู่กับเพศและศาสนาของผู้เสียหาย<sup>140</sup>

(3) ตะซีรอ (Tazir Crimes) เป็นความผิดที่มีได้กำหนดไว้ชัดเจนแน่นอน ผู้พิพากษามีอำนาจในการตัดสินลงโทษการกระทำที่เป็นบาปหรือไม่สมควร<sup>141</sup> การลงโทษมักจะประกอบไปด้วย เนรเทศจำคุก การลงโทษทางร่างกาย ชกที่เข้าหูและอื่นๆ ในกรณีการกระทำความผิดตะซีรอ ประเภทและจำนวนของการลงโทษขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษา ผู้ซึ่งสามารถคิดค้นการลงโทษแบบใหม่ได้ ตะซีรอเป็นความผิดใดที่ไม่รวมอยู่ในความผิดหุดูด และกิคือศ ดังนั้นจึงไม่มีการลงโทษระบุไว้ในคัมภีร์อัลกุรอาน อย่างไรก็ตามก็มีความผิดตะซีรอครอบคลุมการกระทำที่ถูกห้ามไว้ในคัมภีร์อัลกุรอาน หรือหะดีษ หรือการกระทำที่เป็นการละเมิดศีลธรรมอันดีงามและสวัสดิภาพของประชาชนที่ได้จัดประเภทไว้ในความผิดหุดูด และกิคือศ เช่น การกินดอกเบียร์ชูดเลือด การยกยอก การติดสินบน การเป็นพยานเท็จ การบริโภคนื้อหมู การละเมิดความไว้วางใจจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ การไม่เสนอคำอธิษฐาน เป็นต้น<sup>142</sup>

ความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของกฎหมายอิสลามนั้นมิได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นความผิดหุดูด (Hudud) หรือความผิดกิคือศ (Qisas) แต่เมื่อ

<sup>139</sup> Haneef, T., "Islamic Criminal Law."

<sup>140</sup> Ibid.

<sup>141</sup> Peters, R., "The Reintroduction of Islamic Criminal Law in Northern Nigeria."

<sup>142</sup> Haneef, T., "Islamic Criminal Law."

พิจารณาจากการกระทำความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์มักจะเกี่ยวเนื่องกับการกระทำความผิดอนาจาร ความผิดฐานนี้จึงน่าจะจัดอยู่ในความผิดเกี่ยวกับการผิดประเวณี (Zina) ซึ่งเป็นความผิดหุดูด (Hudud) และเมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศปากีสถานซึ่งเป็นดินแดนที่แยกออกมาจากจักรวรรดิอินเดียภายหลังที่อังกฤษได้ให้อิสระภาพอินเดียในค.ศ. 1947 ซึ่งมีพระราชกฤษฎีกาหุดูดแห่งปากีสถาน (Pakistan's Hudud Ordinances) ประกาศใช้ในค.ศ. 1979 อันมีความผิดฐานพรากหรือลักพาตัวได้รวมอยู่ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ภายใต้ความผิดเกี่ยวกับการผิดประเวณี (Zina) ซึ่งเป็นความผิดที่มีการกำหนดโทษไว้แน่นอนตามกฎหมายหุดูด (Hudud) ต่อมาปากีสถานได้ออกพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้หญิง ค.ศ.2006 (The Protection of Women Act) ได้ประกาศใช้แทนที่พระราชกฤษฎีกาหุดูดแห่งปากีสถาน<sup>143</sup> เช่นนี้จึงอาจสรุปได้ว่าหากเป็นการพรากหรือลักพาไปเพื่อกระทำอนาจารจึงเป็นความผิดหุดูด

กฎหมายอาญาที่ใช้ในช่วงศตวรรษที่ 16 ถึง 17 ในดินแดนภายใต้การปกครองของจักรวรรดิโมกุล (Mughal Empire) ยังคงเป็นตามกฎหมายอิสลามลักษณะอาญา และในขณะที่ดินแดนอื่นกฎหมายอินเดียยังคงใช้บังคับ ตั้งแต่อังกฤษเข้าไปปกครองอินเดียจนกระทั่งราวค.ศ. 1830 อังกฤษไม่ได้พยายามเปลี่ยนวัฒนธรรมของอินเดียให้เป็นแบบยุโรป อังกฤษมีแนวคิดแต่เพียงว่าจักรวรรดิอังกฤษนั้นควรจะมีกฎหมายที่เป็นธรรมและออกมาบังคับใช้ได้อย่างได้ผล เมื่อเวลาผ่านไปอังกฤษก็ยิ่งขยายขอบเขตการปกครองได้เรื่อยๆ และเมื่อภายหลังเหตุการณ์กบฏอินเดีย (Indian Rebellion) ในค.ศ. 1857 และบาฮาดูร์ ชาห์ (Bahadur Shah) จักรพรรดิโมกุลองค์สุดท้ายได้ถูกเนรเทศไปแล้ว อินเดียก็นับว่าอยู่ในจักรวรรดิอังกฤษอย่างสมบูรณ์<sup>144</sup>

#### 4.4.2 ยุคกฎหมายสมัยใหม่ของอินเดีย

วิวัฒนาการทางกฎหมายอาญาของประเทศอินเดียก่อนที่จะได้รับอิทธิพลจากอังกฤษกฎหมายอาญาในอินเดียส่วนใหญ่เป็นกฎหมายของโมฮัมเหม็ด (Muhammedan Law) แต่ก็มีบางส่วนของอินเดียเช่นในบอมเบย์ที่ใช้กฎหมายอินเดีย<sup>145</sup> จุดเปลี่ยนแปลงของกฎหมายอาญาอินเดียอันมีแนวความคิดตามกฎหมายอินเดียและกฎหมายอิสลาม สู่กฎหมายอาญาสมัยใหม่ของอินเดียนั้นเริ่มต้นจากการล่าอาณานิคม และการค้าของชาติยุโรป บริษัทอินเดียตะวันออก (East Indian

<sup>143</sup> Sohaib Mukhtar, "In Defense of Codification of the Islamic Law of Hudud into the Law of Pakistan,"(International Review of Law, 2016).

<sup>144</sup> สุริยา รัตนกุล, อารยธรรมตะวันออก: อารยธรรมอินเดีย, หน้า 206-209.

<sup>145</sup> Herbert Cowell, History and Constitution of the Courts and Legislative Authorities in India, 6 ed. (Calcutta: Thacker, Spink & Co., 1936), p. 199.



Company) ของอังกฤษ ถูกจัดตั้งขึ้นมาเพื่อทำการค้ากับดินแดนต่างๆ ในทวีปเอเชียตั้งแต่ ค.ศ.1600 และได้ตั้งสถานีการค้าที่อินเดียครั้งแรกเมื่อปี 1611 จนเข้ายึดครองสำเร็จในค.ศ. 1858 ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1862 อังกฤษได้ออกประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย (The Indian Penal Code, 1860) มาใช้บังคับ และเพียงสองทศวรรษกฎหมายของอินเดียส่วนใหญ่เป็นในรูปแบบประมวลกฎหมายหรือกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในขณะที่ประเทศอังกฤษเองกฎหมายส่วนใหญ่ไม่อยู่ในรูปประมวลกฎหมาย แต่เป็นในรูปแบบของพระราชบัญญัติ<sup>146</sup>

กฎหมายฮินดูและกฎหมายอิสลามนั้นแทบจะไม่ได้รวมอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งกระบวนการตรากฎหมายอาญานี้เป็นเสมือนการนำเอากฎหมายของอังกฤษมาให้แก่ประเทศอินเดีย แมคคอคเลย์ (Macaulay) และเจมส์ มิล (James Mill) ทั้งสองเป็นนักกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญต่อการร่างประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย โดยมีความเห็นว่าประเทศอินเดียจำเป็นเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีกฎหมายในรูปแบบประมวล (Code) เนื่องจากระบบกฎหมายอาญาของอินเดียก่อนมีประมวลกฎหมายอาญานั้นขาดความชัดเจน ความแน่นอน ความรวดเร็ว อีกทั้งการลงโทษที่ปรับเปลี่ยนได้ในทุกสถานการณ์ในแต่ละการกระทำผิด ด้วยเหตุนี้ระบบกฎหมายอาญาที่จัดตั้งขึ้นโดยคนอังกฤษในอินเดียนั้นมีข้อบกพร่อง ผู้พิพากษาชาวอินเดียตัดสินคดีโดยใช้ดุลินิจไม่เหมาะสมเนื่องจากมีที่มาของกฎหมายสามแหล่งคือ กฎหมายฮินดู กฎหมายมุสลิม และกฎหมายอังกฤษ และไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในการสั่งให้ผู้พิพากษาทราบว่าจะบบกฎหมายต่างๆเหล่านี้มีปฏิสัมพันธ์กันอย่างไร นอกจากนี้ผู้พิพากษาชาวอังกฤษถูกบังคับให้อยู่ภายใต้การแนะนำของผู้ช่วยทางกฎหมายฮินดู (pundits) และผู้ช่วยทางกฎหมายมุสลิม (maulvis) ในประเด็นข้อกฎหมาย และผู้พิพากษาชาวอังกฤษฟ้องว่าผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายเหล่านี้จัดทำแก้ไขแหล่งที่มาของกฎหมายนั้นๆ เพื่อปรับการตัดสินใจให้เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ส่วนตัวของตัวเอง ซึ่งมีลักษณะเป็นการฉ้อโกงและไม่น่าไว้วางใจ ดังนั้นจึงเห็นเป็นการสมควรว่าอินเดียจำเป็นต้องมีประมวลกฎหมายอาญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรและเป็นรูปแบบเดียวกันใช้ทั้งประเทศ<sup>147</sup>

<sup>146</sup> David Skuy, "Macaulay and the Indian Penal Code of 1862: The Myth of the Inherent Superiority and Modernity of the English Legal System Compared to India's Legal System in the Nineteenth Century," *Modern Asian Studies* 32, 03 (1998).

<sup>147</sup> Ibid.

#### 4.4.2.1 ประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย

ประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย (Indian Penal Code, 1860) มีลักษณะที่แตกต่างไปจากประมวลกฎหมายอาญาอื่นๆ ที่สำคัญคือ ในเนื้อหาของบทบัญญัติแต่ละมาตราจะมี ตัวอย่างประกอบ (Illustrations) ท้ายบทบัญญัติในแต่ละมาตราโดยมีสถานการณ์สมมุติที่แสดงให้เห็นว่า มาตราใดมาตราหนึ่งนั้นใช้อย่างไร อีกทั้งยังมีคำอธิบาย (Explanation) หรือ ข้อยกเว้น (Exception) ในบางมาตราไว้ด้วย ตัวอย่างประกอบในประมวลกฎหมายอาญานั้นเหมาะสมสำหรับอินเดียในเวลานั้น อินเดียไม่มีกฎหมายจากคำพิพากษาอย่างเป็นทางการ ดังนั้นสถานการณ์สมมติและข้อเท็จจริงสมมติจึงทำให้มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ ตัวอย่างประกอบมีประโยชน์อย่างยิ่งสำหรับผู้พิพากษาในอินเดียเพราะใช้เวลาประมาณสิบกว่าปีหลังจากที่ประมวลกฎหมายอาญาอินเดียได้ประกาศใช้เพื่อพัฒนากฎหมายตามคำพิพากษา (Case Law) จนกว่าจะถึงเวลานั้นผู้พิพากษากลับบังคับให้ใช้แทนตัวอย่างประกอบสำหรับคดีจริง หลังจากอินเดียได้รับเอกราช กฎหมายซึ่งเกิดจากคำพิพากษาที่มีอยู่แล้วทำให้ตัวอย่างประกอบไม่มีความจำเป็น<sup>148</sup>

ประมวลกฎหมายอาญาอินเดียนั้นไม่เอาเรื่องชนชั้นวรรณะของศาสนาฮินดูมารวมไว้ด้วย แต่ก็ยังมีความผิดบางฐานที่กระทบต่อความรู้สึกทางศาสนาโดยการพูดหรือแสดงออกต่อบุคคลหนึ่ง<sup>149</sup> ประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย มาตรา 298 เป็นเรื่องความผิดฐานดูหมิ่น (Defamation) นั้นรวมเรื่องที่เกี่ยวข้องกับศาสนาไว้ด้วยเช่น กล่าวหาว่าคนอื่นเมาสุราเป็นดูหมิ่นถ้าผู้ถูกกล่าวหาเป็นคนมุสลิม หรือเขียนข้อความว่าเห็นคนฮินดูฆ่าวัวก็เป็นความผิดฐานดูหมิ่นเช่นกัน<sup>150</sup> นอกจากนี้ประมวลกฎหมายอาญาที่แมคคอคเลย์ (Macaulay) ร่างขึ้นนี้พยายามให้เป็นรูปแบบใหม่ตามวิธีการของเบนแธม (Bentham) และเป็นไปตามทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarians)<sup>151</sup> และได้้นำประมวล

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> The Indian Penal Code (Act No. Xlv of 1860), (1971). Section 298.

<sup>150</sup> Skuy, D., "Macaulay and the Indian Penal Code of 1862: The Myth of the Inherent Superiority and Modernity of the English Legal System Compared to India's Legal System in the Nineteenth Century," *Modern Asian Studies*.

<sup>151</sup> Eric Stokes, "The English Utilitarians and India," [Online] Accessed: 20 December 2018. Available from: [https://archive.org/stream/in.ernet.dli.2015.12654/2015.12654.The-English-Utilitarians-And-India\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/in.ernet.dli.2015.12654/2015.12654.The-English-Utilitarians-And-India_djvu.txt)

กฎหมายอาญาฝรั่งเศสของนโปเลียน (Napoleon Code) และประมวลกฎหมายของรัฐหลุยส์เซียน่าของลิฟิงตัน (Livingston's Louisiana Code) มาพิจารณาประกอบด้วย<sup>152</sup>

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์นั้น ประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย (India Penal Code, 1860) ได้บัญญัติไว้ในบรรพ 16 ความผิดที่กระทบต่อร่างกายมนุษย์ (Chapter XVI – Of Offences Affecting the Human Body) และอยู่ในหมวด พราก พาตัวไป เอาไปเป็นทาส และบังคับใช้แรงงาน (Of Kidnapping, Abduction, Slavery and Forced Labour) ในหมวดนี้ประกอบไปด้วยมาตรา 359 ถึง มาตรา 374

ประมวลกฎหมายอาญาอินเดียเรียกการพรากว่า Kidnapping โดยจะแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ (1) การพรากไปจากอินเดีย (Kidnapping from India) และ (2) การพรากไปจากผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (Kidnapping from lawful guardianship)<sup>153</sup> มาตรา 360 นิยามการพรากไปจากอินเดีย มาตรา 361 นิยามการพรากไปจากผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 362 นิยามลักษณะการกระทำที่เป็น การพาตัวไป (Abduction) และมาตรา 363 เป็นการกำหนดโทษในการกระทำความผิดฐานพราก

#### 4.4.2.2 การพรากไปจากอินเดีย (Kidnapping from India)

การพรากไปจากอินเดีย (Kidnapping from India) มาตรา 360 บัญญัติว่า

“การพรากไปจากอินเดีย – ผู้ใดพาบุคคลใดไปจากขอบเขตของประเทศอินเดียโดยปราศจากความยินยอมจากบุคคลที่ถูกพาไป หรือจากบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมายที่ให้ความยินยอมแทนบุคคลดังกล่าวได้ ถือว่าเป็นการพรากไปจากอินเดีย”<sup>154</sup>

มาตรานี้เป็นการบัญญัติการกระทำความผิดฐานพรากบุคคลไปจากประเทศอินเดียมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา โดยใช้คำว่า พาไป (Convey) ซึ่งหมายถึง เคลื่อนย้าย

<sup>152</sup> Masuma Pervin, "Enactment of Penal Code, 1860: A Historical Analysis," *IOSR Journal Of Humanities And Social Science* 21, 6 (2016): 53.

<sup>153</sup> *The Indian Penal Code (Act No. Xlv of 1860)*. Section 359.

<sup>154</sup> Ibid. Section 360: ““Kidnapping from India - Whoever conveys any person beyond the limits of India without the consent of that person, or of some person legally authorised to consent on behalf of that person, is said to kidnap that person from India.”

(Transport) บรรทุก (Carry) หรือ เอาไป (Take) จากที่หนึ่งไปยังอีกสถานที่หนึ่ง<sup>155</sup> ดังนั้นการกระทำ ความผิดฐานนี้เป็นความผิดสำเร็จเมื่อบุคคลนั้นได้ถูกบรรทุก พาไป หรือเคลื่อนย้ายไปยังสถานที่ที่อยู่ นอกขอบเขตของประเทศอินเดีย และความผิดฐานนี้มิได้สำเร็จเมื่อไปถึงจุดหมายปลายทางที่ ต่างประเทศการขาดความยินยอมของผู้ถูกริบเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่สำคัญในความผิดฐานนี้<sup>156</sup> และนิยามคำว่าประเทศอินเดียนั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 18 ซึ่งไม่รวมถึงรัฐจัมมู (Jammu) และรัฐ แคชเมียร์ (Kashmir)<sup>157</sup>

#### 4.4.2.3 การพรากไปจากผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (Kidnapping from lawful guardianship)

การพรากไปจากผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (Kidnapping from lawful guardianship) มาตรา 361 บัญญัติว่า

“ผู้ใดพาหรือล่อลวงผู้เยาว์อายุไม่เกิน 16 ปีไปกรณีเป็นชาย หรืออายุไม่เกิน 18 ปี กรณีที่เป็นหญิง หรือบุคคลใดที่ไม่สามารถตัดสินใจด้วยตนเองได้ ไปจากความดูแลของผู้ปกครองที่ ชอบด้วยกฎหมายของผู้เยาว์หรือของบุคคลที่ไม่สามารถควบคุมตนเองได้ หรือปราศจากความยินยอม ของผู้ปกครอง ถือว่าเป็นกระทำการพรากไปจากผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย”<sup>158</sup>

องค์ประกอบของมาตรา 361 ประกอบด้วย

- (1) พาหรือล่อลวงผู้เยาว์หรือบุคคลที่ไม่สามารถตัดสินใจด้วยตนเองได้ไป
- (2) ผู้เยาว์ต้องถูกพาไปหรือล่อลวงไปจากความดูแลของผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย
- (3) โดยปราศจากความยินยอมของผู้ปกครอง

<sup>155</sup> K. I. Vibhute, *Psa Pillai's Criminal Law* (Lexisnexis, 2011), p. 938. Cited in e-PG Pathshala, "Kidnapping and Abduction in Criminal Law," [Online] Accessed: 21 December 2018. Available from: [https://epgp.inlibnet.ac.in/view\\_f.php?category=1795](https://epgp.inlibnet.ac.in/view_f.php?category=1795)

<sup>156</sup> Vibhute, K. I., *Psa Pillai's Criminal Law*.

<sup>157</sup> *The Indian Penal Code (Act No. Xlv of 1860)*. Section 18: "India" means the territory of India excluding the State of Jammu and Kashmir.

<sup>158</sup> *Ibid.* Section 361: Whoever takes or entices any minor under sixteen years of age if a male, or under eighteen years of age if a female, or any person of unsound mind, out of the keeping of the lawful guardian of such minor or person of unsound mind, without the consent of such guardian, is said to kidnap such minor or person from lawful guardianship.

ข้อสังเกตของมาตรานี้คือไม่มีกรอบเรื่องอายุกำหนดไว้สำหรับบุคคลที่ไม่สามารถตัดสินใจด้วยตนเองได้ และมาตรานี้บัญญัติไว้โดยมีเจตนารมณ์เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้เยาว์และในเวลาเดียวกันป้องกันสิทธิของผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>159</sup>

### ก) ลักษณะของการกระทำ

ความหมายของคำว่า พาไปหรือล่อลวงไปนั้นได้มีการตีความโดยศาลไว้มากมาย ถ้อยคำนี้มีความแตกต่างกันไปในเนื้อหาที่แท้จริงและเนื้อหาตามกฎหมาย การพาไป (Taking) ไม่รวมถึงการบังคับของผู้พรากแต่หมายรวมถึง ทำให้ต้องไป (to cause to go) หรือ มีการคุ้มกันไป (to escort)<sup>160</sup> ผู้พรากอาจได้รับความยินยอมจากผู้เยาว์หรือบุคคลที่ไม่สามารถตัดสินใจได้ และพาไปจากความดูแลของผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย คำพิพากษาที่น่าสนใจในการพรากหรือพาไปได้แก่ S.Varadarajan v. State of Madras โดยมีเนื้อหาว่า

คดีนี้เกี่ยวข้องกับผู้เยาว์ชื่อว่าสาวิตรีลูกสาวของนาตาราจันซึ่งได้มีความสัมพันธ์กับเพื่อนบ้านที่ชื่อ วราดราจัน เมื่อเธอถูกดำเนินคดีโดยพี่สาวของเธอถึงความสัมพันธ์ดังกล่าว เธอยอมรับว่ามีความตั้งใจที่จะแต่งงานกับวราดราจัน พ่อของเธอได้พาตัวสาวิตรีไปอยู่อีกเมืองหนึ่ง เพื่อให้ความหลงรักในตัววราดราจันนั้นหมดไป เหตุการณ์เกิดขึ้นเมื่อวันที่ 30 กันยายน 1960 สาวิตรีติดต่อกับวราดราจันทางโทรศัพท์และนัดให้วราดราจันพบกับเธอบนถนนเส้นหนึ่งในเวลาที่กำหนด วราดราจันได้ทำตามคำขอของสาวิตรีโดยขับรถของตนมาหา สาวิตรีขึ้นรถและทั้งสองก็ไปที่บ้านเพื่อนคนหนึ่ง จากที่นั่นพวกเขาได้ไปซื้อสารและเครื่องเพชรพลอยหลังจากนั้นทั้งสองก็ได้แต่งงานกันที่สำนักงานทะเบียน ทั้งสองแต่งงานและได้อยู่ด้วยกันที่โรงแรมแห่งหนึ่งและเดินทางไปในที่ต่างๆจนสุดท้ายพบกับตำรวจประกอบกับพ่อของสาวิตรีได้ร้องทุกข์ไว้

ประเด็นแรกในคดีนี้ที่ต้องพิจารณาคือการกระทำของวราดราจันเป็นการกระทำความผิดฐานพรากผู้เยาว์หรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาว่าผู้เยาว์ได้ถูกพาไปหรือล่อลวงไปจากความดูแลของผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จะเห็นได้ว่าการล่อลวงนั้นไม่ปรากฏให้เห็น จึงต้องพิจารณาต่อไปว่าเป็นการพาไปตามมาตรา 361 หรือไม่ การพาไปจะต้องคำนึงถึงการกระทำหรือร่วมกระทำของผู้ถูกกล่าวหาในการนำตัวผู้เยาว์ไปจากการดูแลของผู้ใช้อำนาจปกครอง ศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงในคดีนี้ชี้ให้เห็นได้ว่าไม่ได้มีข้อเท็จจริงใดปรากฏให้เห็นว่า วราดราจันได้ทำให้ผู้เยาว์หนีตาม

<sup>159</sup> Vibhute, K. I., Psa Pillai's Criminal Law, p. 939. Cited in Pathshala, e.-P., "Kidnapping and Abduction in Criminal Law."

<sup>160</sup> Vibhute, K. I., Psa Pillai's Criminal Law.

ไปกับเขา แต่ดูเหมือนคำให้การของสาวตรีอันเป็นหลักฐานชี้ให้เห็นว่าเธอเองมีความต้องการที่จะไปกับวาราดราจันเองและต้องการที่จะแต่งงานด้วย วาราดราจันเพียงแต่ทำตามที่เขาต้องการ

ศาลพิจารณาต่อไปว่าการกระทำของวาราดราจันทั้งหมดนี้มีลักษณะ passive และเป็นเพียงธรรมชาติของการให้ความช่วยเหลือตามความต้องการของสาวตรี มันเกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงที่ว่าสาวตรีเป็นผู้โทรหาวาราดราจันและเรียกให้เขามาพบในสถานที่หนึ่งและในเวลาที่กำหนดไว้และได้แสดงความตั้งใจที่จะแต่งงานด้วย ดังนั้นจึงไม่อาจกล่าวได้ว่าวาราดราจันนั้นเป็นผู้ลงมือชักจูงสาวตรีให้หนีตามไปกับเขา ณ จุดนี้ศาลได้กำหนดปัจจัยของการพาไปภายใต้ประมวลกฎหมายอาญาอินเดียว่าความสำคัญอยู่ที่ผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้ลงมือในลักษณะ Active ที่จะพาผู้เยาว์ไปจากความดูแลของผู้ใช้อำนาจปกครอง

ศาลยังได้วินิจฉัยถึงภูมิหลังของสาวตรีประกอบการพิจารณาก่อนตัดสินคดีต่อวาราดราจัน สาวตรีเป็นเด็กที่มีการศึกษาและมีความสามารถที่จะเข้าใจในสิ่งต่างๆและเข้าใจในการกระทำและผลของการกระทำของเธอ แม้ว่าเธอจะเป็นผู้เยาว์ แต่ก็สามารถที่จะตัดสินใจได้ด้วยเหตุผล ศาลได้ตัดสินว่าวาราดราจันนั้นไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 361<sup>161</sup>

คดีของวาราดราจันได้นำมาอธิบายคำว่าพาไป (taking) นั้นแตกต่างไปจากล่อลวง (enticing) และในขณะที่องค์ประกอบของการบังคับอาจไม่ปรากฏทั้งการพาไปและการล่อลวง แต่องค์ประกอบของการยั่วยวนนั้นอยู่ในส่วนการล่อลวงเท่านั้น<sup>162</sup> สิ่งที่ศาลใช้ในการชี้ว่าเป็นองค์ประกอบของการยั่วยวนคือต้องพบว่าผู้เยาว์ได้ถูกแยกออกจากการใช้อำนาจปกครอง การล่อลวงเกิดขึ้นเมื่อผู้กระทำความผิดได้กระทำการบางอย่างซึ่งก่อให้เกิดความต้องการที่จะแยกตัวออกจากการใช้อำนาจปกครองของผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

#### ข) ความยินยอมและความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง

ประเด็นเรื่องความยินยอมหรือสำคัญผิดในข้อเท็จจริงนั้นมีคำพิพากษาคดี R v. Prince ที่วางหลักว่าการกระทำที่ไม่มีเจตนาเพราะสำคัญผิดในเรื่องอายุไม่อาจนำมาเป็นข้อยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษได้

<sup>161</sup> Supreme Court of India, "S. Varadarajan Vs State of Madras on 9 September, 1964," [Online] Accessed: 20 December 2018. Available from: <https://indiankanoon.org/doc/1163239/>

<sup>162</sup> Supreme Court of India, "Thakorlal D. Vadgama Vs the State of Gujarat on 2 May, 1973," [Online] Accessed: 20 December 2018. Available from: <https://indiankanoon.org/doc/934266/>

คดีนี้เป็นคดีที่ เฮนรี พรินซ์ (Henry Prince) ถูกฟ้องในความผิดฐานพาแอนนี่ ฟิลิป (Annie Philips) เด็กหญิงอายุ 14 ปีไปตามมาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติความผิดที่กระทำต่อบุคคล (The Person Act, 1861) มาตรานี้ลงโทษผู้ที่กระทำความผิดที่พาตัวเด็กหญิงอายุไม่เกิน 16 ปีที่ยังมิได้แต่งงาน ไปจากอำนาจปกครองของผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งรวมถึงบิดามารดาของเธอด้วย สิ่งที่น่าสนใจในคดีนี้คือเด็กหญิงคนนี้มีอายุมากกว่าเด็กอายุ 16 ปี และได้บอกแก่พรินซ์ว่าเธออายุ 18 ปีแล้ว ภายใต้ความสำคัญผิดว่าแอนนี่อายุ 18 ปี พรินซ์ได้พาตัวเธอไปจากอำนาจปกครองของบิดาของเธอ คณะลูกขุนต่างก็มีความเชื่อว่าพรินซ์ได้กระทำลางไปภายใต้ความเชื่อที่ว่าแอนนี่นั้นดูอายุมากกว่าเด็กอายุ 16 ปีจริงๆ อย่างไรก็ตามพรินซ์ได้กระทำความผิดบนพื้นฐานที่เจตนาไม่ได้เป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการกระทำความผิดนี้ซึ่งมีต้องคำนึงถึงการพิสูจน์ถึงองค์ประกอบที่เป็นเจตนาร้าย (mens rea) ตามพระราชบัญญัตินี้ หรืออีกนัยหนึ่งคือการกระทำความผิดตามบทบัญญัตินี้เป็นความผิดเด็ดขาด (Strict Liability) ความไม่เห็นด้วยในคดีนี้คือการที่พรินซ์ไม่สามารถยกข้อต่อสู้ในเรื่องความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงได้เลยทั้งๆที่มันเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาที่ว่ากระทำความผิดจะไม่ใช่ความผิดอาญาถ้าไม่มีเจตนาร้าย แต่ท้ายที่สุดการยกข้อต่อสู้ดังกล่าวไม่สามารถอ้างขึ้นได้ในกรณีของพรินซ์และถูกพิพากษาให้มีความผิดตามมาตรา 55 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว<sup>163</sup>

### ค) ความดูแลของผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

ประเด็นเกี่ยวกับการแยกออกจากความดูแลของผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (Out of the keeping of lawful guardian) นั้นได้มีคำพิพากษาศาลฎีกา State of Haryana v. Raja Ram ได้อธิบายความหมายในเรื่องความดูแล (Keeping) ไว้ว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ (Charge) การเลี้ยงดู (Maintenance) การคุ้มครอง (Protection) และการควบคุม (Control)<sup>164</sup> อีกทั้งแม้จะมีการยอมรับความเป็นอิสระของการเคลื่อนไหวของผู้เยาว์ ความยินยอมของผู้เยาว์นั้นไม่ได้เป็นสาระสำคัญที่จะทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิดในกรณีล่อลวงตามมาตรา 361 ส่วนคำว่า ผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (Lawful guardian) มีความหมายกว้างมากและแตกต่างกัน

<sup>163</sup> The Court for Crown Cases Reserved, "Regina V. Prince | L.R. 2 Cr Cas Res 154 | June 12, 1875 |," [Online] Accessed: 21 December 2018. Available from: <https://h2o.law.harvard.edu/collages/9958>

<sup>164</sup> Supreme Court of India, "State of Haryana Vs Raja Ram on 27 October, 1972," [Online] Accessed: 21 December 2018. Available from: <https://indiankanoon.org/doc/990563/>

จากผู้ปกครองตามกฎหมาย ผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหมายถึงบุคคลใดก็ตามที่ได้รับควมไว้วางใจตามกฎหมายให้ความดูแลและความคุ้มครองต่อผู้เยาว์<sup>165</sup>

#### 4.4.2.4 การพาตัวไป (Abduction)

การพาตัวไปหรือที่เรียกว่า Abduction ได้มีนิยามไว้ในมาตรา 362 แห่งประมวลกฎหมายอาญาอินเดียโดยมีองค์ประกอบที่สำคัญอยู่สองประการคือ

- (1) กระทำต่อบุคคลโดยบังคับหรือชักจูงด้วยวิธีการหลอกลวง และ
- (2) ทำให้บุคคลดังกล่าวได้ไปจากสถานที่หนึ่ง<sup>166</sup>

การพาตัวไปนั้นมิใช่การกระทำความผิดในตัวเองแต่จะต้องได้รับโทษเมื่อกระทำโดยมีเจตนาที่กระทำความผิดอื่นเช่น การพาตัวไปโดยมีเจตนาเพื่อที่จะฆาตกรรม หรือเพื่อกักขังบุคคลโดยมิชอบ หรือเพื่อชักจูงให้หญิงแต่งงานด้วย หรือได้รับบาดเจ็บสาหัส หรือเอาไปเป็นทาส หรือพาตัวเด็กอายุไม่เกิน 10 ปีไปโดยเจตนาที่จะขโมยทรัพย์สินเป็นต้น และการกระทำโดยบังคับ (by force) จะต้องเป็นการใช้กำลังอย่างแท้จริงมิใช่เพียงแสดงว่าข่มขู่ว่าจะใช้กำลัง ส่วนการหลอกลวง (deceitful) จะต้องมิใช่วิธีการโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดหรือทำให้หลงเชื่อในสิ่งที่ไม่จริง การกระทำความผิดฐานพาตัวไปนั้นเกิดขึ้นตามจำนวนครั้งที่ผู้ถูกพาตัวไปได้เคลื่อนที่จากสถานที่หนึ่งไปยังอีกสถานที่หนึ่ง<sup>167</sup>

ความแตกต่างระหว่างการพวาก (Kidnapping) และการพาตัวไป (Abduction) ตามประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย สามารถพิจารณาได้ดังนี้<sup>168</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>165</sup> Vibhute, K. I., *Psa Pillai's Criminal Law*, p. 940. Cited in Pathshala, e.-P., "Kidnapping and Abduction in Criminal Law."

<sup>166</sup> *The Indian Penal Code (Act No. Xlv of 1860)*. Section 362: Abduction – Whoever by force compels, or by any deceitful means induces, any person to go from any place, is said to abduct that person.

<sup>167</sup> Vibhute, K. I., *Psa Pillai's Criminal Law*. Cited in Pathshala, e.-P., "Kidnapping and Abduction in Criminal Law."

<sup>168</sup> Amit Garg, "Difference between Abduction and Kidnapping under the Indian Penal Code," [Online] Accessed: 21 December 2018. Updated: 16 August 2018. Available from: <https://blog.ipleaders.in/difference-between-abduction-and-kidnapping/>



ตารางที่ 3 ตารางสรุปความแตกต่างระหว่างการพราก (Kidnapping) และการพาตัวไป (Abduction) ตามประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย

	การพราก (Kidnapping)	การพาตัวไป (Abduction)
อายุของผู้ถูกกระทำ	16 ปี กรณีชาย และ 18 ปีกรณีหญิง	ไม่คำนึงถึงอายุ
ผู้ปกครองที่ขอด้วยกฎหมาย	บุคคลใดก็ตามที่ได้รับ ความไว้วางใจตามกฎหมายให้ความดูแลและความคุ้มครองต่อผู้เยาว์	มิได้คำนึงถึงผู้ปกครองที่ขอด้วยกฎหมาย
ลักษณะของการกระทำ	การพรากนั้นรวมถึงการพาไปหรือ ล่อลวงไปโดยผู้พราก วิธีการที่ใช้ เพื่อให้บรรลุนิติบุคคลดังกล่าว จึงไม่เกี่ยวข้อง	ใช้วิธีการบังคับ การใช้กำลัง หรือ การหลอกลวง
ความยินยอม	ความยินยอมของผู้ถูกพรากไม่ใช่สาระสำคัญ เนื่องจากบุคคลที่ถูกพาไปเป็นผู้เยาว์ซึ่งตามกฎหมายไม่สามารถให้ความยินยอมได้โดยอิสระ ความยินยอมที่ได้จากผู้เยาว์ในกรณีนี้ถือว่าเสียเปล่า <sup>169</sup>	ความยินยอมของผู้ถูกพาตัวไปจะปฏิเสธความรับผิดชอบ
เจตนาของผู้กระทำ	เจตนาของผู้ที่พรากผู้เยาว์ไม่ใช่สาระสำคัญ ผู้ต้องหาไม่อาจยกข้อต่อสู้ว่าไม่มีเจตนาหรือสำคัญผิด <sup>170</sup>	เจตนาของบุคคลที่พาตัวไปเป็นปัจจัยสำคัญในการตัดสินความผิด
อัตราโทษ	การพรากเป็นความผิดตามมาตรา 363 ต้องระวางโทษจำคุกอาจขยายไปถึง 7 ปีและต้องระวางโทษปรับ <sup>171</sup>	การพาตัวไป (Abduction) เป็นเพียงการกระทำที่เป็นลักษณะเสริมเท่านั้นและไม่มีโทษในตัวเอง ดังนั้นจึงไม่มีบทบัญญัติทั่วไปที่กำหนดโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

<sup>169</sup> Supreme Court of India, "State of Haryana Vs Raja Ram on 27 October, 1972."

<sup>170</sup> The Court for Crown Cases Reserved, "Regina V. Prince | L.R. 2 Cr Cas Res 154 | June 12, 1875 |."

<sup>171</sup> The Indian Penal Code (Act No. Xlv of 1860). Section 363 – Punishment for Kidnapping: "Whoever kidnaps any person from India or from lawful guardianship, shall be punished with imprisonment of either description for a term which may extend to seven years, and shall also be liable to fine."

	การพราก (Kidnapping)	การพาตัวไป (Abduction)
	<p>โทษบางความผิดกำหนดไว้สำหรับการพรากตามประมวลกฎหมายอาญาอินเดียมีดังนี้</p> <p>-พรากหรือทำให้ผู้เยาว์พิการไปเพื่อขอราน ต้องระวางโทษจำคุกถึง 10 ปีและโทษปรับ<sup>172</sup></p> <p>-พรากไปเพื่อฆาตกรรม ต้องระวางโทษจำคุกถึง 10 ปีและโทษปรับ<sup>173</sup></p> <p>-พรากไปเพื่อเรียกค่าไถ่ ต้องระวางโทษจำคุกถึง 10 ปีและโทษปรับ<sup>174</sup></p> <p>-พรากไปโดยมีเจตนาหักขังโดยมิชอบ ต้องระวางโทษจำคุกถึง 7 ปีและโทษปรับ<sup>175</sup></p> <p>-พรากไปเพื่อบังคับให้หญิงแต่งงานด้วย ต้องระวางโทษจำคุกถึง 10 ปีและโทษปรับ<sup>176</sup></p> <p>- พรากไปแล้วผู้ถูกพรากได้รับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกถึง 10 ปีและโทษปรับ<sup>177</sup></p>	<p>อินเดีย แต่การพาตัวไปบางประเภทต้องระวางโทษดังนี้</p> <p>-พาตัวไปเพื่อฆาตกรรม ต้องระวางโทษจำคุกถึง 10 ปีและโทษปรับ<sup>179</sup></p> <p>-พาตัวไปโดยมีเจตนาหักขังโดยมิชอบ ต้องระวางโทษจำคุกถึง 7 ปีและโทษปรับ<sup>180</sup></p> <p>-พาตัวไปเพื่อบังคับให้หญิงแต่งงานด้วย ต้องระวางโทษจำคุกถึง 10 ปีและโทษปรับ<sup>181</sup></p> <p>-พาตัวไปแล้วผู้ถูกพรากได้รับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกถึง 10 ปีและโทษปรับ<sup>182</sup></p> <p>-พาตัวเด็กอายุไม่เกิน 10 ปีไปเพื่อที่จะขโมยทรัพย์ของบุคคลหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกถึง 7 ปีและโทษปรับ<sup>183</sup></p>

<sup>172</sup> Ibid. Section 363A - Kidnapping for ransom, *etc.*

<sup>173</sup> Ibid. Section 364 - Kidnapping or abducting in order to murder.

<sup>174</sup> Ibid. Section 364A - Kidnapping for ransom, *etc.*

<sup>175</sup> Ibid. Section 365 - Kidnapping or abducting with intent secretly and wrongfully to confine person.

<sup>176</sup> Ibid. Section 366 - Kidnapping, abducting or inducing woman to compel her marriage, *etc.*

<sup>177</sup> Ibid. Section 367 - Kidnapping or abducting in order to subject person to grievous hurt, slavery, *etc.*

<sup>179</sup> Ibid. Section 364 - Kidnapping or abducting in order to murder.

<sup>180</sup> Ibid. Section 365 - Kidnapping or abducting with intent secretly and wrongfully to confine person.

<sup>181</sup> Ibid. Section 366 - Kidnapping, abducting or inducing woman to compel her marriage, *etc.*

<sup>182</sup> Ibid. Section 367 - Kidnapping or abducting in order to subject person to grievous hurt, slavery, *etc.*

<sup>183</sup> Ibid. Section 369 - Kidnapping or abducting child under ten years with intent to steal from its person.

	การพราก (Kidnapping)	การพาตัวไป (Abduction)
	-พรากเด็กอายุไม่เกิน 10 ปีไปเพื่อที่จะขโมยทรัพย์สินต้องระวางโทษจำคุกถึง 7 ปีและโทษปรับ <sup>178</sup>	
<b>ความต่อเนื่องของการกระทำผิด</b>	การพรากไม่ใช่ความผิดต่อเนื่อง ความผิดสำเร็จทันทีที่ผู้ถูกพรากได้แยกออกมาจากอำนาจปกครองของผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย	การพาตัวไปเป็นกระบวนการที่ต่อเนื่องและบุคคลที่ถูกพาตัวไปจะถูกนำไปจากสถานที่หนึ่งไปยังอีกสถานที่หนึ่ง

นอกจากนี้เนื้อหาของบทบัญญัติมาตรา 370 ถึง 374 ได้สะท้อนถึงกฎหมายต่อต้านการค้ามนุษย์ของอินเดียได้แก่ การซื้อหรือจำหน่ายบุคคลเยี่ยงทาส<sup>184</sup> การค้าทาส<sup>185</sup> การขายผู้เยาว์ไปเป็นโสเภณี<sup>186</sup> การซื้อผู้เยาว์ไปเป็นโสเภณี<sup>187</sup> การบังคับให้ทำงานโดยมิชอบด้วยกฎหมาย<sup>188</sup> พระราชบัญญัติป้องกันการค้ามนุษย์ (The Immoral Traffic (Prevention) Act, 1956) กำหนดบทลงโทษที่เข้มงวดถ้ามีการพรากเด็กหรือผู้เยาว์เพื่อเอาไปเป็นโสเภณีเกิดขึ้น ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้มีเจ้าหน้าที่ตำรวจและที่ปรึกษาที่เกี่ยวข้อง เพื่อรับมือกับความผิดที่เกี่ยวข้องกับการค้ามนุษย์<sup>189</sup>

อินเดียได้รับอิสรภาพจากอังกฤษในวันที่ 15 สิงหาคม ค.ศ. 1947 และได้เป็นสาธารณรัฐประชาธิปไตยในวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 1950 และยังคงใช้ประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย (The Indian Penal Code, 1860) ที่จัดทำขึ้นโดยอังกฤษเรื่อยมาและได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ในส่วนของความผิดฐานพรากผู้เยาว์มาตรา 361 ได้มีการแก้ไขอายุของผู้เยาว์หญิงจากอายุ 18 ปีเป็น 15 ปีเฉพาะในรัฐมณีปุระ (Manipur) ในค.ศ. 1950<sup>190</sup>

<sup>178</sup> Ibid. Section 369 - Kidnapping or abducting child under ten years with intent to steal from its person.

<sup>184</sup> Ibid. Section 370 – Buying or disposing of any person as a slave.

<sup>185</sup> Ibid. Section 371 - Habitual dealing in slaves.

<sup>186</sup> Ibid. Section 372 – Selling minor for purposes of prostitution.

<sup>187</sup> Ibid. Section 373 – Buying minor for purposes of prostitution.

<sup>188</sup> Ibid. Section 374 – Unlawful compulsory labour.

<sup>189</sup> Pathshala, e.-P., "Kidnapping and Abduction in Criminal Law."

<sup>190</sup> The Indian Penal Code (Act No. XLv of 1860). Section 361: STATE AMENDMENTS, Union of Territory of Manipur: In its application to Union Territory of Manipur, in section 361 for the words 'eighteen' substitute the word 'fifteen'. [Vide Act No. 30 of 1950].

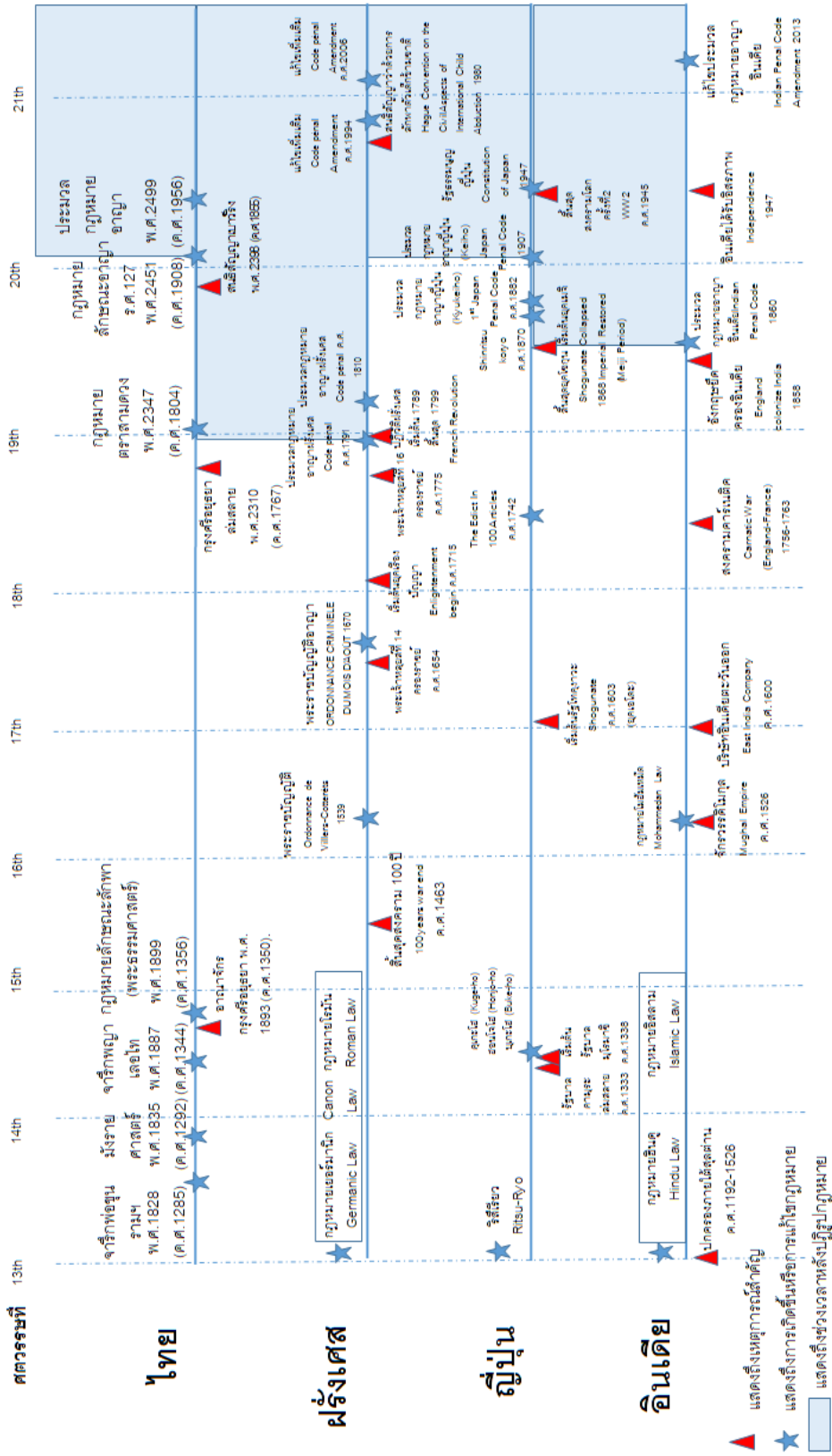
## บทที่ 5

### วิเคราะห์และเปรียบเทียบวิวัฒนาการและแนวความคิดความผิด ฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์เป็นความผิดทางอาญาในหมวดความผิดต่อเสรีภาพ ซึ่งมีวิวัฒนาการนับตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัย กรุงศรีอยุธยา กรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นจนถึงปัจจุบัน อีกทั้งนานาประเทศได้มีวิวัฒนาการความผิดฐานดังกล่าวที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างกันไป

การเปรียบเทียบและวิเคราะห์ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศนั้น พึงต้องเข้าใจภาพรวมของวิวัฒนาการการถือกำเนิดขึ้นของกฎหมายอาญาและเหตุการณ์สำคัญที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาต่างๆ ของประเทศไทย ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และอินเดียที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 2 ถึง 4 นั้นมีความสำคัญอันทำให้ทราบถึงวิวัฒนาการ (Evolution) และจุดเปลี่ยน (Turning Point) อันเนื่องจากเหตุการณ์หรือปัจจัยต่างๆ โดยศึกษาเปรียบเทียบนับตั้งแต่ศตวรรษที่ 13 เป็นต้นไปอันเป็นช่วงเวลาที่ไทยพบหลักฐานในทางกฎหมายของสมัยกรุงสุโขทัย ภาพรวมดังกล่าวสามารถอธิบายด้วยแผนภาพดังนี้

ภาพที่ 1 แผนภาพสรุปวิวัฒนาการกฎหมายของแต่ละประเทศในแต่ละช่วงเวลา



▲ แสดงถึงเหตุการณ์สำคัญ  
★ แสดงถึงการแก้ไขกฎหมาย  
□ แสดงถึงช่วงเวลาหลังมีรับกฎหมาย

จากแผนภาพดังกล่าวแสดงถึงช่วงเวลา (Timeline) ของการวิวัฒนาการกฎหมายอาญาอันสะท้อนถึงวิวัฒนาการและแนวความคิดของการกำหนดความผิดฐานพวกรเด็กและผู้เยาว์ของแต่ละประเทศ ซึ่งสามารถแบ่งยุคสมัยออกเป็นสองยุคสมัยได้แก่ ยุคกฎหมายก่อนสมัยใหม่ (Pre-Modern Law) และ ยุคกฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law)

## 5.1 ยุคกฎหมายก่อนสมัยใหม่ (Pre-Modern Law)

ยุคกฎหมายก่อนสมัยใหม่พิจารณาได้จากช่วงเวลาก่อนมีการปฏิรูปกฎหมายครั้งสำคัญ ซึ่งในแต่ละประเทศมีการปฏิรูปกฎหมายในช่วงเวลาที่แตกต่างกันไป และในแต่ละประเทศนั้นมีปัจจัยต่างๆ ที่เป็นนัยยะสำคัญต่อการกำหนดความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพวกรเด็กและผู้เยาว์ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณากฎหมาย และปัจจัยด้านสังคม เศรษฐกิจ การปกครอง และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สามารถสรุปได้ถึงแนวความคิดของแต่ละประเทศได้ว่าการกำหนดความผิดที่เกี่ยวข้องกับการพวกรหรือการลักพานั้นเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของรัฐ โดยสามารถพิจารณาสาระสำคัญได้ดังนี้

### 5.1.1 ปัจจัยด้านสังคม

พื้นฐานทางสังคมของไทยและของต่างประเทศที่นำมาศึกษาเปรียบเทียบคือ ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และอินเดียนั้นมีทั้งความแตกต่างกันและความคล้ายคลึงกันในบางมิติ ซึ่งบริบทของสังคมส่งผลกระทบต่อกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสังคมเพื่อให้ผู้คนอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข ในยุคก่อนสมัยใหม่สภาพสังคมของแต่ละประเทศได้กล่าวสอดแทรกไว้ในบทที่ 2 ถึง 4 และสามารถเปรียบเทียบของแต่ละประเทศได้ดังนี้

#### 5.1.1.1 ไทย

สภาพสังคมของไทยในสมัยกรุงสุโขทัย อาณาจักรล้านนา กรุงศรีอยุธยา และกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันคือเป็นสังคมเกษตรกรรม และเป็นสังคมศักดินามีการแบ่งชนชั้นกันตามลำดับศักดิ์ ผู้ปกครองหรือพระมหากษัตริย์จำเป็นต้องจัดระเบียบสังคมและวิธีควบคุมแรงงานเพื่อนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์ ไม่ว่าจะเป็นนำมาใช้ในยามสงคราม นำมาใช้ในการผลิต โดยมีการลงทะเบียนไว้กับหัวหน้าที่เรียกว่า “มูลนาย” จึงมีการแบ่งเป็น “นาย” และ “ไพร่” หรือ “ข้า” ซึ่งหมายถึงไพร่ที่มอบให้ลูกเจ้าลูกขุนผู้ใดผู้หนึ่ง และนายมีหน้าที่รับผิดชอบต่อพฤติกรรมของบุคคลในบังคับ ด้วยเหตุนี้จึงเกิดการควบคุมด้วยระบบมูลนายไพร่<sup>1</sup> ด้วยสภาพสังคมเช่นนี้จึงมีความจำเป็นที่

<sup>1</sup> ชลลดา โกพัฒนา, "ทาสกับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคมสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2325-2448," หน้า. อ้างถึงใน ศิริพร กรอบทอง, "เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการ กฎหมายตราสามดวง: แนวนองสังคมไทย ครั้งที่

ต้องมีการตรากฎหมายเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของบุคคลที่มีอำนาจปกครองและบุคคลที่อยู่ภายใต้ปกครอง ความสัมพันธ์ของพระไอยการลักภาลูกเมียผู้คนท่านสามารถพิจารณาได้เป็น 3 ระดับ กล่าวคือใน

(1) ความสัมพันธ์ในระดับบุคคล คือความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าทาสกับทาส หรือเจ้าไพร่กับไพร่ ซึ่งกฎหมายได้ให้การรับรองความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวไว้โดยถือว่าทาสและไพร่เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง

(2) ความสัมพันธ์ในระดับครอบครัว คือความสัมพันธ์ที่สามมีหน้าที่ปกป้องคุ้มครองดูแลภรรยาและบุตร และ

(3) ความสัมพันธ์ในระดับประเทศ คือการรับรองความสัมพันธ์ของเจ้าไพร่กับไพร่ และ เจ้าทาสกับทาสด้วยการลงโทษผู้ที่ลักพาผู้คนในสังกัดของผู้อื่นไป อันเป็นการเสริมสร้างความมั่นคงทางการเมืองและเศรษฐกิจ<sup>2</sup>

เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ดังกล่าว การกำหนดความผิดที่เกี่ยวกับการพรากรหรือลักพาในยุคก่อนสมัยใหม่นั้นแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ในระดับครอบครัว โดยบิดามีหน้าที่คุ้มครองดูแลบุตร ซึ่งเป็นเด็ก หรือผู้เยาว์ ความสัมพันธ์ดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงการคุ้มครองสิทธิหรืออำนาจปกครองของบิดาด้วยกันเอง อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์หลักของการกำหนดความผิดนี้ขึ้นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐ

#### 5.1.1.2 ฝรั่งเศส

สภาพสังคมของฝรั่งเศสในยุคก่อนการปฏิรูปกฎหมาย เป็นสังคมเกษตรกรรมซึ่งถูกควบคุมโดยเจ้าของที่ดิน (Landlord) ซึ่งจัดได้เป็นชนชั้นปกครอง สภาพสังคมมีการปกครองโดยระบบศักดินาสวามิภักดิ์ (Feudal System) ซึ่งสามารถอธิบายได้ว่ากษัตริย์พระราชทานที่ดินให้แก่ขุนนาง ขุนนางเหล่านี้มีฐานะเป็นข้าของกษัตริย์และในขณะเดียวกันก็เป็นขุนนางชั้นสูงซึ่งเป็นเจ้านายของขุนนางที่ต่ำกว่า มีการแบ่งที่ดินเป็นทอดๆ จนถึงข้าที่มีฐานะต่ำสุด การมอบที่ดินนี้ต้องมีการทำสัญญาโดยที่ผู้เป็นเจ้านายต้องคุ้มครองข้า ส่วนข้าจะต้องเกณฑ์คนเข้าสมทบกับกองทัพของเจ้านาย เมื่อเกิดสงคราม ขาวนาในชนบทส่วนใหญ่อยู่ในฐานะทาสติดที่ดิน ขุนนางเป็นเจ้าของที่ดินปกครอง

3, ลำดับที่ 5 พระไอยการลักภาลูกเมียผู้คนท่าน," ใน โครงการวิจัยเมธีวิจัยอาวุโส สกว. กฎหมายตราสามดวง: ประมวลกฎหมายไทยในฐานะมรดกโลก, หน้า 279.

<sup>2</sup> ศิริพร กรอบทอง, "เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการ กฎหมายตราสามดวง: แว่นส่องสังคมไทย ครั้งที่ 3, ลำดับที่ 5 พระไอยการลักภาลูกเมียผู้คนท่าน," ใน โครงการวิจัยเมธีวิจัยอาวุโส สกว. กฎหมายตราสามดวง: ประมวลกฎหมายไทยในฐานะมรดกโลก, หน้า 280.

ผู้คนและควบคุมการผลิต ทำให้ระบบปกครองและระบบเศรษฐกิจมีความสัมพันธ์กัน<sup>3</sup> ระบบศักดินา  
 สวามิภักดิ์ของฝรั่งเศสยังคงมีต่อไปตลอดยุคกลางและยุคราชาธิปไตย

สภาพสังคมฝรั่งเศสที่มีความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าที่ดินที่มีอำนาจปกครองที่ดิน กับข้า  
 ที่ดิน (Vassal) ฐานะของข้าที่ดินจะถูกจำกัด ซึ่งแตกต่างไปจากฐานะของทาส อันมีฐานะต่ำสุดใน  
 สังคม ชีวิตและแรงงานของทาส และบุตรภริยาเป็นสมบัติของนายทาส ดังนั้นทาสจึงอยู่นอกเหนือ  
 ความคุ้มครองของกฎหมาย ชีวิตและทรัพย์สินตกอยู่ในการคุ้มครองดูแลของนายทาสโดยลำพัง  
 ในขณะที่ข้าที่ดินในระบบศักดินานั้น เจ้าที่ดินมีสิทธิต่างๆ ที่จะเรียกร้องผลประโยชน์ของตนจากข้า  
 ที่ดิน โดยถูกจำกัดอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย<sup>4</sup> ทั้งทาสและข้าล้วนเป็นบุคคลส่วนใหญ่ที่อยู่ใน  
 สังคมศักดินา โดยข้าที่ดินจะสูญเสียเสรีภาพในการปกครองตนเอง การโยกย้ายที่อยู่อาศัยตลอด  
 จนถึงการแต่งงาน และปราศจากสิทธิในการร่วมพิจารณาความในศาล หรือการกำหนดกฎหมายข้อ  
 เรียกร้องต่างๆ ของเจ้าของที่ดิน<sup>5</sup> และเจ้าที่ดินมีฐานะเป็นทั้งเจ้านาย และผู้ปกครองโดยตรงด้วย ด้วย  
 ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าที่ดินกับข้าที่ดิน จึงเป็นความสัมพันธ์ระดับบุคคล ทั้งนี้เพราะข้าที่ดินต้องการ  
 อำนาจความคุ้มครองดูแลจากเจ้าที่ดิน<sup>6</sup> แต่ในเวลาต่อมาได้มีการรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลาง มีการ  
 กำหนดกฎหมายใหม่โดยจำกัดอำนาจเจ้าของที่ดินลง ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าที่ดินกับข้าที่ดินจึง  
 เปลี่ยนเป็นเรื่องเงินตราแทน และข้าที่ดินเป็นอิสระมีที่ดินของตนเองจำนวนหนึ่งเพื่อทำการผลิตตอบ  
 แทนเจ้าที่ดินเป็นเงินตรา ความสัมพันธ์ของข้าที่ดินจึงมีลักษณะเป็นผู้เช่าที่ดิน และข้าที่ดินมีอิสระมาก  
 ขึ้น<sup>7</sup>

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดฐานพรากหรือลักพาของฝรั่งเศสนั้น เห็น  
 ได้ว่าสภาพสังคมที่เป็นระบบศักดินา มีการแบ่งชนชั้นกันในสังคมเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยต่อ  
 การปกครองกันในสังคม การพรากบุคคลในครอบครัวไปยอมส่งผลกระทบต่อความสงบสุขในสังคม

<sup>3</sup> ชนาทิพย์ เกสรวัดนะ, ประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมฝรั่งเศส (สมัยฟื้นฟูศิลปวิทยาการจนถึงสมัยปฏิวัติฝรั่งเศส),  
 หน้า.

<sup>4</sup> Mark Bloch, Feudal Society, 2 ed. (London: Routledge paperbacks, 1962). Cited in กรรณิการ์ นิโลบล  
 , "ระบบศักดินาไทยและยุโรป: ศึกษาเปรียบเทียบโครงสร้างทางสังคมและลักษณะพัฒนาการ" (อักษรศาสตรมหา  
 บัณฑิต, ประวัติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 80.

<sup>5</sup> Bloch, M., Feudal Society. Cited in กรรณิการ์ นิโลบล, "ระบบศักดินาไทยและยุโรป: ศึกษาเปรียบเทียบ  
 โครงสร้างทางสังคมและลักษณะพัฒนาการ," หน้า 81.

<sup>6</sup> กรรณิการ์ นิโลบล, "ระบบศักดินาไทยและยุโรป: ศึกษาเปรียบเทียบโครงสร้างทางสังคมและลักษณะพัฒนาการ,"  
 หน้า 81.

<sup>7</sup> Ibid.



เกิดความวิตกกังวลในความปลอดภัย อีกทั้งในมุมมองของศาสนาคริสต์ที่มีอิทธิพลเป็นอย่างมากในยุคก่อนสมัยใหม่ การพรากหรือลักพาบุคคลไปนั้นไม่สามารถกระทำได้ โดยเฉพาะเด็กหญิง ซึ่งกฎหมายในยุคก่อนสมัยใหม่บัญญัติให้การลักพาเด็กหญิงไป เด็กหญิงได้สูญเสียความบริสุทธิ์ ผู้ลักพาตัวจะต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนหกเท่าของค่าสมรส และเสียค่าปรับด้วยทองคำ 12 เซนต์<sup>8</sup> และต่อมากฎหมายแซลิก (กฎหมายเยอรมานิกของชาวแฟรงค์) ที่ใช้บังคับช่วงเวลาหนึ่งในยุคก่อนสมัยใหม่นี้ มีบทลงโทษประหารชีวิตหากได้ลักพาตัวผู้หญิงไป ดังที่ปรากฏในกฎหมายแซลิกว่า หากชายสามคนได้ลักพาตัวเด็กหญิงไปจากบ้านหรือที่อยู่อาศัย ชายแต่ละคนต้องชดใช้เป็นเงิน 1200 ดินาร์หรือชดใช้เป็นจำนวน 30 เหยียญทอง<sup>9</sup> ผู้ลักพาที่เป็นอิสระจากพระราชินีได้ลักพาตัวผู้หญิงไป ต้องชดใช้การกระทำครั้งนี้ด้วยชีวิตของเขา<sup>10</sup> แต่ถ้าผู้หญิงตามผู้ลักพาไปด้วยความเต็มใจ เธอจะสูญเสียอิสรภาพของเธอ<sup>11</sup> กรณีลักพาหญิงไปจากผู้ชายคู่หมั้นเพื่อพาไปแต่งงานนั้น กฎหมายแซลิกยังกำหนดให้ผู้ลักพาต้องชดใช้เป็นจำนวน 2500 ดินาร์หรือชดใช้เป็นจำนวน 62 เหยียญทองครึ่ง<sup>12</sup> นอกจากนี้ผู้ลักพายังต้องชดใช้เงินแก่คู่หมั้นของหญิงผู้ถูกลักพาเป็นจำนวน 600 ดินาร์หรือ 15 เหยียญทอง<sup>13</sup> และผู้ใดก็ตามได้ลักพาหญิงที่แต่งงานแล้วไปในขณะที่สามีของหญิงที่ถูกลักพายังมีชีวิตอยู่ ต้องชดใช้เป็นเงิน 8000 ดินาร์หรือชดใช้เป็นจำนวน 200 เหยียญทอง<sup>14</sup> ข้อสังเกตประการหนึ่งคือการบัญญัติวัตถุประสงค์แห่งการกระทำที่เป็นหญิง หรือเด็กหญิง ซึ่งมีความแตกต่างจากการกำหนดความผิดของไทยในยุค

<sup>8</sup> "Lois Des Bourguignons, Vulgairement Nommées Loi Gombette ", "Lois Des Bourguignons, Vulgairement Nommées Loi Gombette "

<sup>9</sup> "La Loi Salique." "La Loi Salique."

Article 1: Si trois hommes ont enlevé une jeune fille de condition libre, de sa maison, ou d'une de ces habitations souterraines qu'on nomme *écreignes*, chacun d'eux sera condamné à payer 1.200 deniers, ou 30 sous d'or.

<sup>10</sup> Ibid. Article 6: Si un affranchi du roi, ou un *lète*, a enlevé une femme de condition libre, il paiera de sa vie cet attentat.

<sup>11</sup> Ibid. Article 7: Si une femme de condition libre a suivi volontairement un de ceux dont nous venons de parler, elle perdra sa liberté.

<sup>12</sup> Ibid. Article 8: Si quelqu'un a enlevé la fiancée, d'un autre homme, et l'a épousée, il sera condamné à payer 2.500 deniers, ou 62 sous d'or et demi.

<sup>13</sup> Ibid. Article 9: Il sera, de plus, condamné à payer, au fiancé de la fille qu'il a enlevée, 600 deniers, ou 15 sous d'or.

<sup>14</sup> Ibid. Article 12: Quiconque aura enlevé une femme mariée, pendant la vie du mari, sera condamné à payer 8.000 deniers, ou 200 sous d'or.

ก่อนสมัยใหม่ อย่างไรก็ตามการบัญญัติผู้ที่กระทำความผิดเป็นชายและผู้ถูกลักพาเป็นหญิงสะท้อนให้เห็นถึงประเด็นความเท่าเทียมทางเพศ ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงไปในยุคสมัยใหม่ภายหลังการปฏิรูปกฎหมาย

เมื่อเปรียบเทียบกับของไทยแล้ว แม้ว่าลักษณะสังคมในช่วงยุคก่อนสมัยใหม่จะมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันแล้ว เห็นได้ว่าสภาพสังคมระบบศักดินาของไทยกับของฝรั่งเศสมีความแตกต่างกัน กล่าวคือในสังคมศักดินาของไทยที่อำนาจรัฐและระบบราชการเป็นกลไกกำหนดฐานะและความสัมพันธ์ของบุคคลในสังคม ซึ่งแตกต่างจากสังคมศักดินาในฝรั่งเศส การถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นที่มาแห่งอำนาจทางการเมือง การปกครองและเศรษฐกิจ เห็นผู้คนที่อยู่อาศัยเหนือที่ดิน<sup>15</sup>

### 5.1.1.3 ญี่ปุ่น

ญี่ปุ่นในช่วงเวลาก่อนสมัยใหม่นั้นมีสภาพสังคมที่เป็นระบบศักดินา มีการแบ่งชนชั้นและไม่สามารถเปลี่ยนชนชั้นได้ ประชาชนส่วนใหญ่ในสังคมทำเกษตรกรรม ตามกฎหมายริสึเรียว (Ritsu-Ryo) ที่ดินทั้งหลายอยู่ในอำนาจของจักรพรรดิ และมีการกระจายที่ดินโดยรัฐบาลของจักรพรรดิให้แก่บุคคลตามลำดับศักดิ์ซึ่งเป็นบุคคลที่มีอายุตั้งแต่หกปีเป็นต้นไป ด้วยวัตถุประสงค์ที่เป็นการประกันการได้มาซึ่งภาษี<sup>16</sup> และในช่วงเวลาดังกล่าวเกิดชนชั้นซามูไรซึ่งในเวลาต่อมามีอิทธิพลขึ้นมาเรื่อยๆ กฎหมายที่บังคับใช้ในช่วงเวลานี้มีกแบ่งตามชนชั้นได้แก่ คุเกะโฮ (Kuge-ho) ซึ่งเป็นกฎหมายของราชสำนัก ฮอนโจโฮ (Honjo-ho) เป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่นำมาใช้กับระบบคฤหาสน์และที่ดินส่วนตัว และบูเกะโฮ (Buke-ho) เป็นกฎหมายศีลธรรมหรือจารีตประเพณีใช้เฉพาะกับพวกชนชั้นซามูไร (bushi)<sup>17</sup>

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดฐานพรากหรือลักพาของญี่ปุ่นนั้น เห็นได้ว่ากฎหมายอาญาที่ปรากฏในช่วงยุคเอโดะ โดยเริ่มจากโครงสร้างระบบศักดินาแบบลำดับชั้นซึ่งทำให้ง่ายสำหรับการปกครอง อันมีลักษณะเป็นรัฐตำรวจในการควบคุมการดำเนินการของสมาชิกทุกคนในทุกขั้นตอนของสังคม ในช่วงเวลานี้จะไม่ได้มีการกำหนดการกระทำความผิดต่อเด็กและผู้เยาว์โดยตรง แต่ก็มีความผิดที่เกี่ยวกับเสรีภาพ ซึ่งเป็นความผิดฐานลักพาตัว (kidnapping) ความผิดฐานลักพานั้นมีการกำหนดโทษถึงขั้นประหารชีวิต ซึ่งทำให้เห็นได้ว่าการกระทำความผิดฐานลักพามีความรุนแรง

<sup>15</sup> กรรณิการ์ นิลอบ, "ระบบศักดินาไทยและยุโรป: ศึกษาเปรียบเทียบโครงสร้างทางสังคมและลักษณะพัฒนาการ," หน้า.

<sup>16</sup> Noda, Y., *Introduction to Japanese Law*, p. 25.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 29-30.

อย่างไรก็ดีความสำคัญที่แท้จริงของกฎหมายอาญาในยุคโทคุงาวะคือเป็นเครื่องมือที่สามารถรักษาประเพณีของระบบศักดินาได้<sup>18</sup>

#### 5.1.1.4 อินเดีย

อินเดียมีอารยธรรมที่ยาวนาน มีระบบวรรณะตามอารยธรรมฮินดู ซึ่งชาวอินโด-อารยันนำมาด้วยตอนตั้งถิ่นฐานในอินเดีย อารยธรรมฮินดูคือการปฏิบัติอย่างเคร่งครัดตามหลักการของ วรรณาธรรม (Varna Ashrama Dharma) ซึ่งสังคมได้แบ่งหน้าที่ของคนในสังคมตามวรรณะเป็น พรหมณ์ กษัตริย์ แพศย์ และพวกศูทร และช่วงเวลาการดำเนินชีวิตตามอาศรม 4 แบ่งได้เป็น พรหมจารี (ช่วงศึกษาเล่าเรียน) คฤหัสถ์ (ช่วงครองเรือน) วานปรสธ (ช่วงแสวงหาธรรม) และสังญาสี (ช่วงสุดท้ายแห่งชีวิต บำเพ็ญเพียรตามหลักศาสนา)<sup>19</sup> ดังนั้นสังคมอินเดียเป็นระบบที่ถูกห้อมล้อมด้วยวัฒนธรรมมากกว่าการเมือง สังคมอินเดียได้รับอิทธิพลจากชาวมุสลิมในสมัยการปกครองของราชวงศ์โมกุล (Mughal Dynasty) กฎหมายโมฮัมเหม็ด อันมีที่มาจากกฎหมายอิสลาม เป็นกฎหมายที่ใช้กันในสังคมแต่ขึ้นอยู่กับพื้นที่ว่าปกครองโดยชาวฮินดูหรือชาวมุสลิม สภาพสังคมที่เต็มไปด้วยความเชื่อทางศาสนาเอง จึงมีอิทธิพลต่อกฎหมายที่ใช้บังคับ ซึ่งรวมถึงการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ด้วย

ความผิดฐานพรากหรือลักพา ปรากฏในกฎหมายอาญาฮินดู (Hindu Criminal Law) มิได้แยกกันอย่างชัดเจนระหว่างกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่ง กฎหมายฮินดูกำหนดความผิดฐานพรากหรือลักพานี้ (ไม่จำกัดเฉพาะเด็ก) เสมือนเป็นประเภทหนึ่งของความผิดฐานลักทรัพย์ และมีบทลงโทษที่รุนแรงแตกต่างกันไป ซึ่งปรากฏในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ทั้งฉบับมนูสมฤติ (Manusmriti) ยัชชวาล์ยสมฤติ (Yagnavalkya smriti) นารทสมฤติ (Narada smriti) และคัมภีร์อรรถศาสตร์ของจัญญะ หรือเกาฏิลยะ (Kautilya's Arthashastra) ระบบชนชั้นวรรณะของอินเดียส่งผลต่อโทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดฐานลักพาด้วย กล่าวคือ ถ้าผู้ลักพาได้ลักพาตัวบุคคลที่มีวรรณะสูงกว่าต้องระวางโทษหนักกว่า ดังที่บัญญัติไว้ในพระมานูธรรมศาสตร์ของพระมนูว่า การลักพาชายจากครอบครัวชั้นสูง โดยเฉพาะหญิง และอัญมณีที่ล้ำค่า ผู้ลักพาต้องได้รับโทษโดยการทรมานร่างกายหรือโทษประหารชีวิต<sup>20</sup> สำหรับกรณีที่ลักพาทาสของผู้อื่นไปมีความผิดเช่นเดียวกับโทษที่ลงใน

<sup>18</sup> Wren, H. G., "The Legal System of Pre-Western Japan," *Hasting Law Journal*: 233.

<sup>19</sup> "Indian Legal System - History Development and Structure." "Indian Legal System - History Development and Structure."

<sup>20</sup> Buhler, G., *The Laws of Manu*, p. 310.

ความผิดฐานลักทรัพย์ตามคัมภีร์มานาวรรณศาสตร์ของพระมนู<sup>21</sup> เมื่อพิจารณาจากตัวบทบัญญัติแล้ว เห็นได้ว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานลักพาของอินเดียในช่วงก่อนสมัยใหม่ก็คือ คุ้มครองสิทธิหรืออำนาจปกครองของบุคคลที่มีเหนือตัวผู้ถูกลักพา อันเป็นระบบบรรณณะของศาสนาฮินดูที่ต้องการควบคุมบุคคลในสังคมให้อยู่กันอย่างมีความสงบเรียบร้อย

### 5.1.2 ปัจจัยด้านเศรษฐกิจ

นอกจากปัจจัยทางด้านสังคมแล้ว ปัจจัยด้านเศรษฐกิจถือว่ามีอิทธิพลเป็นแรงผลักดันของการบัญญัติกฎหมายอีกประการหนึ่ง ซึ่งส่งผลต่อวิวัฒนาการการกำหนดความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในช่วงยุคก่อนสมัยใหม่นี้ด้วย โดยสามารถเปรียบเทียบของแต่ละประเทศได้ดังนี้

#### 5.1.2.1 ไทย

ปัจจัยทางด้านเศรษฐกิจถือเป็นปัจจัยสำคัญที่เป็นแรงผลักดันให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสังคมรวมทั้งการเปลี่ยนแปลงด้านกฎหมายด้วย<sup>22</sup> เศรษฐกิจในสมัยสุโขทัยเน้นเสรีภาพในทางการค้า มีระบบเศรษฐกิจที่เป็นแบบเกษตรกรรม และมีอุตสาหกรรมบ้างแต่เป็นการผลิตเพื่อใช้ในครัวเรือน ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยาการค้าขายกับชาวต่างประเทศมีมากขึ้น ผลผลิตทางการเกษตรเป็นสินค้าที่นำไปขายให้ชาวต่างประเทศ การเกษตรจึงเป็นรากฐานสำคัญทางเศรษฐกิจ กำลังการผลิตทางการเกษตรจึงมีความจำเป็นต่อเศรษฐกิจในยุคนี้

รัฐต้องการแรงงานเกณฑ์ไปทำงาน สร้างป้อม ค่าย เรือรบ อาวุธ วัง วัด ขุดคลอง ทำถนน เป็นทหาร แบกหามเจ้านาย ฯลฯ นอกจากพวกที่อยู่ห่างไกลในพื้นที่ที่มีส่วยสิ่งของพิเศษอาจได้รับยกเว้นเสียส่วยสิ่งของแทน หรือถ้ามีเงินก็อาจให้เงินค่าราชการแทนการเกณฑ์แรงงานได้ แต่ใน

Article 323: For Stealing men of noble family and especially women and the most precious gems, (the offender) deserves corporal (or capital) punishment.

<sup>21</sup> Ibid., 314.

Article 342: He who ties up unbound or sets free tied up (cattle of other men), he who takes a slave, a horse, or a carriage will have incurred the guilt of a thief.

<sup>22</sup> กฤตชัญญ์ ศิริเชต, “กฎหมายกับสังคมไทยในอดีต” ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม (Law and Social Change), (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2545), หน้า 76.

ระบบเศรษฐกิจแบบผลิตใช้เอง ผู้ที่เสียเงินค่าราชการได้ก็มีจำนวนจำกัด<sup>23</sup> ด้วยเหตุนี้เองกฎหมายจึงคุ้มครองมิให้ต้องเสียแรงงานเหล่านี้ไป อีกทั้งในภาวะสงครามที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งทรัพยากรบุคคลจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญและขาดไม่ได้ หากข้าคนของเจ้าขุนมูลนายเหล่านี้หายไปหรือหนีไปเป็นจำนวนมากย่อมเกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมโดยรวม กฎหมายจึงบัญญัติไว้เพื่อเป็นมาตรการในการป้องกันการกระทำความผิดและจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษ นอกจากนี้กฎหมายมิได้กำหนดเฉพาะสิทธิของเจ้าหรือนายที่จะได้ข้าคนของตนคืนเท่านั้น แต่ยังกำหนดหน้าที่ให้เจ้าหรือนายผู้นั้นไถ่คนของตนคืนมาด้วยเท่ากับค่าของคนนั้น ในกรณีที่โจรเอาข้าคนไปขายยังต่างแดนแล้วพบเจอข้าคนของตนตามที่ปรากฏในพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน

พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่านมีมิติของความสัมพันธ์ในระดับประเทศกล่าวคือการรับรองความสัมพันธ์ของเจ้าไพร่กับไพร่ และ เจ้าทาสกับทาสด้วยการลงโทษผู้ที่ลักพาผู้คนในสังกัดของผู้อื่นไป อันเป็นการเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ และกฎหมายยังได้กำหนดให้การพาเอาข้าคนของผู้อื่นไปขายให้กับชาวต่างประเทศนั้นมีความผิดถึงขั้นประหารชีวิตด้วย การลงโทษถึงขั้นประหารชีวิตนี้ต้องการให้ผู้ที่จะกระทำความผิดเกิดความเกรงกลัว มิให้กระทำการอันเป็นภัยต่อความสงบสุขและความมั่นคงของประเทศด้วย

### 5.1.2.2 ฝรั่งเศส

ในสมัยยุคกลาง เกษตรกรรมเป็นรากฐานสำคัญทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส ในเมืองมีประชากรน้อยกว่าในชนบทมาก ชาวเมืองต้องจ่ายภาษีและค่าเช่าให้ขุนนาง ต้องถูกเกณฑ์แรงงานบังคับเช่นเดียวกับชาวชนบท ขุนนางเป็นเจ้าของที่ดิน (Landlord) ปกครองผู้คนและควบคุมการผลิต ระบบศักดินามีความสำคัญมากต่อระบบเศรษฐกิจของฝรั่งเศส กษัตริย์ที่มีฐานะสูงสุดพระราชทานที่ดิน (fief) ส่วนหนึ่งให้แก่ขุนนางซึ่งมีฐานะเป็นข้า (Vassal) ของกษัตริย์ และขุนนางเหล่านี้แบ่งที่ดินเป็นทอดๆ โดยจะต้องทำสัญญาว่าเจ้านายต้องคุ้มครองข้า ส่วนข้าจะต้องเกณฑ์คนเข้าสมทบกองทัพของเจ้านายเมื่อเกิดสงคราม อันเป็นการรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจและประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าที่ดินกับข้าที่ดินมีพื้นฐานอยู่บนการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจของขุนนางเจ้าที่ดินโดยตรง<sup>24</sup>

<sup>23</sup> ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า

<sup>24</sup> กรรณิการ์ นิโบล, "ระบบศักดินาไทยและยุโรป: ศึกษาเปรียบเทียบโครงสร้างทางสังคมและลักษณะพัฒนาการ," หน้า 75.

ด้วยเหตุผลทางปัจจัยด้านเศรษฐกิจ อันเป็นแรงผลักดันให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสังคมรวมทั้งการเปลี่ยนแปลงด้านกฎหมายด้วย การตรากฎหมายของกษัตริย์เป็นเหมือนเครื่องมือทางการปกครองอย่างหนึ่งในการรวมศูนย์อำนาจไว้ในช่วงเวลานี้ พระราชบัญญัติได้ออกมาบังคับใช้ ซึ่งรวมถึงกฎหมายอาญาในความผิดที่เกี่ยวกับการพรากและการลักพา เพื่อเป็นการเสริมสร้างความสงบสุขและความมั่นคงของรัฐ

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากหรือลักพาของฝรั่งเศสในยุคก่อนสมัยใหม่นั้น เห็นได้ว่าระบบศักดินา อันเป็นที่มาแห่งอำนาจและการแสวงหาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจนั้น มีการแบ่งชนชั้นกันในสังคมเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยต่อการปกครองกันในสังคม และเป็นประโยชน์ต่อขุนนาง ซึ่งได้รับอำนาจจากกษัตริย์ในการบังคับบัญชาประชาชน หากมีผู้ใดลักพาตัวเข้าที่ดินไป เจ้าที่ดินย่อมได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจ อีกทั้งที่ดินที่ครอบครัวหนึ่งทำมาหากินสืบทอดเป็นมรดก เป็นของเจ้าที่ดินคนใดคนหนึ่งเสมอ การกำหนดฐานะของชาวนาข้าที่ดินมาแต่กำเนิดตลอดจนถึงห้ามมิให้ชาวนาแต่งงานกับบุคคลภายนอกระบบแมนเนอร์ของเจ้าที่ดินเพื่อประโยชน์ในการรักษาที่ดิน และกำลังคนของเจ้าที่ดิน<sup>25</sup> เช่นนี้จึงทำให้เข้าใจได้ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานพรากหรือลักพา คือ การคุ้มครองอำนาจปกครองของขุนนางเจ้าที่ดิน แม้ว่าในเวลาต่อมาข้าที่ดินมีอิสระมากขึ้นและมีฐานะเป็นผู้เช่าที่ดินแทนการเป็นข้าติดที่ดิน ผู้เขียนมีความเห็นว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นไม่เปลี่ยนแปลงไป เพราะการปฏิบัติหน้าที่ของชาวนาผู้เช่าที่ดินมิใช่เพียงตอบแทนเป็นเป็นค่าเช่าที่ดินเท่านั้น หากแต่ชาวนาต้องตกเป็นข้าของเจ้าที่ดินอีกด้วย โดยเฉพาะเมื่อเจ้าที่ดินเป็นผู้รับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของชาวนาต่อรัฐ<sup>26</sup>

### 5.1.2.3 ญี่ปุ่น

เศรษฐกิจของญี่ปุ่นในยุคก่อนสมัยใหม่นั้นมีเกษตรกรรมเป็นรากฐานสำคัญ และระบบเศรษฐกิจขับเคลื่อนโดยระบบศักดินาเช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ เพียงแต่ญี่ปุ่นเป็นการขับเคลื่อนโดยโชกุนและชนชั้นนักรบหรือซามูไร จากระบบศักดินาคู่ในสมัยรัฐบาลมุโรมาจิ (Muromachi) มาถึงระบบศักดินาเดียวในสมัยรัฐบาลโทกูงาวะ (Tokugawa) กฎหมายที่ออกมาในช่วงนี้เป็นการควบคุมการดำเนินการของสมาชิกทุกคนในทุกชั้นตอนของสังคมมนุษย์เช่น บุคคลในลำดับชั้นหนึ่งไม่ได้รับอนุญาตให้ย้ายจากลำดับชั้นหนึ่งไปยังอีกลำดับชั้นหนึ่ง บุคคลในสังคมต้องสวมเสื้อผ้า

<sup>25</sup> Bloch, M., *Feudal Society*. Cited in กรรณิการ์ นิโบล, "ระบบศักดินาไทยและยุโรป: ศึกษาเปรียบเทียบโครงสร้างทางสังคมและลักษณะพัฒนาการ," หน้า 78.

<sup>26</sup> กรรณิการ์ นิโบล, "ระบบศักดินาไทยและยุโรป: ศึกษาเปรียบเทียบโครงสร้างทางสังคมและลักษณะพัฒนาการ," หน้า 76.

บางอย่างตามสถานะของบุคคลนั้น มีการควบคุมอาชีพของบุคคลอย่างระมัดระวังและไม่สามารถเดินทางโดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นพิเศษ<sup>27</sup> อันเป็นผลจากปัจจัยทางเศรษฐกิจที่ต้องการขับเคลื่อนประเทศ

ชนชั้นนักรบเป็นชนชั้นสูงในสังคมมีวิวัฒนาการมาจากความสัมพันธ์แบบศักดินาระหว่างเจ้าของที่ดินรายใหญ่และผู้เช่าที่ดิน ผู้เช่าที่ดินและเจ้าของที่ดินรายเล็กต้องรับใช้เจ้าของที่ดินรายใหญ่ด้วยการเป็นทหารในช่วงวิกฤตสงคราม ซึ่งต่อมาพัฒนาเป็นชามูไร เมื่อเวลาผ่านไปกลุ่มนักรบได้รวมตัวกันมีอำนาจ ทำให้กลุ่มนักรบมีฐานทางเศรษฐกิจและมีผลผลิตมาก เพราะมีที่ดินขนาดใหญ่อยู่ในครอบครอง<sup>28</sup> ความสัมพันธ์ในระบบศักดินานี้เองเป็นรากฐานสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจญี่ปุ่นในยุคก่อนสมัยใหม่

ความผิดฐานพรากหรือลักพาได้ถูกกำหนดไว้ใน The Edict in One Hundred Articles เช่นกัน<sup>29</sup> โดยมีบทลงโทษคือการเนรเทศสำหรับผู้ที่มีส่วนร่วมคิดกับผู้ลักพา และลงโทษประหารชีวิตต่อผู้กระทำความผิดฐานลักพา<sup>30</sup> จะเห็นได้ว่าบทลงโทษมีความรุนแรงมากเพื่อต้องการที่จะควบคุมความสงบเรียบร้อยในสังคม และสนับสนุนระบบศักดินาที่ขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศในช่วงเวลานี้ เช่นเดียวกับในไทย และฝรั่งเศสในช่วงเวลาก่อนสมัยใหม่ที่กฎหมายที่ออกมาบังคับใช้มุ่งคุ้มครองเจ้าหรือนาย ในกรณีของญี่ปุ่นก็เช่นเดียวกันเจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานพรากหรือลักพานั้นมุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของเจ้าที่ดิน

#### 5.1.2.4 อินเดีย

สภาพเศรษฐกิจของอินเดียในยุคก่อนสมัยใหม่นี้ เหมือนกับประเทศต่างๆ คือภาคเกษตรกรรมเป็นรากฐานสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจ แต่สิ่งที่แตกต่างไปจากประเทศอื่นๆ คือการขับเคลื่อนประเทศด้วยระบบเศรษฐกิจเป็นไปตามระบบชนชั้นวรรณะที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดตามความเชื่อของศาสนาฮินดู ความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของสังคมและเศรษฐกิจ ขึ้นอยู่กับการแสวงหาความชอบธรรมโดยสมาชิกทุกคนในสังคมโดยวิธีที่หลากหลายที่เหมาะสมกับวัยและช่วงเวลา

<sup>27</sup> Wren, H. G., "The Legal System of Pre-Western Japan," *Hasting Law Journal*: 229.

<sup>28</sup> ยูพา คลังสุวรรณ และคณะ, "การเปลี่ยนแปลงอย่างต่อเนื่องของสังคมญี่ปุ่น," *ญี่ปุ่นศึกษา* 1(2005).

<sup>29</sup> Wren, H. G., "The Legal System of Pre-Western Japan," *Hasting Law Journal*: 231.

<sup>30</sup> Mita, K., *Transactions of the Asiatic Society of Japan Volume Xli.*, p. 759.

"A kidnapper is to be put to death. (Customary)

Any one who in collusion with a kidnapper receives a commission for selling the victim is to be sentenced to major deportation. (1742)"

ของชีวิต ซึ่งสังคมได้แบ่งหน้าที่ของคนในสังคมตามวรรณะ ทุกคนในแต่ละชั้นวรรณะต่างมีหน้าที่ของตนแตกต่างกันไป พราหมณ์ในสังคมอินเดียถือว่าเป็นวรรณะสูงสุด วรรณะกษัตริย์สำหรับคนที่กำเนิดในชนชั้นกษัตริย์ ซึ่งถือว่าเป็นวรรณะรองลงมาจากพราหมณ์ วรรณะที่รองลงมาคือ แพศย์ และศูทร ตามลำดับ นอกจากนี้แล้วยังมีพวกจัณฑาล ได้แก่ผู้ซึ่งเกิดจากบิดาในวรรณะศูทรกับมารดาในวรรณะที่สูงกว่า อินเดียถือเป็นกฎอย่างเคร่งครัดเพื่อมิให้ถูกอารยธรรมอิสลามกลืน<sup>31</sup> ในขณะที่กลุ่มคนที่นับถือศาสนาอิสลามได้อพยพมาจากอัฟกานิสถานและเอเชียกลาง และได้้นำแนวคิดใหม่มาใช้ในการเกษตร ช่วงเวลาที่ชาวมุสลิมได้เข้ามาปกครองอินเดียนั้นเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน แต่อินเดียก็ไม่ได้ถูกปกครองภายใต้อำนาจที่เป็นหนึ่งเดียว<sup>32</sup>

ระบบชนชั้นวรรณะของอินเดียมีอิทธิพลต่อระบบเศรษฐกิจของอินเดียในยุคก่อนสมัยใหม่ เป็นการแบ่งงานกันทำ ประกอบอาชีพตามวรรณะ เกิดการพึ่งพากันและกันในสังคม การขับเคลื่อนทางเศรษฐกิจให้เป็นระบบระเบียบจำเป็นต้องมีกฎหมายรองรับ การลักพานั้นจัดอยู่ในประเภทเดียวกันกับความผิดฐานลักทรัพย์ตามพระธรรมศาสตร์ การลักพาผู้คนไปย่อมไม่อาจกระทำได้ โดยเฉพาะการลักพาบุคคลที่มีวรรณะสูงกว่าต้องระวางโทษหนักขึ้น ดังที่บัญญัติไว้ในพระคัมภีร์มานาวธรรมศาสตร์ของพระมนูว่า การลักพาชายจากครอบครัวชั้นสูง โดยเฉพาะหญิง และอัญมณีที่ล้ำค่า ผู้ลักพาต้องได้รับโทษโดยการทรมานร่างกายหรือโทษประหารชีวิต<sup>33</sup> สำหรับกรณีที่ลักพาทาสนของผู้อื่นไปมีความผิดเช่นเดียวกับโทษที่ลงในความผิดฐานลักทรัพย์ตามคัมภีร์มานาวธรรมศาสตร์ของพระมนู<sup>34</sup> เมื่อพิจารณาจากตัวบทบัญญัติแล้วเห็นได้ว่า แนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานพวาทหรือลักพาของอินเดียในช่วงก่อนสมัยใหม่เป็นไปเพื่อคุ้มครองบุคคลที่มีวรรณะสูงกว่าตามกฎหมายเกณฑ์ของวรรณาธรรม เป็นการควบคุมบุคคลในสังคม และขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจตามหน้าที่ของบุคคลแต่ละวรรณะ ซึ่งเป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐ

<sup>31</sup> จรัญ มะลูลีม, อินเดียศึกษา: การเมืองการปกครอง การต่างประเทศ ศาสนา สังคมและวัฒนธรรม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ศยาม, 2559), หน้า 23.

<sup>32</sup> Ibid., 14.

<sup>33</sup> Buhler, G., The Laws of Manu, p. 310.

Article 323: For Stealing men of noble family and especially women and the most precious gems, (the offender) deserves corporal (or capital) punishment.

<sup>34</sup> Ibid., 314.

Article 342: He who ties up unbound or sets free tied up (cattle of other men), he who takes a slave, a horse, or a carriage will have incurred the guilt of a thief.



### 5.1.3 ปัจจัยด้านการปกครอง

การปกครองในช่วงก่อนยุคสมัยใหม่เพื่อต้องการรักษาเสถียรภาพทางสังคม และการเมือง และความเป็นปึกแผ่นของประเทศนั้น มีอิทธิพลต่อการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งรวมถึงการกำหนด ความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา อิทธิพลของการปกครองส่งผลต่อความผิดฐานพรากหรือลักพา ของไทย ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และอินเดีย โดยสามารถเปรียบเทียบได้ดังนี้

#### 5.1.3.1 ไทย

การปกครองนับตั้งแต่สมัยสุโขทัยที่มีการปกครองแบบพ่อปกครองลูกและเป็นสังคม ศักดินา ถัดมาในสมัยกรุงศรีอยุธยาการปกครองได้แบ่งออกเป็นสองช่วง คือช่วงก่อนพระบรมไตรโลกนาถขึ้นครองราชย์ ซึ่งเป็นการปกครองแบบจตุสดมภ์ในราชธานีมีเจ้าหน้าที่ปกครอง 4 แผนก ได้แก่ เมือง วัง คลัง นา และในหัวเมืองได้แบ่งออกเป็นเมืองเอก โท ตรี จัตวา และมีเจ้าเมืองเป็นผู้ปกครอง และมีตำแหน่งจตุสดมภ์เป็นผู้ช่วย และช่วงหลังพระบรมไตรโลกนาถขึ้นครองราชย์เป็นการปกครองแบบรวมอำนาจไว้ที่ศูนย์กลาง เป็นระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ได้รับแบบอย่างมาจากลัทธิเทวราชาประกอบกับศักดินาเต็มรูป การปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ให้อำนาจปกครองเบ็ดเสร็จเด็ดขาดแก่พระมหากษัตริย์ซึ่งมีฐานะอันสูงส่งยิ่งกว่าสมัยสุโขทัย ส่วนการปกครองในระบบศักดินาเป็นการกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของบุคคล เพื่อตอบสนองความต้องการของรัฐในการบริหารงาน และในขณะเดียวกันก็เป็นการแบ่งชนชั้นของบุคคลทางสังคม และกำหนดฐานะของบุคคลทางสังคมด้วย<sup>35</sup> การปกครองในลักษณะนี้ใช้เรื่อยมานับตั้งแต่สมัยพระบรมไตรโลกนาถในสมัยกรุงศรีอยุธยาเรื่อยมายังกรุงรัตนโกสินทร์

กฎหมายลักษณะลักพาเป็นเสมือนเครื่องมือในการควบคุมอำนาจทางการเมือง ซึ่งเป็นกรอบกำหนดความสัมพันธ์ของเจ้าไพร่กับไพร่ และ เจ้าทาสกับทาสด้วยการลงโทษผู้ที่ลักพาผู้คนในสังกัดของผู้อื่นไป อันเป็นการเสริมสร้างความมั่นคงทางการเมือง ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าไพร่กับไพร่ และเจ้าทาสกับทาส เป็นไปในระดับความสัมพันธ์ระดับประเทศอันมีความสำคัญต่อการปกครองประเทศ กล่าวคือการรับรองความสัมพันธ์ของเจ้าไพร่กับไพร่ และ เจ้าทาสกับทาสด้วยการลงโทษผู้ที่ลักพาผู้คนในสังกัดของผู้อื่นไป อันเป็นการเสริมสร้างความมั่นคงทางการเมืองและเศรษฐกิจ เนื่องจากต้องการควบคุมแรงงานที่แน่นอนเพื่อใช้ประโยชน์ต่างๆ ดังนั้นแรงงานของไพร่และทาสมีประโยชน์ต่อมูลนายทั้งด้านการเมืองและเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก เพราะเป็นกำลังสำคัญมีส่วนทำให้ฐานะของขุน

<sup>35</sup> วิชา มหาคุณ, ประวัติศาสตร์กฎหมายและภาษากฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 18.

นางมันคง เนื่องจากไพร่มีถูกเกณฑ์ไปสู้รบในสงครามกลางเมือง กรณีที่เกิดการแย่งชิงราชสมบัติกัน ในหมู่ผู้ปกครอง นอกจากนี้ไพร่และทาสยังเป็นปัจจัยการผลิตที่สำคัญ ชุมนางคนใดมีที่ดินมาก แร่งงานที่ใช้ในที่ดินก็มากตามไปด้วย<sup>36</sup>

### 5.1.3.2 ฝรั่งเศส

นับจากราชวงศ์กาเปเตียงได้ขึ้นครองอำนาจในปารีส ประเทศฝรั่งเศสเริ่มจะมี ลักษณะเป็นรัฐ และในเวลาต่อมาได้ขยายอำนาจไปทั่วประเทศฝรั่งเศสผ่านระบบขุนนาง อันเป็นการ วางรากฐานของระบบศักดินาสวามิภักดิ์ โดยได้แบ่งชนชั้นออกเป็นขุนนาง (Nobility) นักบวช (Clergy) พ่อค้า (Trading Class) ข้าแผ่นดิน (Serf) ซึ่งคนเหล่านี้มีกฎหมายบังคับใช้แตกต่างกันไป<sup>37</sup> การปกครองในลักษณะนี้เป็นการบริหาร จัดสรรอำนาจ วางระเบียบกฎหมายในสังคมเพื่อให้ระบบ การปกครองและระบบเศรษฐกิจมีความสัมพันธ์กัน นอกจากนี้ เมื่อเข้าสู่ช่วงราชาธิปไตยเป็นช่วงเวลา การปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งปกครองโดยพระมหากษัตริย์ผู้ใช้อำนาจเบ็ดเสร็จ เต็ดขาด โดยเริ่มตั้งแต่รัชสมัยพระเจ้าฟร็องซัวส์ที่ 1 (François Ier) ใน ค.ศ.1494 จนถึงการปฏิวัติ ฝรั่งเศสใน ค.ศ.1789 กษัตริย์ฝรั่งเศสได้ตรากฎหมายซึ่งบังคับใช้ทั่วราชอาณาจักรอันเป็นการรับรอง อำนาจของกษัตริย์ นอกจากนี้ศาสนจักรนั้นมียุทธิต่อการปกครองของฝรั่งเศส และส่งผลมายัง กฎหมายที่บังคับใช้ในฝรั่งเศสเช่นเดียวกัน เรื่องอะไรก็ตามที่เกี่ยวข้องกับศาสนาและต้องขึ้นศาลของ นักบวชจะต้องใช้กฎหมายพระศาสนจักร (Canon Law) ด้วยเหตุที่กล่าวมานี้ การปกครองของ ฝรั่งเศสจึงมียุทธิต่อการกำหนดกฎหมายเช่นกัน

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากรหรือลักพานั้น เจตนารมณ์ของกฎหมาย ต้องการที่จะคุ้มครองขุนนางเจ้าที่ดิน ซึ่งได้รับอำนาจจากกษัตริย์ ขุนนางเป็นเจ้าของที่ดินปกครอง ผู้คนและควบคุมการผลิต ชาวนาข้าที่ดินและทาสอยู่ภายใต้การปกครองของเจ้าที่ดิน ซึ่งเป็น ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าที่ดินที่มีอำนาจปกครองที่ดิน กับข้าที่ดิน (Vassal) ตามสังคมศักดินาฝรั่งเศส ฐานะของข้าที่ดินจะถูกจำกัด ในขณะที่ฐานะของทาสมีฐานะต่ำสุดในสังคม ชีวิตและแรงงานของทาส และบุตรภริยาเป็นสมบัติของนายทาส ชีวิตและทรัพย์สินตกอยู่ในการคุ้มครองดูแลของนายทาสโดย

<sup>36</sup> ศิริพร กรอบทอง, "เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการ กฎหมายตราสามดวง: แวนส่องสังคมไทย ครั้งที่ 3, ลำดับที่ 5 พระไอยการลักภากฎกเมียผู้คนท่าน," ใน โครงการวิจัยเมธีวิจัยอาวุโส สกว. กฎหมายตราสามดวง: ประมวลกฎหมายไทยในฐานะมรดกโลก, หน้า 280.

<sup>37</sup> Cairns, W. and R. McKeon, Introduction to French Law, p. 7.

ลำพัง ในขณะที่ข้าที่ดินในระบบศักดินานั้น เจ้าที่ดินมีสิทธิต่างๆ ที่จะเรียกร้องผลประโยชน์ของตน จากข้าที่ดิน โดยถูกจำกัดอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย<sup>38</sup>

ทั้งทาสและข้าล้นเป็นบุคคลส่วนใหญ่ที่อยู่ในสังคมศักดินา โดยข้าที่ดินจะสูญเสียเสรีภาพในการปกครองตนเอง การโยกย้ายที่อยู่อาศัยตลอดจนถึงการแต่งงาน และปราศจาก สิทธิในการร่วมพิจารณาความในศาล หรือการกำหนดกฎหมายข้อเรียกร้องต่างๆ ของเจ้าของที่ดิน<sup>39</sup> และเจ้าที่ดินมีฐานะเป็นทั้งเจ้านาย และผู้ปกครองโดยตรงด้วย ด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าที่ดินกับ ข้าที่ดิน จึงเป็นความสัมพันธ์ระดับบุคคล ทั้งนี้เพราะข้าที่ดินต้องการอำนาจควบคุมครองดูแลจากเจ้า ที่ดิน<sup>40</sup> เช่นนี้กฎหมายจึงต้องออกแบบคุ้มครองเจ้าที่ดิน ไม่ให้ผู้ใดพรางหรือลักพาผู้คนไป อันเป็นการ กระทบต่อการปกครอง

### 5.1.3.3 ญี่ปุ่น

ญี่ปุ่นในยุคก่อนสมัยใหม่ การปกครองเป็นแบบระบบศักดินาเช่นกัน แต่ได้มีสองช่วง กล่าวคือระบบศักดินาแบบคู้ เป็นระบบการปกครองแบบผสมของระบบศักดินาและระบบโช (sho) ซึ่งเป็นช่วงรัฐบาลมุโรมาจิจนถึง ค.ศ. 1573 เป็นระบบการปกครองแบบผสมของระบบศักดินาและ ระบบโช (sho) ต่อมาเป็นการปกครองระบบศักดินาเดี่ยวร่วมกันทั่วทั้งประเทศ โดยตระกูลโทกูงาวะ ขึ้นครองอำนาจและสืบสายโชกุนต่อมาเรื่อยๆ จนกระทั่งสิ้นสุดใน ค.ศ.1868 ในช่วงเวลานี้เองเป็นการ ปกครองในระบบศักดินาอย่างแท้จริงที่มีชามูไรเป็นผู้ปกครอง<sup>41</sup> การปกครองได้จัดแบ่งคนในสังคม เป็นลำดับชั้น และบุคคลในลำดับชั้นหนึ่งไม่อาจย้ายจากลำดับชั้นหนึ่งไปยังอีกลำดับชั้นหนึ่ง บุคคลใน สังคมต้องสวมเสื้อผ้าบางอย่างตามสถานะของบุคคลนั้น มีการควบคุมอาชีพของบุคคลอย่าง ระมัดระวังและไม่สามารถเดินทางโดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นพิเศษ<sup>42</sup>

การปกครองในลักษณะดังกล่าวจำเป็นต้องมีกฎหมายรองรับ และความสำคัญที่ แท้จริงของกฎหมายอาญาที่ออกมาในยุคนี้คือ เป็นหนึ่งในเครื่องมือที่สามารถรักษาประเพณีของ

<sup>38</sup> Bloch, M., *Feudal Society*. Cited in กรรณิการ์ นิโลบล, "ระบบศักดินาไทยและยุโรป: ศึกษาเปรียบเทียบ โครงสร้างทางสังคมและลักษณะพัฒนาการ," หน้า 80.

<sup>39</sup> Bloch, M., *Feudal Society*. Cited in กรรณิการ์ นิโลบล, "ระบบศักดินาไทยและยุโรป: ศึกษาเปรียบเทียบ โครงสร้างทางสังคมและลักษณะพัฒนาการ," หน้า 81.

<sup>40</sup> กรรณิการ์ นิโลบล, "ระบบศักดินาไทยและยุโรป: ศึกษาเปรียบเทียบโครงสร้างทางสังคมและลักษณะพัฒนาการ," หน้า 81.

<sup>41</sup> Noda, Y., *Introduction to Japanese Law*, p. 31.

<sup>42</sup> Wren, H. G., "The Legal System of Pre-Western Japan," *Hasting Law Journal*: 229.

ระบบศักดินาได้<sup>43</sup> ชนชั้นนักรบมีอำนาจในสังคม และทำหน้าที่ปกครองประเทศในยุคก่อนสมัยใหม่ของญี่ปุ่น การปกครองโดยชนชั้นนักรบตามระบบศักดินาเป็นการควบคุมการดำเนินการของสมาชิกทุกคนในทุกขั้นตอนของสังคมมีลักษณะเป็นรัฐตำรวจ ความสัมพันธ์แบบศักดินาระหว่างเจ้าของที่ดินรายใหญ่และผู้เช่าที่ดิน ผู้เช่าที่ดินและเจ้าของที่ดินรายเล็กต้องรับใช้เจ้าของที่ดินรายใหญ่ด้วยการเป็นทหารในช่วงวิกฤตสงคราม<sup>44</sup> หากผู้ใดพรางหรือลักพาผู้คนของเจ้าที่ดินไป หรือมีการหลบหนีไปยอมส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของขุนนางเจ้าที่ดิน ทั้งในด้านเศรษฐกิจ การเมือง และการปกครอง

ความผิดฐานพรางหรือลักพาได้ถูกกำหนดไว้ใน The Edict in One Hundred Articles โดยมีใจความว่า ผู้กระทำความผิดฐานลักพาตัวจะต้องถูกประหารชีวิต ผู้ใดที่สมรู้ร่วมคิดกับผู้ลักพาตัวซึ่งได้รับค่าไถ่มาจากการขายผู้ถูกลักพาตัวนั้นจะต้องถูกเนรเทศออกนอกประเทศ<sup>45</sup> จะเห็นได้ว่าบทลงโทษมีความรุนแรงมากเพื่อต้องการที่จะให้การปกครองระบบศักดินานั้นมีประสิทธิภาพ

#### 5.1.3.4 อินเดีย

การปกครองของอินเดียในยุคก่อนสมัยใหม่ มีลักษณะแบ่งการปกครองเป็นแคว้นแคว้น แต่ก็ยังมีบางช่วงที่รวมประเทศเป็นปึกแผ่น เช่นในช่วงราชวงศ์โมริยะ ราชวงศ์กุษาณะ และจักรวรรดิคุปตะ เป็นต้น รูปแบบการปกครองในแต่ละช่วงสมัยแตกต่างกันไป แต่กฎหมายอินเดียที่มีอิทธิพลในการปกครอง สังคมอินเดียเป็นการรวมตัวกันอย่างหลวมๆ ระหว่างระเบียบทางสังคมที่มั่นคงกับระเบียบทางการเมืองไร้เสถียรภาพ องค์ประกอบพื้นฐานของโครงสร้างทางสังคมในช่วงนี้อยู่ภายใต้คัมภีร์พระเวท (Vedas) และคัมภีร์อุปนิษัท (Upanishads) สังคมของอินเดียจึงเป็นสังคมที่ห้อมล้อมด้วยวัฒนธรรมมากกว่าการเมือง แต่สิ่งนี้ไม่ได้บ่งชี้ว่าไม่มีการพัฒนาทางการเมืองในสังคมอินเดียโบราณแต่อย่างใด<sup>46</sup> การปกครองในระบบศักดินาในอินเดีย ได้มีการแบ่งชนชั้นวรรณะ และกำหนดหน้าที่ของแต่ละชนชั้นในสังคม ระเบียบแบบแผนของสังคมอินเดียในการจัดลำดับชั้น ยึดติดอยู่กับระบบวรรณะที่เชื่อว่ามีพลังจักรวาลที่ทำให้คนในวรรณะหนึ่งเหนือกว่าคนในอีควรรณะหนึ่ง

<sup>43</sup> Ibid., 233.

<sup>44</sup> ยูพา คลังสุวรรณ และคณะ, "การเปลี่ยนแปลงอย่างต่อเนื่องของสังคมญี่ปุ่น," *ญี่ปุ่นศึกษา*.

<sup>45</sup> Mita, K., *Transactions of the Asiatic Society of Japan Volume Xli.*, p. 759.

"A kidnapper is to be put to death. (Customary)

Any one who in collusion with a kidnapper receives a commission for selling the victim is to be sentenced to major deportation. (1742)"

<sup>46</sup> จรัญ มะลูลีม, *อินเดียศึกษา: การเมืองการปกครอง การต่างประเทศ ศาสนา สังคมและวัฒนธรรม*, หน้า 13-14.

ตามตำนานการสร้างอันมีชื่อเสียงของฮินดู พระเจ้าสร้างโลกขึ้นจากร่างกายของปุรุชะ (Purusa) อันเป็นสิ่งที่มีแต่ปฐมกาล ดวงอาทิตย์สร้างจากส่วนตาของปุรุชะ ดวงจันทร์สร้างจากสมองของปุรุชะ พราหมณ์ (นักบวชของฮินดู) สร้างจากปาก กษัตริย์ (นักรบ) สร้างจากแขน แพศย์ (ชาวไร่ชาวนาและพ่อค้า) สร้างจากต้นขา และศูทร (คนรับใช้) จากขา<sup>47</sup> ระเบียบการปกครองในสังคมเป็นไปตามกฎหมายฮินดูที่มุ่งรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของสังคม

ในส่วนของเรื่องความผิดฐานพรากหรือลักพาของฮินดูในยุคนั้น การปกครองตามศาสนาฮินดูในเรื่องชนชั้นวรรณะ โดยแบ่งหน้าที่ตามแต่ละวรรณะฝังลึกในสังคมฮินดูเป็นเวลายาวนาน การพรากหรือลักพาผู้คนไม่ว่าจะด้วยวัตถุประสงค์ใดๆ ย่อมกระทบต่อการปกครอง โดยเฉพาะการลักพาคนไปยังต่างเมือง หรือการลักพาคนต่างวรรณะไปแต่งงาน บุตรที่ออกมาเป็นจันทาลไม่มีชั้นวรรณะในสังคมยิ่งทำให้เกิดปัญหาในสังคมตามมา กฎหมายฮินดูจึงได้กำหนดให้การลักพาผู้คนไปต้องได้รับโทษอย่างรุนแรง ได้แก่ การทรมานร่างกายหรือโทษประหารชีวิต<sup>48</sup> ตามคัมภีร์มานูธรรมศาสตร์ของพระมนู หรือกรณีการลักพาเด็กหญิง หรือทาสที่เป็นหญิงที่มีเครื่องประดับติดตัว ผู้ลักพาต้องระวางโทษโดยการถูกตัดแขนและขา หรือปรับเป็นเงิน 900 ปานะ แต่กรณีการลักพาอื่นต้องระวางโทษตัดขา หรือปรับเป็นเงิน 600 ปานะ<sup>49</sup> ตามคัมภีร์อรรถศาสตร์ของจามักยะ เมื่อพิจารณาจากตัวบทบัญญัติแล้วเห็นได้ว่า แนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานพรากหรือลักพาของฮินดูในช่วงก่อนสมัยใหม่นี้เป็นไปเพื่อคุ้มครองบุคคลที่มีวรรณะสูงกว่าตามกฎหมายเกณฑ์ของวรรณาธรรม เป็นกรปกครองบุคคลในสังคมให้อยู่อย่างสงบสุข

#### 5.1.4 ปัจจัยด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในมิติที่หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นการค้าขาย การรุกราน หรือการรับอิทธิพลจากคัมภีร์โบราณที่ได้รับมาจากประเทศเพื่อนบ้าน ย่อมส่งผลต่อการบัญญัติกฎหมายกรณีความผิดที่เกี่ยวข้องกับการพรากหรือการลักพาของไทย ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และอินเดีย ล้วนได้รับอิทธิพลในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยสามารถวิเคราะห์และเปรียบเทียบได้ดังนี้

<sup>47</sup> ยูวัล โนอาห์ แฮรารี, เซเปียนส์ ประวัติย่อมนุษยชาติ Sapiens (กรุงเทพมหานคร: ยิปซี กรุ๊ป, 2561).

<sup>48</sup> Buhler, G., The Laws of Manu, p. 310.

Article 323: For Stealing men of noble family and especially women and the most precious gems, (the offender) deserves corporal (or capital) punishment.

<sup>49</sup> Kautilya's Arthashastra Cited in Gupta, R. D., Crime and Punishment in Ancient India.

#### 5.1.4.1 ไทย

ไทยได้มีการรับแนวความคิดและอิทธิพลทางกฎหมายจากคัมภีร์มานวธรรมศาสตร์ของอินเดียเรียกว่า “พระธรรมศาสตร์” โดยเชื่อว่าได้รับอิทธิพลของกฎหมายนี้ผ่านทางมอญมาอีกทอดหนึ่งจาก คัมภีร์ธรรมศาสตร์ ซึ่งมอญได้ตัดทอนแก้ไขส่วนที่เป็นศาสนาพราหมณ์ออกเพื่อให้เหมาะสมและสอดคล้องกับหลักธรรมทางพระพุทธศาสนาซึ่งเป็นศาสนาตั้งเดิมของมอญ<sup>50</sup> ในเวลาต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยาได้รับแนวความคิดลัทธิเทวราชามาจากขอม<sup>51</sup> ซึ่งเป็นคติความเชื่อตามคติพราหมณ์หรือฮินดูที่ยกย่องให้กษัตริย์เปรียบเสมือนตัวแทนของเทพบนโลกมนุษย์ ปัจจุบันในช่วงยุคสมัยดังกล่าวเป็นปัจจัยด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศประการหนึ่ง ซึ่งมีอิทธิพลต่อการเมืองการปกครอง และการบัญญัติกฎหมายของไทยในช่วงเวลานั้น อันรวมถึงความผิดฐานลักพาที่ได้รับอิทธิพลจากพระธรรมศาสตร์ของฮินดู และคัมภีร์ธรรมศาสตร์ของมอญด้วย

นอกจากนี้การรุกรานของต่างประเทศในช่วงก่อนสมัยใหม่นี้เกิดขึ้นบ่อยครั้ง การปกครองบ้านเมืองจึงต้องจัดระเบียบสังคม และหาวิธีการควบคุมแรงงานเพื่อนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์ในการสงคราม หรือการผลิต ไพร่ ข้า จะถูกลงทะเบียนไว้กับมูลนาย รัฐสามารถเรียกแรงงานเกณฑ์แรงงานจากไพร่ ซึ่งเป็นพลังการผลิตหลักของสังคมแทนการอ้างสิทธิ์ในแรงงานโดยตรงที่ยังอยู่ในรูปของ ข้า และตามหน้าที่ดังกล่าว นายมีหน้าที่รับผิดชอบต่อพฤติกรรมของบุคคลในบังคับ เหตุนี้จึงเกิดการควบคุมด้วยระบบ มูลนาย ไพร่<sup>52</sup> และยังมีกฎหมายตามพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่านบัญญัติความผิดฐานลักพาไว้ เป็นการป้องกันมิให้ผู้ใดบังอาจลักพาผู้คนของเจ้าหรือนายไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลักพาเข้าคนของนาย ไปขายให้ชาวต่างประเทศต้องระวางโทษอย่างหนักถึงขั้นประหารชีวิต<sup>53</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>50</sup> โรแบร์ต แลงการ์ด, คำสอนชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2478 ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน) ละเมียด, หน้า 38-40.

<sup>51</sup> วิชา มหาคุณ, ประวัติศาสตร์กฎหมายและภาษากฎหมายไทย, หน้า 16.

<sup>52</sup> ศิริพร กรอบทอง, "เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการ กฎหมายตราสามดวง: แวนส่องสังคมไทย ครั้งที่ 3, ลำดับที่ 5 พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน," ใน โครงการวิจัยเมธีวิจัยอาวุโส สกว. กฎหมายตราสามดวง: ประมวลกฎหมายไทยในฐานะมรดกโลก, หน้า 278.

<sup>53</sup> กฎหมายตรา 3 ดวง, พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน ข้อ 25 “มาตราหนึ่ง ผู้ใดลักไพร่ฟ้าข้าคนท่านขายแก่ประเทศต่างเมืองขายลงเรือลงสำเภาก็ดี เอาสินจ้างแลส่งคนให้แก่ประเทศต่างเมืองก็ดี จับได้รู้ด้วยประการใดพิจารณาเปนสัจ ท่านให้ฆ่าผู้ร้ายนั้นเสีย ส่วนต่างประเทศนั้นให้เกาะจำไว้ ให้ไหมฉั้นโจรสลัดตัวมันผู้ไปด้วยต่างประเทศนั้น ถ้าอายุสม 12 ขวบขึ้นไปถึง 14 15 16 }ขวบ ให้ทวนด้วยลวดหนัก 30 ที ส่งตัวมันให้เจ้า ข้า ไพร่} คิน ถ้ามีทันขายมีทันส่ง มีผู้จับได้โจรสลัดคนนั้น ท่านให้ทวนแลไหมกึ่งโทษขายลงสำเภาไป แลให้ไหมโจรสลัดให้แก่เจ้าคน

เห็นได้ว่าปัจจัยด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมีอิทธิพลต่อการกำหนดความผิดในพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน หากปล่อยให้มีการลักพาเข้าคนของผู้อื่นไปขายแก่ประเทศต่างเมือง หรือ เอาสินจ้างส่งคนให้แก่ประเทศต่างเมือง ย่อมกระทบต่อความสงบเรียบร้อยในสังคมกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและการปกครอง ดังนั้นกฎหมายจึงบัญญัติโทษให้ประหารชีวิต เมื่อพิจารณาปัจจัยด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และตัวบทกฎหมายแล้วนั้น เห็นว่าเจตนารมณ์ของพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่านเป็นกฎหมายที่รับรองสิทธิของเจ้าไพร่เจ้าทาสเหนือตัวไพร่ตัวทาส อันส่งผลต่อความมั่นคงในการปกครองบ้านเมืองของกษัตริย์ในยุคก่อนสมัยใหม่

#### 5.1.4.2 ฝรั่งเศส

อารยธรรมของฝรั่งเศสนั้นเริ่มต้นจากอารยธรรมของชาวกอล ซึ่งในช่วงเวลาหนึ่งปกครองโดยชาวโรมัน และในเวลาต่อมาถูกรุกรานโดยชาวเยอรมานิกที่ได้นำจารีตประเพณีรวมทั้งกฎหมายที่ใช้บังคับในเผ่าของตนมาด้วย ความสัมพันธ์ดังกล่าวมีผลต่อกฎหมายที่บังคับใช้ในฝรั่งเศส กล่าวคือทั้งกฎหมายโรมัน และกฎหมายหรือจารีตประเพณีของชาวเยอรมานิกได้ปะปนเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในฝรั่งเศสในช่วงยุคกลางเป็นต้นมา นอกจากนี้ความสัมพันธ์ของกษัตริย์ฝรั่งเศสกับกษัตริย์โคลวิส และกษัตริย์ชาร์เลอมาญที่ใกล้ชิดกับศาสนจักร จึงเป็นเหตุให้กฎหมายพระศาสนจักร (Canon Law) มีผลบังคับใช้ในยุคกลางเช่นกัน แม้ว่าในเวลาต่อมาซึ่งเป็นช่วงราชาธิปไตยจะมีความพยายามตรากฎหมายออกมามุ่งบังคับใช้เพื่อทำให้ระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มีความเข้มแข็งขึ้น กฎหมายก็ยังคงมีกฎหมายเยอรมานิกและกฎหมายโรมันรวมอยู่ด้วย โดยเฉพาะกฎหมายอาญาที่มีการกำหนดโทษตามกฎหมายเยอรมานิกเช่น การปรับ การทารุณ และการแขวนคอ และความผิดบางฐานได้หยิบยืมมาจากกฎหมายโรมันด้วยเช่นกัน<sup>54</sup>

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากหรือลักพาของฝรั่งเศสในยุคก่อนสมัยใหม่ เห็นได้ว่า การลักพาทาสหรือข้าที่เดินไปจากเจ้าที่ดิน ย่อมส่งผลกระทบต่อความมั่นคง ในเวลาที่เกิดศึกสงคราม ซึ่งบุคคลดังกล่าวเป็นทั้งแรงงานในการผลิต และเป็นกำลังทหารที่สำคัญในภาวะสงคราม กฎหมายจึงบัญญัติให้การลักพาไม่ว่าจะด้วยวัตถุประสงค์ใด ย่อมต้องได้รับโทษ เช่น ผู้ลักพาที่เป็น

---

ส่วนหนึ่งคนกลางนั้นให้กระทำการพิจารณาคนใหญ่น้อย ถ้ามันใหญ่พอใจไปด้วยใจ ก็ให้ทวนด้วยไม้ทวยเสมอลงแก่ใจ ถ้าได้ตัวคืน ให้ไหม 2 ค่า ถ้าเจ้าเข้าคนเสียบำเหน็จจึงได้ตัวคนมา บำเหน็จนั้นตกอยู่กับผู้ลัก”

<sup>54</sup> Bar, C. L. v., *A History of Continental Criminal Law*, p. 147.

อิสระจากพระราชชาติได้ลักพาตัวผู้หญิงไป ต้องโทษประหารชีวิต<sup>55</sup> หรือกรณีลักพาทาสของผู้อื่นมาเป็นทาสของนายตน ต้องระวางโทษชดใช้เงิน 600 ดินาร์ หรือชดใช้เป็นจำนวน 15 เหรียญทอง<sup>56</sup> เช่นนี้เมื่อคำนึงถึงปัจจัยด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในช่วงก่อนสมัยใหม่ ส่วนใหญ่เป็นการรุกรานทำสงคราม รัฐจึงต้องป้องกันมิให้ลักพาคนไปขายยังต่างเมือง

ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอีกแบบที่เกิดขึ้นในช่วงก่อนสมัยใหม่คือการนำแนวความคิดทางศาสนา มาเจือปนกับกฎหมายที่ใช้ของอาณาจักร ในความผิดฐานพรากหรือลักพา ก็ได้รับแนวความคิดของศาสนจักรมาเช่นเดียวกัน ในเรื่องเกี่ยวกับความบริสุทธิ์ของหญิง และการสมรส หากผู้ใดลักพาตัวเด็กผู้หญิง และได้สูญเสียความบริสุทธิ์ ผู้ลักพาตัวจะต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนหกเท่าของค่าสมรส และเสียค่าปรับด้วยทองคำ 12 เซนต์<sup>57</sup> หรือ กรณีลักพาหญิงไปจากผู้ชายคู่หมั้นเพื่อพาไปแต่งงานนั้น กฎหมายแซลิกยังกำหนดให้ผู้ลักพาต้องชดใช้เงินเป็นจำนวน 2500 ดินาร์หรือชดใช้เป็นจำนวน 62 เหรียญทองครึ่ง<sup>58</sup> นอกจากนี้ผู้ลักพายังต้องชดใช้เงินแก่คู่หมั้นของหญิงผู้ถูกลักพาเป็นจำนวน 600 ดินาร์หรือ 15 เหรียญทอง<sup>59</sup> และผู้ใดก็ตามได้ลักพาหญิงที่แต่งงานแล้วไปในขณะที่สามีของหญิงที่ถูกลักพายังมีชีวิตอยู่ ต้องชดใช้เป็นเงิน 8000 ดินาร์หรือชดใช้เป็นจำนวน 200 เหรียญทอง<sup>60</sup>

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากหรือลักพา เห็นว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวต้องการคุ้มครองเจ้าที่ดินที่มีอำนาจปกครองทาสและข้าติดที่ดิน เพราะข้าติดที่ดินสูญเสียเสรีภาพในการปกครองตนเอง ซึ่งรวมถึงการโยกย้ายที่อยู่อาศัยตลอด

<sup>55</sup> "La Loi Salique." "La Loi Salique." Article 6: Si un affranchi du roi, ou un lète, a enlevé une femme de condition libre, il paiera de sa vie cet attentat.

<sup>56</sup> Ibid.

Article 1: Quiconque sera convaincu d'avoir tenté d'enlever un esclave à son maître, sera condamné à payer 600 deniers, ou 15 sous d'or.

<sup>57</sup> "Lois Des Bourguignons, Vulgairement Nommées Loi Gombette ", "Lois Des Bourguignons, Vulgairement Nommées Loi Gombette "

<sup>58</sup> "La Loi Salique." "La Loi Salique." Article 8: Si quelqu'un a enlevé la fiancée, d'un autre homme, et l'a épousée, il sera condamné à payer 2.500 deniers, ou 62 sous d'or et demi.

<sup>59</sup> Ibid. Article 9: Il sera, de plus, condamné à payer, au fiancé de la fille qu'il a enlevée, 600 deniers, ou 15 sous d'or.

<sup>60</sup> Ibid. Article 12: Quiconque aura enlevé une femme mariée, pendant la vie du mari, sera condamné à payer 8.000 deniers, ou 200 sous d'or.



จนถึงการแต่งงาน และปราศจากสิทธิในการร่วมพิจารณาความในศาล หรือการกำหนดกฎหมายข้อเรียกร้องต่างๆ ของเจ้าของที่ดิน<sup>61</sup>

### 5.1.4.3 ญี่ปุ่น

ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่มีผลต่อกฎหมายของญี่ปุ่นในยุคก่อนสมัยใหม่นั้น เริ่มตั้งแต่การเข้ายังดินแดนญี่ปุ่นโดยกลุ่มคนชาวจีน และเกาหลี อีกทั้งยังได้รับอิทธิพลจากกฎหมายจีนของราชวงศ์ถัง มาใช้ในญี่ปุ่นมีชื่อว่า ริสึเรียว (Ritsu-Ryo) ซึ่งเป็นทั้งกฎหมายที่รวมทั้งกฎหมายอาญา (Ritsu) และกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครอง (Ryo) เอาไว้ ริสึเรียว (Ritsu-Ryo) เป็นระบบที่ได้แนวความคิดมาจากปรัชญาของลัทธิขงจื้อ (Confucianism) ของจีน เป็นระบบที่เอื้อให้จักรพรรดิมีอำนาจปกครองรัฐแต่เพียงผู้เดียวเป็นระบอบราชาธิปไตยแบบรวมศูนย์กลางเช่นเดียวกับระบอบการปกครองของจีน

ในยุคสมัยโชกุนก็เช่นเดียวกัน กฎหมายในยุคนี้อยู่บนพื้นฐานของจารีตประเพณีและคุณธรรม และได้แนวความคิดจากลัทธิขงจื้อสำหรับกฎหมายของบูชิโด จะเห็นได้ว่าการรับเอาแนวความคิด ปรัชญาของจีนมีผลโดยตรงต่อการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งรวมถึงความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ด้วย ลักษณะของการรับเอากฎหมายของต่างประเทศเข้ามามีความคล้ายคลึงกับไทยที่รับเอาพระธรรมศาสตร์มาจากอินเดียผ่านคัมภีร์ธรรมสัทธัมของมอญอีกที

ปัจจัยด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของญี่ปุ่นในช่วงก่อนสมัยใหม่นี้ ส่วนใหญ่เป็นการรุกรานของชาวต่างประเทศ และการค้าขาย แต่ในช่วงเวลาหนึ่งของยุคเอโดะรัฐบาลโทกูงวะได้มีนโยบายปิดประเทศตัดขาดการติดต่อกับโลกตะวันตกกว่า 200 ปี จนกระทั่งญี่ปุ่นยอมลงนามในสนธิสัญญากับสหรัฐอเมริกา และกับประเทศอื่นๆ เพื่อทำการเปิดประเทศและค้าขายกับต่างประเทศอย่างไรก็ดี ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากหรือลักพาของญี่ปุ่นในยุคก่อนสมัยใหม่ เห็นได้ว่าการลักพาทาสหรือข่าที่ติดไปจากเจ้าที่ดิน ย่อมส่งผลกระทบต่อกำลังผลิต และความมั่นคง ในเวลาที่เกิดศึกสงคราม ซึ่งบุคคลดังกล่าวเป็นทั้งแรงงานในการผลิต และเป็นกำลังทหารที่สำคัญในภาวะสงคราม

การลักพาเอาคนภายใต้การปกครองของชนชั้นนักรบไป ย่อมส่งผลต่อการป้องกันภัยจากการรุกรานของข้าศึก อีกทั้งบทบัญญัติใน The Edict In One Hundred Articles ได้บัญญัติโทษที่รุนแรงสำหรับการกระทำการลักพาผู้คนออกไปนอกประเทศด้วย โดยมีใจความว่า ผู้กระทำ

<sup>61</sup> Bloch, M., *Feudal Society*. Cited in กรรณิการ์ นิโบลล, "ระบบศักดินาไทยและยุโรป: ศึกษาเปรียบเทียบโครงสร้างทางสังคมและลักษณะพัฒนาการ," หน้า 81.

ความผิดฐานลักพาตัวจะต้องถูกประหารชีวิต ผู้ใดที่สมรู้ร่วมคิดกับผู้ลักพาตัวซึ่งได้รับค่านายหน้าจากการขายผู้ถูกลักพาตัวนั้นจะต้องถูกเนรเทศออกนอกประเทศ<sup>62</sup>

#### 5.1.4.4 อินเดีย

การเข้ามาในดินแดนประเทศอินเดียของชาวอินโด-อารยัน ได้นำอารยธรรมฮินดูมาด้วย กฎหมายฮินดูซึ่งเป็นหนึ่งในระบบที่เก่าแก่ที่สุดในโลกมีที่มาจากคัมภีร์พระเวท (Vedas) และคัมภีร์มานาวธรรมศาสตร์ของพระมนู (Manu's Manava Dharmashastra) นับว่าเป็นการนำเข้ากฎหมายผ่านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ปลายศตวรรษที่ 7 ชาวอาหรับได้ขยายอำนาจเข้ามาในแคว้นสินธุ และต่อมามุสลิมเชื้อสายเติร์กและมองโกลได้เข้าโจมตีอินเดีย สร้างอาณาจักรสุลต่านแห่งเดลีระหว่าง ค.ศ. 1196-1526 และสร้างจักรวรรดิโมกุลระหว่าง ค.ศ. 1526-1858<sup>63</sup> กฎหมายอิสลามที่นำเข้ามาด้วยนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการดำรงชีวิตประจำวัน และขยายอิทธิพลไปยังดินแดนที่ชาวมุสลิมปกครอง อันเป็นการรับกฎหมายเข้ามาผ่านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน ซึ่งมีอิทธิพลต่อการกำหนดความผิดและการลงโทษในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ด้วย

ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของอินเดียในช่วงก่อนสมัยใหม่นี้ ปรากฏให้เห็นในรูปแบบของการรุกราน ขยายอำนาจของอารยธรรมอิสลาม ในสมัยกลางชาวอินเดียได้เพิ่มการยึดกำเนิด (ชาติ) ของตนเป็นเกณฑ์อย่างเคร่งครัดเพื่อมิให้ถูกอารยธรรมอิสลามกลืน<sup>64</sup> แนวความคิดและหลักคำสอนตามศาสนาฮินดูจึงมีความสำคัญ คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายฮินดูได้วางกฎเกณฑ์ และข้อห้ามเอาไว้ การลักพานั้นถือว่าเป็นการกระทำความผิดที่มีโทษรุนแรง โทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดมีทั้งตัดแขนตัดขา ปรับ และประหารชีวิต เพื่อเป็นป้องปรามมิให้ผู้ใดกระทำความผิด อีกทั้งทาสซึ่งถือว่าเป็นทรัพยากรทางด้านแรงงานที่สำคัญ และเป็นกำลังสำคัญในการสงคราม ผู้ใดจะลักพาเอาทาสไปไม่ได้ โดยเฉพาะลักพาทาสไปขายต่างเมือง สำหรับกรณีที่ลักพาทาสของผู้อื่นไปมีความผิดเช่นเดียวกับโทษที่ลงในความผิดฐานลักทรัพย์ตามคัมภีร์มานาวธรรมศาสตร์ของพระมนู<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Mita, K., *Transactions of the Asiatic Society of Japan Volume Xli*, p. 759.

“A kidnapper is to be put to death. (Customary)

Any one who in collusion with a kidnapper receives a commission for selling the victim is to be sentenced to major deportation. (1742)”

<sup>63</sup> จรัญ มะลูลีม, *อินเดียศึกษา: การเมืองการปกครอง การต่างประเทศ ศาสนา สังคมและวัฒนธรรม*, หน้า 23.

<sup>64</sup> Ibid.

<sup>65</sup> Buhler, G., *The Laws of Manu*, p. 314.

## 5.2 ยุคกฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law)

ยุคกฎหมายสมัยใหม่ภายหลังการปฏิรูปกฎหมาย ซึ่งในแต่ละประเทศมีการปฏิรูปกฎหมายในช่วงเวลาที่แตกต่างกันไป และในแต่ละประเทศนั้นมีปัจจัยต่างๆ ที่มีอิทธิพลต่อการกำหนดความผิดฐานพวกรักเด็กและผู้เยาว์ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณากฎหมายภายหลังการปฏิรูปกฎหมายเห็นได้ว่าปัจจัยด้านสังคม เศรษฐกิจ การปกครอง และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมีอิทธิพลต่อการกำหนดความผิดทางอาญา แนวความคิดของแต่ละประเทศในการกำหนดความผิดฐานพวกรักเด็กและผู้เยาว์นั้นเปลี่ยนเป็นจากการคุ้มครองประโยชน์ของรัฐ เป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนกล่าวคือ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคภายใต้กฎหมายภายใต้แนวความคิดของกฎหมายสมัยใหม่ได้รับความคุ้มครอง โดยมีได้คำนึงถึงประโยชน์ของรัฐมาลำดับแรก โดยสามารถพิจารณาสาระสำคัญได้ดังนี้

### 5.2.1 ปัจจัยด้านสังคม

สภาพสังคมของไทยและของต่างประเทศภายหลังการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเข้าสู่ยุคสมัยใหม่มีความแตกต่างกันและความคล้ายคลึงกันในบางมิติ ซึ่งบริบทของสังคมส่งผลต่อกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในสังคมเพื่อการปรับตัวเข้าสู่ความเป็นรัฐสมัยใหม่ โดยในแต่ละประเทศมีสาระสำคัญดังนี้

#### 5.2.1.1 ไทย

สภาพสังคมไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ในช่วงรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้มีการปฏิรูปกฎหมายโดยมีเหตุมาจาก การขยายตัวทางเศรษฐกิจตั้งแต่พุทธศักราช 2398 และการปรับตัวเข้าสู่รัฐสมัยใหม่ จึงทำให้เกิดการจัดทำกฎหมายของประเทศสยามในขณะนั้น<sup>66</sup> กระบวนการปฏิรูปสังคมไทยให้ทันสมัยตามแบบแผนตะวันตกดำเนินไปอย่างค่อยเป็นค่อยไปมานับตั้งแต่รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว อันเป็นการปรับตัวเข้าสู่ความเป็นรัฐสมัยใหม่ โดยเริ่มตั้งแต่การปรับเปลี่ยนจารีตประเพณีแบบเก่าให้ทันสมัยขึ้น เช่นในด้าน สิทธิเสรีภาพของความเป็นมนุษย์ในสังคมของบุคคลทุกกลุ่มตั้งแต่พระมหากษัตริย์ลงมาถึงไพร่ ทาส เรื่องสิทธิเสรีภาพของสตรี เรื่องการแต่งกาย เป็นต้น และที่สำคัญคือการปรับเปลี่ยนการจัดระเบียบทางสังคมด้วยการค่อยๆ ปลดปล่อยไพร่ ทาส จนนำไปสู่การแทนที่ระบบไพร่ ทาส ด้วยระบบการจ้างแรงงานและระบบเกณฑ์ทหาร รวมทั้งพัฒนาการศึกษาเพื่อให้ทุกคนได้มีโอกาสได้รับการศึกษาเพื่อ

---

Article 342: He who ties up unbound or sets free tied up (cattle of other men), he who takes a slave, a horse, or a carriage will have incurred the guilt of a thief.

<sup>66</sup> กนิษฐา ชิตช่วง, "มูลเหตุของการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127," หน้า 41.

เรียนรู้การเป็นพลเมืองที่ดีและมีคุณภาพ<sup>67</sup> เมื่อสภาพสังคมเปลี่ยน เจตนารมณ์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง  
 ในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ย่อมเปลี่ยนไปด้วย

ในส่วนของความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์นั้น สภาพสังคมสมัยใหม่มีลักษณะให้สิทธิ  
 และเสรีภาพของประชาชน トラบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นไม่กระทบกระเทือน หรือเป็น  
 อันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิ  
 เสรีภาพของผู้อื่น ซึ่งเด็กและผู้เยาว์พึงได้รับสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตามสิทธิและเสรีภาพ  
 ของเด็กและผู้เยาว์ในการแสดงเจตนา ยินยอมหรือสมัครใจในการกระทำใดๆ การแสดงเจตนาของเด็ก  
 ยังคงต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลด้วย แม้ว่าเด็กจะได้รับการรับรอง  
 สิทธิในเสรีภาพเช่นกัน แต่ด้วยกฎหมายต้องการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ ซึ่งไม่รู้เพียงสาอาญากล่อง  
 ด้วยวิธีใดๆ และพรากไปจากบิดามารดาได้ ในช่วงประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้มีคำ  
 พิพากษาซึ่งวางหลักเรื่องความยินยอมเต็มใจของเด็กเพราะถูกล่อลวง ตัวอย่างคำพิพากษาได้แก่  
 จำเลยพูดล่อลวงเด็กหญิงชิตซึ่งมีอายุเพียงย่างเข้า 14 ปีด้วยอุบายอันทุจริตให้ไปกับจำเลย เด็กหญิง  
 ชิตหลงเชื่อจึงไปกับจำเลยด้วยความเต็มใจ<sup>68</sup> หรือในกรณีการใช้อุบายล่อลวงมิใช่เฉพาะกระทำต่อเด็ก  
 ที่ถูกพาไปเท่านั้น ยังรวมถึงการใช้อุบายล่อลวงผู้ปกครองเด็กให้หลงเชื่อด้วย เช่นกรณี จำเลยได้ใช้  
 อุบายล่อลวงผู้ปกครองเด็กว่าจะรับเด็กไปเป็นบุตรบุญธรรมเมื่อได้เด็กไปแล้วกลับเอาเด็กไปยกให้คน  
 อื่นและรับเอาเงินมาเป็นการตอบแทนเช่นนี้ถือได้ว่าจำเลยเกลี้ยกล่อมเอาเด็กไปเสียจากผู้ปกครองโดย  
 เจตนาจะหากำไร จำเลยมีความผิดตามมาตรา 275<sup>69</sup>

เมื่อพิจารณาจากสภาพสังคมสมัยใหม่ บทบัญญัติ และคำพิพากษาศาลฎีกา เห็นได้  
 ว่าความผิดฐานนี้คำนึงถึงอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ซึ่งมีสิทธิที่จะให้  
 การศึกษาอบรมดูแล เจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์จึงเป็นการคุ้มครอง  
 อำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อประโยชน์สุขของเด็กและผู้เยาว์ อันมีความ  
 แตกต่างไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายในยุคก่อนสมัยใหม่

### 5.2.1.2 ฝรั่งเศส

ช่วงศตวรรษที่ 17 ถึง ศตวรรษที่ 18 ก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศส อันเป็นช่วงเวลา  
 เรียกว่ายุคเรืองปัญญา (Enlightenment) แนวความคิดและปรัชญาเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ การบริหาร

<sup>67</sup> Ibid., 48.

<sup>68</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 579/2472

<sup>69</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 347/2483

สถาบันทางการเมืองแบบแบ่งแยกอำนาจ และแนวคิดอื่นๆ เกี่ยวกับรัฐสมัยใหม่ได้เริ่มพัฒนาขึ้นตามแนวความคิดของนักปราชญ์ และปัญญาชน อันมีอิทธิพลต่อความคิดของประชาชนชาวฝรั่งเศสไม่น้อยไปกว่าความเดือดร้อนจากปัญหาเศรษฐกิจและการคลังในช่วงการปกครองของพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 อันก่อให้เกิดความคิดที่จะเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองและให้ทุกคนมีความเท่าเทียมกัน จนเกิดเหตุการณ์ปฏิวัติฝรั่งเศสในค.ศ. 1789 สภาสังคมฝรั่งเศสเปลี่ยนแปลงภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส อันเป็นการยุติการปกครองโดยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ยกเลิกระบบศักดินาสวามิภักดิ์ ประชาชนทุกคนมีความเท่าเทียมกัน การปฏิรูปกฎหมายนั้นเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการปฏิวัติฝรั่งเศส การปฏิรูปกฎหมายอันดับแรกนั้นเกี่ยวกับเสรีภาพของประชาชน โดยปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen) ประกาศให้พลเมืองทุกคนนั้นเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย โดยทั่วไปชาวฝรั่งเศสมีเสรีภาพมากขึ้น นำหลักความเสมอภาคมาใช้ โดยเรียกชาวฝรั่งเศสทุกคนว่าพลเมือง (citoyen) ของรัฐชาติในรูปแบบใหม่ และตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้คำนึงถึงเสรีภาพของประชาชนเช่น ไม่ต้องถูกจับกุมด้วยหมายจับ โดยยังไม่มีกระบวนการไต่สวน มีเสรีภาพในการเขียนคำร้องทุกข์<sup>70</sup>

การประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส มีหลักการที่ให้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางศาสนา รวมไปถึงการยอมรับให้มีการหย่าร้างตลอดจนให้เสรีภาพในการเลือกนับถือศาสนา<sup>71</sup> ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสที่ได้ประกาศออกมาใช้ภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศสนั้น มิได้นำเอาฐานความคิดทางจารีตประเพณีของโรมัน (Roman Tradition) มาใช้มากเมื่อเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เนื่องจากการตัดสินใจในสมัยโรมันโบราณนั้นมีความเชื่อมโยงกับแนวความคิดในปัจจุบันเพียงเล็กน้อย และไม่ได้นำกฎหมายพระศาสนจักร (Canon Law) มาเป็นฐานความคิดในกฎหมายอาญา แม้ว่าในช่วงก่อนปฏิวัติฝรั่งเศสกฎหมายพระศาสนจักรจะมีอิทธิพลต่อพื้นฐานทางความคิดจารีตประเพณี จนกระทั่งในยุคสมัยใหม่ สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่สำคัญต่อการบัญญัติกฎหมายอาญา กฎหมายอาญาถูกมองว่าเป็นกฎหมายมหาชนในฝรั่งเศส บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในรูปแบบประมวลกฎหมายในสมัยนโปเลียนประกาศใช้ใน ค.ศ. 1810<sup>72</sup>

<sup>70</sup> ชนาทิพย์ เกษะวัฒนะ, ประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมฝรั่งเศส (สมัยฟื้นฟูศิลปวิทยาการจนถึงสมัยปฏิวัติฝรั่งเศส), หน้า 169.

<sup>71</sup> Ibid., 190.

<sup>72</sup> Rene' David, French Law: Its Structure, Sources, and Methodology, trans. Michael Kindred (Louisiana: Louisiana State University Press, 1972), pp. 118-122.

ในด้านความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของฝรั่งเศสในยุคสมัยใหม่นั้น กฎหมายอาญาในความผิดฐานดังกล่าวได้นำหลักสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นเป็นเจตนารมณ์ของการปฏิบัติ ฝรั่งเศสมาบัญญัติไว้ในตัวบทด้วย เมื่อฝรั่งเศสเข้าสู่สังคมสมัยใหม่ สังคมที่ทุกคนมีความเท่าเทียมกัน และเป็นการปกครองภายใต้กฎหมาย การใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นต้องไม่กระทบกระเทือน หรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น การลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวเด็กย่อมเป็นความผิดต่อเสรีภาพ และกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน รัฐจึงไม่อาจปล่อยให้บุคคลกระทำได้ จึงต้องมีบทบัญญัติความรับผิดทางอาญากรณีลักพาตัวไป จับ หน่วงเหนี่ยวหรือกักขังผู้เยาว์อายุไม่เกิน 15 ปี ต้องระวางโทษหนักขึ้น<sup>73</sup> นอกจากนี้สภาพสังคมสมัยใหม่ของฝรั่งเศสมีแนวโน้มการหย่าร้าง และเป็นสังคมพ่อแม่เลี้ยงเดี่ยวมากขึ้น อำนาจปกครองเด็ก (Custody Right) จึงเป็นสิ่งที่ได้รับการคุ้มครองเช่นกัน ความผิดที่กระทบกระเทือนต่ออำนาจปกครอง เช่น การลักพาเด็ก หน่วงเหนี่ยว หรือเก็บตัวเด็กไว้ กฎหมายอาญาฝรั่งเศสบัญญัติให้บุคคลที่ไม่มีอำนาจปกครองในตัวผู้เยาว์ไม่อาจปฏิเสธการส่งตัวผู้เยาว์ต่อบุคคลผู้มียอำนาจปกครองหรือมีสิทธิในตัวผู้เยาว์ หากฝ่าฝืนย่อมมีความผิดอาญา ด้วยเหตุปัจจัยทางสังคมที่เปลี่ยนไปนี้เอง ได้ส่งผลต่อการกำหนดความผิดทางอาญาฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของฝรั่งเศส

### 5.2.1.3 ญี่ปุ่น

ภายหลังการสิ้นสุดการปกครองโดยโชกุน ก้าวสู่การปฏิรูปเมจิใน ค.ศ. 1868 เพื่อให้ญี่ปุ่นมีความทันสมัยทัดเทียมชาติตะวันตก โดยการยกเลิกระบบศักดินา ตั้งรัฐบาลรวมศูนย์อำนาจการปกครอง และปฏิรูปประเทศในด้าน การเกษตร การเงิน การศึกษา อุตสาหกรรม การเมือง การทหาร สังคม และกฎหมาย<sup>74</sup> การปฏิรูปกฎหมายนั้นเป็นกลไกสำคัญที่จะนำญี่ปุ่นไปสู่ความเป็น

<sup>73</sup> "Code Pénal: Section 1 : De L'enlèvement Et De La Séquestration.", "Code Pénal: Section 1 : De L'enlèvement Et De La Séquestration." Article 224-5:

“Lorsque la victime de l'un des crimes prévus aux articles 224-1 à 224-4 est un mineur de quinze ans, la peine est portée à la réclusion criminelle à perpétuité si l'infraction est punie de trente ans de réclusion criminelle et à trente ans de réclusion criminelle si l'infraction est punie de vingt ans de réclusion criminelle.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables dans les cas prévus par le présent article.”

<sup>74</sup> ศุภกาญจน์ พงศ์ยี่หล้า, ญี่ปุ่นสมัยใหม่ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2560), หน้า 51.

รัฐสมัยใหม่ ไม่ว่าจะเป็นการยกเลิกระบบศักดินา กำหนดให้บุคคลในสังคมมีฐานะและสิทธิเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย

สภาพสังคมญี่ปุ่นก้าวเข้าสู่ยุคสมัยใหม่ โดยได้รับอิทธิพลจากทางตะวันตกตั้งแต่มีการเปิดประเทศ และทำการค้ากับต่างประเทศในสมัยปลายจักรวรรดิโทกุงาวะ สนธิสัญญา (Treaties of Ansei) หลายฉบับได้ทำกับต่างประเทศทำให้ญี่ปุ่นเสียเปรียบ และเงื่อนไขของการแก้ไขสนธิสัญญานั้น ชาติตะวันตกต้องการให้ระบบกฎหมายญี่ปุ่นมีความทันสมัย นอกจากนี้รัฐบาลใหม่ในยุคเมจิได้พิจารณาถึงสิ่งสำคัญที่ทำให้รักษาอิสรภาพของรัฐ กับกองกำลังล่าอาณานิคมของชาติตะวันตกหนทางที่จะรักษาอิสรภาพของรัฐได้จึงต้องปรับเปลี่ยนสังคมและองค์กรทางการเมืองของประเทศให้มีความทันสมัยตามหลักการทุนนิยมสมัยใหม่ สิ่งที่มาคือต้องปฏิรูประบบกฎหมาย<sup>75</sup> จึงเห็นได้ว่าสภาพสังคมที่เปลี่ยนไปเป็นสังคมสมัยใหม่ จำเป็นต้องมีกฎหมายที่รองรับสภาพสังคมที่เปลี่ยนไปนั้นด้วย

กฎหมายอาญาก็เช่นเดียวกัน ซึ่งเป็นกฎหมายที่กระทบถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จึงต้องมีความชัดเจนแน่นอนในการกำหนดความผิดทางอาญา หากผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนสิ่งที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้ต้องได้รับโทษ ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ว่า ไม่มีความผิดไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (Nullum crimen, nulla poena, sine lege) กฎหมายอาญาญี่ปุ่นในยุคก่อนสมัยใหม่นั้นส่วนใหญ่ไม่ได้คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคล อีกทั้งการลงโทษส่วนใหญ่ไม่ได้คำนึงถึงสิทธิมนุษยชน โดยมีความรุนแรงป่าเถื่อนในการลงโทษ ด้วยเหตุนี้ญี่ปุ่นจึงต้องชำระสะสางกฎหมายอาญาและเนื่องจากเหตุผลจำเป็นเร่งด่วนญี่ปุ่นจึงเลือกที่จะศึกษากฎหมายอาญาของฝรั่งเศสและของอังกฤษเป็นต้นแบบ และในเวลาต่อได้เลือกตามแบบระบบซีวิลลอว์ของฝรั่งเศส ทำให้ได้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกใน ค.ศ. 1882 และต่อมาได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายอาญาเยอรมัน และพิจารณาถึงสภาพสังคมของญี่ปุ่นประกอบในการร่างกฎหมายอาญาฉบับใหม่ด้วย

ลักษณะของการตรากฎหมายอาญาญี่ปุ่นมีความคล้ายคลึงกับของไทยที่นำเอากฎหมายของต่างประเทศมาเป็นต้นแบบ และได้ที่ปรึกษาชาวต่างประเทศมาช่วยในการร่างกฎหมายอาญา โดยคำนึงถึงความเหมาะสมกับสภาพสังคมของประเทศด้วย มิใช่ นำกฎหมายของต่างประเทศมาใช้โดยไม่ปรับตามความเหมาะสมกับสภาพสังคม เจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์จึงเป็นไปตามสังคมสมัยใหม่ที่คำนึงถึงสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมีความแตกต่างไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายในช่วงก่อนเข้าสู่ยุคสมัยใหม่

<sup>75</sup> Noda, Y., *Introduction to Japanese Law*, p. 42.

ในด้านความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของญี่ปุ่นในยุคสมัยใหม่นี้ เห็นได้ว่า แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน และมนุษยธรรม ได้มีอิทธิพลต่อการบัญญัติกฎหมายกล่าวคือ สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ไม่อาจจะถูกพรากไปได้ ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น มาตรา 224 โดยมีใจความว่า ผู้ใดบังคับขู่เข็ญหรือล่อลวงลักพาตัวผู้เยาว์ไป ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานตั้งแต่สามเดือนถึงเจ็ดปี<sup>76</sup> และการลักพาไปเพื่อหากำไร เพื่อการอนาจาร เพื่อการสมรส หรือทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย ต้องระวางโทษหนักขึ้น ตามมาตรา 225<sup>77</sup> การกำหนดความผิดทางอาญาฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของญี่ปุ่นนี้เป็นไปเพื่อคุ้มครองป้องกันภัยที่อาจเกิดขึ้นกับเด็กและผู้เยาว์ ซึ่งกระทบถึงบิดามารดา และผู้ปกครอง เช่นนี้เจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์จึงเป็นการคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์ และคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา หรือผู้ปกครองด้วย

#### 5.2.1.4 อินเดีย

ในช่วงแรกของการเข้าปกครองอินเดียของอังกฤษผ่านทางบริษัทอินเดียตะวันออก ยังคงให้ใช้กฎหมายโมฮัมเหม็ด และกฎหมายฮินดูไปก่อน ทั้งยังมีระบบทาสอย่างเต็มรูปแบบในสังคมด้วย ในช่วงเวลาที่ยังคงเป็นจักรวรรดิอังกฤษนี้ รัฐบาลอังกฤษค่อยๆ แก้ไขปัญหาที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพของประชาชน เช่น ยกเลิกระบบทาส ยกเลิกพีธีสตี และการฆ่าทารกแรกเกิดที่เป็นหญิง อังกฤษมีแนวคิดให้จักรวรรดิอังกฤษควรมีกฎหมายที่เป็นธรรมและออกบังคับใช้อย่างได้ผล และต้องการจัดการปกครองที่เป็นระบบ มีระบบการศาลที่ยุติธรรมสำหรับคนทั่วไป นอกจากนี้ อังกฤษได้จัดการศึกษาในระบบการศึกษาแบบใหม่ในอินเดีย ทำให้เกิดความสงสัยแก่ชาวมุสลิมและชาวฮินดู ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในสังคมสันคลอนอำนาจของคณาจารย์สูงคือวรรณะพราหมณ์ซึ่งเคยผูกขาดการเรียนรู้อุปการแต่เพียงชนชั้นเดียวเป็นเวลานาน<sup>78</sup>

<sup>76</sup> "Japan Penal Code 1907." "Japan Penal Code 1907." Chapter XXXIII Crimes of Kidnapping and Buying or Selling of Human Beings.

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

<sup>77</sup> Ibid. Article 225: "A person who kidnaps another by force or enticement for the purpose of profit, indecency, marriage or threat to the life or body shall be punished by imprisonment for not less than 1 year but not more than 10 years."

<sup>78</sup> สุริยา รัตนกุล, อารยธรรมตะวันออก: อารยธรรมอินเดีย, หน้า 204-208.



เมื่ออังกฤษได้เข้าปกครองเต็มรูปแบบใน ค.ศ. 1858 ได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญา โดยจัดตั้งคณะทำงานชาวอังกฤษมีความเห็นว่าประเทศอินเดียจำเป็นต้องมีกฎหมายในรูปแบบประมวล (Code) เนื่องจากระบบกฎหมายอาญาของอินเดียก่อนหน้านี้ขาดความชัดเจน ความแน่นอน และความรวดเร็ว อีกทั้งการลงโทษที่สามารถปรับเปลี่ยนได้ในทุกสถานการณ์ในแต่ละการกระทำความผิด ด้วยเหตุนี้ระบบกฎหมายอาญาที่จัดตั้งขึ้นโดยคนอังกฤษในอินเดียนั้นมีข้อบกพร่อง ผู้พิพากษาชาวอินเดียตัดสินคดีโดยใช้ดุลินิจไม่เหมาะสมเนื่องจากมีที่มาของกฎหมายสามแหล่งคือ กฎหมายฮินดู กฎหมายมุสลิม และกฎหมายอังกฤษ และไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในการให้ผู้พิพากษาทราบว่าระบบกฎหมายต่างๆเหล่านี้มีปฏิสัมพันธ์กันอย่างไร จึงเห็นว่าสมควรจัดทำประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย อย่างไรก็ตามก็ตีกฎหมายฮินดูและกฎหมายอิสลามนั้นแทบจะไม่ได้รวมอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งกระบวนการตรากฎหมายอาญานี้เป็นเสมือนการนำเอากฎหมายของอังกฤษมาให้แก่ประเทศอินเดีย<sup>79</sup>

การเข้าสู่สภาพสังคมสมัยใหม่ และการจัดการปกครองสมัยใหม่ตามแบบอังกฤษนี้เอง กฎหมายที่เคยบังคับอยู่เดิมก็แปรเปลี่ยนไป อีกทั้งสภาพสังคมที่มีกฎหมายใช้แก่ชาวฮินดู และชาวมุสลิม แตกต่างกันไป เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอนในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม กฎหมายอาญาที่มีสถานะบังคับใช้ทั่วประเทศอินเดียนั้นย่อมมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ด้วยสภาพสังคมที่เปลี่ยนไปนี้เองย่อมส่งผลต่อการบัญญัติกฎหมายอาญา ซึ่งรวมถึงความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ด้วย อย่างไรก็ตามดีเจตนาธรรมของกฎหมายในความผิดฐานนี้ย่อมเปลี่ยนไปเป็นการคุ้มครองเด็กและผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กตามแนวความคิดของหลักกฎหมายอาญาในระบบคอมมอนลอว์

ในด้านความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของอินเดียนั้น ก่อนการปฏิรูปกฎหมายความผิดฐานลักพาเป็นไปตามระบบชั้นวรรณะตามศาสนาฮินดู และในส่วนพื้นที่ปกครองโดยจักรวรรดิโมกุลความผิดฐานลักพาเป็นความผิดที่ดูสุดตามกฎหมายอิสลาม กฎหมายทั้งสองมิได้แสดงถึงความเท่าเทียมกันของบุคคลตามสภาพสังคมสมัยใหม่ที่อังกฤษพยายามผลักดันให้เกิดขึ้น อีกทั้งการปกครองประเทศจำเป็นต้องมีกฎหมายที่มีความชัดเจนแน่นอน เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันทั้งคนในศาสนาฮินดูทุกชนชั้นวรรณะ และคนในศาสนาอิสลาม ด้วยเหตุนี้แมคคอเลย์ (Macaulay) และเจมส์ มิล (James Mill) นักกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญต่อการร่างประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย เห็นว่าประเทศอินเดียจำเป็นต้องมีกฎหมายในรูปแบบประมวล (Code) การร่างกฎหมาย

<sup>79</sup> Skuy, D., "Macaulay and the Indian Penal Code of 1862: The Myth of the Inherent Superiority and Modernity of the English Legal System Compared to India's Legal System in the Nineteenth Century," *Modern Asian Studies*.

อาญาอินเดียได้นำแนวความคิดของเบนแรม (Bentham) ในทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarians) มาใช้ในการร่างกฎหมายอาญาด้วย<sup>80</sup> ผลลัพธ์ที่ได้คือประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1860 ซึ่งนำมาใช้บังคับกับทุกคนในสังคม ไม่มีการแบ่งแยกกฎหมาย และการลงโทษตามชนชั้นวรรณะ ทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย การลักพาเด็กหรือผู้เยาว์วรรณะใด หรือผู้ลักพาจะอยู่ในชนชั้นวรรณะใด หรือศาสนาใด ต่างต้องได้รับโทษที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอินเดียเหมือนกัน

## 5.2.2 ปัจจัยด้านเศรษฐกิจ

นอกจากปัจจัยทางด้านสังคมแล้ว ปัจจัยด้านเศรษฐกิจถือว่ามามีอิทธิพลเป็นแรงผลักดันของการบัญญัติกฎหมายอีกประการหนึ่ง ซึ่งส่งผลต่อวิวัฒนาการการกำหนดความผิดทางอาญารัฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในช่วงยุคสมัยใหม่นี้ด้วย โดยรายละเอียดของแต่ละประเทศมีดังนี้

### 5.2.2.1 ไทย

สภาพสังคมใหม่ที่เกิดขึ้นในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวมีผลต่อสภาพเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นการเลิกไพร่เลิกทาส ซึ่งเดิมเคยรับใช้นายหรือหลวง เมื่อมีการเลิกไพร่และเลิกทาสเกิดขึ้น ราษฎรเป็นไทแก่ตนเองจึงสามารถเลือกอาชีพได้อย่างเสรี และอีกประการหนึ่งก็คือ สภาพเศรษฐกิจที่เริ่มเปลี่ยนแปลงจากแบบเลี้ยงตัวเองมาเป็นเศรษฐกิจแบบเพื่อการค้านับตั้งแต่สมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว<sup>81</sup>

นอกจากนี้การค้าขายกับต่างประเทศส่งผลให้เกิดการขยายตัวทางเศรษฐกิจตั้งแต่พุทธศักราช 2398 (ค.ศ.1855) ความสัมพันธ์ทางการค้ากับประเทศตะวันตกนำมาซึ่งการทำสนธิสัญญา อันส่งผลต่อสภาพเศรษฐกิจของไทยเป็นอย่างมาก เนื่องจากผลของการตกลงให้เก็บภาษีอากรตายตัว ทำให้ไทยมีสิทธิเก็บภาษีขาเข้าได้เพียงร้อยละสาม และต้องยกเลิกการผูกขาดของพระคลังสินค้า ส่วนภาษีสินค้าขาออกเก็บได้ตามพิกัดอัตราที่แนบท้ายสนธิสัญญา นอกจากนี้ฝิ่นซึ่งเป็นสินค้าต้องห้ามของประเทศ อังกฤษก็มีสิทธินำเข้ามาจำหน่ายในไทยได้<sup>82</sup> เมื่อเกิดกระแสการค้าเสรี เศรษฐกิจขยายตัวและบ้านเมืองเจริญมากขึ้น ผลจากการทำสนธิสัญญาในการใช้กฎหมายต่อคนต่างชาติและอำนาจศาลกงสุล ทำให้คนต่างชาติมีเอกสิทธิ์ไม่ขึ้นอยู่กับศาลไทยอันเป็นการบั่น

<sup>80</sup> Strokes, E., "The English Utilitarians and India."

<sup>81</sup> คณะกรรมการกลุ่มปรับปรุงชุดวิชาประวัติศาสตร์สังคมและการเมืองไทย, เอกสารการสอนชุดประวัติศาสตร์สังคมและการเมืองไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2553), หน้า 8-39.

<sup>82</sup> วิชา มหาคุณ, ประวัติศาสตร์กฎหมายและภาษากฎหมายไทย, หน้า 41.

ทอนอำนาจอธิปไตยอย่างร้ายแรง และสนธิสัญญาดังกล่าวมิได้กำหนดระยะเวลาของอายุสัญญาหรือ มาตรการที่จะยกเลิกสัญญาไว้<sup>83</sup> ด้วยเหตุปัจจัยดังกล่าวจึงเป็นปัจจัยที่ผลักดันให้ไทยต้องปฏิรูป กฎหมายและการศาลอย่างเร่งด่วน เพื่อรองรับการขยายตัวทางเศรษฐกิจของไทย

ในด้านความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของไทยในยุคสมัยใหม่นั้น ได้มีการบัญญัติ ไว้เป็นการเฉพาะในกฎหมายลักษณะอาญา ซึ่งกฎหมายฉบับแรกของการปฏิรูปกฎหมาย เพื่อเป็นการ ค้ำครองเด็กและผู้เยาว์และอำนาจปกครองของบิดารมารดา และผู้ปกครองด้วย โดยคำนึงถึงสภาพปัญหา สังคมและเศรษฐกิจในช่วงเวลานั้นประกอบกับการบัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นมาใหม่ตามกฎหมายอาญา ตะวันตก แตกต่างไปจากพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนที่ท่านในกฎหมายตราสามดวง ทั้งในด้านแนวความคิด การกำหนดความผิดและเจตนารมณ์ของกฎหมาย นอกจากนี้บทบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวในกฎหมาย ลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษไว้เพื่อมิให้มีการพาเด็กไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจ โดยกำหนดเหตุเพิ่มโทษไว้กรณีพาเด็กไปเพื่อหากำไร อันเป็นการคุ้มครองเด็กและป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากเด็ก เช่นพาเด็กไปเป็นขอทาน หรือใช้แรงงาน บังคับทำงานโดย มิชอบ หรือนำเด็กไปจำหน่ายกู้ยืมเงิน เป็นต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าลักษณะของเหตุเพิ่มโทษมีความ แตกต่างไปจากเหตุเพิ่มโทษของต่างประเทศ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า เหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานพรากเด็กและ ผู้เยาว์ได้ผ่านการพิจารณาจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจริงในสังคมไทยประกอบ การลักพาเด็กไปขายดังที่ ปรากฏในข้อมูลจำนวนคดีและจำนวนคนที่ต้องโทษใน ร.ศ. 119 และการพาไปเพื่อกระทำอนาจารเป็น ปัญหาที่เกิดขึ้นจริงและมีจำนวนมากดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ด้วยเหตุนี้ผู้ร่างกฎหมายจึงเห็นควรกำหนด เป็นเหตุเพิ่มโทษในกรณีที่ผู้กระทำความผิดพาเด็กหรือผู้เยาว์ไปเพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร

#### 5.2.2.2 ฝรั่งเศส

ปัญหาทางเศรษฐกิจและวิกฤติการณ์ทางการคลังของรัฐบาลกลายเป็นปัญหาเรื้อรัง จนแก้ไขไม่ได้ สามัญชนต้องรับภาระหนักในการจ่ายภาษี ชาวนาทุกซีก รัฐบาลของกษัตริย์พยายาม แก้ไขแต่ก็ไม่สำเร็จ เพราะพวกอภิสิทธิ์ชนไม่ยินยอมเสียประโยชน์ ทฤษฎีเสรีนิยมในยุคเรืองปัญญาจึง ได้กลายเป็นทฤษฎีปฏิวัติและได้เกิดการปฏิวัติฝรั่งเศสใน ค.ศ. 1789 ภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส สภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจมีความเสมอภาคมากขึ้น เอกชนประกอบธุรกิจมากขึ้นผู้ประกอบการได้แก่ พ่อค้า นายทุน และนายธนาคาร รัฐบาลไม่สามารถผูกขาดทางการค้าขนาดใหญ่ได้อีกต่อไป มีการจัดระบบ

<sup>83</sup> Ibid., 42.

การคมนาคมที่ดีเอื้ออำนวยต่อการค้าขายในวงกว้าง การค้าระหว่างประเทศในยุโรปและอเมริกามีมากขึ้น<sup>84</sup>ระบบเศรษฐกิจของฝรั่งเศสในช่วงสมัยใหม่นี้จึงเป็นระบบเสรีนิยมหรือทุนนิยม

ปัจจัยทางเศรษฐกิจนี้ส่งผลต่อการกำหนดความผิดทางอาญารฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของฝรั่งเศสเช่นกัน ซึ่งได้แก่การกำหนดโทษปรับเพิ่มขึ้นด้วยตามพระราชบัญญัติที่ออกมาแก้ไขบทบัญญัติความผิดฐานนี้ใน ค.ศ. 1945 ในส่วนของแนวความคิดการกำหนดความผิดของยุคสมัยใหม่นี้ปัจจัยทางเศรษฐกิจส่งผลต่อความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ เมื่อคำนึงถึงภาพรวมของการบริหารรัฐสมัยใหม่ หากไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการพรากเด็กหรือผู้เยาว์โดยผู้อื่นหรือบุคคลในครอบครัวที่ปราศจากอำนาจปกครองเป็นความผิดแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจในทางอ้อม กระทบต่อความน่าเชื่อถือ กระทบต่อการลงทุนของต่างชาติ และการค้าขายกับต่างประเทศ อีกทั้งเด็กและผู้เยาว์ซึ่งจะเป็นผู้ใหญ่ในวันข้างหน้า เป็นทรัพยากรที่มีความสำคัญต่อการเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ หากปล่อยให้มีการพรากหรือลักพาเด็กไป ย่อมส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ เช่นนี้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมหรือทุนนิยมต้องการกฎหมายที่สอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน อย่างเช่นความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในประมวลกฎหมายอาญามารองรับให้สามารถดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจได้ ด้วยเหตุนี้ปัจจัยทางเศรษฐกิจจึงมีอิทธิพลต่อการกำหนดความผิดทางอาญารฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ด้วย

### 5.2.2.3 ญี่ปุ่น

เมื่อเข้าสู่ยุคเมจิใน ค.ศ. 1868 เศรษฐกิจญี่ปุ่นเติบโต มีการทำการค้าขายกับต่างประเทศสืบเนื่องมาตั้งแต่ช่วงปลายสมัยจักรวรรดิโทกูงาวะ (สมัยอันเซอิ Ansei era) ที่เปิดประเทศญี่ปุ่น และได้ทำสนธิสัญญาทางการค้าไว้กับต่างประเทศ อาทิเช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส รัสเซีย และเนเธอร์แลนด์ ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ญี่ปุ่นเสียเปรียบทางการค้า เกิดปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต และเงื่อนไขของการแก้ไขสนธิสัญญานั้น ต่างประเทศต้องการให้ระบบกฎหมายญี่ปุ่นมีความทันสมัย เทียบเท่ากฎหมายของชาวตะวันตก<sup>85</sup> ทางรอดของญี่ปุ่นจากการถูกเอาเปรียบทางเศรษฐกิจ และทางการศาลคือต้องกำหนดให้องค์กรทางสังคมและการเมืองของประเทศมีความทันสมัยบนหลักการของทุนนิยมสมัยใหม่ ซึ่งการที่บรรลุถึงวัตถุประสงค์นี้ได้ต้องปรับโครงสร้างระบบกฎหมายใหม่ และการปฏิรูปกฎหมายเป็นสิ่งสำคัญที่ต้องทำควบคู่ไปด้วย

<sup>84</sup> ชนาทิพย์ เกษะวัฒน์, ประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมฝรั่งเศส (สมัยฟื้นฟูศิลปวิทยาการจนถึงสมัยปฏิวัติฝรั่งเศส), หน้า 145-146.

<sup>85</sup> Noda, Y., Introduction to Japanese Law.

ในส่วนของคุณภาพมาตรฐานพรากหรือลักพาของญี่ปุ่นในยุคสมัยใหม่นี้ จะต้องปรับเปลี่ยนไปตามสภาพเศรษฐกิจที่เติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว การเกิดขึ้นของระบบโรงงานเป็นปัจจัยเร่งให้ระบบเศรษฐกิจแบบศักดินาทลายลงเร็วขึ้น อุตสาหกรรมต่างๆ ภายในประเทศเติบโต และความสำเร็จทางด้านอุตสาหกรรมนี้เองได้เปลี่ยนแปลงญี่ปุ่นจากประเทศเกษตรกรรมล้าหลังมาเป็นประเทศที่มีความก้าวหน้าทางอุตสาหกรรมของโลก เปลี่ยนผ่านจากระบบศักดินามาเป็นรัฐสมัยใหม่<sup>86</sup> สภาพเศรษฐกิจที่เปลี่ยนไปนี้เอง กฎหมายที่บังคับใช้ในสังคมต้องปรับเปลี่ยนไปเพื่อผลักดันระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมนี้ การที่ญี่ปุ่นจะรองรับการขยายตัวของอุตสาหกรรม รวมทั้งแสวงหาโอกาสในการลงทุนทั้งในและต่างประเทศ จำเป็นที่ต้องมีกฎหมายที่ทันสมัยเทียบเท่าตะวันตก ซึ่งมีแนวความคิดเรื่องเสรีนิยม สิทธิและเสรีภาพของบุคคล เช่นนี้การกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ก็ย่อมสอดคล้องตามหลักสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน มิใช่คุ้มครองประโยชน์ของรัฐเหมือนอย่างสมัยก่อนสมัยใหม่อีกต่อไป เจตนารมณ์ของกฎหมายจึงเปลี่ยนแปลงไปจากการคุ้มครองสิทธิหรืออำนาจปกครองของเจ้าที่ดิน มาเป็นการคุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์ตามแนวความคิดสิทธิ เสรีภาพของชาติตะวันตก แต่ด้วยความที่เด็กไม่สามารถไม่รู้เพียงสภาพที่จะให้ความยินยอมได้ กฎหมายจึงคุ้มครองอำนาจปกครองของผู้ปกครองด้วย ด้วยเหตุนี้ปัจจัยด้านเศรษฐกิจมีอิทธิพลต่อการกำหนดความผิดทางอาญารูปพรากเด็กและผู้เยาว์เช่นกัน

#### 5.2.2.4 อินเดีย

ระบบเศรษฐกิจของอินเดียได้เริ่มเปลี่ยนไปจากเดิม นับตั้งแต่บริษัทอินเดียตะวันออกได้เข้ามาปกครองดินแดนในอนุทวีปอินเดียกว่าร้อยปี ภายใต้การปกครองของอังกฤษได้มีการรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลาง ได้ปรับปรุงการพาณิชย์กรรม ปรับปรุงระบบกฎหมาย ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาใน ค.ศ. 1860 การค้าขายติดต่อภายในประเทศอินเดียทำได้สะดวกขึ้นอันเป็นผลจากการสร้างระบบคมนาคมให้ดีขึ้นจากเดิมมาก ต่อมาเมื่ออินเดียได้รับอิสรภาพจากอังกฤษใน ค.ศ. 1947 อินเดียมีความเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างช้าๆ แต่ก็ได้รับมรดกจากอังกฤษในทางระบบการคมนาคม ระบบการปกครอง โครงการพัฒนาที่เป็นรูปธรรมทางการเงิน และเงินสำรองจำนวนมากที่ได้จากการและเปลี่ยนเงินตรา จนกระทั่งอินเดียเปิดเสรีทางการค้า เศรษฐกิจอินเดียเติบโตอย่างก้าวกระโดด<sup>87</sup> อย่างไรก็ตามในมุมมองของกฎหมายอาญาประมวลกฎหมายอาญาที่อังกฤษร่างไว้ให้ใน ค.ศ. 1860 มีความทันสมัย และยังคงมีผลบังคับใช้จนถึงปัจจุบัน โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายมิได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ตามความเชื่อของศาสนาอีกต่อไป แต่เป็นไปตามสภาพสังคมและเศรษฐกิจสมัยใหม่

<sup>86</sup> ศุภกาญจน์ พงศ์ยี่หล้า, ญี่ปุ่นสมัยใหม่, หน้า 64-65.

<sup>87</sup> สุริยา รัตนกุล, อารยธรรมตะวันออก: อารยธรรมอินเดีย, หน้า.

ในด้านความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของอินเดียในยุคสมัยใหม่นี้ได้นำแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิ และเสรีภาพของบุคคล และหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมายเดียวกันมาใช้ ระบบชั้นวรรณะตามศาสนาฮินดู และในพื้นที่ปกครองโดยจักรวรรดิโมกุลความผิดฐานลักพาเป็นความผิดหุ้ดุดตามกฎหมายอิสลาม ที่เคยใช้ในยุคนก่อนสมัยใหม่นั้นมิได้แสดงให้เห็นถึงความเท่าเทียมกันของบุคคลตามสภาพสังคมสมัยใหม่ที่อังกฤษพยายามผลักดันให้เกิดขึ้น ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจของอินเดียที่ก้าวเข้าสู่ยุคอุตสาหกรรม การค้าระหว่างประเทศ และการลงทุน กฎหมายอาญาจึงมีความสำคัญต่อการรองรับการดำเนินการทางเศรษฐกิจ ในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์มีส่วนสำคัญเช่นกัน ซึ่งบัญญัติคุ้มครองการพรากไปจากอินเดีย<sup>88</sup> การพรากไปจากผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>89</sup> พรากหรือทำให้ผู้เยาว์พิการไปเพื่อขอกทาน<sup>90</sup> พรากไปเพื่อฆาตกรรม<sup>91</sup> พรากไปเพื่อเรียกค่าไถ่<sup>92</sup> พรากไปโดยมีเจตนาหักขังโดยมิชอบ<sup>93</sup> พรากไปเพื่อบังคับให้หญิงแต่งงานด้วย<sup>94</sup> พรากไปแล้วผู้ถูกพรากได้รับอันตรายสาหัส<sup>95</sup> พรากเด็กอายุไม่เกิน 10 ปีไปเพื่อที่จะขโมยทรัพย์สิน<sup>96</sup> นอกจากนี้เนื้อหาของบทบัญญัติมาตรา 370 ถึง 374 ได้สะท้อนถึงกฎหมายต่อต้านการค้ามนุษย์ของอินเดีย ได้แก่ การซื้อหรือจำหน่ายบุคคลเยี่ยงทาส<sup>97</sup> การค้าทาส<sup>98</sup> การขายผู้เยาว์ไปเป็นโสเภณี<sup>99</sup> การซื้อ

<sup>88</sup> The Indian Penal Code (Act No. Xlv of 1860). Section 360: “Kidnapping from India - Whoever conveys any person beyond the limits of India without the consent of that person, or of some person legally authorised to consent on behalf of that person, is said to kidnap that person from India.”

<sup>89</sup> *Ibid.* Section 361: Whoever takes or entices any minor under sixteen years of age if a male, or under eighteen years of age if a female, or any person of unsound mind, out of the keeping of the lawful guardian of such minor or person of unsound mind, without the consent of such guardian, is said to kidnap such minor or person from lawful guardianship.

<sup>90</sup> *Ibid.* Section 363A - Kidnapping for ransom, *etc.*

<sup>91</sup> *Ibid.* Section 364 - Kidnapping or abducting in order to murder.

<sup>92</sup> *Ibid.* Section 364A - Kidnapping for ransom, *etc.*

<sup>93</sup> *Ibid.* Section 365 - Kidnapping or abducting with intent secretly and wrongfully to confine person.

<sup>94</sup> *Ibid.* Section 366 - Kidnapping, abducting or inducing woman to compel her marriage, *etc.*

<sup>95</sup> *Ibid.* Section 367 - Kidnapping or abducting in order to subject person to grievous hurt, slavery, *etc.*

<sup>96</sup> *Ibid.* Section 369 - Kidnapping or abducting child under ten years with intent to steal from its person.

<sup>97</sup> *Ibid.* Section 370 - Buying or disposing of any person as a slave.

<sup>98</sup> *Ibid.* Section 371 - Habitual dealing in slaves.

<sup>99</sup> *Ibid.* Section 372 - Selling minor for purposes of prostitution.

ผู้เยาว์ไปเป็นโสเภณี<sup>100</sup> การบังคับให้ทำงานโดยมิชอบด้วยกฎหมาย<sup>101</sup> เห็นได้ว่าการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเป็นการคุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคม และสอดคล้องกับการขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจสมัยใหม่ นโยบายการค้าเสรี และทำให้เกิดความไว้วางใจแก่นักลงทุนในเสถียรภาพของประเทศ ด้วยเหตุนี้จึงเห็นได้ว่าปัจจัยทางเศรษฐกิจมีอิทธิพลต่อการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของอินเดียสมัยใหม่

### 5.2.3 ปัจจัยด้านการปกครอง

การปกครองของรัฐสมัยใหม่นั้นมีอิทธิพลต่อการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งรวมถึงการกำหนดความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา อิทธิพลของการปกครองส่งผลต่อความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของไทย ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และอินเดีย โดยมีสาระสำคัญดังนี้

#### 5.2.3.1 ไทย

ระบบการปกครองได้มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยมีความจำเป็นที่ต้องมีรัฐบาลกลางที่มีอำนาจอธิปไตย การปกครองปรับเปลี่ยนจากที่เคยมีศูนย์กลางอำนาจบังคับบัญชาอยู่ที่องค์พระมหากษัตริย์แต่เพียงในนาม มาเป็นการรวมศูนย์อำนาจที่พระองค์อย่างเคร่งครัด ด้านการวางระบบการบริหารแบบรวมศูนย์ ซึ่งการที่จะทำเช่นนั้นได้ ระบบกฎหมายอันเป็นกลไกในการปกครองของผู้ปกครองในการควบคุมความสงบสุขในสังคม และเป็นการให้อำนาจผู้ปกครองอย่างเป็นรูปธรรม<sup>102</sup> กระบวนการปฏิรูปสังคมไทยให้ทันสมัยตามแบบตะวันตก จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายที่รับรองสิทธิ เสรีภาพของประชาชน รวมถึงความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นกฎหมายที่มีความทันสมัยและสอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงการปกครองของรัฐสมัยใหม่ ต่อมาการปกครองได้วิวัฒน์จากการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ประชาชนได้รับการคุ้มครองในสิทธิ เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและประมวลกฎหมายอาญา ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าปัจจัยด้านการปกครองมีอิทธิพลต่อการกำหนดความผิดทางอาญา ซึ่งหมายรวมถึงความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ด้วย

การปกครองในสมัยใหม่นี้มีได้มีจุดมุ่งหมายหลักในการสร้างเสถียรภาพหรือสร้างความมั่นคงเหมือนในสมัยกรุงศรีอยุธยาหรือช่วงสมัยต้นกรุงรัตนโกสินทร์ เป้าหมายของการกำหนด

<sup>100</sup> Ibid. Section 373 – Buying minor for purposes of prostitution.

<sup>101</sup> Ibid. Section 374 – Unlawful compulsory labour.

<sup>102</sup> กนิษฐา ชิตช่วง, "มูลเหตุของการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127," หน้า 49.

ความผิดจึงเปลี่ยนไป ในด้านความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของไทยในยุคสมัยใหม่นั้น สามารถพิจารณาปัจจัยด้านการปกครองในมิติความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับรัฐ กล่าวคือรัฐมีหน้าที่ในการดูแล รักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม การที่รัฐจะให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนได้นั้น ระบอบการปกครองต้องถือกฎหมายเป็นใหญ่ ดังนั้นกลไกที่ใช้ในการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองนั้นคือกฎหมาย และกฎหมายที่รัฐออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนเพื่อให้บรรลุภารกิจในการดูแลความสงบเรียบร้อยนั้นก็คือ กฎหมายอาญา ชีวิต ร่างกายและเสรีภาพของบุคคลทุกเพศทุกวัยมีอาจพรากไปได้ เช่นนี้การตรากฎหมายตีความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ จึงเป็นการบัญญัติมิให้ผู้ใดบังอาจพรากเด็กและผู้เยาว์ไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล หากผู้ใดฝ่าฝืนย่อมต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนด ตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้นกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ กรณีความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์จึงต้องบัญญัติให้สอดคล้องกับระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานดังกล่าวจึงเป็นไปตามระบอบการปกครองสมัยใหม่ เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ และประโยชน์ของประชาชน ซึ่งเป็นการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล กล่าวคือสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล ซึ่งมีความแตกต่างไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายในช่วงก่อนเข้าสู่ยุคสมัยใหม่

### 5.2.3.2 ฝรั่งเศส

ภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญฉบับแรกของฝรั่งเศส ลงวันที่ 13 กันยายน ค.ศ. 1791 พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ทรงเป็นกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ อันเป็นการจบสิ้นลงของการปกครองในระบอบเก่าซึ่งเป็นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์<sup>103</sup> อำนาจของขุนนางผู้เคยปกครองแคว้นแคว้นและเคยเป็นเจ้าของที่ดินถูกกำจัดไป ประชาชนมีความเท่าเทียมกันและมีเสรีภาพตามเจตนารมณ์ของการปฏิวัติฝรั่งเศส อย่างไรก็ตามการปฏิวัติใหญ่เกิดขึ้นเพียงครั้งเดียวแต่ผลของการปฏิวัติได้ก่อให้เกิดความไม่สงบทางการเมืองจนถึงขั้นเกิดการรัฐประหาร ประมุขของประเทศเปลี่ยนจากกษัตริย์มาเป็นคณะผู้ปกครองในระบอบสาธารณรัฐนิยม และประชาธิปไตย ต่างมีหลักการเดียวกันคืออำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ใช้รัฐธรรมนูญเป็นหลักในการปกครองประเทศ<sup>104</sup>

<sup>103</sup> ชนาทิพย์ เกษะวัฒนะ, ประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมฝรั่งเศส (สมัยฟื้นฟูศิลปวิทยาการจนถึงสมัยปฏิวัติฝรั่งเศส), หน้า 168.

<sup>104</sup> Ibid., 189.



ในส่วนของกฎหมายอาญาได้วางรากฐานหลักการที่สำคัญต่างๆ ของกฎหมายอาญา เช่น Nullum cimen, nulla poena, sine lege ซึ่งก็คือหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Legality Principle) อันเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาและเป็นหลักประกันแก่ประชาชนว่าการกระทำที่อาจถูกลงโทษต้องเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งในขณะที่กระทำความผิดและมีกฎหมายกำหนดโทษไว้สำหรับความผิดนั้น และต่อมาได้มีการจำกัดความทั่วไปของประเภทความผิดที่เป็นความผิดอาญาร้ายแรง (Crimes) และความผิดลหุโทษ (Misdemeanors)

ในด้านความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากหรือลักพาของฝรั่งเศสในยุคสมัยใหม่นั้น ได้มีการแก้ไขตัวบทโดยไม่จำกัดเฉพาะการกระทำต่อผู้เยาว์ที่เป็นหญิงเท่านั้นถึงเป็นความผิดฐานนี้ อันสะท้อนให้เห็นถึงการนำเอาเจตนารมณ์ของการปฏิวัติฝรั่งเศสในเรื่องความเสมอภาคเท่าเทียมกัน ได้นำมาบัญญัติไว้ด้วย ในส่วนของการลงโทษ ได้นำวิธีการจำคุกแทนที่โทษให้ทำงานและตีตรวนด้วยเหล็ก ซึ่งเป็นไปตามจิตวิญญาณแห่งเสรีนิยมของศตวรรษที่ 19 นโยบายทางอาญาเกี่ยวกับการลงโทษที่เกี่ยวกับการปราบปรามแบบรุนแรงเริ่มที่จะหมดไปและถูกแทนที่ด้วยวัตถุประสงค์ทางสังคมอื่น เช่น การป้องกันอาชญากรรม และการฟื้นฟูแก้ไข<sup>105</sup> ด้วยเหตุนี้ปัจจัยด้านการปกครองจึงมีอิทธิพลต่อการกำหนดความผิดทางอาญารากเด็กและผู้เยาว์เช่นกัน

### 5.2.3.3 ญี่ปุ่น

การปกครองของญี่ปุ่นเปลี่ยนจากระบบโชกุนที่รวมอำนาจไว้ที่ศูนย์กลาง และใช้ระบบศักดินาในการบริหารจัดการบ้านเมือง มาเป็นการปกครองโดยระบอบรัฐสภาที่มีการสถาปนารัฐธรรมนูญและมีองค์จักรพรรดิเป็นศูนย์กลางของอำนาจในสมัยเมจิ ภายหลังจากพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 ญี่ปุ่นได้รับรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ใน ค.ศ. 1947 โดยสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ร่างให้ การปกครองยังคงเป็นตามระบอบรัฐสภา และรับประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน แต่จักรพรรดิเป็นเพียงสัญลักษณ์ของรัฐและเป็นศูนย์รวมของประชาชน โดยตำแหน่งมาจากเจตนารมณ์ของประชาชนผู้มีอำนาจอธิปไตย<sup>106</sup> สังคมญี่ปุ่นให้ความสนใจแนวคิดเกี่ยวกับประชาธิปไตยของตะวันตกและสิทธิพลเมืองผ่านการอ่านหนังสือพิมพ์ และหนังสือแปลมากมาย อาทิ สัญญาประชาคมของ ชอง ชาร์ค รูโซ (Rousseau's Social Contract) อีกทั้งการพัฒนาการศึกษายังทำให้ชาวญี่ปุ่นทั่วไปอ่านออกเขียน

<sup>105</sup> Cairns, W. and R. McKeon, *Introduction to French Law*, p. 11.

<sup>106</sup> "The Constitution of Japan," [Online] Accessed: 15 May 2019. Available from: [https://japan.kantei.go.jp/constitution\\_and\\_government\\_of\\_japan/constitution\\_e.html](https://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html)

Article 1. The Emperor shall be the symbol of the State and of the unity of the People, deriving his position from the will of the people with whom resides sovereign power.

ได้มากขึ้น และเรียกร้องการมีส่วนร่วมในการปกครองผ่านรัฐธรรมนูญ<sup>107</sup> การปฏิรูปการเมืองการปกครองให้เป็นไปตามระบอบประชาธิปไตยนั้น การปฏิรูปกฎหมายจึงมีความสำคัญ อันเป็นกลไกแห่งความเปลี่ยนแปลงการเมืองการปกครอง กฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายที่กระทบสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนจึงต้องได้รับการปฏิรูปเช่นกัน

ในด้านความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์นั้น เมื่อพิจารณาถึงปัจจัยด้านการปกครอง เด็กหรือผู้เยาว์ต้องได้รับการรับรองสถานะ และสิทธิเสรีภาพ บุคคลมีฐานะและสิทธิเท่าเทียมกัน ภายใต้กฎหมาย ความสัมพันธ์ของคนในสังคมเปลี่ยนแปลงไปจากยุคก่อนสมัยใหม่ที่เป็นารปกครองแบบระบบศักดินา กฎหมายว่าด้วยการพรากหรือลักพาที่เอื้อต่อการปกครองในยุคก่อนสมัยใหม่อันเป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐ เปลี่ยนไปเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนภายหลังการปฏิรูปกฎหมาย เช่นเดียวกับเจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ยอมเปลี่ยนไปเป็นการคุ้มครองตัวเด็กที่ถูกลักพา และคุ้มครองอำนาจปกครองของผู้ปกครองด้วย ซึ่งเด็กยังไม่อาจแสดงเจตนาหรือให้ความยินยอมได้อย่างสมบูรณ์ จึงเห็นได้ว่าเมื่อระบบการปกครองเปลี่ยนไป แนวความคิดและเจตนารมณ์ของกฎหมายย่อมเปลี่ยนเช่นกัน เช่นนี้ปัจจัยด้านการปกครองมีอิทธิพลต่อการกำหนดความผิดทางอาญฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ โดยคำนึงถึงสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมีความแตกต่างไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายในช่วงก่อนเข้าสู่ยุคสมัยใหม่

#### 5.2.3.4 อินเดีย

เมื่ออังกฤษเข้ายึดอินเดียเป็นอาณานิคมสำเร็จใน ค.ศ. 1858 ได้จัดระเบียบการปกครอง รวบรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลาง เป็นการปกครองโดยมีพระราชินีวิกตอเรียแห่งอังกฤษเป็นจักรพรรดินีนาถแห่งอินเดีย ได้แต่งตั้งอุปราช (Viceroy) อังกฤษมาปกครองอินเดีย การปกครองในช่วงเวลานี้รัฐบาลอังกฤษได้รักษาความเป็นกลางอย่างเคร่งครัดในเรื่องการนับถือศาสนา ไม่มีการเข้าข้างฮินดูหรือมุสลิม จำนวนคนที่รู้ภาษาอังกฤษเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ทำให้แนวความคิดตะวันตกเช่นแนวความคิดเสรีนิยม และแนวความคิดระบอบประชาธิปไตยเผยแผ่เข้ามาในอินเดีย<sup>108</sup> ภายใต้การปกครองของอังกฤษได้เปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายของอินเดียหลายประการ ทั้งโครงสร้างการบริหารและออกกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ โดยพิจารณาถึงอดีตและอนาคตของอินเดียเพื่อรองรับการปกครองแบบรัฐสมัยใหม่ การร่างประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ค.ศ. 1860 แมคคอคเลย์ (Macaulay) ผู้ร่างได้นำแนวคิดรูปแบบใหม่ตามแนวทางของเบนแธม (Bentam) และเป็นไปตามทฤษฎี

<sup>107</sup> ศุภกาญจน์ พงศ์ยี่หล้า, ญี่ปุ่นสมัยใหม่, หน้า 66.

<sup>108</sup> สุรียา รัตนกุล, อารยธรรมตะวันออก: อารยธรรมอินเดีย, หน้า 210.

อรรถประโยชน์นิยม (Utilitarians) มาไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอินเดียด้วย<sup>109</sup> ในการปกครองประเทศ อินเดียมีความจำเป็นที่ต้องมีระบบกฎหมาย และกฎหมายอาญาที่เป็นหนึ่งเดียวใช้ทั่วทั้งประเทศ อย่างไรก็ตามก็ตีกฎหมายอาญาฉบับนี้ยังไม่มีผลบังคับใช้ในทันทีแก่รัฐมหาราชา (Princely States) ซึ่งเป็นรัฐที่ปกครองโดยเจ้าพื้นเมืองอินเดีย จนกระทั่งค.ศ. 1940 ประมวลกฎหมายอาญาจึงได้มีการบังคับใช้กับรัฐเหล่านี้

ในด้านความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของอินเดียในยุคสมัยใหม่นั้น การปกครองของอินเดียเป็นระบอบประชาธิปไตยระบบรัฐสภา แยกศาสนาออกจากการเมือง ฉะนั้นระบบชนชั้นวรรณะตามศาสนาฮินดูมิได้เอามาปะปนกับการปกครองของอินเดียที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กรณีที่เกี่ยวกับการพรากเด็กและผู้เยาว์ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอินเดีย เช่น ห้ามแสวงหาประโยชน์จากเด็ก ได้แก่จ้างแรงงานเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี<sup>110</sup> และในส่วนของความเสมอภาคภายใต้กฎหมายไม่มีการแบ่งแยกเชื้อชาติ ศาสนา วรรณะและสถานที่เกิด<sup>111</sup> อีกทั้งรัฐต้องมีนโยบายเป็นหลักประกันให้เด็กได้รับโอกาสและสิ่งอำนวยความสะดวกในการพัฒนาที่ดีอย่างมีอิสรภาพและมีศักดิ์ศรี และเด็กและผู้เยาว์ต้องได้รับความคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์ ทางด้านศีลธรรม และจากการถูกละทิ้ง<sup>112</sup> เห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายมิได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ตามความเชื่อของศาสนาอีกต่อไป

<sup>109</sup> Strokes, E., "The English Utilitarians and India."

<sup>110</sup> GOVERNMENT OF INDIA MINISTRY OF LAW AND JUSTICE LEGISLATIVE DEPARTMENT, "The Constitution of India "(New Delhi, 2018).

Article 24. Prohibition of employment of children in factories, etc.—No child below the age of fourteen years shall be employed to work in any factory or mine or engaged in any other hazardous employment.

<sup>111</sup> Ibid.

Article 14. Equality before law.—The State shall not deny to any person equality before the law or the equal protection of the laws within the territory of India.

Article 15. Prohibition of discrimination on grounds of religion, race, caste, sex or place of birth  
(3) Nothing in this article shall prevent the State from making any special provision for women and children.

<sup>112</sup> Ibid.

Article 39. Certain principles of policy to be followed by the State.—The State shall, in particular, direct its policy towards securing—

แต่เป็นไปตามสภาพสังคมและการปกครองสมัยใหม่ เจตนารมณ์ของความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ ก็ย่อมเปลี่ยนไปเช่นกัน โดยมีการคำนึงถึงสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพของมนุษย์ ซึ่งในความผิดฐานนี้เองมีเจตนารมณ์ที่มุ่งคุ้มครองเด็กและอำนาจปกครองของผู้ปกครอง เมื่อนโยบายทางการเมืองการปกครองให้ความสำคัญและคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ การกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในประมวลกฎหมายอาญาอินเดียย่อมต้องสอดคล้องกับนโยบายทางการเมืองการปกครองด้วย

## 5.2.4 ปัจจัยด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในมิติที่หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นการค้าขาย การทูต หรือ การรุกราน ย่อมส่งผลกระทบต่อการบัญญัติกฎหมาย กรณีความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของไทย ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และอินเดีย ก็เช่นกันได้รับอิทธิพลในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยสามารถวิเคราะห์และเปรียบเทียบได้ดังนี้

### 5.2.4.1 ไทย

ความสัมพันธ์ระหว่างไทยกับต่างประเทศมีในรูปแบบการค้าขายมาอย่างยาวนาน ในช่วงต้นกรุงรัตนโกสินทร์รัชกาลที่ 1 ถึงรัชกาลที่ 3 การค้าขายของไทยกับชาวตะวันตกและอเมริกา ยังเป็นไปตามรูปแบบและขอบเขตที่ไทยต้องการ มิได้เกิดปัญหาเรื่องกฎหมายที่บังคับใช้ในเวลานั้น สาเหตุที่ยังไม่เกิดปัญหาเนื่องจากเป็นช่วงเวลาที่ยุโรปกำลังแสวงหาเพื่อนค้าขายกับอังกฤษในค.ศ. 1776-1783 การปฏิวัติฝรั่งเศสในค.ศ. 1789 และสงครามนโปเลียนในค.ศ. 1801-1815 จนกระทั่งการแผ่ขยายของการล่าอาณานิคมเริ่มต้นในสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (พ.ศ. 2394-2411) ซึ่งเป็นช่วงค.ศ. 1851-1868<sup>113</sup> การแผ่ขยายลัทธิล่าอาณานิคมของชาติตะวันตกยังคงต่อเนื่องมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทำให้เกิดปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตและได้รับภาวะกีดกันจากต่างชาติให้มีกฎหมายที่เทียบเท่ากับกฎหมายของชาติตะวันตกที่จะมาบังคับใช้กับคนภายในบังคับของชาตินั้นๆ นับว่าเป็นปัจจัยภายนอกอันเกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่มีอิทธิพลต่อการปฏิรูปกฎหมาย ซึ่งรวมถึงการบัญญัติกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ความสัมพันธ์กับชาติตะวันตกในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ เริ่มต้นจากการค้าขาย เศรษฐกิจขยายวงกว้างมีผลต่อเอกราชของไทย ซึ่งหากพิจารณาจากบริบทของความสัมพันธ์จากการ

---

(f) that children are given opportunities and facilities to develop in a healthy manner and in conditions of freedom and dignity and that childhood and youth are protected against exploitation and against moral and material abandonment.

<sup>113</sup> วิชา มหาคุณ, ประวัติศาสตร์กฎหมายและภาษากฎหมายไทย, หน้า 40.

เริ่มต้นทางการค้าขายแล้วต่อมากระทบต่อเอกราช เห็นได้ว่าบริบทดังกล่าวมีลักษณะเฉพาะเช่นเดียวกับการคุกคามของชาติตะวันตกที่มีต่อญี่ปุ่นในช่วงยุคเมจิ จนเป็นเหตุให้เกิดการปฏิรูปกฎหมายในช่วงเวลาที่ใกล้เคียงกับของไทย และประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นประกาศใช้ในช่วงเวลาก่อนไทยหนึ่งปีคือใน ค.ศ. 1907 ซึ่งทั้งไทยและญี่ปุ่นมีเหตุแห่งการปฏิรูปกฎหมายที่เหมือนกัน ต่างจากอินเดียที่เหตุแห่งการปฏิรูปกฎหมายเกิดจากการเข้ายึดครองของอังกฤษหลังจากบริษัทอินเดียตะวันออกตั้งสถานีการค้าเป็นเวลานาน จนสามารถแทรกแซงการเมืองการปกครองของอินเดีย และทำให้อินเดียเสียเอกราช เมื่อพิจารณาในมิติทางประวัติศาสตร์เห็นได้ว่าทั้งไทย ญี่ปุ่น และอินเดีย แม้ว่าการริเริ่มการปฏิรูปกฎหมายจะมีลักษณะแตกต่างกัน แต่ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าปัจจัยด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมีอิทธิพลต่อการเกิดขึ้นของกฎหมายสมัยใหม่ของไทย ญี่ปุ่น และอินเดียได้เลย

ในด้านความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ การกำหนดความผิดทางอาญาจะต้องมีความเทียบเท่าานาอารยประเทศ ซึ่งให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ โดยคำนึงถึงสิทธิในชีวิตและร่างกาย และเสรีภาพของเด็กและผู้เยาว์ แต่ในช่วงยุคสมัยก่อนการปฏิรูปกฎหมายนั้น พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนที่ตามกฎหมายตราสามดวง มิได้บัญญัติคุ้มครองเด็ก ไว้เป็นการเฉพาะ อีกทั้งมีการลงโทษเด็กและผู้เยาว์กรณีที่รู้เห็นเป็นใจกับผู้ลักพาตัวด้วย บทบัญญัติดังกล่าวมิได้มีเจตนารมณ์ที่มุ่งคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์อย่างแท้จริง เป็นเพียงการคุ้มครองสิทธิของผู้มีอำนาจปกครอง ดังนั้นเมื่อไทยได้รับอิทธิพลจากความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในทางการค้าขายกับต่างประเทศ และถูกกดดันด้วยสนธิสัญญาอันไม่เป็นธรรม บทบัญญัติในความผิดฐานพรากหรือลักพาจึงเปลี่ยนไปตามอิทธิพลของกฎหมายว่าด้วยการลักพาของกฎหมายตะวันตก ซึ่งให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์

นอกจากนี้การกำหนดความผิดทางอาญาฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ยังได้รับอิทธิพลจากความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในด้าน ปฏิญญาสากล อนุสัญญา และกติการะหว่างประเทศ ซึ่งเป็นมาตรการ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเด็ก ซึ่งเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และสวัสดิภาพ นอกจากนี้ยังได้กำหนดหน้าที่และความร่วมมือระหว่างประเทศกรณีการลักพาเด็กข้ามชาติไปโดยบุคคลในครอบครัว ซึ่งไม่มีอำนาจปกครองด้วย ตามอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ได้ตัวเด็กกลับคืนมาโดยเร็ว (Prompt Return) เมื่อมีการลักพาเด็กไปจากอำนาจปกครองหรือได้พาไปอยู่ในสิ่งแวดล้อมใหม่ และเพื่อให้มั่นใจว่าสิทธิในอำนาจปกครองและการติดตามกฎหมาย

ของรัฐภาคีหนึ่งได้รับการเคารพอย่างมีประสิทธิภาพกับรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่ง<sup>114</sup> จึงมีการกำหนดให้รัฐที่เป็นภาคีมีหน้าที่ส่งตัวเด็กที่ถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไปยังรัฐภาคีอื่นที่บุตรเคยมีที่อยู่ตามปกติก่อนถูกลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวในทันทีเพื่อให้เด็กกลับคืนสู่สภาพแวดล้อมโดยเร็วที่สุด โดยกำหนดไว้ว่า การลักพาหรือการหน่วงเหนี่ยวเด็กที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Wrongful removal or retention) เมื่อเป็นการละเมิดอำนาจปกครองที่มีต่อบุคคล สถาบันหรือหน่วยงานอื่นใดทั้งกรณีร่วมกันหรือตามลำพังตามกฎหมายของรัฐที่เด็กมีถิ่นที่อยู่เป็นปกติก่อนที่จะมีการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยว และในขณะที่มีการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยว สิทธิเหล่านั้นได้เกิดขึ้นแล้วทั้งที่ร่วมกันหรือเพียงลำพังหรือสิทธินั้นได้ใช้ไปแล้วเพื่อการลักพาหรือหน่วงเหนี่ยวเด็ก อย่างไรก็ตามประเทศไทยได้เป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญาฯ แต่มิได้บัญญัติให้การลักพาเด็กไปโดยบุคคลในครอบครัวที่ไร้อำนาจปกครองเป็นความผิดอาญา เพียงแต่ได้กำหนดหน้าที่ หน่วยงานความร่วมมือ และพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาฯ ไว้ในพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิควบคุมดูแลเด็ก พ.ศ. 2555 อย่างไรก็ตามฝรั่งเศส ซึ่งเป็นภาคีอนุสัญญาฯ ได้บัญญัติให้การลักพาตัวเด็กไปโดยบุคคลในครอบครัวซึ่งไม่มีอำนาจปกครองแล้วเป็นความผิดทางอาญา ในขณะที่ญี่ปุ่น และอินเดียยังไม่ได้บัญญัติไว้เป็นความผิดแต่ก็มีแนวโน้มเช่นกัน ด้วยเหตุทั้งหมดนี้จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าปัจจัยด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจะมีอิทธิพลเป็นอย่างมากในการกำหนดความผิดทางอาญารัฐานพรากเด็กและผู้เยาว์

#### 5.2.4.2 ฝรั่งเศส

เมื่อฝรั่งเศสเข้าสู่รัฐสมัยใหม่ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศซึ่งเกิดขึ้นในมิติของกฎหมายระหว่างประเทศในรูปของสนธิสัญญา อนุสัญญา กติกา หรือข้อตกลงระหว่างประเทศ มีอิทธิพลต่อกฎหมายที่บังคับใช้ในฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก และรวมถึงกฎหมายอาญาด้วย จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาฝรั่งเศสภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส ได้มีการนำเอาประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1791 ซึ่งถูกจัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการร่างที่พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ใน ค.ศ. 1788 มาใช้ก่อน และต่อมาเปลี่ยนได้มีคำสั่งให้จัดทำประมวลกฎหมายอาญาขึ้นมาใหม่ เป็นประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1810 ซึ่งได้พัฒนามาจากประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1791 นั่นเอง นับจากช่วงเวลานี้เอง ได้มีการออก

<sup>114</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 1: The objects of the present Convention are –

- a) to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any contracting State;
- and
- b) to ensure that rights of custody and of access under the law of one Contracting State are effectively respected in the other Contracting States.

พระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเป็นช่วงๆ ในส่วนของความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ก็เช่นเดียวกัน

ปัจจัยสำคัญที่มีอิทธิพลต่อการแก้ไขความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์คือ มาตรการหรือกฎหมายระหว่างประเทศ นับตั้งแต่ฝรั่งเศสร่วมลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ (Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction) อนุสัญญาฯ ฉบับนี้เริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 1983 มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ได้ตัวเด็กกลับคืนมาโดยเร็ว (Prompt Return) เมื่อมีการลักพาเด็กไปจากอำนาจปกครองหรือได้พาไปอยู่ในสิ่งแวดล้อมใหม่ และเพื่อให้มั่นใจว่าสิทธิในอำนาจปกครองและการติดต่อตามกฎหมายของรัฐภาคีหนึ่งได้รับการเคารพอย่างมีประสิทธิภาพกับรัฐภาคีอื่น<sup>115</sup> จึงมีการกำหนดให้รัฐที่เป็นภาคีมีหน้าที่ส่งตัวเด็กที่ถูกลักพาหรือหวงเหนี่ยวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไปยังรัฐภาคีอื่นที่ลูกเคยมีที่อยู่ตามปกติก่อนถูกลักพาหรือหวงเหนี่ยวในทันที เพื่อให้เด็กกลับคืนสู่สภาพแวดล้อมโดยเร็วที่สุด เมื่อฝรั่งเศสได้ลงนามในอนุสัญญาฯ ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสก็ได้รับการแก้ไขให้สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ ด้วย กล่าวคือมีการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับบิดาหรือมารดา หรือญาติที่ไม่มีอำนาจปกครองในตัวเด็กแล้ว พรากเด็กนั้นไปจากผู้ที่มีอำนาจปกครอง บุคคลที่ลักพาเด็กไปย่อมมีความผิดทางอาญา นอกจากนี้กฎหมายอาญาฝรั่งเศสบัญญัติให้บุคคลที่ไม่มีอำนาจปกครองในตัวผู้เยาว์ไม่อาจปฏิเสธการส่งตัวผู้เยาว์ต่อบุคคลผู้มีอำนาจปกครองหรือมีสิทธิในตัวผู้เยาว์ รวมถึงการลักพาเด็ก หวงเหนี่ยว หรือเก็บตัวเด็กไว้ หากฝ่าฝืนย่อมมีความผิดอาญา ด้วยเหตุปัจจัยด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนี้เอง ได้มีอิทธิพลต่อการกำหนดความผิดทางอาญาฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของฝรั่งเศส

#### 5.2.4.3 ญี่ปุ่น

ญี่ปุ่นภายหลังจากการสิ้นสุดลงการปกครองระบอบโชกุน ค.ศ. 1868 และเข้าสู่ยุคสมัยใหม่ เรียกว่ายุคเมจิ ญี่ปุ่นในยุคก่อนหน้ามีนโยบายปิดประเทศ จนกระทั่งใน ค.ศ. 1853 การมาเยือนของนายพลเพอร์รี่ (Commodore Perry) ของสหรัฐอเมริกาเรียกร้องให้ญี่ปุ่นเปิดประเทศเพื่อ

<sup>115</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 1: The objects of the present Convention are –

- a) to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any contracting State;
- and
- b) to ensure that rights of custody and of access under the law of one Contracting State are effectively respected in the other Contracting States.

การค้าขาย และในที่สุดรัฐบาลญี่ปุ่นก็ตกลงที่จะเปลี่ยนแปลงนโยบาย โดยเริ่มมีการค้าขายกับต่างประเทศและทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ เมื่อรัฐบาลบาคูฟุได้ล่มสลายลง และเริ่มยุคเมจิรัฐบาลชุดใหม่ได้เล็งเห็นความสำคัญของการปฏิรูประบบกฎหมาย เพื่อให้เป็นไปตามการเมืองและการปกครองสมัยใหม่ และเนื่องจากรัฐบาลเมจิต้องการที่จะให้มีการแก้ไขสนธิสัญญาอันเซอิ (Treaties of Ansei) ซึ่งญี่ปุ่นเสียเปรียบในหลายด้านจึงมีความจำเป็นต้องปรับเปลี่ยนสังคมและการปกครองให้เป็นรัฐสมัยใหม่ตามเงื่อนไข การปฏิรูปกฎหมายจึงมีความจำเป็นเร่งด่วน<sup>116</sup>

รัฐบาลญี่ปุ่นไม่ได้มีเวลามากสำหรับการสร้างกฎหมายใหม่ เมื่อคำนึงถึงความจำเป็นเร่งด่วน จึงศึกษากฎหมายของฝรั่งเศสตามระบบซีวิลลอว์ และกฎหมายของอังกฤษตามระบบคอมมอนลอว์ สุดท้ายญี่ปุ่นได้เลือกกฎหมายของฝรั่งเศสเป็นต้นแบบ ในส่วนของกฎหมายอาญาได้นำกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมาเป็นต้นแบบ และมีที่ปรึกษาจากฝรั่งเศสชื่อ บอยโซนาต (Boissonade) เป็นผู้ร่าง ประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกประกาศใช้ใน ค.ศ. 1882 และบังคับใช้จนถึงค.ศ. 1908 แทนที่ด้วยประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น ฉบับ ค.ศ. 1908 ซึ่งได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายอาญาเยอรมัน<sup>117</sup> จะเห็นได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างประเทศผ่านการค้าขาย นำมาซึ่งสนธิสัญญา และการรับเอาแนวความคิดทางกฎหมายของตะวันตก ล้วนเป็นปัจจัยที่ส่งผลต่อการบัญญัติกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น เหตุผลที่ต้องปฏิรูปกฎหมาย และการรับเอากฎหมายตะวันตกเป็นแบบแผนในการจัดทำกฎหมายในส่วนนี้มีความคล้ายคลึงกับของไทยเป็นอย่างมาก

ในด้านความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของญี่ปุ่นในยุคสมัยใหม่นั้น ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นปัจจัยที่มีอิทธิพลเป็นอย่างมากต่อการกำหนดความผิดทางอาญาฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ ซึ่งนอกจากความไม่เป็นธรรมในสนธิสัญญาทางการค้าที่ญี่ปุ่นทำกับต่างประเทศ ทำให้ญี่ปุ่นต้องปฏิรูปกฎหมายเป็นการด่วนแล้ว ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในด้าน ปฎิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน ปฎิญาสากล่าวด้วยสิทธิเด็ก อนุสัญญา กติการะหว่างประเทศ ที่เกิดขึ้นภายหลังเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 ส่งผลต่อการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ อันเป็นการให้ความคุ้มครองเด็ก ในด้านชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก เช่นนี้เจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ย่อมเปลี่ยนไปเป็นการคุ้มครองตัวเด็กที่ถูกลักพา และคุ้มครองอำนาจปกครองของผู้ปกครองด้วย ซึ่งเด็กยังไม่อาจแสดงเจตนาหรือให้ความยินยอมได้อย่างสมบูรณ์ จึงเห็นได้ว่าปัจจัยด้านการปกครองมีอิทธิพลต่อการกำหนดความผิดทางอาญาฐานพรากเด็ก

<sup>116</sup> Noda, Y., *Introduction to Japanese Law*, pp. 41-42.

<sup>117</sup> *Ibid.*, 42-45.



และผู้เยาว์ โดยคำนึงถึงสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมีความแตกต่างไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายในช่วงก่อนเข้าสู่ยุคสมัยใหม่

#### 5.2.4.4 อินเดีย

จากการตั้งสถานีการค้าของบริษัทอินเดียตะวันออก (East Indian Company) ซึ่งเป็นบริษัทของอังกฤษ จนนำมาซึ่งการยึดครองอินเดีย ภายหลังเหตุการณ์กบฏอินเดีย (Indian Rebellion) ในค.ศ. 1857 และบาชาดูร์ ชาร์ (Bahadur Shah) จักรพรรดิโมกุลองค์สุดท้ายได้ถูกเนรเทศไปแล้ว อังกฤษจึงเข้าปกครองอินเดียอย่างสมบูรณ์ใน ค.ศ.1858 ต่อมาอังกฤษได้ออกประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย (The Indian Penal Code, 1860) มาใช้บังคับและยังคงเป็นกฎหมายที่ใช้จนถึงทุกวันนี้ ประมวลกฎหมายอาญาอินเดียนี้นำแนวคิดหรือหลักการของกฎหมายฮินดู และกฎหมายอิสลามมารวมอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ซึ่งกระบวนการตรากฎหมายอาญานี้เป็นเสมือนการนำเอากฎหมายของอังกฤษมาให้อินเดียใช้เลย<sup>118</sup> ประมวลกฎหมายอาญาอินเดียนั้นไม่เอาเรื่องชนชั้นวรรณะของศาสนาฮินดูมารวมไว้ด้วย แต่ก็ยังมีความผิดบางฐานที่กระทบต่อความรู้สึกทางศาสนาโดยการพูดหรือแสดงออกต่อบุคคลหนึ่ง เช่นในความผิดฐานหมิ่นประมาท<sup>119</sup>

ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยการเข้ามาของชาติตะวันตกเพื่อทำการค้า และการล่าอาณานิคม จนอังกฤษสามารถยึดครองอินเดียได้นี้เอง เป็นปัจจัยสำคัญต่อการเกิดขึ้นของประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ซึ่งรวมถึงความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ด้วย ปัจจัยด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนี้เองมีลักษณะคล้ายคลึงต่อการเกิดขึ้นของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น และกฎหมายลักษณะอาญาของไทย แต่ของอินเดียเป็นลักษณะที่นำเอากฎหมายอาญาอังกฤษมาบังคับใช้ในอินเดียภายใต้สภาวะการบังคับโดยตรง ในขณะที่ของไทยและญี่ปุ่นมีลักษณะที่เกิดจากสภาวะกดดันทางอ้อม กล่าวคือกรณีความเสียหายเปรียบในสนธิสัญญา และสิทธิสภาพนอกอาณาเขต

ในด้านความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของอินเดียในยุคสมัยใหม่นั้น ปัจจัยด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในมิติอื่นนอกจากการเข้ายึดครองของอังกฤษ ก็มีความสำคัญเช่นกัน ในยุคสมัยใหม่ที่การเดินทางและการสื่อสารเป็นไปอย่างง่ายดาย อินเดียถือเป็นประเทศต้นทางปลายทาง และประเทศทางผ่านเพื่อการค้ามนุษย์เพื่อวัตถุประสงค์หลายประการเช่นการค้าประเวณี การค้ามนุษย์ส่วนใหญ่อยู่ในอินเดีย แต่ก็มีการค้ามนุษย์จำนวนมากจากเนปาลและบังคลาเทศ เด็กถูกค้า

<sup>118</sup> Skuy, D., "Macaulay and the Indian Penal Code of 1862: The Myth of the Inherent Superiority and Modernity of the English Legal System Compared to India's Legal System in the Nineteenth Century," *Modern Asian Studies*.

<sup>119</sup> The Indian Penal Code (Act No. Xlv of 1860). Section 298.

มนุษย์ไปยังประเทศตะวันออกกลางเพื่อเล่นกีฬา เช่นการแข่งขันอูฐ ไม่มีการประมาณจำนวนเด็กที่ถูกค้ามนุษย์ในแต่ละปี แต่คาดว่าประมาณ 40% ของโสเภณีเป็นเด็ก และมีแนวโน้มความต้องการเพิ่มขึ้น และเด็กอินเดียประมาณ 1,000 ถึง 1,500 คนถูกลักลอบนำออกนอกประเทศทุกปีไปยังซาอุดีอาระเบียเพื่อขอทานในช่วงพิธีฮัจญ์<sup>120</sup> การพรากเด็กในอินเดียไปยังต่างประเทศ หรือเพื่อหาประโยชน์จากเด็กจึงมีจำนวนมาก ด้วยเหตุนี้การกำหนดความผิดทางอาญารัฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในประมวลกฎหมายอาญาอินเดียได้บัญญัติคุ้มครองการพรากไปจากอินเดีย<sup>121</sup> การพรากไปจากผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>122</sup> พรากหรือทำให้ผู้เยาว์พิการไปเพื่อขอทาน<sup>123</sup> พรากไปเพื่อบังคับให้หญิงแต่งงานด้วย<sup>124</sup> พรากไปแล้วผู้ถูกพรากได้รับอันตรายสาหัส<sup>125</sup> การขายผู้เยาว์ไปเป็นโสเภณี<sup>126</sup> การซื้อผู้เยาว์ไปเป็นโสเภณี<sup>127</sup> การบังคับให้ทำงานโดยมิชอบด้วยกฎหมาย<sup>128</sup> ซึ่งความผิดดังกล่าวได้กำหนดโทษไว้สูงเพื่อเป็นการข่มขู่ยับยั้ง การกระทำความผิดระหว่างประเทศในยุคสมัยใหม่นั้นมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น ด้วยเหตุนี้ปัจจุบัดังกล่าวจึงมีอิทธิพลต่อการกำหนดความผิดทางอาญารัฐานพรากเด็กและผู้เยาว์

<sup>120</sup> Childline India Foundation., "Vulnerable Children - Child Trafficking India," [Online] Accessed: 27 May 2019. Available from: <https://www.childlineindia.org.in/child-trafficking-india.htm>

<sup>121</sup> The Indian Penal Code (Act No. Xlv of 1860). Section 360: “Kidnapping from India - Whoever conveys any person beyond the limits of India without the consent of that person, or of some person legally authorised to consent on behalf of that person, is said to kidnap that person from India.”

<sup>122</sup> *Ibid.* Section 361: Whoever takes or entices any minor under sixteen years of age if a male, or under eighteen years of age if a female, or any person of unsound mind, out of the keeping of the lawful guardian of such minor or person of unsound mind, without the consent of such guardian, is said to kidnap such minor or person from lawful guardianship.

<sup>123</sup> *Ibid.* Section 363A - Kidnapping for ransom, *etc.*

<sup>124</sup> *Ibid.* Section 366 - Kidnapping, abducting or inducing woman to compel her marriage, *etc.*

<sup>125</sup> *Ibid.* Section 367 - Kidnapping or abducting in order to subject person to grievous hurt, slavery, *etc.*

<sup>126</sup> *Ibid.* Section 372 – Selling minor for purposes of prostitution.

<sup>127</sup> *Ibid.* Section 373 – Buying minor for purposes of prostitution.

<sup>128</sup> *Ibid.* Section 374 – Unlawful compulsory labour.

## บทที่ 6

### บทสรุป

จากสมมติฐานที่ว่า “การกำหนดความผิดทางอาญาในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์แตกต่างไปตามยุคสมัย ซึ่งแนวความคิดในยุคก่อนสมัยใหม่มีเจตนารมณ์ที่ต้องการคุ้มครองเจ้าหรือนายอันเป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐ เมื่อมีการปฏิรูปกฎหมายเข้าสู่ยุคสมัยใหม่แนวความคิดเปลี่ยนแปลงไปเป็นการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา หรือผู้ปกครอง อันเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของเด็กและผู้เยาว์ ซึ่งเป็นเรื่องของสิทธิของปัจเจกชน ทั้งนี้เกิดจากปัจจัยด้านสังคม เศรษฐกิจ การปกครอง และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นตัวแปรสำคัญต่อการพลวัตของกฎหมาย” ซึ่งเมื่อได้ทำการศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายสามารถพิจารณาได้ว่าสมมติฐานที่ผู้วิจัยตั้งไว้นั้นถูกต้อง และเมื่อวิเคราะห์และเปรียบเทียบวิวัฒนาการการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของไทยและต่างประเทศ ทำให้เข้าใจถึงปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการกำหนดความผิดที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย และสิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณาในการกำหนดความผิดนั้นคือเจตนารมณ์ของกฎหมาย

#### 6.1 บทสรุป

ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์เป็นความผิดต่อเสรีภาพอย่างหนึ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองและมีวิวัฒนาการมาตั้งแต่โบราณกาลจนถึงปัจจุบัน การกำหนดความผิดในฐานนี้อาจกล่าวได้ว่ามีบทบัญญัติมาตั้งแต่สมัยพระเจ้ามังรายในอาณาจักรล้านนา สมัยพญาเลอไทในอาณาจักรสุโขทัย ต่อมาสมัยกรุงศรีอยุธยาจนถึงต้นกรุงรัตนโกสินทร์ และต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน กฎหมายในแต่ละยุคสมัยมีการกำหนดความผิดและกำหนดการลงโทษในทางอาญาแตกต่างกัน มีการแปรผันไปตามบริบทของสังคมและปัจจัยต่างๆ ในแต่ละช่วงเวลา การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยจึงเป็นการศึกษาถึงกฎเกณฑ์ข้อบังคับต่างๆ ที่มีอยู่ในสังคมที่ใช้บังคับในยุคสมัยนั้นๆ ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งที่จะทำให้เข้าใจกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ใช้กันในสังคมในยุคสมัยนั้น และเพื่อให้รู้ถึงวิวัฒนาการแปรของกฎเกณฑ์ด้วยเหตุผลต่างๆ กันด้วย<sup>1</sup>

<sup>1</sup> เตือน บุนนาค, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 4.

### 6.1.1 วิวัฒนาการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของไทย

จากการศึกษาการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของประเทศไทย สามารถพิจารณาแบ่งช่วงเวลาของการศึกษาออกเป็นสองช่วงเวลาด้วยกัน กล่าวคือ ช่วงเวลายุคก่อนสมัยใหม่ ซึ่งเป็นช่วงเวลาตั้งแต่ช่วงกรุงสุโขทัยและอาณาจักรล้านนาซึ่งเป็นช่วงเวลาใกล้เคียงกัน เรื่อยมาถึงสมัยกรุงศรีอยุธยา และกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น ซึ่งมีแนวความคิดการกำหนดความผิดฐานพรากหรือลักพา เพื่อคุ้มครองสิทธิหรืออำนาจปกครองของเจ้าหรือนาย อันเป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐ และช่วงเวลาที่สองคือช่วงยุคสมัยใหม่ โดยมีจุดเปลี่ยนที่สำคัญคือช่วงปฏิรูปกฎหมายในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว แนวความคิดในความผิดฐานดังกล่าวเปลี่ยนไปเพื่อประโยชน์ของสิทธิของปัจเจกชน โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา และผู้ปกครองเพื่อประโยชน์สุขของเด็กและผู้เยาว์ โดยสามารถพิจารณาได้ดังนี้

#### 6.1.1.1 ยุคกฎหมายก่อนสมัยใหม่ (Pre-Modern Law)

แนวความคิดในความผิดที่เกี่ยวข้องกับการพรากหรือลักพานั้นเป็นไปตามสภาพสังคม เศรษฐกิจ และการปกครอง สังคมไทยในช่วงก่อนการปฏิรูปเป็นสังคมเกษตร มีการแบ่งชนชั้นศักดินา ผู้คนส่วนใหญ่ที่เรียกว่า ข้า อยู่ภายใต้สังกัดของเจ้า ขุน มูลนาย มีความสำคัญต่อเจ้าหรือนาย ในทางเศรษฐกิจและการปกครองเป็นอย่างมาก เพราะเป็นทั้งแรงงานที่ใช้ในทางการเกษตร และการสงคราม หากข้าคนของเจ้าหรือนายหายไปย่อมส่งผลกระทบต่อเจ้าหรือนาย และกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ กฎหมายที่ห้ามมิให้มีการลักพาผู้คนของคนอื่นไปก็เพื่อประโยชน์ของรัฐ อีกทั้งยังมีการกำหนดหน้าที่ให้ผู้รู้เห็นถึงการลักพามีหน้าที่แจ้งให้เจ้าหรือนายของผู้ถูกลักพาทราบด้วย ตัวอย่างกฎหมายพรากฏในช่วงก่อนการปฏิรูปได้แก่

ในสมัยกรุงสุโขทัย พรากฏหลักฐานทางประวัติศาสตร์ในสมัยพญาเลอไทได้มีการจารึกความผิดฐานลักพาหนีไว้ในแผ่นศิลาตั้งไว้กลางเมืองสุโขทัยอันเป็นย่านผ่านระหว่างเมืองชะเลียง กำแพงเพชร พังงาย บางยวม สองแคว หลักศิลาจารึกดังกล่าวมีใจความสำคัญเกี่ยวกับการทำความผิดฐานลักพาคนหนีและลักทรัพย์อันเป็นความผิดที่มักจะต่อเนื่องกัน<sup>2</sup> ความผิดฐานลักพาหนีที่ปรากฏในศิลาจารึกนี้ทำให้ทราบถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายว่ามีลักษณะที่ต้องการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มี “ข้า” ในสังกัดให้ได้รับตัวข้าคนของตนคืน หากผู้ถูกลักพาตัวไปอยู่ในบ้านบุคคลใด เจ้าของบ้านมีหน้าที่ที่ต้องส่งบุคคลที่ถูกลักพาตัวไปคืนแก่เจ้าสังกัด เมื่อพิจารณาถึงสภาพสังคมและเศรษฐกิจของอาณาจักรสุโขทัยที่ผู้คนส่วนใหญ่ประกอบอาชีพเกษตรกรรม เห็นได้ว่าพระมหากษัตริย์มีความ

<sup>2</sup> ชัชพล ไชยพร, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ภาคก่อนปฏิรูป, หน้า 96.

ต้องการที่จะคุ้มครองเจ้าสังกัดมิให้ต้องสูญเสียบุคคลที่เป็นแรงงานเกษตรกรรมไป ซึ่งกฎหมายกำหนดหน้าที่ให้บุคคลที่พบเห็นช่วยกันจับกุมผู้กระทำความผิดฐานลักพาตัวนี้ และส่งตัวผู้ที่ถูกลักพาตัวคืนแก่เจ้าสังกัด อันเป็นการช่วยเหลือกิจการของรัฐ หากบุคคลที่เป็นข้าหนีหรือถูกลักพาออกไปนอกราชอาณาจักรเป็นจำนวนมากย่อมส่งผลกระทบต่อความมั่นคงต่อสังคมและเศรษฐกิจโดยรวมของรัฐ และในอาณาจักรล้านนา ซึ่งเป็นอาณาจักรในช่วงเวลาใกล้เคียงกับสมัยสุโขทัย ความผิดลักษณะลักพาของมังรายศาสตร์ก็มีแนวความคิดการกำหนดความผิดและเจตนารมณ์ของกฎหมายคล้ายคลึงกัน

ในสมัยกรุงศรีอยุธยาและต้นกรุงรัตนโกสินทร์ ผู้ปกครองหรือพระมหากษัตริย์จำเป็นต้องจัดระเบียบสังคมและวิธีควบคุมแรงงานเพื่อนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์ ไม่ว่าจะเป็นนำมาใช้ในยามสงคราม นำมาใช้ในการผลิต โดยมีการลงทะเบียนไว้กับหัวหน้าที่เรียกว่า “มูลนาย” จึงมีการแบ่งเป็น “นาย” และ “ไพร่” ส่วน “ข้า” หมายถึงไพร่ที่มอบให้ลูกเจ้าลูกขุนผู้ใดผู้หนึ่งรับผิดชอบ<sup>3</sup> ความผิดลักษณะลักพาที่สืบเนื่องมาตั้งแต่สมัยพระเจ้าอยู่ทอ้งได้ปรากฏอยู่ในพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่านด้วย เมื่อวิเคราะห์ด้วยทฤษฎีพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่านทั้ง 35 ข้อทำให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่านสามารถพิจารณาได้เป็น 3 ระดับ กล่าวคือใน (1) ความสัมพันธ์ในระดับบุคคล คือความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าทาสกับทาส หรือเจ้าไพร่กับไพร่ ซึ่งกฎหมายได้ให้การรับรองความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวไว้โดยถือว่าทาสและไพร่เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง (2) ความสัมพันธ์ในระดับครอบครัว คือความสัมพันธ์ที่สามีมีหน้าที่ปกป้องคุ้มครองดูแลภรรยาและบุตร และ (3) ความสัมพันธ์ในระดับประเทศ คือการรับรองความสัมพันธ์ของเจ้าไพร่กับไพร่ และ เจ้าทาสกับทาสด้วยการลงโทษผู้ที่ลักพาผู้คนในสังกัดของผู้อื่นไป อันเป็นการเสริมสร้างความมั่นคงทางการเมืองและเศรษฐกิจ<sup>4</sup> เมื่อพิจารณาการกำหนดความผิดในพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่านในสมัยกรุงศรีอยุธยาและกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นนี้ เห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายในการกำหนดความผิดฐานนี้คือต้องการที่จะคุ้มครองเจ้าหรือนายที่มีอำนาจเหนือลูก เมีย ผู้คนของเจ้าหรือนายนั้นๆ เช่นเดียวกับในยุคสมัยก่อนหน้า

<sup>3</sup> ชลลดา โกพัฒนา, "ทาสกับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคมสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2325-2448," หน้า. อ้างถึงใน ศิริพร กรอบทอง, "เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการ กฎหมายตราสามดวง: แว่นส่องสังคมไทย ครั้งที่ 3, ลำดับที่ 5 พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน," ใน โครงการวิจัยเมธีวิจัยอาวุโส สกว. กฎหมายตราสามดวง: ประมวลกฎหมายไทยในฐานะมรดกโลก, หน้า 279.

<sup>4</sup> ศิริพร กรอบทอง, "เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการ กฎหมายตราสามดวง: แว่นส่องสังคมไทย ครั้งที่ 3, ลำดับที่ 5 พระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่าน," ใน โครงการวิจัยเมธีวิจัยอาวุโส สกว. กฎหมายตราสามดวง: ประมวลกฎหมายไทยในฐานะมรดกโลก, หน้า 280.

เมื่อพิจารณาการกำหนดความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ใน ยุคก่อนการปฏิรูปกฎหมายนั้น เห็นได้ว่ามิได้มีความชัดเจนในการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ไว้เป็นการ เฉพาะ แต่การกำหนดความผิดเกี่ยวกับการลักพาหมายรวมถึงผู้ถูกลักพาที่เป็น ข้าคน ไพร่ ทาส หรือ ลูก เมียซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองของเจ้า หรือนาย ดังนั้นเด็กและผู้เยาว์ อันเป็นวัตถุแห่งการกระทำ ย่อมเป็นเหมือนเซตย่อย (subset) ของบุคคลที่ถูกลักพาตามการกำหนดความผิดในยุคสมัยนี้

### 6.1.1.2 ยุคกฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law)

ความผิดที่เกี่ยวข้องกับการพรากหรือลักพาเด็กและผู้เยาว์มีความชัดเจนมากขึ้น ภายหลังการปฏิรูปกฎหมาย ซึ่งในยุคก่อนสมัยใหม่ไม่เคยมีการบัญญัติความผิดฐานนี้ไว้โดยตรง มีแต่ เพียงความผิดที่เกี่ยวข้องกับการลักพาลูกเมียผู้คนที่ท่าน เช่นนี้แนวความคิดและเจตนารมณ์ของกฎหมาย ย่อมเปลี่ยนไป จากเดิมเพื่อคุ้มครองสิทธิหรืออำนาจปกครองของเจ้าหรือนาย อันเป็นไปเพื่อคุ้มครอง รัฐ เปลี่ยนเป็นการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา หรือผู้ปกครอง เพื่อประโยชน์สุขของเด็ก และผู้เยาว์ อันเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนโดยแท้ อย่างไรก็ตามการศึกษาค้นคว้าในช่วง ก่อนการปฏิรูปกฎหมายได้มีพระราชบัญญัติ ประกาศคำตัดสิน และร่างพระราชกำหนด ที่เกี่ยวข้อง กับการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ โดยสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

(1) ในช่วงก่อนการปฏิรูปกฎหมาย มีแนวความคิดตามหลักกฎหมายสมัยใหม่บ้าง เช่นในเรื่องความยินยอม ดังที่ได้ปรากฏในประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพาสองฉบับ คือในฉบับ จ.ศ. 1227 (พ.ศ. 2408)<sup>5</sup> และฉบับ จ.ศ. 1230 (พ.ศ. 2411)<sup>6</sup> ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้า เจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 พระราชบัญญัติทั้งสองทำให้เห็นถึงมิติของแนวความคิดตะวันตกที่ต้องการ คุ้มครองเด็ก และอำนาจปกครองของผู้ปกครองแต่ยังคงติดอยู่กับระบบศักดินา

(2) นอกจากนี้ได้มีประกาศคำปรึกษาตัดสินเรื่องจำนำเด็กในช่วง ร.ศ. 114 ที่เป็น เรื่องร้ายแรงและไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน สร้างความหวาดหวั่นแก่ราษฎรทั้งหลายซึ่งมีบุตร ซึ่งในอดีตไม่เคยมีใครเอาเด็กอ่อนมาขายหรือมาจำนำ สมควรต้องลงโทษอย่างหนักให้เป็นแบบอย่างป้องกันไม่ให้

<sup>5</sup> "ประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพา." ใน ประชุมประกาศรัชกาลที่ ๔ ภาค ๗ (กรุงเทพมหานคร, พิมพ์ในงาน พระราชทานเพลิงพระศพ สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาเทวะวงศ์วโรปการ: โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ, 2466)

<sup>6</sup> "ประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพา," ใน ประชุมประกาศรัชกาลที่ ๔ ภาค ๗ (กรุงเทพมหานคร, พิมพ์ในงาน พระราชทานเพลิงพระศพ สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาเทวะวงศ์วโรปการ: โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ, 2466).

เหตุการณ์ในลักษณะนี้เกิดขึ้นอีก อันเป็นมาตรการป้องกันมิให้เกิดขึ้นในอนาคต<sup>7</sup> เมื่อพิจารณาประกาศฉบับนี้เห็นได้ว่ากฎหมายต้องการที่จะคุ้มครองทั้งอำนาจปกครองของมารดาเด็ก และคุ้มครองตัวเด็กด้วยโดยตรง และอาจเป็นเหตุที่นำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาเป็นเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดในกรณีพรากรเด็กไปจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเพื่อหากำไร

(3) ร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตมนุษย์ รัตนโกสินทรศก 118 (พ.ศ. 2442) ซึ่งร่างโดยขุนหลวงพระยาไกรสี<sup>8</sup> มีการบัญญัติถึงความผิดว่าด้วยพา ลัก ซื่อและขายคน ความผิดฐานนี้มีโครงสร้างและเนื้อหาคล้ายคลึงกับความผิดฐานพรากร พาตัวไป เอาไปเป็นทาส และบังคับใช้แรงงาน (Of Kidnapping, Abduction, Slavery and Forced Labour) ในประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ค.ศ.1860 อย่างไรก็ดี ร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตมนุษย์ รัตนโกสินทรศก 118 มิได้มีการประกาศออกมาบังคับใช้ แต่ยังคงมีความสำคัญในการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมาย เนื่องจากพระราชกำหนดฯ ได้แสดงให้เห็นถึงการกำหนดความผิดฐานลักพาเป็นความผิดทางอาญาไว้หลายกรณี และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดซึ่งเปลี่ยนแนวความคิดไปจากเดิมในความผิดฐานลักพาเดียวกันนี้ในพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คน ท่านแห่งกฎหมายตราสามดวง ร่างพระราชกำหนดของขุนหลวงพระยาไกรสีนี้เองที่แสดงให้เห็นถึงเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของประชาชนต้องได้รับความคุ้มครอง และไม่อาจพรากรไปได้ ซึ่งเป็นแนวความคิดตามกฎหมายอาญาสมัยใหม่ เจตนารมณ์ของกฎหมายของความผิดว่าด้วยพา ลัก ซื่อและขายคน แห่งพระราชกำหนดนี้คือการคุ้มครองเด็กและอำนาจปกครองของผู้ปกครอง แทนที่จะคุ้มครองสิทธิหรืออำนาจปกครองของเจ้าหรือนายเหมือนดังเจตนารมณ์ของพระไอยการลักพาลูกเมียผู้คนท่านแห่งกฎหมายตราสามดวง

ความผิดฐานพรากรเด็กและผู้เยาว์ตามกฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 นั้นประกอบด้วยมาตรา 273 มาตรา 274 และมาตรา 275 อันมีลักษณะเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนโดยแท้ มิได้เป็นการคุ้มครองรัฐแต่อย่างใด ถ้อยคำที่ใช้แสดงถึงการกระทำในความผิดฐานนี้ผู้ร่างใช้คำว่า “พาไป” ซึ่งแปลมาจากภาษาอังกฤษคำว่า “Take away” กฎหมายดังกล่าวได้มีการบังคับใช้ตั้งแต่พ.ศ. 2451 ถึง พ.ศ. 2499 ซึ่งถือว่ามีความทันสมัยเทียบเท่ากับกฎหมายของชาติตะวันตกได้ อย่างไรก็ดีกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้ถูกยกเลิกไปด้วยเหตุผลที่ว่ากฎหมาย

<sup>7</sup> กฎหมายในรัชกาลที่ 5 ซึ่งโปรดเกล้าฯ ตั้งขึ้นไว้ตั้งแต่ปีมะโรง สัมฤทธิศก 1230 มาจนถึง ร.ศ. 114 เล่ม 1-5, (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา), หน้า 583-588. อ้างถึงใน ดุษฎี หลีละเมียร, "พรากรเด็ก: เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ควรจะเป็นในสภาพสังคมปัจจุบัน," *ตุลพาห:* 205.

<sup>8</sup> สำนักหอจดหมายเหตุแห่งชาติ, "ร่าง พระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกาย และชีวิตมนุษย์ รัตนโกสินทร ศก 118," ใน *ร. 5 ย.23/1*, หน้า 28.

ดังกล่าวได้ประกาศใช้มานานแล้ว และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่หลายแห่งกระจัดกระจาย จึงเห็นสมควรที่จะได้ชำระสะสางและนำเข้าสู่เป็นประมวลกฎหมายอาญาในฉบับเดียวกัน<sup>9</sup> ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ได้มีการพัฒนาทบัญญัติความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ให้มีความกระชับ รัดกุมและครอบคลุมความผิดดังกล่าวเพื่อความเหมาะสมต่อสภาพสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงไป และเพื่อเป็นประโยชน์ต่อการใช้และการตีความ การพัฒนาทบัญญัติในความผิดฐานนี้รวมถึงการใช้ถ้อยคำที่แสดงถึง ลักษณะของการกระทำ จากคำว่า “พาไป” เป็นคำว่า “พราก” ในที่ประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกาในตอนแรกได้มีมติเห็นชอบว่าให้ใช้คำว่า “ล่อหรือชักพาไป” ในมาตรา 273 แต่เมื่อคณะกรรมการพิจารณามาตรา 275 เห็นว่าให้ใช้คำว่า พราก เพื่อแสดงว่าเป็นการเอาไปเด็ดขาดโดยพิจารณาจากคำว่า abduction ตามกฎหมายของต่างประเทศ<sup>10</sup> และมีการแก้ไขอายุเด็กจาก 10 ปีเป็น 13 ปี เนื่องจากเด็กอายุ 10 ปีย่อมจะไม่รู้ดีเสียพอที่จะให้ความยินยอมได้ จึงควรเพิ่มอายุขึ้น การเพิ่มอายุที่จะให้ความยินยอมนี้แม้ไม่เกี่ยวข้องกับอายุที่เด็กจะยอมให้ชำระได้ตามกฎหมายก็ดี แต่ถ้าเด็กให้ความยินยอมให้ชำระได้แล้วก็ควรให้ความยินยอมให้พาตัวไปจากบิดามารดาได้ ที่ประชุมจึงลงมติให้กำหนดอายุเด็กเป็น 13 ปีถึง 18 ปี ทั้งในมาตรา 273 มาตรา 274 และมาตรา 275<sup>11</sup> นอกจากนี้ได้เพิ่มบุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครองคือ “ผู้ดูแล” นอกจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองด้วย ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขอายุเด็กเป็น 15 ปี และโทษได้มีการแก้ไขตามสภาพสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนไป

ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่บังคับใช้ปัจจุบัน บัญญัติไว้ในมาตรา 317 มาตรา 318 และมาตรา 319 โดยสามารถแบ่งการพิจารณาออกเป็น

- (1) ความผิดฐานพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี (มาตรา 317 วรรคแรก)
- (2) ความผิดฐานซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวเด็กที่ถูกพราก (มาตรา 317 วรรคสอง)

<sup>9</sup> พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499, หน้า. หมายเหตุ: เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 12๗ ได้ประกาศใช้มานานแล้ว และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่หลายแห่งกระจัดกระจายกันอยู่ จึงเป็นการสมควรที่จะได้ชำระสะสาง และนำเข้าสู่เป็นประมวลกฎหมายอาญาเสียในฉบับเดียวกัน

อนึ่ง ปรากฏว่าหลักการบางอย่างและวิธีการลงโทษบางอย่างควรจะได้ปรับปรุงให้สมกับกาลสมัยและแนวโน้มของนานาประเทศในสมัยปัจจุบัน หลักเดิมบางประการจึงล้าสมัย สมควรจะได้ปรับปรุงเสียให้สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

<sup>10</sup> คณะกรรมการกฤษฎีกา, "รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 332/246/2485 วันศุกร์ที่ 3 กรกฎาคม 2485."

<sup>11</sup> "มติของที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา การประชุมครั้งที่ 58, 174/2482 วันเสาร์ที่ 23 ธันวาคม 2482."



(3) เหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไปเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร (มาตรา 317 วรรคสาม)

(4) ความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยไม่เต็มใจไปด้วย (มาตรา 318 วรรคแรก)

(5) ความผิดฐานซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ที่ถูกพรากโดยไม่เต็มใจไปด้วย (มาตรา 318 วรรคสอง)

(6) เหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไปเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร (มาตรา 318 วรรคสาม)

(7) ความผิดฐานพรากผู้เยาว์เพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย (มาตรา 319 วรรคแรก)

(8) ความผิดฐานซื้อ จำหน่าย หรือรับตัวผู้เยาว์ที่ถูกพรากโดยเต็มใจไปด้วย (มาตรา 319 วรรคสอง)

เจตนารมณ์ของกฎหมายยังคงเป็นการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล กล่าวคือ สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล อย่างไรก็ตามก็ยังคงมีความไม่ชัดเจนแน่นอนในการตีความของศาลในการกระทำที่เป็นพราก ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ พฤติการณ์และลักษณะของการกระทำ ความยินยอมของเด็กโดยเต็มใจ และการกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควรในยุคสมัยใหม่ กฎหมายระหว่างประเทศเข้ามามีบทบาทกับกฎหมายที่บังคับใช้ภายในประเทศด้วยซึ่งรวมถึงการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์อันเป็นสากล ในบางประเทศได้นำมาตรการของกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามานำใช้ได้โดยตรง มาตรการของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ได้แก่ สิทธิมนุษยชน อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และอนุสัญญาว่าด้วยลักษณะทางแพ่งในการลักพาเด็กข้ามชาติ ฝรั่งเศสได้ออกพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1994 ฉบับวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1999 (Code pénal 1994 as amended as of January 1, 1999) แก้ไขกฎหมายอาญาในส่วนของความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ โดยให้ผู้ที่พรากเด็กไปจากบุคคลที่มีอำนาจปกครอง แม้ผู้พรากจะเป็นบิดา มารดา หรือบุคคลในครอบครัวก็มีความรับผิดชอบอาญาหากบุคคลเหล่านั้นไม่มีอำนาจปกครองในตัวเด็กแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญากรณี บุคคลที่ไม่มีอำนาจปกครองในตัวผู้เยาว์ไม่อาจปฏิเสธการส่งตัวผู้เยาว์ต่อ

บุคคลผู้มีอำนาจปกครองหรือมีสิทธิในตัวผู้เยาว์ หากฝ่าฝืนย่อมมีความผิดอาญา<sup>12</sup> และหากบุคคลที่ไม่มีอำนาจปกครองเก็บตัวผู้เยาว์ไว้นานโดยไม่ทราบว่าเป็นผู้เยาว์อยู่ที่ใด หรือถูกเก็บตัวไว้นอกราชอาณาจักร โทษที่ได้รับนั้นหนักขึ้นกว่าปกติ<sup>13</sup> เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ยังคงมีประเทศที่เข้าร่วมลงนามในอนุสัญญาฯ ดังกล่าวที่ยังไม่มีการแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ให้ผู้พรากที่เป็นบุคคลในครอบครัวซึ่งปราศจากอำนาจปกครองต้องรับผิดชอบทางอาญา เช่น ไทย ญี่ปุ่น และอินเดีย แต่กรณีญี่ปุ่นนั้นแม้มีได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินให้บิดาหรือมารดาที่ไม่มีอำนาจปกครองในตัวเด็กแล้ว พรากเด็กไปจากผู้มีอำนาจปกครองนั้นมีความผิด อย่างไรก็ตามหากเป็นการกระทำโดยคนญี่ปุ่นพรากเด็กไปจากบิดาหรือมารดาที่มีอำนาจปกครองซึ่งอยู่ต่างประเทศ อันเป็นการลักพาข้ามชาติ กรณีเช่นนี้ยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินให้ผู้พรากชาวญี่ปุ่นมีความรับผิดชอบทางอาญา

### 6.1.2 การวิเคราะห์และเปรียบเทียบตามปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์

การศึกษาเปรียบเทียบวิวัฒนาการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของ ไทย ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และอินเดีย เห็นได้ว่าปัจจัยด้านสังคม เศรษฐกิจ การปกครอง และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ล้วนมีอิทธิพลต่อการกำหนดความผิดทางอาญา เพียงแต่แตกต่างกันในช่วงเวลา และเหตุแห่งการเปลี่ยนแปลง การวิเคราะห์และเปรียบเทียบจึงพิจารณาออกเป็นสองช่วงได้แก่ ช่วงก่อนสมัยใหม่ และช่วงสมัยใหม่ สามารถสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>12</sup> "Code Pénal: Chapitre Vii : Des Atteintes Aux Mineurs Et À La Famille Section 3 : Des Atteintes À L'exercice De L'autorité Parentale." "Code Pénal: Chapitre Vii : Des Atteintes Aux Mineurs Et À La Famille Section 3 : Des Atteintes À L'exercice De L'autorité Parentale."

Article 227-5: "Le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende."

<sup>13</sup> Ibid. Article 227-9: "Les faits définis par les articles 227-5 et 227-7 sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende :

1° Si l'enfant mineur est retenu au-delà de cinq jours sans que ceux qui ont le droit de réclamer qu'il leur soit représenté sachent où il se trouve ;

2° Si l'enfant mineur est retenu indûment hors du territoire de la République."

### 6.1.2.1 ปัจจัยด้านสังคม

ในยุคก่อนสมัยใหม่ สภาพสังคมของไทย ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และอินเดียมีลักษณะทางสังคมที่คล้ายกันคือเป็นสังคมเกษตรกรรม และเป็นสังคมระบบศักดินา หรือเป็นสังคมที่แบ่งชนชั้นกันตามวรรณะ สภาพสังคมดังกล่าวกำหนดกรอบหน้าที่ของบุคคล และกฎหมายเป็นกลไกสำคัญในการควบคุมบุคคลในสังคม ความผิดที่เกี่ยวข้องกับพราวกเด็กและผู้เยาว์ก็เช่นกัน แม้ในยุคก่อนสมัยใหม่ ความผิดฐานดังกล่าวจะมีได้บัญญัติเป็นการพราวกหรือลักพาเด็กเป็นการเฉพาะ แต่หมายรวมถึงบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจปกครองของเจ้า หรือนาย หรือเจ้าที่ดิน หรือบุคคลวรรณะสูงกว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานดังกล่าวในยุคก่อนสมัยใหม่นี้มีลักษณะที่คล้ายกันคือ การคุ้มครองสิทธิ หรืออำนาจปกครองของเจ้า หรือนาย หรือเจ้าที่ดิน

ในยุคสมัยใหม่นั้น การปฏิรูปกฎหมายเกิดจากปัจจัยทางสังคมเช่นกัน แต่ด้วยเหตุผลและในช่วงเวลาที่แตกต่างกันไป ฝรั่งเศสเป็นประเทศแรกที่ทำกรปฏิรูปด้วยเหตุผลภายในประเทศที่ต้องการเปลี่ยนแปลงสังคม ให้บุคคลมีความเท่าเทียมกัน มีความเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย สิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องได้รับความคุ้มครอง ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของการปฏิวัติฝรั่งเศส ในขณะที่เหตุผลของไทย และญี่ปุ่นปฏิรูปกฎหมายเนื่องจากสภาวะกดดันของสนธิสัญญาอันไม่เป็นธรรมที่ทำกับชาติตะวันตก และการเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ในขณะที่อินเดียได้รับการปฏิรูปกฎหมายอันเป็นผลจากการยึดครองประเทศของอังกฤษ สภาพสังคมเปลี่ยนจากระบบศักดินา หรือระบบชนชั้นวรรณะ มาเป็นสังคมที่บุคคลมีความเท่าเทียมกัน สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของประชาชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครอง และเจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานพราวกเด็กและผู้เยาว์ในยุคสมัยใหม่นี้มีลักษณะที่คล้ายกันคือ คุ้มครองอำนาจปกครองของผู้ปกครอง เป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของเด็กและผู้เยาว์ด้วย ซึ่งแตกต่างจากเจตนารมณ์ของกฎหมายในยุคก่อนสมัยใหม่

### 6.1.2.2 ปัจจัยด้านเศรษฐกิจ

ในยุคก่อนสมัยใหม่ เมื่อพิจารณาปัจจัยด้านเศรษฐกิจของไทย ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และอินเดียนั้นเกษตรกรรมเป็นรากฐานสำคัญของระบบเศรษฐกิจในยุคนี้ และอุตสาหกรรมส่วนใหญ่เป็นการผลิตเพื่อใช้ในครัวเรือน ต่อมาการค้าขายกับชาวต่างประเทศมีมากขึ้น ผลผลิตทางการเกษตรเป็นสินค้าที่นำไปขายให้ชาวต่างประเทศ กำลังการผลิตทางการเกษตรจึงมีความจำเป็นต่อเศรษฐกิจกฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองมิให้เจ้า หรือนายต้องเสียแรงงานในการเกษตรไป อีกทั้งในภาวะสงครามที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งทรัพยากรบุคคลจึงเป็นสิ่งสำคัญและขาดไม่ได้ หากข้าคนของเจ้าขุนมูลนายตามระบบไทย หรือ ข้าที่ดินของเจ้าที่ดินตามระบบฝรั่งเศส และญี่ปุ่น หรือ การแบ่งหน้าที่กันทำตามระบบวรรณะของอินเดีย โดยศูทรซึ่งเป็นบุคคลระดับแรงงาน หายไป หรือหนีไปเป็นจำนวนมากย่อมส่งผล

กระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมโดยรวม กฎหมายจึงบัญญัติไว้เพื่อเป็นมาตรการในการป้องกันการกระทำ ความผิดและจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษ อันเป็นการช่วยเหลือกิจการของรัฐ หากบุคคลที่เป็นข้าหนีหรือถูกลักพาออกไปนอกราชอาณาจักรเป็นจำนวนมากย่อมส่งผลกระทบต่อความมั่นคงต่อเศรษฐกิจโดยรวมของรัฐ

ในยุคสมัยใหม่นั้น ปัจจัยด้านเศรษฐกิจที่ส่งผลต่อการกำหนดความผิดทางอาญารฐานพรากเด็กและผู้เยาว์นั้น ในกรณีของฝรั่งเศส จุดเปลี่ยนแปลงเกิดจากภาวะทางเศรษฐกิจที่ตกต่ำภายในประเทศ อันเนื่องจากระบบศักดินา ความไม่เท่าเทียมกันในสังคม และความเดือดร้อนในการเก็บภาษีจากประชาชน จนเกิดเหตุการณ์ปฏิวัติฝรั่งเศส การปฏิรูปกฎหมายเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการปฏิวัติฝรั่งเศสคือ การให้ความเสมอภาคและเสรีภาพแก่ประชาชน ในขณะที่ของไทย และญี่ปุ่นมีความคล้ายคลึงกันคือ การขยายตัวทางเศรษฐกิจเนื่องจากการค้าเสรีกับต่างประเทศ เมื่อได้ทำสนธิสัญญาอันไม่เป็นธรรม และกำหนดให้มีเขตอำนาจศาลกงสุลสำหรับชาวต่างชาติ ทำให้คนต่างชาติมีเอกสิทธิ์ไม่ขึ้นอยู่กับบังคับของศาลไทยอันเป็นการบั่นทอนอำนาจอธิปไตยอย่างร้ายแรง ส่งผลให้ทั้งไทย และญี่ปุ่นต้องเร่งปฏิรูปกฎหมายให้ทัดเทียมกฎหมายของชาติตะวันตก ในขณะที่อินเดียมีลักษณะคล้ายคลึงเช่นกันคือชาติตะวันตกเข้ามาทำการค้า และตั้งสถานการค้าที่อินเดีย บริษัทอินเดียตะวันออกของอังกฤษได้เข้ามาแทรกแซงการเมืองการปกครองจนอินเดียเสียเอกราช ในช่วงเวลานั้นกฎหมายที่ใช้ในอินเดียมีความแตกต่างกันในแต่ละรัฐได้แก่กฎหมายฮินดู และกฎหมายโมฮัมเหม็ด อีกทั้งการค้าขายและการขยายตัวทางเศรษฐกิจจำเป็นต้องมีกฎหมายที่บังคับใช้กับทุกคนได้อย่างเสมอภาคกัน การปฏิรูปกฎหมายจึงเริ่มขึ้นตามแนวคิดและหลักการตามกฎหมายของชาติตะวันตก การกำหนดความผิดทางอาญารฐานพรากเด็กและผู้เยาว์จึงเป็นไปตามแนวความคิดสมัยใหม่ ซึ่งคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แต่ด้วยความเตี้ยสาของเด็ก เจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ในยุคสมัยใหม่นี้จึงเป็นการคุ้มครองอำนาจปกครองของผู้ปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของเด็กและผู้เยาว์ด้วย ซึ่งแตกต่างจากเจตนารมณ์ของกฎหมายในยุคก่อนสมัยใหม่

### 6.1.2.3 ปัจจัยด้านการปกครอง

ในยุคก่อนสมัยใหม่ ทั้งไทยและต่างประเทศมีลักษณะที่คล้ายกันคือมีสภาพสังคมและการปกครองเป็นแบบระบบศักดินา มีการแบ่งชนชั้นกันภายในสังคมและกฎหมายที่ใช้กับบุคคลในแต่ละชนชั้นแตกต่างกัน การปกครองโดยกษัตริย์ จักรพรรดิ โสภณ หรือสุลต่าน ตามแบบระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ในยุคนี้นี้กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อความมั่นคงแห่งสถาบันพระมหากษัตริย์ หรือ โสภณ จักรพรรดิ หรือสุลต่านโดยแท้ ซึ่งรวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพรากหรือลักพาที่เป็น

เหมือนเครื่องมือในการควบคุมอำนาจทางการเมือง ซึ่งเป็นกรอบกำหนดความสัมพันธ์ของเจ้าไพร่กับไพร่ หรือ เจ้าทาสกับทาส หรือข้าที่ดินกับเจ้าที่ดิน ด้วยการลงโทษผู้ที่ลักพาผู้คนในสังกัดของผู้อื่นไป อันเป็นการเสริมสร้างความมั่นคงทางการเมืองและเศรษฐกิจ ดังนั้นแรงงานของไพร่และทาสมีประโยชน์ต่อมุลนายทั้งด้านการเมืองและเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก เพราะเป็นกำลังสำคัญมีส่วนทำให้ฐานะของขุนนางมั่นคง เนื่องจากไพร่มักถูกเกณฑ์ไปสู้รบในสงครามกลางเมือง กรณีที่เกิดการแย่งชิงราชสมบัติกันในหมู่ผู้ปกครอง นอกจากนี้ไพร่และทาสยังเป็นปัจจัยการผลิตที่สำคัญ<sup>14</sup> เฉกเช่นเดียวกับการปกครองของฝรั่งเศส ที่ความสัมพันธ์ระหว่างข้าที่ดินและทาสอยู่ภายใต้การปกครองของเจ้าที่ดิน ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าที่ดินที่มีอำนาจปกครองที่ดิน กับข้าที่ดิน (Vassal) ตามสังคมศักดินาฝรั่งเศส ฐานะของข้าที่ดินจะถูกจำกัด ในขณะที่ฐานะของทาสมีฐานะต่ำสุดในสังคม ชีวิตและแรงงานของทาส และบุตรภริยาเป็นสมบัติของนายทาส ชีวิตและทรัพย์สินตกอยู่ในการคุ้มครองดูแลของนายทาสโดยลำพัง ในขณะที่ข้าที่ดินในระบบศักดินานั้น เจ้าที่ดินมีสิทธิต่างๆ ที่จะเรียกร้องผลประโยชน์ของตนจากข้าที่ดิน โดยถูกจำกัดอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย<sup>15</sup> ลักษณะความสัมพันธ์ดังกล่าวคล้ายคลึงกับของญี่ปุ่นเช่นกัน การปกครองโดยชนชั้นนักรบตามระบบศักดินาญี่ปุ่นเป็นการควบคุมการดำเนินการของสมาชิกทุกคนในทุกชั้นตอนของสังคมมีลักษณะเป็นรัฐตำรวจ ความสัมพันธ์แบบศักดินาระหว่างเจ้าของที่ดินรายใหญ่และผู้เช่าที่ดิน ผู้เช่าที่ดินและเจ้าของที่ดินรายเล็กต้องรับใช้เจ้าของที่ดินรายใหญ่ด้วยการเป็นทหารในช่วงวิกฤตสงคราม<sup>16</sup> ในขณะที่อินเดียนั้น การปกครองตามศาสนาฮินดูในเรื่องชนชั้นวรรณะ โดยแบ่งหน้าที่ตามแต่ละวรรณะฝังลึกในสังคมอินเดียเป็นเวลายาวนาน การพรากหรือลักพาผู้คนไม่ว่าจะด้วยวัตถุประสงค์ใดๆ ย่อมกระทบต่อการปกครอง โดยเฉพาะการลักพาคนไปยังต่างเมือง หรือการลักพาคนต่างวรรณะไปแต่งงาน บุตรที่ออกมาเป็นจันทาลไม่มีชั้นวรรณะในสังคมยิ่งทำให้เกิดปัญหาในสังคมตามมา กฎหมายฮินดูจึงได้กำหนดให้การลักพาผู้คนไปต้องได้รับโทษอย่างรุนแรง<sup>17</sup> เจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานดังกล่าวในยุคก่อน

<sup>14</sup> ศิริพร กรอบทอง, "เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการ กฎหมายตราสามดวง: แวนสองสังคมไทย ครั้งที่ 3, ลำดับที่ 5 พระไอยการลักภากฎเมียผู้คนท่าน," ใน โครงการวิจัยเมธีวิจัยอาวุโส สกว. กฎหมายตราสามดวง: ประมวลกฎหมายไทยในฐานะมรดกโลก, หน้า 280.

<sup>15</sup> Bloch, M., Feudal Society. Cited in กรรณิการ์ นิโบล, "ระบบศักดินาไทยและยุโรป: ศึกษาเปรียบเทียบโครงสร้างทางสังคมและลักษณะพัฒนาการ," หน้า 80.

<sup>16</sup> ยุกา คลังสุวรรณ และคณะ, "การเปลี่ยนแปลงอย่างต่อเนื่องของสังคมญี่ปุ่น," ญี่ปุ่นศึกษา.

<sup>17</sup> Buhler, G., The Laws of Manu, p. 310.

Article 323: For Stealing men of noble family and especially women and the most precious gems, (the offender) deserves corporal (or capital) punishment.

สมัยใหม่นี้มีลักษณะที่คล้ายกันคือ การคุ้มครองสิทธิ หรืออำนาจปกครองของเจ้า หรือนาย หรือเจ้าที่ดิน

ในยุคสมัยใหม่นั้น ความสัมพันธ์ของคนในสังคมเปลี่ยนแปลงไปจากยุคก่อนสมัยใหม่ ที่เป็นการปกครองแบบระบบศักดินา ประเทศที่นำมาศึกษาล้วนมีการเปลี่ยนแปลงไปเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ซึ่งประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน บุคคลมีความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย สิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้รับการคุ้มครอง กฎหมายอาญาที่ออกมาใช้บังคับจึงต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน อีกทั้งการกำหนดความผิดทางอาญาจะต้องเป็นไปตามกรอบของรัฐธรรมนูญที่วางไว้ ซึ่งไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในส่วนของกฎหมายอาญาได้วางรากฐานหลักการที่สำคัญต่างๆ ของกฎหมายอาญาเช่น Nullum cimen, nulla poena, sine lege ซึ่งก็คือหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Legality Principle) อันเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาและเป็นหลักประกันแก่ประชาชนว่าการกระทำที่อาจถูกลงโทษต้องเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนในขณะที่ยกเว้นความผิดและมีกฎหมายกำหนดโทษไว้สำหรับความผิดนั้น ในด้านความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์นั้น เมื่อพิจารณาถึงปัจจัยด้านการปกครอง เด็กหรือผู้เยาว์ต้องได้รับการรับรองสถานะ และสิทธิเสรีภาพ บุคคลมีฐานะและสิทธิเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ซึ่งสิทธิในเสรีภาพของบุคคลมีส่วนสำคัญมากในการบัญญัติกฎหมายอาญาสมัยใหม่ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดกฎหมายธรรมชาติและประมวลกฎหมายอาญาให้ความคุ้มครองรับรองสิทธิในเสรีภาพของบุคคลไว้โดยรัฐมีหน้าที่ป้องกันมิให้ประชาชนถูกลิดรอนเสรีภาพในการตัดสินใจที่จะกระทำการใดด้วยตนเองโดยไม่ถูกบังคับขู่เข็ญหรือโดยไม่สมัครใจ<sup>18</sup> ความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ที่กฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองเป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพโดยเสรีภาพนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่กฎหมายยอมรับเข้าไว้ และมีการกำหนดโทษไว้สำหรับบุคคลที่ฝ่าฝืน นอกจากนี้แนวความคิดในการคุ้มครองเด็กได้พัฒนาขึ้นอย่างต่อเนื่องในยุคสมัยใหม่ ทั้งที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและเป็นเรื่องสำคัญในระดับกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้รัฐภาคีมีมาตรการในการคุ้มครองในชีวิตร่างกาย และสวัสดิภาพของเด็ก อย่างไรก็ตามประเด็นเรื่องความยินยอมของเด็กที่ยอมไปกับผู้พรากนั้นกฎหมายมองว่าความไร้เดียงสา และวุฒิภาวะของเด็ก จะเกิดผลร้ายมากกว่าผลดี การให้ความยินยอมหรืออนุญาตจึงขึ้นอยู่กับบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลด้วย การกำหนดความผิดทางอาญาฐานพรากเด็กและผู้เยาว์จึงเป็นมาตรการหนึ่งของรัฐที่จะให้ความคุ้มครองเด็ก และกำหนดโทษทางอาญาไว้เพื่อเป็นการข่มขู่ยังการพรากเด็กและผู้เยาว์ไปจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล

<sup>18</sup> คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 161.

#### 6.1.2.4 ปัจจัยด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ในยุคก่อนสมัยใหม่ ทั้งไทย ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และอินเดีย ต่างได้รับอิทธิพลด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งรวมถึงการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์เช่นกัน โดยในยุคก่อนสมัยใหม่นี้ได้มีการแบ่งแยกอย่างชัดเจนว่าความผิดฐานดังกล่าวอยู่ในส่วนของกฎหมายอาญา หรือกฎหมายแพ่ง การได้รับกฎหมายของไทยนั้นได้รับอิทธิพลมาจากคัมภีร์มานวธรรมศาสตร์ของอินเดียเรียกว่า “พระธรรมศาสตร์” โดยเชื่อว่าได้รับอิทธิพลของกฎหมายนี้ผ่านทางมอญมาอีกทอดหนึ่งจาก คัมภีร์ธรรมสัทถัม ซึ่งมอญได้ตัดทอนแก้ไขส่วนที่เป็นศาสนาพราหมณ์ออกเพื่อให้เหมาะสมและสอดคล้องกับหลักธรรมทางพระพุทธศาสนาซึ่งเป็นศาสนาดั้งเดิมของมอญ<sup>19</sup> กฎหมายลักษณะลักพาปรากฏให้เห็นตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัยตามหลักศิลาจารึก และอาณาจักรล้านนาซึ่งเป็นอาณาจักรในช่วงเวลาใกล้เคียงกัน ล้วนได้อิทธิพลมาจากพระธรรมศาสตร์ และกฎหมายดังกล่าวได้มีการใช้เรื่อยมาจนถึงช่วงการปฏิรูปกฎหมายในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ในขณะที่กฎหมายของฝรั่งเศสเองก็ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายและจารีตประเพณีเยอรมานิก (Germanic Law) ของชาวแฟรงค์ที่อพยพเข้ามาในดินแดนกอล กฎหมายโรมัน (Roman Law) ของชาวโรมัน และกฎหมายพระศาสนจักร (Canon Law) สถาปหลังคมมีการปกครองโดยระบบศักดินาสวามิภักดิ์ (Feudal System) พัฒนามาจากระบบอุปถัมภ์ซึ่งเป็นลักษณะของการปกครองของสังคมโรมันแต่เดิม บุคคลที่มีฐานะทางสังคมต่ำจะอยู่ในความอุปการะของผู้ที่มีฐานะดีกว่า มีอำนาจมากกว่า ระบบนี้มีพื้นฐานที่ขึ้นอยู่กับสัญญาที่ดิน<sup>20</sup> กฎหมายอาญาโดยทั่วไปของฝรั่งเศสในช่วงยุคกลางนี้ เห็นว่ามีได้มีหลักการหรือทฤษฎีทางกฎหมายอาญาที่ใช้ในปัจจุบัน ในยุคก่อนสมัยใหม่นั้นไม่มีความพยายามใดๆ ที่จะพิจารณาอย่างรอบคอบว่าอะไรเป็นรากฐานที่แท้จริงของสิทธิในการลงโทษ (Right to punishment) ปริมาณที่เหมาะสมในการลงโทษ และข้อผิดพลาดที่ต้องหลีกเลี่ยง โทษส่วนใหญ่เป็นการปรับ รูปแบบการทรมานบางประเภท และรวมถึงการแขวนคอด้วย<sup>21</sup> ญี่ปุ่นเองก็เช่นเดียวกันได้รับอิทธิพลจากกฎหมายจีนราชวงศ์ถัง และแนวความคิดลัทธิขงจื้อในการบัญญัติกฎหมายริสึเรียว (Ritsu-Ryo) ซึ่งริสึ (Ritsu) เป็นส่วนของบทบัญญัติว่าด้วยการลงโทษซึ่งเป็นกฎหมายอาญา ส่วนเรียว (Ryo) เป็นส่วนของบทบัญญัติว่าด้วยการปกครองซึ่งเป็นกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายปกครองนั่นเอง

<sup>19</sup> โรแบร์ต แลงการ์ด, คำสอนชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2478 ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน) ละเมียด, หน้า 38-40.

<sup>20</sup> ชนาทิพย์ เกษะวัฒน์, ประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมฝรั่งเศส (สมัยฟื้นฟูศิลปวิทยาการจนถึงสมัยปฏิวัติฝรั่งเศส), หน้า 3.

<sup>21</sup> Bar, C. L. v., A History of Continental Criminal Law, pp. 146-147.

กฎหมายวิธีเรียวนี้มุ่งที่จะส่งเสริมให้คนทำความดี และลงโทษบุคคลที่กระทำความผิด<sup>22</sup> อย่างไรก็ตาม ความสำเร็จที่สำคัญที่แท้จริงของกฎหมายอาญาคือเป็นหนึ่งในเครื่องมือที่สามารถรักษาประเพณีของระบบศักดินาได้<sup>23</sup> ในส่วนของอินเดีย เมื่อศึกษาย้อนกลับไปจะเห็นว่าชาวอินโด-อารยันที่อพยพมายังดินแดนอนุทวีปอินเดียได้นำความเชื่อตามศาสนาฮินดู ซึ่งปฏิบัติอย่างเคร่งครัดตามหลักการของวรรณาธรรม (Varna Ashrama Dharma) เป็นการจัดระเบียบสังคมโดยแบ่งหน้าที่ของคนในสังคมตามวรรณะ อินเดียยังได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอิสลามจากชาวมุสลิมเชื้อสายเติร์กและมองโกล ซึ่งต่อมาปกครองอินเดีย ได้สร้างอาณาจักรสุลต่านแห่งเดลีระหว่าง ค.ศ. 1196-1526 และสร้างจักรวรรดิโมกุลระหว่าง ค.ศ. 1526-1858<sup>24</sup> จะเห็นได้ว่าทั้งสี่ประเทศที่ทำการศึกษานี้ล้วนได้รับอิทธิพลด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในการบัญญัติกฎหมาย

ในยุคสมัยใหม่นั้น ทั้งไทยและญี่ปุ่นปฏิรูปกฎหมาย โดยมีปัจจัยด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในมิติของการค้าขายกับชาติตะวันตก สนธิสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนำมาสู่ปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ทั้งไทยและญี่ปุ่นเสียอิสรภาพทางการศาล เงื่อนไขที่จะยกเลิกสนธิสัญญาที่ไม่เป็นธรรมคือต้องมีกฎหมายที่ทันสมัยเทียบเท่าชาติตะวันตก ทั้งไทยและญี่ปุ่นต่างจ้างนักกฎหมายต่างชาติเข้ามาช่วยในการร่างกฎหมาย และได้ศึกษากฎหมายของหลายๆ ประเทศมาปรับใช้กับสภาพสังคม ในขณะที่อินเดียเองมีประมวลกฎหมายอาญาใช้ตั้งแต่ ค.ศ. 1860 โดยคณะกรรมการร่างชาวอังกฤษเป็นผู้ร่างให้ โดยมีได้นำแนวความคิดของกฎหมายฮินดู หรือกฎหมายอิสลามมารวมไว้ในประมวลกฎหมายอาญานี้ กระบวนการตรากฎหมายอาญานี้เป็นเสมือนการนำเอากฎหมายของอังกฤษมาให้แก่ประเทศอินเดีย<sup>25</sup> ในขณะที่ฝรั่งเศส การปฏิรูปกฎหมายนั้นเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการปฏิวัติฝรั่งเศส โดยนำแนวคิดของนักปรัชญา และกฎหมายสมัยใหม่ของฝรั่งเศส และต่างประเทศมาปรับใช้ในการปฏิรูป การปฏิรูปกฎหมายอันดับแรกนั้นเกี่ยวกับเสรีภาพของประชาชน โดยปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen) ประกาศให้พลเมืองทุกคนนั้นเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย นับเป็นการสิ้นสุดระบบการแบ่งชนชั้น การแบ่งแยกระหว่างศาสนจักรกับรัฐมีผลบังคับใช้ อย่างไรก็ตาม การกำหนดความผิดทางอาญาฐานพรากเด็กและผู้เยาว์มีการแก้ไขอยู่บ่อยครั้ง และสาเหตุหนึ่งของการแก้ไขเนื่องจากความสัมพันธ์ด้านกฎหมาย

<sup>22</sup> Noda, Y., *Introduction to Japanese Law*, p. 22.

<sup>23</sup> Wren, H. G., "The Legal System of Pre-Western Japan," *Hasting Law Journal*: 233.

<sup>24</sup> จักร์ญ มะลูลีม, *อินเดียศึกษา: การเมืองการปกครอง การต่างประเทศ ศาสนา สังคมและวัฒนธรรม*, หน้า 23.

<sup>25</sup> Skuy, D., "Macaulay and the Indian Penal Code of 1862: The Myth of the Inherent Superiority and Modernity of the English Legal System Compared to India's Legal System in the Nineteenth Century," *Modern Asian Studies*.



ระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองเด็ก และอำนาจปกครองของผู้ปกครอง ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังฝรั่งเศสเข้าร่วมในอนุสัญญาทางแพ่งว่าด้วยการลักพาเด็กข้ามชาติ (Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction) ในค.ศ. 1988 ซึ่งอนุสัญญานี้มีวัตถุประสงค์ที่จะให้เด็กกลับคืนมาโดยเร็ว (Prompt Return) เมื่อมีการลักพาเด็กไปจากอำนาจปกครองหรือได้พาไปอยู่ในสิ่งแวดล้อมใหม่ และเพื่อให้มั่นใจว่าสิทธิในอำนาจปกครองและการติดต่อตามกฎหมายของรัฐภาคีหนึ่งได้รับการเคารพอย่างมีประสิทธิภาพกับรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่ง<sup>26</sup> ฝรั่งเศสได้แก้ไขบทบัญญัติให้สอดคล้องกับอนุสัญญา ซึ่งมีผลบังคับใช้กับฝรั่งเศสในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1988<sup>27</sup>

โดยสรุป ปัจจัยด้านสังคม เศรษฐกิจ การปกครอง และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก่อให้เกิดจุดเปลี่ยน (Turning point) จุดเปลี่ยนของการปฏิรูปกฎหมายของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันไป ไทยและญี่ปุ่นมีจุดเปลี่ยนที่คล้ายคลึงกันคือ การได้รับอิทธิพลของกฎหมายตะวันตกจากการกดดันทางการค้าระหว่างประเทศ สนธิสัญญาที่ไม่เป็นธรรม นำมาสู่ปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต อันเป็นการปฏิรูปเนื่องจากสภาวะการกดดันทางอ้อม (Indirect Pressure) ในขณะที่อินเดียนั้น จุดเปลี่ยนที่นำอินเดียสู่การปฏิรูปกฎหมายตามอิทธิพลกฎหมายตะวันตกคือ การเข้าครอบครองประเทศอินเดียของอังกฤษ อันเป็นการปฏิรูปเนื่องจากสภาวะการบังคับโดยตรง (Direct Force) ส่วนในด้านฝรั่งเศส การปฏิรูปกฎหมายเกิดจากสภาพสังคม เศรษฐกิจ การปกครองภายในประเทศโดยแท้ ที่ต้องการเปลี่ยนแปลงสังคมระบบศักดินา ระบบเศรษฐกิจถดถอย และระบอบการปกครอง ซึ่งกฎหมายเป็นกลไกสำคัญต่อการปฏิรูป อันถือได้ว่าเป็นการปฏิรูปเนื่องจากสภาวะขับเคลื่อนภายในประเทศเอง (Internal Drive) อย่างไรก็ตาม แนวโน้มของการกำหนดความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ของไทยนั้น ผู้เขียนเห็นว่าปัจจัยด้านสังคม และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในรูปแบบต่างๆ จะเป็นปัจจัยสำคัญที่มีผลต่อการกำหนดความผิดทางอาญาฐานพรากเด็กและผู้เยาว์ต่อไป เนื่องจากสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว มีลักษณะเป็นสังคมเปิด การติดต่อสื่อสาร

<sup>26</sup> Convention on Civil Aspects of International Child Abduction Article 1: The objects of the present Convention are –

- a) to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any contracting State; and
- b) to ensure that rights of custody and of access under the law of one Contracting State are effectively respected in the other Contracting States.

<sup>27</sup> Chiancone, J., L. Girdner, and P. Hoff, "Issues in Resolving Cases of International Child Abduction by Parents," 2.

และการเดินทางระหว่างประเทศเป็นไปได้โดยง่ายและรวดเร็วเมื่อเปรียบเทียบกับในอดีต และมาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศมีบทบาทต่อประเทศภาคีในการอนุวัติใช้ภายในประเทศ

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิวัฒนาการการกำหนดความผิดทางอาญารากเด็กและผู้เยาว์ของไทย และเปรียบเทียบกับของ ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และอินเดียแล้วนั้น ทำให้เข้าใจถึงปัจจัยที่ส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงกับการกำหนดความผิดฐานดังกล่าว และเกิดประโยชน์โดยให้แนวคิด และแนวทางการบัญญัติกฎหมายในความผิดทางอาญารากเด็กและผู้เยาว์ การใช้และการตีความกฎหมายพึงต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วยว่ากฎหมายในความผิดฐานนี้มุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ซึ่งมีสิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมดูแลเด็กหรือผู้เยาว์ การคุ้มครองอำนาจปกครองในที่นี้ย่อมหมายถึงการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ไปในตัว และเพื่อประโยชน์สุขของเด็กและผู้เยาว์ด้วย

แม้ว่าจะมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ขาดความชัดเจนในคำตัดสินว่าเป็นความผิดฐานพรากเด็กและผู้เยาว์หรือไม่นั้น ในประเด็นความสนใจของเด็ก พฤติการณ์และลักษณะของการกระทำใดบ้างที่เป็นการพรากตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 มาตรา 318 และ มาตรา 319 อย่างไรก็ดี ถึงเรียกว่าเป็นการพราก ระยะเวลาในการพรากควรนำมาพิจารณาด้วยหรือไม่ และในประเด็นกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควร ล้วนเป็นประเด็นที่สามารถศึกษาเพิ่มเติมอันจะเป็นประโยชน์ในทางวิชาการต่อไป อย่างไรก็ตามก็ดีจากการศึกษาในแง่วิวัฒนาการ และประวัติศาสตร์กฎหมายทำให้เห็นว่าการตัดสินผู้กระทำมีความผิดฐานพรากเด็กหรือผู้เยาว์หรือไม่นั้น พึงต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในความผิดฐานนี้ประกอบด้วย อันเป็นรากฐานที่กฎหมายต้องการจะคุ้มครอง

## บรรณานุกรม

### ภาษาอังกฤษ

- Bar, C. L. v. A History of Continental Criminal Law. Boston: Little, Brown, and Company, 1916.
- Bloch, M. Feudal Society. 2 ed. London: Routledge paperbacks, 1962.
- Buhler, G. The Laws of Manu. Oxford: Clarendon Press, 1886.
- Cairns, W., and McKeon, R. Introduction to French Law. London: Cavendish Publishing Limited, 1995.
- Central Board of Secondary Education. Historical Evolution of the Indian Legal System [Online]. Available from: [http://cbseacademic.nic.in/web\\_material/doc/Legal\\_Studies/XI\\_U3\\_Legal\\_Studies.pdf](http://cbseacademic.nic.in/web_material/doc/Legal_Studies/XI_U3_Legal_Studies.pdf) [1 May 2019.]
- Chiancone, J., Girdner, L., and Hoff, P. "Issues in Resolving Cases of International Child Abduction by Parents." Washington, DC: U.S. Department of Justice, Office of Justice Program, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 2001.
- Code Civil: Article 388. [Online]. 2018. Available from: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=2C379BC46D5D0CD0873ECD422FD36CFD.tplgfr38s\\_1?idSectionTA=LEGISCTA000031345343&cidTexte=LEGI-TEXT000006070721&dateTexte=20181122](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=2C379BC46D5D0CD0873ECD422FD36CFD.tplgfr38s_1?idSectionTA=LEGISCTA000031345343&cidTexte=LEGI-TEXT000006070721&dateTexte=20181122) [22 November 2018.]
- The Constitution of Japan. [Online]. 1947. Available from: [https://japan.kantei.go.jp/constitution\\_and\\_government\\_of\\_japan/constitution\\_e.html](https://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html) [15 May 2019.]
- Cowell, H. History and Constitution of the Courts and Legislative Authorities in India. 6 ed. Calcutta: Thacker, Spink & Co., 1936.
- Das, S. Crime and Punishment in Ancient India. New Delhi Abhinav Publications, 1977.
- David, R. French Law: Its Structure, Sources, and Methodology. Translated by Kindred, M. Louisiana: Louisiana State University Press, 1972.
- Dean, M. Japanese Legal System. 2nd ed. London: Cavendish Pub, 2002.

- Duhaime, L. Japan: A Legal History [Online]. 2010. Available from:  
<http://www.duhaime.org/LawMuseum/LawArticle-1204/Japan-A-Legal-History.aspx> [21 April 2019. 9 May 2017]
- Evans-Grubbs, J. Abduction Marriage in Antiquity: A Law of Constantine (Cth lx. 24. I) and Its Social Context. The Journal of Roman Studies 79 (1989): 59-83.
- Forgash, K. Tsuikahô 736: On Kidnapping and Selling People [Online]. 2019. Available from: <http://www.uscppjs.org/translation-archive/2019/4/6/tsuikah-736-on-kidnapping-and-selling-people> [23 April 2019. 6 April 2019]
- Foundation., C. I. Vulnerable Children - Child Trafficking India [Online]. Available from: <https://www.childlineindia.org.in/child-trafficking-india.htm> [27 May 2019.]
- Garg, A. Difference between Abduction and Kidnapping under the Indian Penal Code [Online]. 2018. Available from: <https://blog.ipleaders.in/difference-between-abduction-and-kidnapping/> [21 December 2018. 16 August 2018]
- GOVERNMENT OF INDIA MINISTRY OF LAW AND JUSTICE LEGISLATIVE DEPARTMENT. "The Constitution of India ". New Delhi, 2018.
- Gupta, R. D. Crime and Punishment in Ancient India. Calcutta: Book Company, 1930.
- Haneef, T. "Islamic Criminal Law." Lahore: Lahore Leads University.
- Hopkins, E. W. "The Ordinances of Manu." London: Kegan Paul, Trench, Trubner. & Co. Ltd, 1891.
- Htwe, T. T. "The Legal Response to Child Abduction by Parents in Japan and England and Wales." 2013.
- Indian Legal System - History Development and Structure. [Online]. Available from: [http://shodhganga.inflibnet.ac.in/bitstream/10603/50982/9/09\\_chapter%202.pdf](http://shodhganga.inflibnet.ac.in/bitstream/10603/50982/9/09_chapter%202.pdf) [1 May 2019.]
- The Indian Penal Code (Act No. Xlv of 1860). 1971.
- J.G.Caiger, R. H. P. M. a. A History of Japan. Revised Edition ed. Tokyo: TUTTLE Publishing, 1997.
- Japan Civil Code 1896. [Online]. Available from: <http://www.moj.go.jp/content/000056024.pdf> [22 November 2018.]

Japan Penal Code 1907. [Online]. Available from:

<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1960&re=02&vm=04> [22 November 2018.]

Japan, S. C. o. 1994 (O) 1437 Case of a Request for Habeas Corpus Relief [Online].

1994. Available from: [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=176](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=176) [25 February 2019.]

———. 2017 (Kyo) 9 [Online]. 2017. Available from:

[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=87349](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=87349) [25 February 2019.]

Japan: Law No. 199 of 1948, Habeas Corpus Act. [Online]. 1948. Available from:

<https://www.refworld.org/docid/3fbc03634.html> [25 February 2019. 30 July 1948]

JONES, C. P. A. Japan's Supreme Court Hands Down a Road Map for Parental Child Abductions [Online]. 2017. Available from:

[https://www.japantimes.co.jp/community/2017/12/31/issues/japans-supreme-court-hands-road-map-parental-child-abductions/#.W\\_t7JYczblU](https://www.japantimes.co.jp/community/2017/12/31/issues/japans-supreme-court-hands-road-map-parental-child-abductions/#.W_t7JYczblU) [29 November 2018.]

———. No More Excuses: Why Recent Penal Code Amendments Should (but Probably Won't) Stop International Parental Child Abduction to Japan. 6 Whittier J. Child. & Fam. Advoc. 351 (2007).

Jottrand, M. a. M. E. In Siam: The Diary of a Legal Adviser of King Chulalongkorn's Government. Translated by Tips, W. E. J. Bangkok: White Lotus Press, 1996.

King, L. W. The Code of Hammurabi [Online]. Available from:

<http://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp> [17 December 2018.]

Lee, R. S. Bringing Our Kids Home: International Parental Child Abduction & Japan's Refusal to Return Our Children Cardozo Journal of Law & Gender 17 (2010): 109.

Meyer, D. C. "France an Outline of History." Hong Kong: School of Modern Languages and Cultures, The University of Hong Kong, 2008.

Minamikata, S. Resolution of Disputes over Parental Rights and Duties in a Marital Dissolution Case in Japan: A Nonlitigious Approach in "Chotei" (Family Court Mediation). Family Law Quarterly 39, 2 (2005): 489-506.

- Mita, K. Transactions of the Asiatic Society of Japan Volume Xli. Tokyo: THE ASIATIC SOCIETY OF JAPAN, 1913.
- Mukhtar, S. "In Defense of Codification of the Islamic Law of Hudud into the Law of Pakistan." *International Review of Law*, 2016.
- Noda, Y. Introduction to Japanese Law. Tokyo: University of Tokyo Press, 1984.
- Oda, H. Japanese Law. 2 ed. New York: Oxford University Press, 1999.
- "Outline of Criminal Justice in Japan." edited by 2016, S. C. o. J. Tokyo: Supreme Court of Japan, 2016.
- Padoux, G. Report on the Proposed Penal Code for the Kingdom of Siam Submitted to His Royal Highness Prince Rajburi Direckrit. Bangkok: The American Presbyterian Mission Press, 1906.
- Pathshala, e.-P. Kidnapping and Abduction in Criminal Law [Online]. Available from: [https://epgp.inflibnet.ac.in/view\\_f.php?category=1795](https://epgp.inflibnet.ac.in/view_f.php?category=1795) [21 December 2018.]
- Pervin, M. Enactment of Penal Code, 1860: A Historical Analysis. *IOSR Journal Of Humanities And Social Science* 21, 6 (2016): 53.
- Peters, R. "The Reintroduction of Islamic Criminal Law in Northern Nigeria." Amsterdam, 2001.
- Rapid Increase in Child Abduction to Japan. [Online]. 2010. Available from: <https://amview.japan.usembassy.gov/en/child-abduction-graph/> [26 November 2018.]
- Röhl, W. History of Law in Japan since 1868. Leiden: BRILL, 2004.
- Sanford, H. S. The Different Systems of Penal Code in Europe; Also a Report of the Administrative Changes in France, since the Revolution of 1848. Washington: Beverly Tucker, Senate Printer, 1854.
- Sieber, U., Jarvers, K., and Silverman, E. National Criminal Law in a Comparative Legal Context Vol.1.3 Introduction to National Systems China, Japan, Poland, Turkey. Berlin: Duncker & Humblot, 2014.
- Skuy, D. Macaulay and the Indian Penal Code of 1862: The Myth of the Inherent Superiority and Modernity of the English Legal System Compared to India's Legal System in the Nineteenth Century. *Modern Asian Studies* 32, 03 (1998): 513-557.

- Strokes, E. The English Utilitarians and India [Online]. 1959. Available from:  
[https://archive.org/stream/in.ernet.dli.2015.12654/2015.12654.The-English-Utilitarians-And-India\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/in.ernet.dli.2015.12654/2015.12654.The-English-Utilitarians-And-India_djvu.txt) [20 December 2018.]
- Supreme Court of India. S. Varadarajan Vs State of Madras on 9 September, 1964 [Online]. 1964. Available from: <https://indiankanoon.org/doc/1163239/> [20 December 2018.]
- . State of Haryana Vs Raja Ram on 27 October, 1972 [Online]. 1972. Available from: <https://indiankanoon.org/doc/990563/> [21 December 2018.]
- . Thakorlal D. Vadgama Vs the State of Gujarat on 2 May, 1973 [Online]. 1973. Available from: <https://indiankanoon.org/doc/934266/> [20 December 2018.]
- Supreme Court of Japan. 2002 (a) 805 Case to Be Brought for Kidnapping for the Purpose of Transporting the Kidnapped Person to a Foreign Country and Destruction of Objects [Online]. 2003. Available from:  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=631](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=631) [22 February 2019.]
- . 2004 (a) 2199 Case to Be Brought for Kidnapping [Online]. 2005. Available from: [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=793](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=793) [21 February 2019.]
- The Court for Crown Cases Reserved. Regina V. Prince | L.R. 2 Cr Cas Res 154 | June 12, 1875 [Online]. 1875. Available from:  
<https://h2o.law.harvard.edu/collages/9958> [21 December 2018.]
- Vibhute, K. I. Psa Pillai's Criminal Law. Lexisnexis, 2011.
- Wren, H. G. The Legal System of Pre-Western Japan. Hasting Law Journal 20, 1 (1968).

### ภาษาฝรั่งเศส

- Ariès, P. L'enfant Et La Vie Familiale Sous L'ancien Régime. Seuil, 1973.
- Code Pénal De 1810 Édition Originale En Version Intégrale, Publiée Sous Le Titre :Code Des Délits Et Des Peines (Troisième Partie). [Online]. 1810. Available from:  
[https://ledroitcriminel.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_penal\\_1810/code\\_penal\\_1810\\_3.htm](https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_3.htm) [16 November 2018.]
- Code Pénal De 1810 Partie Législative (Suite Et Fin) (Texte En Vigueur Lors De Son Abrogation En 1994). [Online]. 1994. Available from:

[https://ledroitcriminel.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_penal\\_1994/partie\\_legislative\\_3.htm](https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1994/partie_legislative_3.htm) [16 November 2018.]

Code Pénal Du 25 Septembre – 6 Octobre 1791 (Texte Intégral Original). [Online].

1791. Available from:

[https://ledroitcriminel.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_penal\\_25\\_09\\_1791.htm](https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm) [16 November 2018.]

Code Pénal: Chapitre VII : Des Atteintes Aux Mineurs Et À La Famille Section 3 : Des

Atteintes À L'exercice De L'autorité Parentale. [Online]. 1999. Available from:

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=43CB9EAB400297211D08EB980B3F581A.tplgfr38s\\_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165319&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=19990101](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=43CB9EAB400297211D08EB980B3F581A.tplgfr38s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165319&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=19990101) [22 November 2018.]

Code Pénal: Section 1 : De L'enlèvement Et De La Séquestration. [Online]. 1994.

Available from:

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7F4061141AEA1DB8349E34546A2FF7F3.tplgfr32s\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006165295&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=19950101](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7F4061141AEA1DB8349E34546A2FF7F3.tplgfr32s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006165295&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=19950101) [22 November 2018.]

La Loi Salique. [Online]. 511-798. Available from:

[https://ledroitcriminel.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/loi\\_salique.htm](https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/loi_salique.htm) [29 April 2019.]

Lois Des Bourguignons, Vulgairement Nommées Loi Gombette [Online]. 501. Available from:

[https://ledroitcriminel.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/loi\\_gombette.htm](https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/loi_gombette.htm) [28 April 2019.]

Ordonnance Criminelle Du Mois D'août 1670. [Online]. 1670. Available from:

[https://ledroitcriminel.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/ordonnance\\_criminelle\\_de\\_1670.htm](https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/ordonnance_criminelle_de_1670.htm) [16 November 2018.]

Padoux, G. Code Pénal Du Royaume De Siam. Paris: Imprimerie Nationale, 1908.

## ภาษาไทย

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: บริษัท  
กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2557.



เดือน บุนนาค. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2489.

เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม (Law and Social Change).

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2545.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. กฎหมายลักษณะอาญา: ประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย. วารสารนิติศาสตร์ 16, 2 (2531): 109-110.

———. ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2524.

แสวง สุนทรกะลัมภ์. ย่อคำพิพากษาศาลฎีกา กฎหมายลักษณะอาญา ตั้งแต่ ร.ศ. 127 ถึง พ.ศ. 2498. พระนคร: บริษัท แพร์พิทยา บริษัทโอเดียนส์โตร์, 2501.

โรแบร์ต แลงการ์ด. คำสอนชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2478 ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน) ละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2478.

กฎหมายในรัชกาลที่ 5 ซึ่งโปรดเกล้าฯ ตั้งขึ้นไว้ตั้งแต่ปีมะโรง สัมฤทธิศก 1230 มาจนถึง ร.ศ. 114 เล่ม 1-5. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา.

กนิษฐา ชิตช่าง. มูลเหตุของการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2533.

กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์. โค้ดอาญา เล่ม 1 ฉบับหลวงกับฉบับเทียบ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กองหลวงโทษ, 2452.

กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. [ออนไลน์]. 2018. แหล่งที่มา: <http://humanrights.mfa.go.th/th/kids/72/> [เข้าถึงเมื่อ 27 November 2018.]

กรรณิการ์ นิโบล. ระบบศักดินาไทยและยุโรป: ศึกษาเปรียบเทียบโครงสร้างทางสังคมและลักษณะพัฒนาการ. อักษรศาสตร์มหาบัณฑิต, ประวัติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2525.

กระทรวงการต่างประเทศ. "ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน". กรุงเทพมหานคร: กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงต่างประเทศ, 2551.

กฤษฎา บุญสมิต. "เอกสารประกอบคำสอน: ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ลักษณะสังคม การปกครอง และกฎหมายสมัยสุโขทัย". กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

กำธร กำประเสริฐ. คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521.

คณพล จันทน์หอม. กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.

- . คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561.
- . วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127: ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2545.
- คณะกรรมการกฤษฎีกา. "รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 332/246/2485 วันศุกร์ที่ 3 กรกฎาคม 2485." 2485.
- คณะกรรมการกลุ่มปรับปรุงชุดวิชาประวัติศาสตร์สังคมและการเมืองไทย. เอกสารการสอนชุดประวัติศาสตร์สังคมและการเมืองไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553.
- คณิต ฒ นคร. กฎหมายอาญา ภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.
- . กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.
- จรัญ มะลูลีม. อินเดียศึกษา: การเมืองการปกครอง การต่างประเทศ ศาสนา สังคมและวัฒนธรรม. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สยาม, 2559.
- จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2553.
- . คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2543.
- ฉัตรทิพย์ นาถสุภา. ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.
- ชนบท ศุภศรี, รัชชัย ปาลกะวงศ์ ณ อยุธยา และ ชาญ วัฒนธรรม. ความผิดในคดีอาญา ตอน ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดฐานพรากผู้เยาว์. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิง จำกัด, 2561.
- ชนาทิพย์ เกษะวัฒนะ. ประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมฝรั่งเศส (สมัยฟื้นฟูศิลปวิทยาการจนถึงสมัยปฏิวัติฝรั่งเศส). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.
- ชลลดา โกพัฒนา. ทาสกับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคมสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2325-2448. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, ประวัติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2533.
- ชัชพล ไชยพร. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ภาคก่อนปฏิรูป. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561.
- ณรงค์ ใจหาญ. ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2527.
- ดุขฎี หลีละเมียร. พรากเด็ก: เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ควรจะเป็นในสภาพสังคมปัจจุบัน. ตุลพาท 1(2545).

- ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558.
- ประเสริฐ ฒ นคร. มังรายศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: พิมพ์เนื่องในงานพระราชทานเพลิงศพ หลวงโศทรกิตยานุพันธ์(อาศาศ โศทรกิตย), 2514.
- ประแดร์นิเกต์. คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา. กรุงเทพมหานคร: ศาลจังหวัดสายบุรี, 2458.
- "ประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพา." In ประชุมประกาศรัชกาลที่ ๔ ภาค ๗. กรุงเทพมหานคร, พิมพ์ในงานพระราชทานเพลิงพระศพ สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาเทวะวงศ์วโรปการ: โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ, 2466.
- "ประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพา." In ประชุมประกาศรัชกาลที่ ๔ ภาค ๗ กรุงเทพมหานคร, พิมพ์ในงานพระราชทานเพลิงพระศพ สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาเทวะวงศ์วโรปการ: โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ, 2466.
- ประชุม โฉมฉาย. หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ปานกมล รอดชีวี. สำคัญผิดในอายุของผู้เสียหาย: ผลทางกฎหมาย. สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2547.
- พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2475.
- พระยาสุนทรพิพิธ. คำแนะนำหัวข้อกฎหมายลักษณะอาญา ภาคที่ 1. พิมพ์ครั้งที่ 1. พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2461.
- พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499.
- พระอินทปรีชา. คำอธิบาย กฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2. พิมพ์ครั้งที่ 1. พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2471.
- พัชรินทร์ เปี่ยมสมบูรณ์. การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทย ตั้งแต่ พ.ศ. 2411 ถึง พ.ศ. 2478. อักษรศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2517.
- ภาณินี กิจพ่อคำ และ ณัฐรัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. แนวการศึกษาชู้ตวิชา กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา ชั้นสูง หน่วยที่ 1-7. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2555.
- "มติของที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา การประชุมครั้งที่ 58, 174/2482 วันเสาร์ที่ 23 ธันวาคม 2482." 2482.
- มร. เตอะ ลาลูแบร์. จดหมายเหตุ ลา ลูแบร์ ราชอาณาจักรสยาม. แปลโดย สันต์ โกมลบุตร. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ศรีปัญญา, 2557.

มาตาลักษณะ เสรมเมธากุล. การคุ้มครองเด็กจากการถูกละเมิดทางเพศในประเทศฝรั่งเศส. วารสาร  
นิติศาสตร์ 31, 3 (2544).

ยุพา คลังสุวรรณ และคณะ. การเปลี่ยนแปลงอย่างต่อเนื่องของสังคมญี่ปุ่น. ญี่ปุ่นศึกษา 1(2005).  
ยูวัล โนอาห์ แฮรารี. เซเปียนส์ ประวัติย่อมนุษยชาติ Sapiens. กรุงเทพมหานคร: ยิปซี กรุ๊ป, 2561.  
ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ฉบับ พ.ศ. 2542. กรุงเทพมหานคร:  
ราชบัณฑิตยสถาน, 2542.

———. พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน,  
2556.

วิชา มหาคุณ. ประวัติศาสตร์กฎหมายและภาษากฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: คณะ  
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.

ศิริพร กรอบทอง. เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการ กฎหมายตราสามดวง: แว่นส่องสังคมไทย ครั้งที่  
ที่ 3, ลำดับที่ 5 พระไอยการลักฎากฎเมียผู้คนท่าน. ใน โครงการวิจัยเมธีวิจัยอาวุโส สกว  
กฎหมายตราสามดวง: ประมวลกฎหมายไทยในฐานะมรดกโลก. กรุงเทพมหานคร: 2547.  
ศุภกาญจน์ พงศ์ยี่หล้า. ญี่ปุ่นสมัยใหม่. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์,  
2560.

สงวน เล็กสกุล. งานปฏิรูปในรัชกาลที่ 5. กรุงเทพมหานคร: พิมพ์เป็นอนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิง  
ศพ นายสงวน เล็กสกุล ณ วัดมกุฏกษัตริยาราม, 2506.

สร้อยสวัสดิ์ อ่องสกุล. ประวัติศาสตร์ล้านนา. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์, 2554.

สำนักหอจดหมายเหตุแห่งชาติ. เจ้าจอมมารดาวาศโจทก์ กล่าวโทษอีหลาบจำเลย เรื่องชกสี่พาทำแดง  
พร้อมคนใช้ของโจทก์ไปจากพระบรมมหาราชวัง (ร.ศ.120). ใน ม.ร. 5 ย./9. 2444.

———. คดีเรื่องนายรองพิจารณาต้องหาว่ากระทำการคบชู้ด้วยหญิงในพระบรมมหาราชวัง ร. 5 ย.  
13.3/4 (2437).

———. ความหม่อมเจ้าเจียกเรื่องนายเล็กพายุตรสาว. ใน ม.ร. 5 ย./14. 2445.

———. คำปลุกษาโทษเรื่องอำแดงแจ่ม, ระไวย ชักพาดุ่นแก้ว ออกจากพระบรมมหาราชวัง. ร. 5 ย.  
13/24 (2437).

———. ร่าง พระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกาย และชีวิตมนุษย์ รัตนโกสินทร ศก 118.  
ใน ร. 5 ย.23/1. 2442.

———. ร่างกฎหมายลักษณะอาญาสำหรับกรุงสยาม สิงหาคม ร.ศ. 125. ใน น.ร. 5 ย./6 กล่อง 2.  
2449.

———. รายงานกระทรวงยุติธรรมสำหรับปีรัตนโกสินทร ศก 119 ฉบับที่ 1. ใน น.ร. 5 ย./1.  
กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กองลหุโทษ, 2443.

- สุนีย์ มัลลิกะมาลย์ และคณะ. วิวัฒนาการของกฎหมายไทยในรอบสองร้อยปี ภาค 3: ภาคกฎหมายสารบัญญัติ. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525.
- สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์. วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาด้วยหลักกฎหมายอาญาเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด เจริญรัฐการพิมพ์, 2558.
- สุรียา รัตนกุล. อารยธรรมตะวันออก: อารยธรรมอินเดีย. นนทบุรี: บริษัทเพชรรุ่งการพิมพ์จำกัด, 2546.
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- . คำสอนชั้นปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2512.
- . คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 5. พระนคร: บริษัทแพร์พิทยา ห้างหุ้นส่วนจำกัด, 2497.
- หลวงสุทธิวาทนฤพุดิ. คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมาย ชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2512-2513. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516.
- อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์ เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส และผู้สูงอายุ, 2555.
- อิรวดี ไตลังคะ. การศึกษาเชิงวิเคราะห์คำสอนพระยามังราย. อักษรศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2525.
- อุกฤษ มงคลนาวิน. ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ (สากล). พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิชย์, 2514.



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

## ภาคผนวก ก

ประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพา จ.ศ. 1227 และ  
ประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพา จ.ศ. 1230

ประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพา  
ณ วันจันทร์ เดือนยี่ ขึ้น 1 ค่ำปีฉลูสัปตศก<sup>1</sup>

“มีพระบรมราชโองการมารพระบัณเฑาะฐสุรสิงหนาท ให้ประกาศแก่ลูกขุนตุลาการโรงศาล แล  
ราษฎรในกรุงเทพมหานครให้ทราบทั่วกันว่า เมื่อวันอาทิตย์ เดือนอ้าย แรม 7 ค่ำ ปีฉลูสัปตศก เสด็จ  
ออกหน้าพระที่นั่งสุทไธสวรรย์ มีหญิงสาวคนหนึ่งทำเรื่องราวฎีกามาทูลเกล้าฯ ถวาย ความในฎีกา  
ดังนี้ ข้าพระพุทธเจ้าอำแดงเหมือนเปนบุตรนายเอกอำแดงนุ่น อายุข้าพระพุทธเจ้าได้ 21 ปี ตั้ง  
บ้านเรือนอยู่บางม่วงแขวงเมืองนนทบุรี มีความทุกข์ร้อนขอพระราชทานพระบรมราชโองการถวาย  
เรื่องราวให้ทราบฝ่าละอองธุลีพระบาท พระราชอาญาเป็นสิ้นเกล้าฯ เดิมข้าพระพุทธเจ้ากับนายริดรัก  
ใคร่เปนคู่กัน บิดามารดาข้าพระพุทธเจ้าหาไม่รู้ไม่ ครั้นอยู่มาเดือน 4 ปีชวด14ฉก นายภูให้เถ้าแก่มา  
ขอข้าพระพุทธเจ้าต่อบิดามารดาข้าพระพุทธเจ้า บิดามารดาก็ยอมจะให้ข้าพระพุทธเจ้าเปนภรรยา  
นายภู ข้าพระพุทธเจ้ารู้ความว่าบิดามารดาจะยกข้าพระพุทธเจ้าให้เปนภรณานายภู ข้าพระพุทธเจ้า  
ไม่ยอมบิดามารดาโกรธด่าว่าทุบัติข้าพระพุทธเจ้า ครั้นณเดือน 4 แรม 11 ค่ำปีชวด14ฉกเวลาพลบ  
ค่ำ บิดามารดาข้าพระพุทธเจ้าให้นายภูอุ้ดตัวข้าพระพุทธเจ้าไปที่บ้านเรือนนายภู ๆ ให้ข้าพระพุทธเจ้า  
เข้าไปในห้องเรือน ข้าพระพุทธเจ้าไม่ไป ข้าพระพุทธเจ้าก็นั่งอยู่ที่ชานเรือนนายภูจนรุ่งขึ้นเวลาเช้า  
ชายหญิงชาวบ้านได้รู้เห็นเป็นอันมาก แล้วข้าพระพุทธเจ้าก็กลับมาบ้านเรือนบิดามารดา  
ข้าพระพุทธเจ้า บิดามารดาก็ด่าว่าทุบัติข้าพระพุทธเจ้าอีกจะให้ข้าพระพุทธเจ้าเปนภรณานายภูให้จง  
ได้ แล้วบิดามารดาข้าพระพุทธเจ้าให้นายภูอุ้ดตัวข้าพระพุทธเจ้าไปที่บ้านเรือนนายภูอีกครั้งหนึ่ง  
ข้าพระพุทธเจ้าก็หาขึ้นไปบนเรือนนายภูไม่ แล้วข้าพระพุทธเจ้าก็กลับมาบ้านเรือนบิดามารดา  
ข้าพระพุทธเจ้า บิดามารดาโกรธด่าว่าทุบัติข้าพระพุทธเจ้า แล้วว่าถ้าข้าพระพุทธเจ้าไม่ยอม  
เปนภรณานายภู จะเอาปืนยิงข้าพระพุทธเจ้าให้ตาย ข้าพระพุทธเจ้ากลัวก็หนีไปหานายริดชู้เดิม  
ข้าพระพุทธเจ้าได้สองวันสามวัน บิดามารดาข้าพระพุทธเจ้าสั่งผู้มีชื่อให้บอกนายริดให้เอาดอกไม้ธูป  
เทียนมาสะมาบิดามารดาข้าพระพุทธเจ้า นายริดก็ให้ผู้มีชื่อเถ้าแก่เอาดอกไม้ธูปเทียนมาสะมาบิดา

<sup>1</sup> "ประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพา." ใน ประชุมประกาศรัชกาลที่ ๔ ภาค ๗ (กรุงเทพมหานคร, พิมพ์ในงานพระราชทานเพลิงพระศพ สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาเทวะวงศ์วโรปการ: โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ, 2466)

มารดาข้าพระพุทธเจ้า บิดามารดาข้าพระพุทธเจ้าจึงพาเจ้าแก้วแก่เอาดอกไม้ธูปเทียนไปที่บ้านกำนัน ในเวลานั้นนายภูไปคอยอยู่ที่บ้านกำนัน นายภูจึงอายุยัดตัวเจ้าแก้วแก่ไว้แก่กำนัน ครั้นเดือน 7 ปีฉลูศัป15 ตศก มีหมายหลวงสยามนนทเขตฯยื่นปลัดไปเกาะข้าพระพุทธเจ้ากับนายริดกับบิดามารดานายริด มาที่ศาลากลางเมืองนนทบุรี หลวงปลัดแลกรมการถามข้าพระพุทธเจ้าๆ ให้การว่าข้าพระพุทธเจ้าหา ได้รักใคร่ยอมเปนภรรยา นายภูไม่ พระนนทบุรีแลกรมการเปรียบเทียบตัดสินว่า ถ้านายภูสาบานตัวได้ว่า ข้าพระพุทธเจ้าได้ยอมเปนภรรยา นายภู ไม่ยอมสาบาน แล้วกรมการ เปรียบเทียบว่า ถ้าข้าพระพุทธเจ้าสาบานตัวได้ว่าไม่ได้ยอมเปนภรรยา นายภู ให้ นายภูยอมแล้วความ แก่กัน นายภูก็หายยอมให้ข้าพระพุทธเจ้าสาบานไม่ ครั้นเดือน 9 ขึ้น 2 ค่ำปีฉลูศัป15ตศก นายภูกลับ ฟ้องกล่าวโทษนายริดกับบิดามารดานายริดกับผู้มีชื่อเจ้าแก้ว 2 คน มีความแจ้งอยู่ในฟ้องนายภูนั้นแล้ว พระนนทบุรีแลกรมการเกาะได้ตัวนายริดกับบิดามารดานายริดกับผู้มีชื่อเจ้าแก้ว 2 คนมาแล้ว บังคับให้ นายริดส่งตัวข้าพระพุทธเจ้า นายริดก็ส่งตัวข้าพระพุทธเจ้าให้ตุลาการ นายริดกับบิดามารดานายริด แลผู้มีชื่อเจ้าแก้ว 2 คน ก็เปนคู่สู้ความกับนายภู แต่ตัวข้าพระพุทธเจ้าได้ให้การไว้ต่อตุลาการเปนความ สัตย์ความจริง ข้าพระพุทธเจ้าหาได้เปนภรรยา นายภูไม่ แจ้งอยู่ในคำให้การนั้นแล้ว นายเปี่ยมพ ธำมรงค์ คุณตัวข้าพระพุทธเจ้ากักขังไว้ที่ตราง แล้วมารดาข้าพระพุทธเจ้าก็มาว่าขู่ว่าจะ ให้ ข้าพระพุทธเจ้ายอมเปนภรรยา นายภูให้จงได้ ข้าพระพุทธเจ้าไม่ยอม ข้าพระพุทธเจ้าเดือนตุลาการให้ ขำระความต่อไปก็ไม่ขำระให้ นายเปี่ยมพธำมรงค์ก็คุมตัวข้าพระพุทธเจ้ากักขังไว้แก่คลังใช้การงานต่างๆ เหลือทนได้ความทุกข์ร้อนนัก ข้าพระพุทธเจ้าจึงได้หนีมาทำฎีกาทูลเกล้าฯ ถวาย พระราชอาญาเปน ล้นเกล้าฯ ข้าพระพุทธเจ้าไม่ยอมเปนภรรยา นายภู ข้าพระพุทธเจ้าสมัคเปนภรรยา นายริดชู้เดิมของ ข้าพระพุทธเจ้าต่อไป ขอพระบารมีปกเกล้าฯ เบนที่พึ่ง ควรมิควรแล้วแต่จะทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ขอเดชะ

ฎีกานี้ทรงแล้ว จึงทรงพระราชหัตถเลขาสลักหลังฎีกาลง ถ้าความเรื่องทีกล่าวในฎีกานี้ไม่ผิด ไกลจากการที่เปนจริงนัก ให้มีนรชามาตย์กับนายรอดมอญมหาดเล็ก ขึ้นไปจัดการตัดสินให้หญิงผู้ ร้องฎีกาตกเปนภรรยาชายชู้เดิมตามสมัค เพราะหญิงนั้นก็อายุก็มากถึง 20 ปีเศษแล้ว ควรจะเลือกหา คู่ตามชอบใจได้ แต่ให้ชายชู้เดิมเสียเบี้ยละเมิดให้บิดามารดาหญิงชึ่งหนึ่ง ใช้ชายผู้ที่ได้หญิงนั้นด้วย บิดามารดายอมยกให้สิบตำลึง รวมเปนเงินสามสิบตำลึง ค่าฤชาธรรมเนียมให้ชายชู้เดิมเสียแทนบิดา มารดาหญิง แลชายที่ว่าเปนเจ้าของหญิงนั้นด้วย ให้ความเปนเลิกแล้วแก่กันทั้งเรื่อง แต่ถ้าความแปลก จะมีนอกจากที่ว่าในฎีกานี้ จะต้องตัดสินตามสักสองอย่าง คือกิริยาที่บิดามารดายอมยกให้บุตรหญิง ของตัวไปแก่ชายนั้นกระมัง จึงต้องยอมให้เขาผิด ก็ถ้าการเปนดังนี้ ให้ตัดสินว่าบิดามารดาไม่ได้เป นเจ้าของบุตรชายบุตรหญิง ดังหนึ่งคนเปนเจ้าของโคกระบือข้างม้า จะตั้งราคาขายตามชอบใจได้ฤ ดังนายเงินเปนเจ้าของทาสที่มีค่าตัวจนจะขายทาสนั้นตามค่าตัวเดิมได้ เมื่อบิดามารดาจนจะขายบุตร ต่อบุตรยอมให้ขายจึงขายได้ ถ้าไม่ยอมให้ขายก็ขายไม่ได้ ฤยอมให้ขายถ้าบุตรยอมรับหนี้ค่าตัวเพียง



เท่าไรก็ขายได้แต่เพียงเท่านั้น กฎหมายเก่าอย่างไรผิดไปจากอย่างนี้อ่าเอา เพราะฉะนั้นในความจริงนี้ ถ้าบิดามารดาเอาชื่อหญิงนั้นไปขายให้แก่ชายที่มาอุ้มเท่าไร ก็ให้บิดามารดาใช้เงินเขาเองอย่าให้ชายผู้เดิมแลตัวหญิงต้องใช้ เพราะเห็นชัดว่าตัวหญิงไม่ยอมให้ขาย แลหญิงนั้นเมื่อหนีบิดามารดาตามชายชู้ไป ถ้าเอาเงินทองสิ่งของของบิดามารดาติดตัวไปด้วย ถ้าบิดามารดาไม่ยอมให้ ก็เร่งคืนให้วันไว้แต่ผ่านงุ่มง่าม แลเบี้ยเงินฤสิ่งของราคาสักสามตำลึง ให้บิดามารดาคดให้หญิง เพื่อจะเปนเสปียงเลี้ยงตัวอยู่สักเดือนหนึ่งสองเดือน กว่าจะมีที่ทำมาหากินกับชายที่ตัวหญิงนั้นยอมเปนเมียเขา ความวิวาทอายุัติแลฟองเกล้าแก่ให้เลิกเสียให้หมด ตามลัทธิผู้ชายในบ้านในเมืองทุกวันนี้ พอใจถือว่าหญิงคนใดขายได้พาเข้าไปในที่ลับจับต้องถึงตัวแล้ว ก็พอใจถือว่าเปนเจ้าฟัว ความก็ว่าอย่างนั้น ผู้ตัดสินก็ว่าอย่างนั้นแล้วตัดสินให้ฟัวเปนเจ้าของ แลให้เมียเปนดั่งสัตว์เดียรฉาน เพราะลัทธิอย่างนั้นแลจึงได้ตัดสินในเวลาหนึ่ง ให้เลิกกฎหมายเก่าว่าหญิงอย่าขายอย่าได้นั้นให้ยก กฎหมายนั้นต้องยุติธรรมอยู่ให้เอาเปนประมาณ ความเรื่องนี้ที่เปรียบเทียบพิจารณาว่าเปนเมียว่าไม่ได้เปนเมียให้ยกเสีย เอาแต่ตามใจหญิงที่สมัคไม่สมัคเปนประมาณ หญิงใดมีชายมาขอบิดามารดาขายก็ให้ด้วยยอมไปอยู่ด้วยกัน มีผู้รู้เห็นด้วยกันมากกว่าเขาสองคนเปนฟัวเมียกัน ร่วมสุขทุกข์ทุรอนเดียวกันอยู่นานหลายวันหลายเดือนประจักษ์แจ้งแก่คนรอบบ้านรอบเมือง ไม่มีใครขัดใครเถียง จึงควรตัดสินว่าเปนฟัวเมียกัน ในความเรื่องนี้จะให้เปนถึงอย่างนั้นจะไม่ได้ จึงต้องให้เปนไปตามใจหญิงสมัค ความคล้ายกับเรื่องนี้แต่ก่อนก็เคยตัดสินมา แต่ก่อนมีผู้มีชื่อพญาบุตรหญิงไปขายไว้แก่พระยาสิงหราชฤทธิไกรผู้บิดาหลวงเสนาภักดีแต่หญิงนั้นยังเปนเด็ก ครั้นหญิงนั้นเจริญเปนสาว หลวงเสนาภักดีสมคบเปนภรรยา ครั้นภายหลังบิดามารดาของหญิงมาอุยงหญิงให้ถอนตัวจากหลวงเสนาภักดีไม่ยอมเปนภรรยา จะสมัคคืนไปกับบิดามารดา หลวงเสนาภักดีก็ยอมปล่อย บิดามารดาจึงเอาเงินค่าตัวมาส่งหลวงเสนาภักดีแล้วรับตัวหญิงไปไว้ ไม่ซำก็ไปบอกชายให้ผู้อื่นยอมยกหญิงนั้นให้เปนภรรยาผู้อื่น หญิงนั้นไม่สมัคมาร้องทุกข์ จะขอกลับคืนมาเปนภรรยาหลวงเสนาภักดี หลวงเสนาภักดีก็ยอมใช้เงินแรงกว่าค่าตัวเดิม แต่ยังมีน้อยกว่าจำนวนเงินที่บิดามารดาซิงใจบุตรไปขายให้ผู้อื่น ความเรื่องนี้ก็ได้โปรดตัดสินให้ตามใจหญิงแลหลวงเสนาภักดี ไม่ยอมให้ตามใจบิดามารดาแลชายซึ่งจะเข้ามาเปนเจ้าของใหม่ ความสองเรื่องนี้โปรดตัดสินให้ตามหญิงแลชายที่รักใคร่กันไม่ตามใจบิดามารดา ชรอยคนบางจำพวกที่มีคติของตัว ที่ตัวสำคัญว่าคล้ายกับเรื่องสองเรื่องนี้ แต่ได้ถูกตัดสินไปอย่างอื่นแต่ก่อนแล้ว จะว่าจะบ่นฤจะคิดว่าทรงตัดสินความต่างๆ ครั้งก่อนก็ไม่เหมือนกัน การนั้นทรงพระราชดำริห์ทราบแล้ว ว่าจะมีผู้ว่าอย่างนั้นจะคิดอย่างนั้น ขอให้ผู้สังเกตคติถ้อยความพิจารณาดูให้เลอียด ซึ่งทรงตัดสินต่างๆ ไปนั้น ตามบรรดาศักดิ์ชาติตระกูลของหญิงแลชาย แลเกี่ยวข้องในที่สูงที่ต่ำมีที่กำหนดผิดกันอยู่ จึงทรงตัดสินยกเยื้องไป ชักเรื่องเทียบให้เห็นว่า แต่ก่อนนี้ไปนายไทยมหาดเล็ก ซึ่งแต่ก่อนเปนนายรองชิต บัดนี้เปนขุนนครเขตรเกษมศรีรองปลัดกรมกองตระเวนขวา แต่งเกล้าแก่ไปขอทรัพย์บุตรพระยาเทพอรชุนเปนภรรยา ได้ปลุกหอบปลุกเรื่อนอยู่ด้วยกัน แล้วได้ให้ท้าวสมศักดิ์นภพทรัพย์เข้าเฝ้าทูลลอองธุลีพระบาทข้างใน ได้พระราชทานเงินตรา

ให้ทรัพย์เมื่อเวลาเข้าไปเฝ้าบ้าง ครั้นภายหลังทรัพย์กับนายรองชิตโกรธซึ่งขุนเคืองกัน นายรองชิตมาอยู่บ้านเดิมไปมาหาสู่ทรัพย์แต่ห่างๆ ภายหลังทรัพย์มีชู้กับพันสรสิทธิ์ปิ่นในกรมพระตำรวจ แลเมื่อพระยาเทพอรชุนไม่ได้อยู่บ้านไปราชการมณฑลนครศรีธรรมราช นายรองชิตไปหาทรัพย์จับได้พันสรสิทธิ์ปิ่นชายชู้ในที่นอนเตียงไม่ได้ นายรองชิตเห็นว่าทรัพย์เคยได้เฝ้าทูลลอองธุลีพระบาททรงรู้จักอยู่ จึงนำความนั้นกราบทูลพระกรุณา จึงมีพระบรมราชโองการให้ลูกขุนปรับชายชู้ตามศักดินานายรองชิตเสร็จแล้ว หญิงสมัคจะไปอยู่กับชายชู้ๆ ก็สมัคจะรับไป เพราะได้เสียเบี้ยปรับมากแล้ว มีพระบรมราชโองการดำรัสว่าทรัพย์เป็นบุตรขุนนางมีบรรดาศักดิ์ ไม่เป็นหญิงบุตรบิดามารดาสามัญเสมอราษฎร จะโปรดให้ไปตามใจทรัพย์แลชายชู้ของทรัพย์ไม่ได้ พระยาเทพอรชุนบิดาของทรัพย์ก็ไปราชการอยู่ไกล ภายหลังเกิดความเรื่องขึ้น พระยาเทพอรชุนจะว่าอย่างไรก็ไม่ทราบ จึงโปรดให้หาตัวนายพิศาลหุ้มแพรในพระบวรราชวัง แลบุตรพระยาเทพอรชุนที่เปนมหาดเล็กหลายนายมาแล้วมีพระบรมราชโองการดำรัสถามว่า ทรัพย์บุตรพระยาเทพอรชุนนอกใจนายรองชิตผู้ช่วยอมให้พันสรสิทธิ์ทำชู้จนนายรองชิตผู้จับได้ บัดนี้ชายชู้ก็เสียเบี้ยปรับเสร็จแล้ว ตัวทรัพย์จะสมัคไปอยู่กับชายชู้ ญาติพี่น้องจะยอมให้ฤๅไม่ คาดเห็นว่าพระยาเทพอรชุนจะยอมยกให้ชายชู้ฤๅไม่ บุตรพระยาเทพอรชุนทุกนายกราบทูลพระกรุณาว่าไม่ยอม คาดใจพระยาเทพอรชุนว่าเห็นจะไม่ยอมให้ไปกับชายชู้ จึงมีพระบรมราชโองการดำรัสสั่งให้มอบตัวทรัพย์ให้นายพิศาลพี่ชายของทรัพย์รับตัวทรัพย์ไปจำไว้คอยถ้าพระยาเทพอรชุน การต่อไปข้างหน้าสุดแต่พระยาเทพอรชุนผู้บิดา

อนึ่งกฎหมายเก่าว่าผิวเมียอย่าร้างกันแยกย้ายกันไป บุตรชายให้ได้แก่มารดา บุตรหญิงให้ได้แก่บิดา กฎหมายบทนี้มีพระบรมราชโองการดำรัสว่า ให้ใช้ได้แต่ในบุตรของบิดามารดาที่เป็นศักดิ์ต่ำ ก็ถ้าว่าบุตรของบิดามารดาที่เป็นศักดิ์สูง ศักดินากว่า 400 ขึ้นไปให้ตามใจบิดา ถ้าบิดาไม่รับเลี้ยงขับไล่บุตรเสียด้วย บุตรจึงตกเป็นของมารดา ถ้าบิดารักชาติตระกูลยศศักดิ์อยู่ไม่ยอมให้ไปกับมารดา บุตรก็ต้องเป็นของบิดาหมด ด้วยนัยนี้ถ้าในบางที่บางคราวหญิงที่มีศักดิ์สูงจะไปได้ผิวไพร่มีบุตรเกิดด้วยกัน บุตรนั้นก็ต้องเป็นของมารดาฤๅของตาแลญาติข้างมารดาหมดตามบรรดาศักดิ์ เมื่อตัดสินดังนั้นจะว่าเข้าข้างผู้ตีขมิ้นไพร่เกินไปก็ตาม แต่เห็นว่าผู้ตีมีบรรดาศักดิ์เป็นอันมากจะเห็นชอบด้วย ถ้าจะไม่ตัดสินอย่างนั้น จะว่าไปตามกฎหมายเก่าก็จะเปนที่เสียใจแก่ผู้มีบรรดาศักดิ์มากนัก ชักเรื่องว่ามาทั้งนี้ จะให้เห็นหลักความที่ทรงพระราชดำริห์แล้วตัดสิน อย่างความบางเรื่องคล้ายๆ กับความที่ร้องฎีกาสองเรื่องนี้ คือผู้หญิงสมัคจะไปอยู่กับผู้ชายๆ ก็สมัคจะรับ แต่ญาติพี่น้องของหญิงเป็นผู้มีบรรดาศักดิ์สูงเขาไม่ยอมเลย ก็ในความเรื่องนั้นตามรูปความ ก็ควรจะทรงตัดสินให้ตามใจหญิงสมัค เหมือนกับความฎีกาสองเรื่องนี้ ท่านทั้งหลายเปนอันมากที่ไม่ได้มาพิจารณาการให้เลียด ก็ดูเหมือนจะเห็นไปอย่างนั้นด้วย แต่เมื่อพิเคราะห์ให้เลียดไปรฤกดูการแต่หลังมา เห็นว่าหญิงในตระกูลนั้นไม่เคยตกไปเปนภรรยาผิวที่ต่ำศักดิ์เสมอกับชายที่หญิงนั้นรักนั้นเลย ชายคนนั้นมักใหญ่ใฝ่สูงเอื้อมเข้าไปสมคบกับหญิงในตระกูลสูงเช่นนั้น เปนที่แปลกใจคนในตระกูลนั้นทั้งสิ้น ถ้าจะตัดสินให้ตามใจหญิงแล้ว คน

ในตระกูลนั้นทั้งสิ้นเขาคงคิดว่าผู้ครองแผ่นดินลดศักดิ์ตระกูลเขาให้ต่ำไป ตัวอย่างจะเป็นที่ให้เราเสียใจไม่รู้หาย ถึงจะบังคับขายให้เสียเบี้ยลมหิตให้แก่เขาตามกฎหมายอย่างไรว่าเลย ถึงจะเสียให้เขาสัก 100 ชั่งเป็นเบี้ยปรับ เขาก็ลั่นวาจาว่าไม่ยอมยินดีรับเป็นอันขาดทีเดียว อนึ่งถ้าจะตัดสินให้ชายหญิงคู่นั้นได้อยู่ด้วยกันตามสมัครใจใคร่กันแล้ว ผู้ตัดสินก็ดูเพ่งมองมันก็ไม่รู้เท่ารู้ทันคนเสียคนเสียคาย ถูกหลอกถูกลวงกลักกลายเข้ามาในพระราชวัง โทษเสมอขอขบแต่แผ่นดินเก่ามาจนแผ่นดินใหม่ ก็จะเป็นอันไม่รู้เท่าอ้ายขบอิชบเสีย การที่ปรากฏว่าไม่รู้เท่าอนั้นจะเป็นที่จะให้คนลามกๆ ต่างๆ เดินทางนั้น มาลุยลายพระราชฐานต่อไปในภายหลัง จึงประกาศมาขอให้ผู้มีปัญญาไตร่ตรองดู

แต่ความสามัญในโรงศาลในกรุงแลหัวเมืองทั้งปวง ให้ตุลาการพิจารณาสังเกตตระกูลหญิงตระกูลชาย แลเปรียบเทียบให้คล้ายกับกระแสพระราชดำริห์ ก็ซึ่งถือลัทธิว่าชายถูกต้องหญิงแล้ว ก็ชื่อว่าเปนเมียนั้นใช้ไม่ได้ ให้บังคับตามใจสมัครในตระกูลหญิงที่ต่ำ แลตามใจบิดามารดาพี่น้องหญิงในตระกูลที่สูงศักดิ์ตามบังคับนี้เถิด

วิสัยตระกูลต่ำมีแต่คิดจะหาเงินหาทอง ย่อมข่มขืนบุตรหลานของตัวเองแล้วเอาไปขายไปให้ ให้ไปต้องทนยากอยู่ในที่ที่ตัวจะได้เงินได้ทองมาก แต่บุตรไม่ควรที่จะต้องยากเพราะบิดามารดา จึงต้องตัดสินให้ตามใจบุตรสมัคร ประการหนึ่งหญิงก็ไม่ควรจะสึกหอรอบไปหลายแห่ง ในตระกูลต่ำ ถ้าตัดสินให้เปนของบิดามารดาแล้ว ก็จะทำให้สึกหอรอบมากไป ดังเช่นเปนในควมฎีกาสองเรื่องนี้ ก็ในตระกูลสูงโดยว่าหญิงพลัดไปสึกหอรอบในสถานที่ต่ำ เปนที่อับอายขายหน้าแก่ญาติพี่น้องก็เมื่อคืนมาให้ญาติพี่น้อง ถึงไปต้องสึกหอรอบสองซ้ำสามซ้ำ ญาติพี่น้องทั้งปวงคงจะไม่ยอมให้ไปสึกหอรอบในตระกูลต่ำ โดยจะต้องสึกหอรอบเขาคงจะให้ไปสึกหอรอบในที่มศักดิ์สูง เปนที่ย่าเียงกลัวของคนเปนอันมาก คนทั้งปวงเกรงใจไม่ออกปากพูดถึงความเรื่อนั้นได้ ก็เปนอันแก้อายให้หายไปโดยลำดับ เพราะจะทำการทั้งหลายให้ลืมนามนั้นเสีย

ประกาศมาณวันจันทร์เดือนยี่ ขึ้น 1 ค่ำ ปีฉลูศัปตศก ศักราช 1227 ฤๅเปนวันที่ 5332 ในรัชกาลปัตยุบันนี้”

**ประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพา**  
**ณ วันพุธ เดือน 7 ขึ้น 7 ค่ำปีมะโรงสัมฤทธิ์ศก<sup>2</sup>**

“มีพระบรมราชโองการมารพระบัณฑูรสรุสสิงหนาท ให้ประกาศให้ทราบทั่วกัน คนมีแผลคัน ถ้าจะห้ามไม่ให้เกายังมีที่ควรระงับอยู่ เพราะว่าเกาเข้าหนังถลอกที่คันนั้นจะเป็นเม็ดยอดสำคัญ ก็ให้โทษมาก ก็ผู้มีบุตรหญิงจะมาขังไว้ไม่ให้มีผัวนั้นจะต้องการอะไร ถ้าผู้มีบรรดาศักดิ์จะกักบุตรหญิงไว้ไม่ให้มีผัวเพราะกลัวจะปนระคนด้วยชาติต่ำช้า เพราะบุตรเกิดมาเขานับถือขึ้นชื่อตามหมู่บิดา ถ้าชายชาติต่ำเข้ามาเป็นผัวหญิงบุตรผู้ดี มีบุตรเกิดขึ้นก็จะต้องรู้ต้องเรียกเป็นบุตรไพร่ ตามตระกูลบิดา จะเชิดชูตามฝ่ายมารตามิได้ ด้วยเหตุนี้บิดาของหญิงที่มีบรรดาศักดิ์จะขังกักบุตรหญิงของตัวไว้ ด้วยกลัวจะปะปนระคนด้วยคนต่ำๆ ก็ควร เพราะฉะนั้นถ้าบิดาหญิงฤๅมารดาหญิงที่มีศักดิ์นาสูงตั้งแต่ 400 ขึ้นไป ถ้าฝ่ายตระกูลชาย คือตัวชายฤๅบิดาของชายปู่ตัวปู่ข้างชิดๆ ของชาย มีบรรดาศักดิ์สูงเสมอบิดาหญิงฤๅสูงกว่าบิดาหญิง ถ้าปู่แลบิดายังมีตัวอยู่มาเปรียบเทียบตกลงกับบิดาของหญิงก็เป็นดี ถ้ามีตกลงก็ต้องตัดสินว่าตามแต่ใจหญิงสมัค เพราะฝ่ายชายเป็นผู้มีบรรดาศักดิ์มิใช่ไพร่ ก็ถ้าฝ่ายชายฤๅบิดาแลปู่ของชายต่ำศักดิ์กว่าบิดาของหญิงต้องสุดแต่ใจบิดาของหญิง เมื่อบิดาของหญิงไม่รังเกียจเสียใจด้วยบุตรข้าชอกแล่นั้น จะเรียกเอาตัวคืนก็ได้ เพื่อจะเอาตัวมากักขังไว้รักษาตระกูลบรรดาศักดิ์ ก็สุดแต่ใจของบิดาหญิงที่มีบรรดาศักดิ์ จะยอมยกให้ก็ได้ ไม่ยอมยกให้จะเรียกตัวคืนมาแล้วไปยอมยกให้คนอื่นก็ได้ ชายที่ต่ำศักดิ์มาล่วงเกินจะให้ทำโทษให้ ฤๅจะให้ปรับไหมเป็นเบี้ยลเมิดให้ก็ได้ ถึงมาขอสมมาแล้วก็ไม่คุ้มเบี้ยลเมิดได้ แต่การอย่างนี้ว่าแต่ในเรื่องฝ่ายข้างบิดาหญิงมีบรรดาศักดิ์สูง ฝ่ายชายมีบรรดาศักดิ์ต่ำ ก็ถ้าฝ่ายชายฝ่ายหญิงมีบรรดาศักดิ์สูงด้วยกันก็ดี บรรดาศักดิ์ต่ำด้วยกันก็ดี ให้ตัดสินเอาตามใจหญิงสมัคอย่างเดียว ถ้าหญิงสมัคจะกลับมาอยู่กับบิดามารดาก็ให้กลับมา ถ้าสมัคจะไปกับชายชู้ก็ให้ไป ถ้าได้มาขอสมารับผิดแล้ว ข้างบิดาข้างมารดาปรับสมาก็ดี ไม่ปรับก็ดี ไม่มีเบี้ยลเมิด แต่สิ่งของๆ ฝ่ายบิดาฝ่ายมารดาหญิงหายไปเมื่อเวลาลักพากันเท่าใดให้เจ้าทรัพย์ศาลตราสินไว้ โดยไม่ได้ตราสินด้วยเข้าใจว่ามีผู้ร้ายอื่น เมื่อมาให้การกำหนดของแมนย่า ว่าเฉพาะหายในวันนั้นเวลานั้นเท่าใดศาลได้เมื่อจะยอมให้แก่บุตรหญิงไปเท่าใดก็ยอม เหลือนั้นให้ชายผู้ลักพาต้องใช้จงสิ้น แต่ผู้ชักสื่อแลพวกเพื่อนที่มากับชาย แลเจ้าสำนักที่ต่างๆ ถ้ามั่นลักพากันสูญหายไป ไม่ได้ตัวหญิงไม่ได้ตัวชายฤๅไม่ได้ทั้ง

<sup>2</sup> “ประกาศพระราชบัญญัติลักษณะลักพา.” ใน ประชุมประกาศรัชกาลที่ ๔ ภาค ๗ (กรุงเทพมหานคร, พิมพ์ในงานพระราชทานเพลิงพระศพ สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาเทวะวงศ์วโรปการ: โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ, 2466)

สองคน จึงควรต้องฟ้องต่อเงาะครองเร่รังตีให้ส่งให้นำ ถ้าได้ตัวหญิงตัวชายมาแล้ว โทษผู้ชักสื่อแลผู้มาเปนเพื่อนผู้ลักพาแลเจ้าสำนักให้ยกเสีย แต่การช่างผู้มีบรรดาศักดิ์ยังมีในที่จะว่าไปหลายอย่างอยู่ ถ้าที่อยู่ของบิดามารดาเปนวังเจ้าบ้านขุนนางผู้ใหญ่มีช่างหน้าช่างในกำหนดกฎหมั้นคง คนผู้ล่วงเกินเข้าไปจะต้องให้มีโทษสมควรแก่วังใหญ่วังน้อย ตามบรรดาศักดิ์ใหญ่่น้อยของท่านเจ้าของวังเจ้าของบ้าน อนึ่งผู้มีบรรดาศักดิ์สูงต่ำจะว่าตามบรรดาศักดีนาเปนแม่นยาก็ไม่ได้ เพราะผู้มีศักดิ์นาสูงกลางจำพวกก็เปนแต่ผู้ดีชั้นเดียว เมื่อมาข้องมาเกี่ยวกับผู้มีบรรดาศักดีสี่ตระกูลมาหลายชั่วแผ่นดินก็จะต้องรู้ว่าผู้มีบรรดาศักดีชั้นเดียวเหมือนกับไพร่ แต่การในเรื่องอย่างนี้ก็ไม่เปนวิสัยที่ลูกขุนจะตัดสินได้ ต้องเรียนท่านเสนาบดีให้ตัดสิน ฤกราบพูลพระกรุณาให้ทรงทราบตัดสิน เพราะในการในทิศในทางที่ไม่เคย ถ้าตัดสินไม่ชอบกลก็จะเป็นเยี่ยงเปนอย่างไร ต้องให้ผู้หลักผู้ใหญ่ตัดสินจึงควร แต่ในการผู้มีบรรดาศักดีต่อผู้มีบรรดาศักดีด้วยกัน ในการที่เหมือนๆ กัน เคยสมาคมกันอยู่แล้วก็ให้ตัดสินว่าสุดแต่ใจหญิงฤสุดแต่ใจบิดามารดาฝ่ายหญิง แลบิดามารดาทั้งสองข้างปรานีปรานอมกัน ตามยศบรรดาศักดีทั้งสองฝ่าย ถ้าบิดาหญิงเปนสูงศักดิ์ดีด้อยไม่เอาเปนธุระ ไม่พอใจที่จะว่าถึง ถ้าผู้หญิงคบชายที่ไม่ควรแท้ พระเจ้าอยู่หัวก็จะทรงพระราชดำริห์ตัดสินให้ทำโทษชายแลจำจองหญิงตามอำนาจแผ่นดินไม่ให้เสื่อมเสียเกียรติยศแก่ราชตระกูล แต่ในการเช่นนี้ไพร่ผู้ไม่มีบรรดาศักดีแลเชื้อสายตระกูลสูงที่ได้รู้ที่อยู่ทั่วๆ กันแล้วแลมีศักดิ์นาต่ำกว่า 400 ไหลงไปทั้งสองฝ่าย ไม่ควรที่จะนำมาทำนุวย ောอย่างท่านผู้มีบรรดาศักดีสูงเลย บุตรหญิงของใครๆ จงระวังรักษาเอง จงหาผิวให้เป็นที่พอใจเร็วๆ เกิด ถ้าเกิดเหตุติดตามผู้ชายไป ก็จะต้องคงลงให้ถามตามใจหญิงสมัค ผู้ลอบลักพาถ้าไม่ได้ขอสมาาก็ให้มีเบี้ยลเมิด ของซึ่งหายในเวลาหญิงหนีตามชายไป เจ้าทรัพย์ศาลได้ว่าหายในเวลานั้น ผู้ลักพาก็ต้องใช้ต้องเร่รังตีให้ใช้เจ้าของทรัพย์จงบเต็ม ฤตามใจเจ้าทรัพย์จะยอมลดยอมให้บ้าง จะให้ว่ายิ่งกว่านี้ไปไม่ได้เพราะบิดามารดาแลญาติผู้ใหญ่เลี้ยงบุตรหลานไม่ดี ว่านี้ตามการปกติ ถ้าการวิปริต คือชายหลอกลวงลักพาหญิงไปแล้ว ไปฆ่ารันตีแย่งชิงสิ่งของฤไปชวนชายอื่นมาชมชื่นทำยับเยิน แลเอาไปขายเปนคนชั่ว ฤหญิงไม่สมัคคุมพวกฟ้องมาฉุดคร่าเอาตัวไปด้วยพละการ การเช่นนี้ถึงผู้มีบรรดาศักดีสูงเปนเจ้าเปนนายทำก็มีโทษมีความผิดต่อแผ่นดินกระบิลเมือง ควรต้องลงพระราชอาญาเสมอ ฤใกล้กับโทษผู้ร้ายปล้น บรรดาศักดีแลตระกูลไม่คุ้ม ผู้ที่ถูกพิพาทอย่างนี้ถึงจะไม่ได้ฟ้องโรงศาลด้วยเห็นการว่าจะเนิ่นช้าไป จะมาร้องถวายฎีกาทีเดียวก็จะรับแต่การจะเปนอันฉุดฤไม่เปนอันฉุด จะต้องฟังเอาคำหญิงคนกลางเปนประมาณ เพราะการกลางเรื่องฉุดล้มๆ กันก็มี ถ้าหญิงสมัคอยู่กับชาย แล้วจะเอาเรื่องฉุดขึ้นว่าไม่ได้ อนึ่งหญิงซึ่งตามชายไปโดยความสมัครักใคร่กันเองบิดามารดาไม่ได้ยอมยกให้ ไม่ได้แต่ง

มีทุนมีสินสอดอย่างนี้ก็ชื่อว่าเปนหญิงไม่ได้ ชายจะถือว่าเปนเมียไม่ได้ ก็เมื่อไม่สมัคอยู่กับชายจะหนีกลับมาหาบิดามารดาแลญาติพี่น้องก็ดี จะตามชายอื่นไปก็ดี ชายที่เรียกว่าเปนผัวนั้นจะตามฟ้องร้องเร่งรัดเอาตัว ฤจะเอาเบี้ยปรับแก้ชายชู้ใหม่ไม่ได้ เพราะมันมาฉันทให้มันไปฉันทนั้น จะตามว่ากล่าวได้ แต่สิ่งของของตัวที่หญิงลักฉกไปเมื่อวันหนี แลที่ได้ทำตราสินสาบาลไว้ ฤหานี้สินเกี่ยวข้องกับผู้อื่นอย่างไรเมื่ออยู่ด้วยกัน ก็ถ้าเมื่อหญิงอยู่ในเรือนชาย คบชายอื่นเปนชู้เข้ามาในเรือนตัว ชายที่เปนผัวจับได้ ถ้าสืบความได้ชายที่เปนผัวควรจะร้องฟ้องว่ากล่าว ให้มีเบี้ยปรับใหม่เหมือนอย่างผู้ร้ายขึ้นเรือน แต่เรื่องทำชู้ในเมียให้ยกเสีย เพราะเมียเปนหญิงไม่ได้มาแต่เดิมแล้ว ถ้าบิดามารดาของหญิงกลับมาตีด้วยบุตรหญิงอุปถัมภ์คำชู้ให้ทุนรอนทากรรมกรเครื่องเย่าเรือน ฤหญิงนั้นมีบุตรกับชายที่ตัวตามมา บิดามารดากลับรักใคร่ว่าเปนหลาน ตั้งแต่กาลเมื่อหญิงนั้นติดกับบิดามารดา แลบิดาแลมารดาของหญิงนับถือชายนั้นว่าเปนเขยเรียกใช้สอยกิจการต่างๆ เปนปรกติไป เมื่อนั้นชายจะว่าหญิงนั้นเปนเมีย ถ้าหญิงนั้นมีชู้จะฟ้องร้องชายชู้ตามลักษณะผัวเมียก็ได้ เพราะโทษที่ให้เปนร้ายกลายเป็นดีเสียแล้ว ประกาศนี้ให้รู้ทั่วไปทุกโรงทุกศาลว่าเปนพระราชกำหนดกฎหมายใหม่ ให้สุภาวระลาการถือตาม แลอย่าให้ลูกความเก็บเอาการที่ว่าในกฎหมายเก่า ซึ่งเป็นอันขัดแก่พระราชบัญญัติใหม่นี้ มาว่าจู้จี้เปนสำนวนถ้อยเถียงวุ่นวายไป

ประกาศพระราชบัญญัติใหม่ มาณวันพุธ เดือน 7 ขึ้น 7 ค่ำ ปีมะโรงสัมฤทธิศกจุลศักราช 1230”

**ภาคผนวก ข**  
**ประกาศ**  
**คำปรึกษาตัดสินเรื่องจำนำเด็ก<sup>3</sup>**

“ความเรื่องนี้มีพระบรมราชโองการ ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้พระยาศรีสุนทรโวหาร เชิญพระบรมวงษานุวงษ แลท่านเสนาบดี ข้าทูลละอองธุลีพระบาทมาประชุมพร้อมกัน ณ ทอมิว เขียมปลูกษาลงความเห็นมีข้อความตามสำเนา ดังนี้

ข้าพระพุทธเจ้า สมเด็จพระเจ้าบรมวงษเจ้าน้ำฟ้ามหาเมลา กรมพระบารบปกปักรักษสมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้าจาตุรนต์รัศมี กรมหลวงจักรพรรดิพงษ์ สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอเจ้าฟ้าภาณุรังษีสว่างวงษ กรมหลวงภาณุพันธุวงษวรเดช กรมหมื่นนเรศวรฤทธิ กรมหมื่นพิชิตยไพรัชการ กรมหมื่นอดิศรอุดมเดช กรมหมื่นภูธรธำรงค์ศักดิ์ กรมหมื่นประจักษ์ศิลปาคม กรมหมื่นเทวะวงษวโรประการ เจ้าพระยาสุรวงษไวยวัฒน์ เจ้าพระยาภาณุวงษมหาโกษาธิบดี เจ้าพระยาพลเทพกระษेत्रาธิบดี เจ้าพระยามหินธรมศักดิ์ธำรง เจ้าพระยาศรีพิพัฒย์ พระยาอภัยรณฤทธิ พระยาเจริญราชไมตรี พระยาภาษกรวงษ พระยากระถาโหมราชเสนา พระยาเทพประษุน พระยาราชวรานุกุล พระยาจำแสนบดี

ขอพระราชทานกราบบังคมทูลพระกรุณา ได้ทรงทราบฝ่าละอองธุลีพระบาท ด้วยทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ข้าพระพุทธเจ้าประชุมกันปลูกษาเรื่องความ อี้แก้วผู้ร้ายลักเด็กไปจำนำเงินหยงติดฝัว อำแดงวงเง็กภรรยา อี้สินลาผู้รับประกัน ถ้าเห็นควรจะตัดสินลงโทษประการใด และจะคิดป้องกันช้งนำต่อไปประการใด ให้ปลูกษาพร้อมกันนำความขึ้นกราบบังคมทูลพระกรุณานั้น พระเดชพระคุณหาที่สุดมิได้ ข้าพระพุทธเจ้ารับใส่เกล้าฯ ได้ประชุมกันตรวจตริตรองข้อความแล้วเห็นด้วยเกล้าฯ ว่าการลักเด็กจำนำซึ่งเกิดขึ้นครั้งนี้เป็นการแปลกประหลาดแลเปนเหตุอันร้ายกาจซึ่งไม่เคยมีมาแต่ก่อน ควรจะต้องทำโทษให้จงหนัก ให้เปนแบบอย่างไว้อย่าให้เหตุเช่นนี้มีขึ้นอีกได้ ข้าพระพุทธเจ้าเห็นด้วยเกล้าฯ ว่าในความเรื่องนี้เงินหยงติดฝัวอำแดงวงเง็กภรรยา เปนต้นเหตุให้อี้แก้วก่อการร้าย เพราะการเรื่องนี้ ถ้าเงินหยงติด อำแดงวงเง็กไม่ให้ท้ายถือหางแลรับรองกับอี้แก้วว่าจะรับชื้อจำนำเด็กก่อนซึ่งอี้แก้วพรากมาจากมารตามาจำนำ อี้แก้วก็ไม่ทำความชัวความร้ายในครั้งนี้ เพราะนอกจากเงินหยงติด อำแดงวงเง็กแล้วไม่มีผู้หนึ่งผู้ใดอื่นที่อี้แก้วจะมุ่งหมายที่จะขายแลจำนำทารกก่อนดังนี้ได้ เพราะการอย่างนี้ยังไม่มีแห่งหนึ่งแห่งใด อี้แก้วเมื่อเวลารับเอาเด็กมาก็ยังหาเปนผู้ร้ายไม่ เพราะไม่ได้ความว่าอี้แก้วพลวงฤลักเอามาต่อเงินหยงติด อำแดงวงเง็ก พุดจาสัญญาจะให้เงินกับอี้แก้วๆ จึงได้

<sup>3</sup> กฎหมายในรัชกาลที่ 5 ซึ่งโปรดเกล้าฯ ตั้งขึ้นไว้ตั้งแต่ปีมะโรง สัมฤทธิศก 1230 มาจนถึง ร.ศ. 114 เล่ม 1-5, หน้า 583-588. อ้างถึงใน ดุษฎี หลีละเมียร, "พรากเด็ก: เจตนารมณข์ของกฎหมายที่ควรจะเป็นในสภาพสังคมปัจจุบัน," ตุลาคม: 203-205.

เกิดปรารถนาอยากจะได้เงินของเงินหยงติด อำแดงง่วนเง็ก จึงได้เป็นผู้ร้ายลักเด็กอายุศัฒ์ขวบเดียว  
 จำนำให้กับเงินหยงติด อำแดงง่วนเง็กในเวลานั้น เพราะฉะนั้นจึงเห็นว่าเงินหยงติด อำแดงง่วนเง็ก เป็น  
 ต้นเหตุก่อการร้ายเรื่องนี้

ประการหนึ่งการเรื่องที่เงินหยงติด อำแดงง่วนเง็ก ก่อเหตุผลอันร้ายกาจขึ้นครั้งนี้ มิใช่เพราะ  
 เหนการไม่มีผิด ถ้าโลกอยากได้ประโยชน์ในการที่ทำ ถ้าด้วยความรักเด็ก ถ้ากรุณาต่ออ็แก้วอย่างหนึ่ง  
 อย่างไม่ เพราะแลเห็นได้อยู่ว่าการที่สัญญาจำนำกับอ็แก้วครั้งนี้มีดอกเบียวันละเพ็อง พิเคราะห์ดูคน  
 ตามธรรมดา แม้ถึงไม่ต้องเสียเงินราคาเด็กให้อ็แก้ว เป็นแต่จะเอาเด็กมาจำงให้เลี้ยงเปล่าๆ วันละเพ็อง  
 ก็จะไม่ใครรับ ประโยชน์ที่เงินหยงติดที่อำแดงง่วนเง็กจะได้ไม่คุ้มค่าที่เลี้ยงเด็ก จึงควรเห็นว่าไม่เป็น  
 การทำหากำไร ประการหนึ่งก็เปนแต่รับจำนำแลมีดอกเบียไม่ได้สัญญาขายเปนสิดเปนขาด ซึ่งให้เห  
 เบนว่ารักใคร่อยากได้เด็กเลี้ยง จึงควรเห็นว่าที่เงินหยงติดอำแดงง่วนเง็กทำทั้งนี้ด้วยความมองอาจ  
 ประมาทอาญาแผ่นดินปรารถนาจะออกอำนาจให้ราษฎรโจรผู้ร้ายทั้งหลาย เห็นว่าตัวกล้าหาญจะทำ  
 การที่ผิดอย่างไรก็ได้ไม่มีโทษปรารถนาจะให้โจรผู้ร้ายลักของมาจำนำที่ร้านของตัวให้มากขึ้น ให้  
 เบนที่ลำบากแลอันตรายแก่ราษฎรทั่วไป ซึ่งเงินหยงติดอำแดงง่วนเง็กกระทำเหตุอันตรายเปนข้อฉรรจ  
 ปัจจุบันแลอนาคตด้วยความตั้งใจมุ่งหมายดังนี้ มีความผิดเปนอันมาก อ็แก้วเป็นผู้พรากเอาเด็กมาจาก  
 มารดามาจำนำไว้กับคนใจร้าย ทำให้เด็กทนทุกข์ระมาร แล้วทำให้มารดาของเด็กพรัดพรากจากบุตร  
 ได้ความยากแค้นเดือนร้อน ต้องในถานโจรใจร้าย กระทำให้เปนที่เดือดร้อนหลายวันแก่ราษฎร  
 ทั้งหลายซึ่งมีบุตรทั้งปวงต่อไปเพราะคิดทำการลักเด็กอ่อน ซึ่งแต่ก่อนไม่มีใครเคยทำเอามาขายมาจำนำ  
 ให้เปนเหตุตัวอย่างขึ้นดังนี้ อ็แก้วมีความผิด อีสินลาเปนผู้คบคิดกับอ็แก้วเข้ารับเปนนายประกันอ็แก้ว  
 กับเงินหยงติดอำแดงง่วนเง็กจึงได้รับจำนำเด็กกัน อีสินลาก็ได้ส่วนแบ่งเป็นผู้ร่วมคิดทำผิดด้วยอ็แก้ว  
 เงินหยงติด อำแดงง่วนเง็ก อีสินลา อ็แก้วมีความผิดเสมอกัน เพราะโทษที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ อาไศรยการที่  
 อ้ายอี่สึคนนี้ทำการ ถ้าขาดไปแต่พวกหนึ่งพวกใด การร้ายอันนี้จะไม่เกิดขึ้นจึงเห็นด้วยเกล้าฯ พร้อม  
 กันว่าควรจะลงพระราชอาญา เชี่ยนอ้ายเงินหยงติด อีง่วนเง็ก อ็แก้ว อีสินลาคนละ 2 ยก 60 ที แล้ว  
 เอาตัวไปจำไว้ ณ คุกให้เช็ดทาบ และอย่าให้เป็นเยี่ยงอย่างติดไป และการที่จะรักษาไปภายหน้านั้นขอ  
 อย่าให้เปนเยี่ยงอย่างต่อไป แล้วการที่จะทราบทั่วกันห้ามอย่าให้ใครทำดั่งอ้ายอี่สึคนนี้เป็นอันขาด ถ้า  
 มิฟังจับได้จะลงพระราชอาญาเหมือนครั้งนี้

ก็เห็นด้วยเกล้าฯว่าจะก่อสงประจับการอย่างนี้มิให้มีต่อไปได้ ควรมิควรสุดแล้วแต่จะทรงพระ  
 กรุณาโปรดเกล้าฯ ขอเดชะ

ซึ่งพระบรมวงษานุวงษท่านเสนาบดีปลุกษาบลงเนื้อเหนมานี้ เห็นว่าถูกต้องตามการอยู่แล้ว  
 ควรเปนแบบอย่างสืบไป ให้กรมหมื่นภูเรศธำรงค์ศักดิ์ ลงโทษผู้ผิดแลตราพระราชบัญญัติไว้สำหรับ  
 แผ่นดินสืบไป สั้งแต่ ณ วันอาทิตย์ เดือนอ้าย แรมสิบสามค่ำ ปีมแม จัตวาศก 1244

(พระราชหัตถเลขา) สยามมินทร”



## ภาคผนวก ค

ร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตร มนุศย์ รัตนโกสินทรศก 118<sup>4</sup>

## พระราชดำริห์

“ศุภมัสดุ พระพุทธศาสนกาลเปน อติตภาคย์ล่วงแล้ว 2442 พรรษาปัตยุบันกาล จันทรคติ นิยม จุลศักราช 1261 ฯลฯ ฯลฯ บริเฉทกาลกำหนด

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์ บดินทรเทพยมหามงกุฎ บุษย์รัตนราชรวังศ์ วรุดมพงษ์บริพัตร วรชัฎยราชินิกโรดม จาตุรันตบรมมหาจักรพรรดิราชสังกาศ บรมธรรมิกมหา ราชธาธิราช บรมนารถบพิตร พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวผู้ทรงพระคุณธรรมอันประเสริฐ เสด็จออกพระ ที่นั่งจักรกริมหาปราสาท บรมราชพิमान โดยสฐานอุตรภิมุข พายใต้พระมหานพตนเสวตรฉัตร เหนือ รัตนบรยงก์ พร้อมด้วยพระบรมวงษานุวงษ์ และเสนาบดี รัฐมนตรี องคมนตรีข้าทูลลออกธูลิพระบาท กระวีชาติราชบริพาร ฝ่ายทหารพลเรือน เฝ้าทูลลออกธูลิพระบาทบงกชโดยกำหนดตามตำแหน่งเป็น อันดับกัน

จึงมีพระบรมราชโองการดำรัสเหนือเกล้าฯ สั่งว่าพระราชกำหนดกฎหมายเดิมซึ่งโบราณราช ภาระษัตริย์ได้ทรงบัญญัติตั้งขึ้นไว้ว่าด้วยลักษณะผู้กระทำผิด ล่วงละเมิดพระราชอาญาในการทำร้ายซึ่ง กันแลกัน กล่าวคือ วิวาท ทูบ ดี ฟัน แหง ยิงกัน ป่วยเจ็บและถึงตายนั้น มิได้อธิบายความผิดให้แจ่ม แจ้ง บางเรื่องก็ฟ้องร้องกันเป็นความแพ่งเรียกค่าปรับไหม บางเรื่องก็ฟ้องกันเป็นความอาญาให้ลงโทษ ยังปะปนระคนกันอยู่มาก ทั้งวิธีปรับไหมและลงโทษสำหรับความผิดเหล่านี้ก็หนักบ้างเบาบ้าง ย่อม เป็นเหตุให้เกิดข้อสงสัยต่าง ๆ ในการพิจารณาแลพิพากษาเหตุฉนี้จึงทรงพระราชดำริห์เห็นสมควร จะต้องแก้ไขพระราชกำหนดกฎหมายเดิม เช่นว่ามานี้เสียใหม่ให้แจ่มแจ้ง ชัดเจนเป็นยุติธรรมดี ขึ้น กว่าแต่ก่อน ตามกาลไสมย แห่งความวิฒน รุ่งเรืองเจริญของบ้านเมือง เพื่อให้อาณาประชาราษฎร์ข้า ขอบขันธเสมา อยู่เย็นเป็นสุข ทัวพระราชอาณาเขต

จึงมีพระบรมราชโองการดำรัสเหนือเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติ ไว้สืบไปดังนี้”

<sup>4</sup> สำนักหอจดหมายเหตุแห่งชาติ, "ร่าง พระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกาย และชีวิตร มนุศย์ รัตนโกสิ นทร ศก 118," ใน ร. 5 ย. 23/1, หน้า 28-29.

## ความเก่า

(ขุนหลวงพระยาไกรสีร้าง)

ร้าง

พระราชกำหนด

ลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตร มนุศย์

รัตนโกสินทร ศก 118<sup>5</sup>

ว่าด้วยพา ลัก ซื่อ แลชายคน

มาตรา 61 การพาคนหนีมี 2 ประการ คือ

(1) พาคนหนีจากผู้ปกปักรักษาออกไปเมืองต่างประเทศภายนอกพระราชอาณาเขต

(2) พาคนหนีจากผู้ปกปักรักษาไปอยู่ภายในพระราชอาณาเขต

**พาคนหนีไปนอกพระราชอาณาเขต**

มาตรา 62 ถ้าผู้ใดพาคนผู้ใดคนหนึ่ง ออกไปนอกพระราชอาณาเขต โดยเจ้าตัวเขามิได้ยินยอม จะไปด้วยก็ดี ถ้าโดยที่ผู้ปกปักรักษามิได้ยอมให้คนผู้นั้นไปด้วยก็ดีดังนี้ ท่านว่าผู้นั้นพาคนหนีไปจากผู้ปกปักรักษา ออกไปภายนอก พระราชอาณาเขต

**พาคนหนีไปจากผู้ปกปักรักษา**

มาตรา 63 ผู้หนึ่งผู้ใดพาฤชักชวณคนผู้ใดผู้หนึ่ง ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 15 ปีลงมาก็ดี ฤชักชวณคนเสียจริตก็ดี ไปจากความปกครองของผู้ปกปักรักษา โดยที่ผู้ปกปักรักษาได้ยินยอมจะให้คนผู้นั้นไปด้วยดังนี้ ท่านว่าผู้นั้นพาคนหนีไปจากผู้ปกปักรักษา

**ลักคนหนี**

มาตรา 64 ถ้าผู้ใดกระทำการข่มขืนคนผู้หนึ่งผู้ใด ด้วยอาญาอย่างใดอย่างหนึ่งก็ดี ฤชักชวณด้วยกลอุบายอันคดโกงอย่างใดอย่างหนึ่งก็ดี เอาคนผู้นั้นไปจากที่แห่งใดแห่งหนึ่ง ดังนี้ ท่านว่าผู้นั้นลักคนหนี

**ลงโทษฐานพาคนหนี**

<sup>5</sup> Ibid., 85-89.

มาตรา 65 ถ้าผู้ใดพาคนผู้ใดผู้หนึ่งหนีไป ภายนอกพระราชอาณาเขตก็ดี ฤพาหนีไปจากผู้ปกปักรักษาก็ดี พิจารณาเปนสัตย์ให้ลงทัณฑ์โทษผู้นั้น สถานหนึ่งให้จำคุกไว้มีกำหนดไม่เกินกว่า 7 ปี กับจะให้ทำการหนักด้วยฤไม้ก็ได้ แล้วให้ปรับด้วยอีกโสດหนึ่ง

### ลงโทษฐานพา ฤลักคนไปเพื่อจะฆ่าเสีย

มาตรา 66 ถ้าผู้ใดพา ฤลักเอาคนผู้ใดผู้หนึ่งหนีไปเพื่อจะเอาคนนั้นไปฆ่าเสียเองก็ดี ฤเพื่อจะเอาไปให้ผู้อื่นฆ่าก็ดี ฤเพื่อจะเอาคนนั้นไปชู้กันโงกว่าจะฆ่าเสียเองก็ดี ฤเพื่อจะเอาไปให้ผู้อื่นชู้กันโงกว่าจะฆ่าเสียก็ดี พิจารณาเปนสัตย์ให้ลงทัณฑ์โทษผู้นั้น สถานหนึ่งให้เนรเทศไปภายนอกพระราชอาณาเขต ฤสถานหนึ่งให้จำคุกไว้มีกำหนดไม่เกินกว่า 10 ปี กับจะให้ทำการหนักด้วยฤไม้ก็ได้ แล้วให้ปรับด้วยอีกโสດหนึ่ง

### ลงโทษฐานพา ฤลักคนหนีจะเอาไปกักขังไป

มาตรา 67 ถ้าผู้ใดพา ฤลักเอาคนผู้ใดผู้หนึ่งไป เพื่อจะเอาเขาไปกักขังไว้ในที่ลับโดยหาความผิดแก่เขาไม่ได้ พิจารณาเปนสัตย์ให้ลงทัณฑ์โทษผู้นั้น สถานหนึ่งให้จำคุกไว้ไม่เกินกว่า 7 ปี กับจะให้ทำการหนักด้วยฤไม้ก็ได้ แล้วให้ปรับด้วยอีกโสດหนึ่ง

### ลงโทษฐานพา ฤลักผู้หญิงไปข่มขืนเพื่อให้แต่งงาน ฤให้เปนหญิงโสถณี

มาตรา 68 ถ้าผู้ใดพา ฤลักหญิงคนใดคนหนึ่งไป เพื่อปรารถนาจะข่มขืนเอง ฤเพื่อให้ผู้อื่นข่มขืน ฤรู้ที่อยู่ว่าผู้อื่นคงจะข่มขืนหญิงนั้นให้แต่งงานวิวาห์กับตนเอง ฤกับชายคนใดคนหนึ่ง โดยที่เจ้าตัวเขามิได้ปลงใจยินยอมด้วยก็ดี ฤเพื่อจะล่อลวงเกี่ยวพาน ฤข่มขืนทำชำเราหญิงนั้นเอง ฤจะให้ชายผู้อื่นล่อลวงเกี่ยวพาน ฤข่มขืนทำชำเราหญิงนั้นก็ดี ฤเพื่อจะข่มขืนเอง ฤให้ผู้อื่นข่มขืน ฤรู้ว่าจะผู้อื่นคงจะข่มขืนหญิงนั้นให้เปนหญิงนครโสถณีก็ดี พิจารณาเปนสัตย์ให้ลงทัณฑ์โทษผู้นั้น สถานหนึ่งให้จำคุกไว้มีกำหนดไม่เกินกว่า 10 ปี กับจะให้ทำการหนักด้วยฤไม้ก็ได้ แล้วให้ปรับด้วยอีกโสດหนึ่ง

### ลงโทษฐานซ่อน ฤกักขังคนผู้ต้องถูกลักพาหนีมาไว้

มาตรา 69 ถ้าผู้ใดรู้ที่อยู่ว่าผู้หนึ่งผู้ใดพา ฤลักเอาคนผู้ใดผู้หนึ่งมา แล้วกลับปิดบังซ่อนเร้นเอาคนผู้นั้นไว้ ฤกักขังเอาคนผู้นั้นไว้ โดยหาความผิดแก่เขาไม่ได้ พิจารณาเปนสัตย์ให้ลงทัณฑ์โทษผู้นั้น เสมอผู้พา ฤผู้ลักเอาคนผู้นั้นมา ด้วยเหตุว่าผู้ปิดบังกักขังนั้นมีความปรารถนา ฤมีความรู้้อย่างเดียวกัน ฤคนหนึ่งเปนผู้พา ฤลักเอามาเองฉะนั้น

### ลงโทษฐานลักเด็กไปเอาสิ่งของที่ตัวเด็ก

มาตรา 70 ถ้าผู้ใดพา ฤกษ์เอาเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 10 ปี ลงมาหนีไป เพื่อปราณนาจะเอาทรัพย์สินสิ่งของไปจากตัวเด็กนั้น เป็นอาญาประโชยชนัตนโดยทางทจริตตั้งนี้ พิจารณาเปนสัตยให้ลงทัณฑ์โทษผู้นั้น สถานหนึ่งให้จำคุกไว้มีกำหนดไม่เกินกว่า 7 ปี กับจะให้ทำการหนักด้วยฤกษ์ไม้ก็ได้ แล้วให้ปรับด้วยอีกโสตนหนึ่ง

### ลงโทษขายเด็กหญิงไปเปนคนนครโสเกณิ

มาตรา 71 ถ้าผู้ใดขาย ฤกษ์ให้เช่า ฤกษ์ยอมให้เด็กหญิงซึ่งมีอายุต่ำกว่า 16 ปีลงมา ไปแกผู้อื่น เพื่อปราณนาจะให้ผู้นั้นเอาเด็กหญิงคนนั้นไปเปนหญิงนครโสเกณิ ฤกษ์เอาไปทำชำเราเล่นมิได้เลี้ยงเปนภรรยาตามประเพณีก็ดี ฤกษ์ด้วยรู้ยู่ว่าผู้นั้นคงจะเอาเด็กหญิงคนนั้นไปเปนหญิงนครโสเกณิ ฤกษ์คงจะเอาไปทำชำเราเล่น มิได้เลี้ยงเปนภรรยาตามประเพณีก็ดี พิจารณาเปนสัตยให้ลงทัณฑ์โทษผู้นั้น สถานหนึ่งให้จำคุกไว้มีกำหนดไม่เกินกว่า 10 ปี กับจะให้ทำการหนักด้วยฤกษ์ไม้ก็ได้แล้วให้ปรับด้วย ๑ โสตนหนึ่ง

### ลงโทษฐานซื้อเด็กหญิงมาเปนคนนครโสเกณิ

มาตรา 72 ถ้าผู้ใดซื้อ ฤกษ์เช่า ฤกษ์ยอมรับเอา เด็กหญิงซึ่งมีอายุต่ำกว่า 16 ปีลงมาจากผู้อื่นเพื่อปราณนาด้วยตนเอง ฤกษ์ให้ผู้อื่นเอาเด็กหญิงคนนั้นเปนคนนครโสเกณิ ฤกษ์ทำชำเราเล่นมิได้เลี้ยงเปนภรรยาตามประเพณีก็ดี ฤกษ์ด้วยรู้ยู่ว่าผู้นั้นคงจะเอาเด็กหญิงคนนั้นไปเปนหญิงนครโสเกณิ ฤกษ์ทำชำเราเล่นมิได้เลี้ยงเปนภรรยาตามประเพณีก็ดี พิจารณาเปนสัตยให้ลงทัณฑ์โทษผู้นั้น สถานหนึ่งจำคุกไว้มีกำหนดไม่เกินกว่า 10 ปี กับจะให้ทำการหนักด้วยฤกษ์ไม้ก็ได้ แล้วให้ปรับด้วยอีกโสตนหนึ่ง

### จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

### ลงโทษฐานพาหญิงเข้ามาในพระราชอาณาเขต

#### เพื่อให้เปนหญิงนครโสเกณิ

#### แลซื้อขายหญิงให้เปนคนนครโสเกณิ

มาตรา 73 ถ้าผู้ใดพา ฤกษ์ช่วยอุคหนุนผู้อื่นให้พาเอาหญิง ต่างประเทศคนใดคนหนึ่งเข้ามาในพระราชอาณาเขต โดยทำกลอุบายล่อลวงด้วยความเท็จอย่างใดอย่างหนึ่ง ให้หญิงคนนั้นหลงเชื่อจนยอมเข้ามาในพระราชอาณาเขต เพื่อปราณนาจะเอาหญิงคนนั้นเข้ามาเปนหญิงนครโสเกณิก็ดี ฤกษ์เพื่อปราณนาจะเอาหญิงคนนั้นเข้ามาซื้อขายให้เปนหญิงนครโสเกณิก็ดี ฤกษ์ถ้าผู้ใดขาย ฤกษ์ซื้อหญิงคนใดคนหนึ่งให้เปนหญิงนครโสเกณิก็ดี พิจารณาเปนสัตยให้ลงทัณฑ์โทษผู้นั้น สถานหนึ่งให้จำคุกไว้มีกำหนดไม่เกินกว่า 10 ปี กับจะให้ทำการหนักด้วยฤกษ์ไม้ก็ได้ แล้วให้ปรับด้วยอีกโสตนหนึ่ง

## ภาคผนวก ง

คดีความเรื่องเจ้าจอมมารดาวาทโจทก์ กล่าวโทษอีหลาบจำเลย เรื่องชกสี่พาทำแดง  
พร้อมคนใช้ของโจทก์ไปจากพระบรมมหาราชวัง<sup>6</sup>

(สำเนา)

คำพิพากษาที่ 3, 120

ศาลรับสั่งกระทรวงวัง

วันที่ 12 เมษายน รัตนโกสินทรศก 120<sup>34</sup>

เจ้าจอมมารดาวาท

โจทก์

คดีในระหว่าง

อำแดงหลาบ

จำเลย

เรื่องชกสี่คนในพระบรมมหาราชวัง

นายเสถียรรักษา ผู้พิพากษาได้ตรวจข้อหาทำให้การคำพยานในคดีเรื่องนี้ตลอดแล้ว

ในฟ้องโจทก์หาว่าจำเลยพุดจาชกสี่อำแดงพร้อมคนของโจทก์ไปให้รักใคร่กับชายนอกพระบรมมหาราชวัง โจทก์ได้นำความไปฟ้องต่อท่านเจ้าจอมมารดาหม่นายของจำเลย เจ้าจอมมารดาหม่นายของจำเลยถามจำเลย ๆ รับว่าได้พุดจาชกสี่อำแดงพร้อมคนของโจทก์ให้ไปมีผิวจึงต่อมาจำเลยหนีเจ้าจอมมารดาหม่นายไป อำแดงพร้อมคนของโจทก์ก็หนีไปด้วย โจทก์จึงได้รู้ว่าจำเลยชกสี่อำแดงพร้อมคนของโจทก์ไปจากพระบรมมหาราชวัง โจทก์ขอให้พิจารณาลงโทษจำเลย

อำแดงหลาบจำเลยให้การปฏิเสธ ว่าไม่ได้พุดจาชกสี่อำแดงพร้อมคนของโจทก์ไปให้กับผู้ใด แลหาได้พุดรับต่อท่านเจ้าจอมมารดาหม่นายเป็นผู้ชกสี่อำแดงพร้อมไม่

ถานพิจารณาได้ความตามคำพยานโจทก์ว่า จำเลยได้ภ้ออำแดงพร้อมคนของโจทก์ไปเที่ยวหานายบงเมืองงานเฉลิมพระชนม์พรรษา แลจำเลยได้ภ้ออำแดงพร้อมไปพุดพุดจากับนายบงแลภ้อกันเที่ยวที่วัดเบญจมบพิตรเมืองงานฉลองกุฎี อำแดงโหมตพยานเป็นผู้ได้ไปด้วยแลได้ความตามคำอำแดงพงอำแดงวงอำแดงอินอำแดงเล็กอำแดงโตะอำแดงบุญพยานโจทก์อีกว่า โจทก์ได้ไปฟ้องเจ้าจอมมารดาหม่นายว่าจำเลยชกสี่อำแดงพร้อมคนของโจทก์ เจ้าจอมมารดาหม่นายถามจำเลย ๆ รับว่าได้พุดจาชกสี่อำแดงพร้อมคนของโจทก์ไปให้กับนายบงจริง แลจำเลยหนีท่านเจ้าจอมมารดาหม่นายไป พอจำเลยหนีไปแล้วอำแดงพร้อมก็หายไป ตามความที่พิจารณาได้ความมาแล้วนี้ จึงสันนิษฐานได้ว่าจำเลยลักภ้ออำแดงพร้อมคนของโจทก์ไปให้นายบง จึงพิพากษาว่าอีหลาบจำเลยเป็นผู้พุดจาชกสี่ลักภ้อ

<sup>6</sup> สำนักหอจดหมายเหตุแห่งชาติ, "เจ้าจอมมารดาวาทโจทก์ กล่าวโทษอีหลาบจำเลย เรื่องชกสี่พาทำแดงพร้อมคนใช้ของโจทก์ไปจากพระบรมมหาราชวัง (ร.ศ.120)," ใน ม.ร. 5 ย./9, หน้า 516-517.

อำนาจพร้อมซึ่งเปนข้าพระสนมอยู่ในพระบรมหาราชวังไปให้กับนายบง อีหลาบมีความผิดตามพระราชกำหนดใหม่น่า 437 กฎที่ 15 แต่โทษนอกจากโทษจำขังให้งดไว้ให้ส่งตัวอีหลาบไปขังไว้ณคุกมีกำหนด 2 ปี นับแต่วันที่ 9 มีนาคมรัตนโกสินทรศก 119 เป็นต้นไป ให้คดีเปนแล้วไปตามคำพิพากษานี้

(เซ็น) นายเสถียรรักษา

(ลงพระนาม) พิชยลาภ

ได้ตรวจเห็นชอบด้วยแล้ว



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

## ภาคผนวก จ

เรื่องนายเล็กลอบกระทำชำเผลักภาม่อมราชวงศ์หญิงไปล่บุตรหม่อมเจ้าเจียก  
ขึ้นกราบบังคมทูลพระกรุณาทราบใต้ฝ่าละอองธุลีพระบาท<sup>7</sup>

กระทรวงวัง

ที่ก.9/ล.136

ห้องเวหนอวัง

76

วันที่ 10 เมษายนรัตนโกสินทรศก122

ขอเดชะฝ่าละอองธุลีพระบาทปกเกล้าปกกระหม่อม ข้าพระพุทธเจ้า ขอพระราชทาน  
นำรายงานเรื่องนายเล็กลอบกระทำชำเผลักภาม่อมราชวงศ์หญิงไปล่บุตรหม่อมเจ้าเจียก ขึ้นกราบ  
บังคมทูลพระกรุณาทราบใต้ฝ่าละอองธุลีพระบาท มีข้อความที่จะได้กราบบังคมทูลพระกรุณาตั้งต่อไปนี้

1 กรมกองตระเวรมีจดหมายรับๆ สั่งเสนาบดีกระทรวงนครบาลส่งตัวนายเล็กมายัง  
กระทรวงวัง หว่านายเล็กภักภาม่อมเจ้าเจียกแลทรัพย์สินสิ่งของๆหม่อมเจ้าเจียกไป

2 นายเล็กให้การว่าอายุ 25 เป็นบุตรนายสนั่นอำแดงพันรับจ้างขับรถหม่อมเจ้า  
เจียกประมาณ 10 ปี เมื่อประมาณปีมานี้ นายเล็กได้รักใคร่กับหม่อมราชวงศ์หญิงไปล่ บุตรหม่อมเจ้า  
เจียกถึงร่วมประเวณี จนหม่อมราชวงศ์หญิงไปล่มีครรภ์ได้ประมาณ 5 เดือนนายเล็กจึงภาม่อมราช  
วงศ์หญิงไปล่ไปเช่าห้องอยู่ที่ถนนนากองมหันตโทษ เมื่อไปหม่อมราชวงศ์หญิงไปล่มีทรัพย์สินสิ่งของทอง  
รูปพรรณแลเงินตราประมาณ 5 ซั่งไปด้วย

3 หม่อมราชวงศ์หญิงไปล่ให้การว่าอายุ 18 ปีได้รักใคร่กับนายเล็กถึงร่วมประเวณี  
กันมาประมาณปีเศษ จนหม่อมราชวงศ์หญิงไปล่ตั้งครรภ์ได้ 5 เดือน กลัวจะปกปิดความไว้ไม่ได้ จึงได้  
ให้นายเล็กภาม่อมเจ้าเจียกไปล่ไปเช่าห้องอยู่ที่ถนนนากองมหันตโทษ แลเมื่อหม่อมราชวงศ์หญิงไปล่จะหนีไปได้  
ลักทรัพย์สินสิ่งของทองรูปพรรณของหม่อมเจ้าเจียกบิดาไปด้วย ไปพักอยู่คืนหนึ่ง รุ่งขึ้นหม่อมเจ้าเจียกก็  
ให้พลตระเวรจับตัวมา แลได้ทรัพย์สินสิ่งของตามที่ลักไปนั้นคืน แล้วเว้นแต่เงินตรา 5 ซั่งที่หม่อมราชวงศ์  
หญิงไปล่ให้นายเล็กไปก่อนที่หนี นายเล็กซื้อเป็น สิ่งของได้คืนมาบ้าง

ตามที่กราบบังคมทูลพระกรุณามานี้ ก็เป็นอันฟังได้ตามคำรับว่า นายเล็กเป็นคน  
สามัญกระทำการบังอาจร่วมประเวณีด้วยบุตรผู้มีบรรดาศักดิ์สูงแลลักภาม่อมเจ้าเจียกไป ส่วนหม่อมราชวงศ์หญิง  
ไปล่เป็นผู้มีบรรดาศักดิ์ไม่รักษาตระกูลของตนลอบร่วมรักสังวาสด้วยชายต่ำศักดิ์ หม่อมราชวงศ์หญิง  
ไปล่นายเล็กควรต้องรับพระราชอาญา แต่เวลานี้หม่อมราชวงศ์หญิงไปล่ กำลังมีครรภ์อยู่ ถ้าจะต้อง  
รับพระราชอาญาอย่างใด ก็ต้องรอลงอาญาแล้ว

<sup>7</sup> สำนักหอจดหมายเหตุแห่งชาติ, "ความหม่อมเจ้าเจียกเรื่องนายเล็กภาม่อมราชวงศ์หญิงไปล่บุตรหม่อมเจ้าเจียก," ใน ม.ร. 5 ย./14, หน้า 24-25.

ส่วนโทษจะควรมีอย่างใดนั้นความผิดเช่นนี้เคยเป็นอันแล้วแต่จะทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัย ครั้งหม่อมราชวงศ์หญิงเสออิงบุตรพระวรวงษ์เธอ พระองค์เจ้าอลังการกับนายเลียบนั้น ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯให้ลงพระราชอาญาจำขังนายเลียบ 6 เดือน ซ้ำหม่อมราชวงศ์หญิงเสออิงไว้ในพระบรมมหาราชวังเท่ากัน แต่การเรื่องนี้ จะควรประการใดแล้วแต่จะทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ

ควรมิควรแล้วแต่จะทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯขอเดชะฯ



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY



## ภาคผนวก ฉ

ร่างกฎหมายลักษณะอาญาฉบับเดือนสิงหาคม ร.ศ.125<sup>8</sup>

“แพนกดั้น”	มาตรา 1 ถึง 3
<b>เล่ม 1 คำอธิบายทั่วไป</b>	
หมวดที่ 1 ว่าด้วยคำอธิบาย	มาตรา 4 ถึง 5
หมวดที่ 2 ว่าด้วยการใช้กฎหมายอาญา	มาตรา 6 ถึง 10
หมวดที่ 3 ว่าด้วยการลงโทษ	มาตรา 11 ถึง 48
หมวดที่ 4 ว่าด้วยเหตุซึ่งยกเว้นหรือลดหย่อนความรับผิดชอบ ต่อการลงโทษ	มาตรา 49 ถึง 71
หมวดที่ 5 ว่าด้วยการพยายาม	มาตรา 72 ถึง 74
หมวดที่ 6 ว่าด้วยพรรคพวกที่ลงมือในการประทุษร้าย	มาตรา 75 ถึง 81
หมวดที่ 7 ว่าด้วยการประทุษร้ายหลายอย่างทำครั้งเดียวกัน	มาตรา 82 ถึง 84
หมวดที่ 8 ว่าด้วยการการประทุษร้ายมากกว่าครั้งเดียว	มาตรา 85 ถึง 89
หมวดที่ 9 ว่าด้วยเรื่องอายุความในการฟ้องร้องทางอาญาหรือ ในการบังคับให้ลงโทษ	มาตรา 90 ถึง 99
หมวดที่ 10 ว่าด้วยการฟ้องเรียกทรัพย์สินแลเรียกค่าเสียหาย	มาตรา 100 ถึง 110
<b>เล่ม 2 ลักษณะกำหนดโทษ</b>	
<b>ภาคที่ 1 ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อพระผู้เป็นเจ้าของเจ้าแลต่อรัฐบาล</b>	
หมวดที่ 1 ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อพระบรมราชตระกูล	มาตรา 111 ถึง 112
หมวดที่ 2 ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อความเรียบร้อยภายใน ของบ้านเมือง	มาตรา 113 ถึง 116
หมวดที่ 3 ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อความสงบเรียบร้อย ซึ่งจะมาทางภายนอกของบ้านเมือง	มาตรา 117 ถึง 123
หมวดที่ 4 ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อผู้ครองประเทศ แลต่อผู้แทนผู้ครองประเทศ	มาตรา 124 ถึง 127
<b>ภาคที่ 2 ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อศาสนา</b>	มาตรา 128 ถึง 133

<sup>8</sup> สำนักหอจดหมายเหตุแห่งชาติ, "ร่างกฎหมายลักษณะอาญาสำหรับกรุงสยาม สิงหาคม ร.ศ. 125," ใน น.ร. 5 ย./6 กล่อง 2, หน้า สารบัญ.

### ภาคที่ 3 ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อการปกครอง

หมวดที่ 1	ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อเจ้าพนักงาน	มาตรา 134 ถึง 146
หมวดที่ 2	ว่าด้วยการกระทำผิดต่อหน้าที่ราชการ	มาตรา 147 ถึง 165

### ภาคที่ 4 ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อความยุติธรรม

หมวดที่ 1	ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อการรักษาทางยุติธรรม	มาตรา 166 ถึง 173
หมวดที่ 2	ว่าด้วยการกล่าวหาแล้ให้เท็จ	มาตรา 174 ถึง 181
หมวดที่ 3	ว่าด้วยการหนีของนักโทษ	มาตรา 182 ถึง 189

### ภาคที่ 5 ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อความปราศจากอันตราย

#### แห่งบุคคลแลทรัพย์สิน

หมวดที่ 1	ว่าด้วยการยุยงให้ทำการประทุษร้าย	มาตรา 190 ถึง 193
หมวดที่ 2	ว่าด้วยอั้งยี่แลช่องคนร้าย	มาตรา 194 ถึง 199
หมวดที่ 3	ว่าด้วยการชุมนุมที่ผิดด้วยกฎหมาย	มาตรา 200 ถึง 201
หมวดที่ 4	ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อการเรียบริ้อยแลทาง สื่อสารไปมาถึงกัน แลความสุขของประชาชน	มาตรา 202 ถึง 218
หมวดที่ 5	ว่าด้วยปลอมเงิน	มาตรา 219 ถึง 227
หมวดที่ 6	ว่าด้วยปลอมตรา ปลอมแสตมป์ แลปลอมตัวต่างๆ	มาตรา 228 ถึง 238
หมวดที่ 7	ว่าด้วยหนังสือปลอม	มาตรา 239 ถึง 248
หมวดที่ 8	ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อการพานิชกรรม	มาตรา 249 ถึง 256

### ภาคที่ 6 ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อชีวิตแลร่างกาย

หมวดที่ 1	ว่าด้วยการประทุษร้ายถ่านฆ่าคนตาย	มาตรา 257 ถึง 261
หมวดที่ 2	ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อร่างกาย	มาตรา 262 ถึง 268
หมวดที่ 3	ว่าด้วยการรีดลูก	มาตรา 269 ถึง 273
หมวดที่ 4	ว่าด้วยการละทิ้งเด็กหรือคนเจ็บแลคนชรา	มาตรา 274 ถึง 276

### ภาคที่ 7 ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อความดี

หมวดที่ 1	ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อความดี	มาตรา 277 ถึง 280
หมวดที่ 2	ว่าด้วยการข่มขืน การทำทู่ร่าจาร แลชายชู้	มาตรา 281 ถึง 290

### ภาคที่ 8 ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อความเปนอิศรภาพ

#### แลต่อชื่อเสียง

หมวดที่ 1	ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อความเปนอิศรภาพ	มาตรา 291 ถึง 301
หมวดที่ 2	ว่าด้วยการเปิดเผยความลับของเอกชน	มาตรา 302 ถึง 304
หมวดที่ 3	ว่าด้วยการหมิ่นประมาท	มาตรา 305 ถึง 310

**ภาคที่ 9 ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อทรัพย์**

หมวดที่ 1 ว่าด้วยการลักทรัพย์	มาตรา 311 ถึง 319
หมวดที่ 2 ว่าด้วยการแย่งชิง	มาตรา 320 ถึง 325
หมวดที่ 3 ว่าด้วยการกันโจก	มาตรา 326
หมวดที่ 4 ว่าด้วยการฉ้อโกง	มาตรา 327 ถึง 336
หมวดที่ 5 ว่าด้วยการยกยอกทรัพย์ทางอาญา	มาตรา 337 ถึง 343
หมวดที่ 6 ว่าด้วยการรับของโจร	มาตรา 344 ถึง 346
หมวดที่ 7 ว่าด้วยการที่เป็นอันตราย	มาตรา 347 ถึง 349
หมวดที่ 8 ว่าด้วยการบุกรุก	มาตรา 350 ถึง 354
<b>ภาคที่ 10 ว่าด้วยการประทุษร้ายทางโมเสเร่ท์</b>	<b>มาตรา 355 ถึง 363”</b>



## ภาคผนวก ข

ความแพร่งในมณฑลกรุงเทพฯ รัตนโกสินทรศก 119<sup>1</sup>

เมือง	ถานฟ้อง													รวม เรื่อง
	ฟ้องอย่า	ชายชู้	ลักพา	ทาศ	ที่ดิน	มรฎก	ฝาก	สัญญาค้ำ ขายต่างๆ	วิวาท	ทำร้าย ต่อทรัพย์สิน	อื่นๆ	รวม เรื่อง		
กรุงเทพฯ	350	63	34	151	380	48	54	440	991	273	550	3334		
นครเขื่อนขันธ์	15	1	5	14	27	4	1	10	17	8	20	122		
สมุทรปราการ	15	4	3	14	29	2	3	22	31	14	88	225		
นนทบุรี	29	3	6	7	77	1	4	5	25	3	37	197		
ประทุมธานี	9	4	1	5	26	8	1	11	18	4	21	108		
รวมเรื่อง	418	75	49	191	539	63	63	488	1082	302	716	3986		

<sup>1</sup> สำนักหอจดหมายเหตุแห่งชาติ, "รายงานกระทรวงยุติธรรมสำหรับปีรัตนโกสินทร ศก 119 ฉบับที่ 1," ใน น.ร. 5 ย./1, หน้า จ.

ความอาญาในมณฑลกรุงเทพฯ รัตนโกสินทรศก 119<sup>2</sup>

คนที่ต้องโทษตามสถานฟ้อง																						
เมือง	อั้งยี่	ลักเด็กไปขาย	บุกรุก	คนเฆี่ยน	เบียดเบียน	ฆ่าคนตายโดยเจตนา	ฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา	ฆ่าคนตายโดยไม่รู้ตัว	ทำร้ายต่อเนื้อตัว	แรงในคดี	ประทุษร้าย	หมิ่นประมาท	ย่องเบาลักทรัพย์	แย่งชิงรังราว	ฉ้อโกง	รับของโจร	ปลอมลายมือ	ฉ้อโกง	ทำร้ายต่อทรัพย์	ฉ้อโกง	อื่น ๆ	รวมคน
กรุงเทพฯ	2	10	2	7	65	9	32	252	3	8	25	1407	132	25	17	4	7	16	59	13	2130	4225
นครเขื่อนขันธ์	-	1	-	3	14	-	-	28	-	-	1	23	7	5	-	-	-	4	4	1	22	113
สมุทรปราการ	-	1	-	-	29	-	-	14	-	-	2	35	2	-	-	-	-	-	4	3	56	150
นนทบุรี	-	-	-	-	-	-	3	26	1	-	1	25	7	13	-	1	-	-	-	3	32	111
ประทุมธานี	-	-	-	2	1	-	-	9	-	-	3	1	7	5	-	-	-	-	16	-	16	60
รวมคน	2	12	2	12	109	9	35	329	4	8	32	1491	155	47	20	5	7	20	83	20	2256	4659

<sup>2</sup> Ibid., ง.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	ปราโมทย์ สุวิมลธีระบุตร
วัน เดือน ปี เกิด	29 กรกฎาคม 2520
สถานที่เกิด	กรุงเทพฯ
วุฒิการศึกษา	ปริญญาตรี วิศวกรรมศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ ปริญญาโทด้านการบริหารการจัดการโครงการ (with Distinction) จาก มหาวิทยาลัยซิดนีย์ อนุปริญญาโทด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ (with Distinction) จาก มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีซิดนีย์ ปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยมอันดับสอง จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ จากสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภา ทนายความ เข้าศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY